

Christiansen, Arndt

Working Paper

Die Reform der EU-Fusionskontrolle ökonomisch betrachtet

Marburger Volkswirtschaftliche Beiträge, No. 2005,01

Provided in Cooperation with:

Faculty of Business Administration and Economics, University of Marburg

Suggested Citation: Christiansen, Arndt (2005) : Die Reform der EU-Fusionskontrolle ökonomisch betrachtet, Marburger Volkswirtschaftliche Beiträge, No. 2005,01, Philipps-Universität Marburg, Fachbereich Wirtschaftswissenschaften, Marburg

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/29867>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

PHILIPPS-UNIVERSITÄT MARBURG
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften

Arndt Christiansen

**Die Reform der EU-Fusionskontrolle
Ökonomisch betrachtet**

Nr. 1/2005

Volkswirtschaftliche Beiträge

Marburg 2005

Erscheint in leicht modifizierter Form in: WuW – Wirtschaft und Wettbewerb, 55. Jg.,
Heft 3, März 2005.

Dipl.-Volksw. Arndt Christiansen
Philipps-Universität Marburg • FB Wirtschaftswiss. • Abt. Wirtschaftspolitik
Am Plan 2 • D-35032 Marburg
Tel. ++49-6421-2823166 • Fax ++49-6421-2823936
E-Mail: christiansen@wiwi.uni-marburg.de

Die Reform der EU-Fusionskontrolle ökonomisch betrachtet

Mit dem Inkrafttreten der novellierten Fusionskontrollverordnung hat der bisher tiefgreifendste Reformprozess der EU-Fusionskontrolle am 1. Mai 2004 seinen (vorläufigen) Abschluss gefunden. Anders als in der Literatur vorherrschend geht es in diesem Beitrag um eine ökonomische Betrachtung der Reform als ganzer und nicht um die Diskussion einzelner Neuerungen. Analysiert wird die sich abzeichnende „Ökonomisierung“ im Hinblick auf die von der Europäischen Kommission selbst vorgegebene Zielsetzung. Unter dem Schlagwort des „enhanced economic approach“ soll der verstärkte Rückgriff auf ökonomische Theorien und Methoden zu mehr Transparenz der Entscheidungen und damit letztlich zu erhöhter Rechtssicherheit führen. Kritisch hinterfragt wird daher die zugrundeliegende Vorstellung von der Anwendung ökonomischer Theorie. Analysiert werden außerdem die Auswirkungen auf den Verfahrensaufwand. Als Ergebnis wird eine Abschätzung der mit der „Ökonomisierung“ verbundenen Kosten und Nutzen vorgenommen, die zu einem negativen Ergebnis kommt. Damit wird versucht, die Lücke in der bisherigen Diskussion der Reform zu füllen. Als Schlußfolgerungen daraus werden zum einen die Frage nach einer adäquat(er)en Zielsetzung aus ökonomischer Sicht und zum anderen die Vermutung diskutiert, die Europäische Kommission verfolge zumindest als weiteres Ziel die Annäherung an die US-amerikanische Fusionskontrolle.

I. Einleitung: Überblick über die Reformen

Angestoßen von der Europäischen Kommission Ende 2001, erhielt der jüngste Reformprozess der EU-Fusionskontrolle weiteren Schub durch die drei Aufhebungsurteile des Europäischen Gerichts Erster Instanz (EuG)¹ im Jahr 2002. Insbesondere in seinem ersten Urteil kritisierte das Gericht sehr deutlich die mangelhafte ökonomische Argumentation². In der Folge rückte die Europäische Kommission immer stärker die „greater sophistication in the economic analysis“³ in den Mittelpunkt, um auf diese Weise eine höhere Rechtssicherheit zu

¹ EuG, Urt. v. 6.6.2002 – Rs. T-342/99 – Airtours/Kommission, WuW/E EU-R 559; EuG, Urt. v. 22. 10. 2002 - Rs. T-310/01 – Schneider Electric/Kommission, WuW/E EU-R 627; EuG Urt. v. 25. 10. 2002 – Rs. T-5/02 – Tetra Laval/Kommission, WuW/E EU-R 585.

² Vgl. *Schohe*, Aufhebung einer Untersagungsentscheidung der Kommission durch das Gericht erster Instanz, WuW 2002, S. 841ff.

³ *Monti*, EU competition policy after May 2004, Speech 03/489, Fordham Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, New York, USA, 24.10.2003, S. 5.

gewährleisten. Das herausragende Ergebnis dieser tiefgreifendsten Reform⁴ seit Einführung der EU-Fusionskontrolle ist daher die verstärkte Ausrichtung der Gesetzesgrundlagen und der Entscheidungspraxis an wirtschaftswissenschaftlichen Theorien und Methoden. Diese sog. „Ökonomisierung“ zeigt sich sehr deutlich an der neuen Fusionskontrollverordnung⁵, der zugehörigen Durchführungsverordnung⁶ sowie den erstmals veröffentlichten Leitlinien zur Bewertung horizontaler Fusionen⁷, mit deren Inkrafttreten am 1. Mai 2004 die Reform ihren vorläufigen Abschluss fand.

Die auffälligste Änderung ist das neue Untersagungskriterium „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ bzw. „significant impediment to effective competition“ (SIEC). Das bisherige Marktbeherrschungskriterium verliert damit an Bedeutung und bleibt nur als Regelbeispiel erhalten. Zuvor war es wiederholt als zu juristisch kritisiert worden und als „not having a well-defined economic meaning or a well-defined standard of measurement“⁸. Eine Konkretisierung erfährt der neue sog. SIEC-Test in den bereits erwähnten Leitlinien, mit denen an mehreren Stellen explizit neue ökonomische Konzepte in die EU-Fusionskontrolle eingeführt werden. Dies gilt zunächst für die Verwendung des Herfindahl-Hirschman-Index (HHI), der Summe der quadrierten Anteile aller zum Markt gehörigen Unternehmen, als relevantem Strukturmerkmal neben den Marktanteilen⁹.

