

## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	27
Teil 1: Einführung und Konturierung der Untersuchung	33
Kapitel 1: Einleitung und Hintergründe	33
Kapitel 2: Untersuchungsziel, Gang der Bearbeitung und ausgenommene Themenkomplexe	37
A. Untersuchungsziel	37
B. Gang der Bearbeitung	38
C. Ausgenommene Themenkomplexe	41
Teil 2: Rechtliche und ökonomische Grundlagen der Untersuchung	43
Kapitel 3: Effizienzvorteil – Begriff, Grundlagen und Berücksichtigungsansätze	49
A. Effizienzvorteil – Begriff und Systematisierung	50
I. Effizienz und Effizienzvorteil – Begriffsbestimmung	50
II. Systematisierung der verschiedenen Erscheinungsformen von Effizienzvorteilen	51
1. Die statischen Konzepte der Effizienz	52
a) Produktive Effizienz	53
(1) Größenvorteile ( <i>economies of scale</i> )	55
(2) Verbundvorteile ( <i>economies of scope</i> )	57
(3) Transaktionskostenersparnisse ( <i>transaction-cost economies</i> )	57
(4) Weitere produktive Effizienzvorteile	58
b) Allokative Effizienz	58
2. Das Konzept der dynamischen Effizienz	60
a) Innovatorische Effizienz	61
b) Dynamische Anpassungs- bzw. Lenkungseffizienz	64
3. Qualitative Effizienz	65
4. Weitere relevante Differenzierungen	65
III. Das Verhältnis von Effizienzen zueinander und mögliche Zielkonflikte	66

## Inhaltsverzeichnis

B. Trade-off-Modelle zur Beurteilung zusammenschlussbedingter Effizienzwirkungen	67
I. Komparativ-statische Trade-off-Modelle	67
1. Williamson-Trade-off-Modell und Gesamtwohlfahrtsstandard	67
2. Williamson-Trade-off-Modell und Konsumentenwohlfahrtsstandard	71
3. Schwächen und Beschränkungen des komparativ-statischen Trade-off-Modells nach O. E. Williamson	73
II. Dynamischer Trade-off	75
1. Neo-Schumpeter-Hypothese I und II	76
2. Schlussfolgerungen zum dynamischen Trade-off in der Rechtsanwendung	79
C. Rechtstechnische Umsetzungsmöglichkeiten: Ansätze zur Effizienzberücksichtigung in der Zusammenschlusskontrolle	80
I. Pauschalierte Berücksichtigung ( <i>general presumption approach</i> )	80
II. Einzelfallbezogene Berücksichtigung	83
1. Explizite Effizienzberücksichtigung (Effizienzverteidigung bzw. <i>efficiency defence</i> )	83
2. Integrierte Berücksichtigung im Rahmen der wettbewerblichen Beurteilung	85
a) Berücksichtigung im Rahmen eines marktstrukturbbezogenen Wettbewerbstests	86
b) Berücksichtigung im Rahmen eines kombinierten Wettbewerbstests	86
c) Vor- und Nachteile der integrierten Effizienzberücksichtigung	87
III. Nachträgliche Kontrolle potenziell effizienzsteigernder Zusammenschlüsse	88
IV. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	89
Kapitel 4: Wettbewerb und Wettbewerbsbehinderung durch Unternehmenszusammenschlüsse – Rechtsbegriffe, ökonomische Grundlagen und Berücksichtigung	89
A. Rechtsmethodische Vorüberlegungen zu den zu untersuchenden Rechtsbegriffen	90

B. „Wirksamer Wettbewerb“ als Schutzobjekt der Zusammenschlusskontrolle	93
I. Bedeutung und Funktionen des Wettbewerbs innerhalb der Wirtschaftsordnung	95
II. Der Rechtsbegriff „wirksamer Wettbewerb“	96
1. Grammatikalische Auslegung	99
a) Der Begriff „Wettbewerb“ in der juristischen Fachsprache	100
b) Der Begriff „Wettbewerb“ in der wirtschaftswissenschaftlichen Fachsprache	102
(1) Deskriptive Wirtschaftswissenschaft bzw. Wettbewerbstheorie	108
(2) Normative Wirtschaftswissenschaft bzw. Wettbewerbspolitik	110
(3) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	111
c) Allgemeiner Sprachgebrauch bzw. „vorwissenschaftliches“ Begriffsverständnis	113
d) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	114
2. Systematische Auslegung	115
3. Historische Auslegung	118
a) Stammfassung – GWB 1958	119
b) 2. GWB-Novelle – GWB 1973	122
(1) Funktionen des Schutzobjekts „Wettbewerb“ und dessen Beschränkungen	123
(2) Konzeption der Zusammenschlusskontrolle als präventive Marktstrukturkontrolle	124
(3) Die Abwägung von Wettbewerbsbeeinträchtigungen mit anderen Interessen	126
c) Nachfolgende Novellierungen	127
d) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	127
4. Objektiv-teleologische Auslegung	128
a) Der Wettbewerb als Schutzobjekt des GWB	129
(1) Marktverhaltenskontrolle: Kartell- und Missbrauchsverbot	131
(2) Marktstrukturkontrolle: Zusammenschlusskontrolle	133
b) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	134

