

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
§ 1 Einführung	1
1. Teil: Die rechtlichen Grundlagen der Missbrauchsaufsicht	21
§ 2 USA.....	21
§ 3 Europäische Union und Deutschland.....	50
§ 4 Zwischensumme.....	103
2. Teil: Die ökonomischen Grundlagen der Missbrauchsaufsicht.....	109
§ 5 Wettbewerbstheoretische Grundkonzeptionen	112
§ 6 Neuere Ansätze	162
3. Teil: Das Zusammenspiel von Recht und Ökonomik.....	199
§ 7 Die verstärkt wirtschaftliche Betrachtungsweise der Europäischen Kommission	201
§ 8 Konsumentenwohlfaht als sinnvolles Leitbild der Rechtsanwendung?	209
§ 9 Ökonomische Theorie und Eigengesetzlichkeiten der Rechtsanwendung	230
4. Teil: Marktmacht	257
§ 10 Marktabgrenzung als überflüssiges Konstrukt der Rechtsanwendung?	259
§ 11 Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes	269

5. Teil: Verdrängungsmissbrauch.....	341
§ 12 Allgemeine Lehren.....	342
§ 13 Wettbewerbswidrige Kampfpreisstrategien.....	375
§ 14 Missbräuchliche Kundenbindung durch Rabattsysteme.....	515
6. Teil: Schluss.....	621
§ 15 Zehn Thesen zur Missbrauchsaufsicht.....	621
Literaturverzeichnis.....	629
Stichwort- und Namensverzeichnis.....	689

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXIII
§ 1 Einführung	1
A. Anlass und Ziel der Untersuchung	1
B. Präzisierung des Themas	12
I. Verzahnung von Kartellrecht und Ökonomik	13
II. Marktmacht	14
III. Verdrängungsmissbrauch	15
C. Gang der Untersuchung	18
1. Teil: Die rechtlichen Grundlagen der Missbrauchsaufsicht	21
§ 2 USA	21
A. Historische Wurzeln	21
I. Englisches Recht	21
II. US-amerikanisches Common Law	25
III. Die Antitrustgesetzgebung	27
B. Normen und Kontext	28
I. Sec. 2 Sherman Act	28
1. Grundlagen	28
2. Das Monopolisierungsverbot	29
3. Der Monopolisierungsversuch	31
4. Das Verbot der kollusiven Monopolisierung	32
II. Sondergesetzliche Tatbestände	33
1. Clayton Act und Federal Trade Commission Act	33
2. Robinson-Patman Act	34
III. Blick auf die Rechtsdurchsetzung	37
C. Schutzziele	38
I. Ausgangspunkt	39
1. Pluralismus	39
2. Monismus	41
II. Entwicklungslinien	42
1. Eindämmung der historischen Schutzziele	42
2. Konsumentenwohlfahrt als Rechtsbegriff	45
D. Ergebnis	49

§ 3 Europäische Union und Deutschland	50
A. Historische Wurzeln	50
I. Deutschland	50
1. Begründung der Kartelltradition	50
2. Die Freiburger Schule	55
3. Neuausrichtung der Wettbewerbspolitik.....	57
II. Blick auf die Traditionen anderer EWG-Gründerstaaten	60
1. Die strafrechtlichen Anfänge	60
2. Wettbewerbsrecht als Industriepolitik.....	61
3. Vom Preiskontroll- zum Wettbewerbsrecht.....	63
III. Die Entstehung der E(W)G-Wettbewerbsregeln	66
1. Ausgangslage	66
2. Der Spaak-Bericht.....	66
3. Die Verhandlungen zum EWGV	68
B. Normen und Kontext	73
I. Recht der Europäischen Union	73
1. Grundlagen.....	73
2. Beherrschende Stellung.....	74
3. Missbrauchstatbestand	76
II. Deutsches Recht.....	78
1. Grundlagen.....	78
a) Ausformung der Missbrauchsaufsicht.....	78
b) Verhältnis zum europäischen Wettbewerbsrecht	80
2. Beherrschende Stellung.....	82
3. Missbrauchstatbestand	82
III. Blick auf die Rechtsdurchsetzung.....	83
C. Schutzziele.....	85
I. Recht der Europäischen Union	86
1. Marktintegration.....	86
2. Wirksamer Wettbewerb	88
3. Verbraucherschutz und andere Wertungen	92
II. Deutsches Recht.....	94
1. Zielpluralismus als Ausgangspunkt	94
2. Schutz freier Wettbewerbsprozesse	95
3. Außerwettbewerbliche Erwägungen	100
D. Ergebnis.....	101
§ 4 Zwischensumme	103
A. Regelungstechnik	103
B. Normstruktur und Kontext	104
C. Schutzziele.....	106

