

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	27
Einleitung	31
I. Hinführung	31
II. Problemstellung	33
III. Gang der Untersuchung	35
1. Kapitel: Wettbewerbstheoretische Konzepte und wirtschaftswissenschaftliche Grundlagen kollektiver Marktbeherrschung	37
A. Wettbewerbstheoretische Konzepte	37
I. Marktmacht als Ansatzpunkt der Fusionskontrolle	37
II. Oligopolistische Marktmacht und wettbewerbstheoretische Konzepte	38
1. US-amerikanische Konzepte	38
a) Harvard School	38
b) Chicago School	40
c) Vergleich der Auffassungen	41
d) Post-Chicago School und Theorie bestreitbarer Märkte	42
2. Diskussion in Deutschland	42
III. Schlussfolgerungen	44
B. Oligopole	45
I. Begriff	45
II. Abgrenzungskriterium: Oligopolistische Interdependenz	45
III. Teiloligopol	46
IV. Weites, enges Oligopol	46
V. Gemeinsame Gewinnmaximierung	47
C. Kollusion bzw. Verhaltenskoordinierung	49
I. Kollusion	49
II. Sachliche Abgrenzung zu den abgestimmten Verhaltensweisen	50
III. Begrifflich besser: Verhaltenskoordinierung	51
IV. Ökonomische Auswirkungen	52
D. Ökonomische Erklärungen für Verhaltenskoordinierung	53
I. Einführung	53
II. Die klassischen Theorien	53
III. Neuere Ansätze	54
IV. Die Spieltheorie	55

1. Einführung	55
2. Die der Spieltheorie zugrunde liegende Entscheidungssituation	56
3. Spielbeschreibung	57
4. Betrachtung einzelner Spielvarianten	57
a) Nicht-kooperative/kooperative Spiele	57
b) One-shot games/repeated games	58
5. Das Gefangenendilemma – Dominanz der individuell rationalen Strategie	59
6. Übertragung auf oligopolistische Sachverhalte	61
a) Grundsituation	61
b) Cheating	62
7. Dominanz der kollektiv rationalen Strategie	62
a) Bindende Verpflichtungen mit Sanktionsmöglichkeit	62
b) Wiederholtes Aufeinandertreffen mit Sanktionsmöglichkeit	63
aa) Tankstellenbeispiel	63
bb) Endliche Spiele	64
cc) Superspiele	65
dd) Sanktion	65
ee) Drohung mit Sanktion	65
c) Übertragung auf die ökonomische Realität	66
8. Folgerungen aus der Spieltheorie	68
V. Schlussfolgerungen	68
 E. Einseitige Verhaltensweisen im Oligopol	69
I. Ausgangspunkt	69
II. Cournot – Markt mit homogenen Gütern und Mengenwettbewerb	70
III. Bertrand – Markt mit heterogenen Gütern und Preiswettbewerb	71
IV. Kritik am Konzept der einseitigen Verhaltensweisen	72
 2. Kapitel:Der Kriterienkatalog	74
 A. Prüfung der Verhaltenskoordinierung im Oligopol	74
I. Einführung	74
II. Trennung nach Innen- und Außenverhältnis	74
III. Zur Notwendigkeit eines Gruppenbewusstseins	77
IV. Anforderungen an den Bestrafungsmechanismus	78
V. Gegenstand der Verhaltenskoordinierung	79
1. Preis	79
2. Menge	80
3. Qualität, Forschung und Entwicklung	80
4. Kapazität	80
5. Marktschranken	81
6. Umfang der Verhaltenskoordinierung	82