## *Inhaltsverzeichnis*

5. Schlussfolgerungen zur Auslegung des Rechtsbegriffs „wirksamer Wettbewerb“	134
6. Konkretisierung des Rechtsbegriffs „wirksamer Wettbewerb“ im Hinblick auf für die Effizienzberücksichtigung relevante Teilaspekte	135
a) Anknüpfungspunkte für eine Wettbewerbsdefinition	136
b) Wettbewerbsfunktionen	138
(1) Ökonomische Wettbewerbsfunktionen	141
(a) Steuerungs- bzw. Ordnungsfunktion	142
(b) Verteilungsfunktion	143
(c) Entdeckungs- bzw. Fortschrittsfunktion	144
(2) Außerökonomische Wettbewerbsfunktionen	145
(a) Freiheitssichernde Funktion	145
(b) Gesellschaftspolitische Entmachtungsfunktion	149
(3) Das Verhältnis der Wettbewerbsfunktionen zueinander und mögliche Zielkonflikte	149
(4) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	150
c) Wettbewerbskonzepte: idealtypische Grundpositionen und die Konzeption des GWB	151
(1) Ergebnisoffene Wettbewerbskonzeption (systemtheoretischer Ansatz)	152
(2) Ergebnisorientierte Wettbewerbskonzeptionen (wohlfahrtsökonomische Ansätze)	155
(3) Die Wettbewerbskonzeption des GWB	160
7. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	161
C. Wettbewerbsbehinderung durch Unternehmenszusammenschlüsse – Begriff und ökonomische Grundlagen	162
I. Zusammenschlüsse und deren Beurteilung – ökonomische Grundlagen	164
1. Unternehmenszusammenschluss – Begriffsbestimmung	165
2. Internes und externes Unternehmenswachstum in der ökonomischen Beurteilung	166
3. Potenziell wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkungen externen Unternehmenswachstums	167
II. Das Konzept der Marktmacht – ökonomische Grundlagen	167
1. Marktmacht – Begriffsbestimmung	168

## *Inhaltsverzeichnis*

2. „Vollständige Konkurrenz“ als Referenzmodell und Lerner-Index	169
3. Das Verhältnis von Marktmacht und wirksamem Wettbewerb	171
a) Leistungsbezogener und nichtleistungsbezogener Marktmachtaufschwung	172
b) Das Maß zulässiger Marktmacht	173
4. Die empirische Erfassung von Marktmacht im Einzelfall	174
5. Marktmachteffekte in den verschiedenen Zusammenschlussformen	176
a) Marktmachteffekte bei horizontalen Zusammenschlüssen	177
b) Marktmachteffekte bei vertikalen Zusammenschlüssen	178
c) Marktmachteffekte bei konglomeraten Zusammenschlüssen	180
d) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	181
III. Die Erfassung von Marktmacht in der materiellen Zusammenschlusskontrolle	182
1. Marktbeherrschungstest	182
2. SLC-Test	183
3. SIEC-Test	183
4. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	184
Teil 3: Das europäische SIEC-Kriterium als Vorlage für die nationale Zusammenschlusskontrolle und die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen	185
Kapitel 5: Wettbewerbsschutz und Zusammenschlusskontrolle im System der europäischen Wettbewerbs- und Wirtschaftsordnung	186
A. Der Wettbewerbsschutz im System der EU-Verträge	186
B. Die Zusammenschlusskontrolle als Teil der europäischen Wettbewerbsordnung	189
C. Wirtschafts- und wettbewerbspolitische Grundpositionen der EU-Verträge	190
I. Konzeption des europäischen Wettbewerbsschutzes: Prozess- vs. Ergebnissicherung	192
1. Traditionell ergebnisoffener Ansatz – Wettbewerbsschutz als Prozesssicherung	193

