

Kapitel 1: Marktmacht

Dieses Kapitel legt mit einer Einführung in die Marktmachtbestimmung den Grundstein für die weitere Untersuchung. Dabei wird auf das europäische (A.), das deutsche (B.) sowie das US-amerikanische Kartellrecht (C.) eingegangen. Die Zusammenfassung stellt die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Rechtsordnungen heraus (D.).

A. *Marktmacht im Unionsrecht*

Im Recht der Europäischen Union wird das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung einerseits im Rahmen des Missbrauchsverbots in Art. 102 AEUV sowie im Rahmen der Fusionskontrolle relevant. Bei ersterem muss eine solche Stellung erwiesen sein, bevor der Missbrauch der Stellung geprüft werden kann. In der Fusionskontrolle wird ein Zusammenschluss untersagt, wenn dieser den wirksamen Wettbewerb erheblich behindern würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, Art. 2 Abs. 3 FKVO. Das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung ist demnach ein Regelbeispiel für die erhebliche Behinderung des Wettbewerbs.

Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV sind hingegen auch Unternehmen verboten, die keine marktbeherrschende Stellung innehaben.⁴⁴ Von dem Verbot ausgenommen werden jedoch Unternehmen, einen Marktanteil von weniger als 10-15% besitzen.⁴⁵ Bestimmte Vertikalvereinbarungen sind außerdem vom Kartellverbot ausgenommen, sofern der Marktanteil des Unternehmens 30% nicht übersteigt, Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO.

44 In diesem Rahmen kann es auf die Marktabgrenzung lediglich ankommen, wenn es um die Anwendbarkeit der Gruppenfreistellungsverordnungen geht. Gemäß Art. 3 Abs. 1 der VO 330/2010 („Vertikal-GVO“) gilt eine Freistellung nur, wenn das Unternehmen nicht einen Marktanteil von mehr als 30% besitzt.

45 Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung), ABL (EU) 2014 C 291/1, Rn. 8.

Der Europäische Gerichtshof („EuGH“) definiert die marktbeherrschende Stellung als eine „wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens ..., die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.“⁴⁶ Das liegt unter anderem dann vor, wenn das Unternehmen über einen signifikanten Zeitraum hinweg die Preise erhöhen kann.⁴⁷

Diese Definition entspricht derjenigen in der ökonomischen Forschung. Dort wird Marktmacht einem Zustand des perfekten Wettbewerbs entgegengesetzt, in dem es eine hohe Anzahl von Anbietern und Abnehmern gibt und in dem kein Marktteilnehmer die Preise bestimmen kann.⁴⁸ Zur Illustration wird der Lerner Index verwendet. Marktmacht liegt danach vor, wenn der Preis p_i des Produkts i eines Unternehmens deutlich über seinen Grenzkosten mc_i liegt.⁴⁹ Diese Kennzahl wird Lerner Index (Li) genannt und ist für das Produkt i wie folgt definiert:⁵⁰

$$L_i = \frac{p_i - mc_i}{p_i}$$

Bei vollständigem Wettbewerb gleichen sich die Grenzkosten und der Preis, weil alle gewinnmaximierenden Anbieter ihre Produktion so weit ausweiten werden, bis sie damit keinen Gewinn mehr erwirtschaften. Dann gilt: $Li = 0$. Je stärker die Grenzkosten und der Preis voneinander abweichen, desto weiter entfernt sich die Marktstellung des Unternehmens von dem idealen Wettbewerbsbild. Bei einer größeren Differenz zwischen Grenzkosten und Preis steigt der Wert von Li und indiziert damit einen höheren Grad an Marktmacht.⁵¹

46 EuGH, 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rn. 38 – *Hoffmann-La Roche*.

47 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 79.

48 *Mankiw/Taylor*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 10.

49 *Areda/Hovenkamp/Solow*, Antitrust Law, Rn. 503b, S. 118 f; *Lerner*, 1 Rev. Econ. Stud. 157 (1934); *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for competition lawyers, 131.

50 *Hahne*, Das Erfordernis der Marktabgrenzung aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, 132; *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for competition lawyers, 131.

51 *Lerner*, 1 Rev. Econ. Stud. 157 (1934); *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 262.

Der Lerner Index fungiert jedoch als theoretisches Konstrukt von Marktmacht und wird in der Rspr. nicht als Maßstab genutzt, vor allem weil es praktisch aufwendig und ungewiss sein kann, die Preise und Kosten zu ermitteln.⁵²

Stattdessen verläuft in der Fusionskontrolle und in der Missbrauchsaufsicht die Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung nach einem gemeinsamen Schema: Zuerst wird der relevante Markt in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abgegrenzt.⁵³ In einem zweiten Schritt wird der Beherrschungsgrad im Markt bestimmt.⁵⁴

I. Marktabgrenzung

1. Die sachliche Marktabgrenzung

Zur Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes wird auf die Austauschbarkeit des Produkts des Marktbeherrschers mit anderen Produkten abgestellt.⁵⁵ Der Kommission zufolge umfasst der „sachlich relevante Produktmarkt ... sämtliche Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden.“⁵⁶

Zur Bemessung der Austauschbarkeit wird die Kreuzpreiselastizität genutzt, die im sogenannten SSNIP-Test geprüft wird („small but significant and non-transitory increase in price“). Der Test wird auch hypothetischer Monopolistentest genannt.⁵⁷ Dabei wird eine bestimmte Auswahl von Produkten betrachtet, beginnend mit dem streitgegenständlichen Produkt. Für diese Produktauswahl wird ein bestimmter Marktpreis bezahlt. Ist ein

52 *Areeda/Hovenkamp/Solow*, Antitrust Law, Rn. 504, S. 120 ff; *Areeda/Kaplow/Edlin*, Antitrust Analysis, 529 f; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 263 f.

53 *Füller*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 1035.

54 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 42.

55 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 48.

56 Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. (EG) 1997 Nr. C 372/5, Rn. 7.

57 *Füller*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 1044 ff.

hypothetischer Monopolist, der die Produktion dieser Produktauswahl gänzlich kontrolliert, in der Lage, den Preis der Auswahl um 5-10% zu erhöhen, während er profitabel bleibt, so gehören die Produkte demselben Markt an. Denn das zeigt, dass die Abnehmer keine Ausweichmöglichkeiten mehr haben. Trotz der Preiserhöhung konsumieren sie die Produkte des hypothetischen Monopolisten. Ist der hypothetische Monopolist nicht in der Lage, die Preise zu erhöhen, weil die Abnehmer zu anderen Anbietern wechseln, wird die Auswahl an Produkten um weitere Produkte erweitert, bis die Preiserhöhung gelingt. Dann ist sichergestellt, dass es keine austauschbaren Produkte mehr gibt, zu denen die Abnehmer wechseln könnten. Mit diesem Schritt ist der Markt endgültig abgegrenzt.⁵⁸

Eine wichtige Einschränkung des SSNIP-Tests ist die sogenannte *cellophane fallacy*: damit wird das Phänomen beschrieben, dass ein Unternehmen, das bereits den höchstmöglichen Preis für ein Produkt verlangt, auch bei einer geringen Preiserhöhung weniger verkaufen wird, weil die Nachfrage wegfällt. Das bedeutet aber nicht, dass die Produkte, zu denen die Verbraucher ausweichen, tatsächlich aus ihrer Sicht austauschbar sind. Die Verbraucher haben dann lediglich das Ende ihrer Zahlungsbereitschaft erreicht und verzichten deswegen auf den Konsum. Würden in diesem Fall die Ausweichprodukte dem relevanten Markt hinzugefügt, würde ein zu weiterer Markt abgegrenzt. Daher wird in diesem Fall der SSNIP-Test nicht angewendet.⁵⁹

Es kommt dabei nicht nur auf die Sicht des Abnehmers, sondern auch auf die des Anbieters an. So kann die Situation vorkommen, dass ein Anbieter A zwar nicht dasselbe Produkt wie das fragliche Unternehmen B produziert, seine Produktion aber mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand umstellen könnte. Dann müssen die Produktionskapazitäten von A im Markt des Produktes von B berücksichtigt werden. Dies wird unter dem Stichwort „Angebotssubstitution“ oder „Angebotsumstellungsflexibilität“ behandelt.⁶⁰

58 Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 50; Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. (EG) 1997 Nr. C 372/5, Rn. 15 ff; Niels/Jenkins/Kavanagh, Economics for competition lawyers, 38 ff.

