



Philipp Sebastian Wapler

Die Effizienz in der EU-Fusionskontrolle

Eine Untersuchung über die
Bedeutung von Effizienzgewinnen
in der Fusionskontrolle der EU
nach Art. 2 FKVO 139/2004



PETER LANG

Inhaltsverzeichnis

Dank	7
Abkürzungsverzeichnis.....	17
Einführung	19
A. Einleitung	19
B. Methodik	21
Teil 1 – Fusionen und Fusionskontrolle.....	25
A. Zusammenschluss – Fusion	26
B. Gründe für und Folgen von Unternehmensfusionen	27
C. Unternehmerische Effizienz	28
I. Fusionsbedingte mikroökonomische Effizienzgewinne	29
II. Fusionsbedingte mikroökonomische Effizienzverluste	31
D. Makroökonomische Fusionsfolgen	31
I. Fusionsbedingte makroökonomische Effizienzgewinne.....	32
II. Fusionsbedingte makroökonomische Effizienzverluste.....	33
1. Wettbewerb	34
2. Funktion des Wettbewerbs	35
3. Effizienz in der Wettbewerbstheorie.....	36
a) Die „klassische Ökonomik“	36
b) Die Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs (Harvard School).....	36
c) Die „neoklassische Theorie der Wettbewerbsfreiheit“ (Austrian School)	39
d) Der Ordoliberalismus (Freiburg School).....	41
e) Die Effizienztheorie (Chicago School).....	42
4. Fazit.....	45
E. Fusionskontrolle	46
I. Schutz des Wettbewerbs	47
II. Förderung ökonomischer Ziele	48
III. Zielkonflikt	49
1. Konsumentenwohlfahrtsansatz (consumer welfare standard)	50

2. Gesamtwohlfahrtsansatz (total surplus standard).....	50
IV. Die Effizienz im Zielkonflikt.....	50
F. Die Effizienz in der Fusionskontrolle.....	51
I. Fusionskontrolle – ex post / ex ante.....	52
II. Ansätze der Fusionskontrolle und der Berücksichtigung von Effizienzgewinnen	53
1. Komplettanalyse – rule of reason oder case-by-case approach.....	53
2. Pauschallösungen – per-se oder general-presumption- approach.....	54
3. Sequential approach	55
a) Pauschalvermutung mit Widerlegungsmöglichkeit	55
b) Efficiency defense	56
c) Pauschallösung mit efficiency rebuttal bzw. integrierter Ansatz der wettbewerblichen Gesamtbetrachtung.....	57
Teil 2 – Effizienzgewinne in der EU-Fusionskontrolle nach VO 139/2004	59
A. Methodik und Aufbau	61
I. Methodik.....	61
1. Besonderheiten der Auslegung gemeinschaftsrechtlicher Normen	61
2. Der Vertrag von Lissabon und seine Auswirkung auf das Europäische Wettbewerbsrecht.....	64
3. Besonderheiten der Auslegung gemeinschaftskartell- rechtlicher Normen	66
a) Die Untersuchung des normativen Kontextes der Norm, hier: der Wettbewerbsschutz auf dem Binnenmarkt.....	67
b) Die Bedeutung ökonomischer Erkenntnisse.....	67
c) EuGH und Kommission – Bedeutung der Norm- interpretieren.....	68
II. Aufbau	68
B. Entwicklung der gemeinschaftlichen Fusionskontrolle.....	69
I. Von Art. 66 EGKSV zum Konzentrationsmemorandum der Kommission.....	70
II. EG-Vertrag, Continental Can und primärrechtliche Fusions- kontrolle.....	76
1. Primärrechtliches Wettbewerbsrecht – von Artt. 85, 86 EWG zu Artt. 101, 102 AEUV	77

