

Juristische und ökonomische Prognosemethoden und -modelle in der Fusionskontrolle

Titos Markopoulos



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Juristische und ökonomische Prognosemethoden und -modelle
in der Fusionskontrolle

Titos Markopoulos

Juristische und ökonomische
Prognosemethoden und -modelle
in der Fusionskontrolle



PETER LANG

Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Umschlaggestaltung:

© Olaf Glöckler, Atelier Platen, Friedberg

ISBN 978-3-653-01186-9 (E-Book)

ISBN 978-3-631-61789-2 (Print)

ÖUI FCH G DJ I H E I H E F F I I E

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2011

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des

Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für

Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

Meinen Freunden Jim und Pan

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist die Fortsetzung und zugleich der Besondere Teil meiner Dissertation mit dem Titel die „Prognoseentscheidung in der europäischen Fusionskontrolle“, Nomos Verlag, Baden-Baden 2009.

An dieser Stelle möchte ich mehr als jeden anderen meinen Eltern danken, die die Veröffentlichung des fertigen Manuskripts in sehr schweren Zeiten für mich veranlassten und verwirklichten.

Für die wertvolle Unterstützung und ideelle Förderung möchte ich ganz besonders meinen verehrten Lehrern Professor Dr. Wernhard Möschel (Universität Tübingen), Professor Dr. Rainer Pitschas (Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften) und Professor Dr. Peter-Christian Müller-Graff (Universität Heidelberg) danken.

An dieser Stelle möchte ich auch meinen anderen Lehrern an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg danken – vor allem Professor Dr. Erik Jayme, Professor Dr. Reinhard Mußnug, Professor Dr. Winfried Brugge, Professor Dr. Görg Haverkate (+), Professor Dr. Eric Jame, Professor Dr. Winfried Tilmann, Professor Dr. Christian Katzenmeier, Professor Dr. Rudolf Nirk, dass ich so viel bei Ihnen lernen durfte.

Schließlich möchte ich mich auch bei Professor Dr. Claus-Dieter Ehlermann, Dr. Reinfrid Fischer und Ursula Hartenstein für die moralische Unterstützung bedanken.

Das vorliegende Buch ist sowohl an Akademiker als auch an Praktiker gerichtet.

Inhaltsverzeichnis

EINLEITUNG	15
1. ZIELE DER UNTERSUCHUNG UND HERANGEHENSWEISE.....	15
2. GANG UND KURZE ZUSAMMENFASSUNG DER UNTERSUCHUNG.....	17
KAPITEL A: DIE PROGNOSE VON MARKTMACHT	19
1) ÄLTERE QUANTITATIVE PROGNOSEMETHODEN VON MARKTMACHT	19
a) Der Lerner Index	20
b) Die indirekte Prognose der Entstehung von Marktmacht	22
2) RELEVANZ DER MARKTABGRENZUNG FÜR DIE PROGNOSE	22
a) Wettbewerbstheoretische Fundierung der Marktabgrenzung	23
3) WETTBEWERBSRECHTLICHE FUNKTION/VERHÄLTNIS ZUR PROGNOSE	28
a) Marktabgrenzung und Prognose als getrennte Verfahrensschritte?	29
b) Marktabgrenzung für die Prognose nicht-koordinierter Effekte?	32
4) ERFORDERNIS EINER DYNAMISCHEN MARKTABGRENZUNG	35
a) Zukünftige Wettbewerbsaspekte	36
b) Die Angebotsumstellungsflexibilität.....	37
5) RIVALISIERENDE MARKTABGRENZUNGSMETHODEN	46
a) Das herkömmliche Bedarfsmarktkonzept	46
b) Der Hypothetische Monopoltest (HM- oder SNIP-Test).....	70
c. Teilmärkte und erweiterte Märkte	82
d. Kritik an der Teilung oder Erweiterung der Märkte	84
6. AUSWAHL VON MARKTABGRENZUNGSMETHODEN	85
KAPITEL B: PROGNOSE NICHT-KOORDINierter EFFEKTE AUF HOMOGENEN MÄRKTEN	89
1) DARSTELLUNG DER THEORIE.....	89
a) Das klassische Monopolmodell und das Modell des Stackelberg- Marktführers	90
b) Die Rolle der Kapazitätsschranken in der Wettbewerbstheorie	91
2) PROGNOSEKRITERIEN IN DEN KOMMISSIONSLEITLINIEN	92
a) Marktanteilsbetrachtung.....	93
b) Berechnungsmethode	93
3) Meinungen über die Indizwirkung von Marktanteilen	95
a) Herleitung der prospektiven Indizwirkung aus dem Lerner-Index	97
4) FKVO UND PRAXIS DER EU-ORGANE.....	98
a) Der Marktanteilsabstand.....	101
b) Volatilität der Marktanteile	102
5) STELLUNGNAHME.....	103
6) MARKTEXPANSIONS- UND MARKTMOBILITÄTSSCHRANKEN	104
a) Kapazitätserweiterungsschranken	106
b) Überwindung von Kapazitätserweiterungsschranken.....	107

c) Marktexpansionsschranken und Portfolio-Effekte	108
d) Übertagende Finanzkraft.....	110
e) Betriebsgrößen- und Verbundvorteile	111
f) Mangelnde Zugangsmöglichkeiten zu den Vertriebsnetzen.....	111
g) Markentreue	112
7) KRITISCHE STELLUNGNAHME ZUR KOMMISSIONSPRAXIS	112
8) VORSCHLAG EINER OPTIMALEN PROGNOSEMETHODE ÜBER MOBILITÄTSSCHRANKEN	114
KAPITEL C: PROGNOSE NICHT-KOORDINierter EFFEKTE AUF HETEROGENEN MÄRKTEN	117
1) THEORIE NICHT-KOORDINierter/UNILATERALER EFFEKTE.....	117
a) Produkt richterlicher Rechtsfortbildung.....	117
b) Modelle der preistheoretischen Revolution	118
c) Auffassung der Schulen von Harvard und Chicago.....	119
d) Modifikation der Annahmen in neoklassischen Modellen	120
e) Ökonometrische Determinanten der Modellanwendung	121
f) Wettbewerbsökonomische Unterscheidung zwischen koordinierten und nicht-koordinierten Effekten	122
2) DARSTELLUNG DER THEORIE.....	127
a) Prospektive Anreizanalyse	127
b) Auswirkung auf den wirksamen Wettbewerb.....	128
3) NICHT-KOORDINIERTE EFFEKTE IN DER VO NR. 4064/1989	129
a) Der Fall Airtours/FirstChoice und die Schutzlücke in der VO Nr. 4064/1989	130
4) ERFASSUNG NICHT-KOORDINierter EFFEKTE VOM SIEC-TEST.....	133
a) Rechtsnormative Bedeutung.....	133
b) Bedeutung für die Rechtsanwendung	135
c) Die Gegenposition	136
d) Stellungnahme zur Änderung des Art. 2 FKVO.....	136
e) Nicht-koordinierte Effekte in den Kommissionsleitlinien	142
f) Die Prognosekriterien	143
g) Prognose nicht-koordinierter Effekte vor der Reform	149
5) WERTENDE UND ABWÄGENDE PROGNOSEMETHODEN	156
a) Prognose von Produktdifferenzierungsschranken.....	156
b) Innovationen, Standards, Forschung und Entwicklung	157
c) Finanzkraft, Werbe- und Marketingmaßnahmen	158
6) DIE SIMULATION ALS PROGNOSEMETHODE	160
a) Wesen und Funktion der Simulation.....	160
b) Diagnose der Wettbewerbsabläufe vor dem Zusammenschluss.....	162
c) Spezifikation der Nachfragestruktur und „Hich-tech“- Nachfragesystemmodellierung	165
d) Prognose der Veränderung der Effizienzvorteile.....	180

e) Prognose der Verhaltensanreize für Wettbewerber.....	182
7) DEFIZITE DER SIMULATION ALS PROGNOSEMETHODE	183
a) Validität der Simulation als Beweismittel.....	186
b) Defizite der Simulation als Prognosemethode.....	187
c) Positive Aspekte und Empfehlungen	188

KAPITEL D: PROGNOSE DER WIRKSAMKEIT POTENTIELLEN WETTBEWERBS

KAPITEL D: PROGNOSE DER WIRKSAMKEIT POTENTIELLEN WETTBEWERBS	191
1) ARTEN DES POTENTIELLEN WETTBEWERBS	191
2) WECHSELWIRKUNG ZWISCHEN POTENTIELLEM UND AKTUELLEM WETTBEWERB	191
3) PROGNOSE DER WIRKSAMKEIT POTENTIELLEN WETTBEWERBS	193
a) „Objektiver“ und „subjektiver“ Prognoseansatz.....	193
b) Marktstrukturbezogene und quantitative Prognosemethoden.....	195
4) DEFINITIONEN UND WIDERSTREITENDE ERFAHRUNGSSÄTZE ÜBER MARKTZUTRITSSCHRANKEN.....	199
a) Theorie von Bain	199
b) Die Chicago School und die Theorie von Stigler	202
c) Die Meinung von Posner.....	205
d) Stellungnahme zum Theorienkonflikt.....	205
e) Theorie der bestreitbaren Märkte	209
f) Eintrittsverhindernde Wirkung der versunkenen Kosten	211
g) Definition zum Zwecke der Rechtsanwendung	214
5) PROGNOSE DER WAHRSCHEINLICHKEIT NEUER MARKTZUTRITTE	217
a) Höhe der Marktzutrittsschranken/subjektive Wahrscheinlichkeit	217
b) Marktzutrittsschranken/Prognose der Eintrittswahrscheinlichkeit	218
c) Produktdifferenzierungsvorteile.....	226
d) Produktdifferenzierungsvorteile als Chance für den Markteintritt	235
e) Werbung als Marktzutrittsschranke.....	237
f) Gesetzliche Marktzutrittsschranken.....	243
g) Rivalisierende Erfahrungssätze über Massenproduktionsvorteile	244
h) Marktphasenwechsel und Eintrittswahrscheinlichkeit.....	248
i) Verstopfung der Vertriebskanäle	250
j) Beispiele für hohe Eintrittswahrscheinlichkeit	251
6) PROGNOSE DER WIRKSAMKEIT POTENTIELLEN WETTBEWERBS	252
a) Einschätzung der Eintrittswahrscheinlichkeit	252
b) Der US-amerikanische Prognoseansatz	253
c) Praktische Prognosemethoden und Probleme	256
d) Der komplexere, quantitative Prognoseansatz	263
7) BEGRIFF UND BEDEUTUNG DES ZUTRITTSZEITRAUMS	274
a) Herkunft, Geschichte und Definition des Begriffs.....	274
b) Marktzutrittszeitraum, Höhe der Marktzutrittsschranken und Eintrittswahrscheinlichkeit	275

c) Bestimmung der Länge des Zutrittszeitraums.....	278
d) Prüfungsreihenfolge für die Prognose des Umschlagens potentiellen Wettbewerbs in aktuellen Wettbewerb.....	289
8) Prognose des erforderlichen Umfangs wahrscheinlicher Marktzutritte innerhalb des gebotenen Marktzutrittszeitraums	294
a) Verwaltungspraxis.....	296
b) Erfordernisse für verschiedene Eintrittsarten.....	298
c) Die Rolle der Vermögenswerte der etablierten Unternehmen	302
d) Länge des Marktzutrittszeitraums und strategische Verhaltensweisen der Altanbieter.....	303
e) Praktische Methode der Prognose der Eintrittszeit	304
f) Schwierigkeiten und Probleme bei der Einschätzung des Zutrittszeitraums.....	306
9) DIE PROBLEMATIK DER PROGNOSE DER WIRKSAMKEIT POTENTIELLEN WETTBEWERBS AM BEISPIEL DES AIRTOURS-URTEILS DES EUG	306
a) Die Airtours-Entscheidung der Kommission	306
b) Das Airtours-Urteil des EuG.....	307
c) Kritische Stellungnahme zur prognostischen Analyse des EuG.....	308
d) Notwendigkeit der Prognose des hinreichenden Umfangs des Eintritts oder der Expansion potentieller und aktueller Wettbewerber	310
10) SCHLUSSFOLGERUNGEN	314

KAPITEL E: DIE PROGNOSE KOORDINierter

ZUSAMMENSCHLUSSWIRKUNGEN	317
1) RECHT SERHEBLICHE ALLGEMEINE ERFAHRUNGSSÄTZE UND MUSTERVORAUSSAGEN	317
a) Marktbeherrschung durch Kollusion und Kollusionsparameter	317
b) Oligopolformen und Arten der Kollusion.....	319
c) Die Determinanten und die Wirkungskette der impliziten Kollusion.....	321
2) VERHINDERUNG DER KOLLEKTIVEN MARKTBEHERRSCHUNG ALS GEGENSTAND DER FKVO Nr. 4069/1989	323
3) VERHINDERUNG KOORDINierter EFFEKTE ALS GEGENSTAND DES ART. 2 ABS. 3 FKVO NR. 139/2004	325
a) Weitergeltung des rechtlichen Besitzstandes	325
b) Rechtssicherheitsprobleme bei der prospektiven Anwendung der Theorie koordinierter Effekte	326
c) Das Beweismaß für die Prognose koordinierter Effekte.....	328
4) METHODEN DER PROGNOSE KOORDINierter EFFEKTE	330
5) DIE QUALITATIVE, WERTENDE UND ABWÄGENDE PROGNOSEMETHODE	331
a) Die prospektive Strukturanalyse bzw. die Multifaktorentests	333
b) Das aktuelle Prognosemuster	337
c) Abschnitte der Prognoseerstellung im neuen Muster.....	339
d) Kritik und Vorschlag alternativer Prognoseansätze.....	341

