

# Die Preisbildung im Oligopol und mögliche Gegenmaßnahmen (Sektoruntersuchung Kraftstoffe)

stud. iur. Sarah Legner\*

Autofahrer leiden unter den hohen und stark schwankenden Kraftstoffpreisen. Auch in der kartellrechtlichen Diskussion sind die Preisschwankungen auf den Kraftstoffmärkten ein aktuelles Thema. Dabei ist streitig, wie das Preissetzungsverhalten kartellrechtlich zu würdigen ist und ob dagegen vorgegangen werden kann. Österreich und Westaustralien dagegen haben bereits gesetzliche Regelungen erlassen, die den Schwankungen Einhalt gebieten sollen.

## A. Einleitung

„Aufwärts ohne Ende? Wie teuer wird es noch?“<sup>1</sup> Die Kraftstoffpreise stehen regelmäßig im Fokus der Öffentlichkeit. Kritisiert werden dabei insbesondere die Höhe und die häufigen Schwankungen der Preise. Durch zahlreiche Verbraucherbeschwerden und mögliche Kartellrechtsprobleme veranlasst, hat das BKartA daher eine Sektoruntersuchung nach § 32e GWB auf den Tankstellenmärkten durchgeführt. Es kam zu dem Ergebnis, dass nach gegenwärtiger Gesetzeslage kein unmittelbares Einschreiten gegen Preishöhe und -schwankungen möglich ist.<sup>2</sup> Dafür zeigte es zunächst auf, dass die Tankstellenmärkte eine oligopolistische Struktur aufweisen. Ein Markt mit oligopolistischer Struktur zeichnet sich dadurch aus, dass wenige Anbieter vielen Nachfragern gegenüberstehen.<sup>3</sup> Die wenigen Anbieter mit einem Marktanteil von rund 60 bis 70 Prozent<sup>4</sup> sind die fünf Mineralölkonzerne BP/Aral, ConocoPhillips/Jet, ExxonMobil/Esso, Shell und Total. Das BKartA entdeckte, dass die Kraftstoffpreise einen wöchentlichen Zyklus durchlaufen:<sup>5</sup> Montags sind die Preise am niedrigsten. Sie erreichen dann innerhalb der Woche einen Höhepunkt, dessen genauer Zeitpunkt variiert, um bis Donnerstag wieder zu sinken. Freitags kommen die Preise an ihrem Wochenhöhepunkt an. Dabei gibt es mehr als doppelt so viele Preissenkungen wie Preiserhöhungen. Ein Preissenkungsschritt ist jedoch mit durchschnittlich 1,5 Cent/Liter höchstens halb so groß wie eine Preiserhöhung von rund 3,8 Cent/Liter.

Da dieses Preissetzungsverhalten als unbefriedigend empfunden wird, drängt sich die Frage nach einer gesetzlichen Regelung, die der Preishöhe und den -schwankungen Einhalt gebietet, auf. Der vorliegende Beitrag geht dabei zunächst der kartellrechtlichen Würdigung des Preissetzungsverhaltens nach. Sodann werden mögliche Gegenmaßnahmen *de lege ferenda* vorgestellt.

## B. Kollektive Marktbeherrschung der Mineralölkonzerne

\* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

<sup>1</sup> WirtschaftsWoche 2011, Nr. 51, 46 ff.

<sup>2</sup> BKartA, Sektoruntersuchung (2011), S. 34.

<sup>3</sup> Damit steht ein oligopolistisch strukturierter Markt zwischen einem Polypol, bei dem viele Anbieter vielen Nachfragern gegenüberstehen, und einem Monopol, bei dem ein Anbieter vielen Nachfragern gegenübersteht.

<sup>4</sup> BKartA, Sektoruntersuchung (2011), S. 21.

<sup>5</sup> BKartA, Anhänge zum Abschlussbericht (2011), S. 8-15.

Das Preissetzungsverhalten könnte Ausdruck einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung der Mineralölkonzerne sein. Dies setzt nach § 18 Abs. 5 GWB voraus, dass zwischen den Unternehmen kein wesentlicher Wettbewerb besteht (Binnenwettbewerb) und sie gegenüber den übrigen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung innehaben (Außenwettbewerb). Dazu muss die Reaktionsverbundenheit zwischen den Unternehmen so groß sein, dass sie sich gleichförmig verhalten.<sup>6</sup> An die Stelle des Wettbewerbs tritt dann implizite Koordination (sog. *tacit collusion*).<sup>7</sup>

## I. Spieltheoretische Erklärung der impliziten Koordination

Um die Beobachtungen des BKartA besser unter diese Voraussetzungen subsumieren zu können, ist zunächst aus spieltheoretischer Sicht zu erklären, wie es zu einer impliziten Koordination kommen kann.

### 1. Die Spieltheorie als Analyseinstrument

Die Spieltheorie untersucht Entscheidungssituationen, an denen mehrere Individuen mit unterschiedlichen Zielsetzungen beteiligt sind.<sup>8</sup> Eine solche Situation stellt zum Beispiel die der Oligopolisten auf dem Markt dar. Das Ziel ist es, die Entscheidungen der Unternehmen nachvollziehbar zu machen.<sup>9</sup> Die Spieltheorie leistet in vielen Wissenschaften einen großen Beitrag zum tieferen Verständnis der jeweiligen Disziplin.<sup>10</sup> Der Wissenschaftszweig, der sich mit der Anwendung der Spieltheorie auf oligopolistisch strukturierte Märkte<sup>11</sup> beschäftigt, ist die Neue Industrieökonomik.

<sup>6</sup> Bechtold/Bechtold, Kommentar zum GWB (6. Aufl. 2010), § 19 Rn. 52.

<sup>7</sup> BGH WuW/E DE-R, 2451, 2457; BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (2012), Tz. 81.

<sup>8</sup> Bester, Theorie der Industrieökonomik (5. Aufl. 2010), S. 201.

<sup>9</sup> Weimann, Wirtschaftspolitik (4. Aufl. 2005), S. 115.

<sup>10</sup> Neben der Industrieökonomik hat die Spieltheorie noch viele weitere Anwendungsgebiete, z.B. die Politikwissenschaften oder die Biologie, vgl. Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie (2. Aufl. 2011), S. 36.

<sup>11</sup> Im Gegensatz zu einem Monopolisten und zu Polypolisten, kalkulieren Oligopolisten bei ihren Entscheidungen die Reaktionen der anderen Oligopolisten mit (Interdependenz). Mithin erfüllen oligopolistisch strukturierte Märkte die Prämisse der Spieltheorie, dass die Entscheidung eines Individuums von denen der anderen abhängig ist und sind der Analyse durch die Spieltheorie daher gut zugänglich.

## 2. Das Gefangenendilemma

Das Gefangenendilemma<sup>12</sup> ist eines der bekanntesten Spiele der Spieltheorie, bei dem der Anreiz für implizite Koordinierung deutlich wird und der Weg dorthin aufgezeigt werden kann.

### a) Die Grundkonstellation

Dem Spiel liegt folgende Entscheidungssituation zu Grunde:<sup>13</sup> Die Spieler sind zwei Unternehmen. Sie stehen in Preiswettbewerb miteinander und haben zwei Handlungsmöglichkeiten: Entweder sie verlangen einen niedrigen Preis oder einen hohen Preis. Verlangen beide Unternehmen den niedrigen Preis, so erwirtschaftet jedes von ihnen einen Gewinn in Höhe von 80 Millionen Euro. Verlangen sie jedoch einheitlich den hohen Preis, können sie jeweils einen Gewinn von 100 Millionen Euro erzielen. Verkauft nur ein Unternehmen seine Produkte zum hohen Preis, das andere aber nicht, dann erreicht das erste nur einen Gewinn von 60 Millionen Euro. Ein Großteil der Nachfrager kauft dann beim zweiten Unternehmen ein, das daher einen Gewinn von 130 Millionen Euro erlangt. Es ist davon auszugehen, dass die Unternehmen keine Möglichkeit zur Kooperation haben (sog. nicht-kooperatives Spiel).

