

*Via EU Survey*  
European Commission  
DG COMP – Competition  
European Commission Place Madou/Madouplein 1  
1210 Bruxelles/Brussels  
Belgium

[www.studienvereinigung.de](http://www.studienvereinigung.de)

Benrather Str. 18-20  
40213 Düsseldorf | Deutschland

Büroanschrift des Vorsitzenden:  
Maximilianhöfe | Maximilianstrasse 13  
80539 München | Deutschland  
Tel: +49 89 24243-0  
[ingo.brinker@studienvereinigung.de](mailto:ingo.brinker@studienvereinigung.de)

26. Juni 2026

## **Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. zum Entwurf der Merger Guidelines der Europäischen Kommission**

### **A. Die Studienvereinigung Kartellrecht**

- 1 Die Studienvereinigung Kartellrecht („**Studienvereinigung**“) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und dem mehr als 1.300 Rechtsanwälte/-innen sowie Wettbewerbsökonomen/-innen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz angehören. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten und vertreten regelmäßig Unternehmen in Verfahren vor der Europäischen Kommission („**Kommission**“) und den nationalen Kartellbehörden sowie vor nationalen und europäischen Gerichten.

### **B. Einleitung**

- 2 Die Studienvereinigung begrüßt im Ergebnis die in dem Entwurf der neuen Merger Guidelines („**MG-Entwurf**“) zum Ausdruck kommende größere Offenheit der Kommission hinsichtlich einer angemessenen Anpassung der Entscheidungskriterien der Kommission an die wirtschaftliche und geopolitische Gesamtlage. Angesichts der signifikanten Änderungen der Weltwirtschaft in den letzten Jahren, der größeren Bedrohung des europäischen Wirtschaftsraums durch militärische Auseinandersetzungen und Kriege sowie Protektionismus durch die Errichtung neuer tarifärer und nicht-tarifärer Handelshindernisse in bisher nicht bekanntem Umfang besteht aus Sicht der Praxis ein dringender Bedarf, den europäischen Binnenmarkt und dessen Teilnehmer angemessen zu schützen und in der internationalen Wettbewerbsfähigkeit zu fördern. Diesem Ziel dienen die neuen Merger Guidelines, indem sie in vielfacher Hinsicht dynamischere Prüfkriterien und auch

VORSTAND: Dr. Ingo Brinker (Vorsitz) | Marc Besen | Dr. Martin Klusmann | Dr. Bernhard Kofler-Senoner | Dr. Thorsten Mäger |

Prof. Dr. Daniela Seeliger | Dr. Christian Steinle | Richard Stäuber | Dr. Kathrin Westermann

EHRENVORSITZENDER: Dr. Frank Montag

EHRENMITGLIEDER: Dr. Astrid Ablasser-Neuhuber | Prof. Dr. Albrecht Bach | Prof. Dr. Rainer Bechtold | Jochen Burrichter | Prof. Dr. Gerhard Wiedemann |

Prof. Dr. Dirk Schroeder † | Dr. Franz Hoffet

Rechtfertigungselemente anerkennen, die in dieser Form in der bisherigen Entscheidungspraxis nicht oder nicht entsprechend differenziert verankert sind. So werden zu Themen wie Resilienz und Nachhaltigkeit neuartige „*theories of benefit*“ erwogen, die Zusammenschlussbeteiligten neue Argumentationslinien eröffnen und der Kommission selbst dynamischere Entscheidungsbegründungen ermöglichen. Auch grundsätzlich bereits bekannte Kriterien wie Effizienzen werden inhaltlich beträchtlich erweitert. Dies gilt gerade auch für erst längerfristig zum Tragen kommende Punkte und Prognosen, die über die Bewertung der aktuellen Marktverhältnisse auf betroffenen Märkten hinaus zeitlich und inhaltlich weiträumigere Betrachtungen der voraussichtlichen Marktentwicklungen zulassen sollen. Dies ist sowohl für die Betrachtung von „*emerging markets*“ im Tech-Bereich als auch für klassische Industriemärkte sinnvoll und zeitgemäß.

- 3 Allerdings erzeugt die Einführung möglicher neuer Prüfkriterien in Verbindung mit den in dem MG-Entwurf vorgesehenen Regeln zur künftigen Darlegungs- und Beweislast der zusammenschlussbeteiligten Parteien für die Praxis auch erhebliche Unsicherheiten, sowohl in prozessualer als auch in materieller Hinsicht.
- 4 In diesem Sinne ist zwar im Ausgangspunkt der Betrachtung der Kommission in Rn. 6 des MG-Entwurfs zuzustimmen, wonach es weiterhin jederzeit vor allem um die Rechtsanwendung und Umsetzung der FKVO geht, deren gesetzlich vorgegebener Anwendungsbereich sich nicht ändert. Allerdings geben dazu aus Sicht der Studienvereinigung die zahlreichen Hinweise auf von anmeldenden Parteien vorzulegende oder sogar zu führende Beweise Anlass zur Sorge, dass es im Rahmen der Eingriffsverwaltung künftig dennoch zu einer eher faktischen Verschiebung der Ermittlungs- und Beweislast zugunsten der Kommission und zulasten der anmeldenden Parteien kommen könnte. Denn die immer noch hohe Unverbindlichkeit der Prüfungskriterien und die weitgehend auch in dem MG-Entwurf fehlende Selbstbindung der Kommission an verlässliche und vorhersehbare Prüfungsumfänge sind dazu angetan, den ohnehin schon hohen Komplexitätsgrad und Umfang einzureichender Anmeldungen nochmals zu erhöhen und die Prognostizierbarkeit von Verfahrensausgängen entsprechend zu reduzieren. Müssen anmeldende Parteien damit rechnen, dass die Kommission z.B. alle oder einzelne der in Rn. 31 des MG-Entwurfs aufgezählten Beweismittel prüfen und zum Gegenstand ihrer Entscheidungsfindung machen könnte, dann müssen sie zumindest in Fällen, die potenziell wettbewerbliche Probleme aufwerfen, künftig ggf. schon in der Anmeldung zu allen diesen möglichen Beweismitteln vortragen, um hier bei ihnen möglicherweise obliegender Beweislast angesichts der unverändert knappen Fristen insbesondere in Phase 1 keine wertvolle Prüfungszeit zu verlieren. Das würde die Akten aufblähen und zusätzliche Ressourcen binden.
- 5 Insbesondere könnten sich der ohnehin oft schon erhebliche Umfang von einzureichenden Anmeldungen nach dem Formblatt CO und die ohnehin im internationalen Vergleich schon sehr lange Verfahrensdauer in Anmeldeverfahren noch weiter erhöhen. Dies gilt vor allem auch dann, wenn

das oft viele Monate lange informelle „*Pre-Notification*“-Verfahren mit weiteren Themen befrachtet würde. Auch auf der Seite der Kommission müssten noch mehr Ressourcen als bisher auf die Prüfung von noch mehr Argumenten verwendet werden, was letztlich der nach dem *Draghi-Report*<sup>1</sup> angemahnten Entbürokratisierung der Verfahren zuwiderlaufen würde. Bereits jetzt sind Anmeldeverfahren bei der Kommission wegen des zu betreibenden Aufwands, des Komplexitätsgrades und ihrer Gesamtdauer im weltweiten Vergleich oft das inhaltliche, vor allem aber zeitliche „Bottleneck“ für die Planung und Durchführung von M&A-Transaktionen. Es ist aus Sicht der Studienvereinigung zu befürchten, dass sich dies künftig noch weiter verschärfen könnte, zumal viele der jetzt angedachten zusätzlichen Angaben aus Kosten- oder Vertraulichkeitsgründen nicht vorab oder insgesamt nur unter großen Schwierigkeiten generiert werden können. In vielen Fällen werden diese zusätzlichen Angaben für die materielle Prüfung zudem nicht erforderlich sein.

- 6 Aus Sicht der Studienvereinigung bleibt daher die schon in unserer vorherigen Stellungnahme zu den Konsultationsunterlagen für die neuen Merger Guidelines<sup>2</sup> erfolgte Anregung, die Vorhersehbarkeit und Planbarkeit von vorzulegenden Inhalten und Informationen sowie des voraussichtlichen Prüfungsverlaufs weiter zu konkretisieren und damit zu erhöhen, von zentraler Bedeutung. Dies könnte z.B. durch ein höheres Maß an „*commitment*“ der Kommission im Sinne einer stärkeren Selbstbindung hinsichtlich der voraussichtlich maßgeblichen Prüfkriterien und der Reihenfolge, in der diese zum Tragen kämen, umgesetzt werden. Die erweiterte Flexibilität, die die Kommission sich demgegenüber erhalten möchte (siehe MG-Entwurf, Rn. 117), ist aus Sicht der anmeldenden Parteien diesen Zielen nicht dienlich und ggf. sogar kontraproduktiv, auch wenn die Europäischen Gerichte der Kommission rechtlich grundsätzlich ein entsprechendes Ermessen zubilligen.
- 7 Auch einzelne inhaltliche Erweiterungen bleiben trotz des bereits erheblichen Umfangs des MG-Entwurfs noch zu unklar. So stehen z.B. die zahlreichen im hinteren Teil des Entwurfstextes enthaltenen Erweiterungen der „*theories of benefit*“ bezüglich Effizienzen teilweise in inhaltlichem Widerspruch zu den allgemeinen Ausführungen im ersten Teil des MG-Entwurfs (siehe Rn. 25), denen zufolge Effizienzen immer in profitablen Preissenkungen resultieren müssen; es bleibt unklar, wie die Parteien dies für neue Varianten von Effizienzen, insbesondere für „*dynamic*“ und „*out-of-market*“-Effizienzen künftig darlegen sollen.
- 8 Ähnliche Unsicherheiten bestehen auch hinsichtlich der geplanten Berücksichtigungsfähigkeit künftiger Marktanteile (MG-Entwurf, Rn. 64), von auf Arbeitsmärkte bezogenen Kriterien (MG-

<sup>1</sup> The future of European competitiveness, Part B – In-depth analysis and recommendations, September 2024, abrufbar unter: [https://commission.europa.eu/document/download/ec1409c1-d4b4-4882-8bdd-3519f86bbb92\\_en?filename=The%20future%20of%20European%20competitiveness\\_%20In-depth%20analysis%20and%20recommendations\\_0.pdf](https://commission.europa.eu/document/download/ec1409c1-d4b4-4882-8bdd-3519f86bbb92_en?filename=The%20future%20of%20European%20competitiveness_%20In-depth%20analysis%20and%20recommendations_0.pdf) („*Draghi-Report*“).

<sup>2</sup> Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. zur Überarbeitung der Merger Guidelines der Europäischen Kommission, 3. September 2025 („*vorherige Stellungnahme*“).

Entwurf, Rn. 160), „*foreclosure*“-Effekten (MG-Entwurf, Rn. 230) oder des materiellen Prüfungs- und Beweisstandards, den die Kommission in künftigen Entscheidungen zugrunde zu legen beabsichtigt (MG-Entwurf, Rn. 20, 32). Dies gilt insbesondere, solange sie sich auch noch generalklauselartig ganz generell ein von den Leitlinien gänzlich abweichendes Vorgehen im Einzelfall vorbehält (MG-Entwurf, Rn. 117).

- 9 Insgesamt sieht die Studienvereinigung daher die Erweiterung und Modernisierung des möglichen Prüfungshorizonts von angemeldeten Zusammenschlüssen durch den MG-Entwurf als hilfreich an, befürchtet allerdings eine informelle Verschiebung der Beweislast auf die Parteien und zu große praktische Unwägbarkeiten aufgrund der fehlenden Vorhersehbarkeit. Es wäre wünschenswert, wenn die Kommission in diesem Sinne ihre Ausführungen und neuen Ideen in den neuen Merger Guidelines noch vorhersehbarer und handhabbarer gestalten könnte, um einerseits flexiblere Entscheidungen zu ermöglichen, den in den Anmeldeverfahren zu führenden Aufwand aber andererseits nicht weiter zu erhöhen. Letzteres würde aus Industriesicht das Risiko erzeugen, dass der Standort Europa ggf. ggü. anderen führenden Jurisdiktionen wie z.B. den USA oder dem UK schon aus Gründen erhöhter regulatorischer Komplexität zurückfällt und dann von global agierenden Unternehmen eher Projekte mit anderen geografischen Schwerpunkten bevorzugt verfolgt würden, was dem Standort Europa schaden dürfte.
- 10 Im Einzelnen erlaubt sich die Studienvereinigung folgende Hinweise hinsichtlich der aktuellen Entwurfsfassung:

### **C. Stellungnahme zu den einzelnen Teilen des MG-Entwurfs<sup>3</sup>**

#### **I. „*Competitiveness and resilience*“**

##### **1. Bestandsaufnahme**

- 11 Der zur öffentlichen Konsultation gestellte MG-Entwurf adressiert Wettbewerbsfähigkeit und Resilienz im Wesentlichen an vier Stellen:
- im Rahmen der Zielbestimmung und Leitprinzipien (Rn. 9–18, ergänzend Rn. 2, 8, 19, 32–36),

---

<sup>3</sup> Der nachfolgende Aufbau folgt dem Aufbau der vorherigen Konsultationsunterlagen der Kommission.

- als Wettbewerbsparameter in der Wirkungsanalyse (Rn. 20, 23, 55, ergänzend Rn. 92, 140 lit. f), 250 f.),
- als Effizienz- bzw. Nutzenkategorie in der Gesamtwürdigung (Rn. 291–301, 304–307, 315–323, 339–357) und
- durch die Klarstellung legitimer Interessen der Mitgliedstaaten (Rn. 358–390, insb. Rn. 358–371).

## 2. Bewertung durch die Studienvereinigung

- 12 Der MG-Entwurf gewichtet die Themen Wettbewerbsfähigkeit, Skalierung und Resilienz deutlich stärker als bislang und trägt damit zentralen Forderungen vieler Stakeholder aus der ersten Konsultationsphase Rechnung. Insbesondere benennt der MG-Entwurf Resilienz als relevanten Wettbewerbsparameter, öffnet die Effizienzprüfung für dynamische Vorteile (Skalierung, Innovation, Versorgungssicherheit, Gemeinwohlaspekte) und präzisiert die Rolle legitimer Interessen – namentlich der öffentlichen Sicherheit – unter Art. 21 FKVO.
- 13 Die Leitlinien verfolgen dabei erkennbar einen doppelten Ansatz: Einerseits geben sie positive Guidance für prokompetitives Scale-up, einschließlich innovations- und resilienzgetriebener Synergien; andererseits definieren sie Abgrenzungskriterien, wann Skalierung in wettbewerbsschädliche Marktmacht umschlägt oder die Resilienz von Lieferketten beeinträchtigt. Damit adressiert der MG-Entwurf das Spannungsfeld zwischen europäischer Wettbewerbsordnung (SIEC-Test) und industriepolitischen Erwartungen grundsätzlich sachgerecht.
- 14 Insgesamt übernimmt der MG-Entwurf zentrale Anliegen zur Stärkung von „*competitiveness*“ und „*resilience*“ in substanziellem Umfang. Gleichzeitig setzt er bei den Anforderungen an Scale, dem Beweismaßstab, der zeitlichen Gewichtung und den Abgrenzungsfaktoren eigenständige, teils restriktivere Leitplanken. Gleichwohl sieht die Studienvereinigung noch Raum und Bedarf für Klarstellungen und punktuelle Verbesserungen.

## 3. Im Einzelnen:

- 15 Die Studienvereinigung begrüßt, dass die Leitlinien die Themenblöcke „*competitiveness*“ und „*resilience*“ als tragende Leitplanken verankern und mit klarer positiver Guidance (MG-Entwurf,

Rn. 11–18) unterlegen – insbesondere für pro-kompetitives Scale-up, Innovations- und Investitionsanreize sowie Versorgungssicherheit als Effizienzparameter (vgl. MG-Entwurf, Rn. 291 ff.). Positiv hervorzuheben ist ferner, dass der MG-Entwurf Scale-up sektoragnostisch behandelt und dessen Bedeutung gerade für Start-ups und innovative Märkte anerkennt. Der in Rn. 192 des MG-Entwurfs eingeführte „*innovation shield*“, der innovationsfördernde Zusammenschlüsse unter bestimmten Voraussetzungen von einer vertieften Prüfung ausnimmt, ist grundsätzlich zu begrüßen, da er den Bedenken der Studienvereinigung gegen eine übermäßige Erfassung von Start-up-Akquisitionen Rechnung trägt.