B. Faktoren im Einzelnen	82
I. Einführung	82
II. Auf der Angebotsseite	83
1. Anzahl der Wettbewerber und Marktkonzentration	83
a) Bedeutung	83
b) Konzentrationstests	84
c) Kritik	86
2. Dauerhafte Märkte	86
3. Stabile Marktanteile	86
4. Marktphasen	87
5. Symmetrie im Oligopol	88
a) Marktanteile	88
b) Kosten	88
c) Kapazität	89
d) Die Bedeutung von Aufholfusionen	89
e) Bewertung	90
6. Beseitigung eines bedeutenden Wettbewerbers	90
7. Bisheriges und gegenwärtiges Wettbewerbsverhalten	91
8. Überkapazitäten	92
9. Kostenstruktur	92
10. Versunkene Kosten oder Irreversibilitäten	93
11. Markttransparenz/Informationsfluss	94
a) Bedeutung	94
b) Ursachen	95
12. Strukturelle Verbindungen zwischen Konkurrenten	96
13. Kontakte auf mehreren Märkten	97
14. Vertikale Integration	97
15. Marktzutrittsschranken/potenzieller Wettbewerb	98
III. Auf der Marktgegenseite	100
1. Einführung	100
2. Nachfrage-Gegenmacht	100
3. Struktur der Nachfrageseite	101
4. Nachfrageelastizität	101
a) Marktnachfrage	102
b) Unternehmensindividuelle Nachfrageelastizität	102
IV. Produktmerkmale	103
1. Homogene Güter	103
a) Koordinierungsanreiz	103
aa) Produkthomogenität	103
bb) Produktheterogenität	104
b) Cheating	104
2. Informationsökonomie	105
a) Charakterisierung der Märkte	105

b) Möglichkeit der Verhaltenskoordinierung	107
V. Übersicht	108
C. Bewertung und Kritik	108
I. Bewertung	108
II. Orientierung an der spieltheoretischen Wirkungskette	109
III. Kritik am Ansatz der kollektiven Marktbeherrschung	111
1. Amstutz	111
2. Kantzenbach/Kottmann/Krüger	111
3. Stellungnahme	112
D. Einseitige Verhaltensweisen	114
I. Faktoren, die einseitige Verhaltensweisen begünstigen	114
1. Hohe Anbieterkonzentration	114
2. Nachfrageelastizität	114
a) Relativ homogener Produktmarkt	114
b) Heterogener Produktmarkt	115
3. Keine Überkapazitäten/Reaktion der Konkurrenten	115
a) Homogene Güter	115
b) Heterogene Güter	115
4. Marktzutrittsschranken	115
5. Nachfrage-Gegenmacht	116
II. Bewertung	116
3. Kapitel: Das US-amerikanische, deutsche und europäische Fusionskontrollrecht	117
A. Rechtsgrundlagen und Zielsetzungen	117
I. Einführung	117
II. Die US-amerikanische Fusionskontrolle	117
1. Rechtsgrundlagen der US-amerikanischen Fusionskontrolle	117
2. Zielsetzung der US-amerikanischen Fusionskontrolle	119
III. Die deutsche Fusionskontrolle	121
IV. Die europäische Fusionskontrolle	124
1. Der Weg bis zum Inkrafttreten der FKVO	124
2. Wettbewerbspolitischer Hintergrund der Schaffung der FKVO	126
V. Zusammenfassung	127
B. Die Eingreifkriterien in der Fusionskontrolle	128
I. Zum US-amerikanischen Eingreifkriterium	128
1. Die Rechtsprechung des Supreme Court	128
a) „Brown Shoe” – Incipency Doktrin	128
b) „U.S. v. Philadelphia National Bank” – test of presumptive illegality	129