6) AUFBAU EINZELFALLSPEZIFISCHER MODELLE ODER KOMBINATION MEHRERER EXISTIERENDER MODELLE	342
7) DARSTELLUNG DES AKTUELLEN PROGNOSEENTSCHEIDUNGSMUSTERS	344
a) Prognose des Zustandekommens der impliziten Kollusion	344
b) Notwendigkeit der prospektiven Prüfung weiterer Faktoren.....	357
c) Prognose der Beständigkeit der impliziten Kollusion.....	366
d) Prognose der Überwachungs- und Vergeltungsmöglichkeiten.....	376
e) Prognose der Stärke des Außenwettbewerbs	385
f) Indizwirkung vergangenen Wettbewerbsverhaltens.....	388
8) FALLSTUDIE KALI UND SALZ.....	390
a) Rügen von Generalanwalt Tesauro	391
b) Erster Aufhebungsgrund	391
c) Kritische Würdigung der Auffassung des Gerichtshofs.....	393
d) Zweiter Aufhebungsgrund	395
e) Dritter Aufhebungsgrund	396
f) Kritische Würdigung.....	397
g) Vierter Aufhebungsgrund.....	398
h) Erfahrungssätze des EuGH über die Wirksamkeit des aktuellen Wettbewerbs	398
i) Rivalisierende Erfahrungssätze, Prognose der Kommission und kritische Würdigung	399
9) FALLSTUDIE AIRTOURS-ENTSCHEIDUNG UND AIRTOURS-URTEIL	400
a) Kritik an der Airtours-Entscheidung der Kommission	400
b) Stellungnahme	403
10) AIRTOURS-URTEIL UND PROBLEME DER SELEKTION VON SPIELTHEORETISCHEN MARKTVERHALTENSNUMSTERN	405
a) Das Beispiel des Abschreckungsmechanismus.....	405
b) Das Gebot der dynamischen Prognose und Fehler des EuG.....	406
c) Prognose der Beständigkeit und Dauer der stillschweigenden Verhaltenskoordinierung	406
d) Bestrafung und „meeting of minds“.....	407
e) Probleme der Selektion spieltheoretischer Verhaltensmuster.....	409
f) Unterschreitung des gebotenen Prognosezeitraums	410
g) Rechtsfehlerhafte Nichtberücksichtigung rivalisierender Erfahrungssätze über die Nachfragevolatilität	412
h) Unzuverlässigkeit der Prognose des Marktverhaltens	406
i) „Kausalität“ der Bestrafung für nachhaltige koordinierte Zusammenschlusswirkungen?.....	417
j) Bedeutung und Rolle eines glaubwürdigen und effektiven Vergeltungsmechanismus.....	421
k) Marktstruktur und unternehmensbezogene Merkmale als Determinanten von Gruppendisziplin.....	423

1) Zusätzliche Vergeltungsmittel als destabilisierende Faktoren.....	425
11) SCHLUSSFOLGERUNGEN	428
LITERATURVERZEICHNIS	430

Einleitung

Das bisherige Leitbild des Schutzes der Wettbewerbsfreiheit wurde heftig kritisiert, weil es eine legalistische, formalistische und wenig ökonomisch inspirierte und fundierte Prognose der Wettbewerbswirkungen insbesondere von Zusammenschlüssen begünstige. Unter dem Vorwand eines stärker ökonomisch ausgerichteten Analyseansatzes hat sich mittlerweile das wohlfahrtstheoretische Leitbild des Schutzes der Konsumentenwohlfaht in der gesamten europäischen Kartellrechtsordnung durchgesetzt. Seit der Revision der FKVO im Jahre 2004 und der Einführung des "more economic approach" stellt sich die Frage, ob die Kommission mehr ökonomisch fundierte Prognosen anzustellen hat als in der Vergangenheit. Der neue Ansatz dient dem Ziel der ökonomischen Wohlfahrtssteigerung. Folgerichtig hat sich ein Umbruch in der Methodik der Erstellung von Prognosen in der Fusionskontrolle abgezeichnet. Änderungen in den Prognosemethoden umfassen hauptsächlich folgende Aspekte:

1. Die Abkehr von nicht analytischen, groben Rechtsanwendungsmethoden; dies könnte zuvörderst die intuitive Methode als Element eines unkontrollierten Beurteilungs- bzw. Prognosespielraums der Wettbewerbsbehörde betreffen.

2. Qualitative Wertungen, Schätzungen und Abwägungen können im Rahmen von Prognoseverfahren nicht überzeugender als erschöpfende Tatsachenfeststellungen und diesbezügliche prospektive empirische Analysen sein.

3. Der Rückgriff auf die Ökonometrie und der Einsatz quantitativer Methoden als integrierte Methoden der Erstellung von Prognoseentscheidungen oder als absolut zuverlässige Beweismittel über das wahrscheinliche Vorliegen bestimmter Tatsachen in Zukunft sollen fester Bestandteil des "more economic" fusionskontrollrechtlichen Prognoseansatzes werden.

4. Urteile über die wissenschaftliche Validität von fusionskontrollrechtlichen Prognosen sollen zuvörderst von Ökonomen gefällt werden. Aus diesem Grund wurde auch die Stelle des Chefökonom der Kommission geschaffen, der die ökonomische Fundierung ihrer wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen überprüfen soll.

1. Ziele der Untersuchung und Herangehensweise

In dieser Untersuchung werden rivalisierende juristische und ökonomische Konzepte für die Erfassung von wettbewerbsrelevanten Inhalten als Instrumente zur Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen nach einem Zusammenschluss vorgestellt. Hinter diesen Konzepten stehen allgemeine Erfahrungssätze bzw. Mustervoraussagen, die entweder von Juristen oder aber von Ökonomen aufgestellt wurden. Wenn nötig muss die Legitimität und Zweckmäßigkeit dieser Konzepte aus wettbewerbs- und wissenschaftstheoretischer Sicht hinterfragt

werden. Auch terminologische Unstimmigkeiten, die auf Grund der Interdisziplinarität der Fusionskontrolle entstanden sind, müssen aus der Welt geschafft werden. Ökonomische und juristische Konzepte müssen miteinander kompatibel gemacht werden.

Primäres Ziel dieser Untersuchung ist es, die verschiedenen Methoden zu untersuchen, die zur Prognostizierung der Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlusses eingesetzt werden. Dabei handelt es sich um rivalisierende Prognosemethoden. Herkömmliche, dem Vorwurf der legalistischen, formalistischen Denkrichtung ausgesetzte Prognosemethoden müssen empirischen und "high-tech"-ökonometrischen Prognosemethoden und deren Stärken und Schwächen gegenübergestellt werden. Von großer Bedeutung sind die wissenschaftstheoretische Zuverlässigkeit und der Beweiswert der Ergebnisse dieser Methoden für die Anstellung der Gesamtprognose über die Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlusses.

Die herkömmlichen Prognosemethoden sind qualitativ-wertender und abwägender Natur. Die nach Einführung der neuen Fusionskontrollverordnung favorisierten Methoden sind dagegen quantitativ. Wie in dieser Untersuchung zu zeigen ist, kann nur eine Mischung aus qualitativ-wertenden und quantitativen Methoden eine dem erforderlichen Beweismaß in der Fusionskontrolle genügende Prognose zeitigen. Es besteht keine Möglichkeit in der Fusionskontrolle, "objektive" Prognosen anzustellen. Gemischt qualitativ-quantitative Prognosemethoden bedingen eine Entscheidung des Rechtsanwenders unter Unsicherheit bzw. Annäherungsurteile.

Obwohl diese Untersuchung keinen rechtsvergleichenden Charakter hat und auf die europäische Fusionskontrollpraxis fokussiert, sind die gewonnenen Erkenntnisse auch auf andere Fusionskontrollrechte übertragbar. Insofern sind diese Erkenntnisse durchaus generalisierbar und werden in entsprechender Form präsentiert. Sie lassen sich im Großen und Ganzen auf alle europäischen sowie die US-amerikanische Fusionskontrollen übertragen. Aus diesem Grund wird an bestimmten Stellen dieser Arbeit auf Aspekte der Fusionskontrollpraxis der US-amerikanischen Antitrustbehörden und des Bundeskartellamtes hingewiesen. Dabei wird vorwiegend auf die Gesamtheit von rivalisierenden ökonomischen Theorien, Modellen, Konzepten und Methoden für die Prognose von horizontalen Zusammenschlusswirkungen eingegangen. Spezielle Aspekte von vertikalen und konglomeraten Zusammenschlusswirkungen sind größtenteils unberücksichtigt geblieben, da ansonsten diese Arbeit uferlos würde.

2. Gang und kurze Zusammenfassung der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit umfasst 5 Kapitel.

Im 1. Kapitel wird die Unmöglichkeit der direkten Prognose von Marktmacht dargestellt und die Notwendigkeit und Zweckmässigkeit des Konzeptes der Marktabgrenzung hervorgehoben. Vielmehr werden rivalisierende Marktabgrenzungsmethoden vorgestellt und deren Stärken und Schwächen analysiert. Das Bedarfsmarktkonzept und dessen qualitative Beurteilungsmethoden werden mit quantitativen Methoden wie Preis-, Preiskorrelations- und HM- bzw. SNIP-Tests und gemischt qualitativ-quantitativen Methoden wie die conjoint analysis verglichen. Die schwache Indizwirkung der Ergebnisse einzelner Methoden und deren Funktion als Arbeitshypothesen diktieren die differenzierte Anwendung mehrerer Ansätze entweder parallel oder als integrierte Diagnosemethoden. Die meisten Fälle aus der Kommissions- und Gerichtspraxis bringen dieses Gebot zum Ausdruck.

Im 2. Kapitel werden die Modelle und Methoden der Prognose nicht-koordinierter Effekte auf homogenen Produktmärkten untersucht. Indirekte, qualitative Kriterien und Prognosemethoden wie die strukturelle Ermittlung der Wettbewerbsstärke der Zusammenschlussparteien und der Überwindbarkeit von Marktexpansions- und -mobilitätsschranken durch die Mitbewerber werden als unerlässlich betrachtet. Quantitative Methoden scheitern an der Unmöglichkeit der direkten Prognose und Quantifizierung von Marktmacht. Beispiele aus der Kommissions- und Gerichtspraxis veranschaulichen diese Aspekte.

Im 3. Kapitel werden die Modelle und Methoden der Prognose nicht-koordinierter Effekte auf heterogenen Produktmärkten kritisch betrachtet und beurteilt. Es wird klargestellt, dass es keinen Streit über die theoretischen Grundannahmen und Variablen der Modelle gibt. Die Probleme der qualitativen, wertenden und abwägenden Prognosemethoden wie die Anreiz- und Interaktionsanalyse sowie die Analyse von Produktdifferenzierungsschranken werden dargestellt und die Unzulänglichkeiten der quantitativen "high-tech"-Methode der Simulation ausgiebig diskutiert. Gleichwohl wird in diesem Kapitel auf ökonomische Methoden hingewiesen, die viele Probleme der Simulation zu überwinden vermögen. Die Simulation scheint die einzige quantitative Prognosemethode zu sein, die vielversprechend ist. Beispiele aus der europäischen und US-amerikanischen Fusionskontrollpraxis untermauern diese Auffassung.

Im 4. Kapitel werden die Methoden der Prognose der Wirksamkeit des potentiellen Wettbewerbs, der als fester Bestandteil der Analyse für die Anstellung einer Gesamtprognose über die Lähmung des Wettbewerbs nach einem Zusammenschluss gilt. Die Prognose der Wirksamkeit des potentiellen Wettbewerbs bedingt die Anwendung mehrgliedriger Prognosemethoden und -verfahren. Es werden der objektive und der subjektive Prognoseansatz, das Konzept der Marktzutrittsschranken sowie die Wahrscheinlichkeit neuer Marktzutritte im erforderlichen Umfang und Zeitraum diskutiert und die praktischen Probleme der Entwicklung einer komplexen Prognosemethode dargestellt. Es wird anhand von Beispielen aus der Rechtspraxis gezeigt, dass nur gemischt qualitativ-quantitative Prognoseansätze Erfolg versprechend sind. Von der Beweiskraft der Marktzutrittsprognose hängt in hohem Maße die Zuverlässigkeit der Gesamtprognose ab, wie die Defizite des Airtours-Urteils nahelegen, die in der Arbeit aufgezeigt werden.

Im 5. Kapitel werden die komplexen Methoden der Prognose von koordinierten Zusammenschlusswirkungen kritisch betrachtet. Am Anfang des Kapitels werden die Mustervoraussagen bzw. die Grundmodelle für die Prognose von Wettbewerbsbehinderungen in Form von koordinierten Zusammenschlusswirkungen präsentiert. Der Streit zwischen rivalisierenden Grundmodellen wird am Ende des Kapitels endgültig gelöst. Im Schwerpunkt der Analyse stehen die Unzulänglichkeiten der qualitativen, wertenden und abwägenden Prognosemethode, die als Multifaktorentest aufgefasst wird. Das von der Kommission favorisierte Muster für die Prognose von koordinierten Zusammenschlusswirkungen wird ebenfalls kritisiert. Die Vorteile des Aufbaus einzelfallspezifischer Modelle oder der Kombination bereits vorgeschlagener Modelle werden deutlich gemacht. Im Ergebnis kann die Prognose von koordinierten Wettbewerbswirkungen nicht ohne qualitative Wertungen auskommen. Quantitative Prognosemethoden sind auf Grund der großen Modellierungskomplexität der dynamischen Interaktion der Oligopolisten kaum möglich. Am Ende werden die Probleme der qualitativ-wertenden Prognose des zukünftigen Vorliegens der Determinanten der impliziten Kollusion theoretisch und praktisch am Beispiel zwei großer Fallstudien veranschaulicht.

Kapitel A: Prognose von Marktmacht

1) Ältere quantitative Prognosemethoden von Marktmacht

Die direkte Messung von Marktmacht besteht in der Abschätzung der Möglichkeit eines Unternehmens, seinen Preis über die Grenzkosten zu setzen, ohne seine gesamte Nachfrage zu verlieren. Dennoch wäre die Anwendung einer Methode, die auf der Feststellung der Abweichung des Preises von den Grenzkosten beruht, trügerisch. Es gibt mehrere Gründe, warum der Preis über oder unter den Grenzkosten liegen kann. Ein Unternehmen kann im Rahmen einer Unterbietungsstrategie den Preis vorübergehend unter seine Grenzkosten setzen, um überschüssige Produktionsmengen leichter und schneller absetzen zu können, aus Marketinggründen z.B. als Teil einer Kampagne zur Einführung eines neuen Produktes usw. Das sind legitime Zwecke. Ein Unternehmen kann Preisunterbietungen jedoch auch als Mittel einer gegen einen oder mehrere Mitbewerber gerichteten Verdrängungsstrategie einsetzen¹. Es ist in der Praxis nicht sofort erkennbar, warum ein Unternehmen seine Preise unter seine Grenzkosten setzt und aus diesem Grunde kann die Feststellung von Einstandspreisen nicht ohne weiteres als Beweis von Marktmacht dienen.

Andererseits kann die Tatsache, dass die Preise das Niveau der Grenzkosten nicht übersteigen, nicht die Möglichkeit ausschließen, dass ein Unternehmen über Marktmacht verfügt. Fehlender Wettbewerbsdruck führt zum Verlust des „spirit of competition“ bei einem Monopolisten, der sorglos ein ruhiges Leben genießen kann, ohne sich länger um Kosteneinsparungen bemühen zu müssen. Die Folge ist eine Reihe von Kostensteigerungen, die in der Regel das Kostenniveau bei wirksamem Wettbewerb übersteigen. Die Tatsache, dass der Preis nicht über diesen überschießenden Kosten liegt, bedeutet nicht, dass der Monopolist nicht über Marktmacht verfügt. Im Wettbewerb mit anderen Konkurrenten würde er wohl seine Kosten und seine Preise senken müssen². Gleichwohl kann die Prognose von Preisen über den Grenzkosten als sehr starkes Indiz für die Behinderung wirksamen Wettbewerbs infolge eines Zusammenschlusses interpretiert werden. Die alte quantitative Methode der Diagnose und Prognose von Marktmacht beruht auf der Verwendung des Lerner-Index.