- 16 Ebenso begrüßenswert ist, dass der MG-Entwurf globale Wettbewerbsbedingungen und Importe ausdrücklich als wettbewerbliche Realität einbezieht und Skalierung unter globalem Wettbewerbsdruck als potenziell pro-kompetitiv einordnet (vgl. MG-Entwurf, Rn. 11, 15 lit. b)). Damit greift der MG-Entwurf die Forderung der Studienvereinigung auf, dass eine häufig stark eurozentrische Marktabgrenzung die Bedeutung der Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen außerhalb des relevanten räumlichen Marktes nicht unberücksichtigt lassen darf.
- 17 Grundsätzlich positiv zu bewerten ist zudem der symmetrisch angelegte Beweismaßstab für Wettbewerbsverschlechterungen und Effizienzgewinne (MG-Entwurf, Rn. 26).<sup>4</sup> Die ausdrückliche Klarstellung, dass derselbe Evidenzstandard für behauptete Schäden und behauptete Effizienzen gilt, entspricht einer zentralen Forderung der Studienvereinigung aus der ersten Konsultationsphase. Entscheidend wird allerdings die praktische Handhabung durch die Kommission und die Gerichte sein; die Anforderungen für Scale-Effizienzen erscheinen prima facie als zu hoch und das Ermessen der Kommission sehr weit (dazu näher unten).
- 18 Schließlich eröffnet der MG-Entwurf durch die Anerkennung von Gemeinwohl- („kollektiven“) und „*out-of-Market*“-Vorteilen (MG-Entwurf, Rn. 322, 352–357) neue Argumentationslinien für Resilienz- und Nachhaltigkeitsgewinne. Wenngleich die formalen Voraussetzungen – insbesondere das Erfordernis, dass „im Wesentlichen dieselben Verbraucher“ kompensiert werden müssen<sup>5</sup> – restriktiv bleiben, stellt diese Öffnung einen wichtigen Brückenschlag dar, der praxisfähige Argumentationslinien für Zusammenschlüsse mit Resilienz- und Nachhaltigkeitsvorteilen eröffnet, ohne das wettbewerbliche Mandat aufzugeben.
- 19 In Bezug auf die folgenden Punkte sieht die Studienvereinigung Konkretisierungs- und/oder Verbesserungsbedarf:

---

<sup>4</sup> Zur Berücksichtigung von Resilienzvorteilen im Rahmen der Effizienzen siehe unten, Rn. 91.

<sup>5</sup> Dazu auch unten, Rn. 80.



### a) Einbeziehung negativer Resilienzeffekte als Schadenstheorie

- 20 Die Einbeziehung negativer Resilienzeffekte als eigenständige Schadenstheorie wird kritisch gesehen. Die Definition von Resilienz in Fußnote 18 des MG-Entwurfs – wonach Resilienz die Fähigkeit des Binnenmarkts bezeichnet, Schocks zu antizipieren, zu absorbieren und zu überwinden – bleibt zu abstrakt; es fehlen operationalisierbare Kriterien und konkrete Fallbeispiele. Zugleich besteht eine konzeptionelle Inkonsistenz: Fußnote 18 behandelt Resilienz als strukturelle Eigenschaft des Binnenmarkts („*structural feature*“), während Rn. 20 sie als Wettbewerbsparameter („*parameter of competition*“) neben Preis, Qualität und Innovation einordnet. Diese Doppelfunktion ist für Unternehmen und Gerichte schwer handhabbar und birgt das Risiko einer unkontrollierten Ausdehnung des Prüfungsmaßstabs. Darüber hinaus verschwimmt die Grenzlinie zum FDI-Screening der Mitgliedstaaten, wenn typischerweise investitionskontrollrechtliche Prüfkriterien – Sicherheit von Lieferketten, kritische Infrastrukturen, Verteidigungsbereitschaft – zugleich als fusionskontrollrechtliche Schadensparameter fungieren. Die Studienvereinigung vertritt die Auffassung, dass Resilienz als eigenständige Schadenstheorie grundsätzlich besser bei den FDI-Instrumenten aufgehoben ist und in der Fusionskontrolle primär als Fusionsvorteil („*pro-competitive benefit*“) Berücksichtigung finden sollte. Nur ausnahmsweise – bei einem klaren, nachweisbaren Wettbewerbsbezug und sofern die Bedenken nicht durch traditionellere Schadenstheorien (z.B. Marktabschottung („*foreclosure*“), koordinierte Effekte) erfasst werden können – erscheint Resilienz als eigenständige Schadenstheorie im Fusionskontrollkontext vertretbar. Diese Ausnahmefälle müssen eng und klar definiert werden. Die Studienvereinigung regt daher an, hierzu konkrete Beispiele und Leitplanken in die finale Fassung der Guidelines aufzunehmen.

### b) Anwendungsbereich bei unionsfremden Unternehmen

- 21 Der MG-Entwurf enthält keine Ausführungen dazu, ob und unter welchen Voraussetzungen aus Sicht der Kommission auch Transaktionen zwischen unionsfremden Unternehmen – mit oder ohne Präsenz bzw. Niederlassung in der EU – zur Verbesserung von Resilienz und Wettbewerbsfähigkeit beitragen können. Aus Sicht der Studienvereinigung kann dies jedenfalls dann der Fall sein, wenn der Zusammenschluss eine Ausweitung der Geschäftstätigkeit der beteiligten Unternehmen in der EU ermöglicht oder diese in die Lage versetzt, (auch) Projekte zur Verbesserung der europäischen Verteidigungsfähigkeit zu realisieren. Vor diesem Hintergrund sollte in den Leitlinien klargestellt werden, dass die zusammenschlussbedingte Stärkung von Forschung und Entwicklungs- und/oder Fertigungstätigkeiten in der EU auch dann unter dem Gesichtspunkt der Resilienz berücksichtigungsfähig sein kann, wenn beide Zusammenschlussbeteiligte auf der obersten Konzernebene unionsfremde Unternehmen sind.

**c) Verbesserungs- und Konkretisierungspotenzial im Zusammenhang mit Scale**

- 22 Die Studienvereinigung begrüßt den Ansatz der Kommission, skalenbedingten Effizienzvorteilen eine größere Bedeutung in der fusionskontrollrechtlichen Prüfung beizumessen. Dies entspricht der ökonomischen Erkenntnis, dass Skaleneffizienzen erhebliche Wohlfahrtsgewinne generieren können, die letztlich auch den Verbrauchern in Form niedrigerer Preise, verbesserter Produktqualität oder erhöhter Innovationstätigkeit zugutekommen. Dementsprechend sollten die Merger Guidelines sicherstellen, dass an die beteiligten Unternehmen gestellte Nachweisanforderungen eine Berücksichtigung von Skaleneffizienzen in der Praxis nicht übermäßig erschweren oder gar faktisch unmöglich machen. Der MG-Entwurf setzt jedoch einen recht hohen Maßstab, der aus Sicht der Studienvereinigung dem erklärten Ziel einer stärkeren Berücksichtigung von Skaleneffizienzen zuwiderläuft.
- 23 So betont der MG-Entwurf, dass Skaleneffizienzen insbesondere bei einer Kombination von komplementären Assets oder Fähigkeiten der an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in Betracht kommen bzw. wahrscheinlicher seien (etwa MG-Entwurf, Rn. 15, 302 lit. b)). Diese Fokussierung auf Komplementarität greift aus Sicht der Studienvereinigung jedoch zu kurz. Auch bei Zusammenschlüssen zwischen Wettbewerbern mit ähnlichen Assets und Fähigkeiten – also gerade bei horizontalen Zusammenschlüssen ohne Komplementarität – können erhebliche Skaleneffizienzen entstehen. Beispiele hierfür sind die Fixkostendegression in Produktion und Vertrieb durch höhere Kapazitätsauslastung, Einkaufsvorteile durch Volumenbündelung, die Zentralisierung und Konsolidierung von parallelen Overhead-Strukturen in Bereichen wie Verwaltung, IT oder Personalwesen sowie die Skalierung von Forschungs- und Entwicklungskosten auf eine breitere Umsatz- und Produktbasis. Diese Effizienzvorteile sind ökonomisch ebenso relevant und wohlfahrtssteigernd wie solche, die aus komplementären Zusammenschlüssen resultieren. Vor diesem Hintergrund wäre es aus Sicht der Studienvereinigung zu begrüßen, wenn die Merger Guidelines klarstellten, dass Komplementarität zwar die Entstehung von Skaleneffizienzen begünstigen kann, jedoch weder eine notwendige Voraussetzung für deren Anerkennung darstellt, noch bei nicht-komplementären Zusammenschlüssen die Entstehung anererkennungsfähiger Skaleneffizienzen generell weniger wahrscheinlich ist.
- 24 Der MG-Entwurf knüpft die Anerkennung von Skaleneffizienzen an den Nachweis der beteiligten Unternehmen, dass sie diese nicht durch organisches Wachstum erzielen könnten. Die gegenwärtige Formulierung (MG-Entwurf, Rn. 302 lit. b): „*cannot be achieved by growing organically*“) birgt das Risiko einer übermäßig restriktiven Anwendung in der Entscheidungspraxis. Wird die Formulierung so verstanden, dass bereits jede theoretisch denkbare Möglichkeit organischen Wachstums den Effizienzeinwand entfallen lässt, würde dies die Nachweisanforderungen für die beteiligten Unternehmen in der Praxis überfordern. Denn organisches Wachstum dürfte in vielen Konstellationen zumindest theoretisch vorstellbar sein – die entscheidende Frage ist jedoch, ob es



unter realistischen Marktbedingungen und innerhalb eines wirtschaftlich vertretbaren Zeitrahmens eine gleichwertige Alternative zu dem Zusammenschluss darstellt. Aus Sicht der Studienvereinigung sollten die Merger Guidelines daher klarstellen, dass Skaleneffizienzen auch dann anerkennungsfähig sein können, wenn die betreffenden Vorteile auch durch organisches Wachstum, aber ggf. nur mit erheblicher zeitlicher Verzögerung, deutlich höherem unternehmerischen Risiko, größerer Unsicherheit hinsichtlich des Erreichens der angestrebten Skalenvorteile oder unter Inkaufnahme wesentlich höherer Kosten erreichbar wären. Eine solche Klarstellung würde dem ökonomisch fundierten Grundsatz Rechnung tragen, dass die Fusionspezifität von Effizienzvorteilen nicht an einem rein hypothetischen Maßstab zu messen ist, sondern an der Frage, ob bei der vorzunehmenden prognostischen Bewertung realistische und wirtschaftlich zumutbare Alternativen zum Zusammenschluss bestehen, die zu vergleichbaren Ergebnissen führen würden.

#### d) „*Remedies framework*“

- 25 Die Studienvereinigung regt darüber hinaus an, im Anschluss an die Neufassung der Leitlinien kurzfristig zu prüfen, inwieweit diese zu Anpassungsbedarf bei der Mitteilung über Abhilfemaßnahmen führt. Aus Sicht der Studienvereinigung sollte insoweit im Einklang mit dem Draghi-Report<sup>6</sup> erwogen werden, durch eine künftig größere Akzeptanz bestimmter Verhaltensauflagen effizienzsteigernde Scaling-Up- oder Resilienz-Effekte zu ermöglichen, etwa durch Investitionsauflagen, Vorgaben zu Vorratshaltungen oder Kapazitäts- und Standortgarantien bei kritischen Produkten. Auf diese Weise sollte verhindert werden, dass durch die Neufassung der Leitlinien ermöglichte positive Scaling-Up-Effekte durch eine starre, zu sehr auf strukturelle Abhilfemaßnahmen ausgerichtete Praxis der Kommission konterkariert werden.

## II. „*Assessing market power using structural features and other market indicators*“

- 26 Der MG-Entwurf stellt ausführlich dar, wie die Kommission Marktmacht definiert und anhand welcher Indikatoren und Beweismittel die Kommission Marktmacht feststellen wird (MG-Entwurf, Rn. 55–113); gedanklich eng verbunden sind diese Ausführungen mit denjenigen zur Beweislast (MG-Entwurf, Rn. 21–25) und zu den Beweismitteln (MG-Entwurf, Rn. 26–31).

---

<sup>6</sup> Vgl. Draghi-Report, S. 301: „*Finally, in devising its remedies, DG COMP should also aim not to weaken, and, whenever possible, to enhance security and resiliency*“. In diese Richtung auch schon zur „*innovation defence*“ auf S. 299: „*To prevent improper uses of this defence, the merging parties should commit to levels of investment that can be monitored ex post. Failure to comply should be associated with adequate disincentives to deviate from the investment plan*“.

- 27 Die Studienvereinigung begrüßt den Aufwand und die Sorgfalt, welche die Kommission in die Darstellung eines Überblicks über den derzeitigen Stand ihrer Entscheidungspraxis zur Ermittlung und Feststellung von Marktmacht investiert hat.
- 28 Die vorherige Stellungnahme der Studienvereinigung hatte u.a. zu folgenden Aspekten Stellung genommen: Schwellenwerte und Beweiswert von Schwellenwerten (vorherige Stellungnahme, Rn. 18–23), Funktion von Schwellenwerten bei verschiedenen – und gerade neuartigen – Schadenstheorien (vorherige Stellungnahme, Rn. 16 f.); insbesondere hatte die vorherige Stellungnahme sich gegen (unter-gesetzliche) Vermutungen ausgesprochen (vorherige Stellungnahme, Rn. 21).

### 1. Hohe und niedrige Marktanteile; Vermutungen

- 29 Vor diesem Hintergrund begrüßt die Studienvereinigung, dass der MG-Entwurf keine förmliche Vermutung vorsieht, wann ein Unternehmen über Marktmacht verfügt und/oder wann ein Zusammenschluss untersagt wird (siehe dazu auch die Ausführungen zur Beweislast in Rn. 21 ff. des MG-Entwurfs). In gefährlicher Nähe dazu bewegen sich allerdings Ausführungen, wonach bei der Prüfung horizontaler Schadenstheorien bei „niedrigen oder moderaten“ („*low or moderate*“) gemeinsamen Marktanteilen der Zusammenschlussbeteiligten zusätzliche Beweise für den Nachweis einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs erforderlich sind, wogegen bei „hohen oder sehr hohen“ („*high or very high*“) gemeinsamen Marktanteilen gerade Beweismittel erforderlich sein sollen, die gegen die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs sprechen, damit ein Zusammenschluss freigegeben wird (MG-Entwurf, Rn. 126 f.).
- 30 Die Kommission stellt ohnehin in Rn. 62 des MG-Entwurfs eine – zum Teil neue – fünf-stufige Terminologie zu „niedrigen“, „hohen“ usw. Marktanteilen vor. Die Schwellenwerte dafür sind z.T. bisherigen Vorgaben entnommen, nämlich die 25 %-Schwelle den Begründungserwägungen zur FKVO (Erwägungsgrund 32 FKVO) und die 50 %-Schwelle der AKZO-Entscheidung des EuGH<sup>7</sup>. Auf ihre fünf-stufige Terminologie nimmt die Kommission im folgenden Text des MG-Entwurfs allerdings kaum noch Bezug, nämlich auf „sehr hohe“ („*very high*“) Marktanteile nur in Rn. 112 MG-Entwurf bei der Diskussion der Marktbeherrschung und, wie erwähnt, in Rn. 126 f. MG-Entwurf bei den horizontalen Schadenstheorien. Aber den Begriff der „substanziellen“ Marktanteile („*material market shares*“) benutzt der MG-Entwurf nach der Definition in Rn. 62 gar nicht mehr; auf mittlere Marktanteile („*moderate market shares*“) nimmt der MG-Entwurf nach Rn. 62 nur in Rn. 126 Bezug, um zu erläutern, dass es trotz vergleichsweise niedriger Marktanteile (nämlich „*moderate*“) dennoch Wettbewerbsbedenken geben kann – genauso wie es bei vergleichsweise

<sup>7</sup> EuGH, Urteil vom 3.7.1991 – C-62/86, Slg. 1991, I-3359 Rn. 60 – AKZO.

hohen Marktanteilen (nämlich „*high or very high*“) keine Bedenken geben mag. Inhaltliche Aussagen sind mit der neuen Stufenskala also kaum verbunden.

