

## Die Effizienz in der EU-Fusionskontrolle

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

Bearbeitet von  
Dr. Philipp Sebastian Wapler

1. Auflage 2011. Taschenbuch. 256 S. Paperback  
ISBN 978 3 631 60795 4  
Gewicht: 330 g

Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Europäisches, internationales  
Wirtschaftsrecht

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

# Einführung

## A. Einleitung

Nach fast einem Jahrzehnt vorbereitender Arbeit und vor allem politischer Auseinandersetzung trat am 1. Mai 2004 die VO 139/2004<sup>1</sup> in Kraft. Sie ersetzt die VO 4064/89<sup>2</sup> als Fusionskontrollverordnung der Europäischen Gemeinschaften und – seit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon<sup>3</sup> – der Europäischen Union.

Besonderes Augenmerk legte die wissenschaftliche Literatur seither auf Art. 2 FKVO, da diesem die wohl substanziellste Änderung widerfahren ist. Art. 2 Abs. 3 FKVO beinhaltet in der sog. Vereinbarkeitsprüfung<sup>4</sup> die materiellen Voraussetzungen für die Genehmigung eines Zusammenschlusses.<sup>5</sup> Nach Art. 2 Abs. 3 der „alten“ FKVO 4064/89 war eine Fusion dann zu untersagen, wenn die fusionierten Unternehmen durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründeten oder verstärkten, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde.<sup>6</sup> An seine Stelle trat gem. Art. 2 Abs. 3<sup>7</sup> der „neuen“ FKVO der sog. SIEC-Test.<sup>8</sup> Danach ist eine Fusion dann nicht mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbaren und somit zu verbieten, wenn durch sie „wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung

---

1 VO (EG) Nr. 139/2004 des Rates v. 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU 2004 Nr. 24, S. 1, 4. Eg, im Folgenden: „(neue) FKVO“ oder „VO 139/2004“.

2 VO (EWG) Nr. 4064/89 des Rates v. 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG 1989 L 395, S. 1; geändert durch VO (EG) Nr. 1310/97 des Rates v. 30.6.1997 zur Änderung der VO (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG 1997 L 180, S. 1, erstmals berichtigt in ABl. EG 1998 L 3, S. 16, Berichtigung und Neuveröffentlichung des gesamten Wortlauts in ABl. EG 1998 L 257, S. 13, im Folgenden: „alte FKVO“ oder „VO 4064/89“.

3 ABl. 2007 C 306/01.

4 Prüfung einer Fusion auf Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt.

5 Die Begriffe „Zusammenschluss“ und „Fusion“ werden im Folgenden synonym verwendet.

6 Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89.

7 Art. 2 Abs. 3 FKVO 139/2004; im Folgenden: Art. 2 Abs. 3 FKVO.

8 Significant Impediment to Effective Competition.

einer beherrschenden Stellung“.<sup>9</sup> Damit wurde das Merkmal der Wettbewerbsbehinderung, welches im Falle der Bejahung einer Marktbeherrschung als Quasi-Automatismus ebenfalls als gegeben angesehen wurde, zum eigentlichen Untersagungstatbestand aufgewertet, wohingegen der vorige Tatbestand der Marktbeherrschung formal nun eher einem Regelbeispiel („insbesondere“) des Untersagungstatbestands der Wettbewerbsbehinderung ähnelt. Immenga/Körper sprechen von einer „Herabstufung“ zum Regelbeispiel.<sup>10</sup> Diese Neufassung des Art. 2 Abs. 3 FKVO mit der einhergehenden Änderung der materiellen Genehmigungsvoraussetzungen hatte eine lebhafte wissenschaftliche Diskussion zur Folge, die sich insbesondere auch auf die rechtliche Bedeutsamkeit von fusionsbedingten unternehmerischen Effizienzgewinnen<sup>11</sup> erstreckte. Sollte der Europäische Rat nach jahrelanger wettbewerbspolitischer Diskussion im Zuge der Neufassung tatsächlich den Weg für eine Rechtfertigung der Fusion durch Effizienzargumente bereitet haben? Diese Auffassung wurde bestärkt durch Erwägungsgrund 29 (E 29) der Fusionskontrollverordnung, durch welchen erstmals die Berücksichtigung von unternehmerischen Effizienzgewinnen Eingang in den Verordnungstext fand, und welcher durch seine generelle Abkehr von der Orientierung an der bloßen Marktstruktur dem durch die Kommission angestoßenen *more economic approach* Tribut zu zollen schien. Schnell machte das Schlagwort der *efficiency defense* die Runde, welche im Rahmen der Reform in die gemeinschaftliche Zusammenschlusskontrolle implementiert worden sei.