Um zu wissen, wie sich die Unternehmen entscheiden werden, muss die Lösung des Spiels gefunden werden.<sup>14</sup> Eine Lösung ist eine Spielsituation, in der die Spieler ihr Verhalten nicht ändern wollen,<sup>15</sup> da sie ein Gleichgewicht erreicht haben. Ein sehr bedeutendes Gleichgewichtskonzept ist das sog. *Nash-Gleichgewicht*.<sup>16</sup> Ein *Nash-Gleichgewicht* ist eine Situation, in der kein Spieler durch eine Verhaltensänderung ein besseres Ergebnis erzielen kann, sofern die Mitspieler ihr Verhalten nicht auch ändern.<sup>17</sup>

Für die beiden Unternehmen gibt es vier mögliche Aktionenkombinationen: Beide verlangen den niedrigen Preis, beide verlangen den hohen Preis, das erste Unternehmen verlangt den niedrigen und das zweite Unternehmen den hohen Preis und umgekehrt. Verlangt ein Unternehmen den niedrigen Preis und das andere den hohen, kann das andere, seinen Gewinn erhöhen, indem es auch den niedrigen Preis verlangt. Es erwirtschaftet dann 25 Millionen Euro mehr Gewinn. Diese beiden Kombinationen stellen also keine *Nash-Gleichgewichte* dar. Verlangen beide Unternehmen den hohen Preis, ist es für ein Unternehmen besser, zum niedrigen Preis zu wechseln. Es erwirtschaftet dann 30 Millionen Euro mehr. Auch diese Kombination ist daher kein *Nash-Gleichgewicht*. In Betracht kommt also nur noch die Kombination, in der beide Unternehmen den niedrigen Preis wählen. Denn wählt ein Unternehmen den niedrigen Preis, dann ist es für das andere Unternehmen am besten, auch diesen Preis zu wählen. Wählte es

den hohen Preis, hätte es 25 Millionen Euro weniger Gewinn. Deshalb kann es in dieser Situation seinen Gewinn nicht durch eine Verhaltensänderung erhöhen. Diese Aktionenkombination ist also ein *Nash-Gleichgewicht*. Die Lösung des Spiels ergibt damit, dass beide Unternehmen den niedrigen Preis wählen und somit jeweils einen Gewinn von 85 Millionen Euro erwirtschaften werden.

### b) Der Anreiz für eine implizite Koordinierung

Vor dem Hintergrund, dass es das Ziel eines jeden Unternehmens ist, möglichst viel Gewinn zu erwirtschaften, fällt auf, dass es eine Aktionenkombination gibt, die beiden Unternehmen höhere Gewinne beschert als das gerade ermittelte *Nash-Gleichgewicht*: Wählen beide Unternehmen den hohen Preis, erreichen sie jeweils einen Gewinn von 100 Millionen Euro. Das *Nash-Gleichgewicht* der Grundkonstellation ist also nicht *pareto-effizient*,<sup>18</sup> denn es gibt noch eine Möglichkeit, die für beide besser ist.<sup>19</sup> Grund dafür, dass die Unternehmen diese Aktionenkombination nicht wählen, ist, dass dies kein individuell rationales Handeln darstellte.<sup>20</sup> Denn ohne die Sicherheit, dass das andere auch den hohen Preis wählt, besteht für das Unternehmen die Gefahr, nur einen Gewinn von 60 Millionen Euro zu erwirtschaften. Die *pareto-effiziente* Kombination ist daher nur zu erreichen, wenn beide zusammenarbeiten. Bestände für beide die Möglichkeit eine bindende Abmachung (sog. kooperatives Spiel) zu treffen, so könnten sie sich gegenseitig dazu verpflichten, den hohen Preis zu verlangen.<sup>21</sup>

### c) Der Weg zu einer impliziten Koordinierung

Bisher wurde die Prämisse zu Grunde gelegt, dass das Spiel nur für eine Runde gespielt wird: Jeder der Unternehmen hatte einmal die Möglichkeit den niedrigen oder den hohen Preis zu wählen. Die Spielregeln dieses statischen Spiels sollen nun dahingehend geändert werden, dass es zu einem wiederholten wird. Es werden daher mehrere Runden gespielt. Die Unternehmen können sich in jeder Runde für den niedrigen oder den hohen Preis entscheiden und wissen dabei nicht, wann das Spiel zu Ende sein wird (sog. Superspiel).<sup>22</sup> Ansonsten verbleibt es bei der Grundkonstellation. Beide können keine bindende Vereinbarung treffen. Das Spiel ist nicht-kooperativ.<sup>23</sup>

Durch die Änderung dieser Spielregel können die Unternehmen nun auch ohne explizite Koordinierung einen Gewinn von

<sup>12</sup> Die Bezeichnung als Gefangenendilemma rührt von der Entscheidungssituation her, an der das Spiel ursprünglich von den Ökonomen *Merill Flood* und *Melvin Dresher* aufgezeigt wurde. Es ging um Verdächtige, deren Handlungsmöglichkeiten darin bestanden, zu gestehen oder nicht zu gestehen und deren Ziel es war, möglichst wenig Zeit im Gefängnis verbringen zu müssen, vgl. *Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie (7. Aufl. 2009), S. 2 f.

<sup>13</sup> Die Beschreibung folgt weitestgehend der Darstellung bei *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie (2. Aufl. 2011), S. 298 ff.

<sup>14</sup> *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie (2. Aufl. 2011), S. 38.

<sup>15</sup> *Weimann*, Wettbewerbspolitik (4. Aufl. 2005), S. 116.

<sup>16</sup> Das Gleichgewicht wurde von *John Forbes Nash Jr.* in seiner Dissertation „*Non-Cooperative Games*“ im Jahre 1950 entdeckt und anhand eines Pokerspiels mit drei Personen beispielhaft dargestellt.

<sup>17</sup> *Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie (7. Aufl. 2009), S. 9.

<sup>18</sup> Die *Pareto-Effizienz* beschreibt einen Zustand, in dem keiner besser gestellt werden kann, ohne einen anderen schlechter zu stellen. Hier wird die *Parteeffizienz* durch die Höhe des Gewinns dargestellt. Das *pareto-effiziente Nash-Gleichgewicht* ist daher das Gleichgewicht, bei dem beide Unternehmen die höchsten Gewinne erhalten, vgl. *Weimann*, Wettbewerbspolitik (4. Aufl. 2005), S. 119.

<sup>19</sup> *Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie (7. Aufl. 2009), S. 6.

<sup>20</sup> *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomie (8. Aufl. 2011), S. 604.

<sup>21</sup> *Zimmer* ZHR 1990, 470, 474.

<sup>22</sup> Kennen die Spieler das Ende des Spiels, ist es ein endlich wiederholtes Spiel, bei dem es grundsätzlich zu keiner impliziten Koordinierung kommt. Da ein Superspiel die Situation der Oligopolisten auf dem Markt realitätsnaher abbildet als ein endlich wiederholtes Spiel - die Unternehmen wissen schließlich nicht, wann die Konkurrenzsituation beendet sein wird -, wird nur das Superspiel betrachtet, vgl. *Zimmer* ZHR 1990, 470, 476.