2. Teil: Die ökonomischen Grundlagen der Missbrauchsaufsicht.....	109
§ 5 Wettbewerbstheoretische Grundkonzeptionen	112
A. Die Lehren der Klassik.....	112
I. Ausgangspunkt.....	112
II. Wettbewerb und Recht.....	112
III. Preisbildung	115
IV. Fazit	115
B. Neoklassik und Chicago School.....	116
I. Ausgangspunkt.....	116
II. Das neoklassische Fundament	117
1. Gleichgewichtstheorie.....	117
a) Grundlagen	117
b) Verhaltensannahmen	117
2. Preistheorie.....	120
a) Polypol.....	120
b) Monopol	121
c) Dominanter Preisführer	122
d) Fazit	122
3. Wohlfahrtstheorie.....	123
a) Grundlagen	123
b) Das Kaldor-Hicks-Kriterium	124
(1) Grundkonzept.....	124
(2) Kritik	125
4. Neuere Entwicklungen	126
a) Gesamtwohlfahrt vs. Konsumentenwohlfahrt.....	126
b) Die Verfeinerung des Effizienzbegriffs.....	129
(1) Produktionseffizienz	129
(2) Dynamische Effizienz	130
III. Das Wettbewerbskonzept der Chicago School.....	131
1. Grundlagen.....	131
2. Modellannahmen.....	132
3. Staat, Recht und Wettbewerb.....	132
IV. Bewertung.....	133
C. Das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs.....	135
I. Ausgangspunkt.....	135
II. Wettbewerb als Ziel-Mittel-Beziehung	136
III. Staat, Recht und Wettbewerb.....	138
IV. Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität.....	139
V. Bewertung.....	139
D. Die österreichische Tradition	141
I. Ausgangspunkt.....	141

II. Liberalismus.....	142
III. Prozessorientiertes Wettbewerbsverständnis	144
IV. Radikaler Subjektivismus	145
V. Systemtheorie.....	147
VI. Bewertung.....	149
E. Die ordoliberalen Denktradition.....	151
I. Ausgangspunkt.....	151
II. Wettbewerb und Ordnungsdenken.....	152
III. Das Leitbild der vollständigen Konkurrenz.....	153
IV. Staat, Recht und Wettbewerb.....	156
V. Bewertung.....	157
F. Ergebnis.....	159
§ 6 Neuere Ansätze	162
A. Moderne Industrieökonomik	162
I. Ausgangspunkt.....	162
II. Contestable-Markets-Theorie	163
1. Grundlagen	163
2. Folgerungen	164
3. Bewertung	165
III. Spieltheorie	168
1. Grundlagen.....	168
2. Folgerungen	171
3. Bewertung	172
IV. Entwicklungen in der Ökonometrie.....	173
V. Fazit	174
B. Neue Institutionenökonomik	175
I. Ausgangspunkt.....	175
II. Institutionen, Transaktionskosten und Wettbewerb.....	176
III. Folgerungen	179
IV. Bewertung.....	181
C. Experimentelle Ökonomik	183
I. Grundlagen.....	183
II. Folgerungen	184
1. Verfeinerung industrieökonomischer Erkenntnisse	184
2. Kritik am konventionellen Verhaltensmodell	185
III. Bewertung.....	186
D. Verhaltensökonomik	188
I. Grundlagen.....	188
II. Verhaltensanomalien	190
1. Eigennutztheorem	190
2. Informationserfassung.....	191
3. Entscheidungsmuster.....	192