59 Jones/Sufrin, EU Competition Law, 65; Kerber/Schwalbe, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 252 ff.

60 Füller, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 1041, 1063; Wagemann, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 16 Rn. 30.

2. Die räumliche Marktabgrenzung

Der räumlich relevante Markt ist das „Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.“⁶¹ Auch hier wird auf die Austauschbarkeit abgestellt und der SSNIP-Test angewendet.⁶² Daneben spielen weitere Faktoren eine Rolle. Transportkosten zum Beispiel bestimmen maßgeblich, in welchem räumlichen Umfang ein Produkt angeboten werden kann. Oft spielen auch Sprachbarrieren und lokale Abnehmergewohnheiten eine Rolle.⁶³

3. Die zeitliche Marktabgrenzung

Darüber hinaus wird in manchen Fällen ein zeitlich relevanter Markt abgegrenzt. Grundsätzlich wird damit anerkannt, dass Märkte dynamischen Entwicklungen unterliegen und nicht statisch zu betrachten sind. Manche Märkte, zum Beispiel für Agrarprodukte, sind besonderen saisonalen Schwankungen von Angebot und Nachfrage unterworfen, was in der Marktabgrenzung berücksichtigt werden kann. Diesem Umstand wird entweder als eigene Marktdimension oder im Rahmen der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes Rechnung getragen.⁶⁴

II. Einzelmarktbeherrschung

Innerhalb des nach den obigen Kriterien abgegrenzten Marktes wird danach die wettbewerbliche Position des Unternehmens ermittelt. Das pri-

61 Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. (EG) 1997 Nr. C 372/5, Rn. 8.

62 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 65; *Füller*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 1067 ff.

63 *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 106; *Füller*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 1069 ff.

64 *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 110 f; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 68 f; *Füller*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 1081 f.

märe Kriterium dafür ist der Marktanteil.⁶⁵ Dem EuGH zufolge sind Marktanteile über 50% als „besonders hoch“ einzuordnen und lassen – von außergewöhnlichen Umständen abgesehen – ohne weiteres auf das Vorliegen einer beherrschenden Stellung schließen.⁶⁶ Bei Marktanteilen von 25-40% ist eine beherrschende Stellung zwar unwahrscheinlich, aber nicht ausgeschlossen. So wurde vom EuGH bei einem Marktanteil zwischen 19-29% die beherrschende Stellung nicht von vornherein ausgeschlossen, aber im Fall mangels weiterer Indizien verneint.⁶⁷ Eines dieser Indizien kann der relative Marktanteil bzw. die Marktkonzentration darstellen. Hält ein Unternehmen hohe Marktanteile, während der Rest des Marktes auf viele Anbieter mit jeweils niedrigen Anteilen verteilt ist, spricht dies für die starke Stellung des Unternehmens.⁶⁸

Die Europäische Kommission betrachtet ihren Prioritätenmitteilungen zufolge geringe Marktanteile unter 40% in der Regel als einen zuverlässigen Indikator für die Abwesenheit von Marktmacht. Außerdem soll es für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung sprechen, wenn der Marktanteil für einen langen Zeitraum gehalten werden kann.⁶⁹

Eine marktbeherrschende Stellung muss außerdem nachhaltig sein. Preisbestimmungsmacht soll nachweislich für zwei Jahre vorliegen, um eine beherrschende Stellung zu indizieren.⁷⁰ Bei volatilen Märkten kann der längerfristige Preistrend oder die Entwicklung der Marktanteile betrachtet werden.⁷¹ Droht eine Expansion eines Wettbewerbers oder ein Markteintritt eines anderen Unternehmens, kann ein Unternehmen mit hohem Marktanteil davon abgehalten werden, seine Preise zu erhöhen. Dafür muss der Eintritt beziehungsweise die Expansion wahrscheinlich,

65 Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 79 f; Kommission, Prioritätenmitteilung zu Art. 82 EG, ABl. (EG) 2009/C 45/02, Rn. 13.

66 EuGH, 03.07.1991, C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Rn. 60 – AKZO. Siehe auch EuGH, 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rn. 41 – Hoffmann-La Roche.

67 Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 91 f.

68 EuGH, 14.02.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rn. 111 – United Brands.

69 Kommission, Prioritätenmitteilung zu Art. 82 EG, ABl. (EG) 2009/C 45/02, Rn. 14 f.

70 Schröter/Bartl, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 70.

71 Kommission, Prioritätenmitteilung zu Art. 82 EG, ABl. (EG) 2009/C 45/02, Rn. 13.

absehbar und ausreichend sein.⁷² Die Kommission berücksichtigt dies unter dem Stichwort „potentieller Wettbewerb“.⁷³ Dieser geht von Unternehmen aus, die aktuell noch nicht im relevanten Markt tätig sind, ihn aber betreten könnten. Daher kommt es für die Berücksichtigung potentiellen Wettbewerbs vor allem auf die Markteintrittsbarrieren an. Solche Barrieren können in rechtlichen Zugangsschranken, hohen Anfangsinvestitionen oder Größenvorteilen bestehen.⁷⁴

Wettbewerbsdruck kann der Kommission zufolge nicht nur von aktuellen oder potentiellen Wettbewerbern, sondern auch von den Abnehmern ausgehen. Selbst wenn ein Unternehmen hohe Marktanteile besitzt, kann es sich nicht unabhängig von den Abnehmern verhalten, wenn diese ihrerseits über eine starke Verhandlungsposition verfügen.⁷⁵ Ob eine solche Nachfragemacht vorliegt, richtet sich grundsätzlich nach den gleichen Kriterien wie bei der Bestimmung von Marktmacht auf der Anbieterseite und damit vor allem nach dem Marktanteil.⁷⁶

III. Kollektive Marktbeherrschung

Art. 102 AEUV verbietet neben der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch ein einzelnes Unternehmen auch die Ausnutzung einer beherrschenden Stellung, wenn diese mehreren Unternehmen gemeinsam zukommt. Solche eine kollektive Marktbeherrschung liegt vor, wenn nicht ein einzelnes Unternehmen alleine, sondern nur mehrere Unternehmen gemeinsam im Verbund einen Markt beherrschen.⁷⁷ Die Definition von Marktmacht ist dabei die gleiche: es kommt

72 Kommission, Prioritätenmitteilung zu Art. 82 EG, ABl. (EG) 2009/C 45/02, Rn. 16.

73 Kommission, Prioritätenmitteilung zu Art. 82 EG, ABl. (EG) 2009/C 45/02, Rn. 12.

74 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 111; Kommission, Prioritätenmitteilung zu Art. 82 EG, ABl. (EG) 2009/C 45/02, Rn. 17; *Schröter/Bartl*, in: v. d. Groeben/Schwarze, Europäisches Unionsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 104 ff.

