

Die Dynamik des Wettbewerbsschutzes im US-amerikanischen, europäischen und australischen Kartellrecht

Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Sec. 2
Sherman Act, Art. 102 AEUV und Sec. 46 CCA 2010

Von

Dr. Romy Nicole Fleischer

Carl Heymanns Verlag 2013

Inhalt

Vorwort des Herausgebers	V
Vorwort der Autorin	VII
Einleitung	1
A. <i>Gegenstand der Untersuchung</i>	1
B. <i>Ziel, Methodik und Grenzen der Untersuchung</i>	3
C. <i>Gang der Untersuchung</i>	4
Kapitel 1 Theoretische und normative Grundlagen	5
A. <i>Der Wettbewerb – Das undefinierbare Herz des Kartellrechts</i>	5
I. Begriff des Wettbewerbs	5
1. Historischer Rückblick: Von der Antike bis zur Neuzeit	5
2. Bestrebungen hinsichtlich einer Definition	7
a. Ansätze in den USA	7
b. Ansätze in Europa	8
c. Ansätze in Australien	9
d. Stellungnahme	9
3. Verankerung im Kartellrecht	11
a. Tatbestandselement und negative Begriffserfassung	11
b. Negative Begriffserfassung durch eine »große Generalklausel«?	12
II. Wesen des Wettbewerbs im Wirtschaftsverkehr	13
1. Erwünschte Funktionen des Wettbewerbs	13
2. Wettbewerbstheoretische Idealbilder	14
a. Liberale Wettbewerbsansätze	14
aa. Klassischer Ansatz vom freien Wettbewerb	14
bb. Neoklassischer Ansatz vom vollkommenen Wettbewerb	15
b. Workability-Ansätze	16
aa. Modell des statischen »workable competition«	16
bb. Ansatz vom dynamischen »workable competition«	17
cc. Variante des wirksamen Wettbewerbs	18
c. Neoliberaler Ansatz der Wettbewerbstheorie	18
aa. Ordoliberaler Wettbewerbsansatz	18
bb. Neoklassischer Ansatz der Wettbewerbsfreiheit	19
cc. Neoliberaler Ansatz vom Wettbewerb als Mittel zum Zweck	20
(1) Grundannahmen der <i>Chicago School</i>	20
(2) Modifizierung durch die <i>Post-Chicago School</i>	21
(3) Begriffliche und inhaltliche Zweifel am »more economic approach« ..	22
d. Zwischenergebnis	23

a.	Inhalt eines Marktmachtmissbrauchs	92
aa.	Begriff	92
bb.	Formen missbräuchlichen Verhaltens	93
(1)	Preisbezogene Behinderungsstrategien außerhalb der Regelbeispiele	94
(a)	Treue- und Zielrabatte	94
(b)	Kampffpreisunterbietungen	96
(c)	Kosten-Preis-Schere	97
(2)	Preishöhenmissbrauch	98
(3)	Strukturmissbrauch	100
b.	Identifizierung eines Missbrauchs nach Art. 102 AEUV	101
aa.	Fehlen eines einheitlichen Beurteilungsmaßstabes	101
(1)	Ansätze zur Verhaltensanalyse und deren Grenzen	101
(2)	Schlussfolgerung und der » <i>likely effects-based approach</i> «	102
bb.	Kausalität zwischen Missbrauch und Marktauswirkung	103
cc.	Relevanz des Missbrauchszwecks bei der Verhaltensanalyse	104
3.	Konzept des » <i>taking advantage of</i> « nach Sec. 46 CCA	105
a.	Inhalt eines unzulässigen » <i>taking advantage of</i> «	105
aa.	Begriff	105
bb.	Formen der Behinderung	106
b.	Identifizierung eines » <i>taking advantage of</i> « nach Sec. 46 CCA	106
aa.	Alternative Tests zur Verhaltensanalyse	106
(1)	Der dominierende » <i>counterfactual-test</i> «	106
(2)	Der ergänzende » <i>materially facilitated-test</i> «	107
(3)	Das Problem des Maßstabes in Sec. 46 (6A) (d) CCA	108
(4)	Kritik an ökonomischen Verhaltensmaßstäben	108
(5)	Defizite eines zweckorientierten Verhaltensmaßstabes	109
bb.	Das Problem der Kausalität nach Sec. 46 (6A) CCA	110
cc.	Relevanz des Vorsatzes bei der Verhaltensanalyse	111
4.	Zwischenergebnis	111
III.	Bedeutung des »Zweckelements« in Sec. 46 CCA	112
1.	Der verbotene Zweck gemäß Sec. 46 (1) (a) – (c) CCA	112
2.	Abgrenzung zum » <i>effects-based approach</i> «	113
E.	Verteidigungsmittel der betroffenen Unternehmen	114
I.	Begriff und rechtliche Einordnung der <i>defence</i> im Kartellrecht	114
II.	Objektive Rechtfertigung bei Sec. 2 Sherman Act	115
1.	Überlegene Marktfähigkeit	115
2.	Legitime Geschäftsgründe	115
3.	Die Bedeutung der Effizienzeinrede bei Sec. 2 Sherman Act	116
III.	Objektive Rechtfertigung bei Art. 102 AEUV	117
1.	Die » <i>objective necessity defence</i> « und legitime Geschäftsgründe	117
2.	Grenzen der » <i>meeting competition defence</i> «	119
3.	Das Problem der Effizienzeinrede bei Art. 102 AEUV	119
IV.	Objektive Rechtfertigung bei Sec. 46 CCA	121
1.	Legitime Geschäftsinteressen	122
2.	Geringe Chancen der » <i>meeting competition defence</i> «	122
3.	Das Problem der Effizienzwürdigung bei Sec. 46 CCA	123
4.	Grenzen der » <i>reasonable excuse defence</i> « in Sec. 85 CCA	123
V.	Zwischenergebnis	124

