

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

---

Band 61

# Missbräuchliche Einkaufspreise im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht

Von

Söre Jötten



Duncker & Humblot · Berlin

SÖRE JÖTTEN

Missbräuchliche Einkaufspreise im deutschen, europäischen  
und US-amerikanischen Kartellrecht

# Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Begründet von Professor Dr. Wolfgang Blomeyer † und  
Professor Dr. Karl Albrecht Schachtschneider

Band 61

# Missbräuchliche Einkaufspreise im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht

Von

Söre Jötten



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel hat diese Arbeit  
im Jahre 2013 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt  
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0947-2452  
ISBN 978-3-428-14388-7 (Print)  
ISBN 978-3-428-54388-5 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-84388-6 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2013/2014 von der Juristischen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen. Die berücksichtigte Rechtsprechung und Literatur befinden sich weitgehend auf dem Stand vom Oktober 2013.

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Prof. Joachim Jickeli. Bereits im Schwerpunktbereichsstudium weckte er mein Interesse für das Kartellrecht und ich danke ihm für die anregende und unkomplizierte Betreuung meiner Promotion und die Unterstützung bei der Stipendiumsbewerbung. Herr Prof. Haimo Schack übernahm die Erstellung des Zweitgutachtens und ich möchte ihm für die erteilten Anregungen und Hinweise danken. Ausdrücklich danke ich zudem Prof. Jickeli und Prof. Schack für die besonders schnelle Erstellung der beiden Gutachten.

Besondere Unterstützung erfuhr ich zudem während meiner gesamten Studienzeit von Prof. Rudolf Meyer-Pritzl, dem mein besonderer Dank, nicht nur für die Erstellung eines Gutachtens für ein Promotionsstipendium, gilt. Am Lehrstuhl von Prof. Meyer-Pritzl fand ich bereits als Hiwi eine akademische Heimat in Kiel, in der ich trotz der lehrstuhlfremden Thematik meiner Dissertation stets Unterstützung fand. Ohne die anregenden Bürogespräche mit Tanja Claussen wäre diese Arbeit wohl nicht fertig geworden.

Unterstützung erfuhr ich im besonderen Maße von Seiten meiner Familie und Freunde, die immer Vertrauen in mich hatten. Von Herzen danke ich meiner Mutter, Gabi Jötten, die mir mein Studium nicht nur finanziell ermöglicht hat, und meiner Schwester, Sara Jötten, deren geduldige und kritische Unterstützung in meinem Studium nicht wegzudenken wäre. Sara hat mir zudem durch das Korrekturlesen der Arbeit sehr geholfen.

Für die finanzielle Unterstützung danke ich dem Land Schleswig-Holstein, welches meine Promotion durch ein Landesgraduiertenstipendium förderte.

Berlin, im Juli 2014

*Söre Jötten*



# Inhaltsübersicht

## *1. Teil*

### **Grundlagen** 15

A. Einleitung .....	15
B. Nachfragemacht .....	17
C. Formen missbräuchlicher Preisgestaltung durch Nachfrager .....	19
D. Gang der Untersuchung .....	22

## *2. Teil*

### **Deutsches Kartellrecht** 24

A. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 19 i.V.m. § 18 GWB .....	24
B. Missbrauch relativer Marktmacht gemäß § 20 Abs. 1 S. 1 GWB .....	80
C. Missbrauch überlegener Marktmacht gemäß § 20 Abs. 3 S. 1 GWB .....	92
D. Ergebnis zur Erfassung von Nachfragemachtmissbrauch durch das GWB .....	96

## *3. Teil*

### **Europäisches Kartellrecht** 97

A. Missbrauch einer beherrschenden Stellung gemäß Artikel 102 AEUV .....	97
B. Marktabgrenzung von Beschaffungsmärkten .....	98
C. Beherrschende Stellung eines Nachfragers .....	107
D. Wesentlicher Teil des Binnenmarktes .....	118
E. Missbräuchliche Verhaltensweisen .....	119
F. Zwischenstaatlichkeitsklausel .....	130
G. Ergebnis zur Erfassung von Nachfragemachtmissbrauch durch Art. 102 AEUV .....	130

