Münchener Schriften zum Europäischen und Internationalen Kartellrecht 36

Markus Raeder

Der Schutz des Lieferanten als Marktgegenseite im Kartellrecht

Nomos

Stämpfli Verlag

https://doi.org/10.5771/9783845280332-1 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Münchener Schriften zum Europäischen und Internationalen Kartellrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Josef Drexl LL.M. (UC Berkeley)
Direktor Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, München

Band 36

https://doi.org/10.5771/9783845280332-1 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Markus Raeder

Der Schutz des Lieferanten als Marktgegenseite im Kartellrecht

Nomos

Stämpfli Verlag

https://doi.org/10.5771/9783845280332-1 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: München, LMU, Diss., 2016

ISBN 978-3-8487-3681-2 ((Nomos Verlag, Print)
ISBN 978-3-8452-8033-2 (Nomos Verlag, ePDF)

ISBN 978-3-7272-2193-4 (Stämpfli Verlag AG, Print)

Die Bände 1–34 sind beim Stämpfli Verlag erschienen.

1. Auflage 2017
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-1 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorwort

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München nahm die Arbeit im Sommersemester 2015 zur Promotion an. Literatur und Rechtsprechung befinden sich auf dem Stand Ende 2016.

Ein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Josef Drexl, der mir die gesamte Zeit über mit voller Unterstützung zur Seite stand. Er hatte die Idee für die Arbeit und hat ihr mit regelmäßigen Gesprächen und geduldigen Diskussionen zum Erfolg verholfen. Daneben hat er mir die Aufnahme in das Stipendienprogramm des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb ermöglicht. Damit war neben großzügigen monatlichen Zahlungen auch ein bestens ausgestatteter Arbeitsplatz im Herzen Münchens verbunden. Besonders schätze ich auch den beachtlichen Zuschuss zu den Druckkosten.

Ein weiterer Dank gebührt meinem damaligen Betreuer am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb Prof. Dr. Rupprecht Podszun. Für fachliche und andere Fragen hatte er immer ein offenes Ohr und auch eine praktische Antwort. Seine unabhängige Haltung ist Motivation genug, selbst und eigenständig zu denken.

Daneben danke ich Prof. Dr. Thomas Ackermann für die Erstellung des Zweitgutachtens und Prof. Dr. Reto Hilty für die Bereitschaft, die mündliche Prüfung mit abzunehmen.

Außerdem bedanke ich mich bei Prof. Dr. Gabriela von Wallenberg für die kritische Begleitung meiner juristischen Ausbildung und für regelmäßige Mahnungen, auch den Abschluss der Dissertation im Auge zu behalten.

Schließlich gilt mein Dank den Leserinnen und Lesern mit Blick für die Schwächen des Textes in der Korrekturphase: Mechtild Raeder, Dr. Stephan Raeder, Prof. Dr. Gabriela von Wallenberg, Dr. Roland Stürz und Dr. Eva-Marie König.

Die Dissertation ist dem Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb gewidmet.

München, Januar 2017 Dr. Markus Raeder

https://doi.org/10.5771/9783845280332-1 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783845280332-1 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis der englischsprachigen juristischen Zeitschriften 19

Einleitung 21

1. Kapitel: Defizite im Schutz des Lieferanten gegenüber dem Schutz des Verbrauchers 25

A) Defizite bei staatlicher Nachfrage 25
I. Klassischer Unternehmensbegriff 26
II. Einfluss der FENIN-Rechtsprechung auf den europäischen Unternehmensbegriff 28
1. Inhalt der FENIN-Rechtsprechung 28
2. Asymmetrische Beurteilung von Beschaffungs- und Angebotsmärkten 30
3. Auswirkungen des FENIN-Urteils auf den deutschen Unternehmensbegriff 30
a) Meinung 1: Der FENIN-Unternehmensbegriff ist ausnahmslos für das gesamte deutsche Kartellrecht zu übernehmen 31
b) Meinung 2: Der FENIN-Unternehmensbegriff hat auf das deutsche Recht keinen vollumfänglichen Einfluss. 31
(1) Unteransicht 1: Die deutsche Rechtsanwendung folgt weiterhin dem klassischen funktionalen Unternehmensbegriff. 32
(2) Unteransicht 2: Nur unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsklausel kann die deutsche Rechtsanwendung dem klassischen funktionalen Unternehmensbegriff folgen. 33
c) Keine Festlegung des BGH 33
d) Bundeskartellamt folgt klassischem deutschen Unternehmensbegriff 34

