

SARAH LEGNER

Schadenstheorien
bei Nachfragemacht im
europäischen und deutschen
Kartellrecht

Beiträge zum Kartellrecht

3

Mohr Siebeck

Beiträge zum Kartellrecht

herausgegeben von

Michael Kling und Stefan Thomas

3



Sarah Legner

Schadenstheorien bei
Nachfragemacht im europäischen
und deutschen Kartellrecht

Mohr Siebeck

Sarah Legner; geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Tübingen; Rechtsreferendariat im Bezirk des OLG Stuttgart mit einer Station beim Bundeskartellamt; wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Tübingen; Richterin im Bezirk des OLG Stuttgart; 2019 Promotion; seit 2019 Habilitandin und wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Konstanz.

ISBN 978-3-16-158256-1 / eISBN 978-3-16-158257-8

DOI 10.1628/978-3-16-158257-8

ISSN 2626-773X / eISSN 2526-7748 (Beiträge zum Kartellrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar. D21

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/2019 von der juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Anfang März 2019 berücksichtigt werden.

Mein Dank gebührt allen, die zum Entstehen dieser Arbeit beigetragen haben. Allen voran bedanke ich mich herzlich bei meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Stefan Thomas. Während der Erstellung dieser Arbeit durfte ich an seinem Lehrstuhl als wissenschaftliche Mitarbeiterin tätig sein. Er war mir ein hervorragender Lehrer, der mein wissenschaftliches Arbeiten nachhaltig geprägt hat. Durch seine Anregungen hat er entscheidend zu dem Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Herrn Professor Dr. Roman Inderst danke ich für seine wertvollen Anmerkungen und die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Danken möchte ich ebenfalls Herrn Professor Dr. Michael Kling und Herrn Professor Dr. Stefan Thomas für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Beiträge zum Kartellrecht“.

Zum Dank verpflichtet bin ich ferner der Studienstiftung des deutschen Volkes sowie der Landesgraduiertenförderung Baden-Württemberg, welche mich durch ihre Promotionsstipendien bei der Erstellung dieser Arbeit großzügig unterstützt haben. Der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg, danke ich für ihre Förderung der Veröffentlichung der Arbeit.

Ein herzlicher Dank gebührt meiner ehemaligen Lehrstuhkollegin Frau Theresa Schlüssel-Kohlhäufl für eine tolle Bürogemeinschaft. Darüber hinaus danke ich Herrn Moritz Seeger und Frau Alexandra Bruch für die gemeinsame Organisation schöner Veranstaltungen des Jungen Forums Kartellrecht.

Schließlich danke ich meiner Familie für ihre stetige Begleitung und Unterstützung. Ihr ist die Arbeit gewidmet.

Konstanz, im August 2019

Sarah Legner

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Einführung	1
<i>A. Problemstellung und Zielsetzung der Arbeit</i>	1
<i>B. Gang der Untersuchung</i>	5
Teil 1: Grundlegung	9
<i>A. Einleitung</i>	9
<i>B. Schutzzweckpluralität des Kartellrechts</i>	10
I. Institutioneller Wettbewerbsschutz	10
II. Wohlfahrtsorientierte Schutzzwecke	12
1. Einleitung	12
2. <i>Total welfare</i>	13
3. <i>Consumer welfare</i>	15
4. <i>Supplier welfare</i>	16
<i>C. Befund von Nachfragemacht</i>	18
I. Das Problem	18
II. Nachfragemacht im Monopson-Modell	18
1. Funktionsweise von Monopson-Macht	18
2. Monopson-Macht außerhalb des Voll-Monopsons	19
3. Zusammenfassung	20
III. Nachfragemacht im Modell bilateraler Verhandlungen	20
1. Funktionsweise von Verhandlungsmacht	20
2. Abbruchoptionen	22
3. Zusammenfassung	23

Teil 2: Bewertung von Nachfragemacht in der Fusionskontrolle . . .	25
A. <i>Einleitung</i>	25
B. <i>Schutzzwecke der europäischen und deutschen Fusionskontrolle</i> . . .	25
I. Wettbewerbsprozess	25
II. <i>Consumer welfare</i>	29
III. <i>Supplier welfare</i>	35
1. Grammatikalische Auslegung	35
2. Historisch-genetische Auslegung	36
3. Systematische Auslegung	38
4. Teleologische Auslegung	43
5. Ergebnis	48
C. <i>Bewertung von Nachfragemacht im Modell bilateraler Verhandlungen</i> . . .	49
I. Methoden zur Bemessung von Verhandlungsmacht	49
1. Einleitung	49
2. Konzentration des Nachfragemarkts	51
a) Qualitative Betrachtung	51
aa) Marktanteilshöhen und -abstände auf Nachfrageseite	51
bb) Marktanteilshöhen und -abstände auf Lieferantenseite	53
cc) Ergebnis	54
b) Herfindahl Hirschman Index	54
3. Zugang zu nachgelagerten Absatzmärkten	55
4. Elastizität: Buyer Power Index	57
a) Berechnung	57
b) Aussagekraft	58
c) Ergebnis	59
5. Wettbewerbliche Nähe	59
a) Begriff	59
b) Aussagekraft	60
c) Qualitative Methoden	61
d) Quantitative Methoden	62
aa) Umlenkungskennziffer	62
bb) Downward Pricing Pressure-Analyse	64
(1) Berechnung	64
(2) Eignung	65
cc) Gross Downward Pricing Pressure Index	66
6. Fazit	67
II. Nachfragemarktbeherrschung	68
1. Begriff der Nachfragemarktbeherrschung	68
a) Das Problem	68
b) Bilaterale Verhandlungsmacht	70

c) Marktbezug	73
aa) Relative Preishöhe	73
bb) Unverzichtbarkeit	75
cc) Zusammenfassung	76
d) Folge für die Anwendung des Marktbeherrschungsregelbeispiels	78
2. Ermittlung einer Nachfragemarktbeherrschung	79
a) Marktkonzentration	79
b) Zugang zu nachgelagerten Absatzmärkten	81
c) Wettbewerbliche Nähe	82
d) Fazit	83
III. Anwendung des SIEC-Kriteriums	84
1. <i>Consumer harm</i>	84
a) Das Problem	84
b) Auswirkungen von Verhandlungsmacht auf die <i>consumer welfare</i>	85
aa) Spiraleffekt	85
bb) Preisdiskriminierung	87
(1) Wasserbetteffekt	87
(a) Effekt	87
(b) Ökonomische Erklärungen	88
(c) Fazit	90
(2) Mittelbare Abschwächung der Preisdiskriminierung	90
(a) Effekt	90
(b) Ökonomische Erklärungen	91
(c) Fazit	92
c) Ermittlung eines <i>consumer harm</i>	92
aa) Das Problem	92
bb) Prognosezeitraum und -wahrscheinlichkeit	93
(1) Das Problem	93
(2) Prognosezeitraum	95
(3) Prognosewahrscheinlichkeit	96
cc) Prognose eines Spiraleffekts	97
(1) Bemessung der Verhandlungsmacht der fusionierten Einheit	97
(2) Betrachtung der wettbewerblichen Situation auf dem Absatzmarkt	98
(a) Das Problem	98
(b) Marktstrukturen	99
(c) Wettbewerbliche Nähe	100
(aa) Qualitative Ermittlung	100
(bb) Quantitative Ermittlung	100
(3) Fazit	101
dd) Prognose einer Preisdiskriminierung	101
ee) Prognose eines Zweitrundeneffekts	102
(1) Das Problem	102

