

Analyse marktstruktureller Kriterien und Diskussion regulatorischer Handlungsoptionen bei engen Oligopolen

Autor:

Stefano Lucidi

Bad Honnef, April 2017

Impressum

WIK Wissenschaftliches Institut für
Infrastruktur und Kommunikationsdienste GmbH
Rhöndorfer Str. 68
53604 Bad Honnef
Deutschland
Tel.: +49 2224 9225-0
Fax: +49 2224 9225-63
E-Mail: info@wik.org
www.wik.org

Vertretungs- und zeichnungsberechtigte Personen

Geschäftsführerin und Direktorin	Dr. Cara Schwarz-Schilling
Direktor Abteilungsleiter Post und Logistik	Alex Kalevi Dieke
Direktor Abteilungsleiter Netze und Kosten	Dr. Thomas Plückebaum
Direktor Abteilungsleiter Regulierung und Wettbewerb	Dr. Bernd Sörries
Leiter der Verwaltung	Karl-Hubert Strüver
Vorsitzende des Aufsichtsrates	Dr. Daniela Brönstrup
Handelsregister	Amtsgericht Siegburg, HRB 7225
Steuer-Nr.	222/5751/0722
Umsatzsteueridentifikations-Nr.	DE 123 383 795

In den vom WIK herausgegebenen Diskussionsbeiträgen erscheinen in loser Folge Aufsätze und Vorträge von Mitarbeitern des Instituts sowie ausgewählte Zwischen- und Abschlussberichte von durchgeführten Forschungsprojekten. Mit der Herausgabe dieser Reihe bezweckt das WIK, über seine Tätigkeit zu informieren, Diskussionsanstöße zu geben, aber auch Anregungen von außen zu empfangen. Kritik und Kommentare sind deshalb jederzeit willkommen. Die in den verschiedenen Beiträgen zum Ausdruck kommenden Ansichten geben ausschließlich die Meinung der jeweiligen Autoren wieder. WIK behält sich alle Rechte vor. Ohne ausdrückliche schriftliche Genehmigung des WIK ist es auch nicht gestattet, das Werk oder Teile daraus in irgendeiner Form (Fotokopie, Mikrofilm oder einem anderen Verfahren) zu vervielfältigen oder unter Verwendung elektronischer Systeme zu verarbeiten oder zu verbreiten.

ISSN 1865-8997

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis	II
Tabellenverzeichnis	II
Abkürzungsverzeichnis	III
Zusammenfassung	V
Summary	VI
1 Einleitung	1
2 Oligopoltheoretischer Hintergrund	2
2.1 Oligopolformen	2
2.2 Oligopolmodelle	3
3 Schwierigkeiten bei der Behandlung oligopolistischer Marktstrukturen – ein Fallbeispiel	6
3.1 Der niederländische Fall	6
3.1.1 Prüfung einer gemeinsamen Marktmacht auf der Endkundenebene	8
3.1.2 Analyse des Verbraucherschadens	12
3.2 Unzulänglichkeiten des bestehenden Rechtsrahmens	14
4 Möglichkeit einer Ex-ante-Beurteilung enger Oligopole	16
4.1 SIEC-Test	16
4.2 Qualitative Analyse (Marktstrukturkriterien)	17
4.2.1 Kriterien zur Ermittlung einer gemeinsamen Marktmacht	18
4.2.2 Kriterien zur Ermittlung enger Oligopole	21
4.2.3 Mögliche Verwendung der qualitativen Analyse in der Ex-ante-Regulierung	25
4.3 Quantitative Analyse (Pricing-Pressure-Methoden)	27
4.3.1 Marktanteile	27
4.3.2 Pricing-Pressure-Tests	28
4.3.3 Mögliche Verwendung der quantitativen Analyse in der Ex-ante-Regulierung	35
5 Fazit	39
Literaturverzeichnis	41

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:	Preisverhältnisse von Triple-Play-Bündeln, 30. Juni 2015.	13
Abbildung 2:	Diversion Ratios	30

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1:	Übersicht über verschiedene Marktergebnisse auf oligopolistischen Märkten	3
Tabelle 2:	Kriterien zur Ermittlung der Symmetrie zwischen Unternehmen	9
Tabelle 3:	Analyse der Kriterien aus Anhang II der Rahmenrichtlinie	12
Tabelle 4:	Marktstrukturkriterien im Vergleich	26
Tabelle 5:	Ausgangssituation in einem hypothetischen Mobilfunkmarkt	31
Tabelle 6:	Annahmen Kreuzpreiselastizitäten	32
Tabelle 7:	Diversion Ratios	32
Tabelle 8:	UPP-Werte	33
Tabelle 9:	GUPPI-Werte	34

Abkürzungsverzeichnis

ACM	Authority for Consumers and Markets
BEREC	Body of European Regulators for Electronic Communications
BKartA	Bundeskartellamt
CFI	Court of First Instance
CPE	Customer Premise Equipment
DR	Diversion Ratio
EC	European Commission
ECLR	European Competition Law Review
EuG	Europäisches Gericht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FKVO	Fusionskontrollverordnung
GUPPI	Gross Upward Pricing Pressure Index
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HHI	Hirschman-Herfindahl-Index
IPR	Illustrative Price Rising
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
SIEC	Significant Impediment of Effective Competition
SLC	Substantial Lessening of Competition
SMP	Significant Market Power
SSNIP	Small but Significant and Nontransitory Increase in Price
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union
TK	Telekommunikation
UPP	Upward-Pricing-Pressure

Zusammenfassung

Die Struktur der europäischen Telekommunikationsmärkte hat sich in den letzten Jahren, u.a. aufgrund erheblicher technologischer Entwicklungen, stark weiterentwickelt. Das zeigen der Trend zu gebündelten Diensten, die Verschmelzung von Festnetz- und Mobilfunkangeboten, die Breitbandangebote der Kabelanbieter, die Rückentwicklung der physischen Entbündelung der Kupferdoppelader bedingt durch den Einsatz von FTTC VDSL Vectoring und der Einsatz von Glasfasernetzwerken durch alternative Betreiber. Als Folge dieser Entwicklungen verlieren die ehemaligen etablierten Betreiber in einigen nationalen Märkten Marktanteile zugunsten anderer Anbieter, so dass zwei oder sogar drei Betreiber ähnlich große Marktanteile haben.

Diese Situation hat regulatorische Implikationen für den Europäischen Regulierungsrahmen. Der derzeitige Rahmen für Telekommunikationsdienste stützt sich insbesondere auf das Konzept des marktbeherrschenden Unternehmens (SMP-Betreiber). Keine Eingriffsmöglichkeit bietet der derzeitige regulatorische Rechtsrahmen dagegen bei so genannten „engen“ Oligopolen, bei denen es aufgrund nicht koordinierten Verhaltens der Marktteilnehmer (unilaterale Effekte) ebenfalls zu Wettbewerbsbeeinträchtigungen kommen kann. Anhand eines niederländischen Falles werden die Unzulänglichkeiten des bestehenden Rechtsrahmens bei oligopolistischen Marktstrukturen aufgezeigt.

Gegenstand dieser Studie ist es, die regulatorischen Handlungsoptionen beim Vorliegen von engen Oligopolen aufzuzeigen. Im Mittelpunkt steht die Frage, inwieweit der in der Fusionskontrolle etablierte SIEC-Test auf die Ex-ante-Regulierung übertragbar ist. Der SIEC-Test ist ein Konzept, das über die starke Abhängigkeit von Strukturparametern eines Marktes hinausgeht. Er erfasst über eine quantitative Analyse mögliche wettbewerbswidrige Effekte eines Zusammenschlusses, selbst wenn eine marktbeherrschende Stellung bei hohen Marktanteilen nicht identifiziert werden kann. Die vorliegende Studie befasst sich mit den einzelnen Aspekten des SIEC-Tests, ihre Verwendung in der Fusionskontrolle und die Frage nach einer möglichen Verwendung in der Ex-ante-Regulierung zur Behandlung von engen Oligopolen.

Summary

Due to significant technological developments, such as the trend towards bundled services, the convergence of fixed and mobile services, broadband offerings of cable operators, the reverse development of the physical unbundling of copper duplexes due to the use of FTTC VDSL vectoring and the use of fibre optic networks by alternative operators, the structure of European telecommunications markets has changed in recent years. As a result of these developments former established operators are losing market shares in favour of other providers so that two or three operators have similar market shares.

This situation has regulatory implications for the EU's regulatory framework. The framework for electronic communications is based in particular on designation of operator(s) having significant market power. It does not provide any possibility for intervention in the case of so-called "tight" oligopolies, which may also lead to adverse competition effects due to the uncoordinated behaviour of market participants (unilateral effects). Based on a concrete case study the inadequacies of the existing legal framework for oligopolistic market structures is illustrated.

The purpose of this study is to identify the regulatory options for the treatment of tight oligopolies. Thereby the focus of investigation lies on the question as to whether the SIEC-test used in merger control can be adopted and transferred for the use in ex-ante regulation. The SIEC-test is a concept that goes beyond the strong dependence on structural parameters of a market because it also quantifies the possible anti-competitive effects of a merger, even if a market-dominant position cannot be identified based on high market shares. The present study deals with the individual aspects of the SIEC-test, its use in merger control and the question of whether the test can be applied in an ex-ante regulation environment for the treatment of tight oligopolies.

1 Einleitung

Die Struktur der europäischen Telekommunikationsmärkte hat sich in den letzten Jahren, u.a. aufgrund erheblicher technologischer Entwicklungen, stark weiterentwickelt, wie der Trend zu gebündelten Diensten, die Verschmelzung von Festnetz- und Mobilfunkangeboten, die Breitbandangebote der Kabelanbieter und der Einsatz von Glasfasernetzwerken durch alternative Betreiber aufzeigen. Als Folge dieser Entwicklungen verlieren die ehemaligen etablierten Betreiber in einigen nationalen Märkten Marktanteile zugunsten anderer Anbieter, so dass zwei oder sogar drei Betreiber ähnlich große Marktanteile haben.

Diese Situation hat regulatorische Implikationen für den gegenwärtigen Europäischen Regulierungsrahmen. Der derzeitige Rahmen für Telekommunikationsdienste stützt sich insbesondere auf das Konzept des marktmächtigen Unternehmens (SMP-Betreiber). Neben der alleinigen Marktmacht bietet der Regulierungsrahmen die Möglichkeit, bei einer gemeinsamen Marktmacht einzugreifen, bei der koordinierte Effekte (stillschweigendes, kollusives Verhalten) vorliegen.

Keine Eingriffsmöglichkeit bietet der derzeitige regulatorische Rechtsrahmen dagegen bei so genannten „engen“ Oligopolen, bei der es aufgrund nicht koordinierten Verhaltens der Marktteilnehmer (unilaterale Effekte) ebenfalls zu Wettbewerbsbeeinträchtigungen kommen kann.

Gegenstand dieser Studie ist es, das Konzept der engen Oligopole näher zu betrachten, mögliche Herangehensweisen vorzustellen sowie die Vor- und Nachteile einer möglichen regulatorischen Behandlung solcher Oligopole aufzuzeigen. Dabei steht insbesondere die Fragestellung im Mittelpunkt inwieweit das Konzept des SIEC-Tests auf die Ex-ante-Regulierung übertragbar ist.

Das zweite Kapitel gibt zunächst einen kurzen Überblick über die ökonomische Theorie von Oligopolen. Das dritte Kapitel zeigt die Unzulänglichkeiten des bestehenden Rechtsrahmens am Beispiel eines konkreten Falles aus den Niederlanden. Das vierte Kapitel befasst sich mit den qualitativen und quantitativen Analysemethoden des SIEC-Tests und der Frage, inwiefern diese in der Fusionskontrolle erfolgreich eingesetzte Methode für eine Ex-ante-Regulierung von engen Oligopolen in Frage kommt.

2 Oligopoltheoretischer Hintergrund

Perfekter Wettbewerb führt zu einer effizienten Verteilung von Ressourcen. Eintrittsbarrieren, Skalenerträge, versunkene Kosten und sonstige Hindernisse können oligopolistische Marktstrukturen fördern. Das Oligopol ist eine Marktform mit wenigen großen Anbietern, denen eine Vielzahl von Nachfragern gegenübersteht. Wenige Marktteilnehmer verfügen über einen großen Marktanteil. Oligopolisten sind aufgrund ihrer Marktmacht in der Lage, Preis und Menge auf dem Markt zu beeinflussen. Dabei hängt das Marktverhalten eines Oligopolisten nicht nur vom Verhalten der Nachfrager ab, sondern auch vom Verhalten der anderen Oligopolisten. Das Oligopol ist gegenüber anderen Marktformen durch starke Abhängigkeiten der Handlungen der Oligopolisten voneinander gekennzeichnet, die in der Theorie zu besonderer Berücksichtigung strategischer Probleme (z.B. in der Spieltheorie) beigetragen haben. Mögliche Verhaltensweisen und Strategien der Oligopolisten werden in der Oligopoltheorie untersucht. Im Ergebnis können Oligopole, im Gegensatz zu Monopolen, unter bestimmten Umständen auch einen wirksamen Wettbewerb begründen.

2.1 Oligopolformen

Auf der Grundlage der Theorie können oligopolistische Marktstrukturen je nach Strategie der Beteiligten zu unterschiedlichen Marktergebnissen und gegebenenfalls zu Wettbewerbsproblemen führen.

Im Falle einer oligopolistischen Marktstruktur kann es einerseits zu einer (stillschweigenden) Koordinierung zwischen den Marktteilnehmern kommen, welche grundsätzlich zu einer gemeinsamen Marktbeherrschung und damit zu einem Wettbewerbsproblem wird.¹ Andererseits kann es sein, dass Marktteilnehmer einer oligopolistischen Marktstruktur sich nicht koordinieren. In diesem Fall kann das Marktergebnis entweder positiv oder negativ ausfallen. Bei einer Nicht-Koordinierung und einem ineffektiven Wettbewerbsergebnis liegt ein sogenanntes „enges Oligopol“ vor.² Wenn in einer oligopolistischen Marktstruktur nicht koordiniertes Verhalten zu einem effektiven Wettbewerbsergebnis führt, ist die Rede von einem „weiten Oligopol“. Diese, auch von BEREC in ihrem Oligopol-Bericht (BEREC, 2015) übernommene Unterteilung ist auf E. Kantzenbach zurückzuführen. Kantzenbach definiert „enge“ Oligopole als eine Marktform, mit einer geringen Anzahl an Anbietern und einer hohen (potenziellen) Wettbewerbsintensität. Die effektive Wettbewerbsintensität ist hingegen gering, da die Oligopolisten aufgrund der hohen Verhaltensinterdependenz zu wettbewerblichem Parallelverhalten oder

¹ Vgl. Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2002/C 165/03). Brüssel, 11.7.2002.

² In der Literatur werden unter engen Oligopolen regelmäßig nicht nur solche Oligopole verstanden, in denen nicht koordinierte Effekte bestehen, sondern auch solche, in denen koordinierte Effekte vorliegen. Vgl. z.B. Canoy, M., Onderstal, S. (2003), Tight oligopolies: In search of proportionate remedies. Vgl. hierzu auch die Definition von BEREC (2015), Report on Oligopoly analysis and regulation, BoR (15) 74.

sogar zu einer Verhaltensabstimmung neigen.³ Im Gegensatz zum engen Oligopol wird ein weites Oligopol durch einen effektiven Wettbewerbsausgang gekennzeichnet.

In Abgrenzung zur Definition von Kantzenbach werden für das hier vorliegende Diskussionspapier unter engen Oligopolen nur solche verstanden, in denen es aufgrund unilateraler Effekte zu erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen kommt.⁴

Tabelle 1: Übersicht über verschiedene Marktergebnisse auf oligopolistischen Märkten

Strategie	Marktergebnis	Wettbewerbsproblem
Kein kollusives Verhalten durch Marktteilnehmer. Individuell rationales Verhalten	Effektiver Wettbewerb durch Oligopole - Weite Oligopole	Nein
	Ineffektiver Wettbewerb durch Oligopole - Enge Oligopole	Ja
Kollusives Verhalten durch Marktteilnehmer. Gemeinsam rationales Verhalten	Kollusives Verhalten/ Gemeinsame Marktbeherrschung	Ja

Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an BEREC (2015), BoR (15)74.

2.2 Oligopolmodelle

Die statischen Modelle stellen den Ausgangspunkt der Oligopoltheorie dar.⁵ Das bekannteste Oligopolmodell stammt von **Cournot** (1883), bei der zwei Unternehmen (Duopol) relativ homogene Güter produzieren und die Absatzmenge ihres Wettbewerbers als festgelegt erachten. Auf dieser Grundlage treffen beide einmalig ihre Mengenentscheidung (Wettbewerbsparameter) und kommen so zu einem Cournot-Gleichgewicht mit einer gewinnoptimierenden Menge.⁶ Im Cournot-Modell legen die Unternehmen die Absatzmenge auf dem Markt entsprechend fest, so dass der Marktpreis irgendwo zwischen Grenzkosten und Monopolpreis liegt. Dabei ist die Anzahl der Unternehmen im Markt entscheidend. Je mehr Unternehmen, desto niedriger der Preis. Bei wenigen Unternehmen liegt der Preis nahe dem Monopolpreis. Andererseits würden hohe Preise wiederum Markteintritte fördern (sofern keine Marktzutrittsschranken bestehen), so dass der Preis wieder sinken würde und die Unternehmen im Markt normale Gewinne abschöpfen würden. Ein Cournot-Wettbewerb findet in der Regel in Wirt-

³ Kantzenbach, E. (1967), Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., Göttingen 1967.

⁴ Kantzenbach, E. (1967), Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., Göttingen 1967.

