

# 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 |

|  |    |
|--|----|
| 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 unbestimmbaren 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 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 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 |

|  |     |
|--|-----|
| 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 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 bezeichnete 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 |

|  |     |
|--|-----|
| 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 |