

Marktabgrenzung und Marktanalyse für Märkte der Vorleistungsebene

I. Einleitung

Im allgemeinen Wettbewerbsrecht, wie auch in der sektorspezifischen Regulierung, ist häufig die Wettbewerbssituation auf Vorleistungsmärkten zu beurteilen. Diesbezüglich entstand in den letzten Jahren eine Diskussion über zwei miteinander eng verbundene Themen, mit denen sich der vorliegende Artikel befasst: Der Einfluss von nachgelagerten Märkten auf die Wettbewerbssituation auf dem untersuchten Vorleistungsmarkt sowie die Rolle von unternehmensintern bereitgestellten Leistungen (Eigenleistungen). Diese Diskussion wird insbesondere auf europäischer Ebene im Bereich der elektronischen Kommunikationsmärkte geführt und betrifft hier vor allem den Markt „Breitbandzugang für Großkunden“.¹⁾ Auf diesem Markt beziehen alternative Telekommunikationsbetreiber ein Vorleistungsprodukt (ein so genanntes „Bitstream-Produkt“), um dann ihrerseits breitbandigen Internetzugang an Endkunden bereitstellen zu können.

In den meisten Ländern bietet der ehemalige Festnetzmonopolist (meist aufgrund regulatorischer Verpflichtungen) ein solches Produkt an alternative Betreiber an. Im Zuge der Marktabgrenzung stellte sich nun die Frage, ob auch der Zugang über Kabelnetze, die ebenfalls breitbandigen Internetzugang an Endkunden bereitstellen, dem Vorleistungsmarkt zuzurechnen sei. Da Kabelnetze meist kein entsprechendes Vorleistungsprodukt bereitstellen, gibt es in der Regel auch keine direkte Substitutionsbeziehung auf der Vorleistungsebene. Einige nationale Regulierungsbehörden haben den Vorleistungsmarkt dementsprechend eng abgegrenzt, was einen sehr hohen Marktanteil des ehemaligen Festnetzmonopolisten zur Folge hatte.

Andere nationale Regulierungsbehörden argumentierten hingegen, dass es Substitutionsbeziehungen zwischen den verschiedenen Technologien (DSL- und Kabel-Internetzugang) auf der nachgelagerten Stufe (dem Endkundenmarkt) gibt, und diese auch bei der Marktabgrenzung auf der Vorleistungsebene mit einzubeziehen sind. Dementsprechend haben diese Behörden den Zugang über Kabelnetze in die Marktabgrenzung miteinbezogen, wodurch sich ein geringerer Marktanteil für den ehemaligen Monopolisten ergab.

* Prof. Dr. Roman Inderst, Lehrstuhl für Finanzen und Ökonomie, Universität Frankfurt und Visiting Professor, London School of Economics

** Anton Schwarz, Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH), Österreich. Der Artikel gibt die persönliche Meinung des Autors wieder und bindet die RTR sowie die Telekom-Control-Kommission (TKK) in keiner Weise.

¹⁾ Markt 12 der Empfehlung der Kommission vom 11.02.2003 über Produkt- und Dienstleistungsmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregelung in Betracht kommen (Abl. L 114/45 v. 8.5.2003). Dort heißt es: „Dieser Markt umfasst „Bitstrom-“ Zugang, der die Breitband-Datenübertragung in beiden Richtungen gestattet und sonstigen Großkundenzugang, der über andere Infrastrukturen erbracht wird, wenn sie dem „Bitstrom-“ Zugang gleichwertige Einrichtungen bereitstellen.“

Die Vorgehensweise, Substitutionsbeziehungen auf nachgelagerten Märkten (so genannte „indirect constraints“²⁾ bereits auf der Stufe der Marktabgrenzung zu berücksichtigen, wurde beispielsweise von der irischen Regulierungsbehörde (Comreg) und der britischen Behörde (OfTel, heute Ofcom) gewählt.³⁾ Die Europäische Kommission steht diesem Vorgehen allerdings nach wie vor kritisch gegenüber und vertritt die Auffassung, dass für die Marktabgrenzung nur die Angebots- und Nachfragesubstitution auf der Vorleistungsebene herangezogen werden sollte. Wettbewerbskräfte, die nur indirekt über die nachgelagerte Stufe (in diesem Falle über die Endkundenebene) wirken, sollten demnach erst bei der nachfolgenden Marktanalyse berücksichtigt werden.⁴⁾

Auch im allgemeinen Wettbewerbsrecht traten im Zusammenhang mit der Analyse von Vorleistungsmärkten immer wieder Fragen in Bezug auf die Berücksichtigung von Substitutionsbeziehungen auf nachgelagerten Märkten sowie von Eigenleistungen auf. Hier sei vor allem der Fall der untersagten Fusion von Schneider Electric und Legrand erwähnt, bei dem die Europäische Kommission die Eigenleistungen von vertikal integrierten Firmen zunächst gänzlich ausklammerte (COMP/M.2283 Rn 607). Ferner wurde bei der Marktanalyse der Einfluss der integrierten Firmen auf den Wettbewerb auf den entsprechenden Endkundenmärkten nicht mitberücksichtigt, da die Kommission den daraus möglicherweise resultierenden „indirect constraints“ kein Gewicht beimaß. Dieses Vorgehen wurde im Urteil des Europäischen Gerichts 1. Instanz explizit beanstandet. Insbesondere wurde beanstandet, dass die Nichtberücksichtigung von intern erbrachten Leistungen von Wettbewerbern zur Feststellung eines zu hohen Marktanteils der fusionierenden Unternehmen geführt habe (T-310/2001, Rn 282 und 296).

