



Anja Palatzke

Nachfragemacht im Kartellrecht –
Bewährungsprobe für den
More Economic Approach



PETER LANG

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	XIX
§ 1 Einführung.....	1
A. Der Nachfragewettbewerb im Kartellrecht.....	1
B. Impulse durch den More Economic Approach.....	3
I. Die Unterscheidung zwischen Gesamtwohlfahrts- und Konsumenten- wohlfahrtsstandard.....	4
II. Konfliktsituationen aufgrund der unterschiedlichen wettbewerbspoliti- schen Konzeptionen.....	5
1. Die Möglichkeit strengerer innerstaatlichen Rechts.....	5
2. Die Unverbindlichkeit der Leitlinien und Erklärungen.....	6
C. Thematische Abgrenzung.....	7
Erster Teil: Nachfragemacht und der Umgang mit ihr im More Economic Approach.....	9
§ 2 Nachfragemacht und ihre Ausprägungen.....	10
A. Entwicklung und Bedeutung in Theorie und Praxis.....	10
I. Entwicklung in Deutschland.....	11
II. Entwicklung auf europäischer Ebene.....	13
B. Definitionsansätze.....	15
I. Der Begriff „Macht“.....	15
1. Eine allgemeine Definition des Machtbegriffs.....	15
2. Macht im wirtschaftlichen Kontext.....	16
II. Nachfragemacht in den Definitionsansätzen der OECD.....	16
1. Ein erster Definitionsansatz.....	16
2. Der Definitionsansatz von 1998.....	17
III. Die Definition des Office of Fair Trading (OFT).....	18
IV. Definitionsansätze der Europäischen Kommission.....	19
1. Bestimmungskriterien in den Entscheidungen der Europäischen Kommission.....	19
2. Definitionsansätze in den Leitlinien.....	19
V. Zwischenergebnis.....	21

C.	Nachfragemacht in den kartellrechtlichen Tatbeständen	22
I.	Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen	23
1.	Grundlagen bezüglich wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen	23
a.	Horizontale Vereinbarungen	23
b.	Vertikale Vereinbarungen	24
2.	Einkaufskooperationen	25
a.	Grundlagen	25
b.	Einkaufskooperationen im deutschen Recht vor der 7. GWB-Novelle	26
c.	Einkaufskooperationen der Öffentlichen Hand	26
II.	Das Missbrauchsverbot	27
1.	Ausbeutungsmissbrauch	27
a.	Die Bedeutung des Ausbeutungsmissbrauchs in der Praxis	27
b.	Abgrenzungskriterien zur Bestimmung von Ausbeutungsmissbrauch	28
c.	Messverfahren zur Bestimmung unangemessener Preise	29
(1.)	Die Gewinnspanne	29
(2.)	Das Vergleichsmarktkonzept	30
(3.)	Probleme bei der Abgrenzung von Nachfragemacht	30
2.	Behinderungsmissbrauch	31
a.	Grundlagen	31
b.	Das Verhalten im Vertikalverhältnis als Grundlage für die Behinderung	31
c.	Die Behinderung der Konkurrenten	32
3.	Die Aufforderung oder Veranlassung zur Vorteilsgewährung nach § 20 Abs. 3 GWB	33
a.	Grundlagen und Schutzzweck	33
b.	Adressaten	34
c.	Auffordern oder Veranlassen zur Vorteilsgewährung	34
III.	Die Zusammenschlusskontrolle	36
1.	Grundlagen	36
2.	Die Beurteilung von Zusammenschlüssen	36
a.	Der Prüfungsmaßstab im Europäischen Recht	37
b.	Der Prüfungsmaßstab im deutschen Recht	38
D.	Praktische Beispiele	38
I.	Nachfragemacht in der Automobilindustrie	38
1.	Spezialisierung als Ursache für Nachfragemacht	39
2.	Marktkonzentration im Automobilsektor	40
II.	Die Nachfragemachtproblematik im Einzelhandel	41
1.	Die Marktsituation im Einzelhandel	41
2.	Die Sogwirkung von Vergünstigungen	42
III.	Staatliche Nachfragemonopole	43
1.	Der Telekommunikationsbereich	43