<sup>23</sup> In der spieltheoretischen Terminologie werden Spiele, in denen es zu impliziter Koordinierung kommt, auch als nicht-kooperative Spiele bezeichnet. Kooperative Spiele sind nur solche, bei denen bindende Abstimmungen getroffen werden können, vgl. *Wied-Nebbeling*, Preistheorie und Industrieökonomik (5. Aufl. 2009), S. 221.

jeweils 100 Millionen Euro erwirtschaften.<sup>24</sup> Sie können das *pareto*-effiziente Gleichgewicht im Wege der impliziten Koordinierung erreichen. Denn es besteht nun die Möglichkeit der Bestrafung eines Unternehmens in der nächsten Runde für den Fall, dass es den niedrigen Preis gewählt hat. Voraussetzung ist, dass ein Unternehmen damit beginnt, den hohen Preis zu verlangen. Damit verhält es sich kollektiv rational. Wählt das andere Unternehmen aber den niedrigen Preis, weil es damit einen Gewinn von 130 Millionen Euro erwirtschaftet, kann das erste Unternehmen es für dieses individuell rationale Verhalten bestrafen: Das erste Unternehmen wählt dafür in der nächsten Runde auch den niedrigen Preis. Die Bestrafung besteht darin, dass das erste Unternehmen einen geringeren Gewinn erzielt. Es erwirtschaftet nur noch 85 Millionen Euro. Spielt das zweite Unternehmen in der zweiten Runde aber wieder den hohen Preis und verhält sich mithin kollektiv rational, so vergibt ihm das erste Unternehmen, indem es in der dritten Runde auch den hohen Preis wählt. Diese Strategie des ersten Unternehmens ist die sog. *Tit-for-Tat*-Strategie, die sich mit der Maxime „Wie du mir, so ich dir“ umschreiben lässt.<sup>25</sup> Das erste Unternehmen verhält sich in der nächsten Runde genauso, wie sich das zweite Unternehmen in der Runde zuvor verhalten hat. Dieser Bestrafungsmechanismus stabilisiert die implizite Koordinierung. Denn das erste Unternehmen hat in Folge der Sanktionierung kein Interesse mehr von der kollektiv rationalen Strategie abzuweichen. Infolgedessen werden beide Unternehmen dauerhaft den hohen Preis verlangen und jeweils einen Gewinn von 100 Millionen Euro erwirtschaften.

## II. *Airtours*-Kriterien

Mit Hilfe dieser spieltheoretischen Erkenntnisse konkretisierte die europäische Rechtsprechung den Begriff der kollektiven Marktbeherrschung durch die sog. *Airtours*-Kriterien.<sup>26</sup> Danach muss der Markt zunächst hinreichend transparent sein.<sup>27</sup> Nur dann können die Unternehmen überprüfen, ob die Gruppendisziplin von allen Oligopolisten eingehalten wird oder ob ein Unternehmen von der kollektiv rationalen Strategie abweicht.<sup>28</sup> Zweitens bedarf es des Anreizes für eine dauerhafte Koordinierung (Koordinierungsdisziplin).<sup>29</sup> Ein solcher ist gegeben, wenn es bei von der Koordinierung abweichendem Verhalten zu einer Bestrafung, z.B. durch die soeben beschriebenen Preissenkungen im Wege der *Tit-for-Tat*-Strategie, kommt.<sup>30</sup> Nur, wenn die Unternehmen wissen, dass sie bei Ausbruch aus dem koordinierten Verhalten bestraft werden, wird die Koordinierung von Dauer sein.<sup>31</sup> Das dritte Kriterium besagt, dass die übrigen Wettbewerber sowie die Marktgegenseite die Ergebnisse der impliziten Koordinierung nicht in Frage stellen dürfen (kollektive wettbewerbliche Unabhängigkeit).<sup>32</sup> Stellen sie sie nicht in Frage, können sich die Unter-

<sup>24</sup> *Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie (7. Aufl. 2009), S. 137.

<sup>25</sup> Ebd. S. 21.

<sup>26</sup> *Jungermann*, Kollektive Marktbeherrschung durch interdependentes Parallelverhalten und deren Missbrauch, Diss. (Bonn 2007), S. 142.

<sup>27</sup> EuG WuW/E EU-R, 559 5 62.

<sup>28</sup> Kommission, Horizontal-LL (2012), Tz. 78; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Riesenkampff/Lehr*, Kommentar zur FKVO (2. Aufl. 2009), Art. 2, Rn. 140.

<sup>29</sup> EuG WuW/E EU-R, 559, 562.

<sup>30</sup> *Kling/Thomas*, Kartellrecht (1. Aufl. 2007) § 9, Rn. 205; Kommission, Horizontal-LL (2012), Tz. 85.

<sup>31</sup> BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (2012), Tz. 84.

<sup>32</sup> EuG WuW/E EU-R, 559, 573.

nehmen in großem Maße unabhängig verhalten.<sup>33</sup> Die Kriterien stehen dabei nicht im Widerspruch zum Wortlaut des § 18 Abs. 5 GWB, der zwischen Binnen- und Außenwettbewerb unterscheidet.<sup>34</sup> Vielmehr konkretisieren die Kriterien der Markttransparenz und der Koordinierungsdisziplin die Anforderungen an fehlenden Binnenwettbewerb. An Außenwettbewerb fehlt es, wenn kollektive wettbewerbliche Unabhängigkeit vorliegt.

Für die Frage, ob zwischen den Mineralölkonzernen auf den Tankstellenmärkten kein Binnenwettbewerb vorliegt und ob sie keinem wesentlichem Außenwettbewerb ausgesetzt sind, ist nun eine Gesamtbetrachtung der Marktstrukturen und des tatsächlichen Marktgeschehen vorzunehmen.<sup>35</sup>

## III. Fehlender Binnenwettbewerb

### 1. Marktstrukturen

#### a) Marktanteile

Ein erster Anhaltspunkt für eine die implizite Koordinierung begünstigende Marktstruktur ist die Höhe der Marktanteile der Oligopolisten. Je höher die Marktanteile sind, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass Unternehmen, die nicht zum Oligopol gehören, die Verhaltensspielräume der Oligopolisten einschränken.<sup>36</sup> Im Verfahren begründet ein gemeinsamer Marktanteil von zwei Drittel die widerlegliche Vermutung der kollektiven Marktbeherrschung von fünf oder weniger Unternehmen, § 18 Abs. 6 Nr. 2 GWB. Die Marktanteile auf den regionalen Tankstellenmärkten von rund 60 bis 70 Prozent erleichtern den Mineralölkonzernen daher, Binnenwettbewerb auszuschließen.<sup>37</sup>

#### b) Markttransparenz

Wichtig ist zudem, dass der Markt eine große Transparenz aufweist. Transparent sind die Tankstellenmärkte zunächst wegen der Anforderungen des § 8 Abs. 1 Nr. 1 Preisangabenverordnung. Danach sind Kraftstoffpreise so auszuzeichnen, dass sie für den auf der Straße heranfahrenden Kraftfahrer deutlich lesbar sind. Dies hat zur Folge, dass die Oligopolisten leicht einen Überblick über die Preise ihrer Konkurrenten gewinnen können.<sup>38</sup> Denn sie lassen die Preise durch Tankstellenpächter und Angestellte beobachten.

Die Transparenz wird zudem, dadurch gefördert, dass Kraftstoff ein sehr homogenes Produkt ist. Wettbewerb bezüglich des Produktdesigns oder hinsichtlich Produktdifferenzierungen ist nur spärlich vorhanden. Da auch Produktinnovationen kaum eine Rolle spielen, erfolgt der Wettbewerb nur über die Preissetzung.<sup>39</sup> Dadurch müssen die Unternehmen ausschließlich den Preis beobachten, um ihr Verhalten erfolgreich anpassen zu können.

<sup>33</sup> EuGH WuW/E EU-R, 1498, 1507.

<sup>34</sup> BKartA, Sektoruntersuchung (2011), S. 50.

<sup>35</sup> Bechtold/Bechtold, Kommentar zum GWB (6. Aufl. 2010), § 19 Rn. 54.

<sup>36</sup> BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (2012), Tz. 83.

<sup>37</sup> Langen/Bunte/Ruppelt, Kommentar zum GWB (11. Aufl. 2011), § 19 Rn. 73.

<sup>38</sup> BKartA, Sektoruntersuchung (2011), S. 52.

<sup>39</sup> Jaeger/Pohlmann/Rieger/Schroeder/Paschke, Frankfurter Kommentar zum GWB (75. NL 2011), § 19 Rn. 377.