Dieser Artikel versucht insbesondere folgende Fragen in Bezug auf Eigenleistungen und „indirect constraints“ zu adressieren: Was sind die wesentlichen Bestimmungsfaktoren von „indirect constraints“? Wann sind „indirect constraints“ besonders stark? Sollen „indirect constraints“ bzw. Eigenleistungen bereits auf der Stufe der Marktabgrenzung oder erst in der Wettbewerbsanalyse berücksichtigt werden? Und sollen Marktanteile auf der Endkundenebene bei der Wettbewerbsanalyse der Vorleistungsstufe herangezogen werden?

Für die ökonomische Analyse dieser Fragestellungen kann sich der vorliegende Artikel auf Vorarbeiten der beiden Autoren stützen.⁵⁾ Im Rahmen eines „more economic approach“ ist es zunehmend wichtig, dass Handlungsempfehlungen für die Marktabgrenzung und

²⁾ „Indirect“ deshalb, da sie nicht von der Vorleistungsebene selbst ausgehen, sondern über die nachgelagerte Wertschöpfungsebenen wirken.

³⁾ OfTel, 2003, Wholesale Broadband access markets. Identification and analysis of markets, determination of market power and setting of SMP conditions. Comreg, 2004, Market Analysis. Wholesale Broadband access. Document No. 04/83.

⁴⁾ European Commission, Notifications received under Article 7 of the Framework Directive – Wholesale broadband access – Commission briefing paper to ERG, 20. September 2004.

⁵⁾ Die formalen Grundlagen für diesen Beitrag wurden erarbeitet in: *Inderst, Roman und Valletti, Tommaso*, 2007, A Tale of Two Constraints: Assessing Market Power in Wholesale Markets, *European Competition Law Review*; *Inderst, Roman und Valletti, Tommaso*, 2007, Market Analysis in the Presence of Direct and Indirect Constraints, *Journal of Competition Law and Economics*; sowie in *Schwarz, Anton*, 2007, Wholesale Market Definition in Telecommunication: The Issue of Wholesale Broadband Markets, *Telecommunications Policy*.

Marktanalyse eine nachvollziehbare ökonomische Analyse, wenn möglich in einem geschlossenen Modell, zugrunde liegt und dass die sich daraus ergebenden Schritte auch empirisch umsetzbar sind.

Der Artikel ist wie folgt gegliedert: Abschnitt II wirft einen kurzen Blick auf die Behandlung von Eigenleistungen und „indirect constraints“ in der kartellrechtlichen Praxis. Dabei zeigt sich, dass Restriktionen, die nur indirekt über nachgelagerte Märkte wirken, sowie Eigenleistungen im Zuge der Marktabgrenzung in der Regel nicht berücksichtigt werden, wohl aber eine wichtige Rolle bei der Feststellung von Marktbeherrschung spielen. In Abschnitt III werden die wesentlichsten Einsichten aus der ökonomischen Analyse dargestellt. Darauf aufbauend werden in Abschnitt IV Schlussfolgerungen für die praktische Behandlung von „indirect constraints“ und Eigenleistungen abgeleitet.

II. Behandlung von Eigenleistungen in der kartellrechtlichen Praxis

Da der Schwerpunkt dieses Artikels auf der ökonomischen Analyse von Marktmacht auf Vorleistungsmärkten liegt, werden im vorliegenden Abschnitt nur selektiv einige wichtige Grundlagen und Entscheidungen dargestellt, welche die Problematik veranschaulichen sollen.

Die Europäische Kommission hat eine Reihe von Richtlinien bzw. Empfehlungen zu den Themen Marktabgrenzung und Wettbewerbsanalyse veröffentlicht.⁶⁾ In allen Texten wird dabei die Bedeutung der nachfrageseitigen Austauschbarkeit der Güter als wesentlichstes Kriterium zur Marktabgrenzung herausgearbeitet. Dies kann als eine gewollte Fokussierung auf „direct constraints“, die auf derselben Wertschöpfungsebene wirken, angesehen werden.

Die Behandlung von Eigenleistungen wird lediglich in den Leitlinien für vertikale Beschränkungen⁷⁾ sowie in der Märkteempfehlung⁸⁾ explizit angesprochen. Entsprechend den Leitlinien für vertikale Beschränkungen sind Eigenleistungen zwar ein wichtiger Faktor in der Wettbewerbsanalyse, sollen aber bei der Marktabgrenzung sowie der Berechnung der Marktanteile nicht berücksichtigt werden (Rn. 98).⁹⁾ Eine Ausnahme wird lediglich in Bezug auf den Vertrieb von Endprodukten gemacht. In Fällen, in denen ein Hersteller eines Endprodukts zugleich auch als Vertriebshändler im Markt tätig ist, sollen Marktabgrenzung und Marktanteile sowohl jene Produkte umfassen, die über den konzerneigenen Vertrieb

⁶⁾ S. Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft. (Abl. C 372, 9.12.1997) oder aber die Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (2004/C 31/03) sowie die Empfehlung der Kommission vom 11.02.2003 über Produkt- und Dienstleistungsmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregelung in Betracht kommen (Abl. L 114/45 vom 8.5.2003, „Märkteempfehlung“) und die Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Abl. L C 165/6 vom 11.07.2002).

