

Christian Vorster

Oligopole in der EU-Fusionskontrolle

Die Anwendung des SIEC-Tests auf Imitation und Kollusion
im Oligopol



Nomos

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Kapitel 1. Einleitung	21
A. Problemstellung	22
I. Kritik an dem Konzept der kollektiven Marktbeherrschung	22
II. Keine Abhilfe seit der FKVO-Reform 2004	24
III. Anlass für das Konzept der Imitation	25
B. Vorgehensweise der Arbeit	27
C. Begriffsdefinitionen	29
Kapitel 2. Eine interdisziplinäre Methodik für die Fusionskontrolle	33
A. Spezifisch kartellrechtliche Methodenprobleme	33
I. Konkretisierung anhand von „Konzepten“	34
II. Regulative Normstruktur in der Fusionskontrolle	35
III. Methodische Probleme der Interdisziplinarität	36
B. Die kartellrechtlich-funktionale Auslegung	39
C. Die Ökonomische Theorie des Rechts	44
I. Rechtstheoretischer Ansatz	45
II. Methode	46
III. Die Lösung des interdisziplinären Problems	48
IV. Die Bewertung mittels des hypothetischen Konsenses	49
V. Würdigung	51
1. Problem der Legitimation	51
2. Kritik am hypothetischen Konsens	52
VI. Mögliche Weiterentwicklung	54
D. Zwischenergebnis	55
E. Eigener Ansatz	56
I. Ansätze zur Weiterentwicklung der Ökonomischen Th. des Rechts	56
1. Materielle Legitimation	56
2. Systembildung	57
3. Recht als System in der Zeit	58
II. Eigene interdisziplinäre Methodik	59
III. Begründung des eigenen Ansatzes	61
1. Differenz Sein-Sollen	61
2. System von Rechtsprinzipien	62
a) Materiale Gerechtigkeit in Rechtsprinzipien	62
b) Drei Ebenen des Systems	64
c) Normenhierarchie im System (Normative Selektion)	65
3. Evolution des Rechts	66

a)	Konzeption einer Evolution des Rechts	66
b)	Bewertung von Rechtsinnovationen	68
c)	Evolution des normativen Systems	68
d)	Theorie einer normativen Evolution des Rechts	69
IV.	Übereinstimmung mit der Methodik im europäischen Recht	71
1.	Auslegung	71
2.	Interdisziplinarität	73
3.	Bewertung im Regel-Prinzipien-System	74
4.	Fazit	75
V.	Das Instrumentarium der Neuen Institutionenökonomik	76
1.	Grundannahmen der Neuen Institutionenökonomik	76
2.	Modelle der Neuen Institutionenökonomik	78
 Kapitel 3. Ökonomische Grundlagen		 79
A.	Oligopoltheorie	80
I.	Definition des Oligopols über die oligopolistische Interdependenz	80
II.	Verhaltensannahmen in den traditionellen Oligopoltheorien	81
1.	Individuelle Gewinnmaximierung	83
2.	Imitation	84
3.	Gemeinsame Gewinnmaximierung – Kollusion	86
III.	Strategisches Verhalten	87
1.	Mengen-/Preiswettbewerb	87
2.	Produktdifferenzierung	88
3.	Zeitstrategien/ Taktik (leader/ follower)	89
B.	Strukturierte Übersicht über die Wettbewerbstheorien	90
I.	Wettbewerb als dreipoliger Prozess	91
II.	Überblick über die Wettbewerbstheorien	93
C.	Evolutorische Wettbewerbstheorie	96
I.	Das Variations-Selektions-Schema von Kerber	96
1.	Grundannahmen	96
2.	Konzept des Wettbewerbsprozesses von Kerber	97
3.	Koordination im Parallelprozess	101
II.	Eigenes Erklärungsmuster oligopolistischer Marktmacht	105
1.	Selektion – vertikale Marktmacht	105
a)	Wissensdefizite der Nachfrager - Ursache für Marktmacht	106
b)	Stabilisierung der Wissensdefizite führt zu dauerhafter Marktmacht	109
c)	Zusammenfassung	111
2.	Oligopolfriede als oligopolistische Reaktionsstarrheit	111
a)	Kombination von horizontaler und vertikaler Ebene	112
b)	Wettbewerbsprozess oszilliert zwischen Homogenität und Heterogenität	113

c)	Drei Voraussetzungen der oligopolist. Reaktionsstarrheit	115
–	Marktmacht der Oligopolisten	115
–	Horizontale Koordination der Oligopolisten durch Imitation	116
–	Imitation reduziert Dynamik des Wettbewerbs	116
d)	Zusammenfassung	117
3.	Standort der drei FKVO-Konzepte im dynamischen Wettbewerbsprozess	117
4.	Wettbewerbspolitische Beurteilung	120
D.	Ökonomische Hypothese: Oligopolfrieden durch Imitation	121