- 31 Die Darstellung zu den sehr hohen Marktanteilen (MG-Entwurf, Rn. 111 ff.) ist naturgemäß angelehnt an die Urteile (u.a.) in den Fällen *AKZO* und *Hoffmann-La Roche*<sup>8</sup>. Wenn aber Marktbeherrschung bei Marktanteilen von mehr als 50 % vorliegen kann oder nicht, dann kann ein Marktanteil von mehr als 50 % nicht „ohne weiteres“ (engl. „*in themselves*“, siehe MG-Entwurf, Rn. 112) Marktbeherrschung belegen; vielmehr ist immer eine Gesamtwürdigung erforderlich. Das ändert sich auch nicht dadurch, dass fehlende Marktbeherrschung bei einem Marktanteil von mehr als 50 % als „außergewöhnlicher Umstand“ o.ä. bezeichnet wird.<sup>9</sup> Das mag empirisch – und rückblickend über eine große Zahl von Fällen – zutreffen, sagt aber nichts über einen (einzelnen) gerade zur Entscheidung anstehenden Sachverhalt, solange eben an den Marktanteil keine Vermutung oder andere verfahrensrechtliche Folge geknüpft ist; das aber ist richtigerweise nicht der Fall. Der Wert der Aussagen des EuGH in *AKZO* liegt dann immer noch darin, dass eine marktbeherrschende Stellung mit dem hohen Marktanteil eines Unternehmens begründet werden kann, obwohl andere – und möglicherweise alle anderen – Indikatoren dagegen sprechen; aber auch das ist eine Frage der Beweis-Würdigung im Einzelfall.
- 32 Richtigerweise ist der MG-Entwurf (ansonsten) sparsam bei der Einführung neuer quantitativer Schwellen für die Feststellung von Marktmacht (siehe z.B. Rn. 65, wo bei einem Herfindahl-Hirschman-Index („**HHI**“) von mehr als 2.000 der *Markt* als konzentriert beschrieben wird; die Leitlinien beschreiben nicht, ob ein *Unternehmen* dann Marktmacht hat). Einige Hinweise – für die Fallgruppe des „direkten Wettbewerbs“ zwischen den Zusammenschlussbeteiligten (also einen Unterfall der „horizontalen“ Schadenstheorien) – enthält der MG-Entwurf in Rn. 127; das findet bei den vertikalen Schadenstheorien (im MG-Entwurf als „Marktverschließung“ bezeichnet) aber keine Entsprechung, denn der frühere „(soft) safe harbour“ für nicht-horizontale Zusammenschlüsse (Rn. 25 der entsprechenden bisherigen Leitlinien) ist – anscheinend ersatzlos – entfallen.
- 33 Der Studienvereinigung ist nicht ersichtlich, dass diese bisherigen quantitativen Schwellen sich als falsch herausgestellt hätten, soweit in den bisherigen Leitlinien für nicht-horizontale Zusammenschlüsse Wettbewerbsbedenken für „unwahrscheinlich“ gehalten wurden (Rn. 25 der entsprechenden bisherigen Leitlinien). Diese Schwellenwerte hatten dennoch für die an Zusammenschlüssen beteiligten Unternehmen eine nützliche Funktion als Indizien – wenn sich auch anscheinend unproblematische Zusammenschlüsse leichter anhand von quantitativen Kriterien typisieren ließen

<sup>8</sup> EuGH, Urteil vom 13.2.1979 – C-85/76, Slg. 1979, I-461 Rn. 41 – *Hoffmann-La Roche*.

<sup>9</sup> Ähnliches gilt für das Unterschreiten einer Marktanteilschwelle von 40 %: Marktbeherrschung mag dann „unwahrscheinlich“ sein (MG-Entwurf, Rn. 112), aber das ist dennoch im Wege einer Gesamtbetrachtung aller Umstände zu ermitteln, weil in einem einzelnen Fall – und u.U. gerade im zur Entscheidung anstehenden Fall – Marktbeherrschung bei einem Marktanteil von weniger als 40 % vorliegen kann.

als bedenkliche Zusammenschlüsse. Eine Einschränkung der Entscheidungsfreiheit der Kommission war mit quantitativen Schwellenwerten bisher nicht verbunden, und könnte das auch zukünftig nicht sein. Letztlich müssen sich Entscheidungen der Kommission stets an der *gesetzlichen* Grundlage (d.h. der FKVO) für Eingriffe in die unternehmerische Freiheit messen lassen, nicht an Leitlinien, weshalb die Leitlinien der Kommission stets eine Reaktion auf „besondere Umstände“ vorbehalten (Rn. 26 der bisherigen Leitlinien für nicht-horizontale Zusammenschlüsse).

- 34 Die Streichung des früheren „(soft) safe harbour“ für nicht-horizontale Zusammenschlüsse führt schließlich zu gewissen Widersprüche zwischen den zukünftigen Leitlinien und der Bekanntmachung zum vereinfachten Verfahren (2023)<sup>10</sup>: In der Bekanntmachung zum vereinfachten Verfahren hält die Kommission an Schwellenwerten für vertikale Zusammenschlüsse fest.<sup>11</sup> Dies ist allerdings eine verfahrensrechtliche Regelung und zudem mit einem Katalog von breit gefassten Ausnahmen versehen. Nach ihrem Regelungsgegenstand sollte die Bekanntmachung zum vereinfachten Verfahren keine materiell-rechtliche Bedeutung haben. Damit ersetzt die Bekanntmachung zum vereinfachten Verfahren nicht den bisherigen Anhaltspunkt für die Selbsteinschätzung vertikaler Zusammenschlüsse, obwohl dieser sich – ähnlich Rn. 129 des MG-Entwurfs für horizontale Zusammenschlüsse – in Rn. 208 ff. des MG-Entwurfs einfügen ließe. Die Studienvereinigung regt daher an, dass der frühere „(soft) safe harbour“ für nicht-horizontale Zusammenschlüsse in die neuen Leitlinien aufgenommen wird.

## 2. Dynamisches Wettbewerbspotenzial; gleicher Maßstab für zukünftige Entwicklungen

- 35 Der MG-Entwurf nimmt mehrfach Bezug auf das dynamische Wettbewerbspotenzial („*dynamic competitive potential*“) eines Unternehmens (siehe u.a. MG-Entwurf, Rn. 58, 80). Anscheinend – aber eine Klarstellung in den Leitlinien wäre wünschenswert – ist damit das Wettbewerbspotenzial eines *einzelnen* Unternehmens gemeint, das auf der spezifischen Ressourcen-Ausstattung oder den individuellen Plänen gerade dieses Unternehmens beruht; damit bildet das „*dynamic competitive potential*“ die gedankliche Ergänzung zu – ebenfalls individuellen – Markteintritts-Plänen, die mit hinreichender Sicherheit („*sufficient degree of certainty*“, siehe Rn. 87 des MG-Entwurfs) festzustellen sind.
- 36 Dieses unternehmensindividuelle Wettbewerbspotenzial kann sich – wie die Kommission zum Markteintritt ausführt (MG-Entwurf, Rn. 88) – im kontrafaktischen Szenario oder gerade nach und

<sup>10</sup> Bekanntmachung der Kommission über die vereinfachte Behandlung bestimmter Zusammenschlüsse gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, C/2023/2401 („**Bekanntmachung zum vereinfachten Verfahren**“).

<sup>11</sup> Rn. 5 lit. d) Ziff. ii) der Bekanntmachung enthält eine „allgemeine“ 30%-Schwelle für vor- und nachgelagerte Märkte und eine weitere 50%-Schwelle bei einem HHI-Delta von weniger als 15.

wegen des Zusammenschlusses entfalten, d.h. in der „*post-merger world*“. Die Zusammenschlussbeteiligten werden typischerweise auf das (angebliche) besondere Potenzial dritter Wettbewerber verweisen, Beschwerdeführer hingegen auf das (angebliche) besondere Potenzial eines Zusammenschlussbeteiligten. In allen Fällen muss das „dynamische Wettbewerbspotenzial“ eines bestimmten Unternehmens nach den gleichen Maßstäben – also einer „hinreichenden Sicherheit“ („*sufficient degree of certainty*“, siehe z.B. MG-Entwurf, Rn. 40) – festgestellt werden wie andere zukünftige Entwicklungen, u.a. ein Markteintritt.

- 37 Daneben gibt es das „negative Wettbewerbspotenzial“ eines Unternehmens – also die Konstellation, dass ein einzelnes Unternehmen zukünftig voraussichtlich seine bisherige Rolle im Wettbewerb nicht mehr ausfüllen wird. Eine solche Entwicklung wird regelmäßig als Teil des kontrafaktischen Szenarios festzustellen sein und kann dort für oder gegen die Freigabe eines Zusammenschlusses sprechen, je nachdem, ob der „Niedergang“ einer Marktstellung und der Verlust von Marktmacht bei einem Zusammenschlussbeteiligten oder einem Wettbewerber erwartet wird. Konzeptionell ist ein solcher Niedergang auch als Folge eines Zusammenschlusses denkbar (und ist dann nicht Teil des kontrafaktischen Szenarios, sondern eine Wirkung des Zusammenschlusses), zum Beispiel wenn bei „*multi-sourcing*“ durch die Abnehmer (MG-Entwurf, Rn. 76 lit. e), 109) der Marktanteil des neuen Unternehmens abschmelzen wird<sup>12</sup>. Auch hier sind – in allen Szenarien – diese Entwicklungen nach einem einheitlichen Maßstab festzustellen, also der „hinreichenden Sicherheit“ („*sufficient degree of certainty*“).

### 3. Nachhaltigkeit und Widerstandsfähigkeit bei der Feststellung von Marktmacht

- 38 Ein Unternehmen hat Marktmacht, wenn es Wettbewerbsparameter (siehe dazu MG-Entwurf, Rn. 20) dauerhaft unter dem wettbewerblichen Niveau halten kann (siehe MG-Entwurf, Rn. 55). Das soll auch für die Wettbewerbsparameter Nachhaltigkeit (*sustainability*) und Widerstandsfähigkeit (*resilience*) gelten. Jedoch hat ein Unternehmen nicht deshalb Marktmacht, weil es einen hohen Beitrag zur Nachhaltigkeit oder Widerstandsfähigkeit einer Volkswirtschaft leistet, sondern (nur), wenn die Nachhaltigkeit (z.B. der Produkte des Unternehmens) oder die Widerstandsfähigkeit (z.B. der Lieferkette des Unternehmens) in den Entscheidungen anderer Marktteilnehmer eine

<sup>12</sup> Siehe etwa Kommission, Entscheidung vom 27.4.2006 – M.4100 – *Seagate/Maxtor*, Rn. 26–28 (wo die Kommission feststellte, dass der Marktanteil des Zielunternehmens wegen der „*multi sourcing*“-Strategie der OEM-Kunden teilweise auf Wettbewerber übergehen werde – mit Verweis auf den Vorgängerfall *Quantum/Maxtor*, wo binnen zwei Jahren über ein Drittel des hinzuerworbenen Anteils verloren ging); Kommission, Entscheidung vom 6.10.2004 – M.3431 – *Sonoco/Ahlstrom/JV*, Rn. 115 (Kunden kündigten an, den Bezug vom fusionierten Unternehmen wegzuverlagern, um eine ausgewogenere Marktstruktur zu fördern); Kommission, Entscheidung vom 9.4.1996 – M.726 – *Bosch/AlliedSignal*, Rn. 25, 42–44 (historisches Abschmelzen des ABS-Anteils von Bosch von 100 % durch „*multi sourcing*“ der Fahrzeughersteller); Kommission, Entscheidung vom 19.12.2012 – M.6765 – *Precision Castparts/Titanium Metals*, Rn. 178 (Volumenverlagerung der OEMs als Gegenstrategie im „*foreclosure*“-Kontext).



Rolle spielen. Was für den Preis als Wettbewerbsparameter offensichtlich sein mag, ist für neuartige Wettbewerbsparameter wie Nachhaltigkeit und Widerstandsfähigkeit positiv festzustellen, bevor auf die Marktmacht eines Unternehmens geschlossen werden kann.

### III. „*Innovation and other dynamic elements in merger control*“

#### 1. Verlust von Investitions- und Expansionswettbewerb („*loss of investment and expansion competition*“)

- 39 Der MG-Entwurf führt die Schadenstheorie des Verlusts von Investitions- und Expansionswettbewerb als dynamische Erweiterung des traditionellen Verlusts direkten Wettbewerbs zwischen den Zusammenschlussparteien ein (vgl. Rn. 169 ff.).<sup>13</sup> Ein solcher Ansatz steht im Einklang mit der im gesamten MG-Entwurf hervorgehobenen stärkeren Berücksichtigung dynamischer Wettbewerbsaspekte.
- 40 Der MG-Entwurf scheint jedoch nahezulegen, dass die Kommission auch Anreize berücksichtigen könnte, die über diejenigen hinausgehen, die hinreichend konkret oder ausreichend vorhersehbar sind. So wird ausgeführt, „*investment competition may be adversely impacted even if the merged entity were to proceed with its investment projects as planned pre-merger [...]*“. Der zugrunde liegende Gedanke besteht darin, dass der Wegfall von Wettbewerbsdruck die Anreize für künftige Investitionen verringert. Die Leitlinien könnten daher von der Einführung bestimmter begrenzender Grundsätze („*limiting principles*“) profitieren, die diese Schadenstheorie praktikabler machen und das Risiko spekulativer Bewertungen verringern.
- 41 So könnte sich die Kommission beispielsweise verpflichten, Investitionsanreize innerhalb eines definierten Zeithorizonts zu bewerten oder bei der Bestimmung des relevanten Prüfungszeitraums branchenspezifische Investitions- und Innovationszyklen stärker zu berücksichtigen. Die Analyse könnte auf laufende Investitionsprojekte oder den nächsten für die Zusammenschlussbeteiligten oder die betroffenen Märkte konkret identifizierbaren Investitionszyklus beschränkt werden, sofern hierfür hinreichende Evidenz vorliegt. So können etwa in Telekommunikationsmärkten Anreize für Investitionen in die 5G-Infrastruktur derzeit einen relevanten Bestandteil der wettbewerblichen Beurteilung darstellen. Dagegen erscheint eine Bewertung der Auswirkungen eines Zusam-

<sup>13</sup> Der MG-Entwurf scheint nahezulegen, dass diese Schadenshypothese grundsätzlich voraussetzt, dass die Zusammenschlussparteien bereits auf einem bestehenden Produktmarkt in einem engen Wettbewerbsverhältnis stehen (vgl. MG-Entwurf, Rn 169: „*If merging firms compete in existing product markets, removing that competition may also remove investment and expansion competition between them*“, Hervorhebung hinzugefügt).



menschlusses auf potenzielle Investitionen in künftige Technologien (z.B. 6G) gegenwärtig verfrüht. Derartige Entwicklungen unterliegen erheblicher Unsicherheit und eignen sich nicht für eine belastbare wettbewerbliche Bewertung.

