

Schriften des Zentrums für angewandte
Rechtswissenschaft, Universität Karlsruhe (TH)

3

José Luis Cárdenas T.

Rolle, Kriterien und Methodik der kartellrechtlichen Markt- abgrenzung

eine juristische und ökonomische
Analyse



José Luis Cárdenas T.

**Rolle, Kriterien und Methodik der kartellrechtlichen
Marktabgrenzung**

eine juristische und ökonomische Analyse

Schriften des Zentrums für angewandte Rechtswissenschaft

Band 3

ZAR | Zentrum für angewandte Rechtswissenschaft

Universität Karlsruhe (TH)

Herausgeber der Schriftenreihe: *Prof. Dr. Thomas Dreier M.C.J.*

Prof. Dr. Jürgen Kühling LL.M.

Prof. Dr. Peter Sester Dipl.-Kfm.

Rolle, Kriterien und Methodik der kartellrechtlichen Marktabgrenzung

eine juristische und ökonomische Analyse

von
José Luis Cárdenas T.



universitätsverlag karlsruhe

Impressum

Universitätsverlag Karlsruhe
c/o Universitätsbibliothek
Straße am Forum 2
D-76131 Karlsruhe
www.uvka.de



Dieses Werk ist unter folgender Creative Commons-Lizenz
lizenziert: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/de/>

Universitätsverlag Karlsruhe 2005
Print on Demand

ISSN 1860-8744
ISBN 3-937300-93-7

Für meine liebe Beatriz

Vorwort

Die vorliegende Schrift wurde als Magisterarbeit im Rahmen des LL.M.-Programms der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg angenommen. Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Sester, Dipl. Kfm., der die Arbeit betreut hat und mir in großzügiger Weise einen erheblichen Freiraum für meine wissenschaftliche Arbeit gelassen hat, ohne den die vorliegende Schrift nicht so schnell hätte entstehen können.

Vielen Dank auch an Herrn Prof. Dr. Haedicke, welcher so freundlich war, das Zweitgutachten zu übernehmen. Auch der Konrad-Adenauer-Stiftung, die es mir durch das Gewähren eines Stipendiums möglich gemacht hat, mich ganz dem wissenschaftlichen Arbeiten zu widmen, möchte ich an dieser Stelle meinen Dank aussprechen.

Schließlich danke ich Frau Dr. Matz für die redaktionelle und sprachliche Bearbeitung des Beitrages.

Besonderer Dank für die ständige Unterstützung und Liebe gilt meiner Frau Beatriz Errázuriz Böhmer und meinen Eltern José Luis Cárdenas Núñez und Martina Tomažič Leskovšek.

Frankfurt am Main, November 2005

José Luis Cárdenas Tomažič

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	III
Inhaltsverzeichnis.....	IV
Abkürzungsverzeichnis	VII
Einleitung.....	1
I. Problemstellung.....	1
II. Zielsetzung.....	1
III. Gang der Arbeit.....	2
Erster Teil: Die Rolle der kartellrechtlichen Marktabgrenzung.....	3
A. Das Subsidiaritätsprinzip als rechtlich-philosophische Grundlage	3
I. Wesen und Struktur des Subsidiaritätsprinzips	3
II. Die marktwirtschaftliche Ordnung und das Subsidiaritätsprinzip.....	5
B. Marktmacht als Beweis eines potentiellen Marktversagens und als staatliche Eingriffslegitimation: ökonomische Grundlage	7
I. Die Aufgaben des Marktes bzw. des Wettbewerbs in einer Marktwirtschaft.....	8
II. Marktmacht als potentieller Marktversager.....	15
1. Relativ hoher Marktanteil.....	19
2. Geringe Preiselastizität.....	20
3. Machtlose Marktgegenseite	21
4. Beschränkter Markteintritt und –austritt.....	21
C. Die Rolle der kartellrechtlichen Marktabgrenzung.....	23
I. Messung des Marktanteils.....	23
II. Messung der Preiselastizität.....	24
III. Bewertung der Gegenmacht	25
IV. An- und Abwesenheit von Marktschranken und potentieller Konkurrenz.....	25
D. Schlussfolgerungen.....	25
Zweiter Teil:.....	29
A. Erforderlichkeit der Marktabgrenzung in den relevanten Rechtsordnungen	29
I. Deutschland.....	29
II. Europäische Gemeinschaft.....	30
III. USA	31
B. Der Bewertungsparameter der Kriterien und Methoden der kartellrechtlichen Marktabgrenzung.....	32
C. Darstellung der Kriterien und Methoden der kartellrechtlichen Marktabgrenzung	34
I. Sachliche Abgrenzungskriterien und –methoden	35
1. Kriterien.....	35
a) Betriebswirtschaftliche Ansätze	35
aa) Anbieterbezogene Kriterien.....	35
(1) Industriekonzept/Konzept der physikalisch-technischen Ähnlichkeiten..	35
(2) Konzepte der sachlichen Unternehmensähnlichkeiten	36
bb) Nachfragerbezogene Kriterien	36
(1) Funktionelle Ähnlichkeit.....	36
(2) Verwenderorientierte subjektive Ähnlichkeiten.....	37
(3) Verwenderorientierte Produktpräferenzen.....	37
cc) Bewertung der betriebswirtschaftlichen sachlichen Marktabgrenzungskriterien.....	38
b) Volkswirtschaftliche Kriterien.....	38
aa) Anbieterorientierte Kriterien	38
(1) Der Elementarmarkt.....	38

(2) Das Substitutionslückenkriterium.....	39
(3) Das Kriterium der Industriezugehörigkeit der Unternehmen	40
(4) Das Kriterium des Ressourcenpools	40
bb) Nachfrageorientierte Kriterien.....	41
(1) Das Totalmarktkriterium.....	41
(2) Das Kriterium der Kreuzpreiselastizitäten	41
(3) Das Bedarfsmarktkriterium.....	42
cc) Bewertung der volkswirtschaftlichen sachlichen Marktabgrenzungskriterien	44
2. Methoden.....	44
a) Hypothetical-Monopolist-Test (HM-Test)	44
b) Verständiger Verbraucher	49
c) Bewertung der sachlichen Abgrenzungsmethoden	51
II. Räumliche Abgrenzungskriterien und –methoden	51
1. Kriterien.....	52
a) Betriebswirtschaftliche Ansätze: das Absatzgebiet	52
b) Volkswirtschaftliche Ansätze.....	52
aa) Lieferradius	52
bb) Homogenität.....	53
c) Bewertung der Kriterien zur räumlichen Marktabgrenzung.....	54
2. Methoden.....	54
a) Preisanalyse	54
b) Analyse der Handelsströme	55
c) Transportkosten.....	58
d) Hypothetical-Monopolist-Test	58
e) Bewertung der Methoden zur räumlichen Marktabgrenzung.....	59
D. Schlussfolgerungen.....	59
Dritter Teil: Verwaltungsentscheidungs- und Rechtsprechungsanalyse	62
A. Deutschland.....	62
I. Verwaltungsentscheidungen.....	62
1. Sachlich relevanter Markt	62
2. Räumlich relevanter Markt.....	66
II. Rechtsprechung.....	68
1. Sachlich relevanter Markt	68
2. Räumlich relevanter Markt.....	71
B. Europäische Gemeinschaft.....	73
I. Verwaltungsentscheidungen.....	73
1. Sachlich relevanter Markt	73
2. Räumlich relevanter Markt.....	76
II. Rechtsprechung.....	77
1. Sachlich relevanter Markt	77
2. Räumlich relevanter Markt.....	80
C. USA.....	81
I. Verwaltungsentscheidungen.....	81
1. Sachlich relevanter Markt	81
2. Räumlich relevanter Markt.....	82
II. Rechtsprechung.....	83
1. Sachlich relevanter Markt	83
2. Räumlich relevanter Markt.....	85
D. Schlussfolgerungen.....	87
I. Kriterien und Methoden.....	87
II. Problembereiche	87

1. <i>Per-se</i> -Verbote.....	87
2. Maximale räumliche Größe.....	88
3. Ermittlung eines Verstoßes gegen Art. 81 EGV	88
Thesen:	90
Literaturverzeichnis	94

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Abl.	Amtsblatt
aF	alte Fassung
Art.	Artikel
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BmDrM	Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft
bzw.	beziehungsweise
d.h.	dass heisst
DoJ	Department of Justice
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EuG	Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FTC	Federal Trade Commission
GG	Grundgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HMGs	Horizontal Merger Guidelines
h.M.	herrschende Meinung
HM	Hypothetical Monopolist
HHI	Hirschmann-Herfindahl-Index
ICNMG	International Competition Network Merger Guidelines
Jg.	Jahrgang
KG	Kammergericht
MdFk	Merkblatt zur deutschen Fusionskontrolle
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite(n)
Slg. I	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft.
sog.	sogenannt
TKG	Telekommunikationsgesetz
Tz.	Textziffer
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
USA	United States of America
US DC	United States District Court
v.	von / vom

vgl.	vergleiche
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
WuW/E EV	WuW-Entscheidungssammlung Europäische Verwaltung
WuW/E BGH	WuW-Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs
WuW/E BkartA	WuW-Entscheidungssammlung des Bundeskartellamtes
WuW/E DE-R	WuW-Entscheidungssammlung zur deutschen Rechtsprechung
WuW/E DE-V	WuW-Entscheidungssammlung zur deutschen Verwaltung
WuW/E OLG	WuW-Entscheidungssammlung des Oberlandesgerichts
z.B.	zum Beispiel

Einleitung

I. Problemstellung

Im Zentrum der Methoden, nach der die zuständigen Kartellbehörden und Gerichte („Rechtsanwender“) seit Jahrzehnten¹ kartellrechtliche Fälle beurteilen, steht die Marktabgrenzung. Sie ist in vielen Fällen für Kartellrechtsprozesse schlechthin entscheidend; ob ein gegebener Sachverhalt als wettbewerbsbeschränkend beurteilt wird – obwohl er das nicht ist – oder als nicht wettbewerbsbeschränkend – obwohl er dies ist, hängt im wesentlichen davon ab, ob die Abgrenzung selbst nach engen oder weiten Maßstäben erfolgt².

Merkwürdig ist, dass trotz der Bedeutung der Marktabgrenzung und ihrer Methodik bei der kartellrechtlichen Analyse diese Frage in den relevanteren Rechtsordnungen nicht gesetzlich geregelt ist³. Man findet keine Vorschrift, die die Durchführung der Marktabgrenzung selbst im Detail regelt. Nur in den letzten Jahren gab es Versuche, durch niederrangige Rechtsnormen (z.B. Bekanntmachungen oder *Guidelines*) dieses Thema einigermaßen zu konkretisieren.

Dieser Tatbestand hat die Rechtsprechung dazu veranlasst, Fragen der Marktabgrenzung selbst zu konkretisieren. In vielen Fällen hat sich dabei gezeigt, dass die Gerichte von einer unzureichend geklärten Ausgangsbasis ausgehen. Da der Markt eine wirtschaftliche Realität ist, muss der Ansatz einer Abgrenzung ein ökonomischer Ansatz sein: Es geht darum, für die verschiedenen Anbieter und Nachfrager einer Ware oder Dienstleistung jedenfalls den „relevanten Markt“ zu bestimmen. Sind die Ausgangskriterien nur unzureichend ökonomisch orientiert und die Auslegungsmethoden nicht den wirtschaftlichen Gegebenheiten angepasst, so besteht die Gefahr, dass die Abgrenzung der Märkte nahezu willkürlich⁴ erfolgt; dies wiederum bedeutet, dass die einzelnen Rechtsanwender im Ergebnis unzutreffende Sachentscheidungen zur Frage von Wettbewerbsbeschränkungen treffen. Derartige „illegitime staatliche Markteingriffe“ können auch gesamtwirtschaftliche Beeinträchtigungen mit sich bringen.

II. Zielsetzung

Der Gegenstand vorliegender Arbeit ist es, Rolle, Kriterien und Methodik der kartellrechtlichen Marktabgrenzung darzustellen. Die Arbeit versucht, folgende Fragestellungen zu beantworten: (i) Warum soll der Markt überhaupt abgegrenzt werden? In diesem Zusammenhang werden die rechtlichen und ökonomischen Gründe der Marktabgrenzung dargestellt und denkbare gesamtwirtschaftlich nachteilige Folgen einer inkorrekten Marktabgrenzung bezeichnet. (ii) Wie soll der Markt abgegrenzt werden? Hier geht es um die Abgrenzungskriterien und –methoden, die Rechtsanwender und Literatur

¹ Zum ersten Mal, im Bereich des Antitrustrechts, im Fall *United States v. Columbia Steel Co.*, 334 U.S. 496 (1948).

² Vgl. u.a. Geroski, Paul .A. / Griffith, Rachel (2003), S. 3; Günther, Eberhard (1960), 19; Mestmäcker, Ernst-Joachim (1959), S.11; Hoppmann, Erich (1974), S.42; Anderson, Robert D. / Khosla, S. Dev / Monteiro, Joseph (1996), S. 90.

³ Hoppmann, Erich (1974), S. 8, da lautet: „In den Antitrustgesetzen kam das Wort ‚Markt‘ oder ‚relevanter Markt‘ gar nicht vor. Jedoch wurde in der amerikanischen Rechtsprechung schon früh die Tendenz sichtbar, wirtschaftliche Macht auch in den Kategorien des Marktes zu fassen und sie als Marktmacht zu deuten, das Konzept des Marktes fand in die Rechtsprechung Eingang“.

⁴ Vgl. Lanzilotti, Z.B.R.F. (1963), S. 859.

bisher gefunden haben und anwenden. Berücksichtigt wird dabei deutsches, europäisches und amerikanisches Recht⁵.

III. Gang der Arbeit

Die Arbeit gliedert sich in drei Teile.

Im ersten Teil wird die Bedeutung der Marktabgrenzung aus kartellrechtlicher Sicht dargestellt. Es geht hier auch um ihre Beziehung zum Subsidiaritätsprinzip und zur Marktmacht; Ziel ist es, die gesamtwirtschaftliche reale Bedeutung korrekter Marktabgrenzung zu erkennen.

Der zweite Teil der Arbeit geht der Frage nach, welche Abgrenzungskriterien und –methoden verwendet werden sollten, um im Ergebnis von einer „angemessenen“ Marktabgrenzung durch Rechtsanwender sprechen zu können.

Im dritten Teil werden die in den einzelnen Rechtordnungen erlassenen kartellrechtlichen Normierungen und die hierzu ergangene Rechtsprechung im Hinblick darauf analysiert, inwieweit sie tatsächlich die beschriebenen Abgrenzungskriterien und –methoden zugrundelegen.

⁵ Zusätzlich werden in bestimmten Punkten Angaben über andere Rechtordnungen (Australien, Brasilien, Finland, Irland, Japan, Kanada, Neuseeland und U.K.) auf der Basis der „Analysis of Merger Guidelines“ des International Competition Network und Angaben der OECD gemacht.

Erster Teil: Die Rolle der kartellrechtlichen Marktabgrenzung

Wie eingangs erwähnt, ist die Marktabgrenzung einer der wichtigsten Ausgangspunkte der kartellrechtlichen Beurteilung eines Sachverhalts. Im Folgenden wird versucht, die rechtlichen und ökonomischen Gründe, die eine Marktabgrenzung rechtfertigen, darzulegen.

A. Das Subsidiaritätsprinzip als rechtlich-philosophische Grundlage⁶

Jedenfalls in einer Verfassungsordnung, die wie z.B. das Grundgesetz vom Prinzip der Marktwirtschaft als Wirtschaftsmodell ausgeht und sie sogar individualrechtlich in Art. 2 Abs. 1, 12, 14 GG garantiert, sollten staatliche Eingriffe in den Markt bzw. in Wirtschaftsprozesse durch das *Subsidiaritätsprinzip* geprägt sein. Dieses Prinzip besagt, dass nur solche Einmischungen legitimiert sind, die den Markt funktionsfähig erhalten, sodass er die von ihm erwartete wirtschaftliche Rolle erfüllen kann.

I. Wesen und Struktur des Subsidiaritätsprinzips

Nach der klassischen Definition des Subsidiaritätsprinzips, die in der Enzyklika „Quadragesimo anno“⁷ von Pius XI zu finden ist, können zwei Aspekte dieses Grundsatzes unterschieden werden:⁸ (a) *Negativer Aspekt*: Die kleineren sozialen Einheiten dürfen als solche niemals zerschlagen oder aufgesaugt werden (sog. „subsidiäre Autonomie“).⁹ (b) *Positiver Aspekt*: Die (Gesamt-)Gesellschaft bzw. der Staat soll die kleineren sozialen Einheiten „unterstützen“ (sog. „subsidiäre Assistenz“).¹⁰

Das Subsidiaritätsprinzip bedeutet in der Katholischen Soziallehre¹¹ also einerseits in *negativer* Hinsicht das Verbot, den einzelnen oder den kleineren Sozialgebilden die jeweils spezifischen Leistungskompetenzen zu entziehen („Entzugsverbot“ aufgrund der „subsidiären Autonomie“ der kleineren Einheiten), es beinhaltet andererseits in *positiver* Hinsicht die Forderung an die (Gesamt-)Gesellschaft bzw. den Staat, die kleineren sozialen Einheiten insoweit produktiv zu „unterstützen“, als dadurch zuallererst die effiziente Entfaltung von Ressourcen der kleineren sozialen Einheiten ermöglicht und gefördert werden kann („subsidiäre Assistenz“; „Hilfe zur Selbsthilfe“). In logischer Konsequenz ergibt sich die Notwendigkeit einer Zurücknahme staatlicher bzw. gesellschaftlicher

⁶ Zur Auseinandersetzung der rechtlichen Rezeption des Subsidiaritätsprinzips siehe Isensee, Josef (2001), S. 106 ff.; Moersch, Wolfram (2001), S. 85 ff.

⁷ „Jedwede Gesellschaftstätigkeit ist ja ihrem Wesen und Begriff nach subsidiär; sie soll die Glieder des Sozialkörpers unterstützen, darf sie aber niemals zerschlagen oder aufsaugen“, Quadragesimo anno, Nr. 79.

⁸ Schramm, Michael (1999), S. 10; Isensee (2001), S. 30; Moersch, Wolfram (2001), S. 60 ff.

⁹ So Schneider, Lothar (1985), S. 28.

¹⁰ Vgl. ebenda, S. 29.

¹¹ Den gesamten Wortlaut von „Quadragesimo anno“ Nr. 79 übernahm Johannes XXIII. in seiner Enzyklika „Mater et Magistra“, Nr. 53. Das Zweite Vatikanische Konzil betonte, es seien „unter Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips die wirtschaftlichen Verhältnisse weltweit [...] zu ordnen“ („Gaudium et spes“, Nr.86). Dazu Isensee (2001), S. 20. Nach Schramm sei sowohl bei den Enzykliken von Paul VI. („Octagesima adveniens“, Nr. 46) als auch von Johannes Paul II. („Centesimus annus“, Nr. 48) das Erbe der Formulierung Pius XI erkennbar, vgl. Schramm, Michael (1999), S. 14. Außer der katholischen Ausprägung des Grundsatzes gibt es eine säkulare, die in den liberalen Staatslehren des 19. Jahrhunderts (Kant, von Humboldt, von Mohl und Jellinek) zu finden ist. Dazu Moersch, Wolfram (2001), S. 26 ff.; Isensee, Josef (2001), S. 48 ff.

Eingriffe („subsidiäre Reduktion“)¹², wenn eine „subsidiäre Assistenz“ überflüssig geworden ist oder die Effizienz „subsidiärer Autonomie“ behindert wird¹³.

Der *negative* Aspekt einer Selbstbeschränkung des Staates wird auf folgende Überlegungen gestützt¹⁴ :

- (a) *personale Entfaltung des Menschen*. Im Hintergrund steht das „Personenprinzip“ der Katholischen Soziallehre¹⁵.
- (b) *Ausschöpfung privater Wissens- und Leistungspotentiale*. Johannes XXIII. betont, es sollte „[n]ach dem Subsidiaritätsprinzip [...] die öffentliche Hand die Privatinitiative [...] fördern und unterstützen“, so dass, wie Johannes Paul II. hervorhebt, der mittelbare Beitrag des Staates darin besteht, „nach dem Prinzip der Subsidiarität möglichst günstige Voraussetzungen für die freie Entfaltung der Wirtschaft“¹⁶ zu bieten¹⁷. Daher macht – wie es *Messner* formuliert – „[d]ie im Subsidiaritätsprinzip begründete Eigenverantwortung des Menschen [...] den Wettbewerb zum Ordnungsprinzip der Sozialwirtschaft“¹⁸.
- (c) *Anreizeffekte*. Johannes XXIII. betont: Wo die vom Subsidiaritätsprinzip geförderte „Privatinitiative des einzelnen fehlt, [...] fehlt es an tausenderlei Verbrauchsgütern und Diensten, [...] Güter und Dienste, die zu erlangen in besonderer Weise die Schaffensfreude und den Fleiß der einzelnen auslöst und anstachelt“¹⁹.

Nach dem Subsidiaritätsprinzip ist, so *Messner*, „ein Sozialsystem [...] um so leistungsfähiger, je weniger es durch Gesetze und je mehr es durch Leistungsansporne ein Höchstmaß von Gemeinwohl anstrebt“²⁰.

Als Grund für den *positiven* Aspekt einer „unterstützenden“ Aktivität des Staates wird – neben der möglichen Überforderung (Erschöpfung) der kleineren sozialen Einheiten - die Notwendigkeit ordnender Rahmenbedingungen („Spielregeln“) für die ökonomischen Handlungen („Spielzüge“) angegeben: Dem Staat kommt nach Pius XII. die Aufgabe zu, „die private Initiative der Einzelnen [...] zu fördern und zu ordnen, um sie einheitlich auf das allgemeine Wohl auszurichten“²¹.

Dieses Prinzip erweist sich als heuristische Effizienzregel, wobei sich „Effizienz“ in der Katholischen Soziallehre allerdings letztlich (teleologisch) am Wohl der betroffenen Personen bemisst²². Subsidiarität ist „systematisch dem Effizienzgesichtspunkt [...] untergeordnet“²³; sie hat insofern heuristischen Charakter (im Sinn einer ihr eingeschriebenen Suchrichtung), als es bei ihr um die Suche nach so wenig wie möglich zentralistischen Lösungen geht. Subsidiarität fragt nach dezentralen

¹² Schneider, Lothar (1985), S. 35.

¹³ Schramm, Michael (1999), S. 11.

¹⁴ Vgl. ebenda, S. 15.

¹⁵ Vgl. ebenda, S. 14. Kasper sagt dazu: „Dieses Prinzip unterstreicht die unantastbare Würde und Freiheit der Person: Der Mensch ist - so die Enzyklika 'Mater et magistra' und ihrer Folge des II. Vatikanische Konzil - 'Träger, Schöpfer und das Ziel aller gesellschaftlichen Einrichtungen'. Letzter Maßstab der gesellschaftlichen Ordnung und der gesellschaftlichen Institutionen ist somit der Mensch. Den gesellschaftlichen Gestaltungsformen ist demgegenüber lediglich eine instrumentelle Funktion zugewiesen. So in Kasper, Walter (1997), S. 1.

¹⁶ „Centesimus annus“, Nr. 15.

¹⁷ Schramm, Michael (1999), S. 15.

¹⁸ Messner, Johannes (1955), S. 477.

¹⁹ „Mater et magistra“, Nr. 57. Siehe Schramm, Michael (1999), S. 15.

²⁰ Messner, Johannes (1955), S. 268.

²¹ Utz, Arthur-Fridolin / Groner, Joseph-Fulko (1954/1961, Nr. 45). Siehe Schramm, Michael (1999), S. 16.

²² Schramm, Michael (1999), S. 24.

²³ Vgl. ebenda, S. 24.

Organisationsmöglichkeiten, die gleichwohl – oder eben deswegen – sozial effizient sind und der Erreichung moralisch allgemein erwünschter Ergebnisse²⁴ dienen.

Strukturell und in seiner abstrakten Fassung verweist das Subsidiaritätsprinzip auf das Sozialmodell eines Stufenbaus, das Bild eines vertikal in mehrere Handlungsebenen gegliederten Gemeinwesens²⁵. Die über- und untergeordnete Handlungsebene können einander ersetzen oder zumindest ergänzen. Sie sind auf ein gemeinsames Ziel ausgerichtet und durch virtuell gleiche Aufgaben verbunden. Je nachdem kann sie sich von oben nach unten verlagern und von unten nach oben²⁶.

Prinzipiell jedoch kommt der unteren Ebene der Vorrang im Handeln zu²⁷, wenn und soweit sie in ihrer Leistungsfähigkeit der Aufgabe gewachsen ist und sie auch tatsächlich angemessen erfüllt²⁸. Die höhere Ebene kann sie nur dann an sich ziehen, wenn und soweit sie diese besser und wirksamer erfüllen kann. Darin liegt ein *Modus der Legitimation*²⁹. Die höhere Ebene steht unter *Rechtfertigungszwang*, wenn sie auf Kosten der unteren ihr Tätigkeitsfeld ausweiten will³⁰. Gelingt ihr die Legitimation nicht, so bleibt der Wirkungskreis der unteren Ebene unangetastet³¹. In dieser Hinsicht wirkt das Subsidiaritätsprinzip als Funktionssperre zugunsten der niederrangigen Handlungseinheiten³². Die Sperre aber greift nicht absolut, sondern überwindbar, wenn die höhere Ebene nachweist, dass die untere überfordert wird.

II. Die marktwirtschaftliche Ordnung und das Subsidiaritätsprinzip

Die enge Beziehung des Subsidiaritätsprinzips zur Ökonomie zeigt sich nicht nur an seiner Herkunft aus dem liberalen Staatsverständnis und dessen marktwirtschaftlicher Orientierung³³, sondern kommt auch in der wirtschaftswissenschaftlichen Begründung zum Ausdruck, die der Katholischen Soziallehre für das Subsidiaritätsprinzip entwickelt hat.

Einen ersten Anknüpfungspunkt für eine systematische Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips aus ökonomischer Sicht liefert die Grundaussage, dass der staatliche Bereich insgesamt der Leistungsfähigkeit der privaten Sphäre Rechnung zu tragen hat³⁴. Hiermit weist das Subsidiaritätsprinzip eine Übereinstimmung mit marktwirtschaftlichen Kategorien auf. Vergleichbar der im Subsidiaritätsgrundsatz angelegten Sicherung persönlicher Freiheit und individueller Gestaltungsmöglichkeiten wird auch in der Markt-

²⁴ Vgl. ebenda, S. 25.

²⁵ Isensee, Josef (2002), S. 145.

²⁶ Vgl. ebenda, S. 147.

²⁷ Schramm behauptet dazu: „Aufgrund des Wesens dieses Grundsatzes folgt, dass die Subsidiaritätsstruktur ‚von unten nach oben‘ gestaltet ist: Erst nachdem die persönlichen Kräfte des einzelnen erschöpft sind, tritt – subsidiär – die gesellschaftliche Hilfe (bzw. der Staat) ein“. „Das Subsidiaritätsprinzip besagt aber nicht, die Akteure hätten erst einmal selber vorzuleisten, und im Erschöpfungsfall habe die Gesellschaft bzw. der Staat ergänzend einzuspringen; vielmehr hat der Staat ‚vor‘-zuleisten nämlich geeignete Rahmenbedingungen („Spielregeln“) als Voraussetzung eines effizienten Handelns („Spielzüge“) zu schaffen“. Schramm, Michael (1999), S. 17.

²⁸ Isensee, Josef (2002), S. 147.

²⁹ Vgl. ebenda, S. 147.

³⁰ Vgl. ebenda, S. 147.

³¹ Vgl. ebenda, S. 147.

³² Vgl. ebenda, S. 147.

³³ Döring, Thomas (1999), S. 67. Dazu Fn. 11.

³⁴ Vgl. ebenda, S. 68.

und Wettbewerbsordnung der Akzent auf die Entfaltung der privaten Kräfte gelegt³⁵. Aus ökonomischer Sicht lässt sich das Prinzip als ein *Instrument zur Lösung des Allokationsproblems*³⁶ interpretieren, d.h. als Bereitstellung eines Güterangebots, das sowohl den Wünschen der Bürger entspricht als auch möglichst kostengünstig und damit ohne Verschwendung gesellschaftlicher Ressourcen erfolgt³⁷.

Aus ordnungstheoretischer Sicht gilt daher, dass eine subsidiaritätsgerechte Ausgestaltung des Wirtschaftssystems nur eine Entscheidung für eine Markt- und Wettbewerbsordnung enthalten kann³⁸: Nur das marktwirtschaftliche System garantiert den wirtschaftlichen Akteure die Freiheit, nach eigenen Erwartungen und Kosten-Nutzen-Überlegungen zu planen („subsidiäre Autonomie“)³⁹. Ob diese Annahmen in Erfüllung gehen, obliegt jedoch selbstverständlich nicht nur dem Einflussbereich des Einzelnen, sondern in mindestens gleichem Maße dem Markt, der als dezentraler Koordinationsmechanismus und damit als Korrektiv der individuellen Pläne zu einer Wohlfahrtssteigerung führen soll⁴⁰. Hinzu kommt, dass mit der Gewährung *subsidiärer Freiheit* innerhalb des Wirtschaftssystems ebenso die Grundlage für die Hervorbringung von Neuerungen und deren Durchsetzung geschaffen wird⁴¹. Eine subsidiäre Wirtschaftsordnung liefert, aufbauend auf Markt und Wettbewerb, die Rahmenbedingungen für effiziente wirtschaftliche Ergebnisse⁴².

Jeder Versuch einer staatlichen Lenkung von Wettbewerbsprozessen ist im Gegensatz dazu unter Effizienzaspekten mit Wohlfahrtseinbußen verbunden⁴³. Dies liegt an der mangelnden Möglichkeit einer staatlichen Vorwegnahme von Wettbewerb⁴⁴, was wiederum auf den Charakter des *Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren* zurückgeführt werden kann⁴⁵. Entsprechend gelten (zentral-)staatlich gesteuerte Wirtschaftssysteme schon deshalb als unvereinbar mit dem Subsidiaritätsgrundsatz, als selbst unter der Annahme des Strebens nach effizienter Berücksichtigung der individuellen Wünsche und Bedürfnisse ein solches Vorhaben an der unzureichenden Informationsbasis der politischen Entscheidungsträger scheitern müsste⁴⁶. Denn während der Markt auf die Eigenartikulation der Bedürfnisse und Interessen durch die Betroffenen setzt und damit als Koordinationsmechanismus kostengünstig operiert, können sich übergeordnete Ebenen, denen die Präferenzen der Bürger in der Regel unbekannt sind, die notwendigen Informationen nur zu prohibitiv hohen Kosten beschaffen⁴⁷.

Eine auf dem Subsidiaritätsprinzip basierende Wirtschaftsordnung, die auf der Selbstkoordination des wirtschaftlichen Handelns durch den (preisgesteuerten) Wettbewerb beruht, bedarf allerdings spezifischer institutioneller Rahmenbedingungen, die die Funktionsfähigkeit des Marktsystems gewährleisten⁴⁸. Da das marktwirtschaftliche System

³⁵ Vgl. ebenda, S. 68.

³⁶ Dazu Sohmen, Egon (1992)

³⁷ Döring, Thomas (1999), S. 68.

³⁸ Eucken, Walter (1952), S. 348.

³⁹ Döring, Thomas (1999), S. 68.

⁴⁰ Vgl. ebenda, S. 68.

⁴¹ Vgl. ebenda, S. 68.

⁴² Vgl. ebenda, S. 69.

⁴³ Vgl. ebenda, S. 69.

⁴⁴ Hoppmann, Erich (1967), S. 77 ff.

⁴⁵ Hayek, Friedrich August von (1968), S. 249 ff.

⁴⁶ Döring, Thomas (1999), S. 69.

⁴⁷ Vgl. ebenda, S. 69.

⁴⁸ Vgl. ebenda, S. 69.

diese Rahmenbedingungen nicht aus sich selbst heraus schaffen kann⁴⁹, liefern sie die Legitimationsgrundlage für eine übergeordnete staatliche Ebene innerhalb der Wirtschaftsordnung⁵⁰.

Für das Verhältnis von Staat und Wirtschaft kann aus einem marktwirtschaftlichen Subsidiaritätsverhältnis heraus gefolgert werden, dass der Staat im wesentlichen einen sicheren und verlässlichen Rahmen für das individuelle Handeln bereitzustellen hat, während der dezentrale Koordinationsmechanismus des Marktes zu einer größtmöglichen Wohlfahrtsmehrung führt⁵¹. Eine Notwendigkeit für weitergehendes staatliches Handeln ergibt sich nach diesem marktwirtschaftlich interpretierten Subsidiaritätsbegriff nur, wenn privatwirtschaftliche Vereinbarungen und Aktivitäten nicht den individuellen Bedürfnissen entsprechen und staatliches Handeln aller Wahrscheinlichkeit nach befriedigendere Ergebnisse hervorbringen imstande ist⁵² („subsidiäre Reduktion“).

Potentielle Staatsaufgaben dürfen sich aus dieser Sicht nur aus potentiellen Marktstörungen ergeben⁵³ („Marktversagen“). Die Beweislast („Rechtfertigungszwang“) bezüglich der Erforderlichkeit einer öffentlichen Aufgabenerfüllung liegt dabei auf Seiten des Staates⁵⁴. Um dieser Beweispflicht zu genügen, bedarf es relativ eindeutiger Eingriffskriterien, unter welchen Bedingungen ein Versagen der marktlichen Selbststeuerung vorliegt⁵⁵.

B. Marktmacht als Beweis eines potentiellen Marktversagens und als staatliche Eingriffslegitimation: ökonomische Grundlage

Wie bereits gesagt, ist dem Staat in einer Marktwirtschaft kraft des Subsidiaritätsprinzips untersagt, in wirtschaftliche Prozesse einzugreifen, soweit der Markt ihre erwünschten Funktionen in der Tat erfüllt („funktionsfähiger Markt“).

Ein eventuelles *Marktversagen*, das allein ein Eingreifen des Staates rechtfertigen kann, muss von diesem erst bewiesen werden. Die Frage bleibt, wann ein solches Marktversagen vorliegen soll. Um sie zu beantworten, muss als erstes festgelegt werden, welche Funktionen der Markt überhaupt erbringen soll. Nur dann, wenn die Erfüllung dieser Soll-Aufgaben in einem bestimmten Markt nicht zu beobachten sind, wäre der Staat legitimiert, in die wirtschaftlichen Prozesse einzugreifen, was dann - gesamtwirtschaftlich gesehen - a priori positiv zu bewerten ist. Diese gesamtwirtschaftlich positive Bewertung stellt sich anders dar, wenn ein Marktversagen nicht vorliegt: Dann ist ein staatlicher Eingriff als nicht legitimiert zu bewerten, da es sich dann um einen Eingriff in einen funktionsfähigen Markt handelt, was gesamtwirtschaftlich negativ zu bewerten wäre.

⁴⁹ Nach Sohlen „sollte heute allgemein bekannt sein, dass zumindest von einer hoch entwickelten Industrielandschaft nicht erwartet werden kann, dass sie sich bei wirtschaftspolitischer Abstinenz des Staates einem Zustand vollkommener Konkurrenz auf allen Märkten auch nur auf längere Sicht annähern würde“.

⁵⁰ Döring, Thomas (1999), S. 70.

⁵¹ Döring, Thomas (1999), S. 70.

⁵² Teutemann, Manfred (1992), S. 21.

⁵³ Döring, Thomas (1999), S. 70.

⁵⁴ Vgl. ebenda, S. 70.

⁵⁵ Vgl. ebenda, S. 70.

I. Die Aufgaben des Marktes bzw. des Wettbewerbs in einer Marktwirtschaft

Die Forderung nach Wohlstand erklärt sich aus der Tatsache seines Fehlens, also aus dem Phänomen der *Güterknappheit*. Zur Überwindung der Knappheit, d.h. der Diskrepanz zwischen gewünschter und verfügbarer Gütermenge, muss der Mensch wirtschaften, insbesondere muss er, da die Güter in der Regel nicht in konsumreifem Zustand bereitstehen, produzieren. Wirtschaften erfordert stets Wahlentscheidungen zugunsten bestimmter Güter oder Güterkombinationen⁵⁶.

Die Reduzierung der Güterknappheit kann prinzipiell erfolgen durch⁵⁷

- (a) die *Erweiterung des Gütervolumens* (Wirtschaftswachstum, Produktivitätssteigerung bzw. technischer Fortschritt);
- (b) eine *Verbesserung der Güterstruktur*: Die Güterangebots- und Produktionsfaktorenstruktur kann an die Änderungen der Nachfragestruktur, d.h. an die Änderungen der Käuferwünsche angepasst werden, was einer Reduzierung der Knappheit durch Anpassung der Angebotsstruktur und der Reallokation der Ressourcen entspricht;
- (c) die *Verbesserung der Güterverteilung*: die Möglichkeit der Nachfragenden, ihre Wünsche zu artikulieren, ist abhängig von der zur Verfügung stehenden Kaufsummen. Dem gemäß bezieht sich die Reallokation der Ressourcen bzw. die Anpassung der Angebotsstruktur an die Änderung der Nachfragestruktur immer auf die jeweils gegebene Einkommensverteilung. Sofern diese den geltenden Gerechtigkeitsvorstellungen widerspricht, ist eine Änderung der Güterverteilung, möglicherweise über eine Änderung der Einkommensverteilung, angezeigt (Umverteilung).

Durch die Konkretisierung der Forderung nach Wohlstandsteigerung ergeben sich also die wirtschaftspolitischen Ziele *Wirtschaftswachstum*, *optimale Allokation* und *Verteilungsgerechtigkeit*. Zur Realisierung dieser Ziele, insbesondere zur Erweiterung des Gütervolumens und zur Verbesserung der Güterstruktur, ist aber die Lösung von drei Problemen⁵⁸ erforderlich, und zwar (a) das *Informationsproblem*, um die reale Güterknappheit zu begreifen, (b) das *Lenkungsproblem*, d. h. einen Mechanismus, der die Produktionsfaktoren in jene Verwendung lenkt, wo die Knappheit besonders groß ist, und (c) das *Ausgleichsproblem*; da die Güterknappheit nie endgültig zu beseitigen ist, benötigt man ferner einen Ausgleichs- oder Zuteilungsmechanismus, der die Diskrepanz zwischen Bedürfnissen (Nachfrage) und vorhandenen Mitteln (Angebot) zu jedem beliebigen Zeitpunkt überbrückt.

Die Lösung der drei genannten Probleme erfolgt in einer Marktwirtschaft originär durch die Preisbildung im Verhandlungswege (marktförmiger *Preismechanismus*⁵⁹), durch die die Wirtschaftspläne aller Produzenten und Konsumenten koordiniert werden (*Koordination der Austauschprozesse*)⁶⁰. Es sind Preissignale, die Güter dorthin lenken, wo sie den größten Nutzen stiften und Ressourcen an die Stelle bringen, an denen sie ihre größte Produktivität entfalten.

⁵⁶ Herdzina, Klaus (1999), S. 16.

⁵⁷ Herdzina, Klaus (1999), S. 17.

⁵⁸ Vgl. ebenda, S. 17 ff.

⁵⁹ Vgl. Weiss, Susanne (1994), S. 26;

⁶⁰ Dazu Bögelein, Margareta (1990), S. 102 ff.; Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S.6 ff.; Herdzina, Klaus (1999), S. 14 ff.; Weimann, Joachim (2003), S. 228 ff.

Die Funktionsfähigkeit des marktfähigen Preismechanismus ist jedoch an eine Reihe von Voraussetzungen geknüpft, etwa Markttransparenz und Mobilität der Produktionsfaktoren. Wichtigste Voraussetzung für das Funktionieren des Preismechanismus dürfte sein, dass sich einzelne Wirtschaftssubjekte dem Zwang zum Wirtschaften und den damit verbundenen Anstrengungen zur Reduzierung von Knappheit nicht entziehen können. Dies dürfte der Fall sein, wenn sie bei ihren Versuchen, ihre Ziele zu erreichen, auf die Aktivitäten anderer unabhängiger Marktteilnehmer stoßen, wobei der höhere Zielerreichungsgrad eines Teilnehmers einen geringeren Zielerreichungsgrad für andere bedingt. Eine derartige Konstellation ist als *wettbewerblich* apostrophiert⁶¹.

Akzeptiert man diese Bezeichnung, so hat Wettbewerb die Aufgabe, als Voraussetzung für das Funktionieren des Preismechanismus in der Marktwirtschaft zur Reduzierung von Knappheit beizutragen⁶². Das heißt im Einzelnen⁶³:

- (a) Er hat die Aufgabe, für die laufende Anpassung der Güterproduktion an die Änderung der Nachfragestruktur des Haushaltssektors (sog. *Prinzip der Konsumentensouveränität*) zu sorgen und den dazu erforderlichen Reallokationsprozess der Produktionsfaktoren auszulösen (*Anpassungs-* bzw. *Allokationsfunktion* des Wettbewerbs). Ferner sind Anpassungen an Änderungen der Faktormarkgegebenheiten, staatlich festgesetzter Daten sowie sonstiger Einflussgrößen erforderlich, die im Folgenden aber nicht zentral behandelt werden sollen.
- (b) Er hat die Aufgabe, die Produktionsfaktoren in ihre jeweils produktivste Verwendungsmöglichkeit zu lenken. Ein solcher Einsatz der Produktionsfaktoren minimiert – bei gegebenem Produktionsvolumen und gegebener Produktionstechnik – die Gesamtkosten der Produktion bzw. maximiert die mit einer bestimmten Faktorausstattung erzielbare Wertschöpfung (*Faktorallokationsfunktion*).
- (c) Er hat die Aufgabe, dafür zu sorgen, dass Produktionsfaktoren in den Forschungs- und Entwicklungsbereich wandern, um neue Problemlösungsverfahren zu entdecken, d.h. neue und bessere Güter und Produktionsverfahren zu entwickeln und Kostensenkungen zu bewirken (*Entdeckungs-* bzw. *Fortschritts-* und *Kostensenkungsfunktion* des Wettbewerbs – bewirkt die sog. *X-Effizienz*).
- (d) Er hat die Aufgabe, das Entstehen sog. funktionsloser, d.h. nicht leistungsbezogener Einkommen (*Überrendite*) zu verhindern bzw. derartige Einkommen rasch abzubauen (*Verteilungsfunktion* des Wettbewerbs; *Renditenormalisierungsprozesse*⁶⁴).

Damit der Preismechanismus eine solche Koordinationsleistung erbringen kann und die genannten Aufgaben erfüllt, müssen die Marktpreise demjenigen, der ein Gut nachfragt, die bei der Bereitstellung dieses Gutes tatsächlich anfallenden Kosten signalisieren⁶⁵ (d.h. sie

⁶¹ Herdzina, Klaus (1999), S. 18.

⁶² Zu den verschiedenen Wettbewerbstheorien und –vorbilder siehe Burkhardt, Jürgen (1995), S. 5 ff.; Emmerich, Volker (1999), S. 4 ff.; Hildebrand, Doris (2002), S. 107 ff.

⁶³ Vgl. Burkhardt, Jürgen (1995), S. 3 ff.; Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S.15 ff.; Herdzina, Klaus (1999), S. 19; Katzenbach, Erhard / Kruse, Jörn (1989), S. 3 ff.; Schwalba, Michael (2002), S. 17 ff.

⁶⁴ Dazu Hamker, Jürgen (1998), S.304 ff.

⁶⁵ Weimann, Joachim (2003), S. 228.

müssen „internalisiert“ sein). Nur wenn Märkte solche Preissignale hervorbringen, können wir mit einem effizienten Allokation-, Anpassungs- und Fortschrittsprozess rechnen.

Sobald es den Marktteilnehmern gelingt, sich dem Wettbewerb mit anderen zu entziehen, werden diese Prozesse nachlassen, da die entsprechenden Kosten im Preis nicht internalisiert sind. Daraus ergibt sich: Der marktwirtschaftliche Steuerungsmechanismus funktioniert nur bei Wettbewerb. Der Wettbewerbsprozess stellt ein gesellschaftliches bzw. soziales Verfahren zur Schaffung von Leistungsanreizen und zur Leistungskontrolle dar. Er bestimmt die Effizienz der marktlichen *Koordination*⁶⁶. Marktteilnehmer mit einem marktgerechten Angebot und innovativen Leistungen werden mit Gewinnen belohnt. Marktteilnehmern, die den Erfordernissen des Marktes nicht genügen, drohen dagegen Verluste oder Verdrängung vom Markt. Die Leistungskontrolle erfolgt einmal durch das Interesse der Marktkontrahenten an den günstigsten Angeboten. Zum anderen geht vom Gewinn- oder auch nur Überlebensinteresse der Anbieter eine Kontrolle der Mitkonkurrenten aus⁶⁷.

Abbildung 1.: Die Annahmen des Modells der vollständigen Konkurrenz

1. Gegebene Ressourcenausstattung.
2. Konstante Produktionstechnik (keine Verfahrensinnovationen) und konstante Produktpalette (keine Produktinnovationen).
3. Gegebene und im Zeitlauf konstante Präferenzen.
4. Formale Freiheit der Wahl zwischen Alternativen (Produktionsfreiheit, Investitionsfreiheit, Freiheit der Berufswahl, freie Konsumwahl).
5. Homogenität der Güter (keine sachlichen, persönlichen und räumlichen Präferenzen).
6. Atomistische Marktstruktur (sehr viele kleine Anbieter und Nachfrager mit jeweils geringem Marktanteil).
7. Vollständige Markttransparenz (vollständige und kostenlose Information sämtlicher Marktakteure über Güteigenschaften und Preise).
8. Unbegrenzte Mobilität sämtlicher Produktionsfaktoren und Güter; insbesondere freier Marktzu- und Marktaustritt.
9. Unbegrenzte Teilbarkeit sämtlicher Produktionsfaktoren und Güter.
10. Unendliche Reaktionsgeschwindigkeit (kein Zeitbedarf für Anpassungsprozesse).
11. Keine unfreiwilligen Austauschbeziehungen (Abwesenheit technologischer externer Effekte)

Quelle: Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S.35.

⁶⁶ Bögelein, Margareta (1990), S. 141 ff; Hoppmann, Erich (1977), 7 ff.; Marshall, Jorge (1998), S. 193.

⁶⁷ Vgl. Leipold, Helmut (1985), S. 43.

Marktwirtschaft ist also nur als Wettbewerbswirtschaft zu interpretieren⁶⁸. Wettbewerb ist das systembegründende Prinzip der Marktwirtschaft. Wettbewerbspolitik muss sich damit gegen jedes Streben der Wirtschaftssubjekte nach Verringerung des Wettbewerbs richten⁶⁹.

Die Frage stellt sich, wann die Art von Wettbewerb herrscht, die durch den Preismechanismus im Markt die Güterknappheit zu reduzieren vermag. Die „Klassiker“ der Volkswirtschaftslehre behaupten, dass der Markt durch den Preismechanismus seine Soll-Aufgaben erfüllen wird, solange innerhalb ihrer Prozesse *vollständige Konkurrenz*⁷⁰ herrscht.

Das Modell der vollständigen Konkurrenz ist durch eine Reihe von extremen Annahmen gekennzeichnet⁷¹. Diese Annahmen bewirken, dass die in der Realität vorzufindende Vielfalt auf wenige Parameter reduziert wird.

Wichtig ist, dass unter der Annahme einer in viele kleine Einheiten quasi atomisierten Marktstruktur der einzelne Anbieter die insgesamt angebotene Menge und damit den Marktpreis nicht beeinflussen kann; er handelt als Mengenanpasser, d.h. er bietet diejenige Menge an, welche bei dem (für den Anbieter exogen bestimmten) herrschenden Preis für ihn zu einem Gewinnmaximum führt⁷². Da die Güter auf einem bestimmten Markt vollständig homogen sind, ist – aus der Sicht der Nachfrager – der Preis der alleinige Wettbewerbsparameter (Preissteuerung)⁷³. Das Marktgleichgewicht ist dadurch gekennzeichnet, dass der Unternehmer zwar ein Entgelt für seine Arbeitsleistung (den Unternehmerlohn) sowie für das übernommene Wagnis (die Risikoprämie) erzielt, darüber hinaus aber keine Gewinne realisiert (sog. „Nullgewinn“-Bedingung)⁷⁴.

Die Unterstellung unendlicher Reaktionsgeschwindigkeit führt dazu, dass nur Gleichgewichtszustände betrachtet bzw. einander gegenübergestellt werden können; die Anpassungsprozesse bei Übergang von einem Gleichgewicht zu einem anderen Gleichgewicht werden nicht direkt analysiert⁷⁵. Die Annahme der konstanten Produktionstechnik, der konstanten Produktionspalette und der gegebenen Ressourcenausstattung implizieren, dass dynamische Phänomene wie technischer Fortschritt und Wirtschaftswachstum von der Betrachtung ausgeschlossen bleiben⁷⁶. Das Modell der vollständigen Konkurrenz ist daher ein als eine statische Theorie anzusehen⁷⁷.

⁶⁸ Hoppmann, Erich (1988), S. 337 ff.

⁶⁹ Herdzina, Klaus (1999), S. 19.

⁷⁰ Dazu siehe Knigh, Frank (1967), S. 51 ff.; Meyer, Ulrich / Diekmann, Jochen (1995), S. 73 ff.; Varian, Hal R. (1994), S. 214 ff.

⁷¹ Nach Sohmen Egon (1992), S. 70 ff.: Vollständige Konkurrenz muss nur durch zwei Merkmale gekennzeichnet, nämlich 1) die reine Mengenanpassung seitens aller Marktteilnehmer (Konsumenten und Produzenten) an die Marktpreise, die ein einzelner Anbieter oder Nachfrager durch sein Verhalten mangels Marktmacht nicht beeinflussen kann; und 2) freier Marktzugang. Zur praktischen Relevanz der ökonomischen Standardmodelle siehe Sohmen, Egon (1992), S. 8 ff.; Weimann, Joachim (2003), S. 38 ff.; Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S.70 ff.

⁷² Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S.34; Sohmen, Egon (1992), S.71, 72.

⁷³ Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S.34; Sohmen, Egon (1992), S.69 ff.

⁷⁴ Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S.35; Sohmen, Egon (1992), S.12. Aus einer dynamischen Sicht wird dieser Prozess als „Renditnormalisierung“ bezeichnet, dazu siehe Hamker, Jürgen (1998), S.304 ff.

⁷⁵ Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S.35.

