



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Die Rolle der Angebotsumstellungsflexibilität  
in der deutschen, europäischen und U.S.-amerikanischen  
Marktabgrenzung“**

Dissertation vorgelegt von Kim Künstner

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Zweitgutachter: Prof. Dr. Winfried Tilmann

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

**Die Rolle der Angebotsumstellungsflexibilität  
in der deutschen, europäischen und U.S.-amerikanischen Marktabgrenzung**

Inauguraldissertation

Zur Erlangung der Doktorwürde  
der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

vorgelegt von  
Kim Manuel Künstner  
Rechtsanwalt aus Heidelberg

2014

Berichterstatter : Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff  
Prof. Dr. Winfried Tilmann

## Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Dissertation

### A Einführung

Die vorgelegte Arbeit befasst sich mit der Angebotsumstellungsflexibilität als Bestandteil der kartellrechtlichen Marktabgrenzung. Der Lebenssachverhalt, der sich hinter dem Begriff der Angebotsumstellungsflexibilität verbirgt, lässt sich verhältnismäßig einfach darstellen: von Angebotsumstellungsflexibilität wird gesprochen, soweit ein Unternehmen in der Lage ist, durch Anpassung des Produktions- und Vertriebsprozesses auf andere als die bisher von ihm angebotenen Güter umzustellen. Beispielhaft kann die Produktion von Stoßstangen angeführt werden. Können die hierfür eingesetzten Stanzmaschinen kurzfristig auch zur Produktion von Radkappen umgerüstet werden, sind die Hersteller von Stoßstangen umstellungsflexibel hinsichtlich des Anbietens von Radkappen.

Ungleich komplizierter sind die Auswirkungen dieser Möglichkeiten auf das Wettbewerbsrecht. Insoweit stellt sich zunächst die Frage, wann die Fähigkeit der Umstellung in qualitativer und quantitativer Hinsicht eine Form annimmt, welche Relevanz für die Untersuchung eines Zusammenschlusses oder den Vorwurf des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung besitzt. Darüber hinaus ist fraglich, wie die festgestellte Fähigkeit zur Umstellung in die wettbewerbliche Analyse einzuführen ist. Diese Frage erlangt deshalb Gewicht, da insbesondere die deutsche Praxis ein nachfrageorientiertes Marktabgrenzungskonzept verfolgt. Ausgehend hiervon führt die Einbeziehung von Angebotsumstellungsflexibilität häufig zu erheblichen Verschiebungen des Ergebnisses der Marktabgrenzung und der hiermit ermittelten Marktanteile. Besonders deutlich wird dies in der jüngeren deutschen Praxis, wo die Angebotsumstellungsflexibilität zu „Korrekturen“, „Durchbrechungen“ und „Ergänzungen“ des seit der Handpreisauszeichner-Entscheidung vom KG etablierten Bedarfsmarktkonzepts führt. Aber auch auf Unionsebene kommt es zur Zusammenfassung bereits abgegrenzter Märkte, wenn Angebotsumstellungsflexibilität nachgewiesen wird.

Dies impliziert eine besondere Rolle der Angebotsumstellungsflexibilität im System der Marktabgrenzung und damit auch der Marktbeherrschung als zentralem Tatbestandsmerkmal sowohl der Fusions- wie auch Missbrauchskontrolle. Soweit die Praxis die Modifikation der üblichen Abgrenzungsvorgänge behauptet, deutet dies darauf hin, dass die Angebotsumstellungsflexibilität kein integraler Bestandteil dieses Vorgangs ist. Hiervon lassen sich mehrere Einzelfragen ableiten: Wieso ist die Angebotsumstellungsflexibilität üblicherweise nicht Bestandteil der Marktabgrenzung? Ist dies der Tatsache geschuldet, dass die Angebotsumstellungsflexibilität dem potentiellen Wettbewerb zuzurechnen ist, der in der Praxis nie Bestandteil der Marktabgrenzung ist? Wieso soll dies dann im Einzelfall anders sein? Und woran können diese Einzelfälle gemessen werden? Was rechtfertigt die Unterscheidung von Angebotsumstellungsflexibilität zu sonstigem potentiellen Wettbewerb?