a)	Vom Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zum Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	77
b)	Die primärrechtlichen Wettbewerbsregeln	77
2.	Continental Can & Co. – Primärrechtliche Fusionskontrolle	78
a)	Continental Can-Fusionskontrolle nach Art. 86 EWG [jetzt Art. 102 AEUV]	78
b)	Ringen um die Fusionskontrollverordnung	80
c)	Das Zigarettenurteil – Fusionskontrolle nach Art. 85 EWG [jetzt Art. 101 AEUV]	83
d)	Vom Zigarettenurteil zur Fusionskontrollverordnung	84
III.	VO 4064/89	86
1.	Der Streit um die ordnungspolitische Ausrichtung der VO 4064/89	86
a)	Rein wettbewerbliche gegen industriepolitische Ausrichtung	87
b)	Das Zustandekommen – Krieg der Konzepte	88
c)	Ausgestaltung – materielle Ausgestaltung der Endversion	89
d)	Deutschland Sieger nach Punkten	90
2.	Wettbewerbstheoretische Ausrichtung der VO 4064/89	90
a)	Die Ermächtigungsgrundlage der VO 4064/89	91
b)	Art. 87 EWG [jetzt Art. 101 AEUV] – Die Fusionskontrollverordnung als Teil der Europäischen Wettbewerbsordnung	91
c)	Art. 235 EWG [später Art. 308 EGV] – Aufgaben und Ziele des EWG-Vertrages	93
d)	Die Erwägungsgründe der VO 4064/89	94
e)	Ergebnis	94
3.	Materielle Rechtsgrundlage zur Berücksichtigung von Effizienzgewinnen	97
a)	Das Merkmal der erheblichen Wettbewerbsbehinderung in Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89	98
b)	Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts	99
c)	Effizienzgewinne als Abwägungskriterium in Einzelfällen	102
d)	Fazit	103

4. Die Kommission als europäische Wettbewerbsbehörde und damit Norminterpret.....	103
a) Die Anwendung des Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89 durch die Kommission.....	105
b) Entscheidungen der Kommission.....	106
aa) Effizienzgewinne als Marktmachtfaktor – efficiency offense?.....	106
(1) AT&T / NCR, Delta Air Lines / PAN AM und Mercedes-Benz / Kässbohrer.....	106
(2) MSG Media Service und RTL / Veronica / Endemol.....	107
bb) Effizienzgewinne als wettbewerbsförderndes Element.....	109
(1) Rhone-Poulenc / SNIA und ABB / Daimler-Benz.....	109
(2) ACCOR / Wagons-Lits.....	110
cc) Berücksichtigung von Effizienzgewinnen außerhalb des Marktbeherrschungstests.....	111
(1) Aerospitale-Alenia / de Havilland.....	111
(2) MSG Media Service und Bertelsmann / Kirch / Premiere.....	113
(3) Nordic Satellite Distribution.....	114
(4) Gencor / Lonrho.....	114
(5) Saint-Gobain / Wacker-Chemie / NOM.....	115
(6) Danish Crown / Vestjyske Slagterier.....	116
c) Das Wettbewerbsverständnis der Kommission.....	116
5. Fazit bezüglich VO 4064/89.....	120
6. Die Weiterentwicklung der Fusionskontrollverordnung – Zusteuern auf die große Reform.....	121
a) VO 1370/97.....	122
b) Bericht über die praktischen Erfahrungen mit der Fusionskontrollverordnung.....	122
c) Das Grünbuch zu VO 139/2004.....	123
d) GE / Honeywell.....	125
e) Die Entwicklung des more economic approach und der EuG(H).....	125
f) Der Verordnungsentwurf der Kommission vom 11. Dezember 2002.....	129
g) Der Mitteilungsentwurf der Kommission zur Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse.....	132

7. Von Strukturverhaftung zur Ergebnisorientierung – Der Einfluss des more economic approach auf den Verordnungsentwurf und dessen Interpretation durch die Kommission	135
C. VO 139/2004	138
I. Die große Reform	139
1. Die institutionelle Reform	140
a) Das Merger Network	140
b) Weitere Beteiligte am Fusionskontrollverfahren	141
c) Der Chefökonom	141
2. Die Entstehung der VO 139/2004 – wie immer ein Kompromiss	142
3. Die materielle Reform	143
a) Verweisungsverfahren	143
b) Verfahrensablauf	144
c) Art. 2 FKVO	144
4. Wettbewerbstheoretische Ausrichtung	145
a) Die Ermächtigungsgrundlagen der Fusionskontroll- verordnung und die Fusionskontrollverordnung als Teil der Europäischen Wettbewerbsordnung	145
b) Die Erwägungsgründe der Fusionskontrollverordnung	146
c) Fazit	148
5. Materielle Rechtsgrundlage der expliziten Effizienz- berücksichtigung	149
a) Efficiency Defense	149
aa) Primärrechtskonformität der Einführung einer efficiency defense durch Sekundärrecht	150
bb) Art. 83 Abs. 1 EGV als primärrechtliche Ermächti- gungsgrundlage	151
cc) Art. 308 EGV [jetzt Art. 352 AEUV] als primär- rechtliche Ermächtigungsgrundlage	156
dd) Art. 2 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO als materielle sekundärrechtliche Rechtsgrundlage für eine efficiency defense	157
ee) E 29 FKVO als materielle sekundärrechtliche Rechtsgrundlage für eine efficiency defense	157
ff) Zwischenergebnis	159
b) Wettbewerbliche Gesamtbetrachtung	159
aa) Art. 2 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO als Rechtsgrundlage der expliziten	

