

Carsten Witter

Abstimmungsverbot und strategisches Parallelverhalten im Wettbewerbsrecht

Mit einem Geleitwort
von Prof. Dr. Claus Ott

DeutscherUniversitätsVerlag

Inhaltsverzeichnis

Einführung	1
Kapitel 1: Verhaltensabstimmungen und Wettbewerb	7
I. Einführung	7
II. Der Begriff des Wettbewerbs im GWB	8
1) Die neoliberale Konzeption von der vollkommenen Konkurrenz	9
2) Wandel vom statischen zum dynamischen Wettbewerbsbegriff	10
3) Die Theorie vom funktionsfähigen Wettbewerb	12
III. Arten des Wettbewerbs	13
1) Tatsächlicher Wettbewerb durch den Einsatz verschiedener Aktionsparameter	14
2) Substitutionswettbewerb	14
3) Potentieller Wettbewerb	15
IV. Beschränkung des Wettbewerbs durch Verhaltensabstimmungen	17
1) Der wettbewerbspolitische Zielkatalog	17
2) Beeinträchtigung der fünf ökonomischen Zielfunktionen	18
a) Negative Auswirkungen auf die Faktorallokation	18
aa) Darstellung des Problems	19
<i>Figur 1: Verhaltensabstimmung, um die Preise anzuheben</i>	19
bb) Reduzierung allokativer Ineffizienzen durch andere Faktoren?	23
cc) <u>Zusammenfassung</u> : Suboptimale Faktorallokation aufgrund von Verhaltensabstimmungen	24
b) Auswirkungen auf den technischen Fortschritt	25
3) Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit	26
a) Der Begriff der Wettbewerbsfreiheit	26

b)	Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit durch Verhaltensabstimmungen	28
4)	Welche Beschränkungen sind wettbewerbspolitisch relevant?	29

Kapitel 2:	Auslegung des Abstimmungsbegriffs im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht: Die Konspirationstheorie	31
I.	Einführung	31
II.	Entwicklung des Begriffs der Abstimmung	32
	1) Historische Wurzeln	32
	2) Entstehungsgeschichte des § 25 I GWB a.F.	33
III.	Gegenwärtiger Stand der Diskussion zum Abstimmungsbegriff	36
	1) Der Begriff der Abstimmung im europäischen Wettbewerbsrecht	36
	2) Der Begriff der Abstimmung im deutschen Wettbewerbsrecht	38
	a) Willensübereinstimmung	42
	b) Verständigungshandlung	43
	aa) Organisationsthese	44
	bb) Rückversicherungsthese	45
	cc) Signalthese	46
	3) Abgrenzung zum sog. bewußten Parallelverhalten als Oligopolverhalten	47
	a) Unbewußt gleichförmiges Verhalten	47
	b) Bewußt gleichförmiges Verhalten	48
IV.	Probleme der gegenwärtigen Regelung	50
V.	Zusammenfassung	52

Kapitel 3:	Begriff und Zustandekommen bewußten (strategischen) Parallelverhaltens	55
I.	Einführung	55