*4. Teil*

<b>US-amerikanisches Kartellrecht</b>	131
A. Monopsonisierung nach Section 2 Sherman Act	131
B. Versuchte Monopsonisierung nach Section 2 Sherman Act	158
C. Preisdiskriminierungen nach Section 2 (f) Clayton Act (Robinson-Patman Act)	162
D. Ergebnis zur Erfassung von Nachfragemachtmissbrauch durch US-Recht	170

*5. Teil*

<b>Vergleichende Zusammenfassung</b>	171
A. Marktabgrenzung	171
B. Marktmacht	172
C. Missbrauch	174
<b>Literaturverzeichnis</b>	179
<b>Stichwortverzeichnis</b>	192

# Inhaltsverzeichnis

## *1. Teil*

<b>Grundlagen</b>	15
A. Einleitung	15
B. Nachfragemacht	17
C. Formen missbräuchlicher Preisgestaltung durch Nachfrager	19
I. Ausbeutungsmisbrauch durch niedrige Preise	19
II. Behinderungsmisbrauch durch Kampfpreise	20
D. Gang der Untersuchung	22

## *2. Teil*

<b>Deutsches Kartellrecht</b>	24
A. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 19 i.V.m. § 18 GWB	24
I. Marktabgrenzung von Beschaffungsmärkten	25
1. Die Notwendigkeit der Marktabgrenzung in Nachfragemachtkonstellationen	25
2. Methodik der Marktabgrenzung	26
a) Methodik zur Abgrenzung von Angebotsmärkten	26
b) Zusammenfassung	28
3. Übertragung auf Beschaffungsmärkte	28
a) Sachliche Marktabgrenzung	29
aa) Umstellung des Angebots	30
bb) Umstellung des Absatzweges	32
cc) Berücksichtigung marktnaher Akteure	33
dd) Zusammenfassung	34
b) Räumliche Marktabgrenzung	34
aa) Grundsatz der räumlichen Marktabgrenzung	34
bb) Die Beschaffungspolitik der Nachfrager	35
cc) Export als Alternative	36
dd) Zusammenfassung	38
c) Zeitliche Marktabgrenzung	38
4. Ergebnis zur Abgrenzung von Beschaffungsmärkten	39

II. Marktbeherrschende Stellung auf dem Beschaffungsmarkt .....	39
1. Nachfrageseitige Marktbeherrschung in der bisherigen Entscheidungspraxis ..	39
a) Von der Unverzichtbarkeitsthese zum tradierten Marktbeherrschungsbegriff	39
b) Möglichkeit paralleler Einzelmarktbeherrschung „pivotaler“ Nachfrager ..	41
c) Zwischenergebnis zur nachfrageseitigen Marktbeherrschung .....	43
2. Einzelmarktbeherrschung von Nachfragern .....	43
a) Vollmonopson gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB .....	44
b) Teilmonopson gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB .....	44
c) Überragende Marktstellung gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB .....	45
aa) Marktanteil gemäß § 18 Abs. 3 Nr. 1 GWB .....	46
(1) Bedeutung des Marktanteils .....	47
(2) Höhe des Marktanteils .....	49
(3) Berechnung des Marktanteils .....	50
(4) Zwischenergebnis .....	51
bb) Finanzkraft gemäß § 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB .....	51
cc) Zugang zu den Absatzmärkten gemäß § 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB .....	52
dd) Verflechtungen mit anderen Unternehmen gemäß § 18 Abs. 3 Nr. 4 GWB	54
ee) Marktzutrittsschranken gemäß § 18 Abs. 3 Nr. 5 GWB .....	54
ff) Tatsächlicher oder potenzieller Wettbewerb gemäß § 18 Abs. 3 Nr. 6 GWB	56
gg) Umstellungsflexibilität gemäß § 18 Abs. 3 Nr. 7 GWB .....	56
hh) Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite gemäß § 18 Abs. 3 Nr. 8 GWB .....	57
d) Ergebnis zu den Marktbeherrschungskriterien des § 18 Abs. 3 GWB .....	59
3. Marktbeherrschungsvermutung .....	59
4. Ergebnis zur marktbeherrschenden Stellung eines Nachfragers .....	59
III. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung .....	60
1. Ausbeutungsmissbrauch durch niedrige Einkaufspreise gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB .....	60
a) Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises .....	61
aa) Vergleichsmarktkonzepte .....	61
bb) Gewinnbegrenzungskonzept .....	63
cc) Zusammenfassung .....	64
b) Abweichung vom wettbewerbsanalogen Preis .....	64
c) Sachliche Rechtfertigung .....	64
d) Zusammenfassung .....	65
2. Kampfpreisstrategien durch Nachfrager gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB .....	66
a) Ermittlung von Kampfpreisen auf Angebotsmärkten .....	67
aa) Kriterien zur Ermittlung von Kampfpreisen auf Angebotsmärkten .....	67
(1) Verlustanalyse unter Heranziehung der Kosten .....	67
(2) Verdrängungsabsicht .....	68
(3) Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung .....	69