⁵ Vgl. Shapiro, C. (1989), Theories of Oligopoly Behaviour, in: Schmalensee/Willing (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, Vol. I 1. Auflage 1989.S. 333.

⁶ Die Preise liegen über den Grenzkosten wodurch überdurchschnittlich hohe Gewinne erzielt werden können. Vgl. Carlton, D.W., Perloff, J.M. (2005), Modern Industrial Organization, 4th Edition, Pearson. S. 163 ff.

schaftsbereichen statt, bei der Unternehmen langfristig ihre Absatzmengen planen müssen und entsprechend ihre Preise festlegen.⁷

Im Gegensatz zum Cournot-Modell konkurrieren die Unternehmen bei **Bertrand** (1883) miteinander über den Preis statt über die Absatzmenge. Beim Bertrand-Modell richten sich Nachfrager bei homogenen Gütern nach dem niedrigsten Preis.⁸ Ausgehend von perfekt homogenen Gütern geht das Bertrand-Modell davon aus, dass die Oligopolisten keine Profite machen. Der Grund dafür ist, dass Konsumenten sich ausschließlich nach dem niedrigsten Preis richten und damit die beteiligten Unternehmen zu einem Abwärts-Wettlauf zwingen. Dieses so genannte Bertrand-Paradoxon beruht auf der unendlich großen Preiselastizität der Nachfrage bei homogenen Gütern.

Auf dem Bertrand-Modell mit homogenen Gütern aufbauend ging **Tirole** (1988) in seinem Modell von einem Preiswettbewerb bei heterogenen Gütern aus. Aufgrund der Produktdifferenzierung können Unternehmen in ihrer jeweiligen Nische eine gewisse Marktmacht ausüben. Dadurch ist der Ausgang vergleichbar mit dem Cournot-Gleichgewicht, wo die Preise in Abhängigkeit von der Anzahl der Unternehmen am Markt über den Grenzkosten liegen (aber unterhalb des Monopolpreises).⁹

Die klassischen Modelle variieren entweder nach eingesetztem Wettbewerbsparameter oder danach, ob die Entscheidungen gleichzeitig oder nacheinander getroffen werden. Ein Nachteil bleibt die Untauglichkeit zur Darstellung des Anpassungsprozesses.¹⁰ In der Regel führen diese Modelle zu einem Gefangenendilemma, bei der das einzige stabile Gleichgewicht nach der ökonomischen Theorie das Nash-Gleichgewicht ist, bei der Unternehmen A die Strategie von Unternehmen B berücksichtigt und umgekehrt und beide Unternehmen ihre Gewinne nicht durch eine veränderte Strategie erhöhen können.¹¹

Bei Berücksichtigung einer dynamischen Komponente, in Form eines sich unendlich wiederholenden Spiels, können beide Wettbewerber dagegen einen höheren Gewinn erzielen, wenn sie miteinander kooperieren.¹² Eine solche Situation tritt ein, da die Unternehmen das Verhalten des jeweils anderen über mehrere Runden beobachten und entsprechend darauf reagieren können.¹³ Ein wichtiger Aspekt dabei ist, dass beide Unternehmen Geduld haben und zukünftige Gewinne hoch einschätzen. Das Resultat

⁷ Beispiele sind der Mineralwasser-Markt (Nestlé-Perrier Fusion - European Kommission, Rechtssache Nr. IV/M. 190 — Nestlé/Perrier) oder der Markt für Reisebuchungen (Airtours/First Choice Fusion - EuGI, Rechtssache Nr. T-342/99)

⁸ Das stabile Gleichgewicht ergibt sich bei Preis gleich Grenzkosten.

⁹ Tirole, J. (1988), *The Theory of Industrial Organization*, Massachusetts Institute of Technology.

¹⁰ Eter (2000), *The Assessment of Mergers in the EC under the Concept of Collective Dominance*, An Analysis of Recent Decisions and Judgements – by an Economic Approach, in: *World Competition* 23.

¹¹ Vgl. Kantzenbach, Kottmann, Krüger (1996), *Kollektive Marktbeherrschung: Neue Industrieökonomie und Erfahrungen aus der Europäischen Fusionskontrolle*, 1. Aufl.

¹² Vgl. hierzu Moreira, (2010), *Zu den nicht koordinierten Wirkungen in der europäischen Fusionskontrolle*, in: *ZEuS* Heft 2, S. 145 ff.

¹³ Die Beschreibung möglicher Gleichgewichte in wiederholten Spielen ist als Folk-Theorem bekannt. Das Einsatzgebiet des Folk-Theorems ist die Modellierung von langfristigen Verträgen und Interaktionen von Menschen.

des Spiels hängt vom Diskontsatz ab. Bei Unkenntnis der Anzahl an Runden gehen beide Unternehmen davon aus, dass bei höheren Gewinnen in der Vergangenheit durch Kooperation auch in Zukunft höhere Gewinne erzielt werden können. Insofern besteht für beide Unternehmen kein Anreiz, von der Strategie der Kooperation abzuweichen. Diese Situation zeigt auf, weshalb Unternehmen in einer oligopolistischen Marktstruktur ihr Verhalten durch Kollusion oder Koordinierung aufeinander abstimmen.

3 Schwierigkeiten bei der Behandlung oligopolistischer Marktstrukturen – ein Fallbeispiel

Regulierungsmaßnahmen auf der Vorleistungsebene setzen dort signifikante Marktmacht voraus. Trotzdem ist der Ausgangspunkt für die Auferlegung einer Ex-ante-Regulierung auf Zugangsmärkten immer auch die Betrachtung der Wettbewerbssituation auf der Endkundenebene. Nationale Regulierungsbehörden prüfen, ob auf den nachgelagerten Endkundenmärkten ohne eine Regulierung auf der Vorleistungsebene in der Vorausschau wirksamer Wettbewerb herrscht bzw. herrschen würde. Wird bei dem betreffenden Markt in der Vorausschau ohne eine Vorabregulierung im Vorleistungsmarkt ein wirksamer Wettbewerb auf der Endkundenebene festgestellt, sollte die nationale Regulierungsbehörde zu dem Ergebnis kommen, dass auf der Vorleistungsebene keine Regulierung (mehr) benötigt wird. Herrscht hingegen in der Vorausschau ohne eine Vorabregulierung des vorgelagerten Marktes kein wirksamer Wettbewerb in dem fraglichen Endkundenmarkt, kommt der betreffende Vorleistungsmarkt für eine Vorabregulierung in Betracht. Was passiert, wenn auf der Endkundenebene keine (gemeinsame) Marktmacht festgestellt werden kann und auf der Vorleistungsebene keine Marktmacht vorliegt bzw. keine SMP, aber die Marktergebnisse dennoch auf fehlenden Wettbewerb hindeuten?

In den Niederlanden hat ACM im Rahmen ihrer Marktanalyse zum entbündelten Zugang im Jahr 2015 versucht, die oligopolistische Marktconstellation mit den gegebenen Möglichkeiten (SMP-Analyse, gemeinsame Marktmacht) zu erfassen.¹⁴ Die Ausführungen zu diesem Fall zeigen, dass die gegenwärtige SMP-Analyse bei oligopolistischen Marktstrukturen an ihre Grenze stößt, insbesondere hinsichtlich der wechselseitigen Abhängigkeit von Vorleistungs- und Endkundenmärkten.

3.1 Der niederländische Fall

Bei der Marktanalyse¹⁵ für den entbündelten Zugang im März 2015 untersuchte ACM sowohl den Endkundenmarkt als auch den Vorleistungsmarkt. ACM identifizierte drei Teilmärkte: einen Breitbandmarkt, einen Festnetzmarkt und einen Geschäftskundenmarkt.¹⁶ Während ACM im Vorleistungssegment auf allen genannten Teilmärkten eine beträchtliche Marktmacht durch KPN feststellte, sah sie dies im Endkundensegment nur für den Festnetzmarkt und den Geschäftskundenmarkt gegeben. Auf dem Endkunden-

¹⁴ Eines der ersten Regulierungsbehörden, die versucht haben eine gemeinsame Marktbeherrschung im Telekommunikationssektor nachzuweisen war ComReg im ehemaligen Markt 15 (Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobiltelefonnetzen). Nachdem die Kommission die Marktanalyse zunächst genehmigt hatte wurde sie im Dezember 2005 durch ein nationales Berufungsgericht aufgehoben. Siehe hierzu BEREC (2015), Report on Oligopoly analysis and regulation, BoR (15) 195.

¹⁵ ACM (2015), Marktanalyse ontbundeelde toegang, Ontwerpbesluit voor Europese Notificatie, 31. maart 2015.

¹⁶ *Ebenda*, Annex B, S. 149 ff.

Breitbandmarkt sah ACM die Gefahr einer gemeinsamen Marktmacht durch KPN und den Kabelanbieter UPC/Ziggo.¹⁷

Die Kommission kritisierte ACM's Herangehensweise und identifizierte Inkonsistenzen bei den Schlussfolgerungen.¹⁸ Sie beanstandete, dass ACM einerseits eine beträchtliche Marktmacht auf der Vorleistungsebene durch KPN feststellt, andererseits KPN auf der Endkundenebene dem Wettbewerbsdruck durch den Kabelanbieter UPC/Ziggo ausgesetzt ist.

Um SMP auf der Vorleistungsebene festzustellen, muss kein SMP auf der Endkundenebene vorliegen. Trotzdem müssen die Wettbewerbsverhältnisse auf der Endkundenebene der SMP-Analyse auf der Vorleistungsebene zugrunde gelegt werden. Es ist vorstellbar, dass die Marktmacht auf der Vorleistungsebene deutlich stärker ausgeprägt ist als auf der Endkundenebene.

In diesem Fall galt, dass UPC/Ziggo von einem Vorleistungsprodukt abhängt, welches nicht durch KPN kontrolliert wird. ACM habe nach Meinung der Kommission die Selbstbelieferung der alternativen Kabelinfrastruktur auf der Vorleistungsebene nicht berücksichtigt, trotz Verweis in der Relevanten Märkteempfehlung.

"where there is no merchant market and where there is consumer harm at retail level, it is justifiable to construct a notional market when potential demand exists. Here the implicit self-supply of this input by the incumbent to itself should be taken into account [...] Alternative operators' self-supply should, in particular, be assessed when alternative operators' networks are included in the relevant market due to the strong direct pricing constraints they exert on the incumbent operator"¹⁹

Die Kommission kritisiert, dass ACM die Rolle von Kabel auf der Vorleistungsebene zu wenig gewürdigt habe, insbesondere im Hinblick auf zukünftige Zugangsmöglichkeiten über das Kabelnetzwerk.²⁰ Zudem zweifele die Kommission daran, dass die vorliegenden Marktstrukturkriterien überhaupt einen Anreiz zur Koordinierung geben würden.²¹ Unter diesen Umständen kam die Kommission zum Schluss, dass die Feststellung einer gemeinsamen Marktmacht auf der Endkundenebene nicht gerechtfertigt sei.²²

¹⁷ ACM (2015a), Marktanalyse ontbundele toegang, Ontwerpbesluit voor Europese Notificatie, 31. maart 2015. Annex B, S. 177 ff.

¹⁸ Case NL/2015/1727.

¹⁹ Europäische Kommission (2014a), Explanatory note accompanying the document: Commission Recommendation on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex-ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communication networks and services. SWD(2014) 298, Brussels, 9.10.2014. S. 18.

²⁰ Die Kommission verweist auf die zukünftig vorstellbare Substituierbarkeit zwischen Kabelnetzwerken und Kupfernetzwerken auf der Vorleistungsebene. Case NL/2015/1727, S. 12, 13.

²¹ *Ebenda*. S. 15.

²² *Ebenda*, S. 14.

Unter Berücksichtigung der Kommentare der Kommission veröffentlichte ACM im Dezember 2015 den endgültigen Beschluss zur Marktanalyse.²³ ACM geht stärker auf die Rolle des Kabelanbieters im Markt ein und relativiert gleichzeitig ihre Schlussfolgerungen im Hinblick auf das Vorliegen einer gemeinsamen Marktmacht auf der Endkundenebene. Die folgenden Ausführungen zeigen die Argumentationslinie von ACM im Bereich der Analyse des Breitband-Endkundenmarktes.

In einem ersten Schritt wurde geprüft, ob eine beträchtliche Marktmacht vorliegt. Bei einer Marktaufteilung von 50/50²⁴ zwischen KPN und dem Kabelanbieter UPC/Ziggo konnte keine individuelle Marktmacht festgestellt werden.²⁵

In einem zweiten Schritt hat ACM untersucht, inwiefern die Gefahr einer gemeinsamen Marktmacht und ein Schaden für den Verbraucher vorliegt.²⁶

Bei der Prüfung des Risikos einer gemeinsamen Marktmacht hat sich ACM auf den bestehenden wettbewerbsrechtlichen Rahmen gestützt. Es wurden Kriterien aus den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse und Marktstrukturkriterien von Anhang II der Rahmenrichtlinie untersucht.

3.1.1 Prüfung einer gemeinsamen Marktmacht auf der Endkundenebene

Nach den Leitlinien der Fusionskontrolle haben einige Märkte eine Struktur, bei der die Unternehmen einen Anreiz haben, eine dauerhafte Strategie zu verfolgen, ihre Produkte zu erhöhten Preisen abzusetzen.²⁷ Dabei kann die Koordinierung unterschiedliche Formen annehmen. In den meisten Märkten führt die Koordinierung dazu, dass die Preise oberhalb des Wettbewerbsniveaus gehalten werden. In anderen Fällen kann die Koordinierung auf die Beschränkung der Produktion oder des Umfangs der auf den Markt zu bringenden, neuen Kapazitäten abzielen.²⁸

In Anlehnung an die Leitlinien untersucht ACM die Marktstrukturkriterien, die eine Koordinierung erleichtern, und die drei Airtours-Kriterien, um die Nachhaltigkeit einer Koordinierung festzustellen (siehe Kapitel 4.2.1).

3.1.1.1 Erzielen von Übereinstimmung über Koordinierungsmodalitäten

ACM beurteilt eine Reihe von Anreizen und Möglichkeiten, die Unternehmen zu einem koordinierten Handeln bewegen könnten.

²³ ACM (2015), Marktanalyse ontbundele toegang, Besluit van 17. december 2015,

²⁴ Zu erwähnen ist, dass im Vergleich zu anderen Ländern mit Kabelanbietern der niederländische Kabelanbieter seine Dienste nicht nur regional sondern flächendeckend anbietet.

²⁵ ACM (2015), Marktanalyse ontbundele toegang, Besluit van 17. december 2015., S. 175.

²⁶ *Ebenda*, S. 176 ff.

²⁷ Europäische Kommission (2004), Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (2004/C31/03) in Amtsblatt der Europäischen Union C 31/5 vom 5.2.2004., Rn. 39.

²⁸ *Ebenda*, Rn 40.

Symmetrie zwischen den Unternehmen: Die Anreize einer möglichen Koordinierung steigen, je ähnlicher die Interessen der beteiligten Unternehmen sind. Anhand verschiedener Merkmale hat ACM untersucht, aufgrund welcher Kriterien KPN und UPC/Ziggo symmetrische Strukturen aufweisen.

Tabelle 2: Kriterien zur Ermittlung der Symmetrie zwischen Unternehmen

Symmetrie zwischen den Unternehmen
<ul style="list-style-type: none"> • Marktanteile: 50/50 Aufteilung des Marktes. Starke Symmetrie -> vergleichbare Interessen • Kostenstruktur: variable Kosten bei beiden Unternehmen niedrig, hohe Fixkosten. Vergleichbare Kostenstruktur -> vergleichbare Interessen • Kapazitätsniveau: beide Unternehmen können unbegrenzt neue Anschlüsse anbieten. Kapazitätsausbau gegen geringe Kosten möglich -> kein abweichendes Interesse • Vertikale Integration: beide Unternehmen können unbegrenzt neue Anschlüsse anbieten. Kapazitätsausbau gegen geringe Kosten möglich -> kein abweichendes Interesse • Technologische Asymmetrie: Glasfaser > Kabel > Kupfer. Es gibt keinen Anreiz aus Sicht beider Unternehmen ihre ggf. bessere Position in Gebieten mit oder ohne Glasfaser auszunutzen, weil eine nachteilige Reaktion des Anderen zu erwarten ist. Interesse beider Unternehmen, das Gleichgewicht im Markt zu halten.

Quelle: ACM (2015), Marktanalyse ontbundelde toegang, Besluit van 17. december 2015.

ACM kommt zum Schluss, dass beide Unternehmen in Abwesenheit von Regulierung einander ähnlich sind und vergleichbare Interessen haben. Demnach kann nicht ausgeschlossen sein, dass beide Parteien unter diesen Umständen einen Anreiz zur Koordinierung haben könnten. Allerdings verweist ACM auch auf die Bedenken der Kommission, die bei der ursprünglichen Notifizierung nicht überzeugt war, dass eine ausreichende Symmetrie beider Unternehmen bestünde, um eine stillschweigende Koordinierung zu ermöglichen. Sie verwies unter anderem auf die Tatsache, dass der Zugang zu TV-Inhalten für beide Unternehmen durchaus unterschiedlich ist, wodurch eine signifikante Produktdifferenzierung vorliegen würde.²⁹ Dies würde eher auf das Vorliegen eines engen Oligopols hindeuten.

Komplexität und Stabilität des Marktes: Je stabiler und weniger komplex das Marktumfeld ist, umso einfacher ist es für Unternehmen sich zu koordinieren. Der Breitbandmarkt wird durch ACM als reifer und stabiler Markt eingestuft, bei der die Unternehmen einander relativ schnell bei Innovationen folgen können.³⁰ Das relativ stabile Duopol kann beim Zustandekommen einer Koordinierung zu Anreizen führen.