https://doi.org/10.5771/9783845280332-1 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4. Diskussion anhand mehrerer Thesen 34
a) These 1: Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 verbietet nicht, dass das GWB auch für zwischenstaatliche Sachverhalte einem strengeren Unternehmensbegriff folgt 34
(1) Anwendungsbereich des Kartellverbots 35
i) Wörtliche Auslegung 36
ii) Systematische Auslegung 36
iii) Historische Auslegung 37
iv) Teleologische Auslegung 38
(2) Effet utile 40
(3) Praktische Erwägungen gegen einen unbestimmbar weiten Anwendungsvorrang 41
(4) Fazit 42
b) These 2: Hinsichtlich des Missbrauchsverbots steht das Unionsrecht einem strengeren nationalen Unternehmensbegriff nicht entgegen 42
c) These 3: Das GWB folgt in seinen §§ 1, 2 GWB auch unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsklausel dem Unionsrecht 42
d) These 4: Der nationale Gesetzgeber sieht einen einheitlichen Unternehmensbegriff im GWB vor 45
e) These 5: § 130 Abs. 1 GWB schafft keinen eigenständigen Unternehmensbegriff für öffentliche Nachfrager 50
III. Zwischenergebnis 51

B) Unzureichender Lieferantenschutz in den Horizontalleitlinien 2011 52
I. Begriff der Horizontalleitlinien 52
II. Beurteilung von Einkaufskooperationen nach der Stellung der Parteien auf den Verkaufsmärkten 54
III. Höhere Hürden für eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Einkauf als im Verkauf 55
IV. 15 %-Schwelle des Marktanteils für wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen 59
V. Zwischenergebnis 64

https://doi.org/10.5771/9783845280332-1 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C) Unzulänglichkeiten des Lieferantenschutzes im Diskussions- und im Prioritätenpapier 64
I. Bedeutung des Diskussions- und des Prioritätenpapiers 65
II. Schutzzweckverschiebung in Richtung Konsumentenwohlfahrt 67
1. Unklare Positionierung der Kommission zum Schutzzweck 68
2. Zusammenhang der Mitteilungen mit dem more economic approach 70
3. Bindungswirkung der beiden Kommissionspapiere 72
4. Förderung eines Schutzzwecks der Konsumentenwohlfahrt auch in den übrigen Tatbeständen durch die Kommission 74
5. Betonung des Schutzes der Marktstruktur und des Wettbewerbs durch den EuGH 76
III. Zusätzliches Tatbestandsmerkmal des Verbrauchernachteils im Missbrauchsverbot 77
1. „Wettbewerbswidrige Marktverschließung“ 77
2. Grundlage dieser zusätzlichen Tatbestandsvoraussetzung 78
3. EuG bestätigt Kommission in GlaxoSmithKline 79
4. Verbindung von Wettbewerbsprozess und Konsumentenwohlfahrt in der EuGH-Rechtsprechung 80
5. Auswirkungen des Verbrauchernachteils auf vorgelagerte Anbieter 83
IV. Rechtfertigung lieferantenschädigender Verhaltensweisen mit Effizienzgewinnen 83
V. Zwischenergebnis 84

D) Nachfragemacht in den USA 85
I. Nachfragerelevante Strukturen des Antitrust Law 85
1. Sec. 1 Sherman Act (Kartellverbot) 86
2. Sec. 2 Sherman Act (Monopolisierungsverbot) 87
3. Einschränkung des Sherman Act durch die rule of reason 88
a) Rule of reason 88
b) Per se rule 89
4. Clayton Act 90

https://doi.org/10.5771/9783845280332-1 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Consumer welfare als Schutzzweck des Kartellrechts 91
1. Historische Entwicklung der Schutzzweckdiskussion 92
2. Bedeutung des consumer harm bei Wettbewerbsbeschränkungen auf Beschaffungsmärkten 95
3. Consumer welfare als prozesserhaltendes Schutzkonzept auf Beschaffungsmärkten 97
III. Übersicht zur Rechtsprechung auf Beschaffungsmärkten 101
1. Anwendung des Sec. 1 Sherman Act bei nachfragerelevantem Verhalten 101
2. Anwendung des Sec. 2 Sherman Act bei nachfragerelevantem Verhalten 105
3. Anwendung des Clayton Acts bei nachfragerelevanten Zusammenschlüssen 108
4. Zwischenergebnis 110