bb) Zusammenwirken der einzelnen Kriterien . . . . .	70
(1) Fehlender unmittelbarer Nachweis der Verdrängungsabsicht . . . . .	70
(2) Fehlende Auswirkungsanalyse . . . . .	70
(3) Fehlende Verlustanalyse . . . . .	70
cc) Zusammenfassung . . . . .	71
b) Übertragung auf Beschaffungsmärkte . . . . .	72
aa) Verlustanalyse unter Heranziehung des Verkaufspreises . . . . .	72
bb) Verdrängungsabsicht . . . . .	74
cc) Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung auf dem Beschaffungsmarkt . . . . .	75
dd) Zusammenfassung . . . . .	76
ee) Rechtfertigung einer Kampfpreisstrategie . . . . .	76
c) Zusammenfassung . . . . .	77
3. Passive Diskriminierung gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB . . . . .	77
a) Tatbestandsmerkmale . . . . .	78
aa) Ausnutzen der Marktstellung . . . . .	78
bb) Auffordern oder Veranlassen . . . . .	78
cc) Gewähren von Vorteilen . . . . .	78
dd) Ohne sachliche Rechtfertigung . . . . .	79
b) Zusammenfassung . . . . .	79
4. Ergebnis zu den missbräuchlichen Verhaltensweisen . . . . .	80
<b>B. Missbrauch relativer Marktmacht gemäß § 20 Abs. 1 S. 1 GWB . . . . .</b>	<b>80</b>
I. Marktabgrenzung bei relativer Marktmacht . . . . .	81
II. Bestimmung von relativer Marktmacht gemäß § 20 Abs. 1 S. 1 GWB . . . . .	83
1. Kleine und mittlere Unternehmen i.S.v. § 20 Abs. 1 S. 1 GWB . . . . .	83
2. Nachfragebedingte Abhängigkeit der Anbieter . . . . .	85
a) Ausreichende Ausweichmöglichkeiten . . . . .	86
b) Zumutbare Ausweichmöglichkeiten . . . . .	87
c) Fallgruppen nachfragebedingter Abhängigkeit . . . . .	88
aa) Abhängigkeit aufgrund hoher Umsatzanteile . . . . .	88
bb) Abhängigkeit aufgrund von nachfragerspezifischen Investitionen oder Spezialisierungen . . . . .	89
cc) <i>Goodwill</i> -bedingte Abhängigkeit . . . . .	90
3. Abhängigkeitsvermutung gemäß § 20 Abs. 1 S. 2 GWB . . . . .	91
III. Verbotenes Verhalten . . . . .	92
IV. Ergebnis zum Missbrauch relativer Marktmacht . . . . .	92
<b>C. Missbrauch überlegener Marktmacht gemäß § 20 Abs. 3 S. 1 GWB . . . . .</b>	<b>92</b>
I. Überlegene Marktmacht i.S.v. § 20 Abs. 3 S. 1 GWB . . . . .	93
II. Verbotene Verhaltensweisen . . . . .	94
III. Ergebnis zum Missbrauch überlegener Marktmacht . . . . .	95
<b>D. Ergebnis zur Erfassung von Nachfragemachtmissbrauch durch das GWB . . . . .</b>	<b>96</b>

