

WOLFGANG WURMNEST

Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch

2. Auflage

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

94

Mohr Siebeck

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

94

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Wolfgang Wurmnest

Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch

Eine rechtsvergleichende Neubestimmung
des Verhältnisses von Recht und Ökonomik
in der Missbrauchsaufsicht
über marktbeherrschende Unternehmen

2., überarbeitete Auflage

Mohr Siebeck

Wolfgang Wurmnest, geboren 1969; Studium der Rechtswissenschaft in Hamburg, Lyon und Berkeley; 2002–2008 Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg; 2009 Habilitation; seit 2009 Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht sowie Rechtsvergleichung an der Leibniz Universität Hannover.

1. Auflage 2010

e-ISBN 978-3-16-152298-7

ISBN 978-3-16-151914-7

ISSN 0340-6709 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2012 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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 Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Josef Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Abhandlung über Beschränkungen der Privatautonomie marktbeherrschender Unternehmen zum Schutz des Wettbewerbs wurde in ihrer ursprünglichen Fassung im Wintersemester 2008/09 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Habilitationsschrift angenommen. Sie entstand während meiner Zeit als wissenschaftlicher Referent am Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, unterbrochen durch einen einjährigen Forschungsaufenthalt an der Boalt Hall School of Law der University of California in Berkeley, der vom DAAD gefördert wurde. Nach der Veröffentlichung sind eine Vielzahl größerer Monographien, Sammelwerke und Aufsätze zu der in dieser Untersuchung behandelten Problematik erschienen. Darüber hinaus sind einige wichtige Gerichtsentscheidungen auf deutscher und europäischer Ebene ergangen, die das Missbrauchsrecht in einigen Detailfragen entscheidend fortentwickelt haben. Schließlich soll die deutsche Missbrauchskontrolle durch die 8. GWB-Novelle neu geordnet werden. Einen entsprechenden Gesetzentwurf hat die Bundesregierung im März 2012 vorgelegt. Diese Entwicklungen haben eine Überarbeitung unumgänglich gemacht, bei der zugleich manche Passagen gestrafft und einige Ungenauigkeiten beseitigt wurden. Ermöglicht wurde die Neuauflage durch den freundlichen Zuspruch, den die Voraufgabe gefunden hat.

Ohne Unterstützung hätte ich diese Abhandlung nicht zu Papier bringen können. Dank gebührt daher zunächst meinem Habilitationsbetreuer Professor Jürgen Basedow, ohne dessen vielfältige persönliche und fachliche Förderung dieses Buch nicht entstanden wäre. Er hat mir allen erdenklichen wissenschaftlichen Freiraum verschafft und in zahlreichen Gesprächen hilfreiche Anregungen zum Zuschnitt der Untersuchung gegeben. Für die wissenschaftlich fruchtbare und menschlich angenehme Zusammenarbeit danke ich ihm ganz herzlich. Sehr verbunden bin ich auch Professor Peter Behrens. Er hat als Zweitgutachter im Habilitationsverfahren mitgewirkt und wichtige Hinweise für die Drucklegung der Arbeit gegeben.

Besondere Erwähnung verdient auch Professor Ernst-Joachim Mestmäcker, der sich oftmals die Zeit genommen hat, mit mir über Teilfragen der Untersuchung zu diskutieren und mir dabei wertvolle Anregungen zu geben.

Den äußeren Rahmen zur Entstehung dieser Abhandlung hat weitgehend das Max-Planck-Institut für Privatrecht geschaffen. Dank gebührt seinen Direktoren für die Aufnahme der Untersuchung in die „Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht“, seinem Bibliotheksteam, namentlich Professor Holger Knudsen und Elke Halsen-Raffel, für das Beschaffen von Quellen aus aller Welt sowie Ingeborg Stahl für die sorgfältige Erstellung der Druckfassung.