F.	Die Rechtsfolgen beim Verstoß gegen Sec. 2 Sherman Act, Art. 102 AEUV und Sec. 46 CCA	125
I.	Durchsetzung des Sec. 2 Sherman Act	125
1.	Gerichtliches Verfahrenssystem	125
2.	Strafrechtliche Sanktionen per Gerichtsentscheidung	125
a.	Das Problem der Mehrfachsanktionierung	126
b.	Leitmaxime der strafrechtlichen Unternehmenshaftung in den USA	126
aa.	Das verwässerte <i>mens rea</i> -Prinzip im Strafrecht der USA	126
bb.	Rechtspraktische Erwägungen zur Verbandsstrafe in den USA	128
c.	Das Problem der strafrechtlichen Verbandsverantwortlichkeit	129
aa.	Fremdzurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens	129
bb.	Stellungnahme	131
(1)	Fehlender Verschuldensnachweis und Zurechnungsunterbrechung	131
(2)	Ergebnisorientierte Lösung der Rechtsprechung	131
cc.	Zwischenergebnis	132
3.	Zivilrechtliche Folgen beim Verstoß gegen Sec. 2 Sherman Act	133
a.	Befugnisse der Antitrustbehörden	133
b.	Privatrechtliche Ansprüche	133
aa.	Herleitung	133
bb.	Bedeutung des <i>dreifachen</i> Schadensersatzes	135
(1)	Sinn und Zweck	135
(2)	Stellungnahme	136
cc.	Zivilrechtliche Unternehmenshaftung	137
4.	Zwischenergebnis	138
II.	Durchsetzung des Art. 102 AEUV	138
1.	Administratives Verfahrenssystem	138
2.	Verwaltungsrechtliche Sanktionen durch die Kartellbehörden	139
a.	Kritik an der blankettartigen Bußgeldbemessung	139
b.	Das Problem der mehrfachen Kartellbeußung	140
c.	Leitmaxime der Unternehmenshaftung im Kartellbußenrecht	140
aa.	Das »europäische Verschuldensprinzip« im Kartellrecht	140
bb.	Bedeutung der Unschuldsumutung aus Sicht des EuGH	142
cc.	Effektivität der Durchsetzung des Kartellrechts als Leitmotiv	144
d.	Rechtsnatur und Funktionen der europäischen Kartellbuße	144
e.	Verantwortlichkeit von Unternehmen im Kartellbußenrecht	147
aa.	Fremdzurechnung des Verschuldens	147
bb.	Fehlen klarer Zurechnungskriterien	148
cc.	Indirekter Rückgriff auf das Organisationsverschulden?	149
dd.	Grenzen von Compliance-Bemühungen	149
f.	Das Problem der »mittelbaren Täterschaft« im Kartellbußenrecht	150
aa.	Begründung der Mithaftung über die »wirtschaftliche Einheit«	150
(1)	Auslegung des Konzepts der »wirtschaftlichen Einheit«	151
(2)	Extensive Interpretation der faktischen Einflussnahme	151
(3)	Faktische Zustandshaftung	153
(4)	Zwischenergebnis	155
bb.	Mögliche Lösungswege de lege ferenda	155
(1)	Normierung von »Täterschaft und Teilnahme«	155
(2)	Extensiver Einheitstäterbegriff	155
g.	Faktische Verletzung des fairen Verfahrens	157
aa.	Das Problem der institutionellen Einheit der Untersuchungs- und Entscheidungsbehörde	157