## 3. Teil

**Europäisches Kartellrecht**

97

A. Missbrauch einer beherrschenden Stellung gemäß Artikel 102 AEUV .....	97
B. Marktabgrenzung von Beschaffungsmärkten .....	98
I. Methodik auf Angebotsmärkten .....	99
1. Sachliche Marktabgrenzung .....	99
2. Räumliche und zeitliche Marktabgrenzung .....	101
II. Übertragung auf Beschaffungsmärkte .....	102
1. Sachliche Marktabgrenzung .....	103
a) Spiegelbildliches Bedarfsmarktkonzept .....	103
b) Spiegelbildlicher SSNIP-Test .....	104
2. Räumliche und zeitliche Marktabgrenzung .....	105
III. Ergebnis .....	107
C. Beherrschende Stellung eines Nachfragers .....	107
I. Definition der beherrschenden Stellung i.S.v. von Art. 102 AEUV .....	108
II. Kriterien zur Bestimmung von Einzelmarktbeherrschung durch Nachfrager .....	113
1. Marktstrukturkriterien .....	113
a) Marktanteil .....	113
aa) Bedeutung des Marktanteils .....	113
bb) Höhe des Marktanteils .....	115
b) Weitere Marktstrukturkriterien .....	116
2. Unternehmensstruktur .....	117
3. Marktverhalten .....	117
4. Ergebnis .....	118
D. Wesentlicher Teil des Binnenmarktes .....	118
E. Missbräuchliche Verhaltensweisen .....	119
I. Ausbeutungsmissbrauch durch niedrige Einkaufspreise gemäß Art. 102 lit. a AEUV .....	119
1. Gewinnspannenbegrenzungskonzept .....	120
2. Vergleichsmarktkonzept .....	121
3. Zusammenfassung .....	122
II. Kampfpreisstrategien .....	122
1. Kampfpreisunterbietungen durch marktbeherrschende Anbieter .....	123
a) Verlustanalyse unter Heranziehung der Kosten .....	123
aa) Praxis des EuGH .....	123
bb) Prioritätenmitteilung der Kommission .....	124
cc) Zusammenfassung .....	125
b) Verdrängungsabsicht .....	125

- c) Auswirkungen auf den Wettbewerb ..... 126
- d) Zusammenfassung ..... 127
- 2. Kampfpreisüberbietung ..... 127
  - a) Verlustanalyse zur Bestimmung missbräuchlicher Kampfpreise ..... 127
  - b) Bestimmung von Kampfpreisen unabhängig von einer Verlustanalyse ..... 128
- 3. Rechtfertigung missbräuchlicher Kampfpreise ..... 129
- 4. Zusammenfassung ..... 129
- F. Zwischenstaatlichkeitsklausel ..... 130
- G. Ergebnis zur Erfassung von Nachfragemachtmissbrauch durch Art. 102 AEUV ..... 130

*4. Teil*

**US-amerikanisches Kartellrecht**

- A. Monopsonisierung nach Section 2 Sherman Act ..... 131
  - I. Marktabgrenzung ..... 132
    - 1. Methodik der Abgrenzung von Angebotsmärkten ..... 133
      - a) Sachlicher Markt ..... 133
      - b) Räumlicher Markt ..... 136
    - 2. Übertragung auf Beschaffungsmärkte ..... 137
      - a) Sachlicher Markt ..... 137
        - aa) Ökonomische Theorie ..... 137
        - bb) Pragmatische Erwägungen und empirische Daten ..... 138
        - cc) Marktnahe Akteure ..... 139
      - b) Räumlicher Markt ..... 139
    - 3. Ergebnis zur Marktabgrenzung ..... 140
  - II. Monopsonmacht ..... 140
    - 1. Methodik zur Bestimmung von Monopsonmacht ..... 140
    - 2. Marktanteil und Monopsonmacht ..... 142
  - III. Anticompetitive oder exclusionary conduct ..... 143
    - 1. Ausbeutungsmisbrauch durch Monopsonpreise ..... 145
    - 2. Behinderung von Wettbewerbern durch Predatory Pricing ..... 147
      - a) Der Brooke Group-Test ..... 149
      - b) Übertragung auf Beschaffungsmärkte ..... 150
        - aa) Predation-Phase ..... 151
          - (1) Verlustanalyse zur Ermittlung von Kampfpreisen ..... 151
          - (2) Kritische Würdigung ..... 152
        - bb) Recoupment-Phase ..... 153
          - (1) Recoupment-Erfordernis ..... 153
          - (2) Kritische Würdigung ..... 155
      - c) Kritische Würdigung der Gleichstellung ..... 156

