

Inhalt

Vorwort des Herausgebers	V
Vorwort des Autors	IX
Inhaltsübersicht	XI
Abbildungen	XXI
<i>§ 1 Einleitung</i>	1
I. Themenaufriß: die Janusköpfigkeit kartellbehördlicher Preisaufsicht	1
II. Historie der Preisaufsicht: von effektiver Kontrolle zum Notbehelf – und zurück? ...	5
III. Problemstellung und Gang der Darstellung	10
Teil 1 Normative Grundlagen, Praxisrelevanz und systematische Einordnung der Ausbeutungskontrolle	15
<i>§ 2 Normatives Fundament und Praxisrelevanz der Ausbeutungskontrolle</i>	16
I. Verbotstatbestände im deutschen und europäischen Recht	16
1. Unterscheidung von Ausbeutungs- und Behinderungsmisbräuchen	17
2. Fallgruppen und Beispielstatbestände des Ausbeutungsmisbrauchs	19
II. Praktische Bedeutung der Ausbeutungsverbote	23
1. »Public enforcement« durch die Kartellbehörden	23
2. »Private enforcement« im Bereich der Ausbeutungsverbote?	25
III. Ergebnis: gesteigerte Vorfeldwirkung der Verbotstatbestände	28
<i>§ 3 Ausbeutungsverbote und Instrumente des Vertrags- und Regulierungsrechts</i>	30
I. Preismisbrauchskontrolle und vertragsrechtliche Inhaltskontrolle	30
1. Gemeinsamer Regelungskontext: Gewährleistung materieller Vertragsfreiheit ...	30
2. Abgrenzung von »Individualwucher« und »Sozialwucher«	33
3. Unterschiedliche Anwendungsprobleme	37
II. Konditionenmissbrauch und AGB-Kontrolle	39
III. Nähe der Ausbeutungsverbote zu regulierungsrechtlichen Instrumenten	42
IV. Zusammenfassung und Überleitung zu Teil 2	44
Teil 2 Bewertung monopolistischer Preisforderungen unter Zugrundelegung (wohlfahrts-)ökonomisch fundierter Kriterien	47
<i>§ 4 Negative Wohlfahrtseffekte monopolistischer Preisforderungen</i>	49
I. Konzeptionelle Grundlagen der wohlfahrtsökonomischen Analyse	49
1. Quantifizierung der Tauschgewinne von Konsumenten und Produzenten	50
a. Das Konzept der Konsumentenrente	50
b. Das Konzept der Produzentenrente	52
c. Konzeptionelle Beschränkungen und Kritik	54
2. Wohlfahrtsökonomische Standardmodelle der Preisbildung	57