B.	<i>Rechtsvergleichende Untersuchung der wettbewerbspolitischen Ziele der USA, der EU und Australiens unter Würdigung des Sec. 2 Sherman Act, Art. 102 AEUV und Sec. 46 CCA</i>	23
I.	Normative Prämissen bei der Durchsetzung des Sec. 2 Sherman Act	24
	1. Intention des Gesetzgebers in den USA im Jahr 1890	24
	a. Uneinigkeit der Senatoren	24
	b. Historischer Zweck des Sec. 2 Sherman Act	26
	c. Schlussfolgerung	27
	2. Strukturorientierter Ansatz im Antitrust Law der USA	27
	a. Inhalt	27
	b. Stellungnahme	28
	aa. Schutz der Wettbewerber statt des Wettbewerbs	28
	bb. Tendenz zur Interventionspolitik	29
	cc. Konzeptionelle Lücken und Effizienzen	29
	3. Wohlfahrtsorientierter Ansatz im Antitrust Law der USA	30
	a. Inhalt	30
	b. Stellungnahme	32
	aa. Ökonomische Absicherung kartellrechtlicher Entscheidungen	32
	bb. Das Problem der Messbarkeit von dynamischen Effizienzen	32
	cc. Wettbewerb als notwendiges Zwischenziel	33
II.	Normative Prämissen bei der Durchsetzung des Art. 102 AEUV	34
	1. Intention der sechs EG-Mitgliedsstaaten im Jahr 1957	34
	a. Vielseitigkeit der Gesetzesmaterialien zum EWG-Vertrag	34
	b. Historischer Zweck des Art. 102 AEUV	35
	c. Schlussfolgerung	36
	2. Strukturorientierter Ansatz im europäischen Kartellrecht	37
	a. Inhalt	37
	b. Stellungnahme	39
	aa. Punktueller Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit	39
	bb. Mittelbarer Schutz der Wettbewerber und der Verbraucher	40
	3. Wohlfahrtsorientierter Ansatz im europäischen Kartellrecht	41
	a. Inhalt	41
	b. Stellungnahme	43
	aa. Ökonomische Rationalität und ihre Gefahren	43
	bb. Systematisches Rechtsverständnis	43
	cc. Fehlende Verankerung im Gesetz	44
	dd. Das Problem des Umfangs der erforderlichen Effizienzen	44
	ee. Vernachlässigung dynamischer Effizienzen	45
	ff. Das Beispiel des Parallelhandels im Arzneimittelsektor	46
	4. Schlussbetrachtung	47
III.	Normative Prämissen bei der Durchsetzung des Sec. 46 CCA	48
	1. Intention des australischen Gesetzgebers im Jahr 1974	48
	a. Das Verbot in Sec. 7 des <i>Australian Industrial Act 1906 (Cth)</i>	48
	b. Bezugnahme auf die Entwicklung in Europa	49
	c. Schutz vor monopolistischen Marktpraktiken	50
	d. Zwischenfazit	51
	2. Modifizierter Strukturansatz im australischen Kartellrecht	51
	a. Inhalt	51
	b. Stellungnahme	53
	aa. Abstellen auf eine nur hypothetische Marktform	53
	bb. Das Problem der Regelung in Sec. 46 (1AA) CCA	53