## Inhaltsverzeichnis

2. <i>More economic approach</i> der Kommission – Wettbewerbsschutz als Ergebnissicherung	196
a) Kernelemente des <i>more economic approach</i> und deren Umsetzung	197
(1) Stärkere Einbeziehung ökonomischer Erfahrungssätze und Analysemethoden	197
(2) Marktergebnisorientierte Auswirkungsanalyse und Konsumentenwohlfahrt	199
(3) Umfassende Implementierung einer marktergebnisorientierten Effizienzverteidigung	203
(4) Stärkere Konvergenz bei Auslegung und Anwendung der Wettbewerbsvorschriften	206
b) Grenzen des <i>more economic approach</i> in der höchstrichterlichen Rechtsprechung	207
3. Konturen der geltenden Konzeption des Wettbewerbsschutzes	209
4. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	210
II. Gesamtwirtschaftliche Konzeption – Wettbewerbsschutz und Konsumentenwohlfahrt	212
1. Generelles Verhältnis des Wettbewerbsschutzes zu den übrigen Vertragszielen	214
2. Steigerung der Konsumentenwohlfahrt als konkurrierendes Vertragsziel	216
3. Regelungen zur Lösung von Zielkonflikten im Bereich des Wettbewerbsrechts	219
4. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	224
Kapitel 6: Die pauschale Berücksichtigung von Effizienzvorteilen durch die Ausgestaltung des Anwendungsbereichs der europäischen Zusammenschlusskontrolle	225
A. Der Begriff des Zusammenschlusses, Art. 3 FKVO	226
B. Die Schwellenwerte, Art. 1 Abs. 2, 3 FKVO	228
C. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	231

## *Inhaltsverzeichnis*

Kapitel 7: Die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen im Rahmen der materiellen Zusammenschlusskontrolle der VO (EWG) Nr. 4064/89 (FKVO 1990)	231
A. Entstehungsgeschichtliche und wettbewerbspolitische Hintergründe	233
I. Gesetzgebungsverfahren und Thematik „Effizienzberücksichtigung“	233
II. Anhaltspunkte zur Effizienzberücksichtigung in den Erwägungsgründen	238
III. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	241
B. Anknüpfungspunkte für die einzelfallbezogene Berücksichtigung von Effizienzvorteilen im Rahmen der materiellen Zusammenschlusskontrolle nach Art. 2 Abs. 2, 3 FKVO 1990	242
I. Prüfungskriterium der „Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung“, Art. 2 Abs. 2, 3 FKVO 1990	245
1. Materielle Konkretisierung des Marktbeherrschungskriteriums	245
2. Beurteilungskriterien im Rahmen des Marktbeherrschungstests – Überblick	247
a) Horizontale Zusammenschlüsse	248
(1) Kriterien der Einzelmarktbeherrschung	248
(2) Kriterien der gemeinsamen Marktbeherrschung	249
b) Vertikale Zusammenschlüsse	252
(1) Kriterien der Einzelmarktbeherrschung	253
(2) Kriterien der gemeinsamen Marktbeherrschung	254
c) Konglomerate Zusammenschlüsse	255
(1) Kriterien der Einzelmarktbeherrschung	256
(2) Kriterien der gemeinsamen Marktbeherrschung	257
3. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	258
4. Entscheidungspraxis zur Berücksichtigung von Effizienzvorteilen	259
a) Grundzüge der materiellen Prüfungspraxis der Kommission	259
(1) Wettbewerblicher Ansatz	260
(2) Prüfung des materiellen Freigabe- bzw. Untersagungstatbestands	260
b) Entscheidungen: Effizienzvorteile als wettbewerbsbeeinträchtigende Faktoren	262
(1) Komm., IV/M.0050 – AT&T/NCR	262

## *Inhaltsverzeichnis*

(2) Komm., IV/M.130 – <i>Delta Air Lines/PAN AM</i>	263
(3) Komm., IV/M.469 – <i>MSG Media Service</i>	264
(4) Komm., IV/M.477 – <i>Mercedes-Benz/Kässbohrer</i>	265
(5) Komm., IV/M.553 – <i>RTL/Veronica/Endemol</i>	265
(6) Komm., IV/M.986 – <i>Agfa-Gevaert/DuPont</i>	266
(7) Komm., COMP/M.2220 – <i>GE/Honeywell</i>	266
(8) Auswertung der Entscheidungspraxis	267
c) Entscheidungen: Effizienzvorteile als wettbewerbsfördernde Faktoren	267
(1) Komm., IV/M.206 – <i>Rhone-Poulenc/SNIA</i>	267
(2) Komm., IV/M.580 – <i>ABB/Daimler-Benz</i>	268
(3) Auswertung der Entscheidungspraxis	269
5. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	270
II. Kriterium der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“, Art. 2 Abs. 2, 3 FKVO 1990	273
1. Materielle Konkretisierung und Bedeutung des Kriteriums	273
2. Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen	276
a) Die Berücksichtigung marktstrukturbezogener Effizienzwirkungen auf Drittmarkten	276
b) Die Berücksichtigung marktergebnisbezogener Effizienzwirkungen	278
3. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	281
III. Sog. Fortschrittsklausel des Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO 1990	281
1. Regelungsgehalt der Norm – Überblick	282
2. Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen	285
a) Die Berücksichtigung marktergebnisbezogener Effizienzwirkungen	285
(1) Argumentation für den gesamtwirtschaftlichen Ansatz	286
(2) Kritische Würdigung des gesamtwirtschaftlichen Ansatzes	288
(a) Kritische Würdigung vor dem entstehungsgeschichtlichen Hintergrund	288
(b) Kritische Würdigung vor dem Hintergrund des Regelungsgehalts der Norm	290

