

Veröffentlichungen des Instituts
für deutsches und europäisches Wirtschafts-,
Wettbewerbs- und Regulierungsrecht
der Freien Universität Berlin

38

Herausgegeben von Franz Jürgen Säcker

Nikolaos Pitsos

Die erhebliche
Behinderung des wirksamen
Wettbewerbs (SIEC-Test)
im Fusionskontrollrecht

Einleitung, Problemstellung

A. Das wirtschaftliche Umfeld: Neue Welle von grenzüberschreitenden Fusionen

Die Kontrolle von weltweiten wirtschaftlichen Transaktionen und grenzüberschreitenden Fusionen hat sich in den letzten Jahren zum Kernpunkt der europäischen Wettbewerbspolitik entwickelt. Die wachsende Zahl internationaler Zusammenschlüsse und die damit einhergehenden unterschiedlichen rechtlichen Bewertungen der weltweit zuständigen Wettbewerbsbehörden haben das Bedürfnis geweckt, Untersagungskriterien in der Fusionskontrolle zu konturieren. Die gesteigerte Deregulierung von spezifischen wirtschaftlichen Sektoren, die Förderung einer starken Kooperation von Unternehmen in Zeiten der so genannten Globalisierung und die Restrukturierung der Unternehmen, um unter anderem wachsenden Marktgrößen effektiv zu begegnen, sind nur einige Gründe, die zu einer neuen Fusionswelle beigetragen haben.¹ Im Zuge der Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarktes und eines einheitlichen Währungsraumes in Europa hat die Restrukturierung ganzer Industriebereiche, insbesondere nach der Liberalisierung von Sektoren in Netzwerkindustrien und im Verkehrsbereich, zu einer Verstärkung von Fusionsaktivitäten geführt.² Die Notwendigkeit der Liberalisierung von verschiedenen Märkten, die die Unternehmen zum Abbau von Überkapazitäten zwingt, führte zu einer intensiven Restrukturierung von Märkten.³ In den Vereinigten Staaten wird die Fusionswelle in ähnlicher Weise, z. B. im Bankenbereich, durch das Streben nach höherer Effizienz verstärkt, ohne jedoch dass dieses legitime Ziel durch die fusionswilligen Parteien notwendigerweise erreicht wird.⁴ Parallel dazu ist auch in Europa der Anteil grenzüberschreitender Fusionsfälle angestiegen. Die wachsende Integration der Weltwirtschaft – die Globalisierung –, die sich ebenfalls in dem Binnenmarktkonzept der Europäischen Union manifestierte, hat den Unternehmen Anreize zur Neupositionierung im Wettbewerb gegeben.⁵ Im Rahmen der europäischen Integration steigt

1 Vgl. dazu *Englberger*, Wettbewerbsliche Auswirkungen von Fusionen, S. 9; *Kleiner/Klodt*, Fusionswelle und ihre Ursachen, in: *Fusionen*, Franz/Ramser/Stadler (Hrsg.), *Fusionen*, S. 28. Die Autoren vertreten die Meinung, dass in der Mitte der 1990er Jahre die fünfte Fusionswelle des früheren Jahrhunderts angefangen hat, S. 15 ff.

2 Vgl. dazu *Budzinski/Kerber*, Megafusionen, Wettbewerb und Globalisierung, S. 79; *Möschel*, in: *Megafusionen*, S. 273.

3 *Schmidt*, *WuW* 2001, S. 120 (120).