Langfristige und kurzfristige Zielsetzungen der Unternehmen: Bei Unternehmen, die eine langfristige Strategie verfolgen, ist der Anreiz einer Koordinierung größer. In die-

²⁹ Case NL/2015/1727., S. 17.

³⁰ ACM (2015), Marktanalyse ontbundelde toegang, Besluit van 17. december 2015. S. 181.

sem Fall verfolgen beide Unternehmen langfristige Ziele. Der Markt weist hohe Zutrittschranken aufgrund von Skaleneffekten auf, wodurch ein Eintritt durch Dritte unwahrscheinlich ist. KPN und UPC/Ziggo haben hohe versunkene Kosten, wodurch ein Austritt aus dem Markt ebenfalls unwahrscheinlich ist. Diese Aspekte weisen auf eine langfristige Strategie beider Parteien im Markt hin.³¹

Koordinierungsmechanismus: Das Ziel einer möglichen Koordinierung auf dem Breitbandmarkt ist es, bei unveränderten Marktanteilen die Preise über dem Wettbewerbsniveau zu halten. Preise und Marktanteile können geeignete Koordinierungsmechanismen darstellen.³² ACM sieht aufgrund der ungefähr gleichen Marktanteile und der Markttransparenz, dass ein solcher Koordinierungsmechanismus vorliegt.³³

Transparenz: Markttransparenz ist eine wichtige Voraussetzung für eine mögliche Koordinierung. Der niederländische Breitbandmarkt kennzeichnet sich durch Transparenz bei den Preisen³⁴ und Marktanteilen aus. Die Transparenz im Markt kann das Zustandekommen einer Koordinierung befördern. Die Markttransparenz ermöglicht eine gegenseitige Überwachung der Unternehmen (1. Airtours-Kriterium).

Nachfrageelastizität: Eine geringe Nachfrageelastizität ist nach Anhang II der Rahmenrichtlinie eines der wesentlichsten Kriterien einer gemeinsamen Marktmacht. Bei einer geringen Nachfrageelastizität können Unternehmen Preise gewinnbringend erhöhen.³⁵ Im vorliegenden Fall verweist ACM auf eine Studie von Cadman, die auf Basis von Daten aus 30 Ländern eine Elastizität des Breitbandmarkets von -0,4 ermittelt hat.³⁶ Bei diesem Wert handelt es sich um eine unelastische Nachfrage.

ACM kommt auf Basis der oben genannten Kriterien zum Schluss, dass diese Marktkonstellation mit zwei gleichwertigen Anbietern mit eigenen Netzwerken zu einem koordinierten Marktergebnis führen kann.

Neben den oben genannten Marktstrukturkriterien, die eine Koordinierung erleichtern, müssen drei weitere Bedingungen erfüllt sein, die ein koordiniertes Verhalten erleichtern. Die folgenden Bedingungen aus den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse decken sich mit den so genannten Airtours-Kriterien.

³¹ *Ebenda*, S. 182.

³² Siehe Rechtssache M.7000 - LG/Ziggo. "Some characteristics of the post-merger retail markets for TV services, fixed telephony, Internet access and multi play services in the Netherlands seem to make those markets conducive to coordination. Coordination on retail prices for instance might be possible because prices seem to be transparent and publically available". "Market shares might also constitute a possible focal point for coordination, in light of their transparency and availability to the general public." Rn. 503

³³ ACM (2015), Marktanalyse ontbundele toegang, Besluit van 17. december 2015. S. 183.

³⁴ Die Kommission wies in dieser Hinsicht auf die Anzahl verschiedener Bündelangeboten im Markt mit unterschiedlichen Preisen hin. ACM sieht dennoch einen Markt mit überwiegend Standardpreisen die auf den Webseiten der Unternehmen veröffentlicht werden. *Ebenda*, S. 183.

³⁵ Es handelt sich jedoch nicht um individuelle Nachfrageelastizitäten sondern um die Markt elastizität. Bei einer hohen Markt elastizität der Nachfrage ist eine Koordinierung nicht möglich.

³⁶ Cadman, R., Dineen, C. (2008), Price and Income Elasticity of Demand for Broadband Subscriptions: A Cross-Sectional Model of OECD Countries, 2008.

3.1.1.2 Überwachung der Abweichungen (Airtours-Kriterium 1)

Die Möglichkeit der Kontrolle bei einem abweichenden Verhalten wird durch die Transparenz im Markt gewährleistet (s.o.). Der niederländische Breitbandmarkt ist transparent, wodurch ein abweichendes Verhalten von Unternehmen einfach zu entdecken wäre.

3.1.1.3 Abschreckungsmechanismen (Airtours-Kriterium 2)

Neben der Transparenz muss eine Koordinierungsdisziplin gewährleistet sein. Eine Disziplinierung bei abweichendem Verhalten zur Koordinierung ist aufgrund der Möglichkeit, die Preise senken zu können möglich. Da es keine Kapazitätsrestriktionen im Markt gibt, kann eine solche Disziplinierung schnell ausgeführt werden.³⁷

3.1.1.4 Reaktionen von Außenstehenden (Airtours-Kriterium 3)

Schließlich müssen die Reaktionen von anderen Marktteilnehmern, die nicht an der Koordinierung beteiligt sind, berücksichtigt werden. Aufgrund der hohen Skaleneffekte und der hohen Markteintrittsbarrieren ist ein Marktzutritt durch neue, vertikal integrierte Unternehmen sehr unwahrscheinlich. In einer früheren Entscheidung hatte die Kommission bereits festgehalten, dass die alternativen Anbieter im Markt vollständig abhängig von der Regulierung von KPN sind, so dass sie einen gewissen Wettbewerbsdruck auf KPN und UPC/Ziggo ausüben können.³⁸ Für KPN und UPC/Ziggo besteht daher kein Anreiz, auf freiwilliger Basis Netzwerkzugang anzubieten.

3.1.1.5 Kriterien nach Anhang II der Rahmenrichtlinie

Um eine gemeinsame Marktmacht durch KPN und UPC/Ziggo festzustellen, müssen nach dem niederländischen Telekommunikationsgesetz auf jeden Fall die Kriterien aus dem Anhang II der Rahmenrichtlinie erfüllt sein. Auf Basis der zuvor untersuchten Kriterien aus der Fusionskontrolle kommt ACM zum Schluss, dass diese Kriterien erfüllt sind. Die folgende Tabelle gibt eine Übersicht.

³⁷ ACM (2015), Marktanalyse ontbundelde toegang, Besluit van 17. december 2015, S. 185

³⁸ LG/Ziggo, Rn. 510.

Tabelle 3: Analyse der Kriterien aus Anhang II der Rahmenrichtlinie

Kriterien aus Anhang II Rahmenrichtlinie
<ul style="list-style-type: none"> • Hohe Marktkonzentration: Es gibt 2 vertikal integrierte Unternehmen am Markt. Die Marktanteile beider Unternehmen sind vergleichbar, in einem Verhältnis von 50/50. (siehe Ausführungen zur Symmetrie in 3.1.1.1) • Nachfrageelastizität: Preiserhöhungen bei geringer Elastizität möglich. (siehe Ausführungen zur Nachfrageelastizität in 3.1.1.1) • Hohe rechtliche und wirtschaftliche Marktzutrittschranken: Wegen hoher Skalenvorteile liegen hohe Marktzutrittschranken vor. (siehe Ausführungen zur langfristigen Strategie in 3.1.1.1) • Vertikale Integration mit kollektiver Lieferverweigerung: Beide Unternehmen sind vertikal integriert. Beide Unternehmen bieten Dritten keinen Zugang auf freiwilliger Basis an. Anreize, um in Zukunft einen Zugang zu wettbewerblichen Bedingungen anzubieten, sind nicht vorhanden. • Fehlen eines Gegengewichts auf der Nachfrageseite: Der Endkundenmarkt ist stark fragmentiert, wodurch ein Gegengewicht auf der Nachfrageseite fehlt. • Fehlen eines potenziellen Wettbewerbs: Wegen hoher Marktzutrittschranken und fehlendem freiwilligen Zugang fehlt ein potenzieller Wettbewerb.

Quelle: ACM (2015), Marktanalyse ontbundelde toegang, Besluit van 17. december 2015.

Auf Basis der analysierten Kriterien kommt ACM zum Schluss, dass einige Merkmale des Endkundenmarktes für Breitbandzugang förderlich für die Entstehung einer gemeinsamen Marktmacht sind. Im Gegensatz zu ihrem ersten Entwurf hält ACM allerdings jetzt fest, dass diese Situation mit vielen Unsicherheiten behaftet ist und eine klare Aussage im Hinblick auf das Risiko einer gemeinsamen Marktmacht ohne Regulierung nicht möglich ist.

Unabhängig von der Frage einer möglichen Koordinierung stellt ACM fest, dass bei Abwesenheit eines Wettbewerbsdrucks durch Dritte KPN und UPC/Ziggo einen Anreiz haben, weniger stark miteinander zu konkurrieren, beispielsweise indem sie die Preise oberhalb des Wettbewerbsniveaus halten. Diese Reduzierung des Wettbewerbs auf der Endkundenebene kann zu einem Schaden für den Verbraucher führen.

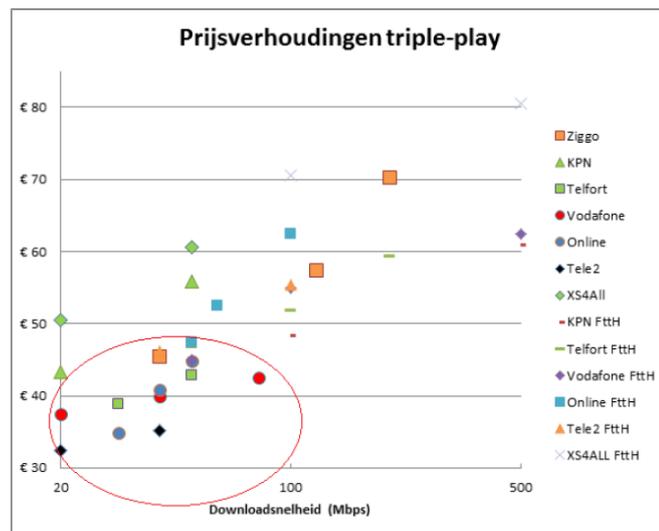
3.1.2 Analyse des Verbraucherschadens

Die Feststellung des Risikos einer gemeinsamen Marktmacht ist mit vielen Unsicherheiten verknüpft. ACM untersucht daraufhin, ob in Abwesenheit von Regulierung das Risiko besteht, dass der Wettbewerb auf der Endkundenebene abnimmt und damit die Konsumentenwohlfahrt sinkt. In diesem Zusammenhang untersucht ACM den Preis- und Qualitätswettbewerb auf dem Endkundenmarkt für Breitbandzugang.

3.1.2.1 Preiswettbewerb

Die Untersuchung der Preise konzentriert sich hauptsächlich auf Triple-Play-Angebote. ACM stellt fest, dass die alternativen Anbieter im Markt für einen Preiswettbewerb sorgen. Je nach Produktgruppe sind die Preise von KPN und Ziggo um 11% bis 56% teurer als die Preise der alternativen Anbieter.³⁹

Abbildung 1: Preisverhältnisse von Triple-Play-Bündeln, 30. Juni 2015.



Quelle: ACM (2015), Marktanalyse ontbundelde toegang, Besluit van 17. december 2015. Abbildung 4 Seite 190.

ACM schließt aus ihrer Untersuchung, dass in Abwesenheit von Regulierung die Angebote der alternativen Anbieter wegfallen würden. Dies hätte eine allgemeine Erhöhung der Preise und eine Reduktion der Konsumentenrente zur Folge.⁴⁰

3.1.2.2 Qualitätswettbewerb

ACM stellt fest, dass der Wettbewerbsdruck durch alternative Anbieter nicht nur einen Effekt auf die Preise hat, sondern auch auf die Qualität der Dienste am Markt. Neue Dienste werden häufig von alternativen Anbietern auf den Markt gebracht. ACM kommt auf Basis ihrer Analysen zum Schluss, dass die Abwesenheit von Regulierung zu einer Reduzierung des Qualitätswettbewerbs (in Form von Produktinnovationen, Breitband-

³⁹ ACM (2015), Marktanalyse ontbundelde toegang, Besluit van 17. december 2015, S. 189 ff.

⁴⁰ *Ebenda*, S. 192

geschwindigkeiten und Breitbandpenetration) führt und damit zu einer Reduktion der Konsumentenrente.⁴¹

3.2 Unzulänglichkeiten des bestehenden Rechtsrahmens

ACM hat in diesem Fall die Möglichkeiten des bestehenden Rechtsrahmens ausgeschöpft. Dieser Fall zeigt jedoch auch, dass der Rechtsrahmen bei gegenwärtigen Marktconstellations, bei denen Kabelanbieter auf den Breitbandmärkten vergleichbare Marktanteile aufweisen wie bislang das marktführende Telekommunikationsunternehmen, an seine Grenzen stößt.

Um Regulierungsmaßnahmen auf der Vorleistungsebene aufzuerlegen ist es nicht notwendig, SMP auf der Endkundenebene festzustellen. Gleichzeitig zeigt der niederländische Fall auf, dass es nach Ansicht der Kommission nicht möglich ist, auf der Endkundenebene eine gemeinsame Marktmacht festzustellen, während auf der Vorleistungsebene nur SMP festgestellt wird. Eine einseitige Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen auf der Vorleistungsebene für das TK-Unternehmen bei gemeinsamer Marktmacht auf der Endkundenebene kann nicht im Sinne des Regulierungs- und Wettbewerbsrechts sein.

Um den Einwänden der Kommission gerecht zu werden, hat ACM in ihrem Beschluss die Feststellung einer gemeinsamen Marktmacht auf der Endkundenebene aufgehoben. Gleichzeitig bleibt ACM bei ihrem Standpunkt, dass KPN auf der Vorleistungsebene über Marktmacht verfügt. In einer ergänzenden Analyse konnte ACM zudem aufzeigen, dass es keinen indirekten Preiswettbewerb von Kabel auf die Vorleistungspreise des entbündelten Zugangs von KPN gibt.⁴²

Generell stützt sich der gegenwärtige Rechtsrahmen bei der Eingriffsschwelle auf der Vorleistungsebene auf die SMP-Analyse.

Oligopolistische Marktstrukturen, die zu Wettbewerbsbehinderungen führen, können mit Hilfe des gegenwärtigen Rahmens nur schwer erfasst werden.⁴³ Zwar bietet der Rechtsrahmen die Feststellung einer gemeinsamen beherrschenden Stellung an. Die Prüfung einer gemeinsamen Marktmacht im Rahmen einer Ex-ante-Analyse ist jedoch schwierig, wie der niederländische Fall aufgezeigt hat. Nicht alle Marktmerkmale deuten in diesem Fall auf eine Koordinierung, wie beispielsweise das Niveau der Homogenität der Produkte zeigt. Die Kommission hat ein gewisses Maß an Produktdifferenzierung unterstellt, was eher für ein nicht koordiniertes Verhalten in einem engen Oligopol sprechen würde. Trotzdem konnte ACM einen (potentiellen) Verbraucherschaden feststellen. Die Frage ist, ob der gegenwärtige SMP-Ansatz auch in Zukunft ein geeignetes Instrument ist, um alle Wettbewerbsprobleme auf den Kommunikationsmärkten zu er-

⁴¹ *Ebenda*, S. 193 f.

⁴² ACM (2015), Marktanalyse ontbundele toegang, Besluit van 17. december 2015, Anhang I.

⁴³ BEREC (2015), Report on Oligopoly analysis and regulation, BoR (15) 74, S. 54 f.

fassen. Oder ist mit Blick auf neue Marktconstellationen ein alternativer Test, wie zum Beispiel der SIEC-Test (*Significant Impediment of Effective Competition-Test*) aus der Fusionskontrolle, ein geeigneteres Analyseinstrument für die Ex-ante-Regulierung oligopolistischer Märkte?

4 Möglichkeit einer Ex-ante-Beurteilung enger Oligopole

Gegenstand dieses Kapitels ist die Frage nach einem Testverfahren für eine Ex-ante-Beurteilung enger Oligopole. Ausgangspunkt ist dabei der in der Fusionskontrolle angewandte SIEC-Test.

4.1 SIEC-Test

Der SIEC-Test wurde 2004 im Rahmen der Reform der europäischen Fusionskontrollverordnung als neues Untersagungskriterium mit dem Ziel eingeführt, eine Lücke zu schließen, die in der Vergangenheit (unter dem Marktbeherrschungstest) für Zusammenschlüsse auf Oligopolmärkten mit differenzierten Produkten gesehen wurde.

Vorausgegangen war eine Debatte über die Effektivität des bis dahin angewandten Marktbeherrschungstests im Vergleich zum sogenannten SLC-Test („substantial lessening of competition“), der u.a. in den USA verwendet wird. Der SIEC-Test setzt das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung als Untersagungskriterium nicht voraus. Jedoch enthält der SIEC-Test als Regelbeispiel weiterhin das Marktbeherrschungskriterium und stellt somit einen Kompromiss zwischen dem Marktbeherrschungstest und dem SLC-Test da.

Vorher: *„Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, sind für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären.“ (Art. 2 Abs. 3 FKVO 4064/89)*

Nachher: *„Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, sind für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären“ (Art. 2 Abs. 3 FKVO 139/2004)*

Die Veränderung des Teststandards hat das Aufgreifen von so genannten *Gap cases*⁴⁴ ermöglicht. Bei diesen so genannten *Gap cases* handelt es sich um horizontale Fusionen mit unkritischen Marktanteilsschwellen, die jedoch aufgrund von unilateralen Effekten eine kritische Bedeutung für den Wettbewerb haben.⁴⁵ Mit dem SIEC-Test sind diese leichter aufgreifbar als mit dem Marktbeherrschungstest. Eine marktbeherrschende Stellung kann hinreichend sein, aber ist nicht unbedingt notwendig für den SIEC-

⁴⁴ Die praktische Bedeutung dieser so genannten *Gap cases* wird unter anderem an dem Fall T-Mobile Austria/tele.ring ersichtlich. Vgl. Europäische Kommission (2006), COMP/M.3916 – T-Mobile Austria/tele.ring.