(c) Kritische Würdigung der begrifflichen Parallelität zum kartellverbotsrechtlichen Freistellungstatbestand (Art. 81 Abs. 3 EGV)	291
(3) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	295
b) Die Berücksichtigung wettbewerbsbezogener Effizienzwirkungen	296
c) Weitere Ansätze zur Berücksichtigung von Effizienzvorteilen	299
d) Entscheidungspraxis zur Berücksichtigung von Effizienzvorteilen im Rahmen der sog. Fortschrittsklausel des Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO 1990	300
(1) Komm., IV/M.053 – <i>Aérospatiale-Alenia/de Havilland</i>	301
(2) Komm., IV/M.126 – <i>Accor/Wagons-Lits</i>	302
(3) Komm., IV/M.469 – <i>MSG/Media Service</i>	303
(4) Komm., IV/M.490 – <i>Nordic Satellite Distribution</i>	303
(5) Komm., IV/M.619 – <i>Gencor/Lonrho</i>	304
(6) Komm., IV/M.774 – <i>Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM</i>	305
(7) Komm., IV/M.993 – <i>Bertelsmann/Kirch/Premiere</i>	306
(8) Komm., IV/M.1313 – <i>Danish Crown/Vestjyske Slagterier</i>	307
(9) Auswertung der Entscheidungspraxis	308
3. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	313
IV. Bedingungen und Auflagen, Art. 6 Abs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 2 S. 2 FKVO 1990	314
C. Zusammenfassung und Auswertung der Untersuchungsergebnisse	315
I. Die einzelfallbezogene Berücksichtigung der marktstrukturbbezogenen Wirkungen von Effizienzvorteilen auf dem relevanten Markt	316
II. Die einzelfallbezogene Berücksichtigung der marktstrukturbbezogenen Wirkungen von Effizienzvorteilen auf Drittmarkten	317
III. Die einzelfallbezogene Berücksichtigung der marktergebnisbezogenen Wirkungen von Effizienzvorteilen	318
D. Abschließendes Ergebnis: Die Effizienzberücksichtigung im Rahmen der materiellen Zusammenschlusskontrolle der FKVO 1990	320

## *Inhaltsverzeichnis*

Kapitel 8: Die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen im Rahmen der materiellen Zusammenschlusskontrolle der VO (EG) Nr. 139/2004 (FKVO)	322
A. Entstehungsgeschichtliche und wettbewerbspolitische Hintergründe	323
I. Gesetzgebungsverfahren und Thematik „Effizienzberücksichtigung“	324
II. Anhaltspunkte zur Effizienzberücksichtigung in den Erwägungsgründen	332
III. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	337
B. Die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen nach den Leitlinien der Kommission	337
I. Horizontal-Leitlinien	338
1. Ausrichtung des Wettbewerbsschutzes	338
2. Ansatz zur Berücksichtigung von Effizienzvorteilen	340
a) Rechtstechnische Ausgestaltung der Effizienzberücksichtigung	341
b) Voraussetzungen der Effizienzberücksichtigung	343
(1) Verbraucherdienlichkeit der Effizienzvorteile	343
(2) Fusionsspezifität der Effizienzvorteile	345
(3) Nachprüfbarkeit der Effizienzvorteile	345
3. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	346
II. Nichthorizontal-Leitlinien	346
III. Auswertung der Effizienzberücksichtigung nach den Leitlinien der Kommission	348
1. Berücksichtigungsansatz: Prozesssicherung vs. Ergebnissicherung	348
2. Rechtstechnische Ausgestaltung der Effizienzberücksichtigung	350
3. Berücksichtigungsfähige Effizienzvorteile	351
4. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	351
C. Anknüpfungspunkte für die einzelfallbezogene Berücksichtigung von Effizienzvorteilen im Rahmen der materiellen Zusammenschlusskontrolle nach Art. 2 Abs. 2, 3 FKVO	352
I. Materieller Prüfungstatbestand, Art. 2 Abs. 2, 3 FKVO	356
1. Materielle Konkretisierung vor dem Hintergrund der Effizienzberücksichtigung	356
a) Prüfungskriterium der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ (SIEC-Test)	356