c) Weitere Entwicklung: „U.S. v. Continental Can Co.” und „Von’s Grocery Co.”	130
d) „U.S. v. General Dynamics Corp.“ – eine neue Doktrin	132
e) Neueste Entwicklung	133
2. Andere Gerichte	133
a) Presumption of illegality	134
b) Rechtsnatur der presumption of illegality	135
c) Vermutungsschwelle	137
d) Möglichkeiten der Entkräftung der Vermutung	137
e) Weiteres Vorgehen nach der Entkräftung der tatsächlichen Vermutung	138
f) Wahrscheinlichkeit	138
g) Abwägung	139
h) Schlussfolgerungen	139
3. Die Merger Guidelines	139
a) 1968 Merger Guidelines	140
b) 1982 Merger Guidelines	140
c) 1984 Merger Guidelines	141
d) 1992 Merger Guidelines mit Änderungen aus dem Jahr 1997	141
aa) Ansatzpunkt	141
bb) Die Prüfungsreihenfolge	142
cc) Umgang mit kollektiver Marktmacht	143
dd) Erfasste Märkte	144
4. Schlussfolgerungen	144
II. Zur Marktbeherrschung im deutschen Recht	145
1. Der zweigliedrige Marktbeherrschungsbegriff	145
2. Der Verhaltensspielraum	147
3. Die deutsche Diskussion um den SLC-Test	149
4. Schlussfolgerungen	149
III. Zur Marktbeherrschung in der europäischen Fusionskontrolle	150
1. Kontroversen um das Eingreifkriterium	150
2. Zunächst: Diskussion um den SLC-Test, Grünbuch der Kommission und britische Lösung	151
3. Geplante Änderung durch den Kommissionsentwurf 2002	153
4. Die Neufassung der FKVO	154
5. Das Verhältnis der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs zur marktbeherrschenden Stellung	155
a) Art. 2 FKVO a.F.	155
b) Art. 2 FKVO n.F.	157
6. Das Regelbeispiel: marktbeherrschende Stellung	157
IV. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	158
4. Kapitel: Oligopole in der US-amerikanischen Fusionskontrolle	160

A.	Coordinated Interaction	160
I.	Praxis nach den 1992 Merger Guidelines	160
1.	Voraussetzungen der coordinated interaction	160
2.	Umfang der Verhaltenskoordinierung	161
3.	Trennung nach Innen- und Außenverhältnis?	161
II.	Die Rechtsprechung	162
B.	Die Marktanalyse im Einzelnen	163
I.	Marktkonzentration	163
1.	Bedeutung	163
2.	Der Herfindahl-Hirschman-Index (HHI)	164
3.	Kritik	165
4.	Weitere Vorgehensweise	166
II.	Bedingungen, die für eine Verhaltenskoordinierung günstig sind	166
1.	Einführung	166
2.	Symmetrie der Unternehmen	166
3.	Produkthomogenität	167
4.	Bereits gleichlaufendes Verhalten	167
5.	Markttransparenz	167
III.	Bedingungen, die die Aufdeckung und Bestrafung von Abweichungen ermöglichen	168
1.	Grundlegendes	168
2.	Markttransparenz	168
3.	Nachfragemacht	168
4.	Bedeutender Wettbewerber (maverick firm)	171
IV.	Marktzutritt	172
1.	Bedeutung	172
2.	Unterscheidung: committed/uncommitted entry	173
3.	Timeliness, likelihood, sufficiency of entry	173
a)	Der Zeitraum	174
b)	Wahrscheinlichkeit	174
c)	Ausreichend hoher Marktzutritt	175
V.	Effizienzvorteile	175
1.	Berücksichtigung durch die Merger Guidelines	175
2.	Berücksichtigung durch die Rechtsprechung	175
3.	Analyse	176
VI.	Failing firm defence	177
VII.	Übersicht	178
VIII.	Die Faktoren am Beispiel neuerer Entscheidungen	178
1.	Einführung	178
2.	„H. J. Heinz/Beech-Nut Nutrition“	179
a)	Sachverhalt	179
b)	Entscheidung	179