Doch die meisten Autoren beschränken sich in ihren Darlegungen entweder auf einen Vergleich der europäischen mit der internationalen (meist US-amerikanischen) Fusionskontrollpraxis und streifen die Effizienzproblematik dabei nur am Rande und oberflächlich,<sup>12</sup> oder sie beschränken sich auf die bloße Wiedergabe der von der Kommission in ihren Leitlinien zur Bewertung horizontaler

---

9 Art. 2 Abs. 3 FKVO.

10 *Immenga/Körper*, in: Immenga/Mestmäcker (EG), FKVO Art. 2 Rn. 183.

11 Die Begriffe „Effizienzgewinn“ und „Effizienzvorteil“ werden im Folgenden synonym verwendet und im Laufe der Arbeit erklärt.

12 *Heinekes* hervorragende rechtsvergleichende Arbeit über die Entlastungsgründe in der europäischen und US-amerikanischen Zusammenschlusskontrolle (Entlastungsgründe in der europäischen und US-amerikanischen Zusammenschlusskontrolle) wurde leider noch über VO 4064/89 geschrieben; ebenso die von *Kinne*, welche die Materie jedoch vom ökonomischen Standpunkt aus untersucht (Effizienzvorteile in der Zusammenschlusskontrolle: Eine vergleichende Analyse der deutschen, europäischen und US-amerikanischen Wettbewerbspolitik). Auch die rechtsvergleichende Arbeit von *Denzel* (Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA), welche die materiellen Untersagungstatbestände der europäischen und US-amerikanischen Zusammenschlusskontrolle gegenüberstellt, war leider „zu früh dran“. Sie war ebenfalls ursprünglich auf VO 4064/89 ausgelegt und wurde nach Erlass der neuen FKVO nur oberflächlich an diese angepasst.

Zusammenschlüsse<sup>13</sup> aufgestellten Anforderungen an die Darlegung von Effizienzgewinnen, ohne die strittige Rolle und Bedeutung der Kommission als Norminterpret überhaupt zu problematisieren.<sup>14</sup>

Wieder andere konzentrieren sich auf die wettbewerbspolitische Diskussion über das Für und Wider einer Berücksichtigung von Effizienzgewinnen, ohne eine umfassende und methodisch korrekte Auslegung der strittigen Norm vorzunehmen.<sup>15</sup>

Somit bleibt die Frage nach der tatsächlichen Bedeutung von durch die Zusammenschlussparteien zu generierenden Effizienzgewinnen im Rahmen des Vereinbarkeitstests des Art. 2 Abs. 3 FKVO weiter umstritten, da die Antwort – zumindest methodisch ansprechend – weiterhin nicht gegeben worden ist.

Mit der vorliegenden Arbeit soll diese Lücke geschlossen werden.

## B. Methodik

Das Ziel dieser Arbeit ist die Erarbeitung einer Antwort auf die Frage nach der Bedeutung von Effizienzargumenten in der gemeinschaftsrechtlichen Fusionskontrolle nach der neuen FKVO.

Besonders umstritten in der Literatur ist die Frage nach der möglichen Ausgestaltung einer expliziten Berücksichtigung von Effizienzgewinnen. Die viel zitierte *efficiency defense* ist dabei nicht die einzige Möglichkeit; auch im Wege eines sog. *efficiency rebuttal* oder einer ausführlichen wettbewerblichen Gesamtbetrachtung ist sowohl die positive als auch die negative Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in der Fusionskontrolle möglich.