## 2. Dynamische Abschottungseffekte in nicht-digitalen Märkten („*dynamic foreclosure in non-digital markets*“)

- 42 Der MG-Entwurf führt eine dynamische Variante der Theorie wettbewerbsschädlicher Abschottung ein (vgl. MG-Entwurf, Rn. 229 ff.). Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass viele digitale sowie andere innovationsgetriebene Märkte durch dynamische und langfristige Anreize geprägt sind. Unternehmen können kurzfristige Verluste in Kauf nehmen, wenn dadurch ihre künftige Wettbewerbsposition gestärkt, die Innovationsanreize von Wettbewerbern negativ beeinflusst werden oder die langfristige Marktentwicklung zu ihrem Vorteil geprägt wird.
- 43 Ein Beispiel außerhalb digitaler Märkte, in dem diese Schadenstheorie geprüft wurde, ist der Fall *Illumina/Grail*<sup>14</sup>. Obwohl die Kommission letztlich keine formelle Entscheidung in dieser Sache erlassen hat, ist unser Verständnis, dass ihre Bewertung über die traditionelle Analyse vertikaler Abschottung hinausging. Insbesondere bestanden Bedenken, dass die Sicherung oder Stärkung einer künftigen Position auf einer nachgelagerten Marktstufe in einem sich noch in der Entstehung befindlichen, potenziell jedoch sehr großen Markt, die Inkaufnahme eines gewissen kurzfristigen Verzichts auf Gewinne auf der vorgelagerten Marktstufe rechtfertigen könnte.
- 44 Angesichts des inhärent zukunftsgerichteten Charakters dieser dynamischen Abschottungstheorien und der damit verbundenen erhöhten Unsicherheit hinsichtlich ihrer Auswirkungen ist es wichtig, klare Begrenzungen („*limiting principles*“) für ihre Anwendung festzulegen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass Fusionskontrollverfahren von spekulativen Annahmen über künftige Marktentwicklungen statt von evidenzbasierten Prognosen wahrscheinlicher Wettbewerbswirkungen geprägt werden. Nach unserer Auffassung sollten mindestens drei Gesichtspunkte als wesentliche Einschränkungen für die Anwendung solcher Theorien dienen:
- Erstens muss die Kommission einen kritischen Input oder einen bedeutenden Absatz- bzw. Vertriebskanal identifizieren, auf den Wettbewerber in erheblichem Maße angewiesen sind. Im Fall *Illumina/Grail* bestand die Sorge beispielsweise darin, dass Illumina über eine zentrale

---

<sup>14</sup> Kommission, Verfahren M.10188 – *Illumina/Grail*; siehe u.a. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip\\_22\\_5364/IP\\_22\\_5364\\_EN.pdf](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_22_5364/IP_22_5364_EN.pdf); siehe auch EuGH, Urteil vom 3.9.2024 – C-611/22 P u.a., NZKart 2024, 571 – *Illumina/Grail*.

Sequenzierungstechnologie verfügte und konkurrierende Anbieter für ihre Tätigkeit maßgeblich auf den Zugang zu dieser Technologie angewiesen waren.

- Zweitens muss belastbare Evidenz für den behaupteten Mechanismus vorliegen, durch den das betreffende Verhalten zu einer dauerhaften Abschwächung des Wettbewerbsdrucks im Zeitverlauf führen würde. Hierzu zählt Evidenz zu Faktoren wie Verfügbarkeit alternativer Bezugs- oder Absatzmöglichkeiten, Wechselmöglichkeiten, Innovationsdynamik etc.
- Drittens bleibt die traditionelle Analyse vertikaler Abschottung weiterhin relevant, wenn auch mit einem stärkeren Fokus auf zukunftsgerichtete und potenziell stärker spekulative Annahmen, die durch belastbare Evidenz gestützt werden müssen. Auch wenn die Kommission zunehmend bereit ist, langfristige strategische Anreize zu berücksichtigen, muss weiterhin eine plausible kommerzielle Begründung dafür bestehen, weshalb das fusionierte Unternehmen die relevante Strategie verfolgen würde.

### 3. Portfolioeffekte („*portfolio effects*“)<sup>15</sup>

- 45 Der MG-Entwurf erkennt zutreffend an, dass ein Zusammenschluss die Verhandlungsposition der Zusammenschlussparteien gegenüber ihren unmittelbaren Kunden beeinflussen kann, wenn diese Kunden mehrere Produkte von den Zusammenschlussparteien beziehen, selbst wenn die Produkte weder Substitutions- noch Komplementärbeziehungen aufweisen (vgl. Rn. 287 ff.).
- 46 Grundsätzlich ist es sachgerecht, dass die Kommission kommerzielle Anreize untersucht, die sich nicht ohne Weiteres den traditionellen horizontalen oder vertikalen Wettbewerbsbeziehungen zuordnen lassen. In diesem Zusammenhang könnten die Leitlinien jedoch ausdrücklich eine symmetrische Bewertung solcher Anreize auf beiden Seiten kommerzieller Verhandlungen vorsehen, also sowohl auf Seite der Zusammenschlussparteien als auch auf Seite ihrer Kunden.
- 47 Der Entwurf erkennt an, dass marktübergreifende Nachfragemacht auch im Zusammenhang mit ausgleichender Nachfragemacht („*countervailing buyer power*“) relevant sein kann (vgl. MG-Entwurf, Rn. 104 ff.). Rn. 107 des MG-Entwurfs scheint dies grundsätzlich bereits anzuerkennen, wenn auch nur sehr knapp. Die Leitlinien könnten den Zusammenhang zwischen diesen beiden Aspekten der wettbewerblichen Bewertung deutlicher herausarbeiten, um sicherzustellen, dass die

---

<sup>15</sup> Siehe zu besonderen Aspekten der Portfolioeffekte im Bereich der „*digitalisation*“ unten, Rn. 72.

Behandlung und die Beweisanforderungen bei marktübergreifenden kommerziellen Anreizen für die Zusammenschlussparteien und ihre Kunden symmetrisch ausgestaltet sind.

#### IV. „Sustainability and clean technologies“

##### 1. „Sustainability“ als Wettbewerbsparameter

48 Der Begriff „sustainability“ wird im MG-Entwurf mehrfach verwendet und ausdrücklich als Wettbewerbsparameter eingeführt (z.B. MG-Entwurf, Rn. 9, 20, 23, 34). Dies wird seitens der Studienvereinigung begrüßt:

- Definition des Begriffs „sustainability“: Der Begriff „sustainability“ kann unterschiedlich weit ausgelegt werden (reine ökologische Nachhaltigkeit versus Nachhaltigkeit, die bspw. auch soziale, ökonomische und kulturelle/politische Aspekte umfasst). Die Studienvereinigung empfiehlt daher, eine konkrete Begriffsdefinition in die Merger Guidelines aufzunehmen. Es sollte klargestellt werden, ob z.B. nur ökologische Nachhaltigkeit oder ein weiteres Begriffsverständnis intendiert ist. Dies könnte bspw. durch Verweis auf die Horizontal-Leitlinien zu Art. 101 AEUV<sup>16</sup> oder durch eine eigene – auf die Fusionskontrolle zugeschnittene – Definition gelöst werden.
- Wettbewerbsfaktor Nachhaltigkeit: Zu beachten ist, dass die Berücksichtigung der Nachhaltigkeit als Wettbewerbsparameter zur Folge haben kann, dass Zusammenschlüsse zwischen „grünen“ Unternehmen benachteiligt werden. Dies etwa deshalb, weil eigene, engere Märkte für nachhaltige Produkte abgegrenzt werden oder ihre Marktstellung anders zu bewerten ist (z.B. „grüne“ Wettbewerber werden als enge Wettbewerber eingestuft). Die Kommission könnte eine Klarstellung aufnehmen, dass die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten – im Rahmen des fusionsrechtlichen Systems – in der Regel nicht dazu führen sollte, dass Nachhaltigkeitsbestrebungen vermindert werden.

##### 2. Nachhaltigkeit in der Schadenstheorie

49 Rn. 23 des MG-Entwurfs nennt „sustainability“ ausdrücklich als möglichen Gegenstand der „theory of harm“ (siehe auch MG-Entwurf, Rn. 55, 114–118). Im Zusammenhang mit den Ausführun-

---

<sup>16</sup> Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, 2023/C 259/01.

gen zu den Schadenstheorien verweist Rn. 119 des MG-Entwurfs jedoch in der Folge nur allgemein auf die Verschlechterung zentraler Wettbewerbsparameter, ohne „*sustainability*“ nochmals konkret „auszubuchstabieren“ und ohne auf konkrete Schadenstheorien betreffend Nachhaltigkeitsaspekte einzugehen. Insoweit merkt die Studienvereinigung Folgendes an:

- Beurteilung des Verlusts von Nachhaltigkeit innerhalb des SIEC-Tests: Zunächst wird seitens der Studienvereinigung ausdrücklich begrüßt, dass der MG-Entwurf den Verlust von Nachhaltigkeit als berücksichtigungsfähigen Nachteil anerkennt und diesen *im Rahmen des SIEC-Tests* beurteilt. Die Kommission bleibt somit innerhalb der wettbewerblichen Analyse.
- Konkrete Schadenstheorien betreffend Nachhaltigkeitsaspekte: Bemängelt wird jedoch, dass Nachhaltigkeitsverluste nur innerhalb der allgemeinen Schadenstheorien behandelt werden, ohne in Bezug auf Nachhaltigkeitsaspekte konkreter zu werden. Der MG-Entwurf anerkennt zwar bereits ausdrücklich den Schutz des „grünen“ Innovationswettbewerbs und ebenso z.B. „*clean tech*“ als relevanten Bereich bei der Beurteilung von Innovationsnähe (z.B. MG-Entwurf, Rn. 9, 15 lit. a) Ziff. iii), 16, 169–175, 184, 186–191). Um Nachhaltigkeitsverluste im Rahmen der Schadenstheorie sichtbarer zu machen, wäre es jedoch empfehlenswert, eine ausdrückliche Liste bzw. einen eigenen Unterpunkt nachhaltigkeitsbezogener Schadenstheorien aufzunehmen. In diesem Rahmen könnten auch konkretere Ausführungen zu „*green killer acquisitions*“ aufgenommen werden, in denen konkretisiert wird, ob und unter welchen Voraussetzungen die Übernahme eines Wettbewerbers zu einem berücksichtigungsfähigen Nachhaltigkeitsverlust führen könnte. Ebenso könnten Beispiele wie die Verzögerung grüner Technologien oder die Abschottung durch grüne Schlüsseltechnologien konkreter benannt und ausgeführt werden.
- Konkretisierung der „*closeness of competition*“ betreffend Nachhaltigkeit (z.B. MG-Entwurf, Rn. 130–142): Rn. 133 des MG-Entwurfs nennt „*sustainability*“ ausdrücklich als relevanten Parameter für die Beurteilung der „*closeness of competition*“. Der MG-Entwurf führt jedoch nicht aus, wie diese Nähe konkret zu bemessen ist. Diesbezüglich wird empfohlen, konkrete Beurteilungskriterien aufzunehmen (z.B. ähnliche Nachhaltigkeitszertifizierungen oder ESG-/Umweltstandards; vergleichbarer CO<sub>2</sub>-Fußabdruck oder vergleichbare Dekarbonisierungsstrategie, ähnliche Marktpositionierung, etc.).
- Nachhaltige Inputs/Lieferketten in der „*foreclosure*“-Analyse (MG-Entwurf, Rn. 208–211, 248–251, 302 lit. e): In Rn. 302 lit. e) des MG-Entwurfs wird anerkannt, dass der bessere Zugang zu kritischen oder nachhaltigeren Inputs Effizienzvorteile begründen kann. Umgekehrt

könnte noch deutlicher geregelt werden, dass der Ausschluss von nachhaltigen Inputs/Lieferketten auch zu nachteiligen „*foreclosure*“-Effekten führen kann.

### 3. Nachhaltigkeit als Effizienzvorteil

50 Seitens der Studienvereinigung wird begrüßt, dass Nachhaltigkeitsaspekte als Effizienzvorteile in den MG-Entwurf aufgenommen wurden (siehe z.B. MG-Entwurf, Rn. 34, 291–300):

- Beispiele für Nachhaltigkeitsvorteile: Der MG-Entwurf nennt in Rn. 297 f. bereits einige Beispiele bzw. Kriterien für berücksichtigungsfähige Nachhaltigkeitsvorteile und stellt klar, dass Nachhaltigkeitsvorteile auch dann berücksichtigt werden können, wenn sie zu keinem Kostenvorteil führen. Um die Anwendung in der Praxis zu vereinfachen, könnte jedoch noch stärker ausgearbeitet werden, welche konkreten Kriterien die Kommission für die Beurteilung von Nachhaltigkeitsvorteilen als relevant erachtet. Zudem wären weitere praxisnahe Beispiele hilfreich.
- Abgrenzung regulatorischer Notwendigkeiten (MG-Entwurf, Rn. 310): Es sollte klargestellt werden, dass ein Vorteil dann nicht fusionsspezifisch ist, wenn er unabhängig vom Zusammenschluss rechtlich zwingend wäre (z.B. wegen bestehender Regulierung, CSRD-/Taxonomie-Anforderungen, etc.).
- Zeithorizont bei Nachhaltigkeitsvorteilen (MG-Entwurf, Rn. 306, 328): Der Eintritt von Nachhaltigkeitsvorteilen liegt oft weit in der Zukunft. Der MG-Entwurf sollte demzufolge konkretisieren, welcher Zeithorizont insbesondere bei Nachhaltigkeitsaspekten berücksichtigungsfähig sein kann. Ebenso sollte konkretisiert werden, wie solche langfristigen Nachhaltigkeitsvorteile nachgewiesen und kontrolliert werden können.
- Konkretisierung der Evidenzanforderungen (MG-Entwurf, Rn. 26–30, 304–308, 327–330): Nachhaltigkeitsvorteile unterliegen denselben Nachweisanforderungen wie andere Effizienzen. Die üblichen Kennzahlen und Belege sind für Nachhaltigkeitsvorteile jedoch nicht immer aussagekräftig. Es wird daher angeregt, dass die Kommission in Bezug auf Nachhaltigkeitsvorteile genauer ausführt und erweitert, welche Beweismittel relevant sein können, um Nachhaltigkeitsvorteile entsprechend zu verifizieren und nachzuweisen. Die Kommission sollte erwägen, Instrumente der Umwelt- und Verhaltensökonomie heranzuziehen, um die Quantifizierung solcher Vorteile zu unterstützen, und hier noch genauere Angaben machen.



- „*Collective benefits*“ und „*out-of-market benefits*“ (MG-Entwurf, Rn. 321 f., 352–357): Positiv angemerkt wird, dass die Kommission auch „*collective benefits*“ und „*out-of-market benefits*“ anerkennt.<sup>17</sup> Jedoch sind diese Begriffe sehr eng gefasst und diese Vorteile nur berücksichtigungsfähig, sofern die Vorteile im Wesentlichen dieselben Kunden betreffen, die andernfalls durch den Zusammenschluss benachteiligt würden. Vorteile im Bereich der Nachhaltigkeit stehen jedoch oft im Zusammenhang mit Vorteilen, die sich über mehrere Märkte und Interessengruppen hinweg auswirken. Bei vertikalen Zusammenschlüssen können solche Vorteile in mehreren vertikal verbundenen Produkt- oder geografischen Märkten zum Tragen kommen, die wahrscheinlich unterschiedliche Verbrauchergruppen betreffen, und bei denen nicht zwingend überwiegende Überschneidungen vorliegen. Diesbezüglich wird daher angeregt, die Voraussetzung für die Berücksichtigungsfähigkeit zu überarbeiten und hier ein weiteres Verständnis betreffend Nachhaltigkeitsvorteile zuzulassen. Ebenso könnten noch weitere fusionsspezifische, praxisnahe Beispiele aufgenommen werden.
- Greenwashing: In Bezug auf die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsvorteilen sollte auch eine klare Abgrenzung zu Greenwashing getroffen werden. Dazu könnte etwa noch ein eigener Abschnitt aufgenommen werden.

#### 4. Auflagen für Nachhaltigkeitsbedenken

- 51 Die Studienvereinigung schlägt zudem vor, dass auch die Befugnis aufgenommen wird, nachhaltigkeitsspezifische Auflagen und Bedingungen zum Schutz der behaupteten Umweltvorteile festzulegen (z.B. Zugang zu nachhaltigen Inputs, Lizenzierung grüner Technologien, Fortführung bestimmter F&E-Projekte, Nichtdiskriminierung beim Zugang zu nachhaltiger Infrastruktur, etc.).

