

René Galle, LL.M. (Minnesota)

Ein wirtschaftlicher Ansatz im Kartellrecht

Ein Rechtsvergleich zwischen dem europäischen
Wettbewerbsrecht unter dem Einfluss des ‚more economic
approach‘ und dem US-amerikanischen Kartellrecht



Nomos

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	15
1. Einleitung	15
2. Ziel der Arbeit, Methodik und Untersuchungsgang	17
3. Ein Überblick über die wichtigsten Wettbewerbsschulen	18
a) Die Harvard School	19
b) Die Chicago School of Economics	19
c) Die (neue) österreichische Schule und die Freiburger Schule	20
d) Post-Chicago Economics und die neue Industrieökonomik	21
4. Der „more economic approach“ und die dem ökonomischen Ansatz zugrundeliegende Theorie	22
a) Der Begriff des „more economic approach“	22
b) Der ökonomische Ansatz und die ökonomische Theorie am Beispiel des „homo oeconomicus“	25
B. Ein wirtschaftlicher Ansatz in der Fusionskontrolle	29
1. Einleitung	29
2. Überblick über die US-amerikanische Fusionskontrolle	29
3. Horizontale Zusammenschlusskontrolle	30
a) Nichtkoordinierte Effekte in Form der Einzelmarktbeherrschung	31
(1) Die Bestimmung der Einzelmarktbeherrschung im europäischen Kartellrecht	31
(a) Die starke bis dominante Funktion der Marktanteile unter dem traditionellen Ansatz	31
(b) Die auswirkungsorientierte Einzelfallanalyse unter dem „more economic approach“	33
(i) Marktspezifika (Bietermärkte, Innovationsmärkte)	36
(ii) Marktkonzentration: HHI und Ausnahmefälle	37
(iii) Eine dynamischere Sichtweise: Entwicklung des Angebotes und der Nachfrage	38
(iv) Ausgleichsfaktoren: Gegenmacht und Markteintritt	39
(2) Die Entwicklung des US-amerikanischen Ansatzes um den SLC-Test	41
(a) Die ursprüngliche Dominanz von Marktanteilen und Konzentration und eine erste Abkehr	41
(b) Die 1992 Horizontal Guidelines und der gegenwärtige Ansatz	44
(3) Vergleich und Stellungnahme bezüglich der Entwicklungen in Europa und den USA	46

b) Nichtkoordinierte Auswirkungen in Form von unilateralen Effekten	49
(1) Was sind unilaterale Effekte?	49
(2) Unilaterale Effekte unter den 1992 Horizontal Guidelines und die US-Fallpraxis	52
(3) Unilaterale Effekte im europäischen Kartellrecht	57
(a) Die Analyse unilateraler Effekte bis 2004	57
(b) Die Analyse unter den neuen Horizontalleitlinien und die erste Anwendungspraxis	60
(4) Zusammenfassung und Vergleich bezüglich unilateraler Effekte in den USA und Europa	62
(5) Stellungnahme: Bewertung der Aufnahme von unilateralen Effekten	63
c) Koordinierte Effekte	65
(1) Was sind koordinierte Effekte?	65
(2) Die kollektive Marktbeherrschung in der europäischen Kartellrechtspraxis	66
(a) Entwicklung eines Checklistenansatzes der Kommission	67
(b) Kritik am Checklistenansatz	68
(c) Airtours und der neue Ansatz des EuG	69
(d) Der neue Ansatz in den Horizontalleitlinien	71
(e) Die erste Anwendungspraxis am Beispiel Sony-BMG	72
(3) Koordinierte Effekte im US-Kartellrecht	74
(a) Der strukturelle Ansatz am Beispiel Hospital Corp. of America	74
(b) Der neue Ansatz der 1992 Horizontal Guidelines und die Anwendungspraxis am Beispiel Arch Coal	75
(4) Vergleich und Stellungnahme zu den Entwicklungen in Europa und den USA	80
4. Nichthorizontale Zusammenschlusskontrolle	81
a) Mögliche wettbewerbsschädliche Effekte von vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen	82
b) Nichthorizontale Zusammenschlüsse im europäischen Kartellrecht	87
(1) Die ursprüngliche Kommissionspraxis	87
(2) Der Wandel durch die verstärkte gerichtliche Überprüfung des EuG am Beispiel <i>Tetra Laval B.V./Kommission und GE/Kommission</i>	88
(3) Aufnahme der Anforderungen durch die Kommission	92
c) Die nichthorizontale Zusammenschlusskontrolle im US-amerikanischen Kartellrecht	93
(1) Von Aktivismus und „laissez-faire“ oder von Harvard nach Chicago	93
(2) Post-Chicago am Beispiel Silicon Graphics und AOL/TimeWarner	95
d) Vergleich und Stellungnahme bezüglich der Entwicklung der nichthorizontalen Zusammenschlusskontrolle in Europa und den USA	97
5. Die Rolle von Effizienzvorteilen in der Fusionskontrolle	99
a) Standpunkte zur Frage der Berücksichtigung von Effizienzen in der Fusionskontrolle	99
(1) Effizienz als Wettbewerbsbeeinträchtigung („efficiency offense“)	100