III. Bewertung.....	193
E. Ergebnis.....	197
3. Teil: Das Zusammenspiel von Recht und Ökonomik.....	199
§ 7 Die verstärkt wirtschaftliche Betrachtungsweise der Europäischen Kommission	201
A. Ausgangspunkt	201
B. Das Diskussionspapier von 2005	203
I. Schutzzielverengung.....	203
II. Auswirkungsansatz	204
III. Neuere industrieökonomische Erkenntnisse/Effizienzeinrede	204
C. Die Prioritätenmitteilung von 2009	205
I. Verbraucherwohlfahrt als Kriterium der Priorisierung.....	205
II. Analysemaßstäbe	206
D. Ergebnis.....	208
§ 8 Konsumentenwohlfahrt als sinnvolles Leitbild der Rechtsanwendung?	209
A. Ausgangspunkt	209
B. Positive Analyse	210
I. Unionsrecht.....	210
1. Grenzen der Rechtsauslegung.....	210
2. Das British-Airways-Urteil des EuGH.....	213
a) Bestätigung des tradierten Schutzzwecks.....	213
b) Durchbrechung des Wettbewerbsprinzips.....	214
3. Folgerechtsprechung	215
4. Zwingt der Vertrag von Lissabon den Gerichtshof zu einer Kurskorrektur?.....	218
II. Deutsches Recht.....	218
C. Normative Analyse.....	220
I. Vorbemerkung	220
II. Wettbewerb als dynamischer Prozess	221
III. Inkonsistenzen des Mess- und Bewertungsverfahrens	222
IV. Handlungsfreiheit und Verbrauchernutzen.....	225
D. Ergebnis.....	228
§ 9 Ökonomische Theorie und Eigengesetzlichkeiten der Rechtsanwendung	230
A. Ausgangspunkt	230
B. Rezeption als kontinuierliche Aufgabe	231

I.	Grundsatz der Selektionsfreiheit.....	231
II.	Die Sachverstandsproblematik	235
1.	Grundlegung.....	235
2.	Ökonomen auf die Richterbank?.....	238
3.	Weitere Konzentration der Zuständigkeiten	241
C.	Antinomien im Kartellrecht.....	242
I.	Grundlegung	242
1.	Rechtstheorie.....	242
2.	Rechtsökonomik.....	244
II.	Konkretisierung	246
1.	Rechtsregeln, Per-se-Verbote und Einzelfallanalyse	246
2.	Rechtssicherheit und ökonomische Kriterien.....	250
3.	Zur Gewichtung von Typ-I- und Typ-II-Fehlern.....	252
D.	Ergebnis.....	255
4. Teil:	Marktmacht	257
§ 10	Marktabgrenzung als überflüssiges Konstrukt der Rechtsanwendung?	259
A.	Problemstellung.....	259
B.	Normierung unternehmensbezogener Kriterien?	260
C.	Direkte Messung von Marktmacht?	261
D.	Auswirkungsansatz statt Marktabgrenzung?.....	265
E.	Ergebnis.....	268
§ 11	Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes.....	269
A.	Grundlegung.....	269
I.	Problemstellung	269
II.	Tradierte Lehren	270
1.	Das klassische Bedarfsmarktkonzept.....	270
2.	Erweiterungen	273
3.	Das Konzept der Wirtschaftspläne.....	275
4.	Zwischenergebnis.....	278
III.	Modernere industrieökonomische Methoden	278
1.	Der SSNIP-Test.....	279
a)	Grundkonzept	279
b)	Empirische Implementierung	281
(1)	Preiselastizität der Nachfrage	281
(2)	Angebotssubstitution.....	284
c)	Anwendbarkeit in der Missbrauchsaufsicht?	284
2.	Partialanalytische empirische Konzepte	288
a)	Kreuzpreiselastizitäten und Diversion Ratios	288

