

Christopher F. Weidt

**Missbrauch relativer Nachfragemacht
in laufenden Geschäftsbeziehungen**

OPTIMUS

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Weidt, Christopher Ferdinand:

Missbrauch relativer Nachfragemacht in laufenden Geschäftsbeziehungen
ISBN 978-3-86376-188-2

Dissertation

Angenommen von der Fakultät III – Wirtschaftswissenschaften, Wirtschaftsinformatik und Wirtschaftsrecht – der Universität Siegen, Fachrichtung Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht.

Tag der Promotion: 13. Juli 2016

Amtierender Dekan: Prof. Dr. Volker Wulf

Erstgutachter: Prof. Dr. Peter Krebs

Zweitgutachter: Prof. Dr. Hannes Rösler, LL.M. (Harvard)

Alle Rechte vorbehalten

1. Auflage 2016

© Optimus Verlag, Göttingen

URL: www.optimusverlag.de

Printed in Germany

Papier ist FSC zertifiziert (holzfrei, chlorfrei und säurefrei,
sowie alterungsbeständig nach ANSI 3948 und ISO 9706)

Das Werk, einschließlich aller seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes in Deutschland ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter bei *Prof. Dr. Maximilian Becker* (Juniorprofessur für Bürgerliches Recht und Immaterialgüterrecht) und wurde im Sommersemester 2016 von der Fakultät für Wirtschaftswissenschaften, Wirtschaftsinformatik und Wirtschaftsrecht der Universität Siegen als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis Juni 2016 berücksichtigt.

Großer Dank gilt meinem hochverehrten Doktorvater *Prof. Dr. Peter Krebs*, der mich zu Beginn meines Studiums für die Rechtswissenschaft begeistern konnte und dessen einzigartiges Engagement entscheidend zum Gelingen der Arbeit beigetragen hat. Die konstruktiven Diskussionen und Anmerkungen haben – über die Dissertation hinaus – meine wissenschaftliche Ausbildung nachhaltig geprägt. *Prof. Dr. Hannes Rösler* danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Ferner möchte ich meinem Chef *Juniorprofessor Dr. Maximilian Becker* danken, der mir die Gelegenheit gegeben hat, meiner Leidenschaft der akademischen Lehre in besonderem Maße nachzugehen und mich gleichzeitig mit seinem Forschergeist inspiriert wie beeindruckt hat. Für die Unterstützung und freundschaftliche Atmosphäre in unserem Büro danke ich auch *Liubov Khomutovskaya*.

Der größte Dank gilt meiner Familie, insbesondere meinen Eltern *Margarete* und *Eckhard* sowie meiner Frau *Christina*, ohne deren Rückhalt, Unterstützung und Liebe die Promotion nicht möglich gewesen wäre. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Siegen, im August 2016

Christopher Weidt

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Abbildungsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	IX
Einleitung	1
Kapitel 1: Relative Nachfragemacht.....	5
A. Nachfragemacht als Verhandlungsungleichgewicht?	6
I. Nachfragemacht	6
1. Zwei verschiedene Definitionsansätze	7
a) Marktabgrenzung versus Beurteilung von Nachfragemacht..	7
b) Monopson-Modell	9
c) Verhandlungsmodell.....	13
aa) Einwände gegen das Monopson-Modell.....	13
bb) Kennzeichen des Verhandlungsmodells und Kritik.....	16
2. Ökonomische Wirkungen von Nachfragemacht	18
a) Effekte auf dem nachgelagerten Markt.....	18
aa) Wasserbetteffekt	19
aaa) Ansicht der Literatur	19
bbb) Stellungnahme	20
bb) Spiraleffekt	22
cc) Verdrängungseffekt.....	23
dd) Konzentrationseffekte von Nachfragemacht	24
aaa) Konzentrationsentwicklung und deren Ursachen.....	24
bbb) Auswirkungen auf die Endverbraucherpreise.....	27
ccc) Auswirkungen auf Nachfragemärkte	29
b) Effekte auf dem vorgelagerten Markt.....	31
aa) Abschottung von Lieferanten (Verschließungseffekt)...	31
bb) Konzentration des Zuliefermarktes.....	32
cc) Investitions- und Innovationsreduktion.....	33
dd) Qualitätsreduktion	35
ee) Verschlechterung von Arbeitsbedingungen	38
c) Schutzrichtung	39