⁴⁵ Gap-cases können auch konglomerate Zusammenschlüsse sein, bei denen zwischen den Zusammenschlussbeteiligten keine horizontalen Überlappungen oder Vertikalverhältnisse in den sachlich relevanten Märkten bestehen. Vgl. BKartA (2006), Konglomerate Zusammenschlüsse in der Fusionskontrolle – Eine Bestandsaufnahme. Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 21. September 2006.

Test. Ebenfalls nicht notwendig ist ein koordiniertes Verhalten zwischen den beteiligten Unternehmen.

Im Jahr 2013 wurde der SIEC-Test schließlich auch in das GWB übernommen.

Vorher: *Ein Zusammenschluss, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen, es sei denn, die beteiligten Unternehmen weisen nach, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen. (§ 36 Abs. 1 GWB (alte Fassung))*

Nachher: *Ein Zusammenschluss, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen. Dies gilt nicht, wenn 1. die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Verbesserungen die Behinderung des Wettbewerbs überwiegen. (§ 36 Abs. 1 GWB (aktuell))*

Während der SIEC-Test im Wettbewerbsrecht etabliert ist, stellt sich die Frage, inwiefern das SIEC-Konzept auch auf die Ex-ante-Regulierung übertragbar ist.

Dieser Test berücksichtigt sowohl qualitative als auch quantitative Faktoren um festzustellen, wie sich eine Fusion auf die Wohlfahrt der Verbraucher auswirkt. Der SIEC-Test ist ein Konzept, das über die starke Abhängigkeit von Strukturparametern eines Marktes hinausgeht, da es über die quantitative Analyse mögliche wettbewerbswidrige Effekte eines Zusammenschlusses erfasst, selbst wenn eine marktbeherrschende Stellung bei hohen Marktanteilen nicht identifiziert werden kann.

Im Folgenden wird zunächst auf die qualitativen Faktoren des SIEC-Tests eingegangen, bevor die quantitativen Analysemethoden diskutiert werden. Dabei geht es in erster Linie um die Abgrenzung der Kriterien zwischen gemeinsamer Marktbeherrschung und engem Oligopol.

4.2 Qualitative Analyse (Marktstrukturkriterien)

Ausgangspunkt einer wettbewerblichen Untersuchung ist zunächst die Analyse der Marktstrukturkriterien. Dabei geht es um die Frage, welche Marktstrukturkriterien ein enges Oligopol kennzeichnen. Der Fokus liegt dabei insbesondere auf der Unterscheidung eines engen Oligopols und einer gemeinsamen Marktmacht.

4.2.1 Kriterien zur Ermittlung einer gemeinsamen Marktmacht

Der derzeitige Rechtsrahmen für Ex-ante-Regulierung bietet den nationalen Regulierungsbehörden die Möglichkeit der Behandlung einer kollektiven Marktbeherrschung. Die rechtliche Grundlage dafür ist Artikel 14 Absatz 2 der gegenwärtigen Rahmenrichtlinie, nach der ein Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gilt,

„wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, d. h. eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten.“⁴⁶

Das Konzept der beträchtlichen Marktmacht stammt aus dem Wettbewerbsrecht (Artikel 102 TFEU⁴⁷) und wurde über die Jahre vielfach durch Entscheidungen sowohl der Europäischen Gerichte (Europäischer Gerichtshof und Gericht erster Instanz) der Kommission und der nationale Regulierungsbehörden angewandt.

Eine beherrschende Stellung kann anhand einer Reihe von Kriterien festgestellt werden. Dabei beruht die Würdigung auf einer vorausschauenden Marktanalyse, die sich auf die über den Marktanalysezeitraum prognostizierten Marktverhältnisse stützt.⁴⁸ Im Hinblick auf die gemeinsame Marktmacht fordert Artikel 14 von den nationalen Regulierungsbehörden, nach den Vorgaben der Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht (so genannte SMP-Leitlinien) der Kommission zu handeln.⁴⁹

Die SMP-Leitlinien verweisen im Rahmen der Behandlung der Kriterien zur Ermittlung beträchtlicher Marktmacht konkret auch auf die „Gemeinsame beherrschende Stellung“.⁵⁰ Neben der zugrunde liegenden Rechtsprechung des EuGH und EuG verweisen die SMP-Leitlinien auf die Entscheidungspraxis der Kommission und die dazugehörigen Kriterien. Die Kommission hat gemeinsame Marktbeherrschung in mehreren Entscheidungen auf der Grundlage der Fusionskontrollverordnung im Zusammenhang mit oligopolistischen Märkten geprüft.⁵¹

⁴⁶ Artikel 14 (2) Europäische Gemeinschaft (2009), Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste.

⁴⁷ Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

⁴⁸ Während bei einer ex-post-Analyse die Wettbewerbsbehörde sich auf das Marktverhalten nach Art. 102 TFEU stützen kann, ist bei einer ex-ante-Beurteilung häufig die Frage entscheidend, inwieweit das betroffene Unternehmen durch Einschränkung seiner Produktion oder Leistungen die Preise erhöhen kann, ohne nennenswerte Umsatz- oder Einnahmeverluste befürchten zu müssen.

⁴⁹ Europäische Kommission (2002), Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2002/C 165/03) in Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften C 165/6 vom 11.7.2002.

⁵⁰ *Ebenda*. Rn. 86-106.

⁵¹ Siehe zum Beispiel Sache Nr. IV/M.1524 — Airtours/First Choice (ABl. L 93 vom 13.4.2000, S. 1), rechtshängig T-342/99; Sache Nr. IV/M.1383 — Exxon/Mobil; Sache Nr. IV/M.1313 — Danish

Bei der Behandlung der Frage, ob es Märkte gibt oder Märkte entstehen, die einer gemeinsamen Marktmacht in Form von stillschweigender Koordinierung förderlich sind bzw. sein könnten, empfehlen die SMP-Leitlinien zu untersuchen, ob die Merkmale des Marktes einen Anreiz für eine stillschweigende Koordinierung bieten und ob eine solche Koordinierung nachhaltig ist.⁵²

Dabei soll die Untersuchung durch die Prüfung einer Reihe von Marktstrukturkriterien erleichtert werden, die von der Kommission bereits im Zusammenhang mit der Fusionskontrollverordnung für die Bewertung einer gemeinsamen beherrschenden Stellung verwendet werden.⁵³

Nach Anhang II der Rahmenrichtlinie kann bei „zwei oder mehr Unternehmen [...] davon ausgegangen werden, dass sie gemeinsam eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des Artikels 14 einnehmen, wenn sie – selbst bei Fehlen struktureller oder sonstiger Beziehungen untereinander – in einem Markt tätig sind, dessen Struktur als förderlich für koordinierte Effekte angesehen wird.“⁵⁴ Folgende Merkmale werden dabei aufgezählt, wobei die Kriterien nicht kumulativ sind und die Liste nicht erschöpfend ist:

- Geringe Nachfrageelastizität
- Ähnliche Marktanteile
- Hohe rechtliche oder wirtschaftliche Marktzutrittschancen
- Vertikale Integration mit kollektiver Lieferverweigerung
- Fehlen eines Gegengewichts auf der Nachfrageseite
- Fehlen eines potenziellen Wettbewerbs

Neben der Prüfung der oben genannten Marktstrukturkriterien in einem oligopolistischen Markt, sollte im Zusammenhang mit einer möglichen gemeinsamen Marktmacht

Crown/Vestjyske Slagterier (ABl. L 20 vom 25.1.2000, S. 1); Sache Nr. IV/M.619 — Gencor/Lonrho, a.a.O.; Sache Nr. IV/M.308, Kali + Salz/MdK/Treuhand (ABl. L 186 vom 21.7.1994, S. 38); Sache Nr. IV/M.190 — Nestlé/Perrier (ABl. L 356 vom 5.12.1992, S. 1).

⁵² Bei der Frage nach der Nachhaltigkeit wird geprüft, ob 1. einer der Oligopolisten in der Lage ist und einen Anreiz sieht, sich über die Koordinierung hinwegzusetzen (unter Prüfung der Frage, ob der andere Oligopolist, in der Lage ist und einen Anreiz sieht, Gegenmaßnahmen zu ergreifen) und 2. die Käufer/Mitbewerber/potenziellen Markteinsteiger in der Lage sind und einen Anreiz sehen, sich den wettbewerbsschädlichen koordinierten Effekten entgegenzustellen. Siehe Rn. 96. SMP-Leitlinien

⁵³ Europäische Kommission (2002), Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2002/C 165/03) in Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften C 165/6 vom 11.7.2002, Rn. 97.

⁵⁴ Anhang II, Europäische Gemeinschaft (2009), Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste.

insbesondere untersucht werden, ob starke Anreize für die Marktteilnehmer bestehen, zu einer Koordinierung des Marktgeschehens beizutragen und auf wettbewerbliches Verhalten zu verzichten.⁵⁵

Bereits 1998 hatte der EuGH im Fall Gencor/Kommission⁵⁶ klargestellt, dass die Kommission kollektive Marktbeherrschung nicht alleine anhand einer „Checkliste“ von typischen Strukturmerkmalen feststellen könne, sondern dass sie detailliert nachweisen müsse, dass der zu prüfende Zusammenschluss zu Strukturveränderungen führe, die in einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs resultieren. Es sei insbesondere der Nachweis von Verbindungen zwischen den Unternehmen notwendig, wobei diese Verbindungen nicht struktureller Art zu sein bräuchten, sondern auch in der oligopolistischen Interdependenz bestehen könnten.⁵⁷

Im Airtours-Urteil (2002⁵⁸) legte das Europäische Gericht (EuG) die Grundlagen für die heutige Prüfung kollektiver Marktbeherrschung.

Airtours/First Choice (2002)

Die Kommission hatte den Zusammenschluss zwischen den britischen Reiseveranstaltern Airtours und First Choice untersagt, weil auf dem oligopolistisch strukturierten Markt für Kurzstrecken-Pauschalreisen das Entstehen einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung zu erwarten war. Neben einer hohen Marktkonzentration⁵⁹ war der Markt charakterisiert durch Homogenität der Güter, geringes Wachstum der Nachfrage, ähnliche Kostenstrukturen und wirtschaftliche Verbindungen der großen Anbieter, hohe Transparenz, wesentliche Marktzutrittsschranken und Fehlen von Nachfragemacht der Verbraucher.⁶⁰ Als Folge der Fusion würden die Konzentration sowie die Interdependenz und Transparenz erhöht werden, wodurch wiederum der Anreiz zur Kapazitätsbeschränkung verstärkt worden wäre. Als Abschreckungsmechanismus unter den Oligopolisten würde das Risiko von Überkapazitäten (und damit des Preisverfalls) fungieren und die Bedeutung der kleineren Wettbewerber würde marginalisiert werden.⁶¹

Das EuG hob die Untersagung der Fusion durch die Kommission mit der Begründung auf, dass auf hochkonzentrierten Märkten mit homogenen Gütern und hoher Transparenz die Oligopolisten ihr Marktverhalten aufeinander anpassen müssten, „um insbe-

⁵⁵ Europäische Kommission (2002), Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2002/C 165/03) in Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften C 165/6 vom 11.7.2002, Rn. 99.

⁵⁶ Siehe Rechtssache T-102/96, Gencor/Kommission, Slg. 1999, II-753.

⁵⁷ Haupt, H. (2002): Collective Dominance Under Article 82 E.C. and E.C. Merger Control in the light of the Airtours Judgement, in: ECLR [European Competition Law Review], 23. Jg., H. 9/2002, S. 434-444.

⁵⁸ Rechtssache T-342/99 Airtours/Commission, Slg. 2002, II-0000.

⁵⁹ Airtours und First Choice waren voll integriert und hatten einen gemeinsamen Marktanteil von 32%. Es folgten Thomson mit 27% und Thomas Cook mit 20%, so dass der Markt von vier großen Unternehmen kontrolliert wurde.

⁶⁰ Europäische Kommission (1999), Entscheidung vom 22. September 1999, Rechtssache Nr. IV/M.1524 - Airtours/First Choice, Rn. 87 ff.

⁶¹ *Ebenda*, Rn. 169-171.

*sondere ihren gemeinsamen Gewinn durch eine auf Preiserhöhung abzielende Produktionsbeschränkung zu maximieren“.*⁶² Für eine solche kollektive marktbeherrschende Stellung müssen drei Bedingungen erfüllt sein:⁶³

- i. Markttransparenz, damit die Oligopolisten beobachten können, ob die anderen sich parallel verhalten.
- ii. Dauerhafter Anreiz zu stillschweigendem, kollusivem Verhalten. Um sicherzustellen, dass langfristig ein Anreiz bestehe nicht vom gemeinsamen Handeln abzuweichen, ist die Existenz von angemessenen Abschreckungsmitteln notwendig. Jedem beteiligten Unternehmen müsse klar sein, dass ein Vorstoß zu wettbewerblichem Verhalten zu identischem Verhalten der anderen Beteiligten führen würde, so dass es aus seiner Initiative keinen Nutzen zöge.⁶⁴
- iii. Nachweis, dass die voraussichtliche Reaktion der gegenwärtigen und zukünftigen Konkurrenten sowie der Nachfrager das gemeinsame Vorgehen nicht in Frage stellt.

Im Airtours-Urteil wurde ein neuer Ansatz der Richter gesehen, bei dem der Fokus von einer statischen Marktstrukturanalyse hin zu einer dynamischen Prognose der Anreizstrukturen in den betroffenen Märkten verschoben wurde und der dabei wichtige Erkenntnisse der nicht kooperativen Spieltheorie hätte einfließen lassen.⁶⁵

4.2.2 Kriterien zur Ermittlung enger Oligopole

Im Gegensatz zur gemeinsamen beherrschenden Stellung, bei der Oligopolisten sich kollusiv verhalten, kommt es bei engen Oligopolen ohne kollusivem Verhalten zu wettbewerbskritischen Resultaten. In einer solchen Marktconstellation findet es jedes Unternehmen optimal, bei gegebenen Entscheidungen der Wettbewerber, seine Preise zu erhöhen oder seine Qualität zu verringern, um ihren individuellen Gewinn zu maximieren.

Auch wenn sowohl kollusive als auch nicht-kollusive Oligopole gemeinsame Merkmale aufweisen, so unterscheiden sie sich im Hinblick auf die Beurteilung des Verhaltens der Wettbewerber. In einem engen Oligopol sehen die Unternehmen das Verhalten der Wettbewerber als gegeben an und erwarten nicht, dass ihr eigenes Verhalten das der Wettbewerber beeinflussen kann. Dementsprechend können sie ihren Gewinn maximieren. In einem solchen Markt ergibt sich Marktmacht nicht aus einer individuellen oder

⁶² Siehe EuGI (2002), Urteil vom 6. Juni 2002, Rechtssache T-342/99 („Airtours/Kommission“), Rn. 60 und EuGI (1999), Urteil vom 25. März 1999 — Rechtssache T-102/96 („Gencor/Kommission“), Rn. 276.

⁶³ EuGI (2002), Urteil vom 6. Juni 2002, Rechtssache T-342/99 („Airtours/Kommission“), Rn. 62.

⁶⁴ *Ebenda*. An anderer Stelle schränkte das Gericht aber ein, dass die Kommission nicht notwendigerweise die Existenz eines spezifischen Sanktionsmechanismus darlegen müsse. Rn. 195.

⁶⁵ Haupt, H. (2002): Collective Dominance Under Article 82 E.C. and E.C. Merger Control in the light of the Airtours Judgement, in: ECLR [European Competition Law Review], 23. Jg., H. 9/2002, S. 434-444.

gemeinsamen beherrschenden Stellung, sondern aufgrund der Tatsache, dass die Unternehmen ihre Preise profitabel über das Wettbewerbsniveau erhöhen können. Das enge Oligopol formt, ohne kollusives Verhalten zwischen den Unternehmen, ein stabiles Gleichgewicht. Im Gegensatz dazu treffen Unternehmen in einem Markt, der von kollusivem Verhalten gekennzeichnet ist, Entscheidungen, welche nicht in ihrem Interesse wären, wenn sie erwarten würden, dass die Wettbewerber nicht auf ihr eigenes Verhalten reagieren würden.⁶⁶

Bei nicht koordinierten Wirkungen wird nach den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse davon ausgegangen, dass eine beherrschende Stellung durch die Beseitigung wichtigen Wettbewerbsdrucks für ein oder mehrere Unternehmen begründet oder verstärkt wird, ohne auf ein koordiniertes Verhalten zurückgreifen zu müssen.⁶⁷ Im Falle einer Fusion bedeutet das:

- Unmittelbare Wirkung: Verlust des Wettbewerbs zwischen fusionierenden Unternehmen und Durchsetzung von Preiserhöhungen.
- Mittelbare Wirkung: Vorteile für andere Unternehmen, da sich durch die Preiserhöhung der fusionierenden Unternehmen ein Teil der Nachfrage zu den Wettbewerbern verlagern kann und diese es wiederum einträglich finden könnten, ihre Preise zu erhöhen.