a.	Preisbildung bei vollkommener Konkurrenz – der Grundsatz: »Preis gleich Grenzkosten«	57
b.	Preisbildung im reinen Monopol – das Prinzip: »Grenzerlös gleich Grenzkosten«	59
c.	Grundlagenkritik: der homo oeconomicus und die Verhaltensökonomik	61
II.	Wohlfahrtssteigerung und Effizienzförderung durch Ausbeutungskontrollen?	63
1.	Allokative und produktive Ineffizienz im Monopol: »deadweight loss« und »X-Inefficiency«	63
2.	Einbußen der Konsumenten: der erzwungene Wohlfahrtstransfer	67
a.	Wohlfahrtsökonomische Bewertung – consumer oder total welfare standard?	68
b.	Normative Vorgaben im Hinblick auf den Wohlfahrtsstandard	70
3.	Einschränkung wettbewerblicher Dynamik: der sog. replacement effect	72
III.	Zwischenfazit für die Ausbeutungskontrolle	75
§ 5	<i>Positive Wohlfahrtseffekte monopolistischer Preisforderungen</i>	78
I.	Kritik am Leitbild der vollkommenen Konkurrenz	78
II.	Marktschaffung und Wohlfahrtszuwachs durch Forschung und Entwicklung	80
III.	Wohlfahrtseinbußen und Ineffizienz aufgrund von Ausbeutungskontrollen?	82
1.	Die Anreizfunktion hoher Vorstoßgewinne	84
a.	Monopolgewinne als »Lohn« für Forschungsanstrengungen des Pionierunternehmens	84
b.	Das Anrecht eines Innovators auf den wirtschaftlichen Wert seiner Leistung – ein Vergleich zum Patentrecht	87
2.	Auswirkungen von Preisherabsetzungen auf Imitations- und Substitutionswettbewerb	90
3.	Disziplinierung des Monopolisten durch potentiellen Wettbewerb: die Bedeutung von Marktzutrittsschranken	91
4.	Das Problem der mangelnden Prognostizierbarkeit von Marktergebnissen	95
a.	Wettbewerb als Entdeckungsverfahren	95
b.	Der »idealtypische« Ablauf von Wettbewerbsprozessen: die Heuß'sche Marktphasentheorie	98
IV.	Schlussfolgerung: »Dynamisierung« der Ausbeutungskontrolle	102
§ 6	<i>Wettbewerbspolitische Handlungsempfehlung</i>	104
I.	»Setting the stage«: die Theorie ökonomisch optimierter Regelbildung	106
1.	Irrtumsrisiko und Wohlfahrtseinbußen durch fehlerhafte Rechtsanwendung	106
2.	Kosten und Nutzen einer umfassenden Einzelfallanalyse	107
a.	Reduktion des Risikos rechtsbezogener Irrtümer	107
b.	Wohlfahrtsverluste durch »rent seeking«-Aktivitäten	111
c.	Regulierungskosten	113
d.	Verhaltensverzerrungen durch Rechtsunsicherheit	115
3.	Unterschiedliche Gewichtung von Fehlern 1. und 2. Art?	117
II.	Formulierung genereller Kriterien für das Eingreifen der Ausbeutungskontrolle	120
1.	Existenz hoher und nichttransitorischer Marktzutrittsschranken	122
2.	Ex ante-Regulierung statt ex post-Kontrolle?	124
3.	Ursprung der marktbeherrschenden Stellung, dauerhaft hohes Preisniveau und wettbewerbliches Umfeld auf dem betreffenden Markt	127
4.	Weitere Einschränkungskriterien	130
III.	Ergebnis und Überleitung zu Teil 3	133

Teil 3 Normativer Stellenwert ökonomischer Bewertungskriterien im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Recht	135
§ 7 <i>Verteilungspolitische Zielsetzung der Ausbeutungsverbote und ökonomisierte Auslegung – ein Widerspruch?</i>	137
I. Die Ermittlung des »objektiv-angemessenen« Tauscherts – »A Folk Impossibility Theorem«	138
1. Die aristotelische Forderung nach Austauschgerechtigkeit	138
2. Preisbildung und Privatautonomie	141
a. »Invicem se circumscribere« als Regel des klassischen römischen Rechts ...	141
b. Die sog. <i>laesio enormis</i> im nachklassischen römischen Recht und deren Weiterentwicklung	143
3. Zwischenfazit	146
II. Verteilungspolitische Dimension des Kriteriums der Konsumentenrente	147
1. Konsonanz von Austauschgerechtigkeit und Maximierung der Konsumentenrente	147
2. Dissonanz im Randbereich?	148
III. Gesamtergebnis	151
§ 8 <i>Ablehnung von Monopolpreiskontrollen in den USA</i>	152
I. Auslegung des Monopolisierungsverbots gemäß Sec. 2 SA als Behinderungsverbot ..	152
1. Tendenzen zu einem umfassenden Monopolisierungsschutz: das »Alcoa«-Urteil von 1945	153
2. Restriktive Auslegung von Sec. 2 SA in der neueren Rechtsprechung	155
3. Restbereich für Preiskontrollen im Antitrustrecht?	156
II. Gründe für die Ablehnung von Monopolpreiskontrollen	160
1. Wettbewerbspolitische Begründung – die Sichtweise der Chicago School of Antitrust Analysis	160
2. Pragmatische Gründe – insb. institutionelle Besonderheiten	162
III. Ergebnis	165
§ 9 <i>Effizienzanalysen im deutschen und europäischen Recht</i>	166
I. Der »more economic approach« – wettbewerbspolitischer Paradigmenwechsel oder behutsame Fortentwicklung kartellrechtlicher Zielsetzungen?	166
II. Rechtsphilosophischer Hintergrund und praktische Relevanz der Diskussion	168
III. Ausbeutungskontrolle und Wettbewerbsfreiheit	172
1. Die ordoliberalen Konzeption der Wirtschaftspolitik des »Als-Ob«	172
2. Preiskontrollen als Fremdkörper in einer auf Schutz von Handlungsfreiheiten ausgerichteten Wettbewerbspolitik	174
IV. Versuch einer Bestimmung des Schutzgegenstands des deutschen und europäischen Kartellrechts	177
1. Semantische Auslegung	178
a. Deutsches Recht	178
b. Europäisches Recht	179
2. Systematische Auslegung: Berücksichtigung der effizienzorientierten Freistellungstatbestände des Kartellverbots im Rahmen der Missbrauchsaufsicht? ...	182
a. Deutsches Recht	183
b. Europäisches Recht	185
3. Historisch-genetische Auslegung	187
a. Deutsches Recht	187
b. Europäisches Recht	191