2. Der Bahnverkehr	44
3. Das Bestattungswesen	45
§ 3 Nachfragemacht aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht	46
A. Markt- und Nachfragemacht	46
I. Wettbewerb in der Marktwirtschaft	46
1. Wettbewerb als Gegenmacht zur Marktmacht.....	46
2. Marktversagen.....	48
3. Ein Mindestmaß an staatlicher Lenkung.....	49
II. Nachfragemacht in der Marktformenlehre.....	50
1. Die Marktformen nach Stackelberg	50
2. Die Marktformen nach Shepherd.....	51
B. Wirtschaftswissenschaftliche Modelle zur Erklärung von Nachfrage- macht	52
I. Das Polypol als Vergleichsbasis	53
II. Angebotsmacht.....	54
1. Auswirkungen des Monopols auf die Wohlfahrt.....	54
2. Das Oligopol	55
3. Gemeinsame Merkmale der Angebotsmacht.....	56
III. Modelle zur Erklärung von Nachfragemacht.....	56
1. Das Monopson-Modell zur Beschreibung von Nachfragemacht.....	57
a. Das Monopson	57
(1.) Das Verhalten des Monopsonisten.....	57
(2.) Marktstrukturvoraussetzungen.....	58
(3.) Auswirkungen	59
(4.) Marktstrukturveränderungen durch das Agieren eines Monopsonisten	60
b. Das Oligopson	62
c. Das bilaterale Monopol.....	63
d. Das bilaterale Oligopol	65
2. Nachfragemacht beschrieben durch verhandlungstheoretische Ansätze	66
a. Kritik am Monopson-Modell	67
b. Voraussetzungen für das Vorliegen nachfragebedingter Verhandlungs- macht	68
(1.) Die nicht-leistungsbezogene Preisdifferenzierung	68
(2.) Das Bestehen von Verhandlungsmacht	69
(3.) Konzentration auf der Anbieterseite	70
c. Auswirkungen von Nachfragemacht auf die Wohlfahrt.....	71
(1.) Weitergabe günstiger Konditionen	71
(2.) Wohlfahrtsverlust durch Konzentrationswirkung.....	72

(3.) Wohlfahrtsverlust durch den Waterbed Effect	72
3. Fazit	74
§ 4 Die Neuausrichtung der Europäischen Wettbewerbspolitik	75
A. Die Bedeutung der Wettbewerbspolitik	75
I. Die Definition des Begriffs „Wettbewerbspolitik“	75
II. Funktionen der Wettbewerbspolitik	76
1. Die Initiative für die Einführung von Wettbewerbsgesetzen	76
a. Die USA als Vorreiter	76
b. Europa zieht nach	77
2. Die Auslegung und Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Regelungen	79
III. Zielsetzungen und mögliche Konflikte	80
1. Wohlfahrtssteigerung als ökonomische Zielsetzung	80
a. Die Gesamtwohlfahrt	81
b. Die Konsumentenwohlfahrt	81
c. Vor- und Nachteile der beiden Konzepte	82
(1.) Argumente für den Konsumentenwohlfahrtsstandard	82
(a.) Praktische Erwägungen	82
(b.) Die schwächere Stellung des Konsumenten im Wettbewerb	83
(2.) Nachteile des Konsumentenwohlfahrtsstandards	84
2. Meta-ökonomische Erwägungen	85
a. Wirtschaftliche Freiheit und Fairness	85
b. Marktintegration	86
c. Der Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen	87
d. Soziale Erwägungen	88
3. Der Wettbewerb selbst als Ziel	88
a. Das Leitbild der vollständigen Konkurrenz als Ausgangspunkt	89
(1.) Grundlagen	89
(2.) Kritik	91
b. Die wohlfahrtsökonomischen Ansätze	91
(1.) Der funktionsfähige Wettbewerb	92
(a.) Der statische funktionsfähige Wettbewerb oder die Second Best Solution	92
(b.) Effective Competition	92
(c.) Das Workability-Konzept der Industrieökonomik	93
(d.) Die optimale Wettbewerbsintensität	94
(e.) Gegenargumente	95
(2.) Die Chicago School	97
(a.) Darstellung des Konzepts	97
(b.) Einwände gegen das Konzept	98