2. Kapitel: Ökonomische Auswirkungen von Nachfragemacht 111

A) Einleitung 111

B) Monopsonmodell 112
I. Allgemeine Darstellung 113
1. Prämissen des Monopsonmodells 113
a) Anonymer Tausch 113
b) Steigende Angebots-/Grenzkostenkurve 114
c) Elastizität des Angebots 115
2. Vergleich von Monopson und Monopol 117
3. Beispielhaftes Monopson im US-amerikanischen Profisport 118
II. Begriff der Monopsonmacht 120
III. Bestimmung von Monopsonmacht 121
IV. Auswirkungen von Nachfragemacht nach dem Monopsonmodell 123
1. Monopsonist und nachgelagerter Wettbewerb 124
a) Anwendungsbeispiele des Monopsonmodells in der Landwirtschaft 124
b) Der vorgelagerte Beschaffungsmarkt im Monopsonmodell 126
c) Der nachgelagerte Verkaufsmarkt im Monopsonmodell 127
d) Wohlfahrtswirkungen des Monopsonmodells 128

https://doi.org/10.5771/9783845280332-1 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Monopsonist und nachgelagerter Monopolist 129
3. Bilaterales Monopol 130
a) Cournotsche Monopollösung 130
b) Cournotsche Monopsonlösung 131
c) „Ausbeutungslösung“ 131
d) „Verhandlungslösung“ 133
e) Zwischenergebnis 133
f) Wettbewerbspolitisches Fördern von countervailing power? 134
(1) Ökonomische Idee der countervailing power 134
(2) Countervailing power in der Praxis 138
i) Bundeskartellamt 138
ii) Bundesgerichtshof 140
iii) EU-Kommission 142
iv) EuGH 143
v) Stellungnahme zum wettbewerbspolitischen Fördern von Gegenmacht 143
4. Oligopson 145
a) Vergleich mit dem Oligopol 145
b) Spiegelbildliche Betrachtung des Oligopsons 147
5. Nachfragekartell 149
a) Funktionsweise eines Nachfragekartells 150
b) Exkurs: Das Nachfragekartell nach dem Modell der Verhandlungsmacht 151
c) Die ökonomischen Auswirkungen des Nachfragekartells 152
d) Kritik an den Horizontalleitlinien 2011 der Kommission 154
(1) Beurteilung von Einkaufskooperationen nach der Stellung der Parteien auf den Verkaufsmärkten 157
(2) Höhere Hürden für eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Einkauf als im Verkauf 159
(3) 15 %-Schwelle des Marktanteils für wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen 160

https://doi.org/10.5771/9783845280332-1 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

6. Nachfragemächtiges Unternehmen und Kritik an der FENIN-Rechtsprechung 163
a) Ökonomische Auswirkungen eines nachfragemächtigen Unternehmens 163
b) Kritik an FENIN-Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff 164
(1) Vergleich staatlicher Nachfrage mit dem Einkaufsverhalten der Endverbraucher 165
(2) Aus ökonomischer Sicht gefährdet ein Monopson nicht den Wettbewerb 173
c) Zwischenergebnis 178

C) Modell der Verhandlungsmacht 179
I. Allgemeine Darstellung 179
1. Vergleich mit dem Monopsonmodell 179
2. Grundlagen des Modells der Verhandlungsmacht in der marktwirtschaftlichen Realität. 179
3. Definition von Verhandlungsmacht 181
4. Ermittlung von Verhandlungsmacht 183
a) Marktanteil 184
(1) Absolute Größe des Nachfragers 185
(2) Anteil des Nachfragers an einem spezifischen Absatzmarkt 187
(3) Relativer Anteil des Nachfragers am gesamten Absatzvolumen eines Lieferanten 188
b) Absatzalternativen 190
c) Drohpotential 190
d) Sonstiges 191
II. Auswirkungen 192
1. Allokative Effizienz 192
a) Niedrige Grenzkosten 194
b) Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt 194
c) Spiraleffekt 195
d) Wasserbetteffekt 197
e) Zwischenergebnis 201
f) Stellungnahme zu gesellschaftlichen Kosten von Nachfragemacht 202
2. Produktive Effizienz 203