1 Vgl. Adt, in von der Groeben/Schwarze 2003, S. 850, Rn. 185

2 Neven/Nuttall/Seabright, Merger in Daylight 1993, S. 18

a) Der Lerner Index

Der Lerner Index ist eine direkte Methode zur Messung von Marktmacht³. Der Lerner Index wird definiert als die Differenz zwischen dem Preis P_i und den Grenzkosten K_i im Verhältnis zum Preis P_i (over price ratio). Der Lerner Index mißt die proportionale Abweichung des Preises eines Unternehmens von den Grenzkosten des Unternehmens bei Gewinn maximierenden Ausbringungsmengen⁴. Die praktische Anwendung dieser Methode ist jedoch mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Die größte Schwierigkeit besteht in der Notwendigkeit der Schätzung der Grenzkosten, die ein theoretisches Konstrukt darstellen⁵. Die Ermittlung der Auswirkung einer prozentualen Veränderung der Ausbringungsmengen eines Unternehmens auf die Produktionskosten ist oft unmöglich, auch wenn man nahezu vollständige Informationen über die von einem Unternehmen angewandten Technologien und Produktionsverfahren hat⁶. Selbst unter den Managern eines Unternehmens bestehen in der Regel Unstimmigkeiten über die richtige Methode für die Schätzung der Grenzkosten. Vielmehr können Wettbewerbsbehörden mit ihrem unzureichenden Wissen über die jeweilige Branche, die angewandten Technologien und das jeweils in Betracht kommende Unternehmen nur spekulative Schätzungen über die Grenzkosten vornehmen. Wenn die Grenzkosten bekannt wären, könnte der Lerner-Index direkt berechnet werden, ohne dass die Nachfrageelastizitäten geschätzt werden müssten.

Andererseits können über Marktmacht verfügende Unternehmen hohe Betriebskosten haben. Diese Kosten sind auf das im Monopol anzutreffende Phänomen der produktiven Ineffizienz zurückzuführen. Wegen der produktiven Ineffizienz und der daraus folgenden hohen Kosten werden solche mit Monopolmacht ausgestatteten Unternehmen relativ kleine Gewinnmargen haben. Die Anwendung des Index kann insofern ergeben, dass ein mit Marktmacht ausgestattetes Unternehmen keine Marktmacht hat, da sie hinter seiner Ineffizienz ver-

3 Vgl. Buchs 1987, S. 101

4 Als Referenzmodell dient das Modell der vollständigen Konkurrenz. Marktmacht liegt vor, wenn der Lerner Index nicht Null, sondern positiv ist, vgl. Lerner, Rev. Econ. Studies 1934, S. 157 ff.; die Lerner Formel lautet: $L_i = (P_i - C_i')/P_i = 1/e_i$ wobei L_i ist the Lerner Index für Unternehmen i ; P_i and C_i' sind der Preis und die Grenzkosten (the effect on total costs of the smallest change in output) bei der Gewinn maximierenden Ausbringungsmenge eines Unternehmens; und e_i ist die eigene Preiselastizität der Nachfrage des Unternehmens

5 vgl. Camesasca, Efficiencies 2000, S. 58; Buchs 1987, S. 102; Office of Fair Trading/NERA 1999, S. 15

6 Vgl. Landes/Posner, Harv. Law. Rev. 1981, S. 941: But because marginal cost is a hypothetical construct ... it is very difficult to determine in practice, especially by the methods of litigation.”

borgen bleibt. Ähnliches gilt für sehr niedrige Preise, wenn ein Unternehmen eine Verdrängungsstrategie mit Untereinstandspreisen verfolgt und seine Marktmacht nicht zum Vorschein kommt, da er seine Monopolpreise vorerst gesenkt hat⁷.

Da der Lerner-Index praktisch nicht geschätzt werden kann, könnte Marktmacht durch direkte Messung der eigenen Preiselastizität der Nachfrage der zusammengeschlossenen Unternehmen geschätzt werden⁸. Leider ist die direkte Schätzung der eigenen Preiselastizität der Nachfrage anhand des verfügbaren Datenbestandes sehr schwierig. Es gibt vier Gründe, warum die Schätzung der Preiselastizitäten ein komplexes Unterfangen darstellt.

1. Obwohl es manchmal möglich ist, die Nachfrageelastizität oder die Angebotselastizität (Angebotsumstellungsflexibilität) mit großer Präzision zu schätzen, ist die Schätzung beider Größen mit Schwierigkeiten verbunden. Die Schätzung der Nachfrageelastizität ist möglich, wenn die Nachfrageentwicklung relativ konstant ist und Verschiebungen des Angebots festzustellen sind (das Angebot variiert), so daß auf Grund der Interaktion der verschiedenen Angebotskurven mit der konstanten Nachfragekurve die grafische Darstellung und numerische Schätzung der Nachfragekurve ermöglicht wird. Gleichwohl ist in diesem Fall die Schätzung der Angebotselastizität auf Grund der Angebotsverschiebungen schwierig⁹.

2. Die Höhe der Elastizitäten wird in unterschiedlichen Punkten entlang der Angebots- und Nachfragekurven variieren. Dies verkompliziert das Schätzverfahren, da jede Ableitung eines Elastizitätswertes nur dann gültig ist, wenn es nur kleine Veränderungen um den anfänglichen Gleichgewichtspunkt gibt.

3. Statistische Probleme vermehren sich je länger die Produktions- und Vertriebswege sind bzw. je mehr vorgelagerte Märkte in einem bestimmten Zusammenschlussfall vorliegen. Der Grund dafür ist, dass für jede weitere Wirtschaftsstufe die Schätzung von zwei zusätzlichen Elastizitäten notwendig ist¹⁰.

Mittlerweile hat die Ökonometrie neue Methoden entwickelt¹¹, die die direkte Prognose der Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlusses ermöglichen sollen, auf die in Kapitel 3 näher einzugehen ist.

7 Motta, Competition Policy 2004, S. 117

8 Landes/Posner, Harv. Law Rev. 1981, S. 937

9 Landes/Posner 1979, S. 619

10 vgl. Neven/Nuttall/Seabright, Merger in Daylight 1993, S. 45; Camesasca 2000, S. 81, Rn. 271

11 vgl. Camesasca 2000, S. 5

b) Die indirekte Prognose der Entstehung von Marktmacht

Der Hauptgrund, warum selbst die neuen high-tech direkten Prognosemethoden von Marktmacht in der Fusionskontrolle nicht immer angewandt werden können, wie noch ausführlich darzulegen ist, ist die Nicht-Verfügbarkeit der erforderlichen Datenbestände für die Durchführung von ökonometrischen Analysen in der Praxis¹². Aus diesem Grund wird von den Wettbewerbsbehörden typischerweise eine eher indirekte Methode der Prognoseentscheidungserstellung angewendet, die, wie noch zu zeigen ist, aus zwei Prognoseerstellungsabschnitten besteht. Der erste Abschnitt umfasst die möglicherweise dynamische, zukunftsgerichtete Abgrenzung des relevanten Marktes und der zweite eine umfassende prospektive Wettbewerbsanalyse anhand der Prognosekriterien des Art. 2 FKVO, die zur Einschätzung der aus einem Zusammenschluss erwachsenden Verhaltensspielräume herangezogen werden.

2) Relevanz der Marktabgrenzung für die Prognose

Die Marktabgrenzung determiniert den Analyserahmen, in dem die Prognose über die Wirkungen eines Zusammenschlusses auf den Wettbewerb angestellt wird¹³. Die Marktabgrenzung wird vor dem Abschnitt der Anstellung der eigentlichen Prognose über die zu erwartenden Wettbewerbseffekte einer Unternehmensfusion vorgenommen, d.h. in der Phase der Ermittlung der gegenwärtigen Marktstellung der Zusammenschlußspartner und der Informationssammlung über die vor dem Zusammenschluss herrschenden Wettbewerbsbedingungen. Sie stellt insofern eher eine Diagnose dar¹⁴. Gleichwohl kann die Marktabgrenzung, wenn sie dynamischen Charakter hat, und die Angebotssubstitution bzw. der potentielle Wettbewerb schon in diesem Abschnitt berücksichtigt wird, prognostische Züge aufweisen¹⁵ und insofern integraler Bestandteil der eigentlichen Prognose der Zusammenschlusswirkungen sein.

Das Ergebnis der Prognoseentscheidung hängt in hohem Maße von der Größe des relevanten Marktes ab. Eine Marktdefinition, die nicht alle tatsächlichen Produktsubstitute berücksichtigt hat, wird die Erstellung einer falschen

12 vgl. Van den Bergh / Camesasca, *European Competition Law and Economics* 2002, S. 321; Camesasca 2000, S. 60 - Rn. 43, S. 74 - Rn. 66

13 vgl. Briones 1994, S. 195

14 vgl. Herdzina 1999, S. 73 und 76 f.; so im Ergebnis auch Haggenev 2005, S. 98

15 vgl. Kommissionsmitteilung 1997, § 12, App. 26; Van Bael/Bellis 2005, S. 387, Rn. 6-094; Adt, in von der Groeben/Schwarze 2003, S. 843, Rn. 156

Prognose zur Folge haben¹⁶. Die Nichtberücksichtigung eines Wettbewerbers vermittelt ein falsches Bild über die Wettbewerbsverhältnisse und über die eventuell vorhandene oder sich im Entstehen befindende Marktmacht bzw. die Fähigkeit, wirksamen Wettbewerb infolge des Zusammenschlusses zu behindern¹⁷. Obschon die Marktabgrenzung funktionell mit der Ermittlung der Marktanteile der Wettbewerber¹⁸ bzw. der Quantifizierung des Gesamtvolumens des relevanten Marktes und dessen Verteilung auf die auf diesem Markt tätigen Unternehmen in Verbindung gebracht wird, so daß die Marktabgrenzung als ein dem Ziel der Marktkonzentrationsmessung untergeordneter Prüfungsabschnitt erscheint¹⁹, greift die so verstandene Instrumentalfunktion der Marktabgrenzung, wie nachstehend zu zeigen sein wird, zu kurz. Nur nach erfolgter Marktabgrenzung kann über die Marktanteilsberechnung hinaus eine fundierte Würdigung der Wettbewerbsbeziehungen anhand der in Art. 2 Abs. 1 a) und b) festgelegten Prognosekriterien vorgenommen werden, auf die es letztendlich bei der Erstellung der Prognoseentscheidung ankommt²⁰.

a) Wettbewerbstheoretische Fundierung der Marktabgrenzung

In der Wettbewerbstheorie wird das Konzept der Marktabgrenzung als geeignetes und unabdingbares Instrument zur Identifizierung von Marktmacht erachtet²¹. Vielmehr beruht das Marktmachtkonzept selbst auf der Möglichkeit der Unterteilung des beliebig definierbaren und grenzenlos anmutenden Gesamtmarktes in empirisch erfassbare Teilmärkte. Das ist eine Prämisse, die von den Vertretern des systemtheoretischen Leitbildes und der „Austrian School“ stark kritisiert wurde²². Das Marktsystem sei nach dieser Theorie einheitlich (Non-Separabilis-These), alle Teilmärkte stehen über Kosten und Preise in mehr oder

16 vgl. Van Bael/Bellis 2005, S. 386, Rn. 6-093; Haggenev 2005, S. 74; Cook/Kerse 2000, S. 152

17 vgl. Navarro Varona u.a. 2002, S. 88, Tz. 5.03; Opgenhoff, 2001, S. 88; Office of Fair Trading / NERA 1999, S. 14

18 vgl. Adt, in von der Groeben/Schwarze 2003, S. 842, Rn. 155

19 vgl. Schulz 2003, S. 34; Briones 1994, S. 195; Walker 2006, S. 474; vgl. Drauz/Götz 1995, S. 70; Wagner-von Papp 2004, S. 203; Löffler 2001, S. 69, Rn. 14

20 vgl. EuGH v. 21.02.1973, Rs. 6/72, „Continental Can“, EuGHE 1973, S. 215, 249 f., der die Nützlichkeit der Marktabgrenzung nicht nur in der Ermöglichung der Marktanteilsermittlung, sondern ebenfalls in der Ermöglichung der Feststellung des Vorhandenseins oder Fehlens tatsächlichen und / oder potenziellen Wettbewerbs sah; kritisch hierzu Van den Bergh/Camesasca, 2002, S. 322

21 vgl. Camesasca / Van den Bergh 2002; vgl. Möschel 1974, S. 21

22 s. vor allem Hoppmann 1972, S. 48; Bartling 1980, S. 92 ff.

weniger starker Interdependenz zueinander²³, so daß jeder Versuch einer Grenzziehung notgedrungen willkürlich wäre²⁴. Dagegen wurde eingewendet, eine Teilmarktabgrenzung könne sehr wohl nach sachgerechten, auf das Phänomen Wettbewerb zugeschnittenen Kriterien vorgenommen werden. Die Wettbewerbsökonomie untersucht nicht die ökonomische Abhängigkeit der einzelnen Teilmärkte voneinander, was Aufgabe der Makroökonomie ist, sondern das Phänomen Wettbewerb. Sie zieht das Konzept der Nachfrage- und Angebots-substitution zwischen einzelnen Produkten heran, um einen sachlich begründeten Marktausschnitt aus der Vielzahl weiterer Substitutionsbeziehungen zu bestimmen²⁵. Welche Marktbeziehungen für die Anwendung dieses Konzepts relevant sind, ergibt sich aus dem Schutzzweck der jeweiligen Gesetzesbestimmung. Dabei handelt es sich um eine normative Frage²⁶.

