

## Inhaltsübersicht

<b>Einleitung</b>	21
A. Einführung in das Thema der Arbeit	21
B. Gang der Darstellung	22
<b>Teil 1: Das materielle Untersagungskriterium in der europäischen FKVO – Entwicklung und aktueller Stand</b>	24
A. Der Weg zur FKVO 139/2004	24
B. Textliche Entwicklung des materiellen Standards	35
C. Anwendungsprundsätze der Europäischen Zusammenschlusskontrolle	41
D. Materielle Beurteilung von Zusammenschlüssen, Art. 2 FKVO 139/2004	66
<b>Teil 2: Das Kriterium der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“</b>	77
A. Definition von SIEC	77
B. Die Vereinbarkeit von Zusammenschlüssen mit dem Gemeinsamen Markt	102
<b>Teil 3: Entscheidungspraxis der Kommission</b>	272
A. Entscheidungspraxis der Kommission bzgl. unilateraler Effekte unter der bisherigen FKVO 4064/89	272
B. Entscheidungspraxis der Kommission unter der FKVO 139/2004	297
C. More economic approach, unilaterale Effekte und Marktbeherrschung in der Praxis – Zusammenfassende Bewertung	305
<b>Teil 4: Enhanced economic approach und empirische Analysemethoden</b>	331
A. Ausschreibungsmärkte	331
B. Merger simulation models	339
<b>Teil 5: Entlastungsgründe</b>	370
A. Die efficiency defense	370
B. Sanierungsfusionen (failing firm defense)	465

<b>Ergebnisse</b>	<b>467</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>473</b>

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	21
A. Einführung in das Thema der Arbeit	21
B. Gang der Darstellung	22
<b>Teil 1: Das materielle Untersagungskriterium in der europäischen FKVO – Entwicklung und aktueller Stand</b>	24
A. Der Weg zur FKVO 139/2004	24
I. Entstehungsgeschichte der FKVO 4064/89	24
II. Hintergrund und Verlauf der zweiten FKVO-Reform	28
B. Textliche Entwicklung des materiellen Standards	35
I. Der Untersagungstatbestand der FKVO 4064/89	35
II. Der Untersagungstatbestand der FKVO 139/2004	36
1. Das Grünbuch der Kommission	36
2. Die weitere Entwicklung der Reform: Der Verordnungsvorschlag	38
3. Einigung im Rat der Wirtschafts- und Finanzminister	40
C. Anwendungsgrundsätze der Europäischen Zusammenschlusskontrolle	41
I. Die wettbewerbskonzeptionellen Grundlagen der europäischen Fusionskontrolle	41
1. Einfluss der wettbewerbspolitischen Leitbilder auf die europäische Fusionskontrolle	41
2. Europäische Fusionskontrolle und Industriepolitik	47
II. Regelungsprinzipien der FKVO	49
1. Materiellrechtliche Grundsätze	50
2. Verfahrensrechtliche Grundsätze	51
III. Die Rechtsgrundlage der FKVO 139/2004	53
IV. Das Verhältnis der FKVO zum europäischen Kartellprimärrecht	54
1. Unternehmenszusammenschlüsse und wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen	54
2. Unternehmenszusammenschluss und missbräuchliche Verhaltensweisen	57
a) Unterschiedliche Zwecksetzungen	57
b) Marktstruktur- und Marktverhaltenskontrolle	58
3. Möglichkeit einer „primärrechtlichen Fusionskontrolle“ über Art. 81, 82 EGV	62
D. Materielle Beurteilung von Zusammenschlüssen, Art. 2 FKVO 139/2004	66
I. Bedeutung und systematische Stellung von Art. 2 FKVO 139/2004	66
II. Struktur und Inhalt von Art. 2 FKVO – Überblick über die Neuregelung und grundsätzliche Erwägungen zu ihrer Auslegung	66
1. Untersagungstatbestand in Art. 2 Abs. 3 FKVO	67