Nach den horizontalen Leitlinien können eine Reihe von Faktoren, die für sich genommen nicht unbedingt ausschlaggebend sind, darüber entscheiden, ob spürbare nicht koordinierte Wirkungen von einem Zusammenschluss zu erwarten sind. In Anlehnung an diese Kriterien hat BEREK in seinem Bericht „*Oligopoly analysis and regulation*“⁶⁸ Marktstrukturkriterien vorgestellt, die ein enges Oligopol auszeichnen. Zu erwähnen ist, dass die Erfüllung der Marktstrukturkriterien noch kein Garant für ein wettbewerbskritisches Marktergebnis sind. Bei einer dynamischen Betrachtungsweise ist es durchaus vorstellbar, dass eine oligopolistische Marktkonstellation zu einem effektivem Wettbewerbsausgang führt. Die auf Basis der folgenden Kriterien ermittelten Marktstruktur gibt Auskunft, ob ein wettbewerbswidriges Oligopol bestehen könnte.

4.2.2.1 Hohe Marktkonzentration

Eine hohe Marktkonzentration bzw. eine geringe Anzahl Unternehmen ist das wahrscheinlich bedeutsamste Merkmal einer oligopolistischen Marktstruktur. Bei einer hohen Marktkonzentration haben Unternehmen im Markt generell mehr Macht, wodurch die Wahrscheinlichkeit sich erhöht, dass höhere Preise durchgesetzt werden können bzw.

⁶⁶ BEREK (2015), Report on Oligopoly analysis and regulation, BoR (15) 74, S. 49. Siehe auch: Ivaldi, M., Jullien, B., Rey, P., Seabright, P., Tirole, J. (2003), The Economics of Unilateral Effects, November 2003, Interim Report for DG Competition, European Commission S. 4-5

⁶⁷ Europäische Kommission (2004), Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (2004/C31/03) in Amtsblatt der Europäischen Union C 31/5 vom 5.2.2004, Rn. 22.

⁶⁸ BEREK (2015), Report on Oligopoly analysis and regulation, BoR (15) 74.

die Wahrscheinlichkeit sinkt, miteinander im Wettbewerb zu treten. Das gilt sowohl für den Fall einer gemeinsamen Marktmacht, die durch eine stillschweigende Vereinbarung charakterisiert ist, als auch im Falle enger Oligopole, bei der es nicht zu einem abgestimmten Verhalten kommt.

4.2.2.2 Hohe Marktzutrittsschranken

Beim Vorliegen hoher Marktzutrittsschranken können Unternehmen in einer oligopolistischen Marktstruktur Preiserhöhungen durchsetzen, ohne eine Reaktion durch neue Wettbewerber befürchten zu müssen. Hohe Marktzutrittsschranken sind sowohl förderlich für ein kollusives Verhalten als auch für eine oligopolistische Marktstruktur, gekennzeichnet durch unilaterale Effekte.

4.2.2.3 Produktdifferenzierung

Bei der gemeinsamen Marktmacht wird davon ausgegangen, dass aufgrund der Homogenität der Produkte die betreffenden Unternehmen in der Lage sind, ihre jeweilige Verhaltensweise vorherzusehen. Dementsprechend vereinfacht ein hoher Grad an Homogenität die Koordinierung zwischen den Unternehmen.

Bei einem höheren Grad an Produktdifferenzierung kommt es dagegen eher zu unilateralen Effekten. Unternehmen eines engen Oligopols können bei einem gewissen Grad an Produktdifferenzierung unabhängig voneinander die Preise über dem Wettbewerbsniveau setzen. BEREC verweist in ihrem Bericht darauf,⁶⁹ dass im Markt für Kommunikationsdienste Produkte häufig den gleichen Markt zugeordnet werden, obwohl es sich häufig um imperfekte (unvollkommene) Substitute handelt.⁷⁰ Aus Konsumentensicht unterscheiden sich die einzelnen Merkmale voneinander. So kann die Wahrnehmung für Breitbandangebote von Kabelanbietern und Telekommunikationsanbietern im Hinblick auf Qualität, Serviceniveau, Bündelung, etc. aus Konsumentensicht unterschiedlich sein⁷¹, wodurch Anbieter in der Lage sind die Preise ihrer Produkte über dem Wettbewerbsniveau zu erhöhen ohne eine Abwanderung zur Konkurrenz befürchten zu müssen.

Zusammengefasst, je höher der Substitutionsgrad der Güter ist, umso höher die Preiselastizität und umso eher ein wettbewerbliches Preisniveau. Im Gegensatz dazu sind Unternehmen bei einem zunehmendem Grad an Produktdifferenzierung und niedrigerer Preiselastizität in der Lage ihre Preise über dem Wettbewerbsniveau festzusetzen.⁷²

⁶⁹ BEREC (2015), Report on Oligopoly analysis and regulation, BoR (15) 74, S. 50.

⁷⁰ Unvollkommen bedeutet in diesem Fall, dass es Unterschiede in den Bereichen Qualität, erwartete Kosten usw. geben kann.

⁷¹ In der Tat sind die Produkte aus technischer Sicht signifikant verschieden, weil sie auf sehr unterschiedlichen Übertragungsmedien und technischen Plattformen produziert werden,

⁷² Ivaldi, M., Jullien, B., Rey, P., Seabright, P., Tirole, J. (2003), The Economics of Unilateral Effects, November 2003, Interim Report for DG Competition, European Commission, S. 9 ff.

4.2.2.4 Kapazitätsengpässe

Bei kollusivem Verhalten kann ein gewisses Maß an Überschusskapazität nützlich sein, und als Druckmittel gegen Wettbewerber eingesetzt werden, die von einer gemeinsamen Vereinbarung, Preise hoch zu halten, abweichen wollen. Bei engen Oligopolen, wo Anbieter ihre Mengen unabhängig vom Verhalten der Wettbewerber festlegen, können Kapazitätsengpässe dafür sorgen, dass der Preiserhöhung eines Anbieters nicht eine Mengenerhöhung eines Wettbewerbers folgt. Kapazitätsengpässe sorgen dafür, dass Anbieter eines Oligopols ihre Preise über dem Wettbewerbsniveau setzen können ohne eine auf Mengen basierte Gegenreaktion durch Wettbewerber befürchten zu müssen.

4.2.2.5 Hohe Umstellungskosten

Umstellungskosten werden bei einem engen Oligopol höher sein als bei einer gemeinsamen Marktmacht. Während bei einer gemeinsamen beherrschenden Stellung durch stillschweigende Vereinbarungen niedrige Umstellungskosten dafür sorgen, dass Oligopolisten nicht von ihrer Absprache abweichen, sorgen hohe Umstellungskosten dafür, dass ein Kundenwechsel erschwert wird.⁷³ Zusammen mit einem gewissen Grad an Produktdifferenzierung wird dieser Effekt verstärkt. Hohe Umstellungskosten in Kombination mit Produktdifferenzierung können zu niedrigen Kreuzpreiselastizitäten führen, wodurch ein Wechsel durch Kunden aufgrund von Preiserhöhungen erschwert wird.⁷⁴

4.2.2.6 Nachfrageseitiges Wachstum

Auf der Nachfrageseite kann ein begrenztes Wachstum der Nachfrager dafür sorgen, dass die Marktmacht der Oligopolisten verstärkt wird. Bei einem geringen Wachstum der Nachfrage ist auch die Erwartung neue Kunden zu gewinnen gering, wodurch der Anreiz für Anbieter verstärkt wird, die Umstellungskosten zu erhöhen.

4.2.2.7 Geringe Kreuzpreiselastizität

Während Kreuzpreiselastizitäten bei einer gemeinsamen Marktmacht durch stillschweigende Vereinbarung aufgrund niedriger Umstellungskosten und ein hohes Niveau an Homogenität der Produkte höher liegen kann, ist sie im Fall enger Oligopole aufgrund hoher Umstellungskosten und einer größeren Produktdifferenzierung niedrig.

⁷³ In Fall eines Wechsels von KPN zu UPC/Ziggo muss in jedem Fall das Kundenanschlussgerät (CPE: Customer Premise Equipment) getauscht werden.

⁷⁴ BEREC (2015), Report on Oligopoly analysis and regulation, BoR (15) 74, S.51

4.2.2.8 Fehlendes Gegengewicht auf der Nachfrageseite

Ein fehlendes Gegengewicht auf der Nachfrageseite verringert sowohl im Falle einer gemeinsamen Marktbeherrschung als auch im Falle eines engen Oligopols den Wettbewerbsdruck.

4.2.3 Mögliche Verwendung der qualitativen Analyse in der Ex-ante-Regulierung

Dieses qualitative Analyseelement des SIEC-Test könnte bei der Identifikation von engen Oligopolen durch die Regulierung durchaus relevant sein. Bei der Fusionskontrolle wird untersucht, wie sich der Markt mit und ohne Zusammenschluss verändert. Bei der Überprüfung einer Ex-ante-Regulierung konzentriert sich der Regulierer ebenfalls auf Marktveränderungen, zum Beispiel könnte ihn bei der Abwägung der Regulierungsmaßnahmen interessieren, ob ein enges Oligopol bei einer Deregulierung des Vorleistungsmarktes entsteht, bei dem die Marktteilnehmer unabhängig voneinander kein Vorleistungsprodukt mehr bereitstellen würden. In der Folge wäre auf der Endkundenebene eine Marktstrukturveränderung in Form einer Verengung auf wenige, vielleicht zwei, Betreiber zu erwarten, was wiederum zu ineffizienten Marktergebnissen führen könnte. Grundsätzlich bietet der SIEC-Test somit mit Hilfe der Analyse der Marktstrukturkriterien die Möglichkeit auch für den Regulierer, die aus einer Marktstrukturveränderung potentiell resultierenden ineffizienten Marktergebnisse zu adressieren.

Ein Vorteil für den Regulierer ist, dass enge Oligopole anhand von Marktstrukturkriterien grundsätzlich identifizierbar bzw. Gefährdungspotenziale erkennbar sind. Eine Abgrenzung zu einer gemeinsamen Marktmacht ist ebenfalls möglich.⁷⁵ Die Untersuchung von Marktstrukturkriterien zur Ermittlung enger Oligopole ist an sich unkritisch. Die gegenwärtigen SMP-Leitlinien legen Kriterien zur Untersuchung einer gemeinsamen Marktmacht fest. BEREC hat auf der Basis von Kriterien zur Ermittlung nicht koordinierter Effekte aus der Fusionskontrolle einen Kriterienkatalog zur Untersuchung von engen Oligopolen vorgeschlagen. In beiden Fällen liegt eine oligopolistische Marktstruktur vor, weshalb viele Marktstrukturkriterien übereinstimmen. In Abgrenzung zur gemeinsamen Marktmacht unterscheidet sich ein enges Oligopol im Wesentlichen durch drei Merkmale:

- ein höheres Niveau an Produktdifferenzierung,
- das Vorliegen von Kapazitätsengpässen und
- hohe Umstellungskosten.

⁷⁵ Anzumerken ist, dass im Gegensatz zur Prüfung von gemeinsamer Marktbeherrschung bei der Prüfung eines engen Oligopols Verhaltenskriterien keine Berücksichtigung finden können. Da es sich bei engen Oligopolen um nicht koordinierte Effekte handelt wäre eine Untersuchung von Verhaltenskriterien per Definition nicht zielführend.

Eine gemeinsame Marktmacht hingegen wird durch ein hohes Niveau an Produkthomogenität, fehlender Kapazitätsengpässe und niedriger Umstellungskosten gekennzeichnet. Neben diesen drei Kriterien muss bei einer gemeinsamen Marktbeherrschung als Voraussetzung für eine Koordinierung eine hohe Preistransparenz und eine symmetrische Kostenstruktur vorliegen. Im Falle enger Oligopole ist dies nicht erforderlich. Die folgende Tabelle zeigt die gemeinsamen und unterschiedlichen Kriterien.

Tabelle 4: Marktstrukturkriterien im Vergleich

	Gemeinsame Marktbeherrschung/ (stillschweigende) Koordinierung	Enge Oligopole/ Unilaterale Marktmacht
Anzahl Unternehmen	gering	gering
Marktanteile	hoch, symmetrisch	hoch
(Preis)Transparenz	hoch	n/a
Kostenstruktur	symmetrisch	n/a
Produktdifferenzierung	gering	hoch
Kapazitätsengpässe	gering	hoch
Umstellungskosten	gering	hoch
Marktzutrittsschranken	hoch	hoch
Nachfragemacht	keine/gering	keine/gering

Quelle: Eigene Darstellung.

Ein wesentlicher Nachteil ist jedoch, dass die Analyse der Marktstrukturkriterien nicht für einen Eingriffstatbestand ausreicht. Die Analyse der Kriterien erfolgt in der Regel auf Grundlage von subjektiven Bewertungen (z.B. „geringe“ oder „hohe“ Produktdifferenzierung). Das Wettbewerbsniveau in einem oligopolistischen Markt ausschließlich auf der Grundlage von Marktstrukturkriterien zu erfassen, kann zu inkohärenten und unvorhersehbaren regulatorischen Ergebnissen führen.⁷⁶

Das Vorliegen bestimmter Marktstrukturkriterien kann auf ein enges Oligopol hindeuten, allerdings ist die Grenze zum weiten Oligopol fließend. Ein weites (wettbewerbsfreundliches) Oligopol kann die gleichen Marktstrukturkriterien erfüllen wie ein enges (wettbewerbswidriges) Oligopol. Für einen Eingriffstatbestand muss deshalb, neben der Analyse der Marktstrukturkriterien, das tatsächliche oder potenzielle Marktverhalten untersucht werden.

⁷⁶ Siehe diesbezüglich auch die Reaktionen von Marktteilnehmer auf den BEREC Report. (http://berec.europa.eu/eng/news_consultations/Closed_Public_Consultations/2015/3524-public-consultation-on-draft-berec-report-on-oligopoly-analysis-and-regulation)

Bei der Identifizierung einer gemeinsamen Marktmacht werden neben den Marktstrukturkriterien die so genannten Airtours-Kriterien⁷⁷ geprüft (siehe Kapitel 4.2.1), welche auf vermeintlich wettbewerbswidriges Marktverhalten von Marktteilnehmern abzielen. Grundlage für einen Markteingriff bei gemeinsamer Marktmacht ist die Erfüllung sowohl der Marktstrukturkriterien als auch der Verhaltenskriterien. Die Beweislast für einen Tatbestand ist entsprechend hoch.

Zur eindeutigen Identifizierung enger Oligopole sollten deshalb weitere Analysen durchgeführt werden. Der SIEC-Test nutzt aus diesem Grund neben der Analyse von qualitativen Kriterien zusätzlich die Analyse von quantitativen Kriterien, um ein eindeutigeres Bild über die Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den Markt zu bekommen.

4.3 Quantitative Analyse (Pricing-Pressure-Methoden)

Oligopolistische Marktstrukturen können nachteilige Effekte auf den Markt haben, wie in Tabelle 1 festgehalten wird. Das ist insbesondere deswegen der Fall, weil Oligopole bestimmte Marktstrukturen bzw. Eigenschaften aufweisen, wie zum Beispiel hohe Markteintrittsbarrieren und eine geringe Anzahl von Unternehmen. Allerdings erfüllen in der Regel auch Oligopole, bei denen die Unternehmen miteinander im Wettbewerb stehen, solche Marktstrukturkriterien. Alleine auf Basis der Analyse von Marktstrukturkriterien scheint ein Nachweis negativer Effekte durch eine oligopolistische Marktstruktur schwierig zu sein. Zur Ermittlung möglicher negativer Effekte eines Zusammenschlusses werden im Rahmen des SIEC-Tests deshalb quantitative Faktoren analysiert. Beim Vorliegen von homogenen Gütern sind dies in der Regel Marktanteilsschwellen⁷⁸ und Konzentrationsmaße, wie der Hirschman-Herfindahl-Index (HHI⁷⁹). Bei differenzierten Produkten erfolgt eine Bewertung anhand von Pricing-Pressure-Tests.

4.3.1 Marktanteile

Im Falle eines klassischen Cournot-Modells mit homogenen Gütern werden zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse Marktanteile und Konzentrationsmaße als Eingriffsschwelle herangezogen.⁸⁰ Die Schwellenwerte werden auch bei der Prüfung einer

⁷⁷ EuG, 06.06.2007, T-342/99, („Airtours“), Slg. 2002, II-2585, Rn. 62.

⁷⁸ Es wird der Marktanteil des fusionierenden Unternehmens nach dem Zusammenschluss herangezogen. Siehe auch Europäische Kommission (2004), Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (2004/C31/03) in Amtsblatt der Europäischen Union C 31/5 vom 5.2.2004. Rn. 17.

⁷⁹ Der HHI indiziert den Konzentrationsgrad eines Marktes. Er ist die Summe der Quadrate aus den Marktanteilen von Marktteilnehmern. Es wird der sich aus dem Zusammenschluss ergebende HHI berücksichtigt wie auch dessen Unterschied (das Delta) zu dem Wert, der sich für die Marktanteile vor dem Zusammenschluss ergibt.

⁸⁰ Siehe Europäische Kommission (2004), Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (2004/C31/03) in Amtsblatt der Europäischen Union C 31/5 vom 5.2.2004. Rn. 19 ff.

gemeinsamen beherrschenden Stellung nach den SMP-Leitlinien verwendet.⁸¹ Die Feststellung einer beherrschenden Stellung erfolgt nach den SMP-Leitlinien auf Basis einer Reihe von Kriterien, wobei als Eingriffsschwelle vorrangig Marktanteile herangezogen werden. Dabei betonen die SMP-Leitlinien einerseits, dass ein hoher Marktanteil⁸² allein noch nicht bedeutet, dass das betreffende Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt. Umgekehrt ist es nicht anzunehmen, dass ein Unternehmen ohne einen hohen Marktanteil eine beherrschende Stellung einnimmt.

