

Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht

von

Prof. Dr. Joachim Bornkamm, Dr. Frank Montag, Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Franz Jürgen Säcker, Moritz Am Ende, Dr. Andreas Bardong, Prof. Dr. Carl Baudenbacher, Dr. Michael Bauer, Dr. Rainer Becker, Prof. Dr. Florian Bien, Dr. Alf-Henrik Bischke, Dr. Andreas Bonin, von, Prof. Dr. Christian Calliess, Prof. Dr. Peter Chrocziel, Holger Dieckmann, Dr. Michael Erhart, Dr. Oliver Fleischmann, PD Dr. Jens Thomas Füller, Prof. Dr. Jörg Gundel, Dr. Andreas Hahn, Dr. Marco Herrmann, Dr. Andrea Herzog, Alexander Israel, Jörg Jaecks, Dr. Thomas Jestaedt, Dr. Sven Johannsen, Prof. Dr. Wolfgang Kerber, Dr. Wolfgang Kirchhoff, Dr. Tobias Klose, Dr. Oliver Koch, Ulrich Koppenfels, von, Dr. Stefan Korte, Felix Krone, Moritz Merveldt, Graf von, Prof. Dr. Jochen Mohr, Alexander Molle, Stephan Manuel Nagel, Jörg Nothdurft, Dr. Stefan Ohlhoff, Prof. Dr. Dr. h.c. Marian Paschke, Prof. Dr. Petra Pohlmann, Andreas Röhling, Annette Luise Schild, Christoph Schirra, Hans-Helmut Schneider, Prof. Dr. Dirk Schroeder, Tania Schröter, Prof. Dr. Ulrich Schwalbe, Dr. Stephan Simon, Dr. Holger Stappert, Prof. Dr. Peter-Tobias Stoll, Dr. Florian Wagner-von Papp, Anne Wegner, Dr. Thomas Wessely, Dr. Maik Wolf, Mag. Dr. Hanno Wollmann, Prof. Dr. Wolfgang Wurmnest, Dr.

Johannes Zöttl

2. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 65461 9

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

lung komplementärer Technologien oder Produkte abhängig ist. FuE-Kooperationen können dazu beitragen, die Probleme aufgrund solcher Netzwerkspillovers zu reduzieren.

bb) Wettbewerbsbeschränkende Effekte. Durch die FuE-Kooperation wird der Innovationswettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen beschränkt, da sie ihre Innovationsaktivitäten gemeinsam durchführen oder zumindest ex-ante miteinander abstimmen. Daher wird häufig argumentiert, dass durch diese **Verringerung des Wettbewerbsdrucks** insgesamt weniger in Innovationsaktivitäten investiert wird und FuE-Prozesse verlangsamt werden können. In einem dynamisch verstandenen Wettbewerb, in dem die Unternehmen in einem Rivalitätsprozess um neue Innovationen und damit um hochprofitable Wettbewerbsvorsprünge stehen, besteht ein großer Anreiz, in neue Produkte und Technologien zu investieren, um Vorsprungsgewinne zu realisieren bzw. hohe Verluste zu vermeiden, wenn Konkurrenten plötzlich mit neuen, besseren Produkten auf dem Markt auftreten und die eigenen Produkte verdrängen. Ein erhöhter Wettbewerbsdruck führt daher im Allgemeinen zu größeren Investitionen in FuE und damit auch zu einer Beschleunigung der Innovationsprozesse. Dabei können Situationen auftreten, in denen Unternehmen durch Forschungsinvestitionen um ein Patent konkurrieren und nur das Unternehmen das Patent und damit den gesamten Gewinn bekommt, das als Erstes einen Forschungserfolg erzielt („Winner-takes-All“-Situation). Wenn keinerlei Spillover-Effekte vorliegen, dh, wenn es sich um perfekte Patente handelt, kann es bei einem solchen Patentrennen sogar zu einer aus gesamtwirtschaftlicher Sicht zu großen Investitionen in FuE kommen (Überinvestitionsthese). Bei Vorliegen von Spillover-Effekten besteht ein direkter Zusammenhang zwischen dem Ausmaß dieser Effekte und den Investitionen in FuE. So konnte gezeigt werden, dass bei geringen Spillover-Effekten der Wettbewerbsdruck dominiert und zu größeren FuE-Anstrengungen führen kann. Mäßige Spillover-Effekte können sich positiv auswirken, weil sie eine Überinvestition in FuE verhindern. Sind jedoch die Spillover-Effekte sehr hoch, nehmen die privaten Anreize für FuE-Investitionen so stark ab, dass sie den Effekt des Wettbewerbsdrucks überkompensieren, so dass Umfang und Schnelligkeit von Innovationsaktivitäten zu gering sind. Bei differenzierten Produkten sind aufgrund der beschränkten Substituierbarkeit sowohl die Spillover als auch die Wettbewerbsdruck-Effekte weniger ausgeprägt.⁵⁷⁶ Insgesamt gesehen können FuE-Kooperationen, insbesondere bei beschränkten Spillover-Effekten, durch eine Verringerung oder Ausschaltung des Wettbewerbsdrucks zu einer gesamtwirtschaftlich zu starken Reduktion der FuE-Investitionen und damit zu einer übermäßigen Verlangsamung von Innovationsprozessen führen. Aus einzelwirtschaftlicher Sicht ist eine solche FuE-Kooperation zwar sinnvoll, gesamtwirtschaftlich wirkt sie sich aber negativ auf die dynamische Effizienz aus.⁵⁷⁷

Eine weitere Gruppe von Argumenten bezieht sich auf die Verbindung mit anderen Märkten. 360 In engem Zusammenhang mit den obigen Überlegungen über eine Verringerung des Wettbewerbsdrucks stehen Modelle, die zeigen, dass gerade bei starkem Wettbewerb zwischen den Unternehmen auf dem Produktmarkt eine FuE-Kooperation ein geeignetes Mittel sein kann, um das Tempo kostenreduzierender Prozessinnovationen zu verringern, weil die Vorteile einer steigenden Produktionseffizienz aufgrund des intensiven Wettbewerbs auf dem Produktmarkt schnell an die Konsumenten weitergegeben werden müssen.⁵⁷⁸ Weiterhin können FuE-Kooperationen auch dazu verwendet werden, marktmächtige Positionen auf den Produktmärkten aufzubauen oder abzusichern, zB durch Kooperation mit kleinen, innovativen Unternehmen, die die eigene Marktposition gefährden könnten, oder dadurch, dass FuE-Kooperationen unter Umständen auch als Markteintrittsbarrieren für nicht an ihnen beteiligte Unternehmen wirken können. Von vielen Autoren wird aber vor allem die Gefahr gesehen, dass sich die **wettbewerbsbeschränkenden Effekte** nicht auf die Stufe der gemeinsamen Forschung und Entwicklung beschränken lassen, sondern sich **auf andere Wertschöpfungsstufen und Märkte ausbreiten**.⁵⁷⁹ Zum einen ist es nach der gemeinsamen Entwicklung eines Produktes oder einer Technologie naheliegend, diese auch gemeinsam zu produzieren und zu vertreiben. Hierdurch würde aber der Wettbewerb auf dem Produktmarkt beschränkt, insbesondere wenn man die empirische Tatsache berücksichtigt, dass FuE-Kooperationen oft gerade zwischen Großunternehmen in bereits stark konzentrierten Industrien stattfinden.⁵⁸⁰ Auch ist es häufig schwierig, eine klare Unterscheidung zwischen FuE und der Produktionsebene zu treffen. Zum anderen aber führen die über die FuE-Kooperation, zB durch ein Gemeinschaftsunternehmen, miteinander verbundenen Gewinninteressen der Unternehmen dazu, dass sich die Anreize für einen