https://doi.org/10.5771/9783845280332-1 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Dynamische Effizienz 204
a) Begriff der dynamischen Effizienz 204
b) Positive Auswirkungen auf dynamische Wettbewerbsparameter 204
c) Negative Auswirkungen auf dynamische Wettbewerbsparameter 207
(1) Produktvielfalt 207
(2) Qualität 208
d) Plädoyer für den Schutz des Wettbewerbsprozesses 211

D) Zusammenfassung des ökonomischen Teils 214

3. Kapitel: Normative Wertungen des Kartellrechts 217

A) Kartellrechtlicher Schutz des Nachfragewettbewerbs 218
I. Bedeutung von Nachfragewettbewerb 218
II. Nachfragewettbewerb als Schutzzweck des Kartellrechts 218
III. Eigenständiger Schutz des Nachfragewettbewerbs 220
1. Zweifelhafte Existenz eines Nachfragewettbewerbs 221
2. Fikentschers Streben nach Wirtschaftserfolg 222
3. Spiegelbildlicher Schutz des Nachfragewettbewerbs zum Angebotswettbewerb 223
4. Exkurs zu FENIN 225

B) Schutz des Wettbewerbsprozesses 228
I. Zunächst Schutz eines Systems Wettbewerb 229
1. Europa 229
a) Übergreifender Schutzzweck der Wettbewerbsregeln 229
b) Art. 101 AEUV – Kartellverbot 232
c) Art. 102 AEUV – Missbrauchskontrolle 233
d) Verschiebung des Schutzzwecks des Missbrauchsverbots in Richtung Verbraucherwohlfahrt 233
e) Fusionskontrolle 235
2. Deutschland 236
a) § 1 GWB – Kartellverbot 238
b) §§ 18 ff. GWB – Missbrauchskontrolle 240
c) §§ 35 ff. GWB – Zusammenschlusskontrolle 241

https://doi.org/10.5771/9783845280332-1 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

II. Verhältnis des Wettbewerbsprozesses zur Wettbewerbsfreiheit 242
1. Begriff der Wettbewerbsfreiheit 242
2. Bedeutung von „Schutz der Wettbewerbsfreiheit“ 243
3. Schwächen des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit 244
4. Prozessschützendes Verständnis als umfassendes Schutzkonzept 246
III. Verhältnis des Wettbewerbsprozesses zu den übrigen Zielen des Wettbewerbsrechts – Mittel zum Zweck 249
IV. Bedeutung des Wettbewerbsprozesses – Schutz seiner Funktionsbedingungen 254
1. Bedeutung der Wettbewerbsfreiheit für den Marktprozess 255
2. Der umfassende Schutz des Wettbewerbs 256
3. Funktionsbedingungen im Einzelnen 257
V. Zwischenergebnis 260

C) Wohlfahrtsförderung als kartellrechtlicher Schutzzweck – das „Ob" 261
I. Einleitung 261
II. Effizienz als Schutzzweck im europäischen Recht 263
1. Normative Anlage von Wohlstandsförderung in den allgemeinen Normen 263
2. Wohlstandsförderung in den kartellrechtlichen Normen 264
a) Art. 101 AEUV 264
b) Art. 102 AEUV 267
c) Fusionskontrolle 272
III. Effizienz als Schutzzweck im deutschen Recht 273
IV. Zwischenergebnis 275