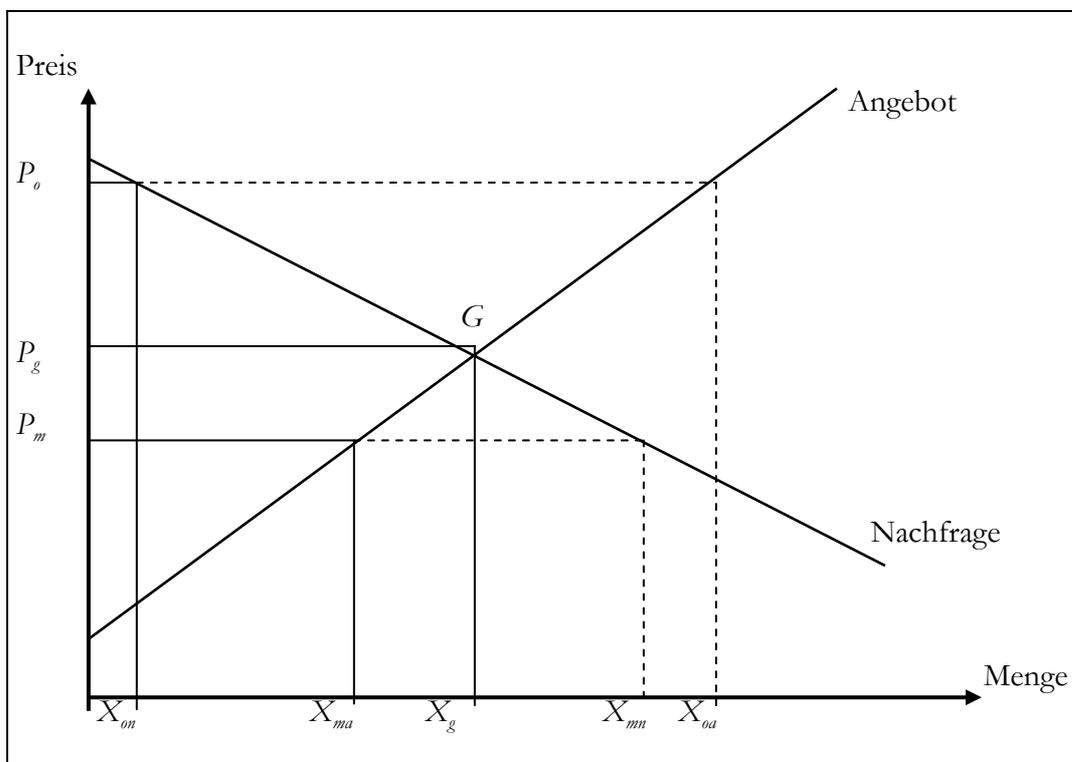
⁷⁶ Vgl. ebenda, S.35.

⁷⁷ Dieser statische Charakter des Modells der vollständigen Konkurrenz lässt seine Eignung zur Beurteilung dynamischer Wettbewerbsprozesse fraglich erscheinen. Es gibt eine Reihe von Gründen dafür, weshalb ein System vollständiger Konkurrenz zwar effizient im Hinblick auf die statischen Wettbewerbsaufgaben (Entlohnung nach der Marktleistung, optimale Faktorallokation, Konsumentensouveränität), jedoch

Abbildung 2 zeigt die übliche Darstellung des Marktgleichgewichtes⁷⁸. Unter normalen Annahmen wird um so weniger von einem bestimmten Gut nachgefragt, je höher der Preis dieses Gutes ist. Umgekehrt steigt die angebotene Menge mit dem Preis; unter den Bedingungen der vollständigen Konkurrenz ist die Angebotskurve mit den gesamtwirtschaftlichen Grenzkosten der Angebotsausdehnung um eine weitere Einheit identisch. Der Schnittpunkt der Angebots- und Nachfragekurve stellt das Marktgleichgewicht dar.

P_g in Abbildung 2 (*optimaler Preis*) ist der Gleichgewichtspreis und X_g (*optimaler Menge*) die zu diesem Preis umgesetzte Menge. Eine wesentliche Eigenschaft des Marktgleichgewichtes besteht darin, dass in diesem Zustand der Markt geräumt wird.

Abbildung 2.: Markt und Marktäumung im Gleichgewicht



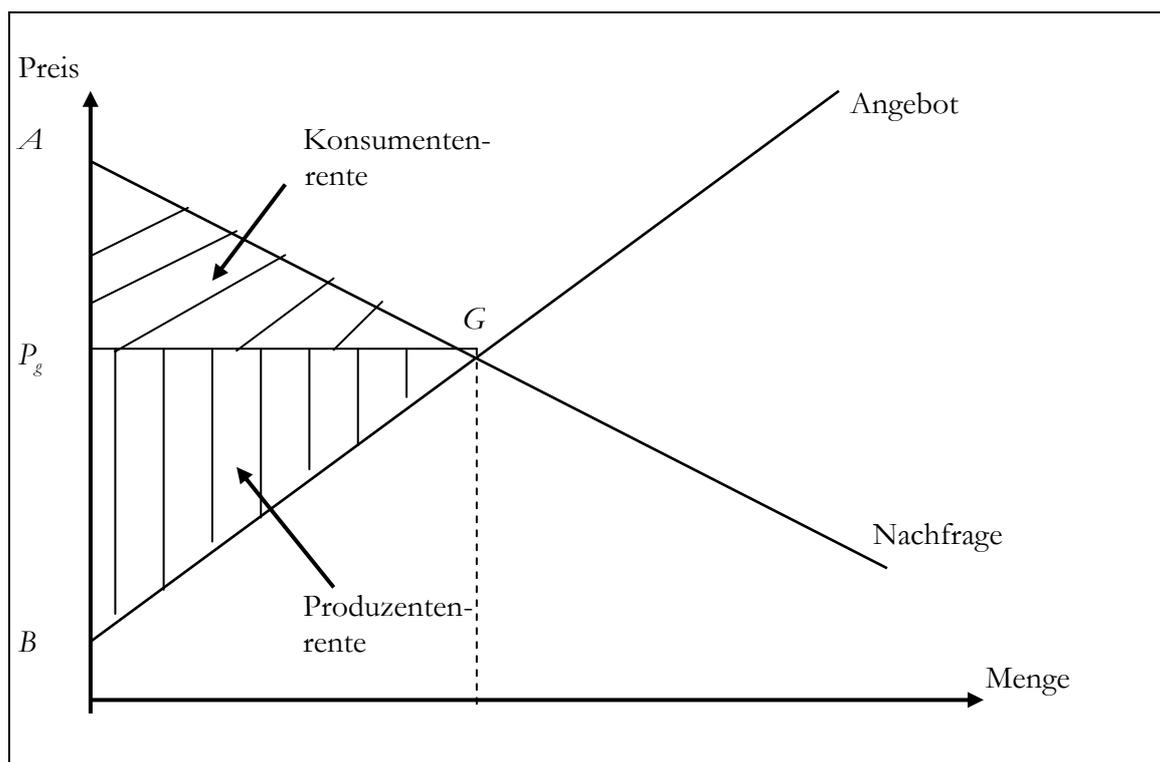
ineffizient im Hinblick auf die beiden dynamischen Wettbewerbsaufgaben (Anpassungsflexibilität, Förderung des technischen Fortschritts). Was die Förderung des technischen Fortschritt betrifft, so haben die Produzenten unter den Bedingungen der vollständigen Konkurrenz keinen Anreiz zur Durchführung von Innovationen, weshalb man die Wettbewerbssituation in diesem Modell auch als „Schlafmützenkonkurrenz“ kennzeichnet. Der Grund für den fehlenden Innovationsanreiz liegt in der Annahme unendlicher Reaktionsgeschwindigkeit: Ein Innovator kann keine Vorsprungsgewinne realisieren, da seine Konkurrenz annahmegemäß dazu in der Lage ist, die Innovation ohne jede Zeitverzögerung zu imitieren. Der Vorsprungsgewinn ist der Ertrag, welcher daraus resultiert, dass noch keiner oder nur ein Teil der anderen Anbieter über die Innovation verfügt. Vorsprungsgewinne stellen im Wettbewerbsprozess die Entlohnung des Innovators für seine Aufwendungen, insbesondere für das mit der Innovationstätigkeit verbundene Risiko, dar. Ein weiterer Grund für die Ineffizienz der vollständigen Konkurrenz bei der Erfüllung der dynamischen Wettbewerbsfunktionen besteht darin, dass es im Gleichgewicht bei vollständiger Konkurrenz – abgesehen von Unternehmerlohn und kalkulatorischer Eigenkapitalverzinsung – keine Gewinne gibt. Folglich verfügen die Produzenten auch nicht über die erforderlichen Reserven, um aufwändige Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten als Voraussetzung für technischen Fortschritt finanzieren zu können. Siehe Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S.73 ff.

⁷⁸ Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S.54.

Die Eigenschaft der *Markträumung bei Gleichgewicht*⁷⁹ lässt sich anhand von Ungleichgewichtssituationen verdeutlichen. Angenommen, die Nachfrager wollten zu einem niedrigeren Preis als dem Gleichgewichtspreis Transaktionen durchführen, oder angenommen, es wird administrativ ein Höchstpreis bestimmt, der unter dem Gleichgewichtspreis liegt. Wie in Abbildung 2 dargestellt, wollen die Nachfrager bei einem solchen Preis P_m zwar die Menge X_{mn} erwerben, die Anbieter stellen zu diesem Preis aber nur die Menge X_{ma} bereit. Die umgesetzte Menge X_{ma} ist geringer als die Gleichgewichtsmenge X_g ; kommt es zu keiner Preisanpassung, so bleibt am Ende der Periode ein Nachfrageüberhang im Umfang von $X_{mn} - X_{ma}$. Umgekehrt, würden die Anbieter mehr als den Gleichgewichtspreis – beispielsweise P_o in Abbildung 2 – fordern, so wäre nur Nachfrage für die Menge X_{on} vorhanden, wohingegen die Anbieter die Menge X_{oa} bereitstellen. Kommt es zu keiner Annäherung der Vorstellungen, so wird die Menge X_{on} umgesetzt, die wiederum geringer ist als die Menge im Gleichgewicht X_g ; es besteht ein Angebotsüberhang im Umfang von $X_{oa} - X_{on}$.

Bei Ungleichgewichten ist die umgesetzte Menge also immer geringer als die Menge im Gleichgewicht, d.h. die jeweils „kürzere Marktseite“ setzt sich durch. Anders formuliert: Im Gleichgewicht ist die umgesetzte Menge bzw. das Ausmaß an Austausch *maximal*⁸⁰.

Abbildung 3.: Konsumentenrente, Produzentenrente und sozialer Überschuss



Der normale Verlauf der Nachfragekurve zeigt an, dass bei einem Preis, der über dem Gleichgewichtspreis liegt, durchaus Transaktionen zustande kommen könnten, da einige

⁷⁹ Vgl. Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S.54; Weimann, Joachim (2003), S. 231. Aus einer dynamischen Sicht, siehe Hamker, Jürgen (1998), S.17 ff.

⁸⁰ Vgl. Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S.54; Hildebrand, Doris (2002), S. 167; Vgl. Weimann, Joachim (2003), S. 229 ff.

Nachfrager bereit sind, diesen relativ hohen Preis zu entrichten (weil sie aus dem Gut einen entsprechenden hohen Nutzen ziehen und über entsprechende Kaufkraft verfügen). Den Vorteil, der für diese Nachfrager daraus resultiert, dass sie nur einen geringeren Preis zahlen müssen, bezeichnet man als *Konsumentenrente*⁸¹. Die Höhe der Konsumentenrente pro Einheit des Gutes entspricht der Differenz zwischen dem Preis, den die Nachfrager grundsätzlich zu zahlen bereit wären, und dem Marktpreis. Bei Marktgleichgewicht entspricht die auf den Markt insgesamt entstehende *Konsumentenrente*⁸² der Fläche AGP_g in Abbildung 3. Analog zur Konsumentenrente ergibt sich die *Produzentenrente*⁸³ daraus, dass ein Teil der Anbieter – etwa weil sie zu relativ niedrigen Kosten fertigen – auch zu einem geringeren Preis verkaufen würden als auf dem Markt tatsächlich erzielt ist. Die Mindestforderung des Anbieters ergibt sich aus der Angebotskurve, denn jeder Punkt auf der Angebotskurve zeigt an, welche zusätzlichen Kosten den Anbietern bei einer zusätzlichen Mengeneinheit entstehen. Die Angebotskurve stellt nichts anderes als die aggregierte Kurve der individuellen Grenzkosten dar. Die Höhe der Produzentenrente pro Einheit ist gleich der Differenz zwischen dem Marktpreis und demjenigen Preis, zu dem ein Anbieter zur Transaktion bereit wäre. Das Ausmaß der auf dem Markt insgesamt entstehenden Produzentenrente im Gleichgewicht entspricht der Fläche BP_gG in Abbildung 3.

Die Summe aus Konsumenten- und Produzentenrente wird als *sozialer Überschuss*⁸⁴ bezeichnet, den man als ein Maß für die mit der Bereitstellung des betreffenden Gutes bewirkte Wohlfahrtssteigerung der Gesellschaft interpretieren kann. Der soziale Überschuss entspricht der Fläche AGB in Abbildung 3. Wie aus Abbildung 3 unmittelbar hervorgeht, ist die Fläche – und damit der soziale Überschuss – umso geringer, je kleiner die auf dem Markt umgesetzte Menge ist. Da die umgesetzte Menge im Gleichgewicht maximal ist, fällt hier auch der höchste soziale Überschuss an. Dieser Punkt entspricht der optimalen Allokation⁸⁵.

Das Marktgleichgewicht ist also der gesamtwirtschaftlich vorteilhafte Zustand; er stellt das unter den gegebenen Umständen auf diesem Markt erzielbare *Wohlfahrtsmaximum* dar⁸⁶. Über die Märkte hinweg wird der soziale Überschuss dann maximiert, wenn die Produktionsfaktoren zwischen den verschiedenen Verwendungsarten vollkommen mobil sind, was bei vollständiger Konkurrenz auf den Faktormärkten annahmegemäß gilt. Bei vollständiger Mobilität der Produktionsfaktoren wird die Angebotskapazität auf jene Märkte ausgedehnt werden, bei denen die höchsten Produzentenrenten zu erzielen sind,

⁸¹ Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S.55; Garvey, Geoger E. / Gervy, Gerald J. (1990), S. 105 ff.; Hoyer, Werner / Rettig, Rolf / Rothe, Klaus-Dieter (1993), S. 268 ff., 297; Katzenbach, Erhard / Kruse, Jörn (1989), S. 4; Varian, Hal R. (1994), S. 163 ff.

⁸² Vgl. Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S.56.; Katzenbach, Erhard / Kruse, Jörn (1989), S. 4

⁸³ Vgl. Weimann, Joachim (2003), S. 230; Hoyer, Werner / Rettig, Rolf / Rothe, Klaus-Dieter (1993), S. 268 ff. Varian, Hal R. (1994), S. 224.

⁸⁴ Vgl. Weimann, Joachim (2003), S. 230; Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S.57.

⁸⁵ Vgl. Weimann, Joachim (2003), S. 232.

⁸⁶ Diesem Punkt entspricht auch das *Pareto-Optimum*. Darunter wird eine wirtschaftliche Situation verstanden, in der nicht möglich ist, durch eine Veränderung der Tausch- und Produktionsverhältnisse wenigstens ein Individuum besser zu stellen, ohne dadurch mindestens ein anderes Individuum schlechter zu stellen. Dieses gesamtwirtschaftliche Optimum ist dann erreicht, wenn unter bestimmten Totalbedingungen, wie gegebener Bevölkerung, gegebener Ausstattung mit Produktivkräften, gegebenen Produktionsfunktionen, gegebener Bedürfnisstruktur und einer gegebenen Einkommensverteilung, eine Reihe von Marginalbedingungen erfüllt sind. Dazu Bögelein, Margareta (1990), S. 24 ff.; Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S.31 ff.; Sohlen, Egon (1992), S. 69 ff.; Weimann, Joachim (2003), S. 157 ff.; Varian, Hal R. (1994), S. 227 ff.

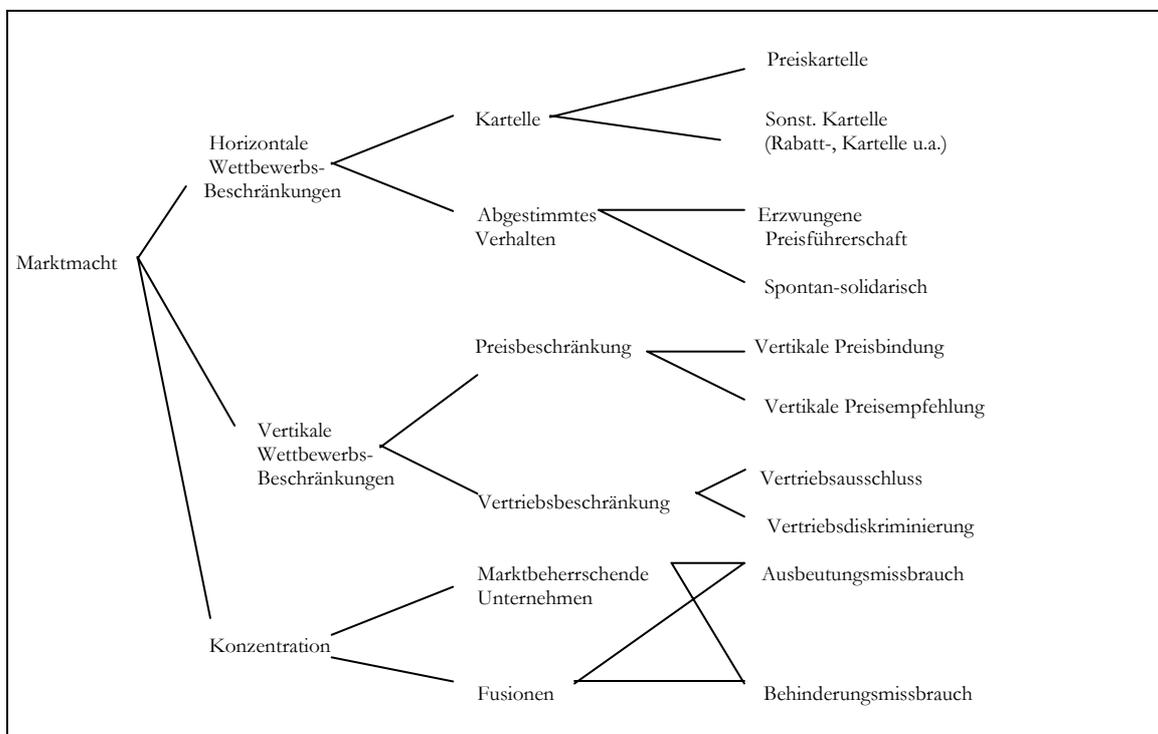
wie umgekehrt die Verbraucher ihre Kaufkraft auf den Kauf solcher Güter zu verlagern versuchen, bei denen sie in den Genuss einer relativ hohen Konsumentenrente kommen (Koordinationsprozess).

Das Modell der vollständigen Konkurrenz wird für diese Arbeit nur methodologisch, sozusagen als Ausgangspunkt verwendet. Das bedeutet nicht, dass dieses Modell Vorbild bzw. Ziel der Wettbewerbspolitik ist oder sein soll⁸⁷.

II. Marktmacht als potentieller Marktversager

Ein Marktversagen, also die Verletzung von zentralen Annahmen des Modells der vollständigen Konkurrenz kann auf verschiedenen Ursachen beruhen, wie etwa auf externen Effekten⁸⁸, Informationsmängeln⁸⁹, Anpassungsmängeln⁹⁰ und Unteilbarkeiten⁹¹.

Abbildung 4.: Marktmacht als Allgemeine Voraussetzung



Quelle: Woll, Artur (1992), S. 124.

⁸⁷ Zum *Workable-Competition*-Konzept (funktionsfähiges Wettbewerb) siehe Clark, John Maurice (1961); Burkhardt, Jürgen (1995), S. 7 ff.; Emmerich, Volker (1999), S. 6 ff.; Herdzina, Klaus (1999), S. 33 ff.; Hildebrand, Doris (2002), S. 120 ff.; Hoppmann, Erich (1974), S. 43; Klaus, Gerd (1975), S. 14; Schwab, Bernhard (1994), 156 ff.

⁸⁸ Dazu siehe Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S. 96 ff.; Sohmen, Egon (1992), S. 221 ff.

⁸⁹ Dazu siehe Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S. 272 ff.

⁹⁰ Dazu siehe Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S. 315 ff.; Hamker, Jürgen (1998), S.17 ff.

⁹¹ Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S.187 ff.

Relevant für die kartellrechtliche Analyse bzw. Politik ist aber insbesondere die Abweichung von der Annahme des Mengenanpassungsverhaltens, sei es auf der Angebotsseite, sei es auf der Nachfrageseite. Die Lenkung des Marktpreises (*Preissetzung*)⁹² oder der verfügbaren Mengen⁹³ eines gegebenen Guts durch das Verhalten eines Marktteilnehmers (Marktbeherrscher) entspricht der *Marktmacht*, die als die Fähigkeit, Marktprozesse im Sinne eigener Zielsetzung beeinflussen zu können⁹⁴, definiert ist. Sowohl horizontale⁹⁵ als auch vertikale⁹⁶ Wettbewerbsbeschränkungen und –konzentrationen, setzen stets Ausübung von Marktmacht voraus, wie in Abbildung 4 erläutert wird.

Marktmacht trägt die Gefahr in sich, dass die jeweilige Marktgegenseite durch *supra*- (Angebotsmacht, etwa Monopole oder Oligopole) bzw. *sub-optimale* (Nachfragemacht, etwa Monopsone oder Oligopsone) Preise, durch eine zu geringe Menge (sub-optimaler Menge) oder durch relativ schlechte Qualität der Leistung benachteiligt wird (*Missbrauch von Marktmacht*)⁹⁷. Ein Problem in dynamischer Hinsicht könnte darin liegen, dass die Anbieter den technischen Fortschritt behindern oder ihre Produkte nur unzureichend an die technologische Entwicklung anpassen oder auch darin, dass die Nachfrager technisch innovative Produkte nicht ausreichend nachfragen⁹⁸. Dies kann ebenfalls entsprechende wirtschaftspolitische Eingriffe des Staates erforderlich machen.

Diese Aussage soll am Beispiel des Angebotsmacht-Modells verdeutlicht werden.

Für die Angebotsmacht stellt das Monopol (nur ein Anbieter - *Marktbeherrscher*)⁹⁹ der Extremfall dar. Aber auch bei einem Oligopol (beschränkte Anzahl von Anbietern)¹⁰⁰ besteht die Gefahr, dass die Anbieter versuchen, den Wettbewerb durch Absprachen untereinander zu beschränken (*Kollusion* bzw. *kollektive Marktbeherrschung*)¹⁰¹, was dann zu ähnlichen Problemen wie im Fall des Monopols führt. Der Staat kann daher gefordert sein, solche Verhaltensweisen mit Mitteln der Wettbewerbspolitik zu unterbinden.

Üblicherweise wird unterstellt, dass sich die Preisbildung eines Monopolisten (oder der Oligopolisten durch Absprachen) in einem wesentlichen Punkt von der Konstellation der vollständigen Konkurrenz unterscheidet: Während nämlich der Anbieter unter den Bedingungen des Modells der vollständigen Konkurrenz den Preis als extern vorgegebenes Datum ansieht und daher als Mengenanpasser behandelt, kontrolliert der Monopolist die gesamte angebotene Menge und kann somit den Marktpreis durch die angebotene Menge

⁹² Vgl. Hay, Donald / Vickers, John (1987), S. 3; Herdzina, Klaus (1999), S. 82; Hildebrand, Doris (2002), S. 278 ff.; Peterson, Rodney (1989), S. 20; Posner, Richard A. (2000), S. 285 ff.; Varian, Hal R. (1994), S. 234 ff.

⁹³ Peterson, Rodney (1989), S. 20.

⁹⁴ So Grosseckler, Heinz (1985), S. 208. Nach Perroux, die Marktmacht entspricht eine asymmetrische Beziehung zwischen Wirtschaftseinheiten oder Personengruppen, Perroux, Francois (1983), S. 45 ff.; vgl. Anderson, Robert D. / Khosla, S. Dev / Monteiro, Joseph (1996), S. 90. dazu EuGH, *United Brands / Kommission*, Rs. C-27/78, Slg. I. 207 (1978).

⁹⁵ Vgl. Utton, Michael A. (2003), S. 59 ff.

⁹⁶ Vgl. Utton, Michael A. (2003), S. 207 ff.

⁹⁷ Vgl. Hildebrand, Doris (2002), S. 48 ff.; Hoppmann, Erich (1974), S. 57 ff.; Weiss, Susanne (1994), S. 243 ff.

⁹⁸ Dazu Hamker, Jürgen (1998), S. 540 ff.

⁹⁹ Vgl. Amstutz, Marc (1999), S. 17 ff.; Hildebrand, Doris (2002), S. 278 ff.; Katzenbach, Erhard / Kruse, Jörn (1989), S. 8 ff.; Posner, Richard A. (2000), S. 285 ff.; Utton, Michael A. (2003), S. 59 ff.

¹⁰⁰ Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S.188.

¹⁰¹ Vgl. Amstutz, Marc (1999), S. 20 ff.; Hildebrand, Doris (2002), S. 315 ff.; Katzenbach, Erhard / Kruse, Jörn (1989), S. 10 ff.; Utton, Michael A. (2003), S. 149 ff.

steuern. Dies kennzeichnet die Verhaltensweise eines sog. „Cournotschen“¹⁰² Monopolisten. Dabei geht man in der Regel davon aus, dass der Monopolist den Verlauf der Gesamtnachfrage (Preis-Absatz-Funktion) kennt.

Die Preisbildung im Monopol¹⁰³ nach Cournot lässt sich anhand von Abbildung 5 erläutern. Gehen wir von einer „normal“ verlaufenden Kostenfunktion aus, bei der die Grenzkosten ansteigen. Unter den Bedingungen der vollständigen Konkurrenz wäre der Preis für die Anbieter ein Datum, d.h. die Nachfragekurve erscheint aus der Sicht des einzelnen Anbieters als eine Horizontale. Der Anbieter würde im Gewinnmaximum genau jene Menge X_{gk} anbieten, bei welcher der Preis P_{gk} den Grenzkosten entspricht (Punkt A in Abbildung 5). Im Gegensatz dazu kann der Monopolist den Verlauf der Nachfragekurve in sein Kalkül einbeziehen. Sein Gewinnmaximum ist dort gegeben, wo der Grenzerlös gleich den Grenzkosten ist¹⁰⁴. Die Grenzerlöskurve gibt an, wie sich der Umsatz mit dem Preis verändert. Wie Abbildung 5 zeigt, geht die Grenzerlöskurve beim halben Abzissenwert der Nachfragekurve vom positiven in den negativen Bereich über, d. h. die Umsätze weisen ihr Maximum auf. Als Gewinnmaximierer wird der Monopolist nun diejenige Menge X_c anbieten, bei welcher der Grenzerlös den Grenzkosten entspricht. Dies ist in Punkt F in Abbildung 5 der Fall. Entsprechend dem Verlauf der Preis-Absatz-Funktion sind die Nachfrager bei einem Angebot der Menge X_c dazu bereit, einen Preis in Höhe von P_c zu zahlen (sog. Cournot-Preis), welcher sich durch Hochloten von Punkt F bzw. der Menge X_c zur Nachfragekurve ergibt.

Wie sich anhand von Abbildung 5 zeigen lässt, ist diese Form der Preisbildung im Monopol mit statischen Wohlfahrtsverlusten verbunden. Während bei einem Angebot unter den Bedingungen der vollständigen Konkurrenz entsprechend der Grenzkosten = Preis-Regel (Punkt A in Abbildung 5) der durch die Fläche ADE angegebene *soziale Überschuss* anfallen würde, geht im Monopol der durch die Fläche AFC angegebene Teil verloren¹⁰⁵. Darüber hinaus reduziert sich die Konsumentenrente um die Fläche P_cCBP_{gk} ; der entsprechende Betrag fließt dem Monopolisten zu und ist nun Bestandteil der Produzentenrente¹⁰⁶ (*Monopolgewinn*, oder *Überrendite*)¹⁰⁷, was einem *Koordinationsmangel*¹⁰⁸ der Marktprozesse entspricht und folglich *ineffiziente Allokation*¹⁰⁹ bewirkt. Monopole, welche

¹⁰² Vgl. Borrmann, Jörg / Finsinger, Jörg (1999), S. 22 ff.; Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S.200; Hamker, Jürgen (1998), S. 369 ff.; Hildebrand, Doris (2002), S. 176 ff.; Utton, Michael A. (2003), S. 3 ff.; Hay, Donald / Vickers, John (1987), S. 3

¹⁰³ Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S.200 ff.; Varian, Hal R. (1994), S. 236 ff.

¹⁰⁴ Vgl. Hildebrand, Doris (2002), S. 172 ff.; Hoyer, Werner / Rettig, Rolf / Rothe, Klaus-Dieter (1993), S. 72 ff. Posner, Richard A. (2000), S. 264 ff.; Varian, Hal R. (1994), S. 234 ff.

¹⁰⁵ Vgl. Garvey, George E. / Gervey, Gerald J. (1990), S. 108 ff.; Posner, Richard A. (2000), S. 264 ff.; Utton, Michael A. (2003), S. 19 ff.; Varian, Hal R. (1994), S. 238 ff.

¹⁰⁶ Ähnliche Wohlfahrtsverluste können bei einer monopsonistischen Marktstruktur identifiziert werden. Dazu siehe Blair, Roger D. / Harrison, Jeffrey L. (1993), S. 179 ff.; Dobson Consulting (1999), S. 8 ff.; Hamker, Jürgen (1998), S.391 ff.; Hoyer, Werner / Rettig, Rolf / Rothe, Klaus-Dieter (1993), S. 297 ff.; Köhler, Helmut (1986); Posner, Richard A. (2000), S. 299 ff.

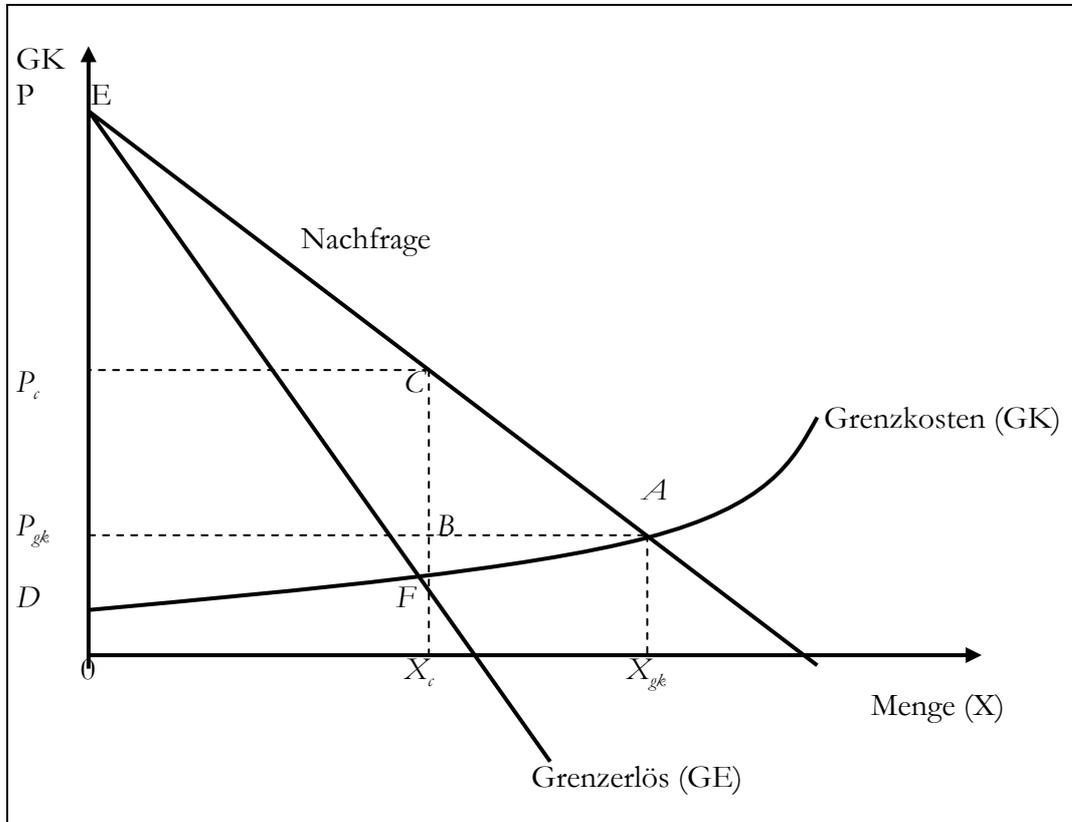
¹⁰⁷ Das Ausmaß der Monopolisierung und damit die Stärke der Monopolmacht ergeben sich nach *Abba Lerner* aus der Differenz zwischen Monopolpreis und Grenzkosten. Wie bereits ausgeführt wurde, entsprechen im Gewinnmaximum dabei die Grenzkosten (K) dem Grenzerlös (E) des Monopolisten. Diese Differenz wird zum Preis (p) ins Verhältnis gesetzt, da sich sonst bei unterschiedlichen Preisen verschiedene Monopolgrade ergeben würden. Somit ergibt sich der *Lerner-Index* als: $L = \frac{p-K}{p} = \frac{p-E}{p}$. Dieser Index kann sich zwischen den Werten 0 und 1 bewegen. In vollständiger Konkurrenz wird es 0 entsprechen und in einem Markt mit Monopolstruktur 1. Siehe Gual, Jordi (2002), S. 7; Peterson, Rodney (1989), S. 9 ff.; Schengber, Ralf A.(1996), S. 16; Utton, Michael A. (2003), S. 59 ff.

¹⁰⁸ Dazu Hamker, Jürgen (1998), S.8 ff.

¹⁰⁹ Utton, Michael A. (2003), S. 25

sich nicht als Folge sinkender Durchschnittskosten (*Natürliche Monopole*)¹¹⁰ ergeben, beinhalten also die Gefahr der Ausbeutung der Nachfrager (Machtproblem) und sind somit volkswirtschaftlich unerwünscht¹¹¹.

Abbildung 5.: Monopol Preisbildung



¹¹⁰ Dazu Knieps, Günter (2001), S. 21 ff.

¹¹¹ Aber eine Monopol Stellung kann nicht nur zu einem statischen Wohlfahrtsverlust führen, sondern birgt auch die Gefahr des Auftretens dynamischer Wohlfahrtsverlusten. Dies würde bedeuten, dass die beiden dynamischen Wettbewerbsaufgaben – Anpassung an sich wandelnde Rahmenbedingungen und Förderung des technischen Fortschritts – nur unzureichend erfüllt sind. Für eine ausbleibende oder nur zeitlich verzögert stattfindende Anpassung an wandelnde Rahmenbedingungen im Monopol können die gleichen Gründe ursächlich sein, die wir gerade als mögliche Ursachen für eine relativ geringe Effizienz der Leistungserstellung im Monopol behandelt haben. Zwar ist der Gewinnanreiz zu einer schnellen Anpassung auch im Monopol gegeben, allerdings dürfte – sofern wirksame Konkurrenz fehlt – der Anpassungsdruck deutlich schwächer ausgeprägt sein. Was die Innovationsleistung von Monopolen angeht, so sind verschiedene, z. T. gegensätzliche Effekte zu unterscheiden. Der fehlende Konkurrenzdruck dürfte in der Regel mit relativ geringen Innovationsanreizen bzw. -zwängen verbunden sein, was eine entsprechende niedrige Innovationsleistung erwarten lässt. Andererseits ermöglicht eine Monopolstellung die sichere Realisierung von Gewinnen aus der Innovationstätigkeit, weshalb die Innovationsanreize insofern höher ausfallen als bei Vorliegen von Konkurrenz. Für eine relativ gute Innovationsleistung von Monopolen könnte auch deren Ressourcenstärke, insbesondere die – etwa infolge von Cournot-Preisbildung – relativ gute Ertragslage sprechen, die sehr viel eher aufwendige Forschungs- und Entwicklungsprojekte erlaubt, als dies unter Bedingungen intensiven Wettbewerbs der Fall ist. Welcher dieser Effekte überwiegt und inwieweit sich eine vor Konkurrenz geschützte Monopolstellung eher als positiv oder als negativ auf die Innovationsleistung auswirkt, stellt letztendlich eine empirische Frage dar. Siehe Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001), S. 207, 208.

Um das Vorliegen von Marktmacht und deren Ausübung (Missbrauch) aber bejahen zu können, müssen sämtliche Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. D.h., wenn diese *Marktmacht-Voraussetzungen* nicht vorliegen, kann Marktmacht nicht ausgeübt werden (Preise bzw. Mengen können nicht vom Optimum abweichen oder, anders ausgedrückt, der Marktbeherrscher wird nicht in der Lage sein, seine Preis- bzw. Mengenstrategie *durchsetzen* zu können).

1. Relativ hoher Marktanteil

Die wesentliche Voraussetzung für die Ausübung der Marktmacht besteht darin, dass der entsprechende Marktbeherrscher dauerhaft einen hohen Marktanteil¹¹² zur Verfügung hat¹¹³. Soweit das der Fall ist, sind die dem Marktbeherrscher faktisch gegenüberstehenden Marktteilnehmer in gewisser Form gezwungen, mit ihm den vorgesehenen Austausch von Waren oder Dienstleistungen durchzuführen, sie haben keine *Ausweichmöglichkeit*. Je größer der Marktanteil des Marktbeherrschers, desto geringer die Wettbewerbsfreiheit, die ausgeübt werden kann. Ist der Marktanteil eher geringer oder wird ein bedeutender Anteil nur kurzfristig beherrscht, ist tendenziell das *Missbrauchspotential* niedriger¹¹⁴.

In Märkten, in denen nur ein Anbieter oder Nachfrager tätig ist oder in denen die Anbieter oder Nachfrager sich koordiniert verhalten (als ob sie eine Einheit wären), die man also auch als *absolut-konzentrierte* bezeichnen könnte (Marktanteile von etwa 60% bis 100%)¹¹⁵, erfüllt sich logischerweise die wesentliche Voraussetzung der Marktmacht¹¹⁶. Bei einer solchen Marktstruktur können der/die herrschenden Marktteilnehmer prinzipiell Marktmacht ausüben, es sei denn, es liegen Ausnahmsweise gegenläufige Faktoren vor (etwa hohe Preiselastizität, Gegenmacht, Abwesenheit von Markteintritts- und Austrittsschranken).

Von den absolut-konzentrierten Märkten sind die *relativ-konzentrierten* zu unterscheiden. In den relativ-konzentrierten Märkten besitzen die Teilnehmer zwar wichtige Marktanteile

¹¹² Entspricht jenem Prozentsatz an Waren oder Dienstleistungen, der einem Marktteilnehmer am Gesamtmarkt zuzurechnen ist. Vgl. Klauss, Gerd (1975), S. 56.

¹¹³ Vgl. u.a. Geroski, Paul A. / Griffith, Rachel (2003), S. 4; Hay, Donald / Vickers, John (1987), S. 48 ff.; Fröhlich, Peter (1976), S. 15; Hildebrand, Doris (2002), S. 305 ff.; Klauss, Gerd (1975), S. 24; Peterson, Rodney (1989), S. 20; Posner, Richard A. (2000), S. 264 ff.; Utton, Michael A. (2003), S. 35 ff. Siehe dazu § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB; Abschnitt 1.4 HMGs; Grund Nr. 32 EG-FKVO.

¹¹⁴ Im Fall *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563 (1966), S. 570 ff., wurde seitens des Supreme Court festgestellt, dass “[t]he existence of such power [market power] ordinarily may be inferred from predominant share of the market”. Andererseits stellte der Court of Appeal for the Second Circuit im Fall *United States v. Aluminium Co. of America* 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945) fest, dass “a percentage [of ninety] is enough to constitute a monopoly, it is doubtful whether sixty or sixty-four percent would be enough; and certainly thirty-three per cent is not”.

¹¹⁵ Dazu OECD (1996), S. 8. Da lautet „[...] *Whishb* (p. 294) says that the Commission of the EU has taken the view that a dominant position can generally be taken to exist when a firm has a market share of 40-45 per cent, and cannot be ruled out in the range 20-40 per cent. By contrast, *Hovenkamp* (p. 106) says that courts in the United States ‘consistently find market shares of 80-90 per cent and higher to be sufficient to conclude that the defendant is a monopolist. They also consistently find market shares of less than 50 per cent to be insufficient. A majority of courts are reluctant to find sufficient monopoly power when the market share is less than 70 per cent’. Other American commentators (ABA, pp. 213-214) say that a market share of over 70 per cent is almost always sufficient to support a rebuttable inference of monopoly and that a market share of less than 40 per cent virtually precludes a finding monopoly”.

¹¹⁶ Siehe dazu Hildebrand, Doris (2002), S. 305 ff. Zur Kritik des Marktanteils als Beurteilungskriterium siehe Hoppmann, Erich (1977), 15 ff.

(von etwa 30% bis 60%)¹¹⁷, aber dennoch sind die zusätzlichen Voraussetzungen, die für das Vorliegen von Marktmacht erforderlich sind¹¹⁸ (geringe Preiselastizität, machtlose Marktgegenseite und Anwesenheit von Markteintritts- und Austrittsschranken), nicht erfüllt.

Um das Konzentrationsniveau¹¹⁹ eines Marktes messen zu können (dies ist besonders wichtig, um Kollusion bzw. kollektive Marktbeherrschung zu beurteilen) und damit das Missbrauchspotential zu bewerten, sind mehrere Bewertungsmethoden konstruiert worden. Bekannt und benutzt sind vor allem die sog. Konzentrationsrate (*Concentration Ratio* CR_m)¹²⁰, die den Anteil m der größten Marktteilnehmer am gesamten Anteilsbetrag bestimmt, und der *Hirschmann-Herfindahl-Index*¹²¹, der sich aus der Summe der quadrierten Marktanteile aller Marktteilnehmer errechnet.

Die Ermittlung des Marktanteils ist also für die Analyse einer Marktmachtposition von entscheidender Bedeutung, sie reicht allerdings allein nicht aus; andere strukturelle Aspekte (etwa Preiselastizität, Macht der Marktgegenseite und Markteintritts- und Austrittsschranken) müssen ebenfalls untersucht werden¹²².

2. Geringe Preiselastizität

Die Preiselastizität entspricht der prozentualen Veränderung der nachgefragten bzw. angebotenen Menge eines gegebenen Gutes als Folge einer prozentualen Veränderung des Preises dieses Gutes¹²³.

Bei einer hohen Preiselastizität entspricht eine Veränderung der nachgefragten bzw. angebotenen Menge in einem ähnlichen Prozentsatz der Veränderung des Preises. Anders gewendet: Bei einer geringeren Preiselastizität ist die Veränderung der Menge des Gutes unter der prozentmäßigen Veränderung des Preises.

Daraus folgt, dass die Marktmacht umso größer ist, je geringer die Preiselastizität der Nachfrage bzw. des Angebots gegenüber der Preissetzung des Marktbeherrschers und

¹¹⁷ Dazu OECD (1996), S. 8.

¹¹⁸ Ebenda, S. 305 ff.

¹¹⁹ Vgl. Greer, Douglas F. (1989), S. 53 ff.

¹²⁰ Peterson, Rodney (1989), S. 15; Schengber, Ralf A. (1996), S. 18; Utton, Michael A. (2003), S. 36 ff.

¹²¹ D.h., $HHI = (a^2 + b^2 + c^2 \dots x^2)$, vgl. Hay, George A. (1987), S. 117; Hamker, Jürgen (1998), S.431; Peterson, Rodney (1989), S. 15 ff.; Schengber, Ralf A.(1996), S. 18 ff. Siehe dazu Abschnitt 1.5 HMGs.

¹²² In diesem Zusammenhang hat der Court of Appeal for the Seventh Circuit festgestellt: „market share is just a way of estimating market power, which is the ultimate consideration. When there are better ways to estimate market power, the court should use them”, so im Fall *Ball Memorial Hospital, Inc. v. Mutual Hospital Insurance*, 784 F.2d (7th Cir. 1986), S. 1325 ff. Vgl. dazu EuGH, *Hoffmann-La Roche & Co. AG/Kommission*, Rs. 81/76, Slg. 461 (1979), S. 520; vgl. Hildebrand, Doris (2001), S. 2

¹²³ Die wird wie folgt klassifiziert:

- (i) Preiselastizität der Nachfrage =
$$\frac{\text{prozentuale Veränderung der nachgefragten Menge eines Gutes}}{\text{prozentuale Veränderung des Preises dieses Gutes}}$$
- (ii) Preiselastizität des Angebots =
$$\frac{\text{prozentuale Veränderung der angebotenen Menge eines Gutes}}{\text{prozentuale Veränderung des Preises dieses Gutes}}$$

Dazu siehe Hoyer, Werner / Rettig, Rolf / Rothe, Klaus-Dieter (1993), S. 72 ff.; Posner, Richard A. (2000), S. 285 ff.

umgekehrt¹²⁴. Deswegen wird z.B. eine Erhöhung des Preises über das Wettbewerbniveau unrentabel sein, wenn aus dieser Preisstrategie ein ebenso großer Verlust der nachgefragten Mengen folgt. Andersherum formuliert wird sich die erwähnte Preisstrategie wirtschaftlich lohnen, wenn der prozentuale Mengenrückgang geringer ist als die Erhöhung des Preises.

3. Machtlose Marktgegenseite

Marktmacht kann nur exerziert werden, soweit die dem Marktbeherrscher gegenüberstehenden Nachfrager bzw. Anbieter machtlos sind (sie sind atomisiert). Wenn das nicht der Fall ist, wird die Macht dieser Marktteilnehmer die vom Marktbeherrscher neutralisieren (sog. *Gegenmacht* oder *countervailing power*)¹²⁵. Solange also eine Gegenmacht vorliegt, kann der Markt aufgrund ihrer internen Prozesse Machtungleichgewichte zwischen Anbietern und Nachfragern aus sich selbst heraus beseitigen, d.h. eine dauerhafte Übermacht einer Marktseite verhindern (sog. *Übermachterosionsprozesse*)¹²⁶.

4. Beschränkter Markteintritt und –austritt

Das Missbrauchpotential eines Marktbeherrschers weist eine direkte Korrelation zu den Eintritts bzw. Austrittsschranken auf. Je relevanter diese Barrieren, desto wahrscheinlicher die Ausübung von Marktmacht¹²⁷.

*Marktzutrittsbarrieren*¹²⁸ sind definitionsgemäß¹²⁹ alle Faktoren, die es dem aktuellen Anbieter ermöglichen, seine Preise über das minimal mögliche Niveau (d.h. über die Grenzkosten kurzfristig bzw. über die Durchschnittskosten langfristig) zu erhöhen und Überrendite zu erwirtschaften, ohne dass daraufhin neue Anbieter (*potentielle Konkurrenz*; *Ausweichmöglichkeit*) in den Markt eindringen. Die Mikroökonomie hat nachgewiesen, dass Monopolgewinne bzw. Überrendite langfristig nur erzielt werden können, wenn Marktschranken vorliegen¹³⁰.

¹²⁴ $L = 1/E$, wo L = Lerner-Index; und E = Elastizitätskoeffizient. In vollständiger Konkurrenz wird L zu einem 0 Wert tendieren und in einer Monopolstruktur zu 1. Siehe Anderson, Robert D. / Khosla, S. Dev / Monteiro, Joseph (1996), S. 91; Peterson, Rodney (1989), S. 10; Posner, Richard A. (2000), S. 286; Schengber, Ralf A. (1996), S. 16; Utton, Michael A. (2003), S. 71 ff.; Varian, Hal R. (1994), S. 236. Zur Kritik der Preiselastizität als Beurteilungskriterium siehe Hoppmann, Erich (1977), 16 ff.

¹²⁵ Vgl. Galbraith, John Kenneth (1956), S. 111 ff; Herdzina, Klaus (1999), S. 69; Hamker, Jürgen (1998), S. 513 ff.; Hildebrand, Doris (2002), S. 310; Nordemann, Jan Bernd (1996), 17 ff.; Paschke, Marian / Bauer, Jürgen F. / Weyer, Hermut (2001), S. 51.

¹²⁶ Dazu Grosseckler, Heinz (1985), S. 328 ff.; Schengber, Ralf A. (1996), S. 6 ff.; Hamker, Jürgen (1998), S. 426 ff.; Hoppmann, Erich (1977), 10 ff.; Hoppmann, Erich (1988), S. 335 ff.

¹²⁷ Klaus, Gerd (1975), S. 180. Vgl. dazu § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB; Art. 2 Abs. 1 b) EG-FKVO; Abschnitt 3 HMGs.

¹²⁸ Vgl.; Hildebrand, Doris (2002), S. 269; Knieps, Günter (2001), S. 14 ff.; Posner, Richard A. (2000), S. 296 ff.; Schwab, Bernhard (1994), 214 ff.

¹²⁹ So Bain, John S. (1956), S. 3. Vgl. Baumol, William J. / Panzar, John C. / Willig, Robert .D. (1982), S. 282, da lautet wurden Markteintrittsbarrieren als Kosten eines „Newcomers“, die ein etabliertes Unternehmen nicht zu tragen hat, definiert. Klaus, bezeichnete sie, seinerseits, als „finanzielle Nachteile potentieller Anbieter gegenüber etablierten Unternehmen, wobei sich diese Nachteile für die ersteren in höheren Stückkosten und/oder niedrigeren Verkaufspreisen pro Stück bei Gütern gleichartiger Qualität niederschlagen“, Klaus, Gerd (1975), S. 180. Vgl. dazu Bunte, Hermann-Josef / Welfens, Paul J.J. (2002), 102 ff.

¹³⁰ Hildebrand, Doris (2002), S. 136. Für eine ökonometrische Analyse der Wirkungen potentieller Konkurrenten siehe Geroski, P.A. (1991), S. 9 ff.

Markteintrittsbeschränkungen werden unterteilt in strukturelle, räumliche, strategische und staatliche Markteintrittsbeschränkungen. *Strukturelle* sind diejenige, welche auf branchentypische Eigenarten der Kostenstrukturen beruhen (etwa Technologiemonopole), also nicht von den Marktteilnehmern gezielt¹³¹ eingesetzt werden. *Räumliche* weisen auf Faktoren, die zu einer Bildung räumlich eng begrenzter Märkte führen (z.B. Transportkosten)¹³². Als *strategische* werden solche Handlungsweisen bezeichnet, die Marktnischen schließen sollen (Produktdifferenzierung¹³³; Preispolitik, durch etwa verdrängungsorientierte Preisunterbietung – *Predatory Pricing*; Aufbau von Überkapazitäten, usw.), die von aktuellen Marktteilnehmern errichtet wurden, um primär das Eintreten von neuen Wettbewerbern auf den Markt zu verhindern¹³⁴. Unter *staatlichen* Markteintrittsschranken werden alle die vom Staat erbrachten Maßnahmen verstanden, die den Marktzugang verhindern oder zumindest erschweren (z.B. direkte Regulierung des Markteintritts oder die Unterstützung etablierter Unternehmen durch weniger restriktive Auflagen oder verschiedene Arten von Subventionen)¹³⁵.

Solange keine Markteintrittsbarrieren vorliegen, konnten Märkte von neuen Konkurrenten (Potentieller Wettbewerb oder „*Newcomers*“) durchdrungen werden¹³⁶. Diese freigestellten Märkte werden als „*Contestable Markets*“¹³⁷ (bestreitbare Märkte) bezeichnet. Ein vollkommener *bestreitbarer Markt* ist derjenige, in dem sowohl der Eintritt als auch der Austritt absolut frei und kostenlos ist, in dem die *Newcomers* und die aktuelle Marktteilnehmer von der gleichen Basis aus konkurrieren, und in dem die erstgenannten nicht durch eine potentielle verdrängungsorientierte Preisunterbietung bedroht werden¹³⁸.