⁵⁷⁶ Vgl. De Bondt/Slaets/Cassiman, 1992.

⁵⁷⁷ Vgl. Dasgupta/Stiglitz, 1980; Ordoover/Willig, 1985; Beath/Katsoulacos/Ulph, 1989; Katz/Ordoover, 1990.

⁵⁷⁸ Vgl. Katz, 1986; Katz/Ordoover, 1990; Kline, 2000; Vonortas, 1994.

⁵⁷⁹ Vgl. Katz, 1986, 542; Jorde/Teece, 1990; Katz/Ordoover, 1990, 145; Shapiro/Willig, 1990; Martin, 1995; Vonortas, 2000; Rabassa, 2004; zur Stabilisierung von Verhaltenskoordinationen → Rn. 320 ff.

⁵⁸⁰ Vgl. Scott, 1988; Miotti/Sachwald, 2003; Heman/Marin/Sioti, 2003.

intensiven Wettbewerb auf dem anschließenden Produktmarkt reduzieren. Insbesondere ergibt die enge Kooperation eine Vielzahl von Möglichkeiten der Kommunikation und der wechselseitigen Überwachung und Bestrafung, um eine oligopolistische Verhaltenskoordination auf dem Produktmarkt zu ermöglichen und zu stabilisieren. Allerdings entsteht durch FuE-Kooperationen nicht nur die Gefahr einer Ausbreitung der wettbewerbsbeschränkenden Effekte auf andere Wertschöpfungsstufen zwischen den direkt beteiligten Unternehmen. In der Literatur wird auch auf die Gefahr hingewiesen, dass aufgrund eines Netzes von FuE-Kooperationen zwischen großen Unternehmen, die auf vielen Märkten interagieren, eine Fülle von Möglichkeiten entsteht, ihre Interessen zu koordinieren und den Wettbewerb zu beschränken („Multimarket and Multiproject Contact“), sowohl auf bereits existierenden als auch auf neuen, durch Innovationen geschaffenen Märkten.⁵⁸¹

361 Ein zentrales Problem, das von vielen Autoren angeführt wird, aber bisher kaum systematisch untersucht worden ist, wird darin gesehen, dass – unabhängig von der obigen Frage nach der Schnelligkeit und dem Umfang von FuE-Aktivitäten – durch FuE-Kooperationen die Anzahl unabhängig verfolgter paralleler Forschungspfade vermindert wird, dh dass eine **Reduktion der Diversität der Suche nach innovativen Problemlösungen** stattfindet. Faktisch wird durch eine FuE-Kooperation zwischen Wettbewerbern eine ex-ante Abstimmung über den zu verfolgenden Forschungspfad vorgenommen. Wenn genügend Wissen darüber vorhanden ist, auf welchem Weg ein Problem am besten zu lösen ist, dann kann die Einigung auf eine Vorgehensweise sinnvoll sein, um unnötige Kostenduplizierungen zu vermeiden. Tatsächlich aber zeichnen sich viele Innovationsprozesse gerade dadurch aus, dass sie von sehr hoher Ungewissheit bezüglich ihrer Ergebnisse geprägt sind. Dann aber kann es sinnvoll sein, mehrere parallele Innovationspfade zu verfolgen, weil dadurch die Wahrscheinlichkeit steigt, dass bessere Problemlösungen gefunden werden. In der Innovationsökonomik wird die Notwendigkeit der ständigen Generierung von Varietät im Sinne unterschiedlicher innovativer Problemlösungshypothesen betont, damit diese auf dem Markt ausprobiert, selektiert und verbreitet werden können (Trial and Error-Prozess). Dies folgt auch unmittelbar aus evolutionsökonomischen Wettbewerbskonzepten, die im Sinne von Schumpeter und insbesondere Hayek Wettbewerb als einen **Prozess des parallelen Experimentierens** mit neuen Lösungen sehen (Wettbewerb als Entdeckungsverfahren). Aus dieser Perspektive könnte eine FuE-Kooperation zur frühzeitigen Aufgabe eines bisher nicht ausprobierten Forschungspfad führen, wodurch aufgrund der Ungewissheit die Wahrscheinlichkeit des Findens guter innovativer Problemlösungen sinken kann. Insofern könnte sich eine FuE-Kooperation auch negativ auf die Entwicklung von Produkt- und Verfahrensinnovationen auswirken. Neben diesem Aspekt des Findens einer besseren Lösung (Selektionseffekt) wird in der Literatur auch ein Komplementaritätseffekt angeführt. Dh, dass durch viele unabhängige Quellen der Innovation auch neues komplementäres Wissen geschaffen wird, von dem wechselseitig profitiert werden kann. Dieser positive Wohlfahrtseffekt, durch zusätzliche parallele Forschungsanstrengungen insgesamt eine bessere innovative Lösung zu finden, wird in der üblichen industrieökonomischen Literatur nicht berücksichtigt und wäre gegen Argumente über mögliche Kostenduplizierungen abzuwägen.⁵⁸²

362 c) **Wettbewerbspolitische Folgerungen.** Als Ergebnis der theoretischen und empirischen Forschung zu den Wirkungen von FuE-Kooperationen zwischen Wettbewerbern ist vor allem ihre **erhebliche Ambivalenz** hervorzuheben. Zunächst ist festzuhalten, dass auch aufgrund der neuen technologischen und marktlichen Entwicklungen die Bedeutung temporärer Zusammenarbeit von Unternehmen im Bereich von Forschung und Entwicklung stark gestiegen ist. Die sich daraus ergebenden positiven Wirkungen auf die statische und dynamische Effizienz scheinen allerdings nur zum Teil auf der Internalisierung von Spillover-Effekten zu beruhen. Sie bestehen primär auf Synergievorteilen aus der Kooperation von Unternehmen mit unterschiedlichen, komplementären Wissensressourcen und Vorteilen aus der Kosteneinsparung und der Risikodiversifikation. Insofern verfügen gerade FuE-Kooperationen über ein erhebliches Potenzial zur Realisierung gesamtwirtschaftlich positiver Wirkungen. Dies gilt im Prinzip auch für FuE-Kooperationen zwischen direkten Wettbewerbern oder – ebenfalls wichtig – zwischen etablierten Anbietern und potenziellen Konkurrenten. Allerdings können bei solchen horizontalen Vereinbarungen durch FuE-Kooperationen auch erhebliche Gefahren auftreten. Gerade bei der Zusammenarbeit zwischen großen Wettbewerbern im Bereich von FuE kann zum einen der Wettbewerbsdruck verringert werden, so dass die FuE-Kooperation zu einer Reduktion und/oder Verlangsamung von Innovationsprozessen führt. Weiter-

⁵⁸¹ Vgl. Scott, 1993; Vonortas, 2000; Caloghirou/Ioannides/Vonortas, 2003, 560.