⁷⁾ Leitlinien für vertikale Beschränkungen (2000/C 291/01).

⁸⁾ S. FN 8

⁹⁾ In der deutschen Version dürfte hier ein Übersetzungsfehler vorliegen. Rn. 98 endet mit „... wird die Eigenproduktion von jedoch berücksichtigt.“ (sic) während die englische Version lautet: „... in-house production will not be taken into account.“

abgesetzt werden, als auch jene, die über andere Vertriebspartner verkauft werden (Rn. 99). Dies wird damit begründet, dass die Nachfrage eines Vertriebshändlers, der als Wiederverkäufer agiert, direkt von den Präferenzen des Endkunden bestimmt wird (Rn. 91).¹⁰⁾

Entsprechend der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission sind intern bereitgestellte Leistungen von Telekommunikationsbetreibern nur dann in den Markt mit einzubeziehen, wenn keine Kapazitätsbeschränkungen bestehen, das Netz des Betreibers hinreichend groß ist und ein externes Angebot leicht (also etwa ohne größere zusätzliche Investitionen) möglich ist. Es handelt sich hier um eine ähnliche Betrachtung wie bei der angebotsseitigen Substitution, während die „indirect constraints“, die von Eigenleistungen ausgehen können (s. die Diskussion im nächsten Abschnitt), nicht erwähnt werden.

Die Entscheidungen der Europäischen Kommission im allgemeinen Wettbewerbsrecht zeigen, dass Eigenleistungen auf der Stufe der Marktabgrenzung in der Tat meist nicht berücksichtigt wurden. Dies ist durch eine Vielzahl von Fällen belegt. So unterschied die Europäische Kommission im Fall Alcoa/Reynolds (COMP/M. 1693, §13) zwischen Aluminium, das intern weiterverarbeitet wird, und Aluminium, das auf dem Markt veräußert wird. Nur letzteres wurde dann in den relevanten Markt miteinbezogen. Auch im Fall Shell/DEA (COMP/M. 2389, §22) wurden intern zur Weiterverarbeitung genutzte Produkte nicht mitberücksichtigt.¹¹⁾ Allerdings gibt es auch Ausnahmen zu dieser „Regel“: Im Fall Cargill/Agribands (COMP/M. 2271, §12) wurden die Marktanteile für Tierfutter inklusive der Eigenproduktion von Landwirten berechnet (wobei jedoch auch Marktanteile ohne Eigenproduktion ausgewiesen wurden). Im (bereits in Abschnitt I erwähnten) Fall Schneider/Legrand¹²⁾ (COMP/M.2283) wurden Eigenleistungen (und die daraus resultierenden „indirect constraints“) von der Europäischen Kommission zunächst ebenfalls nicht berücksichtigt. Dieses Vorgehen wurde jedoch explizit vom erstinstanzlichen Gericht beanstandet (T-310/2001).

„Indirect constraints“ hingegen wurden von der Europäischen Kommission im Falle GE/Honeywell (COMP/M. 2220) bereits auf der Stufe der Marktabgrenzung berücksichtigt. In diesem Fall wurde der Markt für Düsentriebwerke so charakterisiert, dass zunächst ein Wettbewerb über die Aufnahme auf eine bestimmte Flugzeugplattform stattfindet, dem sich dann ein Wettbewerb um die Endkunden, also die Käufer der Flugzeuge, anschließt. Nach der Entscheidung der Flugzeugbauer über den Partner für eine bestimmte Plattform sei aufgrund technischer Inkompatibilität ein weiterer Wettbewerb für diese Plattform nicht mehr gegeben. Die Europäische Kommission entschied, hier nicht auf den („first-level“)

¹⁰⁾ Wenig Zweifel an der Behandlung von Eigenleistungen auf der Stufe der Marktabgrenzung lässt das deutsche Kartellrecht. In den Auslegungsgrundsätzen des Bundeskartellamtes heißt es: „Eine Eigenfertigung von Nachfragern oder anderen Anbietern, die dann als potenzielle Wettbewerber in Betracht kommen, sind in die Marktanteilsberechnungen nicht einzubeziehen.“ (Bundeskartellamt Bonn, Grundsatzabteilung E/G 4, Auslegungsgrundsätze, Juli 2005, S. 14.) Vgl. hierzu auch *Bechtold, Rainer*, 2006, *GWB: Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar*, Beck, München. Hier §19, Rn 24.

¹¹⁾ Weitere einschlägige Fälle sind *Endemol Entertainment Holding BV v Commission* (T-221/95), *Neste/IVO* (IV/M.931) und *BASF/Eurodiol/Pantochim* (COMP/M. 2314, §90).

¹²⁾ S. *WuW* vom 10.03.2003, Heft 03, Seite 299-314, EU-R 299-314

Wettbewerb um die Aufnahme auf eine neue Plattform abzustellen, sondern stattdessen auf den („second-level“) Wettbewerb auf der Endkundenebene, durch den der Preisgestaltungsspielraum der Anbieter von Düsentriebwerken auch langfristig wesentlich eingeschränkt wurde.