### V. „Digitalisation“

#### 1. „*Scale, start-ups and innovation shield*“<sup>18</sup>: Berücksichtigung des Gatekeeper-Sonderstatus

- 52 Der in Rn. 192 des MG-Entwurfs neu eingefügte „*innovation shield*“ ist grundsätzlich zu begrüßen, da er einen systematischen Ansatz zur Berücksichtigung von Innovationsanreizen im Rahmen der Fusionskontrolle bietet und damit die Rechtssicherheit bei innovationsgetriebenen Zusammenschlüssen erhöht. Problematisch ist aber, dass der „*shield*“ DMA-Gatekeepern automatisch versagt

<sup>17</sup> Dazu und zu dem Folgenden auch unten, Rn. 94.

<sup>18</sup> MG-Entwurf, Rn. 11–18, 192.



wird, obwohl der Gatekeeper-Status nach Art. 3 Abs. 2 DMA an plattformspezifische Kriterien (Vermittlungsstellung, quantitative Schwellenwerte hinsichtlich des Umsatzes und der Nutzerzahlen) anknüpft und keinen Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung auf einem konkreten relevanten Markt im fusionskontrollrechtlichen Sinne voraussetzt. Diese wesentliche Differenzierung zwischen dem Gatekeeper-Status nach dem DMA und der marktbeherrschenden Stellung im fusionskontrollrechtlichen Sinne findet im MG-Entwurf keine hinreichende Berücksichtigung. Der „innovation shield“ sollte nicht allein unter Verweis auf die Gatekeeper-Stellung versagt werden, vielmehr ist die wettbewerbliche Stellung des Erwerbers im konkreten Einzelfall und auf dem jeweils betroffenen Markt zu prüfen.

## 2. Wettbewerbsparameter<sup>19</sup>: „privacy“ als Wettbewerbsparameter

- 53 Die Anerkennung von „privacy“ als Wettbewerbsparameter in Rn. 20 des MG-Entwurfs ist zu begrüßen. Allerdings fehlt in den Guidelines eine klare Grenzziehung hinsichtlich der Reichweite dieses Parameters. „Privacy“ darf innerhalb der FKVO kein eigenständiges regulatorisches Prüfungskriterium werden, sondern sollte nur insoweit Relevanz entfalten, als sie das Wettbewerbsverhalten der beteiligten Unternehmen tatsächlich beeinflusst. Die Studienvereinigung regt insoweit an, dass die Guidelines klarstellen, dass eine Verschlechterung des Datenschutzniveaus nur dann als fusionskontrollrechtlich relevanter Schaden zu qualifizieren ist, wenn sie sich in einer messbaren Verringerung der Qualität oder des Werts des Dienstleistungsangebots für die Verbraucher niederschlägt. Damit wird verhindert, dass die Fusionskontrolle zu einem Durchsetzungsinstrument datenschutzrechtlicher Vorgaben umfunktioniert wird.

## 3. Marktanteile in dynamischen Märkten<sup>20</sup>: Begrenzte Aussagekraft von Marktanteilen

- 54 Die in Rn. 64 lit. c) des MG-Entwurfs zum Ausdruck gebrachte Anerkennung, dass Marktanteile in „nascent“- und dynamischen Märkten weniger zuverlässige Indikatoren für die Wettbewerbsstellung darstellen, ist positiv zu bewerten. Es fehlen jedoch klare Leitplanken dafür, unter welchen Voraussetzungen die Kommission zugunsten alternativer Indikatoren – etwa „diversion ratios“, interner Dokumente, Nutzeraktivitätsdaten oder Innovationspipeline-Analysen – von der herkömmlichen Marktanteilsbetrachtung abweichen wird. Die Studienvereinigung regt diesbezüglich eine weitergehende Klarstellung durch die Kommission an, die insbesondere konkrete Marktcha-

<sup>19</sup> MG-Entwurf, Rn. 19–25.

<sup>20</sup> MG-Entwurf, Rn. 60–69.

rakteristika benennt (z.B. Innovationszyklen unter zwei Jahren, volatile Marktanteile mit Schwankungen über 10 % in drei Jahren), unter deren Vorliegen alternative Bewertungsmaßstäbe heranzuziehen sind, damit die Analysemethodik für die Zusammenschlussparteien vorhersehbar ist.

#### 4. Marktzutrittsschranken<sup>21</sup>

##### a) Ökosysteme als eigenständige Zutrittsbarriere

- 55 Mit Rn. 79 lit. c) des MG-Entwurfs wird eine neue Kategorie innerhalb des bestehenden Prüfungspunkts „Marktzutrittsschranken“ eingeführt, die Ökosysteme als eigenständige Zutrittsbarriere erfasst. Es besteht in dem Zusammenhang die Gefahr, dass diese Randnummer in ihrer gegenwärtigen Fassung zu allgemein formuliert ist und dadurch zu einer faktischen Absenkung der Eingriffsschwelle führt. Die Studienvereinigung regt daher an, dass die Guidelines konkret spezifizieren, welche kumulativen Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit ein Ökosystem als Marktzutrittsbarriere qualifiziert werden kann – etwa das Vorliegen signifikanter Wechselkosten, technischer Inkompatibilität oder vertraglicher Exklusivbindungen.

##### b) Netzwerkeffekte und Lock-in

- 56 Die detaillierte Aufzählung von Daten, Software und Algorithmen als potenzielle Zutrittsbarrieren in den Rn. 76 lit. c), 79 lit. a) des MG-Entwurfs erhöht grundsätzlich die Rechtssicherheit. Gleichwohl lässt die bloße Existenz von Netzwerkeffekten nicht per se auf hohe Marktzutrittsschranken schließen, da die wettbewerbliche Bedeutung solcher Effekte maßgeblich von den konkreten Marktgegebenheiten abhängt – insbesondere von der Stärke der Effekte, dem Ausmaß von Multi-Homing und der Verfügbarkeit alternativer Datenzugangsquellen. Die Studienvereinigung regt daher an, dass die Kommission stets eine Einzelfallprüfung vornimmt.

#### 5. Netzwerkeffekte, „*tipping*“, „*multi-sided platforms*“<sup>22</sup>

##### a) „*Market tipping*“

- 57 In Rn. 154 des MG-Entwurfs werden erstmals drei Verstärkungsmechanismen systematisch aufgeführt, die zu einem „*market tipping*“ führen können. Die in Rn. 155 f. des MG-Entwurfs enthal-

---

<sup>21</sup> MG-Entwurf, Rn. 75–79.

<sup>22</sup> MG-Entwurf, Rn. 153–157.

tenen Vorbehalte – insbesondere der Verweis auf Multi-Homing, Interoperabilität und Datenportabilität als mildernde Faktoren – sind sachgerecht und tragen zur Differenzierung bei. Gleichwohl könnten die Guidelines die Kriterien für „critical scale“ und das „tipping“-Risiko noch stärker konkretisieren, etwa durch Angabe qualitativer Indikatoren (wie den Grad der Nutzerheterogenität oder die Existenz differenzierter Nachfragesegmente), die gegen ein „tipping“ sprechen. Die praktische Anwendbarkeit der Analyse hängt davon ab, ob die Zusammenschlussparteien ex ante einschätzen können, wann die Kommission ein erhöhtes „tipping“-Risiko annehmen wird.

## **b) Interoperabilität und Datenportabilität**

- 58 Die ausdrückliche Nennung von Interoperabilität als ein limitierender Faktor für Marktmacht (MG-Entwurf, Rn. 156) ist zu begrüßen. Darüber hinaus sollten die Guidelines an dieser Stelle einen ausdrücklichen Verweis auf die Interoperabilitätsverpflichtungen des DMA aufnehmen, namentlich auf Art. 6 und 7 DMA, um die Kohärenz zwischen Fusionskontrolle und sektorspezifischer Regulierung zu stärken. Soweit ein fusionsbeteiligtes Unternehmen bereits den Interoperabilitätsverpflichtungen des DMA unterliegt, sollte dies als Faktor berücksichtigt werden, der das „tipping“-Risiko mindert.

## **c) Mehrseitige Plattformen**

- 59 Die in Rn. 157 des MG-Entwurfs eingeräumte Wahlfreiheit der Kommission zwischen einer getrennten und einer holistischen Bewertung mehrseitiger Plattformen birgt das Risiko einer ergebnisorientierten Anwendung. Die Studienvereinigung regt an, dass die Guidelines klare Entscheidungskriterien für die Wahl des Bewertungsansatzes formulieren – etwa dergestalt, dass eine holistische Bewertung nur dann sachgerecht ist, wenn die Interdependenzen zwischen den Marktseiten so stark sind, dass eine isolierte Betrachtung zu systematischen Bewertungsfehlern führen würde.

## **6. Innovationswettbewerb<sup>23</sup>: Innovationsnähe in digitalen Industrien<sup>24</sup>**

- 60 Die Heranziehung von Netzwerkeffekten und Datenzugang als Indikatoren für eine „important innovative force“ ist in der Entscheidungspraxis bislang wenig erprobt und wirft erhebliche Abgrenzungsfragen auf. Die Studienvereinigung regt die Schaffung klarer Messgrößen und Schwellenwerte an, um eine willkürliche Anwendung der Kriterien zu verhindern. Insbesondere bedarf es einer Klarstellung, ob die bloße Fähigkeit zur Nutzung von Netzwerkeffekten („ability to exploit“)

---

<sup>23</sup> MG-Entwurf, Rn. 175–192.

<sup>24</sup> MG-Entwurf, Rn. 190 f.

für die Einstufung als „*important innovative force*“ genügt oder ob darüber hinaus ein konkreter Nachweis der tatsächlichen Nutzung dieser Effekte im Innovationsprozess erforderlich ist. Die Studienvereinigung vertritt die Auffassung, dass allein die potenzielle Fähigkeit nicht ausreichen sollte, da andernfalls der restriktive Charakter des Konzepts ausgehebelt würde.

## 7. Verlust potenziellen Wettbewerbs<sup>25</sup>

### a) „*Killer acquisitions*“ und „*pre-emptive mergers*“

- 61 Die in Rn. 194 des MG-Entwurfs niedergelegten kumulativen Voraussetzungen der neuen Schadenstheorie sind grundsätzlich sachgerecht und spiegeln die berechtigte Sorge vor dem Aufkauf potenzieller Wettbewerber wider. Ohne die Einführung einer Transaktionswertschwelle – wie sie etwa in Deutschland mit § 35 Abs. 1a GWB und in Österreich mit § 9 Abs. 4 KartG existiert – bleibt diese Schadenstheorie jedoch für viele digitale Transaktionen faktisch unanwendbar, da die betreffenden Zusammenschlüsse mangels Erreichens der Umsatzschwellen nicht von der EU-Fusionskontrolle erfasst werden. Die Studienvereinigung weist darauf hin, dass dieses jurisdiktionelle Defizit durch die Guidelines allein nicht geschlossen werden kann, sondern eine Überarbeitung der Aufgreifschwelle der FKVO selbst erfordert. Ergänzend sollten die Guidelines klarstellen, wie sich die neue Schadenstheorie zum Verweisungsmechanismus nach Art. 22 FKVO verhält, um eine kohärente Erfassung unterhalb der Umsatzschwellen liegender Transaktionen zu gewährleisten.

### b) Beweisanforderungen<sup>26</sup>

- 62 Die Guidelines sehen keinen festen Prognosezeitraum vor, sondern stellen die Beurteilung auf einen Maßstab des „*reasonable degree of certainty*“ ab (MG-Entwurf, Rn. 206). Dieser Maßstab ist zu unbestimmt und birgt das Risiko einer uneinheitlichen und im ungünstigsten Fall willkürlichen Anwendung, zumal in digitalen Märkten mit besonders unsicheren Entwicklungsprognosen. Die Studienvereinigung regt an, dass die Kommission in den Guidelines Leitlinien für den zeitlichen Prognosehorizont formuliert – etwa dergestalt, dass der Prognosezeitraum in der Regel nicht mehr als drei bis fünf Jahre betragen sollte, sofern nicht besondere Umstände eine längere Betrachtung rechtfertigen.

---

<sup>25</sup> MG-Entwurf, Rn. 193–207.

<sup>26</sup> MG-Entwurf, Rn. 203, 206, 296.

## 8. „Foreclosure“<sup>27</sup>

### a) Interoperabilität als „foreclosure“-Mechanismus<sup>28</sup>

- 63 Die ausdrückliche Benennung der Interoperabilitätsdegradierung als „foreclosure“-Strategie ist grundsätzlich positiv zu bewerten, insbesondere, dass der bereits existierende Prüfungsrahmen herangezogen wird. Die Studienvereinigung betont, dass bei der Bewertung einer potenziellen Interoperabilitätsdegradierung stets auch die regulatorischen Verpflichtungen des fusionsbeteiligten Unternehmens – insbesondere aus dem DMA – zu berücksichtigen sind, die einer solchen Strategie bereits rechtlich entgegenstehen können.

### b) „Targeted foreclosure“

- 64 Für eine kohärente und zusammenhängende Darstellung des „targeted foreclosure“ (siehe MG-Entwurf, Rn. 236, 246) wäre eine integrierte Behandlung unter Einbeziehung der Ökosystem-Perspektive hilfreich. Die Studienvereinigung regt an, die Randnummern zum „targeted foreclosure“ systematisch mit der Ökosystem-Analyse in Rn. 79 lit. c) des MG-Entwurfs und der „entrenchment“-Theorie in Rn. 252–259 des MG-Entwurfs zu verknüpfen, um den Zusammenhang zwischen plattformübergreifenden Strategien und genereller Marktabstottung genauer herauszuarbeiten und Überlappungen zwischen den Schadenstheorien zu vermeiden.

### c) „Dynamic foreclosure incentives“

- 65 Mit den „dynamic foreclosure incentives“ (MG-Entwurf, Rn. 239 f.) wird ein neues Konzept eingeführt, das langfristige Anreize zur Marktmachtsicherung über Netzwerkeffekte und Datenaggregation als eigenständigen „foreclosure“-Mechanismus behandelt. Dieses Konzept ist in der bisherigen Entscheidungspraxis kaum erprobt. Eine klare Abgrenzung des Anwendungsbereichs ist erforderlich. Insbesondere muss sichergestellt werden, dass die Beweislast für das Vorliegen dynamischer „foreclosure“-Anreize bei der Kommission verbleibt und nicht faktisch auf die Zusammenschlussparteien verlagert wird, was den in Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO verankerten Grundsatz der behördlichen Darlegungslast unterminieren würde. Die Guidelines sollten klarstellen, dass die Kommission sowohl die „ability“ als auch den konkreten „incentive“ zur dynamischen „foreclosure“ nachweisen muss und hierbei nicht von der bloßen Möglichkeit auf die Wahrscheinlichkeit schließen darf.

---

<sup>27</sup> MG-Entwurf, Rn. 208–251.

<sup>28</sup> MG-Entwurf, Rn. 210, 215 f.

#### **d) DMA-Berücksichtigung bei „foreclosure“**

- 66 Die Anforderungen an das in Rn. 227 des MG-Entwurfs vorgesehene „*summary assessment*“ sollten genauer ausdefiniert werden. Für die beteiligten Unternehmen muss transparent sein, unter welchen Voraussetzungen und mit welcher Prüfungstiefe die Kommission eine solche zusammenfassende Bewertung vornimmt. Die Studienvereinigung regt an, dass die Guidelines konkret benennen, welche DMA-Verpflichtungen (insbesondere Art. 5–7 DMA) bei der „foreclosure“-Analyse als Restriktion des Verhaltens berücksichtigt werden und in welchem Umfang die DMA-Compliance als Gegenargument gegen eine „foreclosure“-These herangezogen werden kann.