(2) Außerachtlassen von Effizienzgesichtspunkten	100
(3) Pauschale Berücksichtigung („general presumption approach“)	102
(4) Zulassen eines Effizienzeinwandes („efficiency defense“)	102
(a) Das Williamson Trade-off Modell	104
(b) Kritik am Williamson-Modell	105
(5) Stellungnahme bezüglich des Umgangs mit Effizienzvorteilen in der Fusionskontrolle	106
(6) Die konkrete Ausgestaltung eines Effizienzeinwandes und der weitere Untersuchungsgang	107
b) Effizienzgewinne in der US-amerikanischen Fusionskontrolle: die „efficiency defense“	108
(1) Der rechtliche Rahmen: die Vereinbarkeit des Effizienzeinwands mit Sect. 7 Clayton Act	108
(2) Die frühe Anwendungspraxis in den USA (bis 1968)	110
(3) Von den 1968 Guidelines und dem Einfluss der Chicago School	111
(4) Die 1992 Horizontal Guidelines und die neuere Rechtsprechung	113
(5) Zusammenfassung	115
c) Effizienzgewinne und die europäische Fusionskontrolle	117
(1) Der rechtliche Rahmen: Die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen unter der FKVO	117
(2) Bewertung	120
(a) Die Berücksichtigung von Effizienzen in der europäischen Fusionskontrollpraxis	120
(i) Unter dem Marktbeherrschungstest der alten Fusionskontrollverordnung	120
(ii) Effizienzen unter der neuen Fusionskontrollverordnung	123
d) Vergleich der Berücksichtigung von Effizienzen in der europäischen und US-amerikanischen Fusionskontrolle	125
e) Fazit zur Behandlung von Effizienzgewinnen in der Fusionskontrolle	126
6. Einsatz empirischer Methoden in der Fusionskontrolle	127
a) Einführung	128
(1) Übersicht über wichtige empirische Tests	128
(2) Ein Beispielfall nach Procter & Gamble/VP Schickedanz	129
b) Die Marktabgrenzung und der Einsatz von Merger Simulationsmodellen	133
(1) Die Abgrenzung des relevanten Marktes	133
(a) Grundidee, Funktionsweise, Wichtiges zum SSNIP-Test	135
(b) Vorzüge und Kritik des SSNIP-Tests	140
(c) Die europäische Praxis unter dem Bedarfsmarktkonzept	145
(i) Das wenig ökonomische „klassische“ Bedarfsmarktkonzept	146
(aa) Nachfrageseite	146
(bb) Angebotsseite	150
(ii) Zusammenfassung	151

(iii) Das „modernisierte“ Bedarfsmarktkonzept in der Bekanntmachung über den relevanten Markt	152
(aa) Aufnahme des SSNIP-Tests	152
(bb) Verstärkter Einsatz von empirischen Methoden	153
(iv) Das „modernisierte“ Bedarfsmarktkonzept in der Praxis	153
(d) Ergebnis zur europäischen Marktbestimmung	158
(e) Die Marktbestimmung im US-amerikanischen Kartellrecht	159
(i) Die ältere Praxis und die Kritik hieran	159
(ii) Die Produktmarktdefinition unter den 1992 Horizontal Guidelines	161
(iii) Die neuere Anwendungspraxis unter besonderer Berücksichtigung der „critical loss“-Methode	162
(iv) Bewertung der US-Praxis	167
(f) Zusammenfassender Vergleich zwischen dem europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht	168
(2) Merger Simulationsmodelle zur Prognose von unilateralen Effekten in produktdifferenzierten Märkten	169
(a) Was sind Merger Simulationsmodelle?	169
(b) Wie erstellt man ein Merger Simulationsmodell?	169
(c) Zwischenbilanz	177
(d) Merger Simulationsmodelle in US-Kartellrechtsfällen	178
(e) Der Einsatz von MSM in europäischen Kartellrechtsfällen	184
(f) Vergleich und Stellungnahme bezüglich des Einsatzes von Simulationsmodellen	190
7. Zusammenfassung der Untersuchung in der Zusammenschlusskontrolle: Prinzipien eines wirtschaftlichen Ansatzes in der Fusionskontrolle	191
 C. Ein wirtschaftlicher Ansatz in der Missbrauchskontrolle	192
1. Vorbemerkungen	192
a) Ein kurzer Überblick über den US-amerikanischen Monopolisierungstatbestand	192
b) Die Diskussion um eine Ökonomisierung der Missbrauchskontrolle und Vorstellung des Untersuchungsgangs	193
2. Marktbeherrschende Stellung und Monopolmacht	198
a) Eine wirtschaftliche Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung	198
b) Eine wirtschaftliche Bestimmung der Monopolmacht	202
c) Vergleich und Fazit	204
3. Der Vorfeldtatbestand des Monopolisierungsversuchs	207
a) Voraussetzungen des „attempt to monopolize“	207
(1) Der Monopolisierungsvorsatz	208
(2) Das wettbewerbschädliche Verhalten	208
(3) Die hohe Erfolgswahrscheinlichkeit	209