Vollkommene bestreitbare Märkte erfordern nicht nur die Abwesenheit von Eintrittsbarrieren, sondern auch von *Austrittsschranken*. Insbesondere *Sunk costs*, also Investitionen oder Aufwendungen (strukturelle Barriere), die nach dem Austritt vom Markt nicht liquidiert oder zurückgewonnen werden können (*irreversible Kosten*)¹³⁹, spielen in dieser Sicht eine bedeutende Rolle. *Versunkene Kosten* verändern das Erfolgskalkül und signalisieren damit den potentiellen Konkurrenten, dass ein andauerndes Verbleiben im Markt geplant ist und ein Machtabbau intendierender Markteintritt Abwehrreaktionen nach sich ziehen würde¹⁴⁰. So kann im Rahmen der Anlagewahl die Entscheidung für eine Produktionstechnologie mit hohen versunkenen und bekanntermaßen niedrigen Grenzkosten potentielle Konkurrenz von einem Markteintritt abhalten, während bei der Anschaffung einer Anlage mit niedrigeren spezifischen Investitionen und höheren Grenzkosten *ceteris paribus* durchaus weitere Newcomer auf den Markt hinzutreten

¹³¹ Vgl. Hamker, Jürgen (1998), S. 452 ff.; Katzenbach, Erhard / Kruse, Jörn (1989), S. 76 ff.

¹³² Hamker, Jürgen (1998), S. 472 ff.

¹³³ Dazu Geroski, P.A. (1991), S. 167 ff.

¹³⁴ Hamker, Jürgen (1998), S. 477 ff.; Katzenbach, Erhard / Kruse, Jörn (1989), S. 95 ff.

¹³⁵ Hamker, Jürgen (1998), S. 490 ff.; Katzenbach, Erhard / Kruse, Jörn (1989), S. 98 ff.; OECD (1996), S. 8

¹³⁶ „Monopolist and oligopolists who populate such Markets are sheep in wolves' clothing, for under this arrangement potential rivals can be as effective as actual competitors in forcing pro-social behavior upon incumbents, whether or not such behavior is attractive to them. As we have seen [...] this may be true where observed market phenomena are far from the competitive norm, and even where they superficially assume some pattern of behavior previously thought to be pernicious *per se*“, so Baumol, William J. / Panzar, John C. / Willig, Robert .D. (1982), S. 350.

¹³⁷ Zur klassischen Formulierung der Theorie des „Contestable Markets“ siehe Baumol, William J. / Panzar, John C. / Willig, Robert .D. (1982). Zur deutschen amtlichen Rezeption siehe Bundeskartellamt (2005), S. 5.

¹³⁸ Vgl. Borrmann, Jörg / Finsinger, Jörg (1999), S. 278 ff.; Bunte, Hermann-Josef / Welfens, Paul J.J. (2002), S. 64 ff.; Hildebrand, Doris (2002), S. 136; Paech, Niko (1995), S. 77 ff.

¹³⁹ Paech, Niko (1995), S. 39; Schwalba, Michael (2002), S. 147. Vgl. dazu Abschnitt 1.32 HMGs; OECD (1996), S. 8.

¹⁴⁰ Hamker, Jürgen (1998), S.477.

würden¹⁴¹. Ferner erlaubt die Abwesenheit von irreversiblen Kosten die Durchführung von *hit-and-run*¹⁴²-Strategien (schneller Markteintritt und –austritt, um den Marktanteil von Marktbeherrschern, die Überrendite erzielen, abzuschöpfen, da die Newcomer problemlos den Markt verlassen können).

Hohe Zutritts- und/oder Austrittsbarrieren lassen auf einen geringeren Intensitätsgrad potentieller Konkurrenz schließen und ermöglichen dadurch eine Zementierung bereits vermachteter Marktstrukturen (keiner Contestable Markets). Umgekehrt erhöhen niedrige Schranken die Chance des (intraindustriellen) Tätigwerdens der am Marktzutritt interessierter Neuanbieter und erlauben u.U. eine Auflockerung erstarrter Wettbewerbsverhältnisse¹⁴³.

Niedrige Barrieren sind also dann von praktischer Bedeutung, wenn die geltenden Marktpreise überhöht sind, die etablierten Anbieter technisch ineffizient produzieren, wesentliche Teile der Präferenzen der Nachfrager unbeachtet gelassen oder ihre Veränderung nicht erkannt haben, technischen Fortschritten nicht realisiert haben, etc.¹⁴⁴

Liegen keine Eintritts- und Austrittsschranken vor oder sind sie nicht relevant, wirkt sich die potentielle Konkurrenz als Disziplinierungseffekt auf die aktuellen Marktteilnehmer aus¹⁴⁵. Damit wird schon im Vorfeld manche Ausübung einer Marktmacht verhindert.

Erfolgt die Beurteilung des Vorliegens von Marktmacht aufgrund der genannten Kriterien, handelt der Staat legitim, wenn er gemäß dem Subsidiaritätsprinzip korrektive Eingriffe in den Markt vornimmt.

C. Die Rolle der kartellrechtlichen Marktabgrenzung

Nachdem das Subsidiaritätsprinzip als *Maß* der staatlichen Eingriffe (subsidiäre *Autonomie*, *Assistenz* und *Reduktion*) und als *Modus der Legitimation* ihrer Tätigkeit, die zu einem *Rechtfertigungszwang* führt, analysiert worden ist sowie die Beziehung dieses Prinzips zur *marktwirtschaftlichen Ordnung*, die *Marktmacht* und ihre allgemeinen Voraussetzungen als Beweis eines potentiellen *Marktversagens*, das als *Legitimationsbasis* (Rechtfertigung) für korrektive Eingriffe des Staates dient, stellt sich die Frage nach der Rolle der kartellrechtlichen Marktabgrenzung.

Bis jetzt wurden solche Faktoren dargelegt, die *grundsätzlich* eine Marktbeherrschung bedingen. Es bleibt zu untersuchen, wie das Vorhandensein der genannten Voraussetzungen bewiesen werden kann.

I. Messung des Marktanteils

Wie der Marktanteil eines Marktteilnehmers, also der Prozentsatz an Waren oder Dienstleistungen, bestimmt werden kann, der dem Marktteilnehmer entweder als Anbieter

¹⁴¹ Posselt, T. (1993), 49 ff.

¹⁴² Vgl. Hildebrand, Doris (2002), S. 137; Paech, Niko (1995), S. 82.

¹⁴³ So Klauss, Gerd (1975), S. 181.

¹⁴⁴ Geroski, P.A. (1991), S. 246 ff.; Katzenbach, Erhard / Kruse, Jörn (1989), S. 70.

¹⁴⁵ Paech, Niko (1995), S. 75.

oder als Nachfrager am Gesamtmarkt zuzurechnen ist, hängt von verschiedenen Faktoren ab.

In einem ersten Schritt sind *prima facie* Anbieter und Nachfrager solcher Waren oder Dienstleistungen zu bestimmen, die von einem potentiellen Marktbeherrscher angeboten bzw. nachgefragt werden. Nachdem diese Gruppe von Marktteilnehmern bestimmt ist, geht es darum zu analysieren welche tatsächlich in der Lage sind, aktuell oder potentiell als Anbieter und Nachfrager in Beziehung - als Wettbewerber oder Tauschpartner - zum aktuell bzw. potentiell angeblichen Marktbeherrscher zu wirken.

Dieser Bestimmungsprozess ist die kartellrechtliche Marktabgrenzung.

Wenn der relevante Markt sowohl sachlich als auch räumlich korrekt bestimmt wird, kann kalkuliert werden, in welcher Relation die Absätze bzw. Bezüge des angeblichen Marktbeherrschers zum gesamten Marktvolumen stehen (Bestimmung des Marktanteils)¹⁴⁶. Aufgrund dieser Ergebnisse können zusätzlich Konzentrationsraten errechnet werden.

II. Messung der Preiselastizität

Wie bereits gesagt, entspricht die Preiselastizität der prozentualen Veränderung der nachgefragten bzw. angebotenen Menge eines gegebenen Gutes aufgrund einer prozentualen Veränderung des Preises dieses Gutes.

Die Preiselastizität hängt von verschiedenen Faktoren ab, insbesondere: (i) von der Möglichkeit der Substitution¹⁴⁷ (*Nachfragesubstituierbarkeit; Ausweichmöglichkeit*)¹⁴⁸ des entsprechenden Gutes durch andere Güter. Je mehr Substitute zur Verfügung stehen, desto höher ist die Preiselastizität; (ii) von der Wichtigkeit (*Präferenzen*)¹⁴⁹ des Gutes für die Marktteilnehmer (lebensnotwendigen, Luxus, etc.)¹⁵⁰; (iii) welchen Anteil am Haushaltsbudget der Marktteilnehmer die Ausgaben für dieses Gut einnehmen; (iv) schließlich spielt der Zeitaspekt eine wichtige Rolle. Je länger die mögliche Zeitperiode, umso größer die Elastizität, da eventuell Substitute hergestellt werden können.

Eine korrekte Marktabgrenzung ermöglicht folglich eine tendenziell bessere Messung der Preiselastizität¹⁵¹. Nur wenn das relevante Gut und seine Substitute sowie die Indifferenzkurven der Anbieter und Nachfrager einem abgrenzbaren Markt zugerechnet werden können, lässt sich die Preiselastizität auf diesem Markt berechnen.

¹⁴⁶ Bei der Einleitung des BmDrM heißt es, in diesem Zusammenhang, dass „[n]ach Abgrenzung des Marktes ist es möglich, u. a. Marktanteile zu berechnen [...]“. Vgl. Bundeskartellamt (2005), S. 10 ff. und 44; ICNMG Kapitel I, Abschnitt I; OECD (1996), S. 8.

¹⁴⁷ Vgl. Hoyer, Werner / Rettig, Rolf / Rothe, Klaus-Dieter (1993), S. 40; Varian, Hal R. (1994), S. 116 ff.

¹⁴⁸ Vgl. Hildebrand, Doris (2002), S. 281; Gual, Jordi (2002), S. 5. BmDrM unter „*Nachfragesubstituierbarkeit*“; Abschnitt 1 HMGs. Ebenfalls in den Merger Guidelines von Australien, Brasilien, Finland, Irland, Japan, Kanada, Neuseeland und U.K., so im Abschnitt 1.17 ICNMG.

¹⁴⁹ Vgl. Hoyer, Werner / Rettig, Rolf / Rothe, Klaus-Dieter (1993), S. 21 ff.

¹⁵⁰ Vgl. Varian, Hal R. (1994), S. 116.

¹⁵¹ Vgl. ICNMG Kapitel I, Abschnitt I.

III. Bewertung der Gegenmacht

Soweit alle tatsächlichen Marktteilnehmer im relevanten Markt in die Analyse einbezogen sind, können die gegenseitigen Potentiale (Potential des Marktbeherrschers und Gegenmachtpotential; Fähigkeit zur Übermachterosion) analysiert und abgewogen werden¹⁵². Anders kann die *countervailing power* nicht korrekt ermittelt werden.

IV. An- und Abwesenheit von Marktschranken und potentieller Konkurrenz

Ist der Markt sowohl sachlich als auch räumlich korrekt abgegrenzt, kann beurteilt werden, ob Eintritts- bzw. Austrittsbarrieren vorliegen und ob man dem gemäß von potentieller Konkurrenz als korrigierendem Disziplinierungseffekt ausgehen kann¹⁵³.

Eine solche Abgrenzung ermöglicht einerseits die Ortung von Regulierungen, mit denen Waren oder Dienstleistungen belastet sind (staatliche Schranken), andererseits aber auch die Identifizierung struktureller Barrieren, die etwa in der Kostenstruktur eines Gutes liegen können.

Für die Beurteilung von potentieller Konkurrenz und von räumlichen Marktschranken sind sowohl die sachliche als auch die räumliche Abgrenzung von Bedeutung. Dadurch kann bestimmt werden, welche Wirtschaftssubjekte (Newcomer) tatsächlich in der Lage sind (unter Betrachtung etwa von Transportkosten), als Wettbewerber im relevanten Markt zu handeln. Die Marktabgrenzung ist damit ein Instrument, mit dem die *Substituierbarkeit des Angebots* bzw. die *Angebotsumstellungsflexibilität*¹⁵⁴ ermittelt werden kann.

D. Schlussfolgerungen

Nach einer korrekten sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung kann mit Hilfe folgender Kriterien eine Marktmacht ermittelt werden:

- (a) Welchen Marktanteil hat der potentielle Marktbeherrscher zur Verfügung?
- (b) Preiselastizität;
- (c) eventuelle Gegenmacht;
- (d) Markteintritts und –austrittsbarrieren
- (e) die Wahrscheinlichkeit potentieller Konkurrenz.

¹⁵² Vgl. Bundeskartellamt (2005), S. 32 ff. und 49.

¹⁵³ Paech, Niko (1995), S. 35 ff.

¹⁵⁴ D.h. die Möglichkeit der Anbieter, auf Änderungen bei den relativen Preisen zu reagieren (Ausübung von Marktmacht), ihre Produktion auf die relevanten Produkte umzustellen und sie kurzfristig auf den Markt zu bringen. Vgl. Anderson, Robert D. / Khosla, S. Dev / Monteiro, Joseph (1996), S. 91; Hildebrand, Doris (2002), S. 284; Gual, Jordi (2002), S. 5. Vgl. Bundeskartellamt (2005), S. 23 ff. und 48; BmDrM unter „Substituierbarkeit beim Angebot (Angebotsumstellungsflexibilität)“; Abschnitt 1.32 HMGs (sog. „uncommitted entrants“); ebenfalls in einer oder anderer Form als Abgrenzungskriterium in den Merger Guidelines von Australien, Brasilien, Finland, Irland, Japan, Kanada, Neuseeland und U.K. berücksichtigt, so im Abschnitt 1.35 ICNMG.

Es folgt daraus, dass die kartellrechtliche Marktabgrenzung eine wesentliche und erforderliche *Vor-Analyse* darstellt, die zur *Diagnose* potentieller Marktmacht und folglich von Marktversagen hilft¹⁵⁵.

Gemäß dem Subsidiaritätsprinzip muss der Staat durch die kartellrechtliche Marktabgrenzung die Marktmacht und das Marktversagen beweisen können (Rechtfertigung), um die Eingriffslegitimation zu erreichen. Legitimierte Eingriffe sollen dann eine *Korrektionswirkung*¹⁵⁶ leisten, die dem Markt bzw. dem Wettbewerb ihre Soll-Funktionen (durch den Preismechanismus effiziente Koordinations-, Allokations- und Fortschrittsfunktion) zurückgeben, sofern dies möglich ist. Dies wäre *a priori* gesamtwirtschaftlich positiv¹⁵⁷ zu bewerten¹⁵⁸.

Was würde aber geschehen, wenn der Staat (die Rechtsanwender) den Markt sachlich und räumlich nicht korrekt abgrenzt, d.h. die Ware oder Dienstleistung, die der entsprechende Marktteilnehmer anbietet bzw. nachfragt, nicht korrekt ermittelt, ebenso wenig ihre Substituten und die Teilnehmer, die tatsächlich in der Lage sind, als Anbieter und Nachfrager der bereits festgelegten Ware(n) oder Dienstleistung(en) im relevanten Markt aufzutreten?

Eine inkorrekte Marktabgrenzung, die zur Verzerrung der Ergebnisse führt (defizitäre quantitative Messung von Marktanteilen und Preiselastizität und niedrige qualitative Bewertung von Gegenmacht und Marktbarrieren), könnte zwei Szenarien verursachen: (i) sie könnte eine Marktmachtposition zuweisen, wo sie nicht vorliegt; (ii) sie könnte eine tatsächlich gegebene Machtposition nicht identifizieren.

Im ersten Szenario, das einen *illegitimen* Eingriff (Mengen- bzw. Preisregulierung)¹⁵⁹ bewirken würde, könnten die Staatshandlungen eventuell eine Interferenz der Koordinationsprozesse¹⁶⁰ und folglich die Beeinträchtigung der Allokations- und Fortschrittsfunktionen¹⁶¹ verursachen (gesamtwirtschaftlich negative Intervention).

Abbildung 6 stellt dar, was in einem Markt mit Abwesenheit von Marktmacht, in einem Markt also, wo die Koordinationsprozesse zu *pareto-optimum* Gleichgewichtpositionen führen können (es herrscht vollständige Konkurrenz), geschehen würde, wenn der Staat in illegitimer Form in das Marktgeschehen eingreift: entweder durch Mindest- (als Maßnahme

¹⁵⁵ „Hauptzweck der Marktdefinition ist die systematische Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen sich die beteiligten Unternehmen zu stellen haben. Die Abgrenzung eines Marktes sowohl in seiner sachlichen als auch in seiner räumlichen Dimension dient dazu zu ermitteln, welche konkurrierenden Unternehmen tatsächlich in der Lage sind, dem Verhalten der beteiligten Unternehmen Schranken zu setzen und sie daran zu hindern, sich jeglichem effektiven Wettbewerbsdruck zu entziehen“, so in der Einleitung des BmDrM. Trotz ihrer Wichtigkeit kann die Marktabgrenzung im Bereich der Ermittlung dynamischer Wettbewerbsprozesse Mängel aufweisen. So explizit in dem U.K. Merger Guidelines, implizit in den Merger Guidelines von Finland, Neuseeland, EG und U.S. Siehe ICNMG Abschnitt 1.8. Vgl. dazu Stigler, George J. / Sherwin, Robert A. (1985), S. 558.

¹⁵⁶ Vgl. Woll, Artur (1992), S. 47 ff.

¹⁵⁷ Unter der Annahme, dass die staatliche Intervention netto-positiv ist. Zu den Kosten der Regulation siehe Hahn, Robert W. (2000), S. 9 ff.

¹⁵⁸ Zu den möglichen wettbewerbspolitischen Ansätzen, siehe Borrmann, Jörg / Finsinger, Jörg (1999), S. 138 ff.; Knieps, Günter (2001), S. 79 ff.

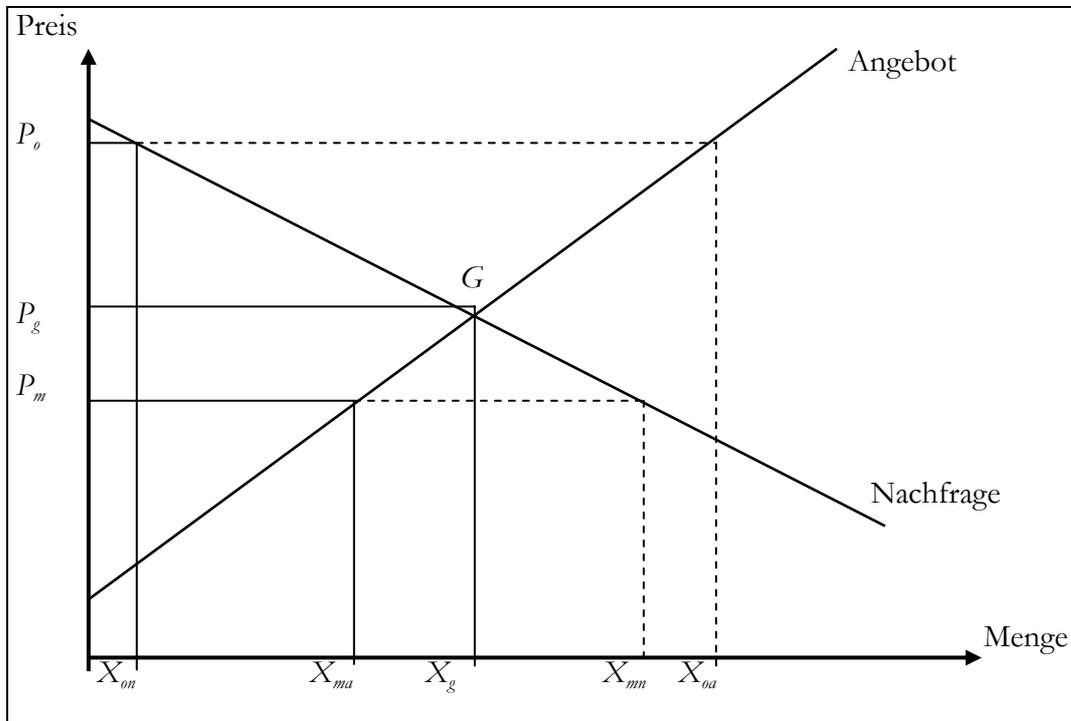
¹⁵⁹ Dazu Borrmann, Jörg / Finsinger, Jörg (1999), S. 342 ff.; Hahn, Robert W. (2000), S. 7; Knieps, Günter (2001), S. 79 ff.

¹⁶⁰ Hamker, Jürgen (1998), S.238 ff.

¹⁶¹ Vgl. Kurz, R. (1985), S. 44 ff. Da wird, vor allem, die Behinderung der Fortschritts- und Markträumungsprozessen betont.

gegen eine Nachfragemacht) oder durch Höchstpreisbestimmung (als Maßnahme gegen eine Angebotsmacht)¹⁶².

Abbildung 6: Zerstörung der Markträumung durch illegitime Staatseingriffe



In einem Markt, in dem vollständige Konkurrenz herrscht, würde im Gleichgewicht die Menge X_g bei einem Preis P_g dem Optimum entsprechen (Räumungseffekt, effiziente Allokation etc.). Wenn aber der Staat einen *Mindestpreis* von P_o garantiert, einen Preis also, der über dem markträumenden Gleichgewichtspreis liegt, werden die Anbieter gemäß ihren Grenzkosten eine Menge X_{ou} absetzen wollen, die deutlich größer ist als X_g . Der höhere Preis drängt die Nachfrage auf X_{on} zurück. Damit liegt offensichtlich eine Unternachfragesituation vor. Die staatliche Preisgarantie verhindert aber die hier notwendige Preissenkung, so dass die Unternachfrage nicht abgebaut wird. Damit ist die Funktionsweise des Markträumungsprozesses nachhaltig beeinträchtigt (Wohlfahrts-optimum wird nicht erreicht), wenn nicht eine deutlich steigende Nachfrage dazu führt, dass der markträumende Gleichgewichtspreis über das Niveau P_o ansteigt.

Im Falle einer Höchstpreisbestimmung von P_m , der sich unter dem markträumenden Gleichgewichtspreis befindet, werden die Anbieter gemäß ihren Grenzkosten nur eine Menge X_{ma} absetzen wollen, die deutlich niedriger ist als X_g obwohl die Nachfrager bereit wären, eine Menge X_{mn} zu erwerben. In einer solchen Konstellation liegt ein Unterangebot vor (Beeinträchtigung des Markträumungsprozesses und Abweichung vom Optimum), es sei denn, die Nachfrage verringert sich, bis eine neue Gleichgewichtposition erreicht wird.

Folglich ist eine korrekte kartellrechtliche Marktabgrenzung von entscheidender Bedeutung für eine effiziente und gesamtwirtschaftlich positive Ausübung von Wettbewerbspolitik. Nur durch eine adäquate Marktabgrenzung kann das Vorliegen von Marktmacht

¹⁶² Dazu Hamker, Jürgen (1998), S.249 ff.

diagnostiziert werden, was nach dem Subsidiaritätsprinzip Voraussetzung für die Legitimität staatlichen Einschreitens ist.

Zweiter Teil:

Die kartellrechtlichen Marktabgrenzungskriterien und -methoden

Im ersten Teil der Arbeit wurde die Wichtigkeit der korrekten Durchführung der kartellrechtlichen Marktabgrenzung aus gesamtwirtschaftlicher Sicht dargestellt. Im folgenden Teil sollen nun die Rechtsgrundlagen der Marktabgrenzung dargestellt sowie Kriterien und Methoden der Marktabgrenzung erläutert und bewertet werden.

A. Erforderlichkeit der Marktabgrenzung in den relevanten Rechtsordnungen

I. Deutschland

Im deutschen Recht ist für die vorliegende Fragestellung das GWB einschlägig. Dieses enthielt in der 6. Novelle keine Vorschrift, die explizit die Notwendigkeit der Durchführung einer Marktabgrenzung begründete oder diese reglementierte.

Nach h.M. könnte die Notwendigkeit einer Marktabgrenzung aus der Formulierung „*einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen*“, die in den §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 und 4 (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung), 20 Abs. 2 Satz 1 und 2 (Diskriminierungsverbot, Verbot unbilliger Behinderung) und 39 Abs. 5 GWB aF (Anmelde- und Anzeigepflicht) verwendet wurde, abgeleitet werden¹⁶³. Ebenfalls ließe sich aus dem Begriff der „*überragenden Marktstellung*“ des § 19 Abs. 2 Nr. 2 die Erforderlichkeit der Marktabgrenzung ablesen¹⁶⁴. Der Gesetzeswortlaut ließe, so *Neveling*, vermuten, dass ein relevanter Markt zu ermitteln ist.

Nach *Emmerich* bezog das GWB „die Marktbeherrschung mithin auf eine ganz bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen. Obwohl dies nicht zwingend ist, wird hieraus doch überwiegend eine Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten des so genannten Marktmachtkonzepts gefolgert. Gemeint ist damit die Vorstellung, dass sich wirtschaftliche Macht nur auf genau abgegrenzten Märkten, dem so genannten relevanten Markt bilden kann“¹⁶⁵. Dazu erklärte *Emmerich*, „Erst in der jüngsten Praxis zur Fusionskontrolle (vgl. § 36 GWB in Beziehung zum Begriff der „marktbeherrschenden Stellung“ gemäß § 19 GWB) finden sich durch die Berücksichtigung des so genannten Systemdenkens und der marktübergreifenden Wirkungen von Zusammenschlüssen erste Ansätze zur Überwindung dieser keineswegs zwingenden Verengung des Blickfeldes“¹⁶⁶.

Eine Mindermeinung in der Lehre sah die Marktabgrenzung – zumindest bis zur 6. Novellierung des GWB- überhaupt nicht als erforderlich an¹⁶⁷. Auch im „Merkeblatt zur deutschen Fusionskontrolle“ wird die Marktabgrenzung nicht geregelt. Nur in Bezug auf

¹⁶³ Vgl. *Emmerich, Volker* (1999), S. 178 ff.; *Hoppmann, Erich* (1974), S. 34; *Neveling, Kirsten* (2003), S. 33. *Paschke, Marian / Bauer, Jürgen F. / Weyer, Hermut* (2001), S. 48. Implizit, *Burkhardt, Jürgen* (1995), S. 45 ff.

¹⁶⁴ Vgl. *Beckmann, Peter* (1968), S. 21; *Kirschenstein, Friedrich* (1974), 27; *Knauss, Pamela* (2003), S. 4; *Neveling, Kirsten* (2003), S. 34.

¹⁶⁵ *Emmerich, Volker* (1999), S. 178 ff.

¹⁶⁶ *Emmerich, Volker* (1999), S. 179 ff.

¹⁶⁷ Vgl. *Klusmann, Martin* (1993), S. 38 ff.

die Errechnung des Marktanteiles, wird im MdFk ein Begriff über die Bestimmung des relevanten Marktes erläutert¹⁶⁸.

Die Formulierung des § 19 Abs. 2 GWB wurde in der 7. Novelle¹⁶⁹ folgendermaßen geändert: „Ein Unternehmen ist marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen *auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt* [...]“. Aus der neuen Formulierung könnte eine generelle Marktabgrenzungspflicht begründet werden. Eindeutig scheint es ja aber nicht zu sein.

In den Auslegungsgrundsätzen des BKartA (Juli 2005), die als Orientierungshilfe zur Prüfung der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bei der Fusionskontrolle dienen soll¹⁷⁰, wird folgendes behauptet: „Entscheidend für die fusionsrechtliche Prüfung von Marktbeherrschung ist die sachliche und räumliche Marktabgrenzung. Sie bestimmt letztlich über die Ermittlung der Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite den sachlichen und räumlichen Bereich, in dem Unternehmen miteinander in Wettbewerb stehen, und den Rahmen, innerhalb dessen die Prüfung von Marktbeherrschung erfolgt. Sie ist häufig ausschlaggebend für die Würdigung eines konkreten Zusammenschlussvorhabens“¹⁷¹. anschließend wird aber erklärt: „Die Kriterien zur Festlegung des sachlich und räumlich relevanten Marktes sind nicht Gegenstand der vorliegenden Auslegungsgrundsätze“¹⁷².

Die oben bereits zitierte Aussagen mögen als Indiz für die Begründung einer Marktabgrenzungspflicht dienen. Vorgeworfen werden könnte allerdings, dass diese Auslegungsgrundsätze lediglich für die Fusionskontrolle anwendbar sind und nicht für die bloße Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung.

Obwohl die kartellrechtliche Marktabgrenzung im GWB damit *de jure* keinen eindeutigen direkten zwingenden Charakter aufweist (gegebenenfalls könnte man sich auf die Theorie der Selbstbindung der Verwaltung nach Art. 3 Abs. 1 GG berufen)¹⁷³, ist sie *de facto* ein üblicher Ansatz, den sowohl das BKartA als auch die zuständigen Gerichte bei der Wettbewerbsanalyse bei der Prüfung einer „marktbeherrschenden Stellung“ und bei einer Fusionskontrolle einbeziehen¹⁷⁴.

II. Europäische Gemeinschaft

Auch im europäischen Recht sind keine expliziten Vorschriften über die kartellrechtliche Marktabgrenzung zu finden, insbesondere nicht in den entsprechenden Vorschriften des EGV (Art. 81 – 86).

Die kartellrechtliche Marktbestimmung wurde auf europäischer Ebene in der sog. „Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne

¹⁶⁸ Da heißt es „[z]u einem Markt sind nur solche Waren bzw. gewerblichen Leistungen zu zählen, die aus der Sicht der Abnehmer nach Beschaffenheit, Verwendungszweck und Preis als austauschbar angesehen werden“. Siehe Abschnitt 6. des MdFk unter „Marktanteil“.

¹⁶⁹ Bundesgesetzblatt Jahrgang 2005 Teil I Nr. 44 (20. Juli 2005), S. 2114 ff.

¹⁷⁰ Bundeskartellamt (2005), S. 1.

¹⁷¹ Ebenso, S. 1.

¹⁷² Ebenso, S. 1.

¹⁷³ Erichsen, Hans-Uwe, Hrsg. (1998), 208 f.

¹⁷⁴ Vgl. Klusmann, Martin (1993), S. 41.

des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft¹⁷⁵ erläutert. Dort ist auch dargestellt, welche Kriterien und Methoden die europäische Kommission bei der Marktabgrenzung anwendet. Laut BmDrM soll durch diese Bekanntmachung „erläutert werden, wie die Kommission die Begriffe des sachlich und räumlich relevanten Marktes bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft verwendet“¹⁷⁶. Zusätzlich wird auch erklärt, dass „[d]ie Auslegung, die die Kommission von dem Begriff des relevanten Marktes vornimmt, unbeschadet einer Auslegung durch den Gerichtshof oder das Gericht Erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften [gilt]“¹⁷⁷.

In der BmDrM werden u.a. (i) die Begriffe der Definition des räumlich und sachlich relevanten Marktes dargestellt; (ii) die damit verbundenen wirtschaftspolitischen Ziele der Gemeinschaft erklärt; (iii) die grundlegenden Aspekte, die bei der Marktabgrenzung in Betracht kommen, definiert; (iv) Kriterien und Belege, die für die Definition relevanter Märkte wichtig sind, detailliert aufgezeigt; und (v) die Form der Berechnung der Marktanteile präzisiert.

Gemäß ihrer Rechtsnatur übt die BmDrM keine direkte Bindungswirkung auf die Tätigkeit der Kommission aus. Trotz ihrer Unverbindlichkeit sind jedoch die Kriterien und Methoden, welche in der BmDrM festgelegt wurden, seitens der Kommission in konsistenter Form angewendet worden¹⁷⁸. Zusätzlich hat der EuGH entschieden, dass für die Ermittlung einer Marktmachtstellung nach Art. 82 EGV die Bestimmung des relevanten Marktes erforderlich sei¹⁷⁹. Das ist insbesondere im Hinblick auf die zumindest faktische *erga omnes*-Wirkung der Entscheidungen des EuGH wichtig.

Die Auffassung des EuGH über die Erforderlichkeit einer kartellrechtlichen Marktbestimmung in Bezug auf das Verbot des Art. 81 (wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen) wird bei der Rechtsprechungsanalyse (dritter Teil) ausführlich erläutert¹⁸⁰.

Trotz ihrer Beschränkungen auf nur für die durch die Kommission durchgeführte Marktabgrenzung und obwohl sie keinen verbindlichen Charakter hat, ist die BmDrM im Hinblick auf die Einführung einer korrekten kartellrechtlichen Marktabgrenzung als positiv zu bewerten.

III. USA

Einen ähnlichen Befund ergibt ein Blick auf das US-amerikanische Antitrustrecht. Weder das Sherman Antitrust Act¹⁸¹ noch das Clayton Act¹⁸² oder das FTC Act¹⁸³ beinhalten eine

¹⁷⁵ Abl. C 372 vom 9/12/1997, S. 5.

¹⁷⁶ Siehe Einleitung der BmDrM.

¹⁷⁷ Siehe Einleitung der BmDrM

¹⁷⁸ So Hildebrand, Doris (2002), S. 281; Neveling, Kirsten (2003), S. 141.

¹⁷⁹ EuGH, *Frankreich /Kommission*, Rs. C-68/94 und C-30/95, Slg. I.1375 (1988), Leitsatz 143; *Entrepreneurforeningens Affalds*, Rs. C-209/98, Slg. I-3743 (2000), Leitsatz 57; EuGH, *GT-Link*, Rs. C-242, Slg. I-4449 (1997), Leitsatz 36.

¹⁸⁰ Siehe S. 78.

¹⁸¹ Nach § 1 des Sherman Act „every contract, combination [...] or conspiracy in restraint of trade or commerce among the several states or with foreign countries is hereby declared to be illegal“.

¹⁸² § 7 des Clayton Act untersagt Unternehmenszusammenschlüsse „where in any line of commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly“.

Vorschrift, die die Durchführung einer kartellrechtlichen Marktabgrenzung zwingend vorschreibt.

Dennoch hat der Supreme Court im Fall *du Pont* entschieden, dass eine Bestimmung des relevanten Marktes erforderlich sei¹⁸⁴: „Determination of a relevant market is a necessary predicate“¹⁸⁵ für den § 7 des Clayton Act, da ihr wesentliche Element „can be determined only in terms of the market affected“¹⁸⁶.

Die Regulierung der Marktabgrenzung, bezüglich der Unternehmenszusammenschlüsse, befindet sich in dem sog. *Horizontal¹⁸⁷ Merger Guidelines* (in der Fassung von 1997)¹⁸⁸ (im Folgenden: HMG)¹⁸⁹. In der Einleitung des HMG wird erklärt, dass „[t]hey describe the analytical framework and specific standards normally used by the Agency¹⁹⁰ in analyzing mergers. By stating its policy as simply and clearly as possible, the Agency hopes to reduce the uncertainty associated with enforcement of the antitrust laws in this are“¹⁹¹.

In Abschnitt 1 des HMG wird die Marktabgrenzung geregelt. Es werden (i) die allgemeinen Normen (general standards), welche sowohl für die sachliche (Abschnitt 1.11) als auch für die räumliche (Abschnitt 1.21) Definition berücksichtigt werden; (ii) andere für die kartellrechtliche Analyse relevanten Faktoren (z.B. „price discrimination“, Abschnitte 1.12 und 1.22); und (iii) die Marktteilnehmer (Abschnitt 1.3) bestimmt.

Das HMGs sind ein Vorbild für die Fusionskontrolle bzw. Marktabgrenzung, wegen ihren ausführlich analytischen Kriterien und Methoden die dargestellt und erläutert werden, weltweit gewesen¹⁹².

B. Der Bewertungsparameter der Kriterien und Methoden der kartellrechtlichen Marktabgrenzung

Bevor die einzelnen Kriterien und Methoden der kartellrechtlichen Marktabgrenzung dargestellt und abgewogen werden, muss methodologisch festgelegt werden, welche Parameter bei dieser Fähigkeitsanalyse verwendet werden sollen.

Nach *George J. Stigler* ist es die Aufgabe der Ökonomen, bevor sie eine bestimmte wirtschaftspolitische Maßnahme empfehlen (was einem *Werturteil* entspricht), diese durch

¹⁸³ § 5 des FTC Act untersagt Unternehmenszusammenschlüsse, die einer „unfair method of competition“ entsprechen.

¹⁸⁴ Blumental, William (2004), S. 5.

¹⁸⁵ *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 U.S. 586 (1957); vgl. dazu *Marine Bancorporation*, 418 U.S. 618 (1974).

¹⁸⁶ Ebenda, S. 593. Vgl. dazu *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

¹⁸⁷ Bezüglich der Regulierung der Marktabgrenzung sind die Vorschriften des HMGs für die sog. „non-horizontal mergers“ anwendbar. Siehe die Einleitung des amerikanischen Non-Horizontal Merger Guidelines.

¹⁸⁸ Das HMGs ist ursprünglich im Jahre 1982 in Kraft getreten und durch den Novellen von 1984, 1992 und 1997 verändert worden.

¹⁸⁹ Guidelines, die auch als „soft law“ bekannt sind, entsprechen bloße unverbindliche Empfehlungen über einen Problembereich.

¹⁹⁰ Gemeint ist damit das Federal Trade Commission.

¹⁹¹ Siehe die Einleitung des Merger Guidelines.

¹⁹² Besonders wegen der sog. „small but significant nontransitory increase in price test“ (auch „hypothetical monopolist test“ genannt), so im Abschnitt 1.11 ICNMG. In den Merger Guidelines von Australien, Brasilien, Finland, Irland, Japan, Kanada, Neuseeland und U.K. spielt die Marktabgrenzung eine wichtige Rolle, so im Abschnitt 1.12 ICNMG; vgl. OECD (1996), S. 89 ff.

eine Kosten-Nutzen-Analyse zu prüfen¹⁹³. Die Durchführung dieser Abwägung soll nicht, wie frühere, selbst hochrenommierten Ökonomen¹⁹⁴ es getan haben, allein auf dogmatischer¹⁹⁵ Basis erfolgen. Erforderlich seien vielmehr empirische und wissenschaftliche Methoden¹⁹⁶.

Die *Epistemologie* besagt in diesem Sinne, dass der Mensch auf der Basis von Evidenz seine Überzeugungen entwickeln muss (Rechtfertigung eines Werturteils)¹⁹⁷. Die Wissenschaften sind dem gemäß ein Versuch zur Rechtfertigung des Wissens¹⁹⁸ („rationale Suche nach Wahrheit“)¹⁹⁹. Entscheidende Charakteristik der Wissenschaften, besonders als Basis politischer Maßnahmen, ist die *Intersubjektivität*. Das heißt einerseits, dass die produzierten Sätze und Aussagen ihrem Sinn, nicht unbedingt auch ihrer Richtigkeit nach, verstehbar sein müssen, und andererseits, dass die Überprüfbarkeit der Ergebnisse den Forschungsprozessen entspricht²⁰⁰. Genau so wichtig ist die *Begründbarkeit* bzw. *Rationalitätspostulat* der Wissenschaften, d.h. dass die aufgestellten Sätze und Aussagen – zu verstehen als Behauptungen über einen bestimmten Untersuchungsbereich –, begründet sein müssen, sich also auf rationale Argumente stützen und nicht auf Autoritäten oder subjektive Überzeugungen²⁰¹. Genauso wichtig ist die Begründbarkeit bzw. das auf *Popper* zurückgehende Rationalitätspostulat der Wissenschaften²⁰².

Die Ökonomie als Sozialwissenschaft in dem Sinn, dass sie die Abläufe und Ergebnisse menschlichen Handelns und Verhalten als Untersuchungsobjekt zum Gegenstand hat²⁰³, gehört zu den *empirischen* Wissenschaften, da ihr Gegenstand sich „sinnlich“ erfassen, beschreiben und analysieren lässt. Als solche sollen ihre Hypothesen und Theorien erklärungs- und prognosefähig sein²⁰⁴, die objektive (unabhängig von dem entsprechenden Betrachter) und überprüfbare Behauptungen implizieren²⁰⁵. Dies darf nicht bedeuten, dass empirische Forschung und ihre Ergebnisse abgeschlossen sind, in dem Sinn, dass sie sich nicht zu einem späteren Zeitpunkt als falsch erweisen könnten²⁰⁶. Ihre Ergebnisse sind also immer nur hypothetischer Natur.

Empirische Forschung ist ferner als ein infinites Interaktionsprozess zwischen Theorie und Empirie aufzufassen. Sie konstituiert sich durch fortwährende Entwicklung von Theorien, deren Überprüfung an der Realität und ihrer daraus resultierenden vorläufigen Annahme,

¹⁹³ Stigler, George J. (1965), S. 161.

¹⁹⁴ Dabei kritisierte er Adam Smith (*The Wealth of Nations*); James Mill (*The Anide on Government und Principles of Political Economy*); Alfred Marshall (*Industry and Trade*); oder, andererseits, über ihrer Fähigkeit, W.S. Javons (*Methods of Social Reform*). Ebenda, S. 162 ff.

¹⁹⁵ Stigler behauptet dazu, dass zwischen den Jahren 1776 und 1964, die prinzipielle empirische Basis der Ökonomen die *Anekdote* gewesen sei. Ebenda, S. 173.

¹⁹⁶ Ebenda, S. 175 ff.

¹⁹⁷ Goldman, Alan H. (1988), S. 41 ff.

¹⁹⁸ Dazu behauptet Dreier, dass „[u]m die im Forschungsprozess gewonnenen Aussagen und Sätze ‚als wissenschaftlich‘ attribuieren zu können, müssen sie als Minimalforderung den formalen Kriterien der sprachlichen Klarheit und Präzision, der Intersubjektivität und der Begründbarkeit genügen“. Dreier, Volker (1997), S. 15.

¹⁹⁹ Stegmüller, Wolfgang (1973), S. 5.

²⁰⁰ Dreier, Volker (1997), S. 15.

²⁰¹ Ebenda, S. 15.

²⁰² Ebenda, S. 15.

²⁰³ Vgl. Ebenda, S. 20.

²⁰⁴ Vgl. Ebenda, S. 23.

²⁰⁵ Ebenda, S. 24.

²⁰⁶ Ebenda, S. 24.

Modifizierung oder Verwerfung empirische Forschung garantiert, und folglich keine letzten Wahrheiten, sondern nur vorläufige vermitteln können²⁰⁷.

Trotz der letzt genannten Charakteristik ist die empirische Forschung, wie *Stigler* betont, diejenige, die für die Rechtfertigung wirtschaftswissenschaftlicher Hypothesen und Theorien am besten geeignet ist. Zunächst bedarf die Ökonomie im Sinne einer Sozialwissenschaft von ihrer Natur her empirischer Prüfung. Hinzu kommt, dass sich empirische Ergebnisse tendenziell problemlos überprüfen lassen, was die Intersubjektivität verstärkt.

Dementsprechend wird bei der Bewertung der Kriterien und Methoden der kartellrechtlichen Marktabgrenzung derjenigen Methode der Vorzug zu geben sein, die auf empirischen Parametern beruht.

C. Darstellung der Kriterien und Methoden der kartellrechtlichen Marktabgrenzung

Wie bereits herausgearbeitet wurde, erfolgt die Marktabgrenzung im kartellrechtlichen²⁰⁸ Bereich²⁰⁹ durch: (i) die *prima facie* Festlegung der Anbieter und Nachfrager solcher Ware oder Dienstleistung, die der aktuell bzw. potentiell angebotliche Marktbeherrscher anbietet bzw. nachfragt und derjenigen Produkte, mit denen sie konkurriert; (ii) die Festlegung derjenigen Marktteilnehmer, die innerhalb der *prima facie* bestimmten Anbieter und Nachfrager tatsächlich in der Lage sind, aktuell oder potentiell (*Angebotsumstellungsflexibilität*)²¹⁰ als Anbieter und Nachfrager in Beziehung - als Wettbewerber oder Tauschpartner - zum aktuell bzw. potentiell angebotlichen Marktbeherrscher zu wirken.

Der erste Arbeitsschritt betrifft also die *sachliche*²¹¹ Abgrenzung: welches Gut bzw. welche Güter müssen demselben Markt zugerechnet werden? Der zweite betrifft die *räumliche*²¹² Abgrenzung: innerhalb welcher geographischen Grenzen werden die Wirtschaftssubjekte als tatsächliche Marktteilnehmer überhaupt in Betracht gezogen?

Aufgrund der Abhängigkeit der räumlichen Abgrenzung zur sachlichen werden zunächst die Kriterien und Methoden²¹³ der sachlichen Abgrenzung, welche die Rechtsanwender

²⁰⁷ So ebenda, S. 24-25.

²⁰⁸ Der Markt wird nicht nur für kartellrechtliche Zwecke abgegrenzt, sondern auch im Hinblick auf strategische Unternehmungsplanung, Marketing und Produktpolitik. Siehe Schengber, Ralf A.(1996), S. 69.

²⁰⁹ „Die Definition des Marktes dient zur genauen Abgrenzung des Gebietes, auf dem Unternehmen miteinander in Wettbewerb stehen“, so in der Einleitung des BmDrM.

²¹⁰ Siehe Fn. 154.

²¹¹ „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“, BmDrM. Vgl. dazu u.a. Emmerich, Volker (1999), S. 179 ff.; Herdzina, Klaus (1999), S. 73 ff.; Klusmann, Martin (1993), S. 38 ff.; Knauss, Pamela (2003), S. 9 ff.; Köhler, Helmut (1986), S. 50; Neveling, Kirsten (2003), S. 50 ff.; Schengber, Ralf A.(1996), S. 70 ff.

²¹² „Der geographisch relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten, insbesondere aufgrund merklich unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen, die in diesen Gebieten herrschen, abgrenzt“, BmDrM, so auch im Art. 9 Abs. 7 EG-FKVO. Vgl. dazu Emmerich, Volker (1999), S. 182 ff.; Herdzina, Klaus (1999), S. 73 ff.; Klusmann, Martin (1993), S. 163 ff.; Knauss, Pamela (2003), S. 45 ff.; Köhler, Helmut (1986), S. 56; Neveling, Kirsten (2003), S. 48 ff.; Schengber, Ralf A.(1996), S. 70 ff.

²¹³ Es werden nur die Kriterien und Methoden die am meistens erwähnt und analysiert worden sind dargestellt.

entwickelt haben oder in der fachlichen Literatur zu finden sind, vorgestellt und abgewogen, erst danach erfolgt die Darstellung im Hinblick auf die geographische Markt-abgrenzung.

Bei der Darstellung werden zunächst die Abgrenzungskriterien berücksichtigt und diese in betriebswirtschaftlichen bzw. volkswirtschaftlichen und anbieterbezogene bzw. nachfrageorientierten Ansätzen eingeordnet. Danach werden die Methoden analysiert.

I. Sachliche Abgrenzungskriterien und –methoden

1. Kriterien

Welche Güter und entsprechende Anbieter und Nachfrager demselben Markt zugeordnet werden müssen, ist die Frage, welche die sogleich dargestellten Kriterien zu beantworten suchen, insbesondere wie Substitutionsbeziehungen zwischen Gütern entstehen und erforscht werden können.

a) Betriebswirtschaftliche Ansätze

Man unterscheidet anbieterbezogene und nachfragerbezogene Kriterien. Die betriebswirtschaftlichen Abgrenzungskriterien werden hauptsächlich im Bereich der strategischen Unternehmenspolitik und des Marketing eingesetzt²¹⁴.

aa) Anbieterbezogene Kriterien

Mit Hilfe der anbieterbezogenen Kriterien sollen die auf einem Markt konkurrierenden Produkte aus der Perspektive des Unternehmens erfasst werden²¹⁵.

(1) Industriekonzept/Konzept der physikalisch-technischen Ähnlichkeiten

Nach diesem Kriterium gehören all solche Güter demselben Markt an, die in *physikalisch-technischer* Hinsicht identisch oder ähnlich sind²¹⁶. Die Äquivalenz der Produkte wird hinsichtlich des Materials, des Produktverhaltens und des Produktionsverfahrens beurteilt²¹⁷.

Das Konzept der physikalisch-technischen Ähnlichkeiten bietet dem Unternehmen zwar erste Ansatzpunkte²¹⁸ bei der Bestimmung der Güter, die miteinander in einem Markt konkurrieren, lässt jedoch die Substitutionsbeziehungen außer Acht, da Produkte mit ähnlichen Grundstrukturen durchaus in den Augen der Nachfrager als verschiedene Güter angesehen werden können und andererseits physikalisch-technisch unterschiedliche

²¹⁴ Vgl. Eichenberger, Heiner (1991), S. 11 ff.; Schweiger, Günter / Schrattenecker, Gertraud (1995), S. 119 ff.

²¹⁵ Vgl. Schengber, Ralf A. (1996), S. 88.

²¹⁶ Vgl. Beckmann, Peter (1968), S. 161; Hoppmann, Erich (1974), S. 35; Klusmann, Martin (1993), S. 51 ff.; Neveling, Kirsten (2003), S. 52.

²¹⁷ Vgl. Aberle, G. (1977), S. 93.

²¹⁸ Vgl. Hoppmann, Erich (1974), S. 35.

Produkte vom Verbraucher als substituierbar zur Befriedigung eines Bedürfnisses beurteilt werden können²¹⁹.

Ein weiterer Nachteil dieses Kriteriums für die kartellrechtliche Marktabgrenzung ist, dass keine empirischen Marktuntersuchungen in Betracht kommen. Insofern kann das Industriekonzept nur ergänzend herangezogen werden.

(2) Konzepte der sachlichen Unternehmensähnlichkeiten

Bei diesen Konzepten wird die Affinität der Unternehmen zueinander direkt zur Abgrenzung herangezogen. Danach gehören solche Unternehmen zu einem Markt, die hinsichtlich spezieller Kriterien eine ähnliche Ausprägung aufweisen. Diese Kriterien lassen sich beispielsweise aus den Instrumenten der strategischen Unternehmenspolitik bzw. des Marketing ableiten²²⁰.

Nach diesem Kriterium sollen alle Unternehmen, die eine ähnliche Produkt-, Distributions-, Kommunikations- und Kontrahierungspolitik betreiben, demselben Markt zugeordnet werden²²¹.

Insgesamt können diese Kriterien für die Beurteilung von potentieller Konkurrenz wichtige Hinweise geben²²². Trotzdem ermangelt auch dieses Kriterium empirischer Marktprozessanalyse und ist deshalb ungeeignet für die kartellrechtliche Marktbestimmung. Auch dieses Kriterium kann damit bei der Marktbestimmung nur eine ergänzende Rolle spielen.

bb) Nachfragerbezogene Kriterien

Hierbei sind insbesondere die Verfahren der strategischen Marketingplanung von Bedeutung.

(1) Funktionelle Ähnlichkeit

Nach diesem Kriterium gehören sämtliche Produkte zu einem Markt, die hinsichtlich ihrer zweckgerichteten Verwendung ähnlich sind, d.h. *ähnliche Funktionen* erfüllen können²²³.

Im Gegensatz zum Konzept der physikalisch-technischen Ähnlichkeiten wird das Konzept der funktionellen Ähnlichkeiten jedoch zu der Gruppe der nachfragerorientierten Ansätzen gezählt, da die von den Produkten zu erfüllenden Funktionen letztendlich durch die Verwender festgelegt sind²²⁴.

²¹⁹ Vgl. Herdzina, Klaus (1999), S. 74; Neveling, Kirsten (2003), S. 52; Schengber, Ralf A.(1996), S. 88.

²²⁰ Vgl. Hoppmann, Erich (1974), S. 38; Klusmann, Martin (1993), S. 62 ff.; Schengber, Ralf A.(1996), S. 89.

²²¹ Vgl. Ebenda, S. 89.

²²² Vgl. Ebenda, S. 90.

²²³ Vgl. Aberle, G. (1977), S. 80; Anderson, Robert D. / Khosla, S. Dev / Monteiro, Joseph (1996), S. 93; Beckmann, Peter (1968), S. 142; Hoppmann, Erich (1974), S. 35; Klusmann, Martin (1993), S. 53 ff.; Neveling, Kirsten (2003), S. 52.

