

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

# Inhaltsverzeichnis

Widmung	
Vorwort .....	7
Tabellenverzeichnis .....	21
Abkürzungsverzeichnis .....	23
Einleitung, Problemstellung .....	25
A. Das wirtschaftliche Umfeld: Neue Welle von grenzüberschreitenden Fusionen .....	25
B. Die Notwendigkeit zur Annäherung von materiellen Prüfungsmaßstäben in Europa und den USA .....	26
C. Ziele und Gang der Untersuchung: Neue Aspekte bei der Beurteilung von Fusionen in einer oligopolistisch geprägten Marktstruktur .....	31
Erstes Kapitel:                      Wirtschaftstheoretische Grundlagen zur Auslegung des SIEC-Tests .....	35
A. Zu einer Harmonisierung der Marktmachtkonzepte auf beiden Seiten des Atlantiks.....	35
B. Der „more economic approach“ und die Bestimmungen des SIEC- Tests .....	37
I. Die Abhängigkeit zwischen Recht und Ökonomie zur Beurteilung von Zusammenschlüssen .....	37
II. Die Reichweite des Konzepts .....	38
III. Der „more economic approach“ als neues wettbewerbspolitisches Leitbild .....	40
1. Ökonomie und Fusionskontrolle.....	40

2. „More economic approach“ bei der Anwendung von Art. 102 AEUV.....	41
3. „More economic approach“ und seine wettbewerbspolitische Grundlage.....	43
C. Zu einem effizienzorientierten, wirksamen Wettbewerb.....	44
I. Wettbewerbsfreiheit und Effizienzvorteile als Zieleinrichtungen .....	44
II. Effizienzvorteile und materielle Prüfungsmaßstäbe .....	46
1. Der Zusammenhang zwischen Marktmacht und Effizienz.....	46
2. Die ökonomische Abwägung zwischen Effizienz und dem SIEC-Test .....	47
III. Neue Zielsetzungen der europäischen Fusionskontrolle .....	49
1. Zu einem effektiven Rechtsschutz der Konsumentenwohlfahrt .....	49
a) Neue Richtung für die Effizienzvorteile? .....	49
b) Gesamtwohlfahrtstandard vs. Konsumentenwohlfahrtstandard .....	52
c) Die Weitergabeproblematik bezüglich der Effizienzvorteile.....	56
d) Erheblichkeit von Effizienzen.....	58
e) Beweisanforderungen von Effizienz.....	59
2. Zwischenergebnis.....	61
Zweites Kapitel: Die normative Koexistenz zweier Eingreifkriterien in der europäischen Fusionskontrolle .....	63
A. Die Einordnung des Eingreifkriteriums der europäischen Fusionskontrolle nach dem neuen Art. 2 Abs. 3 FKVO .....	63
I. Erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs als zentrales Eingreifkriterium .....	63
II. Die Umstellung der Reihenfolge der beiden Kriterien: eine umstrittene Frage mit umstrittenen Folgen.....	64
1. Einführung .....	64
2. Erste Bewertung der Reform .....	65
a) Zweifel an der Ähnlichkeit der zwei materiellen Maßstäbe .....	65
b) Eine Umstellung mit praktischen Auswirkungen .....	67
aa) Herabstufung des Marktbeherrschungstests zum Regelbeispiel .....	67
bb) Ein ganz neues Instrumentarium?.....	68

