

Kartellrecht und Ökonomie

Moderne ökonomische Ansätze
in der europäischen und deutschen
Zusammenschlusskontrolle

von

Professor Dr. Ulrich Schwalbe

Institut für Volkswirtschaftslehre
Universität Hohenheim

Professor Dr. Daniel Zimmer

Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht
Universität Bonn

3., überarbeitete und erweiterte Auflage 2021

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

I S B N 9 7 8 - 3 - 8 0 0 5 - 1 7 2 1 - 3

dfv' Mediengruppe

© 2021 Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft,
Frankfurt am Main

Der Verlag im Internet: www.ruw.de

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

Druckvorstufe: Lichtsatz Michael Glaese GmbH, 69502 Hemsbach

Druck und Verarbeitung: Appel & Klinger, Druck und Medien GmbH, 96277 Schneckelohe

Printed in Germany

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Einleitung	1

Erster Teil: Ökonomische Grundlagen

A. Effizienzbegriffe in der Wirtschaftstheorie	3
I. Allokationseffizienz	4
II. Produktionseffizienz	8
III. Dynamische Effizienz	9
IV. Der relevante Wohlfahrtsstandard	11
B. Wettbewerb und Effizienz	14
I. Vollkommene Konkurrenz	14
II. Monopol	22
III. Dominantes Unternehmen mit wettbewerblichem Rand ...	31
IV. Monopolistische Konkurrenz	33
V. Oligopol	35
1. Grundlagen der Spieltheorie	36
a) Spieler, Strategien und Auszahlungen	37
b) Nash-Gleichgewicht	38
2. Gleichgewichte auf oligopolistischen Märkten	39
a) Bertrand-Wettbewerb: Preiswettbewerb mit homogenen Gütern	40
b) Bertrand-Modell mit Kapazitätsbeschränkungen – Edgeworth-Zyklen	42
c) Mengenwettbewerb mit homogenen Gütern	43
d) Bertrand-Wettbewerb mit differenzierten Gütern	46
e) Cournot-Wettbewerb mit differenzierten Gütern	48
f) Weitere Modelle oligopolistischen Wettbewerbs	48
g) Effizienz in oligopolistischen Märkten	50
VI. Monopson und Oligopson	51

Inhaltsverzeichnis

C. Besonderheiten der digitalen Ökonomie – Netzwerkeffekte, Plattformen, Konzentration und Wohlfahrt.....	54
I. Indirekte und direkte Netzwerkeffekte	55
II. Preisgestaltung auf Plattformmärkten	58
III. Wettbewerbsökonomische Aspekte	61

Zweiter Teil:

Marktmacht, Marktbeherrschung und Marktabgrenzung

A. Marktmacht und Preiselastizitäten	65
I. Einleitung	65
1. Der Lerner-Index als Maß für Marktmacht	66
2. Die Preiselastizität der Nachfrage	67
II. Marktmacht und Lerner-Index bei verschiedenen Marktformen	70
III. Marktmacht bei differenzierten Gütern.....	72
IV. Marktmacht auf zweiseitigen Märkten	73
V. Marktmacht auf Ausschreibungs- und Bietermärkten.....	74
B. Marktmacht, Marktbeherrschung und wirksamer Wettbewerb – ökonomische und juristische Aspekte.....	76
C. Feststellung von Marktmacht und Marktbeherrschung	81
I. Direkte Feststellung von Marktmacht	82
II. Indirekte Erfassung von Marktmacht	84
1. Abgrenzung von Märkten – Ökonomische Marktkonzepte.....	85
a) Bedarfsmarktkonzept	86
b) Hypothetischer Monopolistentest.....	89
c) Einzelaspekte der Marktabgrenzung.....	93
α) Nachfragesubstitution.....	94
β) Angebotssubstitution.....	98
γ) Simultane sachliche und räumliche Marktabgrenzung	101
δ) Marktabgrenzung bei differenzierten Gütern	102
ε) Substitutionsketten.....	106
ζ) Marktabgrenzung bei Preisdiskriminierung.....	107
η) Folgemärkte	108