²²⁴ Vgl. Schengber, Ralf A.(1996), S. 95.

Zu beachten ist, dass Produkte, die funktional austauschbar sind, nicht unbedingt in den Augen der Verbraucher substituierbar sein müssen. Die funktionale Äquivalenz ist ein notwendiges, aber kein hinreichendes Kriterium für die effektive Austauschbarkeit der Produkte²²⁵.

Dieses Kriterium kann sich als hilfreich für die kartellrechtliche Marktabgrenzung erweisen. Aber da es sich bei den funktionellen Ähnlichkeiten nur um ein notwendiges Austauschkriterium handelt, muss sie durch die subjektive Einschätzung der Nachfrager hinsichtlich der Substitution verschiedener Güter ergänzt werden.

(2) Verwenderorientierte subjektive Ähnlichkeiten

Dieses Kriterium, das auch als „reaktive Austauschbarkeit“²²⁶ bezeichnet wird, stellt die *subjektive Einschätzung* durch die Nachfrager in den Vordergrund der Betrachtung. Nach diesem Konzept gehören solche Produkte zu einem Markt, die in den Augen des Verbrauchers als ähnlich angesehen werden. Diese „subjektive“ Ähnlichkeit bestimmt die Substituierbarkeit der Produkte.

Dieses Kriterium scheint für die kartellrechtliche Marktbestimmung geeignet zu sein, da es auf tatsächliche Substitutionsbeziehungen aufgrund subjektiver Äquivalenzurteile abstellt²²⁷. Zu beachten ist aber, dass diese Ähnlichkeiten nur insoweit zwangsläufig zu einer Austauschbarkeit der Produkte führen werden, soweit keine unterschiedlichen Merkmalspräferenzen vorliegen²²⁸. Dem gemäß ermöglicht dieses Kriterium keine hinreichende Operationalisierung der Austauschbarkeit der Produkte, da auch ungleiche Waren oder Dienstleistungen in gleichem Maße präferiert werden können²²⁹.

Trotz dieses Mangels kann es aus der Sicht des festgelegten Bewertungsparameters als adäquat für die Ermittlung von Substitutionsbeziehungen im Markt beurteilt werden, da dieses Kriterium empirisch orientiert ist.

(3) Verwenderorientierte Produktpräferenzen

Im Gegensatz zu dem Ansatz der verwendungsorientierten subjektiven Ähnlichkeiten, der auf die Affinität verschiedener Produkte aus Konsumentensicht abstellt, bezieht sich dieser Ansatz auf die *Wertschätzung* unterschiedlicher Produkte durch die Nachfrager²³⁰. Die Wertschätzung für die Eigenschaften oder Nutzenkomponenten der Produkte geht in ein produktspezifisches Präferenzurteil ein.

Dieses Präferenzurteil spiegelt²³¹ das tatsächliche Kaufverhalten besser wider als die verwenderorientierten subjektive Ähnlichkeit, da es von der Fähigkeit der Produkte zur Befriedigung der Nachfragerbedürfnisse abgeleitet wird. Die Wertschätzung der Produkte, und damit die Präferenzen der Nachfrager, hängen auch stark ab von den extrinsischen

²²⁵ Vgl. Aberle, G. (1977), S. 80

²²⁶ Vgl. Hoppmann, Erich (1974), S. 36; Schengber, Ralf A.(1996), S. 95.

²²⁷ Vgl. Dichtl, E. / Andritzky, K. / Schobert, R. (1977), S.291.

²²⁸ So Bauer, H.H. (1989), 133.

²²⁹ Vgl. Bauer, H.H. (1989), 133.

²³⁰ Vgl. Schengber, Ralf A.(1996), S. 97.

²³¹ So Bauer, H.H. (1989), 132.

Eigenschaften. Bei der Marktabgrenzung muss daher ein besonderes Augenmerk auf die Eigenschaften wie z.B. auf das Produktimage gelegt werden.²³²

Wegen seines komplementären Charakters zum Kriterium der verwen­derorientierten subjektiven Ähnlichkeiten ist dieses Kriterium als nützlich zu bewerten.

cc) Bewertung der betriebswirtschaftlichen sachlichen Marktabgrenzungskriterien

Die Marktabgrenzungskriterien, die aus einer betriebswirtschaftlichen Sicht konstruiert worden sind, ermöglichen, das Wirtschaftssubjekt in seinem relevanten Markt abzugrenzen und die relevanten Wettbewerber zu bestimmen. In einem weiteren Schritt sollen die Unternehmen durch die Marktstrukturierung bzw. durch die Marktsegmentierung in die Lage versetzt werden, strategische Geschäftsfelder aufzubauen und Wettbewerbsvorteile zu realisieren²³³.

Die kartellrechtliche Marktabgrenzung geht im Gegensatz dazu von aggregierten Größen aus. Sie betrachtet die Nachfrager bzw. die Anbieter auf einem Markt aus der „Vogelperspektive“. Sie beurteilt den Wettbewerb nicht in Bezug auf eine bestimmte Marktpartei, sondern die Wettbewerbssituation bzw. den Wettbewerbsprozess auf dem Markt ganzheitlich.

Trotzdem können die betriebswirtschaftlichen Kriterien, wie in den Einzelfällen erläutert wurde, bei der Bestimmung des sachlich relevanten Marktes von Bedeutung sein, solange sie zur Ermittlung der Abgrenzung eine empirische Basis aufweisen. Mit anderen Worten: Die Kriterien der funktionellen und subjektiven Ähnlichkeiten, ergänzt durch das Produktpräferenzkriterium, können mit relevanter Evidenz bei der Bestimmung mitwirken, da sie empirisch gestaltet sind. Voraussetzung ist, dass die angewandte Methode der Sammlung der Daten auch die realen Wettbewerbsverhältnisse ermitteln kann. Das Kriterium der physikalisch-technischen Ähnlichkeiten und die sachlichen Unternehmensähnlichkeiten dürfen hingegen nur ergänzend zu den letztgenannten Kriterien verwendet werden.

b) Volkswirtschaftliche Kriterien

Man kann wieder zwischen anbieter- nachfragerorientierten Kriterien unterscheiden. Im Gegensatz zu den betriebswirtschaftlichen Abgrenzungskriterien sind die volkswirtschaftlichen an hochaggregierten Größen orientiert.

aa) Anbieterorientierte Kriterien

(1) Der Elementarmarkt

Im Gegensatz zum Totalmarktkonzept geht das Konzept des Elementarmarktes von der *Homogenität* der Güter eines Marktes aus. Ein unvollkommener Gesamtmarkt wird solange

²³² Vgl. Schengber, Ralf A.(1996), S. 97.

²³³ Vgl. Eichenberger, Heiner (1991), S. 113 ff.; Schengber, Ralf A.(1996), S. 107.

zerlegt, bis nur noch vollkommene Märkte vorhanden sind. Vollkommene Märkte sind gegeben, wenn keine sachlichen, räumlichen oder personellen Präferenzen vorliegen²³⁴. Diese Teilmärkte werden als *Elementarmärkte* bezeichnet.

Eine Marktabgrenzung nach diesem Kriterium führt aber dazu, dass jedes Gut seinen eigenen Markt hat. Die Präferenzen sind jedoch Bestandteile beispielsweise der Markenstrategie der Unternehmen und demnach häufig als gewollt anzusehen²³⁵. Schon dies zeigt, dass auf der Grundlage eines homogenen Marktes keine zweckmäßige kartellrechtliche Marktabgrenzung zu erwarten ist, weil diese nicht die Präferenzlosigkeit eines Marktes zum Ziel haben sollte, sondern die Substituierbarkeit der Güter.

Außerdem weist dieses Kriterium einen hoch theoretischen Charakter auf und ermangelt jeglicher empirischer Ansätze, was es gemäß dem festgelegten Parameter als ungeeignet erscheinen lässt.

(2) Das Substitutionslückenkriterium

Dieses Kriterium geht von der Überlegung aus, dass alle Güter in Konkurrenz um die Kaufkraft der Abnehmer stehen und daher eine Kette²³⁶ von Substituten bilden, die nur von den Substitutionslücken unterbrochen wird²³⁷. Nach dem Substitutionslückenkriterium gehören all die Güter einem Markt an, die nicht durch Substitutionslücken getrennt sind.

Problematisch ist bei diesem Kriterium u.a., dass die Parameterauswahl subjektiv vorgenommen werden muss, die Frage nach dem Schwellenwert, ab wann eine Substitutionslücke vorliegt, also interpersonellen Schwankungen unterliegt²³⁸.

Als subjektiver und theoretischer Ansatz, der nicht empirisch orientiert ist, ist das Substitutionslückenkriterium für die Bestimmung des relevanten Marktes im kartellrechtlichen Bereich nicht empfehlenswert.

²³⁴ Vgl. Beckmann, Peter (1968), S. 39 ff.; Herdzina, Klaus (1999), S. 74 ff.; Oehne, Frank (1987), S. 55.

²³⁵ Vgl. Schengber, Ralf A. (1996), S. 110.

²³⁶ In der BmDrM wird folgendes dazu erklärt: „In bestimmten Fällen kann das Vorhandensein bestimmter Substitutionsketten zur Folge haben, dass ein relevanter Markt definiert wird, bei dem sich Produkte oder räumliche Gebiete, die in seinen Randzonen gelegen sind, nicht zur Substitution eignen. Als Beispiel hierfür denke man an die räumliche Dimension eines Produkts mit erheblichen Transportkosten: Lieferungen ab einem bestimmten Werk sind hier auf einen bestimmten Umkreis beschränkt. Dieser Umkreis um das jeweilige Werk könnte im Prinzip den räumlich relevanten Markt bilden. Sind die einzelnen Herstellungsbetriebe jedoch so verteilt, dass sich ihre räumlichen Liefergebiete weitgehend überschneiden, so wirkt auf die Preisbildung bei diesen Erzeugnissen ein Kettensubstitutionseffekt ein, aufgrund dessen ein breiterer räumlicher Markt entsteht. Das gleiche kann auch für den Fall zutreffen, dass Produkt B ein Nachfragesubstitut für die Produkte A und C ist. Zwar sind die Produkte A und C keine direkten Nachfragesubstituten, doch können sie als demselben relevanten Produktmarkt zugehörig aufgefasst werden, da die Preisbildung bei ihnen jeweils durch die Substitution mit B beeinflusst wird.

In der Praxis muss das Konzept der Kettensubstitution freilich durch empirische Belege erhärtet werden, z.B. im Hinblick auf Preisinterdependenz zwischen Randbereichen der Substitutionsketten; nur so kann im Einzelfall der relevante Markt ausgeweitet werden. Das Preisniveau an beiden Enden der Kette müsste ebenfalls in etwa gleich hoch sein.

²³⁷ Vgl. Bauer, H.H. (1989), 50; Herdzina, Klaus (1999), S. 75 ff.

²³⁸ Vgl. Schengber, Ralf A. (1996), S. 110.

(3) Das Kriterium der Industriezugehörigkeit der Unternehmen

Das Konzept der Industriezugehörigkeit der Anbieter basiert auf der *Theory of Industrial Organization*²³⁹ und zählt zu den wettbewerbstheoretischen Konzepten. Die Industrieökonomik geht auf *Mason*²⁴⁰ und *Bain*²⁴¹ zurück, die für einen Markt ein vernetztes System aus Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis (sog. „structure-conduct-performance approach“)²⁴² im Hinblick auf Wettbewerbswirkungen beschrieben haben²⁴³.

Das Kriterium der Industriezugehörigkeit bezieht sich auf die Marktstruktur und untersucht verschiedene Merkmale, wie z.B. das Ausmaß der Produktdifferenzierung, die Produktions- und Kostenstruktur der Anbieter, die Anzahl und relative Größe der Nachfrager, die Gegebenheiten des Absatzsystems sowie die Marktein- und -austrittschränken²⁴⁴. Die Unternehmen, die hinsichtlich dieser Kriterien ähnliche Bedingungen aufweisen, sollen zu einem Markt gezählt werden.

Dieses Kriterium ist jedoch in Bezug auf empirische Analysen ungeeignet, da die Erfassung der Daten sowie des subjektiven Urteils als äußerst schwer, wenn nicht gar als unmöglich anzusehen ist²⁴⁵. Aus diesem Grund ist es auch für die kartellrechtliche Marktabgrenzung nicht empfehlenswert.

(4) Das Kriterium des Ressourcenpools

Nach dem Kriterium des Ressourcenpools gehören solche Unternehmen einem Markt an, die einen gemeinsamen *Angebotsraum* haben²⁴⁶. Dieser ergibt sich aus der Möglichkeit der Unternehmen, den Ressourceneinsatz und damit das Produktionsprogramm zu ändern (*Angebotsumstellungsflexibilität*)²⁴⁷. Der relevante Markt ist demnach aus den Unternehmen gebildet, die in der Lage sind, die gleichen Produkte herzustellen.

Dieses Kriterium orientiert sich stark an der potentiellen Konkurrenz, welche bei der Beurteilung der Wettbewerbssituation eines Marktes, wie schon eingangs erörtert wurde²⁴⁸, von entscheidender Bedeutung ist.

Dieses Kriterium kann ein wichtiger Maßstab für die Bestimmung des Marktes sein²⁴⁹.

²³⁹ Dazu u.a. Beckmann, Peter (1968), S. 50 ff.; Burkhardt, Jürgen (1995), S. 7; Emmerich, Volker (1999), S. 8; Hoppmann, Erich (1974), S. 41; Herdzina, Klaus (1999), S. 47 ff.; Hildebrand, Doris (2002), S. 130 ff.

²⁴⁰ Dazu Hildebrand, Doris (2002), S. 126 ff.

²⁴¹ Ebenda, S. 133 ff.

²⁴² Vgl. Burkhardt, Jürgen (1995), S. 7; Hildebrand, Doris (2002), S. 128; Hoppmann, Erich (1974), S. 42. Dazu noch Bundeskartellamt (2005), S. 4.

²⁴³ Bauer, H.H. (1989), S. 65.

²⁴⁴ Bauer, H.H. (1989), S. 65.

²⁴⁵ Vgl. Schengber, Ralf A. (1996), S. 110.

²⁴⁶ Vgl. Herdzina, Klaus (1999), S. 76 ff.; Schengber, Ralf A. (1996), S. 113.

²⁴⁷ Siehe Fn. 154 und Anderson, Robert D. / Khosla, S. Dev / Monteiro, Joseph (1996), S. 94.

²⁴⁸ Siehe S. 21 ff.

²⁴⁹ In der BmDrM heißt es unter „Angebotsumstellungsflexibilität“: „Zu derlei Konstellation [Angebotsumstellungsflexibilität] kommt es gewöhnlich dann, wenn Unternehmen verschiedenste Sorten oder Qualitäten eines Produktes absetzen; selbst wenn für einen bestimmten Endverbraucher oder bestimmte Verbrauchergruppen Produkte unterschiedlicher Güte nicht substituierbar sind, werden sie einem einzigen Produktmarkt zugeordnet, sofern die meisten Anbieter in der Lage sind, die verschiedenen Produkte unverzüglich und ohne die erwähnten erheblichen Zusatzkosten zu verkaufen. In diesen Fällen umfaßt der sachlich relevante Markt sämtliche Produkte, die sowohl von der Nachfrage als auch vom Angebot her substituierbar sind, und es wird der derzeitige Gesamtumsatz dieser Produkte ermittelt, um den Gesamtwert

bb) Nachfrageorientierte Kriterien

(1) Das Totalmarktkriterium

Dieses Kriterium basiert auf der Annahme, dass sämtliche Anbieter von Gütern in einem bestimmten regionalen Bereich in Konkurrenz zueinander stehen. Der Grundgedanke ist hierbei, dass die Haushalte ein spezifisches Einkommen bzw. eine spezifische Kaufkraft haben, um das bzw. um die alle Anbieter konkurrieren²⁵⁰. Aus diesem Grund wird es hier zu den nachfrageorientierten Ansätzen gezählt.

Als Abgrenzungskriterium im kartellrechtlichen Bereich wird es in der Literatur durchgängig abgelehnt, da bei ihrer Anwendung zu weite Märkte entstehen. Hierbei ist anzumerken, dass dies zwar für die Zwecke des Kartellrechts gilt, jedoch nicht unbedingt im Bereich der strategischen Unternehmensplanung, da die Marktabgrenzung in diesem Bereich von Kaufkraftumschichtungen zwischen globalen Märkten tangiert wird²⁵¹.

(2) Das Kriterium der Kreuzpreiselastizitäten

Nach diesem Kriterium wird ein Markt durch diejenigen Produkte gebildet, die eine hohe Kreuzpreiselastizität aufweisen. Die Substituierbarkeit von Gütern wird anhand eines Koeffizienten gemessen, der die Wirkung einer Preisänderung eines Produktes auf die Nachfrage eines anderen Gutes betrachtet. Das Vorzeichen dieser Koeffizienten²⁵² gibt an, ob es sich um eine Substitutions- oder Komplementärbeziehung zwischen den beiden Gütern handelt²⁵³.

bzw. den Gesamtumfang des Marktes zu bestimmen. Aus denselben Erwägungen kann es angezeigt sein, verschiedene räumliche Gebiete zusammenzulegen [...] Eine Substituierbarkeit beim Angebot würde im Stadium der Marktdefinition nicht berücksichtigt werden, wenn sie erhebliche Anpassungen bei den vorhandenen Sachanlagen und immateriellen Aktiva, zusätzliche Investitionen, strategische Entscheidungen oder zeitliche Verzögerungen bedingen würde“. Ferner wird in der BmDrM folgendes erklärt: „Eine Reihe von Faktoren können die Kommission veranlassen, zwei auf den ersten Blick als Substituten erscheinende Produkte nicht als ein und demselben Produktmarkt zugehörig einzustufen. An dieser Stelle können nicht sämtliche Substitutionsbarrieren und Faktoren aufgezählt werden, die dazu führen, daß das Überwechseln zu einem anderen Produkt Kosten verursacht. Die Schranken und Hindernisse können unterschiedlichste Ursachen haben; bei ihren Entscheidungen hat die Kommission bisher mit folgendem zu tun gehabt: regulatorische Barrieren und andere Formen staatlichen Eingreifens; auf nachgelagerten Märkten wirksame Kräfte; Umstellung auf alternative Einsatzmittel abhängig von besonderen Investitionen oder von der Hinnahme von Verlusten bei der laufenden Produktion; Fragen des Kundenstandorts; gezielte Investitionen im Herstellungsverfahren; Investitionen in Ausbildung und Humankapital; Umrüstkosten oder sonstige Investitionen; Unsicherheiten hinsichtlich Qualität und Ansehen unbekannter Anbieter usw“. Im Abschnitt 1.321 HMGs lautet, in diesem Zusammenhang: „In assessing whether a firm is such a participant [reacts to a price increase], the Agency will take into account the cost of substitution or extension relative to the profitability of sales at the elevated price, and whether the firm's capacity is elsewhere committed or elsewhere so profitability employed that such capacity likely would not be available to respond to an increase in price in market“.

²⁵⁰ Bauer, H.H. (1989), S. 47.

²⁵¹ Ebenda, S. 48.

²⁵² ($\epsilon_{x_i p_j} = d_{x_i} / x_i : d_{p_j} / p_j$), wo d für die Veränderung bei Preis und Nachfrage steht, während x_i den Absatz des eigenen Gutes und p_j den Preis für das Konkurrenz Gut darstellt. So Schwalba, Michael (2002), S. 52 ff.

²⁵³ Vgl. Herdzina, Klaus (1999), S. 76; Hildebrand, Doris (2002), S. 286, 290 ff., 347, 366; Hoppmann, Erich (1974), S. 38 ff.; Hoyer, Werner / Rettig, Rolf / Rothe, Klaus-Dieter (1993), S. 87 ff.; Klusmann, Martin (1993), S. 64 ff.; Massey, Patrick (2000), S. 314; Neveling, Kirsten (2003), S. 54; Schwalba, Michael (2002), S. 52 ff.; Varian, Hal R. (1994), S. 13 ff. Vgl. Fn. 5 BmDrM.

Eine positive²⁵⁴ (negative)²⁵⁵ Kreuzpreiselastizität sagt aus, dass eine Erhöhung des Preises des einen Gutes (x_i) zu einer Mehrnachfrage (Mindernachfrage) des anderen Gutes (x_j) führt und somit zwischen den Gütern eine Substitutionsbeziehung (Komplementärbeziehung) besteht.

Das wohl bedeutendste Problem dieses Kriteriums ist die Vernachlässigung des Nicht-Preis-Wettbewerbs. Der Preis ist nur ein Instrument der Unternehmenspolitik. Andere Instrumente sind z.B. Werbung, Verkaufsförderung und Public Relations im Bereich der Kommunikationspolitik, Produktqualität, Sortiments- und Markenpolitik im Bereich der Produktpolitik, Wahl der Absatzkanäle und Logistik im Bereich der Distributionspolitik sowie Rabattpolitik im Bereich der Kontrahierungspolitik²⁵⁶.

Darüber hinaus muss das Wechseln der Konsumenten auf ein Konkurrenzprodukt nicht auf einen höheren Preis zurückzuführen sein, sondern kann auch auf gestiegenen marketingpolitischen Maßnahmen der Konkurrenz beruhen²⁵⁷, was eine *Verzerrung* der Ergebnisse in Bezug auf den Substitutionsgrad bewirken könne. Ein Wechsel der Konsumenten zu anderen Gütern kann also auf verschiedenen Gründen beruhen.

Gegen dieses Kriterium kann ferner vorgebracht werden, dass es den Eindruck vermittelt, Märkte anhand eines objektiven Maßstabs, der Preisreagibilität der Nachfrage, zu bestimmen, tatsächlich aber zunächst eine subjektive Vorauswahl derjenigen Güter erfordert, die man testweise zu einander in Beziehung setzen möchte²⁵⁸. Darüber hinaus birgt das Kriterium der Kreuzpreiselastizität das Problem der subjektiven Grenzziehung. Die Frage, bis zu welcher Kreuzpreiselastizität ein Gut zum Untersuchungsmarkt zählt, kann nicht objektiv geklärt werden und unterliegt demnach interpersonellen Schwankungen.

Die zu diesem Kriterium dargestellte Kritik bezieht sich grundsätzlich nur auf ihre Operationalisierung, nicht aber auf sie unmittelbar. Wenn die Methode für die Messung der Kreuzpreiselastizität (empirische Untersuchung) fähig wäre, die verzerrenden Elemente zu beseitigen, wären die daraus gewonnenen Ergebnisse wertvolle Informationen, um Substitutionsbeziehungen beurteilen zu können.

(3) Das Bedarfsmarktkriterium

Dieses Kriterium wird von deutschen Rechtsanwendern stets als Ausgangspunkt benutzt²⁵⁹ und ist richterlichen Ursprungs. Es basiert auf dem Gedanken, dass Güter, die für die Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses zur Verfügung stehen, zu einem Markt gehören und austauschbar sind (funktionelle Ähnlichkeiten; bedarfshomogene Güter)²⁶⁰.

²⁵⁴ ($\epsilon_{x_i p_i} < 0$) = Substituten Güter

²⁵⁵ ($\epsilon_{x_i p_i} > 0$) = Komplementär Güter

²⁵⁶ Vgl. Schengber, Ralf A. (1996), S. 116 ff.; Schwalba, Michael (2002), S. 53 ff.

²⁵⁷ Vgl. Neveling, Kirsten (2003), S. 54; Schwalba, Michael (2002), S. 53

²⁵⁸ Schengber, Ralf A. (1996), S. 117.

²⁵⁹ Vgl. Burkhardt, Jürgen (1995), S. 112; Emmerich, Volker (1999), S. 179; Knauss, Pamela (2003), S. 9 ff.; Neveling, Kirsten (2003), S. 58; Monopolkommission (1980), Tz. 490; Monopolkommission (1984), Tz. 616; Bundeskartellamt (2000), unter V.) 6.) „Marktanteile.

²⁶⁰ Vgl. Arndt, H. (1973), S. 23; Beckmann, Peter (1968), S. 40; Emmerich, Volker (1999), S. 179; Klusmann, Martin (1993), S. 52 ff.; Knauss, Pamela (2003), S. 9 ff.; Neveling, Kirsten (2003), S. 58 ff.; Schwalba, Michael (2002), S. 50.

Bedarfshomogene Güter bedeuten in diesem Zusammenhang nicht identische Güter, sondern solche Güter, welche um die Deckung des gleichen Bedarfs konkurrieren, während bedarfsheterogene nur in Substitutionsbeziehungen zueinander stehen²⁶¹.

Ein Bedarfsmarkt umfasst demnach eine Vielzahl heterogener Produkte mit unterschiedlichen Preisen und besteht somit aus mehreren Elementarmärkten. Eine Volkswirtschaft ihrerseits besteht wiederum aus zahlreichen Bedarfsmärkten²⁶². Die Abnehmer haben insoweit eine Wahlmöglichkeit, welches Produkt sie kaufen, um ihr Bedürfnis zu befriedigen. Die verschiedenen Anbieter stehen dementsprechend in Konkurrenz um die Zuwendung der Abnehmer an ihr Produkt²⁶³.

Maßgeblicher Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung des sachlich relevanten Marktes nach dem Bedarfsmarktkriterium ist zunächst die funktionelle Austauschbarkeit²⁶⁴ aus Sicht der Marktgegenseite²⁶⁵. Im Fall *Reifen* erklärte das Kammergericht: „[B]ei der Bestimmung des Begriffs der gleichartigen Waren ist davon auszugehen, dass das Gesetz nicht Gleichheit, sondern nur Gleichartigkeit fordert [...] Ob ein Wettbewerbsverhältnis vorliegt, richtet sich nach der Auffassung der Verbraucher. Man wird daher ein Erzeugnis als gleichartig ansehen müssen, das nach der Verkehrsauffassung geeignet ist, ein anderes Erzeugnis ohne weiteres zu ersetzen. Das ist der Fall, wenn die zu vergleichenden Erzeugnisse nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage sich so nahe stehen, dass der *verständige Verbraucher* sie ohne viel Überlegung als gegeneinander austauschbar ansieht“²⁶⁶. Entscheidend ist also, die tatsächliche Marktgegenseite zu identifizieren, also zu ermitteln, wer derjenige ist, der die Konsumententscheidung trifft (sog. „Verbrauchsdisponent“)²⁶⁷.

Des weiteren erklärte das Kammergericht im Fall *Handpreisauszeichner* „[s]ämtliche Erzeugnisse, die sich nach ihren Eigenschaften ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der *verständige Verbraucher* sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet in berechtigter Weise abwägend miteinander vergleicht und als gegeneinander austauschbar ansieht, sind marktgleichwertig“²⁶⁸.

Das BKartA legt im Merkblatt zur Fusionskontrolle fest: „[z]u einem Markt sind nur solche Waren bzw. Gewerblichen Leistungen zu zählen, die aus der Sicht der Abnehmer nach Beschaffenheit, Verwendungszweck und Preis als austauschbar angesehen werden“²⁶⁹.

Die Austauschbarkeit müsse, so im Fall *Kampffmeyer / Plange*, aber ohne weiteres gegeben sein, d.h. ohne dass besondere sachliche oder psychologische Anpassungsleistungen des Abnehmers vorliegen. Eine Austauschbarkeit sei daher zu verneinen, wenn der Übergang von dem einen zum anderen Produkt zwar generell denkbar wäre, aber besondere organisatorische oder investive Leistungen erfordern würde²⁷⁰.

²⁶¹ Vgl. Arndt, H. (1973), S. 24.

²⁶² So Schengber, Ralf A. (1996), S. 118.

²⁶³ So Neveling, Kirsten (2003), S. 58.

²⁶⁴ Vgl. Klusmann, Martin (1993), S. 53; dazu S. 39.

²⁶⁵ Vgl. Emmerich, Volker (1999), S. 179; Neveling, Kirsten (2003), S. 59.

²⁶⁶ KG v. 20.03.1962, WuW/E OLG 461, 463; vgl. dazu BGH v. 24.10.1995, WuW/E BGH 3026, 3028 (*Backofenmarkt*); BGH v. 19.03.1996, WuW/E 3058, 3062 (*Pay-TV-Durchleitung*).

²⁶⁷ Vgl. BGH v. 03.07.1976, WuW/E BGH 1440 (*Vitamin B12*), dazu Neveling, Kirsten (2003), S. 63.

²⁶⁸ KG v. 18.02.1969, WuW/E OLG 995, 995 f.; vgl. dazu KG v. 07.11.1985, WuW/E OLG 3759, 3760 (*Pillsbury / Sonnen-Bassermann*).

²⁶⁹ Bundeskartellamt (2000), unter V.) 6.) „Marktanteile.

²⁷⁰ So, KG, WuW/E OLG 4167, 4168.

Dieses Kriterium scheint für die kartellrechtliche Marktbestimmung geeignet, da es eine empirische Orientierung aufweist. Ein definitives Urteil kann allerdings nur durch eine genaue Analyse der Methode, die bei ihrer Durchführung benutzt wird, erreicht werden.

cc) Bewertung der volkswirtschaftlichen sachlichen Marktabgrenzungskriterien

Die dargestellten volkswirtschaftlichen Kriterien sind von ihrer Konzeption her – Vogelperspektive bzw. aggregierte Größe - im Prinzip besser für die kartellrechtliche Marktabgrenzung geeignet als die betriebswirtschaftlichen.

Sie beurteilen den Wettbewerb nicht in Bezug auf eine bestimmte Marktpartei, sondern betrachten die Wettbewerbssituation bzw. den Wettbewerbsprozess auf dem Markt ganzheitlich²⁷¹. Dementsprechend haben die volkswirtschaftlichen Kriterien Vorrang gegenüber den betriebswirtschaftlichen, nichtsdestoweniger können auch die letztgenannten gegebenenfalls wichtigen Aspekte für eine adäquate Analyse liefern.

Im Einzelnen heißt es, dass die Kriterien des Ressourcenpools, der Kreuzpreiselastizität und des Bedarfsmarkts für die sachliche kartellrechtliche Marktabgrenzung aufgrund ihrer empirischen Orientierung geeignet sind. Demgegenüber werden die Kriterien des Elementarmarktes, der Substitutionslücken und Industriezugehörigkeit der Unternehmen und des Totalmarktes einerseits wegen ihrer subjektiven Elemente, andererseits wegen ihrer zu theoretischen Orientierung abgelehnt.

2. Methoden

Die kartellrechtliche Marktabgrenzung soll nicht ein mechanisch abstraktes Verfahren, sondern das Ergebnis einer Abwägung der zur Verfügung stehenden Evidenz über die Marktstruktur und –prozesse sein²⁷². Dies soll nicht bedeuten, dass Märkte willkürlich bestimmt werden, ganz im Gegenteil: die Durchführung der Marktabgrenzung muss auf der Basis objektiver Daten erfolgen.

Die Methoden zur Gewinnung von Evidenz, die dann gegenüber den ausgewählten Kriterien überprüft werden, spielen dem gemäß eine entscheidende Rolle zur Objektivierung dieses Prozesses.

a) Hypothetical-Monopolist-Test (HM-Test)

Diese Methode, die auch als „*small but significant non transitory price increase test*“ bezeichnet wird, stammt aus den amerikanischen Antitrust Ansätzen²⁷³, welche andere Rechtsordnungen stark beeinflusst haben²⁷⁴. Besonders die Ermittlung von Märkten seitens der EG-Kommission ist von dieser Methode geprägt²⁷⁵. Es wird sowohl bei der

²⁷¹ Vgl. Schengber, Ralf A.(1996), S. 122.

²⁷² Hildebrand, Doris (2002), S. 280.

²⁷³ Wurde in dem amerikanischen Merger Guidelines von 1982 eingefügt, so Blumental, William (2004), S. 1.

²⁷⁴ Siehe Fn. 189. Vgl. Geroski, Paul .A. / Griffith, Rachel (2003), S. 5; Massey, Patrick (2000), S. 318 f.

²⁷⁵ Siehe BmDrM unter Nachfragesubstituierbarkeit und Substituierbarkeit beim Angebot.

Untersuchung der Nachfragesubstituierbarkeit als auch der Angebotsumstellungsflexibilität und dadurch des relevanten (sachlichen und räumlichen) Marktes²⁷⁶ verwendet²⁷⁷.

Der HM-Test beginnt mit der Frage²⁷⁸, ob die Nachfrager auf eine angenommene kleine bleibende Erhöhung der relativen Preise (im Bereich zwischen 5 und 10 %) für die betreffenden Produkte und Gebiete mit einem Ausweichen auf leicht verfügbare Substitute reagieren würden (Nachfragesubstituierbarkeit). Ist die Substitution so groß, dass durch den damit einhergehenden Absatzrückgang eine Preiserhöhung nicht mehr einträglich wäre, so werden in dem sachlich und räumlich relevanten Markt weitere Produkte und Gebiete in die Preiserhöhung einbezogen. Dies würde so lange getan, bis kleine, dauerhafte Erhöhungen der relativen Preise einen Gewinn einbringen würden²⁷⁹. In diesem Fall steht den Nachfragern nämlich kein Substitutionsprodukt zur Verfügung, auf das sie ausweichen könnten.

Durch den HM-Test wird auch versucht, die Substituierbarkeit auf der Angebotsseite zu ermitteln. Nach der BmDrM wird das dann der Fall sein, wenn die Angebotsumstellungsflexibilität sich genauso stark und unmittelbar auswirkt wie die Nachfragesubstituierbarkeit²⁸⁰. Dies setzt jedoch voraus, dass die Anbieter in Reaktion auf kleine, dauerhafte Änderungen bei den relativen Preisen (HM-Test) in der Lage sind, ihre Produktion auf die relevanten Erzeugnisse umzustellen und sie kurzfristig²⁸¹ auf den Markt zu bringen, ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken zu gewärtigen.

Dieses Ergebnis ist gemäß der BmDrM hinsichtlich Wirksamkeit und Unmittelbarkeit dem Nachfrage-Substitutionseffekt gleichwertig²⁸².

Schematisch lässt sich der HM-Test wie folgt darstellen²⁸³:

²⁷⁶ Im HMGs lautet es „[a] market is defined as a product or group of products and geographic areas in which it is produced or sold such that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer or seller of those products in that area likely would impose at least a ‘small but significant and nontransitory’ increase in price, assuming the terms of sale of all other products are held constant. A relevant market is a group of products and a geographic area that is no bigger than necessary to satisfy this test”.

²⁷⁷ „When the hypothetical monopolist raises its prices, it will lose some sales as at least some consumers choose not purchase the product at all and drop out of the market. However, it will also lose sales for two other reasons: some consumers will switch to substitute products (*‘demand side substitutability’*) and some firms operating ‘near’ to the (narrowly defined) candidate market will alter their production programs and supply similar products to other consumers in the market at lower prices (*‘supply side substitutability’*)”, so Geroski, Paul .A. / Griffith, Rachel (2003), S. 3.

²⁷⁸ Im Abschnitt 1.11 HMGs heißt es bezüglich dieser Frage „[...] assuming that buyers likely would respond to an increase in price for a tentatively identified product group only by shifting to other products, what would happen? If the alternatives were, in the aggregate, sufficiently attractive at their existing terms of sale, an attempt to raise prices would result in a reduction of sales large enough that the price increase would not prove profitable, and the tentatively identified product group would be too narrow”.

²⁷⁹ Siehe BmDrM unter Nachfragesubstituierbarkeit. Der gleiche Grundsatz wird bei der Ermittlung der Nachfragemacht angewandt; hierbei wird vom Anbieter ausgegangen, und mit Hilfe des Preistests lässt sich dann ermitteln, welche alternativen Vertriebswege und Verkaufsstellen es für die Produkte des Anbieters gibt. So in der BmDrM. Vgl. dazu European Economic & Marketing Consultants (2002a), S. 1.

²⁸⁰ so unter „Angebotsumstellungsflexibilität“ in der BmDrM.

²⁸¹ „Das heißt innerhalb eines Zeitraums, in dem es zu keiner erheblichen Anpassung bei den vorhandenen Sachanlagen und immateriellen Aktiva kommen kann“, so unter „Angebotsumstellungsflexibilität“ in der BmDrM. Im Abschnitt 1.32 HMGs, wird folgendes festgelegt: „The supply responses must be likely to occur within one year and without the expenditure of significant sunk cost of entry and exit, in response to a ‘small but significant nontransitory’ price increase”.

²⁸² so unter „Angebotsumstellungsflexibilität“ in der BmDrM.

- (a) Er beginnt mit der Bestimmung der angemessenen engsten²⁸⁴ Gruppe von Produkten und räumlichen Gebieten (sog. Kandidatmarkt); Die Bestimmung erfolgt nach dem sog. „*smallest market principle*“
- (b) Unter der Annahme einer monopolistischen Struktur des Kandidatmarktes, wird die wahrscheinliche Reaktion²⁸⁵ der Nachfrager (bzw. der Anbieter) auf eine angenommene kleine, bleibende Erhöhung (5%-10%) der relativen Preise evaluiert;
- (c) War die Preiserhöhung unrentabel, werden neue Produkte (oder räumliche Gebiete), die als nahe Substitute²⁸⁶ erscheinen, in den Kandidatmarkt einbezogen und die Reaktion der Nachfrager gegenüber der Preiserhöhung noch mal geprüft.
- (d) Diese Methode wird solange wiederholt, bis eine Gruppe von Produkten und räumlichen Gebieten erfasst wird, innerhalb derer ein hypothetischer Monopolist eine rentable kleine, bleibende Erhöhung (5%-10%) der relativen Preise durchsetzen kann²⁸⁷.

Der HM-Test ist also zweistufig gestaltet²⁸⁸. Zunächst wird die wahrscheinliche Reaktion der Nachfrager (bzw. der Anbieter) gegenüber einer Preiserhöhung analysiert und festgestellt, ob die Preisstrategie für den hypothetischen Monopolist rentabel war (sog. „*critical elasticity of demand*“²⁸⁹ oder „*critical loss*“²⁹⁰-Analysen²⁹¹). Wie die Abbildung 7 zeigt, entsprechen hohe Gewinne (gemäß den Lerner-Index) einem niedrigen *Critical Loss* Wert.

²⁸³ Vgl. Geroski, Paul .A. / Griffith, Rachel (2003), S. 5; Gual, Jordi (2002), S. 3. Utton, Michael A. (2003), S. 186 ff. Siehe HMGs Abschnitt 1.11.

²⁸⁴ Vgl. Abschnitt 1.11 HMGs.

²⁸⁵ In diesem Zusammenhang legt das HMGs im Abschnitt 1.11 folgendes fest: „In considering the likely reaction of buyers to a price increase, the Agency will take into account all relevant evidence including, but not limited to, the following: (1) evidence that buyers have shifted or have considered shifting purchases between products in response to relative changes in price or other competitive variables; (2) evidence that sellers base business decisions on the prospect of buyers substitution between products in response to relative changes in price or other competitive variable; (3) the influence of downstream competition faced by buyers in their output market; and the timing and costs of switching products”.

²⁸⁶ „[T]he term ‘next best substitute’ refers to the alternative which, if available in unlimited quantities at constant prices, would account for the greatest value of diversion of demand in response to a ‘small but significant and nontransitory’ price increase”, so in der Fn. 9 des HMGs.

²⁸⁷ Dazu wird erklärt: „[T]he process of determining the relevant market is carried out through a gradual increase of the number of products or areas under consideration, starting from the smallest possible set. This again makes sense, since increasing the collection of products controlled by a firm or group of firms acting jointly increases the potential for monopoly as alternative substitute products are eliminated by their gradual inclusion in the set under examination”, so Gual, Jordi (2002), S. 3 f.

²⁸⁸ Vgl. European Economic & Marketing Consultants (2002), S. 6; Hildebrand, Doris (2002), S. 283.

²⁸⁹ Entspricht die höchste Preiselastizität der Nachfrage unter welcher ein hypothetischen Monopolist bereit wäre eine relevante (etwa 5%-10%) Preiserhöhung durchzuführen, d.h. $\text{critical elasticity} = 1/m + 2t$, wo $m = \text{Preis} - \text{Grenzkosten}$ (Lerner-Index); und relevante Preiserhöhung. Vgl. Werden, Gregory J. (2002), S. 2; Werden, Gregory J. (2002b), S. 2

²⁹⁰ Entspricht der maximalen Reduktion des Gewinnes (geringer Umsatz), die ein hypothetischer Monopolist tolerieren würde, um eine relevante Preiserhöhung (etwa 5%-10%) festzuhalten, d.h. $\text{critical loss} = t/m + 2t$, wo $m = \text{Preis} - \text{Grenzkosten}$; und relevante Preiserhöhung Vgl. Harkrider, John D. (2004), S. 2 f.; Werden, Gregory J. (2002), S. 2; Werden, Gregory J. (2002b), S. 2

²⁹¹ Es ist eine dreistufige Analyse: (i) Ermittlung des Lerner-Index des hypothetischen Monopolists; (ii) Errechnung des Critical-Loss-Wert (CLW); (iii) Abschätzung des sog. *Actual-Loss*-Wert (ALW), durch historische Evidenz um die Substitutionsvorlagen zu ermitteln, und Vergleichung mit den Critical-Loss-Wert. Wenn $\text{ALW} > \text{CLW}$, dann wird das SSNIP unrentabel sein und folglich weitere Substituten einbezogen werden.

Abbildung 7: Veränderung der Critical-Loss-Werte

Preiserhöhung

Anfangsgewinn (Lerner-Index)	5%	10%	15%	20%
0.1	0.33	0.5	0.6	0.67
0.2	0.2	0.33	0.43	0.5
0.3	0.14	0.25	0.33	0.4
0.4	0.11	0.20	0.27	0.33
0.5	0.09	0.17	0.23	0.29
0.6	0.08	0.14	0.20	0.25
0.7	0.07	0.13	0.18	0.22
0.8	0.06	0.11	0.16	0.2
0.9	0.05	0.10	0.14	0.18

Durch diesen Test wird grundsätzlich die Preiselastizität der Nachfrage eines gegebenen Gutes ermittelt²⁹² und die Zugehörigkeit von Produkten oder Dienstleistungen zu einem sachlich relevanten Markt durch Kreuzpreiselastizitätsanalysen²⁹³ festgestellt. Zusätzlich untersucht dieser Test die in die Kaufentscheidung einfließenden Faktoren²⁹⁴.

Der Test wird durch statistische Angaben²⁹⁵, ökonometrische Modelle²⁹⁶ oder durch ein sog. *Conjoint Measurement*²⁹⁷ durchgeführt, um die aufgrund der Preiserhöhung potentiell entstehenden Verluste festzustellen. Die Frage, ob die Nachfrager eine Preiserhöhung akzeptieren würden, lässt in der Regel erwarten, dass der verständige Verbraucher eine derartige Frage verneinen würde. Die *Conjoint Measurement Methode* hingegen untersucht die Produkteigenschaften und die damit einhergehende Attraktivität dieser Güter für die befragten Personen. Diese Methode ermöglicht eine wissenschaftlich ausgefeilte Ermittlung der Zahlungsbereitschaft von Konsumenten.

Die *Conjoint Measurement Methode* basiert auf der Prämisse, dass jede Wahl des Konsumenten durch Nutzenabwägungen bestimmt wird. Obwohl es den Nachfragern unmöglich sein kann, diese zu artikulieren, können die Nutzenabwägungen offenbart werden, indem eine Auswahl zwischen Produktkonzepten getroffen wird²⁹⁸. Dies wird am folgenden Beispiel (Abbildung 8) der Telekommunikationsindustrie illustriert. In eine reale Kaufentscheidung fließt nicht nur der Preis, sondern auch die Verwendungsmöglichkeiten ein.

²⁹² Siehe S. 20 f.

²⁹³ Vgl. Coloma, Fernando / Tarziján, Jorge (2002), S. 2.

²⁹⁴ Vgl. Hildebrand, Doris (2002), S. 329.

²⁹⁵ Vgl. Harkrider, John D. (2004), 3 ff.

²⁹⁶ Vgl. Geroski, Paul A. / Griffith, Rachel (2003), S. 8; Harkrider, John D. (2004), S. 8 ff.

²⁹⁷ Dazu Gustafsson, Anders / Herrmann, Andreas / Huber, Frank (2003); Schwalba, Michael (2002), S. 172 ff.

²⁹⁸ So Hildebrand, Doris (2002), S. 330.

Abbildung 8: An welchen der folgenden Mobilfunk-Dienste-Anbieter würden Sie sich eher wenden?

Verwendung: Inland und Ausland Datenübertragung möglich Antwortapparat inklusive Eintrittskosten € 250 Abonnementpreis € 35 pro Monat Tarif in Spitzenzeiten € 0,70 Rabatt für Ortsgespräche 20%	Verwendung: nur Inland Keine Datenübertragung möglich Antwortapparat exklusive Eintrittskosten € 400 Abonnementpreis € 25 pro Monat Tarif in Spitzenzeiten € 0,40 Rabatt für Ortsgespräche 30%
--	--

Quelle: European Economic & Marketing Consultants (2002a), S. 2.

Die Grundidee dieser Untersuchung ist die Konfrontation des Konsumenten mit unterschiedlichen Produktmerkmalen. Diese werden durch den Konsumenten in eine Rangfolge gebracht, die es den Interviewern ermöglicht, Rückschlüsse auf die Relevanz bestimmter Produktmerkmale oder –kennzeichen zu ziehen. Das Wort „Conjoint“ resultiert daraus, dass der relative Nutzen bestimmter Produktmerkmale nicht messbar ist, wenn sie nacheinander betrachtet werden²⁹⁹. Durch eine gemeinsame Betrachtung unterschiedlicher Kennzeichen ist eine Messung sehr wohl möglich. Bei der Durchführung dieser Analyse wird die Attraktivität der Erzeugnisse bzw. der Teilnutzenwert jedes einzelnen Produktmerkmals ermittelt.

Die Summe der Teilnutzenwerte aller Eigenschaftskombinationen bestimmt folglich den Gesamtnutzenwert. Es ergibt sich eine Kosten-/Nutzenfunktion, welche sich in eine Preis-/Absatzfunktion überführen lässt³⁰⁰.

Im Rahmen des HM-Tests wird eine Conjoint Measurement Analyse folgendermaßen durchgeführt: Basierend auf der untersuchenden Fragestellung wird ein Fragebogen erstellt und eine Auswahl der zu befragenden Personen vorgenommen³⁰¹. Die Durchführung kann in Form einer Papers-Conjoint Analyse (Befragung basierend auf schriftlichen Fragebögen) oder einer computerunterstützten Conjoint Analyse erfolgen. Der computerunterstützten Version ist in der Praxis der Vorzug zu geben³⁰².

Das Resultat einer Conjoint-Analyse ist eine Preis-/Absatzfunktion, mit deren Hilfe hypothetische Preisänderungen und ihre Wirkungen auf die Nachfrage untersucht werden können³⁰³.

²⁹⁹ European Economic & Marketing Consultants (2002a), S. 2.

³⁰⁰ So Hildebrand, Doris (2002), S. 331.

³⁰¹ In der BmDrM unter „Für die Marktdefinition maßgebliche Informationen - Produktmärkte“ heißt es „[h]äufig tritt die Kommission im Zuge ihrer Ermittlungen an die wichtigsten Kunden und Wettbewerber der beteiligten Unternehmen heran, um deren Auffassung über die Grenzen des Produktmarkts kennen zu lernen und dabei gleichzeitig den größten Teil der Sachinformation zu erhalten, die sie zur Bestimmung des Marktumfanges benötigt. Mit Erläuterungen versehene Antworten der Kunden und Wettbewerber auf die Frage, was geschehen würde, wenn die relativen Preise für die betreffenden Produkte in dem entsprechenden räumlichen Gebiet geringfügig steigen würden (z.B. um 5 - 10 %), werden berücksichtigt, falls Informationen über die tatsächliche Entwicklung dies hinreichend stützen.“

³⁰² European Economic & Marketing Consultants (2002a), S. 2.

³⁰³ So Hildebrand, Doris (2002), S. 331.

Der größte Vorteil dieses Verfahrens ist die Möglichkeit, eine relativ exakte Prognose auf Basis von recht einfachen Daten zu erlangen. Die Anwendung von Conjoint Measurement hat sich in der Durchführung des HM-Tests bewährt, da valide und intersubjektiv nachvollziehbare Aussagen zur Marktabgrenzung möglich sind³⁰⁴.

Trotz des auf den ersten Blick objektiven Charakters des HM-Tests weist auch dieser Test strukturelle Elemente auf, die durch subjektive Parameter festgelegt werden müssen: Was z.B. ist eine „kleine“ (*small but significant*) Preiserhöhung?³⁰⁵ Es ist üblich geworden, Erhöhungen von ca. 5% bis 10% als „klein“ zu bezeichnen³⁰⁶. Eine kleine Preiserhöhung von etwa 5% kann für einen bestimmten Markt bedeutend („significant“) sein und für einen anderen nicht. Strukturelle Merkmale oder Marktphasen spielen in dieser Frage eine wichtige Rolle³⁰⁷. In diesem Zusammenhang muss auch der Referenzpreis definiert werden³⁰⁸. Welcher Zeitraum wird als „dauerhaft“ (*nontransitory*) genommen? Normalerweise wird eine Periode von einem Jahr analysiert³⁰⁹. Eventuell können Wirkungen von kurzfristigen (weniger als einem Jahr) Preiserhöhungen schon wettbewerbsbeschränkend sein. Auch um die *Rentabilität* der Preisstrategie zu ermitteln, müssen die Grenzkosten der hypothetischen Monopolisten fixiert werden³¹⁰. Üblich ist, dass die Rechtsanwender diese Information nicht zur Verfügung haben (z.B. über die Abwertungsperiode der Vermögenswerte; Kapitalkosten, etc.)³¹¹.

Der HM-Test stellt also eine wichtige (empirisch orientierte) Methode für die Ermittlung des sachlichen (und räumlichen) relevanten Marktes dar. Allerdings kann alleine durch diesen Test kein Markt abgegrenzt werden, da auch subjektive Parameter bei der Analyse einbezogen werden. Zusätzliche Evidenzen sind daher immer erforderlich.

b) Verständiger Verbraucher

Diese Methode weist eine enge Beziehung zum Bedarfsmarktkriterium auf³¹². Wie bereits dargelegt wurde, soll, so die ständige Rechtsprechung und Verwaltungspraxis³¹³, die Bewertung der Austauschbarkeit zwischen zwei Produkten aufgrund ihrer Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage aus der Sicht eines *verständigen Verbrauchers* erfolgen.

³⁰⁴ European Economic & Marketing Consultants (2002a), S. 3.

³⁰⁵ Vgl. Geroski, Paul .A. / Griffith, Rachel (2003), S. 9.

³⁰⁶ Siehe HMGs und die BmDrM.

³⁰⁷ Vgl. Geroski, Paul .A. / Griffith, Rachel (2003), S. 9; Stigler, George J. / Sherwin, Robert A. (1985), S. 582 f.

³⁰⁸ Dazu erläutern die HMGs im Abschnitt 1.11 folgendes: „In the above analysis, the Agency will use prevailing prices of the products of the merging firms and possible substitutes for such products, unless premerger circumstances are strongly suggestive of coordinated interaction, in which case the Agency will use a price more reflective of the competitive price“. Seinerseits, legt die BmDrM unter dem Begriff „Nachfragesubstituierbarkeit“ folgendes fest: „Im allgemeinen - und gerade auch bei der Untersuchung von Fusionen - wird als Preis der geltende Marktpreis zugrunde gelegt. Dies ist jedoch nicht unbedingt der Fall, wenn der geltende Preis bei fehlendem ausreichendem Wettbewerb zustandegekommen ist. Vor allem bei Untersuchungen des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen wird bereits berücksichtigt, dass der geltende Preis möglicherweise erheblich heraufgesetzt wurde“. Vgl. Gual, Jordi (2002), S. 13.