b) Vergleichende Preisanalysen.....	290
3. Zwischenergebnis.....	293
IV. Wettbewerbspolitische Handlungsempfehlung	293
1. Erweitertes Bedarfsmarkt-konzept als Ausgangspunkt.....	293
2. Integrierung moderner ökonomischer Ansätze	294
B. Geltendes Recht.....	296
I. US-amerikanisches Antitrustrecht	296
1. Einführung.....	296
2. Die frühe Rechtsprechung des Supreme Court	296
3. Die Neufassung der Horizontal Merger Guidelines.....	300
4. Folgeentwicklung.....	301
a) Siegeszug des SSNIP-Tests?	301
b) Verfeinerung des tradierten Ansatzes.....	306
II. Europäisches Wettbewerbsrecht	309
1. Einführung.....	309
2. Der tradierte Ansatz	309
3. Die Bekanntmachung von 1997.....	312
4. Folgeentwicklung.....	314
a) Behutsame Rezeption modernerer Abgrenzungsverfahren	314
b) Quantitative Absicherung um jeden Preis?	321
III. Deutsches Kartellrecht.....	323
1. Einführung.....	323
2. Der tradierte Ansatz	323
3. Neuere Entwicklungen	327
C. Vergleichende Bewertung und Ergebnis.....	333
I. Sicht der Marktgegenseite als Ausgangspunkt	333
II. Angebotsumstellungsflexibilität als Korrektiv	334
III. SSNIP-Test und Monopolisierungsrecht	334
IV. Ökonomische Kriterien in der Markt-abgrenzung	335
V. Reformbedarf.....	338
5. Teil: Verdrängungsmissbrauch.....	341
§ 12 Allgemeine Lehren	342
A. Problemstellung.....	342
B. Tradierte Ansätze	342
I. Verdrängungsabsicht	342
II. Leistungswettbewerb	345
C. Wirkungsanalyse	348
I. Ausgangspunkt.....	348
II. Auswirkungen auf den Wettbewerbsprozess	349

III. Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt	350
IV. Das Konzept der wettbewerbswidrigen Marktverschließung	355
D. Blick auf den Marktbeherrscher	356
I. Ausgangspunkt.....	356
II. Ausschluss gleich effizienter Wettbewerber.....	357
III. Konzept des Gewinnopfers.....	360
IV. Betriebswirtschaftlich sinnloses Verhalten.....	362
E. Kombinationslösung.....	366
I. Ausgangspunkt.....	366
II. Wirkungsanalyse.....	368
1. Grundlagen.....	368
2. Grenzen	369
III. Analyse der Geschäftspraxis.....	370
1. Grundlagen.....	370
2. Effizienzanalyse.....	371
F. Ergebnis.....	373
§ 13 Wettbewerbswidrige Kampfpreisstrategien.....	375
A. Grundlegung.....	375
I. Problemstellung	375
II. Ökonomische Rationalität von Kampfpreistaktiken.....	377
1. Ältere Ansätze.....	377
2. Kampfpreise als Scheinproblem?.....	378
a) Preistheoretische Analyse.....	378
b) Empirische Studien.....	379
3. Moderne Erklärungsansätze.....	380
a) Reputation und Disziplinierung.....	381
(1) Moderne Industrieökonomik.....	381
(2) Experimentelle Ökonomik	382
(3) Verhaltensökonomik	384
b) Informationsasymmetrien im Finanzmarkt	385
c) Signalstrategien	386
d) Weitere Erklärungsansätze	387
4. Zwischenergebnis.....	388
III. Identifizierung von Kampfpreisstrategien	388
1. Tradierter Ansatz.....	389
2. Kostenbezogene Preisuntergrenzen	389
a) Der Areeda/Turner-Test	389
b) Weitere Kostenkriterien	392
(1) Durchschnittliche vermeidbare Kosten	392
(2) Durchschnittliche Gesamtkosten.....	394
(3) Langfristige durchschnittliche Grenzkosten.....	395