75 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 101; Kommission, Prioritätenmitteilung zu Art. 82 EG, ABl. (EG) 2009/C 45/02, Rn. 18.

76 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 120; *Schröter/Bartl*, in: v. d. Groeben/Schwarze, Europäisches Unionsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 101.

77 *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 144 ff.

entscheidend darauf an, dass die Unternehmen sich gemeinsam unabhängig von ihren Wettbewerbern, Abnehmern und Lieferanten verhalten können. Dies wird als fehlender Außenwettbewerb bezeichnet. Dabei wird ebenfalls maßgeblich auf den Marktanteil abgestellt.⁷⁸ Außerdem darf für das Vorliegen einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung kein erheblicher Innenwettbewerb vorliegen, was der Fall ist, wenn die Unternehmen durch die Marktstruktur oder durch Verträge miteinander verbunden sind.⁷⁹ Die Unternehmen müssen eine kollektive Einheit darstellen.⁸⁰

Eine kollektive marktbeherrschende Stellung kann durch eine oligopolistische Reaktionsverbundenheit entstehen. In dieser Situation unterliegen die Oligopolisten bestimmten Wechselwirkungen und können ihr Verhalten gegenseitig aneinander anpassen. Ein solches Verhalten ist nach der Rspr. wahrscheinlich, wenn der Markt transparent ist und den Unternehmen hinreichend wirksame Abschreckungs- und Vergeltungsmittel zur Verfügung stehen, um ein Abweichen vom gemeinsamen Verhalten zu bestrafen.⁸¹

IV. Fusionskontrolle

Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung wird in der Fusionskontrolle in Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO grundsätzlich genauso wie in Art. 102 AEUV beurteilt.⁸² Dabei muss jedoch die unterschiedliche Perspektive der beiden Normen beachtet werden: während das Missbrauchsverbot vergangenes Verhalten sanktionieren will, zielt die Fusionskontrolle darauf ab, zukünftige Beschränkungen des Wettbewerbs, die durch einen Zusammenschluss entstehen könnten, zu verhindern.⁸³

78 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 79.

79 *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 149; *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 80; EuGH, 16.3.2000, verb. Rs. C-395/96 P und C-396/96 P, Rn. 42 – *Compagnie Maritime Belge*; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 121.

80 EuGH, 16.3.2000, verb. Rs. C-395/96 P und C-396/96 P, Rn. 39 – *Compagnie Maritime Belge*.

81 EuG, 6.6.2002, T-342/99, EuR 2002, 720, Rn. 62 – *Airtours*; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 123.

82 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 26 Rn. 14.

83 *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 2 FKVO, Rn. 224.

Außerdem kommt es in der Fusionskontrolle darauf an, ob sich die Marktposition der Zusammenschlussparteien durch den Zusammenschluss verändert. Ändert sich die Marktposition nicht, bestünde kein Grund, den Zusammenschluss zu untersagen. Es wird demnach nicht statisch eine bestimmte Marktposition in der Vergangenheit untersucht. Um die Veränderung der Marktposition zu messen, stellt die Kommission darauf ab, ob die Marktkonzentration bestimmte Schwellenwerte übersteigt.⁸⁴ Der Konzentrationsgrad wird mit dem sogenannten Herfindahl-Hirschman-Index („HHI“) berechnet. Dabei werden zunächst die Marktanteile aller Unternehmen auf einem Markt quadriert und dann addiert. So hat ein Markt, in dem zwei Unternehmen jeweils einen Marktanteil von 30% und zwei weitere einen Marktanteil von jeweils 20% besitzen, einen HHI von 2600 ($30^2 + 30^2 + 20^2 + 20^2 = 2600$). Durch das Quadrieren werden hohe Anteile und große Abstände zwischen den Anteilen stärker gewichtet. Der höchste Wert ist beim Monopol ein HHI von $100^2 = 10.000$. Wird nach dem Zusammenschluss ein HHI von 1000 prognostiziert, erwartet die Kommission in der Regel keine wettbewerblichen Probleme. Bei einem Wert von 1000 bis 2000 wird eine Erhöhung von bis zu 250 Punkten – das sogenannte Delta – als unbedenklich angesehen. In dem Bereich oberhalb von 2000 Punkten gilt diese Vermutung bis zu einem Delta von 150 Punkten. Jenseits dieser Schwellenwerte ist ein Zusammenschluss regelmäßig bedenklich.⁸⁵

Ein weiteres in der Fusionskontrolle diskutiertes Instrument ist der von *Farrell/Shapiro* eingeführte Upward Pricing Pressure Test.⁸⁶ Ihm liegt der Gedanke zugrunde, dass die Anreize für Unternehmen, die Preise zu erhöhen, nach einem Zusammenschluss steigen können. Produzieren beide Unternehmen Produkte, die im Wettbewerb stehen, fällt nach dem Zusammenschluss dieser Wettbewerbsdruck weg. Umsatzanteile, die durch eine Preiserhöhung vor dem Zusammenschluss an das Konkurrenzunternehmen verloren gegangen wären, verbleiben nun in der neuen Einheit. Da die neue Einheit diese Verluste nicht mehr fürchten muss, besteht ein

84 Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. 2004/C 31/03, Rn. 17 ff.

85 *Hacker*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 2 FKVO, Rn. 174 f; Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. 2004/C 31/03, Rn. 19 ff; *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 2 FKVO, Rn. 251 ff; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 26 Rn. 67.

86 *Farrell/Shapiro*, 10 B.E. J. Theo. Econ., Policies & Persp., Article 9 (2010). Der Test hat auch Eingang gefunden in die DOJ, FTC, Horizontal Merger Guidelines, 21.

Anreiz zur Preiserhöhung. Gleichzeitig können jedoch durch den Zusammenschluss auch Effizienzen und damit Anreize zu einer Preissenkung entstehen. Die Differenz dieses Preisdrucks nach oben beziehungsweise nach unten für ein Produkt des fusionierenden Unternehmens (1) ist der Upward Pricing Pressure („UPP“). Ist die Zahl positiv, besteht ein Anreiz zur Preiserhöhung:

$$UPP_1 = (P_2 - C_2)D_{12} - E_1C_1 \geq 0$$

Dabei steht P_2 für den Preis des Produkts des anderen Unternehmens 2 und C_2 für dessen Kosten. D_{12} bezeichnet die sogenannte diversion ratio, d.h. der Anteil der Umsätze, die bei einer Preiserhöhung des Produkts eines Unternehmens an das andere Unternehmen verloren gehen. E_1 steht für die durch die Fusion entstehenden Effizienzen bei der Produktion des Produkts von Unternehmen (1) und C_1 für seine Kosten.⁸⁷

Der UPP vergleicht damit die Anreize der Unternehmen, vor beziehungsweise nach dem Zusammenschluss die Preise zu erhöhen. Damit misst die Kennzahl nicht Marktmacht an sich, sondern, ob sich die Marktmacht der neuen Einheit von der Marktmacht der separaten Unternehmen vor dem Zusammenschluss unterscheidet. Es wird damit eine Veränderung der Marktmacht gemessen.

B. Marktmacht im deutschen Wettbewerbsrecht

I. Legaldefinition in § 18 GWB

Im deutschen Wettbewerbsrecht ist die marktbeherrschende Stellung in § 18 GWB legaldefiniert. Gemäß Abs. 1 ist ein Unternehmen marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerber ist (Nr. 1), keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt (Nr. 2) ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat (Nr. 3).