Das Konzept der Nachfrage- und Angebotssubstitution zwischen verschiedenen Produkten, das sowohl in ökonomischer als auch in juristischer Hinsicht sehr abstrakt und kaum operabel ist, kann mit Hilfe verschiedener, dem Anschein nach rivalisierender Konzepte konkretisiert werden. Diese sind das Bedarfsmarktkonzept, das das älteste Konzept ist²⁷ und in der Praxis größtenteils mit der Anwendung qualitativer Diagnose- und Prognosemethoden assoziiert wird, das Konzept der Wirtschaftspläne, das ebenfalls mit qualitativen Diagnosemethoden einhergeht und der Hypothetische Monopoltest oder SSNIP-Test, dessen Anwendung in einer Mischung aus qualitativen und quantitativen Analysemethoden besteht. Daneben sind zu erwähnen Robinson's Theorie der Substitutionslücken²⁸ und von Stackelberg's Theorie der Marktbeziehungen²⁹, die je-

-
- 23 vgl. Herdzina, in Andrea (Hrsg.) FS für Benisch 1989, S. 7; Hoppmann 1977, S. 9
- 24 s. die einleuchtende Kritik von Edwards, in: Festgabe für Kronstein, 1967 S. 237 ff., der die Abgrenzung des Marktes in räumlicher und sachlicher Hinsicht als überholt ansieht
- 25 vgl. Möschel 1978, S. 48; Lademann, Schwerpunkte 1999, S. 70; vgl. Varona u.a. 2002, S. 87
- 26 Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes, a.a.O., S. 30; Ebel/Funke 2002, S. 47; Für eine Marktabgrenzung aufgrund einheitlicher Kriterien und damit gegen eine schutzzweckadäquate Marktabgrenzung plädieren u.a.: Schmidt, I. US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, Berlin 1973, S. 52 f.; Sandrock, Grundprobleme der sachlichen Marktabgrenzung, in: Merz, H. / Schlupe, W. R. (Hrsg.), Recht und Wirtschaft heute, S. 467 ff
- 27 Seine Väter sind Arndt 1958, S. 217 ff. und Abbot 1973, S. 45
- 28 Robinson 1965, S. 4 f.; Ihre Theorie besagt, dass alle Konsumgüter in Konkurrenz um die Kaufkraft der Konsumenten stehen und insofern eine Substitutionskette bilden. Gleichwohl können sich innerhalb der Substitutionskette unterschiedliche Gütergruppen befinden. Die Substitutionskette kann unterbrochen werden, wenn die Substituti-

doch auf Grund ihrer Unergiebigkeit, Abstraktheit und mangelnder Operationalisierbarkeit als rivalisierende Marktabgrenzungsansätze generell nicht in Betracht kommen³⁰. Aus diesem Grund ist auf sie hier nicht näher einzugehen.

Diesen Konzepten, die als Rechtskonkretisierungs- und anwendungsmethoden interpretiert werden können, liegen – wie anfangs erwähnt – die wettbewerbstheoretischen Konzepte der Nachfragesubstitution und der Angebotsumstellungsflexibilität zugrunde. Die Nachfragesubstitution wird im Zusammenhang mit dem Konzept der Preiselastizität der Nachfrage definiert. Beide Konzepte werden schließlich mit dem Erkenntnisinteresse der Wettbewerbstheorie assoziiert, nämlich Marktmacht zu identifizieren³¹. Die Möglichkeit, Marktmacht auszuüben, hängt nach den Erkenntnissen der Mikroökonomie und der Wettbewerbstheorie von der Preiselastizität der Nachfrage auf dem jeweils einschlägigen Preisniveau ab, die ihrerseits vom Vorhandensein von marktgleichwertigen Substituten für die in Frage kommenden Produkte sowie von der Anbietersubstitution abhängt³². Die Wettbewerbstheorie hat verschiedene Preiselastizitäten der Nachfrage konzipiert³³. Nachfolgend wird die Abkürzung Nachfrageelastizität für die eigene Preiselastizität der Nachfrage verwendet. Hinter all diesen Konzepten steht die grundlegende, empirisch weitgehend nicht falsifizierte Einsicht, daß die Nachfrage nach einem Gut vom Preis dieses Gutes entscheidend abhängt und im Regelfall mit steigendem Preis abnimmt³⁴.

onsmöglichkeiten innerhalb einer Gruppe von Gütern größer sind als zwischen Gütern dieser Gruppe und anderen Gütergruppen.

29 vgl. Schmidt 2001, S. 49 ff.

30 zu den Defiziten der Theorie der Substitutionslücken s. z.B. Herdzina 1999, S. 75; Schmidt 2001, S. 8: „Vorläufer des Konzeptes des relevanten Marktes“

31 vgl. Briones, ECLR 1994, S. 196

32 vgl. Rubinfeld, ALJ 2000, S. 165; Neven/Nuttall/Seabright, Merger in Daylight, S. 18; Gey, Potentieller Wettbewerb, S. 35

33 als Erster, der in den Kapiteln 3-4 seines 1890 erschienenen Buchs mit dem Titel „Principles of Economics“ die Konzepte der Preiselastizität der Nachfrage analysiert hat, gilt Alfred Marshall; neuere Untersuchungen haben jedoch ergeben, daß das Phänomen der Nachfrage schon 1699 von Charles Davenant in seinem Aufsatz „Probable Methods of Making People Gainers in the Balance of Trade“ untersucht wurde und die formelle Darstellung der ersten Nachfragekurve in Pietro Verri's 1760 in Venedig erschienenen Buch „Elementi del Commercio“ zu finden ist; s. dazu die weiterführenden Nachweise bei Werden, ALJ 1998, S. 364, Fn. 5 und 6; s. aber die Bedenken von Scheffman gegen das Konzept der Nachfragekurve in Scheffman 1996, S. 118; seine Bedenken erinnern an die wissenschaftstheoretische Kritik an die Positivierung der Ökonomie wider die Natur.

34 s. Marshall, Principles of Economics, S. 84

Es lassen sich die Nachfrageelastizität für den gesamten relevanten Markt eines Produktes von der eigenen Nachfrageelastizität für jedes einzelne auf diesem Markt tätige Unternehmen unterscheiden³⁵. Das einzelne Unternehmen sieht sich in der Regel einer höheren Nachfrageelastizität als der ganze relevante Markt gegenüber. Die Nachfrageelastizität des ganzen Produktmarktes kann für die Zwecke der Abgrenzung des relevanten Marktes nicht berechnet werden, denn ihre Schätzung setzt die Existenz eines bereits abgegrenzten Marktes voraus³⁶. Die eigene Nachfrageelastizität eines Produktes gibt dagegen an, in welchem relativen Verhältnis eine Preisänderung zu der durch sie ausgelösten Veränderung der nachgefragten Menge steht. Anders formuliert, ist die eigene Preiselastizität der Nachfrage die prozentuale Veränderung der nachgefragten Menge in Erwidern auf eine einprozentige Preisänderung eines Produktes³⁷. Die eigene Nachfrageelastizität mißt damit die Stärke eines angeblichen Ursache-Wirkungszusammenhangs, wobei folgende Formel gilt: Elastizität = Relative Mengenänderung / Relative Preisänderung. Die Nachfrage wird als elastisch oder unelastisch bezeichnet, je nachdem, ob die nach obiger Formel bezeichnete Elastizität größer oder kleiner als 1 ist. Bei einer Elastizität >1 spricht man von einer elastischen Nachfrage, bei einer solchen von <1 von einer unelastischen Nachfrage³⁸. Eine geringe Elastizität impliziert eine geringe Substituierbarkeit des fraglichen Produktes³⁹.

Die Nachfrageelastizität wird von den Ausweichmöglichkeiten der Abnehmer, d.h. von der Verfügbarkeit von Austauschprodukten determiniert. Je

-
- 35 vgl. zum Ganzen, Landes / Posner, Harv. L. Rev. 1981, S. 944 ff.; Neven/Nuttall/Seabright, Merger in Daylight, S. 20; Carlton / Perloff, Modern Industrial Organization, S. 65 ff.; Kantzenbach/Kottmann/Krüger, Kollektive Marktbeherrschung, S. 20, 82: Die Elastizität der Gesamtnachfrage spiegelt die Intensität der Wettbewerbsbeziehungen zu Anbietern auf räumlich und sachlich benachbarten Märkten wieder, während die Preiselastizität der Einzelnachfrage für jeden Anbieter die Wettbewerbsbeziehung zwischen ihm und seinen aktuellen Wettbewerbern auf dem jeweils in Frage kommenden Markt wiedergibt; Camesasca, Efficiencies, S. 79, Rn. 72
- 36 für eine formelle Darstellung siehe Werden, ALJ 1998, S. 365; Pfähler/Wiese, Unternehmensstrategien im Wettbewerb, S. 47-48
- 37 Carlton / Bishop, FCLI 1993, S. 418; Ivaldi et al., Economics of Unilateral Effects, S. 10; Pindyck/Rubinfeld, Microeconomics, S. 30: "an elasticity measures the sensitivity of one variable to another. Specifically, it is a number that tells us the percentage change that will occur in one variable in response to a 1% increase in another variable. For example, the price elasticity of demand measures the sensitivity of quantity demanded to price changes."
- 38 vgl. Denzel, Materielle Fusionskontrolle, S. 45; Gey, Potentieller Wettbewerb, S. 35; Korthals, in Schulte 2006, S. 328, Rn. 1156
- 39 Kommission v. 24.4.96, IV/M.619 "Gencor / Lonrho", Tz. 42 f.

weniger marktgleichwertige Substitute vorhanden sind und je schwieriger es anderen Unternehmen fällt, ihre Produktion und ihr Angebot auf die Produkte der fusionierenden Unternehmen umzustellen, desto unelastischer wird die Nachfrage sein. Die fusionierte Unternehmenseinheit kann dann ihre Preise über das normale Wettbewerbsniveau hinaus hochtreiben, ohne Gewinn schmälernde Absatzverluste fürchten zu müssen⁴⁰. Die Preiselastizität der Nachfrage bringt das Ausmaß der Abhängigkeit der Nachfrager vom Monopol zum Ausdruck⁴¹. Die Marktabgrenzung zielt konsequenterweise auf die Identifizierung von solchen Substituten und Wettbewerbern ab, die die Ausübung von Marktmacht einschränken können⁴². Der sachlich und geographisch relevante Markt umfasst all diejenigen Güter und Regionen, die einen wesentlichen Wettbewerbsdruck auf die in Frage stehenden Produkte und Regionen ausüben. Mit dem Konzept der Preiselastizität der Nachfrage trägt die Wettbewerbstheorie dazu bei, Indikatoren des Wettbewerbsgeschehens zu entwickeln, um die Abgrenzung der Teilmärkte anhand sachgerechter Kriterien zu begründen.

Obwohl die Wettbewerbstheorie durch die modelltheoretische Konzeption der Preiselastizität der Nachfrage die Weichen gestellt hat, um die Abgrenzung des relevanten Marktes auf der Grundlage fundierter Erkenntnisse der Industrieökonomik durchführen zu können, konnten ihre Verdienste für die Zwecke praktischer Rechtsanwendung lange nicht fruchtbar gemacht werden⁴³. Man kann zwei Kategorien von Anwendungsschwierigkeiten identifizieren: Auf der einen Seite ergaben sich erhebliche Probleme beim Versuch der Operationalisierung des modelltheoretischen Konzeptes und der Entwicklung einer tauglichen Methodologie seiner Anwendung in der Praxis. Auf der anderen Seite konnten bislang keine kritischen Schwellenwerte für die Enge der Substitutionsbeziehungen festgelegt werden, die es erlauben würden, die Grenzen zwischen Märkten eindeutig und ohne weitere Wertungen zu ziehen⁴⁴. Insoweit erweist sich die Definition des relevanten Marktes ähnlich wie das Marktbeherrschungskonzept als eine Maß- und Gradfrage, die ohne abwägende Beurteilungen nicht beantwortet werden kann und vom jeweiligen Schutzzweck des Regelwerks her bestimmt wird⁴⁵.

Auf Grund dieser Probleme wurden verschiedene, miteinander konkurrierende Marktabgrenzungskonzepte entwickelt, die bemüht sind, sowohl den

40 vgl. Neumann, Wettbewerbspolitik, S. 10; Gey, Potentieller Wettbewerb, S. 36

41 Neumann 2001, S. 10

42 vgl. Bishop / Walker, Economics of EC Competition Law, S. 84-85; Camesasca / Van den Bergh, Ant. Bull. 2002, S. 146 ff.

43 vgl. Lademann, Schwerpunkte 1999, S. 67

44 vgl. Scheffman 1996, S. 118

45 vgl. Tzouganatos 1983, S. 92

Problemen und Einschränkungen bei der Anwendung wirtschaftswissenschaftlicher Meßmethoden der theoretischen Konzepte in realen Sachverhalten als auch den Eigentümlichkeiten und Anforderungen an die vom Recht gesteuerten Anwendung in Kartell- und Fusionskontrollverfahren Rechnung zu tragen. Es muß gleichwohl betont werden, daß alle Marktabgrenzungskonzepte vom selben theoretischen Grundmodell der Nachfrage- und Angebotssubstitution ausgehen und darauf aufbauen. Erhebliche Unterschiede bestehen in der Methodologie, die zugrunde gelegt wird, um die Marktabgrenzungskonzepte operabel zu machen.

3) Wettbewerbsrechtliche Funktion und Verhältnis zur Prognose

In der Fusionskontrollverordnung wird nicht ausdrücklich festgeschrieben, daß ein Markt abgegrenzt werden muß, auf den sich die prospektive Prüfung der Gefahr der Behinderung wesentlichen Wettbewerbs beziehen muß⁴⁶. Es stellt sich daher die Frage, welche die rechtlichen Gesichtspunkte sind, die es gebieten, daß sich die Prognoseentscheidung über die Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlusses auf einen abgegrenzten Marktteil des konturenlosen Marktgeschehens erstrecken muß⁴⁷. Dem Wortlaut des Eingriffstatbestandes von Art. 2 Abs. 3 FKVO kann nicht entnommen werden, daß die Prognoseentscheidung über die wettbewerbsbehindernden Wirkungen des zu prüfenden Zusammenschlusses einen spezifischen Referenzmarktausschnitt zum Gegenstand haben muß.

Dennoch wird in den Abs. 1 a) und b) desselben Artikels die rechtssystematische Verbindung der Prognoseentscheidung gem. Abs. 3 mit der Notwendigkeit der Bestimmung spezifischer Marktausschnitte hergestellt. Art. 2 Abs. 1 a) und b) schreibt Prognosekriterien vor, die der FKVO-Anwender bei der Prüfung der Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlusses zu beachten hat. Der Wortlaut der Vorschrift unterstreicht mit Ausdrücken wie „die Struktur aller betroffenen Märkte“, „die Marktstellung ... der beteiligten Unternehmen“, ihren „Zugang zu den Absatz- und Beschaffungsmärkten“ sowie Entwicklungen „bei den jeweiligen Erzeugnissen und Dienstleistungen“ den Bezug der Prognosekriterien und folgerichtig auch der Prognoseentscheidung auf einen oder mehrere Marktausschnitte aus dem Geflecht unzähliger, total interdependenter Marktbeziehungen⁴⁸. Der Wortlaut der Norm deutet deutlich auf die Notwendigkeit der

46 vgl. Löffler, Kommentar, S. 68, Rn. 13

47 vgl. Neveling, Die sachliche Marktabgrenzung, S. 139

48 vgl. Neveling, Die sachliche Marktabgrenzung, S. 140; a.A. Baur, in FS Kummer, S. 298, der die Ansicht vertritt, daß der Wortlaut eine einstufige Prüfung nicht aus-

Marktabgrenzung für die Erstellung der Prognoseentscheidung hin⁴⁹, ohne sie gleichwohl explizit vorzuschreiben. Das schlüssige Erfordernis der Marktabgrenzung kann als Voraussetzung der rechtsfehlerfreien Anwendung des Art. 2 FKVO und folglich der Gültigkeit der Prognoseentscheidung gemäß Abs. 3 desselben Artikels angesehen werden. Die Notwendigkeit der Marktabgrenzung als Vorstufe der prospektiven Wettbewerbsanalyse der Wirkungen eines Zusammenschlusses auf den Wettbewerb hat auch der EuGH in seinem Kali und Salz – Urteil hervorgehoben⁵⁰.

a) Marktabgrenzung und Prognose als getrennte Verfahrensschritte?