## Inhaltsverzeichnis

b) Regelbeispiel der „Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung“	360
c) Anwendungsbereich und Verhältnis von Prüfungskriterium und Regelbeispiel	360
d) Erweiterung des materiellen Beurteilungsspielraums gegenüber der FKVO 1990	362
2. Die Berücksichtigung marktstrukturbbezogener Effizienzwirkungen auf dem relevanten Markt	363
3. Die Berücksichtigung marktergebnisbezogener Effizienzwirkungen auf dem relevanten Markt	366
a) Anknüpfung an das Kriterium der „Erheblichkeit“ der Wettbewerbsbehinderung	366
b) Ausnahmetatbestand im Freigabekriterium des Art. 2 Abs. 2 FKVO	368
c) Prüfungskriterium der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ (SIEC-Test)	369
II. Sog. Fortschrittsklausel des Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO	370
III. Weitere vereinzelt vertretene Ansätze zur Anknüpfung	374
1. Anknüpfung an ErwG 29 FKVO	374
2. Verankerung im Konsumentenwohlfahrtsstandard	376
3. Marktstrukturbbezogene Abwägungsklausel nach Art. 2 Abs. 1 lit. a FKVO	377
IV. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	378
D. Entscheidungspraxis zur Berücksichtigung von Effizienzvorteilen	379
I. Grundzüge der materiellen Prüfungspraxis der Kommission	380
1. Wettbewerblicher Ansatz	380
2. Prüfung des materiellen Freigabe- bzw. Untersagungstatbestands	381
II. Entscheidungen: Effizienzvorteile dem Grunde nach nicht berücksigungsfähig oder keine abschließende Beurteilung wegen fehlender Relevanz	384
1. Komm., COMP/M.4000 – <i>Inco/Falconbridge</i>	384
2. Komm., COMP/M.4439 – <i>Ryanair/Aer Lingus</i>	385
3. Komm., COMP/M.4187 – <i>Metso/Aker Kvaerner</i>	387
4. Komm., COMP/M.4854 – <i>TomTom/Tele Atlas</i>	388
5. Komm., COMP/M.5830 – <i>Olympic/Aegean Airlines</i>	389
6. Komm., COMP/M.6203 – <i>Western Digital Ireland/Viviti Technologies</i>	391

## Inhaltsverzeichnis

7. Komm., COMP/M.6166 – <i>Deutsche Börse/NYSE Euronext</i>	394
8. Komm., COMP/M.7932 – <i>Dow/DuPont</i>	395
9. Weitere Entscheidungen	397
III. Entscheidungen: Effizienzvorteile dem Grunde nach berücksichtigungsfähig	398
1. Komm., COMP/M.4057 – <i>Korsnäs/Assidomän Cartonboard</i>	398
2. Komm., COMP/M.6570 – <i>UPS/TNT Express</i>	399
3. Komm., COMP/M.6360 – <i>Nynas/Shell/Harburg Refinery</i>	401
4. Komm., COMP/M.6905 – <i>Ineos/Solvay/JV</i>	403
5. Komm., COMP/M.7630 – <i>FedEx/TNT Express</i>	404
IV. Auswertung der Entscheidungspraxis	405
1. Ansatz, Ausgestaltung und Anknüpfungspunkt der Effizienzberücksichtigung	405
a) Berücksichtigungsansatz: Prozesssicherung vs. Ergebnissicherung	405
b) Rechtstechnische Ausgestaltung der Effizienzberücksichtigung	407
c) Gesetzlicher Anknüpfungspunkt der Effizienzberücksichtigung	409
2. Voraussetzungen der Effizienzberücksichtigung	410
a) Verbraucherdienlichkeit der Effizienzvorteile	411
(1) Erheblichkeit	411
(2) Rechtzeitigkeit der Realisierung	413
(3) Weitergabe an die Verbraucher in den relevanten Märkten	416
(4) Wahrscheinlichkeit der Weitergabe	419
b) Fusionsspezifitik der Effizienzvorteile	420
c) Nachprüfbarkeit der Effizienzvorteile	424
(1) Ausgestaltung der Darlegungs- und Beweislast	424
(2) Inhaltliche Anforderungen an den Nachweis	426
(3) Zum Nachweis geeignete Unterlagen und Dokumentationen	431
(4) Rechtzeitigkeit des Effizienzvortrags	434
d) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	435
3. Beurteilung der kompensierenden Wirkung der Effizienzvorteile	436

4. Praktische Relevanz der Effizienzberücksichtigung	438
a) Relevanter Anwendungsbereich	439
b) Berücksigungsfähige Effizienzvorteile	441
(1) Rationalisierungs- und Größenvorteile <i>(economies of scale)</i>	441
(2) Verbundvorteile <i>(economies of scope)</i>	443
(3) Transaktionskostenersparnisse <i>(transaction-cost economies)</i>	444
(4) Weitergabe von Know-how	444
(5) Dynamische bzw. innovatorische Effizienzvorteile	445
(6) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	448
c) Ergebnisrelevanz ausgehend von der Entscheidungspraxis der Kommission	448
E. Zusammenfassung und Auswertung der Untersuchungsergebnisse	449
I. Die einzelfallbezogene Berücksichtigung der marktstrukturbbezogenen Wirkungen von Effizienzvorteilen auf dem relevanten Markt	450
II. Die einzelfallbezogene Berücksichtigung der marktstrukturbbezogenen Wirkungen von Effizienzvorteilen auf Drittmarkten	451
III. Die einzelfallbezogene Berücksichtigung der marktergebnisbezogenen Wirkungen von Effizienzvorteilen	452
F. Abschließendes Ergebnis: Die Effizienzberücksichtigung im Rahmen der materiellen Zusammenschlusskontrolle der FKVO	453
 Teil 4: Die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen im Zusammenschlusskontrollverfahren vor dem BKartA	455
Kapitel 9: Die pauschale Berücksichtigung von Effizienzvorteilen durch die Ausgestaltung des Anwendungsbereichs der nationalen Zusammenschlusskontrolle	455
A. Der Begriff des Zusammenschlusses, § 37 GWB	456
B. Die Schwellenwerte, § 35 Abs. 1, 1a GWB	458
I. Die Umsatzschwellen des § 35 Abs. 1 GWB	459
II. Die Transaktionskosten- und Umsatzschwellen des § 35 Abs. 1a GWB	460
III. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	461
C. Ausnahmen vom Anwendungsbereich, § 35 Abs. 2 GWB	462
I. Kommunale Gebietsreformen, § 35 Abs. 2 S. 1 GWB	462