Inhaltsverzeichnis

θ) Sortimentsmärkte	109
ι) Zweiseitige Märkte	111
κ) Innovationsmärkte	115
λ) Marktabgrenzung bei bestehender Marktmacht – Die Cellophane fallacy	116
μ) Folgerungen	119
2. Empirische Verfahren zur Marktabgrenzung	120
a) Preiselastizität der Nachfrage	120
b) Kritische Elastizitäten und kritischer Absatz- rückgang	122
c) Preistests	128
d) Weitere Verfahren zur räumlichen Markt- abgrenzung	132
e) Folgerungen	134
3. Ökonomische Marktkonzepte in der Anwendungs- praxis	135
a) Unionsrecht	135
α) Bedarfsmarktkonzept	135
β) Hypothetischer Monopolistentest	143
b) Deutsches Recht	152
α) Bedarfsmarktkonzept	152
β) Hypothetischer Monopolistentest	161
4. Einzelaspekte der Marktabgrenzung in der Anwendungspraxis	163
a) Preiselastizitätsanalysen	165
b) Absolute und relative Preisunterschiede	170
α) Sachliche Marktabgrenzung aufgrund von Preisdifferenzen	170
β) Räumliche Marktabgrenzung aufgrund von Preisdifferenzen	176
c) Preiskorrelation	179
α) Anwendung von Preiskorrelationsanalysen zur Abgrenzung von Produktmärkten	179
β) Anwendung von Preiskorrelationsanalysen zur Abgrenzung von geographischen Märkten	185
d) Produktdifferenzierung/Substitutionsketten	188
e) Vertriebswege	192
α) Vertrieb physischer Produkte über unter- schiedliche Vertriebswege	192
β) Vertrieb digitaler Produkte und die Abgrenzung von Online- und Offline-Märkten	194

Inhaltsverzeichnis

f) Preisdiskriminierung/anderweitige Abnehmerdifferenzierung	203
g) Komplementäre Produkte/Folgemärkte	208
h) Wechselkosten und -quoten	209
i) Schockanalysen und Analysen anderer Ereignisse ...	210
j) Sortimentsmärkte	212
k) Zweiseitige Märkte/Plattformmärkte	213
α) Europäische Anwendungspraxis	214
β) Deutsche Anwendungspraxis	217
5. Bestimmung der Marktanteile	220
a) Ökonomische Konzepte der Marktanteilsbestimmung	220
α) Absatzbasierte Marktanteile	221
β) Umsatzbasierte Marktanteile	222
γ) Kapazitätsbasierte Marktanteile und weitere Bezugsgrößen	222
δ) Marktanteile bei unentgeltlichen Leistungen (Null-Preis-Märkten)	223
b) Bestimmung der Marktanteile in der Praxis	224
α) Absatzmenge als Berechnungsgrundlage	224
β) Umsatz als Berechnungsgrundlage	225
γ) Kapazitäten als Berechnungsgrundlage	227
δ) Alternative Berechnungsmethoden	227
6. Bedeutung von Marktanteilen und anderen Faktoren ...	229
a) Absolute Marktanteile und Marktanteilsschwellen im europäischen Recht	229
α) Unbedenkliche Marktanteilswerte	230
β) Marktanteilswerte, die eine Prüfung auf Marktmacht indizieren	231
b) Faktoren, die die Aussagekraft von Marktanteilen beeinflussen	234
α) Märkte mit differenzierten Produkten	234
β) Dynamische Märkte	237
γ) Bieter- und Ausschreibungsmärkte – Wettbewerb um den Markt	238
δ) Historische Entwicklung der Marktanteile	242
ε) Abhängigkeit des Marktanteils von Einzelaufträgen	243
ζ) Stellung aktueller Wettbewerber	243
η) Marktzutrittsschranken und potentieller Wettbewerb	247