Besonders eng an die moderne Industrieökonomik lehnen sich auch die Abschnitte zu den wettbewerbswidrigen Wirkungen von Fusionen an¹⁰. Anstelle der bisherigen Konzepte der Einzel- und kollektiven Marktbeherrschung wird nun zwischen unilateralen und koordinierten Effekten unterschieden. Die Aufnahme unilateraler Wirkungen ist eine Reaktion auf die insbesondere von Ökonomen kritisierte Lücke der alten FKVO im Hinblick auf wettbewerbsschädliche Fusionen in Oligopolmärkten „unterhalb“ der Marktbeherrschungsschwelle¹¹. Hintergrund ist die theoretisch und empirisch gestützte Erkenntnis, dass eine Fusion durch den Wegfall der Konkurrenz zwischen den fusionierenden

⁴ Für einen umfassenden Überblick vgl. u. a. Böge, Reform der Europäischen Fusionskontrolle, WuW 2004, S. 138ff.; Dittert, Die Reform des Verfahrens in der neuen EG-Fusionskontrollverordnung, WuW 2004, S. 148ff., Díaz, The Reform of European Merger Control: Quid Novi Sub Sole?, World Competition 2004, S. 177ff., Lyons, Reform of European Merger Policy, Review of International Economics 2004, S. 246ff.

⁵ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (nachfolgend: FKVO).

⁶ Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 7. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (nachfolgend: DVO).

⁷ Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 5. 2. 2004 (nachfolgend: Leitlinien).

⁸ Azevedo/Walker, Market Dominance: Measurement Problems and Mistakes, ECLR 2003, S. 640.

⁹ Leitlinien, Rdn. 14ff.

¹⁰ Leitlinien, Rdn. 22ff.

¹¹ Vgl. Bishop/Ridyard, Prometheus unbound: Increasing the Scope for Intervention in EC Merger Control, ECLR 2003, S. 358ff., Böge, a.a.O. (Fn. 4), S. 143ff., Díaz, a.a.O. (Fn. 4), S. 186f.

Unternehmen Preiserhöhungen auch ohne Marktbeherrschung individuell profitabel werden lässt. Die Kriterien für die Prüfung koordinierter Wirkungen bauen dagegen auf der Theorie dynamischer Kollusion und der entsprechenden empirischen Evidenz auf. Sie folgen damit ziemlich genau den Vorgaben des EuG aus dem *Airtours-Urteil*¹². Als weiteres ökonomisches Konzept wurde die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen als „Ausgleichsfaktor“ für wettbewerbsschädliche Wirkungen¹³ im Sinne einer „Efficiency Defense“ aufgenommen¹⁴.

Über Verordnungstext und Leitlinien hinaus äußert sich die „Ökonomisierung“ der EU-Fusionskontrolle auch in der erstmaligen Berufung eines „Chief Competition Economist“ (Prof. *Röller* seit 1.9.2003) und eines Teams ihm zugeordneter Industrieökonom¹⁵. Sie sollen die kontinuierliche Übernahme theoretischer und methodischer Konzepte aus der Wissenschaft sicherstellen. Parallel dazu zeichnet sich in der Entscheidungspraxis der verstärkte Rückgriff auf ökonometrische Studien ab, die zum Teil von der Behörde selbst erstellt und zum Teil von Unternehmen eingereicht werden¹⁶. Ein gutes Beispiele dafür ist der Fusionsfall *General Electric/Instrumentarium*¹⁷. Neben deskriptiver Statistik führte die Europäische Kommission eigene ökonometrische Schätzungen durch, um den voraussichtlichen Preiseffekt der Fusion zu bestimmen¹⁸. In ihrer ausführlichen Freigabeentscheidung bezieht sie sich außerdem wiederholt auf Studien von RBB Economics im Auftrag des anmeldenden Unternehmens und von NERA Economic Consultants im Auftrag von Philips, eines Konkurrenzunternehmens¹⁹. Die Vertreter der Europäischen Kommission sehen die quantitative Analyse aber selbst lediglich als „a useful complement to the more ‚traditional‘ qualitative approach“²⁰.

¹² Vgl. *Bishop/Ridyard*, a.a.O. (Fn. 11), S. 360f.

¹³ Leitlinien, Rdn. 76ff.

¹⁴ Vgl. v. a. *Williamson*, Economies as an antitrust defense: The welfare trade-offs, *American Economic Review* 1968, S. 18ff.

¹⁵ Vgl. *Drauz*, A View from Inside the Merger Task Force: Comments on “Reforming European Merger Review: Targeting Problem Areas in Policy Outcomes”, *Journal of Industry, Competition and Trade* 2002, S. 397.

¹⁶ Vgl. *Monopolkommission*, Fünfzehntes Hauptgutachten 2002/2003, Bonn, 14.7.2004, Bundestags-Drucksache 15/3610, Rdn. 798ff., *Hofer/Williams/Wu*, Empirische Methoden in der Europäischen Fusionskontrolle, *WuW* 2005, S. 155ff.

¹⁷ Fall COMP/M.3083 - GE/Instrumentarium, 2.9.2003.