aa) Institutions- und Wettbewerberschutz.....	39
bb) Schutz des vertikal abhängigen Unternehmens	40
aaa) Kein Schutz vertikal abhängiger Unternehmen	41
bbb) Erfassung von „Supplier Welfare“	42
ccc) Stellungnahme.....	43
3. Anwendung durch die Praxis	46
a) Europäische Organe	46
aa) Missbrauchsverbot	47
bb) Kartellverbot.....	47
cc) Zusammenschlusskontrolle.....	48
dd) Sonderbereich Lebensmittelhandel.....	50
b) Bundeskartellamt und Gerichte in Deutschland	51
aa) Die Entwicklung bis 2014.....	51
bb) Die Sektoruntersuchung	54
aaa) Zusammenschlusskontrolle	55
bbb) Missbrauchsaufsicht	56
c) Monopolkommission	57
4. Indizien für eine starke Verhandlungsposition.....	57
a) Faktoren für ein besseres BATNA des Nachfragers	58
aa) Größenvorteile	58
bb) Konzentration und Gatekeeper-Rolle	59
cc) Handelsmarkenstrategie bzw. Eigenproduktion.....	60
dd) Dynamik und Sättigung des Marktes.....	61
ee) Sanktionsmöglichkeiten	62
b) Faktoren für Marktmacht des Anbieters	62
aa) Produktstärke und Kundenerwartungen.....	62
bb) Machttransfer.....	64
cc) Alternative Vertriebswege	64
dd) Umstellungsflexibilität	65
c) Praktische Anwendung	66
5. Eigener Lösungsansatz.....	70
a) Trennung von Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle...	72
b) Praktische Handhabung	73
aa) Bezugspunkt der Verhandlungsmacht.....	73
bb) Umsetzbare Kriterien.....	74
aaa) Faktisch kein BATNA	76
bbb) Gegenseitige Umsatzanteile	77
ccc) Marktanteil des Zulieferers	81
ddd) Höhere als verkehrsübliche Vergünstigungen.....	83
cc) Zusammenfassung.....	84

dd) Umsetzung.....	85
c) Ergebnisoffene Bewertung.....	85
II. Relativität.....	86
1. Deutsches Kartellrecht	87
2. Europäisches Kartellrecht	87
B. Hypothetische Anwendung des Verhandlungsmodells.....	88
I. Das Verhandlungsmodell in Bezug auf „British Airways“	89
1. Behinderungsmissbrauch	90
2. Begründungsschwierigkeiten des Verhandlungsmodells	90
3. Anwendung nur bei vertikalem Missbrauch	93
II. Das Verhandlungsmodell in Bezug auf „Filtrona/Tabacalera“	94
III. Das Verhandlungsmodell in Bezug auf „Eisenbahnfahrzeuge“ ..	95
IV. Das Verhandlungsmodell in Bezug auf „CICCE“	97
V. Relative Marktmacht in der Unionsrechtsprechung	99
1. Essential Facilities und staatliche Monopole	99
2. Langfristige Liefervereinbarungen.....	101
3. Ersatzteilmärkte.....	101
4. Schlussfolgerung und Stellungnahme	103
C. Stellungnahme zur relativen Marktmacht.....	104
I. Vor- und Nachteile des Verhandlungsmodells.....	105
II. Enge Marktabgrenzung als Alternative?.....	106
III. Zusammenfassung und Entscheidung	107
IV. Gesetzliche Ausgestaltung	108
1. Grammatikalische Auslegung	109
2. Systematische Auslegung.....	111
3. Historische Auslegung	112
4. Teleologische Auslegung	112
5. Keine begrenzende Wirkung des Wortlautes	113
6. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	115
Kapitel 2: Missbrauch von Nachfragemacht	117
A. Behinderungs- und Diskriminierungsverbot, § 20 I GWB	117
I. Historische Entwicklung und Hintergrund.....	118
II. Schutzzweck der Norm.....	121
1. Institutions- und Wettbewerberschutz.....	122
2. Schutz des vertikal abhängigen Unternehmens.....	122
3. Tatbestand	123
a) Normadressaten	123
aa) Der europäische Unternehmensbegriff	124

bb) Der Staat als Unternehmen	125
aaa) Beibehaltung der deutschen Rechtstradition	128
bbb) Übertragung des europäischen Begriffs	129
ccc) Verschiedene Unternehmensbegriffe	130
ddd) Stellungnahme	131
b) Abhängigkeit wegen fehlender Ausweichmöglichkeiten ..	132
aa) Kleine und mittlere Unternehmen als Schutzobjekte ...	133
bb) Nachfrager auf einem bestimmten Markt	136
aaa) Besonderheiten im Lebensmitteleinzelhandel	138
bbb) Besonderheiten im Automobilbereich	143
ccc) Besonderheiten bei E-Books und Hörbüchern	144
c) Ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten	145
aa) Betrachtungsweise	145
bb) Selbstverschuldete Abhängigkeit	147
cc) Gegenseitige Abhängigkeit	149
dd) Fallgruppen	149
aaa) Angebotsbedingte Abhängigkeit	150
bbb) Nachfragebedingte Abhängigkeit	151
ee) Abhängigkeitsvermutung	153
4. Behinderungs- und Diskriminierungsverbot	155
a) Behinderung	156
b) Ungleichbehandlung gleichartiger Unternehmen	157
aa) Ungleichbehandlung	158
bb) Gegenüber gleichartigen Unternehmen	159
c) Sachliche Rechtfertigung	160
aa) Interessen der Beteiligten	160
bb) Interessen Dritter	162
cc) Gesetzgeberische Wertungen	163
d) Anwendungsfälle bei Nachfragemacht	165
aa) Bezugsverweigerungen	165
bb) Preis- und Konditionengestaltung	167
B. Anzapfverbot, § 20 II GWB	168
I. Systematik und Struktur	169
II. Veranlassen oder Auffordern	169
III. Gewährung von Vorteilen	170
IV. Ausnutzen der Marktstellung	171
V. Sachliche Rechtfertigung	171
1. Abwägungskriterien des Bundeskartellamtes	171
2. Kritik der Literatur	172
3. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf	174