Bei Marktanteilen von nicht mehr als 25 % dürften die betreffenden Unternehmen auf dem relevanten Markt also keine (alleinige) beherrschende Stellung haben. In ihrer Fallpraxis hat die Kommission die Schwelle für eine beherrschende Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40 % angesetzt, obwohl sie in einigen Fällen auch bei einem niedrigeren Marktanteil eine beherrschende Stellung annehmen kann, da eine Marktbeherrschung manchmal auch ohne einen hohen Marktanteil vorliegt. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs liefern besonders hohe Marktanteile — über 50 % — ohne Weiteres, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen — den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung.⁸³

Beim HHI sieht die Kommission in der Regel keine horizontalen Wettbewerbsbedenken in einem Markt, dessen HHI nach dem Zusammenschluss:

- unterhalb von 1.000 liegt,⁸⁴
- zwischen 1.000 und 2.000 und einem Delta-Wert⁸⁵ unterhalb von 250 liegt,
- über 2.000 und einem Delta-Wert von unter 150 liegt.⁸⁶

Für enge Oligopole kommen Marktanteile und Konzentrationsmaße nicht in Frage, da enge Oligopole sich durch differenzierte Produkte auszeichnen.

4.3.2 Pricing-Pressure-Tests

Bei differenzierten Produkten nutzt die Fusionskontrolle basierend auf dem SIEC-Test als Schwellenwert Preiserhöhungen. Dafür greift die Fusionskontrolle auf sogenannte *Pricing-Pressure-Tests* zurück, um Preiserhöhungen infolge eines Zusammenschlusses

⁸¹ Hinzu kommt eine Untersuchung von Koordinierungsanreizen auf Basis der Airtours-Kriterien.

⁸² Die Berechnung der Marktanteile erfolgt in der Regel auf Mengenbasis, allerdings können auch wertmäßige Umsätze nützliche Informationen bieten. Europäische Kommission (1997), Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C372/03) in Amtsblatt der EG C372/5 vom 9.12.1997, S. 5.

⁸³ Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2002/C 165/03) in Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften C 165/6 vom 11.7.2002. Rn. 75.

⁸⁴ Europäische Kommission (2004), Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (2004/C31/03) in Amtsblatt der Europäischen Union C 31/5 vom 5.2.2004. Rn. 19.

⁸⁵ *Ebenda*. Rn. 20.

⁸⁶ *Ebenda*.

zu ermitteln. Diese Tests dienen als Eingriffsschwelle. Bei hinreichendem Verdacht auf Wettbewerbsbeschränkungen setzen Behörden zusätzliche Analyseinstrumente ein, wie zum Beispiel Simulationsmodelle, um weitere empirische Belege für die Untersagung eines Zusammenschlusses zu erhalten.

In Märkten mit differenzierten Produkten wird der UPP-Test (*Upward-Pricing-Pressure-Test*) verwendet. Mittels UPP-Tests wird geprüft, ob ein Zusammenschluss tendenziell mit einer Preiserhöhung oder Preissenkung für ein betrachtetes Produkt einhergeht.

4.3.2.1 Diversion Ratio

Zentrales Element des UPP-Tests (und der anderen *Pricing-Pressure-Tests*) ist die Ermittlung der sogenannten *Diversion Ratio* (DR, Umlenkungskennziffer), die wiedergibt, auf welche Bezugsquellen Nachfrager in welchem Maße ausweichen würden, wenn für den ursprünglichen Anbieter eine hypothetische Preiserhöhung unterstellt wird. *Diversion Ratios* zeigen die wettbewerbliche Nähe eines Produkts zu Produkten anderer Anbieter auf.

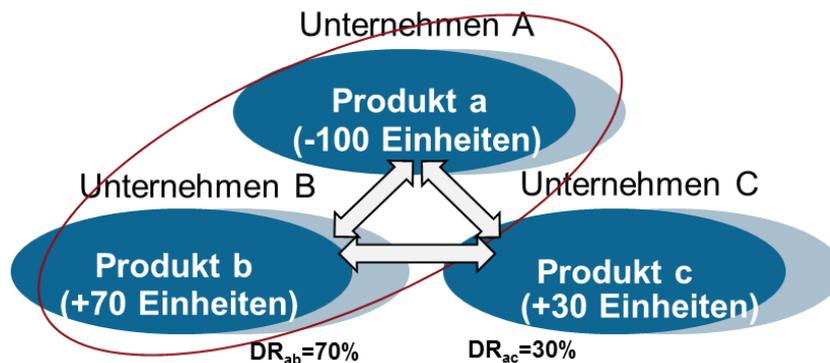
“The Diversion Ratio is the fraction of unit sales lost by the first product due to an increase in its price that would be diverted to the second product.”⁸⁷

Anhand eines einfachen Zahlenbeispiels kann die Funktion der *Diversion Ratios* erläutert werden: Ausgangspunkt der Analyse ist beispielsweise ein Markt mit drei Unternehmen A, B und C, die jeweils die Produkte a, b und c produzieren und sich den Markt je zu einem Drittel aufteilen.⁸⁸ Angenommen wird, dass eine Preiserhöhung für Produkt a zu einem Nachfragerückgang von 100 Einheiten führt, welche sich zu 70 Einheiten auf Produkt b und zu 30 Einheiten auf Produkt c verteilt. Das Ausweichverhalten der Abnehmer stimmt nicht mit den Marktanteilen der Unternehmen überein und zeigt, dass es zwischen Produkt a und b deutlich engere Wettbewerbsbeziehungen gibt als zwischen Produkt a und c; die DR(ab) beträgt 70%, die DR(ac) nur 30% (siehe Abbildung 2). Bei einem Zusammenschluss der Unternehmen A und B wird dieser Effekt der Abwanderung zwischen a und b in Folge der Preiserhöhung von a internalisiert. Preiserhöhungen wären damit wahrscheinlich. Ein Zusammenschluss zwischen A und C wäre dagegen deutlich weniger wettbewerbskritisch einzustufen. Nachfrager von Produkt a würden mit Produkt b ihre bevorzugte Ausweichalternative behalten, wodurch gleichzeitig die Möglichkeit für Unternehmen A die Preise ihres Produktes nach der Fusion anzuheben, beschränkt wären.

⁸⁷ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission (2010), Horizontal Merger Guidelines. (<https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>)

⁸⁸ Die Produkte a, b und c sind differenziert und trotzdem substituierbar untereinander. Bei einer Preiserhöhung von Produkt a (*ceteris paribus*) erhöht sich die Nachfrage nach den Produkten b und c.

Abbildung 2: Diversion Ratios



Quelle: Eigene Darstellung.

Der UPP-Test untersucht, inwiefern ein Zusammenschluss zwischen Unternehmen zu Preiserhöhungen im Markt zum Nachteil der Konsumenten führt. Die Wahrscheinlichkeit einer Preiserhöhung nach einem Zusammenschluss wird anhand der Multiplikation der Preis-Kosten-Marge mit der *Diversion Ratio* und anschließenden Subtraktion der Effizienzgewinne berechnet. Es werden je Fusionspartner zwei entgegengesetzte Effekte saldiert: zum einen der Anreiz zur unilateralen Preisanhebung durch Internalisierung von Mengenabflüssen und zum anderen der Anreiz zur Preissenkung durch fusionsbedingte Effizienzzuwächse.

$$UPP_1 = (p_2 - c_2)D_{12} - e_1c_1 \quad (1)$$

wobei p_2 und c_2 jeweils der Preis und die Grenzkosten von Produkt 2 sind, c_1 die Grenzkosten von Produkt 1 und e_1 die Effizienzgewinne darstellen, die sich aufgrund des Zusammenschlusses ergeben. D_{12} ist die *Diversion Ratio* zwischen Produkt 1 und 2. Diese misst, welchen Anteil der Nachfrage nach Produkt 1 aufgrund einer Preiserhöhung von Produkt 1 zu Produkt 2 abwandert.

$$D_{12} = \frac{\partial Q_2 / \partial p_1}{\partial Q_1 / \partial p_1} = -\frac{\varepsilon_{21}}{\varepsilon_1} * \frac{Q_2}{Q_1} \quad (2)$$

Q_1 und Q_2 beziehen sich auf die Nachfrage nach Produkt 1 und Produkt 2, ε_{21} ist die Kreuzpreiselastizität zwischen den beiden Produkten und ε_1 ist die Preiselastizität der Nachfrage nach Produkt 1. Der Term $\partial Q_2 / \partial p_1$ zeigt die Veränderung der Nachfrage nach Produkt 2 in Folge der Preisveränderung von Produkt 1 an, während der Term $\partial Q_1 / \partial p_1$ die Nachfrageveränderung nach Produkt 1 in Folge der Preisveränderung von Produkt 1 anzeigt.

4.3.2.2 Anwendungsbeispiel UPP-Test

Anhand eines hypothetischen Beispiels soll im Folgenden die Anwendung des UPP-Tests aufgezeigt werden.

Die Ausgangssituation ist ein hypothetischer Mobilfunkmarkt mit drei Anbietern. Marktführer ist Alpha mit 39 Mio. Abonnenten, gefolgt von Beta mit 30 Mio. Abonnenten und Gamma mit 28 Mio. Abonnenten. Alle drei Anbieter bieten der Einfachheit halber nur ein bestimmtes Produkt zu einem bestimmten Preis an.⁸⁹ Aus der folgenden Tabelle sind die Absatzmenge, der Preis, die Grenzkosten, der Deckungsbeitrag sowie der wertmäßige Marktanteil ersichtlich.

Tabelle 5: Ausgangssituation in einem hypothetischen Mobilfunkmarkt

	Alpha	Beta	Gamma
Abonnenten	39.000.000	30.000.000	28.000.000
Preis	60 €	59 €	45 €
Kosten	50 €	45 €	38 €
Marge	10 €	14 €	7 €
Preis-Kosten-Marge	17%	24%	16%
Marktanteil	40%	31%	29%

Quelle: Eigene Darstellung.

Eine Bewertung nach Höhe der Marktanteile nach dem Zusammenschluss würde das folgende Resultat generieren: Jeglicher Zusammenschluss zwischen den Wettbewerbern ist vertieft zu prüfen, da die Marktanteile in jedem Szenario mindestens über 67% liegen. Der UPP-Test führt jedoch zu einer anderen Bewertung.

Angenommen wird beim UPP-Test, dass die Produkte differenzierbar untereinander sind (nicht homogen) und ein gewisses Maß an Substituierbarkeit besteht. Hinsichtlich der Preis- und Kreuzpreiselastizitäten werden folgende Annahmen getroffen:⁹⁰

- Die Preiselastizität für das Alpha-Produkt beträgt -1,5, d.h. eine 1%ige Preiserhöhung bewirkt eine 1,5%ige Mengenänderung.
- Die Preiselastizität für das Beta-Produkt beträgt -1,5, d.h. eine 1%ige Preiserhöhung bewirkt eine 1,5%ige Mengenänderung.

⁸⁹ Bei vielen unterschiedlichen Produkten würde man eine Gewichtung entsprechend ihrer Anteile nehmen und Durchschnittswert bilden.

⁹⁰ In der Realität müssten zur Ermittlung der Preis- und Kreuzpreiselastizitäten Marktumfragen herangezogen werden.

- Die Preiselastizität für das Gamma-Produkt beträgt -2, d.h. eine 1%ige Preiserhöhung bewirkt eine 2%ige Mengenänderung.

Im Hinblick auf die Kreuzpreiselastizitäten gelten folgende Annahmen:

Tabelle 6: Annahmen Kreuzpreiselastizitäten

	Alpha	Beta	Gamma
Alpha		0,9	0,5
Beta	0,9		0,5
Gamma	0,5	0,5	

Quelle: Eigene Annahmen.

Mit Hilfe der oben genannten Formel (2) lassen sich in einem ersten Schritt die *Diversi-on Ratios* ermitteln. Diese zeigen die Abwanderungsrate zwischen zwei Anbietern bei einer Preiserhöhung an.

Kunden, die bislang das günstigere Gamma-Produkt gekauft haben, werden in einem geringen Ausmaß auf die teureren Alternativen ausweichen (Umlenkungswerte von 0,35 und 0,27). Kunden, die hingegen bislang die teureren Produkte von Alpha und Beta gekauft haben, wollen in ihrem Hochpreissegment verbleiben.⁹¹

Tabelle 7: Diversion Ratios

	Alpha	Beta	Gamma
Diversion Ratio Alpha		0,46	0,24
Diversion Ratio Beta	0,78		0,31
Diversion Ratio Gamma	0,35	0,27	

Quelle: Eigene Darstellung.

Anhand der Daten lassen sich die UPP-Werte gemäß oben genannter Formel (1) für einen Zusammenschluss zweier Mobilfunkanbieter berechnen. Es wird beim UPP-Test angenommen, dass die Effizienzvorteile 10% entsprechen.

⁹¹ Die *Diversi-on Ratio* bei Preiserhöhungen von Alpha und Beta liegt jeweils höher bei einem Wechsel zum jeweils anderen als zum billigen Anbieter Gamma.

Tabelle 8: UPP-Werte

	Alpha	Beta	Gamma
UPP Alpha		1,46	-3,32
UPP Beta	3,30		-2,32
UPP Gamma	-0,32	-0,05	

Quelle: Eigene Darstellung.

Die Zahl 1,46 (positives Vorzeichen) gibt an, dass bei einem Zusammenschluss zwischen Alpha und Beta der Preis des Alpha-Produktes ansteigt. Die genaue Größenordnung des Preisanstiegs ist jedoch ohne weitere Daten nicht vorherzusagen. Ebenfalls steigt in diesem Fall der Preis des Beta-Produktes (3,30, positives Vorzeichen). Da der Preis für beide Produkte ansteigt, ist dieser Zusammenschluss für die Konsumenten nachteilig.

Anders hingegen ist der Zusammenschluss zwischen Alpha oder Beta und dem Mobilfunkanbieter Gamma zu beurteilen. In diesem Fall sinken die Preise jeweils für beide Produkte (negatives Vorzeichen). Dieses Ergebnis erscheint zunächst verwunderlich, weil jeder Zusammenschluss bei klassischer Marktanteilsaddition bedenklich erscheinen würde. Der UPP-Test ermöglicht hingegen, die Wettbewerbsnähe („closeness of competition“) der Produkte zu bestimmen. Der UPP-Test ergibt demnach in dem hier vorliegenden Fall, dass ein Zusammenschluss eines der beiden großen Mobilfunkanbieter mit Gamma nicht vertieft zu untersuchen ist.⁹²

4.3.2.3 Weitere Pricing-Pressure-Tests

GUPPI-Test

Mit dem UPP-Test verwandt ist der so genannte GUPPI-Test (Gross Upward Pricing Pressure Index), welcher im Gegensatz zum UPP-Test keine Effizienzannahmen macht. Für die Berechnungen werden lediglich Preis-Kosten-Margen und *Diversion Ratios* verwendet. Der GUPPI-Wert ist per Definition positiv, weshalb ein Schwellenwert der prozentualen Preisanhebung bestimmt werden sollte. Es bietet sich an, nach Konvention (auch bekannt im Rahmen von Marktabgrenzungsanalysen mittels SSNIP-Test) einen Schwellenwert von 5-10% zu verwenden.⁹³

$$GUPPI_1 = \frac{D_{12}(p_2 - c_2)}{p_1} \quad (3)$$

⁹² Anzumerken ist an dieser Stelle nochmal, dass es sich um ein rein fiktives Beispiel handelt.

⁹³ Farrell, J. and Shapiro, C. (2010), Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition. In: The B.E. Journal of Theoretical Economics, Volume 10, Issue 1, Article 9.

Für das oben aufgeführte Beispiel ergeben sich folgende GUPPI-Werte (siehe Tabelle 9). Unter der Annahme einer Vermutungsschwelle von 10% würde ein Zusammenschluss zwischen Alpha und Beta als kritisch eingestuft werden (0,11 bzw. 0,13), während ein Zusammenschluss mit Gamma unkritisch wäre (GUPPI-Werte < 0,10).

Tabelle 9: GUPPI-Werte

	Alpha	Beta	Gamma
GUPPI Alpha		0,11	0,03
GUPPI Beta	0,13		0,04
GUPPI Gamma	0,08	0,08	

Quelle: Eigene Darstellung.

IPR-Test

Ein weiterer Test ist der IPR-Test (*Illustrative Price Rising-Test*). Dieser hat Ähnlichkeiten mit dem GUPPI-Test, stützt sich jedoch zusätzlich zu den oben genannten Inputs auf genaue Informationen zur Nachfragefunktion. Der Kernunterschied gegenüber GUPPI besteht darin, dass die Preise des jeweiligen Fusionspartners nicht als konstant vorausgesetzt werden, sondern sich infolge der Fusion anpassen können. Der IPR-Test ist in der Lage, eine genaue Abschätzung über die Preiserhöhung nach einem Zusammenschluss zu ermitteln. Wie auch beim GUPPI-Test muss beim IPR ein Schwellenwert der prozentualen Preiserhöhung bestimmt werden, dessen Unterschreitung die Freigabe und dessen Überschreitung die Untersagung eines Zusammenschlusses begründen könnte. Wiederum bietet sich 5-10% als Schwellenwert an.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass diese *Pricing-Pressure-Tests* eine einfache Methode darstellen, um einen ersten Eindruck über die Konsequenzen eines Zusammenschlusses zu bekommen, welcher sich durch differenzierte Produkte und unilaterale Effekte kennzeichnet. Für die genaue Analyse eines Zusammenschlusses werden in der Regel jedoch weitere Instrumente eingesetzt (wie zum Beispiel Merger Simulation Modelle) wodurch eine genauere Bewertung im Einzelfall möglich ist. Die *Pricing-Pressure-Tests* weisen im Allgemeinen einige Nachteile auf. Viele Faktoren, wie z.B. Synergieeffekte bei Zusammenschlüssen oder Reaktionen der Fusionspartner/Wettbewerber werden nicht mitberücksichtigt. Zudem sind zur Ermittlung von *Diversions Ratios* empirische Erhebungen im Hinblick auf Preis und Kreuzpreiselastizitäten notwendig.