⁵⁸² Vgl. Metcalfe, 1989, 1995; Mowery, 1995; Kerber, 1997, 2011; Kerber/Saam, 2001; Rn. 104–113 speziell zum Selektions- und Komplementaritätseffekt vgl. Cohen/Malerba, 2001; zur Reduktion der Wahrscheinlichkeit des Findens von erfolgreichen Innovationen durch eine Reduktion der Forschungspfade vgl. auch Neumann, 2000, 161.

hin besteht angesichts der Ungewissheit über die richtigen Wege und die zukünftigen Ergebnisse technologischer Forschung das Problem einer zu starken Abnahme in der Vielfalt der verfolgten Forschungspfade durch FuE-Kooperationen, so dass die Wahrscheinlichkeit des Findens besonders vielversprechender innovativer Problemlösungen sinkt und damit der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren in seiner Funktion beeinträchtigt wird. Besonders wichtig ist die Gefahr, dass die Kooperation nicht auf den Bereich der FuE beschränkt bleibt, sondern sich auf andere Wertschöpfungsstufen und andere Märkte ausbreitet und damit die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen die möglichen positiven Effekte auf Effizienz und technischen Fortschritt überkompensieren.

Einige wettbewerbspolitische Folgerungen können jedoch klar abgeleitet werden. So dürften die Gefahren (durch verminderten Wettbewerbsdruck, geringerer Vielfalt der Forschungspfade und Förderung des koordinierten Verhaltens auf dem Produktmarkt) durch FuE-Kooperationen um so größer sein, je größer die Marktanteile der beteiligten Unternehmen sind bzw. je größer die Konzentration auf dem betreffenden Markt ist. Insofern erscheinen **Marktanteilsschwellen** sinnvoll, unterhalb derer FuE-Kooperationen als normalerweise unproblematisch angesehen und von einem Kartellverbot freigestellt werden können. Oberhalb einer solchen Schwelle wäre, eher in Form einer Rule of Reason, eine Abwägung zwischen den möglichen positiven und negativen Effekten vorzunehmen. Allerdings sind gerade im Bereich der von hoher Ungewissheit geprägten FuE verlässliche (quantitative) Prognosen sowohl über die Vorteile als auch die Gefahren der FuE-Kooperation sehr schwierig. Dies gilt vor allem dann, wenn es sich um Forschung in Bereichen handelt, bei denen es noch keine etablierten Produktmärkte gibt, auf die die Innovationen bezogen werden können. Auch wenn in der US-amerikanischen Antitrustpolitik versucht wurde, solche Probleme mit der so genannten Innovationsmarktanalyse zu lösen, stößt hier die Wettbewerbspolitik angesichts der hohen Ungewissheit über die Funktionsweise und die Ergebnisse von Innovationsprozessen an enge Grenzen.⁵⁸³ Vor allem sollte darauf geachtet werden, dass die an einer FuE-Kooperation beteiligten Unternehmen ihre Zusammenarbeit nicht auf andere Bereiche ausdehnen. Insofern sind vertragliche Regelungen über die gemeinsame Produktion und Vermarktung von FuE-Ergebnissen kritisch zu sehen. Insbesondere durch geschickte vertragliche Nebenabreden, zB über geographische Marktaufteilungen oder die Verwertung und Entgeltung von Patenten, können erhebliche wettbewerbsbeschränkende Effekte auftreten. Wird zB die Nutzung eines gemeinsamen Patentes durch im Wettbewerb stehende Produktionsunternehmen über eine Gebühr pro Stück entgolten statt über eine mengenunabhängige fixe Zahlung, so führt dies durch die Erhöhung der Grenzkosten der Produktion zu höheren Produktpreisen.⁵⁸⁴

5. Weitere horizontale Vereinbarungen. Technologien sind auch Gegenstand von horizontalen Vereinbarungen über Lizenzen und Patente sowie über das Setzen von technischen Standards. Besitzen zwei verschiedene Unternehmen Patente auf bestimmte Technologien, so können sie Vereinbarungen darüber treffen, sich wechselseitig Lizenzen zur Nutzung ihrer Patente einzuräumen (Cross-Licensing), oder ihre Patente in einen Patentpool einzubringen, um diese Patente als Paket zu verwerten (Patent Pooling). Je nach den Umständen können solche Vereinbarungen primär wettbewerbsbeschränkend wirken oder die statische und dynamische Effizienz erhöhen. Stehen die patentgeschützten Technologien in einem Substitutionsverhältnis zueinander, dann kann durch eine **Überkreuzlizenzierung** oder ein **Pooling der Patente** der Wettbewerb zwischen ihnen beschränkt werden, was zu höheren Preisen bei den Produkten führen kann, die diese Technologien als Input verwenden. So kann auch die oligopolistische Koordination zwischen Wettbewerbern auf dem Produktmarkt durch solche Überkreuzlizenzierungen von Patenten erleichtert werden.⁵⁸⁵ Sind die patentgeschützten Technologien dagegen komplementär, dann können die bei komplementären Gütern auftretenden Externalitäten internalisiert werden, so dass sowohl Überkreuzlizenzierungen als auch das Pooling von Patenten zu niedrigeren Kosten führt und damit die Effizienz erhöht. Das Verhandeln über Pakete komplementärer Patente kann auch zu einer Verringerung von Transaktionskosten führen. Kreuzlizenzierungsvereinbarungen und Patentpools können auch helfen, die erheblichen Probleme zu reduzieren, die durch so genannte Patentdickichte (patent thickets) entstehen. Hierunter versteht man, dass aufgrund von Problemen bei der Vergabe von Patenten oftmals Patente nicht klar definiert und voneinander abgegrenzt sind, so dass sich das Phänomen überlappender Patente ergibt. Weiterhin können durch die Notwendigkeit der gleichzeitigen Nutzung von vielen Patenten bei komplexen Produkten (wie zB Smartphones) eine Fülle von Hold up-Problemen entstehen, durch die sich Patentinhaber wechselseitig erpressen bzw. mit Patentklagen überziehen können.⁵⁸⁶

⁵⁸³ Vgl. Gilbert/Sunshine, 1995; → Rn. 246.