Effizienzberücksichtigung im Rahmen einer wettbewerblichen Gesamtbetrachtung.....	162
bb) Art. 2 Abs. 3 FKVO in analoger Anwendung zum SLC-Test.....	165
cc) Art. 2 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 S. 1 i.V.m. E 29 FKVO	166
dd) Zwischenergebnis	170
II. Die Reform als Big Bang.....	170
D. Auslegung der Fusionskontrollverordnung	171
I. Besonderheit der Interpretation gemeinschaftskartellrechtlicher Normen	172
1. Die hermeneutisch bedeutsamen Umstände gemeinschafts- kartellrechtlicher Normen	172
2. Besonderheiten der Auslegung gemeinschaftsrechtlicher Normen	173
3. Besonderheiten der Auslegung gemeinschaftskartell- rechtlicher Normen	175
a) Bedeutung der Europäischen Wettbewerbsordnung als normatives Umfeld der Fusionskontrollverordnung.....	175
aa) Primärrechtliche Verankerung der Wettbewerbs- ordnung.....	176
bb) Sekundärrechtliche Ausgestaltung des Gemein- schaftskartellrechts	178
b) Bedeutung von Kommission und EuG(H) als Inter- preten der Fusionskontrollverordnung.....	178
aa) Ermessensspielraum der Kommission und Kontrolle durch die Europäischen Gerichte	178
bb) Das sogenannte soft law der Kommission	181
c) Autonome Begrifflichkeit des gemeinschaftlichen Kartellrechts	184
d) Bedeutung ökonomischer Erkenntnisse für die Auslegung des gemeinschaftlichen Kartellrechts	184
4. Auslegung des Art. 2 Abs. 3 FKVO.....	185
II. Die Bedeutung von Effizienzgewinnen unter Art. 2 Abs. 3 FKVO	186
1. Erwägungsgründe VO 139/2004.....	187
2. Die Europäische Wettbewerbsordnung als normatives Umfeld	189
3. Interpretation des Untersagungstatbestands durch die Kommission	193

a) Soft law	194
aa) Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammen- schlüsse.....	194
bb) Leitlinien zur Bewertung nicht horizontaler Zusammenschlüsse	207
cc) Fazit bezüglich der Leitlinien der Kommission	212
b) Entscheidungspraxis	213
aa) Procter&Gamble / Gillette.....	214
bb) Korsnäs / AD Cartounboard	215
cc) Inco / Falconbridge.....	218
dd) Metso / Aker Kvaerner	221
ee) Ryanair / Aer Lingus	222
ff) TomTom / Tele Atlas	223
gg) Fazit bezüglich der Entscheidungspraxis der Kommission.....	225
c) Fazit bezüglich der Interpretation der Kommission	228
4. Interpretation des EuGH	229
5. Interdependenz Wettbewerbstheorie und Interpretation im europäischen Kartellrecht.....	231
Teil 3 – Zusammenfassung und Thesen.....	235
A. Zusammenfassung der Erkenntnisse	235
B. Thesen	239
I. Materielle Rechtsgrundlage für die explizite Effizienz- berücksichtigung im Rahmen der Vereinbarkeitsprüfung des Art. 2 Abs. 3 FKVO.....	239
II. Bedeutung der Effizienzgewinne.....	239
Literaturverzeichnis	241
Verzeichnis der verwendeten Veröffentlichungen der Europäischen Kommission.....	253
Rechtsprechungsverzeichnis.....	255