³⁰⁹ Vgl. Gual, Jordi (2002), S. 4; Utton, Michael A. (2003), S. 186.

³¹⁰ Vgl. Gual, Jordi (2002), S. 11.

³¹¹ Für Fällen in denen der HM-Test sich als ungeeignet aufweist siehe Geroski, Paul .A. / Griffith, Rachel (2003), S. 7 ff.; Gual, Jordi (2002), S. 14; Werden, Gregory J. (2002), S. 3. ff.

³¹² Siehe S. 42.

³¹³ Monopolkommission (1984), Tz. 619. Vgl. dazu Schwalba, Michael (2002), S. 51 f.

Unter Verwendung der Sichtweise eines verständigen Verbrauchers bezüglich der Austauschbarkeit von Waren oder Dienstleistungen wird ein abstrakter und typisierter Bedarf ermittelt und untersucht, welche Produkte zu dessen Befriedigung abstrakt geeignet sind³¹⁴. Die auf diese Weise gefundenen Produkte werden den Märkten zu Grunde gelegt.

Dem Abstellen auf den verständigen Verbraucher liegt die Annahme zu Grunde, dass der Durchschnitt der Verbraucher sich so verhält, wie man es für einen verständigen Verbraucher ermittelt³¹⁵. Die Methode des verständigen Verbrauchers entspricht also einem *Wertungsmaßstab* (etwa „Verkehrssitten“ § 242 BGB; „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ § 276 BGB), um eine konkrete Substitutionsbeziehung beurteilen zu können.

Dieser Wertungsmaßstab setzt eine gewisse Entscheidungsabwägung seitens des Verbrauchers voraus³¹⁶. Dabei bedarf diese Abwägung einer umso größeren Sorgfalt, je bedeutender die Entscheidung für den Abnehmer ist. Es ist also für den Grad der Sorgfalt nach der Bedeutung der Abnehmerentscheidung zu differenzieren³¹⁷. So wird der Erwerber von Investitionsgütern diesen abwägenden Vergleich sorgfältig durchführen und die verschiedensten Gesichtspunkte in die Abwägung einbeziehen³¹⁸. Demgegenüber wird nur der Nachfrager alltäglicher Verbrauchsgüter seine Auswahlentscheidung ohne viel Überlegung treffen³¹⁹.

Häufig ist die Methode des verständigen Verbrauchers wegen des Mangels an Objektivität kritisiert worden³²⁰. *Fischötter* kritisiert die in diesem Zusammenhang von Instanz zu Instanz wechselnde „Sicht des Verbrauchers“³²¹. *Hildebrand* bemängelt, dass bei dieser Methode „[a] subjective analysis takes places by imaging in which way a single reasonable consumer would determine the market. In Germany, usually lawyers, civil servants or judges take over the role of the ‘reasonable consumer’ neglecting that they represent a minority of the population only“³²². Nach *Neveling* übersieht diese Methode, dass auch irrationale Sichtweisen der Verbraucher Einfluss auf die Marktgrenzen haben können³²³.

Gegen diese Kritik kann eingewandt werden, dass die Austauschbarkeitsbeurteilung von zwei Waren oder Dienstleistungen nach der Methode des verständigen Verbrauchers nicht willkürlich erfolgt, sondern auf der Basis bestimmter Parameter festgestellt wird. *Beschaffenheiten*, *Eigenschaften*, wirtschaftliche *Verwendungszwecke* und *Preislagen* der in Frage stehenden Produkte werden berücksichtigt.

Solange bei der Anwendung dieser Methode objektive und auf empirischer Basis überprüfbare Parameter angewandt werden, ist sie für die kartellrechtliche Marktabgrenzung empfehlenswert.

Die BmDrM enthalten eine ganze Reihe von Faktoren, anhand derer sich beurteilen lässt, in welchem Maße Substitution stattfinden würde. Je nach den Merkmalen und

³¹⁴ So *Neveling*, *Kirsten* (2003), S. 83.

³¹⁵ *Ebenda*, S. 83.

³¹⁶ *Ebenda*, S. 86.

³¹⁷ *Ebenda*, S. 86.

³¹⁸ Vgl. *KG v. 07.02.1978*, WuW/E OLG 1921, 1922 (*Tyssen / Hüller*).

³¹⁹ Vgl. *KG v. 07.02.1978*, WW/E OLG 1921, 1922 (*Tyssen / Hüller*).

³²⁰ Vgl. *Fischötter*, *Werner* (1988), S. 627 ff; *Hildebrand*, *Doris* (2002), S. 107; *Neveling*, *Kirsten* (2003), S. 90 ff; *Sandrock*, *Otto* (1980), S. 449, 470; *Schwalba*, *Michael* (2002), S. 151 ff.

³²¹ *Fischötter*, *Werner* (1988), S. 627.

³²² *Hildebrand*, *Doris* (2002), S. 107.

³²³ *Neveling*, *Kirsten* (2003), S. 90.

Besonderheiten der betreffenden Wirtschaftszweige und Erzeugnisse bzw. Dienstleistungen sind im Einzelfall bestimmte Informationen ausschlaggebend. Erkenntnisse über bestimmte Aspekte mögen in bestimmten Fällen wesentlich, in anderen bedeutungslos sein. Zumeist wird bei einer Entscheidungsfindung von unterschiedlichen Kriterien und Belegen auszugehen sein. Die Kommission ist allen Formen des empirischen Nachweises gegenüber offen³²⁴.

Dann heißt es „[d]urch Analyse der *Merkmale* und des *Verwendungszwecks* des Produkts kann die Kommission in einem ersten Schritt den Umfang der Untersuchung möglicher Substituten eingrenzen. Produktmerkmale und Verwendungszweck reichen jedoch nicht aus, um zu entscheiden, ob zwei Produkte Nachfragesubstitute sind. *Funktionale Austauschbarkeit* oder *ähnliche Merkmale* sind als solche noch keine ausreichenden Kriterien, denn die Kundenreaktion auf Änderungen bei den relativen Preisen kann auch von anderen Faktoren abhängen [...] Umgekehrt sind unterschiedliche Produktmerkmale noch nicht als solche ausreichend, um Nachfragesubstitution auszuschließen, da diese in hohem Maße davon abhängt, wie die Merkmalsunterschiede von den Kunden eingeschätzt werden“³²⁵.

Letztendlich wird erklärt, dass „[z]um Zweck der Marktabgrenzung eine Reihe von quantitativen Tests ökonometrischer und statistischer Art entwickelt [wurden]: Schätzung der Elastizitäten und Preiskreuzelastizitäten der Nachfrage nach einem Produkt, Untersuchung der Gleichartigkeit der *Preisentwicklung* im Laufe der Zeit, Untersuchung der Kausalität zwischen *Preisreihen* und Ähnlichkeit des *Preisniveaus* bzw. ihrer Konvergenz“³²⁶.

Damit greift die Kommission bei der Ermittlung von Substitutionsbeziehungen zumindest in einer Präliminäranalyse auf Parameter der Methode des verständigen Verbrauchers zurück, wie etwa auf die Merkmale und Verwendungszwecke der Produkte und ihre Preislage.

c) Bewertung der sachlichen Abgrenzungsmethoden

Der HM-Test stellt eine wichtige empirisch orientierte Methode für die Ermittlung des sachlich und räumlich relevanten Marktes dar. Dieser Test allein reicht jedoch zur Marktabgrenzung nicht aus, da auch subjektive Parameter in die Analyse einbezogen werden. Daher sind zusätzliche Evidenzen erforderlich, wie die Methode des verständigen Verbrauchers und die auf sie bezogenen Parameter (Beschaffenheiten, Eigenschaften, wirtschaftlichen Verwendungszwecke und Preislagen), solange diese empirisch untersucht werden.

II. Räumliche Abgrenzungskriterien und –methoden

Mit Hilfe der räumlichen Abgrenzungskriterien und –methoden soll die Frage beantwortet werden, welche Marktteilnehmer innerhalb der *prima facie* durch die sachliche Marktabgrenzung bestimmten tatsächlich aktuell oder potentiell in der Lage sind, als

³²⁴ BmDrM unter „Kriterien und Belege für die Definition relevanter Märkte“, „Die konkrete Vorgehensweise“ und „Sachlich relevanter Märkte“.

³²⁵ BmDrM unter „Für die Marktdefinition maßgebliche Informationen - Produktmärkte“.

³²⁶ BmDrM unter „Für die Marktdefinition maßgebliche Informationen - Produktmärkte“.

Anbieter und Nachfrager in Beziehung zum aktuellen bzw. potentiellen Marktbeherrscher zu wirken. Dadurch ergibt sich die sog. „*area of effective competition*“³²⁷.

Im Folgenden werden zunächst die räumlichen Abgrenzungskriterien dargestellt und betriebswirtschaftlichen und volkswirtschaftlichen Kriterien zugeordnet. Daran anschließend werden die Methoden analysiert.

1. Kriterien

a) Betriebswirtschaftliche Ansätze: das Absatzgebiet

Eine wichtige Entscheidung im Rahmen der strategischen Unternehmenspolitik ist die Festlegung des Absatzgebiets. Dieses wird maßgeblich durch die Distributionskanäle bestimmt³²⁸.

Diese Festlegung des Absatzgebiets ist gelegentlich als räumliches Marktabgrenzungskriterium verwendet worden. Allerdings wird dagegen eingewandt, dass die Unternehmen so in der Lage wären, ihren Markt selbst zu definieren³²⁹. Ein aktuelles Wettbewerbsverhältnis bestehe auch dort, so *Knauss*, wo die Marktgegenseite aus ihrer Sicht Lieferungen erhalten kann. Entscheidend seien die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite, welche nicht nur in den Gebieten bestehe, in die das in Frage stehende Unternehmen absetzt, sondern auch dort, wo ein aktuelles Angebot und die Möglichkeit zum Austausch bestehe³³⁰. Zwar kann das tatsächliche Absatzgebiet auch dasjenige sein, auf dem die Marktgegenseite die Austauschbarkeit bejaht, doch zwingend ist dies nicht³³¹.

Auch dieses Kriterium greift – ebenso wie die rein betriebswirtschaftlichen Ansätze – als sachliches Kriterium zur Marktbestimmung wirtschaftspolitisch gesehen zu kurz. Damit ist es für die kartellrechtliche Marktabgrenzung prinzipiell ungeeignet. Trotzdem sollte die Evidenz, die dieses Kriterium dem tatsächlichen Absatzgebiet liefert, nicht völlig außer Betracht bleiben³³², sondern insbesondere wegen ihres empirischen Charakters gegebenenfalls als ergänzendes Beweismittel dienen.

b) Volkswirtschaftliche Ansätze

aa) Lieferradius

Vom tatsächlichen Liefergebiet ist der mögliche Lieferradius zu unterscheiden. Dieser bezeichnet das Gebiet, in welchem es einem Unternehmen tatsächlich möglich ist, Waren unversehrt zu konkurrenzfähigen Bedingungen zu liefern³³³. Transportkosten und die

³²⁷ Vgl. Hildebrand, Doris (2002), S. 354.

³²⁸ So Schengber, Ralf A. (1996), S. 139.

³²⁹ Vgl. Knauss, Pamela (2003), S. 81.

³³⁰ Ebenda, S. 81.

³³¹ Vgl. Wendland, Handfried (1988), S. 153.

³³² In der BmDrM, unter „räumlich relevante Märkte“, heißt es: „Die gegenwärtige Struktur und Entwicklung der Handelsströme liefert nützliche zusätzliche Hinweise darauf, welche wirtschaftliche Bedeutung diese Nachfrage- und Angebotsfaktoren jeweils besitzen und inwieweit sie wirksame Barrieren darstellen, durch die unterschiedliche räumliche Märkte entstehen“.

³³³ So Knauss, Pamela (2003), S. 83.

Merkmale der Ware oder Dienstleistung spielen in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle.

Unternehmen, die unter Betrachtung der Distanz und entsprechender Transportkosten theoretisch in der Lage sind, Nachfrager, die bereits von anderen Anbietern befriedigt werden, zu bedienen, sollen demselben Markt zugeordnet werden. Die Abgrenzungskriterien der *sachlichen Unternehmensähnlichkeiten*³³⁴ und des *Ressourcenpools*³³⁵ liefern für eine solche Beurteilung wichtige Hinweise.

Als Kriterium weist der Lieferradius eine empirische Orientierung auf, die in Kombination mit anderen Kriterien eine entscheidende Evidenz zur Ermittlung vom räumlich relevanten Markt beibringen kann.

bb) Homogenität

Im BmDrM wird folgendes festgelegt: „Der geographisch relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend *homogen* sind und das sich von benachbarten Gebieten insbesondere aufgrund merklich unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen, die in diesen Gebieten herrschen, abgrenzt“³³⁶. Die Homogenität bezieht sich insbesondere auf die Marktanteile, das Preisniveau und die Nachfrage- und Angebotsstruktur³³⁷ (*Elementarmärkte*)³³⁸.

Wenn für ein gegebenes Produkt in zwei nahe stehenden Gebieten (Konditionen-) Preisunterschiede, die nicht aufgrund der Transportkosten erklärt werden können, zu beobachten sind, wird es *prima facie* bedeuten, dass diese Gebiete nicht zu demselben Markt gehören. Dies mag der Fall sein, wenn im betreffenden Markt vollständige bzw. funktionsfähige Konkurrenz herrscht, wo also theoretisch die Marktteilnehmer keinen bzw. nur einen geringen Einfluss auf den Preis ausüben können (Mengenanpasser)³³⁹. (Konditionen-) Preisunterschiede dürften auch die Ausübung von Marktmacht in einem Markt beweisen³⁴⁰. (Kondition-) Preisdiskriminierung setzt u.a. (Unmöglichkeit von Arbitrage)³⁴¹ das Vorliegen von Marktmacht voraus.

Homogenität wird damit als räumliches Abgrenzungskriterium solange nützlich sein, als im betrachteten Markt kein Marktbeherrscher vorhanden ist. Ist dies der Fall und übt dieser (Konditionen-)Preisdiskriminierung aus, wird unter Beachtung des Homogenitätskriteriums ein einheitlicher Markt als eine Pluralität von Märkten erscheinen³⁴².

Daraus folgt, dass dieses Kriterium für die kartellrechtliche Marktabgrenzung nicht geeignet ist, da hierdurch ja gerade das Vorliegen von Marktmacht ermittelt werden soll.

³³⁴ Siehe S. 36.

³³⁵ Siehe S. 40.

³³⁶ So auch im Art. 9 Abs. 7 EG-FKVO.

³³⁷ Siehe die BmDrM unter „räumlich relevante Märkte“. Vgl. dazu Knauss, Pamela (2003), S. 94.

³³⁸ Siehe S. 38.

³³⁹ Siehe erster Teil B.) I).

³⁴⁰ Vgl. Posner, Richard A. (2000), S. 268 f.; Utton, Michael A. (2003), S. 86 ff.

³⁴¹ Posner, Richard A. (2000), S. 285.

³⁴² Das HMGs unterscheidet sowohl bei der sachlichen als auch bei der räumlichen Marktabgrenzung eine Analyse unter An- und Abwesenheit von Preisdiskriminierung (siehe Abschnitte 1.11, 1.12; 1.21, 1.22).

c) Bewertung der Kriterien zur räumlichen Marktabgrenzung

Obwohl das Absatzgebiet ein vom Unternehmen festgelegter räumlicher Sektor ist, kann seine Bestimmung gegebenenfalls als ergänzendes Kriterium für die kartellrechtliche Marktabgrenzung dienen. Besonders empfehlenswert scheint aber der Lieferradius in Verbindung zu den sachlichen Abgrenzungskriterien der sachlichen Unternehmensähnlichkeiten und des Ressourcenpools zu sein. Demgegenüber scheint das Homogenitätskriterium für eine kartellrechtliche Marktbestimmung ungeeignet, insbesondere, wenn ein Fall von Preisdiskriminierung vorliegt.

2. Methoden

a) Preisanalyse

Diese Methode basiert auf der Annahme, dass parallele Preisentwicklungen³⁴³ (*price movements*) unter Betrachtung der entsprechenden Transportkosten bezüglich zweier Produkte in einem Markt, die *a priori* als austauschbar angenommen werden, eine Substitutionsbeziehung beweisen und dadurch demselben Markt angehören³⁴⁴. Dies ergibt sich daraus, dass einheitliche Preise für ein Produkt in einem gegebenen Gebiet implizieren³⁴⁵, dass Marktteilnehmer Transaktionen innerhalb dieses Gebietes als substituierbar bewerten³⁴⁶. Besteht dann jedoch zwischen verschiedenen Regionen eine merkliche Differenz in der Entwicklung der Preise, so soll dies wiederum auf verschiedene Märkte hindeuten. Zu beachten ist, dass die Rede nicht ist von homogenen Preisen im Markt, sondern von parallelen Preisentwicklungen. Preisniveaus in realen Märkten sind selten homogen, sie divergieren aus sehr verschiedenen Gründen (wie z.B. Qualitätsunterschiede, Volumenunterschiede)³⁴⁷.

Das Vorliegen von Marktmacht kann die räumliche Größe eines Marktes beeinflussen. Einerseits kann der Markt durch Preisdiskriminierungen verkleinert werden, solange Arbitrage nicht möglich ist. Andererseits bewirkt eine Preiserhöhung (Monopolpreise) in

³⁴³ Stigler und Sherwin definieren daher ein Markt wie folgt: „[A] market for a good is the area within which the price of a good tends to uniformity, allowance being made for transportation costs”, so Stigler, George J. / Sherwin, Robert A. (1985), S. 555.

³⁴⁴ Vgl. Hildebrand, Doris (2002), S. 365; Knauss, Pamela (2003), S. 96; Massey, Patrick (2000), S. 314 f. Utton, Michael A. (2003), S. 187. „If we find closely parallel price movements, the loci of the prices are in the same market. If we find significant nonparallel price movements, the loci of the prices are not in the same market unless the discordance in movements can be traced to charges in transportation costs”, so Stigler, George J. / Sherwin, Robert A. (1985), S. 555

³⁴⁵ „The prices of the same product at the same horizontal stage will be equal in two places A and B if at least one of the following conditions is fulfilled: (1) There are no barriers to (or cost involved in) transfer of demand between A and B, so that for any one product the cross-price elasticity of demand between them would be infinitive. This condition will be sufficient to bring about price equality even if there are major differences in the level and elasticity of demand for the product between the two areas. (2) Each of a larger number of competing suppliers has equal access to A and B, with no costs differences. If the price in A exceeded that in B, the supply to A would rise relatively to supply to B, causing price equality. (3) Given Monopoly or collusive oligopoly across both A and B, the price elasticity of demand at any single price is the same in each area”, so Hildebrand, Doris (2002), S. 366.

³⁴⁶ Stigler und Sherwin erklären dazu „[t]he literal translation of the definition into observable data would be illustrated by the situation in which a good is produced in a place A and supplied to place B with transportation costs T_{ab} , so that $P_b = P_a + T_{ab}$. This equation would hold continuously if knowledge were perfect or the product could be store free. In general, however, these conditions are not met in real markets”, so Stigler, George J. / Sherwin, Robert A. (1985), S. 556.

³⁴⁷ Vgl. Hildebrand, Doris (2002), S. 368; Stigler, George J. / Sherwin, Robert A. (1985), S. 558.

einem Gebiet (A), dass ein anderes Gebiet (B) (keine Preisveränderung in diesem Gebiet vorausgesetzt), das vor dieser Preisstrategie ökonomisch, etwa wegen hoher Transaktionskosten, von A getrennt war, aufgrund der Preiserhöhung mit dem Gebiet (A) in Verbindung kommt³⁴⁸. D.h. dass Anbieter vom Gebiet B , soweit die Preiserhöhung die Transaktionskosten deckt, auch im Gebiet A konkurrenzfähig sein werden. Ein gewinnmaximierendes Verhalten wäre es allerdings, den Preis genau unter das Niveau, welches die erwähnte Reaktion verursacht, zu setzen³⁴⁹.

Eine hohe Korrelation zwischen den Preisen zweier Produkte weist aber nicht notwendigerweise auf eine Substitutionsbeziehung hin, sondern kann gegebenenfalls auch bedeuten, dass die in Frage stehenden Produkte z.B. denselben Produktionsaufwand beanspruchen (etwa Arbeitskosten, *commodities*), deren Kurs die Preise dieser Produkte in gleicher Weise beeinflussen, obwohl sie nicht demselben Markt angehören³⁵⁰. Andersherum können Substitute bei gewissen Präferenzen³⁵¹ der Konsumenten³⁵² auch eine geringe Preiskorrelation aufweisen.

Festzuhalten ist, dass Preisentwicklungsanalysen insbesondere wegen ihrer empirischen Orientierung für eine kartellrechtliche Marktabgrenzung prinzipiell von Bedeutung sind, wegen der genannten verzerrenden Faktoren aber nicht zu endgültigen Ergebnissen führen können.

b) Analyse der Handelsströme

Handelsströme zwischen Gebieten können auch bei der Bestimmung des räumlich relevanten Marktes mitwirken (sog. „*shipment approach*“) ³⁵³. Diese Methoden basieren auf der Annahme, dass Gebiete, die hohe Handelsströme aufweisen, demselben Markt zugeordnet werden sollten³⁵⁴.

Um dies zu bewerten, ist einerseits der *Elzinga-Hogarty*-Test entwickelt worden³⁵⁵. Mit seiner Hilfe soll der Prozentsatz eines Produktes gemessen werden, das in einem Ort konsumiert und hergestellt wird, und der Prozentsatz dieses Produktes, das innerhalb des Ortes

³⁴⁸ Vgl. Stigler, George J. / Sherwin, Robert A. (1985), S. 558.

³⁴⁹ Vgl. ebenda, S. 580.

³⁵⁰ Hildebrand, Doris (2002), S. 367.

³⁵¹ In der BmDrM „unter Für die Marktdefinition maßgebliche Informationen - Räumlich relevante Märkte“, lautet es: „Nachfragemerkmale: Die Art der Nachfrage nach dem relevanten Erzeugnis kann an sich schon den Umfang des räumlichen Marktes bestimmen. Faktoren wie nationale Präferenzen oder Präferenzen für einheimische Marken, Sprache, Kultur und Lebensstil sowie das Erfordernis der Präsenz an Ort und Stelle enthalten ein erhebliches Potential zur Eingrenzung des räumlichen Wettbewerbsgebiets“.

³⁵² Ebenda, S. 367.

³⁵³ Vgl. Constantine, Lloyd (1995), S. 1; Hildebrand, Doris (2002), S. 362 ff.; Stigler, George J. / Sherwin, Robert A. (1985), S. 580 ff.

³⁵⁴ In der BmDrM „unter Für die Marktdefinition maßgebliche Informationen - Räumlich relevante Märkte“, lautet: „Handelsströme, Lieferstruktur. Ist die Anzahl der Kunden so groß, dass es nicht möglich ist, sich mittels der Kunden ein eindeutiges Bild von dem räumlichen Käuferverhalten zu verschaffen. so können auch Informationen über die Handelsströme herangezogen werden, sofern für die relevanten Erzeugnisse hinreichend detaillierte statistische Angaben vorhanden sind. Handelsströme und insbesondere die ihnen zugrundeliegende Logik vermitteln nützliche Erkenntnisse und Informationen über die Ausdehnung des räumlichen Marktes, sind allein jedoch nicht beweiskräftig“.

³⁵⁵ Vgl. Elzinga, Kenneth G. / Hogarty, Thomas F. (1973), S. 45 ff.; Hildebrand, Doris (2002), S. 362 ff.; Stigler, George J. / Sherwin, Robert A. (1985), S. 580.

produziert aber außerhalb dessen verbraucht wird³⁵⁶. Dieser Test nutzt die Evidenz über die Handelsströme, um zwei Koeffizienten zu kalkulieren. Einerseits der *LIFO* („*little in from outside*“) und andererseits der *LOFI* („*little out from inside*“), die wie folgt definiert worden sind:

$$\text{LIFO} = \frac{\text{Gesamtumsatz der örtlichen Anbieter nur in Bezug auf die örtlichen Nachfrager}}{\text{Gesamtbezüge der örtlichen Nachfrager}}$$

$$\text{LOFI} = \frac{\text{Gesamtumsatz der örtlichen Anbieter nur in Bezug auf die örtlichen Nachfrager}}{\text{Gesamtumsatz der örtlichen Anbieter}}$$

Mit Hilfe dieser Koeffizienten soll das engste räumliche Gebiet bestimmt werden, in dem die gesamte örtliche Produktion an die örtlichen Nachfrager abgesetzt wird (*LOFI*) sowie das Gebiet, in dem die Gesamtbezüge der örtlichen Nachfrager aus den örtlichen Anbietern kommt (*LIFO*)³⁵⁷.

Wenn³⁵⁸: (a) im gegebenen Ort ein geringer Prozentsatz des Produktes exportiert wird, kann daraus geschlossen werden, dass dieser Ort ein einheitlicher geographischer Markt ist (*LOFI* tendiert zu 1); (b) im gegebenen Ort ein geringer Prozentsatz des Produktes importiert wird, kann ebenfalls daraus geschlossen werden, dass dieser Ort ein einheitlicher geographischer Markt ist (*LIFO* tendiert zu 1).

Der *Elzinga-Hogarty*-Test wird wie folgt durchgeführt³⁵⁹:

- (a) Es beginnt mit der Bestimmung des Ortes, an dem der angebliche Marktbeherrscher zumindest 75% seines Umsatzes realisiert (hypothetischer Ort).
- (b) Sind zumindest 75% des umgesetzten Produktes innerhalb des hypothetischen Ortes von einem „örtlichen“ Unternehmen hergestellt? Wenn das der Fall ist (*LIFO*), kann die Analyse weitergeführt werden. Wenn nicht, muss die Bestimmung des hypothetischen Ortes erneut unternommen werden, bis *LIFO* erreicht wird.
- (c) Wird *LIFO* erreicht, muss untersucht werden, ob innerhalb des hypothetischen Ortes zumindest 75% der „örtlichen“ Produktion im Ort konsumiert wird (*LOFI*). Wenn nicht, muss die Bestimmung des hypothetischen Ortes erneut unternommen werden, bis *LOFI* erreicht wird.
- (d) Wenn sowohl *LIFO* als auch *LOFI* erreicht worden sind, dann ist der Markt geographisch abgegrenzt.

Ein anderer Test, der zur geographischen Marktabgrenzung entwickelt wurde, ist der *Landes-Posner* Test³⁶⁰. Mit ihm wird versucht, die Wahrscheinlichkeit einer potentiellen

³⁵⁶ Vgl. Massey, Patrick (2000), S. 314 f.

³⁵⁷ Vgl. Hildebrand, Doris (2002), S. 362

³⁵⁸ Vgl. Henriksson, Eva (2003), S. 13 ff.

³⁵⁹ Vgl. Henriksson, Eva (2003), S. 15 f.; Hildebrand, Doris (2002), S. 363.

³⁶⁰ Landes, William / Posner, Richard (1981), S. 963 ff. Vgl. dazu Ghosal, Vivek (2002), S. 3 ff.; Hildebrand, Doris (2002), S. 367; Posner, Richard A. (2000), S. 288.

fremdörtlichen Reaktion der Anbieter zu ermitteln (sog. „*diversion approach*“)³⁶¹. Dieser Test untersucht also die Verlagerungsmöglichkeiten³⁶² der fremdörtlichen Anbieter und ihren Disziplinierungseffekt im „örtlichen“ Markt gegenüber einer Preiserhöhung in diesem Markt (*S*). Allerdings wird in diesem Test die aktuelle Tätigkeit der fremdörtlichen Anbieter sowohl im „örtlichen“ Markt als auch in anderen Märkten angenommen³⁶³. Dieser Test ist wie folgt definiert:

$$R = \frac{\text{Gesamtumsatz der fremdörtlichen Anbieter}}{\text{Gesamtumsatz der fremdörtlichen Anbieter zum örtlichen Markt}}$$

$$S = f(R)$$

Solange $S_R > 0$, wird das Verlagerungspotential hoch sein. Daraus folgt, dass die fremdörtlichen Anbieter dem „örtlichen“ Markt zugerechnet werden sollen.

Diese Methoden sind in der Literatur teilweise kritisiert worden. *Stigler* und *Sherwin* bemängeln, dass nicht einmal hohe Handelsströme zwischen verschiedenen Gebieten die Zugehörigkeit zu demselben Markt beweisen³⁶⁴, da durch Preisdiskriminierungsstrategien diese Märkte getrennt bleiben können³⁶⁵.

³⁶¹ In der BmDrM „Für die Marktdefinition maßgebliche Informationen - Räumlich relevante Märkte“, heißt es: „Vorliegende Belege für eine Umlenkung von Aufträgen in andere Gebiete: In manchen Fällen sind bereits Informationen über Preisänderungen in bestimmten Gebieten und entsprechende Kundenreaktionen vorhanden. Grundsätzlich können die für die Produktmarktdefinition angewandten quantitativen Tests auch für die Definition der räumlichen Märkte herangezogen werden; zu berücksichtigen ist dabei, dass ein internationaler Preisvergleich wegen einer Reihe von Faktoren wie Währungsschwankungen, Besteuerung oder Produktdifferenzierung komplexer sein kann“. In diesem Zusammenhang wird in dem HMGs erläutert: „In considering the likely reaction of buyers to a price increase, the Agency will take into account all relevant evidence, including, both not limited to, the following: (1) evidence that buyers have shifted or have considered shifting purchases between different geographic locations in response to relative changes in price or other competitive variables; (2) evidence that sellers base business decisions on the prospect of buyers substitution between geographic locations in response to relative changes in price or other competitive variables [...]“, so Abschnitt 1.21 HMGs.

³⁶² In der BmDrM „Für die Marktdefinition maßgebliche Informationen - Räumlich relevante Märkte“, wird erklärt: „Schranken und Kosten bei der Verlagerung von Aufträgen an Unternehmen in anderen räumlichen Gebieten: Das Fehlen grenzüberschreitender Käufe oder Handelsströme muß nicht bedeuten, daß der Markt bestenfalls von nationaler Ausdehnung ist. Allerdings muß erst ermittelt werden, wodurch ein nationaler Markt abgeschirmt wird, bevor festgestellt werden kann, daß der räumlich relevante Markt der nationale Markt ist. Der wohl einleuchtendste Hinderungsgrund dafür, bei Bestellungen in andere Gebiete auszuweichen, sind Transportkosten sowie Transporterschwernisse, die sich aus gesetzlichen Vorschriften oder der Beschaffenheit der relevanten Erzeugnisse ergeben. Die Transportkosten beschränken in der Regel die Ausdehnung des räumlichen Marktes für sperrige, geringerwertige Produkte, wobei Nachteile beim Transport allerdings durch relative Vorteile bei Arbeitskosten, Rohstoffen usw. ausgeglichen werden können. Weitere Schranken, die einen räumlichen Markt gegen den Wettbewerbsdruck von Unternehmen mit Standort außerhalb des betreffenden Gebiets abschirmen, können der Zugang zum Vertriebssystem, regulatorische Barrieren, wie es sie in bestimmten Bereichen noch gibt, Kontingente und Zölle sein. Zu nennen sind hier auch die unter Umständen erheblichen Umstellungskosten, die mit der Verlagerung von Lieferaufträgen auf Unternehmen in anderen Ländern der Gemeinschaft verbunden sein können“.

³⁶³ Posner, Richard A. (2000), S. 288

³⁶⁴ So Stigler, George J. / Sherwin, Robert A. (1985), S. 580.

³⁶⁵ Da heißt es: „Let a substantial amount of the products produced in area A come from B: they are separate markets if price discrimination (the producer in area B is dumping) is causing the price in A to be lower than in B despite the transportation costs“, so Stigler, George J. / Sherwin, Robert A. (1985), S. 580.

Trotz dieser Kritik können Handelsströme-Analysen und die aus ihr ergebende Evidenz in einer räumlich kartellrechtlichen Marktabgrenzung von Bedeutung sein: einerseits wegen ihrer empirischen Orientierung, andererseits wegen der wichtigen Erkenntnisse, welche sie für die Beurteilung von einigen räumlichen Abgrenzungskriterien, etwa das Lieferradius- bzw. das sachlichen Unternehmensähnlichkeits- und das Ressourcenpool-Kriterium, liefern kann.

c) Transportkosten

Eine andere Informationsquelle für die Bewertung der tatsächlichen Möglichkeiten eines Wirtschaftssubjektes, als Marktteilnehmer zu wirken, sind die Transportkosten³⁶⁶. Solange diese Kosten die Differenz zwischen den örtlichen und den fremdörtlichen Preisen überschreiten, werden diese Gebiete als unabhängige Märkte betrachtet³⁶⁷.

Die Evidenz über die Transportkosten wirkt auch bei der Ermittlung einiger Abgrenzungskriterien mit (Lieferradius- bzw. das sachliche Unternehmensähnlichkeits- und das Ressourcenpool-Kriterium), da diese von entscheidender Bedeutung bei der Entscheidung eines Markteintretens ist³⁶⁸.

d) Hypothetical-Monopolist-Test

Dieser bereits beschriebene Test³⁶⁹ wird auch für die räumliche Marktabgrenzung benutzt. Sowohl in der BmDrM³⁷⁰ als auch in dem HMGs³⁷¹ ist der HM-Test als geographische Abgrenzungsmethode berücksichtigt. Er beginnt mit der Bestimmung der angemessenen engsten Gruppe von räumlichen Gebieten (Kandidatmarkt) nach dem *smallest market principle* und wird solange durchgeführt, bis eine Gruppe von räumlichen Gebieten erfasst wird, innerhalb derer ein hypothetischer Monopolist eine rentable kleine bleibende Erhöhung (5%-10%) der relativen Preise durchsetzen kann³⁷².

³⁶⁶ Hildebrand, Doris (2002), S. 364 f.; Knauss, Pamela (2003), S. 97 ff. Siehe Fn. 354.

³⁶⁷ Hildebrand, Doris (2002), S. 364. D.h., $(P_1 - P_2) < K$, getrennte Märkte; $(P_1 - P_2) > K$, potentiell einheitlicher Markt.

³⁶⁸ „In the case of homogeneous goods [commodities], transport costs become a major cost factor“, so Hildebrand, Doris (2002), S. 365.

³⁶⁹ Siehe S. 44 ff.

³⁷⁰ „Die zu beantwortende Frage lautet, ob die Kunden der Parteien als Reaktion auf eine angenommene kleine, bleibende Erhöhung der relativen Preise (im Bereich zwischen 5 und 10 %) für die betreffenden Produkte und Gebiete auf leicht verfügbare Substitute ausweichen würden“, so unter „Nachfragesubstituierbarkeit“ BmDrM.

³⁷¹ „Absent price discrimination, the Agency will delineate the geographic market to be a region that a hypothetical monopolist that was the only present or future producer of the relevant product at locations in that region would profitably impose at least a ‘small but significant and nontransitory’ increase in price, holding constant the terms of sale for all products produced elsewhere“, so im Abschnitt 1.21 HMGs.

³⁷² „In defining the geographic market or markets affected by a merger, the Agency will begin with the location of each merging firm (or each plant of a multiplant firm) and ask what would happen if a hypothetical monopolist of the relevant product at that point impose at least a ‘small but significant and nontransitory’ increase in price, but the terms of sale at all other locations remained constant. If, in response to the price increase, the reduction in sales of the product at that location would be large enough that a hypothetical monopolist producing or selling the relevant product at the merging firm’s location would not find it profitable to impose such an increase in price, then the Agency will add the location from which production is the next-best substitute for production at the merging firm’s location“, so im Abschnitt 1.21 HMGs.

Wie bereits erläutert, ist der HM-Test eine wichtige empirisch orientierte Methode für die Ermittlung des räumlich und sachlich relevanten Marktes, er ist aber nicht hinreichend für die Marktabgrenzung, da auch subjektive Parameter bei der Analyse einbezogen werden sollen. Zusätzlichen Evidenzen sind daher erforderlich.

e) Bewertung der Methoden zur räumlichen Marktabgrenzung

Keine der dargestellten Methoden ist für sich genommen zur räumlichen Marktabgrenzung geeignet: Preis- und Handelsströme-Analysen können im Falle von Preisdiskriminierung zu verzerrenden Ergebnisse führen und auch der HM-Test kann wegen seiner subjektiven Elemente zu keinem endgültigen Ergebnis führen. Transportkostenanalysen scheinen empfehlenswert zu sein, aber andere weitere Evidenzen können gegebenenfalls erforderlich sein, um die Erfüllung der Kriterien des Lieferradius bzw. der sachlichen Unternehmensähnlichkeiten und Ressourcenpools beurteilen zu können.

Um verzerrende Ergebnisse zu vermeiden und tendenziell eine adäquate Marktabgrenzung durchzuführen, scheint es empfehlenswert zu sein, soweit als möglich verschiedene Methoden zu berücksichtigen. Je mehr Evidenz zur Verfügung steht, desto größer wird die Wahrscheinlichkeit sein, den Markt korrekt abzugrenzen.

D. Schlussfolgerungen

Obwohl es an einer expliziten Vorschrift sowohl in Deutschland als auch in der EU und den USA mangelt, welche die Durchführung einer Marktabgrenzung begründet oder reglementiert, ist in allen drei Rechtsordnungen ihr bedeutender Charakter bei der Wettbewerbsanalyse anerkannt und daher die kartellrechtliche Marktbestimmung ein *de facto* üblicher Ansatz geworden.

Bei der Bewertung der Kriterien und Methoden der kartellrechtlichen Marktabgrenzung ist denjenigen der Vorzug zu geben, welche auf empirischen Ansätze beruhen (*Parameter*), gegenüber denen die subjektive Konstruktion entspricht. Die Marktanalyse und ihre Koordinationsmechanismen sollen aufgrund empirischer Untersuchungen erfolgen. Die Ökonomie (Sozialwissenschaft) bedarf schon von ihrer Natur her der empirischen Prüfung. Hinzu kommt, dass sich empirische Ergebnisse tendenziell problemlos überprüfen lassen, was die Intersubjektivität verstärkt. Wenn wirtschaftspolitische Maßnahmen aufgrund empirischer Evidenz getroffen sind, können diese überprüft und dadurch eventuell ihre Basis widersprochen bzw. zugestimmt werden. Diese Möglichkeiten haben wirtschaftspolitische Entscheidungen, die nur subjektiv bzw. willkürlich begründet werden, nicht.

Die Marktabgrenzung im kartellrechtlichen Bereich ist ein Prozess zur Bestimmung der Marktteilnehmer eines konkreten Marktes durch: (i) die *prima facie* Festlegung der Anbieter und Nachfrager solcher Ware oder Dienstleistung, die der aktuelle bzw. potentielle angenommene Marktbeherrscher anbietet bzw. nachfragt und derjenigen Produkte, mit denen sie konkurriert; (ii) die Festlegung derjenigen Marktteilnehmer, die innerhalb der *prima facie* bestimmten Anbieter und Nachfrager, tatsächlich in der Lage sind, aktuell oder potentiell (*Angebotsumstellungsflexibilität*) als Anbieter und Nachfrager in Beziehung - als

Wettbewerber oder Tauschpartner - zum aktuellen bzw. potentiellen angeblichen Marktbeherrscher zu wirken.

Der erste Teil der Definition betrifft die *sachliche* Abgrenzung, also die Frage, welches Gut bzw. Welche Güter demselben Markt zugerechnet werden sollen. Der zweite betrifft die *räumliche* Abgrenzung, d.h. die Bestimmung der geographischen Grenzen, innerhalb derer Wirtschaftssubjekte als tatsächliche Marktteilnehmer in Betracht kommen sollen.

Die Marktabgrenzungskriterien, die aus einer betriebswirtschaftlichen Sicht konstruiert worden sind, ermöglichen dem Wirtschaftssubjekt, den relevanten Markt abzugrenzen und die relevanten Wettbewerber zu bestimmen. Die kartellrechtliche Marktabgrenzung geht im Gegensatz dazu von aggregierten Größen aus. Sie betrachtet die Nachfrager bzw. die Anbieter auf einem Markt aus der „Vogelperspektive“.

Trotzdem können die betriebswirtschaftlichen Kriterien, wie im Einzelnen bereits erläutert wurde, bei der Bestimmung des sachlich relevanten Marktes von Bedeutung sein, solange sie zur Ermittlung der Abgrenzung eine empirische Basis aufweisen. D.h. das Kriterium der funktionellen und subjektiven Ähnlichkeiten, ergänzt durch das Produktpräferenz-Kriterium, können mit relevanter Evidenz mitwirken, da sie empirisch gestaltet sind und solange die dafür verwendete Methode der Datenerfassung auch die realen Wettbewerbsverhältnisse ermitteln kann. Die Kriterien der physikalisch-technischen Ähnlichkeiten und der sachlichen Unternehmensähnlichkeiten dürfen nur als ergänzende Beweismittel gegenüber den letztgenannten Kriterien verwendet werden.

Die dargestellten volkswirtschaftlichen sachlichen Kriterien sind von ihrer Konzeption her – Vogelperspektive bzw. aggregierten Größe - für die kartellrechtliche Marktabgrenzung prinzipiell besser geeignet als die betriebswirtschaftlichen. Dementsprechend haben diese Kriterien Vorrang gegenüber den betriebswirtschaftlichen, dennoch können auch den letztgenannten gegebenenfalls wichtige Aspekte für eine adäquate Analyse liefern. Im Einzelnen heißt es, dass aufgrund ihrer empirischen Orientierung die Kriterien des Ressourcenpools, der Kreuzpreiselastizität und des Bedarfsmarktes für die sachliche kartellrechtliche Marktabgrenzung geeignet sind. Demgegenüber werden die Kriterien des Elementarmarktes, der Substitutionslücken und Industriezugehörigkeit der Unternehmen, und des Totalmarktes wegen ihrer subjektiven Elemente oder wegen ihrer zu theoretischen Orientierung abgelehnt.

Der HM-Test stellt eine wichtige empirisch orientierte Methode für die Ermittlung des sachlich und räumlich relevanten Marktes dar. Da auch subjektive Parameter bei diesem Test einbezogen werden, ist er aber zur alleinigen Verwendung ungeeignet, zusätzliche Evidenzen sind immer erforderlich. Diese können die Methode des verständigen Verbrauchers und die auf sie bezogenen Parameter (Beschaffenheiten, Eigenschaften, wirtschaftlichen Verwendungszwecke und Preislagen) liefern, solange diese bei ihrer Anwendung empirisch überprüft werden.

Obwohl das Absatzgebiet ein vom Unternehmen festgelegte räumlicher Sektor ist, kann seine Bestimmung gegebenenfalls als ergänzendes Kriterium für die kartellrechtliche Marktabgrenzung dienen. Besonders empfehlenswert scheint aber der Lieferradius in Verbindung zu den sachlichen Abgrenzungskriterien der sachlichen Unternehmensähnlichkeiten und des Ressourcenpools zu sein. Demgegenüber scheint das Homogenitätskriterium für eine kartellrechtliche Marktbestimmung ungeeignet, vor allem bei Vorliegen von Preisdiskriminierung.

Keine der dargestellten räumlichen Abgrenzungsmethoden ist für sich allein genommen für die geographische Marktbestimmung geeignet. Preis- und Handelsströme-Analysen können aufgrund der Preisdiskriminierung zu verzerrenden Ergebnissen führen. Der HM-Test kann wegen seiner subjektiven Elemente zu keinem endgültigen Ergebnis führen; Transportkostenanalysen scheinen empfehlenswert zu sein, aber andere weitere Evidenzen können gegebenenfalls erforderlich sein, um die Erfüllung der Kriterien des Lieferradius bzw. der sachlichen Unternehmensähnlichkeiten und Ressourcenpools beurteilen zu können.

Um verzerrende Ergebnisse zu vermeiden und tendenziell eine adäquate Marktabgrenzung durchzuführen, scheint es empfehlenswert, soweit als möglich verschiedene Methoden zu berücksichtigen.

Je mehr gewonnene Evidenz zur Verfügung steht, desto wahrscheinlicher wird, dass der Markt unter Berücksichtigung der adäquaten Abgrenzkriterien korrekt bestimmt wird. Erst dann kann das Vorliegen von Marktmacht und damit ein Marktversagen korrekt diagnostiziert werden. Dies ist insbesondere deswegen von eminenter Bedeutung, als ein legitimer Eingriff des Staates in das Marktgeschehen immer ein Marktversagen voraussetzt.

Dritter Teil: Verwaltungsentscheidungs- und Rechtsprechungsanalyse

Im zweiten Teil der Arbeit wurden die adäquaten kartellrechtlichen Abgrenzungskriterien und –methoden festgelegt. Dieser Teil geht der Frage nach, inwieweit diese Kriterien und Methoden bei der kartellrechtlichen Marktbestimmung in den fraglichen Rechtsordnungen in der Tat eine Rolle spielen. Hierfür werden die in Deutschland, in der EU und den USA erlassenen kartellrechtlichen Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen analysiert.

A. Deutschland

I. Verwaltungsentscheidungen

1. Sachlich relevanter Markt

Wie bereits erläutert wurde³⁷³, ist Ausgangspunkt des BKartA für die Ermittlung des sachlich relevanten Marktes das Bedarfsmarktkriterium, das besagt, dass durch die Methode des verständigen Verbrauchers³⁷⁴ (Marktgegenseite) potentielle Substitutionsbeziehungen (funktionelle Austauschbarkeit) analysiert werden.

Beschaffenheiten, Eigenschaften und wirtschaftliche Verwendungszwecke der Waren oder Dienstleistungen sind üblicherweise die Parameter, die bei der sachlichen Marktbestimmung durch das BKartA vorrangig untersucht werden³⁷⁵. Preisunterschiede bzw. -ähnlichkeiten³⁷⁶ zwischen den potentiellen Substituten spielen ebenfalls eine entscheidende Rolle bei den Wettbewerbsanalysen des BKartA, insbesondere wenn die Unterschiede „erheblich, substantiell und spürbar“ sind.

Aber nicht nur die „klassischen“ Parameter des Bedarfsmarktkriteriums kommen bei der Ermittlungen der BKartA in Betracht. Auch die Angebotsumstellungsflexibilität³⁷⁷ kann

³⁷³ Siehe S. 42 f.

³⁷⁴ Siehe S. 49 ff.

³⁷⁵ Vgl. BKartA v. 11.05.2000, B3-10/00 (*CarboTech / Willich*), wo zwischen chemische und mechanische Erzeugnisse unterscheidet wurde die dem selben Zweck verfolgten; BKartA v. 27.09.2001, B4-69/01 (*Demtsply / Degussa / DH*) wo zwischen Edelmetall und Nicht-Edelmetall Produkte um die Anwesenheit von Teilmärkten begründen zu können, unterscheidet wurde; BKartA v. 08.06.2004, B7-29/04 (*Nokia / Symbian / Psion*); BKartA v. 29.05.2001, B10-10/01 (*Mölnlycke / Johnson & Johnson / Allegiance*), wo unterschiedliche stofflichen Beschaffenheiten (Einweg- gegenüber Mehrwegprodukten) sowie Vertriebswegen und –formen entscheidend waren; BKartA v. 16.11.2004, B10-74/04 (*Rethmann / Entsorgungs-Service / Tönsmeier / Köthen u.a.*); BartA v. 20.12.2001, B2-75/01 (*Schwartauer / Rösch & Moll*), aufgrund unterschiedlicher Rohstoffbasis die verschiedenen Qualitäten bewirken; BKartA v. 04.06.2004, B7-36/04 (Siemens/Moeller).

³⁷⁶ Vgl. BartA v. 11.05.2000, B3-10/00 (*CarboTech / Willich*); BartA v. 01.12.2000, B4-107/00 (*Compagnie Financière Richemont / Les Manufactures Horlogères*), da wurde festgelegt, dass „eine große Preisdifferenz zu abgrenzbaren Teilmärkten führen kann. Wie große eine Preisdifferenz sein muss, um die Annahme getrennter Märkte zu rechtfertigen, lässt sich nicht generell bestimmen. Aufgrund der funktionellen Austauschbarkeiten muss die Differenz aber erheblich, substantiell und spürbar sein“; BKartA v. 20.09.1999, WuW/DE-V, 177, 182 (*Henkel / Lubns*); BKartA v. 29.05.2001, B10-10/01 (*Mölnlycke / Johnson & Johnson / Allegiance*); BKartA v. 09.01.2004, B154/03 (*Colgate / Gaba*); BKartA v. 08.06.2004, B7-29/04 (*Nokia / Symbian / Psion*); BKartA v. 04.06.2004, B7-36/04 (Siemens/Moeller).

³⁷⁷ In BartA v. 14.08.1981, WuW/E BKartA 1908, 1909 (*Luftbansa / f.i.r.s.t.*), wurden Charter- und Linienflüge einem einheitlichen Markt zugerechnet, da sie für die Anbieter eine wettbewerbliche Alternative darstellte; in BartA v. 20.12.2001, B2-75/01 (*Schwartauer / Rösch & Moll*), heißt es „die Produktionsumstellungsflexibilität ist im Rahmen der wettbewerblichen Beurteilung besonders zu berücksichtigen“; so bejahte z.B. BartA v. 15.04.1993, WuW/E BKartA 2521, 2526, 2529 (*Zahnradfabrik*

gegebenenfalls an Bedeutung gewinnen, ebenso die Merkmale der Nachfragestruktur³⁷⁸ oder die künftigen Produktentwicklungen³⁷⁹. Weitere Kriterien, etwa Kreuzpreiselastizitäten³⁸⁰ oder die sachlichen Unternehmensähnlichkeiten³⁸¹ sowie ähnliche Kriterien wie der HM-Test³⁸², sind ebenfalls berücksichtigt worden.

Zur Ermittlung solcher Merkmale werden teilweise Befragungen der Nachfrager³⁸³ oder Wettbewerber³⁸⁴ durchgeführt, statistische Evidenz³⁸⁵ oder die Marktgegenseite (Verbraucherdisponent)³⁸⁶ analysiert.

Die Verwaltungspraxis des BKartA ist grundsätzlich positiv zu bewerten. Üblicherweise erfolgt die sachliche Bestimmung durch das BKartA nach einer Abwägung, die auf der Basis verschiedener Evidenzen (nicht nur der „klassischen“) fußt. Die angebliche Subjektivität, die das Kriterium des Bedarfsmarkts in Beziehung zur Methode des verständigen Verbrauchers in sich bergen soll, lässt sich aufgrund der Berücksichtigung sämtlicher Elemente und Daten nicht besonders erkennen.

Nicht nur bei der Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 GWB) oder eines Unternehmenszusammenschlusses (§ 36 GWB) wird seitens des BKartA der Markt abgegrenzt. Auch z.B. bei der Prüfung eines Sachverhalts gegenüber des Kartellverbots (§ 1 GWB)³⁸⁷, eines angemeldeten Mittelstandskartells (§§ 4 Abs. 1 und 9 Abs. 1 GWB aF)³⁸⁸ oder eines Rationalisierungskartells (§ 5 GWB aF)³⁸⁹ wird/wurde sowohl der sachlich als auch der räumlich relevante Markt bestimmt. Auch bei der Bewertung von Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot (§ 20 GWB aF)³⁹⁰ wird der Markt abgegrenzt. Etwas Ähnliches ist in einigen Fällen bei der Analyse eines angeblichen Boykotts (§ 21 GWB aF)³⁹¹ zu beobachten.

