

HYUNMIN KIM

Das Missbrauchsverbot
für Unternehmen
mit relativer Marktmacht

Beiträge zum Kartellrecht

Mohr Siebeck

Beiträge zum Kartellrecht

herausgegeben von

Michael Kling und Stefan Thomas

28



Hyunmin Kim

Das Missbrauchsverbot für Unternehmen mit relativer Marktmacht

Eine Untersuchung zu den Schutzzwecken
und der Reichweite des Missbrauchsverbots
bei relativer Marktmacht

Mohr Siebeck

Hyunmin Kim, geboren 1978; 2006 koreanische Anwaltsprüfung; 2011-2012 Rechtsanwalt beim Korean Government Legal Service; Stellvertretender Direktor bei Korea Fair Trade Commission.

orcid.org/0009-0004-8456-8206

D21

ISBN 978-3-16-163913-5 / eISBN 978-3-16-163914-2

DOI 10.1628/978-3-16-163914-2

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

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

© 2024 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 epline in Bodelshausen aus der Times gesetzt, von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Wintersemester 2023/2024 von der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis einschließlich April 2024 berücksichtigt.

Mein Dank gilt allen, die zur Entstehung dieser Arbeit beigetragen haben. An erster Stelle gilt mein großer Dank meinem hochverehrten Doktorvater, *Herrn Prof. Dr. Stefan Thomas*. Er ist mein Vorbild, das mir zeigt, welche Einstellung ich als Wissenschaftler haben sollte. Ebenso bedanke ich mich bei *Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Georg Sandberger* für die Erstellung des Zweitgutachtens sowie bei *Herrn Prof. Dr. Björn Laukemann* für die Mitwirkung in der Prüfungskommission. Des Weiteren bin ich *Manuel Dueñas, Fabian Saupe, Lejla Djulic, Patricia Tumele, Marcel Schneck* und *Elena Brückner* für die mühevollen und sorgsame Durchsicht meiner Arbeit zu sehr großem Dank verpflichtet. Ohne ihre Hilfe wäre meine Arbeit nicht möglich gewesen. *Herrn Prof. Dr. Michael Kling* und *Herrn Prof. Dr. Stefan Thomas* danke ich sehr für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Beiträge zum Kartellrecht“.

Ich kann nicht vergessen, *Herrn Prof. Dr. Ohseung Kwon*, dem ehemaligen Vorsitzenden der *KFTC* und em. Professor an der *Seoul National University*, meinen Dank dafür auszusprechen, dass er mich auf den Weg des Kartellrechts brachte. Ich wünsche ihm weiterhin viel Gesundheit. Ebenso danke ich *Herrn Prof. Dr. Bong-Eui Lee*, dem Professor an der *Seoul National University*, der mich in meinem Masterstudium betreute.

Meine Promotion wurde durch ein Stipendium der koreanischen Regierung gefördert. Dadurch konnte ich, als Mitarbeiter des *KFTC*, vier Jahre lang in Tübingen bleiben und forschen. Dafür bin ich sehr dankbar.

Darüber hinaus haben in den Jahren der Entstehung viele weitere Personen, die nicht alle in diesem Vorwort genannt werden können, auf ganz unterschiedliche Weise zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Es war eine wunderschöne und unvergessliche Zeit.

Der größte Dank gebührt jedoch meiner liebenden Familie, allen voran meiner Ehefrau, *Eun Hae Park*, die sich aufopferungsvoll um unseren Haushalt kümmerte, damit ich mich auf meine Forschung konzentrieren konnte. Ebenso danke ich an meine Kinder, *Woojoo* und *Hyojoo*, deren Anwesenheit mir jederzeit Kraft gab. Meiner Familie ist diese Arbeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung	1
A. Problemstellung und Zielsetzung der Arbeit	1
B. Gang der Untersuchung und die angewandten Forschungsmethoden	3
1. Teil: Wettbewerbsrechtliche Implikationen der relativen Marktmacht	5
A. Vorbemerkung	5
B. Begriff der relativen Marktmacht	5
I. Definition der relativen Marktmacht	5
II. Erfassung der Abhängigkeit	7
1. Zwei Sichtweisen	7
2. Bedeutungen der Abhängigkeit aus ökonomischer Sicht	7
a) Begriffsbestimmung	7
b) Bestimmungsgrößen	8
c) Fazit	9
3. Bedeutungen der Abhängigkeit aus normativer Sicht	9
a) Tatbestandmerkmale gemäß der Vorschrift	9
b) Ausreichende Ausweichmöglichkeiten	10
c) Zumutbare Ausweichmöglichkeiten	11
d) Verhältnis der beiden Voraussetzungen zueinander	12
III. Umgang mit relativer Marktmacht im Wettbewerbsrecht	13
1. Allgemeines	13
2. In der Bundesrepublik Deutschland	14
3. In der EU	17
4. In der Republik Korea	17
C. Befund relativer Marktmacht gemäß § 20 GWB in der Praxis	19
I. Klassifizierung der Fallgruppen	19
II. Sortimentsbedingte Abhängigkeit	21
1. Zwei Untertypen sortimentsbedingter Abhängigkeit	21
2. Spitzenstellungsabhängigkeit	21
a) Konstellation der Anbieterabhängigkeit	21

b) Konstellation der Nachfragerabhängigkeit	22
c) Merkmale der Abhängigkeit	24
3. Spitzengruppenabhängigkeit	25
a) Konstellationen der Anbieterabhängigkeit	25
b) Konstellationen der Nachfragerabhängigkeit	26
c) Merkmale der Abhängigkeit	27
III. Unternehmensbedingte Abhängigkeit	27
1. Konstellationen der Anbieterabhängigkeit	27
2. Konstellationen der Nachfragerabhängigkeit	28
3. Merkmale der Abhängigkeit	29
IV. Mangelbedingte Abhängigkeit	31
1. Konstellationen der Anbieterabhängigkeit	31
2. Konstellationen der Nachfragerabhängigkeit	33
3. Merkmale der Abhängigkeit	33
D. Erfassung relativer Marktmacht	35
I. Merkmale relativer Marktmacht	35
1. Kategorisierung der relativen Marktmacht	35
2. Auf einer objektiven Stellung auf einem Markt basierte Macht	35
3. Auf einer subjektiven Geschäftsbeziehung beruhende Macht	37
4. Auf einer vertikalen Integration basierte Macht	38
5. Fazit	39
II. Kartellrechtliche Prüfungskriterien bei relativer Marktmacht	39
1. Vorbemerkung	39
2. Beurteilungsschritte der relativen Macht	40
3. Sinn der Marktabgrenzung bei relativer Marktmacht	41
a) Anforderungen an die Marktabgrenzung bei der Bemessung relativer Marktmacht	41
b) Verhältnis zwischen der Produktverwandtschaft und dem relevanten Markt	43
4. Beurteilungsmaßstäbe relativer Marktmacht	44
a) Identifizierung von Ausweichmöglichkeiten	44
aa) Übersicht	44
bb) Nachfragesubstituierbarkeit im engeren Sinne	45
(1) Qualitative Betrachtungsweise	45
(2) Quantitative Betrachtungsweise	46
cc) Angebotssubstituierbarkeit im engeren Sinne	47
b) Bestimmung des Ausreichens der gegebenen Alternativen	47
aa) Objektive Betrachtungsweise	47
bb) Ergänzungen durch subjektive Betrachtungsweise	48
c) Bestimmung der Zumutbarkeit der gegebenen Alternativen	48
aa) Subjektive Betrachtungsweise	48
bb) Ergänzungen durch objektive Betrachtungsweise	49