IV. Ergebnis zur Monopsonisierung gemäß Section 2 Sherman Act .....	158
B. Versuchte Monopsonisierung nach Section 2 Sherman Act .....	158
I. Specific intent .....	159
II. Wettbewerbswidriges Verhalten .....	160
III. Gefährliche Erfolgswahrscheinlichkeit .....	160
IV. Ergebnis zur versuchten Monopsonisierung gemäß Section 2 Sherman Act .....	161
C. Preisdiskriminierungen nach Section 2 (f) Clayton Act (Robinson-Patman Act) .....	162
I. Entstehungsgeschichte .....	162
II. Tatbestandsvoraussetzungen .....	164
1. Vorliegen einer Anbieterdiskriminierung .....	164
a) Zwischenstaatlicher Handel .....	164
b) Veräußerung von Waren zu unterschiedlichen Preisen .....	164
c) Wettbewerbsbeeinträchtigungen .....	165
d) Verteidigungen .....	167
2. Kenntnis des Nachfragers von der Anbieterdiskriminierung .....	167
3. Kenntnis des Nachfragers vom Vorliegen von defenses .....	168
III. Ergebnis zur Preisdiskriminierung durch Nachfrager nach Section 2 (f) Clayton Act .....	169
D. Ergebnis zur Erfassung von Nachfragemachtmissbrauch durch US-Recht .....	170

### *5. Teil*

<b>Vergleichende Zusammenfassung</b>	171
A. Marktabgrenzung .....	171
B. Marktmacht .....	172
C. Missbrauch .....	174
I. Ausbeutungsmissbrauch durch niedrige Preise .....	174
II. Kampfpreise .....	176
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	179
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	192

## 1. Teil

# Grundlagen

## A. Einleitung

Die kartellrechtliche Behandlung von Nachfragemacht ist in den letzten Jahren weltweit wieder verstärkt in den Fokus der Kartellrechtswissenschaft und der Wettbewerbsbehörden gerückt.

In Deutschland ist die Thematik seit Jahrzehnten immer wieder Mittelpunkt wettbewerbspolitischer, wettbewerbsrechtlicher und ökonomischer Diskussionen gewesen. Im Zuge der Fusionsfälle *Edeka/Tengelmann*<sup>1</sup> und *Edeka/trinkgut*<sup>2</sup> hat das Bundeskartellamt nach langer Zeit wieder den Versuch unternommen, Marktmacht auf Beschaffungsmärkten nachzuweisen und damit die Nachfragemachtdiskussion entscheidend wiederbelebt. So beschäftigt sich auch der Arbeitskreis Kartellrecht im Bundeskartellamt im September 2008 eingehend mit der Thematik.<sup>3</sup> Die noch nicht abgeschlossene Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, die vom Bundeskartellamt 2011 eingeleitet wurde, soll ebenfalls im besonderen Maße die Wettbewerbsstruktur auf den Beschaffungsmärkten analysieren und damit das Bestehen von Nachfragemacht.<sup>4</sup>

Auch im Hinblick auf das europäische Kartellrecht ist die Wettbewerbssituation auf Beschaffungsmärkten in den letzten Jahren verstärkt in Entscheidungen der Kommission berücksichtigt worden. So wurde im Verfahren gegen *British Airways* zum ersten Mal Marktmacht, der Missbrauch von Marktmacht und damit ein Verstoß

---

<sup>1</sup> *BKartA*, Beschluss vom 30. Juni 2008 – B2-333/07, *Edeka/Tengelmann*, <[http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion08/B2-333-07\\_Internet.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion08/B2-333-07_Internet.pdf)> (Stand: 27.02.2014).

<sup>2</sup> *BKartA*, Beschluss vom 28. Oktober 2010 – B2-47250-Fa-52/10, *Edeka/trinkgut*, <<http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion10/B02-052-10.pdf>> (Stand: 27.02.2014).