In anderen Fällen wurden „indirect constraints“ erst bei der wettbewerblichen Beurteilung berücksichtigt. Im Falle Siemens/VA Tech (COMP/M.3653, Rn. 164) beispielsweise folgte die Europäische Kommission, dass der Zusammenschluss zwar negative Auswirkungen auf unabhängige Anbieter von Elektroantrieben habe, jedoch genügend Wettbewerb durch integrierte Anbieter verbliebe.

Zuletzt vertrat die Europäische Kommission im Bereich der elektronischen Kommunikationsmärkte, wie in Abschnitt I beschrieben, die Auffassung, dass „indirect constraints“ am Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang erst auf der Stufe der Marktanalyse zu berücksichtigen seien, nicht jedoch auf der Stufe der Marktabgrenzung. Die Einbeziehung von Eigenleistungen auf der Stufe der Marktanalyse, die von vielen Regulierungsbehörden praktiziert wird, blieb hingegen meist unkommentiert.¹³⁾

III. Ökonomische Analyse

1. Der „hypothetische Monopolistentest“ als Ausgangspunkt

Es scheint zweckdienlich, sich bei den folgenden Ausführungen zunächst am Konzept des „hypothetischen Monopolistentest“ (HM-Test) zu orientieren, der international zum Standardinstrument für die Marktabgrenzung avanciert ist. Dabei wird gefragt, ob eine dauerhafte 5-10%ige Preiserhöhung über das Wettbewerbsniveau hinaus für einen hypothetischen Monopolisten profitabel wäre. Ist dies für eine gegebene Marktabgrenzung nicht der Fall, so sollte der relevante Markt erweitert werden. Der relevante Markt ist dann bestimmt durch die kleinste Menge von Gütern, bei der eine Preiserhöhung im beschriebenen Ausmaß nicht mehr profitabel wäre.

Auf den hypothetischen Monopolisten wirken hierbei zunächst zwei Wettbewerbskräfte ein: Die Substitution zu anderen Gütern seitens der Nachfrager (nachfrageseitige Substitution) und die Möglichkeit, dass andere Unternehmen ihr Angebot umstellen (angebotsseitige Substitution).¹⁴⁾ Zusätzlich können jedoch Wettbewerbskräfte auch über die nachgelagerte

¹³⁾ Eine Ausnahme ist hier der Fall „Transitdienste“. Hier legte die Europäische Kommission ihr Veto gegen eine Entscheidung der österreichischen Regulierungsbehörde ein, da diese Eigenleistungen von alternativen Betreibern (so genannten joining link Transit) in den Markt miteinbezogen hatte (s. Commission Decision of 20 October 2004 pursuant to Article 7(4) of Directive 2002/21/EC („Withdrawal of a notified draft measure“). Case AT/2004/0090: transit services in the fixed public telephone network in Austria).

¹⁴⁾ In wieweit die Angebotsumstellungsflexibilität bei der Marktabgrenzung zum Tragen kommen soll ist in der kartellrechtlichen Praxis allerdings umstritten. Sofern eine Angebotsumstellung innerhalb einer kurzen Zeitspanne, die in der Regel auf ein Jahr begrenzt ist, zu erwarten ist, berücksichtigt beispielsweise die amerikanische Praxis den daraus resultierenden potentiellen Wettbewerb bereits bei der Marktabgrenzung. Während die Praxis der Europäischen Kommission diesem Konzept folgt, ist die deutsche Praxis zurückhaltend und berücksichtigt den Substitutionswettbewerb erst bei der Marktbeherrschung. Diese Ausführungen zeigen auch, dass die deutsche kartellrechtliche Praxis darin konsistent „konservativ“ ist, dass bei der Marktabgrenzung fast ausschließlich nur unmittelbare

Wertschöpfungsebene wirken. Dies sei anhand des erwähnten Marktes für „Breitbandzugang für Großkunden“ erläutert.

Auf diesem Markt fragen Unternehmen „Bitstrom“-Zugang vom früheren Festnetzmonopolisten nach, um ihren eigenen Endkunden Breitbandinternetzugang anbieten zu können. Gleichzeitig existieren oft vertikal integrierte Kabelnetzbetreiber, die ihren Endkunden ebenfalls Breitbandinternetzugang bereitstellen. Da es sich um unterschiedliche Technologien handelt und Kabelnetzbetreiber meist kein entsprechendes Vorleistungsprodukt anbieten, ist eine angebots- bzw. nachfrageseitige Substitution auf der Vorleistungsebene unwahrscheinlich. Dennoch kann eine 5-10%ige Preiserhöhung für einen (nicht vertikal integrierten) hypothetischen Monopolisten für „Bitstrom“-Zugang unprofitabel sein. Wird die Preiserhöhung nämlich von den nachgelagerten Unternehmen zumindest teilweise weitergereicht, so kann dies zu deutlichen Absatzeinbußen führen, da Endkunden zu Produkten von Kabelnetzbetreibern wechseln. In diesem Fall ergeben sich die wesentlichen Restriktionen für den (hypothetischen) Monopolisten folglich erst aus den Substitutionsbeziehungen auf der Endkundenebene („indirect constraints“). Dem HM-Test zufolge würde dann eine Marktabgrenzung, die alleine auf die angebots- und nachfrageseitige Substitution zwischen Gütern der gleichen Vorleistungsstufe abstellt, zu eng sein. Die dabei ermittelten hohen Marktanteile würden in keinster Weise die realen, auch kurzfristig wirksamen Restriktionen wiedergeben.