4 Vgl. ausführlich dazu *Calomiris/Karceski*, in: *Kaplan* (Hrsg.), *Mergers and Productivity*, S. 93 ff.

5 *Möschel*, in: *Megafusionen*, S. 273; *Schmidt*, *WuW* 2001, S. 120.

der Druck auf die Unternehmen, „global player“ auf dem neuen globalisierten Markt zu werden, und mündet in einer Zunahme der Anzahl von grenzüberschreitenden Fusionen.⁶ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Ziel einer Fusion aus Unternehmenssicht darin besteht, die beteiligten Unternehmen erfolgreicher zu strukturieren und Synergien zu erzeugen.⁷ Unter diesen Umständen stellt sich die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen als ein Versuch dar, die Erhöhung der Freiheit der Unternehmen und die Wettbewerbsfähigkeit einerseits mit der volkswirtschaftlichen Erkenntnis, dass „marktstarke“ Unternehmen den Wettbewerb beschränken können, andererseits in Einklang zu bringen.⁸

B. Die Notwendigkeit zur Annäherung von materiellen Prüfungsmaßstäben in Europa und den USA

Auf der Grundlage dieser Welle von grenzüberschreitenden Fusionen, die unter dem Druck der Globalisierung steht,⁹ erscheint es begrüßenswert, dass die Diskussion über eine mögliche Annäherung von materiellen Prüfungsmaßstäben auf beiden Seiten des Atlantiks wieder in den Vordergrund gerückt wird. Diese Dissertation behandelt die Änderung des materiellen EU-Fusionskontrollrechts, die durch eine Umstellung von einem Marktbeherrschungstest auf den so genannten SIEC-Test („*significant impediment to effective competition*“) vollzogen wurde. Es geht konkret um die Frage, inwieweit die Neuregelung die Anwendungspraxis ändert und wie dies zu bewerten ist. Die erste Fassung der Fusionskontrollverordnung (EG-FKVO) wurde am 21. Dezember 1989 vom Rat verabschiedet und trat am 21. September 1990 in Kraft¹⁰. In mehr als 2300 Entscheidungen, die die Kommission seit dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 4064/89 (EG-FKVO) getroffen hat, wurde der so genannte Marktbeherrschungstest als materielles Prüfungskriterium verwendet.¹¹ In den letzten Jahren sind jedoch ver-

6 Eine Analyse bei *Kleinert/Klodt*, Megafusionen, Trends, Ursachen und Implikationen, S. 47.

7 *Heineke*, Entlastungsgründe in der europäischen und US-amerikanischen Fusionskontrolle, S. 32.

8 Dazu insbesondere *Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht (2. Auflage), Rn. 453.

9 Vgl. dazu statt vieler *Budzinski/Kerber*, Megafusionen, Wettbewerb und Globalisierung, S. 9.

10 VO (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1990, Nr. L 257/13.

11 *Bergmann/Burholt*, EuZW 2004, S. 161 (161).

mehrt Zweifel an dessen Effektivität geäußert worden.¹² In der bisherigen Praxis wurden die negativen Auswirkungen von Fusionen in erster Linie darin gesehen, dass damit eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Inzwischen besteht breite Übereinstimmung darüber, dass sich der Wettbewerbsdruck in oligopolistischen Märkten nach einer Fusion verringert. Die nach einer Fusion verbleibenden Wettbewerber können ihre weiterhin bestehende Marktmacht *individuell* und *unabhängig* ausüben. Dies geschieht beispielsweise durch Preiserhöhungen oder Verringerungen des Angebots, ohne dass die Unternehmen ihr Verhalten koordinieren müssen.¹³

Mit dem Fortschreiten der Diskussion in der Wissenschaft und aufgrund der praktischen Erfahrungen wurde die Notwendigkeit einer Angleichung der Wettbewerbsstandards in der europäischen und amerikanischen Fusionskontrolle erkannt. In die Kritik geriet der Marktbeherrschungstest im Jahr 2001, als die Europäische Kommission den Zusammenschluss zweier in den Vereinigten Staaten tätiger Unternehmen, Honeywell und General Electric, untersagte, obwohl die amerikanische Behörde diese Fusion auf der Grundlage des SLC-Tests genehmigte.¹⁴ Die genauere Analyse zeigte allerdings, dass seit Geltung der ersten Fusionskontrollverordnung auf der europäischen Ebene schon eine bedeutsame Abweichung zwischen den beiden Modellen bezüglich der verfolgten industriepolitischen Ziele vorlag.¹⁵ Das Risiko unterschiedlicher Beurteilungen durch die europäische und die US-amerikanische Fusionskontrolle war auch nach früherer Rechtsprechung der Kommission nicht ausgeschlossen.¹⁶ In dem Fall *Boeing/McDonnell Douglas* hat die Kommission trotz erheblicher Bedenken unter Inkaufnahme der Gefahr eines transatlantischen Handelskrieges grünes Licht für die Übernahme von McDonnell Douglas durch Boeing gegeben.¹⁷ Da-