5. Beurteilungsmaßstäbe der relativen Macht je nach Eigenschaften der Macht	49
a) Relative Marktmacht als objektive Stellung auf dem Markt	49
aa) Vorbemerkung	49
bb) Auf der Bedeutung der Waren auf dem Markt beruhende Machtstellung	50
cc) Auf der vertikalen Integration des Unternehmens beruhende Machtstellung	51
b) Relative Marktmacht als subjektive Stellung zwischen Unternehmen	52
III. Vergleiche mit anderen Begriffen im Wettbewerbsrecht	53
1. Vorbemerkung	53
2. Vergleich mit der Marktbeherrschung i. S. des § 18 GWB bzw. des Art. 102 AEUV	54
a) Vergleich der tatbestandlichen Voraussetzungen	54
b) Vergleich hinsichtlich der Machtrichtung	54
c) Vergleich hinsichtlich des Machtcharakters	55
d) Vergleich hinsichtlich der Machtbemessung	56
e) Vergleich hinsichtlich der Tathandlung	57
f) Vergleich hinsichtlich der Wettbewerbslage auf dem Markt, auf dem das Unternehmen mit Marktmacht tätig ist	58
g) Verhältnis zur sog. mehrfachen Einzelmarktbeherrschung	58
h) Zusammenfassung	59
3. Der Vergleich mit überlegener Marktmacht i. S. des § 20 Abs. 3 GWB	60
a) Vergleich der tatbestandlichen Voraussetzungen	60
b) Vergleich hinsichtlich der Richtung der Macht	61
c) Vergleich hinsichtlich der Natur der Macht	61
d) Vergleich hinsichtlich der Bemessung der Macht	62
e) Vergleich hinsichtlich der Tathandlung	62
f) Zusammenfassung	63
4. Vergleich mit der Marktposition i. S. des § 4a Abs. 1 S. 3 UWG	63
E. Notwendigkeit der Missbrauchskontrolle bei relativer Marktmacht	64
I. Kontrollprinzip	64
II. Möglichkeit wettbewerbswidriger Wirkung durch relative Marktmacht	64
III. Fehlende rechtzeitige Selbstkorrekturkräfte des Wettbewerbs	66
IV. Besondere Verantwortung marktstarker Unternehmen	67
V. Zusammenfassung und Stellungnahme	69
2. Teil: Schadenstheorie bei relativer Marktmacht	73
A. Vorbemerkung	73
B. Schutzzwecke des Missbrauchsrechts	75
I. Schutzzweckpluralismus des Kartellrechts	75
1. Zwei Richtungen der Sichtweise hinsichtlich des Schutzzwecke	75

2.	Institutioneller Wettbewerbsschutz	78
a)	Wettbewerbsprozess und Wettbewerbsfreiheit als Schutzzwecke . . .	78
b)	Sichtweise des ordoliberalen Denkens	80
c)	Sichtweise der Harvard School	82
3.	Schutzzwecke auf Grundlage ökonomischer Wohlfahrtstheorien	83
a)	Konsumentenwohlfahrt als Schutzzweck	83
b)	Sichtweise der Chicago School	85
c)	Das Problem der sog. Lieferantenwohlfahrt	87
aa)	Lieferantenwohlfahrt als Bestandteil der Gesamtwohlfahrt	87
bb)	Lieferantenwohlfahrt als besonderer Schutzzweck?	88
cc)	Stellungnahme	89
4.	Verhältnis beider Ansätze	90
5.	Möglichkeiten für normative Zwecke – <i>New-Brandeis</i> und das koreanische Kartellrecht	92
II.	Schutzzweck des Missbrauchsrechts und Stellungnahme	95
C.	Schutzzwecke des Missbrauchsverbots bei relativer Marktmacht	99
I.	Gesichtspunkte bei der Auslegung des Schutzzumfangs des Missbrauchsverbots bei relativer Marktmacht	99
1.	Erweiterung des Missbrauchsverbots marktbeherrschender Unternehmen	99
2.	Eigenschaften bei Auslegung im Vergleich zur Marktbeherrschung . . .	100
II.	Auslegung der als Ausbeutungsmissbrauch angesehenen Aspekte	102
1.	Problem	102
2.	Begriff des Ausbeutungsmissbrauchs	102
3.	Wettbewerbspolitische Aspekte des Ausbeutungsmissbrauchs	103
4.	Voraussetzungen des Ausbeutungsmissbrauchs	106
5.	Fazit – Anwendungsmöglichkeiten des Ausbeutungsmissbrauchs marktstarker Unternehmen	107
III.	Auslegung nach den Eigenschaften relativer Marktmacht	108
1.	Vorbemerkung	108
2.	Macht als Resultat objektiver Marktstellung	108
3.	Macht als Resultat subjektiver Stellung zwischen Geschäftspartnern . .	109
IV.	Zusammenfassung	112
D.	Bewertung relativer Marktmacht im Missbrauchsrecht	113
I.	Vorbemerkung	113
II.	Macht als eine objektive Stellung auf dem Markt	114
1.	Angebotsseitige relative Marktmacht	114
a)	Spitzenstellungsabhängigkeit	114
aa)	Geschäftsverweigerung	114
bb)	Inanspruchnahme des Vorteils	115
b)	Spitzengruppenabhängigkeit	116
aa)	Geschäftsverweigerung	116
bb)	Inanspruchnahme des Vorteils	117

c) Knappheitsbedingte Abhängigkeit	118
aa) Geschäftsverweigerung	118
bb) Inanspruchnahme des Vorteils	118
2. Nachfrageseitige relative Marktmacht	119
a) Spitzenstellungsabhängigkeit	119
aa) Geschäftsverweigerung	119
bb) Aufforderung des Vorteils – sog. Anzapfen	119
cc) Sog. Alles-oder-Nichts-Angebot	122
b) Spitzengruppenabhängigkeit	123
aa) Geschäftsverweigerung	123
bb) Inanspruchnahme des Vorteils	123
c) Knappheitsbedingte Abhängigkeit	123
III. Macht als eine subjektive Stellung zwischen Geschäftspartnern	124
1. Angebotsseitige unternehmensbedingte Marktmacht	124
a) Geschäftsverweigerung	124
b) Inanspruchnahme des Vorteils	125
2. Nachfrageseitige unternehmensbedingte Marktmacht	126
a) Geschäftsverweigerung	126
b) Aufforderung des Vorteils	127
IV. Zusammenfassung	128
3. Teil: Rechtsvergleichende Auslegung des Missbrauchsverbots bei relativer Marktmacht	131
A. Vorbemerkung	131
B. Kartellrechtslage in Deutschland	132
I. Grundlage	132
II. Behandlung des deutschen Kartellrechts zur relativen Marktmacht bis zur 2. GWB-Novelle	133
1. Vor dem Inkrafttreten des ursprünglichen GWB	133
2. Erlassprozess des GWB 1957	133
3. Aufsicht über relative Marktmacht im GWB von 1957 bis 1973	134
III. Entwicklung der Vorschriften zur relativen Marktmacht und ihre Angemessenheit	136
1. Überblick über die Entwicklung des Missbrauchsverbots bei relativer Marktmacht	136
2. Prüfung der Angemessenheit der Entwicklung	138
a) Entwicklung bzgl. des persönlichen Schutzbereichs	138
aa) Beschränkung auf KMU	138
bb) Aufhebung der Beschränkung des Schutzbereichs auf KMU	142
cc) Hinzufügung der Berücksichtigung der Gegenmacht	142
b) Erweitern des Anwendungsbereichs des Missbrauchsverbots relativer Marktmacht auf Anzapfen	144
aa) Veränderung des Schutzzwecks des Anzapfverbots	144