c) Kritik	180
3. „Royal Caribbean Cruises, Ltd.“	182
4. Schlussfolgerungen	183
C. Unilateral Effects	184
I. Einführung	184
II. Die Marktanalyse	186
1. Marktkonzentration	186
a) Markt mit heterogenen Produkten	186
b) Markt mit homogenen Produkten	186
2. Möglichkeit der Abwanderung der Nachfrage	187
3. Weitere Faktoren	187
III. Die Faktoren am Beispiel neuerer Entscheidungen	187
1. „FTC v. Swedish Match“	187
2. „State of N.Y. v. Kraft General Foods, Inc.“/„U.S. v. Gillette Co.“	188
3. „U.S. v. Oracle Corporation“	189
IV. Schlussfolgerungen	189
D. Beweislast, Abhilfemaßnahmen	190
I. Beweislastverteilung	190
II. Intensität des Nachweises	191
III. Abhilfemaßnahmen bei kollektiver Marktmacht	192
E. Schlussfolgerungen	193
5. Kapitel: Oligopole in der deutschen Fusionskontrolle	195
A. Kollektive Marktbeherrschung	195
I. Einführung	195
II. Verhältnis des Oligopolstatbestandes zum Monopolstatbestand	195
III. Verhaltenskoordinierung	197
IV. Die Marktbeherrschungsvermutungen	199
1. Entwicklung	199
2. Angleichung an die europäische Fusionskontrolle	200
3. Ziel von Vermutungsregeln	201
4. Rechtscharakter der Vermutungstatbestände	201
5. Verfahrensrechtliche Bedenken	202
6. Verfassungsrechtliche Bedenken	203
7. Gegenstand der Oligopolvermutungen	205
8. Marktanteil als Vermutungsbasis	206
9. Kritik am Anknüpfungspunkt	206
a) Beispiel: „Porta“	206

b) Bewertung	207
10. Konkurrenz zwischen Oligopol- und Monopolvermutung	209
a) „Lindner Licht GmbH“	209
b) „3M/ESPE“	210
c) „OEM-Lacke“	210
d) Stellungnahme	210
11. Verhältnis der Oligopolvermutungstatbestände zueinander	212
a) Verhältnis der Fünfer- zur Dreieroligopolvermutung	212
b) Einbeziehung weiterer Unternehmen trotz erfüllter Vermutung	213
c) Mögliche Lösungswege	213
12. Widerlegung der Oligopolvermutungen	214
a) Fehlender Binnenwettbewerb	214
b) Keine überragende Marktstellung im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern	215
c) Rechtsfolge	215
B. Die Marktanalyse	216
I. Trennung nach Binnen- und Außenwettbewerb	216
II. Die Einzelfaktoren (Auswahl)	217
1. Marktanteil	217
a) Grundsätzlicher Aussagegehalt	217
b) Einfluss der Vermutungstatbestände	218
c) Marktanteilsveränderungen	218
2. Symmetrie im Oligopol	219
a) Relevanz des Kräfteverhältnisses im Oligopol	219
b) Bedeutung von Aufholfusionen	219
3. Verflechtungen	220
4. Gegengewichtige Marktmacht	221
5. Ressourcenbetrachtung	222
6. Marktzutrittsschranken/potenzieller Wettbewerb	223
7. Übernahme eines wichtigen Außenseiters	224
8. Substitutionswettbewerb	225
III. Gesamtschau	225
IV. Wettbewerbsgeschehen	227
1. Markttransparenz, Homogenität der Produkte	227
2. Einsatz von Wettbewerbsparametern	228
a) Investitions- und Unternehmensstrategie	228
b) Preissetzungsverhalten	228
c) Qualitäts- und Innovationswettbewerb	229
d) Oligopolistische Marktbeherrschung trotz wesentlichen Wettbewerbs	229
V. Übersicht	230
VI. Die weiteren Untersagungsvoraussetzungen	231
1. Entstehung von Marktbeherrschung	231