(2) Methoden	103
(a) Marktanteilssymmetrie auf Nachfrageseite	103
(b) Marktanteilssymmetrie auf Lieferantenseite	105
(c) Zugang zu nachgelagerten Absatzmärkten	106
(d) Wettbewerbliche Nähe	107
(3) Fazit	108
2. Dynamische Ineffizienz	108
a) Das Problem	108
b) Auswirkungen von Verhandlungsmacht auf Produktqualität und -vielfalt	109
aa) Nachteilige Auswirkungen	109
bb) Positive Auswirkungen	111
cc) Fazit	113
c) Ermittlung dynamischer Ineffizienz	113
aa) Das Problem	113
bb) Prognose	113
cc) Fazit	118
<i>D. Bewertung von Nachfragemacht im Monopson-Modell</i>	120
I. Methoden zur Bemessung von Monopson-Macht	120
1. Einleitung	120
2. Marktkonzentration	120
a) Qualitative Betrachtung der Marktanteilshöhen und -abstände	120
b) Herfindahl Hirschman Index	122
3. Elastizität: Buyer Power Index	122
4. Wettbewerbliche Nähe	123
a) Begriff	123
b) Qualitative Methoden	124
c) Quantitative Methoden	125
aa) Umlenkungskennziffer	125
bb) Downward Pricing Pressure-Analyse, Gross Downward Pricing Pressure Index	126
5. Fazit	127
II. Nachfragemarktbeherrschung	128
1. Begriff der Nachfragemarktbeherrschung	128
2. Ermittlung einer Nachfragemarktbeherrschung	128
a) Marktkonzentration	128
aa) Qualitative Betrachtung	128
bb) Herfindahl Hirschman Index	130
b) Elastizität: Buyer Power Index	131
c) Wettbewerbliche Nähe	132
d) Fazit	132

III. Anwendung des SIEC-Kriteriums	133
1. <i>Consumer harm</i>	133
a) Das Problem	133
b) Wirkung von Monopson-Macht auf dem nachgelagerten Absatzmarkt	134
c) Ermittlung eines <i>consumer harm</i>	136
2. Dynamische Ineffizienz	136
a) Das Problem	136
b) Auswirkungen von Monopson-Macht auf Produktqualität und -vielfalt	137
c) Ermittlung dynamischer Ineffizienz	138
E. <i>Effizienzen: Ambivalenz der Verdrängungswirkung von Verhandlungsmacht</i>	139
I. Das Problem	139
II. Effizienzverständnis der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle	142
III. <i>Recoupment</i>	146
1. Das Problem	146
2. Eignung	147
3. Darlegungs- und Beweislast	148
Teil 3: Bewertung von Nachfragemacht im Missbrauchsrecht	151
A. <i>Einleitung</i>	151
B. <i>Schutzzwecke des europäischen und deutschen Missbrauchsrechts</i>	151
I. Wettbewerbsprozess	151
II. <i>Consumer welfare</i>	153
III. <i>Supplier welfare</i>	158
1. Grammatikalische Auslegung	158
2. Historisch-genetische Auslegung	163
3. Systematische Auslegung	166
4. Teleologische Auslegung	168
5. Ergebnis	172
C. <i>Behinderungsmissbrauch</i>	173
I. Das Problem	173
II. Behinderung	174
III. Unbilligkeit der Behinderung	175
1. Das Problem	175
2. <i>Consumer harm</i>	176
3. Dynamische Ineffizienz	181
4. Fazit	182

<i>D. Missbrauch ohne Preisdiskriminierung</i>	183
I. Das Problem	183
II. <i>Consumer harm</i>	186
III. Dynamische Ineffizienz	186
IV. Abstrakte Diskriminierungsgefahr	187
V. Fazit	190
Teil 4: Schlussfolgerungen	193
Literaturverzeichnis	203
Sachregister	219

Abkürzungsverzeichnis

10th Cir.	United States Court of Appeals for the Tenth Circuit
1st Cir.	United States Court of Appeals for the First Circuit
2d Cir.	United States Court of Appeals for the Second Circuit
6th Cir.	United States Court of Appeals for the Sixth Circuit
7th Cir.	United States Court of Appeals for the Seventh Circuit
9th Cir.	United States Court of Appeals for the Ninth Circuit
a. F.	alte Fassung
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union in der seit dem 1.12.2009 geltenden Version des Vertrags von Lissabon
AG	Amtsgericht
Akron L. Rev.	Akron Law Review
Am. Econ. Rev.	American Economic Review
Antitrust Bull.	The Antitrust Bulletin
Antitrust L.J.	Antitrust Law Journal
Art.	Artikel (Singular)
Artt.	Artikel (Plural)
Az.	Aktenzeichen
B.	Beschluss
B.U.L. Rev.	Boston University Law Review
BB	Betriebsberater
BeckOK	Beck'scher Onlinekommentar
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BMWi	Bundesminister für Wirtschaft und Technologie
BPI	Buyer Power Index
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
bzw.	beziehungsweise
Cal. L. Rev.	California Law Review
CC	Competition Commission
Civ. Act.	Civil Action
CompLRev	The Competition Law Review
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
D. Conn.	United States District Court for the District of Connecticut

D.D.C.	United States District Court for the District of Columbia
d. h.	das heißt
dass.	dasselbe
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/n
Diss.	Dissertation
E.C.J.	European Competition Journal
E.C.L.R.	European Competition Law Review
EAGCP	European Advisory Group on Competition Policy
ECLI	European Case Law Identifier
Econ. Inq.	Economic Inquiry
Econ. J.	Economic Journal
EG	Europäische Gemeinschaft/EG-Vertrag in der von dem 1.2.2003 bis zu dem 30.11.2009 geltenden Version des Vertrags von Nizza
EL	Ergänzungslieferung
et al.	et alii/et aliae/et alia (lat. und andere)
EuG	Gericht erster Instanz der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
Eur. Econ. Rev.	European Economic Review
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f., ff.	folgend/e
FTC	Federal Trade Commission
FS	Festschrift
F.Supp.	Federal Supplement
F.Supp.2d	Federal Supplement, Second Series
F.Supp.3d	Federal Supplement, Third Series
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e. V.
FK	Frankfurter Kommentar
FKVO	Fusionskontrollverordnung
Fn.	Fußnote
Geo. L.J.	The Georgetown Law Journal
Geo. Mason L. Rev.	George Mason Law Review
Ger. Law J.	German Law Journal
ggfs.	gegebenenfalls
GUPPI	Gross Upward Pricing Pressure Index
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Habil.	Habilitation
Hastings Bus. L.J.	Hastings Business Law Journal
HHI	Herfindahl Hirschman Index
Hrsg.	Herausgeber
i. S. d.	im Sinne der/des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
J. Ind. Compet. Trade	Journal of Industry, Competition & Trade
J. Ind. Econ.	Journal of Industrial Economics
J. Law Econ.	Journal of Law & Economics

J. Rev. Global Econ.	Journal of Reviews on Global Economics
J.C.L.E.	Journal of Competition Law and Economics
J.E.C.L.&P.	Journal of European Competition Law & Practice
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
Kommission	Europäische Kommission
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
lit.	littera (lat. Buchstabe)
Loy. U. Chi. L.J.	Loyola University Chicago Law Journal
LS	Leitsatz
N.D. Cal.	United States District Court for the Northern District of California
N.D. Ill.	United States District Court for the Northern District of Illinois
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	number
Nr.	Nummer
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OLG	Oberlandesgericht
Rand J. Econ.	Rand Journal of Economics
Research in L. & Econ.	Research in Law and Economics
Rev. Econ. Stud.	Review of Economic Studies
Rev. Ind. Organ.	Review of Industrial Organization
RG	Reichsgericht
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rss.	Rechtssachen
S.	Seite
scil.	scilicet (lat. nämlich)
SIEC	significant impediment to effective competition
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz
sog.	sogenannte/r/n
UK	United Kingdom
U. Miami L. Rev.	University of Miami Law Review
UPP-Analyse	Upward Pricing Pressure-Analyse
Urt.	Urteil
U.S.	United States/United States Supreme Court
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von/vom/versus (lat. gegen)
verb.	verbundene
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
W.D. Va.	United States District Court for the Western District of Virginia
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis

WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
z. B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
zugl.	zugleich
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht/Journal of Competition Law

Im Übrigen wird auf das „Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache“ von *Hildebert Kirchner* und *Cornelie Butz*, 6. Auflage, Berlin 2015, sowie für die Zitierweise U.S.-amerikanischer Materialien auf „The Bluebook: A Uniform System of Citation“ der *Columbia, Harvard, University of Pennsylvania and Yale Law Reviews* und der *Harvard Law Review Association*, 20. Auflage 2015 verwiesen.