cc) Die neue Formulierung als Kompromiss: eine Zwischenlösung zur Bewertung der Reform.....	68
c) Bewertung .....	70
 B. Die Auslegung der Klausel „erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs“ unter der alten Fusionskontrollverordnung: ein Kriterium „im Schatten“ .....	72
I. Eigenständiges Element oder komplementärer Anknüpfungspunkt? .....	72
1. Der Maßstab als zusätzliches Abwägungselement und die Beurteilung von Verhaltensweisen.....	73
2. Die erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs als ein zeitlich-dynamisches Element .....	76
3. Bewertung der Kommissionspraxis .....	78
II. Stellungnahme: Ein fast „leerer“ Begriff für die europäische Fusionskontrolle.....	79
 C. Der Marktbeherrschungstest im Vergleich mit anderen Maßstäben der Fusionskontrolle .....	81
I. Das Grünbuch der Europäischen Kommission: Bedenken und Perspektiven.....	81
II. Wettbewerbliche Vorteile des SIEC-Tests .....	82
III. Kritik an der Einführung des SIEC-Tests .....	84
IV. Die Bedeutung eines internationalen Vergleichs zwischen SIEC- und SLC-Test .....	85
V. Ist die Überwindbarkeit der Lücke durch neue Aspekte in der Marktdefinition möglich? .....	87
VI. Kritik an der strukturellen Orientierung des Marktbeherrschungstests.....	89
1. Zur Frage der Flexibilität des Marktbeherrschungstests .....	89
2. Der Fokus des Marktbeherrschungstests auf die Marktanteile als Indiz für eine lückenhafte Kontrolle.....	91
VII. Marktbeherrschungstest, SIEC-Test und die marktbezogenen Faktoren.....	93
VIII. Zwischenergebnis.....	95

Drittes Kapitel:	Die Einzelmarktbeherrschung als Regelbeispiel des „significant impediment to effective competition“ .....	97
A.	Die Systematik der Fallkonstellationen für den SIEC-Test.....	97
B.	Zur Ablehnung der Zwei-Stufen-Test-Theorie .....	99
I.	Literaturmeinungen.....	99
II.	Kritische Würdigung.....	99
C.	Die wörtliche Auslegung des Begriffs „erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs“ .....	100
I.	Allgemeine Definition.....	100
II.	Zur Frage der Erheblichkeit der Behinderung .....	101
1.	Langfristige Folgen der Erheblichkeit .....	101
2.	Erhöhung der Marktmacht als Indiz der Erheblichkeit.....	102
III.	Die Auslegung des wirksamen Wettbewerbs .....	102
1.	Wirksamer Wettbewerb und die Notwendigkeit einer Wettbewerbspolitik unter Berücksichtigung der wettbewerbstheoretischen Konzeptionen .....	102
2.	Die Wirksamkeit des Wettbewerbs und seine praktischen Auswirkungen auf die europäische Fusionskontrolle.....	104
a)	Der Begriff des wirksamen Wettbewerbs als Leitbegriff.....	104
b)	Die Bemessung des Restwettbewerbs.....	106
IV.	Zwischenergebnis und Stellungnahme .....	107
D.	Beurteilung der Einzelmarktbeherrschung durch die neue Fusionskontrollverordnung.....	108
I.	Einführung.....	108
II.	Ökonomische Grundlagen und Definitionen .....	109
III.	Einzelne Prüfungskriterien zur Bestimmung der Einzelmarktbeherrschung.....	111
1.	Vier Prüfungsgesichtspunkte und die analoge Anwendung des Art. 2 Abs. 1 FKVO .....	111
2.	Einzelne Prüfungskriterien der Einzelmarktbeherrschung .....	112

a) Die Marktstellung der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen .....	112
aa) Die Marktanteile .....	113
i) Die Berechnung der Marktanteile .....	113
ii) Bewertung von Marktanteilen .....	114
iii) Andere Faktoren zur Relativierung der Bedeutung des Marktanteils .....	116
bb) Die Marktkonzentration und ihre Bestimmung durch den Herfindahl-Hirschman-Index .....	117
b) Die wirtschaftliche und finanzielle Macht .....	119
c) Wählmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer .....	121
d) Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten .....	122
e) Die Bedeutung der Angebots- und der Nachfrageseite .....	123
f) Potenzieller Wettbewerb und Marktzutrittsschranken .....	125
aa) Potenzieller Wettbewerb .....	125
bb) Marktzutrittsschranken .....	126
g) Interessen der Zwischen- und Endverbraucher sowie Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts .....	128
E. Die Analyse unilateraler Effekte im Rahmen des Marktbeherrschungstests .....	129
I. Einführung .....	129
II. Die Problematik aus ökonomischer Sicht .....	130
III. Erste These: Extensive Auslegung des Marktbeherrschungstests .....	132
1. Monopolmacht und unilaterale Effekte .....	132
2. Kritische Würdigung des Meinungsstandes zum Bestehen einer Gesetzeslücke des MB-Tests bei der Beurteilung von unilateralen Effekten .....	133
IV. Zweite These: Unilaterale Effekte und Einzelmarktbeherrschung als kategorisch unterschiedliche Gefahren für den Wettbewerb („distinct theories of competitive harm“) .....	135
V. Bewertung .....	139
F. Die Prüfung von unilateralen Effekten unter Geltung der Fusionskontrollverordnung Nr. 4064/1989 .....	141
I. Einführung .....	141
II. Die Rolle der unilateralen Effekte und die relevanten wettbewerblichen Faktoren .....	141