Es gibt Stimmen in der Literatur, die die Unerläßlichkeit der Marktabgrenzung bestreiten. Sie befürworten dagegen die Prüfung der Wirkungen eines Zusammenschlusses auf den Wettbewerb in einem Schritt. Statt einer zweistufigen Prüfung, in der als Erstes der relevante Markt definiert und in einem zweiten Schritt die Gefahr der Behinderung wirksamen Wettbewerbs insbesondere durch Marktbeherrschung geprüft wird, wird von diesen Autoren eine einstufige Prüfung favorisiert. Als Begründung für die Bevorzugung des einstufigen Verfahrens für die Erstellung der Prognoseentscheidung wird von den kritischen Stimmen in der Kartellrechtswissenschaft angeführt, daß die Frage der Marktabgrenzung von der Frage der Behinderung wirksamen Wettbewerbs bzw. der Marktbeherrschung nicht auseinander gehalten werden kann, zumal die Feststellung der Beweglichkeit der Nachfrage bzw. der Substitutionsbereitschaft der Marktgegenseite schon im Prüfungsschritt der Marktabgrenzung das Vorhandensein lebhaften Wettbewerbs indiziere⁵¹. Darüber hinaus sei die Marktabgrenzung in der Praxis in gewissem Umfang willkürlich und erfolge nicht nach objektiven Kriterien. Eine normative Beurteilung sei immer erforderlich und es sei angebracht, eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, die direkt auf die Entstehung von vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierten Spielräumen ausgerichtet sein müsse⁵².

Die Ansicht, die eine einstufige Prognoseentscheidungserstellung für möglich hält, schlägt nach der hier vertretenen Meinung fehl, wenn sie aus der Verfügbarkeit von marktgleichwertigen Erzeugnissen und dem Bestehen von Sub-

schließt. Er bezieht sich zwar auf die Beurteilungskriterien der deutschen Fusionskontrolle, diese stimmen allerdings mit denen der FKVO auch wörtlich überein.

49 vgl. Kögel 1993, S. 98

50 s. EuGH Kali und Salz, Rn. 143

51 Sandrock, FS Kummer, S. 460 und 461; Knöpfle, DB 1990, S. 1385 und 1386; Marko, Marktbeherrschende Unternehmen, S. 70

52 Theege, Marktabgrenzung, S. 61; Hesse, WuW 1981, S. 28

stitutionsmöglichkeiten den Schluß auf das Bestehen wirksamen Wettbewerbs zieht. Die Frage der Marktmacht eines Unternehmens kann in den meisten Fällen nur im Vergleich zur Marktstellung seiner Konkurrenten beurteilt werden. Dafür ist eine Identifizierung der Unternehmen erforderlich, die als Wettbewerber der neuen Unternehmenseinheit auftreten⁵³. Die Prognosekriterien des Art. 2 Abs. 1 b) diktieren in der Tat die Anstellung eines Vergleichs zwischen der Marktstellung der neuen Unternehmenseinheit und der ihrer Mitbewerber. Andererseits ebnet die Marktabgrenzung auf Grund der Ermöglichung der Zuordnung von Marktanteilen den Weg für die prospektive Analyse weiterer Wettbewerbsaspekte des fraglichen Zusammenschlusses, die ohne Ermittlung der Wettbewerber und Ziehung einer Marktgrenze nicht möglich wäre⁵⁴. Die Notwendigkeit einer zweistufigen Prüfung hat der EuGH für die Mißbrauchsaufsicht in seiner „Continental Can“ – Entscheidung und für die Fusionskontrolle in seiner „Kali und Salz“ – Entscheidung mit ähnlichen Argumenten zutreffend begründet⁵⁵.

Die Frage des potenziellen Wettbewerbs gem. Art. 2 Abs. 1 a) kann nur mit Bezugnahme auf einen definierten Markt beantwortet werden⁵⁶. Dasselbe gilt für die Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs nach der selben Vorschrift⁵⁷. Gerade die Möglichkeit der Abwanderung auf die Produkte der Konkurrenten der fusionswilligen Unternehmen, die von den Befürwortern der einstufigen Prognoseerstellung als Indiz für wirksamen Wettbewerb angesehen wird, hängt nicht nur von der für die Zwecke der Marktabgrenzung maßgeblichen Marktgleichwertigkeit, sondern vielmehr von der Abwesenheit von Kapazitätsengpässen und von der Möglichkeit einer kurzfristigen und kostenminimalen Produktionssteigerung oder kurz gefaßt von der Abwesenheit von Marktexpansions- bzw. Marktmobilitätsschranken ab⁵⁸. Daraus wird deutlich, daß die Marktabgrenzung eine völlig andere Funktion im Vorfeld der Erstellung der eigentlichen

53 Adt, in von der Groeben/Schwarze 2003, S. 842, Rn. 152; vgl. Pindyck/Rubinfeld, *Microeconomics*, S. 10 über die Notwendigkeit der Unternehmen, ihre Wettbewerber zu kennen, um den auf sie ausgeübten Wettbewerbsdruck beurteilen zu können

54 vgl. Varona et al., *Merger Control in the EU*, S. 88, Tz. 5.01; Briones, *ECLR* 1994, S. 195; Geroski/Griffith, *Identifying Antitrust Markets*, S. 290; Korthals, in Bunte (Hrsg.), *Fusionskontrolle*, S. 323, Tz. 1133; Bishop/Walker 2002, S. 261-262

55 EuGH v. 31.03.1998, Rs. C-68/94 und C-30/95, Slg. I 1998, S. 1453, 1495, Tz. 143 (Kali und Salz); EuGH v. 21.02.1973, Rs. 6/72, Slg. I 1973, S. 215, 217, Leitsatz 14 und S. 248, Tz. 32 (Continental Can / Kommission); vgl. auch für die deutsche Mißbrauchsaufsicht KG v. 19.03.1975, WuW/E OLG, S. 1599, 1602 (Vitamin B 12)

56 vgl. Gey, *Potentieller Wettbewerb*, S. 190

57 vgl. Geroski/Griffith, *Identifying Antitrust Markets*, S. 291, die von den „competitive forces that operate in the market“ sprechen.

58 s. hierzu 2. Kapitel

Prognoseentscheidung über die Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlusses zu erfüllen hat.

Während sich die Marktabgrenzung auf die Ermittlung der Substitutionsbeziehungen zwischen verschiedenen Erzeugnissen konzentriert, fokussiert die Prognose der Zusammenschlußwirkungen auf die Identifizierung von Marktmacht, die auch anhand unternehmensbezogener Kriterien erfolgt, die im Rahmen der Marktabgrenzung nicht berücksichtigt werden können. Aus diesem Grund scheint auch die Meinung überzogen zu sein, dass nämlich die Marktabgrenzung lediglich der Ermittlung der Marktanteile der Zusammenschlussparteien und ihrer Wettbewerber und der Messung des HHI-Index diene und die untergeordnete Rolle der Konzentrationsmessung, die auf Grund ihrer schwachen Indizwirkung für den Ausgang des Prognoseverfahrens nicht ausschlaggebend sei, die Überflüssigkeit der Marktabgrenzung nahelege⁵⁹.

Ein einstufiges Verfahren der Prognoseerstellung ist in einer bestimmten Fallkonstellation jedoch angemessen. Eine genaue Marktabgrenzung ist nämlich überflüssig, wenn es sich feststellen läßt, daß ein Zusammenschluß nach verschiedenen (engeren und weiteren) Marktabgrenzungshypothesen unbedenklich ist⁶⁰ oder umgekehrt in jedem Fall wirksamen Wettbewerb behindert bzw. zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt⁶¹. Aus Gründen der Verfahrensökonomie und –effizienz ist es in diesem Fall unbeachtlich, daß der Markt nicht genau definiert wird⁶². Aus dem betreffenden Zusammenschluss erwachsen keine Gefahren für den Wettbewerb⁶³. Immerhin wird auch in diesen Fällen eine Marktabgrenzung zum Teil vorgenommen, nur nicht zu Ende geführt. Diese Bedenken gegen das einstufige Verfahren der Prognoseentscheidungserstellung werden zurecht im Falle der Anwendung der traditio-

59 dieser Ansicht sind Camesasca/Van den Bergh 2002, S.

60 s. z.B. die Entscheidungen der Kommission v. 23.11.2001, COMP/M.2652, Blackstone/CDPQ/DETEKS NRW, Rn. 9; Kommission, IV/M 963, Compaq /Tandem; Kommission, IV/M 1041, (BASF/Shell), Rn. 39 ff.; Kommission, IV/M 1383, Exxon/Mobil, in der mehrere relevanten Märkte nicht abgegrenzt wurden; Kommission, COMP/M.2415, Tetra Laval/Sidel, Rn. 34 ff. in der mehrere relevanten Märkte nicht abgegrenzt wurden.

61 s. Komm. v., IV/M 1383, Exxon/Mobil, Rn. 299; Komm. v., IV/M 1806, AstraZeneca/Novartis, Rn. 45

62 vgl. Varona et al., Merger Control in the EU, S. 90, Tz. 5.16; Neveling, Sachliche Marktabgrenzung, S. 40; Briones, ECLR 1994, S. 196; kritisch dazu Drauz/Götz 1995, S. 70 f.; Löffler 2001, S. 69, Rn. 15; Korthals, in Schulte 2006, S. 340, Rn. 1206; vgl. Adt, in von der Groeben/Schwarze 2003, S. 842, Rn. 155; Kommission Oracle/Peoplesoft, Rn. ; Kommission v. 13.12.1991, Mannesmann/VDO, WuW/E EV 1779, Rn. 19; vgl. Adt, in von der Groeben/Schwarze 2003, S. 842, Rn. 155

63 vgl. Löffler, Kommentar, S. 69, Rn. 15

nellen Prognosemethode geäußert, die sich auf die qualitative, wertende und abwägende Anwendung der Prognosekriterien des Art. 2 FKVO und der sie konkretisierenden prospektiven Erfahrungssätze⁶⁴ stützt, ohne um genaue Quantifizierungen und direkte Schätzungen der Zusammenschlußwirkungen anhand konkreter Marktdaten bemüht zu sein. Es stellt sich die Frage, ob sich im Falle der Anwendung von ökonomischen Analysemethoden die Marktabgrenzung erübrigt.

b) Marktabgrenzung für die Prognose nicht-koordinierter Effekte?

Für die Prognose der nicht-koordinierten Zusammenschlußwirkungen wurde die Notwendigkeit der Marktabgrenzung in Frage gestellt⁶⁵. Es wurde dahin argumentiert, daß die Entwicklung und Anwendung der ökonomischen Methode der Simulation von Zusammenschlußwirkungen oder der Umlenkungsziffernanalyse⁶⁶ die traditionelle Analyseverfahren, die auf Konzentrationsmaßen (CR- bzw. Marktanteils- und HHI-Konzentrationsindizes) basiert, überholt hat und sie ersetzen soll, so daß die für ihre Berechnung unerlässliche Marktabgrenzung obsolet geworden ist⁶⁷. Unilaterale Zusammenschlußwirkungen können gewöhnlicherweise auf differenzierten Produktmärkten auftreten, wo die Höhe der Marktanteile kein zuverlässiger Indikator für die herrschende Wettbewerbsintensität ist⁶⁸.

Bei der Durchführung der Simulation kommt jedoch den Marktanteilen sehr oft eine wichtige Rolle zu. Sie helfen dabei, zu beurteilen, wie nahe Substitute die Produkte der Zusammenschlussparteien füreinander und im Verhältnis zu den Produkten der Wettbewerber im Sinne der Nachfragesubstitution sind⁶⁹. Marktanteile sind manchmal ein guter Indikator für das Substitutionsverhältnis

64 Zur Bedeutung von ökonomischen Erfahrungssätzen für die prognostische Beurteilung der Wirkungen eines Zusammenschlusses s. Markopoulos 2009, S. 48 et passim
 65 z.B. Baker / Coscelli, ECLR 1999, S. 415; Camesasca / Van den Bergh, Ant. Bull. 2002, S. 152 f. m.w.N.

66 s. Lexecon, New Developments in Merger Analysis, S. 2

67 vgl. Werden, Geo Mason L Rev 1997, S. 383 – 386; Coppi / Walker, Ant. Bull. 2004, S. 105; Völcker, ECLR 2004, S. 396; Kühn, JICT 2002, S. 315; Walker 2006, S. 477; sehr kritisch dazu Sullivan / Grimes, Law of Antitrust, S. 539

68 s. Hotelling, Economic Journal 1929, S. 44 – 50; Chamberlin, AER 1950, S. 86-87; Schmalensee, Harv.L.Rev. 1982, S. 1800

69 Shapiro, 10-SPG Antitrust 1996, S. 28-29, Baker 11-SPG Antitrust 1997, S. 25; s. aber Lexecon, New Developments in Merger Analysis, S. 2, die die Aussagekraft der Marktanteile in Bezug auf die Substitutionsnähe von zwei oder mehr Produkten bestreiten

zwischen differenzierten Produkten. Dies ist vor allem der Fall bei der Programmierung des Simulationsmodells nach dem PCAIDS – System der Nachfragemodellierung, das auf der Proportionalitätsannahme beruht und für dessen Anwendung die Berechnung der Nachfrageelastizität des Gesamtmarktes notwendig ist⁷⁰. Andererseits wird bei der Simulation von Zusammenschlußwirkungen ein scharfer Blick auf die zu erwartenden Reaktionen der Mitbewerber geworfen. Es muß prognostiziert werden, ob die Mitbewerber auf Grund vorhandener F&E – Ressourcen und freier Kapazitäten bzw. ihrer Fähigkeit, ihre bestehenden Kapazitäten schnell und ohne großen Aufwand auszubauen, in der Lage wären, die differenzierten Eigenschaften der Produkte der Zusammenschlussparteien nachzuzahlen oder sie leicht zu modifizieren und somit gleichartige und ähnlichere Substitute herzustellen, um die enge Substitutionsbeziehung zwischen den Produkten des einen oder anderen Zusammenschlusspartners aufzulockern und dadurch einen größeren Teil des Absatzverlustes der Zusammenschlussparteien aufzufangen⁷¹. Die Identifikation der Mitbewerber ist aber nur in einem abgegrenzten Markt möglich⁷². Auch wenn das nicht immer offensichtlich ist, wird bei der Durchführung einer Simulation aus diesem Grund, wie noch im 3. Kapitel zu zeigen ist, immer ein bestimmter Markt abgegrenzt. Diese Abgrenzung ist aus methodischer Sicht ein unerlässlicher Abschnitt vor der Durchführung der Simulation.