c)	Wirtschaftliche Rechtfertigungsgründe.....	396
(1)	Erschließung neuer Märkte.....	397
(2)	Kurzfristige Werbeaktionen	397
(3)	Anpassung an den Konkurrentenpreis.....	397
(4)	Angebote unter Einstandspreis im Handel	398
3.	Temporäre Verhaltensverbote.....	402
a)	Begrenzung der Ausbringungsmenge.....	402
b)	Preiserhöhungsverbot	403
c)	Qualifiziertes Preissenkungsverbot	404
4.	Kompensationsaussicht (recoupment)	405
a)	Grundkonzept	405
b)	Strenger Recoupment-Test	406
c)	Kritik und Alternativlösung: Der strukturelle Recoupment-Test.....	408
5.	Zwischenergebnis.....	410
IV.	Wettbewerbspolitische Handlungsempfehlung	411
1.	Unterkostenpreise.....	411
a)	Wirkungsanalyse	411
(1)	Grundlagen	411
(2)	Gestufter Ansatz.....	413
b)	Ökonomische Plausibilität der Preisstrategie	415
2.	Preise über den langfristigen durchschnittlichen Grenzkosten.....	417
a)	„Sicherer Hafen“?.....	417
b)	Hohe Nachweisanforderungen	418
B.	Geltendes Recht.....	418
I.	US-amerikanisches Antitrustrecht	418
1.	Einführung.....	418
a)	Utah Pie als abschreckendes Beispiel.....	418
b)	Brooke Group als Wendepunkt	420
2.	Verkauf unter Selbstkosten	422
a)	Kostenmaßstab	422
(1)	Vorgaben des Supreme Court	422
(2)	Rechtsprechung der Berufungsgerichte	424
(3)	Mechanische Regelanwendung.....	427
b)	Wirtschaftliche Rechtfertigungen.....	432
(1)	Anpassung an den Konkurrentenpreis.....	432
(2)	Sonstige Gründe.....	433
3.	Kompensationsaussicht.....	434
a)	Vorgaben des Supreme Court.....	434
b)	Folgerechtsprechung der Berufungsgerichte	435
(1)	Kompensationsaussicht als verfahrens- rechtlicher Filter.....	436

(2) Von der Chicago School zu Post-Chicago Economics?	439
4. Exkurs: Mischkalkulationen im Handel	443
II. Europäisches Wettbewerbsrecht	446
1. Einführung	446
2. Verkauf unter Selbstkosten	446
a) Die AKZO-Kriterien als Ausgangspunkt	446
b) Flexible Anwendung der Kostenregeln	447
(1) Umsatzspannen-Ansatz	448
(2) Hinwendung zum Maßstab der durchschnittlichen vermeidbaren Kosten	449
(3) Weitere Adaptionen	452
c) Der „Verdrängungsplan“	454
(1) Grundsatz	454
(2) Direkter Nachweis	454
(3) Indirekter Nachweis	456
d) Kompensationsaussicht	456
(1) Die Rechtsprechung des Gerichtshofs	456
(2) Die ambivalente Haltung der Kommission	459
3. Preisstellungen oberhalb der durchschnittlichen Gesamtkosten	462
a) Preisstrategien kollektiv marktbeherrschender Unternehmen	462
b) Kombinationssachverhalte	465
c) Systematisierung und Bewertung	467
4. Wirtschaftliche Rechtfertigungen	470
a) Grundlagen	470
b) Anpassung an den Konkurrentenpreis	472
c) Sonstige Gründe	475
5. Der verfeinerte Ansatz der Prioritätenmitteilung	476
a) Gewinnopfer	477
b) Wettbewerbswidrige Marktverschließung	478
c) Wirtschaftliche Rechtfertigungen	480
III. Deutsches Kartell- und Lauterkeitsrecht	480
1. Einführung	480
a) Systematisches	480
b) Der Fall der freien Tankstelle in Benrath	481
2. Missbräuchliche Kampfpreise	482
a) Grundlagen	482
b) Verkauf unter Selbstkosten	483
(1) Kostenmaßstab	483
(2) Gesamtabwägung	485
(3) Verlustkompensation	490