<sup>3</sup> *Bundeskartellamt*, Nachfragemacht und Kartellrecht – Stand und Perspektiven, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 18. September 2008, <[http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/080715\\_AAK-Kartellrecht.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/080715_AAK-Kartellrecht.pdf)> (Stand: 27.02.2014).

<sup>4</sup> Vgl. Kartellamt prüft Macht von Aldi & Co., <<http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/0,1518,786736,00.html>> (Stand: 27.02.2014). Die britische Competition Commission hat im Jahre 2008 ebenfalls eine Marktuntersuchung durchgeführt und dabei eingehend auch die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Beschaffungsmarkt analysiert, *Competition Commission*, The supply of groceries in the UK, S. 155 ff.

gegen Art. 102 AEUV nicht im Hinblick auf die Stellung des Unternehmens als Anbieter, sondern auf die Stellung als Nachfrager festgestellt.<sup>5</sup>

In den USA fand im Jahre 2004 die „*Buyer Power Conference*“ des American Antitrust Institute statt.<sup>6</sup> Die US-amerikanische Kartellrechtswissenschaft hat sich im Anschluss verstärkt dem Thema Marktmacht und Machtmissbrauch auf Beschaffungsmärkten gewidmet und der US-*Supreme Court* hat im Jahre 2007 mit dem Fall *Weyerhaeuser*<sup>7</sup> nach langer Zeit wieder eine Rechtssache zur Entscheidung angenommen, welche das Monopolisierungsverbot nach Section 2 Sherman Act betrifft. Der Fall *Weyerhaeuser* hat dabei den Missbrauch von Nachfragemacht durch den Einsatz einer Kampfpreisstrategie zum Gegenstand. Auch die Federal Trade Commission hat in den im Jahre 2010 aktualisierten Merger Guidelines explizit die Behandlung von Nachfragemacht thematisiert.<sup>8</sup>

Die Thematik der Nachfragemacht ist aktuell und wirft noch immer unzählige Fragen auf, die als unbeantwortet gelten müssen.<sup>9</sup> Da nicht bloß in Deutschland in den vergangenen Jahrzehnten Konzentrationstendenzen nicht nur auf Seiten des Angebots, sondern auch im Bereich der Beschaffung zu beobachten sind,<sup>10</sup> beschränkt sich die vorliegende Arbeit nicht auf das GWB, sondern untersucht zudem, wie der Missbrauch von Nachfragemacht nach europäischem und US-amerikanischem Kartellrecht behandelt wird. Im Hinblick auf die zunehmende Bedeutung des europäischen Kartellrechts und die über hundertjährige Kartellrechtstradition in den USA bieten sich diese beiden Rechtsordnungen in besonderem Maße für einen Vergleich an.

Ebenso wie Angebotsmacht sind auch im Hinblick auf Nachfragemacht unzählige Missbrauchsformen möglich. Das Anzapfen,<sup>11</sup> Bonussysteme,<sup>12</sup> die Durchsetzung

---

<sup>5</sup> *Kommission*, Entscheidung vom 14. Juli 1999 – IV/D-2/34.780 (K(1999 1973), ABl. 2000 L 30/1, *Virgin/British Airways*; bestätigt durch *EuG*, Entscheidung vom 17. Dezember 2003 – T-219/99, Slg. 2003, II-5917, *British Airways/Kommission*, und *EuGH*, Urteil vom 15. März 2007 – Rs. C-95/04 P, Slg. 2007, I-2331, *British Airways/Kommission*.

<sup>6</sup> Siehe <<http://www.antitrustinstitute.org/content/5th-annual-conference-buyer-power-and-antitrust>> (Stand: 27.02.2014).

<sup>7</sup> *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312 (2007).

<sup>8</sup> *Federal Trade Commission*, Horizontal Merger Guidelines, S. 32–33.

<sup>9</sup> So sind allein in den vergangenen zwölf Monaten zwei deutschsprachige Dissertationen erschienen, die sich mit anderen Teilaspekten von Nachfragemacht auseinandersetzen: *Palatzke*, Nachfragemacht im Kartellrecht – Bewährungsprobe für den More Economic Approach, Frankfurt am Main 2012 und *Wanderwitz*, Der Missbrauch von Nachfragemacht nach § 20 III GWB, Köln 2013.