### **9. „Entrenchment“<sup>29</sup>**

#### **a) Neue eigenständige Schadenstheorie**

- 67 Das „entrenchment“ einer dominanten Position in einem Kernmarkt oder über ein Ökosystem hinweg wird in den Guidelines als neue eigenständige Schadenstheorie eingeführt. Die Abgrenzung zum bereits bestehenden Konzept der „foreclosure“ bleibt jedoch unklar, was das Risiko einer faktischen Ökosystem-Sonderregel begründet. Die Studienvereinigung spricht sich für klare Abgrenzungskriterien aus, die es ermöglichen, die beiden Schadenstheorien trennscharf anzuwenden. Konkret sollte die Kommission spezifizieren, dass „entrenchment“ nur dann als eigenständige Schadenstheorie herangezogen werden kann, wenn der wettbewerbsschädigende Mechanismus nicht bereits vollständig durch die „foreclosure“-Analyse erfasst wird – etwa, weil der Schaden nicht in einer Marktabschottung gegenüber bestimmten Wettbewerbern besteht.

#### **b) Daten und strategische Assets**

- 68 Rn. 256 des MG-Entwurfs benennt Daten, geistiges Eigentum und Kundenakquisitionskanäle als Assets, die ein „entrenchment“ begründen können. Die Guidelines sollten für den Nachweis des „entrenchment“ verlangen, dass die betreffenden Assets tatsächlich einzigartig, nicht replizierbar oder knapp sind. Ein bloßer Datenvorteil gegenüber Wettbewerbern sollte für sich genommen nicht ausreichen, um die Schwelle zur wettbewerbsschädigenden Wirkung zu überschreiten.

---

<sup>29</sup> MG-Entwurf, Rn. 252–259.



### c) Wechselwirkung mit Potenzialwettbewerb

- 69 Mit der neuen Theorie der „kumulativen“ „*entrenchment*“- und Potenzialwettbewerbseffekte (siehe MG-Entwurf, Rn. 257) wird ein Zusammenspiel zweier Schadenstheorien in den Blick genommen. Die Studienvereinigung regt die Einfügung klarer Abgrenzungskriterien an, um zu verhindern, dass eine kumulative Anwendung beider Theorien zu einer faktischen Absenkung der Beweislast führt. Insbesondere sollte die Kommission klarstellen, dass bei kumulativer Heranziehung beider Schadenstheorien für jede einzelne Theorie die vollen Beweisforderungen gelten und keine wechselseitige Ergänzung von Beweislücken zulässig ist.

## 10. Koordinierte Effekte<sup>30</sup>: KI und algorithmische Koordination

- 70 Die erstmalige Benennung von KI und Big Data als Koordinationsfaktoren in den Guidelines (MG-Entwurf, Rn. 267 lit. f), 272) wird von der Studienvereinigung begrüßt. Allerdings begründet die bloße Verfügbarkeit von KI-Tools für sich genommen noch keine erhöhte Koordinierungsgefahr. Es bedarf vielmehr des Nachweises, dass die eingesetzten Algorithmen tatsächlich geeignet sind, die Markttransparenz in einem Ausmaß zu erhöhen, dass eine stillschweigende Koordination erleichtert oder stabilisiert wird. Die Parameter für die Beurteilung der Markttransparenz sollten in den Guidelines genauer herausgearbeitet werden – etwa unter Berücksichtigung der Art der verwendeten Algorithmen, der Symmetrie des algorithmischen Einsatzes unter den Marktteilnehmern und der Möglichkeit, algorithmische Abweichungsstrategien zu implementieren.

## 11. Sonstige wettbewerbswidrige Effekte<sup>31</sup>

### a) Datenzugang und „*commercially sensitive information*“

- 71 Die Bewertung des Datenzugangs soll nach Kriterien wie „*data increment*“, Varietät und Volumen erfolgen (siehe MG-Entwurf, Rn. 282–286), wobei eine SIEC auch ohne das Vorliegen einer klassischen „*foreclosure*“ möglich sein soll. Die Studienvereinigung regt die Aufnahme einer systematischen Darstellung der Datenbewertungskriterien in die Guidelines an und eine ausdrückliche Bezugnahme auf die einschlägigen Regelungen des Data Act sowie der DSGVO. Ergänzend sollte die Kommission klarstellen, unter welchen Voraussetzungen ein durch den Zusammenschluss erzeugter Datenvorteil die SIEC-Schwelle erreicht, um zu verhindern, dass jede datenbasierte Synergie als potenziell wettbewerbsschädlich behandelt wird. Dabei sollte berücksichtigt werden, ob die

---

<sup>30</sup> MG-Entwurf, Rn. 260–281.

<sup>31</sup> MG-Entwurf, Rn. 282–290.

zusammengeführten Daten auch aus anderen Quellen beschaffbar sind (Substituierbarkeit) und ob regulatorische Datenzugangspflichten bestehen.

### **b) Portfolioeffekte („portfolio effects“)<sup>32</sup>**

- 72 Portfolioeffekte (siehe MG-Entwurf, Rn. 287–290) haben besondere Relevanz für digitale Ökosysteme, da Plattformen typischerweise produktübergreifend agieren und aus der Bündelung verschiedener Dienste wettbewerbliche Vorteile ziehen können. Für den Nachweis einer Marktmachterhöhung durch digitale Portfolios sollten hohe Beweisanforderungen gelten, um sicherzustellen, dass bloße Produktvielfalt nicht ohne Weiteres als wettbewerbswidrig eingestuft wird. Die Studienvereinigung regt an, dass die Guidelines zwischen effizienzsteigender Produktbündelung einerseits und wettbewerbsbeschränkender Portfoliomacht andererseits differenzieren und hierfür klare Abgrenzungskriterien formulieren.

## **12. Interoperabilität als Effizienz**

- 73 Die Anerkennung nativer Software-Integration als Effizienz in Rn. 302 lit. g) des MG-Entwurfs ist positiv zu bewerten. Darüber hinaus sollten auch nicht-preisliche Interoperabilitätsgewinne – etwa in Form verbesserter Nutzerfreundlichkeit, erhöhter technischer Kompatibilität oder beschleunigter Innovationszyklen durch verbesserte Datenverfügbarkeit – angemessen berücksichtigt werden, um das Effizienzpotenzial digitaler Zusammenschlüsse vollständig zu erfassen.

## **13. Querschnittsthemen**

### **a) Call-In-Rechte und Verweisungen nach Art. 22 FKVO**

- 74 Der MG-Entwurf adressiert die Thematik der Call-in-Rechte und der Verweisungen nach Art. 22 FKVO nicht, obwohl diese Instrumente für die Erfassung digitaler Zusammenschlüsse von zentraler Bedeutung sind bzw. sein könnten.<sup>33</sup> Angesichts der durch die EuGH-Rechtsprechung in der Rechtssache *Illumina/Grail*<sup>34</sup> hergestellten Klarheit bezüglich der Grenzen des Verweisungsmechanismus des Art. 22 FKVO regt die Studienvereinigung an, dass die Guidelines zumindest einen Rahmen für die Anwendung von Art. 22 FKVO bei digitalen Transaktionen enthalten, einschließlich eines fristgebundenen Konsultationsverfahrens und klarerer Aufgreifkriterien.

---

<sup>32</sup> Siehe dazu allgemein bereits oben, Rn. 45 ff.

<sup>33</sup> Siehe zu den Themen „killer acquisitions“ und „pre-emptive mergers“ auch oben, Rn. 61.

<sup>34</sup> EuGH, Urteil vom 3.9.2024 – C-611/22 P u.a., NZKart 2024, 571 – *Illumina/Grail*.

## b) DMA-Kohärenz

- 75 Verweise auf den DMA finden sich an mehreren Stellen des MG-Entwurfs (namentlich im Zusammenhang mit dem „*innovation shield*“, der „*foreclosure*“-Analyse und den Marktzutrittsschranken).<sup>35</sup> Diese sind indes unsystematisch und nicht durchgehend konsistent angelegt. Die Studienvereinigung regt eine systematische Berücksichtigung der Verpflichtungen gemäß Art. 5–7 DMA an, um Wertungswidersprüche zwischen Fusionskontrolle und der sektorspezifischen Plattformregulierung zu vermeiden. Konkret sollten die Guidelines ein kohärentes Konzept enthalten, das klarstellt, (i) inwieweit bestehende DMA-Verpflichtungen bei der Prognose des künftigen Marktverhaltens zu berücksichtigen sind, (ii) ob DMA-Compliance als Restriktion im Rahmen der „*foreclosure*“-Analyse herangezogen werden kann, und (iii) in welchem Verhältnis der Gatekeeper-Status zum fusionskontrollrechtlichen Maßstab der Marktbeherrschung steht.

## VI. „Efficiencies“

### 1. Vorbemerkung – Grundlinie<sup>36</sup>

- 76 Die Studienvereinigung begrüßt die strukturelle Einbindung der Effizienzen in die SIEC-Beurteilung (MG-Entwurf, Rn. 21, 32–36, 292). Die Abkehr von Effizienzen als bloßem nachgelagertem Verteidigungsmittel, die konzeptionelle Gleichstellung von „*theories of harm*“ und „*theories of benefit*“ (MG-Entwurf, Rn. 23–25) sowie die symmetrische Würdigung positiver und negativer Wirkungen eines Zusammenschlusses greifen zentrale Anliegen der Studienvereinigung aus der ersten Konsultationsphase auf und verdienen ausdrückliche Zustimmung.
- 77 Entscheidend wird sein, dass die angelegte Symmetrie in der Praxis auch eingelöst wird. Positiv hervorzuheben sind der einheitliche Beweismaßstab für Schadens- und Nutzentheorien (MG-Entwurf, Rn. 26) sowie die Klarstellung, dass zwischen qualitativer und quantitativer Evidenz keine Hierarchie besteht (MG-Entwurf, Rn. 31). Zugleich verbleibt der Kommission ein weiter Beurteilungsspielraum in ökonomischen Fragen (MG-Entwurf, Rn. 20, 27, 300, 342), der die Symmetrie nicht unterlaufen darf. Die Guidelines sollten daher klarstellen, dass weder für Schadenstheorien noch für Effizienzen ein über die überwiegende Wahrscheinlichkeit („*balance of probabilities*“<sup>37</sup>) hinausgehender Nachweis verlangt wird und dass Prognoseunsicherheiten bei Schaden und Nutzen nach denselben Grundsätzen behandelt werden.

<sup>35</sup> Siehe dazu und zu dem Folgenden auch oben, Rn. 52, 58, 66.

<sup>36</sup> Siehe MG-Entwurf, Rn. 21–27, 32–36, 291–294.

<sup>37</sup> EuGH, Urteil vom 13.7.2023 – C-376/20 P, NZKart 2023, 421 Rn. 87 – *CK Telecoms*.

- 78 Die bisherige Fallpraxis unterstreicht den Klarstellungsbedarf: Soweit ersichtlich ist bislang kein Zusammenschluss allein aufgrund von Effizienzen freigegeben worden; anerkannt wurden Effizienzen nur in einer kleinen Zahl von Fällen<sup>38</sup>, während Effizienzvortrag in einer Vielzahl von Verfahren ohne Erfolg blieb. Ob die neuen Guidelines hieran etwas ändern, wird sich erst in der Verwaltungspraxis erweisen; umso wichtiger sind die nachfolgend angeregten Klarstellungen.

## 2. Zeitpunkt, Umfang und Erforderlichkeit des Effizienzvortrags<sup>39</sup>

- 79 Klarstellungsbedürftig ist zunächst das Verhältnis von Rn. 36 des MG-Entwurfs zu Rn. 25 und 291 des MG-Entwurfs: Nach Rn. 36 ist eine vorläufige Schadensfeststellung keine Voraussetzung dafür, dass Effizienzen vorgetragen und berücksichtigt werden können. Zugleich kündigt Rn. 291 an, dass nachgewiesene Effizienzen künftig eine „*key role*“ in der Fusionskontrolle spielen werden, und Rn. 25 verlangt, eine „*theory of benefit*“ „*in due time*“ zu substantiieren. Die Guidelines sollten unmissverständlich klarstellen, dass der Effizienzvortrag fakultativ bleibt und nicht – auch nicht faktisch – zur Freigabevoraussetzung oder zur Pflichtangabe in der Pränotifikation wird. Zusammenschlüsse, die nach bisheriger Praxis ohne Effizienzvortrag freigegeben worden wären, müssen auch künftig ohne zusätzliche Daten und ohne zusätzlichen Verfahrensaufwand freigegeben werden.
- 80 Hält die Kommission daran fest, dass Effizienzen im Grundsatz denselben Verbrauchern zugutekommen müssen, die durch den Zusammenschluss geschädigt würden (MG-Entwurf, Rn. 315, 334, 353 ff.), folgt daraus zwingend eine Sequenzierung des Vortrags: Ein umfassender, gegebenenfalls quantifizierter Effizienzvortrag ist sinnvoll erst möglich, wenn die Schadenstheorie durch die Kommission hinreichend konkretisiert ist – wenn also feststeht, in welchen Märkten und bei welchen Verbrauchergruppen die Kommission negative Wirkungen erwartet. Es ist nicht praktikabel, vorsorglich für jede denkbare betroffene Verbrauchergruppe Effizienzen zu identifizieren, zu belegen und zu quantifizieren. Die Guidelines sollten daher einen gestuften Vortrag vorsehen: In einem ersten Schritt genügt die Darlegung der „*theory of benefit*“ auf Grundlage der im Raum stehenden Schadenstheorien; Vertiefung und Quantifizierung erfolgen, sobald die Kommission ihre Bedenken konkretisiert hat. Konkretisiert die Kommission ihre Schadenstheorie erst spät im Verfahren, darf den Parteien ein darauf reagierender Effizienzvortrag nicht als verspätetes Vorbringen (vgl. MG-Entwurf, Rn. 29) entgegengehalten werden.

<sup>38</sup> Z.B. Kommission, Entscheidung vom 14.5.2008 – M.4854 – *TomTom/Tele Atlas*; Kommission, Entscheidung vom 2.9.2013 – M.6360 – *Nynas/Shell/Harburg Refinery*; Kommission, Entscheidung vom 19.5.2015 – M.7421 – *Orange/Jazztel*; Kommission, Entscheidung vom 8.1.2016 – M.7630 – *FedEx/TNT Express*; Kommission, Entscheidung vom 27.11.2018 – M.8792 – *T-Mobile NL/Tele2 NL*.

<sup>39</sup> MG-Entwurf, Rn. 25, 29, 36, 291, 307, 315 f.

- 81 Die Anforderungen an den Effizienzvortrag müssen zudem in der Praxis handhabbar bleiben. Die EU-Fusionskontrolle beansprucht schon heute bei Fällen mittlerer Komplexität wesentlich mehr Zeit als die Verfahren vergleichbarer Behörden (DoJ/FTC, CMA, Bundeskartellamt). Reguläre Phase-I-Fälle ohne Zusagen beanspruchen einschließlich Pränotifikation schon jetzt regelmäßig etwa ein halbes Jahr und mehr, während vergleichbare Behörden entsprechende Fälle häufig innerhalb von ein bis zwei Monaten abschließen. Wird der Effizienzvortrag faktisch zum Standard, ist eine weitere Verlängerung zu erwarten – zumal, wenn künftig auch schwierigere Fälle mit Effizienzargumenten angegangen werden. Das begrüßenswerte Angebot eines frühen Austauschs über Effizienzen bereits in der Pränotifikationsphase (MG-Entwurf, Rn. 36) darf deshalb nicht dazu führen, dass sich die ohnehin überlange Pränotifikation weiter verlängert.
- 82 Vor diesem Hintergrund sollten die Guidelines eine risikobasierte Prüfdichte verankern und konkrete Handreichungen geben, welcher Vortrag zu Effizienzen in welcher Verfahrenslage erforderlich und ausreichend ist. Eine vertiefte Effizienzprüfung sollte nur dort erfolgen, wo eine relevante Wettbewerbsbeeinträchtigung ernsthaft im Raum steht; Fälle des vereinfachten Verfahrens sollten ausdrücklich ausgenommen werden. In Konstellationen ohne spürbare Überschneidungen sollte allenfalls ein kurzes Effizienz-Statement genügen; eine Vollquantifizierung (MG-Entwurf, Rn. 307, 316, 329) wäre unverhältnismäßig. Dies dient der Vorhersehbarkeit und schont die Ressourcen der Parteien wie der Kommission.