⁵⁸⁴ Vgl. Motta, 2004, 205.

⁵⁸⁵ Vgl. Eswaran, 1994.

⁵⁸⁶ Vgl. Merges, 2001; Shapiro, 2001.

- 365 In vielen technischen Bereichen wie zB bei Fernsehen, Video, CDs oder DVDs treten erhebliche Netzwerkeffekte auf, die dazu führen, dass mittel- und langfristig nur wenige und oft nur ein **technologischer Standard** auf einem Markt existieren kann. Oftmals gibt es für eine bestimmte Zeit einen starken Wettbewerb darum, welcher Standard zuerst die größten Marktanteile erhält und sich dann durchsetzt. Aus ökonomischer Sicht bestehen die zentralen Probleme darin, dass erstens nicht sicher ist, ob sich in diesem Wettbewerb tatsächlich der beste Standard durchsetzt, und zweitens es langfristig aufgrund dieser Netzwerkeffekte und anderer dynamischer Skalenvorteile sehr schwer werden kann, einen solchen etablierten Standard wieder durch einen besseren Standard zu ersetzen (Lock-In-Effekte).⁵⁸⁷ In solchen Fällen könnte es sinnvoll sein, dass Wettbewerber Vereinbarungen über einen gemeinsamen Standard schließen. Eine solche Vereinbarung würde zwar den Wettbewerb um Standards beschränken, hätte aber auch Vorteile: Der Markt für neue Produkte könnte schneller und mit geringeren Kosten entwickelt werden. Der Grund ist, dass der zukünftige Standard früher bekannt wird als ohne Vereinbarung.⁵⁸⁸ Allerdings ist unklar, ob bei den Verhandlungen über den zu setzenden Standard tatsächlich der effizienteste gewählt wird oder ob nicht andere Kriterien wie die Markt- und Verhandlungsmacht der etablierten Unternehmen oder gar politische Aspekte (bei einer Beteiligung des Staates oder von Regulierungsbehörden) eine entscheidende Rolle spielen. Insofern sollte wettbewerbspolitisch zurückhaltend und vorsichtig mit solchen Vereinbarungen umgegangen und insbesondere kritisch darauf geachtet werden, dass sie nicht mit zu weitgehenden Wettbewerbsbeschränkungen verbunden sind.
- 366 Eine wichtige Form der Kooperation zwischen Unternehmen, durch die Effizienzvorteile erzielt werden können, stellen **Spezialisierungsvereinbarungen** dar. So können sich zwei konkurrierende Unternehmen mit je einer umfangreichen Palette von Produkten, zB einem Schraubensortiment, darauf einigen, dass nicht jedes dieser Unternehmen alle Sorten von Schrauben, die sie verkaufen, selbst herstellt, sondern sich jedes Unternehmen auf die Produktion eines bestimmten Teilsortiments beschränkt und sich beide Unternehmen dann jeweils wechselseitig beliefern. Beide Unternehmen würden auf dem Absatzmarkt wieder in Wettbewerb zueinander das gesamte Sortiment den Nachfragern anbieten, aber es würde zu einer Spezialisierung bei der Herstellung dieser Produkte kommen, die unter der Annahme der Existenz von Skalenerträgen zu einer Senkung der Produktionskosten und damit zu einer Steigerung der Produktionseffizienz führen würde. Dieser Effizienzvorteil ist allerdings abzuwägen gegen das Problem der Beschränkung des Preiswettbewerbs aufgrund der zwischen beiden Unternehmen vereinbarten Belieferungspreise. Da somit weder gesichert ist, dass zumindest ein Teil dieser Effizienzvorteile an die Nachfrager weitergegeben wird, noch dass diese Vereinbarung nicht sogar zu Preiserhöhungen genutzt wird, ist auf die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs zu achten, so dass die Größe der Marktanteile der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen zu einem wichtigen Beurteilungskriterium wird.
- 367 Eine Verallgemeinerung dieser Überlegung führt zu der Frage, ob nicht generell die Kooperation von kleinen und mittleren Unternehmen von einem Kartellverbot freigestellt werden sollte. Geht man davon aus, dass kleine und mittlere Unternehmen in verschiedener Hinsicht gegenüber großen Unternehmen benachteiligt sind, u. a. durch unzureichende Ausnützung von Skalenerträgen und anderen Synergievorteilen, und dass sie durch horizontale Kooperation normalerweise keine Marktmacht gewinnen können, so würde einiges für eine großzügige Freigabe unterschiedlichster Formen der **Kooperation zwischen kleinen und mittleren Unternehmen** sprechen. Allerdings ist auch hier auf die Marktanteile der kooperierenden Unternehmen zu achten, weil ein Kartell kleiner und mittlerer Unternehmen durchaus erhebliche Marktanteile auf bestimmten Märkten erreichen kann.
- 368 Eine besondere Variante solcher Kooperationen stellen **Einkaufsgemeinschaften** dar, in denen meist kleine und mittlere Unternehmen, zB Einzelhändler, vereinbaren, gemeinsam bei Vorlieferanten einzukaufen, um damit niedrigere Einkaufspreise zu erzielen. Es ist eine empirisch eindeutig belegte Tatsache, dass durch den Einkauf größerer Mengen niedrigere Einkaufspreise, meist in Form höherer Rabatte, gegenüber den Anbietern durchgesetzt werden können. Diese zusätzlichen Rabatte sind zum Teil Folge niedrigerer Kosten, die den Lieferanten durch den Absatz größerer Mengen an ihre Kunden entstehen, so dass dieser gemeinsame Einkauf die Produktionseffizienz steigern würde. Allerdings ist die Durchsetzung niedrigerer Preise oft auch Ausdruck der größeren Verhandlungsmacht, die Nachfrager bei der Abnahme größerer Mengen gegenüber den Anbietern haben können. In diesem Fall würde lediglich eine Umverteilung zwischen Anbietern und Nachfragern stattfinden, so dass sich die Frage stellt, ob die Nachfrager durch solche Einkaufsgemeinschaften nicht den Nachfragewettbewerb beschränken und somit über wettbewerbspolitisch problematische Nachfrage-

⁵⁸⁷ Vgl. Arthur, 1989.

⁵⁸⁸ Vgl. Shapiro, 2001.

macht verfügen.⁵⁸⁹ Insofern kann der gemeinsame Einkauf wettbewerbspolitisch bedenklich sein. Solange es sich bei den Mitgliedern von Einkaufsgemeinschaften allerdings um kleine und mittlere Unternehmen handelt und der Marktanteil dieser Einkaufsgemeinschaft relativ begrenzt bleibt, bekommen diese Unternehmen hierdurch die Möglichkeit, ähnlich günstige Einkaufspreise wie ihre größeren Konkurrenten zu erzielen, ohne den Nachfragerwettbewerb ernsthaft zu beeinträchtigen.