Einführung

A. Problemstellung und Zielsetzung der Arbeit

Die europäischen und deutschen Wettbewerbsregeln adressieren Unternehmen nicht nur als Anbieter, sondern auch als Nachfrager.¹ Art. 102 AEUV führt als Regelbeispiel des Marktbeherrschungsmisbrauchs das Erzwingen unangemessener „Einkaufspreise“ an. §§ 19, 20 GWB verbieten ebenfalls missbräuchliches Verhalten von Unternehmen „als Nachfrager“. Auch die Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle erfassen erhebliche Behinderungen wirksamen Wettbewerbs sowohl auf Angebots- als auch auf Nachfragemärkten.²

¹ In einigen Konstellationen ist umstritten, ob Nachfragetätigkeit dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff unterfällt. Namentlich bei Beschaffungsvorgängen der öffentlichen Hand und der Sozialversicherungsträger kam im EU-Kartellrecht die Frage auf, ob der Staat dabei als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne handelt. Die europäischen Gerichte befanden, dass Nachfrage, die nicht der Vorbereitung einer nachfolgenden Angebotstätigkeit diene, sondern nichtwirtschaftliche Zwecke verfolge, nicht dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff unterfalle, vgl. EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-205/03 P, ECLI:EU:C:2006:453, Rn. 26 – „FENIN/Kommission“: „Das Gericht hat (...) zutreffend abgeleitet, dass bei der Beurteilung des Wesens der Einkaufstätigkeit der Kauf eines Erzeugnisses nicht von dessen späterer Verwendung zu trennen ist und dass der wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit bestimmt.“ Klammerzusatz nur hier.; EuG, Urt. v. 4.3.2003, Rs. T-319/99, ECLI:EU:T:2003:50, Rn. 37 – „FENIN/Kommission“: „Kauft eine Einrichtung ein Erzeugnis – auch in großen Mengen – nicht ein, um Güter oder Dienstleistungen im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit anzubieten, sondern um es im Rahmen einer anderen, z.B. einer rein sozialen, Tätigkeit zu verwenden, so wird sie demnach nicht schon allein deshalb als Unternehmen tätig, weil sie als Käufer auf einem Markt agiert. Zwar trifft es zu, dass eine solche Einrichtung eine erhebliche Wirtschaftsmacht auszuüben vermag, die gegebenenfalls zu einem Nachfragemonopol führen kann. Das ändert jedoch nichts daran, dass sie, soweit die Tätigkeit, zu deren Ausübung sie Erzeugnisse kauft, nichtwirtschaftlicher Natur ist, nicht als Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft handelt und daher nicht unter die in Artikel 81 Absatz 1 EG und 82 EG vorgesehenen Verbote fällt.“ Ob diese Grundsätze auch im deutschen Kartellrecht greifen, hat der BGH bisher offen gelassen, vgl. BGH, B. v. 19.6.2007, Az. KVR 23/98, WuW/E DE-R 2161, 2163 – „Tariftreueerklärung III“; BGH, Urt. v. 6.11.2013, Az. KZR 58/11, WuW/E DE-R 4037, 4044 – „VBL-Gegenwert“.

² Kommission, 3.2.1999, Fall IV/M.1221, ABl. EG 1999 Nr. L 274, S. 1, 11 ff. Rn. 71 ff. –

Während Angebotsmacht einem Unternehmen ermöglicht, die Verkaufspreise zu erhöhen, kann ein Nachfrager seinen unabhängigen Verhaltensspielraum nutzen, um die Einkaufspreise zu senken. Deshalb ist es möglich, dass sowohl Angebots- als auch Nachfragemacht der Wohlfahrt der Marktgegenseite, also der *consumer welfare* auf dem Angebotsmarkt bzw. der *supplier welfare* auf dem Nachfragemarkt, schadet. Diese ökonomische Erkenntnis spricht auf den ersten Blick dafür, Nachfragemacht in der Fusionskontrolle und im Missbrauchsrecht spiegelbildlich zu Angebotsmacht zu behandeln.

Jedoch kann ein marktmächtiger Nachfrager seine Einkaufsvorteile unter Umständen nutzen, um die Verkaufspreise auf dem nachgelagerten Absatzmarkt zu reduzieren,³ was die *consumer welfare* vergrößert. Diesen ökonomischen Zusammenhang greifen die europäische und deutsche Spruchpraxis auf, wenn sie Nachfragemacht als *countervailing power*, die angebotsseitige Marktmacht neutralisieren kann, bezeichnen.⁴ Hinzu kommen ambivalente Auswirkungen von Nachfragemacht auf die Wettbewerber: Herrscht auf dem Beschaffungsmarkt ein einheitliches Preisniveau, so profitieren die Konkurrenten des marktmächtigen Nachfragers ebenfalls von reduzierten Einkaufspreisen. Erhält jedoch ausschließlich der marktmächtige Nachfrager geringere Preise, werden die Wettbewerber mitunter durch eine *upstream price discrimination* verdrängt.

Bereits diese beiden beispielhaften Erwägungen verdeutlichen, dass die Folgen von Nachfragemacht für Wettbewerb und Wohlfahrt keineswegs den angebotsseitigen *theories of harm* „unter umgekehrten Vorzeichen“ entsprechen. Nachfragemacht kann daher nicht schlicht spiegelbildlich zu Angebotsmacht bewertet werden. Für die Anwendung von Zusammenschlusskontrolle und Missbrauchsrecht auf Nachfragemärkte sind vielmehr eigenständige *theories of harm* zu entwickeln. Anknüpfungspunkt dafür bildet der Befund von Nachfragemacht. Denn die ökonomischen Effekte von Nachfragemacht hängen davon ab, wie es dem Nachfrager gelingt, die Einkaufspreise zu verringern. Hat er Monopsonmacht, so erreicht er geringere Einkaufspreise, indem er weniger einkauft. Das Monopson-Modell geht davon aus, dass auf dem Markt ein einheitliches Preisniveau herrscht, so dass sämtliche Wettbewerber des marktmächtigen Nachfra-

„Rewe/Meinl“; Kommission, 25.1.2000, Fall COMP/M.1684, Rn. 14 ff. – „Carrefour/Promodes“; BKartA, 31.3.2015, Az. B2-96/14, Rn. 733 ff. – „EDEKA/Tengelmann“.

³ *Nihoul/Lübbig*, 2 J.E.C.L.&P. 2011, 107, 107.