Dieser Zusammenhang macht die vorgelegte Arbeit zugleich zu einer Untersuchung des kartellrechtlich relevanten Marktes und lässt Rückfragen zu dessen Konzept zu. Wenn die Abgrenzung durch die Angebotsumstellungsflexibilität modifiziert werden muss, kann berechtigterweise an der Richtigkeit des Konzeptes oder seiner Umsetzung gezweifelt werden. Dies geschieht in einem Umfeld, in dem insbesondere in Deutschland der Abschied vom etablierten Bedarfsmarktkonzept proklamiert oder zumindest befürchtet wird. Insoweit stellt sich die Frage nach den Alternativen.

Die vorgelegte Arbeit setzt sich grundlegend mit diesen Fragen auseinander. Soweit ersichtlich fehlt es bislang an einer ausführlichen systematischen Auseinandersetzung mit dem Problemkomplex „Angebotsumstellungsflexibilität“. Dies soll durch die vorgelegte Arbeit nachgeholt werden.

## **B Gang der Untersuchung**

### **I. Einleitung**

In der Einleitung erfolgt eine Annäherung an den Lebenssachverhalt, der sich hinter dem rechtlichen Komplex der Angebotsumstellungsflexibilität verbirgt. Des Weiteren erfolgt eine Konkretisierung der Begriffsbestimmung der Angebotsumstellungsflexibilität zum besseren Verständnis des Gegenstandes der Arbeit. Demnach behandelt die Arbeit die Bedeutung, Bestimmung und Einbeziehung der Angebotsumstellungsflexibilität der Marktnebeneseite im Rahmen der Tatbestandsprüfung in der US-amerikanischen, europäischen deutschen Fusions- und Missbrauchskontrolle. Es erfolgt eine Begriffsabgrenzung insbesondere zu den Komplexen der Angebotsumstellungstheorie, der Umstellungsflexibilität als Faktor der Marktmacht, der Bagatellmarktklausel und zu sonstigen Erscheinungsformen des potentiellen Wettbewerbs.

### **II. Teil 1: Die Berücksichtigungsfähigkeit und Berücksichtigungspflicht der Angebotsumstellungsflexibilität**

Die Untersuchung eröffnet im ersten Teil mit der Frage nach den normativen Vorgaben und Anknüpfungspunkten für Berücksichtigungsfähigkeit und Berücksichtigungspflicht der Umstellungsflexibilität im Rahmen der Fusions- und Missbrauchskontrolltatbestände des europäischen, deutschen und U.S.-amerikanischen Rechts. Ausgehend hiervon wird die Vereinbarkeit der jeweiligen Entscheidungspraxis der Wettbewerbsbehörden und Gerichte mit diesen Vorgaben analysiert und kritisch gewürdigt. Insoweit liegt der Schwerpunkt der Untersuchung auf den Determinanten der Angebotsumstellungsflexibilität.