Kapitel 4. Die Erfassung von Oligopolen durch Art. 2 III FKVO 123

A.	Die Auslegung	124
I.	Die Auslegung des Art. 2 III FKVO (SIEC-Test)	125
1.	Wortlaut „durch die wirksamer Wettbewerb ... erheblich behindert würde“	125
a)	Wirksamer Wettbewerb	125
–	Keine Definition von Wettbewerb erforderlich	125
–	Wirksamer Wettbewerb	126
b)	Behinderung des Wettbewerbs	128
–	Dynamisches Wettbewerbsverständnis	128
–	Unterschied zum SLC-Test	130
c)	Erhebliche Behinderung	131
–	Kriterium der Zurechenbarkeit	132
–	Quantitatives Spürbarkeitskriterium	133
–	Qualitatives Kriterium: Dynamik des Wettbewerbs	134
d)	Zusammenfassung und Bedeutung des SIEC-Tests für Oligopolsachverhalte	135
2.	Wortlaut „beherrschende Stellung“	136
a)	Wortbedeutung	137
b)	Keine systematische Auslegung des Begriffs mit Art. 102 AEUV	138
c)	Anwendung auf Oligopolmärkte	138
–	Theorie der kollektiven Einheit	139
–	Marktbeherrschung durch mehrere Oligopolisten	139
–	Fazit: Zwei denkbare Konstruktionen von oligopolistischer Marktmacht	141
3.	Verhältnis der Wettbewerbsbehinderung zur Marktbeherrschung	141
a)	Der alte 2-Stufen-Test: Marktbeherrschung plus Behinderungsklausel	143
b)	Ein halbherziger Paradigmenwechsel	144

–	Im Fall von Marktbeherrschung	145
–	Sonstige Fälle: Marktbeherrschung als „Maßstab“	146
–	Fazit: Strukturtest und/oder Verhaltenstest	148
4.	Grammatikalische Auslegung	149
a)	Kausalität	150
b)	Prognose	151
c)	Marktabgrenzung	152
–	Notwendigkeit der Marktabgrenzung	153
–	Oligopolisten als Marktbeherrscher auf Teilmärkten	154
–	Zeitliche Marktabgrenzung	155
d)	Ergebnis der grammatikalischen Auslegung	156
5.	Zwischenergebnis der Auslegung und Vorgaben für Oligopole	156
II.	Das Oligopolproblem von 1989	158
1.	Historischer Wille des Rates in der alten VO Nr. 4064/89	158
2.	Grundsätzliche Anwendbarkeit der FKVO auf Oligopole (Richterrecht des EuGH in <i>Frankreich/Kommission</i>)	160
III.	Die 1. Lösung: Kollektive Marktbeherrschung/	
	Konzept der Kollusion	161
1.	Merkmale des Konzepts der Kollusion	162
a)	Historischer Ursprung in der Missbrauchsaufsicht	162
b)	Gedanke der kollektiven Einheit	163
c)	Konzept der koordinierten Effekte/ ökonomisches Modell der Kollusion	163
2.	Der Entwicklungspfad der kollektiven Marktbeherrschung in der Rechtsprechung zur FKVO	164
a)	Das Urteil <i>Frankreich/Kommission</i>	164
b)	Das Urteil <i>Gencor/Kommission</i>	165
c)	Das Urteil <i>Airtours/Kommission</i>	166
d)	Das Urteil <i>Impala/Kommission</i> & bloßes Parallelverhalten	169
e)	Grenzen des Entwicklungspfads	172
3.	Unterschiede zur Missbrauchsaufsicht nach Art. 102 AEUV	173
a)	Rechtsprechung zur kollektiven Marktbeherrschung unter Art. 82 EG	173
b)	Unterschiede zwischen der FKVO und Art. 102 AEUV	176
–	Normenhierarchie	176
–	Verantwortlichkeit für schädigendes Verhalten	176
–	Normadressat und Normstruktur	177
–	Prognose und präventive Normanwendung	178
–	Zusammenfassung der Unterschiede	179
c)	Abkoppelung von der Missbrauchsaufsicht	179
4.	Prüfungsschritte des Konzepts	180
5.	Vereinbarkeit mit dem SIEC-Test	181
IV.	Der Wille des Rates in der FKVO-Reform 2004	182