4.3.3 Mögliche Verwendung der quantitativen Analyse in der Ex-ante-Regulierung

Die Verwendung einer Marktanteilsschwelle als kritische Eingriffsschwelle bei engen Oligopolen ist ungeeignet. Bei den bisher verwendeten Marktanteilsschwellen von mindestens 40% bei einer Einzelmarktbeherrschung⁹⁴ und von mindestens 50% bei einer gemeinsamen Marktbeherrschung⁹⁵ werden enge Oligopole mit Marktanteilen unterhalb dieser Schwellen nicht erfasst. Bei Reduktion der Marktanteilsschwellen für enge Oligopole besteht die Gefahr, dass auch weite (wettbewerbsunbedenkliche) Oligopole die Schwellen erreichen und ein ungerechtfertigter Markteingriff erfolgt. Marktanteile scheinen als Eingriffsschwelle nicht geeignet für enge Oligopole.

Grundsätzlich vorstellbar ist die Verwendung einer Preiserhöhung als kritische Eingriffsschwelle. Bei einer Ex-ante-Analyse könnte der Nachweis eines Preiserhöhungsdrucks in einem Markt mit einem Verbraucherschaden verknüpft werden und einen Regulierungseingriff rechtfertigen. Allerdings sprechen einige Aspekte gegen die Verwendung von *Pricing-Pressure-Tests* zur Identifizierung von engen Oligopolen in einem Ex-ante-Regulierungsumfeld.

Erstens ist bei einer Ex-ante-Nutzung die Entwicklung des gesamten Marktes und das Verhalten aller Anbieter im Markt zu beurteilen. Die *Pricing-Pressure-Tests* in der Fusionskontrolle dienen als Eingriffsschwelle für eine vertiefte Untersuchung im Einzelfall. Unabhängig von Marktstrukturkriterien können Wettbewerbsbehörden mit Hilfe von *Pricing-Pressure-Tests* einen möglichen Verbraucherschaden feststellen. Die Beurteilung eines Zusammenschlusses hängt dabei ausschließlich von den Auswirkungen der Fusion auf den Markt ab. Bei einem Zusammenschluss werden die Ausweichreaktionen bei Preiserhöhungen auf die einzelnen Anbieter im Markt untersucht (*Diversions Ratios*). Es werden jeweils zwei Anbieter gleichzeitig betrachtet.⁹⁶ Bei einer Ex-ante-Beurteilung der Marktentwicklung ist nicht nur das Verhalten von zwei Anbieter zu beurteilen, sondern die Entwicklung des gesamten Marktes und das Verhalten aller Anbieter im Markt. Grundsätzlich wären zwei Szenarien vorstellbar. In einem ersten Szenario wäre der Ausgangspunkt ein regulierter Markt, in einem zweiten Szenario ein unregulierter Markt. Im Falle eines regulierten Marktes würde der *Pricing-Pressure-Test* auf die Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse (und damit verbundener Preisveränderung) als Folge von Regulierungsabbau schauen. Aber wie soll das gemessen werden, wenn die Regulierung bisher effektiv war und wettbewerbsanaloge Preise bisher sichern konnte? Im Falle eines deregulierten Marktes würde der *Pricing-Pressure-Test* prognostizieren, inwiefern innerhalb der nächsten Regulierungsperiode einen möglichen Preiserhöhungsdruck zu erwarten wäre. Aber selbst wenn eine solche Prognose auf der Basis aktueller Marktdaten möglich wäre, könnte eine solche Preisveränderung verschiedene

⁹⁴ § 18 (4) GWB

⁹⁵ § 18 (6) Nr. 1 GWB.

⁹⁶ Siehe beispielsweise Case No COMP/M.6497 Hutchinson 3G Austria / Orange Austria.

Ursachen haben. Inwiefern wäre man in der Lage eindeutig feststellen zu können, dass dies durch eine enge oligopolistische Marktstruktur begründet wäre?

Zweitens müssen Annahmen über die Entwicklung der unterschiedlichen Variablen (Mengen, Preise, Elastizitäten, etc.) getroffen werden. In der Fusionskontrolle bedienen sich die *Pricing-Pressure-Tests* vorhandener Grunddaten der beteiligten Parteien. Dabei hängt der Preiserhöhungsdruck aufgrund der Einfachheit der Tests lediglich von den *Diversions Ratios* und den Preis-Kosten-Margen der beteiligten Fusionsparteien ab. Eine größere Herausforderung stellt dabei die Ermittlung der *Diversions Ratios* dar, die in der Regel auf empirischen Erhebungen beruhen. Bei einer Ex-ante-Regulierung erfolgt eine prognostizierte Betrachtung des zukünftigen Marktes. Für sämtliche Variablen müssten daher Annahmen in Bezug auf ihre Entwicklung in der Zukunft getroffen werden. Dies wäre mit vielen Unsicherheiten verbunden.

Drittens ist im Bereich der Regulierung eine separate Betrachtung der Vorleistungsebene notwendig. Bei der Fusionskontrolle werden ausschließlich die Effekte des Zusammenschlusses auf der Endkundenebene untersucht. Der Fokus liegt auf der Erfassung eines Verbraucherschadens aufgrund erhöhter Preise durch die Zusammenschlussbeteiligten. Bei einer regulatorischen Ex-ante-Betrachtung liegt der Fokus der Untersuchung ebenfalls auf der Vermeidung eines möglichen Verbraucherschadens auf der Endkundenebene. Für die Auferlegung von regulatorischen Vorleistungsverpflichtungen wird primär die Vorleistungsebene untersucht und nur zusätzlich die Endkundenebene. Bei oligopolistischen Marktstrukturen auf beiden Ebenen wären unterschiedliche Szenarien denkbar. Insbesondere unterschiedliche Beurteilungen der Substituierbarkeit auf Endkunden- und Vorleistungsebene könnten Regulierer vor besonderen Herausforderungen stellen. Da der Preiserhöhungsdruck zu einem großen Teil von den *Diversions Ratios* und damit von den Preiselastizitäten abhängt, müssten, unter der Annahme unterschiedlicher Substitutionsbeziehungen auf der Endkunden- und Vorleistungsebene,⁹⁷ separate *Pricing-Pressure-Tests* für die Vorleistungs- und Endkundenebene durchgeführt werden. Unterschiedliche Ergebnisse wären nicht auszuschließen, die eine Interpretation der Ergebnisse zusätzlich erschweren würde.

Festzuhalten bleibt, dass die *Pricing-Pressure-Tests* spezifisch für den Zusammenschluss zwischen zwei Unternehmen konstruiert wurden. Eine Übertragung der Tests zur regulatorischen Ex-ante-Behandlung enger Oligopole scheint in ihrer gegenwärtigen Form nicht möglich und eine Verwendung als regulatorischer Ex-ante-Eingriffstatbestand ungeeignet.

Denkbar wäre, bei unterschiedlichen Substitutionsbeziehungen auf der Endkunden- und Vorleistungsebene, d.h. einer fehlenden Substituierbarkeit auf der Vorleistungsebene und einer gemeinsamen Marktmacht auf der Endkundenebene, zwei getrennte Märkte für die relevanten Vorleistungsprodukte abzugrenzen.

⁹⁷ Siehe hierzu Schwarz, A. (2007), Wholesale market definition in telecommunications: The issue of wholesale broadband access. In *Telecommunications Policy* 31(5):251-264. Juni 2007.

Ausgangspunkt wäre die Untersuchung der direkten und indirekten Substitutionsbeziehungen zwischen den unterschiedlichen Vorleistungsprodukte.

Die Untersuchung der direkten Substitutionsbeziehungen würde mit Hilfe des Hypothetischen Monopolisten-Tests erfolgen. Im Falle eines lokalen Zugangsmarktes würde man voraussichtlich zum Ergebnis kommen, dass ein entbundelter Zugang zum Kabelnetzwerk aus technischen und ökonomischen Gründen kein Substitut für einen entbündelten Zugang zum Kupfer- oder Glasfasernetzwerk darstellt. In der Regel werden über in Kabelnetze eingesetzte Koaxialkabel mehrere Kunden versorgt. Es handelt sich daher, im Gegensatz zu den kupfer- und glasfaserbasierten Technologien, um eine gemeinsam genutzte Ressource (*Shared Medium*). Die physische Entbündelung eines einzelnen Kunden über die Zugangsnetzinfrastruktur eines anderen Netzbetreibers, wie dies beispielsweise bei der Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung der Fall ist, ist bei koaxialkabelbasierten Kabelnetzen daher – technisch bedingt – nicht möglich. Auch bei einer Frequenzentbündelung⁹⁸ oder virtuellen Entbündelung von Kabelnetzen wären von Seiten des nachfragenden Betreibers umfangreiche technische Änderungen vorzunehmen. Unter anderem aus diesen Gründen wäre Kabel nicht als direktes Substitut zu Kupfer- oder Glasfaser im lokalen Zugangsmarkt zu sehen.⁹⁹ Zu einem anderen Ergebnis könnte man jedoch bei der Analyse des regionalen Zugangsmarktes (Bitstromzugang) kommen. Insbesondere aufgrund der technologischen Fortschritte in den Kabelnetzen (DOCSIS 3.0 und 3.1.) wäre ein Zugang hier möglich und damit direkte Substitutionsbeziehungen zwischen unterschiedlichen Infrastrukturprodukten auf den regionalen Zugangsmärkten durchaus vorstellbar.

Neben der Untersuchung von direkten Substitutionsbeziehungen würde eine Analyse indirekter Substitutionsbeziehungen erfolgen. Dabei geht es um die Frage, wie stark eine Preiserhöhung für einen entbündelten Zugang auf der Vorleistungsebene auf die Endkundenpreise durchschlägt. Eine solche Preiserhöhung kann auf der Endkundenebene zu einer Abwanderung von Kunden von kupfer- und glasfaserbasierten Produkten hin zu kabelbasierten Produkten führen. Würde die Abwanderungsquote auf der Endkundenebene jedoch so hoch sein, dass Anbieter eines entbündelten Zugangs auf Kupfer- oder Glasfasernetze nicht in der Lage, wären ihren Vorleistungstarif gewinnbringend zu erhöhen, dann würden indirekte Substitutionseffekte durch Kabelnetzwerke auf der Vorleistungsebene vorliegen. In dem Fall würde man die Kabelinfrastruktur auf der Vorleistungsebene zum gleichen relevanten Markt wie die Kupfer- bzw. Glasfaserinfrastruktur rechnen.

Liegen weder direkte noch indirekte Substitutionseffekte auf der Vorleistungsebene vor, so kann der Regulierer trotz gemeinsamer Marktbeherrschung auf der Endkundenebene getrennte Märkte auf der Vorleistungsebene abgrenzen. In einem solchen Fall hätte

⁹⁸ Das heißt wenn der anbietende Betreiber dem nachfragenden Betreiber ein eigenes Frequenzspektrum zur exklusiven Versorgung seiner Kunden überlässt.

⁹⁹ Siehe auch WIK Consult (2014), Options of wholesale access to Cable-TV networks with focus on VULA, 9 juli 2014.

der Regulierer schließlich die Möglichkeit, über die Feststellung einer individuellen SMP auf den jeweiligen Vorleistungsmärkten Verpflichtungen aufzuerlegen. Inwiefern letztlich eine getrennte Marktabgrenzung auf der Vorleistungsebene einen alternativen Lösungsweg darstellen könnte, um mögliche Wettbewerbsprobleme auf der Endkundenebene anzugehen, müsste im Einzelfall geprüft werden.

5 Fazit

Als Reaktion auf BEREC's Bericht über die Analyse und Regulierung von engen Oligopolen hatten einige Beteiligte vorgeschlagen, ein zweistufiges Testverfahren als Alternative zum bisherigen SMP-Test einzuführen. In einem ersten Schritt sollte der Markt auf SMP geprüft werden. Wenn kein SMP vorliegt, würde in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob die Marktstruktur, unabhängig von einer einzelnen oder gemeinsamen Marktmacht, zu einer Behinderung des Wettbewerbs führe. Die Prüfung des zweiten Schrittes sollte dann in Anlehnung an den in der Fusionskontrolle verwendeten SIEC-Test erfolgen.

Der in der Fusionskontrolle verwendete SIEC-Test ist ein Vergleichstest, bei der die Situation vor einem Zusammenschluss mit der Situation nach einem Zusammenschluss verglichen wird. Der Test erfolgt auf der Basis der Analyse von qualitativen Faktoren (Marktstrukturkriterien) und quantitativen Faktoren in Form von *Pricing-Pressure-Tests*. Obwohl der Test Schwächen hat, ist er in der europäischen Fusionskontrolle anerkannt, für Marktteilnehmer nachvollziehbar und im Einsatz praktikabel.

Eine Anwendung des SIEC-Tests für die regulatorische Behandlung von engen Oligopolen scheint nach einer genaueren Betrachtung nicht problemlos möglich zu sein. Zwar lassen sich enge Oligopole auf der Basis der Analyse von Marktstrukturkriterien identifizieren und gegebenenfalls von einer gemeinsamen Marktmacht unterscheiden. Schwieriger ist es auf der Basis der quantitativen Analysemethoden einen eindeutigen Eingriffstatbestand festzulegen. *Pricing-Pressure-Tests* sind spezifisch auf die Wirkungen des Zusammenschlusses zweier Unternehmen ausgerichtet. Auch wenn der Sinn und Zweck der Tests (die Messung eines Preiserhöhungsdrucks) zur vorliegenden Fragestellung passt, so ist eine Übertragung nicht einfach möglich und ihr Einsatz als regulatorische Preistests mit vielen Unsicherheiten behaftet. Zudem kann ihre Anwendung zu einer Überregulierung des Marktes führen.

Das bedeutet nicht, dass eine regulatorische Behandlung von engen Oligopolen in Zukunft gänzlich ausgeschlossen sein wird. Der SIEC-Test, so wie er heute in der Fusionskontrolle Verwendung findet, reicht jedoch für eine Anwendung im Bereich der Ex-ante-Regulierung nicht aus. Bis eine alternative Möglichkeit gefunden wird, mit engen, oligopolistischen Marktstrukturen umzugehen, sollte man sich weiterhin auf den bestehenden Rechtsrahmen verlassen. Das bedeutet, dass eine regulatorische Eingriffsoption nur bei Feststellung einer individuellen oder gemeinsamen Marktmacht möglich ist. Im Zusammenhang mit der Schwierigkeit des Nachweises einer gemeinsamen Marktmacht könnte die derzeit geplante Überarbeitung der Leitlinien zur Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht in Zukunft eine bessere Orientierung für Regulierungsbehörden bieten.

Unabhängig von der Feststellung einer individuellen oder gemeinsamen Marktmacht ist ein regulatorischer Eingriff auf der Vorleistungsebene nur gerechtfertigt, wenn auf der

Endkundenebene ein Verbraucherschaden vorliegt bzw. droht. Aus ökonomischer Sicht liegt bei einer oligopolistischen Marktstruktur nicht automatisch Marktversagen vor. Enge Oligopole können aufgrund suboptimaler Wettbewerbsergebnisse negative Effekte für Verbraucher haben. Unter dem derzeitigen SMP-Regulierungsregime ist ein ex-ante Eingriff nicht möglich, da es keinen standardisierten Eingriffstatbestand bei oligopolistischen Marktstrukturen gibt.

Eine alternative Möglichkeit wäre allerdings eine stärkere geographische Differenzierung der Märkte. Gebiete könnten nach der Anzahl vorhandener Infrastrukturen (z.B. 1, 2 oder 3) abgegrenzt werden. Unter dem bestehenden SMP-Regulierungsregime könnte eine solche geographische Differenzierung die Möglichkeit bieten, regulatorisch gegen enge oligopolistische Marktstrukturen vorzugehen. Letztendlich bleibt festzuhalten, dass oligopolistische Marktstrukturen im Verdachtsfall allerdings immer dem Wettbewerbsrecht und somit einer Ex-post-Prüfung unterliegen.

Literaturverzeichnis

- ACM (2015), Marktanalyse entbundelde toegang, Besluit van 17. december 2015.
- ACM (2015a), Marktanalyse entbundelde toegang, Ontwerpbesluit voor Europese Notificatie, 31. maart 2015.
- BEREC (2015), Report on Oligopoly analysis and regulation, BoR (15) 74.
- BKartA (2006), Konglomerate Zusammenschlüsse in der Fusionskontrolle – Eine Bestandsaufnahme. Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 21. September 2006.
- Cadman, R., Dineen, C. (2008), Price and Income Elasticity of Demand for Broadband Subscriptions: A Cross-Sectional Model of OECD Countries, 2008.
- Canoy, M., Onderstal, S. (2003), Tight oligopolies: In search of proportionate remedies.
- Carlton, D.W., Perloff, J.M. (2005), Modern Industrial Organization, 4th Edition, Pearson.
- Etter, B. (2000), The Assessment of Mergers in the EC under the Concept of Collective Dominance, An Analysis of Recent Decisions and Judgements – by an Economic Approach, in :World Competition 23.
- Europäische Gemeinschaft (2009), Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste.
- EuGI (1999), Urteil vom 25. März 1999 — Rechtssache T-102/96 („Gencor/Kommission“).
- EuGI (2002), Urteil vom 6. Juni 2002, Rechtssache T-342/99 (“Airtours/Kommission“).
- Europäische Kommission (1992), Entscheidung vom 22. Juli 1992, Fall Nr. IV/M. 190 - Nestlé/Perrier. ABl. L 356, S. 1.
- Europäische Kommission (1999), Entscheidung vom 22. September 1999, Fall Nr. IV/M.1524 - Airtours/First Choice.
- Europäische Kommission (1997), Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C372/03) in Amtsblatt der EG C372/5 vom 9.12.1997.
- Europäische Kommission (2002), Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (2002/C 165/03) in Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften C 165/6 vom 11.7.2002.
- Europäische Kommission (2004), Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (2004/C31/03) in Amtsblatt der Europäischen Union C 31/5 vom 5.2.2004.
- Europäische Kommission (2006), Entscheidung vom 26. April 2006, Fall Nr. COMP/M.3916 – T-Mobile Austria/tele.ring.