12 *Bischke/Mäger*, EWS 2003, S. 97 (97); so auch *Gerke*, Marktbeherrschung und Wettbewerbsbeschränkung als Untersagungskriterium nach Art. 2 FKVO, S. 7 ff.

13 *Liesenkampf/Lowenheim/Meesen-Riesenkampff/Lehr*, EG-KartR, Art. 2 FKVO, S. 1105.

14 Kommissionsentscheidung vom 3.7.2002, M. 2220; vgl. dazu *Zeise*, in: Schulte (Hrsg.), Handbuch Fusionskontrolle, Rn. 1211.

15 Vgl. *Schmitz*, U. Pa. J. Int'l Econ. L. 23 (2002), S. 539 ff.; *Veljanofski*, Antitrust Bulletin 2004, S. 153 (154).

16 Vgl. dazu *Röller*, Der ökonomische Ansatz in der europäischen Wettbewerbspolitik, S. 4; *Gerke*, Marktbeherrschung und Wettbewerbsbeschränkung als Untersagungskriterium nach Art. 2 FKVO, S. 11 ff.

17 Kommissionsentscheidung 97/816/EG v. 30.7.1997, ABl. EG Nr. L 336 v. 8.12.1997, S. 16. Zur Diskussion über die möglichen Auswirkungen der Entscheidung siehe *Romano*, in: *Revue de droit des affaires internationales* 1998, S. 509 ff. Trotz der schließlichen Entscheidung hat die Kommission unterschiedliche, industriepolitische Zielset-

neben hat die Tatsache, dass die Entscheidungen der Kommission in den Fällen *Schneider/Legrand*¹⁸ und *Tetra Laval/Sidel*¹⁹ wegen schwerwiegender Verfahrensmängel und mangelhafter ökonomischer Fundierung aufgehoben wurden, Behauptungen, dass eventuell der Marktbeherrschungstest erhebliche praktische Mängel aufweist, deutlich verstärkt.²⁰

Nach diesen Entscheidungen herrschte der Eindruck vor, dass die Zeit gekommen war, um den Aufbau eines einheitlichen weltweiten Kartellrechts – bezüglich der Kontrolle von Zusammenschlüssen – voranzutreiben.²¹ Darüber hinaus stammt das Erfordernis einer grundlegenden Änderung der Regelungen aus den gewandelten wirtschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen sowohl auf europäischer als auch auf globaler Ebene.²² Die Voraussetzungen für die Untersagung von Fusionen sind nur in wenigen Rechtsordnungen identisch und folglich bewirken die divergierenden nationalen Regelungen für international tätige Unternehmen ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit bei Zusammenschlüssen mit Auswirkungen in mehreren Staaten.²³ Trotzdem werden wirtschaftliche Transaktionen mit zunehmender Häufigkeit nicht mehr auf ausschließlich nationaler Ebene durchgeführt und berühren – auch aus kartellrechtlicher Sicht – immer öfter internationale Märkte. In diesem Zusammenhang tragen die materiellen Änderungen in beträchtlichem Ausmaß zur Konvergenz zwischen den Vereinigten Staaten und Europa bei.²⁴ Eine zunehmende Anzahl der Zusammenschlüsse verfügt über eine globale Dimension und fällt meistens unter die Regelungsbefugnis von mehr als nur einer Wettbewerbsbehörde.²⁵ Infolge dieser Entwicklung haben sich internationale Transaktionen zu einer wahren

zungen verfolgt. S. *Kleinert/Klodt*, Megafusionen. Trends, Ursachen und Implikationen, S. 88.