¹⁸ Vgl. *Loriot/Rouxel/Durand*, GE/Instrumentarium: a practical example of the use of quantitative analyses in merger control, *EC Competition Policy Newsletter*, Number 1 - Spring 2004, S. 61.

¹⁹ Bei RBB und NERA handelt es sich um auf Wettbewerbsachen spezialisierte ökonomische Beratungsgesellschaften Vgl. die jeweiligen Homepages unter <http://www.rbbecon.com/index.html> bzw. <http://www.nera.com>.

²⁰ *Loriot u. a.*, a.a.O. (Fn. 18), S. 61.

II. Erhöhung der Rechtssicherheit als Ziel

1. Der angestrebte Effekt der „Ökonomisierung“

Sowohl aus den Äußerungen der Vertreter der Europäischen Kommission als auch aus den Erwägungsgründen zur neuen FKVO ergibt sich die Erhöhung der Rechtssicherheit als zentrales Ziel der Reform der EU-Fusionskontrolle, das mit der „Ökonomisierung“ erreicht werden soll. Dazu wird folgende Wirkungskette unterstellt: Der Rückgriff auf die ökonomischen Theorien und Methoden soll zu mehr Transparenz der Entscheidungen führen, als Folge davon wiederum zu größerer Vorhersehbarkeit und damit letztlich zu erhöhter Rechtssicherheit. So nannte der Direktor der Merger Task Force als Ziel „to make the theoretical framework underlying our economic assessment of mergers clear and transparent and thus as predictable as possible“²¹. Ganz ähnlich hieß es in der Pressemitteilung zum ersten Entwurf der neuen Leitlinien: „Auf diese Weise wird die Analyse von Fusionsfällen nachvollziehbar und berechenbar gemacht, was allen Beteiligten mehr Rechtssicherheit garantiert“²².

Die Erwägungsgründe zur neuen FKVO beziehen sich ebenfalls zunächst auf die Rechtssicherheit und verpflichten dann die Europäische Kommission ausdrücklich, ihre Beurteilungsmaßstäbe in Form von Leitlinien darzulegen, die einen „soliden wirtschaftlichen Rahmen“ für die Fusionskontrolle bieten²³. Die zugrundeliegende Vorstellung ist also, dass die „Ökonomisierung“ ein Mittel darstellt, um die gewünschte Erhöhung der Rechtssicherheit zu erreichen. Zunächst ist im folgenden die grundsätzliche Zielsetzung genauer zu untersuchen. Dabei ist zu klären, was unter Rechtssicherheit im juristischen Sinne zu verstehen ist und ob dies aus ökonomischer Sicht eine sinnvolle Zielsetzung darstellt.

2. Juristische und ökonomische Rechtfertigung

Juristisch gesehen handelt es sich um einen formalen Rechtsgrundsatz, der letztlich aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt. Aus der deutschen (wettbewerbs-)rechtlichen Diskussion stammt die folgende Definition von *Rittner*: „Die Rechtssicherheit soll den Staatsbürger vor überraschenden staatlichen Eingriffen schützen (Vertrauensinteresse, insbesondere Vorausberechenbarkeit)“²⁴. Der konkrete Anknüpfungspunkt im EU-Recht ist das

²¹ *Drauz*, a.a.O. (Fn. 15), S. 392.

²² *Europäische Kommission*, Kommission beschließt umfassende Reform der EU-Fusionskontrolle, Pressemitteilung 02/1856, 11. 12. 2002.

²³ Erwägungsgründe 25, 28 FKVO.

²⁴ *Rittner*, Die Rechtssicherheit im Kartellrecht, WuW 1969, S. 76.

Rechtsstaatsprinzip des Art. 6 I EU-Vertrag, aus dem der Europäische Gerichtshof Rechtssicherheit als allgemeinen Rechtsgrundsatz entwickelt hat²⁵.

Nachdem seine juristische Rechtfertigung zweifelsfrei gegeben ist, ist nun nach der ökonomischen Begründbarkeit des Prinzips zu fragen. Dazu lassen sich zentrale ordnungsökonomischen Ansätze heranziehen. Anzuführen ist zunächst das maßgeblich von *Eucken* entwickelte ordoliberalen Leitbild der „Wettbewerbsordnung“. Zentrale Bedeutung hat hierin das Postulat der Konstanz der Wirtschaftspolitik als eines der sieben sog. „konstituierenden Prinzipien“. *Eucken* selbst hat es folgendermaßen beschrieben: „Die Wirtschaftspolitik stelle einen brauchbaren Rahmen für den Wirtschaftsprozess her; an diesem Rahmen halte sie beharrlich fest und ändere ihn nur mit Vorsicht“²⁶. Für einen solchen verlässlichen Ordnungsrahmen sind die Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns und damit die Rechtssicherheit unabdingbare Voraussetzungen.

Einen weiteren Begründungsansatz bietet die liberale Sozial- und Rechtsphilosophie *Hayeks* mit der von ihr betonten Bedeutung allgemeiner Regeln für die marktwirtschaftliche Ordnung²⁷. Solche Regeln, von *Hayek* „Gesetze“ genannt, zeichnen sich dadurch aus, dass sie mit Gewissheit und für alle Individuen gleichermaßen gelten. Sie beschränken damit wirksam die Staatseingriffe und schaffen einen Bereich persönlicher Freiheit. Rechtssicherheit ist untrennbar mit dieser „Herrschaft des Gesetzes“ verbunden. Weitgehend verwirklicht sah *Hayek* eine solche freiheitliche Gesellschaftsordnung in der angelsächsischen Common Law-Tradition, also der richterlichen Rechtsbildung und Rechtsprechung auf der Grundlage von Gewohnheit und Präzedenzfällen. Empirisch gestützt wird diese Argumentation durch den Nachweis höherer Wachstumsraten für Länder mit einer Common Law-Tradition²⁸.