2. Erlaubnistarbestand in Art. 2 Abs. 2 FKVO	70
3. Systematik der Beurteilungskriterien des Art. 2 Abs. 1 FKVO	72
4. Einstufiges Verfahren	75
<b>Teil 2: Das Kriterium der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“</b>	77
<b>A. Definition von SIEC</b>	77
I. Ausgangspunkt und Grundsätzliches	77
II. „Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ in der alten FKVO 4064/89	78
1. Auslegungsansätze	78
2. Keine (vollständige) Übernahme der bisherigen Auslegungsgrundsätze	83
III. Konsequenzen der Ausgestaltung der Marktbeherrschung als Regelbeispiel	83
1. Untersagung auch bei fehlender „klassischer“ Marktbeherrschung	84
2. Kein Untersagungzwang bei festgestellter Marktmacht	87
a) De minimis-Klausel in quantitativer und zeitlicher Hinsicht	88
b) Berücksichtigungsfähigkeit von Effizienzvorteilen	90
IV. Berücksichtigung der Ziele der Fusionskontrolle	91
1. More economic approach in der europäischen Wettbewerbspolitik	91
2. Verbraucherwohlfahrt und wirkungsorientierter Ansatz	94
V. Zusammenfassende Bewertung	97
<b>B. Die Vereinbarkeit von Zusammenschlüssen mit dem Gemeinsamen Markt</b>	102
I. Marktabgrenzung	102
1. Allgemeines	102
2. Sachlich relevanter Markt	105
3. Räumlich relevanter Markt	110
II. Begründung und Verstärkung der „übermäßigen“ Marktmacht – erste Stufe des SIEC-Tests	112
1. Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung als geschriebenes Regelbeispiel	115
a) Einzelmarktbeherrschung	116
aa) Definition	116
aaa) Begriff der Marktbeherrschung in Art. 82 EGV	116
bbb) Marktbeherrschende Stellung im Rahmen der FKVO	119
bb) Marktbeherrschungskriterien	121
aaa) Marktstellung: Marktanteile und Konzentrationshöhe	122
1) Marktanteil – Definition	123
(1) Absoluter Marktanteil	124
(2) Relativer Marktanteil und aktueller Wettbewerb	124
(3) Entwicklung des Marktanteils und Reifegrad des	126

relevanten Marktes	127
(4) Bedeutung des Marktanteils	129
2) Marktkonzentration	130
3) Wirtschaftliche Macht und Finanzkraft	132
4) Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer	134
5) Zugang zu Absatz- und Beschaffungsmärkten	134
6) Entwicklung von Angebot und Nachfrage	135
7) Marktzutrittsschranken und potentieller Wettbewerb	136
(1) Potentieller Wettbewerb	136
(2) Marktzutrittsschranken	137
8) Marktmacht der Marktgegenseite/Nachfragermacht	138
9) Interessen der Zwischen- und Endverbraucher und Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts	140
cc) Horizontale, vertikale, konglomerate Zusammenschlüsse	140
b) Kollektive Marktbeherrschung (koordinierte Wirkungen)	144
aa) Begriff des Oligopols	144
bb) Das Oligopolproblem: Wettbewerb oder kollusives Parallelverhalten?	146
aaa) Kollusives Oligopol	147
bbb) Kompetitives Oligopol	150
cc) Analytische Grundlagen für die Beurteilung der Kollusionswahrscheinlichkeit	151
aaa) Die klassischen Oligopoltheorien	151
bbb) Neuere wirtschaftstheoretische Ansätze	152
ccc) Neue Industrieökonomik	153
1) Spieltheoretische Analyse des Angebotsverhaltens	155
2) Folgerungen aus der Spieltheorie	160
3) Einzelne Faktoren zur Bestimmung der Kollusionswahrscheinlichkeit im Oligopol	161
dd) Koordinierte Wirkungen in der Praxis der Europäischen Fusionskontrolle	164
aaa) Wettbewerbsrechtliches Handlungsinstrumentarium	166
bbb) Die Grundsätze der gemeinsamen Marktbeherrschung in der jüngeren Rechtsprechung	167
ccc) „Airtours“-Urteil des EuG, Horizontalleitlinien der Kommission	169
2. Individuelle signifikante Marktmacht auf Grund von nicht koordinierten Wirkungen in Oligopolen als ungeschriebenes Regelbeispiel	173
a) Gleichgewichte auf oligopolistischen Märkten	174
aa) Homogene Oligopole	176
aa) Statischer Mengenwettbewerb im homogenen Dyopol – Das Cournot-Modell	176