### 3. Maßstab der Abwägung: Beseitigung der Erheblichkeit genügt

- 83 Nach Rn. 339 des MG-Entwurfs wird ein Zusammenschluss für vereinbar erklärt, wenn die nachgewiesenen Effizienzen den festgestellten Wettbewerbsschaden „*at least offset*“. Diese Formulierung greift zu kurz. Maßstab des Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3 FKVO ist die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs. Effizienzen müssen daher nicht jeden nachteiligen Effekt vollständig ausgleichen; es genügt, dass die Behinderung wirksamen Wettbewerbs unter Berücksichtigung der Effizienzen die Erheblichkeitsschwelle nicht mehr erreicht. Die Guidelines sollten dies ausdrücklich klarstellen und Rn. 339 des MG-Entwurfs sowie die auf vollständige Kompensation zielenden Formulierungen (etwa MG-Entwurf, Rn. 357: „*fully compensate*“) entsprechend anpassen. Der Ansatz in Rn. 340 des MG-Entwurfs, wonach auf die Verbraucher im relevanten Markt insgesamt und nicht auf jeden einzelnen Verbraucher abzustellen ist, weist in die richtige Richtung.

#### 4. Kriterien: Verifizierbarkeit, Fusionsspezifität, Verbrauchervorteil<sup>40</sup>

- 84 Das Festhalten an den kumulativen Kriterien Verifizierbarkeit, Fusionsspezifität und Verbrauchervorteil (MG-Entwurf, Rn. 294) erscheint vor dem Hintergrund des neu betonten Fähigkeit-Anreiz-Ansatzes (MG-Entwurf, Rn. 327) teilweise redundant und konzeptionell nicht vollständig kohärent. Eine weitergehende Angleichung der Frameworks für „*theories of harm*“ und „*theories of benefit*“ würde nicht nur das Ziel symmetrischer Evidenzmaßstäbe stützen, sondern auch die „*balancing exercise*“ kohärenter ausgestalten.
- 85 Weitere Guidance erscheint erforderlich, wie mit unsicheren Effizienzen umzugehen ist (MG-Entwurf, Rn. 334, 341). Rn. 334 des MG-Entwurfs deutet an, dass Effizienzen entsprechend ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit diskontiert werden können. Es sollte klargestellt werden, dass eine solche Diskontierung nicht zu einer faktischen Nichtberücksichtigung dynamischer Effizienzen führen darf; dies ist insbesondere für Innovationseffizienzen relevant, die andernfalls kaum Eingang in die Gesamtwürdigung fänden.
- 86 Das Kriterium, dass externe Gutachten möglichst *in tempore non suspecto* – vor Beginn der Verhandlungen über den Zusammenschlussvertrag – erstellt sein sollen (MG-Entwurf, Rn. 309, 330), ist praxisfern. Belastbare externe Analysen setzen regelmäßig Zugang zu Informationen beider Parteien voraus und können daher typischerweise nicht vor Verhandlungsbeginn vorliegen, allenfalls als erste Identifikation möglicher Effizienzen. Das Kriterium sollte als ein Indiz unter mehreren ausgestaltet werden, nicht als faktische Voraussetzung erhöhter Beweiskraft; das Fehlen sehr früher Quantifizierungen darf kein negatives Indiz entfalten. Ebenso sollten eigens für das Fusionskontrollverfahren erstellte, ganzheitliche wettbewerbsökonomische Analysen zumindest gleichrangig gewürdigt werden, da für derart umfassende Betrachtungen außerhalb des Verfahrens regelmäßig kein Anlass besteht, insbesondere mit Blick auf gegebenenfalls erst spät im Verfahren identifizierte Bedenken.
- 87 Bei der Fusionsspezifität (MG-Entwurf, Rn. 310–314) ist zu begrüßen, dass nur „*reasonably practical*“ Alternativen zu adressieren sind, und bloß hypothetische Möglichkeiten außer Betracht bleiben (MG-Entwurf, Rn. 311). Die Guidelines sollten darüber hinaus die Materialitätsschwelle präzisieren und klarstellen, dass keine Pflicht zur detaillierten Durchkalkulation spekulativer Kooperationsmodelle besteht. Als Positivbeispiel gelungener Belegführung kann die Entscheidung *Nynas/Shell/Harburg Refinery*<sup>41</sup>, auf die bereits Fn. 385 des MG-Entwurfs verweist, auch im Text

<sup>40</sup> MG-Entwurf, Rn. 294, 304–316, 327–338.

<sup>41</sup> Kommission, Entscheidung vom 2.9.2013 – M.6360, Rn. 410–417, 460 – *Nynas/Shell/Harburg Refinery*.



benannt werden. Präzisierungsbedarf besteht ferner bei der Abgrenzung produktiver Beschaffungssynergien von bloßer Nachfragemacht (MG-Entwurf, Rn. 302 lit. c)), die der MG-Entwurf weitgehend offenlässt.

## 5. Preis-/Mengenvorteile und „pass-through“<sup>42</sup>

- 88 Die Anerkennung, dass auch typischerweise als fix eingestufte Kosten in bestimmten Märkten mit dem Output variieren und damit für Preisentscheidungen relevant sein können (MG-Entwurf, Rn. 317), greift eine Forderung der Studienvereinigung auf, bleibt aber eng und einzelfallabhängig. Es sollte klargestellt werden, dass Fixkosteneinsparungen nicht per se vom „pass-through“ ausgeschlossen sind, und es sollten praxisnahe Kriterien für ihre Berücksichtigung aufgenommen werden.
- 89 Effizienzen, die unmittelbar auf die Preissetzung wirken – insbesondere Grenzkostensenkungen sowie EDM<sup>43</sup>- und „Cournot“-Effekte (MG-Entwurf, Rn. 302 lit. d), 317) –, sollten nicht erst auf der Stufe der Abwägung, sondern bereits in der SIEC-Analyse selbst berücksichtigt werden. Dies entspricht der ökonomischen Praxis, in der Preisdruckindizes Effizienzen ohnehin einbeziehen (vgl. MG-Entwurf, Rn. 343, Fn. 414). Bei vertikalen Konstellationen sollte zudem das Verhältnis von EDM zu Schadenstheorien erhöhter Rivalenkosten („*raising rivals' costs*“) klar geordnet werden, damit EDM in der Praxis nicht unbeachtet bleibt. Andernfalls droht die strukturelle Integration der Effizienzen durch eine nachgelagerte Sub-Prüfung wieder entwertet zu werden.

## 6. Dynamische Effizienzen, Investition, Resilienz<sup>44</sup>

- 90 Die Anerkennung von Investitionsanreizen und des Zugangs zu Finanzierung als dynamische Effizienzen (MG-Entwurf, Rn. 296, 325 lit. g)) entspricht der Position der Studienvereinigung. Kritisch ist jedoch der „*financial-constraint*“-Vorbehalt (MG-Entwurf, Rn. 327 lit. a), Fn. 407), wonach ein bloß verbesserter Kapitalzugang bei nicht finanziell beschränkten Unternehmen nicht ausreichen soll. Dieser Vorbehalt greift zu kurz: Auch bei nicht beschränkten Unternehmen können niedrigere Kapitalkosten, bessere Ratings oder geringere Transaktionskosten reale, wettbewerbswirksame Investitionseffizienzen begründen.
- 91 Rn. 306 und 328 des MG-Entwurfs lassen zu Recht längere Zeithorizonte zu, wenn dies den Markteigenschaften und der Schadenstheorie entspricht; die zitierten Beispiele stammen jedoch

<sup>42</sup> MG-Entwurf, Rn. 300, 302 lit. d), 317 f., 343.

<sup>43</sup> „*Elimination of double marginalization*“.

<sup>44</sup> MG-Entwurf, Rn. 296–300, 325–338.

nahezu ausschließlich aus Telekommunikationsfällen (MG-Entwurf, Fn. 380 f.). Beispiele aus weiteren Sektoren mit langen Investitions- und Innovationszyklen (etwa Pharma, Energienetze, Deep Tech) einschließlich anerkannter Evidenzpfade (Meilensteine, Investitions-Roadmaps, unabhängige Bewertungen) würden verhindern, dass langfristige F&E-getriebene Effizienzen systematisch untergewichtet werden. Offen bleibt zudem, wie Resilienzvorteile zu definieren und aus welcher Perspektive sie zu bewerten sind (Rn. 297–299, 322): aus Sicht der Verbraucher, der Unternehmen oder gesamtwirtschaftlich. Da Resilienz<sup>45</sup> ihrem Wesen nach eher unwahrscheinliche Szenarien betrifft und ihr Erwartungswert für Verbraucher gering erscheinen mag, ist weitere Guidance erforderlich.

## 7. „Balancing“ und Quantifizierung<sup>46</sup>

- 92 Die Symmetrie muss auch in der Beweistiefe gelten: Sollen die Parteien Effizienzen quantifizieren, soweit realistischerweise möglich (MG-Entwurf, Rn. 307, 316), so sollte die Kommission im Gegenzug auch den potenziellen Schaden – etwa erwartete Preiserhöhungen – soweit möglich quantifizieren, damit Schaden und Nutzen auf gleicher Ebene abgewogen werden. Eine faktische Quantifizierungsasymmetrie – belastbare Quantifizierung der Effizienzen bei nur qualitativer Schadensfeststellung – würde die proklamierte Symmetrie unterlaufen. Die abgestufte Folge Quantifizierung, Magnitude, Größenordnung (MG-Entwurf, Rn. 307 f., 316, 344, 348) darf zudem nicht dazu führen, dass nicht exakt quantifizierbare – insbesondere dynamische und qualitative – Effizienzen systematisch geringer gewichtet werden; „*magnitude*“ und „*order of magnitude*“ sollten als gleichrangige Nachweisformen anerkannt werden. Schließlich können methodische Festlegungen wie Zeithorizont und Diskontierung (MG-Entwurf, Rn. 347, 350, Fn. 418 f.) das Abwägungsergebnis erheblich beeinflussen; konservativ hohe Diskontsätze dürfen künftige Vorteile nicht faktisch entwerten. Soweit die Kommission ökonomische Modelle und Quantifizierungstools einsetzt (MG-Entwurf, Rn. 137, 343, Fn. 414), sollten die zentralen Methoden und Annahmen offengelegt werden.
- 93 Der Vorbehalt, wonach Effizienzen bei monopolnaher Marktstellung praktisch nie ausreichen (MG-Entwurf, Rn. 35), sowie das Argument, geringerer Wettbewerb mindere langfristig die Effizienz- und Innovationsanreize (MG-Entwurf, Rn. 346), wirken den von der Studienvereinigung begrüßten Öffnungen entgegen. Beide Gesichtspunkte sind als widerlegbare Erwägungen im Rahmen der Gesamtwürdigung legitim, sollten aber nicht zu einer praktisch unwiderlegbaren Negativvermutung verfestigt werden.

---

<sup>45</sup> Dazu auch bereits oben, Rn. 12 ff.

<sup>46</sup> MG-Entwurf, Rn. 339–351.

## 8. „Out-of-market benefits“ und „collective benefits“<sup>47</sup>

- 94 Der Umgang mit „out-of-market benefits“ und „collective benefits“ bleibt restriktiv und wirkt in sich inkonsistent. Einerseits wird anerkannt, dass Effizienzen auch der Gesellschaft als Ganzes zugutekommen können, etwa durch den Abbau negativer Externalitäten (MG-Entwurf, Rn. 300, 322); andererseits verlangen Rn. 355–357 des MG-Entwurfs eine substanzielle Überlappung von geschädigten und begünstigten Verbrauchern sowie deren volle Kompensation. Damit droht die praktische Bedeutung dieser Kategorien gegen null zu gehen. Die Studienvereinigung regt an, den „same-consumers“-Test zu operationalisieren und mit Beispielen zu unterlegen, wann – insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Plattformen (z.B. Zahlungsdienste, Apps, Werbung) – auf beiden Marktseiten „substantially the same“ Nutzer betroffen sind. Gerade Resilienz- und Nachhaltigkeitsvorteile entfalten sich häufig entlang von Lieferketten über mehrere Märkte: Resilienzvorteile bei kritischen IT-Infrastrukturdiensten können zunächst zu höheren Preisen in diesem Markt führen, während Verbraucher in zahlreichen nachgelagerten Märkten von deutlich reduzierten Ausfällen profitieren. Die formalen Kriterien der Rn. 355–357 des MG-Entwurfs sind mit der Natur solcher Effekte kaum vereinbar; praxistaugliche, fusionsspezifische Kriterien und Beispiele sind erforderlich. Dabei wäre auch darauf hinzuweisen, dass anderenfalls selbst de-minimis-Märkte die Abwägung blockieren können. Zu Konstellationen mit unionsfremden Unternehmen, in denen verifizierbare Vorteile im Binnenmarkt ankommen, wird auf die Ausführungen in Rn. 21 verwiesen.

## 9. Verzahnung mit Zusagen („remedies“)

- 95 Der MG-Entwurf verhält sich nicht dazu, wie Zusagen die Effizienzkriterien stützen können. Zielgerichtete – auch verhaltensbezogene – Zusagen können die Verifizierbarkeit (MG-Entwurf, Rn. 304, 327), die Fusionsspezifität (MG-Entwurf, Rn. 310 ff., 331 ff.) und die Weitergabe an Verbraucher (MG-Entwurf, Rn. 315 ff., 334 ff.) messbar absichern, etwa durch Preis- oder Qualitäts-Commitments, Transparenz- und Monitoring-Pflichten oder Zusagen zur Fortführung von F&E-Aktivitäten zur Absicherung dynamischer Effizienzen. Solche Zusagen sollten ausdrücklich in der Abwägung (MG-Entwurf, Rn. 339 ff.) berücksichtigt werden können. Dies unterstreicht zugleich die Anregung der Studienvereinigung, als nächsten Schritt die Mitteilung über Abhilfemaßnahmen zu überarbeiten, um die neuen Guidelines kohärent zu flankieren.

---

<sup>47</sup> MG-Entwurf, Rn. 300, 352–357.

## VII. „Public policy, security and labour market considerations“

### 1. Arbeitsmärkte<sup>48</sup>

- 96 Die Studienvereinigung stimmt den Ausführungen in Rn. 160 f. des MG-Entwurfs zur Betrachtung von Arbeitsmärkten („*markets for the purchase of labour*“) im Ausgangspunkt zu. Es bleibt jedoch unklar, warum die Kommission offenbar davon ausgeht, dass Zusammenschlüsse, die auf der vorgelagerten (Arbeitsmarkt-)Ebene zu einer wettbewerbswidrigen Verschlechterung der Arbeitsbedingungen oder Löhne führen, grundsätzlich die nachgelagerten Kunden der neu zusammengesetzten Einheit schädigen sollen (z.B. durch höhere Preise, geringere Qualität oder eine eingeschränkte Auswahl).<sup>49</sup> Denn vielmehr ist es so, dass durch etwaige Nachfragemacht bewirkte Senkungen des Lohnniveaus – jedenfalls bei hinreichendem angebotsseitigem Wettbewerb – als Kostensenkungen an die Kunden in Form niedrigerer Preise weitergegeben werden.
- 97 In diesem Zusammenhang ist es auch angezeigt, klarzustellen, dass im Rahmen des SIEC-Tests unilaterale Effekte auf den nachfrageseitigen Arbeitsmärkten allein keine Untersagung rechtfertigen können, sondern darüber hinaus negative Effekte auf den angebotsseitigen Produktmärkten nachgewiesen werden müssen. Andernfalls würde der Schutz eines hohen Lohnniveaus zum Selbstzweck der Fusionskontrolle. An die Stelle der „*consumer welfare*“ träte eine „*worker welfare*“ – was anderen Stellen des MG-Entwurfs<sup>50</sup> widersprechen würde und ohne dass es hierfür in der am wirksamen Funktionieren des Binnenmarktes orientierten FKVO eine Grundlage gäbe.
- 98 Unter anderem aus diesem Grund fehlt zudem die angezeigte Klarstellung, dass die Kommission auch weiterhin nicht standardmäßig arbeitsmarktbezogene Prüfungen im Rahmen von EU-Fusionskontrollverfahren durchführen wird – und insoweit auch nicht standardmäßig Ausführungen und Daten zu Arbeitsmarkteffekten in die Form CO aufzunehmen sind –, sondern dies nur in eng umgrenzten – in den Leitlinien näher zu definierenden – Ausnahmefällen tun wird. Ein solcher Ausnahmefall kommt in Betracht, wenn das zusammengeschlossene Unternehmen auf spezialisierte Arbeitskräfte angewiesen ist, für die sich durch den Zusammenschluss die Beschäftigungsmöglichkeiten erheblich auf wenige Arbeitgeber verringern<sup>51</sup>. Anders als Rn. 162 des MG-Entwurfs nahelegt, kann ein solcher Ausnahmefall allerdings nicht angenommen werden, wenn das zusammengeschlossene Unternehmen (nur) ein Unternehmen ist, das Arbeitsplätze mit besonderen Vorteilen (wie z.B. hoher Flexibilität) bietet. Denn eine solche Konstellation legt potenzielle arbeitsmarktbezogene Bedenken nicht gleichermaßen nahe, da andernfalls die Gefahr bestünde, dass

<sup>48</sup> MG-Entwurf, Rn. 160–162.