1.	Verschiedene Anlässe, zum SIEC-Test zu wechseln	182
2.	Erklärte Motive des Ordnungsgebers und Entwürfe	185
3.	Bezweckte Folgen der Reform	187
4.	Anwendung auf Oligopole (25. Begründungserwägung)	188
5.	32. Begründungserwägung	189
V.	Verbleibender Auslegungsspielraum	190
1.	Gerichtliche Kontrolle der Konzepte durch EuG und EuGH	191
2.	Leitlinien binden weder Kommission noch Gerichte	192
3.	Weitere, zulässige Konzepte (2. und 3. Lösung)	194
VI.	Die 2. Lösung: Konzept der unilateralen Effekte	194
1.	Anwendungsfälle	195
2.	Zulässige Auslegung des Art. 2 III FKVO?	196
3.	Kritik am Konzept der unilateralen Effekte	197
VII.	Die 3. Lösung: Eigenes Konzept der Imitation	199
1.	Anlass und ideelle Herkunft	199
2.	Wettbewerbsbehinderung durch Imitation	200
3.	Prüfungsansatz	202
4.	Zulässige Auslegung des Art. 2 III FKVO	203
5.	Weitere Ausgestaltung	204
VIII.	Zusammenfassung der Auslegung:	
	Drei zulässige Auslegungsvarianten	205
1.	Konzept der Kollusion (koordinierte Effekte)	205
2.	Konzept der unilateralen Effekte	205
3.	Konzept der Imitation	206
B.	Die ökonomische Wirkungs- und Folgenanalyse der Konzepte	207
I.	Methodischer Ansatz der Wirkungs- und Folgenanalyse	209
1.	Folgenanalyse in drei Schritten	209
a)	1. Schritt: Test der ökonomischen Fundierung (Wirkungsanalyse)	209
b)	2. Schritt: Test der Praxistauglichkeit (Folgenanalyse)	210
c)	3. Schritt: Auswirkungen auf Marktverhalten	210
	– Auswirkungen auf den Markt für Unternehmensübernahmen	211
	– Auswirkungen auf das Marktverhalten im relevanten Produktmarkt	212
	– Die Flucht des Übernahmekandidaten in die Rolle des Maverick	213
2.	Folgenanalyse nach der Prinzipal-Agent-Theorie	213
3.	Informationsasymmetrien im Verfahren nach der FKVO	215

II. Das Konzept der Kollusion	219
1. Die Dilemma-Struktur der Kollusion	220
2. Bestrafung als extrinsische Lösung	223
a) Arten der Bestrafung	225
b) Glaubwürdigkeit der Bestrafung	227
c) Kritik am Konzept der Bestrafung	228
3. Kritik am Kollusionskonzept	229
a) Rechtliche Zulässigkeit von glaubwürdigen Bestrafungen	230
b) Doppeldeutigkeit der Kriterien	230
c) Kritik an der Spieltheorie als Analyseinstrument	231
4. Alternative Ansätze zur Überwindung des Dilemmas	233
a) Reputation bei Spielen mit unvollständiger Information	233
b) Vertrauensökonomik	234
c) Reziprozität als Verhalten oder als soziale Norm	238
d) Ergebnis der alternativen Ansätze	240
5. Zusammenfassung zum Konzept der Kollusion	241
III. Folgenanalyse des Konzepts der Kollusion	242
1. Folgenanalyse der Kollusionskriterien – Ergebnisse aus dem Appendix	244
a) Folgenanalyse der horizontalen Kriterien	246
b) Folgenanalyse der vertikalen Kriterien	248
c) Folgenanalyse der unternehmensinternen Kriterien	248
2. Zwischenergebnis: Fehler 1. und 2. Art	249
a) Vier wesentliche Fehlsteuerungen	249
– Symmetrische Marktanteile sind kein (hinreichendes) Indiz für Kollusion	249
– Kriterien für Wettbewerbsanreiz überschätzen Instabilität der Kollusion	250
– Die unternehmensinternen Kriterien sind nicht praxistauglich	250
– Relevanz der Verhaltensannahmen	251
b) Fehler 1. und 2. Art	251
c) Fall-Beispiele für Fehler 2. Art (Under-enforcement)	252
3. Nicht-intendierte Nebenwirkungen für Marktverhalten	254
a) Vorfeldwirkung bei der Planung von Zusammenschlüssen	254
b) Anreize zum Marktverhalten vor der Fusion	255
IV. Das Konzept der unilateralen Effekte	257
1. Verhaltensannahmen des Konzepts	257
2. Der Preisaufschlag (markup) als relevantes Kriterium	258
3. Die Bedeutung von Verhaltensannahmen	259
4. Berechnung der unilateralen Effekte	261
5. Ökonomische Kritik und Folgenanalyse	264