Die eigenständige wirtschaftliche Bedeutung von Rechtssicherheit lässt sich damit sowohl theoretisch als auch empirisch gut begründen. Konkret auf die EU-Fusionskontrolle angewendet ist Rechtssicherheit insbesondere wünschenswert, weil abgebrochene und untersagte Zusammenschlussvorhaben hohe versunkene Kosten sowie Reputationsverluste verursachen.²⁹ Rechtssicherheit setzt daher zum einen voraus, dass fusionswillige Unternehmen in der Lage sind, die Reaktion der Wettbewerbsbehörde hinreichend sicher zu prognostizieren. Zum anderen hat sie eine zeitliche Dimension, nach der die behördlichen

²⁵ Vgl. *Schilling*, Bestand und allgemeine Lehren der bürgerschützenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2000, S. 3.

²⁶ *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik. Hrsg. v. Edith Eucken und K. Paul Hensel. 5. Aufl., Tübingen, 1975, S. 289.

²⁷ Vgl. *Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, Tübingen, 1971, insb. S. 178ff.

²⁸ Vgl. *Mahoney*, The Common Law and Economic Growth: Hayek might be right, Journal of Legal Studies 2001, S. 503ff.

Entscheidungen möglichst schnell gerichtlich überprüfbar sein sollen. Im Ergebnis kann die Erhöhung der Rechtssicherheit auch konkret auf die EU-Fusionskontrolle bezogen als erstrebenswert angesehen werden. Im folgenden werden die voraussichtlichen Auswirkungen der jüngsten Reform daraufhin untersucht.

III. Auswirkungen der „Ökonomisierung“ auf die Rechtssicherheit

1. Falsche Ausgangsvorstellung der Europäischen Kommission

Bei genauerem Hinsehen liegt der von der Europäischen Kommission als Effekt der „Ökonomisierung“ angestrebten höheren Transparenz und Rechtssicherheit eine falsche Vorstellung von der Anwendung ökonomischer Theorie zugrunde. Dies wird deutlich, wenn man die Argumentation weiter zuspitzt und konsequent zu Ende denkt. Dann ergibt sich in etwa folgende Vorstellung vom Ablauf der Fusionskontrolle: Bei einfachen Fusionsfällen könnte die Wettbewerbsbehörde zukünftig auf der Grundlage des Standardwissens in der Industrieökonomik entscheiden, wie es etwa in einem einschlägigen Lehrbuch zu finden ist. Bei komplizierteren Fällen müsste sie speziellere Modelle z. B. aus einem fortgeschrittenen Text oder Fachzeitschriften zu Rate ziehen. Dazu könnte sie auf den neuen Chefökonom und sein Team zurückgreifen. Am Ende stünde dann eine eindeutige, weil durch wissenschaftliche Erkenntnisse gesicherte Entscheidung. Kritik daran gehörte der Vergangenheit an, da die Fallentscheidungen nur mehr logische Ableitungen aus den zugrundeliegenden ökonomischen Theorien wären. Insbesondere die gerichtliche Überprüfung könnte zu keinem abweichenden Ergebnis mehr kommen.

Aus dieser - natürlich überzeichneten - Darstellung wird m. E. unmittelbar ersichtlich, warum die „Ökonomisierung“ für die Wettbewerbsbehörde so verlockend erscheint. Zugleich wird allerdings klar, dass die Dinge bei weitem nicht so einfach liegen. Die zugrundeliegende Vorstellung erweist sich als falsch, denn sie beruht auf den nicht erfüllbaren Voraussetzungen, dass erstens die (Industrie-)Ökonomik eindeutige Aussagen zu den Wirkungen eines bestimmten Zusammenschlusses und zu dessen Beurteilung wissenschaftlich ableiten und dass zweitens die Wettbewerbsbehörde diese dann quasi eins zu eins in ihren Entscheidungen umsetzen kann. Schon die erste Voraussetzung ist allerdings keineswegs erfüllt. Tatsächlich bestehen innerhalb des einschlägigen Teilgebiets der Ökonomik tiefgreifende Divergenzen, wie der folgende Abschnitt zeigt.

²⁹ Vgl. *Voigt/Schmidt*, Mehr Rechtssicherheit in der Europäischen Fusionskontrolle?, WuW 2003, S. 898.

2. Dauerhafter Dissens in der Ökonomik

Mit schöner Regelmäßigkeit belegen einschlägige Überblicksartikel den dauerhaften Dissens. Jüngst konstatierte bspw. *Budzinski* „a considerable diversity of theories and related policy paradigms with significant incompatibilities among them - both in terms of theory and policy implications“³⁰. Bis etwa Ende der 1980er Jahre ließen sich diese Divergenzen weitgehend unter der dominanten Konfliktlinie zwischen den beiden Schulen „Harvard“ und „Chicago“ erfassen, die sich nicht nur in der positiven Wettbewerbsanalyse unterschieden, sondern auch entgegengesetzte normative Vorstellungen vertraten³¹. In aller Kürze fußte die „Harvard School“ auf dem Struktur-Verhaltens-Ergebnis-Paradigma, das den Rahmen für eine Vielzahl von empirischen Studien auf Branchenebene und mehr noch von branchenübergreifenden Querschnittserhebungen bildete, mit denen der vermeintliche Nachweis der weiten Verbreitung von Kollusion und Marktmacht erbracht wurde. Als Kritik daran entwickelte sich wiederum die „Chicago School“. Methodisch arbeitete sie vorzugsweise deduktiv mit mikroökonomischen Standardmodellen, um die Verhaltensweisen der Unternehmen als effizient zu begründen. Auf der normativen Ebene interpretierte „Harvard“ die Ziele der Wettbewerbspolitik wesentlich breiter als das alleine an Effizienz orientierte „Chicago“, indem einer gerechten Einkommensverteilung oder der Begrenzung wirtschaftlicher wie politischer Macht eine eigenständige Bedeutung zuerkannt wurden.