II.	Erklärungsmodelle der Spieltheorie für ein strategisches Parallelverhalten durch eine nichtkommunikative Verhaltensabstimmung	57
1)	Einführung	57
2)	Die Spieltheorie	58
3)	Modellierung des bewußten (strategischen) Parallelverhaltens als simultanes bzw. sequentielles Spiel	61
4)	Die parallele Festsetzung des Preises als simultanes Spiel :	
	Das Gefangenendilemma	61
a)	Das ursprüngliche Gefangenendilemma	63
	<i>Figur 2: Gefangenendilemma</i>	63
b)	Die Wettbewerbssituation als Gefangenendilemma:	
	Das Wettbewerbsdilemma	65
	<i>Figur 3: Wettbewerbsdilemma</i>	65
5)	Erfolgsaussichten einer nichtkommunikativen Verhaltensabstimmung (ist eine Lösung des Gefangenendilemmas möglich?)	68
a)	Begrenzte Wiederholung des Spiels	68
b)	Unendliche Wiederholung des Spiels	70
c)	Einführung eines Diskontfaktors	72
d)	Vielzahl von Gleichgewichten	73
e)	<u>Zusammenfassung</u> : Parallele (Hoch-)Preisfestsetzung bei nichtkommunikativer Verhaltensabstimmung	76
6)	Der Einfluß bestimmter Marktstrukturmerkmale auf die Erfolgsaussichten der nichtkommunikative Verhaltensabstimmung	77
a)	Anzahl der Unternehmen	78
b)	Verteilung der Marktanteile	80
c)	Transparenz des Marktverhaltens	81
d)	Häufigkeit der Preiswechsel	83
e)	Homogenitätsgrad des angebotenen Produkts	84
f)	Kostenasymmetrien	86
g)	Einfluß von Marktphasen: Schwankende Nachfrage	87
h)	Fehlender potentieller und Substitutionswettbewerb	88

	i)	Preis- und quantitätsfestsetzende Märkte	90
	j)	<u>Zusammenfassung</u> : Erfolgsaussichten für nichtkommunikative Verhaltensabstimmungen nur bei besonderen Marktbedingungen	92
7)		Erfolgsaussichten bei abweichenden Marktbedingungen	92
8)		Die Preisführerschaft: Ein sequentielles Spiel	94
	a)	Einführung	94
	b)	Arten der Preisführerschaft	95
	c)	Modellierung eines Preisführerspiels	97
		<i>Figur 4</i> : Einfaches Preisführerspiel	98
	d)	Änderung bei Fortsetzung des Spiels	99
	e)	Erkenntnisse des Preisführerspiels zu den verschiedenen Formen der Preisführerschaft	104
	f)	<u>Zusammenfassung</u> : Keine wesentlichen Abweichungen zum simultanen Preisspiel	105
9)		Auswirkungen unvollständiger Informationen: Strategische Ausnutzung von Informationsvorteilen	106
	a)	Einführung	106
	b)	Beispiel eines simultanen Spiels mit unvollständigen Informationen	107
	c)	Schlußfolgerungen für die Erfolgsaussichten nichtkommunikativer Verhaltensabstimmungen	111
10)		<u>Zusammenfassung</u> : Erkenntnisse der Spieltheorie zum bewußten (strategischen) Parallelverhalten bzw. zur nichtkommunikativen Verhaltensabstimmung	112
III.		Bewußtes Parallelverhalten ein „marktbedingtes“ Verhalten?	115
	1)	Einführung	115
	2)	Die Interdependenztheorie	116
	a)	Darstellung	117
	aa)	Die Reaktionsverbundenheit im Oligopol	117
	bb)	Widerwille der Oligopolisten gegen Preissenkungen	119
	cc)	Preiserhöhungen im Wege der Preisführerschaft	119

dd)	Bedeutung der Marktstruktur	120
ee)	Keine übereinstimmende Strategie der Unternehmen	121
b)	Kritik	122
aa)	Vernachlässigung der Marktstruktur	123
bb)	Vernachlässigung der Zeitdimension	124
cc)	Bewußtes Parallelverhalten kein Synonym für Berücksichtigung der Reaktionsverbundenheit	126
dd)	Bereitschaft zur Kooperation	128
3)	<u>Zusammenfassung</u> : Bewußtes Parallelverhalten als ein durch den Markt ermöglichtes, nicht aber erzwungenes Verhalten	130
IV.	<u>Ergebnis</u> : Definition des bewußten Parallelverhaltens	131