2. Verstärkung von Marktbeherrschung	231
VII. Kritik und Übereinstimmung mit den ökonomischen Kriterien	232
1. Bestandsaufnahme	232
2. Gesetzliche Vorgaben	233
3. Neuere Entwicklungen	234
4. Konsequenzen des ökonomischen Ansatzes für die deutsche Praxis	235
VIII. Schlussfolgerungen	236
C. Einseitige Verhaltensweisen im Oligopol	237
I. Einführung	237
II. Zum Beispielsfall aus der US-amerikanischen Praxis: „Heinz/Beech-Nut“	237
1. Verhältnis zur Marktabgrenzung	237
2. Einseitige Verhaltensweisen als überragende Marktstellung?	238
3. Kollektive Marktbeherrschung und Oligopolvermutungen	241
III. Schlussfolgerungen	242
D. Auflagen und Bedingungen bei kollektiver Marktbeherrschung	243
I. Rechtsgrundlage	243
II. Mögliche Maßnahmen	243
1. Schaffung einer neuen wettbewerbsfähigen Einheit – Beispiel: „RWE/VEW“	243
2. Zerschlagung struktureller Bindungen – Beispiel: „Ansell/Johnson & Johnson“	246
3. Marktöffnung – Beispiel: „Federal Mogul/Alcan“	247
4. Schlussfolgerungen	247
E. Zusammenfassung	248
6. Kapitel: Oligopole in der europäischen Fusionskontrolle	249
A. Kollektive Marktbeherrschung	249
I. Kollektive Marktbeherrschung und Art. 82 EG	249
1. „Hoffmann-La Roche/Kommission“ und „SIV u.a./Kommission“	249
2. Entwicklung der Praxis von Kommission und Gerichten	250
II. Kollektive Marktbeherrschung und Fusionskontrolle	251
1. Anwendbarkeit der FKVO bei kollektiver Marktbeherrschung	251
a) Praxis der Kommission	252
aa) „Nestlé/Perrier“	252
bb) „Kali + Salz/MdK/Treuhand“ und „Gencor/Lonrho“	253
b) Rechtsprechung	254
aa) „Frankreich u.a./Kommission“	254
bb) „Gencor/Kommission“	257

2. Die Reichweite des Konzepts der kollektiven Marktbeherrschung	257
a) Kommission	257
aa) „Nestlé/Perrier“	257
bb) „Gencor/Lonrho“	258
cc) „Trans-Atlantic Conference Agreement“	258
b) Rechtsprechung	259
aa) „Frankreich u.a./Kommission“	259
bb) „Gencor/Kommission“	259
c) „Airtours“ und die Folgen	259
aa) Kommission: „Airtours/First Choice“	259
bb) Die Entscheidung des EuG im Fall „Airtours/Kommission“	261
cc) Konsequenzen	263
d) Neufassung der FKVO und Leitlinien der Kommission	264
 B. Die Marktanalyse	266
I. Bedeutung der Praxis zu Art. 82 EG für die Fusionskontrolle	266
II. Prüfung der kollektiven Marktbeherrschung	266
1. Unterscheidung: Binnen-/Außenwettbewerb	267
2. Prüfungsschema nach „UPM-Kymmene/Haindl“	268
3. Prüfungsschema nach „Airtours/Kommission“; Leitlinien der Kommission 2004	268
III. Die Verhaltenskoordinierung	270
1. Grundsätze	270
2. Umfang gleichförmigen Verhaltens	271
3. Zusammenfassung	272
IV. Gegenstand der Verhaltenskoordinierung	273
1. Preise/Mengen	273
2. Kapazität	273
3. Aufteilung der Märkte	275
V. Sanktion abweichenden Verhaltens	275
1. Die bisherige Praxis der Kommission	276
a) Von „Nestlé/Perrier“ (1992) bis „Exxon/Mobil“ (1999)	276
b) „Airtours/First Choice“ (1999): kein Sanktionsmechanismus erforderlich	276
c) „BP/E.ON“ (2001) und „Shell/DEA“ (2001)	277
2. Die Rechtsprechung	278
3. Die Leitlinien der Kommission 2004	279
4. Bewertung der Rechtspraxis	280
VI. Einzelne Marktstrukturfaktoren (Auswahl)	280
1. Bedeutender Marktanteil in den Händen weniger	281
a) Marktkonzentration	281
b) Vermutungen im europäischen Recht?	283
c) Fallpraxis	284