Die Untersuchung kommt hinsichtlich der normativen Rahmenbedingungen in den untersuchten Jurisdiktionen zu dem Ergebnis, dass bei unbedarfter Betrachtung sich nicht unmittelbar erschließt, in welchem Verhältnis die Tatbestände der Fusions- und Missbrauchskontrolle zum Realphänomen „Angebotsumstellungsflexibilität“ stehen. Es bleibt zunächst alleine der Befund, dass eine solche Flexibilität nur dann berücksichtigungsfähig ist, soweit sie Einfluss auf die zentralen Tatbestandsmerkmale wie den „effektiven Wettbewerb“ oder die „marktbeherrschende Stellung“ entfaltet. Das Fehlen der Erwähnung oder gar einer Definition der Umstellungsflexibilität nimmt nicht wunder angesichts der Tatsache, dass der jeweilige Gesetzgeber auch im Übrigen keine subsumierbare Definition für diese zentralen Tatbestandsvoraussetzungen vorgibt. Dies ist nicht zuletzt der Tatsache geschuldet, dass Primär- wie Verfassungsrecht – ungeachtet ihrer mehr oder weniger expliziten Bekenntnisse zum Wettbewerb als Marktordnungsprinzip – vermeiden, diesen zu definieren. Vor dem Hintergrund des Eingriffs in die grundrechtlich geschützte freie Wettbewerbsbetätigung, der mit einer Zusammenschluss- oder Verhaltensuntersagung zwangsläufig einhergeht, besteht für die Wettbewerbsbehörden und Gerichte jedoch auch die Pflicht, vorhandene Umstellungsflexibilität in die wettbewerbliche Beurteilung einfließen zu lassen, soweit diese ein effektiver Wettbewerbsfaktor ist. Normativer Anknüpfungspunkt hierfür ist regelmäßig die obligatorische Einbeziehung des potentiellen Wettbewerbs als gegenüber der Umstellungsflexibilität allgemeineren Fallgruppe.

Die normativen Rahmenbedingungen überlassen den Wettbewerbsbehörden damit einen weiten Einschätzungsspielraum, da im Übrigen nicht vorgegeben wird, in welcher Form die Erfassung der wettbewerbsrelevanten Parameter zu erfolgen hat. Die Grenze ist jedoch dann erreicht, wenn die Umstellungsflexibilität einen effektiven Wettbewerbsfaktor darstellt und trotzdem nicht in die wettbewerbliche Beurteilung einfließt. Die normativen Vorgaben

statuieren damit eine unbedingte Berücksichtigungsfähigkeit der Angebotsumstellungsflexibilität. Hinsichtlich der Berücksichtigungspflicht ziehen sie dagegen nur eine äußerste Linie.

Hinsichtlich der Einbeziehungspraxis von Angebotsumstellungsflexibilität unterstreicht ein Vergleich der untersuchten Jurisdiktionen deren Gemeinsamkeiten. Grundsätzlich wird die wettbewerbliche Relevanz des potentiellen Wettbewerbs anerkannt. Diese wird darin gesehen, dass bereits der drohende Eintritt eines Unternehmens ebenso disziplinierende Wirkung auf Anbieter bestimmter Waren oder Dienstleistungen haben kann wie der tatsächliche Eintritt und die damit einhergehende Aufnahme von direkter Konkurrenz. Die Bestimmung der Stärke potentiellen Wettbewerbs erfolgt anhand der Kriterien der Spürbarkeit, Dauer und Wahrscheinlichkeit des Markteintritts.

Die Möglichkeit der Anpassung der Produktion und des Angebots im Wege der Umstellung wird konsequenterweise als ein besonderer Fall dieses potentiellen Wettbewerbs behandelt. Der Umstellungsflexibilität wird dann ein gesteigertes Disziplinierungspotential zugesprochen, soweit der Umstellungszeitraum nicht zu lange gerät und keine erheblichen Zusatzkosten oder Investitionen auslösen. Eine trennscharfe Definition dieser abstrakten Begrifflichkeiten unterbleibt. Folglich entsteht das Bild einer einzelfallgeprägten Beschluss und Entscheidungspraxis, die sich grundsätzlich auf die Identifikation von Marktzutrittsschranken konzentriert, welche der Annahme wettbewerbsrelevanter Umstellungsflexibilität entgegenstehen. Die Wettbewerbsbehörden machen insoweit von dem seitens der Gesetzgeber eingeräumten Entscheidungsspielraum regen Gebrauch. Die Wettbewerbsgerichte, denen die Auslegungshoheit über die unbestimmten Rechtsbegriffe obliegt, zeigen sich häufig zurückhaltend und räumen aufgrund der Sachnähe den Wettbewerbsbehörden Einschätzungsprärogativen ein. Für die Adressaten der Entscheidungen ergibt sich daraus eine gewisse Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Erheblichkeit des potentiellen Wettbewerbs und der Angebotsumstellungsflexibilität im Einzelfall. Umgekehrt führt diese Unsicherheit dazu, dass insbesondere die Anmelder von Zusammenschlüssen zunehmend rein vorsorglich das Vorhandensein erheblicher Umstellungsflexibilität behaupten, in der Hoffnung, die Wettbewerbsbehörden werden wettbewerbliche Bedenken fallen lassen. Der fehlende theorien- und methodengeleitete Unterbau der Bewertung von Umstellungsflexibilität durch die Rechtspraxis führt folglich zu einer verstärkten Konfrontation der Wettbewerbsbehörden mit diesem Thema.