Demgegenüber werden/wurden einige der Vorschriften des GWB vom BKartA als sog. *per-se-Verbote*³⁹² ausgelegt. In diesen Fällen wird/wurde die Marktabgrenzung als überflüssig angesehen und auf sie verzichtet.

Friedrichshafen / Allison) bei Getrieben unterschiedlicher Leistungsklassen einen einheitlicher Markt wegen hoher Produktionsumstellungsflexibilität; BKartA v. 04.06.2004, B7-36/04 (Siemens/Moeller).

³⁷⁸ Vgl. BartA v. 20.12.2001, B2-75/01 (*Schwartauer / Rösch & Moll*).

³⁷⁹ Vgl. BartA v. 27.02.1997, WuW/E BKartA 2885, 2887 (*Kali + Salz / PCS*).

³⁸⁰ Vgl. BKartA v. 27.09.2001, B4-69/01 (*Demsply / Degussa / DH*).

³⁸¹ Vgl. BKartA v. 20.09.1999, WuW/DE-V, 177, 182 (*Henkel / Lubns*), da wurde die Branchen gängige Marktuntersuchungen berücksichtigt.

³⁸² BKartA v. 04.06.2004, B7-36/04 (Siemens/Moeller), da lautet: „Auf die Frage nach den Konsequenzen einer Preissteigerung bei Stromschienenverteilern und einem Ausweichen auf andere Produkte haben einige Nachfrager geäußert, gegebenenfalls auf Verkabelung umzusteigen, andere nannten nur die Stromschienenverteiler anderer Hersteller als Alternative“.

³⁸³ Vgl. BartA v. 20.12.2001, B2-75/01 (*Schwartauer / Rösch & Moll*); BKartA v. 04.06.2004, B7-36/04 (Siemens/Moeller).

³⁸⁴ Vgl. Vgl. BKartA v. 27.09.2001, B4-69/01 (*Demsply / Degussa / DH*).

³⁸⁵ Vgl. BKartA v. 27.09.2001, B4-69/01 (*Demsply / Degussa / DH*).

³⁸⁶ Vgl. BKartA v. 09.06.2004, B9-16/04 (*Deutsche Bahn / RSV / KVS / Saarlouis u.a.*).

³⁸⁷ Vgl. BKartA v. 25.08.1999, B6-49/99; BKartA v. 06.05.2004, B10-97/02 (*Landeskreis Ulm u.a.*).

³⁸⁸ Vgl. BKartA v. 17.06.2004, B1-25/04 (*Vetra / Danzer*).

³⁸⁹ Vgl. BKartA v. 03.12.2001, B9-194/00 (*System Alliance*); BKartA v. 15.07.2002, B8-87/01 (*Entega / Stadtwerke München*).

³⁹⁰ Vgl. BKartA v. 06.05.2004, B8-77/02 (*DEA Mineraloel u.a.*).

³⁹¹ Vgl. BKartA v. 06.05.2004, B10-97/02 (*Landkreis Neu-Ulm u.a.*).

³⁹² Siehe Bundeskartellamt (2000a), S. 17 ff. Dieser Ausdruck kommt aus der amerikanischen Antitrust-Praxis und entspricht Vereinbarungen, die wegen ihres schädlichen Einflusses auf den Wettbewerb und mangels eines jeden ihn wieder ausgleichenden Vorteils als unvernünftig und damit verboten angesehen werden, ohne dass es einer genaueren Prüfung des von ihnen verursachten Schadens oder der zu ihrer Rechtfertigung

§ 14 GWB aF z.B. verbot Bestimmungen in Vertikalvereinbarungen, die einer Partei (rechtlich oder wirtschaftlich)³⁹³ Beschränkungen hinsichtlich des Inhalts der von ihr in der Folgezeit abzuschließenden sog. Folge- oder Zweitvereinbarungen auferlegen, die grundsätzlich Preis- und Konditionenbindungen entsprachen³⁹⁴. Zweck des § 14 GWB aF war mithin die Verhinderung solcher Preis- und Konditionenbindungsabreden, weil sie sich unmittelbar gegen den Wettbewerb wende³⁹⁵. Die Analyse des BKartA beschränkte sich daher auf die bloße Subsumierung des gegebenen Sachverhalts unter die Voraussetzungen des § 14 GWB aF (Vertikalvereinbarung; rechtliche oder wirtschaftliche Bindung in Bezug auf den Preis bzw. die Konditionen; Zweitvereinbarung). Lagen die Voraussetzungen vor, konnten Preis- bzw. Konditionenbindungen als nichtig (§ 134 BGB) und schuldhaftes Verstöße als ordnungswidrig (§ 81 Abs. I Nr. 1 GWB) erklärt werden, es sei denn, eine Freistellung lag vor (vgl. §§ 15, 23, 28 Abs. 2, 29 und 30 GWB aF).

Etwas Ähnliches ist, zumindest teilweise, bei der Auslegung der Verbote der §§ 21 (Boykottverbot, Verbot sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens) und 22 GWB (Empfehlungsverbot) zu beobachten.

Beispielsweise wurde in einem Kartellordnungswidrigkeitenverfahren am 2. September 2003³⁹⁶ ohne jegliche Marktabgrenzung oder Marktmachtbeurteilung entschieden, dass die Betroffenen gegen §§ 14, 21 Abs. 2, 22 Abs. 1 GWB aF verstoßen hatten. So auch der Fall im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren vom 8. August 2001³⁹⁷, wo ein Verstoß gegen § 22 Abs. 1 Satz 1 GWB aF untersucht und festgelegt wurde, ebenfalls ohne vorher eine Marktbestimmung vorgenommen zu haben. Wie aber konnte ein Marktakteur, ohne über Marktmacht zu verfügen, andere Marktteilnehmer rechtlich oder wirtschaftlich zwingen, gewisse Preise bzw. Konditionen bei der Weiterveräußerung zu vereinbaren oder bei einem Boykott teilzunehmen? Wie konnten Marktakteure, die eine solche Vereinbarung geschlossen haben, und die zusammen betrachtet keine Marktmacht ausüben können, Wohlfahrtsverluste verursachen? Diese Verbotstatbestände setzen naturgemäß das Vorliegen von Marktmacht voraus³⁹⁸, weshalb eine Prüfung der Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 und 3 GWB unerlässlich ist bzw. war. Ohne Marktmacht sind diese nicht durchsetzbar und sollten als bloße irrige Unternehmensentscheidungen betrachtet werden (unrentable Strategien).

Das Unterlassen jeglicher Marktabgrenzung bzw. Marktmachtbeurteilung (bloße Subsumierungsanalyse) barg die Gefahr eines illegitimen staatlichen Markteingriffs (Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip), was, wie erläutert wurde, gesamtwirtschaftlich unerwünscht ist³⁹⁹.

geltend gemachten Gründe bedarf. So in *Northern Pacific Railways Co. v. United States.*, 356 U.S. 495, 498 (1969), „[...] no specific showing of unreasonable competitive effect is required“. Vgl. dazu Sangmeister, Bernd (1975), S. 5.

³⁹³ Vgl. BGHZ 80, 43, 49 (*Garant*); BGH v. 08.05.1990, WuW/E 2647, 2649 (*Nora-Kunden-Rückvergütung*); BGH v. 06.10.1992, WuW/E 2819, 2822 (*Zinssubvention*); BGHZ 140, 342, 347 (*Preisbindung durch Franchisegeber*).

³⁹⁴ So Emmerich, Volker (1999), S. 107; Rittner, Fritz (1999), S. 253 ff.

³⁹⁵ Vgl. ebenda, S. 107.

³⁹⁶ BKartA, B7-69/03.

³⁹⁷ BKartA, B9-120/00.

³⁹⁸ Vgl. Abbildung 4.

³⁹⁹ Vgl. Immenga, Ulrich (1999), S. 123.

Eine sog. *Rule of Reason*-Auslegung⁴⁰⁰ zur Lösung dieses Problems wird nicht vertreten, da diese Art von Interpretation das Vorliegen einer tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung voraussetzt, die gegenüber anderen positiven Wirkungen (etwa Effizienzgewinnen), welche die Beschränkung verursachen, abgewogen wird. Vorliegend geht es demgegenüber um die Frage, ob ein formaler Verstoß gegen einen der genannten Tatbestände zwingend Wettbewerbsbeschränkungen (Wohlfahrtsverluste) verursachen kann oder nicht.

Auch der Wortlaut des § 14 GWB half nicht weiter. Nach ihm waren wie gesagt Preis- und Konditionenbindungen verboten „soweit sie einen *Beteiligten* in der Freiheit der Gestaltung von Preisen oder Geschäftsbedingungen bei solchen Vereinbarungen beschränken, die er mit Dritten [...] schließt“. Noch mal die Frage: Wie konnte der gebundene Marktteilnehmer den Wettbewerb beschränken, wenn er über keine Marktmacht verfügte? Die Beschränkung der freien Gestaltung des Preises bzw. der Konditionen, die eine Person leiden muss, wird gesamtwirtschaftlich unerwünscht sein, wenn Dritte von diesen fixierten Preisen bzw. Konditionen nicht ausweichen können. Nach dem Wortlaut des § 14 GWB aF waren daher die Rechtsanwender letztendlich gezwungen, auf der Basis einer bloßen Subsumierung den in Frage stehenden Sachverhalt auszulegen, was gegebenenfalls zu illegitimen Eingriffen führen konnte.

Was die Verbote der §§ 21 und 22 GWB aF betrifft, könnte die bloße Subsumierung als Analysenmethode dieser Vorschriften durch den Versuch einer systematischen Auslegung vermieden werden. § 21 ist und § 22 GWB waren im Dritten Abschnitt des GWB unter der Überschrift „Marktbeherrschung, wettbewerbsbeschränkendes Verhalten“ eingeordnet. Daraus könnte zu schließen sein, dass die in diesem Abschnitt zusammengefassten wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen gemeinsame Merkmale aufweisen. Die erwähnte Überschrift könnte ein Indiz dazu liefern, dass dieses Merkmal die Voraussetzung von Marktbeherrschung ist, dass also gegen die im Dritten Abschnitt des GWB beschriebenen Verbote nur ein Marktbeherrscher verstoßen konnte und daher die Bestimmung von Marktmacht erforderlich war. Dagegen spricht allerdings die ausdrückliche Referenz auf eine Marktbeherrschung, die in den §§ 19 und 20 GWB zu finden ist, nicht aber in den §§ 21 und 22 GWB. Unabhängig davon könnte aber vorgebracht werden, die Tatbestände der §§ 21 und 22 GWB setzten naturgemäß die Ausübung von Marktmacht voraus. Mit anderen Worten: nur ein Marktbeherrscher (dessen Marktmacht nach § 19 Abs. 1 und 2 geprüft werden sollte) konnte erfolgreich einen anderen beispielsweise *unbillig beeinträchtigen in der Absicht, zu Lieferstopps oder Bezugssperren aufzufordern; einem anderen Nachteile androhen oder zufügen und Vorteile versprechen oder gewähren, um den anderen zu einem Verhalten zu veranlassen; oder ein gewisses Verhalten empfehlen*. Folglich scheint es so zu sein, als ob die Marktmacht eine implizite Voraussetzung des § 21 ist und des § 22 GWB war, die geprüft werden muss (Erforderlichkeit einer Marktabgrenzung), um das Vorliegen eines Verstoßes zu bestätigen.

Die Tendenz des BKartA zu einer formalistischen Auslegung des § 21 GWB scheint wegen des Einflusses der *Beteiligungsverbot für Schilderpräger*-Entscheidungen des BGH langsam zurückzugehen. So erfolgte beim Beschluss vom 6. Mai 2004 im Rahmen eines Verstoßes gegen das Boykottverbot eine Marktabgrenzung durch das BKartG⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ Zur klassischen Formulierung dieser Auslegungsregel vgl. *Standard Oil of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1991); *Board of Trade of the City of Chicago v. United States*, 246 U.S. 231, 238 (1918).

⁴⁰¹ Vgl. BKartA v. 06.05.2004, B10-97/02 (*Landeskreis Ulm u.a.*).

2. Räumlich relevanter Markt

Unterschiedliche Kriterien und Methoden lassen sich auch bei der geographischen Marktabgrenzung, die das BKartA durchführt, beobachten.

Das Absatzgebietkriterium ist insbesondere im Versorgungsbetriebsbereich⁴⁰² verwendet worden. Ein Lieferradius als Indiz für einen räumlich relevanten Markt wurde ebenfalls in einigen Untersuchungen festgelegt⁴⁰³. Auch das Vorliegen homogener Wettbewerbsbedingungen⁴⁰⁴ sowie von Preisunterschieden⁴⁰⁵, sowie die Handelsströme⁴⁰⁶, die Transportkosten⁴⁰⁷ bzw. -merkmale⁴⁰⁸ und die Vertriebsstrukturen⁴⁰⁹ hat das BKartA in Anlehnung an die europäische Praxis⁴¹⁰ seit ein paar Jahren zunehmend untersucht.

⁴⁰² Vgl. BKartA v. 16.02.1982, WuW/E BKartA 2641, 2643 (*Münchner Anzeigblätter*), wo sublokale Märkte angenommen wurden; BKartA v. 18.07.1989, WuW/E BKartA 2396, 2403 (*Westdeutscher Rundfunk / Radio NRW*), wo nach Tätigkeitsgebiet (Sendegebiet) abgegrenzt wurde; in BKartA v. 30.06.1978, WuW/E BKartA 1727 ff. (*RWE-Energieversorgung Leverkusen*) bejahte einen Teilmarkt bezogen auf das Versorgungsgebiet; BKartA v. 26.01.2001, WuW/E DE-V, 395 ff. (*Schwäbisch Gmünd*) für die Strom- und Gasmärkte; BKartA v. 28.02.2001, WuW/E DE-V 453 ff. (*Wasserwerke Westfalen*).

⁴⁰³ Vgl. BKartA v. 24.06.2002, (*Nordzucker / Union-Zucker*), wo der räumlich relevante Markt in einem Radius von 200 km festgelegt wurde; BKartA v. 21.04.1999, WuW/E DE-V 145 ff. (*Pfeiderer / Coswig*), da war der relevante Radius von 150 km; BKartA v. 27.03.2001, WuW/E DE-V 457 ff. (*Haniel Bau-Industrie*) – Radius von 150 km -; BKartA v. 11.06.2001, WuW/E DE-V 431 ff. (*Trienekens*); BKartA, WuW/E DE-V 603, 614 (*ÖPNV Göttingen*); BKartA, B9-91/03 (*DB Regio u.a. / iustra intalliance AG*); BKartA v. 09.06.2004, B9-16/04 (*Deutsche Bahn / RSV / KVS / Saarlouis u.a.*), wo ein Radius von 50-60 km berücksichtigt wurde; BKartA v. 16.11.2004, B10-74/04 (*Rethmann / Entsorgungs-Service / Tönsmeier / Köthen u.a.*) – 100 km Radius -; BKartA v. 17.06.2004, B1-25/04 (*Vetra / Danzer*) – 150 km Radius -.

⁴⁰⁴ In BKartA, 2000, WuW/E DE-V 301 (*RWE / VEW*) lautet: „Ein gesonderter räumlicher Markt ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn die Wettbewerbsbedingungen innerhalb eines Marktes hinreichend homogen sind und sich die Wettbewerbsbedingungen dieses Marktes von denen benachbarter Gebiete deutlich unterscheiden oder aus anderen Gründen Marktzutrittsbarrieren gegeben sind“. Ebenfalls BKartA, WuW/E DE-V 289, 290, wo das BKartA auf dem Tankstellenmarkt wegen regional unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen einen regionalen Markt annimmt; BKartA v. 01.12.2000, B4-107/00 (*Compagnie Financière Richemont / Les Manufactures Horlogères*), lautet: „Der bei wirtschaftlicher Betrachtung maßgebliche räumliche Markt ist so abzugrenzen, dass er das Gebiet erfasst, in dem die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen bei Absatz der relevanten Produkte wirksamen Wettbewerb aktueller Konkurrenten ausgesetzt sind, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet“. Vgl. dazu BKartA, WuW/E DE-V 203, 207; BKartA, WuW/E DE-V 331, 332; BKartA, WuW/E DE-V 331, 332.

⁴⁰⁵ Vgl. BKartA v. 26.04.2000, WuW/E DE-V 286 ff. (*Holsten / König*), wo aufgrund dessen die Marktgrenzen kleiner seien als das Bundesgebiet; in BKartA, WuW/E DE-V 331, 332, wurden in diesem Bezug die Preise im Laufe der Zeit beobachtet; BKartA v. 29.05.2001, B10-10/01 (*Mölnlycke / Johnson & Johnson / Allegiance*).

⁴⁰⁶ Vgl. BKartA v. 11.05.2000, B3-10/00 (*CarboTech / Willich*).

⁴⁰⁷ BKartA v. 24.07.2000, WuW/E DE-V 382 ff. (*Umweltschutz Nord*), in diesem Beschluss behauptete das BKartA, der räumliche Markt sei nur das Gebiet, in dem tatsächlich Wettbewerb zwischen den verschiedenen Anbietern stattfindet. Bei der Entsorgung von Boden seien die Transportkosten ein wesentlicher Teil der Gesamtkosten; BKartA v. 21.04.1999, WuW/E DE-V 145 ff. (*Pfeiderer / Coswig*), wo aufgrund der Transportkosten ein Lieferradius von 150 km festgelegt wurde.

⁴⁰⁸ Vgl. BartA v. 30.11.1989, WuW/E BKartA 2428, 2429 (*Nordfleisch / CG Hannover*), wo der Transportstress der Tiere und ihre Auswirkungen auf die Fleischqualität berücksichtigt wurde.

⁴⁰⁹ „Nach den Ermittlungen [...] sind jedoch die Möglichkeiten eines freien Bezugs der Einzelhändler stark eingeschränkt. Dies hat im Wesentlichen seinen Grund in dem selektiven Vertrieb, wie er bei hochpreisigen Armbanduhren und Luxusarmbanduhren üblich ist. Dies bedingt grundsätzlich einen geregelten Bezug beim Hersteller oder einem lizenzierten Händler“, so in BartA v. 01.12.2000, B4-107/00 (*Compagnie Financière Richemont / Les Manufactures Horlogères*); BKartA v. 29.05.2001, B10-10/01 (*Mölnlycke / Johnson & Johnson / Allegiance*); BKartA v. 27.09.2001, B4-69/01 (*Demsphy / Degussa / DH*); BKartA v. 16.11.2004, B10-74/04 (*Rethmann / Entsorgungs-Service / Tönsmeier / Köthen u.a.*)

⁴¹⁰ Vgl. Knauss, Pamela (2003), S. 93.

Die maximale Größe des räumlich relevanten Marktes umfasste aufgrund des allgemeinen Gesetzeszweckes (d.i. gemäß §§ 19 Abs. 2 Nr. 2, 36, 130 Abs. 2 GWB aF die Kontrolle, ob im Inland eine marktbeherrschende Stelle entsteht) nach h.M.⁴¹¹ den Geltungsbereich des GWB, d.h. die gesamte Bundesrepublik Deutschland⁴¹². In diesem Zusammenhang war der *Backofenmarkt*-Beschluss des BGH⁴¹³ von großer Bedeutung. In dieser Entscheidung wurde allerdings festgelegt, dass bei den zu berechnenden Marktanteilen der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen bei einem wirtschaftlich grenzüberschreitenden Markt nur inländische Wettbewerbseinflüsse zu berücksichtigen seien⁴¹⁴. Diese Position war wiederholt in (Verwaltungs- und Rechtsprechungs-) ⁴¹⁵Entscheidungen vertreten worden.

Diese h.M. konnte allerdings dann zu verzerrenden Ergebnisse führen, wenn gegebenenfalls der relevante Markt zu eng abgegrenzt, und dadurch Marktanteile bzw. das Vorliegen von Marktmacht nicht korrekt beurteilt wurde. In diesem Zusammenhang interessant war der Beschluss *Nokia / Symbian / Psion*⁴¹⁶, in dem das BKartA bei seiner Analyse von einem Weltmarkt für die sog. *Smartphones* ausging⁴¹⁷.

Die Auffassung des Beschlusses *Nokia / Symbian / Psion* ist in der aktuellen Fassung des GWB bestätigt worden. Im § 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 GWB heißt es jetzt: „Der räumlich relevante Markt im Sinne dieses Gesetzes kann weiter sein als der Geltungsbereich dieses Gesetzes“.

Die neue Formulierung soll zur Vermeidung der bereits erwähnten potentiellen Verzerrungen dienen.

Ein Überblick auf die Praxis des BKartA im Bereich der räumlichen Marktabgrenzung lässt keine endgültigen Aussagen zu. Teilweise sind die Analysen, die durchgeführt wurden, nicht besonders ausführlich⁴¹⁸, teilweise beinhalten sie hoch komplexe Ermittlungen⁴¹⁹. Tendenziell kann festgestellt werden, dass sich die geographischen Marktbestimmungen seitens des BKartA im Verhältnis zu den sachlichen Ermittlungen auf einem niedrigeren Niveau befinden.

Auch bei der räumlichen Marktabgrenzung lässt sich beim BKartA das Problem der bloßen Subsumierungsanalyse der *per-se-Verbote* beobachten.

⁴¹¹ Z.B. KG, WuW/E OLG 2935, 2936; KG; WuW/E OLG 4537, 4541; BKartA WuW/DE-V, 109, 110; BKartA WuW/DE-V, 109, 110; BKartA WuW/DE-V, 157, 159; BKartA WuW/DE-V, 275, 276 f.; Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim (2001), § 130 Abs. 2, Rn. 164; Knauss, Pamela (2003), S. 60.

⁴¹² Vgl. BGH v. 05.10.2004, KVR 14/03 (*Staubsaugerbeutelmarkt*).

⁴¹³ BGH v. 24.20.1995, WuW/E BGH 3026, 3028.

⁴¹⁴ BGH v. 24.20.1995, WuW/E BGH 3026, 3031; BGH v. 05.10.2004, KVR 14/03 (*Staubsaugerbeutelmarkt*).

⁴¹⁵ Im Verwaltungsbereich siehe: BartA, WuW/E BKartA 2445, 2449 (*Daimler-Benz / Man-Enasa*); BartA, WuW/E BKartA 2335, 2340 (*Daimler / MBB*); BKartA v. 20.09.1999, WuW/DE-V, 177, 182 (*Henkel / Lubus*); BKartA v. 09.12.1999, WuW/DE-V, 203, 207 (*Krautkrämer/ Nutronik*); BKartA v. 21.06.2000, WuW/DE-V, 275, 276 (*Melitta*).

⁴¹⁶ BKartA v. 08.06.2004, B7-29/04 (*Nokia / Symbian / Psion*).

⁴¹⁷ Siehe dazu S. 73 ff.

⁴¹⁸ Vgl. BartA v. 20.12.2001, B2-75/01 (*Schwartauer / Rösch & Moll*); BKartA v. 09.01.2004, B154/03 (*Colgate / Gaba*).

⁴¹⁹ BKartA v. 16.11.2004, B10-74/04 (*Rethmann / Entsorgungs-Service / Tönsmeier / Köthen u.a.*)

II. Rechtsprechung

1. Sachlich relevanter Markt

Der Ausgangspunkt der Rechtsprechung für die Ermittlung des sachlich relevanten Marktes ist, wie schon erwähnt, das Bedarfsmarktkriterium.

Die Beschaffenheiten, Eigenschaften und wirtschaftlichen Verwendungszwecke der Waren oder Dienstleistungen sind die üblichen Parameter, die auch bei der sachlichen Marktbestimmung seitens der deutschen Rechtsprechung in Betracht kommen⁴²⁰. Preisunterschiede bzw. -ähnlichkeiten zwischen den potentiellen Substituten spielen auch eine sehr bedeutende bzw. entscheidende Rolle bei den Marktanalysen der Rechtsprechung⁴²¹. Erhebliche Preisunterschiede, so die Lehre, verhindern eine generelle Austauschbarkeit⁴²².

Die zusätzlichen Parameter des Bedarfsmarktkriteriums kommen auch bei den Ermittlungen, die in der deutschen Rechtsprechung zu beobachten sind, in Betracht. Die Angebotsumstellungsflexibilität⁴²³ ist in mehreren Fällen analysiert worden. Vereinzelt wird auf den Preis zurückgegriffen, um Kreuzpreiselastizitäten zu Zwecken der Marktabgrenzung zu ermitteln⁴²⁴.

Die sachliche Marktabgrenzung in der deutschen Rechtsprechung scheint – grob gesagt – tendenziell nicht so akribisch wie diejenige durch das BKartA zu sein. Das ist nachvollziehbar, da die Richter bei ihren Ermittlungen nicht auf so ausführliche Ressourcen wie die hoch spezialisierten Kartellbehörden zurückgreifen können. Diese Situation mag strukturell problematisch sein, da in einem Rechtsstaat die endgültige Entscheidung einer Marktabgrenzung der Gerichtsbarkeit zusteht. Sie kann einerseits dazu führen, dass die Gerichte die Marktabgrenzung durch die Kartellbehörden ohne größere eigene Abwägung übernehmen, andererseits aber auch dazu, dass eine solche Marktabgrenzung mangels hinreichender technischer Instrumente durch die Gerichte fehlerhaft und nur mit großen Schwierigkeiten vorgenommen wird. Eine so gestaltete

⁴²⁰ Vgl. BGH v. 27.02.1969, WuW/E BGH 990, 991 (Papierfiltertüten II); KG v. 19.03.1975, WuW/E OLG 1599, 1602 (*Vitamin B12*); BGH v. 03.07.1976, WuW/E BGH 1435, 1440 (*Vitamin B12*); KG v. 14.04.1978, WuW/E OLG 1983, 1984 (*Rama-Mädchen*); KG v. 07.11.1985, WuW/E OLG 3759, 3760 (*Pillsbury / Sonnen-Bassermann*); BGH v. 13.06.2004, KZR 40/02 (*Standard-Spundfass*).

⁴²¹ BGH v. 11.03.1986, WuW/E BGH 2231, 2235 (*Metro / Kaufhof*); BGH v. 10.02.2004, KZR 33/02.

⁴²² KG v. 14.04.1978, WuW/E OLG 1983, 1984 (*Rama-Mädchen*); in KG v. 13.10.1982 WuW/E OLG 2825, 2833 (*Holzbrinck / Rowohl*), grenzte das KG einen Markt für Taschenbücher und Billigbücher ab, der sich vom Markt für andere Bucharten unterscheidet, da „auch bei vom Verwendungszweck her gesehen gleichartigen Waren [...] erhebliche Preisunterschiede zwischen ihren Kategorien ein Hinderungsgrund für ihre Austauschbarkeit“ sind. Eine Austauschbarkeit ist aufgrund der durch hohe Preise und exklusive Vertriebsstätten geschaffenen Images zu verneinen, so in KG v. 24.04.1985, WuW/E OLG 3577, 3584 (*Hussel / Marä*).

⁴²³ Das KG v. 16.12.1987, WuW/E OLG 4167, 4168 (*Kampffmeyer / Plange*) prüfte die Zugehörigkeit von Haushalt- und Industriemehl zum selben Markt auf Grundlage einer Angebotsflexibilität; vgl. dazu KG v. 18.03.1998, WuW/E DE-R 94, 96 (*Hochtief / Philipp Holzmann*). „Zu fragen ist vielmehr, ob ein Beutelhersteller, der bislang ein Marktsegment bedient (beispielsweise einen Gerätehersteller mit den für seine Gerätemodelle erforderlichen Beuteln beliefert), zur Erzielung eines besseren Preises bereit und in der Lage ist, seine Produktion kurzfristig umzustellen, um das andere Segment zu bedienen (beispielsweise ein Beutelsortiment anzubieten, das für das Einzelhandel von Interesse ist). Damit kommt es vorliegend für die Marktabgrenzung entscheidend auf die Produktions- und Angebotsumstellungsflexibilität der Beutelhersteller“, so in BGH v. 05.10.2004, KVR 14/03 (*Staubsaugerbeutelmarkt*).

⁴²⁴ KG v. 14.04.1978, WuW/E OLG 1983, 1984 (*Rama-Mädchen*); KG v. 18.05.1979, WuW OLG 2120, 2123 (*Mannesmann / Brueninghaus*).

Marktabgrenzungspraxis (Marktbestimmung und gerichtliche Überprüfung dieser Bestimmung) weist also erhebliche Risiken auf.

Auch der BGH praktiziert bei Auslegung der *per-se-Verbote* die Praxis der bloßen Subsumierung. Die Abwägungen des BGH gingen beispielsweise bezüglich dem § 14 GWB aF der Frage nach, ob der entsprechende Marktakteur vertraglich oder wirtschaftlich in der Lage war, Preise oder Konditionen bei der Zweitvereinbarung aufzuerlegen⁴²⁵, und nicht, ob die Bindungsstrategie seitens des fraglichen Marktteilnehmers betriebswirtschaftlich sinnvoll war (Monopol-Gewinne). Nach der Auffassung des BGH stellten „Preisbindungen [...] regelmäßig einen Mißbrauch der Vertrags- und Gestaltungsfreiheit bei Anschluß des Erstvertrages dar, weil sie dem bindenden Teil die Möglichkeit eröffnen, in die Selbstbestimmung des Vertragsgegners einzudringen und damit bei diesem Bereich geschäftlicher Entschließung zu beherrschen, der an sich den Grundsätzen des freien Wettbewerbs überlassen bleiben sollte“⁴²⁶. „Der Normzweck des § 14 GWB [aF] besteht [...] vor allem darin, die unternehmerische Gestaltungsfreiheit des Vertragspartner für den Abschluß von Zweitverträgen zu gewährleisten“⁴²⁷. Auch bei der Beurteilung eines Verstoßes gegen §§ 14 und 20 GWB aF meinte der BGH: „Zunächst läßt sich den getroffenen Feststellungen, aber auch dem Parteivorbringen nichts dafür entnehmen, daß die empfohlenen Betriebe über eine – im Verhältnis zu den Mitgliedern der Klägerin - überlegene Marktmacht verfügen“⁴²⁸ (sie wurde ferner aber nicht analysiert).

Nach der Meinung des BGH stellte die Preisbindungsstrategie üblicherweise einen Missbrauch der Vertrags- und Gestaltungsfreiheit dar, was im Einklang mit dem Wortlaut des § 14 GWB aF stand. Aber solange dieser Missbrauch nur innerhalb des Schuldverhältnisses zwischen bindendem und gebundenem Vertragspartner blieb, da Dritte Ausweichmöglichkeiten hatten und somit auf diese keine Marktmacht ausgeübt werden konnte, wurde er keinen wettbewerbsbeschränkenden Charakter aufweisen (Dieses bedenkliche Ergebnis konnte aber gegebenenfalls durch die gerichtliche Überprüfung der Billigkeit nach §§ 315, 316 BGB vermieden werden)⁴²⁹.

Dass ein Marktakteur nur dann erfolgreich eine Preis- bzw. Konditionenstrategie durchsetzen kann, wenn er über Marktmacht verfügt, wurde, zumindest teilweise, durch den BGH vertreten, wenn er bezüglich eines Verstoßes gegen § 14 GWB aF ausführte, dass „[e]in Unternehmen, das ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist und diese Stellung dazu ausnutzt, Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen zu fordern, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden, verstößt gegen das Verbot der mißbräuchlichen Ausnutzung einer *marktbeherrschenden* Stellung (§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB)“⁴³⁰. So erklärt der BGH auch unter Berufung auf das TKG: „Schließlich unterliegt die Preisgestaltung [...] den Beschränkung des § 24 TKG, nach dessen Absatz 1 die geforderten Entgelte sich an den Kosten der ‚effizienten Leistungsbereitstellung‘ zu orientieren haben und nach dessen Absatz 2 sie keine

⁴²⁵ Vgl. BGH v. 05.02.2002, KZR 3/01 (*Jugendnachfahrten*), wo auch im Bezug auf ein angebliches Verstoß gegen § 22 GWB analysiert wurde; BGH v. 08.03.2003, KZR 3/02 (*1 Riegel extra*).

⁴²⁶ So BGH v. 06.02.2001, KZR 37/99 (*Kabel-Hausverteilanlagen*). Vgl.dazu BGHZ 80, 43, 53 (*Garant*); BGHZ 97, 317, 321 (*EH-Partners-Vertrag*); BGHZ 140, 342, 350 (*Preisbindung durch Franchisegeber*).

⁴²⁷ So BGH v. 06.02.2001, KZR 37/99 (*Kabel-Hausverteilanlagen*).

⁴²⁸ BGH v. 14.03.2000, KZR 15/98 (*Zahnersatz aus Manila*).

⁴²⁹ Vgl. BGH v. 06.02.2001, KZR 37/99 (*Kabel-Hausverteilanlagen*).

⁴³⁰ So BGH v. 06.02.2001, KZR 37/99 (*Kabel-Hausverteilanlagen*).

Aufschläge enthalten dürfen, die nur aufgrund der *marktbeherrschenden* Stellung [...] der Beklagten durchsetzbar sind⁴³¹.

Diese Überlegungen entsprachen der korrekten ökonomisch orientierten Analysenmethode einer dieser *per-se-Verbote* (die trotzdem diesem Fall nicht durchgeführt worden sind). Die Voraussetzungen des § 19 GWB sollten also bei der Beurteilung eines Verstoßes gegen § 14 geprüft werden.

Auch im Rahmen der Interessensabwägung, die bei § 21 Abs. 1 GWB aF zur Feststellung einer Unbilligkeit der Behinderung stattfindet, könne, so der BGH, es maßgeblich darauf ankommen, ob der Verrufer über eine marktbeherrschende Stellung verfüge⁴³². In der Entscheidung⁴³³ *Beteiligungsverbot für Schilderträger I* heißt es wörtlich: „Das Berufungsgericht hat eine unbillige Beeinträchtigung der Klägerin schon deswegen verneint, weil ihr andere Bezugs- und Absatzmöglichkeiten in ausreichendem Maße zur Verfügung stünden. Auf diesen Gesichtspunkt kommt es indessen nicht entscheidend an. Die Frage, ob eine Beeinträchtigung unbillig ist, muß ebenso wie im Rahmen des § 20 Abs. 1 GWB durch eine umfassende Abwägung der schutzwürdigen Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB beantwortet werden [...]“⁴³⁴ Die alternativen Absatz- oder Bezugsmöglichkeiten des gesperrten Unternehmens können in diesem Rahmen eine Rolle spielen, jedoch allein als ein Umstand unter mehreren. Keinesfalls ist eine Liefer- oder Bezugssperre schon deshalb unbedenklich, weil das gesperrte Unternehmen andere Absatz- oder Bezugsmöglichkeiten hat. Denn die Abhängigkeit des gesperrten Unternehmens ist keine Voraussetzung des Boykottatbestandes⁴³⁵.

Dann ergänzte der BGH wie folgt: „Das Berufungsgericht hat bislang keine Feststellungen dazu getroffen, ob der Beklagte als [...] über eine marktbeherrschende Stellung verfügt [...]“⁴³⁶. Hierzu bestand aus seiner Sicht zunächst auch keine Veranlassung, da der Beklagte ungeachtet einer besonderen Marktstellung Adressat des Boykottverbots ist. Jedoch kann die Frage der Marktstellung bei der Bewertung der Interessen auch im Rahmen des Boykottatbestands des § 21 Abs. 1 GWB eine entscheidende Rolle spielen. [...] *Denn der Beklagte wäre für den Fall, dass er [...] über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, grundsätzlich zu einer Gleichbehandlung der Interessenten verpflichtet*⁴³⁷.

Bei der Entscheidung⁴³⁸ *Beteiligungsverbot für Schilderträger II* stellte der BGH folgendes fest: „In der ersten Revisionsentscheidung hat der Bundesgerichtshof dieses Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen [...], um die – hier im Rahmen der Interessenabwägung maßgebliche – Frage zu klären, ob der Beklagte [...] auf dem Markt für [...] eine *marktbeherrschende* Stellung einnimmt“. Das Berufungsgericht hat, um eine potentielle marktbeherrschende Stellung beurteilen zu können, den sachlichen und räumlichen Markt abgegrenzt.

⁴³¹ So BGH v. 06.02.2001, KZR 37/99 (*Kabel-Hausverteilanlagen*).

⁴³² So BGH v. 28.09.1999, WuW/E DE-R 395 (*Beteiligungsverbot für Schilderträger I*).

⁴³³ Erste Revisionsentscheidung. BGH v. 28.09.1999, WuW/E DE-R 395 (*Beteiligungsverbot für Schilderträger I*).

⁴³⁴ Dazu zitiert BGH, . v. 25.10.1988, WuW/E BGH 2562, 2563 (*markt-intern-Dienst*); BGH v. 02.07.1996, WuW/E BGH 3067, 3071 (*Fremdleasingboykott II*); WuW/E DE-R 303, 305 f. (*Sitzender Krankentransport*).

⁴³⁵ BGH v. 28.09.1999, WuW/E DE-R 395 (*Beteiligungsverbot für Schilderträger*).

⁴³⁶ Hier berief sich auf den Urteil BGH v. 14.07.1998, WuW/E DE-R 201, 202 (*Schilderträger im Landratsamt*).

⁴³⁷ BGH v. 28.09.1999, WuW/E DE-R 395 (*Beteiligungsverbot für Schilderträger*).

⁴³⁸ Zweite Revisionsentscheidung. BGH v. 03.07.2001, KZR 11/00 (*Beteiligungsverbot für Schilderträger II*).

Obwohl in den *Beteiligungsverbot für Schilderpräger*-Entscheidungen keine allgemeine Voraussetzung bezüglich der Erforderlichkeit einer marktbeherrschenden Stellung im Rahmen des § 21 GWB anerkannt wurde, ist zumindest klar geworden, dass das Vorliegen von Marktmacht in diesem Zusammenhang eine entscheidende Rolle spielen kann.

2. Räumlich relevanter Markt

Unterschiedliche Kriterien und Methoden lassen sich auch bei der geographischen Marktabgrenzung, die in der Rechtsprechung durchgeführt wurden, beobachten.

Das Absatzgebietkriterium⁴³⁹ ist in einigen Fällen für die räumliche Marktbestimmung verwendet worden. Ein Lieferradius⁴⁴⁰ als Indiz für einen räumlich relevanten Markt wurde auch in einigen Untersuchungen der Rechtsprechung festgelegt. Seit ein paar Jahren wird zunehmend das Vorliegen homogener⁴⁴¹ Wettbewerbsbedingungen untersucht sowie die Preisunterschiede⁴⁴², die Transportkosten⁴⁴³ bzw. -merkmale und die Vertriebsstrukturen⁴⁴⁴.

In Bezug auf die maximale Größe des räumlichen Markts, hatte neulich der BGH in seinem Beschluss über den *Staubsaugerbeutelmarkt* ein neues Kriterium festgelegt: „[...] hat die Rüge der Rechtsbeschwerde aber auch deswegen Erfolg, weil an dem in der Backofenmarkt-

D⁴³⁹ KG v. 22.03.1983, WuW/E OLG 2862 ff. (*Reve / Florimex*). Das Kammergericht führt in dieser Entscheidung aus: „Den räumlich relevanten Markt bildet das Absatzgebiet von F., welches das Land Bayern und die Einzugsgebiete von Freiburg und Ravensburg erfasst“. Vgl. dazu KG, WuW/E OLG 1989, 1990, wo auf das aus historisch und wirtschaftlichen Gründen gebildete Absatzgebiet für Zement abgestellt wird. Auch der BGH stellt in einem Beschluss vom 16.02.1982, WuW/E BGH 1905 ff. (*Münchener Anzeigenblätter*) auf das Absatzgebiet ab. Für die räumliche Abgrenzung wurden sublokale Märkte angenommen, die durch das jeweilige Verteilungsgebiet der Ausgaben der Anzeigenblätter bestimmt wurden. Als Argument führt der BGH an, dass sich die bezirkliche Werbung in einem bestimmten Anzeigenblatt nicht mit derjenigen in einem anderen Anzeigenblatt austauschen lasse. Ebenso entschied der BGH am 22.09.1987, WuW/E BGH 2433 ff. (*Gruner + Jahr – Zeit*), ebenfalls bei einem Pressezusammenschluss, auf dem Gebiet von Wochenzeitungen, die in ganz Deutschland zu beziehen war. Hierbei legte der BGH als räumlich relevanten Markt wiederum das Verbreitungsgebiet der Wochenzeitung fest. Vgl. dazu KG v. 24.10.1979, WuW/E OLG 2228 ff. (*Zeitungsmarkt München*).

⁴⁴⁰ Vgl. KG, WuW/E OLG 2862, 2863 (*bituminöses Mischgut*); KG v. 22.03.1983, WuW/E OLG 2862 ff. (*Reve / Florimex*); KG v. 16.12.1987, WuW/E OLG 4167, 4168 (*Kampffmeyer / Plange*) – Lieferradius von 150 km - ; BGH v. 23.1.1973, WuW/E BGH 1655 ff. (*Zementanlage II*); BGH v. 13.07.2004, KVR 2/03 (*Sanacorp / ANZAG*), wo um ein Radius von 150 km ging.

⁴⁴¹ Vgl. BGH v. 07.03.1989, WuW/E BGH 2575 ff. (*Kampffmeyer / Plange*); BGH v. 05.10.2004, KVR 14/03 (*Staubsaugerbeutelmarkt*). Da heißt es: „Allerdings weist die Rechtsbeschwerdeerwiderung mit Recht darauf hin, dass die Marktverhältnisse im Europäischen Wirtschaftsraum sowohl hinsichtlich der Volumina als auch hinsichtlich der Marktanteile nicht als homogen bezeichnet werden können“.

⁴⁴² Vgl. BGH v. 07.03.1989, WuW/E BGH 2575 ff. (*Kampffmeyer / Plange*). In diesem Beschluss entschied der BGH über einen Zusammenschluss im Bereich der Getreidevermahlung. Nach der Feststellung des KG bestanden regionale Preisunterschiede für Mehl. Mit diesem und anderen Argumenten (u.a. Transportkostenbelastung und homogene Wettbewerbsbedingungen auf regionaler Ebene) war bereits das KG zur regionalen Marktabgrenzung gelangt. Diese wurde vom BGH nicht beanstandet.

⁴⁴³ Frachtkosten spielten bereits in dem Beschluss des BGH *Zementanlage II* vom 23.1.1973, WuW/E BGH 1655 ff., bei dem es um den Zementmarkt ging, eine Rolle. In diesem Beschluss hatte der BGH die Untersagung des Erwerbs des Zementwerks Bremen seitens der Hansa-Zement und Kalk GmbH & Co KG zu überprüfen. Der BGH ging von einem regionalen Markt beim Zementhandel aus. Der örtliche Markt wurde durch die Frachtkostenbelastung begrenzt. Zwar lag der Frachtkosten bedingte Absatzradius bei 200 km, doch konnte nach Ansicht des BGH dieser Radius nicht ausgeschöpft werden. Der Markt wurde enger abgegrenzt. Vgl. dazu KG v. 16.12.1987, WuW/E OLG 4167, 4168 (*Kampffmeyer / Plange*); KG v. 22.03.1983, WuW/E OLG 2862 ff. (*Reve / Florimex*); KG v. 25.10.1974, WuW/E OLG 1534 ff. (*Zementanlage I*); KG v. 16.10.1984, WuW/E OLG 3367 ff. (*Metro / Kaufhof*).

⁴⁴⁴ Vgl. BGH v. 13.07.2004, KVR 2/03 (*Sanacorp / ANZAG*), wo die Logistik berücksichtigt wurde.

Entscheidung aufgestellten Grundsatz, der räumlich relevante Markt könne nicht größer als das Bundesgebiet sein, aus heutiger Sicht nicht festgehalten werden kann“. Weiter heißt es: „Die Vorstellung eines normativ beschränkten räumlichen Marktes entsprach zwar im Jahre 1995 noch einer weit verbreiteten Ansicht, doch lag stets ein gewisser Widerspruch darin, dass der relevante Markt bei dem Geltungsbereich des Gesetzes an eine normative Grenze stößt. Denn die räumlichen Grenzen eines Marktes lassen sich allein nach ökonomischen und nicht nach rechtlichen Kategorien bemessen. Im europäischen Binnenmarkt, in dem die nationalen Grenzen keine Marktzutrittschranken mehr bilden und sich deswegen die räumlich relevanten Märkte unabhängig von den Staatsgrenzen zwischen den Mitgliedstaaten entwickeln, ist eine solch mit der ökonomischen Wirklichkeit nicht in Einklang stehende künstliche Grenze besonders unbefriedigend [...] Für eine normative Begrenzung des räumlich relevanten Marktes bestehen keine zwingenden Gründe“⁴⁴⁵. Letztendlich stellte der BGH fest: „[A]usgehend von der zutreffenden Annahme, dass nach deutschem Kartellrecht ein Zusammenschluss nur untersagt werden kann, wenn er im Geltungsbereich des Gesetzes eine marktbeherrschende Stellung entstehen lässt oder verstärkt (§ 130 Abs. 2, § 36 Abs. 1 GWB), diene die normative Begrenzung des räumlich relevanten Marktes dazu, den räumlich relevanten Markt mit dem Gebiet in Deckung zu bringen in dem das Entstehen oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung festgestellt werden muss. Eine Notwendigkeit hierzu besteht aber nicht. Denn wenn ein Unternehmen durch einen Zusammenschluss auf einem Markt, der über die Grenzen eines Landes hinausgeht, eine marktbeherrschende Stellung erlangt, dann liegt auch in jedem räumlichen Teilbereich dieses Marktes eine beherrschende Stellung vor. Umgekehrt fehlt es an einer marktbeherrschenden Stellung im Geltungsbereich des Gesetzes, wenn ein Unternehmen lediglich in dem inländischen Marktsegment über einen Anteil verfügt, der – wenn es sich nicht um ein Marktsegment, sondern um einen eigenständigen Markt handelte – die Annahme einer Marktbeherrschung rechtfertigen könnte“⁴⁴⁶.

Durch diesen bahnbrechenden Beschluss wies der BGH zu einer tendenziell mehr ökonomisch orientierten räumlichen Marktabgrenzung hin, durch welche die negativen Effekte des *Backofenmarkt*-Beschlusses vermieden werden konnten. Wie bereits erläutert, hat § 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 GWB diese Problematik endgültig gelöst.

Aus denselben Gründen, die für die sachliche Marktbestimmung gelten und oben erläutert wurden, scheint auch die räumliche Marktabgrenzung in der deutschen Rechtsprechung tendenziell nicht so akribisch zu sein wie die vom BKartA.

Einen entscheidenden Schritt in die richtige Richtung hatte allerdings der BGH durch den *Staubsaugerbeutelmarkt*-Beschluss getan, da er zu einer im Wesentlichen ökonomisch orientierten Analyse führte, welcher durch die aktuelle Fassung des GWB bestätigt worden ist.

In Bezug auf die Beurteilung der *per-se-Verbote* lassen sich die Schlussfolgerungen, die für die sachliche Marktabgrenzung des BGH gezogen wurden, auf die räumliche Marktabgrenzung übertragen.

⁴⁴⁵ BGH v. 05.10.2004, KVR 14/03 (*Staubsaugerbeutelmarkt*).

⁴⁴⁶ BGH v. 05.10.2004, KVR 14/03 (*Staubsaugerbeutelmarkt*).

B. Europäische Gemeinschaft

I. Verwaltungsentscheidungen

1. Sachlich relevanter Markt

Die Praxis der Kommission ist, wie schon erwähnt⁴⁴⁷, zumindest teilweise vom Kriterium des Bedarfsmarkts und folglich von der Methode des verständigen Verbrauchers geprägt. So definierte die Kommission den sachlich relevanten Markt als „alle Erzeugnisse, die vom Verbraucher hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden“⁴⁴⁸. Die Definition wurde wenig später insofern eingengt, als eine „vernünftige“ Austauschbarkeit erforderlich sein soll⁴⁴⁹.

Ausgangspunkt der Marktabgrenzung ist damit nach der Praxis der Kommission eine Untersuchung der Beschaffenheitsmerkmale und des Verwendungszwecks der Produkte⁴⁵⁰. Die Kommission geht davon aus, dass Produkte, die für denselben Zweck geeignet sind, von den Abnehmern als austauschbar angesehen werden und daher demselben Markt angehören und umgekehrt⁴⁵¹. Noch vor der Betrachtung des Verwendungszwecks steht jedoch regelmäßig die Prüfung der Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen⁴⁵².

⁴⁴⁷ Siehe S. 50.

⁴⁴⁸ Kommission v. 02.10.1991, WuW/E EV 1975, 1977 (*Aérospatiale-Alenia / de Havilland*). Vgl. dazu Fn. 209. Die Sicht der Marktgegenseite war von besonderer Bedeutung in Kommission v. 10.03.2003, COMP/A.38.477/D2 (*British Airways / SN Brussels Airlines*). Da unterschied die Kommission zwischen „time-sensitive“ und „non time-sensitive“ Kunden; in Kommission v. 30.11.2003, COMP/38.370 (*O2 UK Limited / T-Mobile UK Limited*), wird zwischen Groß- und Endabnehmer unterschieden.

⁴⁴⁹ Kommission v. 09.12.1991, WuW/E EV 1783, 1788 (*Lucas / Eaton*). In Kommission v. 24.03.2004, COMP/C-3/37.792 (*Kommission / Microsoft*), heißt es: „[a] relevant product market comprises all those products and/or services which are regarded as interchangeable or substitutable by the consumer, by reason of the products' characteristics, their prices and their intended use (demand-side substitutability)“.

⁴⁵⁰ Vgl. S. 54.

⁴⁵¹ Wegen unterschiedlicher Nutzungsmöglichkeiten wurde die Austauschbarkeit daher verneint in: Kommission v. 02.09.1991, WuW/E EV 1658, 1660 (*Digital / Philips*), in dieser Entscheidung ging es um Computer und Arbeitsstationen in verschiedenen Größenordnungen. Da die Größenunterschiede zu verschiedenen Anwendungsmöglichkeiten und Einsatzgebieten führten, die Computer also nach verschiedenen Verwendungszwecken unterschieden werden konnten, wurden sie verschiedenen Märkten zugeordnet. In der Entscheidung Kommission v. 14.02.1995, WuW/E EV 385 (*Mercedes-Benz / Käseböhren*) wurden getrennte Märkte für Stadt- Überland und Reisebusse angenommen, da die unterschiedlichen Verweildauer im Bus unterschiedliche Anforderungen hinsichtlich Komfort, Ausstiegsmöglichkeiten und dergleichen erfordere; Märkte wurden ebenfalls nach Nutzungsmöglichkeiten unterschieden in: Kommission v. 19.12.1991, WuW/E EV 1806, 1808 (*VLG / EB Brühl*); Kommission v. 14.04.1993, WuW/E EV 490 (*Thomson / Short*); Kommission v. 10.08.1992, WuW/E EV 1983, 1984 (*Rhône-Poulenc / SNLA*); Kommission v. 31.03.1993, WuW/E EV 2030, 2032 (*Fletcher / Challenge / Methanex*); Kommission v. 05.05.1995, WuW/E EV 2326, 2328 (*Kirch / Riechemont / Multichoice / Telepiii*); Kommission v. 18.01.2000, Fall COMP/M.1630 Tz. 17 f (*Air Liquide / BOC*); Kommission v. 10.03.2003, COMP/A.38.477/D2 (*British Airways / SN Brussels Airlines*), da wurde das Flug- und Bahntransport als Alternativen betrachtet; Kommission v. 30.11.2003, COMP/38.370 (*O2 UK Limited / T-Mobile UK Limited*).