bb)	Anwendung des Anzapfverbots auf ein marktstarkes Unternehmen	147
cc)	Der Fall <i>EDEKA</i> aus einer teleologischen Perspektive der Kontrolle relativer Marktmacht	149
(1)	Fragliches Verhalten von <i>EDEKA</i>	149
(2)	Stellung von <i>EDEKA</i> auf dem Markt	149
(3)	Verdrängungsmöglichkeiten der Wettbewerber	150
(4)	Sachliche Rechtfertigung des Verhaltens von <i>EDEKA</i>	150
(5)	Probleme der Entscheidung des BGH und des BKartA	151
c)	Probleme i. R. von Vorschriften, die zur Bekämpfung der Herausforderungen der digitalen Wirtschaft eingeführt wurden	153
aa)	Relative Intermediationsmacht i. S. des § 20 Abs. 1 S. 2 GWB ..	153
bb)	Sog. relative Datenmacht i. S. des § 20 Abs. 1a GWB	155
cc)	Fazit	159
IV.	Kontrolle relativer Marktmacht durch das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung	160
V.	Fazit	160
C.	Kartellrechtslage in der EU	161
I.	Voraussetzungen des Missbrauchsverbots gem. Art. 102 AEUV	161
II.	Möglichkeit des Verbots des Missbrauchs relativer Marktmacht durch Art. 102 AEUV	163
1.	Überlegungen zum Überlegenheitsmissbrauchsbegriff in Vertikalverhältnissen	163
a)	Ansichten im Schrifttum	163
b)	Stellungnahme	165
2.	Mögliche Schutzlücken im EU-Kartellrecht	166
a)	Vorbemerkung	166
b)	Relative Marktmacht als objektive Stellung auf dem Markt	166
aa)	Spitzenstellungsabhängigkeit	166
bb)	Spitzengruppenabhängigkeit	167
cc)	Mangelbedingte Abhängigkeit	168
c)	Macht als subjektive Stellung zwischen Geschäftspartnern	168
d)	Zusammenfassung	169
3.	Versuche, den Missbrauch relativer Marktmacht zu erfassen und damit verbundene Probleme	169
a)	Zwei Vorgehensweisen in der EU-Kartellrechtspraxis	169
b)	Sog. mehrfache Einzelmarktbeherrschung	170
c)	Enge Marktabgrenzung	171
d)	Probleme in der Praxis	172
III.	Fazit	172
D.	Wettbewerbsrechtslage in der Republik Korea	173
I.	Überblick über einseitige Verhaltensweisen eines Unternehmens im koreanischen Kartellrecht	173

II. Zwecke des koreanischen Kartellrechts	176
1. Zwecknorm i. R. des GMRfG	176
2. Auslegung der Zwecknorm	177
a) Allgemeine	177
b) Erörterung des unmittelbaren Zwecks und Stellungnahme dazu	177
c) Erörterung des sog. Endzwecks und Stellungnahme dazu	179
aa) Zur Anregung von kreativen unternehmerischen Aktivitäten	179
bb) Zum Verbraucherschutz	180
cc) Zur Unterstützung einer ausgewogenen Entwicklung der Volkswirtschaft	181
d) Diskussion zum Verhältnis zwischen direkten und endgültigen Zwecken und Stellungnahme dazu	183
3. Zweck der koreanischen Missbrauchsaufsicht	184
a) Pluralistische Zwecke des GMRfG	184
b) Zwecke der Missbrauchsaufsicht i. R. des GMRfG	185
III. Kontrolle relativer Marktmacht i. R. des GMRfG und ihre Konformität mit dem Schutzzweck	186
1. Vorbemerkung	186
2. Kontrolle relativer Marktmacht durch das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung	187
a) Überblick über das Verbot des Missbrauchs einer Marktbeherrschenden Stellung im GMRfG	187
b) Problematische Praxis bzgl. der marktbeherrschenden Stellung	189
c) Stellungnahme zur Praxis	192
3. Kontrolle relativer Marktmacht durch das Verbot unfaierer Verhaltensweisen	193
a) Überblick über das Verbot unfaierer Verhaltensweisen im GMRfG	193
aa) Missbrauch der überlegenen Geschäftsstellung	199
(1) Überblick	199
(2) Kaufzwang	201
(3) Erpressung von Vorteilen	202
(4) Erzwingen eines Verkaufsziels	202
(5) Auferlegung von Nachteilen	202
bb) Verhaltensweisen, die mit dem verbotenen Missbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen überlappen	203
(1) Überblick	203
(2) Einseitige Geschäftsverweigerungen	205
(3) Diskriminierung der Geschäftspartner	206
(4) Koppelungsgeschäfte	207
(5) Sonstige Geschäftszwänge	208
cc) Verhaltensweisen, die vertikale Vereinbarungen betreffen	208
(1) Vorbemerkung	208
(2) Preisbindungen beim Wiederverkauf	208
(3) Beschränkungsbedingte Geschäfte	209

dd) Exkurs: Entstehungsgeschichte des Verbots unfairer Verhaltensweisen im GMRfG	210
b) Würdigung der Angemessenheit der Kontrolle relativer Marktmacht i. R. unlauterer Geschäftspraktiken	211
aa) Problem	211
bb) Stellungnahme zu Missbräuchen durch Unternehmen in überlegener geschäftlicher Stellung und zum Fall <i>Apple Korea</i>	212
(1) Zu Missbräuchen durch Unternehmen in überlegener geschäftlicher Stellung	212
(2) Zum Fall <i>Apple Korea</i>	215
cc) Stellungnahme zu Verhaltensweisen, die mit dem verbotenen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Unternehmen überlappen	217
dd) Stellungnahme zu Verhaltensweisen, die als vertikale Vereinbarungen funktionieren und zum Fall <i>S-Oil</i>	220
(1) Zu Verhaltensweisen, die als vertikale Vereinbarungen funktionieren	220
(2) Zum Fall <i>S-Oil</i>	221
ee) Zusammenfassung	222
4. Kontrolle durch Sonderregelungen des GMRfG	223
a) Vorbemerkung	223
b) Ziele der Gesetzgebung des GfGSA	224
c) Ziele der Gesetzgebung des GfGF	225
d) Ziele der Gesetzgebung des GfGEH	225
e) Ziele der Gesetzgebung des GfGHV	225
f) Charakteristische Merkmale der abgeleiteten Gesetze	226
g) Exkurs: Über den Gesetzentwurf über faire Vermittlungsgeschäfte auf Online-Plattformen (GfVOP) 2020	227
5. Fazit	229
 Zusammenfassung und Schlussfolgerung	 231
A. Zusammenfassung	231
I. Zu Teil 1	231
1. Konzept und Beurteilungsmaßstäbe der relativer Marktmacht	231
2. Fallgruppen der relativen Marktmacht und ihre kartellrechtlichen Merkmale	231
3. Beurteilungsmaßstäbe der Abhängigkeit und ihre Inhalte	232
4. Eingriffsnotwendigkeit und -gründe bei relativer Marktmacht	232
II. Zu Teil 2	233
1. Schutzzweck der Missbrauchsaufsicht	233
2. Schutzzweck des Missbrauchsverbots bei relativer Marktmacht und seine Grenzen	233