Eine kritische Analyse der Praxis in den untersuchten Jurisdiktionen unterstützt deren gesetzgeberische Haltung hinsichtlich der (potentiellen) wettbewerblichen Relevanz des potentiellen Wettbewerbs. Dessen Disziplinierungswirkung unterscheidet sich von aktuellem Wettbewerb in erster Linie durch den Zeitraum, der benötigt wird, aktuellen Wettbewerbsdruck auszuüben. Dabei kann potentieller Wettbewerb sowohl vor als auch nach erfolgtem Marktzutritt disziplinierend wirken. Eine belastbare, verallgemeinerungsfähige Formel, wann wettbewerbsrelevanter potentieller Wettbewerb vorliegt, kann nicht formuliert werden und ist stets nur im Wege der Einzelfallprüfung möglich. Auch insoweit ist die gesetzgeberische Entscheidung, die Einbeziehung des potentiellen Wettbewerbs den Wettbewerbsbehörden und -gerichten zu überlassen, nicht zu beanstanden.

Die Angebotsumstellungsflexibilität stellt sich insoweit als besonderer Modus des potentiellen Wettbewerbs dar. Die Praxis der Wettbewerbsbehörden charakterisiert ihn durchgehend als qualifizierte Form, so dass bei Vorliegen von Umstellungsflexibilität in der Regel von wettbewerblicher Relevanz auszugehen ist. Ausgehend von dem Befund, dass sich aktueller und potentieller Wettbewerb durch die Dauer des Marktzutritts unterscheiden, ist dieser Faktor auch zur Differenzierung von Umstellungsflexibilität und sonstigem potentiellen Wettbewerb heranzuziehen. Umstellungsflexibilität zeichnet sich dementsprechend durch eine verkürzte Markteintrittsphase aus, was zugleich die Voreintrittswirkung verstärkt. Im Übrigen müssen auch bei der Angebotsumstellungsflexibilität die weiteren Kriterien des potentiellen

Wettbewerbs in Form der Spürbarkeit sowie der Zutrittswahrscheinlichkeit angewandt werden.

Bei der Bestimmung der Stärke der Angebotsumstellungsflexibilität wird in der Rechtspraxis häufig auf die indirekte Methode der Bewertung anhand von Marktzutrittschranken zurückgegriffen, ohne dass eine abschließende, klare Definition für diese geboten wird. Dieses Vorgehen kann aufgrund der notwendigen Einzelfallprüfung nicht pauschal kritisiert werden. Insbesondere zeigen sich die Wettbewerbsbehörden auch offen gegenüber direkten (quantitativen) Methoden zur Bestimmung der Stärke der Angebotsumstellungsflexibilität.