Beide Schulen hatten - zeitlich versetzt - erheblichen Einfluss auf die Entwicklung der Wettbewerbspolitik v. a. in den USA. Trotz ihrer Gegensätzlichkeit in Methode, zentraler Aussage und Zielbezügen erhoben beide den Anspruch „to be the sole representative of a rational approach to antitrust economics“³². Dieser Befund hat auch für die aktuelle Diskussion Relevanz. Er weist nämlich auf ein grundsätzliches Problem der ökonomischen Fundierung von (Wirtschafts-)Politik hin, das sich als „Konkurrenzcharakter des theoretischen Wissens“ beschreiben und analysieren lässt³³. Kurz gesagt ist das theoretische Wissen notwendigerweise und dauerhaft umstritten, so dass daraus regelmäßig divergierende Handlungsempfehlungen abgeleitet werden können. Eine einheitliche ökonomische Theorie als unbezweifelbare Basis z. B. für die Wettbewerbspolitik kann es daher nicht geben. Sie ist auch nicht wünschenswert, denn der wissenschaftliche Fortschritt lebt vom Wettbewerb der Ideen und bedarf dauerhaft des Pluralismus und der Auseinandersetzung zwischen

³⁰ Vgl. *Budzinski*, Pluralism of Competition Policy Paradigms and the Call for Regulatory Diversity, Volkswirtschaftliche Beiträge 14/2003, Marburg, <http://ssrn.com/abstract=452900>, S. 25.

³¹ Vgl. *Audretsch*, Divergent Views in Antitrust Economics, Antitrust Bulletin 1988, S. 135ff.

³² *Audretsch*, a.a.O. (Fn. 31), S. 160.

³³ Vgl. *Watrin*, Ökonomische Theorien und wirtschaftspolitisches Handeln, in: Albert, Hans u.a.: Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik. Theodor Wessels zum 65. Geburtstag, Berlin, 1967, S.3.

verschiedenen Ansätzen. Forderungen nach Einheitlichkeit entspringen dagegen einer „autoritären Wissenschaftsauffassung“³⁴ und sind abzulehnen.

3. *Gegenwärtiger Stand der Industrieökonomik*

Den gegenwärtigen Stand beschreibt das einfache Schema „Harvard-Chicago“ nicht mehr hinreichend. Aktuelle Schlagworte sind statt dessen „Neue Industrieökonomik“ bzw. „Post-Chicago Economics“³⁵. Darunter werden hauptsächlich spieltheoretische Oligopolmodelle auf der Grundlage eines strengen Rationalitätspostulats sowie fortgeschrittene ökonometrische Studien verstanden. Die zuvor von „Harvard“ unterstellte Kausalkette von Marktstruktur, -verhalten und -ergebnis wird damit ebenso unhaltbar wie die für „Chicago“ vielfach typische pauschale Effizienzvermutung. Zudem fehlt den neueren Arbeiten ein expliziter normativer Konsens. Das Ergebnis ist eine nahezu unübersehbare Vielzahl von Modellen, die nur jeweils unter sehr spezifischen Annahmen gelten und teilweise zu entgegengesetzten Ergebnissen kommen. Die Fallanalyse wird dadurch deutlich verkompliziert, weil sie viel stärker auf individuelle Fakten angewiesen ist. Ein führender Vertreter der modernen Industrieökonomik bestätigt dies, indem er (nur noch) von einer „bag of tools“³⁶ spricht. Allgemeine(re) Aussagen zu treffen sei dagegen unmöglich, denn es fehle eine einheitliche Oligopoltheorie. Einen Beleg für die weiterhin verbreiteten Differenzen in der Industrieökonomik lieferte zudem eine Umfrage unter europäischen und amerikanischen Industrieökonomien³⁷.

Zu diesen Divergenzen auf der theoretischen Ebene kommen besondere Probleme in der praktischen Umsetzung hinzu. Diese werden am Beispiel der neu in der EU eingeführten „Efficiency Defense“ gut deutlich³⁸. Zwar lässt sich das hier zugrundeliegende Konzept der Abwägung von marktmachtbedingten Wohlfahrtsverlusten mit den Effizienzvorteilen einer Fusion theoretisch vergleichsweise gut begründen. Bei der Umsetzung in die wettbewerbspolitische Praxis treten allerdings erhebliche Schwierigkeiten auf. Offen bleibt angesichts des entsprechenden Abschnitts der Leitlinien insbesondere, welche Fusionen die genannten Anforderungen überhaupt erfüllen können³⁹. Für die betroffenen Unternehmen wird die wettbewerbspolitische Beurteilung damit in einem konkreten Fusionsfall, obwohl sie

³⁴ *Watrin*, a.a.O. (Fn. 33), S. 26.

³⁵ Vgl. *Budzinski*, a.a.O. (Fn. 30), S. 11ff.

³⁶ *Shapiro*, Theories of Oligopoly Behavior, in: Schmalensee/Willig (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, Vol. 1, Amsterdam u. a., 1989, S. 408.