θ) Nachfragemacht	264
c) Besonderheiten des deutschen Rechts	268
α) Gesetzliche Ausgangslage und 9. GWB-Novelle..	268
β) Bedeutung des Marktanteils	271
III. Schlussbetrachtung	277

**Dritter Teil:
Effekte von Marktstrukturveränderungen**

A. Einführung	283
B. Einzelmarktbeherrschung	285
I. Ökonomische Grundlagen	285
II. Einzelmarktbeherrschung in der Anwendungspraxis.....	287
1. Unionsrecht.....	287
2. Deutsches Recht	291
C. Nichtkoordinierte Effekte	297
I. Unterschiedliche Effekte bei unterschiedlichen Wettbewerbsformen	298
1. Preiswettbewerb mit homogenen Gütern.....	298
a) Grundsätzliche Aussagen	298
b) Insbesondere: Märkte mit Kapazitäts- beschränkungen, Edgeworth-Zyklen	299
2. Mengenwettbewerb mit homogenen Gütern	300
3. Preiswettbewerb mit differenzierten Gütern	303
4. Mengenwettbewerb mit differenzierten Gütern	305
5. Abschlussbetrachtung zu den traditionellen Oligopolmodellen.....	306
6. Zusammenschlüsse auf Plattformmärkten – die Rolle von Daten	307
7. Minderheitsbeteiligungen (cross ownership und common ownership)	308
II. Nichtpreiswirkungen von Fusionen	310
1. Auswirkungen auf Innovationen.....	311
a) Innovationswirkungen: Theoretische und empirische Erkenntnisse	311
b) Zur Feststellung von Innovationswirkungen	317
c) Innovationswettbewerb in der jüngeren Kommissionspraxis	318

Inhaltsverzeichnis

α) Traditioneller Ansatz: Produktmarkt-orientierte Betrachtung.....	319
β) Neuer Ansatz: Innovationsräume und Industrieebene	323
2. Auswirkungen auf die Produktqualität und Privatsphäre	325
3. Fusionen, Innovation und Daten in der digitalen Ökonomie	327
III. Erfassung nichtkoordinierter Effekte mit dem SIEC-Test ..	328
1. Rechtsentwicklung bei der EU-Fusionskontrolle.....	328
2. Anpassung des deutschen Kartellrechts.....	331
IV. Methoden zur Feststellung nichtkoordinierter Effekte	332
1. Strukturelle Methoden	333
a) Herfindahl-Hirschman-Index	333
b) Preis-Konzentrationsanalysen	340
2. Indikatoren des Preissteigerungsdrucks – UPP, UPP*, und GUPPI	343
a) Upward Pricing Pressure (UPP) und Gross Upward Pricing Pressure Index (GUPPI).....	343
b) Ein erweiterter UPP-Filter.....	346
c) UPP als erster Filter in der Fusionskontrolle	347
d) Von Anreizen zur Preiserhöhung zum Ausmaß der Preiserhöhungen	352
e) Kompensierende Grenzkostenreduzierung.....	357
f) Zusammenhang zwischen Indikatoren des Preiserhöhungsdrucks und der Marktabgrenzung	358
g) Indikatoren des Preiserhöhungsdrucks in der Kommissionspraxis	360
3. Simulationsmodelle	362
4. Bidding-Studies und Win/Loss Analysen	370
a) Wettbewerbliche Nähe	371
α) Erstpreisauktion	373
β) Zweitpreisauktion.....	374
γ) Preis/Margen-Teilnahme-Analyse	374
b) Bieteranzahl	375
c) Wettbewerbliche Relevanz	376
5. Ereignisstudien	376
a) Ex-Post-Studien	378
b) Natürliche Experimente	378
c) Methodik	379
6. Folgerungen für die Methodenwahl.....	380