Allerdings lassen sich teilweise unsachgemäße Prüfungen nachweisen, in deren Rahmen für die Angebotsumstellungsflexibilität maßgebliche Umstände nicht hinreichend gewürdigt oder unter dem Verweis auf Marktzutrittschranken pauschal abgewiesen werden. Diese Unsauberkeiten können vermieden werden, soweit man sich jeweils vergegenwärtigt, welchen Einfluss die als Marktzutrittschranken bezeichneten Umstände auf Spürbarkeit, Umstellungsdauer und Wahrscheinlichkeit haben. Lässt man sich auf eine solche Diskussion ein, werden schnell die Wechselbeziehungen der einzelnen Faktoren deutlich. Zudem öffnet sich der Blick für mögliche Gegenmittel wie Verschiebung der Nachfrage oder *Entry Sponsorship*, welche geeignet sein können, die Umstellungsschranken zu relativieren oder gar zu egalisieren. Auch wenn die unzähligen Kombinationsmöglichkeiten von Umstellungsschranken und Gegenmitteln in Verbindung mit weiteren Katalysatoren wie der Marktphase, dem Zugang zum Finanzmarkt etc. die Singularität und Komplexität einer jeden Beurteilung der Angebotsumstellungsflexibilität bestimmen, wäre es zudem wünschenswert, wenn sich die Entscheidungspraxis in Einzelfragen methodisch in abstrahierbarer Weise festlegen würde. Dies gilt insbesondere für die zentrale Frage der Bestimmung des Anfangs- und Endpunktes der Umstellungsdauer. Insoweit besteht der Verdacht, dass die konzeptionelle Offenheit nicht immer der Komplexität des Einzelfalls, sondern der Offenhaltung diskretionären Spielraums zur Ermöglichung (vermeintlicher) Einzelfallgerechtigkeit geschuldet ist.

Soweit in der Literatur weitere indirekte Methoden zur Bestimmung (einzelner Determinanten) der Angebotsumstellungsflexibilität vorgeschlagen werden, erweisen sich diese idR als bloße Kriterienkataloge, die letztlich sicherstellen sollen, dass die als Umstellungsschranken identifizierten Umstände hinsichtlich ihres Einflusses auf Spürbarkeit, Umstellungsgeschwindigkeit und Wahrscheinlichkeit analysiert werden. Da dies im Wesentlichen dem Vorgehen der Entscheidungspraxis entspricht, erschöpft sich ihr in Einzelfällen. Hervorzuheben ist jedoch insoweit das Profitabilitätsplankonzept im Rahmen der Bestimmung der Umstellungswahrscheinlichkeit, da es die schwierige Frage nach der Beweis- und Nachweispflicht adressiert und einer überzeugenden Antwort zuführt. Im Übrigen bieten die diskutierten Konzepte keinen spürbaren Mehrwert und können eine Analyse der einzelnen Determinanten der Stärke der Umstellungsflexibilität nicht ersetzen.

Dagegen können direkte Messungen der Angebotsumstellungsflexibilität eine Alternative zur indirekten Bestimmung darstellen. Allerdings bleiben solche Überlegungen in der Praxis häufig theoretischer Natur, da es für die effektive Umsetzung der direkten Messmethoden an den notwendigen Daten mangelt. Soweit ausnahmsweise doch die benötigten Daten zur Verfügung stehen, sollten direkte Messmethoden in Betracht gezogen werden.

### **III. Teil 2: Zum Modus der Berücksichtigung der Angebotsumstellungsflexibilität**

In Teil 2 der vorgelegten Dissertation erfolgt eine Begutachtung des Modus der Einbeziehung nachgewiesener Angebotsumstellungsflexibilität durch die Praxis sowie ein Abgleich mit alternativen Konzepten aus der Literatur.