III. Die unilateralen Effekte als „aggravating“-Faktor .....	143
IV. Das Fehlen von unilateralen Effekten als Argumentation gegen die Entstehung oder Begründung einer marktbeherrschenden Stellung .....	148
V. Kritische Auswertung der Kommissionspraxis.....	150
G. Bewertung der Reform hinsichtlich des Konzepts der Einzelmarktbeherrschung .....	152
 Viertes Kapitel: Erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs und die oligopolistische Marktbeherrschung.....	 155
A. Oligopolistische Marktbeherrschung und der SIEC-Test vor der Reform der europäischen Fusionskontrolle.....	155
I. Einleitung und dogmatische Entwicklung .....	155
II. Besonderheiten von Oligopol-situationen sowie Abgrenzung von Monopol und Polypol.....	157
III. Oligopolbegriff und klassische Oligopoltheorie.....	159
IV. Die spieltheoretische Philosophie des kollusiven Verhaltens .....	162
1. Definitionsgrundlage.....	162
2. Wirtschaftstheoretische Grundlagen .....	164
V. „Erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs“ und die oligopolistische Marktbeherrschung in der Rechtsprechung.....	169
1. Die ersten Indizien für die Anwendung einer Behinderungsklausel ..	169
2. Die entscheidende Wende in der europäischen Fusionskontrollpolitik: die Entscheidung Airtours/France .....	172
a) Einleitung .....	172
b) Praktische Auswirkungen der Kommissions- und EuG-Entscheidung für das Fusionskontrollrecht.....	174
B. SIEC-Test und koordinierte Effekte bezüglich möglicher wettbewerbswidriger Wirkungen von Zusammenschlüssen: eine neue Kodifizierung .....	177
I. Koordinierte Effekte als Bestandteil eines „effects-based“-Ansatzes .....	177

II. Die zwei Formen kollusiven Verhaltens: ausdrückliche oder stillschweigende Kollusion, explizite oder tacit-implizite Kollusion.....	178
1. Historische und wirtschaftstheoretische Entwicklung des kollusiven Verhaltens bei Oligopolsituationen .....	178
2. Die Begriffsbestimmung.....	180
a) Explizite Kollusion .....	182
b) Tacit collusion bzw. implizite Kollusion .....	182
III. Die Integration von koordinierten Wirkungen in der europäischen Fusionskontrolle.....	184
1. Definition und theoretische Grundlagen.....	184
2. Spieltheoretische Funktion.....	186
IV. Die Einbeziehung von einzelnen Wettbewerbsfaktoren und ihre Auswirkungen auf die Entstehung koordinierten Verhaltens: die so genannten „Plus-Faktoren“.....	188
1. Einleitung .....	188
2. Die Airtours-Rechtsprechung und die Leitlinien der Kommission ....	191
a) Die Anforderung an ein höheres Transparenzniveau.....	192
aa) Theoretische Grundlage und Rechtspraxis .....	192
bb) Auswirkungen auf die Sony-Entscheidung der Kommission und die Impala-Entscheidung des EuG.....	196
i) Einleitung .....	196
ii) Fehlende Beurteilung des Markttransparenz .....	197
b) Die Überwachung von Abweichungen .....	199
c) Der Sanktionsmechanismus im Fall eines Abweichens vom Oligopol .....	201
d) Reaktion von aktuellen und potenziellen Konkurrenten .....	206
3. Sonstige Faktoren aus der klassischen Oligopoltheorie und die Leitlinien der Kommission .....	206
a) Die Zahl an einem Oligopol beteiligter Unternehmen und die Bemessung des Konzentrationsgrades .....	206
b) Die Eliminierung eines Einzelgängers („maverick firm“).....	210
c) Der Maßstab eines symmetrischen Oligopols .....	214
d) Strukturelle, wirtschaftliche Verbindungen und Multi-Markt-Kontakte .....	217
V. Die Bedeutung der koordinierten Wirkungen im amerikanischen Fusionskontrollsystem .....	220
1. „Substantial lessening of competition“ durch koordinierte Wirkungen.....	220