18 EuG, Urteil v. 22.10.2002, Rs T-310/01, T-77/02.

19 EuG, Urteil v. 25.10.2002, Rs. T-5, 80/02.

20 Vgl. dazu *Harth/Budde*, BB 2011 Teil 1, S. 1859 ff., Tz. 23; vgl. dazu *Patterson/Shapiro* (2001) Antitrust 18, 16 ff.

21 Vgl. dazu *Meibom/Geiger*, EuZW 2002, S. 261 ff.; *Grewisch*, RIW 2001, S. 641 ff.; *Akbar*, World Competition 2002, S. 403 ff.; *Bundeskartellamt*, Das Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle – Marktbeherrschende Stellung versus Substantial Lessening of Competition?, S. 4.

22 *Farbmann*, Reform der Fusionskontrollverordnung, S. 1.

23 *Hermann*, Die Neufassung des materiellen Untersagungskriteriums, S. 27; vgl. dazu *Gerke*, Marktbeherrschung und Wettbewerbsbeschränkung als Untersagungskriterium nach Art. 2 FKVO, S. 25 ff.

24 *Drauz*, WuW 2002, S. 444 (445 f.); *Tillmann*, WuW 2004, S. 3.

25 *Berg/Nachheim/Kronberger*, RIW 2003, S. 15; *Bartosch/Nolau*, EuZW 2002, S. 197; *Farbmann*, Die Reform der Fusionskontrollverordnung, S. 240 ff.

Herausforderung für nationale Wettbewerbsbehörden entwickelt.²⁶ Insbesondere wird für die Angleichung der wettbewerblichen Beurteilung zwischen europäischen Ländern und den Vereinigten Staaten argumentiert, um die internationale Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden zu erleichtern und divergierende Entscheidungen auf beiden Seiten des Atlantiks zu vermeiden.²⁷ Im Gegensatz dazu wird argumentiert, dass eine Angleichung die Konflikte im Verhältnis zum US-Antitrust-Recht nicht ohne Vorbehalt verhindern würde, weil das US-amerikanische Rechtsverständnis darauf abzielt, „monopolistische[n] Tendenzen in ihren Ansätzen (in their incipency) zu begegnen“.²⁸ Allerdings und in dem oben beschriebenen wirtschaftlichen Umfeld bleibt aufgrund der Reform eine substanzielle Konvergenz bezüglich des Eingreifkriteriums im bestimmten Maß unvermeidlich. Trotz aller Bedenken besteht seit einigen Jahren ein Harmonisierungsprozess der beiden Rechtssysteme in einer dynamischen Entwicklung.

Außerdem hat die Aufhebung von der drei Kommissionsentscheidungen durch das Gericht erster Instanz (EuG) innerhalb weniger Monate zu neuen Zweifeln über die Effektivität des europäischen Fusionskontrollsystems geführt. Die Kommission hatte im Jahre 2002 in einem Grünbuch zur Revision der Fusionskontrollverordnung neben Änderungen in den Bereichen der Zuständigkeit und des Verfahrens auch eine Änderung des materiell-rechtlichen Prüfungskriteriums aus Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO zur Diskussion gestellt. Im Anschluss an eine breite öffentliche Debatte ist im Mai 2004 die neue EU-Fusionskontrollverordnung in Kraft getreten.²⁹ Vor Erlass der Verordnung wurde ebenso ausgiebig wie kontrovers über die Frage diskutiert, ob und inwieweit die neuen Erwägungen in die europäische Fusionskontrolle einfließen dürfen.³⁰ Von der Reform

26 Denzel, Materielle Fusionskontrolle in Europa und USA S. 3, 4.

27 Vgl. dazu Grünbuch über die Revision der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 11.12.2001, KOM (2001), Rd. 160, *Fountoukakos/Ryan*, E.C.L.R 2005, S. 293; Liesenkampf/Lowenheim/Meesen-*Riesenkampff/Lehr*, EG-KartR, Art. 2 FKVO, Rn. 3; *Berg*, BB 2004, S. 561 (561); *Säcker*, WuW 2004, S. 1038 (1038 ff.), der sich für eine Angleichung des deutschen und des europäischen Kartellrechts ausspricht; vgl. auch dazu *Levy*, ECJ 2010 (6), S. 211 (228).