3. Überlegungen zur Feststellung der Rechtswidrigkeit in Szenarien relativer Marktmacht	234
III. Zu Teil 3	235
1. Würdigung der Vorschriften zur relativen Marktmacht in Deutschland	235
2. Würdigung der europäischen Bemühungen zur Kontrolle des Missbrauchs relativer Marktmacht	235
3. Würdigung der Kontrolle der relativen Marktmacht in Südkorea	236
B. Schlussfolgerungen	237
I. Zunehmende Notwendigkeit eigenständiger Regeln für die Kontrolle relativer Marktmacht	237
II. Rechtsgrundlage für die Verantwortung von Unternehmen mit relativer Marktmacht	237
III. Wichtigkeit der Unterscheidung zwischen dem abgegrenzten Markt und dem Umfang der Ausweichmöglichkeit	238
IV. Immanente Schranke wettbewerbsrechtlichen Eingreifens in der relativen Marktmacht	238
V. Problem im Zusammenhang mit der Möglichkeit der mehrfachen Kontrolle der relativen Marktmacht im GMRfG	239
VI. Notwendigkeit einer Änderung der Regelungsform für die Kontrolle der relativen Marktmacht in Korea	239
VII. Schwierigkeiten des GMRfG bei der Feststellung der Rechtswidrigkeit und Möglichkeiten zur Überwindung in der Praxis	240
Literaturverzeichnis	243
Sachverzeichnis	253

Einleitung

A. Problemstellung und Zielsetzung der Arbeit

In kaum einem Land mit marktwirtschaftlich geprägter Wirtschaftsordnung wurde bisher kein Wettbewerbsrecht eingeführt, welches gewissermaßen als Marktgrundgesetz dient.¹ Während die globale Konvergenz des Wettbewerbsrechts allgemein zu beobachten ist – vor allem unter den sog. drei Säulen des Wettbewerbsrechts haben das Kartellverbot und die Fusionskontrolle weltweit ähnliche Inhalte –, hat die Missbrauchsaufsicht im modernen Kartellrecht im Vergleich zu den anderen Säulen in jeder Jurisdiktion ihre eigenen Besonderheiten.² Die grundlegenden Inhalte der Missbrauchsvorschriften sind zwar im Großen und Ganzen gleich, aber der Adressatenkreis und die Gegenstände der Missbrauchskontrolle unterscheiden sich je nach dem sozioökonomischen Hintergrund der einzelnen Länder.³ Das deutsche System der relativen Marktmacht im GWB und das koreanische System der unlauteren Handelspraktiken im GMRfG,⁴ die beide Forschungsschwerpunkte dieser Arbeit sind, können als repräsentative Beispiele für die Ausdehnung der Normadressaten der Missbrauchskontrolle und die Erweiterung der Gegenstände der Missbrauchsaufsicht vor dem Hintergrund der jeweiligen wirtschaftlichen Bedingungen und Rechtstraditionen verstanden werden.

In der jüngeren Zeit wurden die Flexibilität und die Erweiterbarkeit solcher Missbrauchsnormen in jedem Rechtsbereich bereits aktiv neu bewertet. Die Kontrolle des Missbrauchs relativer Marktmacht erfährt zunehmend Anerkennung als wirksames Mittel gegen Marktverzerrungen in der so genannten digitalen Ökonomie, die durch das Aufkommen großer internationaler Technologiekonzerne, vertreten durch die *GAFAM*,⁵ verursacht werden, womit derzeit viele

¹ Bereits im Jahr 2010 hatten 108 Länder, einschließlich der EU, weltweit Kartellrecht in Kraft oder waren zumindest damit beschäftigt, ihre Gesetze auszuarbeiten, s. *UNCTAD*, Model Law on Competition, TD/RBP/COMF.7/8, 2010, S. 12.

² Vgl. *Gerber*, Competition Law and Antitrust, 2020, S. 66, 74.

³ Wie in der EU i. R. des Art. 3 VO 1/2003 bekannt, dürfen die Mitgliedsstaaten je nach ihren eigenen Umständen strengere Missbrauchsvorschriften als die europäischen Wettbewerbsregeln einführen und anwenden.

⁴ Gesetz zur Monopolregulierung und fairen Geschäftsverkehr. Das ist als koreanische Hauptkartellrecht anerkannt.

⁵ *Google (Alphabet), Amazon, Facebook (Meta), Apple und Microsoft*. Diese werden auch

Länder konfrontiert sind. Dasselbe gilt für Marktstörungen, die auf dem Markt für den Vertrieb von Waren des täglichen Bedarfs, der von dem großen Lebensmitteleinzelhandel geprägt ist, ein Problem darstellen können. Zum einen wurde auf deutscher Seite im Rahmen der vom BMWi in Auftrag gegebenen und 2018 veröffentlichten Studie „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“ die Anwendbarkeit des § 20 Abs. 1 GWB, der die Anwendbarkeit des Missbrauchsverbots insbesondere auf Intermediationsplattformen erweitert und der zur theoretischen Grundlage für die 10. GWB-Novelle 2021 wurde, umfassend überprüft.⁶ In der Praxis erfolgte auch die aktive Anwendung einer anderen Ausdehnungsvorschrift, § 20 Abs. 2 GWB, die durch den Beschluss i. S. *EDEKA* repräsentiert wird,⁷ im gleichen Kontext. Ähnlich verhält es sich auf der anderen Seite des eurasischen Kontinents in Korea, wo das missbräuchliche Verhalten von Internetplattformen und Vertriebsunternehmen für Lebensmittel in erster Linie mit Hilfe von Normen bekämpft wird, die auf den einzigartigen koreanischen Bestimmungen gegen unlauteren Handel i. S. des Art. 45 GMRfG basieren, die als ein kartellrechtliches System verstanden werden können, das der relativen Marktmacht in Deutschland nahe kommt. Die sogenannte *New-Brandeis*-Bewegung,⁸ die in letzter Zeit in den Vereinigten Staaten ins Rampenlicht gerückt ist, hat einen Aspekt, der im gleichen Kontext verstanden werden kann. Gleichzeitig bedarf es in der Praxis aber keiner großen Erklärung, dass eine eingehende Untersuchung darüber durchgeführt werden sollte, ob die Anwendung dieser Instrumente dem Zweck des Kartellrechts entspricht. Die Anwendung von abstrakten Rechtsnormen auf konkrete Fälle wird durch den Zweck der betreffenden Vorschriften begrenzt. Vor der Ausweitung des Normadressaten der Missbrauchsaufsicht auf Unternehmen mit relativer Marktmacht sind daher eine Untersuchung des Zwecks des Gesetzes und eine sorgfältige Prüfung des sich daraus ergebenden Umfangs der anwendbaren Regelungen unerlässlich, um eine Anwendungspraxis zu schaffen, die mit den Wettbewerbsprinzipien vereinbar ist.

Die vorliegende Arbeit setzt hier an. Sie sucht nach einer Möglichkeit, relative Marktmacht adäquat zu erfassen, um dadurch für die Praxis im Rahmen teleologischer Auslegung eine zielgerichtete Anwendung der geltenden Vorschriften zu ermöglichen. In diesem Zusammenhang sollen mehrere Überlegungen erfolgen, die dabei kartellrechtlicher und rechtspolitischer Klärung bedürfen.

als *The Big Five* genannt. S. z. B. *The ‚Big Five‘ Could Destroy the Tech Ecosystem*, Bloomberg.com, 15.11.2017, unter <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2017-11-15/the-big-five-could-destroy-the-tech-ecosystem>, zuletzt abgerufen am 17.3.2024.

⁶ *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 47 ff.

⁷ BGH v. 23.1.2018, KVR 3/17 – *Hochzeitsrabatte I*.

⁸ Dazu s. unten 2. Teil. B. I. 5. Möglichkeiten für normative Zwecke – *New-Brandeis* und das koreanische Kartellrecht.