⁴ Kommission, 19.7.2000, Fall IV/M.1882, Rn. 77–80 – „Pirelli/BICC“; Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. EG 2004 Nr. C 31, S. 5, 12 Rn. 64 ff.; BKartA, 14.12.2004, Az. B9-101/04, Rn. 34 f. – „Belgian New FruitWharf/HHLA/Stein“; BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 2012, Rn. 79 ff. Dazu *Galbraith*, *American Capitalism*, 1952, S. 119; *Kantzenbach*, *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, 2. Auflage 1967, S. 149.

gers ebenfalls von geringeren Einkaufspreisen profitieren. Einem verhandlungsmächtigen Nachfrager gelingt es hingegen, die Preise durch die bloße Androhung mit Verhandlungsabbruch zu verringern. Im Unterschied zu Monopson-Macht ist mit der Ausübung von Verhandlungsmacht daher nicht zwingend alloкатive Ineffizienz verbunden. Verhandlungsmacht setzt die Wettbewerber des marktmächtigen Unternehmens einer Preisdiskriminierung aus. Denn die Einkaufsbedingungen, die Lieferanten einem Nachfrager zugestehen, handeln sie im bilateralen Verhältnis individuell aus.

Die Schutzzwecke von Zusammenschlusskontrolle und Missbrauchsrecht entscheiden, welche ökonomischen Effekte von Nachfragemacht eine kartellrechtliche Intervention rechtfertigen. Nach dem SIEC-Test aus Art. 2 Abs. 3 FKVO, § 36 Abs. 1 GWB ist ein Zusammenschluss unter anderem dann zu untersagen, wenn die Entstehung oder Verstärkung einer Nachfragemarktbeherrschung prognostiziert werden kann. Eine marktbeherrschende Stellung ist durch einen Handlungsspielraum gekennzeichnet, der es dem Unternehmen erlaubt, sich weitgehend unabhängig von seinen Wettbewerbern zu verhalten.⁵ Zur Bestimmung einer Angebotsmarktbeherrschung greifen die europäischen und deutschen Wettbewerbsregeln auf ein preisbezogenes Marktmachtkonzept zurück, welches das Polypol zum Leitbild eines „vollkommenen Wettbewerbs“ erhebt. Es erscheint zweifelhaft, ob dieses Konzept geeignet ist, um Marktmacht auf einem Nachfragemarkt im Modell bilateraler Verhandlungen abzubilden. Eignet es sich nicht, muss eine alternative Konzeption gefunden werden.

Eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs ist nach dem SIEC-Test auch ohne die Entstehung oder Verstärkung einer Marktbeherrschung möglich. In einem Fusionskontrollregime, das bestrebt ist, die Wohlfahrt der Verbraucher zu maximieren, kann ein *consumer harm* die Untersagung des Vorhabens rechtfertigen. Die Auswirkungen von Verhandlungsmacht auf die Höhe der Verkaufspreise auf dem nachgelagerten Absatzmarkt erweisen sich jedoch als ambivalent. Ein verhandlungsmächtiger Nachfrager kann seine Einkaufsvorteile nutzen, um die Verkaufspreise zu verringern. Gelingt ihm dadurch die Verdrängung seiner Konkurrenten, kann ihm mittel- oder langfristig ein Preiserhöhungsspielraum zuteilwerden, der den Verbrauchern schadet. Dieser sog. Spiraleffekt veranschaulicht, dass Effizienzen in Form von Einkaufsvorteilen negative Fernwirkungen zukommen können und drängt daher die Frage auf, ob und wie die europäische und deutsche Zusammenschlusskontrolle sie berücksichtigen sollten. Das Problem, wie die mögliche Ambivalenz von Effizienz in die Bewertung

⁵ EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 38 f. – „Hoffmann-La Roche“; EuG, Urt. v. 17.12.2003, Rs. T-219/99, ECLI:EU:T:2003:343, Rn. 189 – „British Airways/Kommission“; BGH, B. v. 3.7.1976, Az. KVR 4/75, WuW/E BGH 1435, 1439 – „Vitamin-B-12“.

eines Zusammenschlussvorhabens einfließt, insbesondere, ob eine *efficiency offence* anzuerkennen ist, stellt sich jedoch erst, wenn ein mittelfristig nach Vollzug des beschaffungsseitigen Zusammenschlusses zu erwartender *consumer harm* prognostiziert werden kann. Dies wird durch die zeitliche Dimension der *theory of harm* erschwert. Es ist zu klären, welche Methoden sich hierfür eignen.

Dynamische Ineffizienz bedeutet ebenfalls einen Schaden für Verbraucher. Um einen Zusammenschluss infolge verringerter Bereitschaft der Lieferanten, in Forschung und Entwicklung zu investieren, untersagen zu können, sind die Auswirkungen von Nachfragemacht auf den Investitionsanreiz der Lieferanten mit der von Art. 2 Abs. 3 FKVO, § 36 Abs. 1 GWB geforderten Wahrscheinlichkeit zu prognostizieren. Bereits die dynamische Komponente dieser Art von (In)Effizienz lässt erahnen, dass mit ihrer Vorhersage tendenziell noch größere Schwierigkeiten als mit der von preisbezogenen Effekten verbunden sein können.

Ausgeübte Nachfragemacht kann die Gewinne der Lieferanten schmälern. Lässt ein Zusammenschluss weder steigende Verkaufspreise auf dem Absatzmarkt noch dynamische Ineffizienz erwarten, fragt sich daher, ob ein solcher *supplier harm* die Untersagung rechtfertigt. Dies ist zu bejahen, falls die Vorschriften der FKVO bzw. §§ 35 ff. GWB spiegelbildlich zu der *consumer welfare* auf Angebotsmärkten eine Wohlfahrt der Lieferanten auf Nachfragemärkten, also eine *supplier welfare*, anerkennen. Dies ist bislang nicht nur im europäischen und deutschen Fusionskontrollrecht ungeklärt. Auch in der U.S.-amerikanischen Zusammenschlusskontrolle finden sich kontroverse Stellungnahmen zu der Möglichkeit, ein *substantial lessening of competition* (sog. SLC-Test nach Section 7 Clayton Act) mit Gewinneinbußen der Lieferanten zu begründen.⁶

Das Missbrauchsrecht der Art. 102 AEUV, §§ 19, 20 GWB anerkennt eine Nachfragemarktbeherrschung, die auf überlegener Leistung gründet, als Ausdruck wettbewerblicher Selektion. Um zu klären, wann ein marktbeherrschender Nachfrager gegen die Verbote des Marktmachtmissbrauchs verstößt, müssen prokompetitive Einkaufsbedingungen von solchen, die sich nicht mehr als Ausdruck überlegener wirtschaftlicher Leistung darstellen, abgegrenzt werden. Hierfür sind die Schutzzwecke des europäischen und deutschen Missbrauchsrechts relevant. Ebenso wie in der Fusionskontrolle tut sich – neben der Frage, inwiefern Auswirkungen auf die Verbraucher einzustellen sind – das Problem der Anerkennung einer *supplier welfare* auf. Mit dem Verbot der passiven Diskriminie-

⁶ Pars pro toto Complaint, U.S. v. Cargill, Inc. and Continental Grain Co., Rn. 34 (D.D.C. August 7, 1999) (Civ. Act. No. 99-cv-1875); Complaint, U.S. v. JBS S.A., Rn. 39 (N.D. III. October 20, 2008) (Civ. Act. No. 08-cv-5992); Complaint, U.S. v. George's Foods, LLC, et al., Rn. 24 (W.D. Va. May 10, 2011) (Civ. Act. No. 5:11-cv-00043-GEC); Rosch, Monopsony and the Meaning of "Consumer Welfare" – A Closer Look at Weyerhaeuser, Speech held before the 2006 Milton Handler Annual Antitrust Review, 2006; Shively, 27 Antitrust Fall 2012, 87, 90.

rung in § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB, das nach § 20 Abs. 2 GWB auch relativ marktmächtige Unternehmen adressiert,⁷ kennt das deutsche Missbrauchsrecht eine Vorschrift, die speziell auf marktstarke Nachfrager zugeschnitten ist. Die Diskussion um die Auslegung der einzelnen Voraussetzungen des Verbotstatbestands, namentlich des Vorteilsbegriffs, streift die Frage nach einer *supplier welfare*.⁸ Sie kann aber sowohl im europäischen als auch im deutschen Missbrauchsrecht als bislang nicht abschließend geklärt betrachtet werden. Ähnlich mutet der Stand der Diskussion um einen Lieferantenschutz durch das „Monopolisierungsverbot“ in Section 2 Sherman Act im U.S.-amerikanischen Kartellrecht an.