Ferner möchte ich allen Freunden und Kollegen Dank aussprechen für ihre persönliche Unterstützung sowie für kritische Bemerkungen und anregende Diskussionen mit engerem oder weiterem Bezug zum Thema dieser Abhandlung, namentlich Wenzel Bulst, Tess Chemnitzer, Anatol Dutta, Professor Aaron Edlin, Jan Engelmann, Professor Phillip Hellwege, Professor Roman Inderst, Jens Kleinschmidt, Ann-Christin Maak, Professor Ulrich Magnus, Konrad Ost, Professor Giesela Rühl und Professor Heike Schweitzer. In diesem Zusammenhang sind Christian Heinze und Professor Axel Metzger besonders hervorzuheben, die mich auch in schwierigen Phasen immer wieder aufmunterten.

Schließlich gebührt Nicole Busse, Merlin Gömann, Karin Hase, Birgit Müller und Michael Nicolai von der Universität Hannover mein herzlicher Dank für die tatkräftige Unterstützung bei der Drucklegung der Neuauflage. Die Untersuchung hat den Stand von Anfang April 2012. Alle zitierten Internetseiten sind zuletzt am 3.4.2012 abgerufen worden.

Gewidmet ist dieses Buch meiner Familie.

Hannover, im April 2012

Wolfgang Wurmnest

Inhaltsübersicht

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

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

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung
AAC	average avoidable cost
ABA	American Bar Association
abgedr.	abgedruckt
ABl. EG/EU	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/Union
Abs.	Absatz
A.C.	Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	(Die) Aktiengesellschaft
Ala.	Alabama, auch Fallrechtssammlung des Staates
Ala.Civ.App.	Alabama Civil Appeals
allg.	allgemein
Am. Econ. Rev.	American Economic Review
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
amtl.	amtliche(r)
Am. U. L. Rev.	American University Law Review
Anm.	Anmerkung
Antitrust Bull.	The Antitrust Bulletin
Antitrust L. & Econ. Rev.	Antitrust Law and Economics Review
Antitrust L.J.	Antitrust Law Journal
Arch. f. soz. Gesetzgebung u. Stat.	Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik
Ark.	Arkansas, auch Fallrechtssammlung des Staates
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
ATC	average total cost
AVC	average variable cost
Az.	Aktenzeichen
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
Begr.	Begründer/Begründung
Berkeley Tech. L.J.	Berkeley Technology Law Journal
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt

BMW <i>i</i>	Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
B.U.L. Rev.	Boston University Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CA	Court of Appeal
Cal.	California, auch Fallrechtssammlung des Staates
Cal. L. Rev.	California Law Review
Canadian J. Econ.	Canadian Journal of Economics
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
C.D.	Central District (Bezirk eines Bundesgerichts)
Chit.	Chitty's Reports
Cir.	Circuit Court (Bezirk eines Bundesberufungsgerichts)
CLF	Competition Law Forum
CML Rep.	Common Market Law Report
CML Rev.	Common Market Law Review
Co.	Company
Col.	Colorado, auch Fallrechtssammlung des Staates
Colum. Bus. L. Rev.	Columbia Business Law Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Cong. Rec.	Congressional Record (USA)
Conn.	Connecticut, auch Fallrechtssammlung des Staates
Corp.	Corporation
Co. Rep.	Coke's English King's Bench Reports (1572–1616)
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
Corp.	Corporation
CPN	Competition Policy Newsletter
D.	1825–1902 Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle/bei US-amerikanischen Entscheidungen auch District, District Court
DB	Der Betrieb
D.C.	District of Columbia
DEM	Deutsche Mark
ders.	derselbe
DG	Directorate General
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DJT	Deutscher Juristentag
Div.	Division
Duke L.J.	Duke Law Journal
Dok.	Dokument
EAGCP	Economic Advisory Group on Competition Policy
EBOR	European Business Organization Law Review
E(E)C	European (Economic) Community
ECLR	European Competition Law Review