Es lässt sich also festhalten, dass Wettbewerbskräfte ausgehend von anderen Vorleistungen bzw. Eigenleistungen in wesentlichem Maße „indirekt“ über die nachgelagerte Wertschöpfungsebene wirken können. In der Marktabgrenzung oder spätestens in der Wettbewerbsanalyse sollte daher eine Abschätzung über die Stärke bzw. die Effektivität dieser Wettbewerbskräfte vorgenommen werden.

2. Bewertung von „indirect constraints“

Grundsätzlich ist die Marktmacht eines Unternehmens abhängig von der Elastizität der Nachfrage, der es sich gegenübersteht. Die Elastizität der Nachfrage gibt an, um wie viel Prozent die Nachfrage zurückgeht, wenn sich der Preis um ein Prozent erhöht. Sie wird dann besonders groß sein (und damit die Marktmacht des Unternehmens gering), wenn hinreichend gute Substitute existieren, zu denen Kunden im Falle einer Preiserhöhung wechseln können.¹⁵⁾

Die Nachfrage auf der Vorleistungsebene leitet sich von der Nachfrage auf der Endkundenebene ab, da Vorleistungsprodukte nur dann bezogen werden, wenn auch eine entsprechende Endkundennachfrage besteht. Man spricht daher auf Vorleistungsebene auch

Substitutionsbeziehungen Betrachtung finden, wodurch Schwellenwerte für Marktanteile tendenziell eher überschritten werden.

¹⁵⁾ Im Weiteren wird auf nachfrageseitige Substitution fokussiert, während angebotsseitige Substitution weitgehend ausgeklammert wird. Es soll jedoch festgehalten werden, dass Eigenleistungen nicht nur „indirect constraints“ auf die Vorleistungsebene entfalten können (wie im Weiteren beschrieben wird), sondern auch direkt, vergleichbar mit der angebotsseitigen Substitution, wirken können. Dies wäre dann der Fall, wenn ein vertikal integriertes Unternehmen als Reaktion auf eine kleine aber dauerhafte Preiserhöhung auf dem Vorleistungsmarkt seine bisher nur intern bereitgestellten Leistungen nun auch an andere Unternehmen anbieten würde (s. dazu auch die Diskussion der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission in Abschnitt II).

von der „abgeleiteten Nachfrage“ bzw. von der Elastizität der abgeleiteten Nachfrage. Könnte man die Elastizität auf Vorleistungsebene direkt messen (bzw. schätzen), so würde diese implizit bereits alle indirekt wirkenden Wettbewerbskräfte enthalten. Eine explizite Berücksichtigung der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe oder von Eigenleistungen, die nicht auf dem vorgelagerten Markt bereitgestellt werden, würde sich also erübrigen. Dies ist jedoch häufig nicht möglich oder durchführbar, weshalb es sinnvoll ist, die Bestimmungsfaktoren der abgeleiteten Elastizität zu analysieren.

Für diese Analyse sollen im Weiteren drei Szenarien betrachtet werden: In jedem Szenario existiert dabei ein Endkundenmarkt und ein vorgelagerter Vorleistungsmarkt, auf dem die Unternehmen Inputs für die Produktion des Endkundenproduktes einkaufen.¹⁶⁾ Die Szenarien unterscheiden sich nur hinsichtlich der vertikalen Integration:

- Fall 1: Kein Unternehmen ist vertikal integriert
- Fall 2: Ein Unternehmen ist vertikal integriert, produziert aber auf der Vorleistungsebene nur für den eigenen Bedarf (also nur Eigenleistungen)
- Fall 2: Ein Unternehmen ist vertikal integriert und produziert auf Vorleistungsebene nicht notwendigerweise nur für den eigenen Bedarf, d.h., es stellt Leistungen auch an Dritte bereit, wenn es dadurch seine Gewinne erhöhen kann.

Fall 1: Keine vertikale Integration

Betrachtet wird zunächst eine Situation, in der es einen Vorleistungsmarkt und einen nachgelagerten Endkundenmarkt gibt, jedoch kein Unternehmen vertikal integriert ist. In diesem Fall ergibt sich die Elastizität der abgeleiteten Nachfrage formal aus der Elastizität auf der Endkundenebene multipliziert mit zwei Faktoren: (i) dem Anteil des Vorleistungs- am Endkundenpreis¹⁷⁾ und (ii) dem Ausmaß der Weitergabe der Preiserhöhung durch jene Unternehmen, die das Produkt auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe verkaufen.

Die Intuition dafür sei wieder am Beispiel der Breitbandmärkte erörtert. Ist die Elastizität der Nachfrage nach DSL-Internetzugang auf der Endkundenebene groß, so bedeutet dies, dass viele Kunden in Reaktion auf eine Preiserhöhung zu anderen Zugangstechnologien, beispielsweise Kabelnetzen, wechseln würden. Ein Preisanstieg auf der Vorleistungsebene wird sich nun aber umso stärker auf der Endkundenebene niederschlagen, je höher der Anteil der Vorleistungskosten am Endkundenpreis ist und je mehr vom Preisanstieg tatsächlich an die Endkunden weitergegeben wird.