Eine Prognoseentscheidung, die sich lediglich auf eine Simulation von Zusammenschlußwirkungen stützt, genügt andererseits den Anforderungen einer dynamischen Prognose nicht. Die Simulation hat statischen Charakter, denn sie kann nur kurzfristige, nach dem Zusammenschluß sofort eintretende Preiserhöhungen vorhersagen, während die Eingriffsnorm des Art. 2 FKVO die Berücksichtigung weiterer Aspekte diktiert, die von der Simulation nicht erfasst werden können. Besonders augenfällig ist die Notwendigkeit der Marktabgrenzung für die Prognose der Wirksamkeit des potentiellen Wettbewerbs. Simulationen können in dieser Hinsicht nur als eines unter mehreren Beweismitteln und als Rechtsanwendungsmethode eines einzigen wichtigen Prognosekriteriums, nämlich der Wirksamkeit des aktuellen Wettbewerbs, betrachtet werden. Es müssen aber vielmehr Prognosekriterien Beachtung finden, deren Prüfung ohne vollzogene Marktabgrenzung nicht auskommen kann⁷³. Es muß daher festgehalten werden, dass Simulationen nicht durchgeführt werden können, ohne zuvor den relevanten Markt definiert zu haben. Allen Simulationsmodellen liegen

70 s. Wu, in *Antitrust Economics*, S. 26

71 vgl. Areeda / Solow / Hovenkamp, *Antitrust Law*, S. 64, Tz. 914b; Ordoover/Baker, *Ant. L. J.* 1992, S. 145

72 vgl. Bishop/Walker, *Economics of EC Competition Law*, S. 263

73 vgl. Rill, *Geo Mason L Rev* 1997, S. 393

Marktabgrenzungshypothesen zugrunde⁷⁴. In vielen Simulationsfällen kann sich – wie im Rahmen der traditionellen Marktstrukturanalyse der Zusammenschlusswirkungen ebenfalls üblich ist – eine genaue Marktabgrenzung allerdings erübrigen, wenn vorausgesagt werden kann, daß die Preiserhöhung unter allen alternativen Marktabgrenzungshypothesen verlustreich oder umgekehrt profitabel wäre⁷⁵.

Die Marktabgrenzung ist für die Prognose von vertikalen, konglomeraten und koordinierten Effekten unerlässlich. Sie ist vor allem deshalb wichtig, weil die Behörde nicht von vornherein wissen kann, wie homogen oder differenziert ein Markt ist, um ihn nach den Kriterien für nicht-koordinierte oder aber nach denen für koordinierte Zusammenschlusswirkungen zu beurteilen⁷⁶. Alle Produktmärkte sind heutzutage mehr oder weniger differenziert. Bei den weniger differenzierten Produktmärkten kann die Kollusionsgefahr nicht von vorneherein ausgeschlossen werden⁷⁷. Insofern muß zum Zwecke der Ermöglichung einer doppelten Prüfung⁷⁸ der Markt abgegrenzt werden, zumal die Prüfung von koordinierten Zusammenschlusswirkungen ohne Marktabgrenzung unmöglich ist.

Der methodologische Streit darüber, ob die Marktabgrenzung einen getrennten Abschnitt des Prognoseverfahrens darstellt oder ob die ganze prospektive Wettbewerbsanalyse in einem einzigen Schritt erfolgen sollte, darf nach der hier vertretenen Meinung allerdings nicht überspitzt werden. Aus praktischer Sicht kann die Marktabgrenzung nicht abgeschlossen werden, bevor Informationen gesammelt und ausgewertet werden, die für die Anstellung der Prognose über die Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlusses verwendet werden. Die Tatsache, dass die prospektive Wettbewerbsanalyse in den Entscheidungen der Kommission immer mit der Marktabgrenzung anfängt, sollte nicht darüber hinwegtäuschen, dass im praktischen Verfahren der Erstellung der Prognoseentscheidung eine abschließende Definition des relevanten Marktes erst am Ende der Informationssammlung über sämtliche Wettbewerbsaspekte eines Zusammenschlusses vorgenommen werden kann. Auch beim zweistufigen Verfahren der Prognose wettbewerbsschädlicher Zusammenschlusswirkungen handelt es sich eigentlich – methodologisch gesehen – um einen einheitlichen Vorgang⁷⁹.

74 Camesasca / Van den Bergh, Ant. Bull. 2002, S. 154

75 vgl. Baker, Geo. Mason L. Rev. 1997, S. 25; Camesasca / Van den Bergh, Ant. Bull. 2002, S. 154

76 vgl. Ivaldi et al., Economics of Unilateral Effects, S. 26

77 Areeda / Solow / Hovenkamp, Antitrust Law, Bd. IV, S. 66, Tz. 914d.

78 vgl. Hinten-Reed / Camesasca, ECLR 2003, S. 461: "The Commission appears to persist in assessing both unilateral and co-ordinated effects in the same merger."

79 vgl. bereits Mestmäcker, Marktbeherrschende Unternehmen, S. 10; Hoppmann 1972, Fusionskontrolle, S. 51; ähnlich Tzouganatos 1983, S. 93;

4) Prognose und Erfordernis einer dynamischen Marktabgrenzung

In der FKVO findet man keine Definition des Begriffs des relevanten Marktes. Die Kommission hat aber in Anlehnung an ihre Praxis bei der Anwendung von Art. 82 EGV eine Definition formuliert⁸⁰, die sie anschließend in ihrer Bekanntmachung zur Definition des relevanten Marktes im europäischen Wettbewerbsrecht festschrieb⁸¹. Eine ähnliche Definition enthielt auch das ehemalige Formblatt CO zur Anmeldung eines Zusammenschlusses als Anhang zur VerfahrensVO⁸², das trotz seiner fehlenden Rechtsverbindlichkeit die ständige Verwaltungspraxis der Kommission widerspiegelte. Die neue VerfahrensVO Nr. 802/2004 enthält nunmehr in ihren drei Anhängen drei Formblätter – das bekannte Formblatt CO, das vereinfachte Formblatt und das Formblatt RS für begründete Anträge – die alle drei dieselbe Definition anführen, die in der Bekanntmachung der Kommission festgehalten wurde⁸³. Die Definition lautet: „Der sachlich relevante Produktmarkt umfaßt alle jene Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die vom Verbraucher hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden.“

Obwohl der relevante Markt für die Zwecke der Fusionskontrolle und der Mißbrauchsaufsicht des Art. 82 EGV in Einklang mit dem Bedarfsmarktkonzept definiert wird, ist ihre Durchführung dem unterschiedlichen normativen Zweckbezug der Fusionskontrolle unterworfen⁸⁴. Da die Fusionskontrolle zukunftsorientiert ist und eine Prognose über die zukünftige Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse verlangt, muß die Marktabgrenzung auch zukunftsorientiert sein und bedarf insofern dynamischer Kriterien zu ihrer Durchführung⁸⁵. Das prognostische Element in der Fusionskontrolle läßt eine weitere Marktabgrenzung

80 ähnlich Immenga, in I/M, EG-Wettbewerbsrecht, S. 832, Tz. 34

81 Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 C 372/5

82 VO (EG) Nr. 447/98 der Kommission vom 1.3.1998, Abl. 1998 L 61/1, im Anhang unter G, Abschnitt 6

83 die Marktdefinition befindet sich im Formblatt CO und im vereinfachten Formblatt im Abschnitt 6 Ziff. I und II und im Formblatt RS im Abschnitt 4 Ziff. I und II der VO (EG) Nr. 802 / 2004 der Kommission v. 7.4.04, Abl. L 133/1 ff.

84 vgl. Korthals, in Bunte (Hrsg.), Handbuch der Fusionskontrolle, S. 324, Tz. 1136, Fn. 1206; Bechtold 2002, S. 178, Rn. 5

85 Immenga, in I/M, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 2 FKVO, S. 834, Rn. 39; Mestmäcker / Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 77, Tz. 85; vgl. Opgenhoff, Europäische Fusionskontrolle, S. 125; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 17, S. 60, Tz. 83; Ebenroth/Lange 1994, S. 601; Cook/Kerse 2000, S. 135

als in Kartell- und Missbrauchsaufsichtsfällen zu⁸⁶. Eine enge Definition soll unmittelbar der Berechnung von Konzentrationsgraden dienen, während eine weite Definition eine umfassende, dynamische und mittelfristige Beurteilung der Entwicklung der Nachfrage und des Angebots auf allen möglichen relevanten Märkten bedingt, die anhand dynamischer Prognosekriterien abzugrenzen sind⁸⁷. Solche Kriterien könnten unter anderem die Angebotsumstellungsflexibilität, zukünftige Erfindungen bzw. Produktinnovationen und die damit einhergehende Einführung neuer Konkurrenzprodukte sowie erwartete Veränderungen der wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen sein⁸⁸. Somit stellt sich die Frage, ob der potentielle Wettbewerb und zukünftige Marktentwicklungen schon bei der Abgrenzung des relevanten Marktes und nicht in der Phase der Prognose der Zusammenschlußwirkungen berücksichtigt werden muß⁸⁹.

a) Zukünftige Wettbewerbsaspekte

Insbesondere im neuen Markt der digitalen Medien hat die Kommission eine dynamische Betrachtungsweise bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bevorzugt und eine Prognose über die künftige Marktentwicklung angestellt⁹⁰. Insbesondere auf Märkten, die sich schnell entwickeln, wäre eine bloße Momentaufnahme des gegenwärtigen Marktzustands dem dynamischen Charakter des sich im Fluß befindenden Marktes nicht angemessen⁹¹. Die Kommission bezieht in den sachlich relevanten Markt auch Produkte ein, die innovativ und den derzeit bestehenden Produkten technologisch gleichwertig sind. Das Auswahlkriterium für solche zukunftssträchtige Produkte ist das Kriterium der Marktreife⁹². Die neuen Technologien müssen mindestens im Rahmen von Pilotprojekten bereits angewendet werden und somit kurz vor einer breiten Markteinführung stehen. Nur dann bestehen schon zum Zeitpunkt der Entscheidung klare Anhaltspunkte dafür, daß sich die Marktteilnehmer in absehbarer Zeit auf

86 vgl. Bishop/Walker, Economics of EC Competition Law, S. 261

87 Fishwick, Definition, S. 47

88 Immenga, in I/M, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 2 FKVO, S. 834, Rn. 39; vgl. Ogenhoff 2000, S. 89

89 vgl. Adt, in von der Groeben/Schwarze 2003, S. 843, Rn. 156

90 vgl. Kommission vom .09.11.1993, MSG Media Service, WuW/E EV 2231, Rn. 45-54; für weitere Bereiche, in denen dynamische Aspekte bei der Marktabgrenzung berücksichtigt werden sollten, s. Motta 2004, S. 113

91 Ebenroth/Lang/Werner, EWS 1995, S. 4

92 vgl. Kommission v. 09.11.1994, MSG Media Service, WuW/E EV S. 2231, Rn. 38 (noch keine Marktreife eingetreten); Kommission v. 17.07.1996, Ciba-Geigy/Sandoz, Abl. L 201 v. 29.07.1997, S. 1, Rn. 44 ff. (Möglichkeit des Marktzutritts in 3-5 Jahren ist "geschäftsrelevant").

diese Veränderungen einstellen werden⁹³. Die Verwaltungspraxis der Kommission ist nach der hier vertretenen Ansicht in diesem Punkt zu begrüßen, da eine rein statische Beurteilung von Märkten nicht gerechtfertigt ist, wenn diese Märkte dank neuer Techniken und Technologien kurz vor Einführung neuer Produkte stehen, die mit den alten Produkten gleichwertig zu sein scheinen⁹⁴.

b) Die Angebotsumstellungsflexibilität

Das Konzept der Angebotsumstellungsflexibilität bezeichnet die Möglichkeit potentieller Wettbewerber, durch eine Umstellung ihrer Produktion oder durch räumliche Ausdehnung ihrer Absatzgebiete das in Betracht kommende Produkt anzubieten. Diese Möglichkeit beeinflusst das Wettbewerbsverhalten der etablierten Anbieter in erheblicher Weise⁹⁵. Die Angebotsumstellungsflexibilität kann mittelbaren Einfluß auf die Preiselastizität der Nachfrage haben, denn Unternehmen mit hohen Marktanteilen sind bei hoher Angebotsumstellungsflexibilität und niedrigen Marktzutrittschranken gezwungen, zu einem niedrigen Preis anzubieten⁹⁶. Wenn dies der Fall ist, dann wird der relevante Markt erweitert und die Marktanteile der bis dahin berücksichtigten Unternehmen sinken⁹⁷. Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes auf Grundlage der Angebotsumstellungsflexibilität findet insofern an der Schnittstelle zwischen aktueller und potentieller Konkurrenz statt⁹⁸.

Die Kommission korrigiert die nach dem Bedarfsmarktkonzept erfolgte Marktabgrenzung, wenn sie auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte davon überzeugt ist, dass die Grenzen des sachlich relevanten Marktes weiter oder enger gezogen werden sollen. In ihrer Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes hat die Kommission die Voraussetzungen herausgestellt, die erfüllt sein müssen, damit sie die Angebotsumstellungsflexibilität als ebenso wirksam wie die Nachfragesubstituierbarkeit anerkennen kann⁹⁹. Die Anbieter auf benachbarten Märkten müssen ihre Produktionskapazitäten bzw. Vertriebskapazitäten schnell und ohne spürbare Zusatzkosten auf die Produktion von

93 vgl. Kommission v. 09.11.1994, MSG Media Service, WuW/E EV S. 2231, Rn. 34 ff. (klarer zeitlicher Horizont für eine Digitalisierung des Kabelnetzes sowie Laufen mehrerer Pilotprojekte); vgl. Opgenhoff 2001, S. 103

94 Ebenroth/Lange/Werner, EWS 1995, S. 4

95 vgl. Herdzina, Wettbewerbspolitik, S. 76; Korthals, in Schulte 2006, S. 331, Rn. 1167; Office of Fair Trading 1999, S. 15 f.; Cook/Kerse 2000, S. 138; Ebel/Funke 2003, S. 50; vgl. zum deutschen Recht Bechtold 2002, S. 179.; Rn. 6

96 vgl. Opgenhoff, Europäische Fusionskontrolle, S. 99

97 vgl. Gey 2004, S. 131

98 Office of Fair Trading 1999, S. 16; Opgenhoff 2000, S. 96; vgl. Motta 2004, S. 104

99 vgl. Korthals, in Schulte 2006, S. 331, Rn. 1167; Office of Fair Trading 1999, S. 16

gleichwertigen Produkten wie die im sachlich relevanten Markt angebotenen umstellen können¹⁰⁰. Die Angebotssubstituierbarkeit wird dagegen nicht im Stadium der Marktabgrenzung berücksichtigt, "wenn sie erhebliche Anpassungen bei den vorhandenen Sachanlagen und immateriellen Aktiva, zusätzliche Investitionen, strategische Entscheidungen oder zeitliche Verzögerungen mit sich brächte."¹⁰¹ Die Kommission verlangt, dass die Angebotsumstellung „in kürzester Frist“¹⁰² realisierbar sein muß und erklärt, dass sie nur „kurzfristige“¹⁰³ Änderungen der Substitutionsbeziehungen berücksichtigen wird. Somit scheint die Kommission die in den US Horizontal Merger Guidelines vorgeschriebene Analyse zu adoptieren. In den Guidelines werden potentielle Konkurrenten für die Zwecke der Marktabgrenzung aktuellen Wettbewerbern gleichgestellt, wenn sie trotz der Tatsache, daß sie aktuell keine austauschbaren Produkte anbieten, ihre Produktion bzw. ihren Vertrieb ohne größeren Kosten- und Zeitaufwand umstellen könnten. Die Guidelines bezeichnen diese aktuellen Konkurrenten als "non-committed entrants"¹⁰⁴.