28 Vgl. hierzu vor allem *Mestmäcker*, WuW 2004, S. 135; vgl. auch die vorgestellten Argumente in: *Levy*, Dominance versus SLC: A Subtle Distinction?, S. 174 ff.; vgl. auch *Böge*, *Speech International Competition Network First Annual Conference Naples*, September 28, S. 6: „*But even if we apply the same test in merger control world-wide, this will not and cannot ensure uniform results in the examination of merger projects by different authorities.*“

29 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („Fusionskontrollverordnung“), Abl. 2004, Nr. L 24/1.

30 Die Reaktionen auf den Vorschlag, auch in der EU den SLC-Test einzuführen (der SIEC-Test stand damals noch nicht zur Diskussion), zeugen allerdings nicht von einem

betroffen war auch der in Art. 2 Abs. 3 Fusionskontrollverordnung normierte materielle Prüfungsmaßstab. Der umstrittenste Punkt war, in welcher Form und in welchem Ausmaß das materielle Beurteilungskriterium für die europäische Fusionskontrolle zu gestalten war. Die Frage bestand darin, ob der nach der alten EG-FKVO maßgebende Marktbeherrschungstest durch den in den USA, Australien, Irland und Großbritannien gebräuchlichen SLC-Test ersetzt werden sollte. Der neu eingeführte SIEC-Test versuchte begrifflich in der Zeit der Reform im Ergebnis, die Elemente des anglo-amerikanischen SLC-Tests („*substantial lessening of competition*“) mit dem deutschen Marktbeherrschungstest zu verbinden. Der letztgenannte Test bleibt zwar Regelbeispiel des SIEC-Tests, um damit auch teilweise die Einwände der so genannten „Strukturalisten“ bezüglich der Notwendigkeit der Reform auszuräumen. Dennoch schien damals eine vollständige Harmonisierung beider Tests wieder auf Bedenken zu stoßen. Das Konzept der Marktbeherrschung fungierte schon seit einigen Jahren in den meisten mitgliedstaatlichen Fusionskontrollgesetzen als Prüfungsmaßstab für die Beurteilung von Zusammenschlüssen. Die Reform schien folglich zu dieser Zeit nicht ausreichend gerechtfertigt zu sein, um die Einwände von mehreren europäischen Ländern zu überwinden. Zwischen 2002 und 2006 entfaltete sich also in der europäischen Literatur eine sehr kontroverse Debatte, die unter dem Stichwort „*structural approach vs. effects approach*“ zusammengefasst werden kann. Seit dem Übergang der Kommission zum Prinzip eines „more economic approach“ scheint der Weg für eine auswirkungsorientierte Beurteilung von Zusammenschlüssen völlig offen zu sein. Es besteht inzwischen weitgehend Einigkeit darüber, dass am Ende die Kongruenz der materiellen Prüfungsmaßstäbe beider Tests (MB- und SLC-Test) nicht erreicht wurde, sondern ein völlig neuer dritter Test (SIEC-Test) als Kompromisslösung zugrunde gelegt wurde.³¹

Während bislang die Marktbeherrschung das maßgebliche Kriterium für die Beurteilung eines Zusammenschlusses bildete, sind nach der reformierten Fusionskontrollverordnung alle Zusammenschlüsse zu untersagen, durch die der wirksame Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem „*wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde*“³². Die Diskussionen über das Anwen-

eindeutigen Interesse der großen Unternehmen an einer stärkeren „Amerikanisierung“ der FKVO; vgl. dazu *Gerke*, Marktbeherrschung und Wettbewerbsbeschränkung als Untersagungskriterium nach Art. 2 FKVO, S. 15 ff.