cc. Dualistischer Ansatz zur Wettbewerbs- und Verbraucherpolitik	54
C. Zusammenfassung	55
Kapitel 2 Die Rechtsgrundlagen – Parallelen und Unterschiede zwischen Sec. 2 Sherman Act, Art. 102 AEUV und Sec. 46 CCA	59
A. Einführung	59
B. Rechtsvergleichende Analyse zur Struktur der Verbote in Sec. 2 Sherman Act, Art. 102 AEUV und Sec. 46 CCA	60
I. Dreigliedrige Normstruktur des Sec. 2 Sherman Act	60
II. Systematik und gesetzliche Konkretisierung des Art. 102 AEUV	61
III. Konzeption und nachträgliche »Modellierung« des Sec. 46 CCA	62
IV. Stellungnahme	62
C. Rechtsvergleichende Analyse zum Kreis des Normadressaten	65
I. Reichweite des Adressatenkreises bei Sec. 2 Sherman Act	65
II. Funktionaler Unternehmensbegriff in Art. 102 AEUV	66
III. Nachträgliche Erweiterung des Normadressaten nach Sec. 46 CCA	68
IV. Zwischenergebnis	68
D. Rechtsvergleichende Analyse der tatbestandlichen Kernmerkmale	68
I. Strukturorientiertes Tatbestandsmerkmal	69
1. Bestimmung von »monopoly power« nach Sec. 2 Sherman Act	69
a. Begriff des »monopoly power«	69
b. Abgrenzung des relevanten Marktes	70
c. Ermittlung eines »monopoly power«	72
2. Bestimmung der Marktbeherrschung nach Art. 102 AEUV	73
a. Begriff der Marktbeherrschung	73
b. Abgrenzung des relevanten Marktes	74
c. Ermittlung einer Marktbeherrschung	76
3. Bestimmung des »substantial market power« nach Sec. 46 CCA	77
a. Begriff des »substantial market power«	77
b. Abgrenzung des relevanten Marktes	78
c. Ermittlung eines »substantial markt power«	79
4. Zwischenergebnis	80
II. Verhaltensorientiertes Tatbestandsmerkmal	80
1. Konzept der Monopolisierung nach Sec. 2 Sherman Act	81
a. Inhalt einer Marktmonopolisierung	81
aa. Begriff	81
bb. Formen der Monopolisierung	81
b. Identifizierung einer Monopolisierung nach Sec. 2 Sherman Act	82
aa. Keine bloße Vermutung einer unzulässigen Monopolisierung	83
bb. Fehlen eines einheitlichen Beurteilungsmaßstabes	84
(1) Formorientierte Analyseansätze und deren Grenzen	84
(2) Wirkungsorientierte Analyseansätze und deren Grenzen	86
(3) Schlussfolgerung und der »actual effects-based approach«	87
cc. Kausalität zwischen Marktstruktur, -verhalten und -auswirkung	88
dd. Relevanz des Vorsatzes bei der vollendeten Monopolisierung	89
(1) Das Erfordernis des Vorsatzes in strafrechtlichen Kartellverfahren	89
(2) Das Problem des Vorsatzes in zivilrechtlichen Kartellverfahren	91
2. Konzept des Missbrauchs nach Art. 102 AEUV	92

bb.	Geringer Nutzen einer zweigeteilten Kartellbehörde	158
cc.	Chancen eines gerichtlichen Verfahrenssystems in Europa?	158
(1)	Mögliche Rahmenbedingungen	158
(2)	Kritik und Stellungnahme	159
3.	Privatrechtliche Ansprüche der Bürger	161
a.	Parallelen und Abweichungen zum Antitrust Law der USA	161
b.	Fehlende Effektivität des privaten Kartellrechtsvollzugs?	161
III.	Durchsetzung des Sec. 46 CCA	162
1.	Gerichtliches Verfahrenssystem	162
2.	Zivilrechtliche Sanktionen und die Befugnisse der ACCC	162
a.	Rechtsnatur und Zweck der »pecuniary penalties«	163
b.	Verbandsverantwortlichkeit im australischen Kartellrecht	164
c.	Kartellrechtliche Verbandshaftung bei »mehreren Tätern«	165
3.	Zivilrechtliche Ansprüche Privater beim Verstoß gegen Sec. 46 CCA	166
a.	Vergleich zur Rechtslage in den USA und der Europäischen Union	166
b.	Verhältnis privater Ansprüche zu »pecuniary penalties«	166
4.	Bedeutung strafrecht- und »verwaltungsrechtlicher« Maßnahmen	167
G.	Zusammenfassende Würdigung	168
Kapitel 3 Die Durchsetzung des Sec. 2 Sherman Act, Art. 102 AEUV und Sec. 46 CCA am Beispiel der Fallgruppe einseitiger Lieferverweigerungen		171
A.	Einleitung	171
B.	Rechtsvergleichende Analyse der Beurteilung eines »refusal to deal« nach Sec. 2 Sherman Act, Art. 102 AEUV und Sec. 46 CCA	172
I.	Grenzen bei der Durchsetzung des Sec. 2 Sherman Act	172
1.	Privatautonomie als übergeordnete Maxime	172
2.	Einschränkung der Colgate-Doktrin	173
3.	Trend zur engen Durchsetzung des Sec. 2 Sherman Act	174
a.	Ökonomische Zweifel an der »monopoly leveraging theory«	174
b.	Leitgedanken bei der Beurteilung von »essential facilities«	175
aa.	Die Rechtsfigur der »essential facilities doctrine«	175
(1)	Rahmenbedingungen	175
(2)	Deutliche Distanzierung von der »essential facilities doctrine« durch den Supreme Court	177
(3)	Kritik an der amerikanischen »essential facilities doctrine«	177
bb.	Der weite Aspen Skiing-Ansatz	178
cc.	Bedeutung des Sec. 2 Sherman Act in regulierten Märkten	179
(1)	Anwendung in regulierten, engen Oligopolmärkten	179
(2)	Trendwende nach der Trinko-Rechtsprechung	180
(a)	Faktische Verdrängung des Kartellrechts?	180
(b)	Kritik am Trinko-Ansatz	182
(c)	Folgen für sonstige regulierte Märkte	183
dd.	Bedeutung des Trinko-Ansatzes für nicht regulierte Märkte	184
(1)	Das Problem der Festsetzung angemessener Zugangsbedingungen	185
(2)	Potentieller Rückgriff auf den Aspen Skiing-Ansatz	186
ee.	Faktische Immunität geistiger Eigentumsrechte	187
4.	Relevanz legitimer Geschäftsgründe	188
5.	Zwischenergebnis	189
II.	Grenzen bei der Durchsetzung des Art. 102 AEUV	190