¹⁶⁾ Weitere Annahmen sind, dass die Vorleistungsprodukte in fixen Proportionen für die Produktion von Endkundenprodukten verwendet werden (also z.B. immer ein Vorleistungsprodukt für ein Endkundenprodukt) und dass es auf Vorleistungsebene keine alternativen Inputs gibt, zu denen ein Unternehmen wechseln könnte (siehe hierzu im Detail *Inderst und Valletti* - FN 7).

¹⁷⁾ Die Relation der Kosten für die entsprechende Vorleistung zu den Erlösen wurde von Ofcom als „dilution“ bezeichnet (siehe beispielsweise Ofcom, Review of the Wholesale Broadband Access Markets 2006/7). Ein niedriger „dilution factor“ und damit letztlich eine geringe Rolle des Nachfrageverhaltens von Endkonsumenten wurde beispielsweise im Fall Tetra Pak/Alfa Laval festgestellt (Tetra Pak/Alfa Laval, Abl. L 290/1991).

Es lässt sich also festhalten, dass die Elastizität auf der Vorleistungsebene besonders groß sein wird (und damit „indirect constraints“ besonders stark sind), wenn

- die Elastizität des mit dem entsprechenden Input hergestellten Produkts auf der Endkundenebene groß ist,
- der Input einen Großteil der Gesamtkosten darstellt und
- ein Großteil der Preiserhöhung auch tatsächlich an die Endkunden weitergegeben wird.

Über diese Faktoren können oft leichter Aussagen getroffen werden als über die Elastizität der abgeleiteten Nachfrage direkt. Insbesondere wenn die Elastizität der abgeleiteten Nachfrage in verschiedenen Situationen (beispielsweise vor und nach einem Unternehmenszusammenschluss) verglichen werden soll, muss jedoch immer berücksichtigt werden, dass diese Faktoren selbst endogen sind und damit zusammen mit den grundlegenden Parametern wie den Kosten, der Anzahl der konkurrierenden Unternehmen oder aber der Wettbewerbsintensität bestimmt werden.¹⁸⁾

Fall 2: Vertikale Integration – Produktion nur für den Eigenbedarf

Wir betrachten nun den Fall, in dem es neben nicht-integrierten Unternehmen auch ein vertikal integriertes Unternehmen gibt, das die entsprechende Vorleistung jedoch nur für den eigenen Bedarf (also nur in Form von Eigenleistungen) produziert. Dies könnte insbesondere durch die Wahl einer spezifischen Technologie begründet sein. Weiter unten wird der Fall diskutiert, in dem eine solche ausschließliche Produktion für den Eigenbedarf eine strategische Entscheidung darstellt.

Im Gegensatz zu den anderen, nicht-integrierten Unternehmen ist ein vertikal integriertes Unternehmen von Preiserhöhungen auf der Vorleistungsebene nicht betroffen. Eine solche Preiserhöhung auf dem Markt der Vorleistungsstufe, die zumindest teilweise von den betroffenen Unternehmen weitergegeben wird, erhöht somit den Marktanteil des integrierten Unternehmens auf der nachgelagerten Stufe. Insgesamt reagiert damit die abgeleitete Nachfrage, die sich aus dem getätigten Volumen der nicht-integrierten Unternehmen speist, tendenziell stärker auf Preiserhöhungen im vorgelagerten Markt als es ohne vertikale Integration der Fall wäre. Mit anderen Worten wird damit die abgeleitete Nachfrage elastischer.

Dies ist intuitiv umso stärker der Fall, je intensiver der Wettbewerb auf der nachgelagerten Stufe ist. Ein verschärfter Wettbewerb kann sich beispielsweise aus geringer Produktdifferenzierung ergeben. In diesem Fall wirkt sich eine Erhöhung des Preises für die Vorleistung stärker auf den komparativen Vorteil integrierter Unternehmen aus und hat damit eine stärkere Wirkung auf die abgeleitete Nachfrage der nicht-integrierten Unternehmen. Darüberhinaus gelten für die Elastizität der abgeleiteten Nachfrage die gleichen Bestimmungsfaktoren, die bereits im vorigen Abschnitt für den Fall ohne vertikale Integration aufgeführt wurden.

Wie die hier nicht näher auszuführende technische Analyse belegt, kann die Wirkung von „indirect constraints“ sehr stark sein. Einen (rein hypothetischen) Benchmark kann hier ein

¹⁸⁾ Siehe hierzu im Detail auch *Inderst und Valletti* (FN 7).

Vergleich des sich auf dem Vorleistungsmarkt einstellenden Gleichgewichtspreises vor und nach einer erfolgten vertikalen Integration geben. Für den Fall, dass sich das nunmehr integrierte Unternehmen vom Vorleistungsmarkt (d.h. von der Bereitstellung für Dritte) vollständig zurückzieht, reduziert sich dadurch die Zahl der Anbieter, die auf dem Vorleistungsmarkt „direct constraints“ ausüben. Andererseits entstehen durch das integrierte Unternehmen neue „indirect constraints“. Insbesondere wenn der Wettbewerb auf der nachgelagerten Stufe intensiv ist, können letztere den Wegfall der „direct constraints“ mehr als kompensieren. Dies gilt ferner auch dann, wenn der Wettbewerb auf der Vorleistungsebene nicht sehr intensiv ist.