31 Vgl. dazu *Immenga/Mestmäcker-Immenga/Körper*, EG-WbR, Art. 2 FKVO, Rn. 184; Analytisch dazu *Barth/Budde*, Die Implementierung des SIEC Tests im GWB und ihre Folgen für die nationale Fusionskontrolle, 2011.

32 Vgl. dazu *Horner*, Unilateral Effects and the EC Merger Regulation – How The Commission Had its Cake and Ate it Too, in: *Hanse Law Review*, Vol. 2, No. 1; so auch *Säcker*, WuW 2005, S. 1038 (1039), Fußnote 6, der der Übersetzung des englischen Wor-

dungsspektrum der verschiedenen materiellen Prüfungsmaßstäbe deuten darauf hin, dass in der Zeit der Reform die Unterschiede zwischen den materiellen Prüfungsmaßstäben, angesichts ihrer praktischen Anwendung, noch nicht klar absehbar waren. Es spricht jedoch viel dafür, dass sich der SIEC-Test im Vergleich zum Marktbeherrschungstest und mit Blick auf den schon in der amerikanischen Rechtspraxis angewandten SLC-Test, als unbestimmter und damit im Ergebnis strengerer Prüfungsmaßstab erweisen sollte. Seit seiner Aufnahme als Untersanktionskriterium in Art. 2 Abs. 2 und 3 EG-FKVO wurde erwartet, dass z. B. auch eine Untersagung unterhalb des Niveaus der Marktbeherrschung möglich wäre³³.

C. Ziele und Gang der Untersuchung: Neue Aspekte bei der Beurteilung von Fusionen in einer oligopolistisch geprägten Marktstruktur

Aufgrund des Unterschieds zwischen dem europäischen und dem US-amerikanischen Fusionskontrollrecht bezüglich des materiell-rechtlichen Prüfungsmaßstabs ergibt sich die Notwendigkeit, neue Konzepte, wie die unter dem SIEC- und SLC-Test angewandte Unterteilung in unilaterale und koordinierte Effekte zeigt, näher zu konkretisieren.³⁴ Vor der Reform waren koordinierte Effekte, als autonom bestimmte wettbewerbswidrige Effekte, nur wenig bekannt und ihr materieller Inhalt deckte sich hauptsächlich durch die Untersuchung im Rahmen der alten Fusionskontrollverordnung mit einem kollusiven Verhalten im Oligopol (so genannte kollusive oder „plus“-Faktoren). Hinzu kommt, dass eine Fusion im Jahre 2002 (*Airtours*) zum ersten Mal Erfolg hatte, da eine von der Kommission ausgesprochene Verbotsentscheidung vom Gericht erster Instanz für nichtig erklärt worden ist. Die Besprechungen dieser Entscheidung in der Literatur beschäftigten sich vornehmlich mit dem Begriff der kollektiven Marktbeherrschung und der Frage, inwieweit das EuG diesen gegenüber der früheren Rechtsprechung modifiziert hat.³⁵ Unbezweifelte Konsequenzen dieser Entscheidung waren die Tatsachen, dass erstens die wissenschaftliche Diskussion

tes „*significant*“ mit „*erheblich*“ kritisch gegenüber steht, weil sie zu größeren normativen Anforderungen für die Anwendung des SIEC-Tests führt.

33 Analytisch dazu *Barth/Budde*, Die Implementierung des SIEC Tests im GWB und ihre Folgen für die nationale Fusionskontrolle, 2011.

34 Vgl. dazu *Wrase*, Europäische Fusionskontrolle, S. 28; *Coppi/Walker*, The Antitrust Bulletin/Spring-Summer 2004, S. 124 ff.

35 *Bartosch*, WuW 2003, S. 574 (574); vgl. auch dazu *Levy*, ECJ April 2010, S. 211 (237 ff.)