4. Teleologische Auslegung: Wettbewerbsfreiheit oder Effizienz als Schutzgegenstand des Kartellrechts?	194
a. Zum Wettbewerbskonzept des deutschen und europäischen Rechts: Stand der Diskussion und neuere Entwicklungen	197
aa. Überblick über die verschiedenen Wettbewerbskonzepte	197
bb. Offenheit des Wettbewerbsbegriffs im deutschen und europäischen Recht	198
α. Deutsches Recht	198
β. Europäisches Recht: Die Wettbewerbskonzeption des EuGH unter Einbeziehung des »British Airways«-Urteils	200
γ. Ergebnis	202
b. Effizienzorientierung und institutionsbezogener Schutz des Wettbewerbs – ein unüberbrückbarer Widerspruch?	204
c. Effizienzorientierung und gesellschaftspolitische Dimension des Kartellrechts	209
aa. Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen	210
bb. Begrenzung politischer Einflussnahme durch Großunternehmen	213
d. Konsumentenwohlstandsstandard und Kontrolle von Nachfragemacht	214
e. Gefahr langfristig negativer Entwicklungen durch Fokussierung auf Effizienzförderung?	217
f. Besonderheiten des europäischen Rechts: Verbraucherwohlfahrt und »single market imperative«	219
aa. Friktionen zwischen Marktintegration und Maximierung der Konsumentenrente	221
bb. Präponderanz des Wohlfahrtsmaximierungsgedankens?	223
cc. Schlussfolgerung	226
V. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und Überleitung zu Teil 4	227
Teil 4 Die kartellrechtlichen Ausbeutungsverbote in der Anwendungspraxis	231
§ 10 Die Adressaten der Ausbeutungsverbote: Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung	233
I. Ökonomische und juristische Grundlagen: Marktmacht und Marktbeherrschung	233
II. Methoden zur direkten Erfassung von Marktmacht	235
1. Der sog. Lerner-Index	235
2. Die Bedeutung der Nachfrage- und der Angebotselastizität	236
3. Probleme bei der direkten Erfassung von Marktmacht	238
III. Methoden zur indirekten Erfassung von Marktmacht	239
1. Marktanteilsbestimmung und Marktabgrenzung	239
a. Das sog. Bedarfsmarktkonzept	241
b. Der hypothetische Monopoltest	243
c. Implementierung im Bereich der Ausbeutungskontrolle	248
2. Bestimmung des Beherrschungsgrads – insb.: Berücksichtigung der vorgefundenen Marktstrukturbedingungen	250
IV. Grundzüge der kollektiven Marktbeherrschung	253
1. Ökonomische Grundlagen: wiederholte Spiele und das Folk-Theorem	254
2. Grundlegende Bedingungen einer kollektiven Marktbeherrschung	257
3. Behördliche und gerichtliche Anwendungspraxis	259
§ 11 Die einzelnen Fallgruppen der Ausbeutungskontrolle: Anwendungspraxis und rechtsökonomische Bewertung	261
I. Vorbemerkung: die Orientierung am sog. »Als-Ob«-Wettbewerbskonzept	262
1. Wettbewerblicher Bezugspunkt der Ausbeutungskontrolle	262