c) „Sicherer Hafen“ für Überkostenpreise?	491
d) Wirtschaftliche Rechtfertigungen	492
(1) Grundlagen	492
(2) Erschließung neuer Märkte, Werbeaktionen, Mischkalkulationen	492
(3) Anpassung an den Konkurrentenpreis	493
3. Das Verbot von Angeboten unter Einstandspreis	494
a) Ausgangspunkt	494
b) Normstruktur	496
(1) Adressatenkreis und Einstandspreis	496
(2) Sachliche Rechtfertigungen	497
c) Kritik	499
C. Vergleichende Bewertung und Ergebnis	503
I. Kostenabgrenzung vs. Gesamtabwägung	503
II. Anforderungen an den Kompensationsnachweis	506
III. Bedeutung wirtschaftlicher Rechtfertigungen	508
IV. Sonderrecht für Verkäufe unter Einstandspreis im Handel	510
V. Reformbedarf	512
1. Recht der Europäischen Union	512
2. Deutsches Recht	513
§ 14 Missbräuchliche Kundenbindung durch Rabattsysteme	515
A. Grundlegung	515
I. Problemstellung	515
II. Überblick über gebräuchliche Rabattarten	517
1. Bedingte Rabattsysteme	517
a) Treuerabatte	517
b) Umsatz-/Zielrabatte	518
c) Funktionsrabatte	519
2. Unbedingte Rabattsysteme	519
III. Wettbewerbstheoretische Analyse	520
1. Ältere Theorien	520
a) Früher Ordoliberalismus und nachfolgende Entwicklungen	520
b) Preistheoretische Analyse	522
2. Modernere Ansätze	523
a) Faktische Bindung durch Rabattsysteme?	524
(1) Ausgangspunkt	524
(2) Wettbewerbsschädliche Bindungswirkung?	526
(3) Empirische und experimentelle Erkenntnisse	529
(4) Zwischenergebnis	533
b) Bedingte Rabattsysteme	533

(1) Nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb	533
(2) Wettbewerbsfördernde Effekte	539
(3) Fazit	542
IV. Wettbewerbspolitische Handlungsempfehlung	543
1. Rabatte als Unterfall wettbewerbswidriger Kampfpreisstrategien	543
a) Erfasste Preisgestaltungen	543
b) Genereller Beurteilungsmaßstab?	544
2. Besonderheiten der Analyse bedingter Rabattsysteme	549
a) Wirkungsanalyse	549
b) Analyse der Geschäftspolitik	552
(1) Grundlagen	552
(2) Generelle Vermutung für das Bestehen eines prokompetitiven Zwecks?	553
B. Geltendes Recht	555
I. US-amerikanisches Antitrustrecht	555
1. Einführung	555
2. Unbedingte Rabatte	557
3. Funktions- und Stufenrabatte	558
4. Rückwirkende Rabatte	558
a) Marktabschottung	559
(1) Treuerabatte	559
(2) Umsatz-/Zielrabatte	562
b) Wirtschaftliche Rechtfertigungsgründe	568
II. Europäisches Wettbewerbsrecht	569
1. Einführung	569
2. Mengen- und Funktionsrabatte	572
3. Stufenrabatte	572
4. Rückwirkende Rabattsysteme	575
a) Marktabschottung	576
(1) Treuerabatte	576
(2) Umsatz-/Zielrabatte	577
b) Wirtschaftliche Rechtfertigungsgründe	585
c) Zwischenergebnis	586
5. Neuere Entwicklungen im Zuge der Prioritätenmitteilung	587
a) Vertiefung der Wirkungsanalyse	588
(1) Struktureller Auswirkungsansatz	588
(2) Verdrängung gleich effizienter Wettbewerber	592
b) Verfeinerung der Rechtfertigungsgründe	597

III. Deutsches Kartellrecht	597
1. Einführung.....	597
2. Mengen- und Funktionsrabatte	599
3. Stufenrabatte	600
4. Rückwirkende Rabattsysteme	600
a) Verdrängungseignung.....	600
(1) Treuerabatte	600
(2) Umsatz-/Zielrabatte.....	602
b) Sachliche Rechtfertigung.....	607
C. Vergleichende Bewertung und Ergebnis	608
I. Kampfpreis- vs. Vertriebsbindungsparallele	608
II. Rückwirkende Rabattsysteme.....	612
1. Verdrängungseignung	612
2. Bedeutung wirtschaftlicher Rechtfertigungen.....	615
III. Reformbedarf	618
1. Recht der Europäischen Union.....	618
2. Deutsches Recht	620
 6. Teil: Schluss	 621
§ 15 Zehn Thesen zur Missbrauchsaufsicht	621
 Literaturverzeichnis	 629
 Stichwort- und Namensverzeichnis	 689