Gemäß § 18 Abs. 3 sind dabei folgende Eigenschaften des Unternehmens zu berücksichtigen: sein Marktanteil (Nr. 1), seine Finanzkraft (Nr. 2), sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten (Nr. 3), Verflechtungen

⁸⁷ Brekke, in: OECD, Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms (2018), 87, 89 f; Kerber/Schwalbe, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 390 ff.

mit anderen Unternehmen (Nr. 4), rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen (Nr. 5), der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb durch Unternehmen, die innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs des GWB ansässig sind (Nr. 6), die Fähigkeit, sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen (Nr. 7) sowie die Möglichkeit der Marktgegensseite, auf andere Unternehmen auszuweichen (Nr. 8).

Dieser Katalog wurde durch die 9. GWB-Novelle erweitert. Gemäß § 18 Abs. 3a GWB sind insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken weitere Faktoren zu berücksichtigen. Dazu zählen direkte und indirekte Netzwerkeffekte (Nr. 1), die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer (Nr. 2), die Größenvorteile des Unternehmens im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten (Nr. 3), sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten (Nr. 4) sowie innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck (Nr. 5).

Darüber hinaus gilt gemäß § 18 Abs. 4 die Vermutung, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens 40% besitzt.

Das deutsche Wettbewerbsrecht ist dabei eng mit dem europäischen verwoben.⁸⁸ Gemäß Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 wird bei der Beurteilung eines Missbrauchs nach dem Recht des Mitgliedsstaates durch eine nationale Wettbewerbsbehörde auch Art. 102 AEUV angewendet. Damit wird die einheitliche Anwendung des Art. 102 AEUV in der gesamten EU sichergestellt.⁸⁹ Dabei wird es gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 den Mitgliedsstaaten nicht verwehrt, in ihrem Hoheitsgebiet strengere Vorschriften zur Unterbindung oder Ahnung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden. Sieht das Unionsrecht jedoch ein strengeres Verständnis des Missbrauchsverbots vor, setzt es sich wegen des Vorrangs des Unionsrechts durch.⁹⁰ Das mitgliedstaatliche Recht der Fusionskontrolle sowie Normen, die nicht dem Wettbewerbsschutz dienen, sind jedoch gemäß Art. 2 Abs. 3 VO 1/2003 von dem parallelen Anwendungszwang ausgenommen.

88 Vgl. *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB, Rn. 14 ff; *Immenga*, ZWeR 2008, 3, 8 ff; *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 19 GWB, Rn. 30 ff.

89 Vgl. 8. Erwägungsgrund der VO 1/2003.

90 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB, Rn. 14 f.

Der deutsche Gesetzgeber verfolgt das Ziel einer Harmonisierung der deutschen mit der europäischen Rechtslage.⁹¹ Wie das europäische Recht stellt auch das deutsche Recht für die Marktabgrenzung auf die funktionelle Austauschbarkeit der Produkte und den SSNIP-Test ab.⁹² Für die Bestimmung der beherrschenden Stellung wird auch nicht allein auf Marktanteile abgestellt. Hohe Anteile werden durch niedrige Marktzutrittschranken relativiert. Marktmacht wird ebenfalls in Zweifel gerufen, wenn die Marktanteile nicht stabil, sondern volatil sind. Daher ist eine Langzeitbetrachtung des Marktes notwendig.⁹³

Ein Unterschied zwischen dem deutschen und dem Unionsrecht ist jedoch die Vermutung in § 18 Abs. 4 GWB. Diese Vermutung fehlt nicht nur im Wortlaut des Art. 102 AEUV; die Unionsgerichte nehmen außerdem Marktmacht regelmäßig erst ab einem Marktanteil von 50-70% an, während § 18 Abs. 4 GWB dies bereits ab einem Anteil von 40% vermutet.⁹⁴

II. Kollektive Marktbeherrschung

Eine weitere Besonderheit der deutschen Marktmachtbestimmung liegt in der Bestimmung des Vorliegens einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung. Diese Stellung wird in § 18 Abs. 5 GWB legaldefiniert. Zwei oder mehr Unternehmen sind marktbeherrschend, soweit zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht (Nr. 1) und sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen (Nr. 2). Dabei orientiert sich der BGH an den Vorgaben der europäischen Praxis. Ein Oligopol wird angenommen, wenn zwischen Unternehmen eine enge Reaktionsverbundenheit besteht, was wiederum von der Markttransparenz und den Abschreckungs- und Sanktionsmitteln abhängt.⁹⁵ Dazu bekennt sich auch das BKartA.⁹⁶

91 Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur 6. GWB-Novelle, 29.01.1998, BTDRs. 13/9720, 1; Immenga, ZWeR 2008, 3, 8 ff.

92 Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB, Rn. 32 f., 46 f.

93 Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB, Rn. 105, 108.

94 Siehe oben Kapitel 1 A.II.

95 Bardong, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 18 GWB, Rn. 165 ff; BGH, 11.11.2008, KVR 60/07, BGHZ 178, 285, Rn. 39 – E.ON/Stadtwerke Eschwege.

96 BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (2012), 35 ff.

Auch für das Vorliegen einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung hat der Gesetzgeber eine Vermutung geschaffen. Eine Gesamtheit von Unternehmen gilt gemäß § 18 Abs. 6 GWB als marktbeherrschend, wenn sie aus drei oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von 50% erreichen (Nr. 1), oder aus fünf oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von zwei Drittel erreichen (Nr. 2). Diese Vermutung kann gemäß § 18 Abs. 7 widerlegt werden, wenn die Unternehmen nachweisen, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen (Nr. 1) oder die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat (Nr. 2).⁹⁷

III. Fusionskontrolle

In der Fusionskontrolle wird ein Zusammenschluss gemäß § 36 Abs. 1 GWB untersagt, wenn durch ihn wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere wenn zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Bei dem Regelbeispiel der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gelten die Grundsätze des § 18 GWB.⁹⁸ Außerdem wird auch hier zur Ermittlung der Marktkonzentration der HHI berechnet. Das BKartA verbindet mit bestimmten HHI-Werten jedoch keine festgelegten Vermutungen, da der deutsche Gesetzgeber bereits an Marktanteilsschwellen Vermutungswirkungen geknüpft hat.⁹⁹ Im Allgemeinen hat seit der Umstellung des § 36 GWB in der 8. GWB-Novelle weg von einem reinen Marktbeherrschungstest hin zum sogenannten SIEC-Test („Significant Impediment to Effective Competition“) eine starke Angleichung an die FKVO stattgefunden.¹⁰⁰

97 Vgl. dazu *Bardong*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 18 GWB, Rn. 236 ff.

98 *Bardong*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 18 GWB, Rn. 6; *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 36 GWB, Rn. 138.

99 BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (2012), Rn. 33.

100 *Kallfaß*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 36 GWB, Rn. 13.