B. Gang der Untersuchung

Der erste Teil der Untersuchung dient der Grundlegung. Er umreißt mit den potentiellen Schutzzwecken einer Kartellrechtsordnung sowie dem Befund von Nachfragemacht die Kernbegriffe der Arbeit.

Das zweite Kapitel will die ökonomischen Effekte von Nachfragemacht für die Anwendung der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrollvorschriften handhabbar machen. Dafür müssen zunächst die Schutzzwecke der FKVO bzw. der §§ 35 ff. GWB durch Auslegung ermittelt werden. Hierbei legt die Untersuchung einen Schwerpunkt auf die Frage nach einem Schutz der *supplier welfare*. Sodann gilt es, die Auswirkungen von Nachfragemacht auf die ermittelten Schutzzwecke aufzuzeigen und mittels geeigneter Methoden zu bemessen. Hierfür unterscheidet die Arbeit zwischen Nachfragemacht im Modell

⁷ § 20 Abs. 2 GWB wurde mit der Preissmissbrauchsnovelle im Jahr 2007 eingeführt, vgl. BGBl. I 2007, S. 2966 ff., welche eine Befristung für das Anzapfverbot bis 2012 vorsah. Mit der 8. GWB-Novelle vom 26.6.2013 normierte der Gesetzgeber das Anzapfverbot unbefristet. Der Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle hatte zunächst erneut eine Befristung bis zum Jahr 2017 vorgesehen. Als Gründe dafür nannte die Bundesregierung die „*sehr geringe Bedeutung*“ der Norm und die fehlende Schutzbedürftigkeit von großen Unternehmen (BT-Drs. 17/9852, S. 21). Der Vermittlungsausschuss sprach sich jedoch für eine unbefristete Übernahme der Regelung aus, vgl. BT-Drs. 17/13720, S. 2.

⁸ Vor Einführung des Anzapfverbots in § 26 Abs. 3 GWB a.F. mit der 4. GWB-Novelle von 1980 wurden Fälle der passiven Diskriminierung insbesondere nach § 4 Nr. 1, Nr. 10 UWG a.F. beurteilt, siehe pars pro toto BGH, Urt. v. 17.12.1976, Az. I ZR 77/75, WRP 1977, 183 ff. – „Eintrittsgeld“; OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.3.1973, Az. 2 U 84/72, GRUR 1974, 161 f. – „Regalkosten/Bettelbriefe“.

⁸ Dazu jüngst BGH, B. v. 23.1.2018, Az. KVR 3/17, WuW 2018, 209, 214 – „Hochzeitsrabatte“. Siehe auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.7.1979, Az. U (Kart) 4/79, WuW/E OLG 2137, 2139 – „Öllieferung an Bundeswehr“; BKartA, 3.7.2014, Az. B2-58/09, Rn. 508 – „Hochzeitsrabatte“; Latzel, ZWeR 2018, 86, 99 ff.; Säcker/Mohr, WRP 2010, 1, 2; Wanderwitz, Der Missbrauch von Nachfragemacht nach § 20 III GWB, 2013, S. 87; ders., WRP 2015, 162, 167.

bilateraler Verhandlungen und Monopson-Macht. Sie widmet sich zunächst der Verhandlungsmacht und untersucht, welche strukturellen und auswirkungsbezogenen Methoden für ihre Bemessung geeignet sind. Danach soll aufgezeigt werden, wie eine marktbeherrschende Stellung auf dem Nachfragemarkt im Modell bilateraler Verhandlungen mit den dargestellten Methoden ermittelt werden kann. Hierbei stellt sich vorab die Frage, wie eine Nachfragemarktbeherrschung, die auf Nachfragemacht in Form von Verhandlungsmacht gründet, überhaupt zu definieren ist.

Anschließend widmet sich die Untersuchung sog. *gap cases*. Falls die europäische und die deutsche Zusammenschlusskontrolle eine *consumer welfare* anerkennen, ermöglicht der SIEC-Test auch eine Untersagung des Zusammenschlussvorhabens, wenn keine Entstehung oder Verstärkung einer Marktbeherrschung zu erwarten ist, aber ein *consumer harm* prognostiziert werden kann. Es soll untersucht werden, wann Verhandlungsmacht einen *consumer harm* hervorruft und wie er bemessen werden kann. Soweit der Zusammenschluss nicht zu steigenden Verkaufspreisen führt, ermöglicht dynamische Ineffizienz, die aus sinkenden Anreizen der Lieferanten, in Forschung und Entwicklung zu investieren, resultieren kann, eine kartellrechtliche Intervention, falls die FKVO bzw. §§ 35 ff. GWB eine *consumer welfare* schützen sollten. Deshalb will die Arbeit zudem untersuchen, wann Verhandlungsmacht dynamische Ineffizienz verursacht.

Danach wendet sie sich der Monopson-Macht zu. Diesbezüglich will die Arbeit geeignete Methoden zur Quantifizierung aufzeigen, um sodann untersuchen zu können, wann Monopson-Macht eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs hervorruft. Dafür soll – in Parallele zu dem Vorgehen bei Verhandlungsmacht – zunächst eine Nachfragemarktbeherrschung ermittelt werden. Anschließend wird betrachtet, wie die preisbezogenen Folgen von Monopson-Macht für die *consumer welfare* sowie deren Auswirkungen auf die Innovationsanreize der Lieferanten für die Bewertung nachfrageseitiger Zusammenschlüsse prognostiziert werden können.

Ferner widmet sich der zweite Teil der Arbeit verhandlungsmachtbedingten Effizienzen, die Verbrauchern in Form sinkender Verkaufspreise zugutekommen können. Durch die Weitergabe seiner Kostenvorteile kann es dem verhandlungsmächtigen Nachfrager mittel- oder langfristig gelingen, den Angebotsmarkt zu monopolisieren und die Preise zu Lasten der Verbraucher wieder anzuheben. Es soll untersucht werden, wie die europäische und die deutsche Zusammenschlusskontrolle mit dieser Ambivalenz von Verhandlungsmacht im Blick auf die *consumer welfare* umgehen.

Der dritte Teil der Untersuchung beschäftigt sich mit der Bewertung von Nachfragemacht im europäischen und deutschen Missbrauchsrecht. Erneut ist vorab durch Auslegung zu klären, welche Schutzzwecke diese Vorschriften ver-

folgen. Dabei liegt der Fokus auf der Frage, ob das europäische und das deutsche Missbrauchsrecht eine *consumer welfare* und eine *supplier welfare* anerkennen. Anschließend soll aufgezeigt werden, wie die Auswirkungen von Nachfragemacht auf die ermittelten Schutzzwecke die missbrauchsrechtliche Bewertung marktbeherrschenden Verhaltens beeinflussen. Auf spezifische Auslegungsprobleme der einzelnen Tatbestandsmerkmale des Verbots der passiven Diskriminierung aus § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB geht die Arbeit dabei nicht ein. Sie thematisiert aber einzelne Fragen, die sich aus den Schutzzwecken des Missbrauchsrechts hinsichtlich der Qualifikation eines Aufforderns zur Vorteilsgewährung als Marktmachtmissbrauch ergeben.

Der vierte Teil fasst die gewonnenen Erkenntnisse zusammen.