³⁷ Vgl. *Aiginger/McCabe/Mueller/Weiss*, Do American and European Industrial Organization Economists Differ?, Review of Industrial Organization 2001, S. 383ff.

³⁸ Vgl. *Schwalbe*, Die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in der Fusionskontrolle - Ökonomische Aspekte, Diskussionsbeitrag Nr. 241/2004, Institut für Volkswirtschaftslehre, Universität Hohenheim.

³⁹ Vgl. *Díaz*, a.a.O. (Fn. 4), S. 191, und Abschnitt IV.2.

auf einem stimmigen ökonomischen Konzept beruht, nicht eindeutiger, sondern im Gegenteil schwerer vorherzusagen.

Damit ist ein grundsätzliches Problem angesprochen, das auf die Reform der EU-Fusionskontrolle insgesamt Auswirkungen hat. Mit der „Ökonomisierung“ steigt aufgrund der Unbestimmtheit der Konzepte und der Vielzahl industrieökonomischer Modelle tendenziell der Ermessensspielraum der Europäischen Kommission, so dass die Unsicherheit über ihre Entscheidungen zunimmt. In dieser Beurteilung sind sich die meisten Kommentatoren der Reform einig⁴⁰. Das Ziel der Kommission, über eine stärkere ökonomische Fundierung mehr Rechtssicherheit zu erreichen, muss damit als verfehlt gelten. Dafür zeichnet sich eine erhebliche Aufwandserhöhung als direkte Folge der „Ökonomisierung“ bereits relativ klar ab, wie der folgende Abschnitt zeigt.

IV. Zunahme des Verfahrensaufwands als Folge der „Ökonomisierung“

1. Große Bedeutung der Verfahrensfragen

Das Ausmaß des Aufwands resultiert allgemein aus den umfangreichen Verfahrensvorschriften für die in der EU-Fusionskontrolle. Um einen groben Überblick zu geben, sei hier nur erwähnt, dass in der FKVO selbst bereits u. a. enge zeitliche Fristen für die einzelnen Verfahrensschritte, die Anhörungsrechte aller Betroffenen und die Veröffentlichung bestimmter Entscheidungen geregelt sind⁴¹. Verbindlich vorgeschrieben ist außerdem die Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten, zu der u. a. die Übermittlung sämtlicher Anmeldungen und die formelle Abstimmung über den Beratenden Ausschuss gehören⁴². Die Durchführungsverordnung legt darüber hinaus z. B. die Gestaltung des offiziellen Anmeldeformulars (sog. Formblatt CO), die Details der Anhörungs- und Akteneinsichtsrechte oder den Umgang mit vertraulichen Daten fest⁴³. Hinzu kommt, dass die Europäische Kommission selbst großen Wert auf die Beteiligung von Wettbewerbern und Abnehmern am Verfahren legt, denn sie sieht darin ein „effective tool for getting closer to the truth“⁴⁴.

⁴⁰ Vgl. *Monopolkommission*, a.a.O. (Fn. 16), Rdn. 886, *Bishop/Ridyard*, a.a.O. (Fn. 11), S. 361f.; *Böge*, a.a.O. (Fn. 4), S. 143ff., *Voigt/Schmidt*, a.a.O. (Fn. 29), S. 906, *Voigt/Schmidt*, Switching to Substantial Impediments of Competition (SIC) can have Substantial Costs-SIC!, ECLR 2004, S. 584ff.

⁴¹ Art. 10, 17, 20 FKVO.

⁴² Art. 19 FKVO.

⁴³ Art. 3, 11, 17, 18 DVO. Das Formblatt CO gehört als (13seitiger) Anhang zur Durchführungsverordnung und ist damit zusammen im Amtsblatt veröffentlicht.

⁴⁴ *Drauz*, a.a.O. (Fn. 15), S. 397.

Die materielle Bedeutung dieser vermeintlichen „Formalien“ ist nicht zu unterschätzen. Ihre Missachtung kann sogar zur gerichtlichen Aufhebung von Kommissions-Entscheidungen führen. Im zweiten seiner Aufhebungsurteile von 2002 annullierte das EuG die Verbotsentscheidung in Bezug auf die relevanten Produktmärkte in Frankreich alleine aufgrund der Verletzung der Verteidigungsrechte von Schneider Electric, obwohl die inhaltliche Begründung nicht in Frage stand⁴⁵. Vor diesem Hintergrund lassen sich eine Reihe von Konsequenzen der jüngsten Reform bereits mit relativer Sicherheit voraussagen.

2. Auswirkungen der „Ökonomisierung“

Aus der neuen DVO ist klar ersichtlich, dass die Unternehmen weitaus umfangreichere Angaben als zuvor bei der Anmeldung einer Fusion machen müssen. Ursächlich dafür sind insbesondere die Senkung der Marktanteilsschwelle, ab der im Formblatt CO Angaben über Wettbewerber zu machen sind, sowie die erstmals für alle betroffenen Märkte zu berechnenden HHI-Werte⁴⁶. Besonders hohe Anforderungen bestehen wiederum bei der Inanspruchnahme der „Efficiency Defense“, da diese grundsätzlich als Einzelfallprüfung mit der Beweislast der Unternehmen vorgesehen ist⁴⁷. Konkret verlangt wird eine Berechnung der Effizienzgewinne und ggf. ihre Aufschlüsselung in verschiedene Kostenarten. Zusätzlich müssen die Unternehmen darlegen, dass die Effizienzgewinne den Verbrauchern zugute kommen und warum sie nicht auf eine den Wettbewerb weniger stark beeinträchtigende Weise erzielt werden können. Von dem daraus resultierenden erheblichen Anstieg des Verfahrensaufwandes ist immer auch die Europäische Kommission selbst betroffen, die sämtliche von den Unternehmen vorgelegte Unterlagen auf Vollständigkeit und Richtigkeit überprüfen und in ihren Entscheidungen berücksichtigen muss.