Andere Arten horizontaler Vereinbarungen, bei denen aus unterschiedlichen Gründen erhebliche Zurückhaltung bezüglich ihrer Freistellung von einem generellen Kartellverbot angebracht ist, sind Strukturkrisenkartelle und Export- und Importkartelle. Wenn in bestimmten Industrien, zB aufgrund eines langfristigen Nachfragerückganges, langandauernde Krisen mit strukturellen Überkapazitäten und der daraus folgenden Tendenz zu starken Preissenkungen auftreten, so stellt sich die Frage, ob die notwendige Strukturbereinigung in solchen Industrien eher dem Wettbewerb überlassen werden sollte oder ob nicht alternativ die Unternehmen sich zu einem **Strukturkrisenkartell** zusammenschließen sollten, um eine Vereinbarung über den Abbau dieser Überkapazitäten zu treffen und gleichzeitig mittels Preisabsprachen einen Preisverfall bis zum Abschluss der Umstrukturierung zu verhindern. Auch wenn ein solcher Vorschlag auf den ersten Blick interessant erscheint, haben sich die praktischen Erfahrungen mit derartigen Lösungen als weitgehend negativ erwiesen. Meist gelingt es auf dem Verhandlungsweg nicht, tatsächlich die Kapazitäten abzubauen, die am wenigsten produktiv sind. Zusätzlich führt die Ausschaltung des Wettbewerbs eher zu einer Verzögerung der Strukturbereinigung, insbesondere wenn gleichzeitig noch staatliche Subventionen zum Erhalt von Arbeitsplätzen gezahlt werden. Völlig abzulehnen sind aus ökonomischer Sicht **Export- und Importkartelle** inländischer Unternehmen, da sie primär auf eine reine Beschränkung des Preiswettbewerbs abzielen und den Wettbewerb auf internationalen Märkten beschränken.⁵⁹⁰

VI. Horizontale Unternehmenszusammenschlüsse und Fusionskontrolle

Schrifttum: *Baker*, Mavericks, Mergers, and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects under the Antitrust Laws, *New York University Law Review* 77 (2002), 135–203; *Bendor/Mookherjee/Ray*, Aspiration-Based Reinforcement Learning in Repeated Interaction Games: An Overview, *International Game Theory Review* 3 (2001), 159–174; *Binmore/Osborne/Rubinstein*, Noncooperative Models of Bargaining, in: Aumann/Hart (Hrsg.), *Handbook of Game Theory*, 1992, 179–225; *Bishop/Bishop*, When Two is Enough, *ECLR* 17 (1996), 3–5; *Bishop/Lofaro*, A Legal and Economic Consensus? The Theory and Practice of Coordinated Effects in EC Merger Control, *Antitrust Bull.* 49 (2004), 195–242; *BKartA*, Marktbeherrschungs- und SIEC-Test – Eine Bestandsaufnahme, 2009; *Bishop/Walker*, The Economics of EC Competition Law, 2010; *Bork*, The Antitrust Paradox, 1976; *Budzinski/Ruhmer*, Merger Simulation in Competition Policy: A Survey, *Journal of Competition Law & Economics* 6 (2010), 277–320; *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 2002; *Carlton*, Revising the Horizontal Merger Guidelines, *Journal of Competition Law and Economics* (2010), 1–34; *Christiansen*, Der „More Economic Approach“ in der EU-Fusionskontrolle, 2009; Coate, Practical Considerations for UPP Analysis, *CPI Antitrust Chronicle* 6 (2), (2009), 1–7; *Compte/Jenny/Rey*, Capacity Constraints, Mergers and Collusion, *E. Econ. Rev.* 46 (2002), 1–29; *Crooke/Froeb/Tschantz/Werden*, Effects of Assumed Demand Form on Simulated Postmerger Equilibria, *Review of Industrial Organization* 15 (1999), 205–217; *Church/Ware*, Industrial Organization. A Strategic Approach, 2000; *Davidson/Deneckere*, Horizontal Mergers and Collusive Behavior, *International Journal of Industrial Organization* 2 (1984), 117–132; *dies.*, Incentives to Form Coalitions with Bertrand Competition, *Rand Journal of Economics* 16 (1985), 473–486; *Davis*, Coordinated Effects Merger Simulation with Linear Demands, *Competition Commission Working Paper*, 2006; *Davis/Huse*, Estimating the ‚Coordinated Effects‘ of Mergers, mimeo, 2009; *Dobson/Watson*, Countervailing Power and Consumer Prices, *Economic Journal* 107 (1997), 418–430; *Engel*, How much Collusion: A Meta-Analysis on Oligopoly Experiments, *Journal of Competition Law and Economics* 3 (2007a), 491–549; *dies.*, Tacit Collusion: The Neglected Experimental Evidence, *Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods* 14, 2007b; *DOJ/FTC* Horizontal Merger Guidelines, (2011); *Epstein/Rubinfeld*, Merger Simulation: A Simplified Approach with New Applications, *Antitrust L. J.* 70 (2002), 882–919; *dies.*, Understanding UPP, *The B.E. Journal of Theoretical Economics* 10 (2010), Article 21; *EU-Kommission*, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, *Amtsblatt* Nr. 31, (2004), 5–18; *Europe Economics*, Study on the Assessment Criteria for Distinguishing Between Competitive and Dominant Oligopolies in Merger Control, Final Report for the DG Enterprise, 2001; *Farrell/Maskin*, Renegotiation in Repeated Games, *Games and Economic Behavior* 1 (1989), 327–360; *Farrell/Shapiro*, Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis, *Am. Econ. Rev.* 80 (1990), 107–126; *dies.*, Scale Economies and Synergies in Horizontal Merger Analysis, *Antitrust L. J.* 69 (2001), 685–710; *dies.*, Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition, *The B.E. Journal of Theoretical Economics* 10 (2010a), Article 9; *dies.*, Upward Pricing Pressure in Horizontal Merger Analysis: Reply to Epstein and Rubinfeld, *The B.E. Journal of Theoretical Economics* 10 (2010b), Article 41; *Friedman*, A Guided Tour of the Folk-Theorem, in: Norman/Thisse (Hrsg.), *Market Structure*

⁵⁸⁹ Zur Nachfragemachtproblematik → Rn. 203–206.