### c) Koordinierungsdisziplin fördernde Strukturen

Die Oligopolisten treffen nicht nur auf den Tankstellenmärkten aufeinander, sondern sind auf den Beschaffungs- und Transportmärkten sogar durch Gemeinschaftsunternehmen miteinander verflochten.<sup>40</sup> Dadurch können sie einfacher Informationen über Geschäftsstrategien oder kurzfristige Maßnahmen austauschen.<sup>41</sup> Diese Verflechtungen erhöhen die Koordinierungsdisziplin. Denn ein von der Koordinierung abweichendes Verhalten kann nicht nur durch Preissenkungen auf den Tankstellenmärkten sanktioniert werden. In Betracht kommt auch eine Bestrafung, die darin besteht, dass die anderen Oligopolisten weniger in die mit dem Abweichler gegründeten Gemeinschaftsunternehmen investieren.<sup>42</sup>

Die Koordinierungsdisziplin wird ferner dadurch erhöht, dass die Unternehmen auf vielen regionalen Tankstellenmärkten miteinander in Kontakt treten. Dadurch interagieren sie häufig miteinander und können schnell auf Verhaltensänderungen reagieren.<sup>43</sup> Dies macht eine Bestrafung wirksamer.

### d) Ergebnis

Aufgrund der zahlreichen, die Markttransparenz und Koordinierungsdisziplin fördernden Strukturen erscheinen die Tankstellenmärkte geradezu in idealer Weise geeignet, Oligopolisten den Ausschluss von Binnenwettbewerb zu ermöglichen.<sup>44</sup>

## 2. Tatsächliches Marktgeschehen

Hinsichtlich des tatsächlichen Marktgeschehens hat sich gezeigt, dass die Tankstellenpreise einem wöchentlichen Zyklus unterliegen.<sup>45</sup> Es herrscht Uneinigkeit darüber, ob angesichts der Preisschwankungen auch das tatsächliche Marktgeschehen für fehlenden Binnenwettbewerb spricht. Um dem auf den Grund zu gehen, wird das Preissetzungsverhalten zunächst aus spieltheoretischer Sicht betrachtet. Sodann werden die daraus gewonnen Erkenntnisse wettbewerbsökonomisch gewürdigt.

### a) Spieltheoretische Erkenntnisse

#### aa) Edgeworth-Zyklen

Zur spieltheoretischen Analyse des Preissetzungsverhaltens der Mineralölkonzerne eignen sich die sog. *Edgeworth-Zyklen*. Diese sind eine Lösung des von *Maskin/Tirole* entwickelten Oligopolmodells. Das Modell geht von zwei Unternehmen, also einem Dyopol, aus, die um ein homogenes Gut, wie z.B. Otto- oder Dieseldieselkraftstoff, konkurrieren.<sup>46</sup> Der Wettbewerbsparameter ist - wie auch auf den Tankstellenmärkten - der Preis.<sup>47</sup> Ein *Edgeworth-Zyklus* ist ein asymmetrischer

Preiszyklus.<sup>48</sup> Er besteht aus einer Phase des Preiskriegs (*price war phase*), in der die Preise langsam sinken, und einer Phase des Nachgebens (*relenting phase*), in der sie wieder schnell ansteigen.<sup>49</sup> Zwischen beiden Phasen liegt ein Zeitraum des gegenseitigen Abwartens (*war of attrition*).<sup>50</sup> Er endet damit, dass ein Unternehmen beginnt, seinen Preis zu erhöhen. Nach Ende des Zyklus beginnt der Preiskrieg dann erneut. Die Phase des Abwartens rührt daher, dass die Unternehmen nach dem Preiskrieg vor einem Dilemma stehen. Beide Unternehmen wünschen sich ein höheres Preisniveau. Keines der Unternehmen will seinen Preis aber als erstes anheben.<sup>51</sup> Denn das Unternehmen, das nicht zuerst seinen Preis anhebt, hat die Möglichkeit durch eine geringe Preisunterschreitung des anderen Unternehmens viele Nachfrager auf sich zu ziehen.<sup>52</sup> Welches der Unternehmen seinen Preis als erstes anhebt (sog. Preisführer), ist - soweit jede Spielrunde isoliert betrachtet wird - zufällig.<sup>53</sup>

### bb) Edgeworth-Zyklen auf den deutschen Tankstellenmärkten

Dass sich die *Edgeworth-Zyklen* zur Beschreibung der Preisbildung auf den deutschen Tankstellenmärkten eignen,<sup>54</sup> zeigt sich daran, dass sich zwischen den Zyklen und dem Preissetzungsverhalten der Mineralölkonzerne viele Übereinstimmungen finden. Die Kraftstoffpreise sinken in kleinen Schritten von durchschnittlich 1,5 Cent/Liter. Eine Preiserhöhung liegt dagegen bei rund 3,8 Cent/Liter. Auch bei den *Edgeworth-Zyklen* sinkt der Preis langsam ab und steigt schnell an. Das Preissetzungsverhalten in der Wochenmitte nach dem monatlichen Tiefpunkt bis etwa Donnerstag kann als die Phase des Abwartens bewertet werden. In diesem Zeitraum ist es häufig der Fall, dass Preiserhöhungen nicht immer von allen Oligopolisten in gleichem Maße mitgetragen und manchmal wieder teilweise zurückgenommen werden.<sup>55</sup> Danach steigen die Preise schnell an und erreichen freitags ihren wöchentlichen Höhepunkt, was die Phase des Nachgebens darstellt.

### c) Wettbewerbsökonomische Interpretation

#### aa) Meinungsstand

Umstritten ist die Frage, ob die *Edgeworth-Zyklen* ein Indiz für fehlenden Binnenwettbewerb sind. Hierbei kristallisieren sich insbesondere an zwei Stellen Unstimmigkeiten heraus.

<sup>40</sup> BKartA, Sektoruntersuchung (2011), S. 55; OLG Düsseldorf WuW/E DE-R, 3000, 3007.

<sup>41</sup> Bechtold/Bechtold, Kommentar zum GWB (6. Aufl. 2010), § 19 Rn. 56.

<sup>42</sup> BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (2012), Tz. 112.

<sup>43</sup> *Ivaldi/Jullien/Rey/Seabright/Tirole*, The Economics of Tacit Collusion (2003), S. 48.

<sup>44</sup> So auch BGH WuW/E DE-R, 3591, 3600.

<sup>45</sup> Siehe oben unter A.

<sup>46</sup> *Maskin/Tirole* *Econometrica* 1988, 571, 573.

<sup>47</sup> *Maskin/Tirole* *Econometrica* 1988, 571, 573.

<sup>48</sup> *Maskin/Tirole* *Econometrica* 1988, 571, 587 ff. Die Zyklen wurden von *Francis Ysidro Edgeworth* im Jahre 1925 entdeckt und von *Maskin/Tirole* nach ihm benannt.

<sup>49</sup> *Maskin/Tirole* *Econometrica* 1988, 571, 571.

<sup>50</sup> *Wang*, Strategy, Timing and Oligopoly Pricing: Evidence from a Repeated Game in a Timing-Controlled Gasoline Market (2005), S. 2, <http://www.economics.neu.edu/papers/documents/05-005.pdf> (Abruf am 24.11.2013).

<sup>51</sup> BKartA, Sektoruntersuchung (2011), S. 118.

<sup>52</sup> Ebd. S. 118.

<sup>53</sup> Betrachtet man die Spielrunden nicht isoliert, so gibt es eine bestimmte Wahrscheinlichkeitsverteilung, aus der sich ergibt, wie wahrscheinlich es ist, dass ein bestimmtes Unternehmen damit beginnt, den Preis anzuhängen.

<sup>54</sup> Andere Ansicht für die Tankstellenmärkte Norwegens, auf denen ebenfalls zyklische Preisbewegungen zu beobachten sind: *Fors/Steen*, Gasoline prices jump up on Mondays: An outcome of aggressive competition? (2008), S. 2 ff., <http://www.nhh.no/Files/Filer/institutter/for/dp/2009/0209.pdf> (Abruf am 24.11.2013).