aa) „Frankreich u.a./Kommission“	284
bb) „Gencor/Kommission“	284
cc) Schlussfolgerungen	285
d) Anzahl der Teilnehmer am Oligopol	285
2. Ausschaltung eines bedeutenden Wettbewerbers	286
3. Verbindungen zwischen Oligopolisten	287
a) Wie alles begann: EuG 1992 - „SIV u.a./Kommission“ (Flachglas)	287
b) EuGH 1994 - „Almelo“	288
c) Kommission 1992 - 1998	288
d) EuGH 1998 - „Frankreich u.a./Kommission“	290
e) EuG 1999 - „Gencor/Kommission“	291
f) EuGH 2000 - „Compagnie Maritime Belge Transports u.a./Kommission“	292
g) Kommission bereits 1999 - „Exxon/Mobil“	294
h) Der Schlusspunkt: EuG 2002 - „Airtours/Kommission“	295
i) Schlussfolgerung	295
4. Wettbewerbdruk von außen/verbleibender Wettbewerb	296
5. Marktzutrittsschranken	296
a) Bedeutung	296
b) Einzelne Marktzutrittsschranken	298
6. Nachfrage-Gegenmacht	299
7. Effizienzvorteile	300
8. Sanierungsfusion	302
VII. Gesamtbetrachtung	303
VIII. Übersicht	304
IX. Schlussfolgerungen	305
C. Oligopole ohne koordinierte Wirkungen	305
I. Entwurf einer neuen FKVO	305
II. Die Regelungslücke	306
1. Nicht koordinierte Wirkungen und das Konzept der kollektiven Marktbeherrschung	307
2. Nicht koordinierte Wirkungen und Einzelmarktbeherrschung	307
3. Ergebnis	308
III. Alternative: Übergang zum SLC-Test in der europäischen Fusionskontrolle?	309
1. Die vorgebrachten Argumente	309
2. Vorschlag der Kommission 2002	311
3. Schlussfolgerung	311
IV. Einzelfaktoren bei nicht koordinierten Wirkungen	312
1. Marktanteile und -konzentration	312
2. Weitere Faktoren bei Märkten mit Preiswettbewerb	312
3. Weitere Faktoren bei Märkten mit Kapazitätswettbewerb	313

4. Fähigkeit des fusionierten Unternehmens, Wettbewerber am Wachstum zu hindern	313
5. Beseitigung eines wichtigen Wettbewerbers	314
6. Weitere Faktoren	314
V. Schlussfolgerungen	314
D. Abhilfemaßnahmen bei kollektiver Marktbeherrschung	315
I. Befugnis der Kommission	315
II. Bisherige Kommissionspraxis bei kollektiver Marktbeherrschung	316
1. Schaffung einer neuen Einheit – „Nestlé/Perrier“ und „ABB/Daimler-Benz“	316
2. Zerschlagung struktureller Bindungen: „Kali + Salz/MdK/Treuhand“	319
3. Kritik	320
E. Beurteilungsspielraum, Beweislast	321
I. Beurteilungsspielraum der Kommission	321
1. Grundsätze	321
2. Leitlinien der Kommission 2004	323
II. Beweislastverteilung	323
F. Schlussfolgerungen	324
7. Kapitel: Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	326
A. Ausgangspunkt	326
B. Ökonomische Grundlagen	326
I. Zum Stand der Oligopoltheorie	326
II. Verhaltenskoordinierung im Oligopol	326
III. Einseitige Verhaltensweisen	327
C. Einzelfaktoren	328
D. Die untersuchten Fusionskontrollrechte	329
I. Vergleich der Eingreifkriterien	329
II. Kollektive Marktbeherrschung	330
III. Die Rolle der Spieltheorie	331
IV. Abhilfemaßnahmen bei kollektiver Marktbeherrschung	332
V. Einseitige Verhaltensweisen	332
E. Schlussfolgerungen	333

Literaturverzeichnis	335
Materialverzeichnis	359
Entscheidungsverzeichnis	366