B. Gang der Untersuchung und die angewandten Forschungsmethoden

Der erste Teil befasst sich mit den kartellrechtlichen Implikationen relativer Marktmacht. Da relative Marktmacht durch die Abhängigkeit der anderen Partei erfasst werden kann, wird hier zunächst erläutert, wie Abhängigkeit sowohl aus ökonomischer als auch aus normativer Sicht verstanden wird. Darauf aufbauend wird kurz erwähnt, wie Deutschland, die EU und Korea relative Marktmacht im Rahmen des Wettbewerbsrechts behandeln. Danach werden Befunde der relativen Marktmacht auf induktive Weise beschrieben, wobei der Schwerpunkt auf der deutschen Kartellrechtspraxis liegt, die eine Vielzahl von Fallgruppen zur relativen Marktmacht hervorgebracht hat. Indem die wettbewerbsrechtlichen Eigenschaften der einzelnen Fallgruppe untersucht werden, wird deutlich, dass sich relative Marktmacht im Wesentlichen in eine objektive Marktmacht, die in Verbindung mit bestimmten Produkten an die herkömmliche Marktbeherrschung angenähert ist, und eine subjektive Marktmacht, die sich aus der Beziehung zwischen bestimmten Geschäftspartnern ergibt, unterteilen lässt. Ausgehend von dieser Klassifizierung werden die wettbewerbsrechtlichen Merkmale der relativen Marktmacht herausgearbeitet. Hier wird nicht nur untersucht, welche Differenzierung die Tatbestandsmerkmale der einzelnen Gruppen aufweisen und welche Eigenschaften die auf ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten abstellende Beurteilungsskala hat, sondern es werden auch die Unterschiede und Gemeinsamkeiten mit Begriffen wie z. B. Marktbeherrschung, überlegene Marktmacht usw. analysiert, die ebenfalls in der deutschen Wettbewerbsrecht geregelt sind. Anschließend wird geprüft, ob es notwendig ist, in die Marktwirtschaft einzugreifen, was ein grundlegendes Anliegen des Kartellrechts ist, wenn die relative Marktmacht auf dem Spiel steht, und unter welchen Umständen solche Einschränkungen der Privatautonomie gerechtfertigt werden können.

Der zweite Teil widmet sich der Schadenstheorie, warum relative Marktmacht auf der Basis der Schlussfolgerungen in Teil 1 wettbewerbsrechtlich als unzulässig bewertet werden kann. Als Voraussetzung für diese Überlegung wird die wohl nie endende Diskussion über den Zweck des Kartellrechts und der Missbrauchskontrolle, einschließlich der neueren Auslegungstheorie, dargestellt und dazu eine Stellungnahme aus eher ordoliberaler Sicht abgegeben. Darauf aufbauend wird näher beleuchtet, wo die Grenzen des im Wettbewerbsrecht möglicherweise problematischen Missbrauchs relativer Marktmacht liegen. In Bezug darauf wird eingehend geprüft, ob ausbeuterisches Verhalten, das auf relativer Marktmacht beruht, auch von der Kontrolle erfasst werden kann. Ausgehend von der abstrakten Erörterung der Schadenstheorie in diesem Teil wird nun im Detail überlegt, wie die einzelnen Fallgruppe des Miss-

brauchs durch marktstarke Unternehmen zu bewerten sind, um einen Bewertungsmaßstab zu schaffen, der zur Lösung des tatsächlichen Einzelfalls beiträgt. Außerdem wird dargelegt, inwieweit die Interessenabwägung, die aus der spezifischen Durchsetzung des Gesetzes folgt, durchgeführt werden sollte, wenn die Schadenstheorie angenommen wird.

Im dritten Teil soll auf der Grundlage der obigen Erörterungen untersucht werden, ob die tatsächliche rechtliche Regelung der relativen Marktmacht einschließlich der konkreten Anwendungsfälle der Reichweite und dem in den Teilen 1 und 2 dargelegten Zweck der Kontrolle relativer Marktmacht entspricht. Im Falle Deutschlands wird die Legitimität des Kartellrechts kritisch aufgezeigt und der Übergangprozess der Missbrauchskontrolle relativer Marktmacht nachgezeichnet. Die Angemessenheit der damit verbundenen Regelungen, die mit der 10. GWB-Novelle von 2021 neu eingeführt wurden, wird ebenfalls überprüft. Bezüglich der EU, die keine besonderen Vorschriften zur Kontrolle relativer Marktmacht kennt, muss auch beschrieben werden, wie sie solche Situationen behandelt. In Bezug auf Korea wird als Voraussetzung für die Analyse zunächst ein Überblick über die Missbrauchsvorschriften des koreanischen Wettbewerbsgesetzes vermittelt. Vor diesem Hintergrund wird ebenfalls kritisch untersucht, wie die Disziplinierung des Missbrauchs relativer Marktmacht im koreanischen Missbrauchsverbot umgesetzt wird. Dazu gehört auch eine Überprüfung der Sondergesetze, die sich aus den Vorschriften zum Missbrauch einer überlegenen Geschäftsposition ergeben, die nur im koreanischen Recht gelten. Natürlich geht dieses Verfahren mit der Analyse konkreter Anwendungsfälle für jede Rechtsordnung einher.

Zum Schluss werden die gewonnenen Erkenntnisse zusammengefasst und Schlussfolgerungen aufgezeigt.

1. Teil

Wettbewerbsrechtliche Implikationen der relativen Marktmacht

A. Vorbemerkung

Seit der 2. GWB-Novelle von 1973 sind in Deutschland unbillige Behinderungen und Ungleichbehandlungen nicht nur Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung auf einem Markt, sondern auch Unternehmen mit „relativer Marktmacht“ gegenüber anderen Unternehmen auf der kartellrechtlichen Ebene verboten. Das Verbot des Missbrauchs relativer Marktmacht wird als Erweiterung des Verbots der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, das sich bereits als eine Säule im deutschen Kartellrecht etabliert hat, angesehen.¹ Hier werden im Folgenden wettbewerbsrechtliche Implikationen der relativen Marktmacht dargestellt. Zum ersten wird untersucht, was man als relative Marktmacht bezeichnet (B.). Danach wird dargestellt, in welchen Konstellationen die relative Marktmacht in der Praxis als kartellrechtswidrig behandelt wird (C.). Anschließend wird ermittelt, wie sie kartellrechtlich einzuordnen ist (D.). Schließlich wird beleuchtet, ob die Missbrauchskontrolle bei relativer Marktmacht tatsächlich notwendig ist (E.).

B. Begriff der relativen Marktmacht

1. Definition der relativen Marktmacht

Um den Begriff der relativen Marktmacht zu beleuchten, sei zunächst darauf hingewiesen, wie das GWB, das ihren Missbrauch ausdrücklich kontrolliert, sie definiert. Unter relativer Marktmacht gem. § 20 Abs. 1 GWB ist eine Verhandlungsmacht zu verstehen, welche Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen² gegenüber der Marktgegenseite besitzen.³ Die Relativität der Marktmacht

¹ S. dazu *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 20 Rn. 256.

² „Unternehmen“ und „Unternehmensvereinigungen“ werden im Folgenden vereinfacht als „Unternehmen“ bezeichnet, wenn keine besondere Unterscheidung erforderlich ist.

³ Von der 5. GWB-Novelle bis zur 9. GWB-Novelle war der Kreis des persönlichen Schutzbereichs des § 20 Abs. 1 S. 1 GWB auf mittelständische Unternehmen begrenzt. Daran orientierte sich die Argumentation, die im Ergebnis dazu führte, dass die Begrenzung zu einem Mittelstandsschutz [Schutz von kleinen und mittleren Unternehmen] führte (*Westermann*, in:

bezieht sich grundsätzlich auf die bilaterale Beziehung zwischen den betroffenen einzelnen Unternehmen.⁴ Relative Marktmacht konstituiert sich nämlich im Verhandlungsverhältnis zu den Betroffenen. Die relativ-marktmächtige Stellung liegt lediglich im Vertikalverhältnis gegenüber bestimmten Unternehmen anderer Marktstufen vor, nicht im Horizontalverhältnis gegenüber den Wettbewerbern.⁵ Derjenige Nachfrager oder Anbieter, der als relativ-marktmächtig gilt, hat die Fähigkeit, eine bestimmte Art von Gütern oder Dienstleistungen mit anderen Unternehmen nach Belieben auszuhandeln, während der von ihm abhängige Lieferant oder Käufer dies ihm gegenüber nicht kann.