<sup>55</sup> BKartA, Anhänge zum Abschlussbericht (2011), S. 8-15.

Die erste Stelle betrifft die Phasen des Abwartens und des Nachgebens. Das OLG Düsseldorf wertet die Beobachtung der häufigen Preisanhebungen, die nicht von allen Oligopolisten mitgetragen und infolgedessen auch teilweise wieder zurückgenommen werden, als Indiz für Wettbewerb.<sup>56</sup> Denn implizite Koordinierung erfordere ein auf Dauer etabliertes Preisniveau.<sup>57</sup> Das BKartA<sup>58</sup> und *Maskin/Tirole*<sup>59</sup> interpretieren die Preisbildung dagegen als implizite Koordinierung. Dass nicht alle Oligopolisten den Preis immer in gleichem Umfang erhöhen, sei kein Scheitern der impliziten Koordinierung, sondern als „Preisfindungsprozess“ zu betrachten.<sup>60</sup> Erstens sei der optimale Preis eines wettbewerbslosen Oligopols nicht zwangsläufig besonders hoch.<sup>61</sup> Zweitens erfordere ein koordiniertes Gleichgewicht kein völlig identisches Verhalten nach außen.<sup>62</sup>

Die zweite Unstimmigkeit betrifft die Phase des Preiskriegs. Das BKartA sieht sie als Ausdruck der Koordinierungsdisziplin, bei der die Unternehmen das Unternehmen, das die Preissenkung initiierte, bestrafen.<sup>63</sup> Das OLG Düsseldorf ist gegen teiliger Meinung.<sup>64</sup> Als Reaktion auf eine Preissenkung eines Konkurrenten die eigenen Preise zu verringern, sei ein Verhalten, das in jedem durch Transparenz, Produkthomogenität und Preiselastizität geprägten Markt zu beobachten sei.<sup>65</sup> Zudem zeige das fehlende einheitliche Preisniveau in den Phasen des Abwartens und Nachgebens, dass es keinen Sanktionsmechanismus gebe. Auch das Verhalten von Jet, immer einen Cent/Liter hinter dem Preis der anderen Oligopolisten zu bleiben bestätige, dass abweichende Preisstrategien nicht glaubhaft sanktioniert werden.<sup>66</sup>

## bb) Bewertung

### (I.) Phasen des Abwartens und Nachgebens

<sup>56</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R, 3000, 3011: „Die Analyse des tatsächlichen Wettbewerbsverhaltens ergibt, dass zwischen A, S, E, J und T wesentlicher Wettbewerb stattfindet.“ Infolgedessen verneinte das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss betreffend die Prüfung des Erwerbs von 59 Tankstellen durch den Mineralölkonzern Total von OMV eine marktbeherrschende Stellung der fünf Mineralölkonzerne. Da es auch nicht die Möglichkeit der Entstehung einer kollektiven Marktbeherrschung gegeben sah, hob es die Untersagungsverfügung des BKartA auf.

Das OLG wird in seiner Ansicht von einem großen Teil der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur unterstützt; *pars pro toto Noel*, The New Palgrave Dictionary of Economics - Edgeworth Price Cycles, S. 2: „The results currently favor the conclusion that the price cycles are indicative of stronger competition and the source of lower prices for consumers.“

<sup>57</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R, 3000, 3008.

<sup>58</sup> BKartA, Sektoruntersuchung, S. 74: „Die quantitative Untersuchung der Tankstellenpreise dient letztlich der Erhärtung des Oligopolbefunds.“ Der Begriff des Oligopols wird dabei als Synonym zu dem der kollektiven Marktbeherrschung gebraucht.

<sup>59</sup> *Maskin/Tirole* *Econometrica* 1988, 571, 592: „Thus our model can be viewed as a theory of tacit collusion.“ Ebenso Wang *Journal of Political Economy* 2009, 987, 1025: „My results suggest that tacit collusion is inevitable if the market condition is close to the Bertrand environment of the Maskin-Tirole model.“ In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur ist diese Auffassung aber eher Minderheitsmeinung.

<sup>60</sup> BKartA, Sektoruntersuchung (2011), S. 71.

<sup>61</sup> BKartA, Sektoruntersuchung (2011), S. 71.

<sup>62</sup> BKartA, Sektoruntersuchung (2011), S. 70.

<sup>63</sup> BKartA, Sektoruntersuchung (2011), S. 62.

<sup>64</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R, 3000, 3011. An manchen Stellen des Beschlusses ist es allerdings unklar, ob sich das OLG stets auf die wöchentlichen Preiskriegsphasen bezieht oder ob es auf längerfristige Preisveränderungen im Jahresverlauf abstellt.

<sup>65</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R, 3000, 3008.

<sup>66</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R, 3000, 3010.

In den Phasen des Abwartens und des Nachgebens findet trotz Preisschwankungen implizite Koordinierung statt. Dazu ist zunächst zu zeigen, dass sich implizite Koordinierung nicht stets darin äußert, dass sich ein Preisniveau auf Dauer etabliert. Sodann gilt es zu begründen, warum nun gerade die Preisschwankungen auf den Tankstellenmärkten Ausdruck impliziter Koordinierung sind.

Schwankende Preise sind mit impliziter Koordinierung nicht unvereinbar. Dies wird vor dem spieltheoretischen Hintergrund deutlich. Ein auf Dauer einheitliches Preisniveau bedeutete, dass es ein koordiniertes *Nash*-Gleichgewicht gibt, das auf Dauer *pareto*-effizient ist. Dies trifft zwar auf das oben dargestellte Gefangendilemma zu. Grund dafür sind aber die stark vereinfachten Spielregeln, die mit der tatsächlichen Situation eines Oligopolisten auf dem Markt wenig gemein haben.<sup>67</sup> Für die Mineralölkonzerne auf den Tankstellenmärkten gibt es dagegen unendlich viele koordinierte *Nash*-Gleichgewichte, die größere Gewinne als nicht-koordinierte *Nash*-Gleichgewichte ermöglichen.<sup>68</sup> Zwischen diesen Gleichgewichten können die Unternehmen wechseln, ohne dabei die Koordinierung zu beenden. Ein Gleichgewichtswechsel ist dadurch motiviert, dass die Höhe des Gewinns von verschiedenen Faktoren, wie z.B. den Kosten oder der Nachfrage, abhängig ist.<sup>69</sup> Ändern sich diese Faktoren, also z.B. die Kosten für den Einkauf, muss das unter diesen neuen Umständen *pareto*-effiziente Gleichgewicht von den Unternehmen erst wieder gefunden werden.<sup>70</sup> Es kann ferner dazu kommen, dass die Oligopolisten die Faktoren unterschiedlich bewerten. Dann sind sie sich unter Umständen nicht darüber einig sind, welches *Nash*-Gleichgewicht denn nun das *pareto*-effiziente ist. Auch dann bedarf es eines Findungsprozesses, in dem sie sich stillschweigend auf ein Gleichgewicht einigen.<sup>71</sup>

Dafür, dass in den Phase des Abwartens und des Nachgebens nun ein solcher Findungsprozess stattfindet und kein Wettbewerb herrscht, spricht zunächst, dass Preiserhöhungen fast immer von *Aral* oder *Shell* ausgehen. Die Oligopolisten scheinen sich darauf geeignet zu haben, dass eines dieser Unternehmen als Preisführer den Findungsprozess anführt. Die Preisführerschaft stellt eine typische Erscheinungsform impliziter Koordinierung dar.<sup>72</sup> Zudem kann die Frage nach impliziter Koordinierung nur unter Berücksichtigung der Marktstrukturen beantwortet werden.<sup>73</sup> Ohne Berücksichtigung der Marktstrukturen ist meist kein eindeutiger Schluss aus dem tatsächlichen Marktgeschehen auf Koordinierung oder wettbewerbsanaloges Verhalten möglich.<sup>74</sup> Da die Marktstrukturen der Tankstellenmärkte ein geradezu ideales Umfeld für implizite Koordinierung bieten, sind auch diese ein Indiz dafür, die Preisschwankungen Ausdruck impliziter Koordinierung sind.