## *Inhaltsverzeichnis*

II. Kreditwirtschaftliche Verbundgruppen, § 35 Abs. 2 S. 2, 3 GWB	463
D. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	465
Kapitel 10: Die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen im Rahmen der materiellen Zusammenschlusskontrolle nach § 36 Abs. 1 GWB 2005	465
A. Entstehungsgeschichtliche und wettbewerbspolitische Hintergründe	468
I. Entstehungsgeschichtliche Hintergründe und Entwicklung	468
II. Wettbewerbspolitische Grundpositionen und Konzeptionen	471
1. „Wettbewerb“ als Schutzobjekt des GWB 2005	472
2. Konzeption und Schutzrichtung der Zusammenschlusskontrolle	473
III. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	474
B. Anknüpfungspunkte für die einzelfallbezogene Berücksichtigung von Effizienzvorteilen im Rahmen der materiellen Zusammenschlusskontrolle nach § 36 Abs. 1 GWB 2005	475
I. Untersagungskriterium der „Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung“, § 36 Abs. 1 Hs. 1 GWB 2005	475
1. Konzepte der Marktbeherrschung nach § 19 Abs. 2 GWB 2005	478
a) Das Konzept der Einzelmarktbeherrschung, § 19 Abs. 2 S. 1 GWB 2005	478
b) Das Konzept der gemeinsamen Marktbeherrschung, § 19 Abs. 2 S. 2 GWB 2005	480
2. Beurteilungskriterien in Abhängigkeit von der Form des Zusammenschlusses	481
a) Horizontale Zusammenschlüsse	482
(1) Einzelmarktbeherrschung, § 19 Abs. 2 S. 1 GWB 2005	482
(a) Marktanteil, § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 Var. 1 GWB 2005	484
(b) Marktkonzentration	488
(c) Finanzkraft, § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 Var. 2 GWB 2005	489
(d) Zugang zu Absatz- und Beschaffungsmärkten, § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 Var. 3 GWB 2005	491

## Inhaltsverzeichnis

(e) Verflechtungen mit anderen Unternehmen, § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 Var. 4 GWB 2005	493
(f) Marktzutrittsschranken und potenzieller Wettbewerb, § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 Var. 5, 6 GWB 2005	494
(g) Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite, § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 Var. 8 GWB 2005	498
(h) Gewerbliche Schutzrechte und Know-how	500
(i) Weitere Faktoren ohne direkten Bezug zu Effizienzvorteilen	501
(j) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	504
(2) Gemeinsame Marktbeherrschung, § 19 Abs. 2 S. 2 GWB 2005	505
(a) Identifizierung der potenziellen gemeinsamen Marktbeherrschter	506
(b) Innenverhältnis: strukturelle Voraussetzungen der Verhaltenskoordinierung	507
(c) Innenverhältnis: tatsächliches Fehlen wesentlichen Binnenwettbewerbs	514
(d) Außenverhältnis: kein wesentlicher Außenwettbewerb	516
(e) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	518
(3) Nachfrageseitige Marktbeherrschung	519
b) Vertikale Zusammenschlüsse	520
(1) Einzelmarktbeherrschung, § 19 Abs. 2 S. 1 GWB 2005	520
(a) Abschottungsstrategien	522
(b) Zugang zu vertraulichen Unternehmensinformationen	525
(c) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	526
(2) Gemeinsame Marktbeherrschung, § 19 Abs. 2 S. 2 GWB 2005	526
c) Konglomerate Zusammenschlüsse	528
(1) Einzelmarktbeherrschung, § 19 Abs. 2 S. 1 GWB 2005	528
(a) Verlust von Rand- oder potenziellem Wettbewerb	529