2. „Coordinated interaction“ und „checklist approach“ .....	221
VI. Zusammenfassung und eigene Stellungnahme bezüglich der koordinierten Effekte .....	222
1. Von Kollusion zu Koordinierung .....	222
2. Zweifel an der Kontinuität der Rechtsprechung bezüglich der Oligopolproblematik .....	223
C. Der SIEC-Test und die Beurteilung unilateraler Effekte als wettbewerbswidrige Auswirkungen .....	224
I. Die Ausübung bedeutender Marktmacht und ihre Kontrolle als Haupttatbestandteil einer effektiven Fusionskontrolle .....	224
1. Erwartungen gegenüber einer auf unilateralen Effekten basierenden Kontrolle .....	224
2. Die Bedeutung der Marktmacht für die Wettbewerbsanalyse: Einzelmarktbeherrschung vs. wirkungsorientierter Ansatz .....	226
3. Definition der Marktmacht .....	229
4. Die Messung der Marktmacht .....	232
a) Direkte Messung durch den Lerner-Index .....	232
b) Indirekte Erfassung von Marktmacht .....	235
aa) Die Wichtigkeit von Marktanteilen .....	235
bb) Die Abgrenzung des relevanten Marktes durch den SSNIP-Test .....	237
II. Definition und wirtschaftliche Funktion von unilateralen Effekten: die Eliminierung des Wettbewerbsdrucks .....	239
1. Die Auffassung der Kommission .....	239
2. Die praktische Anwendung auf Oligopolfälle: Erwägungsgrund 25 ..	240
3. Definitionsgrundlage aus der Literatur .....	241
III. Wettbewerbliche Ursachen und Folgen unilateraler Effekte .....	245
1. Theoretischer Ansatz für eine Preiserhöhung: eine dualistische Doktrin .....	245
2. Zwischenergebnis .....	248
3. Ein Wettbewerb-Paradigma aus der Automobilindustrie .....	249
IV. Die einzelnen Prognosefaktoren für die Beurteilung von unilateralen Effekten .....	250
1. Hohe Marktanteile der fusionierenden Unternehmen als Ausgangspunkt der Untersuchung auf unilaterale Effekte .....	251
2. Die fusionierenden Unternehmen sind nahe Wettbewerber .....	252
a) Bedeutung aus industriepolitischer und wettbewerblischer Sicht .....	252
b) Implikationen für das europäische Fusionskontrollrecht .....	254

c)	Der Grad der „substitution ratio“ zwischen den Unternehmen .....	256
3.	Die begrenzte Reaktionsmöglichkeit der restlichen Wettbewerber als Signal für den SIEC-Test.....	256
a)	Die Wahrscheinlichkeit einer Erhöhung des Angebots durch die Wettbewerber bei Preiserhöhungen .....	257
b)	Die Fähigkeit des fusionierenden Unternehmens, die Wettbewerber am Wachstum zu hindern .....	258
4.	Die Möglichkeit der Kunden, zu einem anderen Anbieter überzuwechseln.....	262
5.	Zwischenergebnis.....	264
6.	Die besondere wettbewerbliche Bedeutung des Zusammenschlusspartners .....	265
a)	Einführung .....	265
b)	Zusammenschlüsse bei Märkten mit Innovationswettbewerb .....	266
c)	Der Musterfall Babyfood Merger .....	267
d)	Neueste Rechtsprechung zur europäischen Fusionskontrolle .....	269
aa)	Johnson & Johnson/Guidant .....	269
bb)	Die Entscheidung T-Mobile und andere Urteile .....	270
e)	Die Verringerung der Zahl von Unternehmen und das „3 to 2- Merger Scenario“ .....	271
D.	SIEC-Test und nichthorizontale Zusammenschlüsse .....	275
I.	Einführung: ein wirkungsorientierter Ansatz.....	275
II.	Wettbewerbswidrige Effekte bei vertikalen Zusammenschlüssen.....	276
1.	Einführung .....	276
2.	„Input foreclosure“ und „customer foreclosure“ .....	278
III.	Wettbewerbswidrige Effekte bei konglomeraten Zusammenschlüssen.....	281
1.	Der Fall Tetra Laval .....	281
2.	Portfolio- und „Leverage“-Effekte .....	282
3.	Die Marktabschottung und nicht koordinierte Wirkungen .....	285
IV.	Koordinierte Effekte .....	287
E.	Die unterschiedliche Behandlung von homogenen und heterogenen oligopolistischen Produktmärkten und ihre Bedeutung für den neuen materiellen Prüfungsmaßstab .....	288
I.	Merger Simulationsmodelle.....	288
1.	Praktische Bedeutung.....	288