(3.) Die neuere Industrieökonomik.....	99
(a.) Eine Weiterentwicklung der klassischen Industrieökonomik.....	99
(b.) Kleine Einwände gegen das Konzept.....	100
c. Die systemorientierten Ansätze	100
(1.) Der Ordoliberalismus	101
(a.) Der Ordoliberalismus als Bestrebung gegen Monopole und Kartelle	101
(b.) Die weitgehende staatliche Kontrolle als Kritikpunkt.....	102
(2.) Die Wettbewerbsfreiheit	102
(a.) Hoppmanns Ansatz	102
(b.) Der ausgebauter Ansatz von Möschel und Herdzina	103
(c.) Kritik	104
4. Zwischenergebnis.....	105
 B. Entwicklung und Elemente des More Economic Approach.....	106
I. Die Ökonomisierung des Wettbewerbsrechts	106
1. Zeitliche Entwicklung	106
2. Aspekte des More Economic Approach.....	108
a. Die Berücksichtigung von Effizienzerwägungen	109
(1.) Der wirkungsbasierte Ansatz	109
(a.) Die wettbewerbswidrige Vereinbarung in Art. 101 Abs. 1 AEUV	109
(b.) Das missbräuchliche Verhalten in Art. 102 AEUV	110
(c.) Der SIEC-Test in Art. 2 FKVO	111
(2.) Die Ausdehnung des Effizienzeinwandes.....	112
(a.) Die Effizienzrechtfertigung in Art. 101 Abs. 3 AEUV	112
(b.) Die Ausdehnung auf Art. 102 AEUV	113
b. Der Konsumentenwohlstandsstandard.....	114
c. Die verstärkte ökonomische Analyse.....	115
(1.) Marktabgrenzung	116
(2.) Das Spürbarkeitskriterium des Art. 101 Abs. 1 AEUV	117
(3.) Die Marktverschiebung in Art. 102 AEUV	118
(a.) Der As Efficient Competitor-Test.....	118
(b.) Speziell zum Preiskampf.....	119
(4.) Marktkonzentration	120
(5.) Der SIEC-Test in der Zusammenschlusskontrolle.....	121
d. Fazit.....	122
3. Der More Economic Approach in der wettbewerbspolitischen Leit- bilddiskussion.....	122
a. Ähnlichkeiten und Unterschiede des More Economic Approach zu anderen Leitbildern	122
(1.) Effizienzerwägungen.....	122
(2.) Die Ausrichtung an der Konsumentenwohlfahrt	123
(3.) Die verstärkte ökonomische Analyse.....	123

b. Das Verhältnis zwischen More Economic Approach und Wettbewerbsfreiheit	124
(1.) Die Non-Dilemma-These Hoppmanns.....	124
(2.) Die Non-Dilemma-These im Hinblick auf den More Economic Approach	124
(a.) Die ablehnende Haltung Schmidts	125
(b.) Hellwigs Differenzierung.....	125
(c.) Kerbers konstitutionenökonomischer Ansatz	126
(d.) Stellungnahme	127
II. Nachfragemacht in den Leitlinien und Erläuterungen der Europäischen Kommission	128
1. Vertikale Vereinbarungen	128
a. Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen.....	129
(1.) Freigestellte Vereinbarungen	129
(2.) Die Marktstellung der Beteiligten.....	130
(a.) Die Rechtslage bis 2010.....	130
(b.) Die Änderungen durch die neue Gruppenfreistellungsverordnung 2010..	130
(3.) Kernbeschränkungen.....	132
(4.) Unwirksame Verpflichtungen	134
(5.) Fazit.....	135
b. Die individuelle Freistellung.....	135
(1.) Die Anwendbarkeit des Art. 101 Abs. 1 AEUV	136
(2.) Die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ..	136
(3.) Bestimmte vertikale Beschränkungen.....	137
(a.) Alleinvertrieb und Kundenbeschränkungen	137
(b.) Selektiver Vertrieb	138
(c.) Alleinbelieferung.....	139
(4.) Zwischenergebnis.....	140
2. Horizontale Vereinbarungen	140
a. Die Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV	141
(1.) Mögliche negative Auswirkungen durch Einkaufsvereinbarungen.....	141
(2.) Die Marktstellung der Beteiligten.....	142
b. Die Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV	142
3. Der Behinderungsmissbrauch	143
a. Grundlagen	143
b. Behinderungsmissbrauch durch Nachfragemacht.....	144
4. Die Zusammenschlusskontrolle	145
a. Die Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse	146
b. Die Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse	147