4. Stellungnahme.....	174
C. Lösungsansatz: Black- und Grey List	176
I. Black List	177
1. Rückwirkende Konditionen Anpassungen	177
2. Ziel- und Treuerabatte.....	178
3. Gesetzliche Regelungen des Leistungsaustauschs	180
a) Zahlungsverzug.....	180
b) Strafzahlungen.....	181
aa) Schadensersatzpauschalen	182
bb) Vertragsstrafen	182
4. Hilfen für Inventur, Regalpflege und Preisauszeichnung.....	183
5. Meistbegünstigungsklauseln	185
6. Hochzeitsboni.....	186
II. Grey List	187
1. Eintrittsgelder bzw. Leistungsgebühren.....	188
a) BGH: Reine Willkürverbotsprüfung.....	190
b) BKartA: Enger Gleichbehandlungsgrundsatz.....	191
c) Stellungnahme	191
aa) Ausgestaltung.....	192
bb) Rechtfertigung	196
cc) Effekt	197
dd) Rechtsfortbildung	198
ee) Zusammenfassung.....	199
2. Werbekostenzuschüsse.....	200
3. Neueröffnungsboni.....	202
4. Regalmieten	202
III. Zusammenfassung	203
D. Daseinsberechtigung des § 20 GWB	203
E. Verhältnis der wettbewerbsschützenden Normen	205
I. Vorschriften des Europäischen Primär- und Sekundärrechts.....	205
1. Kollision der Missbrauchstatbestände.....	206
2. Verhältnis von Missbrauch und Kartellverbot	206
a) Eindeutige Fälle	207
b) Freistellung	208
aa) Freistellung und Verstoß gegen Art. 102 AEUV	208
bb) Freistellung und Verstoß gegen strengeres Recht.....	208
cc) Einfluss des Verhandlungsmodells	210
II. Vorschriften des GWB	211
III. Vorschriften des UWG	211
1. § 3 UWG iVm § 4a I UWG.....	212

Inhaltsverzeichnis

2. § 4 Nr. 4 UWG	213
F. Zusammenfassung.....	213
Kapitel 3: Weitergehender Handlungsbedarf.....	215
A. Notwendigkeit	215
B. Veränderung durch Anwendung des Verhandlungsmodells.....	217
I. Das Verhandlungsmodell als Aufgreifkriterium	218
II. Art. 102 AEUV und § 19 GWB als Eingreifkriterium	218
C. Ross-und-Reiter Problem.....	220
I. Freiwillige Ansätze	220
II. Geheimhaltungsanspruch.....	221
III. Auskunftsanspruch	222
IV. Insolvenzzrechtliche Lösung	223
V. Konzertierte Aktion.....	224
VI. Ombudsstelle.....	225
1. Vorbild Großbritannien.....	226
2. Umsetzung in Deutschland	226
VII. Ausschreibungspflicht	227
VIII. Auslistungssperre	228
1. Erfasste Unternehmen	229
2. Feststellung und Durchsetzung	230
3. Ausgestaltung	230
4. Kein „umgekehrter“ Missbrauch.....	232
5. Vorschlag einer Regelung	232
D. Zusammenfassung	232
Kapitel 4: Zusammenfassung in Thesen.....	235
Literaturverzeichnis	241
Entscheidungsübersicht	257
Stichwortverzeichnis	263

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1	Monopson.....	9
Abbildung 2	Funktionierender Wettbewerb	10
Abbildung 3	Wohlfahrtsverlust im Monopson	11
Abbildung 4	Konzentrationsentwicklung im Lebensmitteleinzelhandel (Food) von 1985 bis 2010	25
Abbildung 5	Verhandlungspotenzial des Nachfragers.....	67
Abbildung 6	Verhandlungspotenzial des Anbieters	68
Abbildung 7	Verhandlungspotenzial kumuliert.....	69
Abbildung 8	Bedenkliches und unbedenkliches Verhandlungsmacht-Ungleichgewicht.....	75