Dieses Verhandlungsmachtgefälle, das sich aus einer Geschäftsbeziehung ergibt, zeigt die Größe der relativen Marktmacht an. Je größer der wirtschaftliche Machtunterschied zwischen den Verhandelnden im konkreten Fall ist, umso strenger ist die Verhaltensbindung des abhängigen Unternehmens und umso geringer sind also seine Ausweichmöglichkeiten.⁶ In Vertikalverhältnissen kann ein abhängiges Unternehmen natürlich sowohl Anbieter als auch Nachfrager sein.⁷ Ein oder mehrere Unternehmen können in Geschäftsbeziehungen auf ein Unternehmen oder auch auf mehrere Unternehmen auf gleiche Art und Weise angewiesen sein.⁸ Es ist unerheblich, ob für das vermutlich abhängige Unternehmen bereits eine Ausweichnotwendigkeit besteht.⁹ Die Abhängigkeit kann sich sowohl auf bestimmte Waren oder Leistungen als auch auf bestimmte marktstarke Unternehmen beziehen.¹⁰ Die Konstellationen, in denen sich die Abhängigkeitsbeziehungen auf bestimmte Unternehmen beziehen, können unter die klassische Fallgruppe der sog. unternehmensbezogenen Abhängigkeit gefasst werden, während die Abhängigkeitsbeziehungen, die sich auf bestimmte Güter oder Dienstleistungen beziehen, insbesondere die sog. sortimentsbezogene Abhängigkeit (eines Nachfragers) repräsentieren.

MüKo-WettbR, 3. Aufl. 2020, § 20 GWB Rn. 16). Mit der 10. GWB-Novelle wurde die Begrenzung des persönlichen Schutzbereichs aufgehoben.

⁴ Markert, in: Immenga/Mestmäcker, 6. Aufl. 2020, § 20 GWB Rn. 6.

⁵ Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 20 Rn. 259. Im Horizontalverhältnis kann sich Marktmacht nicht auf relative Marktmacht i. S. des § 20 Abs. 1 GWB, sondern nur auf überlegene Marktmacht i. S. des § 20 Abs. 3 GWB beziehen.

⁶ Lübbert/Schöner, in: Wiedemann, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 1.

⁷ S. dazu Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 20 Rn. 260.

⁸ Als letzteres ist die unten beschriebene sog. Spitzengruppenabhängigkeit typisch.

⁹ Markert, in: Immenga/Mestmäcker, 6. Aufl. 2020, § 20 GWB Rn. 16.

¹⁰ Dazu Dreher/Kulka, 12. Aufl. 2023, § 11 Rn. 1354 in der Fußnote 78: „Der Tatbestand des § 20 Abs. 1 GWB ist sogar in zweifacher Hinsicht relativ: in Bezug auf bestimmte Anbieter oder Nachfrager und in Bezug auf bestimmte Waren oder gewerbliche Leistung[.]“; aber vgl. Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 20. Rn. 259: „Daher rührt bei § 20 Abs. 1 GWB auch der Begriff der relativen Marktmacht bzw. relativen Abhängigkeit, weil sich das Abhängigkeitsverhältnis auf bestimmte Waren oder Leistungen bezieht und nicht auf das Unternehmen als solches.“

II. Erfassung der Abhängigkeit

1. Zwei Sichtweisen

Neben der gesetzlichen Definition relativer Marktmacht lohnt es sich für die folgenden Erörterungen zu untersuchen, wie die Abhängigkeit von einer Gegenpartei, die ein Indikator für relative Marktmacht ist, wissenschaftlich verstanden werden kann. Ob in einer Geschäftsbeziehung ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, kann lediglich für den konkreten Einzelfall festgestellt werden, sodass der Begriff der Abhängigkeit nicht mit feststehenden einheitlichen Kriterien erfasst werden kann.¹¹ In mehr als fünf Jahrzehnten Entscheidungspraxis in Deutschland haben sich jedoch verschiedene Abhängigkeitskonstellationen herausgebildet, an denen man die normativen Merkmale der Abhängigkeit in Geschäftsbeziehungen erkennen kann. Bei der Untersuchung der Abhängigkeit ist es zunächst ganz allgemein angebracht, die Bestimmungsgrößen der Verhandlungsmacht aus ökonomischer und juristischer Sicht zu betrachten. Anschließend wird anhand der in der deutschen Praxis etablierten Fallgruppen der Abhängigkeitsbegriff ausführlich dargestellt.

2. Bedeutungen der Abhängigkeit aus ökonomischer Sicht

a) Begriffsbestimmung

Aus ökonomischer Sicht basiert die Abhängigkeit in Geschäftsbeziehungen auf den sog. Abbruchoptionen (eng. *outside options*) der beiden Vertragsparteien.¹² Unter Abbruchoptionen sind die hypothetischen Gewinne zu verstehen, welche die jeweiligen Vertragsparteien bei Scheitern von Verhandlungen oder bei Rückgriff auf bereits abgeschlossene Verträge als beste Alternative erzielen können.¹³ Sie werden durch spieltheoretische Ansätze geprägt.¹⁴ Mit anderen Worten: Je *attraktiver* eine Alternative für eine der Parteien ist, desto mehr Verhandlungsmacht hat die Partei und desto *abhängiger* ist die andere von ihr.¹⁵ Eine Partei mit Verhandlungsmacht kann einer anderen Partei ihre eigenen Ver-

¹¹ Thomas, ZWeR (2015), 210, 214.

¹² Inderst/Wey, Perspektiven der Wirtschaftspolitik, Bd. 9 (2008), 465, 470 ff.

¹³ Dies., S. 471.

¹⁴ Vgl. Holler/Illing/Napel, Einführung in die Spieltheorie, 8. Aufl. 2019, S. 248 f.; Inderst/Wey, Perspektiven der Wirtschaftspolitik, Bd. 9 (2008), 465, 471 in der Fußnote 14: „[...] Spieltheoretische Ansätze gehen oft von einem alternierenden Verhandlungsprozess aus, in dem die Parteien abwechselnd Angebote unterbreiten. Es ist intuitiv, dass in diesen Ansätzen die ‚Geduld‘ der Parteien eine wichtige Rolle bei der Bestimmung der Anteile am gemeinsamen Gewinn darstellt. Geduld leitet sich hierbei aus den Kosten einer weiteren Verzögerung eines Vertragsabschlusses ab, die im einfachsten Fall auf schlichtem Diskontieren zukünftiger Profite beruhen, allerdings auch durch Liquiditätsengpässe und Finanzierungsprobleme erhöht werden können.“; Thomas, ZWeR (2015), 210, 214.