2. Berücksichtigung wettbewerblicher Dynamik	266
3. Keine Usurpation der Ausbeutungskontrolle für sonstige politische Zwecke	268
II. Die einzelnen Fallgruppen	269
1. Der sog. Preishöhenmissbrauch	269
a. Grundsätzliche Fragen der Anwendungspraxis	270
aa. Messverfahren zur Feststellung überhöhter Preise	270
α. Deutsches Recht	270
(1) Das Vergleichsmarktkonzept	271
(2) Der Erlösvergleich	274
(3) Die kostenbasierte Entgeltkontrolle – das sog. Gewinnbegrenzungskonzept	277
β. Europäisches Recht	279
(1) Der zweistufige Test im »United Brands«-Urteil	279
(2) Die Anwendung der verschiedenen Messverfahren	280
γ. Britisches Recht	283
δ. Bewertung aus rechtsökonomischer Sicht	286
bb. Gewährung eines Erheblichkeits- bzw. Missbrauchszuschlags	289
α. Anwendungspraxis	289
β. Bewertung aus rechtsökonomischer Sicht	290
cc. Sachliche Rechtfertigung einer Preisüberhöhung	292
α. Anwendungspraxis	292
β. Rechtsökonomische Bewertung und verfassungsrechtliche Grenzen der Preisaufsicht	294
dd. »Fordern« oder »Erzwingen« überhöhter Preise	301
b. Preishöhenkontrolle auf Innovationsmärkten?	302
aa. Anwendungspraxis	303
bb. Rechtsökonomische Bewertung	303
c. Preishöhenkontrollen in kurzfristigen Knappheitssituationen?	306
2. Der Preisstrukturmissbrauch – insb.: Preisspaltung	307
a. Reichweite der Vorschriften im europäischen und britischen Recht	308
b. Grundsätzliche Fragen der Anwendungspraxis	310
aa. Unternehmens- und konzerninterner Preisvergleich	310
bb. Gewährung eines Erheblichkeitszuschlags	312
α. Anwendungspraxis	312
β. Rechtsökonomische Bewertung	313
cc. Sachliche Rechtfertigung einer Preisspaltung	317
α. Anwendungspraxis	317
β. Rechtsökonomische Bewertung	319
c. Verhältnis der Preisspaltung zur allgemeinen Preisüberhöhung	321
d. Weitere Fallgruppen des Preisstrukturmissbrauchs	323
3. Der Konditionenmissbrauch und die Konditionenspaltung	324
a. Beispiele aus der Anwendungspraxis	324
b. Rechtsökonomische Bewertung	326
4. Die Manipulation sonstiger Wettbewerbsparameter	328
a. Beispiele aus der Anwendungspraxis	328
b. Rechtsökonomische Bewertung	329
5. Der Missbrauch von Nachfragemacht	331
a. Beispiele aus der Anwendungspraxis	331
b. Rechtsökonomische Bewertung	334
6. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse zur Ausbeutungsaufsicht	339

III.	Rechtsfolgen bei Vorliegen eines Ausbeutungsmissbrauchs	341
1.	Abstellungsverfügungen, Rückzahlungsanordnungen und Zusagen- entscheidungen	341
2.	Verhängung von Bußgeldern	345
3.	Zivilrechtliche Rechtsfolgen	346
IV.	Wettbewerbspolitische Alternativen zur Ausbeutungsaufsicht: Empfiehlt sich die Einführung einer kartellbehördlichen Entflechtungsbefugnis?	348
§ 12	<i>Die sektorspezifische Missbrauchsaufsicht nach § 29 GWB 2008</i>	350
I.	Gründe für einen gesteigerten Handlungsbedarf im Bereich Energiewirtschaft	352
1.	Mangelhafte Wettbewerbsentwicklung und strukturelle Schwächen auf lokalen Versorgungsmärkten	354
2.	Besonderes Missbrauchspotential beim Erstabsatz für Strom?	357
II.	Vergleich der sektorspezifischen Missbrauchsaufsicht mit der allgemeinen Aus- beutungskontrolle – Unterschiede und Gemeinsamkeiten	363
III.	Wettbewerbspolitische Kritikpunkte im Hinblick auf § 29 GWB	366
IV.	Alternativen zur sektorspezifischen Missbrauchsaufsicht?	370
1.	Strukturelle Maßnahmen – insb.: Einführung einer Entflechtungsregelung	370
2.	Marktüberwachung und Maßnahmen zur Steigerung der Markttransparenz	376
3.	Stellungnahme	379
Teil 5	Schlussbetrachtung und Ausblick	381
I.	Die Bedeutung wohlfahrtsökonomischer Analysen in der Missbrauchskontrolle	381
II.	Chancen und Risiken kartellbehördlicher Preiskontrollen	384
III.	Die sektorspezifische Missbrauchsaufsicht nach § 29 GWB – ein Modell mit Zukunft?	388
Abkürzungen	393
Literatur	401
Quellen	439
Sachregister	445