b)	Braucht das europäische Kartellrecht einen Tatbestand des Monopolisierungsversuchs?	210
4.	Ein wirtschaftlicher Ansatz bei Verdrängungsmisbräuchen	211
a)	Problemaufriss	211
b)	Überblick über verschiedene Abgrenzungformeln in der Literatur	212
(1)	Der Ansatz von Areeda/Hovenkamp	213
(2)	Konsumentenwohlfahrtseffekt-Test	213
(3)	“Equally Efficient Competitor“-Test	214
(4)	“Raising Rivals’ Cost“- , “Profit-Sacrifice“- und “No Economic Sense“-Test	214
c)	Zwischenüberlegungen	215
d)	Die praktische Bestimmung von wettbewerbsschädlichem Verhalten in den USA	217
(1)	Die frühe Auslegungspraxis (1890 - 1965)	217
(2)	Der klassische Ansatz (1966 - 1991)	218
(3)	Wettbewerbsschädliches Verhalten im Post-Chicago Zeitalter	221
(4)	Zusammenfassung	225
e)	Der Missbrauchsbegriff im europäischen Recht	227
(1)	Der traditionelle, funktionale Ansatz	227
(2)	Der neue Ansatz der Kommission	235
(3)	Zusammenfassung: der traditionelle und der neue Ansatz	237
f)	Vergleich und Stellungnahme bezüglich der Entwicklung in den USA und Europa	238
g)	Der rechtliche Rahmen des Art. 82 EG	242
5.	Per Se Regeln und die Rule of Reason: eine Untersuchung anhand typischer Verdrängungspraktiken	243
a)	Vorbemerkungen	243
b)	Per Se Regeln und die Rule of Reason im US-amerikanischen Recht	244
c)	Typische Formen des Preismisbrauchs	246
(1)	Preisdiskriminierung	246
(a)	Grundlagen	246
(b)	Preisdiskriminierung im europäischen Kartellrecht	249
(c)	Preisdiskriminierung im US-Kartellrecht	251
(d)	Vergleich und Stellungnahme	254
(2)	Rabattsysteme	256
(a)	Grundlagen	256
(b)	Rabattsysteme im europäischen Kartellrecht	259
(c)	Rabattsysteme im US-Kartellrecht	260
(d)	Vergleich und Stellungnahme	262
(3)	Kampfpreise	263
(a)	Grundlagen	263
(b)	Kampfpreise im europäischen Kartellrecht	268
(c)	Kampfpreise im US-Kartellrecht	270
(d)	Vergleich und Stellungnahme	272
d)	Typische Formen des Nichtpreismisbrauchs	274

(1) Koppelungspraktiken	274
(a) Grundlagen	274
(b) Koppelungspraktiken im europäischen Kartellrecht	277
(c) Koppelungspraktiken im US-Kartellrecht	280
(d) Vergleich und Stellungnahme	283
(2) Lieferverweigerungen und die "essential facilities doctrine"	284
(a) Grundlagen	284
(b) Zugangsverweigerung und „essential facilities doctrine“ im europäischen Kartellrecht	288
(c) Zugangsverweigerung und „essential facilities doctrine“ im US-Kartellrecht	290
(d) Vergleich und Stellungnahme	293
(3) Ausschließlichkeitsbindungen	295
(a) Grundlagen	295
(b) Ausschließlichkeitsbindungen im europäischen Kartellrecht	298
(c) Ausschließlichkeitsbindungen im US-Kartellrecht	300
(d) Vergleich und Stellungnahme	302
e) Zusammenfassung und Ergebnis hinsichtlich Per Se Regeln und der Rule of Reason	303
6. Zusammenfassung der Untersuchung in der Missbrauchskontrolle: Prinzipien eines wirtschaftlichen Ansatzes beim Missbrauchsverbot	305
D. Ein wirtschaftlicher Ansatz im Kartellverbot	307
1. Vorbemerkungen	307
2. Vertikale Beschränkungen	307
a) Einleitung	307
b) Wettbewerbspolitische Gesichtspunkte und ökonomische Grundlagen	308
(1) Mögliche wettbewerbsschädliche Effekte von vertikalen Beschränkungen	309
(2) Vertikale Vereinbarungen und Effizienz	313
(3) Wichtige Gesichtspunkte für den Umgang mit vertikalen Beschränkungen	318
c) Vertikale Beschränkungen im europäischen Kartellrecht	322
(1) Der traditionelle Ansatz und dessen Kritik	322
(a) Die weite Auslegung von Art. 81 Abs. 1 EG durch die Kommission und die Begrenzung durch die Rechtsprechung	323
(i) Vertikale Kernbeschränkungen	323
(ii) Sonstige vertikale Beschränkungen	325
(b) Die sehr formale Betrachtung unter Art. 81 Abs. 3 EG	328
(c) Die Kritik am traditionellen Ansatz	329
(2) Der neue Ansatz	330
(a) Der Reformansatz	330
(b) Die Umsetzung der Reform	331