IV. Wirtschaftspläne

Außerdem wurde in der deutschen Literatur zur Marktmachtbestimmung das Konzept der Wirtschaftspläne diskutiert. Das Konzept stellt nicht auf die Sicht des Nachfragers, sondern auf die des Anbieters ab. Dieser könne am besten beurteilen, wie seine wirtschaftliche Lage sei. Abzulesen seien die Wettbewerbsverhältnisse am Wirtschaftsplan des Unternehmens, das alle Faktoren wie aktuellen und potentiellen Wettbewerb im Blick habe.¹⁰¹ Dieses Konzept hat jedoch in der Praxis keine Anwendung gefunden und in jüngerer Zeit auch weniger Aufmerksamkeit in der Literatur erfahren.¹⁰² Das soll vor allem an dem fundamentalen Problem gelegen haben, dass es weder der Theorie noch der Praxis gelungen ist, klar zu definieren, worin ein Wirtschaftsplan besteht.¹⁰³

C. Marktmacht im US-amerikanischen Antitrust Law

I. Behördliche Kompetenzverteilung und Rechtsquellen

Anders als in der Union und in Deutschland, wo mit der Kommission bzw. dem BKartA primär eine einzige Behörde mit der Durchsetzung des Kartellrechts betraut ist, besteht in den USA auf Bundesebene eine Kompetenzteilung zwischen der Antitrust Division des Department of Justice („DOJ“) und der Federal Trade Commission („FTC“). Während das DOJ für strafrechtliche Verfahren zuständig ist, bearbeitet die FTC verwaltungsrechtliche Fälle.¹⁰⁴ Die Zuständigkeit für die Fusionskontrolle teilen sich gemäß Sec. 7A (d) Clayton Act die beiden Behörden.¹⁰⁵ Außerdem nehmen Klagen in der ordentlichen Gerichtsbarkeit eine im Vergleich zu Europa weitaus größere Rolle neben Verwaltungsentscheidungen ein.¹⁰⁶

101 *Füller*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 1042 f; *Rittner/Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Rn. 737; *Säcker*, ZWeR 2004, 1, 15 ff.

102 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB, Rn. 49.

103 *Füller*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 1043; *Rittner/Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Rn. 737.

104 *Langer*, Competition law of the United States, 171. Vgl. auch Sec. 5 FTC Act.

105 *Langer*, Competition law of the United States, 180.

106 *Langer*, Competition law of the United States, 67. Privatklagen werden u.a. durch die Kostenverteilung im Prozess attraktiver gemacht; siehe dazu 15 U.S.C. § 15(a) und § 16(a).

Die wichtigste Rechtsquelle findet sich im Sherman Act von 1890. Dessen Sec. 1 enthält ein Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen, das den Verboten in § 1 GWB und Art. 101 AEUV ähnlich ist. Sec. 2 verbietet es, einen Markt zu monopolisieren oder dies zu versuchen. Hierunter fallen Fälle, die dem Missbrauchsverbot in Art. 102 AEUV und § 19 GWB ähneln.¹⁰⁷

Eine weitere wichtige Rechtsquelle ist der Clayton Act von 1914, der 1936 durch den Robinson-Patman Act geändert wurde und als zentrale Norm Sec. 7 zur Fusionskontrolle enthält. Der FTC Act von 1914 regelt die Gründung und Verfahrensweise der FTC.¹⁰⁸ Schließlich haben auch die Bundesstaaten Kartellgesetze erlassen, wie den Cartwright Act in Kalifornien.¹⁰⁹ Daneben können die Behörden Soft Law, zum Beispiel in Form von Guidelines, erlassen.¹¹⁰ Da die Normen jedoch weit formuliert sind und in den USA das common law gilt, spielen die größte Rolle in der Rechtsfortbildung die Gerichte, insbesondere der Supreme Court.¹¹¹

II. Das Missbrauchs- bzw. Monopolisierungsverbot in Sec. 2 Sherman Act

Das Pendant zum europäischen bzw. deutschen Missbrauchsverbot in Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB findet sich im amerikanischen Recht in Sec. 2 Sherman Act:¹¹²

„Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony ...”

Damit gibt es drei Tatbestandsvarianten: erstens das Verbot der vollendeten Monopolisierung, zweitens das Verbot der versuchten Monopolisierung und drittens das Verbot von Absprachen zur Monopolisierung.¹¹³

107 Siehe dazu unten Kapitel 1 C. II.

108 Langer, Competition law of the United States, 24.

109 Langer, Competition law of the United States, 25.

110 Vgl. zum Beispiel DOJ, FTC, Horizontal Merger Guidelines.

111 Langer, Competition law of the United States, 26.

112 Vgl. Areeda/Kaplow/Edlin, Antitrust Analysis, 414 ff; Elhauge/Geradin, Global Competition Law and Economics, 271.

113 Fleischer, Die Dynamik des Wettbewerbsschutzes im US-amerikanischen, europäischen und australischen Kartellrecht, 60.

Der Begriff der Monopolisierung wurde vom Supreme Court in *U.S. v. Grinnell* definiert:

*“The offense of monopoly under § 2 of the Sherman Act has two elements: (1) the possession of monopoly power in the relevant market and (2) the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident.”*¹¹⁴

Damit muss zunächst „monopoly power“ im relevanten Markt vorliegen. Ein Missbrauch liegt vor, wenn diese Stellung absichtlich erlangt oder aufrechterhalten wurde, indem das Unternehmen „wettbewerbsfremde“ Mittel benutzte, d.h. solche, die nicht nur Ergebnis einer überlegenen Marktleistung waren und z.B. in einem besseren Produkt, besserem Geschäftssinn oder Glück bestanden.¹¹⁵

Der Begriff der „monopoly power“ suggeriert nach seinem altgriechischen Wortstamm (monos: „allein“ und polein: „verkaufen“), dass das Unternehmen der einzige Anbieter eines Produkts ist bzw. dass sein Marktanteil 100% beträgt. Der Supreme Court hat jedoch ein weniger enges Verständnis und bejaht monopoly power bereits, wenn ein Unternehmen die Preise über einem Niveau aufrecht zu erhalten vermag, das bei wirksamem Wettbewerb bestünde und Wettbewerb auszuschließen kann.

Die Monopolmacht muss außerdem nachhaltig sein.¹¹⁶ Um monopoly power zu beweisen, muss gezeigt werden, dass erstens ein hoher Marktanteil vorliegt und zweitens dass es Markteintrittsbarrieren gibt, die es dem Unternehmen erlauben, Marktmacht zu nutzen. Im Falle des Versuchs muss es wahrscheinlich sein, dass das Unternehmen hohe Marktanteile erreicht.¹¹⁷ Die Rspr. hat noch keine festen Schwellenwerte wie in Europa entwickelt, ab denen das Vorliegen von monopoly power vermutet wird. In *Alcoa* traf das Gericht des Second Circuit aber eine wegweisende Grundsatzentscheidung:

114 *Areeda/Kaplow/Edlin*, Antitrust Analysis, 421 f; *U.S. v. Grinnell*, 384 U.S. 563, 570, 571 (1966).

115 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 40.

116 DOJ, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Sec. 2 of the Sherman Act, 19 ff; *Areeda/Kaplow/Edlin*, Antitrust Analysis, 527.

117 *Rebel Oil v Atlantic Richfield*, 51 F.3d 1421, 1434 (9th Cir. 1995); *U.S. v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 51 (D.C. Cir. 2001).

„[90%] 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.“¹¹⁸

Der Supreme Court hat ab Marktanteilen von zwei Dritteln Marktmacht angenommen.¹¹⁹ Bei einem Anteil von weniger als 50% wurde aber noch nie monopoly power angenommen. Einige Gerichte halten es aber für möglich, dass auch unter 50% Marktmacht angenommen wird, wenn es einen Nachweis gibt, dass das Unternehmen die Preise kontrollieren oder Wettbewerber ausschließen kann.¹²⁰

Hohe Marktanteile reichen aber nicht aus, um Marktmacht zu beweisen. Das Vorliegen von Marktmacht kann z.B. verneint werden, wenn die Nachfrage oder das Angebot besonders elastisch ist: können die Wettbewerber schnell auf eine Preiserhöhung reagieren, indem sie das Angebot ausweiten, oder den Markt gar erst betreten (hohe Angebotselastizität), kann das Unternehmen mit einem hohen Marktanteil die Preise trotzdem nicht kontrollieren. Ebenfalls fehlt die Preisbestimmungsmacht, wenn zahlreiche Abnehmer bei einer Preiserhöhung unmittelbar darauf verzichten, das Produkt zu konsumieren (hohe Nachfrageelastizität).¹²¹

Zur Marktabgrenzung nutzen auch amerikanische Gerichte und Behörden das Bedarfsmarktkonzept: zu einem Markt gehören Produkte, die aus Verbrauchersicht nach Kriterien wie Nutzbarkeit, Preis und Eigenschaften austauschbar sind.¹²² Auch sie benutzen den SSNIP-Test, und beachten die *cellophane fallacy*.¹²³ Es werden ebenfalls ein sachlich und ein räumlich relevanter Markt abgegrenzt.¹²⁴

118 *U.S. v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 424 (2d Cir. 1945).