⁵⁹⁰ Vgl. *Victor*, 1992; *Schultz*, 2002; zur Problematik von Export- und Importkartellen aus der Perspektive des Schutzes des Wettbewerbs auf internationalen Märkten → Rn. 143.

and Competition Policy 2000, 51–69; *Froeb/Werden*, A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers among Sellers of a Homogeneous Product, *Economics Letters* 58 (1998), 367–369; *Hausman*, 2010 Merger Guidelines: Empirical Analysis; *The Antitrust Source*, Oct. (2010), 1–5; *Hausman/Leonard/Zona*, Competition Analysis with Differentiated Products, *Annales d'Economie et de Statistique* (1994), 159–180; *Hewitt*, The Failing Firm Defence, *OECD Journal of Competition Law and Policy* 1 (1999), 119–139; *Hosken/O'Brian/Scheffman/Vita*, Demand System Estimation and its Application to Horizontal Merger Analysis, 2002, mimeo; *Huck/Normann/Oechsler*, Two are Few and Four are Many: Number Effects in Experimental Oligopolies, Bonn University Discussion Paper 12/2001; *Ivaldi/Jullien/Rey/Seabright/Tirole*, The Economics of Unilateral Effects, Interim Report for DG Competition, 2003a; *dies.*, The Economics of Tacit Collusion, Interim Report for DG Competition, 2003b; *Jacquemin/Slade*, Cartels, Collusion, and Horizontal Merger, in: *Schmalensee/Willig* (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 1, 1989, 415–473; *Kleinert/Klodt*, Megafusionen, 2001; *Kovacic/Marshall/Marx/Schulenberg*, Coordinated Effects in Merger Review: Quantifying the Payoffs from Collusion, mimeo, 2006; *Kühn*, The Coordinated Effects of Mergers in Differentiated Products Markets, CEPR Discussion Paper No. 4769, 2004; *dies.*, The Coordinated Effects of Mergers, in: *Buccirossi* (Hrsg.), *Handbook of Antitrust Economics*, 2008, 105–144; *Kühn/Motta*, The Economics of Joint Dominance and the Coordinated Effects of Merger, 2000, mimeo; *de la Mano*, For the Customer's Sake: The Competitive Effects of Efficiencies in European Merger Control, *Enterprise Papers* No. 11, (2002); *Mason/Weeds*, The Failing Firm Defence: Merger Policy and Entry, CEPR Discussion Paper No. 3664, (2002); *Monopolkommission*, IV. Hauptgutachten: Fortschritte bei der Konzentrationserfassung, 1982; *dies.*, XII. Hauptgutachten: Marktöffnung umfassend verwirklichen, 1998; *dies.*, XV. Hauptgutachten: Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004; *Moresi*, The Use of Upward Price Pressure Indices in Merger Analysis. *The Antitrust Source*, Feb. (2010), 1–12; *Motta*, Competition Policy, 2004; *Muren/Pyddoke*, Coordination and Monitoring in Tacit Collusion, mimeo; *Neven/Nuttall/Seabright*, Merger in Daylight, 1993; *Neven/Röller*, Consumer Surplus vs. Welfare Standard in a Political Economy of Merger Control, CEPR Discussion Paper No. 2620, 2000; *Neven/Seabright*, Synergies and Dynamic Efficiencies in Merger Analysis, Interim Report to DG ECFIN 2003; *Peters*, Evaluating the Performance of Merger Simulation: Evidence from the U.S. Airline Industry, *Journal of Law and Economics* 49 (2006), 627–649; *Piesch*, Statistische Konzentrationsmaße, 1975; *RBB Economics*, The Emperor's New Clothes? – the Role of Merger Simulation Models, 2004; *Röller/Stennek/Verboven*, Efficiency Gains from Mergers, *European Economy, Reports and Studies* 5 (2001), 31–128; *Sabbatini*, How to Simulate the Coordinated Effect of a Merger, Italian Antitrust Authority, Working Paper, 2004; *Salant/Switzer/Reynolds*, Losses Due to Merger: The Effects of an Exogenous Change in Industry Structure on Cournot-Nash Equilibrium, *Quarterly Journal of Economics* 98 (1983), 185–199; *Samuelson*, Evolutionary Games and Equilibrium Selection, 1997; *Schmalensee*, Should New Merger Guidelines give UPP Market Definition? *The Antitrust Chronicle*, (2009), 2–7; *Schmidt*, Fusionskontrolle – Effizienz durch Wettbewerb oder durch Konzentration?, *WuW* 54, (2004), 359; *Schwalbe*, Evolutionäre Spiele, in: *Lehmann-Waffenschmidt/Erlei* (Hrsg.), *Curriculum evolutionäre Ökonomik*, 2002; *dies.*, Marktbeherrschungs- oder SIEC-Test im GWB?, *WuW* 54, (2004), 997; *dies.*, Die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in der Fusionskontrolle – Ökonomische Aspekte, in: *Oberender* (Hrsg.), *Effizienz und Wettbewerb*, 2005, 63–94; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011; *Shapiro*, Theories of Oligopoly Behavior, in *Schmalensee/Willig*, *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 1, 1989, 330–414; *Spector*, Horizontal Mergers, Entry, and Efficiency Defenses, *CEPREMAP-CNRS* No. 2002–06, 2002; *Stennek/Verboven*, Merger Control and Enterprise Competitiveness: Empirical Analysis and Policy Recommendations, *European Economy, Reports and Studies* 5 (2001), 129–194; *Strohm*, The Application of Economic Theory in Practice: Efficiency Defense for Mergers on the Back of Welfare Economics?, in: *Esser/Stierle* (Hrsg.), *Current Issues in Competition Theory and Policy*, 2002; *Thijssen*, 2003, Evolution of Conjectures in Cournot-Oligopoly, mimeo; *US DOJ/FTC*, Horizontal Merger Guidelines, 2010; *van Damme*, Refinements of Nash-Equilibrium, 1992; *Vasconcelos*, Tacit Collusion, Cost Asymmetries, and Mergers, *European University Institute*, 2001; *Vega-Redondo*, Evolution, Games, and Economic Behaviour, 1996; *von Ungem-Stenberg*, Countervailing Power Revisited, *International Journal of Industrial Organization* 14 (1996), 507–519; *Weibull*, Evolutionary Game Theory, 1995; *Werden*, A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers among Sellers of Differentiated Products, *Journal of Industrial Organization* 14 (1996), 409–413; *dies.*, Simulating the Effects of Differentiated Products Mergers: A Practical Alternative to Structural Merger Policy, *George Mason Law Review* 5 (1997a), 363–386; *dies.*, Simulating the Effects of Differentiated Products Mergers: A Practitioners' Guide, in: *Caswell/Cotterill* (Hrsg.), *Strategy and Policy in the Food System: Emerging Issues*, 1997b, 95–110; *dies.*, Unilateral Competitive Effects of the Test for Merger Control, *European Competition Journal* 4 (2008), 95–101; *Werden/Froeb*, Simulation as an Alternative to Structural Merger Policy in Differentiated Products Industries, in: *Coate/Kleit* (Hrsg.), *The Economics of the Antitrust Process*, 1996, 65–88; *dies.*, Calibrated Models Add Focus, Accuracy, and Persuasiveness to Merger Analysis, 2002, mimeo; *dies.*, Unilateral Competitive Effects of Horizontal Mergers in: *Buccirossi* (Hrsg.), *Handbook of Antitrust Economics*, 2008, 43–104; *West*, Dynamic Efficiencies in Merger Analysis, *OECD Working Paper* 77, 2008; *Williamson*, Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs, *Am. Econ. Rev.* 58 (1968), 18–36.