100 vgl. Kommission, XXIV. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1994, Rn. 280; Kommission v. 12.11.1992, Mannesmann/Hoesch, Abl. 1993 L 114, S. 34, Rn. 66; vgl. Drauz/Götz 1995, S. 78 f. m.w.N.

101 Kommission, Bekanntmachung, Tz. 23

102 Kommission, Bekanntmachung, Tz. 22

103 Kommission, Bekanntmachung, Tz. 20

104 In den US Horizontal Merger Guidelines wird die Angebotsumstellungsflexibilität nicht im Stadium der Marktabgrenzung berücksichtigt, die – wie der Supreme Court schon im „Cellophane“-Fall in den 50er Jahren vorgeschrieben hatte – ausschließlich anhand des Konzepts der Nachfragesubstitution erfolgt. Dies ist ebenfalls die Praxis der US-Antitrustbehörden, die die Angebotsumstellungsflexibilität als Gegenmacht ansehen, die die Ausübung von Marktmacht verhindern kann und im Stadium der prospektiven Analyse der Wettbewerbswirkungen von Zusammenschlüssen analysiert wird (vgl. Baker 1997, S. 354 f.; Hovenkamp 1999, S. 110 ff.).

Die Berücksichtigung der Angebotsumstellungsflexibilität begann in den USA Mitte der siebziger Jahre mit verschiedenen Urteilen der Federal Courts of Appeals (US Bundesobergerichte). (vgl. etwa die Fälle Telex und Twin City Sportservice (Telex Corp. v. IBM Corp., 510 F. 2d 894, 914 – 919 (10th Cir.) cert. Dismissed, 423 U.S. 802 (1975); Twin City Sportservice, Inc. v. Charles O. Finley & Co., 512 F. 2d 1264, 1271-74 (9th Cir. 1975) Diese Urteile waren deswegen innovativ, weil sie die Angebotssubstituierbarkeit zum Zwecke der Marktabgrenzung berücksichtigten und sich somit über die Präjudizien des US Supreme Courts hinwegsetzten (s. eingehend Gey 2004, S. 131 f.)

Bei der Berücksichtigung der Nachfragesubstitution unterscheiden nunmehr die US-Wettbewerbsbehörden zwischen „uncommitted“ und „committed entrance“. „Uncommitted entrants“ sind Unternehmen, die schnell (innerhalb eines Jahres seit der hypothetischen Ausübung von Monopolmacht, die in den Guidelines mit einem „kleinen

Die Kommission hat allerdings die Termini „kürzeste Frist“ bzw. „kurzfristige“ Änderungen in ihrer Entscheidungspraxis nicht näher und abschließend konkretisiert. Als Beispiel wird in den Kommissionsleitlinien die Papierindustrie genannt. Obwohl Abnehmer die unterschiedlichen Papiersorten, die von Unternehmen der Papierbranche hergestellt werden, oft nicht für austauschbar halten, sind die Papierhersteller jedoch in der Lage, ihre Produktion in kurzer Zeit und mit niedrigen Kosten auf unterschiedliche Qualitäten umzustellen¹⁰⁵. Ein Zeitraum von drei Monaten für die Umstellung der Produktionsanlagen von der Herstellung von Verpackungen für Kosmetika auf die Herstellung von Verpackungen für andere Anwendungen wurde jedoch im Fall Techpack International/Valois als überzeugendes Indiz für eine hinreichende Angebotsumstellungsflexibilität angesehen und führte zur Abgrenzung eines weiten Marktes für Kunststoffverpackungen¹⁰⁶. In ihrer Entscheidung Lukas/Eaton führte die

aber signifikanten, nicht vorübergehenden Preisanstieg“ gleichgesetzt wird) und ohne erhebliche versunkene Kosten in den Markt eintreten können. Diese „uncommitted“ Unternehmen können kurzfristige Gewinnchancen wahrnehmen, die aus der Anhebung der Preise resultieren und können ebenfalls schnell aus dem Markt austreten, wenn diese Chance nicht mehr bestehen. Diese uncommitted entrants werden, obwohl sie – wie vorstehend ausgeführt – im Rahmen der Marktabgrenzung außer Betracht bleiben müssen, bei der Berechnung von Marktanteilen und des HHI-Index berücksichtigt. Die einfachste Form von uncommitted entry ist die Produktionsumstellung. Ein Beispiel ist die Verwendung einer PET-Verpackungsmaschine für Wasser für die Verpackung von Fruchtsaft, die Verwendung von Kaufregalen in Lagerhäusern, um T-Shirts anstatt von Schuhen zu lagern. Die Guidelines erkennen auch an, dass der Markenname eines populären Produkts auf ein Produkt mit einem anderen Verwendungszweck leicht übertragen werden kann, ohne dass erhebliche versunkene Kosten aufgewendet werden müssen. So könnte z.B. die Marke „Granini“, die für natürliche Fruchtsäfte bekannt ist, leicht auf kohlenensäurehaltige Fruchtgetränke übertragen werden.

Committed entrants andererseits sind Unternehmen, deren Eintritt in den Markt mit erheblichen irreversiblen Investitionen, die versunkene Kosten darstellen, einhergeht. Sie planen, langfristig auf dem Markt zu verbleiben, zumal ihre irreversiblen Investitionen im Falle eines kurzfristigen Austritts nicht amortisiert werden könnten. Da sie versunkene Investitionen darstellen, wären sie für alternative Verwendungen ökonomisch nutzlos. Diese Unternehmen müssen langfristig planen und eine Prognose über die Wettbewerbsverhältnisse nach ihrem Eintritt im Markt anstellen, um die Profitabilität eines solchen Unterfangens einschätzen und eine betriebswirtschaftlich vertretbare Entscheidung treffen zu können; vgl. Baker 1997, S. 357; Opgenhoff 2001, S. 97

105 Leitlinien der Kommission, Rn. 22; s. Kommission v. 1992, IV/M.0291, Torras/Sarrio; s. allerdings den Fall *Mondi/Frantschach/Assidomän*, Kommission v. 31.07.2000, IV/M.1884, wo die Kommission die Papierhersteller anderer Papiersorten als die von den Zusammenschlussparteien hergestellten, in einen anderen relevanten Markt einordnete.

106 Kommission v. 30.05.2000, COMP/M.1948, *Techpack International/Valois*, Rn. 20

Kommission aus, dass die Möglichkeit der Produktionsumstellung innerhalb eines Jahres als hinreichend kurzfristig angesehen werden kann, um eine Markterweiterung zu akzeptieren¹⁰⁷. In anderen Entscheidungen verwarf die Kommission Umstellungszeiträume von 14 bis 18 Monaten¹⁰⁸, von eins bis zwei Jahren¹⁰⁹ und von eins bis drei Jahren¹¹⁰ als Indizien für eine hinreichende Angebotsumstellungsflexibilität. Im Fall Pechiney/Samancor verneinte die Kommission die Möglichkeit hinreichender Produktionsumstellungsflexibilität auf Grund der Tatsache, dass außer der technischen Umstellung, für die etwa zwei Jahre zu veranschlagen wären, sich die Hersteller einem umfangreichen Qualitätskontrollverfahren beim Kunden unterziehen müssten, das zwischen eins und drei Jahren dauern könnte¹¹¹.

i. Meinungen in der Literatur

Manche Stimmen in der Literatur plädieren für die verstärkte Berücksichtigung der Angebotsumstellungsflexibilität und kritisieren die mangelnde Bereitschaft der Kommission, eine ihrer Ansicht nach „dynamische“ Marktabgrenzung durchzuführen. Es wird moniert, dass die Kommission dazu tendiert, die Märkte eng abzugrenzen¹¹². Es wird darauf hingewiesen, dass eine Marktabgrenzung, die auf Grund von Preistests vorgenommen wird¹¹³, die als Marktergebnistests mit der marktstrukturorientierten Fusionskontrolle in Widerspruch stehen, statisch geprägt ist und nur die gegenwärtigen Wettbewerbsverhältnisse abbilden kann¹¹⁴.

107 Kommission v. 09.12.1991, M.149, Lucas/Eaton; im selben Fall wurde jedoch die Wahrscheinlichkeit einer so kurzfristigen Produktionsumstellung verneint und die Prüfung ihrer Wirkung auf den Teil des Prognoseanstellungsverfahrens über den potentiellen Wettbewerb verschoben

108 Kommission v. 19.07.00, COMP/M.1882, Pirelli/BICC, Rn. 24 f., 28

109 Kommission v. 14.11.1995, IV/M.603, Crown Cork & Seal/Carnaud Metalbox, Rn. 19

110 Kommission v. 26.01.1999, IV/M.1330, Pechiney/Samancor, Rn. 20 ff.

111 Kommission v. 26.01.1999, M.1330, Pechiney/Samancor

112 vgl. Kerber 1994, S. 46; 28; Stockenhuber 1995, S. 192; Haggenev 2005, S. 93

113 in Verbindung mit der Festsetzung eines kurzen Zeitraums für die Berücksichtigung der Angebotssubstituierbarkeit

114 Als Beispiel werden größere Dienstleistungsmärkte genannt, aus denen leicht Nischenmärkte entstehen können, auf denen neue Produkte und Leistungen angeboten werden, die sich von den bisherigen Produkten und Leistungen in unterschiedlich großem Maße abheben. Diese können nach dem Bedarfsmarktkonzept als eigene relevante Märkte definiert werden, was eine künstliche Aufspaltung des in Wahrheit viel größeren Marktes und die Vermittlung des Bildes eines hochkonzentrierten Marktes mit hohen Marktanteilen eines oder weniger Anbieter zur Folge haben kann, s. Haggenev 2005, S. 93 f. m.w.N. über die seiner Ansicht nach zu engen Marktabgrenzungen der

Andererseits wurde die Berücksichtigung der Angebotsumstellungsflexibilität von vielen Autoren heftig kritisiert. Die Kritik konzentriert sich auf die wettbewerbstheoretischen, konzeptionellen Schwächen des Prognoseansatzes. Potentielle Anbieter produzieren bzw. vertreiben das sachlich und geographisch relevante Produkt im Zeitpunkt der Marktabgrenzung nicht. Der Wettbewerbsdruck, den sie auf die Marktteilnehmer ausüben, sei nicht aktuell. Man könne die Logik des Einbezugs der potentiellen Wettbewerber in den relevanten Markt insofern nicht einsehen¹¹⁵. Die Beeinflussung der Nachfrageelastizität von der Angebotsumstellungsflexibilität kann ihre Berücksichtigung bei der Marktabgrenzung auf Grund mangelnder Aktualität nicht rechtfertigen. Andererseits entsteht keine Lücke in der Analyse und kein analytisches Defizit, da der potentielle Wettbewerb im Rahmen der Prognose der Wettbewerbswirkungen des Zusammenschlusses (Marktmachtprognose) gebührend berücksichtigt werde¹¹⁶. Es wurde in Bezug auf die praktische Anwendung des Konzepts der Angebotsumstellungsflexibilität für die Zwecke der Marktabgrenzung darüber hinaus reklamiert, dass die Wahrscheinlichkeit des Umschlagens des potentiellen Wettbewerbers in aktuellen Wettbewerb nicht objektiv ermittelt werden kann¹¹⁷. Die Unmöglichkeit einer zuverlässigen Prognose sieht ein Kritiker in der Natur der Eintrittsentscheidung als subjektive Unternehmensentscheidung begründet – vor allem wenn ein Unternehmen vor dem Dilemma der Umstellung seiner Produktionskapazitäten von einem lukrativen Nachbarmarkt auf den in Frage kommenden sachlich oder geographisch relevanten Markt steht¹¹⁸. Dieses Dilemma ist mit vielfältigen (methodischen) Problemen bei der notwendigerweise zukunftsgerichteten Schätzung der Opportunitätskosten verbunden, die ein potentieller Anbieter infolge dieser Umstellung zu tragen hätte. Die Schätzung der Opportunitätskosten gliedert sich in die Schätzung der tatsächlichen Kosten (einschließlich des Zeitbedarfes) eines Markteintrittes¹¹⁹, die anschließende Prognose der Profitabilität einer Investition in den benachbarten, in Frage kommenden sach-

Kommission in der Logistik-, Versicherungsbranche und auf den Finanzmärkten im Allgemeinen

115 Opgenhoff 2001, S. 99

116 so etwa Adt, in von der Groeben/Schwarze 2003, S. 843, Rn. 154; Opgenhoff 2000, S. 100; so im Ergebnis auch Haggenev 2005, S. 97

117 vgl. Shepherd, Economics of Industrial Organization, S. 68; Albers, in G/T/E, Kommentar EU/EG-Vertrag, 5. Aufl., FKVO Art. 2, Rn. 80ff.; Monopolkommission, V. Hauptgutachten, Rn. 655; Opgenhoff 2000, S. 104; vgl. Adt, in von der Groeben/Schwarze 2003, S. 843, Rn. 157

118 vgl. Opgenhoff 2000, S. 101; abstrakter Adt, in von der Groeben/Schwarze 2003, S. 843, Rn. 156 der von der Unbestimmtheit und Schwächung der Marktabgrenzung spricht

119 vgl. Shepherd 1997, S. 68

lich oder geographisch relevanten Markt und schließlich in die Prognose der Gewinne im Falle seines weiteren Verbleibs im Nachbarmarkt. Die Höhe der Opportunitätskosten ergibt sich aus der Gegenüberstellung der Ergebnisse der vorstehend genannten Gewinn- und Kostenrechnungen in den zwei unterschiedlichen Szenarien (Marktverbleib/Umstellung). Mit der Begründung, dass sie spekulative Elemente enthält, wird die Berücksichtigung der Angebotsumstellungsflexibilität bei der Marktabgrenzung abgelehnt. Das Wahrscheinlichkeits- und Beweismaß muß für die Marktabgrenzung insofern erhöht werden, als sie eine solide Grundlage für die Marktmachtprüfung liefern sollte¹²⁰. Subjektive Beurteilungsmomente bzw. ein weiter Beurteilungsspielraum der Wettbewerbsbehörde sollen möglichst vermieden werden.

ii. Prognosezeitraum und Zuverlässigkeit der dynamischen Marktabgrenzung

Ähnliches gilt für die Berücksichtigung der Angebotsumstellungsflexibilität. Obwohl aus normativer Sicht die Marktabgrenzung zukunftsorientiert erfolgen sollte, kann zunächst einmal nur die nachfrageseitige Marktabgrenzung mehr oder weniger zuverlässig abgeschlossen werden. Es ist rechtlich unwichtig und für den Ausgang des Prognoseerstellungsverfahrens irrelevant, dass der potenzielle Wettbewerb nicht im Stadium der Marktabgrenzung sondern später berücksichtigt wird, denn die Marktanteile sind – anders als in früheren Zeiten – gleichgewichtig mit dem potenziellen Wettbewerb¹²¹. Wenn der potenzielle Wettbewerb andererseits – wie in der Praxis der Kommission – der Aufstellung einer Vermutung dient, dann ist seine Berücksichtigung schon während der Marktabgrenzung zwingend.