V. Nichtkoordinierte Effekte und zugehörige Methoden in der Anwendungspraxis	381
1. Neuere Entwicklungen	381
2. Fallpraxis der Kommission	392
3. Fallpraxis des Bundeskartellamts	433
4. Neueste Entwicklung: Das Urteil des EuG im Fall CK Telecoms UK/Kommission	438
a) Beseitigung eines „beträchtlichen Wettbewerbsdrucks“	439
b) Beurteilung der Nähe des Wettbewerbsverhältnisses der Zusammenschlussparteien	442
c) Anwendung quantitativer Verfahren zur Schätzung der Preiseffekte einer Fusion	444
d) Bewertung des Urteils	445
D. Koordinierte Effekte und kollektive Marktbeherrschung	448
I. Ökonomische Grundlagen der kollektiven Marktbeherrschung	450
II. Juristische Einordnung	456
III. Grundlegende Bedingungen einer kollektiven Marktbeherrschung	458
1. Wiederholte Interaktion	458
2. Diskontfaktor	460
3. Glaubwürdiger Bestrafungsmechanismus	462
4. Markttransparenz	466
a) Transparenz bezüglich der Kollusionsmodalitäten ...	470
b) Markttransparenz als kollusionsstabilisierender Faktor	472
IV. Unternehmensbezogene Kriterien und Konzentration	475
1. Anzahl der Unternehmen	475
a) Zahl der Wettbewerber und angebotsseitige Konzentration	476
b) Eingriffsschwelle bezüglich der Anbieterzahl	479
c) Bedeutung des Konzentrationsgrads	481
2. „Symmetrie“ der Unternehmen	483
a) Technologie und Kosten	484
b) Marktanteile	487
c) Produktpalette	489
d) Organisationsform und Konzernstruktur	490
3. Kapazitäten und Lagerbestände	492
4. Strukturelle Verbindungen zwischen Marktbeteiligten ..	495

Inhaltsverzeichnis

V. Marktbezogene Kriterien	498
1. Marktzutritt	498
2. Preiselastizität der Nachfrage	502
3. Typische Transaktionen	505
4. Homogene und differenzierte Produkte	505
5. Nachfragemacht	509
6. Multi-Markt-Kontakte	510
7. Wachsende und schrumpfende Märkte	514
8. Innovationen	516
9. Konjunkturschwankungen	517
10. Räumliche Verteilung der Wirtschaftstätigkeit	521
VI. Erzielen von Übereinstimmung über die Koordinierungs- modalitäten	522
1. Bezugspunkt der Kollusion	522
2. Bedeutung früheren Wettbewerbsverhaltens	524
3. Instrumente der Verhaltenskoordination	527
a) Explizite Vereinbarungen	528
b) Informationsaustausch und Preisführerschaft	529
c) Preisregeln	534
d) Algorithmen als facilitating device	538
e) Weitere Mechanismen zum Erreichen einer Verhaltenskoordination	539
VII. Rezeption wirtschaftstheoretischer Erkenntnisse in der Anwendungspraxis	543
VIII. Feststellung koordinierter Effekte	547
1. Feststellung koordinierter Effekte in der Anwendungs- praxis	547
a) Unionsrecht	547
b) Deutsches Recht	552
α) Einführung	552
β) Die Prüfkriterien im Einzelnen	555
γ) Vergleich mit dem Unionsrecht	583
2. Wirtschaftstheoretische Probleme der Prognose koordinierter Effekte	586
IX. Zur Vorgehensweise der Prüfung auf koordinierte Effekte	594
E. Weitere für die Beurteilung von Zusammenschluss- wirkungen relevante Faktoren	598
I. Zusammenschlüsse in zwei- oder mehrseitigen Märkten ...	598