C. Die Verbindlichkeit des More Economic Approach.....	147
I. Verordnungen.....	147
II. Die Rechtsnatur der Leitlinien und Erläuterungen der Europäischen Kommission	147
1. Ungeschriebene Rechtsakte	148
2. Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien im Kartellrecht	148
a. Klarheit und Transparenz.....	148
b. Keine Verbindlichkeit	149
c. Faktischer Druck oder gar mittelbare Bindung?.....	150
(1.) Die Kompetenzverteilung im Europäischen Kartellrecht.....	150
(2.) Die Zusammenarbeit im Netz Europäischer Wettbewerbsbehörden.....	151
D. Der More Economic Approach aus Sicht der Rechtsprechung	152
I. Die Berücksichtigung von Effizienzerwägungen	152
1. Der wirkungsbasierte Ansatz	153
a. Die Entscheidung GlaxoSmithKline	153
(1.) Die Ansicht des Gerichts der Europäischen Union.....	153
(2.) Die Korrektur durch den Europäischen Gerichtshof	154
b. Die Entscheidung British Airways.....	154
c. Die Entscheidung Microsoft	155
2. Die Ausdehnung des Effizienzeinwandes.....	155
II. Die Orientierung an der Konsumentenwohlfaht.....	156
III. Der vermehrte Einsatz ökonomischer Analyseinstrumente.....	157
1. Die Marktabgrenzung.....	157
a. Die Entscheidung France Télécom	157
b. Die Entscheidung Soda Club II des deutschen Bundesgerichtshofs	157
c. Unterschiede zum Bedarfsmarktkonzept	158
2. Das Spürbarkeitskriterium des Art. 101 Abs. 1 AEUV	159
3. Die Marktkonzentration	160
4. Die Marktverschließung.....	160
IV. Stellungnahme	161

Zweiter Teil: Eine kritische Betrachtung des More Economic Approach vor dem Hintergrund der Nachfragemachtproblematik165

§ 5 Konzeptionelle Grundlagen und praktische Grenzen einer Effizienzorientierung 167

A. Die philosophische Rechtfertigung eines ökonomischen Effizienzziels ...	167
I. Der Utilitarismus als Basis für das ökonomische Effizienzziel.....	167
1. Die Orientierung an Handlungskonsequenzen.....	168
2. Die Steigerung des Glücks der Allgemeinheit.....	169