Teil 1

Grundlegung

A. Einleitung

Warum und wie sich eine Kartellrechtsordnung mit Nachfragemacht zu befassen hat, richtet sich nach ihren Schutzzwecken. Die Auswirkungen auf die Schutzzwecke zeigen, wann Nachfragemacht als wettbewerbsschädlich zu qualifizieren ist. Jedoch erscheint es weitgehend unklar, ob und unter welchen Bedingungen Nachfragemacht nachteilig für Wettbewerb und Wohlfahrt ist. Der Nachfrager kann seine Marktmacht dazu nutzen, um die Einkaufspreise zu verringern. Dies schmälert mitunter die Gewinne der Lieferanten. Auch erwächst daraus Verdrängungswirkung zu Lasten kleinerer Wettbewerber, wenn es diesen nicht gelingt, ebenso geringe Einkaufspreise auszuhandeln. Das (umstrittene) Phänomen des Wasserbetteffekts kann diese Verdrängungswirkung noch vergrößern. Der Wasserbetteffekt beschreibt ein Verhalten von Lieferanten, mit dem sie ihre Verluste, die sie durch den Verkauf an den marktmächtigen Nachfrager erwirtschaftet haben, durch Anheben der Verkaufspreise gegenüber kleineren Nachfragern zu kompensieren versuchen.

Der *total welfare* schaden verringerte Einkaufspreise nur, wenn der marktmächtige Nachfrager sie durch eine Reduktion seiner Einkaufsmenge erreicht. Gelingt es ihm, die Einkaufspreise durch eine bloße Androhung mit Verhandlungsabbruch zu senken, kommt es lediglich zu einer Rentenumverteilung ohne allokativen Ineffizienz. Für die *consumer welfare* können geringe Einkaufspreise sogar positiv sein, sofern der Nachfrager seine Einkaufsvorteile an die Verbraucher auf dem Absatzmarkt weiterreicht. Gelingt es dem Nachfrager auf diese Weise Konkurrenten zu verdrängen, so kann dies der *consumer welfare* aber mittel- oder langfristig schaden. Selbst wenn dem Nachfrager die Monopolisierung des Absatzmarktes misslingen sollte, kommt eine verringerte *consumer welfare* infolge dynamischer Ineffizienz in Betracht. Denn Gewinneinbußen halten Lieferanten mitunter davon ab, in Forschung und Entwicklung zu investieren.

Den Inhalt der soeben angesprochenen *theories of harm* zu bestimmen, ist Voraussetzung, um die ökonomischen Effekte von Nachfragemacht für die Kartellrechtsanwendung handhabbar zu machen. Dies kann aber erst gelingen, wenn sowohl die potentiellen Schutzzwecke einer Kartellrechtsordnung umrissen wur-

den (dazu B.) als auch der Befund von Nachfragemacht näher betrachtet wurde (dazu C.). Beidem will der erste Teil der Untersuchung nachgehen.

B. Schutzzweckpluralität des Kartellrechts

I. Institutioneller Wettbewerbsschutz

Eine Kartellrechtsordnung kann den Wettbewerbsprozess um seiner selbst willen schützen. Dazu wird sie ihre Tatbestände vorrangig an Marktstrukturen anknüpfen. Hinter einem solchen *form based approach* steht die Vorstellung, dass Marktstrukturen als „level playing field“ den Rahmen für einen freien Wettbewerbsprozess bilden.¹ Nach dem Konzept der vollkommenen Konkurrenz herrscht auf einem polypolistisch strukturierten Markt, auf dem viele Anbieter vielen Nachfragern gegenüberstehen und jeder Marktakteur den Preis als gegeben hinnimmt, vollständiger Wettbewerb.² Darauf kann eine Kartellrechtsordnung als Leitbild rekurrieren.³

Ein zeitliches Moment integrierend, erweist sich Wettbewerb als Geschehen aus vorstoßendem und verfolgendem Handeln konkurrierender Unternehmen.⁴ Eine unternehmerische Machtposition kann sich hierbei durchaus als Ergebnis wettbewerblicher Selektion darstellen. Das Konzept von dem funktionsfähigen Wettbewerb betont daher die Ziele, die durch den gesetzlichen Schutz des Wettbewerbsprozesses erreicht werden können.⁵ Auch die von *Adam Smith* geprägte Bezeichnung des Wettbewerbs als „unsichtbare Hand“, die die unternehmeri-

¹ Siehe dazu bereits *Hoppmann*, ZBJV 1966, 249, 267 ff.; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2. Auflage 2016, § 2 Rn. 30.

² In der Praxis ist es ausgeschlossen, einen polypolistisch strukturierten Markt in Reinform vorzufinden. Das Polypol ist ein „irrealer Grenzfall“, vgl. *Stavenhagen*, Geschichte der Wirtschaftstheorie, 4. Auflage 1969, S. 341.

³ *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 7. Auflage 2004, S. 246: „Diejenige Marktform, die in der Wettbewerbsordnung dominiert, ist die Marktform der „vollständigen Konkurrenz“. Sie ist es, welche die Pläne und Entscheidungen der einzelnen Betriebe und Haushalte miteinander koordinieren soll. Wo dies nicht möglich ist, sind besondere wirtschaftspolitische Maßnahmen erforderlich.“

⁴ *Clark*, Competition as a Dynamic Process, 1961, S. 70; *Hoppmann*, ZBJV 1966, 249, 267: „Der „vollkommene“ Wettbewerb ist seinem Wesen nach stationär, freier Wettbewerb ist vorwärtsstürmend.“; *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Auflage 1967, S. 35: „Der „funktionierende Wettbewerb“ wird als evolutorisches Gleichgewicht zwischen individualisierenden und generalisierenden Wettbewerbsströmen interpretiert.“

⁵ Dazu *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettewerbs, 2. Auflage 1967, S. 16 f., der unter anderem von technischem Fortschritt und gerechter Einkommensverteilung als Ziele nennt, die mittels Schutzes des Wettbewerbs erreicht werden könnten.

Sachregister

- Abbruchsdrohung 20–22, 58–59, 69
- Abbruchsoption
 - Begriff 22–23
 - des Lieferanten 51–53, 59–60, 112
 - des Nachfrages 53–54, 176
- Allokative (In)Effizienz 3, 13–14, 48, 128, 133
 - *deadweight loss* 14, 19, 21, 133
 - Pareto-Optimum 13, 128
- Angebotselastizität 57–58, 122–123, 137–139
- Angebotsmarktbeherrschung 69
- Angebotsumstellungsflexibilität 50–51, 71, 131
- Antiwasserbetteffekt
 - Erklärungsansätze 90–92, 197–198
 - Prognose 102–108, 197–198
- Anzapfverbot, *siehe* Verbot der passiven Diskriminierung
- Ausbeutungsmissbrauch
 - Diskriminierungsgefahr von Verhandlungsmacht 187–190
 - Konzept der Gewinnspannenbegrenzung 185
 - Vergleichsmarktmethode 184–185
 - zu Lasten von Verbrauchern 153–155
 - zu Lasten von Lieferanten 183–185
- Auslistung 110, 116
- Austauschgerechtigkeit, *siehe* Leistungsgerechtigkeit
- Auswahlfreiheit der Marktgegenseite 11, 44
- Ausweichmöglichkeit der Marktgegenseite 75–76, 120
 - *siehe auch* Abbruchsoption
- Auswirkungsbezogene Methode
 - *siehe auch* wettbewerbliche Nähe
 - allgemein 29, 30
- Buyer Power Index 57–59, 122–123, 131–132, 193–194
- Downward Pricing Pressure-Analyse 64–66, 126–127
- Gross Downward Pricing Pressure Index 66–67, 126–127
- Gross Upward Pricing Pressure Index 66–67, 100–101, 127
- Umlenkungskennziffer 62–63, 125–126, 132, 193
- Upward Pricing Pressure-Analyse 64–66, 100–101, 127
- Bedarfsmarktkonzept 49–51, 61
- Behinderungsgefährdungsdelikt 189
 - *siehe auch* Diskriminierungsgefahr von Verhandlungsmacht
- Behinderungsmissbrauch 152, 173–182
 - *predatory buying* 170–172, 174
 - *predatory pricing* 147–148, 171–172
 - Verdrängungswirkung von Verhandlungsmacht 84–90, 106–107, 174–175, 180–181
- Bestwertabgleich 114–115, 178–179
- Betrand-Wettbewerb, *siehe* Preiswettbewerb
- Buyer Power Index
 - Bemessung von Monopson-Macht 122–123, 131–132, 193
 - Bemessung von Verhandlungsmacht 58–59, 194
 - Berechnung 57–58
- Cargill, Inc. and Continental Grain Co.-Entscheidung 47
- Carrefour/Promodes-Entscheidung 115
- CICCE-Entscheidung 185
- Close competitor* 59–60, 62, 107
 - *siehe auch* wettbewerbliche Nähe