<sup>10</sup> Die sich nicht auf den Lebensmitteleinzelhandel beschränken, dort jedoch besonders ausgeprägt sind.

<sup>11</sup> *Wanderwitz*, S. 54 ff.

<sup>12</sup> *Kommission*, Entscheidung vom 14. Juli 1999 – IV/D-2/34.780 (K(1999 1973), ABl. 2000 L 30/1, *Virgin/British Airways*; bestätigt durch *EuG*, Entscheidung vom 17. Dezember 2003 – T-219/99, Slg. 2003, II-5917, *British Airways/Kommission* und *EuGH*, Urteil vom 15. März 2007 – Rs. C-95/04 P, Slg. 2007, I-2331, *British Airways/Kommission*.

sachlich nicht gerechtfertigter Konditionen,<sup>13</sup> Hochzeitsrabatte,<sup>14</sup> Diskriminierungen oder Ausschließlichkeitsbindungen<sup>15</sup> und Kampfpreise<sup>16</sup> sind nur einige Formen der Ausnutzung von Nachfragemacht. Die Möglichkeiten der Machtausnutzung sind nahezu unbegrenzt und so führt der *United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit* treffend aus:

„Anticompetitive conduct can come in too many different forms, and is too dependent upon context, for any court or commentator ever to have enumerated all the varieties.“<sup>17</sup>

Die vorliegende Arbeit beschränkt sich auf den Preismissbrauch durch nachfragemächtige Einzelunternehmen und damit auf einen bislang wenig erörterten Teilaspekt. Im Mittelpunkt der Untersuchung soll dabei stehen, unter welchen Voraussetzungen der grundsätzlich bestehenden Freiheit der Preisgestaltung von Unternehmen auf dem Beschaffungsmarkt durch das Kartellrecht Grenzen gesetzt sind.

## B. Nachfragemacht

Ausgangspunkt fast aller Arbeiten zum Thema Nachfragemacht ist ein Definitionsversuch. Bei der Frage, wann einem Unternehmen Nachfragemacht zukommt, stehen sich dabei im Wesentlichen zwei Konzepte gegenüber: das Monopsonmodell und das Verhandlungsmachtmodell.<sup>18</sup>

Das Monopsonmodell basiert auf dem klassischen Marktmachtverständnis und versteht Nachfragemacht als einen Fall horizontaler Marktmacht, der aus einer Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Beschaffungsmarkt resultiert.<sup>19</sup> Über Nachfragemacht im Sinne von Monopsonmacht kann damit auf einem Markt stets entweder ein Unternehmen als Monopsonist oder mehrere Unternehmen gemeinsam als Oligopson verfügen. Durch die Marktstellung ist das Monopson bzw. Oligopson

---

<sup>13</sup> *Monopolkommission*, 7. SG - Nachfragemacht, Rdnr. 203 f.

<sup>14</sup> *Bischke/Brack*, NZG 2009, 657; siehe auch die Pressemitteilung des BKartA zur Abmahnung von Edeka vom 27. Juli 2013, <[http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/aktuelles/presse/2013\\_07\\_24.php](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/aktuelles/presse/2013_07_24.php)> (Stand: 27.02.2014).

<sup>15</sup> *Wecker*, S. 204 f.

<sup>16</sup> *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312 (2007).

<sup>17</sup> *Caribbean Broadcasting System, Ltd. v. Cable & Wireless PLC*, 148 F.3d 1080, 1087 (D.C. Cir. 1998); ebenso *Lepage's, Inc. v. 3M (Minnesota Mining and Manufacturing Co.)*, 324 F.3d 141, 152 (3rd Cir. 2003).

<sup>18</sup> Der Umdeutungsansatz, der die Nachfragetätigkeit in ein Angebot einer Vertriebsleistung umdeuten will und damit Beschaffungs- in Angebotsmärkte transformiert, hat in den vergangenen Jahren keinerlei Zuspruch mehr erhalten und soll hier daher ausgeklammert bleiben, siehe bereits *Ulmer*, in: Wettbewerbsbeziehungen zwischen Industrie und Handel, 33 (44 ff.).

<sup>19</sup> *Monopolkommission*, 7. SG – Nachfragemacht, S. 28, 44 f.