## Inhaltsverzeichnis

(b) Wettbewerbsbeschränkung durch Kopplung oder Bündelung	529
(c) Portfolioeffekte	532
(d) Stärkung der Finanzkraft oder sonstiger Ressourcen	532
(e) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	533
(2) Gemeinsame Marktbeherrschung, § 19 Abs. 2 S. 2 GWB 2005	533
d) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	534
3. Entscheidungspraxis zur Effizienzberücksichtigung im Rahmen des § 36 Abs. 1 Hs. 1 GWB 2005	535
a) Grundzüge der materiellen Prüfungspraxis des BKartA	535
b) Entscheidungen zur Berücksichtigung marktstrukturbbezogener Effizienzwirkungen	537
(1) BKartA, B7-22/05 – <i>Iesy/Ish HoldCo</i>	537
(2) BKartA, B6-103/05 – <i>Springer/ProSiebenSat. 1</i>	540
(3) BKartA, B3-6/07 – <i>LBK/Mariahilf</i>	542
(4) BKartA, B2-29/09 – <i>Humana/Nordmilch</i>	544
c) Auswertung der Entscheidungspraxis	545
4. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	546
II. Abwägungsklausel, § 36 Abs. 1 Hs. 2 GWB 2005	546
1. Zielsetzung und Rechtsentwicklung	548
2. Voraussetzungen nach § 36 Abs. 1 Hs. 2 GWB 2005	549
a) Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen	550
b) Marktbezug der Verbesserungen	552
(1) Berücksichtigungsfähige Verbesserungsmärkte	553
(a) Verbesserungen auf Drittmarkten	554
(b) Verbesserungen auf dem relevanten Markt	555
(2) Zusätzliches Erfordernis: Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung	557
(3) Berücksichtigung von Sanierungsfusionen	560
c) Ausmaß der Verbesserungen und Abwägung	561
d) Kausalität des Zusammenschlusses für die Verbesserungen	565
e) Darlegungs- und Beweislast	568
3. Entscheidungspraxis zur Effizienzberücksichtigung im Rahmen der Abwägungsklausel	569
a) BGH, KVR 6/77 – <i>Erdgas Schwaben</i>	569

## Inhaltsverzeichnis

b) KG, Kart. 24/83 – <i>Thüringer Gas – Westerland</i>	571
c) BGH, KVR 8/93 – <i>Anzeigenblätter II</i>	572
d) BKartA, B1-26661-U-275/98 – <i>Pfleiderer/Coswig</i>	574
e) BKartA, B7-200/07 – <i>KDG/Orion</i>	575
f) Auswertung der Entscheidungspraxis	577
4. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	578
III. Bedingungen und Auflagen, § 40 Abs. 3 GWB 2005	579
C. Zusammenfassung und Auswertung der Untersuchungsergebnisse	582
I. Die einzelfallbezogene Berücksichtigung der marktstrukturbbezogenen Wirkungen von Effizienzvorteilen auf dem relevanten Markt	582
II. Die einzelfallbezogene Berücksichtigung der marktstrukturbbezogenen Wirkungen von Effizienzvorteilen auf Drittmarkten	584
III. Die einzelfallbezogene Berücksichtigung der marktergebnisbezogenen Wirkungen von Effizienzvorteilen	585
D. Abschließendes Ergebnis: Die Effizienzberücksichtigung im Rahmen der materiellen Zusammenschlussprüfung nach § 36 Abs. 1 GWB 2005	586
<b>Kapitel 11: Die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen im Rahmen der materiellen Zusammenschlusskontrolle nach § 36 Abs. 1 GWB</b>	<b>587</b>
A. Entstehungsgeschichtliche und wettbewerbspolitische Hintergründe	589
I. Erörterungen im Zuge der 7. GWB-Novelle	589
II. Vorgeschichte und Gesetzgebungsprozess der 8. GWB-Novelle	590
III. Gesetzesbegründung zur 8. GWB-Novelle	592
1. Begründung der Implementierung des SIEC-Kriteriums	593
a) Angleichung an die europäische Zusammenschlusskontrolle ( <i>level playing field</i> )	594
b) Verbesserte Erfassung wettbewerblich bedenklicher Fälle	595
c) Keine zu erwartende Rechtsunsicherheit und keine Änderung der Verfahrenspraxis	595
2. Anhaltspunkte zur Berücksichtigung von Effizienzvorteilen	596