- Europäische Kommission (2012), Entscheidung vom 12. Dezember 2012, Fall Nr. COMP/M.6497 - Hutchinson 3G Austria / Orange Austria
- Europäische Kommission (2014), Entscheidung vom, 10. Oktober 2014, Fall Nr. M.7000 - LG/Ziggo.
- Europäische Kommission (2014a), Explanatory note accompanying the document: Commission Recommendation on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex-ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communication networks and services. SWD(2014) 298, Brussels, 9.10.2014.
- Farrell, J. and Shapiro, C. (2010), Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition. In: The B.E. Journal of Theoretical Economics, Volume 10, Issue 1, Article 9.
- Haupt, H. (2002): Collective Dominance Under Article 82 E.C. and E.C. Merger Control in the light of the Airtours Judgement, in: ECLR [European Competition Law Review], 23. Jg., H. 9/2002, S. 434-444.
- Ivaldi, M., Jullien, B., Rey, P., Seabright, P., Tirole, J. (2003), The Economics of Unilateral Effects, November 2003, Interim Report for DG Competition, European Commission
- Kantzenbach, E. (1967), Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., Göttingen 1967.
- Kantzenbach, E. Kottmann, E. Krüger, R. (1996), Kollektive Marktbeherrschung: Neue Industrieökonomie und Erfahrungen aus der Europäischen Fusionskontrolle, 1. Aufl.
- Moreira, J. (2010), Zu den nicht koordinierten Wirkungen in der europäischen Fusionskontrolle, in: ZEuS Heft 2, S. 145 ff.
- Schwarz, A. (2007), Wholesale market definition in telecommunications: The issue of wholesale broadband access. In Telecommunications Policy 31(5):251-264. Juni 2007.
- Shapiro, C. (1989), Theories of Oligopoly Behaviour, in: Schmalensee/Willing (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, Vol. I 1. Auflage 1989.
- Tirole, J. (1988), The Theory of Industrial Organization, Massachusetts Institute of Technology.
- U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission (2010), Horizontal Merger Guidelines. (<https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>)

Als "Diskussionsbeiträge" des Wissenschaftlichen Instituts für Infrastruktur und Kommunikationsdienste sind zuletzt erschienen:

- Nr. 341: Alex Kalevi Dieke, Petra Junk, Sonja Schölermann:
Die Entwicklung von Hybridpost: Marktentwicklungen, Geschäftsmodelle und regulatorische Fragestellungen, August 2010
- Nr. 342: Karl-Heinz Neumann:
Structural models for NBN deployment, September 2010
- Nr. 343: Christine Müller:
Versorgungsqualität in der leitungsgebundenen Gasversorgung, September 2010
- Nr. 344: Roman Inderst, Jürgen Kühling, Karl-Heinz Neumann, Martin Peitz:
Investitionen, Wettbewerb und Netzzugang bei NGA, September 2010
- Nr. 345: Christian Growitsch, J. Scott Marcus, Christian Wernick:
Auswirkungen niedrigerer Mobilterminierungsentgelte auf Endkundenpreise und Nachfrage, September 2010
- Nr. 346: Antonia Niederprüm, Veronika Söntgerath, Sonja Thiele, Martin Zauner:
Post-Filialnetze im Branchenvergleich, September 2010
- Nr. 347: Peter Stamm:
Aktuelle Entwicklungen und Strategien der Kabelbranche, September 2010
- Nr. 348: Gernot Müller:
Abgrenzung von Eisenbahnverkehrsmärkten – Ökonomische Grundlagen und Umsetzung in die Regulierungspraxis, November 2010
- Nr. 349: Christine Müller, Christian Growitsch, Matthias Wissner:
Regulierung und Investitionsanreize in der ökonomischen Theorie, IRIN Working Paper im Rahmen des Arbeitspakets: Smart Grid-gerechte Weiterentwicklung der Anreizregulierung, Dezember 2010
- Nr. 350: Lorenz Nett, Ulrich Stumpf:
Symmetrische Regulierung: Möglichkeiten und Grenzen im neuen EU-Rechtsrahmen, Februar 2011
- Nr. 350: Lorenz Nett, Ulrich Stumpf:
Symmetrische Regulierung: Möglichkeiten und Grenzen im neuen EU-Rechtsrahmen, Februar 2011
- Nr. 351: Peter Stamm, Anne Stetter unter Mitarbeit von Mario Erwig:
Bedeutung und Beitrag alternativer Funklösungen für die Versorgung ländlicher Regionen mit Breitbandanschlüssen, Februar 2011
- Nr. 352: Anna Maria Doose, Dieter Elixmann:
Nationale Breitbandstrategien und Implikationen für Wettbewerbspolitik und Regulierung, März 2011
- Nr. 353: Christine Müller:
New regulatory approaches towards investments: a revision of international experiences, IRIN working paper for working package: Advancing incentive regulation with respect to smart grids, April 2011
- Nr. 354: Alex Kalevi Dieke, Petra Junk, Sonja Thiele:
Elektronische Zustellung: Produkte, Geschäftsmodelle und Rückwirkungen auf den Briefmarkt, Juni 2011
- Nr. 355: Christin Gries, J. Scott Marcus:
Die Bedeutung von Bitstrom auf dem deutschen TK-Markt, Juni 2011
- Nr. 356: Kenneth R. Carter, Dieter Elixmann, J. Scott Marcus:
Unternehmensstrategische und regulatorische Aspekte von Kooperationen beim NGA-Breitbandausbau, Juni 2011
- Nr. 357: Marcus Stronzik:
Zusammenhang zwischen Anreizregulierung und Eigenkapitalverzinsung, IRIN Working Paper im Rahmen des Arbeitspakets: Smart Grid-gerechte Weiterentwicklung der Anreizregulierung, Juli 2011

- Nr. 358: Anna Maria Doose, Alessandro Monti, Ralf G. Schäfer:
Mittelfristige Marktpotenziale im Kontext der Nachfrage nach hochbitratigen Breitbandanschlüssen in Deutschland, September 2011
- Nr. 359: Stephan Jay, Karl-Heinz Neumann, Thomas Plückebaum unter Mitarbeit von Konrad Zoz:
Implikationen eines flächendeckenden Glasfaserausbaus und sein Subventionsbedarf, Oktober 2011
- Nr. 360: Lorenz Nett, Ulrich Stumpf:
Neue Verfahren für Frequenzauktionen: Konzeptionelle Ansätze und internationale Erfahrungen, November 2011
- Nr. 361: Alex Kalevi Dieke, Petra Junk, Martin Zauner:
Qualitätsfaktoren in der Post-Entgeltregulierung, November 2011
- Nr. 362: Gernot Müller:
Die Bedeutung von Liberalisierungs- und Regulierungsstrategien für die Entwicklung des Eisenbahnpersonenfernverkehrs in Deutschland, Großbritannien und Schweden, Dezember 2011
- Nr. 363: Wolfgang Kiesewetter:
Die Empfehlungspraxis der EU-Kommission im Lichte einer zunehmenden Differenzierung nationaler Besonderheiten in den Wettbewerbsbedingungen unter besonderer Berücksichtigung der Relevante-Märkte-Empfehlung, Dezember 2011
- Nr. 364: Christine Müller, Andrea Schweinsberg:
Vom Smart Grid zum Smart Market – Chancen einer plattformbasierten Interaktion, Januar 2012
- Nr. 365: Franz Büllingen, Annette Hillebrand, Peter Stamm, Anne Stetter:
Analyse der Kabelbranche und ihrer Migrationsstrategien auf dem Weg in die NGA-Welt, Februar 2012
- Nr. 366: Dieter Elixmann, Christin-Isabel Gries, J. Scott Marcus:
Netzneutralität im Mobilfunk, März 2012
- Nr. 367: Nicole Angenendt, Christine Müller, Marcus Stronzik:
Elektromobilität in Europa: Ökonomische, rechtliche und regulatorische Behandlung von zu errichtender Infrastruktur im internationalen Vergleich, Juni 2012
- Nr. 368: Alex Kalevi Dieke, Petra Junk, Sonja Thiele, Martin Zauner:
Kostenstandards in der Ex-Post-Preiskontrolle im Postmarkt, Juni 2012
- Nr. 369: Ulrich Stumpf, Stefano Lucidi:
Regulatorische Ansätze zur Vermeidung wettbewerbswidriger Wirkungen von Triple-Play-Produkten, Juni 2012
- Nr. 370: Matthias Wissner:
Marktmacht auf dem Primär- und Sekundär-Regelenergiemarkt, Juli 2012
- Nr. 371: Antonia Niederprüm, Sonja Thiele:
Prognosemodelle zur Nachfrage von Briefdienstleistungen, Dezember 2012
- Nr. 372: Thomas Plückebaum, Matthias Wissner:
Bandbreitenbedarf für Intelligente Stromnetze, 2013
- Nr. 373: Christine Müller, Andrea Schweinsberg:
Der Netzbetreiber an der Schnittstelle von Markt und Regulierung, 2013
- Nr. 374: Thomas Plückebaum:
VDSL Vectoring, Bonding und Phantoming: Technisches Konzept, marktliche und regulatorische Implikationen, Januar 2013
- Nr. 375: Gernot Müller, Martin Zauner:
Einzelwagenverkehr als Kernelement eisenbahnbezogener Güterverkehrskonzepte?, Dezember 2012
- Nr. 376: Christin-Isabel Gries, Imme Philbeck:
Marktentwicklungen im Bereich Content Delivery Networks, April 2013
- Nr. 377: Alessandro Monti, Ralf Schäfer, Stefano Lucidi, Ulrich Stumpf:
Kundenbindungsansätze im deutschen TK-Markt im Lichte der Regulierung, Februar 2013

- Nr. 378: Tseveen Gantumur:
Empirische Erkenntnisse zur Breitbandförderung in Deutschland, Juni 2013
- Nr. 379: Marcus Stronzik:
Investitions- und Innovationsanreize: Ein Vergleich zwischen Revenue Cap und Yardstick Competition, September 2013
- Nr. 380: Dragan Ilic, Stephan Jay, Thomas Plückebaum, Peter Stamm:
Migrationsoptionen für Breitbandkabelnetze und ihr Investitionsbedarf, August 2013
- Nr. 381: Matthias Wissner:
Regulierungsbedürftigkeit des Fernwärmesektors, Oktober 2013
- Nr. 382: Christian M. Bender, Alex Kalevi Dieke, Petra Junk, Sonja Thiele:
Netzugang im Briefmarkt, Oktober 2013
- Nr. 383: Andrea Liebe, Christine Müller:
Energiegenossenschaften im Zeichen der Energiewende, Januar 2014
- Nr. 384: Christian M. Bender, Marcus Stronzik:
Verfahren zur Ermittlung des sektoralen Produktivitätsfortschritts - Internationale Erfahrungen und Implikationen für den deutschen Eisenbahninfrastruktursektor, März 2014
- Nr. 385: Franz Büllingen, Annette Hillebrand, Peter Stamm:
Die Marktentwicklung für Cloud-Dienste - mögliche Anforderungen an die Netzinfrastruktur, April 2014
- Nr. 386: Marcus Stronzik, Matthias Wissner:
Smart Metering Gas, März 2014
- Nr. 387: René Arnold, Sebastian Tenbrock:
Bestimmungsgründe der FTTP-Nachfrage, August 2014
- Nr. 388: Lorenz Nett, Stephan Jay:
Entwicklung dynamischer Marktszenarien und Wettbewerbskonstellationen zwischen Glasfasernetzen, Kupfernetzen und Kabelnetzen in Deutschland, September 2014
- Nr. 389: Stephan Schmitt:
Energieeffizienz und Netzregulierung, November 2014
- Nr. 390: Stephan Jay, Thomas Plückebaum:
Kostensenkungspotenziale für Glasfaseranschlusnetze durch Mitverlegung mit Stromnetzen, September 2014
- Nr. 391: Peter Stamm, Franz Büllingen:
Stellenwert und Marktperspektiven öffentlicher sowie privater Funknetze im Kontext steigender Nachfrage nach nomadischer und mobiler hochbitratiger Datenübertragung, Oktober 2014
- Nr. 392: Dieter Elixmann, J. Scott Marcus, Thomas Plückebaum:
IP-Netzzusammenschaltung bei NGN-basierten Sprachdiensten und die Migration zu All-IP: Ein internationaler Vergleich, November 2014
- Nr. 393: Stefano Lucidi, Ulrich Stumpf:
Implikationen der Internationalisierung von Telekommunikationsnetzen und Diensten für die Nummernverwaltung, Dezember 2014
- Nr. 394: Rolf Schwab:
Stand und Perspektiven von LTE in Deutschland, Dezember 2014
- Nr. 395: Christian M. Bender, Alex Kalevi Dieke, Petra Junk, Antonia Niederprüm:
Produktive Effizienz von Postdienstleistern, November 2014
- Nr. 396: Petra Junk, Sonja Thiele:
Methoden für Verbraucherbefragungen zur Ermittlung des Bedarfs nach Post-Universaldienst, Dezember 2014
- Nr. 397: Stephan Schmitt, Matthias Wissner:
Analyse des Preissetzungsverhaltens der Netzbetreiber im Zähl- und Messwesen, März 2015
- Nr. 398: Annette Hillebrand, Martin Zauner:
Qualitätsindikatoren im Brief- und Paketmarkt, Mai 2015
- Nr. 399: Stephan Schmitt, Marcus Stronzik:
Die Rolle des generellen X-Faktors in verschiedenen Regulierungsregimen, Juli 2015

- Nr. 400: Franz Büllingen, Solveig Börnsen:
Marktorganisation und Marktrealität von Machine-to-Machine-Kommunikation mit Blick auf Industrie 4.0 und die Vergabe von IPv6-Nummern, August 2015
- Nr. 401: Lorenz Nett, Stefano Lucidi, Ulrich Stumpf:
Ein Benchmark neuer Ansätze für eine innovative Ausgestaltung von Frequenzgebühren und Implikationen für Deutschland, November 2015
- Nr. 402: Christian M. Bender, Alex Kalevi Dieke, Petra Junk:
Zur Marktabgrenzung bei Kurier-, Paket- und Expressdiensten, November 2015
- Nr. 403: J. Scott Marcus, Christin Gries, Christian Wernick, Imme Philbeck:
Entwicklungen im internationalen Mobile Roaming unter besonderer Berücksichtigung struktureller Lösungen, Januar 2016
- Nr. 404: Karl-Heinz Neumann, Stephan Schmitt, Rolf Schwab unter Mitarbeit von Marcus Stronzik:
Die Bedeutung von TAL-Preisen für den Aufbau von NGA, März 2016
- Nr. 405: Caroline Held, Gabriele Kulenkampff, Thomas Plückerbaum:
Entgelte für den Netzzugang zu staatlich geförderter Breitband-Infrastruktur, März 2016
- Nr. 406: Stephan Schmitt, Matthias Wissner:
Kapazitätsmechanismen – Internationale Erfahrungen, April 2016
- Nr. 407: Annette Hillebrand, Petra Junk:
Paketshops im Wettbewerb, April 2016
- Nr. 408: Tseveen Gantumur, Iris Henseler-Unger, Karl-Heinz Neumann:
Wohlfahrtsökonomische Effekte einer Pure LRIC - Regulierung von Terminierungsentgelten, Mai 2016
- Nr. 409: René Arnold, Christian Hildebrandt, Martin Waldburger:
Der Markt für Over-The-Top Dienste in Deutschland, Juni 2016
- Nr. 410: Christian Hildebrandt, Lorenz Nett:
Die Marktanalyse im Kontext von mehrseitigen Online-Plattformen, Juni 2016
- Nr. 411: Tseveen Gantumur, Ulrich Stumpf:
NGA-Infrastrukturen, Märkte und Regulierungsregime in ausgewählten Ländern, Juni 2016
- Nr. 412: Alex Dieke, Antonia Niederprüm, Sonja Thiele:
UPU-Endvergütungen und internationaler E-Commerce, September 2016 (in deutscher und englischer Sprache verfügbar)
- Nr. 413: Sebastian Tenbrock, René Arnold:
Die Bedeutung von Telekommunikation in intelligent vernetzten PKW, Oktober 2016
- Nr. 414: Christian Hildebrandt, René Arnold:
Big Data und OTT-Geschäftsmodelle sowie daraus resultierende Wettbewerbsprobleme und Herausforderungen bei Datenschutz und Verbraucherschutz, November 2016
- Nr. 415: J. Scott Marcus, Christian Wernick:
Ansätze zur Messung der Performance im Best-Effort-Internet, November 2016
- Nr. 416: Lorenz Nett, Christian Hildebrandt:
Marktabgrenzung und Marktmacht bei OTT-0 und OTT-1-Diensten, Eine Projektskizze am Beispiel von Instant-Messenger-Diensten, Januar 2017
- Nr. 419: Stefano Lucidi:
Analyse marktstruktureller Kriterien und Diskussion regulatorischer Handlungsoptionen bei engen Oligopolen, April 2017

ISSN 1865-8997