119 *American Tobacco v U.S.*, 328 U.S. 781, 797 (1946); *U.S. v. Grinnell*, 384 U.S. 563, 571 (1966).

120 DOJ, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Sec. 2 of the Sherman Act, 21 ff. m.w.N; *Broadway Delivery v UPS*, 651 F.2d 122, 127 (2d Cir. 1981); *Hayden Publishing v Cox Broadcasting*, 730 F.2d 64, 69 (2d Cir. 1984).

121 DOJ, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Sec. 2 of the Sherman Act, 23; DOJ, FTC, Horizontal Merger Guidelines, Rn. 4.

122 *U.S. v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 394 (1956).

123 DOJ, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Sec. 2 of the Sherman Act, 25 f.

124 *Fleischer*, Die Dynamik des Wettbewerbsschutzes im US-amerikanischen, europäischen und australischen Kartellrecht, 70.

III. Das Kartellverbot in Sec. 1 Sherman Act

Marktmacht ist nicht nur im Rahmen des Missbrauchsverbots, sondern auch im Rahmen des Kartellverbots relevant. Sec. 1 Sherman Act lautet:

„Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.“

Nach dem Wortlaut ist für einen Verstoß gegen die Norm Marktmacht nicht erforderlich. Etwas anderes gilt nur ausnahmsweise bei Kopplungsvereinbarungen („tying arrangements“). Eine Kopplungsvereinbarung liegt vor, wenn ein Anbieter ein Produkt nur unter der Voraussetzung verkauft, dass der Abnehmer vom selben Anbieter ebenfalls ein weiteres Produkt erwirbt.¹²⁵ Solche Vereinbarungen verstoßen auch im Unionsrecht gegen Art. 101 Abs. 1 lit. e AEUV bzw. im deutschen Recht gegen § 1 GWB.¹²⁶ Zum Kopplungsverbot hat sich in den USA eine Rspr. entwickelt, die voraussetzt, dass der Anbieter des Produkts auf dem Kopplungsmarkt market power besitzt.¹²⁷

Es ist jedoch umstritten, ob der Begriff der market power in Sec. 1 gleichbedeutend ist mit dem der monopoly power aus Sec. 2.

1. Eine Ansicht: synonyme Verwendung

In vielen Entscheidungen des Supreme Court werden die beiden Begriffe synonym verwendet.¹²⁸ In *Microsoft* verwies das Gericht in dem Teil des Urteils, der market power im Tatbestand des Sec. 1 Sherman Act behandelte, auf die Ausführungen zur monopoly power im Rahmen des Sec. 2 Sherman Act.¹²⁹ Der Supreme Court definiert market power als die Kontrolle über Preise und Fähigkeit zum Ausschluss von Wettbewerb.¹³⁰ Damit wer-

125 *Areeda/Kaplow/Edlin*, Antitrust Analysis, 643.

126 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 8 Rn. 60 ff.

127 *Areeda/Hovenkamp*, Antitrust Law, Rn. 1733a, S. 15 ff; *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 26 (1984).

128 *Hanover Shoe v. United Shoe Mach.*, 392 U.S. 481, 486 (1968); *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 14 f. (1984); *U.S. v. Grinnell*, 384 U.S. 563, 580 (1966).

129 *U.S. v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 85 (D.C. Cir. 2001).

130 So z.B. in *Matsubita Electric Industrial v. Zenith Radio*, 475 U.S. 574, 590 (1986).: „In order to recoup their losses, petitioners must obtain enough market power

den die gleichen Kriterien herangezogen wie für das Bestimmen von monopoly power.¹³¹ *Krattenmaker u. a.* haben deswegen geschlussfolgert, dass die Rspr. die beiden Begriffe nicht genau abgrenzen würde und gar „verwirrt“ über die Terminologie sei.¹³²

Price zufolge definieren die Gerichte market power als die Fähigkeit, Preise über dem Wettbewerbsniveau zu halten. Monopoly power hingegen sei die Fähigkeit, Preise zu kontrollieren *oder* Wettbewerb auszuschließen.¹³³ Der Beweis von market power unterläge damit einer höheren Schwelle als bei monopoly power: nur die Fähigkeit, Preise zu erhöhen, kann market power beweisen. Monopoly power läge hingegen auch vor, wenn ein Unternehmen in der Lage ist, die Preise zu senken oder Wettbewerb auszuschließen.¹³⁴

2. Gegenansicht: monopoly power als substantial market power

Die h.M. sieht monopoly power als einen gesteigerten Grad von market power an („substantial market power“).¹³⁵ Market power sei die Fähigkeit von Unternehmen, Preise zu kontrollieren. Alle Unternehmen haben damit einen gewissen Grad davon, denn die Nachfrage ist bei keinem Produkt perfekt elastisch: die Preiselastizität beschreibt die Bereitschaft von Nachfragern, für ein bestimmtes Produkt einen bestimmten Preis zu bezahlen. Die Nachfrageelastizität ist definiert als die relative Nachfrageänderung dividiert durch die relative Preisänderung.¹³⁶

to set higher than competitive prices, and then must sustain those prices long enough to earn in excess profits”.

131 Vgl. oben Kapitel 1 C II.

132 „[C]ourts appear to be confused about whether market power and monopoly power are similar or distinct concepts.“ – *Krattenmaker/Lande/Salop*, 76 *Georgetown L. Rev.* 241, 245 f (1987).

133 *Price*, 75 *Cornell L. Rev.* 189, 198 (1989).

134 *Krattenmaker/Lande/Salop*, 76 *Georgetown L. Rev.* 241, 247 (1987).

135 DOJ, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Sec. 2 of the Sherman Act, 19 f; *ABA Section of Antitrust Law*, Market Power Handbook, 3–5; *Areeda/Hovenkamp*, Antitrust Law, Rn. 801, S. 382; *Areeda/Kaplow/Edlin*, Antitrust Analysis, 526; *Elhauge/Geradin*, Global Competition Law and Economics, 284; *Landes/Posner*, 94 *Harvard L. Rev.* 937 (1981).