Kapitel 4: Alternative Ansätze zur Bekämpfung kollusiver

	Preisfestsetzungen	133
I.	Einführung	133
II.	Der Vorschlag von Heuss: Verbot paralleler Preisfestsetzungen	134
	1) Darstellung	134
	2) Kritik	136
	3) Würdigung	139
III.	Garantie eines freien Marktzutritts	142
	1) Einführung	143
	2) Unterschiedliche Beurteilungen von Marktzutrittsschranken in der ökonomischen Literatur	144
	3) System der Marktzutrittsschranken	145
	4) Bewertung des Ansatzes	148
IV.	Mißbrauchsaufsicht gemäß § 22 GWB a.F.	149
	1) Einführung	149
	2) Das Als-Ob-Wettbewerbskonzept	150
	3) Vergleichsmarktkonzept	151
	a) Räumliches Vergleichsmarktkonzept	152

b)	Sachliches Vergleichsmarktkonzept	152
c)	Zeitliches Vergleichsmarktkonzept	153
d)	Korrekturen durch Berücksichtigung von Kostenunterschieden	154
4)	Andere Methoden zur Bestimmung mißbräuchlicher Preise	154
5)	Kritik	156
6)	Bewertung des Ansatzes	159
V.	Folgerungen zu Kapitel 4	160

Kapitel 5: Begriff und Reichweite des Verbots

	aufeinander abgestimmten Verhaltens in § 25 I GWB a.F.	161
I.	Einführung	161
II.	Materiell-rechtliche Reichweite des Abstimmungsverbots:	
	Strategisches Parallelverhalten als aufeinander abgestimmtes Verhalten	163
1)	Einführung	163
2)	Auslegung des Abstimmungsbegriffs durch den Gesetzgeber: „Voneinander-abhängig-Machen“ des Marktverhaltens	164
a)	Einführung in das Konzept	164
b)	Strategisches Parallelverhalten ein „voneinander- abhängig-Machen“ des Marktverhaltens	167
3)	Das Auslegungskonzept der herrschenden Meinung: Ausdrückliche Erklärung des Willens erforderlich	167
a)	Einführung in das Konzept	167
b)	<u>Kritik</u> : Austausch von Erklärungen im engen Oligopol entbehrlich	169
c)	<u>Zwischenergebnis</u> : Erklärung des Willens kein unentbehrliches Merkmal der Willensübereinstimmung	171

4)	Bedeutung der Kommunikation für das Zustandekommen und die Durchsetzung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensabstimmungen	172
	a) Einführung	172
	b) Koordinierung von Verhaltensabstimmungen	174
	aa) Erlangung und Übermittlung von Informationen durch Beobachtung des Marktverhaltens	174
	bb) Kommunikation als Mittel zur Übermittlung von Informationen	175
	(1) Künstliche Erhöhung der Markttransparenz	175
	(2) Gegenstand der Abstimmung	176
	cc) <u>Zwischenergebnis</u> : Kommunikation keine per se Lösung für Koordinierungsprobleme	176
	c) Durchsetzung von Verhaltensabstimmungen	176
	aa) Gegenseitige Kontrolle des Marktverhaltens	177
	(1) Einführung	177
	(2) Einfluß mittelbarer Kommunikationsakte auf die Markttransparenz	177
	(3) Einfluß direkter Kommunikationsakte auf die Markttransparenz	178
	(4) <u>Zwischenergebnis</u> : Gegenseitige Kontrolle nur bei Einrichtung des dauerhaften Kontrollsystems möglich	180
	bb) Zusicherung der Abstimmungsbereitschaft	180
	d) <u>Ergebnis</u> : Bedeutung der Kommunikation abhängig von den Marktbedingungen	181
5)	Kritik an der Einbeziehung des strategischen Parallelverhaltens in den Anwendungsbereich des Abstimmungsverbots	183
	a) Einführung	183
	b) Aussprechen eines Verbots als ungeeignete Rechtsfolge	184
	c) Unvollständiges Wissen über das Zustandekommen wettbewerbsbeschränkender Verhaltensabstimmungen	185