(c) Der neue Ansatz in der Praxis und die Aufnahme durch die Rechtsprechung	333
(3) Stellungnahme	336
d) Vertikale Beschränkungen im US-Kartellrecht	338
(1) 1. Phase (1890 - 1970): die restriktive Politik	339
(2) 2. Phase (70er und 80er): die äußerst liberale Politik unter der Chicago School	342
(3) 3. Phase (1990 bis heute): vorsichtige Rückkehr zu einer stärkeren Kontrolle	344
(4) Zusammenfassung: Die wichtigsten US-amerikanischen Kartellrechtsregeln für vertikale Beschränkungen	346
e) Ein Vergleich zwischen Europa und den USA	348
3. Horizontale Beschränkungen	352
a) Einführung	352
b) Kartelle und Oligopole	352
(1) Ökonomische Grundlagen	352
(2) Der US-amerikanische Ansatz gegenüber Kartellen und Oligopolen	356
(a) Das Per Se Verbot, die modifizierte Rule of Reason und die Rule of Reason	356
(b) Der Nachweis einer Absprache	358
(c) Vorgehen gegenüber kollusionsförderlichen Praktiken	360
(3) Der europäische Ansatz gegenüber Kartellen und Oligopolen	361
(a) Kernbeschränkungen und sonstige Beschränkungen	361
(b) Der Nachweis einer Absprache	363
(c) Das Vorgehen gegen kollusionförderliche Praktiken	365
(4) Vergleich	366
(5) Stellungnahme	368
c) Vereinbarungen über horizontale Kooperation	370
(1) Die ambivalenten Auswirkungen von Gemeinschafts- unternehmungen	370
(2) Gemeinschaftsunternehmungen im US-Kartellrecht	372
(3) Gemeinschaftsunternehmungen im europäischen Wettbewerbs- recht	375
(4) Vergleich der Analyse von Gemeinschaftsunternehmungen im europäischen und US-Kartellrecht	379
(5) Stellungnahme	381
4. Zusammenfassung der Untersuchung zum Kartellverbot: Prinzipien eines wirtschaftlichen Ansatzes beim Kartellverbot	382

E. Fazit	384
Anhang: ökonomische Grundlagen	387
1. Das Gesetz von Angebot und Nachfrage	387
2. Ein Überblick über die Kostenlehre	390
a) Fixkosten und variable Kosten	390
b) Durchschnittliche totale Kosten, durchschnittliche variable Kosten und Grenzkosten	391
c) Verlorene Kosten und Umstellungskosten	392
3. Die ökonomische Schädlichkeit von Marktmacht	392
a) Die Preisbildung im vollkommenen Wettbewerb	392
b) Die Preisbildung bei marktbeherrschenden Unternehmen	394
(1) „Dead weight loss“ und Konsumentenwohlfahrt	396
(2) Produktive Ineffizienz (X-Ineffizienzen)	397
(3) Soziale Kosten infolge von „rent seeking“	398
(4) Verlorene Investitionen als soziale Kosten	398
4. Was ist Marktmacht?	399
a) Eine formale Ermittlung: Der Lerner Index	399
b) Marktanteile als unvollkommener Ersatz	401
5. Kartell- und Oligopolverhalten: Interaktion, strategisches Denken und die Spieltheorie	402
a) Kartelle	402
b) Oligopole	403
c) Strategische Interaktion und die Spieltheorie	405
6. Wettbewerb und Effizienz	406
a) Allokative, produktive und dynamische Effizienz	407
b) Effizienzsteigerungen durch Kostensenkung: Transaktionskostenreduktion, Verbund- und Größenvorteile	408
c) Das natürliche Monopol und Effizienz	409
Literaturverzeichnis	411