¹⁵ Inderst/Wey, Perspektiven der Wirtschaftspolitik, Bd. 9 (2008), 465, S. 471.

handlungsbedingungen aufzwingen. Eine solche Macht im betreffenden Verhandlungsprozess wird im GWB gesetzlich als relative Marktmacht bezeichnet.

b) Bestimmungsgrößen

Es fragt sich, welche Bestimmungsgrößen aus ökonomischer Sicht für die Feststellung von Abhängigkeit herangezogen werden können. Hierbei können eine angebotsseitige relative Marktmacht und eine nachfrageseitige relative Marktmacht unterschieden werden. Eine angebotsseitige relative Marktmacht, verbunden mit einer nachfrageseitigen Abhängigkeit kann in folgenden Konstellationen bestehen: Wenn ein Hersteller auf einem relevanten Markt beispielsweise einen hohen Marktanteil hat, kann ein Händler auf der nachgelagerten Marktstufe auf den Hersteller angewiesen sein. Vorstellbar ist aber auch der Fall, dass ein Hersteller, obwohl er nur einen geringen Marktanteil auf dem gesamten relevanten Markt hat, ein sog. Must-have-Gut herstellt, so dass das Sortiment des Händlers ohne dieses Produkt unvollständig wäre. Darüber hinaus könnte der Fall ggf. eintreten, dass ein Händler für einen großen Teil seines Gesamtumsatzes von einem bestimmten Lieferanten abhängig ist.

Umgekehrt kann Angebotsabhängigkeit oder eine relative Marktmacht auf der Nachfrageseite in folgenden Situationen bestehen. Zunächst kann die Größe des Händlers einen erheblichen Einfluss auf den Wert der Abbruchsoption des Lieferanten haben, da der Händler in diesem Fall typischerweise als wichtiger Absatzkanal (bzw. sog. *gatekeeper*, wobei dieser Begriff nicht im Sinne des *Digital Markets Act* zu verstehen ist) im Beschaffungsmarkt auftritt oder mit der Größe des Gesamtsortiments ein sog. *one-stop-shopping* für die Endkunden ermöglicht.¹⁶ Neben der Größe des Abnehmers können das Einkaufsvolumen der Abnehmer sowie der Anteil des Abnehmers an einem bestimmten lokalen Absatzmarkt oder der von einem bestimmten Abnehmer übernommene Anteil am Gesamtabsatzvolumen eines Lieferanten auch eine wichtige Rolle spielen.¹⁷ Bei Letzterem wird die Beziehung zwischen den Vertragspartnern betrachtet, während im Übrigen auf die Position des Unternehmens im jeweiligen Markt abgestellt wird.

Im Vergleich zum Fall der Marktbeherrschung ist bei der relativen Marktmacht zu beachten, dass die absolute Größe des Unternehmens bzw. der absolute Anteil an einem relevanten Markt nicht unbedingt als entscheidender Maßstab, sondern nur als hilfreiches Kriterium fungieren kann, da sowohl ein relativ kleines Angebot an unverzichtbaren Produkten auf einem bestimmten relevanten Markt als auch eine relativ kleine Handelskette zu einem unkontrollierten Verhaltensspielraum z. B. gegenüber einem Lieferanten führen kann.¹⁸

¹⁶ Dies., S. 473.

¹⁷ Dies., S. 473; Inderst, WuW (2008), 1261, 1267.

¹⁸ In Bezug auf relative Nachfragemacht ausführlich, Inderst/Wey, Perspektiven der Wirtschaftspolitik, Bd. 9 (2008), 465, 472 ff.

c) Fazit

In der allgemeinen Wirtschaftstheorie wird Marktmacht als die Fähigkeit von Anbietern oder Nachfragern beschrieben, das Ziel der individuellen Gewinnmaximierung bis zu einem gewissen Grad unabhängig und unkontrolliert von anderen Vertragspartnern zu verfolgen.¹⁹ Um seinen Gewinn zu maximieren, kann man bei der angebotsseitigen Marktmacht den Verkaufspreis über ein bestimmtes Wettbewerbsniveau anheben, bei der nachfrageseitigen Marktmacht kann man spiegelbildlich dazu Preissenkungen unterhalb dieses Niveaus erzwingen.²⁰ Relative Marktmacht lässt sich somit auch als Marktmacht im ökonomischen Sinne erfassen. Von diesem Standpunkt aus können Verhandlungsmacht und Marktmacht häufig nicht immer scharf getrennt werden, jedoch kann Marktmacht auf beiden Seiten des Markts durch das Verhandlungsmachtkonzept gemessen werden.²¹

Wie hoch die Verhandlungsmacht einer der beiden Seiten aus ökonomischer Sicht ist, hängt bei angebotsseitiger Macht grundsätzlich neben dem Marktanteil auch von der Angebotselastizität der Konkurrenten des Anbieters ab. Bei nachfrageseitiger Macht ist sowohl die Angebotselastizität als auch die Nachfrageelastizität der Konkurrenten des Abnehmers entscheidend.²² Die Größe der Verhandlungsmacht ist einerseits weitgehend proportional zum Wert des Marktanteils des Unternehmens und andererseits umgekehrt proportional zum Grad einer eventuellen Elastizität des Produkts. Diese Maßstäbe genügen jedoch für sich allein genommen nicht für die Feststellung, ob im fraglichen Fall eine Partei von der anderen abhängig ist, denn die Auftretensformen der relativen Marktmacht sind in der Praxis drastisch vielfältig. Vielmehr muss daher eine pauschale Berücksichtigung im Einzelfall maßgeblich sein.²³ Die Abbruchoption eines Unternehmens wird in § 20 Abs. 1 GWB mit dem Vorhandensein ausreichender und zumutbarer Ausweichmöglichkeiten auf andere Marktteilnehmer berücksichtigt.

*3. Bedeutungen der Abhängigkeit aus normativer Sicht**a) Tatbestandmerkmale gemäß der Vorschrift*

Gemäß § 20 Abs. 1 S. 1 GWB wird die Abhängigkeit als das Fehlen einer ausreichenden bzw. zumutbaren Ausweichmöglichkeit der betroffenen Unternehmen

¹⁹ Ewald, in: Wiedemann, 4. Aufl. 2020, § 7 Rn. 20.

²⁰ Ders., § 7 Rn. 20.

²¹ Inderst, WuW (2008), 1261, 1265.

²² Blair/Harrison, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 54 ff.: Hier wird nur die Verhandlungsmacht auf der Nachfrageseite dargestellt, man könnte aber die fragliche Situation analog auf die Marktmacht auf der Angebotsseite anwenden.

²³ Dies., S. 58 ff.

auf andere Bezugsquellen bzw. Absatzmärkte definiert.²⁴ Ob und wann eine ausreichende und zumutbare Möglichkeit besteht, auf andere Unternehmen zurückzugreifen, hängt natürlich vom Einzelfall ab.²⁵ Dennoch sind Merkmale dieser beiden Kriterien festzulegen, um eine einheitliche Prüfung gewährleisten zu können. Bei der Prüfung der Abhängigkeit sind in diesem Zusammenhang zumindest die folgenden Schritte *logischerweise* zu befolgen: Zunächst ist festzustellen, ob Ausweichmöglichkeiten grundsätzlich vorliegen.²⁶ Dann wird beurteilt, ob sie ausreichend oder zumutbar sind.²⁷ Auch wenn in der Praxis eine klare Unterscheidung zwischen diesen beiden Begriffen kaum möglich ist,²⁸ ist dennoch aus normativer Sicht begrifflich zu differenzieren. Die normative Bedeutung der Tatbestandsmerkmale sowie das Verhältnis zwischen dem Ausreichen und der Zumutbarkeit der Ausweichmöglichkeit werden im Folgenden beschrieben.

b) Ausreichende Ausweichmöglichkeiten

Ob ausreichende Ausweichmöglichkeiten tatsächlich existieren, muss grundsätzlich *objektiv* ermittelt werden.²⁹ Bei der Beurteilung, ob eine Ausweichmöglichkeit ausreichend ist, ist eine konkrete Bewertung des Unternehmens vorzunehmen, dem eine starke Marktmacht zugeschrieben wird. Die Ausweichposition eines Unternehmens kann beispielsweise aus seinem Marktanteil auf einem relevanten Markt, dem allgemeinen Ansehen seiner Waren oder Dienstleistungen aus Kundensicht, seinen Preisen und seiner Qualität sowie den angewandten Werbemaßnahmen abgeleitet werden.³⁰

Auch wenn es auf dem relevanten Markt objektiv zahlreiche alternative Anbieter bzw. Nachfrager gibt, die in erheblichem Wettbewerb zu dem relativ marktstarken Unternehmen stehen, bedeutet dies nicht *per se*, dass es auch ausreichende Ausweichmöglichkeiten gibt.³¹ Darüber hinaus kann selbst in einem Markt mit flächendeckend erheblichem Wettbewerb das Ausreichen in Bezug auf bestimmte Waren oder Dienstleistungen verneint werden, wenn dies angebracht ist, da es sich etwa um differenzierte Produkte in einem relevanten Markt³² handelt. Ein eindeutiges Kriterium zur Bestimmung der Hinlänglich-

²⁴ Lübbert/Schöner, in: Wiedemann, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 13.