⁴⁵² Z.B. Kommission v. 02.10.1991, WuW/E EV 1975, 1977 (*Aérospatiale-Alenia / de Havilland*): Zulassungsvoraussetzungen, Sicherheitsanforderungen, Größe, Komfort und Anzahl der Sitzplätze als zu unterschiedende Eigenschaften; Kommission v. 14.04.1993, WuW/E EV 490 (*Thomson / Short*): Reichweite von Raketen; Kommission v. 09.12.1991, WuW/E EV 1783, 1788 (*Lucas / Eaton*): Unterschiedliche Bremssysteme für verschiedene Gewichtsklassen von Fahrzeugen; Kommission v. 08.11.1991, WuW/E EV 1730, 1731 f. (*Metallgesellschaft / Saffic Alcan*): Gummi natürlicher und künstlicher Herkunft; Kommission v. 19.12.1991, WuW/E EV 1763, 1767 (*Courtaulds / SNLA*): Garne aus verschiedenen Materialien mit unterschiedlichen Eigenschaften; Kommission v. 23.02.1995, Fall IV/M. 533, Tz. 18 (*TWD / Akzo Nobel / Kaugtextil*); Kommission v. 22.07.1992, WuW/E EV 1903, 1905 (*Nestlé / Perrier*): In dieser Entscheidung

Wie die deutsche kartellrechtliche Praxis sieht auch die Kommission das Bestehen von Preisunterschieden als Indiz für das Vorliegen von verschiedenen Märkten an⁴⁵³. Bei dauerhaften, erheblichen Preisunterschieden liegt die Annahme nahe, dass die Austauschbarkeit weitgehend ausgeschlossen ist und daher getrennte Märkte vorliegen. Insbesondere gilt dies natürlich dann, wenn mit den unterschiedlichen Preisen eine unterschiedliche Qualität verbunden ist. Kreuzpreiselastizitäten sind daher häufig zu beobachten⁴⁵⁴.

Der HM-Test spielt heutzutage im Zusammenhang mit den Preisanalysen gemäß der BmDrM eine große Rolle⁴⁵⁵. Die Angebotsumstellungsflexibilität⁴⁵⁶, die auch beim HM-Test analysiert wird, ist gegebenenfalls auch für die Kommission relevant.

verneinte die Kommission die Austauschbarkeit abgefüllter Brunnenwässer und Erfrischungsgetränke, da Zusammensetzung und Geschmack unterschiedliche Eigenschaften darstellen und einen unterschiedlichen Verwendungszweck begründen; Kommission v. 08.12.1999, IV/E-1/35.860-B (*Kommission / Vallourec S.A. u.a.*); Kommission v. 13.12.2000, COMP 33.133 (*Kommission / ICI*), hier wird leichte und schwere Soda demselben Markt zugeordnet; Kommission v. 16.07.2003, COMP/37.975 (*Kommission / Yamaba*); Kommission v. 30.10.2002, COMP/35.587 (*Kommission / PO Video Games*), COMP/35.706 (*Kommission / PO Nintendo Distribution*), COMP/35.321 (*Kommission / Omega - Nintendo*); Kommission v. 16.07.2003, COMP / 38.233 (*Kommission / Wanadoo Interactive*); Kommission v. 29.12.2003, COMP/C.2-38.287 (*Telenor / Canal+ / Canal Digital*); Kommission v. 24.03.2004, COMP/C-3/37.792 (*Kommission / Microsoft*); Kommission v. 26.05.2004, COMP/M.3418 (*General Dynamics / Alvis*).

⁴⁵³ Vgl. Kommission v. 02.10.1991, WuW/E EV 1975, 1977 (*Aerospatiale-Alenia / de Havilland*); Kommission v. 06.06.1991, WuW/E EV 1626, 1628 (*Viag / Continental Can*); Kommission v. 22.07.1992, WuW/E EV 1903, 1905 (*Nestlé / Perrier*); Kommission v. 11.03.1994, Fall IV/M. 406 (*Philips / Hoechst*); Kommission v. 10.10.2001, COMP/36.264 (*Kommission / Mercedes-Benz*); Kommission v. 16.07.2003, COMP / 38.233 (*Kommission / Wanadoo Interactive*); Kommission v. 30.11.2003, COMP/38.370 (*O2 UK Limited / T-Mobile UK Limited*), da lautet „[a]ngesichts der Vorteile der Mobilität und des dafür gezahlten höheren Preises sind Mobilfunkdienste in der Regel nicht durch Festnetzdienste substituierbar [...] gehören deshalb unterschiedlichen Dienstmärkten an [...]“; Kommission v. 28.05.2004, COMP/M.3396 (*Group 4 Falck / Securicor*); Kommission v. 09.08.2004, COMP/M.3439 (*Afga-Gevaert / Lastra*).

⁴⁵⁴ Vgl. Kommission v. 22.07.1992, WuW/E EV 1903, 1905 (*Nestlé / Perrier*); Kommission v. 21.06.1994, Abl. 1994 L 354/32 Tz. 48 ff. (*Procter & Gamble / VP Schickedanz*); Kommission v. 22.01.1997, Abl. 1997 L 218/15 Tz. 37 f. (*Coca-Cola / Amalgamated Beverages BG*); Kommission v. 15.10.1997, Fall IV/M. 938, Tz. 10 (*Guinness / Grand Metropolitan*); Kommission v. 06.07.1994, Fall IV/M. 460, Tz. 15 (*Holdercim / Cedest*); Kommission v. 19.07.1993, Fall IV/M. 334, Tz. 15 (*Costa Crociere / Chargeurs / Accor*); Kommission v. 30.09.1992, Abl. 1993 L 7/13 Tz. 28 (*Du Pont / ICI*); Kommission v. 04.12.1996, Fall IV/M. 774, Tz. 64 (*Saint-Gobain / Wacker-Chemie / NOM*); Kommission v. 19.07.2000, Fall COMP/M. 1939, Tz. 7 (*Rexam / American National Can*); Kommission v. 29.12.2003, COMP/C.2-38.287 (*Telenor / Canal+ / Canal Digital*).

⁴⁵⁵ Siehe S. 44 ff. Vgl. dazu Kommission v. 21.06.1994, Abl. 1994 L 354/32 Tz. 48 ff. (*Procter & Gamble / VP Schickedanz*); Kommission v. 22.01.1997, Abl. 1997 L 218/15 Tz. 37 f. (*Coca-Cola / Amalgamated Beverages BG*); Kommission v. 19.07.1993, Fall IV/M. 334, Tz. 15 (*Costa Crociere / Chargeurs / Accor*); Kommission v. 04.12.1996, Fall IV/M. 774, Tz. 64 (*Saint-Gobain / Wacker-Chemie / NOM*); Kommission v. 16.07.2003, COMP / 38.233 (*Kommission / Wanadoo Interactive*); Kommission v. 09.06.2004, COMP/M.3997 (*Owens-Illinois / BSN Glasspack*).

⁴⁵⁶ Siehe Fn. 154 und 276. Vgl. Kommission v. 09.12.1991, WuW/E EV 1783, 1788 (*Lucas / Eaton*); Kommission v. 12.02.1992, WuW/E EV 1814, 1815, Tz. 9 (*Steeley / Termac*); Kommission v. 29.11.1993, Fall IV/M. 390, Tz. 27 (*AKZO / Nobel Industrier*); Kommission v. 22.01.1997, Abl. 1997 L 218/15 Tz. 37 f. (*Coca-Cola / Amalgamated Beverages BG*); Kommission v. 02.10.1991, WuW/E EV 1975, 1977 (*Aerospatiale-Alenia / de Havilland*); Kommission v. 06.06.1991, WuW/E EV 1626, 1628 (*Viag / Continental Can*); Kommission v. 22.07.1992, WuW/E EV 1903, 1905 (*Nestlé / Perrier*); Kommission v. 21.06.1994, Abl. 1994 L 354/32 Tz. 48 ff. (*Procter & Gamble / VP Schickedanz*); Kommission v. 12.11.1992, Abl. 1993 L 114/34 Tz. 68. (*Mannesmann / Hoechst*); Kommission v. 04.12.1996, Fall IV/M. 774, Tz. 64 (*Saint-Gobain / Wacker-Chemie / NOM*); Kommission v. 19.07.2000, Fall COMP/M. 1939, Tz. 7 (*Rexam / American National Can*); Kommission v. 29.12.2003, COMP/C.2-38.287 (*Telenor / Canal+ / Canal Digital*); Kommission v. 24.03.2004, COMP/C-3/37.792 (*Kommission / Microsoft*); Kommission v. 09.06.2004, COMP/M.3997 (*Owens-Illinois / BSN Glasspack*).

Zur Ermittlung der Kriterien und Methoden werden teilweise Befragungen⁴⁵⁷ der Nachfrager oder Wettbewerber durchgeführt; außerdem wird die statistische Evidenz analysiert.

Ein Überblick der Praxis der Kommission lässt tendenziell eine positive Auffassung gegenüber ökonomischen Kriterien erkennen.

Bezüglich der Beurteilung der Verstöße gegen Art. 81 EGV ist die Kommission folgender Meinung: „Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes brauchen bei der Anwendung von Artikel 81 Absatz 1 die tatsächliche Auswirkungen einer Vereinbarung oder eines Beschlusses nicht berücksichtigt zu werden, wenn erwiesen ist, dass diese(r) eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt“⁴⁵⁸.

„In einer Entscheidung aufgrund von Artikel 81 EG-Vertrag ist die Kommission dann verpflichtet, eine Marktabgrenzung vorzunehmen, wenn ohne eine solche Abgrenzung nicht bestimmt werden kann, ob der fragliche Beschluss der Unternehmensvereinigung den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt. Wenn die Kommission nachweisen kann, dass [...] eine Zuwiderhandlung begangen hat, die eine Beschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Markt bezweckte und ihrem Wesen nach geeignet war, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, ist sie nicht zu einer Marktabgrenzung verpflichtet“⁴⁵⁹.

Damit ist die Kommission im Rahmen einer Ermittlung gemäß Art. 81 EGV nach ihrer eigenen Aussage nur dann zur Marktabgrenzung verpflichtet, wenn ohne eine solche Abgrenzung nicht bestimmt werden kann, ob der beurteilte Sachverhalt (Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen) den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sei und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt. Die Frage bleibt, wann eine solche Eignung ohne Marktabgrenzung möglich ist und wann nicht. Hierfür werden von der Kommission keinerlei Kriterien vorgelegt.

Die genannte Auffassung der Kommission kann in der Praxis bedeuten, dass bereits die Erforderlichkeit einer Marktabgrenzung mangels objektiver Kriterien willkürlich bestimmt werden kann.

Es ist jedoch festzuhalten, dass – im Gegenteil zur deutschen Praxis - nur in wenigen Ermittlungen der Kommission nach Art. 81 EGV die bloße Subsumierung des gegebenen Sachverhalts unter den Tatbestand des Art. 81 EGV vorliegt⁴⁶⁰. In der überwiegenden

⁴⁵⁷ Vgl. Kommission v. 08.12.1999, IV/E-1/35.860-B (*Kommission / Vallourec S.A. u.a.*); Kommission v. 28.05.2004, COMP/M.3396 (*Group 4 Falk / Securicor*).

⁴⁵⁸ Kommission v. 24.06.2004, COMP/38549 (*L'Ordre des Architectes belge*), Rn. 92. Dazu zitiert die Kommission folgende Urteilen: EuGH v. 13.07.1966, Slg. 1966, 322 (*Etablissements Consten S.A. & Grundig-Verkaufs-GmbH / Kommission*) und EuGH v. 06.07.1999, Slg. 1999, I-4539, Rn. 122 und die darin zitierte Rechtsprechung.

⁴⁵⁹ Vgl. Kommission v. 24.06.2004, COMP/38549 (*L'Ordre des Architectes belge*), Rn. 93. Dazu zitiert EuGH v. 06.07.2000, Slg. 2000, II-2707 (*Volkswagen / Kommission*), Rn. 230 und 231. Vgl. dazu Kommission v. 03.12.2003, COMP/2003/3793/2/0 (*Elektronische und mechanische Kohlenstoff- und Graphitprodukte*), Rn. 13.

⁴⁶⁰ Vgl. Kommission v. 24.06.2004, COMP/38549 (*L'Ordre des Architectes belge*). Hier handelt es sich um eine angebliche Preisbindung.

Mehrheit der Entscheidungen⁴⁶¹ wird der sachliche und räumliche Markt tatsächlich abgegrenzt⁴⁶² und das Vorhandensein von Marktmacht ermittelt, so dass die Willkürlichkeitsrisiken tendenziell niedrig erscheinen.

2. Räumlich relevanter Markt

Unterschiedliche Kriterien und Methoden lassen sich auch bei der geographischen Marktabgrenzung, welche die Kommission durchführt, beobachten.

So ist in einigen Fällen das Absatzgebietkriterium⁴⁶³ verwendet worden. Ein Lieferradius⁴⁶⁴ als Indiz für einen räumlich relevanten Markt wurde in einigen Untersuchungen festgelegt. Das Vorliegen homogener Wettbewerbsbedingungen⁴⁶⁵ wird seit einiger Zeit zunehmend untersucht. Preisunterschiede⁴⁶⁶, Handelsströme⁴⁶⁷, Transportkosten⁴⁶⁸ bzw. -merkmale und die Vertriebsstrukturen⁴⁶⁹ werden immer wieder als Kriterien herangezogen.

⁴⁶¹ Vgl. Fn. 452 mit 453.

⁴⁶² Vgl. Kommission v. 08.10.2002, COMP/C2/38.014 (*IFPI „Simulcasting“*), Rn. 32 ff.; Kommission v. 14.11.2002, COMP/37.396/D2 (*Revised TACA*), Rn. 36 ff.; Kommission v. 10.03.2003, COMP/A.38.477 (*British Airways / SN Brussels Airlines*), Rn. 8 ff.; Kommission v. 16.07.2003, COMP/37.975 (*PO / Yamaha*), Rn. 12 ff.; Kommission v. 03.12.2003, COMP/2003/3793/2/0 (*Elektronische und mechanische Kohlenstoff- und Graphitprodukte*), Rn. 48 ff.; Kommission v. 29.12.2003, COMP/C.2-38.287 (*Telenor / Canal+ / Canal Digital*), Rn. 25 ff.; Kommission v. 07.04.2004, COMP/38.284/D2 (*Société Air France / AlitaliaLinee Aeree Italiane S.p.A.*), Rn. 39 ff.; Kommission v. 29.09.2004, COMP/C.37.750/B2 (*Brasseries Kronenbourg / Brasseries Heineken*). Auch die Marktstruktur und folglich die Marktmacht wurde in diesen Entscheidungen ermittelt.

⁴⁶³ Vgl. In Kommission v. 31.07.2001, WuW/E EV 679 ff. (*Identrus*), nahm die Kommission bei den angebotenen Diensten einen Weltmarkt an, weil sie auf globaler Basis angeboten wurden und internationale Transaktionen zwischen Unternehmen ermöglichten; Kommission v. 20.01.1999, WuW/E EV 368 ff. (*Gaz de France / BEWAG / GASAG*); In Kommission v. 02.06.1998, WuW/E EV 74 ff. (*Thyssen / Krupp*) stützte die Kommission sich auf das Tätigkeitsgebiet der Anbieter; vgl. noch Kommission v. 26.06.1998, WuW/E EV 133 ff. (*Schweizer Rück / NCM*).

⁴⁶⁴ Vgl. Kommission v. 08.12.2004, COMP/M.3572 (*CEMEX / RCM*), da lautet: „The investigation carried out by the Commission has indicated that the transport possibility of ready-mixed concrete is limited in the time to around 90 minutes [...]. The distances can be covered within this timeframe clearly vary depending on the local transport conditions, although most respondents indicated a radius of 20 to 30 km as the relevant one“.

⁴⁶⁵ Vgl. Kommission v. 12.11.1992, Abl. 1993 L 114/34 Tz. 68. (*Mannesmann / Hoechst*), da ging die Kommission von einem deutschen nationalen Markt aus. Die Wettbewerbsbedingungen in Deutschland wurden erheblich anders verglichen mit denen in anderen in anderen Mitgliedstaaten angesehen; in Kommission v. 09.11.1994, Abl. 1994 L 364. (*MSG Media Service*) sah die Kommission die in Deutschland angebotenen Programme in weitem Ausmaß nicht gegen in anderen Ländern angebotene Programme als austauschbar; Kommission v. 30.07.1997, Abl. 1997 L 336. (*Boeing / McDonnell*), kam ein Weltmarkt in Betracht, da weltweit unter ähnlichen Wettbewerbsbedingungen verkauft wurden und die durchschnittlichen Transportkosten für die Auslieferung minimal waren; Kommission v. 27.05.1998, WuW/E EV 2343 ff. (*Deutsche Telekom / Beta Research*).

⁴⁶⁶ Vgl. Kommission v. 21.06.1994, Abl. 1994 L 354/32 Tz. 48 ff. (*Procter & Gamble / VP Schickedanz*); Kommission v. 04.12.1996, Fall IV/M. 774, Tz. 64 (*Saint-Gobain / Wacker-Chemie / NOM*); Kommission v. 16.07.2003, COMP/37.975 (*Kommission / Yamaha*); Kommission v. 30.10.2002, COMP/35.587 (*Kommission / PO Video Games*), COMP/35.706 (*Kommission / PO Nintendo Distribution*), COMP/35.321 (*Kommission / Omega - Nintendo*); Kommission v. 28.05.2004, COMP/M.3396 (*Group 4 Falk / Securicor*); Kommission v. 09.08.2004, COMP/M.3439 (*Agfa-Gevaert / Lastra*).

⁴⁶⁷ Das Import- und Exportverhalten wurde von der Kommission in der Entscheidung v. 09.03.1999, Abl. L 20 (*Danish Crown / Vestjyske Slagterier*) erörtert; vgl. dazu Kommission v. 11.02.1998, Abl. L 211 (*Agfa-Gevaert / Du Pont*), wo erheblicher Handel zwischen den Mitgliedstaaten bestand; Kommission v. 08.12.1999, IV/E-1/35.860-B (*Kommission / Vallourec S.A. u.a.*); Kommission v. 28.05.2004, COMP/M.3396 (*Group 4 Falk / Securicor*); Kommission v. 09.06.2004, COMP/M.3997 (*Owens-Illinois / BSN Glasspack*).

⁴⁶⁸ In Kommission v. 03.12.1997, Abl. L 201 (*VEBA / Degussa*) spielte die Transportmöglichkeiten eines Produkts eine Rolle; Kommission v. 06.07.1998, WuW/E EV 71 ff. (*Halliburton / Dresser*); Kommission v.

Oberflächliche⁴⁷⁰ Ermittlungen des räumlichen Marktes sind eher selten anzutreffen, komplexe⁴⁷¹ Analysen bilden die Mehrheit der Untersuchungen – insgesamt ein positiver Befund.

Die Schlussfolgerungen, die bereits im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung im Zusammenhang mit Verstößen gegen Art. 81 EGV gezogen worden sind, lassen sich ohne weiteres auf den Problembereich der räumlichen Marktabgrenzung übertragen.

II. Rechtsprechung

1. Sachlich relevanter Markt

Nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH umfasst der sachlich relevante Markt alle Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die sich aufgrund ihrer Merkmale zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders eignen und mit anderen Erzeugnissen oder Dienstleistungen nur in geringem Maße austauschbar sind⁴⁷².

Aufgrund dessen verwendet der EuGH bei der sachlichen Marktbestimmung die Merkmale eines Produktes wie Beschaffenheiten, Eigenschaften und wirtschaftliche Verwendungszwecke der Waren oder Dienstleistungen als übliche Parameter⁴⁷³. Ebenfalls eine Rolle bei den Marktanalysen der Rechtsprechung spielen Preisunterschiede bzw. -ähnlichkeiten⁴⁷⁴ zwischen den potentiellen Substituten. Auch die Angebotsumstellungsflexibilität⁴⁷⁵ ist schon in einigen Fällen analysiert worden. Vereinzelt greift der EuGH auf den Preis zurück, um Kreuzpreiselastizitäten⁴⁷⁶ zu ermitteln.

Hinsichtlich des Umfangs der Ermittlungen bei der sachlichen Marktabgrenzung lässt sich auf europäischer Ebene das gleiche Phänomen beobachten wie in Deutschland: Die

20.01.1999, WuW/E EV 368 ff. (*Gaz de France / BEWAG / GASAG*); Kommission v. 08.12.1999, IV/E-1/35.860-B (*Kommission / Vallourec S.A. u.a.*); Kommission v. 09.02.2000, Abl. L 120 (*Linde / AGA*); Kommission v. 30.10.2002, COMP/35.587 (*Kommission / PO Video Games*), COMP/35.706 (*Kommission / PO Nintendo Distribution*), COMP/35.321 (*Kommission / Omega - Nintendo*); Kommission v. 28.10.2004, COMP/M.3583 (*Flextronics / Nortel*); Kommission v. 09.06.2004, COMP/M.3997 (*Owens-Illinois / BSN Glasspack*); Kommission v. 28.05.2004, COMP/M.3396 (*Group 4 Falk / Securicor*); Kommission v. 09.08.2004, COMP/M.3439 (*Afga-Gevaert / Lastra*).

⁴⁶⁹ Vgl. Kommission v. 28.09.1992, WuW/E EV 1989 (*Linde / Fiat*); Kommission v. 14.02.1995, WuW/E EV 385 (*Mercedes-Benz / Kässböhrer*); Kommission v. 09.03.1999, Abl. L 20 (*Danish Crown / Vestfyske Slagterier*); Kommission v. 16.07.2003, COMP/37.975 (*Kommission / Yamaha*); Kommission v. 03.12.2003, COMP/2003/3793/2/0 (*Kommission / C. Conradt u.a.*).

⁴⁷⁰ Vgl. Kommission v. 13.12.2000, COMP 33.133 (*Kommission / ICI*).

⁴⁷¹ Vgl. Kommission v. 03.12.2003, COMP/2003/3793/2/0 (*Kommission / C. Conradt u.a.*); Kommission v. 09.06.2004, COMP/M.3997 (*Owens-Illinois / BSN Glasspack*); Kommission v. 09.08.2004, COMP/M.3439 (*Afga-Gevaert / Lastra*).

⁴⁷² Vgl. EuGH v. 26.11.1998, Slg. I-7791 (*Bronner / Kommission*), Rn. 33.

⁴⁷³ Vgl. EuGH v. 06.03.1974, Slg. 223 (*Comercial Solvent / Kommission*); EuGH v. 13.02.1979, Slg. 461, 516 (*Hoffmann-La Roche / Kommission*); EuGH v. 11.12.1980, Slg. 3775, 3793 (*L'Oreal v. De Nieuwe AMCK / Kommission*); EuGH v. 09.11.1983, Slg. 346 (*Niederlandsche Banden-Industrie Michelin / Kommission*); EuGH v. 05.10.1988, Slg. 6211 (*Volvo / Weng*); EuGH v. 05.10.1988, Slg. 5987 (*Aksatel / Novasam*); EuGH v. 11.04.1989, Slg. 5193 (*Ahmed Saeed Flugreisen / Zentrale zur Bekämpfung*). EuGH v. 06.10.1994, Slg. 762 (*Tetra Pak International / Kommission*); EuGH v. 06.04.1995, Slg. I-743 (*RTE und ITP / Kommission*); EuGH v. 08.07.2003, Rs. T-374/00 (*Verband der freien Rohrwerke e.V. u.a. / Kommission*).

⁴⁷⁴ Vgl. EuGH v. 17.12.1998, Rs. C-185/95 P (*Baustahlgewebe / Kommission*).

⁴⁷⁵ Vgl. EuGH v. 21.02.1973, Slg. 215 (*Europemballage Corporation und Continental Can / Kommission*); EuGH v. 12.12.1991, Slg. II 1439 (*Hilti / Kommission*); EuGH v. 06.10.1994, Slg. 762 (*Tetra Pak International / Kommission*).

⁴⁷⁶ Vgl. EuGH v. 14.02.1978, Slg. 207 (*United Brands Co. und United Brands Continental BV / Kommission*).

sachliche Marktabgrenzung, die in der Rechtsprechung des EuGH zu beobachten ist, erfolgt längst nicht so akribisch wie die von der Kommission. Anders als in Deutschland ist der Unterschied zwischen Verwaltung und Rechtsprechung aber noch größer: So widerspricht der EuGH einer Marktabgrenzung der Kommission in aller Regel nicht⁴⁷⁷, und die Rügen der Kläger werden regelmäßig wegen Mangels an Beweisen zurückgewiesen. Eine etwas ausführlichere Analyse wird nur in wenigen Urteilen beobachtet⁴⁷⁸.

Bezüglich der Marktabgrenzung im Rahmen des Art. 81 EGV hat der EuGH im Fall *Volkswagen* im Jahr 2000 folgendes entschieden: „Um den Umfang der Verpflichtung der Kommission zu bestimmen, vor der Feststellung eines Verstoßes gegen die gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln den relevanten Markt zu definieren, ist darauf hinzuweisen, daß die Abgrenzung des Marktes in einem Fall des Artikels 85 EG-Vertrag [jetzt Art. 81 EGV] nicht dieselbe Rolle spielt wie in einem Fall des Artikels 86 EG-Vertrag (jetzt Artikel 82 EG). Bei der Anwendung des Artikels 86 EG-Vertrag hat die angemessene Definition des relevanten Marktes notwendig jeder Beurteilung eines angeblich wettbewerbswidrigen Verhaltens voranzugehen, da vor dem Nachweis der mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung die Existenz einer solchen Stellung auf einem bestimmten Markt nachgewiesen werden muß, was die vorherige Abgrenzung dieses Marktes voraussetzt. In einem Fall des Artikels 85 EG-Vertrag dagegen ist der relevante Markt gegebenenfalls zu definieren, um zu bestimmen, ob die Vereinbarung, der Beschluß der Unternehmensvereinigung oder die abgestimmte Verhaltensweise, um die es geht, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt⁴⁷⁹ [...] Folglich ist die Kommission verpflichtet, in einer Entscheidung aufgrund von Artikel 85 EG-Vertrag eine Marktabgrenzung vorzunehmen, wenn ohne eine solche Abgrenzung nicht bestimmt werden kann, ob die Vereinbarung, der Beschluß der Unternehmensvereinigung oder die abgestimmte Verhaltensweise, um die es geht, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt [...]“⁴⁸⁰.

Diese Ausführungen stehen in Widerspruch zur Praxis der Kommission, die sich auf das Urteil *European Night Services u. a.*⁴⁸¹ beruft, das besagt, dass eine Marktabgrenzung unterbleiben kann, wenn die Einschränkung des Wettbewerbs offenkundig sei.

Im Licht der genannten Rechtsprechung ist somit zu prüfen, so der EuGH, ob die Kommission ohne eine Abgrenzung der relevanten Märkte die Feststellung treffen konnte, dass die streitige Vereinbarung geeignet sei, in spürbarer Weise den Wettbewerb einzuschränken und den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen⁴⁸².

⁴⁷⁷ EuGH v. 06.07.2000, Rs. T-62/98 (*Volkswagen / Kommission*); EuGH v. 05.07.2001, Rs. T-25/99 (*Roberts und Roberts / Kommission*); EuGH v. 28.02.2002, Rs. T-395/04 (*Atlantic Container Line AB u.a. / Kommission*); EuGH v. 24.10.2002, Rs. C-82/01 P (*Aéroports de Paris / Kommission*); EuGH v. 08.07.2003, Rs. T-374/00 (*Verband der freien Rohrwerke e.V. u.a. / Kommission*); EuGH v. 30.09.2003, Rs. T-346/02 und T-347/02, (*Cableuropa S.A. u.a. / Kommission*); EuG v. 17.12.2003, Rs. T-219/99 (*British Airways / Kommission*).

⁴⁷⁸ EuGH v. 05.07.2001, Rs. T-25/99 (*Roberts und Roberts / Kommission*).

⁴⁷⁹ Vgl. EuGH v. 21.02.1995, Slg. II-289 (*SPO u. a. / Kommission*), Rn. 74.

⁴⁸⁰ EuGH v. 06.07.2000, Rs. T-62/98 (*Volkswagen / Kommission*), Rn. 234. Die Kommission beruft sich in diesem Zusammenhang normalerweise auf dem Urteil des EuGH v. 15.09.1998, Slg. 1998, II-3141 (*European Night Services u. a. / Kommission*), Rn. 93 bis 95 und 105. Vgl. EuGH v. 28.02.2002, Rs. T-395/04 (*Atlantic Container Line AB u.a. / Kommission*); EuGH v. 19.03.2003, Rs. T-213/00 (*CMA CGM u.a. / Kommission*), Rn. 206., Rn. 83; EuGH v. 11.12.2003, Rs. T-61/99 (*Adriatica di Navigazione / Kommission*), Rn. 27.

⁴⁸¹ EuGH v. 15.09.1998, Slg. 1998, II-3141 (*European Night Services u.a. / Kommission*).

⁴⁸² Vgl. EuGH v. 19.03.2003, Rs. T-213/00 (*CMA CGM u.a. / Kommission*), Rn. 208.

Die gerichtliche Kontrolle der Beurteilung, die die Kommission hinsichtlich der Definition der Referenzmärkte vorgenommen hat, bezieht sich nur auf die Frage, ob ein offensichtlicher Beurteilungsfehler vorliegt⁴⁸³.

Im Urteil *Adriatica di Navigazione* (Dezember 2003) wird ein neues Element berücksichtigt. Dort heißt es: „Wie die Klägerin aufzeigt, können die Rügen wegen der Abgrenzung des relevanten Marktes durch die Kommission auch andere Gesichtspunkte im Zusammenhang mit der Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages betreffen, wie z. B. die Reichweite des fraglichen Kartells, seinen einheitlichen oder umfassenden Charakter oder das Ausmaß der individuellen Beteiligung jedes der betroffenen Unternehmen. Bei diesen Gesichtspunkten handelt es sich zwar nicht um Tatbestandsmerkmale des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages, die wie das Bestehen einer Vereinbarung zwischen Unternehmen, die Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten und die Beeinträchtigung des Wettbewerbs in dieser Bestimmung ausdrücklich vorgesehen sind. Es handelt sich aber um Gesichtspunkte, die mit dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit für die Begehung kollektiver Zuwiderhandlungen, den der Gerichtshof in seinem Urteil vom 8. Juli 1999 in der Rechtssache C-49/92 P (Kommission/Anic Partecipazioni, Slg. 1999, I-4125, Randnr. 78) ausdrücklich anerkannt hat, und mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen wie den Grundsätzen der Rechtssicherheit und der Verhältnismäßigkeit eng verknüpft sind“⁴⁸⁴.

Bei der Abwägung folgt: „Wie die Klägerin unterstreicht, sind die Risiken, die damit verbunden sind, dass die Kommission ein Unternehmen für komplexe Zuwiderhandlungen verantwortlich macht, ohne den relevanten Markt genau abzugrenzen, nicht zu vernachlässigen. Ein derartiger Mangel an Genauigkeit könnte nämlich erhebliche Folgen für die Beziehungen zwischen Dritten und den Unternehmen haben, an die eine Entscheidung gerichtet ist, in der ein Kartell geahndet wird. Es ist vorstellbar, dass Kunden der zur Verantwortung gezogenen Unternehmen unter Berufung darauf, dass in der Entscheidung die Existenz eines allgemeinen Preiskartells als erwiesen angesehen werde, versuchen werden, Ersatz der Schäden zu erlangen, die ihnen dadurch entstanden sind, dass sie im maßgeblichen Zeitraum für Beförderungsdienste Preise zahlen mussten, die höher waren als die Wettbewerbspreise“⁴⁸⁵.

Der EuGH zieht daher folgenden Schluss: „Es ist daher *wünschenswert*, dass die Kommission, wenn sie eine Entscheidung erlässt, in der die Beteiligung eines Unternehmens an einer komplexen, kollektiven und ununterbrochenen Zuwiderhandlung, wie sie bei Kartellen oft vorliegt, festgestellt wird, über die Prüfung der besonderen Tatbestandsmerkmale des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages hinaus berücksichtigt, dass eine solche Entscheidung nur insoweit zur persönlichen Verantwortlichkeit jedes ihrer Adressaten führen kann, als deren Beteiligung an den geahndeten kollektiven Verhaltensweisen nachgewiesen ist und diese zutreffend umrissen sind. Da eine derartige Entscheidung erhebliche Folgen für die Beziehungen der betroffenen Unternehmen nicht nur zur Verwaltung, sondern auch zu Dritten haben kann, *hat die Kommission den oder die relevanten Märkte zu prüfen* und in den Gründen der Entscheidung, in der eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages geahndet wird, genau genug zu bestimmen, um die Funktionsweise des Marktes, auf dem der Wettbewerb verfälscht wird,

⁴⁸³ Vgl. EuGH v. 06.07.2002, Slg. II-2585 (*Airtours / Kommission*), Rn. 26 und 32; EuGH v. 30.09.2003, Rs. T.346/02 und T-347/02, (*Cableuropa S.A. u.a. / Kommission*), Rn. 119.

⁴⁸⁴ EuGH v. 11.12.2003, Rs. T-61/99 (*Adriatica di Navigazione / Kommission*), Rn. 30.

⁴⁸⁵ EuGH v. 11.12.2003, Rs. T-61/99 (*Adriatica di Navigazione / Kommission*), Rn. 31.

zu erfassen und gleichzeitig den wesentlichen Anforderungen der Rechtssicherheit zu genügen⁴⁸⁶.

Der EuGH beruft sich damit auf die Grundsätze der Rechtssicherheit und der Verhältnismäßigkeit, um zu rechtfertigen, dass eine Marktabgrenzung im Rahmen eines Art. 81 EGV-Verfahrens wünschenswert sei, er stützt seine Entscheidung also nicht auf ökonomische Gründe. Trotz dieser Empfehlung wurde aber im Juli 2004, im Fall *Mannesmannröhren-Werke*, die letztgenannte Auffassung nicht wiederholt, sondern das ursprüngliche *Volkswagen*-Kriterium erneut herangezogen⁴⁸⁷.

Die gegenwärtige Meinung des EuGH bezüglich der Erforderlichkeit einer Marktabgrenzung im Rahmen des Art. 81 EGV ist also nicht klar zu erkennen. Es bleibt abzuwarten, in welche Richtung die Rechtsprechung des EuGH in Zukunft tendieren wird.

2. Räumlich relevanter Markt

Der EuGH hat bestätigt, dass es sich bei dem relevanten geografischen Markt um einen abgegrenzten räumlichen Bereich handelt, in dem das relevante Erzeugnis vertrieben wird und in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind, um eine vernünftige Einschätzung der Auswirkungen des angemeldeten Zusammenschlusses auf den Wettbewerb zu ermöglichen⁴⁸⁸.

Der EuGH bezieht in seine Abwägung zunehmend die Prüfung homogener⁴⁸⁹ Wettbewerbsbedingungen ein. In wenigen Fällen sind auch Preisunterschiede⁴⁹⁰ berücksichtigt worden, ebenso wie Handelsströme⁴⁹¹, Transportkosten⁴⁹² bzw. -merkmale und Vertriebsstrukturen⁴⁹³.

Wie es auch bei der sachlichen Marktbestimmung der Fall ist, ist die Praxis des EuGH bei der räumlichen Marktabgrenzung keineswegs positiv zu bewerten: Ausführliche Abwägungen sind in der Regel nicht zu erkennen. Tendenziell erfolgt die räumliche Marktabgrenzung nur aufgrund weniger Kriterien, die berücksichtigt werden.

⁴⁸⁶ EuGH v. 11.12.2003, Rs. T-61/99 (*Adriatica di Navigazione / Kommission*), Rn. 32.

⁴⁸⁷ EuGH v. 08.07.2004, Rs. T-44/00 (*Mannesmannröhren-Werke / Kommission*), Rn. 132.

⁴⁸⁸ EuGH v. 31.03.1998, Slg. 1998, I-1375 (*Frankreich / Kommission*), Rn. 143.

⁴⁸⁹ Vgl. EuGH v. 14.02.1978, Slg. 207 (*United Brands Co. und United Brands Continental BV / Kommission*); EuGH v. 21.07.1997, Slg. II 1689 (*Deutsche Bahn / Kommission*); EuGH v. 17.12.2003, Rs. T-219/99 (*British Airways / Kommission*).

⁴⁹⁰ Vgl. EuGH v. 31.03.1998, Slg. 1998, I-1375 (*Frankreich / Kommission*).

⁴⁹¹ Vgl. EuGH v. 31.03.1998, Slg. 1998, I-1375 (*Frankreich / Kommission*).

⁴⁹² Vgl. EuGH v. 09.11.1983, Slg. 346 (*Niederländische Banden-Industrie Michelin / Kommission*); EuGH v. 12.12.1991, Slg. II 1439 (*Hilti / Kommission*); EuGH v. 10.03.1992, Slg. 1403 (*Societa Italiano Vetro / Kommission*); EuGH v. 06.10.1994, Slg. 762 (*Tetra Pak International / Kommission*); EuGH v. 31.03.1998, Slg. 1998, I-1375 (*Frankreich / Kommission*).

⁴⁹³ Vgl. EuGH v. 13.02.1979, Slg. 461, 516 (*Hoffmann-La Roche / Kommission*); EuGH v. 09.11.1983, Slg. 346 (*Niederländische Banden-Industrie Michelin / Kommission*); EuGH v. 17.12.2003, Rs. T-219/99 (*British Airways / Kommission*).

C. USA

I. Verwaltungsentscheidungen

1. Sachlich relevanter Markt

Die Überwachung der Einhaltung des amerikanischen *antitrust laws* stehen zwei Bundesbehörden zu, und zwar der *Antitrust Division* des DoJ und der FTC, die über teilweise überlappende Zuständigkeiten verfügen⁴⁹⁴.

Ebenso wie in Deutschland und in Europa ist Ausgangspunkt der Marktabgrenzung in den USA eine Untersuchung der Beschaffenheitsmerkmale und des Verwendungszwecks der Produkte⁴⁹⁵. Auch die amerikanischen Behörden gehen davon aus, dass Produkte, die für denselben Zweck geeignet sind, von den Abnehmern als austauschbar angesehen werden und daher demselben Markt angehören und umgekehrt.

Preisunterschiede⁴⁹⁶ und Kreuzpreiselastizität⁴⁹⁷ zwischen den fraglichen Produkten wird ebenso wie in den anderen Rechtsordnungen als Indiz für das Vorliegen von verschiedenen Märkten angesehen. Bei den Preisanalysen spielt der HM-Test⁴⁹⁸ heutzutage gemäß der HMG eine überwiegende Rolle. Dieser wird im Gegensatz zu den anderen Rechtsordnungen, regelmäßig durchgeführt. Die Ermittlung der Angebotsumstellungsflexibilität ist dagegen eher selten.

⁴⁹⁴ Siehe Blechman, Michael D. / Bernstein, Robert B. (2001), S. 7; Hildebrand, Doris (2002), S. 90 f.

⁴⁹⁵ Vgl. *Antitrust Division v. 29.03.1996, US DC Delaware (United States / Waste Industries)*; *FTC v. 07.02.1997, File No. 961 0004, Rs. No. C-3709 (FTC / Time Warner, Inc. u.a.)*; *Antitrust Division v. 20.07.1999, Rs. 1:99 CV 01962, US DC Columbia (United States / Allied Waste Industries)*; *Antitrust Division v. 05.11.1999, Rs. 1:00CV0243, US DC Columbia (United States / Alcoa)*; *Antitrust Division v. 08.11.1999, Rs. 1:99CV02959, US DC Columbia (United States / AlliedSignal u.a.)*; *Antitrust Division v. 21.06.1999, Rs. 3-99 CV 398-H, US DC Northern District of Texas (United States / Aetna)*; *FTC v. 28.12.1999, File No. 991 0288, Rs. No. C-3913 (FTC / The Associated Ocel Company Limited)*; *Antitrust Division v. 20.03.2000, Rs. 00 C 1687, US DC Northern District of Illinois (United States / The Earthgrains Company)*; *FTC v. 21.04.2000, File No. 991 0237, Rs. No. C-3930 (FTC / Rhodia, Donau Chemie AG u.a.)*; *FTC v. 26.05.2000, File No. 981 0395, Rs. No. C-3945 (FTC / Abbott Laboratories)*; *Antitrust Division v. 18.12.2000, Rs. 1:00CV03006, US DC Columbia (United States / Aktiebolaget Volvo)*; *FTC v. 27.02.2001, File No. 001 0215, Rs. No. C-3987 (FTC / Philip Morris Companies, Inc.)*; *FTC v. 20.03.2001, File No. 001 0092, Rs. No. C-3992 (FTC / The Boeing Company)*; *Antitrust Division v. 06.06.2001, Rs. 1:01CV01237, US DC Columbia (United States / 3D Systems Corporation)*; *FTC v. 18.06.2001, File No. 001 0012, Rs. No. C-4014 (FTC / Lafarge S.A.)*; *FTC v. 14.05.2002, File No. 011 0141, Rs. No. C-4031 (FTC / Valero Energy Corporation u.a.)*; *FTC v. 27.02.2003, File No. 021 0090, Rs. No. C-4066 (FTC / Wal-Mart Stores, Inc., u.a.)*; *Antitrust Division v. 29.09.2003, Rs. 1:03CV02012, US DC Columbia (United States / Alcan Aluminium)*.

⁴⁹⁶ Vgl. *Antitrust Division v. 21.06.1999, Rs. 3-99 CV 398-H, US DC Northern District of Texas (United States / Aetna)*; *Antitrust Division, Rs. 1: 00CV02824, US DC Columbia (United States / Georgia-Pacific Corporation)*.

⁴⁹⁷ Vgl. *FTC v. 15.12.1998, File No. 981 0134, Rs. No. C-3838 (FTC / Albertson's, Inc. u.a.)*; *FTC v. 27.02.2003, File No. 021 0090, Rs. No. C-4066 (FTC / Wal-Mart Stores, Inc., u.a.)*.

⁴⁹⁸ Vgl. *Antitrust Division v. 29.03.1996, US DC Delaware (United States / Allied Waste Industries)*; *Antitrust Division v. 21.06.1999, Rs. 3-99 CV 398-H, US DC Northern District of Texas (United States / Aetna)*; *Antitrust Division v. 05.11.1999, Rs. 1:00CV0243, US DC Columbia (United States / Alcoa)*; *Antitrust Division v. 08.11.1999, Rs. 1:99CV02959, US DC Columbia (United States / AlliedSignal u.a.)*; *FTC v. 28.12.1999, File No. 991 0288, Rs. No. C-3913 (FTC / The Associated Ocel Company Limited)*; *Antitrust Division v. 20.03.2000, Rs. 00 C 1687, US DC Northern District of Illinois (United States / The Earthgrains Company)*; *FTC v. 21.04.2000, File No. 991 0237, Rs. No. C-3930 (FTC / Rhodia, Donau Chemie AG u.a.)*; *Antitrust Division v. 18.12.2000, Rs. 1:00CV03006, US DC Columbia (United States / Aktiebolaget Volvo)*; *Antitrust Division v. 06.06.2001, Rs. 1:01CV01237, US DC Columbia (United States / 3D Systems Corporation)*; *FTC v. 27.02.2003, File No. 021 0090, Rs. No. C-4066 (FTC / Wal-Mart Stores, Inc., u.a.)*; *Antitrust Division v. 29.09.2003, Rs. 1:03CV02012, US DC Columbia (United States / Alcan Aluminium)*.

Zur Ermittlung der Kriterien und Methoden werden teilweise Befragungen⁴⁹⁹ der Nachfragern oder Wettbewerber durchgeführt.

Die von der FTC durchgeführten Untersuchungen scheinen gegenüber der Praxis der Antitrust Division nicht so ausführlich zu sein⁵⁰⁰. So findet in der Regel keinerlei Abwägung der Evidenzen statt.

Die Praxis der Antitrust Division und – mit Einschränkung - des FTC ist insgesamt jedoch eher positiv zu bewerten. Besonders auffällig ist der Grad an Standardisierung der Methoden zur Marktbestimmung, was einerseits wegen der Gewinnung an Sicherheit positiv bewertet werden könnte, aber andererseits die Vertiefung der Ermittlungen beeinträchtigen könnte.

Section 1 Sherman Act wird auch seitens der Antitrust Division bei der Analyse der *Harcore*-Beschränkungen⁵⁰¹ als ein *per-se-Verbot* interpretiert mit der Folge bloßer Subsumierung des Sachverhalts unter die genannte Vorschrift⁵⁰² ohne Abgrenzung des relevanten Marktes⁵⁰³. Darunter fallen die Preis- und Mengenabsprachen, die Marktaufteilungen sowie die Submissionsabsprachen⁵⁰⁴. Bei solchen Vereinbarungen gehen die amerikanischen Antitrust-Behörden davon aus, dass sie wegen ihrer schädlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb und des Fehlens eines ausgleichenden Vorteils zwingend als unvernünftig angesehen werden und damit rechtswidrig sind⁵⁰⁵ ohne nähere Untersuchungen, inwieweit sie tatsächlich Schaden angerichtet haben oder inwieweit sie kaufmännisch gerechtfertigt sein können. Trotzdem werden in einigen Fällen bei der Analyse eines Verstoßes gegen Section 1 Sherman Act Marktmarkt abwägungen und Ermittlungen der potentiellen Wettbewerbsbeschränkungen durchgeführt.

2. Räumlich relevanter Markt

Unterschiedliche Kriterien und Methoden lassen sich auch bei der räumlichen Marktabgrenzung, welche die amerikanischen Antitrust-Behörden durchführen, erkennen.

⁴⁹⁹ Vgl. Antitrust Division v. 21.06.1999, Rs. 3-99 CV 398-H, US DC Northern District of Texas (*United States / Aetna*).

⁵⁰⁰ Vgl. FTC v. 07.01.1999, File No. 981 0324, Rs. No. C-3842 (*FTC / Medtronic, Inc.*); FTC v. 22.04.1999, File No. 991 0040, Rs. C-3867, (*FTC / ABB AB und ABB AG*); FTC v. 18.12.2001, File No. 001 0040, Rs. No. C-4029 (*FTC / Airgas, Inc.*); FTC v. 25.03.1999, Rs. No. C-3858 (*FTC / Allied Domecq Spirits & Wine Americas, Inc.*).

⁵⁰¹ Vgl. Bundeskartellamt (2000a), S. 17.

⁵⁰² (i) eine Mehrzahl von Beteiligten; (ii) eine Vereinbarung muss vorliegen; (iii) die Vereinbarung muss den Handeln oder den Wirtschaftsverkehr beschränken). Vgl. Blechman, Michael D. / Bernstein, Robert B. (2001), S. 14 ff.

⁵⁰³ Vgl. Antitrust Division v. 21.12.1992, Rs. 92-2854, US DC Columbia (*United States / Airline Tariff Publishing Company u.a.*); Antitrust Division, Rs. 96 CIV 5313 (RWS), US DC Southern District of New York (*United States / Alex Brown & Sons u.a.*); Antitrust Division v. 19.01.1994, Rs. 94-1026, US DC Central District of Illinois (*United States / Alliant Techsystems*); Antitrust Division v. 29.03.1996, US DC Delaware (*United States / Allied Waste Industries*); Antitrust Division v. 18.12.1997, US DC Columbia (*United States / International Business Machines*).

⁵⁰⁴ Vgl. *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 391 (1927). Blechman, Michael D. / Bernstein, Robert B. (2001), S. 15 ff.; Bundeskartellamt (2000a), S. 17.

⁵⁰⁵ Vgl. *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 U.S. 411, 110 S. Ct. 798, 107 L. Ed. 2d 851, 866 (1990); dazu Bundeskartellamt (2000a), S. 17.

Das Absatzgebietkriterium⁵⁰⁶ ist in mehreren Fällen verwendet worden. Auch ein Lieferradius⁵⁰⁷ als Indiz für einen räumlich relevanten Markt wurde in einigen Untersuchungen festgelegt. Anders als in anderen Rechtsordnungen wird das Vorliegen homogener Wettbewerbsbedingungen nicht geprüft. Ermittlungen der Preisunterschiede⁵⁰⁸, der Handelsströme⁵⁰⁹ und der Transportkosten⁵¹⁰ sind hingegen häufig durchgeführt worden. Der HM-Test⁵¹¹ wird im Verhältnis zur Praxis des deutschen und europäischen Rechts sehr viel häufiger durchgeführt. Die Bewertung sämtlicher Kriterien bei der räumlichen Marktabgrenzung seitens der amerikanischen Behörden ist insgesamt positiv zu bewerten.

II. Rechtsprechung

1. Sachlich relevanter Markt

Die amerikanischen Gerichte beginnen die Prüfung der Frage, ob Marktmacht vorliegt oder nicht, regelmäßig mit einer Marktabgrenzung⁵¹². Laut der Rechtsprechung der USA ist ein Markt aus kartellrechtlicher Sicht „any grouping of sales whose sellers, if unified by a monopolist or a hypothetical cartel, would have market power in dealing with any group of buyers“⁵¹³. Methodologisch betrachtet beginnt die sachliche Marktabgrenzung nach amerikanischer Rechtsprechung mit der Ware oder Dienstleistung des fraglichen Marktakteurs; die Produktsubstitute werden in die Analyse einbezogen⁵¹⁴.

Die Beschaffenheiten, Eigenschaften und wirtschaftlichen Verwendungszwecke der Waren oder Dienstleistungen sind auch die üblichen Parameter, die bei der sachlichen

⁵⁰⁶ Vgl. Antitrust Division v. 20.07.1999, Rs. 1:99 CV 01962, US DC Columbia (*United States / Allied Waste Industries*); Antitrust Division v. 18.12.2000, Rs. 1:00CV03006, US DC Columbia (*United States / Aktiebolaget Volvo*); Antitrust Division v. 29.09.2003, Rs. 1:03CV02012, US DC Columbia (*United States / Alcan Aluminium*).

⁵⁰⁷ Vgl. Antitrust Division v. 29.03.1996, US DC Delaware (*United States / Allied Waste Industries*); Antitrust Division v. 21.06.1999, Rs. 3-99 CV 398-H, US DC Northern District of Texas (*United States / Aetna*); Antitrust Division v. 20.07.1999, Rs. 1:99 CV 01962, US DC Columbia (*United States / Allied Waste Industries*); FTC v. 18.06.2001, File No. 001 0012, Rs. No. C-4014 (*FTC / Lafarge S.A.*).

⁵⁰⁸ Vgl. Antitrust Division v. 20.03.2000, Rs. 00 C 1687, US DC Northern District of Illinois (*United States / The Earthgrains Company*);

⁵⁰⁹ Vgl. FTC v. 28.12.1999, File No. 991 0288, Rs. No. C-3913 (*FTC / The Associated Ocel Company Limited*); FTC v. 21.04.2000, File No. 991 0237, Rs. No. C-3930 (*FTC / Rhodia, Donau Chemie AG u.a.*); Antitrust Division v. 06.06.2001, Rs. 1:01CV01237, US DC Columbia (*United States / 3D Systems Corporation*); Antitrust Division v. 29.09.2003, Rs. 1:03CV02012, US DC Columbia (*United States / Alcan Aluminium*).

⁵¹⁰ Vgl. Antitrust Division v. 20.07.1999, Rs. 1:99 CV 01962, US DC Columbia (*United States / Allied Waste Industries*); Antitrust Division v. 20.03.2000, Rs. 00 C 1687, US DC Northern District of Illinois (*United States / The Earthgrains Company*);

⁵¹¹ Vgl. Antitrust Division v. 18.12.2000, Rs. 1:00CV03006, US DC Columbia (*United States / Aktiebolaget Volvo*); Antitrust Division v. 20.03.2000, Rs. 00 C 1687, US DC Northern District of Illinois (*United States / The Earthgrains Company*); Antitrust Division v. 29.09.2003, Rs. 1:03CV02012, US DC Columbia (*United States / Alcan Aluminium*).