Econ. Inquiry	Economic Inquiry
Econ. J.	Economic Journal
ECU	European Currency Unit
E.D.	Eastern District (Bezirk eines Bundesgerichts)
EG(V)	(Vertrag zur Gründung der) Europäische(n) Gemeinschaft
EGKS(V)	(Vertrag zur Gründung der) Europäische(n) Gemeinschaft für Kohle und Stahl
Einl.	Einleitung
E. L. Rev.	European Law Review
Emory L.J.	Emory Law Journal
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
endg.	endgültig
Eng. Rep.	English Reports
ERCL	European Review of Contract Law
ESB	Economisch Statistische Berichten
et al.	et alia
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften/ Gericht
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften/Union
EuGH VerFO	Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften/Union
EuG VerFO	Verfahrensordnung des Gerichts/des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
EuR	Europarecht
Eur. Econ. Rev.	European Economic Review
EUV	Vertrag über die Europäische Union (in der Fassung des Vertrags von Lissabon)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG(V)	(Vertrag zur Gründung der) Europäische(n) Wirtschaftsgemeinschaft
EWR-Abkommen	Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum
EWS	Zeitschrift für Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
F., F.2d, F.3d, F.Supp., F.Supp.2d	Federal Reporter (Fallrechtssammlung der Bundesberufungsgerichte, 1.-3. Serie und nachfolgende Ergänzungsbände)
f., ff.	folgend(e)
Fed. Reg.	Federal Register
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb
FK	Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht
FKVO	Fusionskontrollverordnung
Fla.	Florida, auch Fallrechtssammlung des Staates
Fla. L. Rev.	Florida Law Review
Fn.	Fußnote
Fordham Int'l L.J.	Fordham International Law Journal
FS	Festschrift

FTC	Federal Trade Commission, auch Entscheidungssammlung der Behörde
FTC Act	Federal Trade Commission Act
GBP	Great Britain Pound
GD	Generaldirektion
gem.	gemäß
Geo. L.J.	Georgetown Law Journal
Geo. Mason L. Rev.	George Mason Law Review
German L.J.	German Law Journal
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK	Gemeinschaftskommentar
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GS	Gedächtnisschrift
G.U.	Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWB-E	GWB i.d.F. des Regierungsentwurfs für die 8. GWB-Novelle
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Harv. Negot. L. Rev.	Harvard Negotiation Law Review
Hastings L.J.	Hastings Law Journal
Hg.	Herausgeber
HL	House of Lords (heute Supreme Court)
HS	Halbsatz
ICN	International Competition Network
i.d.F.	in der Fassung
i.e.	id est
i.E.	im Erscheinen
Ill.	Illinois
Illinois L. Rev.	Illinois Law Review
Inc.	Incorporated
Ind. L.J.	Indiana Law Journal
insb.	insbesondere
Int. J. Ind. Org.	International Journal of Industrial Organization
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
J. Air L. & Com.	Journal of Air Law and Commerce
J. Air Transp. Mgmt.	Journal of Air Transport Management
Jb ItalR	Jahrbuch für italienisches Recht
JbNST	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik
J. Bus. U. Chi.	Journal of Business of the University of Chicago
J. Comp. L. & Econ.	Journal of Competition Law and Economics
J. Corp. L.	Journal of Corporation Law
JCP	Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique)