bbb) Statischer Preiswettbewerb im homogenen Oligopol – Das Bertrand-Modell	181
1) Preiswettbewerb mit Kapazitätsschranken: Die Edgeworth-Lösung	185
2) Zweistufiges Wettbewerbsmodell von Kreps/Scheinkmann: Endogene Kapazitätswahl	187
ccc) Dynamischer Mengenwettbewerb im homogenen Oligopol – Das Stackelberg-Modell	190
ddd) Vergleich der Lösungen im homogenen Oligopol	191
bb) Heterogene Oligopole	192
aaa) Modelle zur Produktdifferenzierung	195
bbb) Preiswettbewerb im heterogenen Oligopol – Produktdifferenzierung	198
ccc) Auswirkungen der Produktdifferenzierung auf den Wettbewerb	204
ddd) Anwendbarkeit der verschiedenen Modelle	206
b) Nicht koordinierte Wirkungen nach einem Zusammenschluss	207
aa) Oligopolistische Märkte, in denen der Wettbewerb auf der Ebene der Produktion/Kapazitäten stattfindet	208
aaa) Homogene Produktmärkte	208
bbb) Heterogene Produktmärkte	212
bb) Oligopolistische Märkte, in denen der Wettbewerb auf der Ebene der Preise stattfindet	213
aaa) Preiswettbewerb mit homogenen Gütern	213
bbb) Preiswettbewerb mit heterogenen Gütern	213
cc) Zusammenfassende Bewertung	220
c) Unilaterale Effekte in der europäischen Fusionskontrolle	223
aa) Voraussetzungen für das Auftreten nicht koordinierter Wirkungen	223
aaa) Märkte mit Produktdifferenzierung	224
bbb) Produktmärkte mit Kapazitätswettbewerb	225
ccc) Weitere Voraussetzungen	225
bb) Koordinierte vs. nicht koordinierte Wirkungen	227
cc) Marktmachtkonzept in der europäischen Fusionskontrolle	234
aaa) Ökonomische Definition der Marktmacht	235
bbb) Messung der Marktmacht	236
ccc) Definition von Marktmacht in den Horizontalleitlinien	239
ddd) Erfassung der unilateralen Wirkungen durch die FKVO 4064/89?	243
1) Stellungnahme der Kommission in der Begründung zum FKVO-Vorschlag	244
2) Unilaterale Effekte und das Konzept der kollektiven Marktbeherrschung: Entscheidung der Kommission	

im Fall „Airtours/First Choice“	245
3) Erfassung nicht koordinierter Wirkungen mit dem Konzept der Einzelmarktbeherrschung?	246
(1) Ausgangspunkt: „Heinz/Beech-Nut“- Fall	246
(2) Bedeutung von Marktanteilen	248
(3) Marktbeherrschung – inhaltliche Füllung des Begriffs	250
(4) Möglichkeiten zur Lösung des „Heinz/Beech-Nut“-Falls	253
(5) Zusammenfassende Bewertung	255
eee) Signifikante Marktmacht in nicht-kollusiven Oligopolen und individuelle marktbeherrschende Stellung: Eine Gegenüberstellung	256
1) Einzelmarktbeherrschung – spezieller Fall von unilateralen Effekten	256
2) Struktureller vs. wirkungsorientierter Ansatz	260
dd) Zusammenfassung	268
<b>Teil 3: Entscheidungspraxis der Kommission</b>	272
<b>A. Entscheidungspraxis der Kommission bzgl. unilateraler Effekte unter der bisherigen FKVO 4064/89</b>	272
I. Unilaterale Effekte als ein die Annahme der Marktbeherrschung verstärkendes Kriterium	273
Exkurs: Fusionskontrolle auf Ausschreibungsmärkten	276
II. Unilaterale Effekte als relativierender Faktor	284
III. „Oracle/PeopleSoft“-Entscheidung	286
1. Der Hintergrund zu „Oracle/PeopleSoft“	286
2. Marktdefinition	288
3. Beurteilung von unilateralen Effekten	292
4. Fazit	293
IV. Zusammenfassende Bewertung	294
<b>B. Entscheidungspraxis der Kommission unter der FKVO 139/2004</b>	297
I. Marktbeherrschung – alleiniges Prüfkriterium	297
II. Marktbeherrschung und unilaterale Effekte – gleichzeitige Anwendung	298
III. Unilaterale Effekte – alleiniges Prüfungskriterium	303
<b>C. More economic approach, unilaterale Effekte und Marktbeherrschung in der Praxis – Zusammenfassende Bewertung</b>	305
I. Voraussetzungen und mögliche Szenarien des Auftretens unilateraler Effekte	305
II. Flexibilität vs. Rechtsunsicherheit und mangelnde Transparenz	308
III. Marktanteile, HHI, homogene und heterogene Produktmärkte, Ausschreibungsmärkte und Marktabgrenzung beim more economic	