Dasselbe gilt für die zunehmende Verwendung quantitativer Analysen. Für steigenden Aufwand sorgen nicht nur die Beschaffung und Aufbereitung von Originaldaten, sondern insbesondere auch die Spezifikation und der Test der ökonometrischen Schätzungen⁴⁸. Hinzu kommen die Auswirkungen der bereits angesprochenen Verfahrensregeln. So ist die Europäische Kommission verpflichtet, von den Unternehmen beauftragten Ökonomen ihren Datensatz und ihre Berechnungen zur Gegenkontrolle zugänglich zu machen⁴⁹. Aufgrund des Vertraulichkeitsgebots muss dazu eigens ein abgeschirmter sog. „data room“ eingerichtet werden. Will die Europäische Kommission ihre Arbeit darüber hinaus tatsächlich transparent

⁴⁵ EuG, Scheider Electric/Kommission, a.a.O. (Fn.2), Rdn. 463.

⁴⁶ Vgl. Abschnitt 7.3 des Formblatts CO (Fn. 43).

⁴⁷ Vgl. Abschnitt 9.3. des Formblatts CO (Fn. 43).

⁴⁸ Vgl. Hofer/Williams/Wu, a.a.O. (Fn. 16), S. 158.

⁴⁹ Vgl. Lorient u.a., a.a.O. (Fn. 18), S. 61.

machen, muss sie außerdem nicht nur die Ergebnisse, sondern zumindest auch die genauen Spezifikationen der verwendeten ökonomischen Modelle veröffentlichen - und damit natürlich auch begründen. Zu erwarten ist weiterhin, dass auch die nationalen Wettbewerbsbehörden im Rahmen ihrer Mitwirkungsrechte aufgrund von Art. 19 FKVO - wenigstens in wichtigen Fällen - Einsicht in die Datensätze nehmen und die Berechnungen nachvollziehen werden. Alle diese Punkte ziehen das Verfahren weiter in die Länge und treiben damit den Aufwand in die Höhe.

Zumindest indirekt bestätigt die Europäische Kommission selbst diese Erwartung, indem sie die neu aufgenommene Möglichkeit von Fristverlängerungen in Art. 10 (3) FKVO insbesondere mit dem Hinweis auf solche quantitativen Studien begründet⁵⁰. Eine solche Verlängerung bedeutet unmittelbar ein aufwendigeres Verfahren und zudem einen Verlust in der zeitlichen Dimension der Rechtssicherheit. Insgesamt kann damit eine deutliche Aufwandserhöhung als direkte Folge der jüngsten Reformen sowohl für die Unternehmen als auch für die Behörden mit großer Sicherheit vorausgesagt werden. Aus ökonomischer Sicht stellt dieser Aufwand nichts anderes dar als eine Form von Kosten, die durch die „Ökonomisierung“ der EU-Fusionskontrolle hervorgerufen werden. Will man die ökonomische Herangehensweise konsequent durchhalten, so sind diese Kosten in die Bewertung einzubeziehen und mit dem Nutzen abzuwägen, auch wenn eine solche Kosten-Nutzen-Abwägung nicht exakt quantifizierbar sein kann. Dies geschieht im folgenden Abschnitt.

V. Schlußfolgerungen

Die „Ökonomisierung“ der EU-Fusionskontrolle im Zuge der jüngsten Reform bedeutet eine Tendenz zur stärker einzelfallbezogenen Beurteilung auf der Grundlage industrieökonomischer Modelle und quantitativer Studien. Die von der Europäischen Kommission angestrebte Erhöhung der Rechtssicherheit wird damit allerdings nicht erreicht. In einfachen ökonomischen Kategorien ausgedrückt entfällt somit der von der Kommission herausgestellte Nutzen der „Ökonomisierung“. Zugleich ist ein erheblicher Mehraufwand für Unternehmen und Wettbewerbsbehörde(n) zu erwarten. Interpretiert man dies ebenfalls ökonomisch als (gestiegene) Kosten, so ist festzuhalten, dass die (voraussichtlichen) Kosten und Nutzen in einem Missverhältnis stehen. An diese Feststellung schließen sich zwei Schlußfolgerungen an.

⁵⁰ Vgl. *Drauz*, a.a.O (Fn. 15), S. 392f., *Dittert*, a.a.O. (Fn. 4), S. 150.

1. Mängel der bisherigen Diskussion und weiterer Forschungsbedarf

Die Kosten und Nutzen der jüngsten Reform wurden in den offiziellen Verlautbarungen der Europäischen Kommission vollkommen ausgeblendet und auch in der wissenschaftlichen Diskussion kaum thematisiert⁵¹. Das kann nicht im Sinne einer rationalen Entscheidungsfindung sein. Hier besteht somit weiterer Forschungsbedarf. Die Kosten einer immer detaillierteren Einzelfallanalyse sind ebenso genauer zu analysieren wie die Frage, ob die „Ökonomisierung“ einen Nutzen in anderer Hinsicht als der Erhöhung der Rechtssicherheit hat. So wird als Vorteil insbesondere der zunehmenden Verwendung ökonomischer Methoden regelmäßig die genauere Erfassung der Wirkungen einer Fusion genannt⁵². Diese könnte zu einer besseren Unterscheidung zwischen wettbewerbsgefährdenden (und daher zu verbotenden) und wettbewerbsfördernden (und daher zu erlaubenden) Fusionen führen und auf diese Weise die Qualität der Entscheidungen der Wettbewerbsbehörde erhöhen. Der daraus resultierende Vorteil wäre als Nutzen den Kosten gegenüberzustellen.