a)	Keine dynamische Analyse der Oligopolmärkte	264
b)	Keine Datengrundlage/ Kriterien sind nicht praxistauglich	265
c)	Kein Kriterium für die „Erheblichkeit“ einer Wettbewerbsbehinderung	267
d)	Fehler 1. Art (Over-enforcement)	268
–	Vorfeldwirkung und mangelnde Vorhersehbarkeit	270
–	Auswirkungen auf den Produktmarkt	271
e)	Verbale Versuche, dynamische Effekte zu erfassen	271
6.	Ergebnis	273
V.	Das Konzept der Imitation	275
1.	Ideelle Herkunft des Konzepts der Imitation	275
a)	Notwendigkeit eines eigenen Konzepts	275
b)	Methodischer Ansatz	276
2.	Imitation als Marktverhalten und Imitationsgleichgewicht	277
a)	Imitation als Lernverhalten	277
b)	Imitation als Marktverhalten	279
c)	Imitationsgleichgewicht	280
d)	Marktergebnisse bei Imitation	281
–	Konkurrenzgleichgewicht	281
–	Cournot-Gleichgewicht	282
–	Marktergebnisse in Höhe des Monopolpreises	283
–	Zwischenergebnis	283
–	Abgrenzung zum Nash-Gleichgewicht bei Gewinnmaximierung	284
3.	Auswirkung der Imitation auf den Wettbewerbsprozess	284
a)	Abgrenzung von Imitation und Kollusion/ Kooperation	285
b)	Imitation reduziert den Innovationsanreiz	286
–	Geschwindigkeit der Imitation	287
–	Intensität der Imitation	288
–	Wahl des Aktionsparameters	288
c)	Imitation führt zur Wettbewerbsbehinderung	290
4.	Zusammenfassung und Bedeutung	292
VI.	Folgenanalyse des Konzepts der Imitation	293
1.	Die Kriterien im Konzept der Imitation	293
a)	Individuelle Marktmacht der Oligopolisten	294
b)	Typus der Nachfrager	295
c)	Anzahl der Oligopolisten	296
d)	Innovatoren und Kooperatoren	296
e)	Markttransparenz	297
f)	Imitierbarkeit der Aktionen	298
g)	Homogene oder heterogene Produkte	300
h)	Restwettbewerb und potentieller Wettbewerb	301
2.	Anwendungsbeispiel für das Konzept der Imitation	301

a)	Der Fall T-Mobile Austria/Tele.ring	302
b)	Vergleich der Konzepte am Beispielfall	306
3.	Nebenwirkungen auf Marktverhalten	307
a)	Nebenwirkungen bei der Planung v. Zusammenschlüssen	308
b)	Nebenwirkungen für das Marktverhalten	310
c)	Steuerung des Wettbewerbsprozesses in Ri. Innovation	310
VII. Ergebnis der ökonomischen Folgenanalyse		312
-	Konzept der Kollusion	312
-	Konzept der unilateralen Effekte	313
-	Konzept der Imitation	314
C. Die Bewertung der Konzepte		315
I.	Keine Bewertung anhand eines Normzwecks	315
1.	Normzweck der FKVO	316
2.	Funktionen des Wettbewerbs	319
II.	Vier Rechtsprinzipien des EU-Kartellrechts	321
1.	Fusionsfreiheit	322
a)	Grundrecht aus Art. 17 GRC	322
b)	Verhältnismäßigkeit	323
c)	Berücksichtigung in den drei Konzepten	324
2.	Selbständigkeitspostulat	327
a)	Inhaltliche Reichweite	327
-	Das Recht, sich dem Markt anzupassen	328
-	Der Verzicht auf Wettbewerbsvorstöße	329
b)	Widerspruch zum Konzept der Kollusion/ der Imitation?	331
3.	Prinzip der Verantwortung für Marktmacht	332
a)	Verantwortung für Marktmacht	333
b)	Berücksichtigung in den Konzepten	336
4.	Prinzip des Vertrauens in die Wettbewerbsdynamik	338
a)	Herleitung des Rechtsprinzips	338
b)	Besondere Bedeutung für prognostische Fusionskontrolle	339
c)	Aufwertung durch FKVO-Reform 2004	341
d)	Legitimation der drei Konzepte	342
III.	Kollusion mit Bestrafung; Normkonkurrenz zu Art. 102 AEUV	343
a)	Voraussetzungen, Verstöße gegen Art. 102 AEUV in der Prognose zu berücksichtigen	343
b)	Verstößt Bestrafung des Abweichlers gegen Art. 102?	349
c)	Ergebnis und Folgen für das Konzept der Kollusion	356
IV.	Gesamtergebnis: Bewertung der Konzepte	358
1.	Konzept der Kollusion	358
2.	Konzept der unilateralen Effekte	359
3.	Konzept der Imitation	361