<sup>67</sup> Unterschiede bestehen z.B. bei den Handlungsmöglichkeiten, die im Gefangendilemma auf zwei reduziert waren. Auch handeln die Unternehmen in Wirklichkeit nicht simultan.

<sup>68</sup> BKartA, Sektoruntersuchung (2011), S. 71. Zu den Begriffen der *Parteeffizienz* und des *Nash*-Gleichgewichts siehe oben.

<sup>69</sup> BKartA, Sektoruntersuchung (2011), S. 71.

<sup>70</sup> BKartA, Sektoruntersuchung (2011), S. 71.

<sup>71</sup> In diese Richtung auch BGH WuW/E DE-R, 3591, 3603.

<sup>72</sup> *Jungermann*, Kollektive Marktbeherrschung durch interdependentes Parallelverhalten und deren Missbrauch, Diss. (Bonn 2006), S. 9.

<sup>73</sup> BGH WuW/E DE-R, 3591, 3599.

<sup>74</sup> BGH WuW/E DE-R 3591, 3599; Immenga/Mestmäcker/Möschel, Kommentar zum GWB, Bd. 2 (4. Aufl. 2007), § 19, Rn. 18.

## (II.) Phasen des Preiskriegs

Die Phasen des Preiskriegs sind Ausdruck des Sanktionsmechanismus: Sie sind es, die den Anreiz für die Unternehmen schaffen, am Zyklustiefpunkt zur Koordinierung zurückzukehren und die Preise anzuheben. Somit tragen die Preiskriegsphasen entscheidend zur Stabilität der Zyklen. Sie erfüllen damit genau die Funktion, die der Koordinierungsdisziplin im Rahmen der impliziten Koordinierung zukommt. Diese Interpretation wird zudem durch die Beobachtung, dass Preissenkungen stets punktuell in den Regionen erfolgen, in deren Umgebung eine vorangegangene Preiserhöhung nicht mitgetragen wurde, gestützt.<sup>75</sup> Dass es so häufig zu Preiskriegen kommt, ist letztlich auch eine Folge der Marktstrukturen und damit nicht zwangsläufig Ausdruck wirksamen Wettbewerbs.<sup>76</sup> Die Mehrmarktkontakte der Unternehmen und die hohe Markttransparenz ermöglichen eine sehr schnelle Reaktion und damit effektive Bestrafung.

### cc) Ergebnis

Damit spricht auf das tatsächliche Marktgeschehen für eine implizite Koordinierung.<sup>77</sup> Somit fehlt es an Binnenwettbewerb zwischen dem Mineralölkonzernen.

## IV. Fehlender Außenwettbewerb

Besteht im Innenverhältnis kein wesentlicher Wettbewerb, werden die Unternehmen als eine Gruppe betrachtet, die unter den gleichen Voraussetzungen wie ein einzelnes Unternehmen marktbeherrschend ist (Gruppeneffekt).<sup>78</sup> Voraussetzung ist daher eine zumindest überragende Marktstellung. Eine solche liegt vor, wenn die Wettbewerber und die Marktgegenseite die Position der Oligopolisten nicht in Frage stellen.<sup>79</sup> Die Konkurrenz der Mineralölkonzerne auf den Tankstellenmärkten ist zu großen Teilen zersplittert.<sup>80</sup> Neben den Konzernen betreiben lediglich einige mittlere Mineralölunternehmen und viele kleine Mineralölhändler Tankstellen. Sie sind aufgrund ihrer geringeren Marktanteile nicht in der Lage, das Verhalten der Oligopolisten in Frage zu stellen. Auch sind die Marktzutrittschranken sehr hoch.<sup>81</sup> Dies begünstigt implizite Koordinierung insofern, dass es weniger Wettbewerber gibt, die von den Unternehmen kontrolliert werden müssen.<sup>82</sup> Es existiert zudem keine starke Nachfragemacht.<sup>83</sup> Nachfrager sind die einzelnen

Autofahrer. Ihnen kommen aber keine Verhandlungsspielräume zu.<sup>84</sup> Dies zeigt sich unter anderem in der geringen Preiselastizität der Kraftstoffe. Preisänderungen rufen kaum eine Änderung im Verhalten der Nachfrager hervor.<sup>85</sup> Viele Autofahrer können langfristig nicht auf Kraftstoff verzichten und kaufen ihn daher auch bei höherem Preis ein. Dies führt zu großer Unabhängigkeit der Unternehmen gegenüber den Nachfragern.<sup>86</sup> Damit fehlt es an Außenwettbewerb.

## V. Ergebnis

Da bei Betrachtung der Marktstrukturen und des tatsächlichen Marktgeschehens weder Binnen- noch Außenwettbewerb besteht, sind die Mineralölkonzerne auf den deutschen Tankstellenmärkten kollektiv marktbeherrschend nach § 18 Abs. 5 GWB.

## C. Gegenmaßnahmen

Die gegenwärtige Gesetzeslage ermöglicht kein generelles Vorgehen gegen eine kollektiv marktbeherrschende Stellung. Voraussetzung ist vielmehr der Missbrauch der Stellung, §§ 19 ff. GWB. Da die Ergebnisse, die die implizite Koordinierung auf den Tankstellenmärkten in Form von Preishöhe und -schwankungen mit sich bringt, als sehr unbefriedigend empfunden werden, sind gesetzgeberische Maßnahmen gegen die Preisbildung im Oligopol der Mineralölkonzerne in Betracht zu ziehen. Dabei kommen insbesondere preisregulierende Ansätze in Betracht.<sup>87</sup> Da die Preisbildung auf vielen Tankstellenmärkten weltweit ähnlich ist, gibt es damit bereits internationale Erfahrungen. Regulierende Regelungen gelten unter anderen in Westaustralien und Österreich. Diese gilt es, auf ihre Vorbildfunktion für einen deutschen Regulierungsansatz zu untersuchen.<sup>88</sup>

## I. Westaustralisches Modell

### 1. Beschreibung

Im Bundesstaat Westaustralien trat am 1. Januar 2001 die *Petroleum Products Pricing Regulations* in Kraft. Darin ist die sog. *24-Hour Rule* niedergelegt. Sie besagt, dass die Tankstellen ihre Kraftstoffpreise für den nächsten Tag um 14 Uhr dem Handelsministerium melden müssen. Diese Preise gelten dann ab 6 Uhr am folgenden Tag und für 24 Stunden. Die nächste Preissenkung oder -erhöhung ist also erst um 6 Uhr am darauffolgenden Tag möglich. Die Unternehmen können ihre Preise somit ausschließlich zeitgleich festlegen. Dies reduziert die Transparenz zum Zeitpunkt der Preisfestsetzung. Für die Verwaltung der Preismeldungen hat das Handelsministerium im Jahre 2001 die Behörde *National FuelWatch* eingerichtet. Diese erstellt unter anderem eine Kraftstoffpreisdatabank, mit

<sup>75</sup> BKartA, Sektoruntersuchung (2011), S. 63.

<sup>76</sup> BKartA, Sektoruntersuchung (2011), S. 69.

<sup>77</sup> Ein großer Teil der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur interpretiert die *Edgeworth-Zyklen* dagegen als Ausdruck von Wettbewerb; *pars pro toto Noel*, *The New Palgrave Dictionary of Economics - Edgeworth Price Cycles* (2011), S. 2: „The results currently favor the conclusion that the price cycles are indicative of stronger competition and the source of lower prices for consumers.“

<sup>78</sup> Immenga/Mestmäcker/Möschel, Kommentar zum GWB, Bd. 2 (4. Aufl. 2007), § 19 Rn. 80. Davon zu unterscheiden ist die Theorie der wirtschaftlichen Einheit. Unternehmen, die als wirtschaftliche Einheit betrachtet werden, und eine überragende Marktstellung innehaben, sind einzelmarktbeherrschend, da sie als ein Unternehmen gelten (Bsp: Konzern), vgl. Hirsch/Montag/Säcker/Eilmannberger, Münchner Kommentar zum Wettbewerbsrecht (1. Aufl. 2007), Art. 82, Rn. 81.