2. Abwägung zwischen Vor- und Nachteilen von Simulationsmodellen.....	289
3. Auswahl und Erstellung des Simulationsmodells.....	295
4. In der Rechtsprechung relevant gewordene Simulationsmodelle.....	298
5. Zwischenergebnis.....	302
II. Homogene Produktmärkte .....	303
1. Abgrenzung der Untersuchung .....	303
2. Die typischen Merkmale eines Marktes mit homogenen Produkten ..	304
3. Die Behandlung von Märkten mit homogenen Produkten: eine gesteigerte Kollusionswahrscheinlichkeit?.....	305
4. Die Bedeutung des Mengenwettbewerbs auf Märkten mit homogenen Gütern.....	307
5. Unilaterale Effekte und homogene Produkte.....	309
III. Höchst differenzierte Produkte .....	314
1. Die Rolle von Marktanteilen bei Märkten mit differenzierten Produkten und die Entstehung einer „Lücke“.....	314
a) Nur in einem Teilsegment des Marktes verfügbare Marktmacht .....	314
b) Ausgeübter Wettbewerbsdruck und Marktanteile.....	316
2. Die Besonderheiten in Märkten mit differenzierten Produkten.....	318
3. Kollusionswahrscheinlichkeit und differenzierte Produkte.....	320
IV. Die Bedeutung des Grades an Substituierbarkeit für homogene und heterogene Produkte.....	323
1. Ein direkter Vergleich .....	323
2. Preiswettbewerb mit differenzierten Gütern und unilaterale Effekte ..	324
a) Preisstrategie bei heterogenen Produkten .....	324
b) „Closeness of Competition“ und unilaterale Effekte.....	327
3. Die Bedeutung der „diversion ratio“ und der Mengenwettbewerb auf Märkten mit differenzierten Produkten.....	331
a) Die prognostizierte Funktion der „diversion ratio“ .....	331
b) Kritik an der Anpassungsfähigkeit des Modells .....	334
V. Konsumentenpräferenz und Fusionskontrollanalyse .....	337
1. Die Bedeutung der Konsumentenpräferenzen für das Auftreten von unilateralen Effekten .....	337
2. Produktdifferenzierung und Konsumentenpräferenzen .....	338
VI. Zusammenfassung und eigene Stellungnahme .....	343
F. Grunderkenntnisse der amerikanischen „unilateral effects“-Theorie.....	344

I. Die Erscheinung der „Unilateral Effects Analysis“ in der US-Fusionskontrolle: Motivation und historische Entwicklung.....	344
II. Die Behandlung von homogenen und heterogenen Produktmärkten in den US-Richtlinien.....	346
1. Folgerungen aus einer vergleichbaren Kodifizierung zwischen den beiden Guidelines.....	346
2. Differenzierte Produkte in der amerikanischen Fusionskontrolle .....	348
III. US-Guidelines von 1992 und unilaterale Effekte .....	350
G. Zusammenfassung und eigene Stellungnahme bezüglich unilateraler Effekte .....	353
H. Bewertung der Reform hinsichtlich des Konzepts der oligopolistischen Marktbeherrschung.....	357
Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse.....	367
Literaturverzeichnis.....	373