136 *Mankiw/Taylor*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 97 f. Steigt beispielsweise der Preis eines Produkts von 2€ auf 2,20€, wodurch der Absatz von 10 auf 8 Einheiten sinkt, liegt die Preiselastizität bei $20\%/10\% = 2$. Ein Wert über 1 gilt als elastisch, ein Wert darunter als unelastisch.

$$\text{Nachfrageelastizität} = \frac{\text{Änderung der Nachfragemenge (\%)}}{\text{Preisänderung (\%)}}$$

Ist die Elastizität gering, sind Nachfrager eher bereit, einen hohen Preis zu bezahlen.¹³⁷ Eine Elastizität, die so hoch ist, dass Nachfrager bei der geringsten Preiserhöhung nicht mehr das Produkt erwerben würden, ist jedoch in der Realität sehr selten. Insofern ist jedes Unternehmen in begrenztem Umfang in der Lage, Preise zu kontrollieren, und besitzt ein gewisses Maß an market power.¹³⁸ Monopoly power sei ein gesteigertes Ausmaß von market power, das einen bestimmten Schwellenwert überschreitet, der kartellrechtliches Eingreifen rechtfertigt.¹³⁹

3. Ansicht des Supreme Courts

Tatsächlich vertritt dieses Verständnis auch der Supreme Court. So entschied das Gericht in *Kodak*:

*„Monopoly power under § 2 requires, of course, something greater than market power under § 1.“*¹⁴⁰

Dabei verwies es auf das Urteil *Fortner* (welches in *Fortner II*¹⁴¹ bestätigt wurde):

*“The standard of “sufficient economic power” does not ... require that the defendant have a monopoly or even a dominant position throughout the market for the tying product. Our tie-in cases have made unmistakably clear that the economic power over the tying product can be sufficient even though the power falls far short of dominance... These decisions reject[ed] the need for proof of truly dominant power over the tying product ... Such appreciable restraint results whenever the seller can exert some power over some of the buyers in the market, even if his power is not complete over them and over all other buyers in the market.”*¹⁴²

137 Niels/Jenkins/Kavanagh, Economics for competition lawyers, 34 f.

138 DOJ, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Sec. 2 of the Sherman Act, 19 ff.

139 ABA Section of Antitrust Law, Market Power Handbook, 3.

140 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 480 (1992); vgl. auch *U.S. v. Loews' Inc.*, 371 U.S. 38, 45, Fn. 4 (1962).

141 *U.S. Steel v. Fortner Enterprises*, 429 U.S. 610, 620 (1977).

142 *Fortner Enterprises v. U.S. Steel*, 394 U.S. 495, 502 f (1969); vgl. auch *U.S. v. Loews' Inc.*, 371 U.S. 38, 45 (1962).

4. Stellungnahme

In den genannten Urteilen wird deutlich, dass in Sec. 2 Sherman Act ein höherer Grad von Marktmacht als in Sec. 1 Sherman Act gefordert ist.¹⁴³ Dass umgekehrt market power ein Mehr gegenüber monopoly power sei, wie *Price* es vertritt, ist damit nicht vereinbar. Die Begriffe sind auch gerade nicht gleichbedeutend.¹⁴⁴

Deswegen ist der h.M. zu folgen. Während der Supreme Court in *Kodak* sehr deutlich die Begriffe monopoly power und market power abgrenzt, benutzt es jedoch in *Fortner* außerdem die Wörter „dominant position“ und „economic power“, wobei jeweils economic power und market power sowie monopoly power und dominant position gleichgesetzt werden.¹⁴⁵ In anderen Fällen, wie *Aspen* und *Trinko*, in denen nur Sec. 2 Sherman Act geprüft wurde, verwendete das Gericht jedoch nur den Begriff „monopoly power“.¹⁴⁶ Der vorzugswürdigen Ansicht ist deswegen hinzuzufügen, dass statt market und monopoly power auch economic power oder dominance Verwendung finden. Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass der Supreme Court darüber schweigt, wann genau market power den Grad von monopoly power erreicht.¹⁴⁷ Beide Formen von Marktmacht werden anhand von Marktanteilen gemessen, wobei unterschiedliche Prozentsätze für maßgeblich befunden werden.¹⁴⁸

Festzuhalten ist damit zusammenfassend, dass monopoly power in der hier vertretenen Sichtweise einen „substantiellen“ Grad an market power erfordert, wobei dieser Grad nicht präzise festgelegt ist. Somit ist die Verwendung ähnlich wie im deutschen Recht, in dem das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung einen gesteigerten Grad von Marktmacht erfordert.

143 So auch *Werden*, 2 Euro. Comp. J., 53, 56 (2006).

144 Vgl. zu der Gegenansicht oben Kapitel 1 C. III. 1.

145 Die Gleichstellung von „dominant“ und monopoly power findet sich auch im Urteil *du Pont*: “If cellophane is the “market” that du Pont is found to dominate, it may be assumed it does have monopoly power over that “market.”” – *U.S. v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 391 (1956).

146 *Aspen Skiing v Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 598 f., Fn. 22 (1985); *Verizon v. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004).

147 DOJ, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Sec. 2 of the Sherman Act, 20.

148 Vgl. *Aareeda/Hovenkamp*, Antitrust Law, Rn. 1736, S. 84 f.; *Holmes*, Antitrust Law Handbook, 360 ff. Eine Mindestgrenze soll bei einem Marktanteil von 30% liegen, s. *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 26–27 (1984).

IV. Fusionskontrolle

Drittens spielt Marktmacht in der Fusionskontrolle eine Rolle. Die zentrale Norm, Sec. 7 Clayton Act, lautet wie folgt:

„No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital ... where in any line of commerce or in any activity affecting 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.“

Ein Zusammenschluss verstößt demnach gegen die Norm, wenn der Zusammenschluss substantiell den Wettbewerb beeinträchtigt oder in seiner Wirkung tendenziell ein Monopol schafft. Die Methode, nach der eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs geprüft wird, nennt sich auch SLC-Test („substantial lessening of competition“).¹⁴⁹ Die Methodik wird dabei maßgeblich in den Horizontal Merger Guidelines konkretisiert.¹⁵⁰

In der Prüfung von Zusammenschlüssen wird zunächst der Markt nach den gleichen Kriterien wie in Sec. 1 und 2 Sherman Act abgegrenzt.¹⁵¹ Danach werden vor allem Marktanteile und die Marktkonzentration berücksichtigt.¹⁵² Der Supreme Court hat entschieden, dass ein Zusammenschluss, durch den ein Unternehmen mit einem Marktanteil von 30% entsteht, den Wettbewerb beeinträchtigt, da der Markt bereits stark konzentriert gewesen sei.¹⁵³

Die Marktkonzentration wird wie in der EU anhand des HHI gemessen.¹⁵⁴ Die Guidelines nehmen ab einem HHI von 2500 einen hochkonzentrierten Markt an und unter 1500 einen gering konzentrierten. Werte zwischen einem HHI von 1500 und 2500 indizieren eine mittlere Marktkonzentration. Je nachdem, in welchem Markt die Fusion stattfindet, wird die Fusion nach unterschiedlichen Kriterien behandelt. Eine durch die Fusion entstehende Erhöhung des HHI von 100 wird grds. nicht untersucht. In gering konzentrierten Märkten findet ebenfalls grds. keine Untersuchung statt. Eine Erhöhung von mehr als 100 Punkten auf den übrigen

149 Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 2 FKVO, Rn. 185.

150 DOJ, FTC, Horizontal Merger Guidelines. Für ein Anwendungsbeispiel der Guidelines siehe *FTC v Staples*, 970 F. Supp. 1066, 1081–1082 (D.D.C. 1997).

151 *Areeda/Kaplow/Edlin*, Antitrust Analysis, 764; *Brown Shoe v U.S.*, 370 U.S. 294, 342 ff. (1962).

152 DOJ, FTC, Horizontal Merger Guidelines, 15–19.

153 *U.S. v Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 365–366 (1963).

154 *Areeda/Kaplow/Edlin*, Antitrust Analysis, 751.