3.	Die Abkehr von der kardinalen Messbarkeit des Nutzens	170
a.	Das Pareto-Kriterium	171
(1.)	Die Voraussetzungen	171
(2.)	Das Pareto-Kriterium und der Marktmechanismus	171
b.	Das Kaldor-Hicks-Kriterium.....	172
(1.)	Der monetäre Vergleich	172
(2.)	Bewertung	173
4.	Unterschiede zwischen dem Nutzenprinzip und dem ökonomischen Effizienzkriterium	174
a.	Einkommenseffekte.....	174
b.	Unterschiede in der Nutzendefinition	175
5.	Kritik an Utilitarismus und Effizienz.....	176
a.	Messbarkeit und Vergleichbarkeit des Nutzens.....	176
(1.)	Die Einteilung in Bedürfniskategorien	177
(2.)	Die Berücksichtigung des Erfahrungsschatzes	178
(3.)	Das Verhalten als Bewertungsindikator.....	178
(4.)	Bewertung	179
b.	Die Rechte des Einzelnen.....	180
(1.)	Die Stellung des Individuums im Utilitarismus.....	180
(2.)	Ein „humanerer“ Utilitarismus?.....	181
(a.)	Allgemein anerkannte Nutzen maximierende Rechte.....	182
(b.)	Der Nutzen der freien Wahl.....	183
(c.)	Die Korrektur des Grundsatzes der Präferenzautonomie	184
(d.)	Bewertung	185
II.	Die Rechtfertigung eines ökonomischen Effizienzziels durch konsens- theoretische Ansätze.....	185
1.	Die Ungewissheit über die zukünftige Entwicklung	186
a.	Die Konsensvoraussetzungen	186
b.	Kritik	187
2.	Die völlige Unwissenheit	188
a.	Die Voraussetzungen	188
b.	Die Rückkehr zum Utilitarismus.....	189
3.	Folgerung	190
III.	Stellungnahme	191
B.	Die Effizienzorientierung in der praktischen Umsetzung.....	191
I.	Der Effizienzbegriff	192
1.	Begriffsbestimmung	192
2.	Effizienzarten	193
II.	Gesamt- oder Konsumentenwohlstandsstandard?	193
III.	Die Ermittlung von Effizienzauswirkungen	194
1.	Quantitative und qualitative Effizienzauswirkungen.....	194

a.	Quantitative Auswirkungen	195
b.	Qualitative Auswirkungen	195
2.	Die subjektive Wahrnehmung von Vor- und Nachteilen.....	196
a.	Einkommens-, Vermögens- und Besitzeffekte	197
b.	Die zeitliche Komponente.....	197
c.	Das Gesetz des abnehmenden Grenznutzens.....	198
3.	Die Erfassung der Drittbetroffenheit.....	198
4.	Der zeitliche Aspekt in der Effizienzbeurteilung.....	199
IV.	Stellungnahme	200
§ 6	Das bestehende Rechtssystem als Grenze der Effizienzorientierung	202
A.	Integrationsmöglichkeiten des More Economic Approach	202
I.	Der Normzweck der kartellrechtlichen Regelungen.....	202
1.	Der freie, unverfälschte und wirksame Wettbewerb.....	203
a.	Der Wettbewerbsschutz zur Errichtung eines Binnenmarktes	203
b.	Der freie Wettbewerb als Element der Wirtschaftspolitik.....	204
c.	Änderungen durch den Vertrag von Lissabon	205
2.	Der Schutz der Marktstruktur	206
3.	Der Verbraucherschutz.....	207
4.	Rückbestätigung der Ziele in den kartellrechtlichen Tatbeständen	207
II.	Die Integration des More Economic Approach ins Europäische Kartellrecht.....	208
1.	Die normative Ebene.....	209
2.	Die Ebene der Regelauslegung	210
a.	Effizienzorientierung und Konsumentenwohlstandsstandard	210
b.	Die Faktenanalyse als Element der Regelauslegung	210
B.	Rechtssicherheit und Entscheidungsqualität.....	211
I.	Die Vorteile eines hohen Rechtssicherheitsstandards	212
1.	Rule of Law und Rule of Reason	212
2.	Vor- und Nachteile der beiden Konzepte.....	213
a.	Die Eindämmung der Missbrauchsgefahr.....	213
b.	Die wohlfahrtsfördernde Wirkung wettbewerbswidriger Handlungen	214
c.	Die Einbeziehung der Kosten	215
(1.)	Höhere Entscheidungskosten	215
(2.)	Kosten für die Aufrechterhaltung der Unabhängigkeit.....	215
d.	Wohlfahrtsverluste durch sinkende Rechtssicherheit	216
e.	Die zeitliche Verzögerung der Entscheidung der Wettbewerbsbehörden	217
II.	Die Entscheidungsqualität des More Economic Approach	218
1.	Die Wahl des richtigen Modells.....	218