⁵¹² Vgl. *Rebel Oil Co. v. Atlantic Richfield Co.*, 51 F.3d 1421, 1434 (9th Cir. 1995)

⁵¹³ So *Rebel Oil*, 51 F.3d, 1434; vgl. Dazu *Image Tech. Servs., Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 125 F.3d 1195, 1203-04 (9th Cir. 1997), da lautet: „The relevant market [...] for antitrust purposes is determined by the choices available to Kodak equipment owners“; *Coastal Fuels of P.R., Inc. v. Caribbean Petroleum Corp.*, 79 F.3d 182, 197 (1st Cir. 1996); *Olin Corp.*, 986 F.2d, 1299-1300; *California v. Sutter Health Sys.*, 130. Supp. 2d 1109, 1120, 1128-32 (C.D. Cal. 2001)

⁵¹⁴ So in *SmithKline Corp. V. Eli Lilly & Co.*, 575 F.2d 1056, 1063 (3d Cir. 1978).

Marktbestimmung seitens der amerikanischen Gerichte angewendet werden⁵¹⁵. Dass zwei Waren oder Dienstleistungen nach diesen Kriterien funktionell ähnlich sind, soll aber keineswegs zwingend bedeuten, dass sie demselben Markt zugeordnet werden sollen⁵¹⁶, eine vernünftige Austauschbarkeit (*reasonable interchangeability*)⁵¹⁷ muss erst als Voraussetzung bewiesen werden. In diesem Zusammenhang wird die tatsächliche *Nachfragesubstituierbarkeit* als entscheidender Faktor zur Würdigung einer vernünftigen Austauschbarkeit betrachtet⁵¹⁸.

Preisunterschiede⁵¹⁹ bzw. -ähnlichkeiten zwischen den potentiellen Substituten spielen auch eine sehr bedeutende bzw. entscheidende Rolle bei den Marktanalysen der Rechtsprechung. Die Angebotsumstellungsflexibilität⁵²⁰ ist schon in einigen Fällen analysiert worden, wo die bloße Nachfragesubstituierbarkeit keine hinreichende Evidenz geliefert hat. Vereinzelt wird auf den Preis zurückgegriffen, um Kreuzpreiselastizitäten⁵²¹ zu Zwecken der

⁵¹⁵ Vgl. *National Collegiate Athletic Assn.*, 468 U.S., at 101 -102, 111-112; *International Boxing Club of New York, Inc. v. United States*, 358 U.S. 242, 249 -252 (1959); *International Business Machines Corp. v. United States*, 298 U.S. 131 (1936); *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 21-22 (1984); *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985); *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 51-54 (D.C. Cir. 2001).

⁵¹⁶ Vgl. *United States v. Archer-Daniels-Midland Co.*, 866 F.2d, 242, 246 (8th Cir. 1988); *U.S. Anchor Mfg. v. Rule Indus., Inc.*, 7 F.3d 986, 995-96 (11th Cir. 1993); *FTC v. Staples*, 970 F. Supp., 1066-74 (D.D.C. 1997); *United States v. Gillette Co.*, 828 F. Supp. 78, 82-83 (D.D.C. 1993). In *Pfizer*, 246 F.Supp., 468, heißt es: „To determine whether [products] are in competition in a particular industry it is first necessary to decide whether they can be used for the same purpose –whether they are functionally interchangeable; and functional interchangeability does not require complete identity of use. Having found one or more products functionally interchangeable with [the product] in a particular use, the next question to be resolved is one of purchaser reaction – the willingness or readiness to substitute one for the other?”.

⁵¹⁷ So in *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 US 586 (1957). Da wird der sachliche Markt als „those products that have reasonable interchangeability for the purposes for which they are produced – price, use, and qualities considered”. In *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962), wird festgelegt, dass bei der Marktabgrenzung sieben sog. *practical indicia* zur vernünftigen Austauschbarkeit berücksichtigt werden sollten, nämlich „industry or public recognition of the [product market] as a separate economic entity, the product’s peculiar characteristics and uses, unique production facilities, distinct customers, distinct prices, sensitivity to price changes, and specialized vendors”. „[T]he general question is ‘whether two products can be used for the same purpose, and if so, whether and to what extent purchasers are willing to substitute one for the other’, so in *Hayden Pub. Co. V. Cox Broad. Corp.*, 730 F.2d 64, 70 n.8 (2d Cir. 1984).

⁵¹⁸ Vgl. *Illinois ex rel. Hartigan v. Panhandle E. Pipe Line Co.*, 730 F. Supp. 826, 900 (C.D. Ill. 1990); *Nobel Scientific Industries v. Beckman Instruments, Inc.*, 670 F. Supp. 1313 (D. Md. 1986).

⁵¹⁹ Vgl. *United States v. Archer-Daniels-Midland Co.*, 866 F.2d, 242, 246 (8th Cir. 1988); *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 51-54 (D.C. Cir. 2001).

⁵²⁰ Vgl. *Rebel Oil Co. v. Atlantic Richfield Co.*, 51 F.3d 1421, 1434 (9th Cir. 1995), wo behauptet wurde: „[D]efining a market on the basis of demand considerations alone is erroneous [...] A reasonable market definition must also be based on ‘supply elasticity’”; in *Virtual Maint., Inc. v. Prime Computer Inc.*, 11 F.3d 660, 664 (6th Cir. 1993) heißt es auch: „Defining a market, or ‘submarket’, on the basis of demand considerations alone is erroneous because such an approach fails to consider the supply side of the market”. „The cross-elasticity of supply would seem to be as important as the demand factor in determining relevant product market”, so in *United States v. Empire Gas Corp.*, 537 F.2d 296.303 (8th Cir. 1976); *SmithKline Corp. V. Eli Lilly & Co.*, 575 F.2d 1056, 1063 (3d Cir. 1978), wo der Gericht festlegte, dass die Aufgabe der Marktabgrenzung sei „to identify producers which, because of the similarity of their products, have the ability – actual or potential – to take significant amounts of business away from each other”; *Kaiser Aluminum & Chem. Corp. v. FTC*, 652 F. 2d 1324, 1330 (7th Cir. 1981); in *Twin City Sportservice, Inc. v. Charles O. Finley & Co.*, 512 F. 2d 1264, 1271 (9th Cir. 1975), wurde zusätzlich erklärt, die Ermittlung der Angebotsumstellungsflexibilität richte sich an „the ability of firms in a given line of commerce to turn their productive facilities toward the production of commodities in another line because of similarities in technology between them”; *Yoder Bros. v. Cal.-Fl. Plant Corp.*, 537 F. 2d 1347, 1367-68 (5th Cir. 1976); *Telex Corp. v. IBM*, 510 F. 2d 894, 916 (10th Cir. 1975); *Philadelphia Nat’l Bank*, 374 U.S., 359.

⁵²¹ Vgl. *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 US 594 (1952), da lautet: „For every product substitutes exist, but a relevant market cannot meaningfully encompass that infinite range, the circle must be drawn narrowly to exclude any other products to which, within reasonable variations in price, only a limited number of buyers will turn; *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 US 586 (1957); in *Brown*

Marktabgrenzung zu ermitteln. Der HM-Test ist, wie bei der Praxis der amerikanischen Antitrust-Behörden, ebenfalls von sehr großer Bedeutung⁵²².

Die sachliche Marktabgrenzung, wie sie in der amerikanischen Rechtsprechung zu beobachten ist, ist, scheint nicht so exakt und ausführlich zu sein wie die von der FTC und besonders der Antitrust Division. Insofern entspricht dieser Befund dem Vergleich zwischen Verwaltung und Rechtsprechung auf deutscher und europäischer Ebene. Es lässt sich aber erkennen, dass die amerikanischen Gerichte mehr Erfahrung und Tradition mit einer ökonomisch orientierten Auslegung haben als die Gerichte der anderen bereits untersuchten Rechtsordnungen.

Die Supreme Court folgt bei der Auslegung der *Harcore*-Beschränkungen gemäß Section 1 Sherman Act auch die bloße Subsumierung Praxis⁵²³, welche wie bereits herausgearbeitet wurde⁵²⁴ gesamtwirtschaftlich unerwünscht ist.

2. Räumlich relevanter Markt

Laut der amerikanischen Rechtsprechung ist der räumliche Markt: „[the] area in which the sellers operates and to which the purchaser can practicably turn for supplies“⁵²⁵. Dazu wurde festgestellt: „[A] metes-and-bounds description of the geographic market is not necessary since the identification of the relevant competitors [...] is the aim of defining a geographic market in the first place“⁵²⁶.

Unterschiedliche Kriterien und Methoden lassen sich auch bei der geographischen Marktabgrenzung, die in der amerikanischen Rechtsprechung durchgeführt werden, beobachten.

Ein Lieferradius⁵²⁷ als Indiz für einen räumlich relevanten Markt wurde auch in einigen Untersuchungen der Rechtsprechung festgelegt. Die Prüfung homogener Wettbewerbsbedingungen wird als Kriterium bei den räumlichen Marktabgrenzungen zumindest nicht ausdrücklich herangezogen. Preisunterschiede⁵²⁸ und Handelsströme⁵²⁹ (wo teilweise der *Elzinga-Hogarty*-Test durchgeführt wurde) sind auch in den Abwägungen zur

Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294 (1962), lautet: „[T]he reasonable interchangeability of use or the cross-elasticity of demand between the product itself and substitutes for it“. Vgl. Dazu *United States v. Continental Can Co.*, 378 U.S. 441, 456-57 (1964); *FTC v. PPG Indus.*, 798 F.2d 1500, 1504-06 (D.C. Cir. 1986); *Cable Holdings v. Home Video, Inc.*, 825 F.2d 1559, 1563 (11th Cir. 1987); *U.S. Anchor Mfg. v. Rule Indus., Inc.*, 7 F.3d 986, 995-96 (11th Cir. 1993).

⁵²² Vgl. *Coastal Fuels of P.R., Inc. v. Caribbean Petroleum Corp.*, 79 F.3d, 198 (1st Cir. 1996), da heißt es: „The touchstone of market definition is whether a hypothetical monopolist could raise prices“; *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 51-54 (D.C. Cir. 2001).

⁵²³ Vgl. *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons*, 220 U.S. 373 (1911); *Palmer v. BRG of Georgia, Inc.*, 498 U.S. 46 (1990).

⁵²⁴ Siehe S. 64 ff. und S. 69 ff.

⁵²⁵ So *Coastal Fuels of P.R., Inc. v. Caribbean Petroleum Corp.*, 79 F.3d, 197-98 (1st Cir. 1996).

⁵²⁶ So *United States v. Rockford Mem'l Corp.*, 717 F. Supp. 1251, 1277 (N.D. Ill. 1989).

⁵²⁷ Vgl. *United States v. Country Lake Foods Inc.*, 754 F. Supp. 669 (D. Minn. 1990); *United States v. Mercy Health Services*, 902 F. Supp. 968 (N.D. Iowa 1995); *FTC v. Freeman Hospital* 911 F.Supp. 1213 (W.D. MO. 1995); *FTC, et al., vs. Tenet Healthcare Corp.*, et al. 17 F. Supp. 2d 937 (E.D. Mo. 1998).

⁵²⁸ Vgl. *FTC v. Staples*, 970 F. Supp., 1066-74 (D.D.C. 1997).

⁵²⁹ Vgl. *United States v. Pabst Brewing Co.*, 348 US 546 (1966); *General Foods Corp.*, 3 Trade Reg. Rep. (CCH), 142 (06.04.1984); *United States v. Carilion Health Systems et al*, 707 F. Supp. 840 (W.D. Va. 1989) ; *FTC v. Freeman Hospital* 911 F.Supp. 1213 (W.D. MO. 1995); *United States v. Long Island Jewish Medical Center*, 983 F. Supp. 121 (E.D.N.Y. 1997).

Bestimmung eines geographischen Marktes berücksichtigt worden, ebenso die Transportkosten⁵³⁰. Im Vergleich zu den anderen Ländern größere Bedeutung hat der HM-Test⁵³¹ auch bei der Ermittlung des räumlichen Marktes durch die amerikanischen Gerichte.

Die räumliche Marktabgrenzung, die in der amerikanischen Rechtsprechung zu beobachten ist, scheint tendenziell nicht so akribisch durchgeführt wie die, die von den Antitrust-Behörden durchgeführt wird.

In Bezug auf die Beurteilung der *Harcove*-Beschränkungen lassen sich die Schlussfolgerungen, die für die sachliche Marktabgrenzung der amerikanischen Gerichte gezogen wurden, problemlos übertragen.

⁵³⁰ Vgl. *General Foods Corp.*, 3 Trade Reg. Rep. (CCH), 142 (06.04.1984).

⁵³¹ Vgl. *Philadelphia Nat'l Bank*, 374 U.S., 359; *Coastal Fuels of P.R., Inc. v. Caribbean Petroleum Corp.*, 79 F.3d, 197-98 (1st Cir. 1996).

D. Schlussfolgerungen

I. Kriterien und Methoden

Folgende Abbildungen fassen die Ergebnisse der angewandten Kriterien und Methoden in den untersuchten Rechtsordnungen zusammen:

Abbildung 9.: Sachliche Marktabgrenzung

	Bedarfsmarkt	Angebotsum.	Kreuzpreis.	Unternehmensähn.	HM-Test	Andere
D Verw.	X	X	X	X		
D Rspr.	X	X	X		X Nur ähnliche Ermittlungen	X Künftige Produktentwicklungen
E Verw.	X	X	X		X	
E Rspr.	X	X	X			
A Verw.	X	X	X		X	
A Rspr.	X	X	X		X	

D = Deutschland; E = EG; A = USA
 Verw. = Verwaltungsentscheidungen
 Rspr. = Rechtsprechung

Abbildung 10.: Räumliche Marktabgrenzung

	Absatz- gebiet	Lieferradius	Homogenität	Preisunterschiede	Handelsst.	Transportk.	Vertriebs- strukturen	HM- Test
D Verw.	X	X	X	X	X	X	X	
D Rspr.	X	X	X	X		X	X	
E Verw.	X	X	X	X	X	X	X	
E Rspr.			X	X	X	X	X	
A Verw.	X	X		X	X	X		X
A Rspr.		X		X	X	X		X

Die Abbildungen zeigen, dass die empirische Ausrichtung der verwendeten Kriterien und Methoden⁵³².

II. Problembereiche

1. *Per-se*-Verbote

Einige der Vorschriften des GWB aF (z.B. §§ 14, 21 und 22 GWB) wurden vom BKartA als sog. *per-se-Verbote* ausgelegt, in diesen Fällen wurde auf eine Marktabgrenzung gänzlich verzichtet.

Dies erscheint äußerst problematisch, da ein Marktakteur die in den jeweiligen Gesetzesvorschriften beschriebenen Verhaltensweisen nicht ausführen kann, ohne über Marktmacht zu verfügen. Diese Verbotstatbestände setzen naturgemäß das Vorliegen von Marktmacht voraus, was die Prüfung der Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 und 3 GWB zwingend erforderlich erscheinen lässt, insbesondere, da die bloße Subsumtion die Gefahr eines illegitimen staatlichen Markteingriffs in sich birgt.

⁵³² Vgl. Zweiter Teil.

Nach dem Wortlaut des § 14 GWB aF reichte es aus, wenn die Rechtsanwender auf der Basis einer bloßen Subsumierung den in Frage stehenden Sachverhalt auslagen. Dennoch berücksichtigte der BGH in einigen Entscheidungen das Vorliegen von Marktmacht, ohne allerdings irgendwelche Konsequenzen daraus zu ziehen.

Was die Verbote der §§ 21 und 22 GWB aF betrifft, könnte durch eine systematische Auslegung die bloße Subsumierung als Analysenmethode dieser Vorschriften vermieden werden.

Die Tendenz des BKartA zu einer formalistischen Auslegung zumindest des § 21 GWB scheint nicht zuletzt aufgrund des Einflusses der BGH-Entscheidung *Beteiligungsverbot für Schilderträger* schwächer zu werden.

In der amerikanischen Rechtsordnung werden die *Harcove*-Beschränkungen gemäß Section 1 Sherman Act ebenfalls durch bloße Subsumierung ausgelegt, allerdings lassen sich Ansätze von Marktmachtbeurteilungen erkennen.

2. Maximale räumliche Größe

Die maximale Größe des räumlich relevanten Marktes umfasste nach h.M. den Geltungsbereich des GWB, also die gesamte Bundesrepublik Deutschland. Bemerkenswert war der *Backofenmarkt*-Beschluss des BGH⁵³³, der dieses Kriterium bestätigte hatte. Diese Lehre konnte zu verzerrenden Ergebnissen führen und damit gesamtwirtschaftlich negative Staatseingriffe provozieren.

In diesem Zusammenhang bahnbrechend war ein Beschluss des BGH über den *Staubsaugerbeutelmarkt*⁵³⁴, in dem der BGH entschieden hat, dass die räumlichen Grenzen eines Marktes sich allein nach ökonomischen und nicht nach rechtlichen Kategorien (Geltungsbereich des GWB) bemessen lassen. § 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 GWB hat diese Problematik endgültig gelöst.

3. Ermittlung eines Verstoßes gegen Art. 81 EGV

Nach Auffassung der Kommission im Rahmen einer Ermittlung gemäß Art. 81 EGV ist sie zu einer Marktabgrenzung nur verpflichtet, wenn ohne eine solche Abgrenzung nicht bestimmt werden kann, ob der beurteilte Sachverhalt (Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen) den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt wird. Die Kommission legt allerdings keine Kriterien dafür vor, wann dies ohne Marktabgrenzung überhaupt möglich sein soll.

Die Auffassung der Kommission könnte in der Praxis bedeuten, dass die Entscheidung über die Erforderlichkeit einer Marktabgrenzung mangels objektiver Kriterien ihrerseits willkürlich bestimmt wird. Es muss jedoch beachtet werden, dass in der überwiegenden

⁵³³ Siehe S. 67 ff.

⁵³⁴ Siehe S. 71 ff.

Mehrheit der Entscheidungen der Markt tatsächlich abgegrenzt und das Vorliegen von Marktmacht geprüft wird, so dass de facto die Willkürlichkeitsrisiken tendenziell niedrig erscheinen.

Im Urteil *Adriatica di Navigazione* wurde die Marktabgrenzung im Rahmen eines Art. 81 EGV-Verfahrens vom EuGH, unter Berufung auf die Grundsätze der Rechtssicherheit und der Verhältnismäßigkeit als wünschenswert erklärt. Bedauerlicherweise wurde diese Auffassung auf keinerlei ökonomische Gründe gestützt und in nachfolgenden Entscheidungen auch nicht wiederholt, sondern ihr im Gegenteil sogar teilweise widersprochen.

Thesen:

1. Als *Vor-Analyse*, die wesentlich zur *Diagnose* potentieller Marktmacht und zum Erkennen von Marktversagen verhilft, ist eine kartellrechtliche Marktabgrenzung erforderlich.
2. Der Staat muss wegen des Subsidiaritätsprinzips mit Hilfe der kartellrechtlichen Marktabgrenzung das Vorliegen von Marktmacht und Marktversagen belegen, um staatliche Eingriffe legitimieren zu können.
3. Solchen legitimierten Eingriffen kommt die Rolle eines *Korrektivs* zu; mit ihrer Hilfe können Markt und Wettbewerb ihrer Aufgabe gerecht werden und über den Preismechanismus soweit wie möglich Koordinations- Allokations- und Fortschrittsfunktionen übernehmen. Gesamtwirtschaftlich und wettbewerbspolitisch ist dies positiv zu bewerten, weil negative Interventionen wie etwa eine Interferenz der Koordinationsprozesse und die daraus folgenden Nachteile vermieden werden.
4. Obwohl sowohl in Deutschland als auch in der EU und den USA keine Vorschrift existiert, die eine Marktabgrenzung zwingend vorschreibt, ist in allen drei Rechtsordnungen der bedeutende Charakter der Marktabgrenzung bei der Wettbewerbsanalyse anerkannt und daher ein *de facto* üblicher Ansatz geworden.
5. Empirisch orientierte Kriterien und Methoden der kartellrechtlichen Marktabgrenzung scheinen geeignet zu sein, da ökonomische Prozesse naturgemäß empirischer Prüfung bedürfen. Außerdem lassen sich empirische Ergebnisse relativ problemlos überprüfen, was die Intersubjektivität verstärkt.
6. Wenn wirtschaftspolitische Maßnahmen aufgrund empirischer Evidenz getroffen sind, können sie in Ausgangspunkt und Ergebnis überprüft und akzeptiert oder abgelehnt werden. Wirtschaftspolitische Entscheidungen, die nur subjektiv bzw. dezisionistisch begründet werden, gestatten dies nicht.
7. Die Marktabgrenzung im kartellrechtlichen Bereich ist ein Prozess zur Bestimmung der Marktteilnehmer eines konkreten Marktes durch die Festlegung folgender Bezugsgrößen: (i) Prima-facie-Ermittlung solcher Anbieter und Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen, die mit dem aktuell bzw. potentiell angeblichen Marktbeherrscher in Geschäftsbeziehung treten und der fraglichen Produkte bzw. ihrer Substitute; (ii) die Festlegung und Bestimmung derjenigen Marktteilnehmer aus der unter (i) ermittelten Gruppe, die aktuell oder durch Angebotsumstellung potentiell in der Lage sind, als Anbieter und Nachfrager am Wettbewerb mit dem Marktbeherrscher teilzunehmen. Zu unterscheiden ist dabei die *sachliche* Abgrenzung, also welches Gut bzw. welche Güter demselben Markt zugerechnet werden sollen, von der *räumlichen*, die die geographischen Grenzen des Marktes umschreibt.
8. Marktabgrenzungskriterien, die von betriebswirtschaftlichen Bezugsgrößen hergeleitet sind, ermöglichen es, das Wirtschaftssubjekt und seinen relevanten Markt abzugrenzen und die relevanten Wettbewerber zu bestimmen. Die kartellrechtliche Marktabgrenzung geht im Gegensatz dazu von aggregierten Größen aus. Sie betrachtet die Nachfrager bzw. die Anbieter auf einem Markt aus der „Vogelperspektive“. Trotzdem können die betriebswirtschaftlichen Kriterien bei der Bestimmung des sachlich relevanten Marktes von Bedeutung sein, solange sie zur Ermittlung der Abgrenzung eine empirische Basis aufweisen. Die funktionellen und subjektiven Ähnlichkeiten ergänzt durch das

Produktpräferenzenkriterium können relevante Evidenz liefern. Das Kriterium der physikalisch-technischen Ähnlichkeiten und sachlicher Unternehmensähnlichkeiten dürfen hingegen nur ergänzend herangezogen werden.

9. Die dargestellten volkswirtschaftlichen sachlichen Kriterien sind von ihrer Konzeption her prinzipiell für die kartellrechtliche Marktabgrenzung besser geeignet als die betriebswirtschaftlichen. Dementsprechend haben sie Vorrang. Im Einzelnen bedeutet dies, dass die Kriterien des Ressourcenpools, der Kreuzpreiselastizität und des Bedarfsmarktes wegen ihrer empirischen Orientierung zur sachlichen kartellrechtlichen Marktabgrenzung verwendet werden können. Demgegenüber scheiden die Kriterien des Elementarmarktes, der Substitutionslücken und Industriezugehörigkeit der Unternehmen sowie des Totalmarktes aus, da sie einerseits subjektive Elemente aufweisen, andererseits zu theoretisch orientiert sind.

10. Der HM-Test liefert eine wichtige (empirisch orientierte) Methode für die Ermittlung des sachlich und räumlich relevanten Marktes, ermöglicht alleine aber noch keine Marktabgrenzung, da auch subjektive Parameter in die Analyse einbezogen werden. Zusätzliche Evidenzen sind daher erforderlich. In diesem Zusammenhang kann das Kriterium des verständigen Verbrauchers in Verbindung mit den darauf bezogenen Parametern (Beschaffenheiten, Eigenschaften, wirtschaftliche Verwendungszwecke und Preislagen) hilfreich sein, solange es kontrolliert angewandt wird.

11. Obwohl das Absatzgebiet räumlich vom Unternehmen festgelegt wird, kann es als ergänzendes Kriterium der kartellrechtlichen Marktabgrenzung dienen. Besonders empfehlenswert ist hier der Lieferradius in Verbindung mit den sachlichen Abgrenzungskriterien der Unternehmensähnlichkeiten und des Ressourcenpools. Das Homogenitätskriterium erweist sich dagegen für eine kartellrechtliche Marktbestimmung als ungeeignet, vor allem wenn Preisdiskriminierung vorliegt.

12. Keine der dargestellten räumlichen Abgrenzungsmethoden ist für sich allein zur geographischen Marktbestimmung geeignet. Preis- und Handelsströmeanalysen können einerseits aufgrund der Preisdiskriminierung zu verzerrenden Ergebnisse führen. Hinzu kommt andererseits, dass der HM-Test wegen seiner subjektiven Elemente keine endgültige Aussage zulässt. Neben den Transportkostenanalysen als empfehlenswertem Kriterium können gegebenenfalls der Lieferradius bzw. sachliche Unternehmensähnlichkeiten und Ressourcenpools herangezogen werden.

13. Die Kombination der verschiedenen Methoden vermeidet verzerrende Ergebnisse

14. Je mehr Evidenz die Anwendung der empfehlenswerten Methoden liefert, desto wahrscheinlicher wird eine korrekte Marktabgrenzung durch die Rechtsanwender und damit eine korrekte Diagnose von Marktmacht und damit von Marktversagen. Diese Vor-Analyse wiederum erlaubt zu erkennen, ob ein staatlicher Eingriff in den Markt trotz des Subsidiaritätsprinzips legitimiert ist.

15. Die in der deutschen, europäischen und amerikanischen Praxis angewendeten Kriterien und Methoden sind empirisch orientiert.

16. Die Verwaltungspraxis der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung in den hier überprüften Rechtsordnungen ist grundsätzlich positiv zu bewerten. Die Praxis des BKartA im Bereich der räumlichen Marktabgrenzung lässt demgegenüber noch keine endgültige

Einschätzung zu. Die Praxis der FTC steht gegenüber derjenigen der Antitrust Division zurück.

17. Die sachliche und räumliche Marktabgrenzung der deutschen, europäischen und amerikanischen Rechtsprechung ist nicht so differenziert wie die der Verwaltungspraxis. Das mag strukturell problematisch sein, da in einem Rechtsstaat (Rule of Law) die endgültige Entscheidung einer Marktabgrenzung der Gerichtsbarkeit zusteht und kann einerseits dazu führen, dass die Gerichte den behördlich abgegrenzten Markt ohne eigene Prüfung übernehmen, andererseits aber auch dazu, dass im Fall einer eigenständigen gerichtlichen Kontrolle große technische Schwierigkeiten entstehen.

18. Die europäische Gerichtsbarkeit ist durch einen niedrigeren Differenzierungsgrad als die nationalen Gerichte gekennzeichnet.

19. §§ 14, 21 und 22 GWB aF werden vom BKartA als sog. *per-se-Verbote* ausgelegt, was bedeutet, dass die tatsächliche Anwesenheit von Marktmacht bei der Würdigung des Sachverhalts nicht geprüft wird.

20. Ein Marktakteur ohne Marktmacht kann andere Marktteilnehmer rechtlich oder wirtschaftlich nicht dazu zwingen, bestimmte Preise oder Konditionen bei der Weiterveräußerung zu vereinbaren oder etwa an einem Boykott teilzunehmen. Marktakteure, die eine solche Vereinbarung geschlossen haben, aber zusammen betrachtet keine Marktmacht ausüben, bleiben volkswirtschaftlich neutral. Die genannten Verbotstatbestände setzen die Anwesenheit von Marktmacht voraus, sodass bei Ihnen auch die Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 und 3 GWB geprüft werden sollen. Andernfalls drohen illegitime staatliche Markteingriffe.

21. Der Wortlaut des § 14 GWB aF verpflichtete die Rechtsanwender nur zu einer bloßen Subsumtion des in Frage stehenden Sachverhalts. Was die Verbote der §§ 21 und 22 GWB betrifft, könnte dies durch systematische Auslegung vermieden werden.

22. Zu § 14 GWB aF sind in einigen Entscheidungen des BGH Marktmachtsgesichtspunkte berücksichtigt worden. Konsequenzen wurden nicht gezogen.

23. Die Tendenz des BKartA zu einer formalistischen Auslegung zumindest des § 21 GWB scheint sich durch die Entscheidungen des BGH (*Beteiligungsverbot für Schilderträger*) langsam abzuschwächen.

24. In der amerikanischen Rechtsordnung sind bei der Auslegung von *Harcove*-Beschränkungen gemäß Section 1 Sherman Act teilweise Marktmachtbeurteilungen eingeflossen.

25. Die maximale Größe des räumlich relevanten Marktes umfasste ursprünglich nach h.M. den Geltungsbereich des GWB, d.h. die Bundesrepublik Deutschland (*Backofenmarkt*-Beschluss des BGH). Diese Lehre konnte zu verzerrenden Ergebnissen führen mit der Folge eventueller gesamtwirtschaftlich negativer Staatseingriffe.

26. Diese Tendenz scheint definitiv gebrochen, insbesondere durch den Beschluss vom BGH über den *Staubsaugerbeutelmarkt*, in dem es heißt, dass die räumlichen Grenzen eines Marktes allein nach ökonomischen und nicht nach rechtlichen Kategorien

(Geltungsbereich des GWB) zu bemessen sind. § 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 GWB hat diese Problematik endgültig gelöst.

27. Die Kommission hält sich im Rahmen einer Ermittlung nach Art. 81 EGV nur dann zur Marktabgrenzung verpflichtet, wenn ohne eine solche Abgrenzung nicht bestimmt werden könne, ob der zu beurteilende Sachverhalt (Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen) den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt.

28. Diese Auffassung könnte in der Praxis mangels objektiver Kriterien zu willkürlichen Ergebnissen bereits bei der Frage führen, ob eine Marktabgrenzung überhaupt erforderlich ist. Allerdings wird in der überwiegenden Mehrheit der Entscheidungen tatsächlich eine Marktabgrenzung vorgenommen und das Vorliegen von Marktmacht ermittelt, sodass das genannte Risiko eher niedrig erscheint.

29. Im Urteil *Adriatica di Navigazione* wurde vom EuGH die Marktabgrenzung im Rahmen eines Verfahrens nach Art. 81 EGV insbesondere im Hinblick auf die Grundsätze der Rechtssicherheit und der Verhältnismäßigkeit als wünschenswert erklärt. Obwohl keine ökonomischen Gründe hierfür genannt wurden, ist die Empfehlung im Ergebnis hilfreich, um illegitime Markteingriffe zu vermeiden. Spätere Entscheidungen haben diesen Ansatz leider nicht mehr aufgegriffen, sondern widersprechen ihm sogar.

Literaturverzeichnis

- Aberle, G. (1977): Der relevante Markt im Spannungsfeld von Preistheorie und Wettbewerbspolitik, in: WISU, 1977, Heft 7.
- Anderson, Robert D. / Khosla, S. Dev / Monteiro, Joseph (1996): Canada, Market Definition In Abuse of Dominant Position Cases Under The Canadian Competition Act, in: OECD (1996): Abuse of Dominance and Monopolisation, abrufbar unter: <http://www.oecd.org>
- American Bar Association (1992): Antitrust Law Developments (Third). Section of Antitrust Law, ABA, Chicago.
- Amstutz, Marc (1999): Kollektive Marktbeherrschung im europäischen Wettbewerbsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen.
- Arndt, H. (1973): Markt und Macht, 2. grundlegend veränderte Auflage von Mikroökonomischer Theorie, Bd. I, Tübingen.
- Assenmacher, Walter (1991): Einführung in die Ökonometrie, R. Oldenbourg Verlag, München – Wien.
- Bain, John S. (1956): Barriers to New Competition, Harvard University Press, Harvard.
- Baltagi, Badi H. (2002): Econometrics, Springer Verlag, Berlin – Heidelberg – New York.
- Bauer, H.H. (1989): Marktabgrenzung, Konzeption und Problematik von Ansätzen und Methoden zur Abgrenzung und Strukturierung von Märkten unter besonderer Berücksichtigung von Marketingtheoretischen Verfahren, Schriften zum Marketing, Bd. 23, Berlin.
- Baumol, William J. / Panzar, John C. / Willig, Robert .D. (1982): Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, New York.
- Blechman, Michael D. / Bernstein, Robert B. (2001): in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. I, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln.
- Beckmann, Peter (1968): Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Verlag Gehlen, Berlin – Zürich.
- Blair, Roger D. / Harrison, Jeffrey L. (1993): Monopsony: antitrust law and economics, Princeton Univ. Press, IX.
- Blumental, William (2004): Why Bother?: On Market Definition under the Merger Guidelines, Statemente before the FTC/DOJ Merger Enforcement Workshop, Washington DC.
- Bögelein, Margareta (1990): Ordnungspolitische Ausnahmebereiche. Legitimation und wirtschaftspolitische Konsequenzen, Deutscher Universitäts-Verlag GmbH, Wiesbaden.

- Borrmann, Jörg / Finsinger, Jörg (1999): Markt und Regulierung, Verlag Franz Vahlen, München.
- Bundeskartellamt (2000): Merkblatt zur deutschen Fusionskontrolle, abrufbar unter:
http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/Merkblatt_Dt_Fuko.pdf
- Bundeskartellamt (2000a): Diskussionspapier, Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich? Abrufbar unter:
http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/AKK_00.pdf
- Bundeskartellamt (2004): Diskussionspapier, Wettbewerbschutz und Verbraucherinteressen im Lichte neuerer ökonomischer Methoden, abrufbar unter:
http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/04_AKK.pdf
- Bundeskartellamt (2005): Auslegungsgrundsätze, abrufbar unter:
http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/050715Auslegungsgrundsaeetze.pdf
- Burkhardt, Jürgen (1995): Kartellrecht, Verlag C.H. Beck, München.
- Bunte, Hermann-Josef / Welfens, Paul J.J. (2002): Wettbewerbsdynamik und Marktabgrenzung auf Telekommunikationsmärkten, Springer Verlag, Berlin – Heidelberg.
- Clark, John Maurice (1961): Competition as a dynamic process, Brookings Institution, XVII, Washington.
- Coloma, Fernando / Tarziján, Jorge (2002): Análisis de la Sustitución entre la Telefonía Fija Local y la Telefonía Móvil en Chile y Alguna Evidencia Internacional, Pontificia Universidad Católica de Chile, Instituto de Economía, Documento de Trabajo N° 233, abrufbar unter:
http://www.economia.puc.cl/publicaciones/Doc.Trabajo/DI_233.pdf
- Constantine, Lloyd (1995): Remarks Of Lloyd Constantine Concerning How Antitrust Should Assess The Role of Imports In Market Definition, FTC, Hearings On Global And Innovation – Based Competition, Washington.
- Cordato, Roy E. (1995): Welfare Economics and Externalities In an Open Ended Universe. A moder Austrian Perspective, Kluwer Academic Publisher, Boston , Dortrecht, London.
- Czada, Roland / Lütz, Susanne (2000): Die politische Konstitution von Märkten, Westdeutscher Verlag.
- Dichtl, E. / Andritzky, K. / Schobert, R. (1977): Ein Verfahren zur Abgrenzung des „relevanten Marktes“ auf der Basis von Produktprezeptionen und Präferenzurteilen, in: Wirtschaftswissenschaftliches Studium, 6. Jg., Heft 6.

- Dobson Consulting (1999), Buyer Power And Its Impact On Competition In The Food Retail Distribution Sector Of The European Union, abrufbar unter: <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/bpifrs/>.
- Döring, Thomas (1999): Marktwirtschaftliche Ordnung und föderativer Staatsaufbau. In: Subsidiarität: Gestaltungsprinzip für eine freiheitliche Ordnung in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft / Wolfgang J. Mückl (Hrsg.), Verlag Ferdinand Schöningh.
- Dreier, Volker (1997): Empirische Politikforschung, R. Oldenbourg Verlag, München – Wien.
- Eichenberger, Heiner (1991): Kontextadäquate Zielmärkte, Die Deutsche Bibliothek, Schweiz.
- Elzinga, Kenneth G. / Hogarty, Thomas F. (1973): The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits', in: 18 Antitrust Bulletin 45.
- Emmerich, Volker (1999): Kartellrecht, Beck, München.
- Erichsen, Hans-Uwe, Hrsg. (1998): Allgemeines Verwaltungsrecht, Walter de Gruyter, Berlin – New York.
- Eucken, Walter (1952): Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Mohr, Bern/Tübingen.
- European Economic & Marketing Consultants (2002): Antitrust Market Definition in the Postal Sector – EC and German Competition Law, abrufbar unter: <http://www.ee-mc.com>
- European Economic & Marketing Consultants (2002a): Competition Competence Report, abrufbar unter: <http://www.ee-mc.com>
- Fischötter, Werner (1988): Verkehrsbefragung bei Bestimmung des relevanten Marktes? In: Festschrift für Gerd Peiffer.
- Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen (2001): Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 4. Aufl., Verlag Franz Vahlen München.
- Fröhlich, Peter (1976): Die marktabgrenzung in der Wettbewerbspolitik, Göttingen.
- Galbraith, John Kenneth (1956): American Kapitalism: The Concept of Countervailing Power, London.
- Garvey, Geoger E. / Gervey, Gerald J. (1990): Economic Law and Economic Growth, Greenwood Press, New York – Westport - Connecticut – London.
- Geroski, Paul .A. (1991): Market Dynamics and Entry, Basil Blackwell, Oxford – Cambridge, Massachusetts.

- Geroski, Paul .A. / Griffith, Rachel (2003): Identifying Anti-Trust Markets, Institute for Fiscal Studies, abrufbar unter: <http://www.ifs.org.uk/workingpapers/wp0301.pdf>
- Ghosal, Vivek (2002): Potential Foreign Competition in U.S. Manufacturing, abrufbar unter: http://www.econ.gatech.edu/papers/ghosal_Potential%20Foreign%20Competition.pdf
- Greer, Douglas F. (1989): The Concentration of Economic Power, In: Market Power and the Economy (Peterson, Wallace C., Hrsg.), Kluwer Academic Publishers, Boston / Dordrecht / London.
- Grossekettler, Heinz (1985): Das Koordinationsmängelkonzept, in: Borchert / Grossekettler
- Goldman, Alan H. (1988): Empirical Knowledge, University of Californy Press, Berkeley – Los Angeles – London.
- Gual, Jordi (2002): Market Definition in the Telecoms Industry, abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/telecom/market_definition.pdf
- Günther, Eberhard (1960): Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkung, C. F. Müller, Karlsruhe.
- Gustafsson, Anders / Herrmann, Andreas / Huber, Frank (2003): Conjoint Measurement, Springer Verlag, Berlin – Heidelberg – New York.
- Hahn, Robert W. (2000): Reviving Regulatory Reform, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Washington.
- Hamker, Jürgen (1998): Pathologie der Marktprozesse. Josef Eul Verlag GmbH, Lohmar, Köln.
- Harkrider, John D. (2004): Operationalizing The Hypothetical Monopolist Test, U.S. Department of Justice, abrufbar unter: <http://www.usdoj.gov>
- Hay, Donald / Vickers, John (1987): The Economics of Market Dominance, Basil Blackwell, Oxford, New York.
- Hay, George A. (1987): The Interaction of Market Structure and Conduct, In: The Economics of Market Dominance, Hay, Donald / Vickers, John (Hrsg.), Basil Blackwell, Oxford, New York.
- Hayek, Friedrich August von (1968): Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren. In: Freiburger Studien, Hayek, Friedrich August von (Hrsg.), Tübingen.
- Hendry, David F. (1980): Econometrics – Alchemy or Science? *Economica*, 47.

- Henriksson, Eva (2003): Market Integration In The International Steam Coal Industry, The Elzinga-Hogarty Test, Lulea University of Technology.
- Hildebrand, Doris (2001): EE&MC Comments on the Draft Guidelines on market analysis and the calculation of significant market power, abrufbar unter: <http://www.ee-mc.com>
- Hildebrand, Doris (2002): The role of economic analysis in the EC competition rules, Kluwer International.
- Herdzina, Klaus (1999): Wettbewerbspolitik, 5. Aufl., Lucius & Lucius, Stuttgart.
- Homann, Karl / Kirchner, Christian (1995): Das Subsidiaritätsprinzip in der katholischen Soziallehre und in der Ökonomik. In: Gerken, Lüder (Hrsg.): Europa zwischen Ordnungswettbewerb und Harmonisierung. Europäische Ordnungspolitik im Zeichen der Subsidiarität, Heidelberg.
- Hoppmann, Erich (1967): Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik. In: Ordo 18.
- Hoppmann, Erich (1974): Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- Hoppmann, Erich (1977): Marktmacht und Wettbewerb, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.
- Hoppmann, Erich (1988): Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- Hovenkamp, Herbert (1986): Antitrust, Black Letter Series, West Publishing Co., St.Paul MN.
- Hoyer, Werner / Rettig, Rolf / Rothe, Klaus-Dieter (1993), Grundlagen der mikroökonomischen Theorie, Werner Verlag, Düsseldorf.
- Immenga, Ulrich (1999): Comparative Competition Law (Hrsg. Ullrich, Hanns), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim (2001): GWB-Kommentar zum Kartellrecht, München.
- International Competition Network (2004): Analysis of Merger Guidelines, abrufbar unter: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>
- Isensee, Josef (2001): Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. Aufl., Dunker & Humblot GmbH, Berlin.
- Isensee, Josef (2002): Subsidiarität – Das Prinzip und seine Prämissen. In: Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft /

Peter Blickle / Thomas O. Hüglin / Dieter Wyduckel (Hrsg.), Dunker & Humblot GmbH, Berlin.

Kasper, Walter (1997): Soziale Marktwirtschaft auf dem Prüfstand- Wirtschaftsethik in der Zeit der Globalisierung, Vortrag vor der Industrie- und Handelskammer Pforzheim.

Katzenbach, Erhard / Kruse, Jörn (1989): Kollektive Marktbeherrschung, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.

Kirschenstein, Friedrich (1974): Marktmacht und ihre Kontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München.

Klauss, Gerd (1975): Die Bestimmung von Marktmacht, Duncker & Humboldt, Berlin.

Klusmann, Martin (1993): Marktabgrenzung und Feststellung im europäischen Kartellrecht am Beispiel des Gastransportes auf der Verbundstufe, Mühlheim an der Ruhr.

Knauss, Pamela (2003): Die räumliche Marktabgrenzung in der Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschenden Unternehmen im deutschen und europäischen Recht, Köhler-Druck, Tübingen.

Knieps, Günter (2001): Wettbewerbsökonomie, Springer Verlag, Berlin – Heidelberg – New York.

Knigh, Frank (1967): Risk, Uncertainty and Profit, SENTRY Press, New York.

Köhler, Helmut (1986): Nachfragewettbewerb und Marktbeherrschung, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Kommission der Europäischen Union (1997): Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, abrufbar unter:
<http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/mergmkt.html>

Kurz, R. (1985): Entwicklung und gegenwärtiger Stand der Deregulierungsdiskussion, in: Beihefte der Konjunkturpolitik, Heft 31.

Landes, William / Posner, Richard (1981): Market Power In Antitrust Cases, Harvard Law Review 94.

Lanzilotti, Z.B.R.F. (1963): Market Structure and Antitrust Vulnerability, The Antitrust Bulletin, Vol. VIII.

Leipold, Helmut (1985): Ordnungspolitische Implikationen der Transaktionskostenökonomie, in: Ordo, 36 Bd.

Lundmark, Thomas (1998): Juristische Technik und Methodik des Common Law, Lit Verlag, Münster.

- Marshall, Jorge (1998): Orientaciones para la Acción Reguladora del Estado, Centro de Estudios Públicos 71, Santiago – Chile.
- Massey, Patrick (2000): Market Definition and Market Power in Competition Analysis: Some Practical Issues, *The Economic and Social Review*, Vol. 31, No. 4.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim (1959): Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Mohr, Tübingen.
- Messner, Johannes (1955): Ethik. Kompendium der Gesamthetik, Innsbruck/Wien/München: Tyrolia.
- Meyer, Ulrich / Diekmann, Jochen (1995): Arbeitsbuch zur mikroökonomischen Theorie, Springer Verlag, Berlin – Heidelberg – New York – Tokyo.
- Moersch, Wolfram (2001): Leistungsfähigkeit und Grenzen des Subsidiaritätsprinzip, Dunker & Humblot GmbH, Berlin.
- Monopolkommission (1980): Fusionskontrolle bleibt vorrangig, Hauptgutachten III, Baden-Baden.
- Monopolkommission (1984): Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung, Hauptgutachten V, Baden-Baden.
- Monopolkommission (2004): Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Sondergutachten, abrufbar unter: http://www.monopolkommission.de/sg_41/text_s41.pdf
- Musgrave, R.A. / Musgrave, P.B. / Kulmer, L. (1994): Die öffentlichen Finanzen in Theorie und Praxis., Tübingen.
- Neveling, Kirsten (2003): Die sachliche Marktabgrenzung bei der Fusionskontrolle im deutschen und europäischen Recht, Köhler-Druck, Tübingen.
- Nordemann, Jan Bernd (1996): Gegenmacht und Fusionskontrolle, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- OECD (1996): Abuse of Dominance and Monopolisation, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/dataoecd/0/61/2379408.pdf>
- OECD (2003): Substantive Criteria Used For The Assessment Of Merger, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/dataoecd/54/3/2500227.pdf>
- Oehne, Frank (1987): Ansätze zur Bestimmung von „Marktbeherrschung und Missbrauch“ in der Linienschiffahrt, Bremen.
- Paech, Niko (1995): Die Wirkung potentieller Konkurrenz auf das Preissetzungsverhalten etablierter Firmen bei Abwesenheit strategischer Asymmetrien, Duncker & Humboldt, Berlin.

- Paschke, Marian / Bauer, Jürgen F. / Weyer, Hermut (2001): in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. IV, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln.
- Perroux, Francois (1983): Wirtschaft und Macht, in: Beiträge zur Wirtschaftspolitik, Bd. 38.
- Peterson, Rodney (1989): Industrial Power: Meaning and Measurement, In: Market Power and the Economy (Peterson, Wallace C., Hrsg.), Kluwer Academic Publishers, Boston / Dordrecht / London.
- Posselt, T. (1993): Mobilitätsverhalten von Unternehmen: Eine industrieökonomische Analyse, Neue betriebswirtschaftliche Forschung, Band 115, Wiesbaden.
- Posner, Richard A. (2000): El Análisis Económico del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México.
- Rat der Europäischen Union (2004): Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, abrufbar unter:
http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2004/l_024/l_02420040129de00010022.pdf
- Rauscher, Anton (2000) (Hrsg.): Subsidiarität - Strukturprinzip in Staat und Gesellschaft, J.P. Bachem Verlag Köln.
- Rittner, Fritz (1999): Wettbewerbs- und Kartellrecht, C.F. Müller Verlag, Heidelberg.
- Samuelson, Paul (1954): The Pure Theory of Public Expenditures, Review of Economics and Statistics, Bd. 36.
- Samuelson, Paul (1955): Diagrammatic Exposition of a Theory of Public Expenditures, Review of Economics and Statistics, Bd. 37.
- Sandrock, Otto (1980): Grundprobleme der sachlichen Marktabgrenzung, in: Recht und Wirtschaft heute, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Bern.
- Sangmeister, Bernd (1975): Die rule of reason und das per se-Konzept, FIW-Schriftenreihe, Heymanns Verlag, Köln.
- Schneider, Lothar (1985): Subsidiäre Gesellschaft. Implikative und analoge Aspekte eines Sozialprinzips, (Abhandlungen zur Sozialethik 24), 2. Aufl., Paderborn/München/Wien/Zürich: Schöningh.
- Schengber, Ralf A.(1996): Marktabgrenzung und Machtmessung, Verlag Josef Eul, Lohmar / Köln.
- Schramm, Michael (1999): Subsidiarität der Moral. In: Subsidiarität: Gestaltungsprinzip für eine freiheitliche Ordnung in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft / Wolfgang J. Mückl (Hrsg.), Verlag Ferdinand Schöningh.
- Schwab, Bernhard (1994): Die Abgrenzung des relevanten Technologiemarktes, Pro Universitate Verlag, Sinzheim.

- Schwalba, Michael (2002): Die wettbewerbsbezogene Abgrenzung des relevanten Marktes, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Brüssel, New York, Oxford, Wien.
- Schweiger, Günter / Schrattenecker, Gertraut (1995): Werbung, Gustav Fischer Verlag, Suttgart – Jena.
- Sohmen, Egon (1992): Allokationstheorie und Wirtschaftspolitik, 2. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.
- Sprickmann, Peter (2002): Die Essential-Facilities-Doktrin, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main.
- Stegmüller, Wolfgang (1973): Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, New York
- Stigler, George J. (1965): El Economista y el Estado, American Economic Review, übersetzt in Estudios Públicos, N° 47, (1992).
- Stigler, George J. / Sherwin, Robert A. (1985): The Extent of the Market, Journal of Law and Economics 28, Chicago.
- Teutemann, Manfred (1992): Rationale Kompetenzverteilung im Rahmen der europäischen Integration, Duncker & Humblot, Berlin.
- Theege, Frank A. (1992): Zur Frage der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung für den Lebensmitteleinzelhandel bei der Zusammenschlusskontrolle, Hamburg.
- U.S. Department of Justice / Antitrust Division (....): Non-Horizontal Merger Guidelines, abrufbar unter: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/2614.htm>
- U.S. Department of Justice / Antitrust Division (1997): Horizontal Merger Guidelines, abrufbar unter: http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/toc.html
- Utton, Michael A. (2003): Market Dominance and Antitrust Policy, Edward Elgar Publishing Limited, United Kingdom.
- Utz, Arthur-Fridolin / Groner, Joseph-Fulko (Hrsg./1954/1961): Aufbau und Entfaltung des gesellschaftlichen Lebens, Soziale Summe Pius XII., 3 Bde., Freiburg (Schw.): Paulus.
- Varian, Hal R. (1994): Mikroökonomie, Oldenbourg Verlag.
- Weimann, Joachim (2003): Wirtschaftspolitik. Allokation und kollektive Entscheidung, 3. Aufl., Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, New York.
- Weiss, Susanne (1994): Das Konzept der Gewinnbegrenzung für die Preishöhenkontrolle über marktbeherrschende Unternehmen, Universität Regensburg, Awi-Druck, München.

- Wendland, Handfried (1988): Zur sachlichen und räumlichen Abgrenzung der Angebotsmärkte des Lebensmittelhandels durch die Rechtsprechung, Wettbewerb in Recht und Praxis.
- Werden, Gregory J. (2002): Beyond Critical Loss: Tailoring Applications of the Hypothetical Monopolist Paradigm, abrufbar unter:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=327381
- Werden, Gregory J. (2002a): Market Delineation Algorithms Based on the Hypothetical Monopolist Paradigm, abrufbar unter:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=327381
- Werden, Gregory J. (2002b): Hospital Mergers and the Hypothetical Monopolist Test, abrufbar unter: <http://www.usdoj.gov>
- Whish, Hal R. (1989): 'Price Discrimination' in: Handbook of Industrial Organization, vol. 1, R. Schmalensee and R.D. Willig, eds. Elsevier Science Publishing, Amsterdam.
- Woll, Artur (1992): Wirtschaftspolitik, Verlag Franz Vahlen, München