Märkten wird genauer untersucht, wobei bei einer Erhöhung von 200 Punkten auf einem hoch konzentrierten Markt vermutet wird, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb beeinträchtigt.¹⁵⁵

Die Fusionskontrolle hat dabei einen anderen Blickwinkel als Sec. 1 und 2 Sherman Act. Ein Zusammenschluss darf nicht nur untersagt werden, wenn er unmittelbar zu einer Einschränkung des Wettbewerbs oder zur Entstehung von monopoly power führt. Es reicht aus, wenn er in Zukunft diese Wirkung entfaltet bzw. eine Tendenz zum Monopol entsteht.¹⁵⁶

Ein Zusammenschluss kann nicht nur unter Sec. 7 Clayton Act fallen, sondern auch eine Verletzung von Sec. 1 und Sec. 2 Sherman Act darstellen.¹⁵⁷ Dann gelten die dortigen Maßstäbe.¹⁵⁸

V. Direkte Marktmachtbestimmung

Außerdem ist es im US-amerikanischen Kartellrecht möglich, Marktmacht direkt zu bestimmen, ohne den relevanten Markt abzugrenzen. „Direct evidence“ kann vorliegen, wenn sich das Unternehmen in einer bestimmten Weise verhält und kann ausreichen, um Marktmacht nachzuweisen.¹⁵⁹ Die in Deutschland und der Union übliche Marktmachtbestimmung wird demgegenüber indirekte Methode genannt, weil sie Marktmacht nicht direkt, sondern über den „Umweg“ der Marktabgrenzung bestimmt.¹⁶⁰

155 DOJ, FTC, Horizontal Merger Guidelines, 18 f.

156 *U.S. v Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 362 (1963).

157 *Abrar*, Notwendigkeit einer sektorspezifischen Fusionskontrolle?, 226.

158 Siehe oben Kapitel 1 C.II. und III.

159 DOJ, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Sec. 2 of the Sherman Act, 27 ff; *Areeda/Kaplow/Edlin*, Antitrust Analysis, 529. Siehe dazu ausführlich unten Kapitel 4 C.II.

160 *Geradin/Layne-Farrar/Petit*, EU Competition Law and Economics, Rn. 2.83; *Hahne*, Das Erfordernis der Marktabgrenzung aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, 284; *Kerber/Schwalbe*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 228; *Zimmer*, in: Baums/Lutter/Schmidt u. a., Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag, 1173, 1174.

D. Zusammenfassung

I. Grundsätzliche Methode der Marktmachtbestimmung

Die drei untersuchten Rechtsordnungen definieren Marktmacht unterschiedlich. Das Unionsrecht definiert Marktmacht als Fähigkeit eines Unternehmens zu unabhängigem Verhalten. § 18 GWB stellt darauf ab, ob das Unternehmen Wettbewerbsdruck unterliegt oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. In den USA bedeutet Marktmacht schließlich die Fähigkeit des Unternehmens, Preise zu erhöhen oder Wettbewerb zu verhindern. In faktischer Hinsicht werden diese drei Definitionen meist in vergleichbaren Situationen erfüllt sein: Kann sich ein Unternehmen unabhängig verhalten, unterliegt es nur geringem Wettbewerbsdruck. Gleichzeitig wird es wahrscheinlich in der Lage sein, sich insofern unabhängig zu verhalten, als es die Preise erhöhen kann. Damit umschreiben die drei Rechtsordnungen auf unterschiedliche Weise ein das gleiche Phänomen. Vor diesem Hintergrund erschließt sich auch, weshalb die drei untersuchten Rechtsordnungen sich in dem zweischrittigen Verfahren aus Marktabgrenzung und Marktmachtbestimmung gleichen. Die Marktabgrenzung orientiert sich in allen Fällen an der Austauschbarkeit der Produkte.¹⁶¹ Im zweiten Schritt werden primär Marktanteile als Kriterium verwendet, wobei sich jedoch bei der Höhe der Anteile Unterschiede ergeben. So vermutet § 18 Abs. 4 GWB eine marktbeherrschende Stellung ab einem Marktanteil von 40%. Im Unionsrecht geht die Rspr. bei Marktanteilen über 50% davon aus, dass eine beherrschende Stellung vorliegt. In den USA hat sich die Rspr. nicht auf eine definitive Schwelle festgelegt. Alle Systeme erkennen jedoch Ausnahmen an; keins stellt nur pauschal auf hohe Anteile ab. Insbesondere Marktzutrittsbarrieren werden in allen drei Systemen als Kriterium neben Anteilen genannt.

II. Fusionskontrolle

Numerische Unterschiede ergeben sich auch bei der Frage, ab welchen HHI-Werten hoch konzentrierte Märkte angenommen werden bzw. ab welcher HHI-Veränderung ein Zusammenschluss voraussichtlich den Wettbewerb schädigt. In der EU bzw. in Deutschland wird ein Wert unter

161 Schmidt, in: Ezrachi, Research Handbook on International Competition Law, 369, 385.

1000 als unbedenklich angesehen, in den USA bis 1500. In den USA ist in mittelmäßig konzentrierten Märkten (1500-2500) ein Delta von 100 unbedenklich, in der EU bzw. Deutschland von 250, wobei jedoch dort Märkte mit mittlerer Konzentration bei Werten von 1000 bis 2000 vorliegen. In hoch konzentrierten Märkten – in den USA über 2500, in der EU bzw. Deutschland über 2000 – werden nach amerikanischem Recht Erhöhungen von 100 bis 200 Punkten näher untersucht, wobei eine Erhöhung von über 200 Punkten Marktmacht vermuten lässt. Nach europäischem bzw. deutschem Recht wird jede Veränderung von mehr als 150 Punkten als bedenklich angesehen.

III. Kopplungsvereinbarungen

Bei der Behandlung von Kopplungsvereinbarungen sticht das US-amerikanische Recht mit dem besonderen Konzept der market power im Rahmen des Sec. 1 Sherman Act hervor, das sich vom Begriff der monopoly power in Sec. 2 Sherman Act unterscheidet. Für monopoly power ist ein substantieller Grad an market power erforderlich.

In der EU bzw. in Deutschland fehlt eine solche Unterscheidung: Kopplungsgeschäfte können unter Art. 101 Abs. 1 lit. e AEUV oder unter Art. 102 S. 2 lit. d AEUV fallen. Im Falle des Art. 102 AEUV ist wie auch sonst eine marktbeherrschende Stellung erforderlich. Art. 101 AEUV erfordert jedoch keine Form von Marktmacht.¹⁶²

In Deutschland fallen Kopplungsvereinbarungen unter das Missbrauchsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (unbillige Behinderung von Wettbewerbern), sodass eine marktbeherrschende Stellung erforderlich ist.¹⁶³ Da § 1 GWB aber Art. 101 AEUV angeglichen werden soll,¹⁶⁴ ist zumindest denkbar, dass eine Kopplungsvereinbarung auch unter § 1 GWB fällt, der keine Marktbeherrschung fordert.

162 Die meisten Kopplungsfälle werden jedoch *de facto* im Rahmen des Art. 102 AEUV geprüft: *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 12 Rn. 52; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 253. Dabei wird u. a. auf den Fall *Hilti* verwiesen, in dem ein Kopplungsgeschäft nur im Rahmen des Art. 102 AEUV geprüft wurde und, obwohl es auf die marktbeherrschende Stellung im Fall ankam, bemerkenswerterweise Art. 101 AEUV nicht geprüft wurde, siehe EuG, 12.12.1991, T-30/89, Slg. 1991 II-01439, Rn. 64 ff – *Hilti*.

163 *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 19 GWB, Rn. 200 ff.

164 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 1 GWB, Rn. 5.

Das deutsche und europäische Recht unterscheiden somit bei Koppelungsvereinbarungen – und auch im Übrigen – anders als das US-amerikanische Kartellrecht nicht zwischen unterschiedlichen Graden von Marktmacht.