- Consumer harm* 85–86, 134–136, 176, 186
 – *siehe auch* dynamische (In)Effizienz
- Consumer welfare*
 – Begriff 15–16
 – in der deutschen Fusionskontrolle 33–35, 196
 – in der europäischen Fusionskontrolle 29–33, 196
 – im deutschen Missbrauchsrecht 155–158
 – im europäischen Missbrauchsrecht 153–155, 163
 – Konsumentenrente 16
- Countervailing power* 2, 22, 37
- Cournot-Wettbewerb, *siehe* Mengenwettbewerb
- Deadweight loss* 14, 19, 21, 133
- Differentiated distribution channel* 59–61
 – *siehe auch* wettbewerbliche Nähe
- Diskriminierungsgefahr von Verhandlungsmacht 187–190
 – *siehe auch* Behinderungsgefährungsdelikt
- Diversion ratio*, *siehe* Umlenkungskennziffer
- Downward pricing pressure*, *siehe* Verdrängungswirkung von Verhandlungsmacht
- Downward Pricing Pressure-Analyse 64–66, 126–127
- Drohung mit Verhandlungsabbruch, *siehe* Abbruchsdrohung
- Dynamische (In)Effizienz
 – Begriff 15
 – durch Monopson-Macht 136–138, 198
 – durch Verhandlungsmacht 108–113, 181–182, 186–187, 198
 – *Hold up*-Situation 109–110, 115
 – Nachweis 113–119, 138–139, 182, 187, 198
 – opportunistisches Nachfrageverhalten 110, 114, 137
 – versunkene Kosten 109–110
- Economic welfare* 12
- Economics of scale* 14, 75, 178
- Economics of scope* 14, 44–45
- EDEKA/Tengelmann-Entscheidung 33
- Effects-based approach* 12–18, 33
- Efficiency defense*
 – Darlegungs- und Beweislast 148–150, 199–200
 – in der deutschen Fusionskontrolle 144–146, 199
 – in der europäischen Fusionskontrolle 142–144, 154, 199
 – *Recoupment* 146–150, 171–172, 199
- Efficiency offence* 140–141, 143, 145–146, 199
- Erstrundeneffekt 103
- Express Scripts/Medco Health Solutions-Entscheidung 48
- Fernwirkung von Effizienzen 139–150, 186
 – *siehe auch* *efficiency offence*
- Finanzkraft 52, 89, 117, 121, 135
- First order effect*, *siehe* Erstrundeneffekt
- Form-based approach* 10–12
- Freistellungsvoraussetzungen 15, 166
- Freiwillige Preiszugeständnisse 89, 92, 105–106, 197
- Fusionskontrollrechtliche Prognose
 – des Antiwasserbetteffekts 102–108, 197–198
 – des Spiraleffekts 94, 97–101, 196–197
 – des Wasserbetteffekts 101–102, 197
 – eines *consumer harm* durch Monopson-Macht 136
 – Prognosewahrscheinlichkeit 96–97
 – Prognosezeitraum 95–96
 – von dynamischer Ineffizienz 113–119, 138–139
- Gap case* 34, 84, 133
- Gatekeeper*-Stellung 55–56, 80, 82, 86, 107, 195
 – *siehe auch* Zugang zu nachgelagerten Absatzmärkten
- Gemeinsame Erklärung von Organisationen der gewerblichen Wirtschaft zur Sicherung des Leistungswettbewerbs 17–18
- General Electric/Honeywell-Entscheidung 142
- George's Foods-Entscheidung 47
- Gewinne der Lieferanten 46–47, 72–73, 110, 112, 118, 137–138, 170
 – *siehe auch* *supplier welfare*

- Gross Downward Pricing Pressure Index 66–67, 126–127
- Gross Upward Pricing Pressure Index 66–67, 100–101, 127
- Handlungsfreiheit der Marktakteure 11, 39, 43–44, 152, 168–169
- *siehe auch* Wettbewerbsprozess
- Herfindahl Hirschman Index 54–55, 99, 103, 122, 130
- Hochzeitsrabatte-Entscheidung 114–115, 169–170, 172–173, 178–181, 183
- Bestwertabgleich 114–115, 178–179
- Partnerschaftsvergütung 17–18, 169, 179
- Hold up*-Situation 109–110, 115
- Homogenität 60, 100, 117, 121, 123–124, 190
- lustum pretium* 46–47, 170, 185
- JBS-National-Entscheidung 47
- Kapazitätsflexibilität 124–125
- Kartellrechtlich-funktionale Auslegung 173, 184, 191, 201
- Kartellverbot 166–168
- Klimax von Verhandlungsmacht 75–76
- *siehe auch* relative Preishöhe
- *siehe auch* *surplus split*
- Unverzichtbarkeitsthese 71–72, 75–76, 195
- Kollektive Marktbeherrschung 104–105, 198
- Kompensationsmöglichkeit 88, 146–150
- Konsumentenrente 16
- Konsumentenwohlfahrt, *siehe* *consumer welfare*
- Konzept der Gewinnspannenbegrenzung 185
- *siehe auch* *CICCE*-Entscheidung
- Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs 10
- Lebensmitteleinzelhandel 17–18, 56–57, 80, 114–115
- Leistungsgerechtigkeit 170, 173, 177–180, 184
- Lerner Index 57
- Lieferantenwohlfahrt, *siehe* *supplier welfare*
- Marktanteilsabstand 51–54, 194
- Marktanteilsthöhe 51–54, 80, 120–121, 128–130, 193
- Marktbeherrschungsregelbeispiel 78–79
- Marktbeherrschungstest 25–27, 143, 145–146
- Marktbeherrschungsvermutung 79–81, 129–130
- Marktkonzentration
- auf Lieferantenseite 21–22, 53–54, 105–106
- auf Nachfrageseite 51–53, 79–81, 120–121, 128–130
- Marktmacht auf der Absatzstufe 189–190
- Marktzutrittsschranken 99, 121, 130, 188, 190
- Me too-Effekt, *siehe* *Antiwasserbetteffekt*
- Mengenreduktion des Monopsonisten 18–19, 120, 128, 134–135, 186
- Mengenwettbewerb 126
- Mesto/Aker Kvaerner-Entscheidung 31
- Modell bilateraler Verhandlungen 20–23
- *siehe auch* Verhandlungsmacht
- Abbruchsdrohung 20–22, 58–59, 69
- Abbruchsoption 22–23, 51–54, 59–60, 112, 176
- Unverzichtbarkeitsthese 71–72, 75–76, 195
- Monopolisierung des nachgelagerten Absatzmarkts 85–86, 92–93, 97–101, 176–177, 186
- *siehe auch* Spiraleffekt
- Monopson-Macht
- Begriff 18–20, 193–194
- Bemessung 120–127
- Nachfragemarktbeherrschung 128–133, 194
- Monopson-Modell 18–20, 120–127
- *siehe auch* Monopson-Macht
- *deadweight loss* 14, 19, 21, 133
- Polypson 120, 128
- Preisbezogenes Marktmachtkonzept 3, 26, 58–59, 76–77, 128
- Monopolisierungsverbot 159, 167–168
- Monopsonisierungsverbot 159–160, 170–171
- Must-stock product* 60