II. Übernahme eines besonders dynamischen Wettbewerbers – Mavericks	605
III. Die Übernahme eines potentiellen Wettbewerbers und „killer acquisitions“	607
IV. Aufholfusionen	611
V. Sanierungsfusionen	614
VI. Die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen	620
1. Effizienzgewinne aus ökonomischer Sicht	620
a) Rationalisierungsgewinne und zunehmende Skalenerträge	623
b) Verbundvorteile	624
c) Vorteile auf den Beschaffungsmärkten	624
d) Verbesserte Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung ..	625
e) Verringerung von Slack und von X-Ineffizienzen ...	625
f) Verbesserte Weitergabe von Know-how	625
g) Effizienzgewinne durch die Zusammenführung von Datenbeständen	625
h) Technischer Fortschritt	626
2. Effizienzgewinne in der FKVO Nr. 4064/1989	628
3. Effizienzgewinne in der FKVO Nr. 139/2004	632
4. Der maßgebende Wohlfahrtsstandard	638
a) Einführung	638
b) Probleme der Wohlfahrtsstandards	639
5. Anforderungen der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse	641
6. Welche Effizienzgewinne erfüllen die in den Leitlinien genannten Bedingungen?	660
7. Bewertung der einzelfallbezogenen Berücksichtigung von Effizienzgewinnen aus institutionenökonomischer Sicht	666
a) Kosten und Nutzen einer Einzelfallbetrachtung	668
b) Kosten und Nutzen einer pauschalierenden Berücksichtigung	672
c) Schlussfolgerung	673
8. Besonderheiten im deutschen Recht?	674
F. Vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse	676
I. Vertikale Zusammenschlüsse	678
1. Wettbewerbsfördernde Wirkungen vertikaler Zusammenschlüsse	679

Inhaltsverzeichnis

a) Doppelte Marginalisierung	680
b) Senkung von Transaktionskosten	684
2. Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen vertikaler Zusammenschlüsse	686
a) Inputabschottung (Input Foreclosure)	687
b) Kundenabschottung (Customer Foreclosure)	697
c) Koordinierte Effekte vertikaler Zusammenschlüsse ..	701
3. Wettbewerbliche Wirkungen vertikaler Fusionen	704
II. Konglomerate Zusammenschlüsse	710
1. Wettbewerbsfördernde Wirkungen konglomerater Zusammenschlüsse	710
a) Verbundvorteile auf der Angebotsseite	711
b) Verbundvorteile auf der Nachfrageseite	713
c) Verbesserte Koordination	714
d) Cournot-Effekte	714
e) Effizienzwirkungen von Kopplungsbindungen	715
f) Kopplungsbindungen als Instrument der Preis- diskriminierung	717
g) Das Argument des einzigen Monopolgewinns	719
2. Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen konglomerater Zusammenschlüsse	721
a) Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen von Kopplungsbindungen	721
b) Tying	722
α) Tying komplementärer Güter	722
β) Tying unabhängiger Güter	723
c) Produktbündelung	724
α) Produktbündelung komplementärer Güter – Wettbewerb zwischen Systemen	724
β) Produktbündelung und Preiswettbewerb	727
γ) Produktbündelung und Innovation	728
d) Wettbewerbliche Wirkungen von Kopplungs- bindungen	728
e) Sortimenteffekte, Interoperabilität und Plattform Envelopment	729
f) Beschränkung der Finanzierungsmöglichkeiten von Wettbewerbern	731
g) Koordinierte Effekte konglomerater Zusammen- schlüsse	732
3. Wettbewerbliche Wirkungen konglomerater Fusionen ..	734
a) Einführung	734

Inhaltsverzeichnis

b) Insbesondere: marktübergreifende Fusionen in der digitalen Ökonomie	735
III. Rechtliche Aspekte vertikaler und konglomerater Zusammenschlüsse	742
1. Prognose wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens und Beweisanforderungen	742
2. Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse	752
3. Anwendung ökonomischer Methoden und Argumentationsmuster in der Praxis	754
a) Praxis der Kommission	754
b) Praxis des Bundeskartellamts	765
G. Schlussbetrachtung	772
Literaturverzeichnis	787
Sachregister	851