Die Auswertung der jeweiligen Praxis der untersuchten Jurisdiktionen ergibt dabei, dass die Marktanteilsbetrachtung häufig Ausgangspunkt der wettbewerblichen Analyse ist. Den Marktanteilen wird eine – positive wie negative – indizielle Wirkung zugesprochen, welche den weiteren Verlauf der wettbewerblichen Untersuchung und Entscheidung maßgeblich prägt. So können hohe Marktanteile – de facto oder qua gesetzlicher Anordnung – die betroffenen Unternehmen zwingen, dem Anschein erheblicher Marktmacht durch entsprechenden Vortrag entgegenzutreten. Umgekehrt müssen die Wettbewerbsbehörden bei geringen Marktanteilen nachweisen, dass dessen ungeachtet erhebliche Marktmacht vorhanden ist, um eine Untersagung bzw. ein Bußgeld zu verfügen. Auch wenn sich insbesondere auf Unionsebene zunehmend der Einsatz direkter Bestimmungsmethoden von Marktmacht beobachten lässt, bleibt es bei der überragenden Bedeutung von Marktanteilen. Grundlage dieser Marktanteilsbetrachtung ist eine am Bedarfsmarktconcept ausgerichtete Marktabgrenzung, welche anbieterseitige Substitution zunächst nicht berücksichtigt. Die so erlangten Marktanteile repräsentieren daher mögliche Umstellungsflexibilität nicht. Die Praxis versucht dies dadurch zu beheben, dass in ad-hoc Verfahren das Bedarfsmarktconcept ergänzt bzw. korrigiert wird, indem die Hersteller benachbarter Produkte in die Marktabgrenzung einbezogen werden, soweit diese umstellungsflexibel sind.

Die Analyse und kritische Würdigung der Rechtspraxis führt zu folgenden Erkenntnissen: Die Angebotsumstellungsflexibilität ist ein einheitliches Konzept, soweit ihre Grunddeterminanten Spürbarkeit, Kurzfristigkeit sowie Zusatzrisiken und Kosten betroffen sind. Im Rahmen der Marktbeherrschungsprüfung und damit insbesondere auch der Marktabgrenzung können jedoch über das Vorliegen dieser Grundvoraussetzung unterschiedliche Funktionen und – damit eng verbundene – unterschiedliche Erscheinungsformen der Angebotsumstellungsflexibilität identifiziert werden, die in der Praxis jeweils unterschiedliche Auswirkungen zur Folge haben, namentlich Markttaggregation zwischen den Produkten des unter dem Gesichtspunkt der Nachfragesubstitution vorläufig ermittelten relevanten Marktes und den Produkten der umstellungsflexiblen Unternehmen sowie Bewertung der Umstellungsflexibilität im Rahmen der Gesamtwürdigung. Nur als theoretische Möglichkeit wird als dritte Auswirkung die Identifikation individuell umstellungsflexibler Anbieter als Marktteilnehmer und die damit verbundene Zuteilung eines bestimmten Marktanteils vorgeschlagen. In der eigentlichen Entscheidungspraxis kommt dies jedoch nicht vor, obgleich dieses – unter der Prämisse, dass ein realistischer virtueller Marktanteil ermittelt werden kann – hinsichtlich der Marktanteilsindikationen vorteilhaft wäre.

Differenzierungsmaßstab zwischen den jeweiligen Gegensatzpaaren innerhalb der Kategorien Funktion, Erscheinungsform und Auswirkung der Angebotsumstellungsflexibilität ist die Frage nach der Universalität der Umstellungsflexibilität. Unter der Prämisse, dass die Grundvoraussetzungen der kurzfristigen und kosten- sowie risikoarmen Umstellung gegeben sind, wird die (annähernde) Umstellungsflexibilität zum neuralgischen Punkt der Prüfung.

