

Markus Raeder

Der Schutz des Lieferanten als Marktgegenseite im Kartellrecht



Nomos



Stämpfli Verlag

**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

Markus Raeder

Der Schutz des Lieferanten als Marktgegenseite im Kartellrecht



Nomos



Stämpfli Verlag

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.

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 Drexel, 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: Mechtilde 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

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 Zwischenstaatlichkeitklausel kann die deutsche Rechtsanwendung dem klassischen funktionalen Unternehmensbegriff folgen.	33
c) Keine Festlegung des BGH	33
d) Bundeskartellamt folgt klassischem deutschen Unternehmensbegriff	34

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 strengerem 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 unbestimmbaren weiten Anwendungsvorrang	41
(4) Fazit	42
b) These 2: Hinsichtlich des Missbrauchsverbots steht das Unionsrecht einem strengerem 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 beziehungsorientierte Wettbewerbsbeschränkung im Einkauf als im Verkauf	55
IV. 15 %-Schwelle des Marktanteils für wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen	59
V. Zwischenergebnis	64

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

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 nachfragerlevantem Verhalten	101
2. Anwendung des Sec. 2 Sherman Act bei nachfragerlevantem Verhalten	105
3. Anwendung des Clayton Acts bei nachfragerrelevanten 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

2. Monopsonist und nachgelagerter Monopolist	129
3. Bilaterales Monopol	130
a) Cournotsche Monopollösung	130
b) Cournotsche Monopsonlösungen	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 Oligopson	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

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

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

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

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

Inhaltsverzeichnis

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

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