<sup>79</sup> Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner/Hirsbrunner, Kommentar zur FKVO (2. Aufl. 2009), Art. 2 Rn. 51; EuG WuW/E EU-R, 559, 563.

<sup>80</sup> BKartA, Sektoruntersuchung (2011), S. 60.

<sup>81</sup> BKartA, Sektoruntersuchung (2011), S. 58.

<sup>82</sup> Wiedemann/Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts (2. Aufl. 2008), § 19 Rn. 27.

<sup>83</sup> BKartA, Sektoruntersuchung (2011), S. 60.

<sup>84</sup> BKartA, Sektoruntersuchung (2011), S. 60.

<sup>85</sup> Deselaers FS-Canenbley (2012), 129, 133.

<sup>86</sup> Langen/Bunte/Ruppelt, Kommentar zum GWB (11. Aufl. 2011), § 19 Rn. 73.

<sup>87</sup> Zudem wurde ein missbrauchsunabhängiges Entflechtungsinstrument in Betracht gezogen, aber mittlerweile abgelehnt. Siehe dazu *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung im deutschen Kartellrecht (2011).

<sup>88</sup> Thüringen hat in den Bundesrat bereits einen Antrag, eine Preiserhöhungsbremse nach österreichischem Vorbild bundesgesetzlich zu regeln, eingebracht, vgl. BR-Drs. 870/11. Hessen hat sich für das westaustralische Modell ausgesprochen, vgl. BR-Drs. 870/2/11.

der die Autofahrer die niedrigsten Kraftstoffpreise in ihrer Umgebung ermitteln können.<sup>89</sup>

## 2. Einfluss auf die Preisbildung

### a) Empirische Erkenntnisse

Da das westaustralische Modell seit über 10 Jahren praktiziert wird, liegen bereits einige empirische Erkenntnisse vor. Danach sanken die Kraftstoffpreise in den ersten vier Monaten nach Einführung der Spritpreisverordnung.<sup>90</sup> Mittlerweile verhalten sich die Kraftstoffpreise aber - wie auch vor Inkrafttreten der Verordnung - zyklisch. Somit haben sie wohl das Niveau erreicht, das sie ohne Spritpreisverordnung hätten.<sup>91</sup>

### b) Spieltheoretische Erkenntnisse

Mit einer kurzen Phase des Preisanstiegs und einer längeren, in der die Preise abfallen, weisen die Preisschwankungen die Merkmale der *Edgeworth-Zyklen* auf.<sup>92</sup> Fraglich ist, ob auch aus spieltheoretischer Sicht implizite Koordinierung unter den durch die Regulierung geänderten Bedingungen existieren kann.

### aa) Veränderung der Preiserhöhungsphasen

Das westaustralische Modell führt dazu, dass die Unternehmen ihre Preise nicht mehr sequentiell, sondern nur noch simultan um 6 Uhr ändern können. Dies beeinflusst zunächst die Phasen des Abwartens und des Nachgebens.<sup>93</sup> In der Phase des Abwartens beginnt ein Unternehmen damit, seinen Preis anzuheben. Glückt die Koordinierung, folgen die anderen Unternehmen mit Preisanhebungen.<sup>94</sup> Dadurch, dass die Preise nur nach 24 Stunden verändert werden können, wird es für ein Unternehmen aber kostenintensiver eine Preiserhöhungsrunde anzuführen.<sup>95</sup> Es erwirtschaftet 24 Stunden lang einen geringen Gewinn, da viele Nachfrager aufgrund der hohen Produkthomogenität bei den anderen Oligopolisten einkaufen. Daraus ist aber nicht zwangsläufig zu schließen, dass es zu keiner Preiserhöhung mehr kommen wird. Vielmehr ist damit zu rechnen, dass das Interesse der Unternehmen, das Preisniveau zu heben, so groß ist, dass sie z.B. die Preisführerschaft unter mehreren Unternehmen aufteilen.<sup>96</sup> Dazu ist es auf den westaustralischen Tankstellenmärkten gekommen: Vor Einführung der Spritpreisverordnung führte *BP* fast immer als erstes Unternehmen Preiserhöhungsrunden an. Nun teilen sich *BP*, *Caltex* und *Shell* diese Aufgabe.<sup>97</sup> Auf den deutschen Tankstellenmärkten wechseln sich bereits jetzt *Aral* und *Shell* ab.<sup>98</sup> Denkbar wäre, dass

<sup>89</sup> Der Komfort für die Autofahrer ist sehr groß. Es ist ihnen unter anderem möglich, täglich die für sie relevante Kraftstoffpreisübersicht per Email zu erhalten, indem sie sich auf der Internetseite von *FuelWatch* registriert.

<sup>90</sup> *Wang Journal of Political Economy* 2009, 987, 1016.

<sup>91</sup> *ACCC*, Monitoring the Australian petroleum industry (2011), S. 20; *Haucap/Müller DICE Discussionpaper* No. 47, S. 19.

<sup>92</sup> *ACCC*, Monitoring the Australian petroleum industry (2011), S. 22. Einigkeit besteht darüber, dass vor Einführung der Spritpreisverordnung *Edgeworth-Zyklen* auf den westaustralischen Tankstellenmärkten existierten, vgl. *ACCC*, Petrol prices and Australian consumers (2007), S. 144.

<sup>93</sup> *Wang Journal of Political Economy* 2009, 987, 996.

<sup>94</sup> *Wied-Nebbeling*, Preistheorie und Industrieökonomik (5. Aufl. 2009), S. 237.

<sup>95</sup> *Wang Journal of Political Economy* 2009, 987, 990.

<sup>96</sup> *Wang Journal of Political Economy* 2009, 987, 990.

<sup>97</sup> *Wang Journal of Political Economy* 2009, 987, 1015.

<sup>98</sup> *BKartA*, Sektoruntersuchung (2011), S. 31.

nach Einführung einer Regelung nach westaustralischem Vorbild, noch ein weiteres Unternehmen gelegentlich Preisführer ist. Aufgrund der hohen Markttransparenz ist zu erwarten, dass die Unternehmen die Rolle des Preisführers auch unter drei Unternehmen implizit aufteilen können.

### bb) Geringere Koordinierungsdisziplin

Auch verändert die Spritpreisverordnung die Koordinierungsdisziplin. Dem Unternehmen, das als erstes den Preis senkt, zu folgen, ist nur mit einem Zeitabstand von 24 Stunden möglich. Die Preissenkung ist für das erste Unternehmen daher profitabler. Die anderen Unternehmen tragen dafür das Risiko der Umsatzeinbuße. Eine Bestrafung, z.B. durch die *Tit-for-Tat*-Strategie, ist tagsüber nicht mehr möglich. Sie wird also ineffektiver. Da Koordinierungsdisziplin entscheidend für die Stabilität einer impliziten Koordinierung ist, könnte die marktbeherrschende Stellung dadurch unbeständiger werden. Angesichts der hohen Markttransparenz und der immer noch bestehenden zahlreichen Sanktionierungsmöglichkeiten durch die Mehrmarktkontakte und gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen ist aber nicht zu erwarten, dass diese Zeitverzögerung bei der Sanktionierung die kollektive Marktbeherrschung zum Einsturz bringen wird. Die Unternehmen könnten vermehrt andere Sanktionsmöglichkeiten einsetzen, um die Stabilität der Koordinierung aufrecht zu erhalten.