Für die Praxis ergibt sich daraus die Schlussfolgerung, dass es generell nicht gerechtfertigt ist, den „indirect constraints“ eine geringere Rolle zuzuweisen als den „direct constraints“. Ein solcher Fehlschluss könnte sich daraus ergeben, dass „indirect constraints“ in der Tat nur mittelbar über den Wettbewerb auf der nachgelagerten Stufe wirken, während die Wirkung von „direct constraints“ unmittelbar am Marktpreis der betrachteten Vorleistungsstufe ansetzt. Wie die Analyse zeigt, bedeutet dies jedoch nicht, dass „direct constraints“ eine geringere Wirkung auf die Unternehmen der Vorleistungsebene haben.

Fall 3: Vertikale Integration – Produktion nicht ausschließlich für den Eigenbedarf

In diesem Fall ist es technisch möglich, dass ein integriertes Unternehmen die entsprechende Vorleistung auch für andere Unternehmen bereitstellt. Falls ein integriertes Unternehmen bereits auf dem Vorleistungsmarkt aktiv ist, sind sowohl die „direct constraints“ als auch die „indirect constraints“, die von der Partizipation auf dem vor- und dem nachgelagerten Markt ausgehen, zu berücksichtigen.

Eine Bereitstellung an Dritte wird jedoch nur dann erfolgen, wenn das Unternehmen damit seine Gewinne erhöhen kann. In wieweit dies der Fall ist bestimmt sich aus einer Vielzahl von Faktoren. Neben beispielsweise dem Grad der Substituierbarkeit der Vorleistungsgüter sowie der vorhandenen Kapazitäten sind hierbei insbesondere die Opportunitätskosten des integrierten Unternehmens zu nennen, die sich durch einen niedrigeren Preis oder eine geringere abgesetzte Menge auf der nachgelagerten Stufe ergeben. Im Vergleich zu einem Anbieter auf der Vorleistungsebene, der nicht selbst auf dem nachgelagerten Markt aktiv ist, wird daher ein integriertes Unternehmen strategisch die Menge zurückhalten oder aber einen höheren Preis setzen, um dadurch die eigenen Gewinne auf der nachgelagerten Stufe zu erhöhen. Insbesondere bei Fusionen muss daher berücksichtigt werden, ob bzw. wie sich die Anreize zur externen Bereitstellung verändern.

Im Zuge eines vertikalen Zusammenschlusses kann ein Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene Anreiz dazu haben, seinen Konkurrenten den Zugang zu einer wichtigen Vorleistung zu erschweren.¹⁹⁾ Besteht kein solcher Anreiz, so muss dennoch aus der Sicht des Konsumenten die Stärkung der „indirect constraints“ durch die vertikale Integration

¹⁹⁾ Für eine Analyse der Anreize zu „foreclosure“ s. z.B. *Patrick Rey und Jean Tirole (2007) „A Primer on Foreclosure“*, in: *Handbook of Industrial Organization*, *Mark Armstrong und Robert H. Porter (Hrsg.)*, Elsevier, S. 2145-2220. Die formalen Ergebnisse von *Inderst und Valletti* (cf. FN 7) beinhalten aber auch eine Kritik der neuen Leitlinien der EU Kommission für nicht-horizontale Fusionen (Entwurf vom Februar 2007). Die formale Analyse kann beispielsweise nicht den in den Leitlinien postulierten quasi-mechanischen Zusammenhang zwischen der Höhe der Margen auf den vor- und den nachgelagerten Märkten und den Anreizen zur (vollständigen oder partiellen) Marktabschottung bestätigen.

gegen die Schwächung der „direct constraints“ abgewogen werden. Dabei kann es – wie oben bereits ausgeführt – durch die Stärkung der „indirect constraints“ durchaus auch dazu kommen, dass der Einstandspreis auf dem Vorleistungsmarkt fällt, auch wenn das integrierte Unternehmen dort nicht mehr oder nur geringfügig aktiv ist.

Ist ein Unternehmen bereits vertikal integriert, so muss auch im Falle einer *horizontalen* Fusion auf der vor- oder nachgelagerten Ebene genau evaluiert werden, in wieweit sich die Anreize zur Partizipation des integrierten Unternehmens auf dem Vorleistungsmarkt verändern werden. So muss beispielsweise bei einer anstehenden Fusion auf der Vorleistungsebene abgeschätzt werden, in wieweit als Folge einer möglichen Preiserhöhung durch die fusionierenden Unternehmen ein integriertes Unternehmen (erstmalig oder zusätzlich) auf dem Vorleistungsmarkt aktiv wird.

IV. Schlussfolgerungen für Marktabgrenzung und Wettbewerbsanalyse

Wie im vorhergehenden Abschnitt argumentiert wurde, kann Wettbewerbskräften auf der Vorleistungsebene, die von anderen Vorleistungsprodukten (auch wenn sie keine Substitute sind) oder Eigenleistungen ausgehen, und die indirekt über die Endkundenebene wirken, eine große Bedeutung zukommen. Eine *a priori* Beschränkung auf die „direkt“ wirkenden Wettbewerbskräfte läuft also Gefahr, die tatsächliche Wettbewerbssituation am Markt nicht widerzuspiegeln und wäre daher verfehlt. Dies bedeutet jedoch nicht automatisch, dass „indirect constraints“ in jedem Falle von Bedeutung sind. Die Stärke der „indirect constraints“ ist vielmehr im Einzelfall zu bewerten und entsprechend zu berücksichtigen.