Kapitel 5. Zusammenfassung	363
A. Interdisziplinäre Methodik	363
B. Konzept der Imitation	364
C. Kritik der bisherigen Lösungen	365
I. Konzept der Kollusion (koordinierte Effekte)	366
II. Konzept der unilateralen (nicht-koordinierten) Effekte	368
D. Ausblick	369
Kapitel 6. Appendix – Folgenanalyse der Kriterien des Konzepts der Kollusion	371
A. Horizontale Kriterien	373
I. Anzahl der Oligopolisten	373
1. Neoklassische Modelle	374
2. Modelle mit unvollständiger Information	376
3. Fazit	378
II. Konzentrationsgrad	379
1. Konzentrationsmaße HHI und CR	379
2. Konzentrationsmaß als Filter?	380
3. Sind Marktanteile in der Praxis zutreffend zu ermitteln?	381
III. Oligopolgruppe, Randfirmen (fringe firms) und Mavericks	382
1. Abgrenzung der Oligopolgruppe	383
2. Bedeutung der Randfirmen	384
3. Maverick	385
4. Ergebnis und Folgenanalyse	386
IV. Symmetrie der Oligopolisten	387
1. Symmetrische Wettbewerbsanreize	388
2. Symmetrie der Marktanteile	389
3. Fazit	391
V. Markttransparenz	391
1. Unvollständige Information	392
a) Auswirkung der Informationslage	393
b) Informationsaustausch als Indiz für Kollusion	394
c) Folgenanalyse	395
2. Unvollkommene Information	396
3. Sonstige erleichternde Vertragsklauseln	397
4. Zusammenfassung	399
VI. Kontakte zwischen den Oligopolisten	400
1. Frühere Kollusionen/Kartelle	400
2. Cheap talk	401
3. Verflechtungen und Verbände	402
4. multi-market contacts	404

VII. Potentieller Wettbewerb und Marktzutrittsschranken	406
1. Marktzutrittsschranken	406
2. Marktschranken-Kollusion (Marktaufteilung)	407
3. Potentieller Wettbewerb	408
B. Vertikale Kriterien	409
I. Elastizität der Gesamtnachfrage	410
II. Homogene oder heterogene Produkte/ unternehmensindividuelle Nachfrageelastizität	411
1. Koordination	411
2. Wettbewerbsanreiz	412
3. Folgenanalyse	413
III. Art und Umfang der Nachfrage	414
1. Häufigkeit und Größe der Transaktionen	414
2. Ausschreibungen (Bietermärkte)	415
IV. Änderungen der Nachfrage/ Marktphasen	416
C. Interne Kriterien	417
I. Kostenstrukturen	418
1. Aus Symmetrie folgt Konsens?	418
2. Kostenstruktur als Wettbewerbsanreiz	419
3. Folgenanalyse	420
a) Anreiz zur adversen Selektion	421
b) Lösungsmöglichkeiten der Neuen Institutionenökonomik	422
– Signalling	422
– Screening	422
– Umkehr der Beweislast	424
c) Publizität von privaten Informationen	424
d) Ergebnis	425
II. Kapazitäten	425
1. Überkapazitäten	426
2. Kapazitätskollusion	427
3. Folgenanalyse	427
D. Ergebnisübersicht zur Folgenanalyse der Kollusionskriterien	428
Literaturverzeichnis	431