<sup>49</sup> So MG-Entwurf, Rn. 161 Satz 3.

<sup>50</sup> Siehe MG-Entwurf, Rn. 23, wo die „*consumer welfare*“ ausdrücklich als maßgeblicher Standard genannt wird.

<sup>51</sup> Vgl. auch MG-Entwurf, Rn. 162.

nahezu jede qualitative Differenzierung zwischen Arbeitgebern als möglicher Ausgangspunkt arbeitsmarktbezogener Bedenken verstanden würde, ohne dass hierfür eine hinreichend belastbare wettbewerbliche Theorie oder empirische Grundlage erkennbar wäre.

## 2. Schutz anderer berechtigter Interessen<sup>52</sup>

- 99 Die Studienvereinigung begrüßt das klare Bekenntnis der Kommission zur *wettbewerbsbezogenen* Zielsetzung der Fusionskontrolle, nur solche Zusammenschlüsse zu untersagen oder mit Auflagen zu versehen, durch die wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde.<sup>53</sup> Sie stimmt gleichzeitig der Feststellung zu, dass der Schutz wettbewerblicher Märkte nicht nur Wohlfahrtszielen dient, sondern auch (mittelbar) die übergeordneten politischen Ziele der EU unterstützt<sup>54</sup>. Wettbewerb ist dabei Mittel zum Zweck der Erreichung dieser Ziele; diese dürfen jedoch grundsätzlich nicht zu einer Rechtfertigung von erheblichen Behinderungen wirksamen Wettbewerbs führen. Ob dies allerdings auch die uneingeschränkte Position der Kommission ist, bleibt im MG-Entwurf teilweise etwas unklar. Insbesondere im Hinblick auf Zusammenschlüsse im Rüstungsbereich, die zur „Verbesserung der Verteidigungsfähigkeit der EU“ beitragen, bleibt im MG-Entwurf unklar, ob dieser Aspekt „nur“ im Rahmen von klassischen Effizienzerwägungen Berücksichtigung findet oder einen eigenständigen Rechtfertigungsgrund schafft, wie dies im Defence Omnibus der Kommission durchaus angelegt scheint.
- 100 Die Studienvereinigung begrüßt zudem, dass der MG-Entwurf erstmals konsolidierte Ausführungen zur materiellen und prozeduralen Auslegung von Art. 21 Abs. 4 FKVO durch die Kommission enthält. Auch wenn sich diese insgesamt im Wesentlichen auf die Wiedergabe der bekannten Prinzipien und der hierzu ergangenen Rechtsprechung beschränken, sind sie grundsätzlich geeignet, ein (etwas) größeres Maß an Rechtssicherheit für die an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, aber auch für die Mitgliedstaaten zu schaffen. Es wäre allerdings wünschenswert, wenn einige Abgrenzungsfragen in der finalen Fassung der Leitlinien noch weiter konkretisiert würden.

### a) Öffentliche Sicherheit

- 101 Bei den Ausführungen zur öffentlichen Sicherheit („*public security*“, MG-Entwurf, Rn. 368–371) wäre es zu begrüßen, mehr Klarheit darüber zu schaffen, inwieweit in FDI-Verfahren der Mitgliedstaaten immer wieder identifizierte Bedenken im Hinblick auf die öffentliche Sicherheit (und Versorgungssicherheit) berechnete Interessen darstellen können, auch wenn sich diese Bedenken maßgeblich am – von der Kommission im Rahmen der FKVO beurteilten – Wettbewerbsbild nach

<sup>52</sup> MG-Entwurf, Rn. 358–389.

<sup>53</sup> Siehe etwa MG-Entwurf, Rn. 7–10, 19 f.

<sup>54</sup> MG-Entwurf, Rn. 9.

Vollzug der Transaktion orientieren. Darüber hinaus sollten weitere Ausführungen zur Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten insbesondere im Rahmen von Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV aufgenommen werden.<sup>55</sup> Beides gilt umso mehr, als die Kommission ausdrücklich betont, dass die Erhöhung der europäischen Verteidigungsbereitschaft ein (indirektes) Ziel der europäischen Fusionskontrolle ist.<sup>56</sup>

## b) Medienvielfalt

- 102 Der zu den FDI-Verfahren angesprochene Aspekt gilt in ähnlicher Weise für den Bereich der Medienvielfalt („*media plurality*“, Rn. 372–374). Die Ausführungen in Rn. 373 des MG-Entwurfs zur Abgrenzung zwischen der wettbewerbsbezogenen Prüfung der Kommission und der medienvielfaltsbezogenen Prüfung der Mitgliedstaaten sind grundsätzlich nachvollziehbar und aus Sicht der Studienvereinigung auch zutreffend. Vor dem Hintergrund, dass der MG-Entwurf indes ausdrücklich klarstellt, dass die Kommission auch „*diversity or choice*“ als relevanten Wettbewerbsparameter bei der Beurteilung von Medienzusammenschlüssen nach der FKVO berücksichtigt,<sup>57</sup> wären weitere Ausführungen zur Abgrenzung der Regime wünschenswert. Wenngleich gewisse Überschneidungen insofern unvermeidlich erscheinen, könnte nach Ansicht der Studienvereinigung Folgendes klarer herausgestellt werden: Die wettbewerbsbezogene Prüfung der Kommission bezieht sich auf „*diversity or choice*“ im Allgemeinen, sofern es sich dabei um einen relevanten Wettbewerbsparameter handelt, was *mittelbar* zur Vielfalt und Pluralität der Informationsquellen beitragen kann<sup>58</sup>. Die medienvielfaltsbezogene Prüfung der Mitgliedstaaten bezieht sich demgegenüber – ausschließlich und unmittelbar – auf „*diversity or choice*“ aus dem Blickwinkel der Aufrechterhaltung diversifizierter Informationsquellen im Interesse der Demokratie, Meinungs- und Ausdrucksvielfalt und -freiheit.

\* \* \*

<sup>55</sup> Alternativ könnten derartige Ausführungen in eine in Abstimmung mit den Mitgliedstaaten erlassene gesonderte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen bei Rüstungszusammenschlüssen oder ggf. eine aktualisierte „Mitteilung zu Auslegungsfragen bezüglich der Anwendung des Artikels 296 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern“ (KOM(2006) 779 endgültig) aufgenommen werden. In einer solchen Mitteilung können auch die im *Draghi*-Report angesprochenen Forderungen einer „Europäisierung“ im Rahmen der Rüstungsindustrie Berücksichtigung finden.

<sup>56</sup> MG-Entwurf, Rn. 9 und Rn. 15c).

<sup>57</sup> MG-Entwurf, Rn. 373.

<sup>58</sup> Siehe auch MG-Entwurf, Rn. 9 a.E.



An der Erstellung dieser Stellungnahme waren die folgenden Mitglieder der Studienvereinigung beteiligt:

Martin Klusmann, Thorsten Mäger (beide Koordinatoren und Mitglieder des Vorstands der Studienvereinigung), Mette Alfter, Günter Bauer, Christine Dietz, Jan Dreyer, Oliver Fleischmann, Carsten Grave, Kaan Gürer, Marco Hartmann-Rüppel, Björn Herbers, Raoul Hoffer, Fernando Íscar Rüländ, Mats Kremer, Kai-Uwe Kühn, Johannes Lüer, Dominic Petje, Philipp Pichler, Felix Pulter, Alexander Rinne, Stefanie Syrch, Marcin Waligora, Christoph Wilken, Anna Wolf-Posch und Ingo Brinker (Vorsitzender der Studienvereinigung).

VORSTAND: Dr. Ingo Brinker (Vorsitz) | Marc Besen | Dr. Martin Klusmann | Dr. Bernhard Kofler-Senoner | Dr. Thorsten Mäger |

Prof. Dr. Daniela Seeliger | Dr. Christian Steinle | Richard Stäuber | Dr. Kathrin Westermann

EHRENVORSITZENDER: Dr. Frank Montag

EHRENMITGLIEDER: Dr. Astrid Ablasser-Neuhuber | Prof. Dr. Albrecht Bach | Prof. Dr. Rainer Bechtold | Jochen Burrichter | Prof. Dr. Gerhard Wiedemann |

Prof. Dr. Dirk Schroeder † | Dr. Franz Hoffet

## Inhaltsverzeichnis

|             |                                                                                                                |           |
|-------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>A.</b>   | <b>Die Studienvereinigung Kartellrecht .....</b>                                                               | <b>1</b>  |
| <b>B.</b>   | <b>Einleitung.....</b>                                                                                         | <b>1</b>  |
| <b>C.</b>   | <b>Stellungnahme zu den einzelnen Teilen des MG-Entwurfs .....</b>                                             | <b>4</b>  |
| <b>I.</b>   | <b>„Competitiveness and resilience“.....</b>                                                                   | <b>4</b>  |
| 1.          | Bestandsaufnahme .....                                                                                         | 4         |
| 2.          | Bewertung durch die Studienvereinigung .....                                                                   | 5         |
| 3.          | Im Einzelnen: .....                                                                                            | 5         |
| a)          | Einbeziehung negativer Resilienzeffekte als Schadenstheorie .....                                              | 7         |
| b)          | Anwendungsbereich bei unionsfremden Unternehmen.....                                                           | 7         |
| c)          | Verbesserungs- und Konkretisierungspotenzial im Zusammenhang mit Scale.....                                    | 8         |
| d)          | „Remedies framework“ .....                                                                                     | 9         |
| <b>II.</b>  | <b>„Assessing market power using structural features and other market indicators“ .....</b>                    | <b>9</b>  |
| 1.          | Hohe und niedrige Marktanteile; Vermutungen .....                                                              | 10        |
| 2.          | Dynamisches Wettbewerbspotenzial; gleicher Maßstab für zukünftige Entwicklungen .....                          | 12        |
| 3.          | Nachhaltigkeit und Widerstandsfähigkeit bei der Feststellung von Marktmacht .....                              | 13        |
| <b>III.</b> | <b>„Innovation and other dynamic elements in merger control“ .....</b>                                         | <b>14</b> |
| 1.          | Verlust von Investitions- und Expansionswettbewerb („loss of investment and expansion competition“).....       | 14        |
| 2.          | Dynamische Abschottungseffekte in nicht-digitalen Märkten („dynamic foreclosure in non-digital markets“)...... | 15        |
| 3.          | Portfolioeffekte („portfolio effects“) .....                                                                   | 16        |
| <b>IV.</b>  | <b>„Sustainability and clean technologies“ .....</b>                                                           | <b>17</b> |
| 1.          | „Sustainability“ als Wettbewerbsparameter.....                                                                 | 17        |
| 2.          | Nachhaltigkeit in der Schadenstheorie .....                                                                    | 17        |
| 3.          | Nachhaltigkeit als Effizienzvorteil.....                                                                       | 19        |
| 4.          | Auflagen für Nachhaltigkeitsbedenken.....                                                                      | 20        |
| <b>V.</b>   | <b>„Digitalisation“ .....</b>                                                                                  | <b>20</b> |
| 1.          | „Scale, start-ups and innovation shield“: Berücksichtigung des Gatekeeper-Sonderstatus.....                    | 20        |
| 2.          | Wettbewerbsparameter: „privacy“ als Wettbewerbsparameter .....                                                 | 21        |
| 3.          | Marktanteile in dynamischen Märkten: Begrenzte Aussagekraft von Marktanteilen .....                            | 21        |



|     |                                                                          |    |
|-----|--------------------------------------------------------------------------|----|
| 4.  | Marktzutrittsschranken .....                                             | 22 |
| a)  | Ökosysteme als eigenständige Zutrittsbarriere .....                      | 22 |
| b)  | Netzwerkeffekte und Lock-in .....                                        | 22 |
| 5.  | Netzwerkeffekte, „tipping“, „multi-sided platforms“ .....                | 22 |
| a)  | „Market tipping“ .....                                                   | 22 |
| b)  | Interoperabilität und Datenportabilität .....                            | 23 |
| c)  | Mehrseitige Plattformen .....                                            | 23 |
| 6.  | Innovationswettbewerb: Innovationsnähe in digitalen Industrien .....     | 23 |
| 7.  | Verlust potenziellen Wettbewerbs .....                                   | 24 |
| a)  | „Killer acquisitions“ und „pre-emptive mergers“ .....                    | 24 |
| b)  | Beweisanforderungen .....                                                | 24 |
| 8.  | „Foreclosure“ .....                                                      | 25 |
| a)  | Interoperabilität als „foreclosure“-Mechanismus .....                    | 25 |
| b)  | „Targeted foreclosure“ .....                                             | 25 |
| c)  | „Dynamic foreclosure incentives“ .....                                   | 25 |
| d)  | DMA-Berücksichtigung bei „foreclosure“ .....                             | 26 |
| 9.  | „Entrenchment“ .....                                                     | 26 |
| a)  | Neue eigenständige Schadenstheorie .....                                 | 26 |
| b)  | Daten und strategische Assets .....                                      | 26 |
| c)  | Wechselwirkung mit Potenzialwettbewerb .....                             | 27 |
| 10. | Koordinierte Effekte: KI und algorithmische Koordination .....           | 27 |
| 11. | Sonstige wettbewerbswidrige Effekte .....                                | 27 |
| a)  | Datenzugang und „commercially sensitive information“ .....               | 27 |
| b)  | Portfolioeffekte („portfolio effects“) .....                             | 28 |
| 12. | Interoperabilität als Effizienz .....                                    | 28 |
| 13. | Querschnittsthemen .....                                                 | 28 |
| a)  | Call-In-Rechte und Verweisungen nach Art. 22 FKVO .....                  | 28 |
| b)  | DMA-Kohärenz .....                                                       | 29 |
| VI. | „Efficiencies“ .....                                                     | 29 |
| 1.  | Vorbemerkung – Grundlinie .....                                          | 29 |
| 2.  | Zeitpunkt, Umfang und Erforderlichkeit des Effizienzvortrags .....       | 30 |
| 3.  | Maßstab der Abwägung: Beseitigung der Erheblichkeit genügt .....         | 31 |
| 4.  | Kriterien: Verifizierbarkeit, Fusionspezifität, Verbrauchervorteil ..... | 32 |
| 5.  | Preis-/Mengenvorteile und „pass-through“ .....                           | 33 |
| 6.  | Dynamische Effizienzen, Investition, Resilienz .....                     | 33 |
| 7.  | „Balancing“ und Quantifizierung .....                                    | 34 |
| 8.  | „Out-of-market benefits“ und „collective benefits“ .....                 | 35 |
| 9.  | Verzahnung mit Zusagen („remedies“) .....                                | 35 |



|                                                                              |           |
|------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>VII. „Public policy, security and labour market considerations“ .....</b> | <b>36</b> |
| <b>1. Arbeitsmärkte .....</b>                                                | <b>36</b> |
| <b>2. Schutz anderer berechtigter Interessen .....</b>                       | <b>37</b> |
| <b>a) Öffentliche Sicherheit.....</b>                                        | <b>37</b> |
| <b>b) Medienvielfalt .....</b>                                               | <b>38</b> |