d)	Verbot strategischen Parallelverhaltens als Verbot von Preiserhöhungen im Oligopol	187
e)	Sicherung der Autonomie der Marktteilnehmer: Möglicher Zielkonflikt zum Verbot strategischen Parallelverhaltens	189
f)	<u>Ergebnis</u> : Keine zwingenden Gründe gegen ein Verbot strategischen Parallelverhaltens ersichtlich	191
6)	<u>Ergebnis</u> : Strategisches Parallelverhalten eine Form des aufeinander abgestimmten Verhaltens	191
III.	Materiell-rechtliche Reichweite des Abstimmungsverbots: Vertragliche Verhaltensabstimmungen als aufeinander abgestimmtes Verhalten i.S.d. § 25 I GWB a.F.	192
1)	Einführung	192
2)	Meinungsstand zum Verhältnis der §§ 1 und 25 I GWB	194
a)	Die Auffassung der herrschenden Meinung	194
b)	§ 25 I GWB a.F. als einheitliches Kartellverbot	195
3)	Ist eine Unterscheidung vertraglicher und nichtvertraglicher Verhaltensabstimmungen aus ökonomischer Sicht gerechtfertigt?	196
a)	Die Ansicht der herrschenden Meinung: Bessere Durchsetzbarkeit vertraglicher Verhaltensabstimmungen	197
b)	Kritik	199
aa)	„Bindung“ als Ergebnis einer Kosten-Nutzen-Rechnung	199
bb)	Bindung aufgrund von Sanktionen	200
cc)	Preissenkungen als wirtschaftliche Sanktion zur Erzwingung der Kartelltreue	201
dd)	Andere wirtschaftliche Maßnahmen zu Sanktionierung ungeeignet	202
ee)	Gesellschaftliche und moralische Sanktionen	203
ff)	<u>Zusammenfassung</u> : Keine unterschiedliche Bindung aufgrund von Sanktionen	205

c)	<u>Zwischenergebnis</u> : Kein maßgeblicher Unterschied zwischen vertraglichen und nichtvertraglichen Verhaltensabstimmungen	205
4)	<u>Ergebnis</u> : § 25 I GWB a.F. als einheitliches Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltensabstimmungen	206
IV.	Die tatbestandlichen Voraussetzungen des Verbots wettbewerbsbeschränkender Verhaltensabstimmungen	208
1)	Einführung	208
2)	Allgemeine Tatbestandsmerkmale eines aufeinander abgestimmten Verhaltens	209
a)	Willensübereinstimmung	209
b)	Abstimmungshandlung	210
aa)	Abstimmung durch direkten Kontakt	210
bb)	Abstimmung durch Erklärungen gegenüber der Öffentlichkeit: Vorankündigungen	212
(1)	Streitstand zur Bewertung von Vorankündigungen	212
(2)	Die Bedeutung von Preisankündigungen aus ökonomischer Sicht	213
cc)	Abstimmung durch Dritte	216
dd)	Preisführerschaft	217
c)	Wettbewerbsbeschränkung	218
3)	Die besonderen Tatbestandsvoraussetzungen der vertraglichen Verhaltensabstimmung	219
a)	Vertrag	220
b)	Gemeinsamer Zweck als Grundlage der Verhaltensabstimmung	221
V.	Nachweis eines aufeinander abgestimmten Verhaltens	222
1)	Einführung	222
2)	Anforderungen an den Nachweis abgestimmten Verhaltens auf der europäischen Ebene	223

3)	Die Diskussion und den Nachweis abgestimmten Verhaltens in der deutschen Literatur	225
4)	Ausblick auf die Aussichten des Nachweises wettbewerbsbeschränkender Verhaltensabstimmungen	226
a)	Parallelverhalten kein hinreichendes Indiz	227
b)	Zusätzliche Beweisindizien	228
aa)	Kommunikative Verhaltensabstimmungen	228
bb)	Nichtkommunikative Verhaltensabstimmungen	229
5)	Ergebnis	230
	Ergebnis der Arbeit	231
	Literaturverzeichnis	235