- Nachfrageelastizität 122–123
- Nachfragemarktabgrenzung
- Angebotsumstellungsflexibilität 50–51, 71, 131
 - Bedarfsmarktkonzept 49–51, 56–57, 61
 - SSNDP-Test 50–51
- Nachfragemarktbeherrschung
- basierend auf leistungsfremden Umständen 177, 180–181, 188
 - im Modell bilateraler Verhandlungen 68–77, 194–195
 - im Monopson-Modell 128–133, 194
 - in der Fusionskontrollpraxis 78–79, 196
 - relative Preishöhe 73–75
 - Unverzichtbarkeitsthese 71–72, 75–76, 195
- Nachfrageumstellungsflexibilität 71, 131
- Naher Wettbewerber, siehe *close competitor*
- Neoklassische Preistheorie 58–59, 76–77
- Nordic Satellite Distribution-Entscheidung 143
- Oligopson 103–104
- Opportunistisches Nachfrageverhalten 110, 114, 137
- Ordoliberalismus 10–12, 27
- Original-VW-Ersatzteile II-Entscheidung 158
- Outside option*, siehe Abbruchsoption
- Pareto-Optimum 13, 128
- Partnerschaftsvergütung 17–18, 169, 179
- Polypol 10, 13–14, 27–28, 120, 134–135
- Polypson 120, 128
- Predatory buying* 170–172, 174
- Predatory pricing* 147–148, 171–172
- Preisbezogenes Marktmachtkonzept 3, 26, 58–59, 76–77, 128
- Preisdiskriminierung 85–90, 100, 174–175
- Preisschirmeffekt 91
- Preiswettbewerb 58–59, 62
- Price diversion ratio*, siehe Umlenkungskennziffer
- Producer welfare* 13–14, 16–17, 32–33
- Produktive Effizienz 14, 32, 112, 137–138
- *economics of scale* 14, 75, 178
 - *economics of scope* 14, 44–45
- Produzentenrente 13–14, 16–17
- Recoupment* 146–150, 171–172, 199
- Abwägung 147–148
 - Begriff 146–147, 171–172
 - Darlegungs- und Beweislast 148–149
- Relative Preishöhe 73–75
- Rule of reason* 42, 167
- Schutz der Marktgegenseite 2, 172
- Second order effect*, siehe *Zweitrundeneffekt*
- SIEC-Test 25–26, 145
- Historie 29, 36–38
- SLC-Test 4, 38, 47–48
- Sovion/Südfleisch-Entscheidung 35
- Spiegelbildlichkeitsthese 2, 63, 76–77, 171–172
- Spiraleffekt 85–86, 92–93, 97–101, 176–177, 186, 196–197
- siehe auch Monopolisierung des nachgelagerten Absatzmarkts, Verdrängungswirkung von Verhandlungsmacht
- SSNDP-Test 50–51
- Steigende Verkaufspreise, siehe *consumer harm*
- Strukturelle Methode
- Herfindahl Hirschman Index 54–55, 99, 103, 122, 130
 - Marktanteilsabstand 51–54, 194
 - Marktanteilshöhe 51–54, 80, 120–121, 128–130, 193
 - Marktbeherrschungsvermutung 79–81, 129–130
 - Marktzutrittsschranken 99, 121, 130, 188, 190
 - Zugang zu nachgelagerten Absatzmärkten 55–57, 81–82, 106–107
- Sündenregister des Bundeswirtschaftsministeriums 17
- Supplier welfare*
- Begriff 16–18
 - Gewinne der Lieferanten 46–47, 72–73, 110, 112, 118, 137–138, 170
 - im deutschen Missbrauchsrecht 160–163, 164–166, 183, 200–201
 - im europäischen Missbrauchsrecht 158–160, 163–164, 183, 200–201
 - im europäischen und deutschen Kartellverbot 39–41

- im U.S.-amerikanischen Kartellrecht 38, 42–44, 47–48, 159–160, 167
- in der europäischen und deutschen Fusionskontrolle 35–49, 198–199
- Surplus split* 72–73
- Toshiba/Westinghouse-Entscheidung 31
- Total welfare* 13–15, 32–33, 133
- Trade off*-Modell 14–15
- Transaktionsspezifische Kosten 109
- Trittbrettfahrerei 111, 115–116
- Umlenkungskennziffer
 - Berechnung 62, 126
 - im Monopson-Modell 125–126, 132
 - im Modell bilateraler Verhandlungen 62–63
- Unilever/Sara Lee Body Care-Entscheidung 72–73
 - *siehe auch surplus split*
- Unionskonforme Auslegung 155–156
- Unverzichtbarkeitsthese 71–72, 75–76, 195
- Upward Pricing Pressure-Analyse 64–66, 100–101, 127
- Verbraucherwohlfahrt, *siehe consumer welfare*
- Verbot der passiven Diskriminierung
 - Begriff des Aufforderns 191
 - Historie 161–166
 - vertikale Schutzrichtung 173, 183–184, 188, 202
 - Vorteilsbegriff 160–166, 172–173, 183–184
- Verdrängungswirkung von Verhandlungsmacht 84–90, 88–101, 106–107, 139, 149, 174–175, 180–181
- Vergleichsmarktmethode 184–185
- Verhandlungsmacht
 - Abbruchsdrohung 20–22, 58–59, 69
 - Abbruchsoption 22–23, 51–54, 59–60, 112, 176
 - Begriff 20–23, 193–194
 - Bemessung 49–68
- *Gatekeeper*-Stellung 55–56, 80, 82, 86, 107, 195
- im bilateralen Verhältnis 70–73
- Klimax 75–76
- Verdrängungswirkung 84–90, 88–101, 106–107, 139, 149, 174–175, 180–181
- Versunkene Kosten 109–110
- Wasserbetteffekt 87–90, 101–102, 197
 - Erklärungsansätze 87–90
 - Prognose 101–102
- Weitergabe von Effizienzen 65–67
 - Fernwirkung von Effizienzen 139–150, 186
- Western Digital Ireland/Viviti Technologies-Entscheidung 31
- Wettbewerbliche Auslese 11, 44, 168–170, 172
 - *siehe auch* Wettbewerbsprozess
- Wettbewerbliche Nähe
 - auf Absatzmärkten 100–101
 - Begriff 59–60, 123–124
 - *close competitor* 59–60, 62, 107
 - *differentiated distribution channel* 59–61
 - Homogenität 60, 100, 117, 121, 123–124, 190
 - im Modell bilateraler Verhandlungen 60–68, 82–83, 107–108
 - im Monopson-Modell 124–127, 132
- Wettbewerbsprozess
 - *siehe auch* wettbewerbliche Auslese
 - als Schutzzweck 25–28, 151–153, 168–170, 175–176, 180, 188–189
 - Auswahlfreiheit der Marktgegenseite 11–12, 44
 - Begriff 10–12
 - Handlungsfreiheit der Marktakteure 11, 39, 43–44, 152, 168–169
- Weyerhaeuser-Entscheidung 170–172
- Zugang zu nachgelagerten Absatzmärkten 55–57, 81–82, 106–107
 - *siehe auch Gatekeeper*-Stellung
- Zweitrundeneffekt 90–92, 102–108