In engem Zusammenhang mit der Frage nach der Ausgestaltung der expliziten Effizienzberücksichtigung steht die Frage nach deren materieller Rechtsgrundlage. Dabei wird z.T. bereits grundsätzlich bestritten, dass die sekundärrechtliche Einführung einer expliziten Effizienzberücksichtigung in die gemein-

---

13 HorizontalLL ABl. 2004 C 31/03.

14 So z.B. *Bürger*, Die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs in Art. 2 der Verordnung Nr. 4064/89 und in Art. 2 der Verordnung Nr. 139/2004; *Girardet*, Internationales Fusionskontrollrecht – Konflikt und Konvergenz; *Farbmann*, Die Reform der Fusionskontrollverordnung als ein Beispiel der europäischen Normsetzungspolitik, *Pellmann* (Significant Impediment to Effective Competition: Marktbeherrschung und erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs (SIEC-Test) in der Europäischen Fusionskontrolle); genauso *Klumpp* (Die „Efficiency Defense“ in der Fusionskontrolle), der ebenfalls seine Arbeit ursprünglich auf VO-4064/89 ausgelegt und nach der Reform lediglich angepasst hatte.

15 So z.B. *Hildebrand*, WuW 2005, S. 513 ff., und *Schmidtchen*, WuW 2006, S. 6 ff.

schaftliche Fusionskontrolle überhaupt mit dem der Fusionskontrollverordnung vorrangigen<sup>16</sup> Primärrecht in Einklang zu bringen und damit rechtswidrig sei.<sup>17</sup>

Deshalb wird es Aufgabe dieser Arbeit sein, zunächst Klarheit zu schaffen über Ausgestaltung und materielle Rechtsgrundlage einer expliziten Berücksichtigung von Effizienzgewinnen, bevor dann im Wege der Auslegung der materiellen Rechtsgrundlage eine Aussage über die tatsächliche Bedeutung der Effizienzgewinne im Rahmen der gemeinschaftlichen Fusionskontrolle herausgearbeitet werden wird.

Der Textzusammenhang, die eigene Kenntnis von der Sache, von der im Text die Rede sein wird, der Anlass des Textes sowie andere hermeneutisch bedeutsame Umstände<sup>18</sup> sind laut Larenz bei der Suche nach dem normativen Sinn des untersuchten Wortlauts als Indizien für die gesuchte Bedeutung zu verwerten. Doch welches sind die weiteren hermeneutischen – also für die Auslegung bedeutsamen – Umstände, auf welche im Rahmen der Auslegung der materiellen Rechtsgrundlage einzugehen sein wird? Hier ist auf die Besonderheit des behandelten Rechtsgebiets einzugehen; es handelt sich um das europäische (gemeinschaftliche) Kartellrecht.

Das europäische Kartellrecht genießt den Status einer juristischen Subdisziplin, welche zwar unter dem Dach des Europarechts beheimatet und in letzter Instanz auf die Rechtsprechung nicht spezialisierter Richter des EuGH angewiesen ist, und seit langem ein Eigenleben führt. Die Auseinandersetzung mit dem europäischen Kartellrecht zeichnet sich durch eine besondere Herangehensweise aus, die ihrerseits auf dessen Besonderheiten zurückgeht.<sup>19</sup>

Zwar könnte die Konkretisierungsaufgabe im Ansatz mit den Mitteln derjenigen Auslegungsmaßstäbe angegangen werden, die in Deutschland in loser Anknüpfung an Savigny als diejenigen der Jurisprudenz gelehrt werden, jedoch erleichtert sich der methodische Zugang zum gemeinschaftskartellrechtlichen Diskurs um ein Vielfaches durch die Berücksichtigung der beiden fundamentalen Besonderheiten dieses Rechtsgebiets.<sup>20</sup> Diese Besonderheiten des Gemeinschaftskartellrechts sind zum einen die Ausrichtung auf einen ökonomischen Zweck,

---

16 Ursprünglich der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ursprünglich „Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag)“, umbenannt in „EG-Vertrag 1992“.