2. Die unvollständige Abbildung der Wirklichkeit.....	218
III. Stellungnahme.....	220
C. Grundrechtliche Grenzen für den More Economic Approach.....	221
I. Die Bindung der kartellrechtlichen Behörden an Grundrechte	221
1. Die richterrechtliche Entwicklung der Grundrechte	221
a. Die anfängliche Zurückhaltung.....	221
b. Die Anfänge eines europäischen Grundrechtsschutzes	222
2. Grundrechtsschutz im europäischen Primärrecht	223
a. Die grundsätzliche Anerkennung der Grundrechte.....	223
b. Aktuelle Entwicklungen im Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene.....	223
(1.) Die anfängliche Unverbindlichkeit der Charta der Grundrechte	223
(2.) Änderungen durch den Vertrag von Lissabon	225
II. Betroffene Grundrechte.....	226
1. Das Recht auf Wettbewerbsfreiheit	227
a. Die Wettbewerbsfreiheit als Marktteilnahmechance.....	227
b. Die Wettbewerbsfreiheit als subjektives Recht	228
(1.) Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	228
(2.) Die Wettbewerbsfreiheit in ausgewählten europäischen Staaten	230
(3.) Die Europäische Menschenrechtskonvention als Rechtsquelle.....	231
(4.) Die juristische Lehre	231
(5.) Die Wettbewerbsfreiheit als Teilaspekt der unternehmerischen Freiheit.....	232
(a.) Die Erläuterungen zum Entwurf der Charta der Grundrechte	232
(b.) Eine etwaige Eingriffsrechtfertigung über Art. 52 Abs. 1 GRC.....	234
(c.) Konsequenzen für den More Economic Approach.....	235
(d.) Kritische Stellungnahme	236
2. Die allgemeine Handlungsfreiheit	237
a. Anerkennung der allgemeinen Handlungsfreiheit im Europäischen Recht.....	237
b. Das Problem der Eingriffsrechtfertigung.....	238
3. Der Gleichheitsgrundsatz.....	238
a. Schutzbereich	239
(1.) Die Vergleichsgruppe in kartellrechtlichen Fällen	240
(2.) Die Ungleichbehandlung.....	240
(a.) Ungleichbehandlung durch eine einseitige Effizienzorientierung.....	240
(b.) Ungleichbehandlung aufgrund der Unverbindlichkeit des More Eco- nomic Approach	241
b. Rechtfertigung.....	242
(1.) Die Sicherstellung eines hohen Verbraucherschutzniveaus	243
(2.) Wirtschaftswachstum und Wettbewerbsfähigkeit als Unionsziele.....	244

§ 7 Die Vereinbarkeit von More Economic Approach und Nachfragemacht: Bewertung, Folgen und Lösungsansatz	245
A. Fazit zur Vereinbarkeit des More Economic Approach mit dem be- stehenden Rechtssystem.....	245
I. Effizienzorientierung.....	245
1. Die Effizienzorientierung auf der Tatbestandsebene.....	245
2. Effizienzargumente im Rahmen der Rechtfertigung	246
II. Der Konsumentenwohlstandsstandard.....	246
1. Keine alleinige Ausrichtung des Kartellrechts am Verbraucherschutz	246
2. Der Konsumentenwohlstandsstandard in der Rechtfertigung	247
a. Downstream-Märkte	247
b. Probleme hinsichtlich nachfrageseitiger Wettbewerbsbeeinträchti- gungen	247
III. Die ökonomische Analyse	248
B. Eine gerechtere Ökonomisierung des Kartellrechts.....	248
I. Per se-Regelungen mit Rechtfertigungsmöglichkeiten.....	249
II. Eine Differenzierung bei der Wahl des anzuwendenden Bewertungs- standards.....	250
III. Verbindliche Regelungen für mehr Rechtssicherheit	250
Literaturverzeichnis.....	251