### c) Ergebnis

Es ist zu erwarten, dass die implizite Koordinierung durch das westaustralische Modell nicht durchbrochen wird.<sup>99</sup> Aufgrund der längeren Reaktionszeiten werden sich die Schwankungen wohl nicht mehr wöchentlich wiederholen, sondern einen längeren Zeitraum als im nicht-regulierten Markt beanspruchen.<sup>100</sup> Folglich werden die Preise stabiler.<sup>101</sup> Die dadurch erhöhte Markttransparenz ist deswegen die einzige positive Folge für die Autofahrer. Die Markttransparenz wird zusätzlich durch die Arbeit von *FuelWatch* unterstützt. Die Behörde arbeitet die durch die Preismeldung gesammelten Daten auf. Die Autofahrer können so mit geringem Aufwand den aktuell niedrigsten Kraftstoffpreis in ihrer Umgebung ermitteln und ab 14.30 Uhr auch die für den Folgetag gemeldeten Preise einsehen.<sup>102</sup>

## II. Österreichisches Modell

### 1. Beschreibung

In Österreich trat am 1. Januar 2011 die Verordnung betreffend Standardregeln für Tankstellenbetreiber über den Zeitpunkt der Preisauszeichnung für Treibstoffe bei Tankstellen (Spritpreisverordnung) in Kraft.<sup>103</sup> Nach § 1 S. 2 Spritpreisverordnung

<sup>99</sup> *Wang* hat in 102 *Edgeworth-Zyklen* auf den australischen Tankstellenmärkten nach Einführung der Spritpreisverordnung lediglich drei Fälle gefunden, in denen es nicht zu einem Preisanstieg in der Phase des Nachgebens kam, vgl. *Wang Journal of Political Economy* 2009, 987, 1016.

<sup>100</sup> *Houde*, The New Palgrave Dictionary of Economics - Gasoline Markets (2010), S. 2.

<sup>101</sup> *Bester*, Theorie der Industrieökonomik (5. Aufl. 2010), S. 107.

<sup>102</sup> Siehe <http://www.fuelwatch.wa.gov.au/fuelwatch/pages/public/contentholder.jspx?key=faq.html> (Abruf am 24.11.2013).

<sup>103</sup> BGBl. der Republik Österreich II Nr. 484/2010. Es gab eine Vorgängerregelung, die vom 1. Juli 2009 bis 31. Dezember 2010 in Kraft war, siehe BGBl.

sind Erhöhungen der Kraftstoffpreise an jedem Tag nur um 12 Uhr zulässig. Für Preissenkungen macht die Spritpreisverordnung keinerlei Einschränkungen. Sie können daher jederzeit vorgenommen werden. Zudem trat am 2. August 2011 die Verordnung betreffend Mitteilung und Meldung von Treibstoffpreisen an die Preistransparenzdatenbank nach dem Preistransparenzgesetz (Preistransparenzverordnung) in Kraft.<sup>104</sup> Nach § 1 Abs. 1 S. 1 Preistransparenzverordnung hat der Tankstellenbetreiber eine Preisverringerung spätestens nach einer halben Stunde der Regulierungsbehörde *Energie-Control Austria* zu melden. Bei einer Preiserhöhung um 12 Uhr muss die Meldung sogar unverzüglich erfolgen, § 1 Abs. 1 S. 2 Preistransparenzverordnung. Die Behörde trägt alle gemeldeten Preise in eine sog. Preistransparenzdatenbank ein. Auf der Grundlage dieser Preisdaten wurde ein „Spritpreisrechner“ erstellt, mit dem die Autofahrer ermitteln können, an welcher Tankstelle die Kraftstoffpreise aktuell am geringsten sind.<sup>105</sup>

## 2. Einfluss auf die Preisbildung

Empirisch wurden die Auswirkungen der Spritpreisverordnung auf die Preisbildung noch nicht untersucht.<sup>106</sup> Daher ist aus spieltheoretischer Perspektive zu überlegen, welchen Einfluss eine 24-stündige Preiserhöhungssperre auf die implizite Koordinierung haben könnte.

### a) Veränderung der Preiserhöhungsphasen

Ebenso wie bei dem westaustralischen Modell werden die Reaktionszeiten in den Preiserhöhungsphasen länger und die Preisführerschaft dadurch kostenintensiver.

### b) Keine geringere Koordinierungsdisziplin

Die Koordinierungsdisziplin wird durch die österreichische Spritpreisverordnung dagegen nicht geringer. Denn Preissenkungen sind jederzeit möglich. Die Effektivität der Sanktionen bleibt bestehen. Indem also die Preissenkung nicht attraktiver wird, der Preisfindungsprozess in den Preiserhöhungsphasen aber erschwert wird, könnte die österreichische Regelung dazu führen, dass die Unternehmen - aus Angst vor der durch die Zeitverzögerung verursachten Koordinierungsschwierigkeiten bei den Preiserhöhungen - die Preise in der Preiskriegsphase nicht mehr so weit absenken als zuvor. Es besteht daher die Möglichkeit, dass das Preisniveau insgesamt höher wird.<sup>107</sup> Dafür könnte auch sprechen, dass die Unternehmen bei ihrer täglichen Preiserhöhungsmöglichkeit ihren Handlungsspielraum weit ausnutzen und die Preise besonders stark anheben werden.<sup>108</sup> Denn die Gefahr eines Nachfrageverlusts ist gering: Sie können die Preise jederzeit wieder absenken, sobald sie sehen, dass die anderen Unternehmen ihren Handlungsspiel-

raum nicht in gleichem Maße ausgenutzt haben. Nutzte ein Unternehmen aber seinen Handlungsspielraum von vornherein in geringerem Maße und sähe danach, dass andere Unternehmen ihre Preise weiter erhöht haben, so hätte das Unternehmen auch höhere Preise wählen können, ohne Nachfrageverlust fürchten zu müssen. Das möglichst weite Ausnutzen des Handlungsspielraums der Unternehmen entspräche damit ihrem Ziel nach Gewinnmaximierung.

### c) Ergebnis

Die implizite Koordinierung wird durch das österreichische Modell somit wohl nicht durchbrochen werden. Die Preiserhöhungseinschränkung wird zwar die Preisstabilität erhöhen. Aber es besteht die Gefahr eines höheren Preisniveaus. Auch wird die Preisstabilität wohl geringer ausfallen als beim westaustralischen Modell. Schließlich sind tagsüber Preissenkungen möglich. Die für die Autofahrer positive Wirkung der Spritpreisverordnung erschöpft sich damit ebenfalls in einer Erhöhung der Markttransparenz in Folge geringerer Preisschwankungen. In dieser Wirkung wird die Verordnung auch durch die Datenaufbereitung der gemeldeten Kraftstoffpreise der *E-Control Austria* unterstützt.

### D. Schluss

Die Mineralölkonzerne haben eine marktbeherrschende Stellung auf den Tankstellenmärkten inne. Unter Berücksichtigung der Marktstrukturen sind die zyklischen Preisschwankungen Ausdruck der stillschweigenden Koordinierung. Preisregulierende Ansätze nach dem Vorbild des westaustralischen oder österreichischen Modells sind nicht zu empfehlen. Sie werden weder die implizite Koordinierung der Mineralölkonzerne durchbrechen noch die Kraftstoffpreise verringern.

der Republik Österreich II Nr. 190/2009. Im Unterschied zur aktuellen Regelung war der Zeitpunkt der Preiserhöhung 0 Uhr.

<sup>104</sup> BGBl. der Republik Österreich II Nr. 246/2011.

<sup>105</sup> Gesetzliche Grundlage ist § 2 Abs. 1 Preistransparenzverordnung, der besagt, dass die *Energie-Control Austria* standortbezogene Verbraucherabfragen vorzusehen und die günstigsten Preise in der näheren Umgebung bekanntzugeben hat.

<sup>106</sup> BWB Österreich, Treibstoffe (2009), S. 70.

<sup>107</sup> *Berninghaus/Hesch/Hildenbrand* Wirtschaftsdienst 2012, 46, 49; *Haucap/Müller* DICE Discussionpaper No. 47, S. 3. Sie kommen zu diesem Ergebnis anhand der Simulation eigener industrieökonomischer Modelle und einem Experiment.

<sup>108</sup> *Berninghaus/Hesch/Hildenbrand* Wirtschaftsdienst 2012, 46, 49.