J. Econ. Behav. & Org.	Journal of Economic Behavior and Organization
J. Econ. Lit.	Journal of Economic Literature
J. Econ. & Mgmt. Strategy	Journal of Economics & Management Strategy
J. Econ. Perspectives	Journal of Economic Perspectives
J. Econ. Theory	Journal of Economic Theory
J. Ind. Econ.	Journal of Industrial Economics
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
J.L. & Econ.	Journal of Law and Economics
J.L. Econ. & Org.	Journal of Law, Economics and Organization
J.O.	Journal Officiel de la République Française
J. Personality & Soc. Psychol.	Journal of Personality and Social Psychology
J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy
jurisPK/UWG	juris Praxiskommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
JZ	Juristenzeitung
Kan.	Kansas, auch Fallrechtssammlung des Staates
KartellR	Kartell-Rundschau
KartellVO	Verordnung vom 2.11.1923 gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kammergericht
KomE	Entscheidung der Europäischen Kommission
krit.	kritisch
Ky.	Kentucky, auch Fallrechtssammlung des Staates
Law & Contemp. Probs.	Law and Contemporary Problems
lit.	litera
L. J.	Lord Justice
LKartB	Landeskartellbehörde
Loy. U. Chi. L.J.	Loyola University of Chicago Law Journal
LRAIC	long-run average incremental cost
Marq. L. Rev.	Marquette Law Review
Mass.	Massachusetts, auch Fallrechtssammlung des Staates
Md.	Maryland, auch Fallrechtssammlung des Staates
M.D.	Middle District (Bezirk eines Bundesgerichts)
Me.	Maine, auch Fallrechtssammlung des Staates
Mémorial	Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Minn.	Minnesota, auch Fallrechtssammlung des Staates
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
Mo. App.	Missouri Appeal Reports
MünchKommEuWettbR	Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht
MünchKommGWB	Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 2: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
n.	numero
N.C.	North Carolina
N.C. L. Rev.	North Carolina Law Review

N.D.	Northern District (Bezirk eines Bundesgerichts)
NIRA	National Industrial Recovery Act
N.J.	New Jersey
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
No., n°	number, numéro
Nr.	Nummer
n. rkr.	nicht rechtskräftig
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
N.Y.	New York, auch Fallrechtssammlung des Staates
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
ÖBl	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Develop- ment
Ohio St.	Ohio State Reports
Ohio St. L.J.	Ohio State Law Journal
o. J.	ohne Jahresangabe
OLG	Oberlandesgericht
Or.	Oregon, auch Fallrechtssammlung des Staates
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
Oxford J. L. Studies	Oxford Journal of Legal Studies
P.2d	Pacific Reporter, 2. Serie
PatG	Patentgesetz
Psychol. Rev.	Psychological Review
P. Wms.	Peere Williams' English Chancery Reports (1695–1736)
QB	Queen's Bench
Q.B.D.	Queen's Bench Division Law Reports (1875–1890)
Q. J. Econ.	Quarterly Journal of Economics
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAND J. Econ.	RAND Journal of Economics
RdE	Recht der Energiewirtschaft
Rev. Econ. Stat.	Review of Economics and Statistics
Rev. Econ. Stud.	Review of Economic Studies
Rev. Ind. Org.	Review of Industrial Organization
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Satz, Seite
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
SCP	Structure-Conduct-Performance
S. Ct.	(Band) S. Ct. (Seite), Supreme Court Reporter
S.D.	Southern District (Bezirk eines Bundesgerichts)
Sec.	Section

S. Econ. J.	Southern Economic Journal
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH und des EuG
SMU L. Rev.	Southern Methodist University Law Review
So.2d	Southern Reporter, 2. Serie
sog.	so genannt(e/er)
SSNIP	small but significant non-transitory increase in price
Staatsblad	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Stat.	Statute
Supp.	Supplement
S.W.2d	South Western Reporter, 2. Serie
Sw. L.J.	Southwestern Law Journal
Tex.	Texas, auch Fallrechtssammlung des Staates
Tex. Int'l L.J.	Texas International Law Journal
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Trade Reg. Rep.	Trade Regulation Reporter
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
u.a.	unter anderem, und andere
UA	Unterabsatz
U. Cin. L. Rev.	University of Cincinnati Law Review
UCLA L. Rev.	University of California at Los Angeles Law Review
UN	United Nations
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U.S.	(Band) U.S. (Seite) United States Reports, ansonsten United States
USA	United States of America
U.S.C.	United States Code
USD	United States Dollar
Utah L. Rev.	Utah Law Review
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von/vom, bei Entscheidungen aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis: versus
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume
vs.	versus
V.V.H.B.N.G.	Verorderingenblad voor het Bezette Nederlandsche Gebied
Wash. L. Rev.	Washington Law Review
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
W. Comp.	World Competition
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium
WL	Westlaw