Um die Bedeutung von „indirect constraints“ abzuschätzen, können die im vorhergehenden Abschnitt besprochenen Faktoren betrachtet werden: die Elastizität der Nachfrage auf der Endkundenebene, der Anteil des Vorleistungs- am Endkundenpreis und der Ausmaß der Weitergabe der Preiserhöhung. Die „indirect constraints“, die von den Eigenleistungen integrierter Unternehmen ausgehen, sind darüber hinaus umso stärker, je intensiver der Wettbewerb auf der nachgelagerten Wertschöpfungsebene ist.

Sind „indirect constraints“ von Bedeutung, so stellt sich die Frage, ob sie bereits auf der Stufe der Marktabgrenzung oder aber erst auf der Stufe der Marktanalyse miteinbezogen werden sollen. Aus ökonomischer Sicht ist dazu festzuhalten, dass diese Entscheidung eigentlich keine Auswirkungen auf das erzielte Ergebnis haben sollte. Grundsätzlich sollte es keinen Unterschied machen, auf welcher Stufe die relevanten Faktoren berücksichtigt werden. Die Stufe der Marktabgrenzung ist allerdings nicht nur juristisch zwingend erforderlich. Darüber hinaus kommt den dabei bestimmten Marktanteilen dadurch faktische Relevanz zu, dass hohe Marktanteile als ein wesentlicher Indikator für die Existenz von Marktmacht gelten. In der Praxis haben sich zudem bestimmte Schwellenwerte durchgesetzt, die, so sie überschritten werden, eine nur schwer widerlegbare Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung begründen.²⁰⁾

Eine Ausklammerung von „indirect constraints“ und Eigenleistungen auf der Stufe der Marktanalyse könnte zu sehr hohen Marktanteilen von Unternehmen führen, die jedoch über keine signifikante Marktmacht verfügen, da sie starken „indirect constraints“ ausgesetzt sind. Werden „indirect constraints“ und Eigenleistungen also nicht auf der Stufe der

²⁰⁾ So auch ausdrücklich in EuGH v. 13.12.1979, Rs. 85/76 – Vitamine, Slg. 1979, 461 Rdn 41.

Marktabgrenzung berücksichtigt, so muss man sich zumindest darüber im Klaren sein, dass die ermittelten Marktanteile das Vorhandensein von Marktmacht möglicherweise nur sehr verzerrt (wenn überhaupt) anzeigen.

Daraus folgt direkt die Frage, wie beim Vorliegen starker „indirect constraints“ aussagekräftige Marktanteile ermittelt werden können. Stellen vertikal integrierte Unternehmen Eigenleistungen ausschließlich intern bereit, so können die Marktanteile der integrierten und nicht integrierten Unternehmen auf der Endkundenebene betrachtet werden. Stellen vertikal integrierte Unternehmen jedoch auf der Vorleistungsebene auch Leistungen an andere Unternehmen bereit, so erscheint es angebrachter, die (Mengen-)Marktanteile auf der Vorleistungsebene inklusive der Eigenleistungen vertikal integrierter Unternehmen zu betrachten. Eine reine Betrachtung der damit ermittelten Marktanteile ohne eine detaillierte Analyse der Stärke der „indirect constraints“ nach den oben beschriebenen Kriterien würde jedoch ebenfalls zu kurz greifen. Wie die ökonomische Analyse nämlich zeigt, können beispielsweise hohe Marktanteile von vertikal integrierten Unternehmen, die ausschließlich für den eigenen Bedarf produzieren, sowohl ein Zeichen starker „indirect constraints“ als auch ein Zeichen schwacher „direct constraints“ sein. Der Marktanteil des integrierten Unternehmens wird nämlich auch dann hoch sein, wenn die nicht-integrierten Anbieter am Vorleistungsmarkt bereits Marktmacht ausüben und das integrierte Unternehmen dadurch auf dem nachgelagerten Markt einen „Kostenvorteil“ besitzt.

Ebenfalls soll erneut darauf hingewiesen werden, dass die Elastizität der abgeleiteten Nachfrage auf der Vorleistungsebene bereits den Wettbewerbsdruck, der von „indirect constraints“ ausgeht, mit umfasst. Sofern die Elastizität der abgeleiteten Nachfrage hinreichend genau bestimmt werden kann, liefern die zusätzlich ermittelten Marktanteile am „erweiterten“ Vorleistungsmarkt oder aber auf der nachgelagerten Stufe keine neue Information. Es besteht vielmehr sogar die Gefahr, dass durch die separate Betrachtung dieser Marktanteile eine andere Information nicht das nötige Gewicht erhält. Wird beispielsweise durch eine Befragung festgestellt, dass die Käufer von Vorleistungsprodukten auch bei größeren Preiserhöhungen nicht wechseln oder aber ihre Nachfrage merklich reduzieren würden, so kann dieses Ergebnis nicht durch die Feststellung abgeschwächt werden, dass auf dem nachgelagerten Markt intensiver Wettbewerb herrscht. Denn die dadurch ausgeübten „indirect constraints“ sind bereits in der abgefragten Elastizität der abgeleiteten Nachfrage beinhaltet.