1. Klassische Grundannahmen zum Marktmachttransfer	190
2. Spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung auf dem Sekundärmarkt	191
3. Tendenz zur »scharfen« Durchsetzung des Art. 102 AEUV	192
a. Leitgedanken bei der Beurteilung von »essential facilities«	192
aa. Gegenstand eines kartellrechtlichen Zugangsanspruchs	192
bb. Kriterien bei der Verweigerung der Geschäftsaufnahme	194
(1) Die Unschärfe der <i>Magill</i> -Grundannahmen	194
(2) Einschränkung durch das <i>Bronner</i> -Kriterium der Unentbehrlichkeit	194
(3) Die <i>IMS Health</i> -Fiktion zur Ermittlung einer Marktabschottung	196
(4) Das Problem des Neuheitskriteriums bei der Lizenzverweigerung	197
(a) Privilegierung geistiger Eigentumsrechte	197
(b) Fehlende Grenzen des Neuheitskriteriums	198
(c) Zweckmäßigkeit statt Rechtssicherheit	200
(d) Alternative Kriterien	201
(5) Zwischenergebnis	202
b. Fazit unter Berücksichtigung der »essential facilities doctrine«	203
4. Relevanz legitimer Geschäftsinteressen	204
a. Die Einrede des Innovations- und Investitionsrückgangs	205
b. Grenzen der Einrede »anormaler Bestellungen«	206
c. Weitere potentielle legitime Geschäftsgründe	207
5. Zwischenergebnis	208
III. Grenzen bei der Durchsetzung des Sec. 46 CCA	209
1. Bedeutung der Vertragsfreiheit	209
2. Tendenz zur strikten Durchsetzung des Sec. 46 CCA	210
a. Unzulässigkeit des vertikalen Marktmachttransfers	210
b. Rückgriff auf den Rechtsfundus der USA und der EU	211
c. Leitgedanken bei der Beurteilung von »essential facilities«	211
aa. Das gesetzliche Zugangsregimes nach Part IIIA CCA	211
bb. Prämissen bei der Beurteilung von »essential facilities«	212
(1) Faktische Anerkennung der »essential facilities doctrine«	212
(2) Anforderungen an den kartellrechtlichen Zugangsanspruch	213
(3) Praktische Ausklammerung geistiger Eigentumsrechte	214
cc. Vor- und Nachteile des Zugangsregimes nach Sec. 46 CCA	214
dd. Verhältnis zwischen Sec. 46 CCA und Part IIIA CCA	215
d. Abgrenzung zur amerikanischen <i>Trinko</i> -Rechtsprechung	216
3. Relevanz legitimer Geschäftsinteressen	217
a. Undurchsichtige Rechtslage zur Rolle ökonomischer Aspekte	217
b. Weitere legitime Geschäftsgründe	217
4. Zwischenergebnis	218
C. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	219
I. Das Problem der undurchsichtigen Begriffe	219
II. Begründungsaufwand gemessen an der Verhältnismäßigkeit	219
III. Risiken eines kartellrechtlichen Kontrahierungszwangs	220
IV. Probleme bei der Innovations- und Investitionsdiagnose	221
1. Fehlende Prognostizierbarkeit künftiger Marktentwicklungen	221
2. Lösung mittels verhaltensökonomischer Befunde?	222
a. Abstraktes Verhalten unternehmerischer Entscheidungsträger	222
b. Konsequenz für die Beurteilung einseitiger Lieferverweigerungen	223
c. Kritik und Zwischenfazit	224
D. Ergebnis und Ausblick	225

Inhalt

Kapitel 4 Zusammenfassung	227
<i>A. Deutsche Fassung</i>	227
<i>B. English Version</i>	231
Abkürzungen	235
Literatur	241
Sachregister	279