370 1. Unternehmenskonzentration: Messung und Ursachen. a) Konzentrationsmessung.

Wie in Rn. 228–256 dargelegt, wird im Zuge einer Marktabgrenzung festgestellt, welche Unternehmen die auf diesem Markt gehandelten Produkte anbieten. Aus der Anzahl der Unternehmen und ihrer durch die Marktanteile gemessenen relativen Größe ergibt sich die **Unternehmenskonzentration** auf diesem Markt. Zu ihrer Ermittlung werden eine Reihe statistischer Maßzahlen herangezogen, wie zB die sogenannten **Konzentrationsraten** (Concentration Rate [CR]).⁵⁹¹ Diese ergeben

⁵⁹¹ Vgl. *Schmidt*, 2005, 138–141; *Piesch*, Statistische Konzentrationsmaße, 1975; *Monopolkommission*, 1998.

sich aus der Addition der Marktanteile der jeweils größten Unternehmen. Häufig werden die Konzentrationsraten bezogen auf die sechs, zehn, 25 und 50 größten Unternehmen angegeben, wie zB von der Monopolkommission in ihrem Hauptgutachten.⁵⁹² So bedeutet zB eine Konzentrationsrate $CR_6 = 60\%$, dass die sechs größten Unternehmen zusammen über einen Marktanteil von 60% verfügen. Allerdings wird von Konzentrationsraten die relative Größe der Unternehmen nicht berücksichtigt. So ergibt sich die Konzentrationsrate $CR_6 = 60\%$ sowohl dann, wenn jedes der sechs größten Unternehmen einen Marktanteil von 10% hat, als auch in einer Situation, in der das größte Unternehmen einen Marktanteil von 55% hat und die weiteren fünf größten Unternehmen nur einen von je 1%. Diese beiden sehr unterschiedlichen Marktsituationen mit der gleichen Maßzahl zu versehen, ist jedoch unbefriedigend. Aus diesem Grunde wird neben den Konzentrationsraten als Maßzahl der **Herfindahl-Hirschman-Index** (HHI) verwendet, bei dem die relative Größe der Unternehmen in die Berechnung eingeht. Der HHI berechnet sich als Summe der quadrierten Marktanteile aller Unternehmen im Markt. Zumeist wird dieser Wert noch mit 10 000 multipliziert, um nicht mit sehr kleinen Größen umgehen zu müssen. Formal ist der HHI definiert als:

$$\text{HHI} = \sum_{i=1}^n s_i^2 \cdot 10000 \quad (s_i : \text{Marktanteil des Unternehmens } i, i = 1, \dots, n).$$

Der maximale Wert des HHI beträgt 10 000 und tritt im Falle eines Monopols mit einem Marktanteil von 100% auf. Bei einem Markt mit einer sehr großen Anzahl kleiner Unternehmen liegt er nahe bei 0. So würde sich im oben angeführten Beispiel im ersten Fall ein HHI in Höhe von 640 ergeben, im zweiten Fall jedoch von 3070, wobei unterstellt ist, dass die übrigen Unternehmen im Markt jeweils einen Marktanteil von je 1% haben. Dies macht deutlich, dass der Markt im zweiten Fall deutlich konzentrierter ist als bei einer Gleichverteilung der Marktanteile der größten sechs Unternehmen, denn durch das Quadrieren der Marktanteile bekommen die der größeren Unternehmen ein höheres Gewicht. Der HHI hat sich sowohl in den USA als auch in der EU in den letzten Jahren als wichtigstes Konzentrationsmaß etabliert, wobei in den USA ein Markt bei Werten kleiner als 1000 als ‚niedrig konzentriert‘, bei Werten zwischen 1000 und 1800 (bzw. 2000 in der EU) als ‚mäßig konzentriert‘ und bei größeren Werten als ‚hoch konzentriert‘ gilt.⁵⁹³

Neben den Konzentrationsraten und dem HHI als absolutes Konzentrationsmaß werden in der Literatur noch eine Reihe weiterer Kennziffern verwendet, mit denen vor allem Aussagen über die Ungleichverteilung der Marktanteile getroffen werden können. Zum einen handelt es sich um **Disparitätsraten**, die angeben, wie groß der Anteil ist, mit dem der Wert einer Konzentrationsrate auf der Ungleichverteilung der Marktanteile der Unternehmen beruht. Angenommen, die Konzentrationsrate der drei größten von insgesamt 100 Firmen betrage 10%. Wären alle 100 Unternehmen gleich groß, betrüge die Konzentrationsrate CR_3 3%. Der tatsächliche Wert der Konzentrationsrate (10%) resultiert daher zu 70% aus der ungleichen Größenverteilung. Die Disparitätsrate DR_3 wäre also 70%. Auch für den HHI gibt es zugeordnete relative Konzentrationsmaße, wie zB den häufig verwendeten **Variationskoeffizienten**. Hierbei handelt es sich um das Verhältnis der Standardabweichung der Marktanteile zu ihrem arithmetischen Mittelwert. Ein großer Variationskoeffizient deutet auf starke Ungleichheiten in den Marktanteilen hin. Hätten zB alle Unternehmen den gleichen Marktanteil, dann wäre der Variationskoeffizient gleich 0. Weitere Disparitätsmaße, die bisweilen zur Beurteilung der Konzentration in einem Markt verwendet werden, sind der **Gini-Koeffizient**, der Aussagen über das Abweichen der tatsächlichen Konzentration von einer Gleichverteilung der Marktanteile macht, sowie der **Linda-Index**, der es erlaubt, eine dominierende Unternehmensgruppe von solchen Wettbewerbern zu trennen, die nur über verhältnismäßig kleine Marktanteile verfügen.⁵⁹⁴

b) Ursachen von Konzentrationsänderungen. Die Änderung der Unternehmenskonzentration im Zeitablauf kann auf eine Reihe unterschiedlicher Ursachen zurückgeführt werden. So sind zentrale Faktoren für die Entwicklung der Unternehmenskonzentration die **Marktein- und -austritte von Unternehmen**, die unter anderem auch von der Höhe der Marktzu- und Marktaustrittsschranken abhängen. Daneben wird die Konzentration in einem Markt durch unterschiedliches **internes Wachstum** der Unternehmen beeinflusst. Dabei kann ein höheres Marktanteilswachstum eines Unternehmens auf größere Effizienz oder Leistungsfähigkeit hindeuten, könnte aber auch das Ergebnis von

⁵⁹² Vgl. Monopolkommission, 2004.