Dieser wurde durch Art. 2 des Vertrages von Lissabon (ABl. 2007 C 306/01) mit Wirkung v. 1.12.2009 umbenannt in „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)“, welcher seither gemeinsam mit dem gleichberechtigten Vertrag über die Europäischen Union (EUV) das europäische Primärrecht bildet.

17 So *Immenga*, in: FS f. Ernst-Joachim Mestmäcker.

18 *Larenz* über die Jurisprudenz als „verstehende“ Wissenschaft, zum Verstehen durch Auslegen (Methodenlehre, S. 204).

19 *Ackermann*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, Rn. 1.

20 *Ackermann*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, Rn. 12 und 13.

nämlich die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs auf dem Binnenmarkt, und zum anderen die Zugehörigkeit der Wettbewerbsregeln zu den konstitutionellen Merkmalen einer supranationalen Institution – der Europäischen Gemeinschaft,<sup>21</sup> inzwischen der Europäischen Union.

Die Ausrichtung der kartellrechtlichen Normen auf den Wettbewerbsschutz verlangt vom Rechtsanwender, die in diese Richtung zu steuernden Strukturen und Verhaltensweisen auf Märkten zu verstehen und zu bewerten, um dem ausfüllungsbedürftigen Tatbeständen einen dem Normzweck entsprechenden Sinn geben zu können, was die Heranziehung wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse zur Auslegung zwingend erforderlich macht.<sup>22</sup>

Zum anderen hat die Interpretation der europäischen Wettbewerbsregeln als Bestandteil der Gemeinschaftsverfassung durch den EuGH jenen dynamischen Charakter, der den Umgang der höchstrichterlichen Rechtsprechung mit der Gemeinschaftsrechtsordnung im Ganzen kennzeichnet. Denn bereits mit der Anerkennung der unmittelbaren Anwendbarkeit der in Artt. 81 und 82 EGV [jetzt Artt. 101, 102 AEUV] niedergelegten Verbote hatte der EuGH den ersten Schritt getan, um die einzelnen Wettbewerbsregeln des Vertrages zu einer funktionierenden Wettbewerbsordnung für den Binnenmarkt auszugestalten.<sup>23</sup> Normen des europäischen Kartellrechts sind deshalb immer im Kontext dieser Wettbewerbsordnung für den Binnenmarkt auszulegen.<sup>24</sup>

Ausgehend von diesen beiden grundlegenden hermeneutischen Besonderheiten des gemeinschaftlichen Kartellrechts und den daraus resultierenden methodischen Anforderungen wird die Arbeit stringent auf die Beantwortung der Frage nach der Bedeutung von Effizienzgewinnen unter dem neu gefassten Fusionsregime der VO 139/2004 ausgerichtet.

---

21 *Ackermann*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, Rn. 2.

22 *Ackermann*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, Rn. 13.

23 *Ackermann*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, Rn. 13.

24 *Ackermann*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, beschreibt die Auswirkung dieser Besonderheiten auf die Interpretation des Gemeinschaftskartellrechts anhand von vier Fragestellungen. Dabei beziehen sich die ersten beiden auf das „Wie?“ der Interpretation, nämlich auf die Rolle des normativen (analog zu *Larenz*, Methodenlehre) und des ökonomischen (als Auswirkung der ökonomischen Zwecksetzung) Kontextes für die kartellrechtliche Begriffsbildung. Die beiden letzten Fragen zielen auf das „Wer?“, nämlich auf die Hierarchie der Norminterpreten, in einer zwischen gemeinschaftlicher und nationaler Ebene sowie zwischen judikativen und administrativen Funktionen unterscheidendem supranationalen System, *Ackermann*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, Rn. 14.

Da es sich bei der Rechtsgrundlage Art. 2 Abs. 3 i.V.m. E 29 und Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO um Normen der FKVO handelt, deren Interpretation ausschließlich den gemeinschaftlichen Organen obliegt (so *Ackermann*, a.a.O., Rn. 12), entfällt hier die Erörterung der Norminterpreten auf nationaler Ebene. Dafür ist, wie sich noch zeigen wird, die Frage nach der judikativen oder administrativen Funktion des Norminterpreten von umso höherem Interesse.