#### **IV. Teil 3: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und eigener Vorschlag**

Im abschließenden Teil 3 werden die wichtigsten Ergebnisse zusammengefasst:

Die grundsätzliche Berücksichtigungsfähigkeit der Angebotsumstellungsflexibilität im Rahmen der Fusions- und Missbrauchskontrolle folgt aus der Qualifikation dieser Flexibilität als besonderer Fallgruppe des potentiellen Wettbewerbs, die sowohl im deutschen als auch im europäischen Recht *expressis verbis* als Faktor der wettbewerblichen Beurteilung genannt wird. Die Einschätzung, wann und in welcher Form Angebotsumstellungsflexibilität in der wettbewerblichen Beurteilung Niederschlag finden muss, ist im Übrigen der Kartellrechtspraxis und -gerichtsbarkeit überlassen. Der Umstellungsflexibilität wird insoweit

dann ein der nachfrageseitigen Austauschbarkeit vergleichbares Disziplinierungspotential zugesprochen, soweit der Umstellungszeitraum nicht zu lange gerät und keine erheblichen Zusatzkosten oder Investitionen auslöst. Eine trennscharfe Definition dieser abstrakten Begrifflichkeiten bleiben jedoch sowohl Praxis als auch Literatur schuldig. Vielmehr ist eine einzelfallgeprägte Beschluss- und Entscheidungspraxis zu konstatieren, die sich grundsätzlich auf die Identifikation von Marktzutrittsschranken konzentriert, welche der Annahme wettbewerbsrelevanter Umstellungsflexibilität entgegenstehen. Der fehlende theorien- und methodengeleitete Unterbau der Bewertung von Umstellungsflexibilität durch die Rechtspraxis führt zu einer verstärkten Konfrontation der Wettbewerbsbehörden mit diesem Thema durch die betroffenen Unternehmen.

Eine wettbewerbsökonomische Analyse ergibt, dass sich die Disziplinierungswirkung von aktuellem und potentiell Wettbewerbsdruck in erster Linie durch den Zeitraum unterscheidet, der benötigt wird, um aktuellen Wettbewerbsdruck auszuüben. Dabei kann potentieller Wettbewerb sowohl vor als auch nach erfolgtem Marktzutritt disziplinierend wirken. Eine belastbare, verallgemeinerungsfähige Formel, wann wettbewerbsrelevanter potentieller Wettbewerb vorliegt, kann nicht formuliert werden und ist stets nur im Wege der Einzelfallprüfung möglich. Für die Angebotsumstellungsflexibilität als Spezialfall des potentiellen Wettbewerbs folgt daraus, dass die Umstellungsdauer auch für die Abgrenzung von Umstellungsflexibilität und sonstigem potentiellen Wettbewerb das maßgebliche Kriterium ist. Umstellungsflexibilität zeichnet sich dementsprechend durch eine verkürzte Markteintrittsphase aus, was zugleich die Voreintrittswirkung verstärkt. Andere Differenzierungsansätze, insbesondere anhand des Aufkommens versunkener Kosten, sind nicht in gleichem Maße geeignet, da sie hinsichtlich der Effektivität umstellungsflexibler Konkurrenten ambivalent sind. Mit der Absage an die versunkenen Kosten als trennscharfes Differenzierungskriterium innerhalb der potentiellen Wettbewerbskräfte, ist auch klargestellt, dass die Theorie der bestreitbaren Märkte (*Contestable Markets Theory*) nicht als theoriengeleitetes Fundament dienen kann. Im Übrigen müssen jedoch auch bei der Angebotsumstellungsflexibilität die weiteren Kriterien des potentiellen Wettbewerbs in Form der Spürbarkeit sowie der Zutrittswahrscheinlichkeit angewandt werden, da andernfalls kein ausreichendes Drohpotential gegenüber den Wettbewerbern entfaltet werden kann.