²⁵ Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 20 Rn. 261.

²⁶ Das Fehlen von Ausweichmöglichkeiten weist darauf hin, dass der problematische Markt monopolistisch ist.

²⁷ Loewenheim, in: Loewenheim et al., 3. Aufl. 2016, § 20 Rn. 14.

²⁸ Vgl. Nothdurft, in: Langen/Bunte, 13. Aufl. 2017, § 20 GWB Rn. 28.

²⁹ Lübbert/Schöner, in: Wiedemann, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 14.

³⁰ Vgl. z. B. BGH v. 24.9.1979, KZR 20/78, juris Rn. 22 – *Modellbauartikel II*; das Verhältnis zwischen dem Grad des Ausreichens und dem relevanten Markt werden unter I. Teil. D. II. 3. Sinn der Marktabgrenzung bei relativer Marktmacht erörtert.

³¹ Markert, in: Immenga/Mestmäcker, 6. Aufl. 2020, § 20 GWB Rn. 18.

³² Bei der Abgrenzung von Märkten müssen differenzierte Güter sorgfältig behandelt werden, s. Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, 2006, S. 79 f.

Sachverzeichnis

- Abbruchsoptionen 7, 13
Abhängigkeit 7–13, *siehe auch* relative
Marktmacht
– aus normativer Sicht 9
– aus ökonomischer Sicht 7
– datenbedingte 15, 138, 155–158
– mangelbedingte 31–35, 51 f., 118 f.,
123 f., 168
– nachfragebedingte 20
– sortimentsbedingte 21–27, 50 f.,
109
– unternehmensbedingte 27–31, 109–
111, 124–128, 168 f.
– Vertragsverhältnis 29
– Vertrauensverhältnis 28, 30
– knappheitsbedingte *siehe* mangel-
bedingte
Abhängigkeitsvermutung 15
Alles-oder-Nichts-Angebot 122
Als-ob-Wettbewerbskonzept 103
Angebotssubstituierbarkeit 45
Angebotsumstellungsflexibilität 47
Anzapfen 119, *siehe auch* Anzapfverbot
Anzapfverbot 144–149, 195
Apple Korea-Fall 215 ff.
Ausbeutungsmisbrauch 102–108
Ausweichmöglichkeit 10
– ausreichende 10 f.
– zumutbare 11 f.
- BANTA* 40
Behinderungsmisbrauch 102, 106
besondere Verantwortung 36–38, 52,
67 f., 73, 110
Beziehung enger Substituierbarkeit 22,
45, 168
- Chaebol* 175, 178
Chicago School 77, 85
- Datenmacht *siehe* datenbedingte
Abhängigkeit
Distributionsgrad 46
duales System 17, 173
- EDEKA*-Fall 149–153
Effizienzkriterium 90–92
- false negatives* 64, 173
false positives 64, 173
- Gap-Eul*-Beziehungen 18
Gapjil *siehe* *Gap-Eul*-Beziehungen
gatekeeper 23, 108
Gegenmacht 142–144
Gesamtwohlfahrt 84, 85
Geschäftsfreiheit *siehe* Handlungsfreiheit
Geschäftsstellung, überlegene 199 ff.
Geschäftsverweigerung 114–119, 123–
127
GfGEH 225
GfGF 225
GfGHV 225
GfGSA 224
GMRfG 173 ff.
- Handlungsfreiheit 77, 78, 101
Harvard School 77, 79, 82, 83
- Inanspruchnahme des Vorteils 115–118,
123, 125–128
Integration, vertikale 32, 34, 38
Interessenabwägung 112 f., 125, 127,
143, 181
Intermediationsmacht 15, 138, 153–155
iustum pretium 89
- KMU 138–144, 224
– Mittelstandsschutz 140

- Konsumentenwohlfahrt 83, 84, 85, 86, 111
 Kosten-Preis-Schere 61 ff.
 Lieferantenwohlfahrt 84, 85, 87–90, 121 f.
 Lieferverweigerung *siehe* Geschäftsverweigerung
 Lock-in-Effekt 30, 37
Magill-Fall 170 f.
 Marktabgrenzung 36, 41–43, 163–166, 171
 Marktanteilsverteilung 47
 Marktbeherrschung 54–60, 100, 160, 162–166, 187 ff.
 Marktmacht, überlegene 16, 60–63
 Marktposition 63
 – Marktposition, starke 18
 Marktstellung, objektive 22
 Marktstruktur 28, 30, 38
 mehrfache Einzelmarktbeherrschung 27, 58 f., 170 f.
 Mittelstandsschutz 140
more economic approach 84
 Nachfragesubstituierbarkeit 45
 Netzwerkeffekt 67
New-Brandeis School 92, 93
 Oligopolmarktbeherrschung 27
 Ordoliberalismus 77, 79, 80, 81
outside options *siehe* Abbruchsoptionen
Pareto-Optimum 86
 Privatautonomie 78
 Produktverwandtschaft 43 f.
 Produzentenwohlfahrt *siehe* Lieferantenwohlfahrt
 relative Marktmacht 5, 35–39, 99–101
 Repartierungspflicht 32
 Rücksichtnahmepflicht *siehe* besondere Verantwortung
 Schockanalyse 46
 Selbstkorrekturkraft des Wettbewerbs 66
 Selbstregulierungsfunktion des Wettbewerbs *siehe* Selbstkorrekturkraft des Wettbewerbs
Siemens-Fall 192
S-Oil-Fall 221 f.
 Spiraleffekt 109, 120
 Spitzengruppenabhängigkeit 25–27, 116–118, 123, 166 f.
 Spitzenstellungsabhängigkeit 21–24, 108, 114–116, 119–123, 166
SSNIP-Test 46
 Stellung, marktstarke *siehe* Marktposition, starke
Tinbergen principle 141
Tipping 16, 67
Type I errors *siehe* false positives
Type II errors *siehe* false negatives
 Verbraucherpräferenz 22, 24, 50
 Verbraucherschutz 105, 106, 111, 180 f.
 Verhalten, hybrides 147
 Verhandlungsmacht 5, 9
 Verhandlungsmachtgefälle 6
 Verhaltensweisen, opportunistische 126 f.
 Wasserbetteffekt 120–122
 Waren, homogene 22, 44, 50
 Wettbewerb 78, 103
 – funktionsfähiger 75, 80 f.
 – hypothetischer *siehe* Als-ab-Wettbewerbskonzept
 – vollkommener 79, 80
 – wirksamer 75
 Wettbewerbsinstitution 81, 91–92, 104, 144
 Zielklausel 176 f.
 Zumutbarkeit *siehe* zumutbare Ausweichmöglichkeit
 Zwecknorm *siehe* Zielklausel
 Zwischenstaatlichkeitsklausel 163, 167, 168