approach	312
1. Marktanteile und HHI	312
2. HH-Index	316
3. Homogene Produktmärkte	318
4. Ausschreibungsmärkte und heterogene Produktmärkte	320
5. Marktabgrenzung	325
<b>Teil 4: Enhanced economic approach und empirische Analysemethoden</b>	<b>331</b>
<b>A. Ausschreibungsmärkte</b>	<b>331</b>
I. Befragung von Nachfragern und Marktteilnehmern, interne Dokumente	332
II. Ökonometrische Analyse von Ausschreibungsdaten	333
1. Häufigkeit der Teilnahme an Ausschreibungen	334
2. Win/loss-Analyse	335
III. Regressionsanalysen des Preisnachlassverhaltens	336
IV. Zusammenfassung	337
<b>B. Merger simulation models</b>	<b>339</b>
I. Die Durchführung der Simulierung	340
II. Stärken von Simulationsmodellen	342
III. Schwächen von Simulationsmodellen	344
IV. Stellungnahme	354
1. Ausgangspunkt	354
2. Simulationsmodelle in der Kommissionspraxis	355
3. Simulationsmodelle als erstes screening-Instrument?	358
V. Zusammenfassung und Ausblick	362
<b>Teil 5: Entlastungsgründe</b>	<b>370</b>
<b>A. Die efficiency defense</b>	<b>370</b>
I. Hintergrund	370
II. Effizienzgewinne vs. Marktmacht – eine einfache Illustration	372
1. Gesamtwirtschaftliche Effizienz als Beurteilungsmaßstab ökonomischer Wettbewerbsanalysen	372
2. Ökonomische Wirkungen von Zusammenschlüssen	375
a) Marktmachteffekte	376
b) Wirkungen von Effizienzgewinnen	380
3. Arten von Effizienzgewinnen	382
4. Williamsons trade-off-Analyse	385
III. Effizienzerwägungen in der FKVO 4064/89	388
1. Ausgangspunkt	388
2. Die Kommissionspraxis unter der FKVO 4064/89	392
3. Schlussfolgerungen	396

<b>IV. Effizienzen und die FKVO 139/2004</b>	<b>398</b>
1. Maßstäbe für die Beurteilung von Zusammenschlüssen	399
a) Struktureller vs. wirkungsorientierter Ansatz	399
b) Die Einordnung der FKVO 139/2004	405
c) Der Wohlfahrtsstandard in der europäischen Fusionskontrolle	407
2. „Effizienzkodex“ in den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse	410
a) Voraussetzungen für die Berücksichtigungsfähigkeit von Effizienzvorteilen	410
b) Relevante Arten von Effizienzvorteilen	413
3. Implementierung des „Effizienzkodex“ in das europäische Fusionskontrollregime	415
a) „Integrierter Ansatz“ vs. efficiency defense	415
b) Eingliederung der Effizienzanalyse in die wettbewerbliche Prüfung	418
aa) Marktstrukturtest	419
aaa) Individuelle Marktmacht	419
bbb) Kollektive Marktmacht	421
ccc) Normativer Bezugspunkt für Effizienzeffekte	422
bb) Marktverhaltens- und Marktergebnistest	423
aaa) Neue Definition des Begriffs „wirksamer Wettbewerb“	424
bbb) Effizienzeinrede – „integrierter Ansatz“	427
ccc) Effizienzeinrede auf der Tatbestandsebene: efficiency rebuttal	430
c) Probleme und offene Fragen bei der Anwendung der Effizienzeinrede	432
aa) Werden Effizienzgewinne nachprüfbar sein?	433
bb) Werden die vorgetragenen Effizienzgewinne die in den Leitlinien genannten Bedingungen erfüllen?	434
cc) Analyse dynamischer Marktprozesse anhand komparativ-statischer Modelle?	439
dd) Preistheoretische Wohlfahrtsanalyse in einem strukturellen Ansatz?	439
ee) Berechenbarkeit, Verifizierbarkeit und Fusionsspezifität von (Innovations-)Effizienzen	441
ff) Kosteneffizienz – nur ein Aspekt unter vielen	443
gg) Effizienzanalyse und Simulationsmodelle	444
hh) Anwendungsbereich der Effizienzanalyse unter der Marktbeherrschungsschwelle	445
ii) Erheblicher Aufwand an internen Ressourcen	446
jj) Effizienzverteidigung – der Art. 81 Abs. 3 EGV des Fusionskontrollrechts?	447
kk) Zielkonflikt oder Zielkompatibilität zwischen Realisierung von Effizienzen und Aufrechterhaltung wirksamen	