⁵⁹³ Vgl. Europäische Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG 2004 C Nr. 31, 7, US DOJ/FTC, 1997, 1.51; Neven/Nuttall/Seabright, 1993, 58.

⁵⁹⁴ Vgl. Piesch, 1975.

Behinderungen der Wettbewerber sein. Eine der wichtigsten Ursachen für eine zunehmende Konzentration ist das durch horizontale Zusammenschlüsse bewirkte **externe Unternehmenswachstum**. Anders als internes Wachstum aufgrund höherer wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ist externes Unternehmenswachstum eine besonders problematische Form der Konzentrationserhöhung, da bei einem solchen Zusammenschluss der direkte Wettbewerb zwischen den Unternehmen beseitigt wird.⁵⁹⁵

374 **2. Auswirkungen von Unternehmenszusammenschlüssen. Überblick.** Die Analyse der verschiedenen Marktformen in Rn. 216 hat deutlich gemacht, dass zwischen der Konzentration in einem Markt und der Marktmacht von Unternehmen ein enger Zusammenhang besteht: Je weniger Unternehmen es in einem Markt gibt, dh je höher die Konzentration ist, desto eher werden Unternehmen über Marktmacht verfügen.⁵⁹⁶ Dies deutet auf ein wichtiges Motiv für externes Unternehmenswachstum hin: Durch einen Zusammenschluss erhalten die Unternehmen einen größeren Marktanteil, was dazu beitragen könnte, **Marktmacht** zu erlangen bzw. bestehende Marktmacht abzusichern oder auszubauen. Dadurch hätten die Unternehmen einen größeren Verhaltensspielraum gegenüber Wettbewerbern und Abnehmern, den es dazu nutzen könnte, höhere Preise zu fordern und größere Gewinne zu erwirtschaften. Durch einen Zusammenschluss können Unternehmen jedoch auch unnötige Duplizierungen, wie zB der Personalabteilung oder der Buchhaltung, vermeiden oder können durch den Einsatz besserer Produktionstechnologien Kosten einsparen, so dass sich auf diese Weise die Gewinnspanne erhöht. Derartige **Effizienzgewinne** stehen den negativen Auswirkungen von Fusionen aufgrund erhöhter Marktmacht gegenüber.

375 Die Wirtschaftstheorie unterscheidet zwischen zwei verschiedenen Arten wettbewerbsschädlicher Auswirkungen von Fusionen die in engem Zusammenhang mit den in Rn. 300 diskutierten Gleichgewichtsarten in oligopolistischen Märkten stehen, dem nichtkoordinierten und dem koordinierten Gleichgewicht.⁵⁹⁷ Ein Zusammenschluss verringert sowohl die Anzahl der Unternehmen im betrachteten Markt als auch ihre Struktur, denn das fusionierte Unternehmen verfügt nun über einen größeren Kapitalbestand, eine andere Kostenfunktion etc. als die Unternehmen vor dem Zusammenschluss, so dass auch mit einer Verhaltensänderung des fusionierten Unternehmens gerechnet werden muss. Zwei mögliche Situationen nach dem Zusammenschluss sind denkbar: Erstens kann sich auf dem Markt mit der geringeren Anzahl von Unternehmen, den geänderten Kostenstrukturen, Marktanteilen etc. ein neues Nash-Gleichgewicht einstellen, ohne dass es zwischen den Unternehmen zu einer Verhaltenskoordination kommt. In diesem neuen nichtkoordinierten Gleichgewicht werden andere Preise und Mengen resultieren als vor dem Zusammenschluss, aber die Unternehmen verhalten sich im Rahmen der oligopolistischen Marktstruktur weiterhin wettbewerblich – sie werden zwar die strategischen Interdependenzen berücksichtigen, aber sie koordinieren ihr Verhalten nicht. Die Oligopolisten passen sich an die neuen Gegebenheiten an, aber die Änderung des Marktergebnisses resultiert ausschließlich aus den individuellen Entscheidungen der Oligopolisten. Da durch den Zusammenschluss der Wettbewerb zwischen den fusionierten Unternehmen ausgeschaltet wird und der Wettbewerbsdruck im Markt durch die geringere Anzahl der Wettbewerber im Allgemeinen abnimmt, ist mit höheren Preisen, geringeren Mengen und einer reduzierten Wohlfahrt zu rechnen. Diese Änderungen der Preise und Mengen werden als die **nichtkoordinierten bzw. unilateralen Effekte** einer Fusion bezeichnet, mit denen bei jedem Zusammenschluss von Unternehmen auf einem oligopolistischen Markt zu rechnen ist.

376 Zweitens kann eine Fusion auch einen Regimewechsel in der Art des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen herbeiführen: Gab es vor dem Zusammenschluss keine oder keine vollständige Verhaltenskoordination zwischen den Unternehmen, eröffnen sich nun Möglichkeiten für die Unternehmen, ihr Verhalten zu koordinieren oder eine bereits bestehende Verhaltenskoordination einfacher, stabiler und effektiver zu machen. Dadurch wird der Wettbewerbsdruck zwischen allen Unternehmen aufgehoben oder zumindest drastisch reduziert und dies wird zu höheren Preisen bzw. geringeren Angebotsmengen führen, als bei nichtkoordinierten Effekten. Die Änderungen aufgrund des Regimewechsels in der Art des Wettbewerbs werden als **koordinierte Effekte** einer Fusion bezeichnet. Ein Zusammenschluss kann jedoch auch zu **Effizienzgewinnen** führen, die es zB den Unternehmen erlauben, mit geringeren Kosten zu produzieren oder durch die Integration der Forschungs- und Entwicklungsabteilungen verbesserte oder innovative Produkte zu entwickeln. Diese drei durch einen Zusammenschluss möglicherweise bewirkten Effekte werden im Folgenden ausführlich beschrieben.

⁵⁹⁵ Vgl. *Monopolkommission*, IV. Hauptgutachten 1980/81, Kap. IV.

⁵⁹⁶ Dieser Zusammenhang gilt nur in der Tendenz. So kann auch in einem Markt mit sehr hoher Konzentration erheblicher Wettbewerb zwischen den Unternehmen bestehen, so dass sich, wie zB bei Preiswettbewerb und einem homogenen Gut, das gleiche Resultat ergibt, wie bei vollkommenem Wettbewerb. Die Abschnitte 2–5 basieren auf *Schwalbe/Zimmer*, 2011.

⁵⁹⁷ Vgl. *Ivaldi/Jullien/Rey/Seabright/Tirole*, 2003a und 2003b.