Die Berücksichtigung der potenziellen Konkurrenz schon bei der Abgrenzung des relevanten Marktes wurde von vielen zurecht kritisiert. Die Marktabgrenzung, die erst die Grundlage darstellt und den Analyserahmen für die Anstellung der eigentlichen Prognose über die Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlusses absteckt, wird durch eine naturgemäß unsichere Prognose über die Realisierung von potenziellen Marktzutritten verunsichert (ungenau und unberechenbar). Darüber hinaus führt die Berücksichtigung des potentiellen Wettbewerbs sowohl bei der Marktabgrenzung als auch bei der Marktmachtprüfung zu einer Schwächung der Überzeugungskraft der abschließenden (endgültigen) Prognoseentscheidung¹²². Gleichwohl kann man das Argument vorbringen,

120 vgl. Opgenhoff 2000, S. 101; für die Bedeutung des Wahrscheinlichkeits- und Beweismaßes für die regelrechte Prognostizierung von Wettbewerbswirkungen s. eingehend Markopoulos 1999, S. 87 ff.

121 Marktanteile können keinen entscheidenden Gesichtspunkt mehr darstellen

122 vgl. Shepherd 1997, S. 68

dass die Frage der Prognosestufe, in der die Prüfung der voraussichtlichen Wirkungen des potentiellen Wettbewerbs auf den Marktverhaltensspielraum der fusionierten Einheit angestellt wird, das Ergebnis der Prognose in der Fusionskontrolle nicht beeinträchtigen kann, wenn ein klares Konzept und eine klare Prognosemethode zugrunde gelegt wird.

Die Meinung, die darauf hinweist, dass die doppelte Prüfung des potentiellen Wettbewerbs, eine Schwächung der Überzeugungskraft der endgültigen Prognose zur Folge hat, ist zutreffend. Das liegt daran, dass die Prognosemethoden, unabhängig davon ob sie qualitativer oder quantitativer Natur sind, nicht in hohem Maße zuverlässig sind, so dass immer eine Abwägung vonnöten ist, um zunächst die Frage zu beantworten, ob es „committed entrants“ gibt, die in den relevanten Markt einbezogen werden können. Der auf der Basis dieser Abwägung abgegrenzte Markt dient als Grundlage für die Zuordnung von Marktanteilen, die das klassische erste wichtige Indiz für die Wirksamkeit des Wettbewerbs in diesem Markt darstellt. Nach dieser abwägenden Berücksichtigung der Auswirkungen der durch künstliche Spaltung des Begriffs des potentiellen Wettbewerbs entstandenen Gattung „committed entrants“ erfolgt in der zweiten Phase der prospektiven Analyse der Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlusses die Prüfung der Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer zweiten Gattung potenzieller Wettbewerber, der so genannten „uncommitted entrants“¹²³. Diese Prüfung kann ebenfalls nur mit einem Wahrscheinlichkeitsurteil bzw. mit einer Abwägung abgeschlossen werden. Dadurch, dass zweimal – einmal im Rahmen der Markttabgrenzung und ein zweites Mal im Rahmen der Wettbewerbsprüfung der wahrscheinlichen Zusammenschlusswirkungen – der schwer vorhersehbare Faktor potentieller Wettbewerb berücksichtigt wird, erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass die endgültige Prognose fehlerhaft ist.

Das Kriterium des schnellen Marktzutritts kann zwar dahin konkretisiert werden, dass es einen einheitlichen Zutrittszeitraum für alle Fusionskontrollfälle bedingt. Man könnte für die Übernahme der Bestimmung der US Horizontal Merger Guidelines plädieren, nach der potentielle Wettbewerber, die innerhalb eines Jahres in den betreffenden Markt eintreten können, bereits dem relevanten Markt hinzuzurechnen und bei der Messung der Konzentration zu berücksichtigen sind¹²⁴. Selbst aber wenn dieses Kriterium hinreichend konkretisiert würde, wäre seine Anwendung mit Unsicherheiten behaftet. Diese betreffen die Fragen: Wie leicht und anhand welcher Methoden kann eine Prognose darüber angestellt werden, dass ein potentieller Anbieter innerhalb eines Jahres in den Markt ein-

123 kritisch zu dieser Spaltung Lange, Räumliche Markttabgrenzung, S. 62 und S. 199f.; Goyder, EC Competition Law, S. 399; Schultze, Marktzutrittsschranken, S. 36

124 vgl. Gey 2004, S. 142

treten kann und wie zuverlässig ist das Ergebnis einer solchen Prognose?¹²⁵ Für das Kriterium "ohne spürbare Zusatzkosten" ist darüber hinaus keine allgemeingültige und zwingende Definition möglich. Eine teilweise Konkretisierung wie beim Kriterium des schnellen Marktzutritts wurde von der Kommission bislang nicht vorgenommen. Insofern eröffnet dieses Kriterium der Kommission einen Prognosespielraum. Seine Prüfung in einem der beiden Prognoseerstellungphasen erfolgt im Rahmen einer Abwägung, die fehlerhaft sein kann.

In Ausnahmefällen könnte eventuell mit hinreichender Wahrscheinlichkeit prognostiziert werden, ob potentielle Wettbewerber ihre Produktion schnell und ohne spürbare Zusatzkosten umstellen können. In diesen Fällen wäre mit der Kommission, der deutschen Monopolkommission und der Federal Trade Commission anzunehmen, dass eine Unterscheidung zwischen kurzfristiger Substitutionskonkurrenz (aktueller Wettbewerb) bzw. zwischen committed entrants einerseits und langfristiger Substitutionskonkurrenz (potentieller Wettbewerb) bzw. uncommitted entrants andererseits, möglich ist¹²⁶. Der EuGH folgt dieser Einteilung ebenfalls¹²⁷. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist es jedoch erforderlich, entweder den Begriff "ohne erhebliche Zusatzkosten" zu konkretisieren und ein spezifisches Konzept zu entwickeln und in einer Bekanntmachung für allgemein anwendbar zu erklären, oder aber von einer Zweiteilung des Konzepts des potenziellen Wettbewerbs und einer doppelten Prüfung abzusehen. In jedem Fall ist die Konkretisierung des Begriffs "Zusatzkosten" ein schwieriges Unterfangen¹²⁸. Es gilt vor allem die Frage zu beantworten, welche Kostenarten dieser Begriff umfasst. Sind es nur die versunkenen Kosten?

Der Begriff "erheblich" impliziert darüber hinaus einen Maßstab, der die Einordnung der mit einem Markteintrittsvorhaben einhergehenden Kosten unter die Kategorien "erhebliche" und "unerhebliche" Kosten ermöglichen soll. Dieser Maßstab muß sowohl quantitativer als auch qualitativer Natur sein. Er muß in quantitativer Hinsicht möglicherweise einen Schwellenwert angeben, dessen Überschreitung die Bezeichnung der Kosten als „erheblich“ rechtfertigt. Der Schwellenwert könnte z.B. ein bestimmter Prozentsatz der versunkenen Kosten an den Gesamtkosten sein. Das Problem ist jedoch, dass dieser Maßstab nicht

125 vgl. OFT/NERA 1999, S. 16 f.

126 vgl. Monopolkommission, V. Hauptgutachten, S. 196 Abb. 1 und 2, Rn. 610, 611 und 613

127 EuGH v. 21.2.1973, Euroemballage und Continental Can/Kommission, Rs. 6/72, Slg. 1973, S. 215, Rn. 33; EuGH v. 09.11.1983, Michelin/Kommission, Rs. 322/81, Slg. 1983, S. 3461, Rn. 41

128 aus Gründen der Rechtssicherheit die Berücksichtigung der Angebotsumstellungsflexibilität bei der Marktabgrenzung im Ergebnis ablehnend Haggenev 2005, S.146 ; Tzouganatos 1983, S. 96

einheitlich angewandt werden kann, denn auf manchen Märkten verfügen manche Unternehmen über erhebliche finanzielle Mittel, unausgelastete Produktionskapazitäten und unverwendetes Know-how oder sie haben leichteren Zugang zu den Vorprodukt-, Finanz- und Vertriebsmärkten als andere Konkurrenten.

Eine weitere Fehlergefahr erwächst aus der Tatsache, dass man mit der Erweiterung des relevanten Produktmarktes um die Produkte – eigentlich Kapazitäten – der potentiellen Wettbewerber gleichzeitig annimmt, dass sie im Falle einer Preiserhöhung ihre gesamten Produktionskapazitäten auf die Produktion des nachfrageseitig bestimmten relevanten Produktes umstellen würden. Diese Annahme ist deshalb notwendig, weil es nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit prognostiziert werden kann, welcher Teil der Produktionskapazitäten tatsächlich umgestellt würde¹²⁹. Diese Annahme ist in den meisten Fällen jedoch unrealistisch, weil die Opportunitätskosten einer solchen Umstellung ausgesprochen hoch wären. Man könnte zwar versuchen, abzuschätzen, wie viel Kapazität der potentielle Wettbewerber auf den relevanten Markt umstellen würde¹³⁰. Häufig tritt aber auch der Fall auf, dass der potentielle Wettbewerber seine Produktion auf Grund langfristiger Lieferverträge an ein bestimmtes Produkt faktisch gebunden hat. Eine Verletzung seiner Leistungspflichten würde Schadensersatzansprüche und somit erhebliche Kosten nach sich ziehen. Die Opportunitätskosten der alternativen Nutzung der Produktionskapazitäten sind in diesem Fall sehr hoch. Gleichfalls ist es möglich, dass der potentielle Wettbewerber zwar nicht rechtlich aber ökonomisch gebunden ist, weil er langfristige, lukrative Geschäftsbeziehungen nicht aufgeben will. Diese Beziehungen sichern ihm die risikolose, profitable Betätigung auf dem ersten Markt, so dass die Opportunitätskosten einer Umstellung auf einen anderen Markt auch in diesem Fall enorm zu sein scheinen¹³¹.

In der Praxis ist eine umfangreiche und tiefgreifende Prüfung des Prognosekriteriums der Wirksamkeit des potentiellen Wettbewerbs nur im Hauptprüfverfahren möglich. Die Entscheidung über die Einleitung des Hauptprüfverfahrens kann nur ohne vorherige eingehende Prüfung der schwer prognostizierbaren Wirkungen des potenziellen Wettbewerbs fristgerecht getroffen werden. Da selbst die Prüfung der Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines „committed entrant“ großen Zeitaufwand bedingt, ist es praktisch unmöglich, eine Marktabgrenzung unter Einschluß der „committed entrants“ in der ersten Prüfungsphase vorzunehmen. In der ersten Prüfungsphase reicht die Zeit nur für die nachfrage-

129 Die Definition des relevanten Produktmarktes wäre allerdings problematisch, da die Marktanteile des „uncommitted entrant“ nicht exakt genug berechnet werden könnten.

130 vgl. Baker 1997, S. 359

131 vgl. OFT/NERA 1999, S. 16 f.; Gey 2004, S. 145

seitige Abgrenzung des relevanten Marktes, die Berechnung der Marktanteile und eine grobe Wettbewerbsanalyse anhand eines kleineren Bestandes an Informationen.

5) Rivalisierende Marktabgrenzungsmethoden

Sowohl in der neuen als auch in der alten Fusionskontrollverordnung findet man keine Anleitung zur korrekten Methode der Marktabgrenzung¹³². In der Wirtschaftswissenschaft besteht ebenfalls keine Einigkeit über die „richtige“ Methode der Marktabgrenzung¹³³. Selbst aber wenn die Industrieökonomik eine solche Methode entwickelt hätte, müßte sie nicht unreflektiert für den Zweck der Rechtsanwendung der Fusionskontrollverordnung übernommen werden. Ihrer Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes hat allerdings die Kommission das Bedarfsmarktkonzept zugrunde legt, das auch von der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte als das geeignete Rechtsanwendungskonzept für die Marktabgrenzung gehalten wird.

a) Das herkömmliche Bedarfsmarktkonzept

Die Rechtsanwendungsinstanzen und die Theorie verwenden für die Zwecke der Marktabgrenzung das so genannte Bedarfsmarktkonzept¹³⁴. Das Bedarfsmarktkonzept besagt, daß alle Güter, die für die Deckung desselben Bedarfs zur Verfügung stehen, dem selben relevanten Markt angehören¹³⁵. Das Bedarfsmarktkonzept in der europäischen Fusionskontrolle verwendet zur Identifizierung der demselben Markt angehörenden Produkte den Begriff der Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite¹³⁶, der dem ökonomischen Begriff der Nachfragesubstitution weitgehend entspricht¹³⁷. In dieser Untersuchung wird der Oberbegriff Marktgegenseite oder Abnehmer statt des Begriffs Verbraucher verwendet, um auch die Fälle zu erfassen, in denen Hersteller, Groß- und Einzelhändler die

132 Wagemann, in Wiedemann, S. 517, Tz. 15

133 Neveling, Die sachliche Marktabgrenzung, S. 15

134 vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 17, S. 63, Tz. 89; vgl. Krimphove 1992, S. 300

135 s. Kommission v. 02.10.1991, „Aerospatiale-Alenia/de Havilland, WuW/E EV 1675, Rn. 10; EuG v. 19.05.1994, Air-France-Kommission, Rs. T-2/94, Slg. 1994 II, 323, Leitsatz 4; vgl. Neveling, Die sachliche Marktabgrenzung, S. 58 und 157; vgl. Krimphove 1992, S. 183; zum deutschen Recht s. nur Bechtold 2002, S. 178, Rn. 6

136 vgl. Immenga, in I/M, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 2 FKVO, S. 835, Rn. 40; Hageney, Marktanteilsprognosen, S. 76

137 Briones, ECLR 1994, S. 196; Coppi / Walker, Ant. Bull. 2004, S. 102; vgl. Office of Fair Trading 1999, S. 14; Ebel/Funke 2003, S. 51