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>IV. Stellungnahmen von BKartA und Monopolkommission</b>	<b>597</b>
1. Stellungnahmen des BKartA	597
2. Stellungnahme der Monopolkommission	598
<b>V. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen</b>	<b>601</b>
<b>B. Folgen der Übernahme des europäischen Prüfungskriteriums in das nationale Recht</b>	<b>603</b>
I. Bindungswirkung der europäischen Entscheidungspraxis und Leitlinien	604
II. Vorlagemöglichkeit bzw. -pflicht nach Art. 267 AEUV	606
III. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	608
<b>C. Anknüpfungspunkte für die einzelfallbezogene Berücksichtigung von Effizienzvorteilen im Rahmen der materiellen Zusammenschlusskontrolle nach § 36 Abs. 1 GWB</b>	<b>609</b>
I. Materieller Untersagungstatbestand, § 36 Abs. 1 S. 1 GWB	609
1. Materielle Konkretisierung vor dem Hintergrund der Effizienzberücksichtigung	610
a) Untersagungskriterium der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ (SIEC-Test)	610
b) Regelbeispiel der „Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung“	613
c) Anwendungsbereich und Verhältnis von Untersagungskriterium und Regelbeispiel	613
2. Die Berücksichtigung marktstrukturbbezogener Effizienzwirkungen auf dem relevanten Markt	615
3. Die Berücksichtigung marktergebnisbezogener Effizienzwirkungen auf dem relevanten Markt	618
a) Tatbestandlicher Anknüpfungspunkt	618
b) Entscheidungspraxis zur Berücksichtigung marktergebnisbezogener Effizienzwirkungen im Rahmen des § 36 Abs. 1 S. 1 GWB	619
(1) Grundzüge der materiellen Prüfungspraxis des BKartA	619
(a) Ablauf der materiellen Prüfung	620
(b) Anwendung von Untersagungskriterium und Regelbeispiel	622
(2) Entscheidungen zur Berücksichtigung marktergebnisbezogener Effizienzwirkungen	626
(a) BKartA, B3-135/13 – <i>Klinikum Esslingen/ Kreiskliniken Esslingen</i>	627

(b) BKartA, B2-96/14 – <i>Edeka/Kaiser's Tengelmann</i>	628
(c) BKartA, B5-29/18 – <i>Miba/Zollern</i>	630
(d) BKartA, B9-80/19 – <i>Loomis/Ziemann</i>	631
(e) BKartA, B7-21/18 – <i>Telekom/EWE</i>	632
(f) BKartA, B3-33/20 – <i>SFH/DIAKO-KH</i>	634
(g) Weitere Entscheidungen	634
(3) Auswertung der Entscheidungspraxis	635
(a) Anwendbarkeit der marktergebnisbezogenen Effizienzberücksichtigung	635
(b) Voraussetzungen der Berücksichtigung	636
(aa) Verbraucherdienlichkeit der Effizienzvorteile	636
(bb) Fusionsspezifik der Effizienzvorteile	638
(cc) Nachprüfbarkeit der Effizienzvorteile	639
(dd) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	640
(c) Beurteilung der kompensierenden Wirkung der Effizienzvorteile	640
(d) Praktische Relevanz der Effizienzberücksichtigung	641
(aa) Relevanter Anwendungsbereich	642
(bb) Berücksichtigungsfähige Effizienzvorteile	644
(cc) Ergebnisrelevanz ausgehend von der Entscheidungspraxis des BKartA	647
(c) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	647
II. Abwägungsklausel, § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB	649
1. Voraussetzungen nach § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB	650
a) Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen	650
b) Marktbezug der Verbesserungen	653
(1) Berücksigungsfähige Verbesserungsmärkte	653
(2) Zusätzliches Erfordernis: Bestehen einer gleichwertigen Wettbewerbsbeeinträchtigung	654
c) Ausmaß der Verbesserungen und Abwägung	655
d) Kausalität des Zusammenschlusses für die Verbesserungen	657
e) Darlegungs- und Beweislast	658

## *Inhaltsverzeichnis*

2. Entscheidungspraxis zur Effizienzberücksichtigung im Rahmen der Abwägungsklausel	658
a) BKartA, B6-98/13 – <i>FMG/Springer</i>	658
b) BKartA, B2-51/16 – <i>REWE/Coop</i>	660
c) BKartA, B5-29/18 – <i>Miba/Zollern</i>	661
d) Weitere Entscheidungen	663
e) Auswertung der Entscheidungspraxis	664
3. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	665
III. Bedingungen und Auflagen, § 40 Abs. 3 GWB	666
D. Zusammenfassung und Auswertung der Untersuchungsergebnisse	667
I. Die einzelfallbezogene Berücksichtigung der marktstrukturbezogenen Wirkungen von Effizienzvorteilen auf dem relevanten Markt	667
II. Die einzelfallbezogene Berücksichtigung der marktstrukturbezogenen Wirkungen von Effizienzvorteilen auf Drittmarkten	669
III. Die einzelfallbezogene Berücksichtigung der marktergebnisbezogenen Wirkungen von Effizienzvorteilen auf dem relevanten Markt	670
IV. Die einzelfallbezogene Berücksichtigung der marktergebnisbezogenen Wirkungen von Effizienzvorteilen auf Drittmarkten	672
E. Abschließendes Ergebnis: Die Effizienzberücksichtigung im Rahmen der materiellen Zusammenschlussprüfung nach § 36 Abs. 1 GWB	673
Teil 5: Schlussbetrachtung	675
Literatur- und Materialienverzeichnis	677