Bei der Bestimmung der Stärke der Angebotsumstellungsflexibilität wird in der Rechtspraxis grundsätzlich auf die Bewertung anhand von Marktzutrittsschranken zurückgegriffen, ohne dass eine abschließende, klare Definition für diese geboten wird. Dieses Vorgehen kann aufgrund der notwendigen Einzelfallprüfung nicht pauschal kritisiert werden. Allerdings führt dieser Ansatz teilweise zu unsachgemäßen und allzu pauschalen Prüfungen. Dem ist anhand einer vertieften Analyse zu begegnen, in deren Rahmen für die einzelnen als Marktzutrittsschranken empfundenen Umstände untersucht wird, welchen Einfluss sie auf die Kriterien der Umstellungsdauer, Spürbarkeit und Wahrscheinlichkeit haben. Eine solche Betrachtung führt zwangsweise auch zur Berücksichtigung möglicher Gegenmittel zu den Zutrittsschranken wie Verschiebung der Nachfrage oder *Entry Sponsorship*. In Abhängigkeit von der zur Verfügung stehenden Datenlage, können auch direkte Messungen der Angebotsumstellungsflexibilität zweckmäßig sein und neben die Analyse der Zutrittsschranken treten. Dagegen sind die in der Literatur vorgetragenen sonstigen indirekten Methoden zur Bestimmung von Angebotsumstellungsflexibilität ohne praktischen Mehrwert und verdeutlichen allenfalls die Notwendigkeit einer strukturierten und umsichtigen Analyse der Marktzutrittsschranken.

Hinsichtlich der Frage, wie die Angebotsumstellungsflexibilität in der Wettbewerbsanalyse zu berücksichtigen ist, ergeben sich im Wesentlichen drei Möglichkeiten: Einbeziehung auf Ebene der Marktabgrenzung, Zuteilung (fiktiver) Marktanteile gegenüber einzelnen umstellungsflexiblen Anbietern oder Berücksichtigung im Rahmen einer der Marktanteilermittlung nachgelagerten Gesamtabwägung. Die Analyse der

hier untersuchten Jurisdiktionen zeigt, dass alleine die U.S.-amerikanischen Merger Guidelines alle drei dieser Ebenen nachzeichnen. Die U.S.-amerikanische Verwaltungs- und Gerichtspraxis macht jedoch von einer Zuordnung fiktiver Marktanteile soweit ersichtlich keinen Gebrauch. Gleiches ist für die Praxis der Union und in Deutschland festzustellen. Angebotsumstellungsflexibilität führt daher in der Praxis entweder zur Erweiterung der Marktabgrenzung, oder aber schlägt sich in den Marktanteilen nicht nieder. Dies ist bei nachgewiesener individueller Umstellungsflexibilität und vor dem Hintergrund der weiterhin großen (praktischen) Bedeutung der Marktanteile zu kritisieren.

Beizupflichten ist der Praxis jedoch darin, dass die Erweiterung der Marktabgrenzung alleine im Falle der festgestellten Universalität der Umstellungsflexibilität durchzuführen ist. Dies wird in der Praxis jedoch nicht immer klar benannt. Zudem tragen sowohl die (impliziten) Ausführungen zur Universalität der Umstellungsflexibilität als auch die Begründung zur Auseinandersetzung mit der Angebotsumstellungsflexibilität deutliche Züge eines ad-hoc-Verfahrens, was fehlende Vorhersehbarkeit der behördlichen und gerichtlichen Entscheidungen zur Folge hat. Insbesondere in der deutschen Praxis äußert sich dies durch das Bedürfnis der „Korrektur“ bzw. „Ergänzung“ des auf nachfrageseitige Austauschbarkeit fokussierten Bedarfsmarktkonzepts. Der Analyse der Angebotsumstellungsflexibilität in der Praxis ist daher ein struktureller Makel zu attestieren, der auf das Fehlen einer klaren Konzeptionierung der Aufgreifkriterien einerseits und der Bestimmung des Kriteriums der Universalität andererseits zurückzuführen ist.

Die Arbeit schließt mit einem eigenen konzeptionellen Vorschlag zur systematischen Erfassung der Angebotsumstellungsflexibilität, welches anhand der folgenden Abbildung zusammengefasst werden kann:

**Abbildung: Supply-Side Substitution-Test nach Künstler**