Gleichzeitig könnte als Alternative zu einer stärkeren Einzelfallanalyse über die Entwicklung allgemeiner(er) Regeln nachgedacht werden, die ohne umfangreiche individuelle Untersuchung auf einen Großteil der Fälle Anwendung finden können. Deren Vorteile liegen nicht nur im geringeren Aufwand der Prüfung, sondern auch in der besseren Vorhersehbarkeit der Ergebnisse. Damit ist dann zugleich der Rechtssicherheit gedient. Ein Beispiel aus der aktuellen Diskussion ist der von *Schwalbe* diskutierte „General Presumption Approach“ für die Berücksichtigung von fusionsbedingten Effizienzvorteilen⁵³. Anstelle einer Einzelfallbetrachtung sollten Effizienzgewinne demnach bis zu einem Schwellenwert pauschal angerechnet werden. Die mit einer Einzelfallprüfung verbundenen Kosten könnten damit nahezu vollständig vermieden werden.

2. Annäherung an die US-amerikanische Fusionskontrolle

Das neue Untersagungskriterium sowie Form und Inhalt der neuen Leitlinien als Kernpunkte der Reform weisen ein hohes Maß an Übereinstimmung mit der US-amerikanischen Fusionskontrolle auf⁵⁴. Daher drängt sich die Vermutung auf, dass die Europäische Kommission neben der Erhöhung der Rechtssicherheit zumindest ein weiteres Ziel verfolgte,

⁵¹ Vgl. als Ausnahme *Voigt/Schmidt*, a.a.O. (Fn. 40), S. 580ff.

⁵² Vgl. z.B. *Hofer/Williams/Wu*, a.a.O. (Fn. 16), S. 157f.

⁵³ Vgl. *Schwalbe*, a.a.O. (Fn. 38), S. 27f.

⁵⁴ So auch *Monti*, Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation, Speech 04/403, IBA - 8th Annual Competition Conference, Fiesole, 17.9.2004, S. 6, *Díaz*, a.a.O. (Fn. 4), S. 191.

nämlich den Anschluss an die entsprechende internationale Entwicklung, insbesondere in den USA.⁵⁵ Die Zunahme grenzüberschreitender Zusammenschlüsse und die daraus folgende vermehrte bilaterale Zusammenarbeit bietet zudem eine starke Motivation für eine solche Angleichung. Eine Rolle könnte außerdem die harsche Kritik gespielt haben, der sich die Europäische Kommission in der Folge des Verbots der Fusion General Electric/Honeywell⁵⁶ gerade von US-amerikanischer Seite ausgesetzt sah⁵⁷.

Indirekt bestätigt wird diese Vermutung durch Äußerungen von Kommissar *Monti* zu den ersten Erfahrungen mit dem neuen Untersagungskriterium, in denen er „an improvement from the perspective of international convergence“⁵⁸ besonders herausstellt. Die „Ökonomisierung“ der EU-Fusionskontrolle wäre dann quasi das „Nebenprodukt“ der Annäherung an die US-amerikanische Praxis. Dies alleine ist kein hinreichender Grund, die Reform abzulehnen. Entscheidend ist allerdings, dass diese wichtige Zielsetzung nicht zur Diskussion gestellt und damit der notwendigen kritischen Überprüfung entzogen wurde. Gerade im Hinblick auf die von der Europäischen Kommission selbst zu Recht angestrebte Transparenz und Rechtssicherheit wäre aber genau das geboten gewesen.

3. Abschließende Bemerkungen

In diesem Beitrag wurde eine ökonomische Betrachtung der jüngsten Reform der EU-Fusionskontrolle im Sinne einer Abschätzung der damit verbundenen Kosten und Nutzen vorgenommen. Die von der Europäischen Kommission in den Mittelpunkt gestellte Erhöhung der Rechtssicherheit muss nach eingehender Analyse als verfehlt gelten. Dagegen ist eine erheblichen Erhöhung des Aufwands für Unternehmen und Behörde zu erwarten. Damit stehen die (voraussichtlichen) Kosten und Nutzen in einem Missverhältnis. Diese Erkenntnis soll dazu beitragen, die entsprechende Lücke in der bisherigen Diskussion der Reform zu schließen.

⁵⁵ So auch *Lyons*, a.a.O. (Fn. 4), S. 250.

⁵⁶ Fall Nr. COMP/M.2220 – General Electric/Honeywell, 3.7.2001.

⁵⁷ Vgl. z.B. *Platt Majoras*, GE-Honeywell: the U.S. Decision, Remarks before the Antitrust Law Section, State Bar of Georgia, 29.11.2001.

⁵⁸ *Monti*, a.a.O. (Fn. 54), S. 6.

Reflections on the Reform of the EU Merger Control from an economic viewpoint

This article offers an economic reflection on the recent reform of EU Merger Control as a whole rather than on specific details. It analyses the „enhanced economic approach“ with regard to the European Commission’s own objective of greater legal certainty. Therefore, the conception regarding the application of economic theory, which underlies the reform, is critically examined. In addition, the effects on the administrative burden are analysed. As a result, the costs and benefits entailed by the emerging „economisation“ are appraised leading to a negative result. As a conclusion, the question of a more adequate objective from an economic point of view is discussed. Moreover, it is conjectured that the European Commission pursued the convergence with the US Merger Control as another objective.