D) Maßstab der Wohlstandsförderung – das „Wie“ 276
I. Ökonomischer Begriff der Effizienz 276
II. Maßstab der Wohlfahrtsförderung: Gesamt- oder Konsumentenwohlfahrt? 277
1. Gesamtwohlfahrt 278
2. Konsumentenwohlfahrt 279
III. Argumente für Gesamtwohlfahrt 279
1. Konsumentenwohlfahrtsstandard kann zu Effizienzverlusten führen 279

https://doi.org/10.5771/9783845280332-1 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Maßstab der Konsumentenwohlfahrt erhöht die Gefahr von false negatives 280
3. Auch Konsumenten sind über Unternehmensbeteiligungen an den Gewinnen der Produzenten beteiligt 282
a) Argument 282
b) Stellungnahme 282
4. Weiterreichen der Unternehmensgewinne an die Konsumenten steht langfristigen Verbraucherinteressen entgegen. 283
a) Argument 283
b) Stellungnahme 284
IV. Argumente für Konsumentenwohlfahrt 285
1. Geringes Bewusstsein der Konsumenten, durch kartellrechtswidriges Verhalten einen Schaden zu erleiden. 285
a) Argument 285
b) Stellungnahme 286
2. Vereinfachte Beurteilung von Zusammenschlüssen in der Praxis 287
3. Konsumentenwohlfahrt gewährleistet, dass Effizienzgewinne tatsächlich an nachgelagerte Marktstufen weitergegeben werden 288
a) Argument 288
b) Stellungnahme 288
V. Zwischenergebnis 289

4. Kapitel: Schutz der Marktgegenseite 291

A) Wortlaut 292
I. Die Ziele der Union ohne Aussage über einen Wohlfahrtsstandard 292
II. Art. 101 AEUV: Wohlfahrt der „Verbraucher“ 292
III. Missbrauchsverbot: objektive Rechtfertigungsmöglichkeit durch Effizienzvorteile 293
IV. Fusionskontrolle: Berücksichtigung von Effizienzen in vor- und nachgelagerter Richtung 294
V. Deutsches Kartellrecht folgt der normativen Entscheidung des europäischen Rechts 295

https://doi.org/10.5771/9783845280332-1 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

VI. Stellungnahme 297
B) „Verbraucher“ in Art. 101 Abs. 3 AEUV 297
I. Auslegung von „Verbraucher“ als unbestimmter Rechtsbegriff 297
II. Wörtliche Auslegung von „Verbraucher“ ohne eindeutigen Begriff 298
III. Historische Auslegung des Unionsrecht mangels Materialien nicht möglich 300
IV. Teleologische Auslegung 301
V. Kartellrecht als Verbraucherschutzrecht 302
VI. Argumentation für einen Verbraucherbegriff der Marktgegenseite 305
1. Ausgleichsfunktion der Effizienzeinrede 306
2. Symmetrischer Schutz von Angebots- und Nachfragemärkten 307
3. Verbraucher als jeder Dritter 308
4. Verbraucher als Marktgegenseite als Maßstab für Wettbewerbswirkungen 309
5. Consumer in der US-amerikanischen Schutzzweckdiskussion 311
VII. Verbraucherbegriff der herrschenden Meinung in Deutschland und Europa 314
1. Verbraucher als Abnehmer 314
2. Stellungnahme 315
VIII. Zwischenergebnis 316
C) Wohlfahrt erfasst Auswahl und Vielfalt 317
I. Unzulänglichkeiten des ökonomischen Effizienzbegriffs 317
1. Widerspruch der Effizienz zur kartellrechtlich intendierten Umverteilung 318
2. Vernachlässigung immaterieller und dynamischer Parameter 319
3. Ökonomische Effizienz als Partialmarktanalyse 320
4. Wohlfahrtsbegriff in den USA 320
5. Stellungnahme zu einem normativen Effizienzbegriff 325
II. Auswahl und Vielfalt als dynamischer Effizienzwert 326
1. Auswahl und Vielfalt als Rahmenbedingungen für Innovationen 326

https://doi.org/10.5771/9783845280332-1 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Auswahl und Vielfalt als Bestandteil von Qualität 329
a) Begriff der Qualität 330
b) Auswahl und Vielfalt als Merkmal von Qualität 330
c) Qualität als Teil der dynamischen Effizienz 332
3. Stellungnahme 333
III. Auswahl und Vielfalt als Teil der Effizienz in der kartellrechtlichen Praxis 333
IV. Stellungnahme zu einer Effizienzeinrede innerhalb des § 19 GWB 339
V. Zwischenergebnis 339

Schluss 340

Literaturverzeichnis 345

https://doi.org/10.5771/9783845280332-1 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783845280332-1 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY