

ADRIAN KÜNZLER

Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?

Walter Eucken Institut

*Untersuchungen zur Ordnungstheorie
und Ordnungspolitik*

56

Mohr Siebeck

Untersuchungen zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik

56

Herausgegeben vom
Walter Eucken Institut



Adrian Künzler

Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?

Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts
gegen private Wettbewerbsbeschränkungen

Mohr Siebeck

Adrian Künzler, geboren 1978; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Zürich und Lizenziat; 2005–2008 wiss. Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich; 2008 Promotion; seit 2008 Auditor und ausserordentlicher Gerichtssekretär am Bezirksgericht Zürich.

e-ISBN PDF 978-3-16-151481-4

ISBN 978-3-16-149858-9

ISSN 0083-7113 (Untersuchungen zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik)

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

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

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 Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg/N. gebunden.

Vorwort

„Lassen sich allgemeine Trends in der Kartellrechtsentwicklung der letzten zwanzig Jahre feststellen, so sind diese: (1) der zunehmende Einsatz der Ökonomie bei der Gestaltung und Anwendung des Wettbewerbsrechts und die damit einhergehende Diskussion über die Ziele der Wettbewerbspolitik; (2) eine verstärkte Schwerpunktsetzung bei der – sowohl behördlichen als auch privaten – Durchsetzung des Wettbewerbsrechts und (3) die Internationalisierung des Wettbewerbsrechts.“

Dieser Satz aus einem Bericht über die „3. Konferenz der Academic Society for Competition Law in Zürich“¹ gibt in komprimierter Form die zentralen Diskussionspunkte zu einem seit den 1990er Jahren in Europa bestehenden Trend zu einer stärkeren ökonomischen Ausrichtung des Wettbewerbsrechts wieder, der unter der Bezeichnung „more economic approach“ auch im nationalen Wettbewerbsrecht erheblich an Bedeutung gewonnen hat. Angefangen beim Kartell- und Missbrauchsverbot in den Art. 81 und 82 EGV bis hin zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen wird der „ökonomische Ansatz“ herangezogen, um von einer „legalistischen“ Herangehensweise abzurücken und zu „sachgerechteren“ Ergebnissen zu gelangen. Dabei prägen einzelfallbasierte Analysen der Effizienzwirkungen kartellrechtlich tatbestandsmässiger Verhaltensweisen auf der einen Seite und die Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen auf der anderen Seite das Erscheinungsbild der Diskussion um den „more economic approach“.

Gegenstand der vorliegenden Arbeit sind die konzeptionellen Grundlagen des „more economic approach“. Dabei geht es im Wesentlichen darum, den „more economic approach“ auf seine rechtspolitische Brauchbarkeit hin zu überprüfen und die Frage nach der Rolle der Ökonomie im Kartellrecht zu beantworten. Während die erste Frage vor allem ökonomische, rechtsphilosophische und erkenntnistheoretische Probleme aufwirft, stehen bei der zweiten juristisch-methodische Überlegungen im Vordergrund. Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, den rechtspolitischen Stellenwert und die rechtssystematische Stellung des „more economic approach“ innerhalb des europäischen und des – vor allem im verfassungsmässigen Kontext bedeutsamen – schweizerischen Rechtssystems zu bestimmen. Sollte dies gelungen sein, wäre ein Beitrag dazu geleistet, Ökonomie und Kartellrechtswissenschaft einander näher zu bringen und es wäre der Weg

¹ WuW 2008, 1079–1082.

vorgezeichnet, den die weitere Forschung zu Einzelfragen einer Rechtsgestaltung nach dem „more economic approach“ in Zukunft zu beschreiten hätte.

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner dreijährigen Assistenzzeit an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und lag dieser im Mai 2008 als Dissertation vor. Allen, die mich während dieser Zeit durch ihren Rat und ihre Kritik bei der Erstellung der Arbeit unterstützt haben, möchte ich herzlich danken. An erster Stelle stehen insoweit meine beiden akademischen Lehrer, Herr Professor Dr. iur. Roger Zäch, welcher das Hauptgutachten verfasste, und Herr Professor Dr. iur. Walter Ott, welcher das Zweitgutachten verfasste. Beide haben meine Forschungen zu jeder Zeit und in jeder Hinsicht gefördert.

Die Voraussetzungen für das Entstehen der Arbeit haben ihren Ursprung in Herrn Professor Dr. iur. Roger Zächs faszinierendem und inspirierendem Unterricht in Lehrveranstaltungen und Seminarien zum schweizerischen und europäischen Kartellrecht, zur juristischen Methodenlehre und zur Rechtstheorie, den ich seit Beginn meines Studiums geniessen durfte. Sein Unterricht sowie seine Arbeiten auf diesen Gebieten haben mein Interesse an der Rechtswissenschaft als analytische, empirische und normative Wissenschaft überhaupt erst geweckt. In seinem Unterricht habe ich darüber hinaus in disziplinübergreifender – insbesondere ökonomischer – und erkenntnistheoretischer Hinsicht unschätzbare Wertvolles gelernt. Packend und horizonterweiternd zugleich war auch der Unterricht von Herrn Professor Dr. iur. Walter Ott zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie, der wesentlich zur Möglichkeit beigetragen hat, das vorliegende Thema aus ganzheitlicher Sicht abzuhandeln. Die sehr schöne und lehrreiche Assistenzzeit, welche ich an seinem Lehrstuhl verbringen durfte, und die grosse Freiheit, die er mir beim Verfassen der Dissertation gewährte, war eine weitere, für das Entstehen der Arbeit unabdingbare Voraussetzung. Dankbar bin ich schliesslich für die ausgezeichneten Arbeitsbedingungen am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich. Sie stellen ein Arbeitsmittel zur Verfügung, das jeder Wissenschaftler ersehnt.

Während meiner Assistenzzeit hatte ich mehrfach die Gelegenheit, mit Vertretern und Kritikern des „more economic approach“ zu diskutieren. Für wertvolle Gespräche danke ich an dieser Stelle namentlich Herrn Professor Dr. iur. Reto M. Hilty, Herrn PD Dr. iur. Alexander Brunner, Herrn Rechtsanwalt Dr. iur. Jürg Niklaus, Frau Dr. iur. Maria Anna Rea-Frauchiger sowie Herrn Dr. iur. Sven Zimmerlin. Sie alle haben meine Argumentation in der einen oder anderen Weise beeinflusst.

Danken möchte ich zudem den Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen des Walter Eucken Instituts in Freiburg im Breisgau, insbesondere Herrn Professor Dr. Viktor J. Vanberg und Herrn PD Dr. Michael Wohlgemuth sowie Herrn Dr. h.c. Georg Siebeck für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Untersuchungen zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik“. Dank gebührt ferner

Frau Daniela De Marco für die rasche und sehr kompetente Unterstützung bei den Formatierungsarbeiten.

Last but not least gilt ein ganz besonders herzlicher Dank meinen lieben Eltern und Grosseltern, die meine Ausbildung ermöglicht und stets gefördert haben.

Die Arbeit wurde durch ein Forschungsstipendium der Stiftung EMPIRIS, Zürich, mit einem namhaften Beitrag gefördert und mit dem Issekutz Preis der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich ausgezeichnet. Sie befindet sich auf dem Stand vom Januar 2008.

Zürich, im November 2008

Adrian Künzler

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XV
Abkürzungsverzeichnis	XXXI

§ 1 Einleitung	1
A. Gegenstand des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen ...	1
B. Zwecksetzungen des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen	3
C. Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik	5
D. Ausgangspunkt und Gang der Untersuchung	7
E. Schematischer Überblick	9
§ 2 Begriffsklärung und Zielsetzungen	10

ERSTER TEIL

Wettbewerbspolitik zwischen Ökonomie und Recht

ERSTES KAPITEL: Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik ..	15
§ 3 Grundelemente der neuen Wettbewerbspolitik	18
A. Der Bezug zum klassischen Utilitarismus	19
B. Die Orientierung an Marktergebnissen	22
C. Das ökonomische Effizienzziel	23
§ 4 Wettbewerbspolitisches Programm	32
A. Instrumentalisierung von Wettbewerb	33
B. Wettbewerbstheoretische Bezüge	36
C. Anforderungen an das Recht	61
D. Beurteilungskriterien	65
Zusammenfassung	65

ZWEITES KAPITEL: Realfaktoren der Wettbewerbspolitik	69
§ 5 Das ökonomische Verhaltensmodell	71
A. Verhalten als rationales und nutzenmaximierendes Handeln	72
B. Der homo oeconomicus als positives Verhaltensmodell	74
C. Behandlung der Präferenzen im Rahmen des ökonomischen Verhaltensmodells	75
D. Grenzen des ökonomischen Verhaltensmodells	76
§ 6 Der Begriff der wirtschaftlichen Wohlfahrt	80
A. Wirtschaftliche Wohlfahrt und ökonomische Effizienz	81
B. Effizienzgewinne und Interventionskosten	95
C. Das Problem der Abwägung	97
D. Wettbewerb als organisiert-komplexes Phänomen	114
Zusammenfassung	140
DRITTES KAPITEL: Idealfaktoren der Wettbewerbspolitik	143
§ 7 Philosophische Grundlagent der neuen Wettbewerbspolitik	145
A. Utilitaristische Begründung des ökonomischen Effizienzziels	145
B. Konsenthetoretische Begründung des ökonomischen Effizienzziels ..	164
C. Pragmatische Begründung des ökonomischen Effizienzziels	176
D. Ergebnis	180
§ 8 Grenzen des Effizienzdenkens	182
A. Der Grundsatz der Präferenzautonomie	183
B. Effizienzorientierte Wettbewerbspolitik und Rechtssystem	219
C. Demokratisches Verständnis von Wettbewerb	252
Zusammenfassung	256

ZWEITER TEIL

Der axiomatische Charakter von Wettbewerbskonzeptionen

ERSTES KAPITEL:

Das Problem der wissenschaftlichen Erkenntnis 263

§ 9 Methoden zur Sicherung wissenschaftlicher Erkenntnisse 266

A. Die axiomatische Methode 266

B. Die empirische Methode 270

§ 10 Der Begriff der wissenschaftlichen Erkenntnis 274

A. Der Erkenntnisbegriff als Festsetzung 274

B. Wissenschaftliche Erkenntnis 275

ZWEITES KAPITEL:

Die Unbeweisbarkeit von Wettbewerbskonzeptionen 277

§ 11 Die Definition der wirtschaftlichen Wohlfahrt
als Festsetzung 278

A. Feststellende Definitionen 278

B. Die Definition der wirtschaftlichen Wohlfahrt als synthetisch-
semantische Definition 282

§ 12 Folgerungen für die Wettbewerbspolitik 285

A. Der „axiomatische“ Charakter von Wettbewerbskonzeptionen 285

B. Wettbewerbskonzeptionen als Entwürfe 286

Zusammenfassung 289

DRITTER TEIL

Die kartellrechtlichen Bestimmungen

ERSTES KAPITEL: Allgemeine Grundlagen 295

§ 13 Individualschutz und Institutionsschutz als Aufgaben
des Kartellrechts 297

A. Gegenwärtiger Meinungsstand	298
B. Individualschutz und Institutionsschutz als Erscheinungsformen desselben Phänomens	301
C. Ergebnis	307
§ 14 Zweck der kartellrechtlichen Bestimmungen	310
A. Rechtslage in der Schweiz	310
B. Rechtslage in der Europäischen Union	319
Zusammenfassung	323
ZWEITES KAPITEL: Die einzelnen Tatbestände des Kartellrechts .	325
§ 15 Unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG, Art. 81 EGV)..	327
A. Einführung und Überblick	327
B. Analyse von Wohlfahrtsauswirkungen	328
C. Beurteilung von Kernbeschränkungen	365
§ 16 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG, Art. 82 EGV)	399
A. Einführung und Überblick	399
B. Marktbeherrschung	400
C. Missbrauch	452
§ 17 Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 9–11 KG, FKVO)	478
A. Einführung und Überblick	478
B. Marktbeherrschungs- und SIEC-Test	479
C. Berücksichtigung von Effizienzgewinnen	500
Zusammenfassung und Erkenntnisse	513
§ 18 Verfahren in Wettbewerbssachen	515
A. Einführung und Überblick	515
B. Abgrenzung von zivil- und verwaltungsrechtlichem Verfahren nach dem „more economic approach“	516
C. Abgrenzung von zivil- und verwaltungsrechtlichem Verfahren nach geltendem Recht	528
D. Abgleichung von Zivil- und Verwaltungsverfahren	533

Schlussbemerkungen	536
A. Leistungsfähigkeit des „more economic approach“	537
B. Die Rolle der Ökonomie im Kartellrecht	537
C. Ökonomische Analysen im schweizerischen und europäischen Kartellrecht	538
Literaturverzeichnis	539
Personenregister	569
Sachregister	571

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXXI
§ 1 Einleitung	1
A. Gegenstand des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen ...	1
I. Wettbewerb als wirtschaftliches Koordinationssystem	1
II. Sicherung von Wettbewerb durch das Recht	1
III. Beseitigung von staatlichen und privaten Wettbewerbs- beschränkungen	2
IV. Regelungsgegenstand	2
B. Zwecksetzungen des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen	3
C. Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik	5
D. Ausgangspunkt und Gang der Untersuchung	7
E. Schematischer Überblick	9
§ 2 Begriffsklärung und Zielsetzungen	10

ERSTER TEIL

Wettbewerbspolitik zwischen Ökonomie und Recht

ERSTES KAPITEL: Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik ..	15
§ 3 Grundelemente der neuen Wettbewerbspolitik	18
A. Der Bezug zum klassischen Utilitarismus	19
I. Der Konsequentialismus	20
II. Das Utilitätsprinzip	20
III. Der Wertmonismus	21

B. Die Orientierung an Marktergebnissen	22
C. Das ökonomische Effizienzziel	23
I. Das Problem der Quantifizierung und der Vergleichbarkeit individueller Nutzenvorstellungen	24
II. Die wohlfahrtsökonomischen Effizienzkriterien	26
1. Paretoeffizienz	26
a) Das Pareto-Kriterium	26
b) Das Modell der vollkommenen Konkurrenz	27
c) Kritik	27
2. Kompensationskriterien	29
a) Das Kaldor/Hicks-Kriterium	29
b) Das Kriterium der Reichtumsmaximierung	30
c) Kritik	30
§ 4 Wettbewerbspolitisches Programm	32
A. Instrumentalisierung von Wettbewerb	33
I. Formales und materielles Verständnis von Wettbewerb	33
II. Ökonomische Vorteilhaftigkeit und Wettbewerbsfreiheit	35
B. Wettbewerbstheoretische Bezüge	36
I. Ursprünge der neueren Wettbewerbstheorie	37
1. Modell der vollkommenen Konkurrenz	37
2. Preistheoretische Revolution	38
3. Evolutionstheoretische Ansätze zur Erklärung des Phänomens Wettbewerb	38
a) Wettbewerb als Prozess der schöpferischen Zerstörung	39
b) Wettbewerb der Bahnbrecher und der Nachahmer	39
c) Markphasentheorie	40
II. Der wohlfahrtsökonomische Ansatz	40
1. Konzepte des funktionsfähigen Wettbewerbs („workable competition“)	40
a) Grundlagen	40
b) Statische „workable competition“ („second-best-solution“)	41
c) Dynamische „effective competition“ („first-best-solution“)	42
d) Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität	44
e) Kritik	46
2. Klassische Industrieökonomik (Industrial Organization)	47
a) Grundlagen	47
b) Kritik	49
3. Chicago School of Antitrust Analysis	49
a) Grundlagen	49
b) Kritik	51

4. Neue theoretische Industrieökonomik	51
III. Der systemtheoretische Ansatz	53
1. „Freie Konkurrenz“ der klassischen Nationalökonomie	53
a) Grundlagen	53
b) Kritik	54
2. Ordoliberalismus	54
a) Grundlagen	54
b) Kritik	55
3. Konzept der Wettbewerbsfreiheit	56
a) Systemtheoretischer Ansatz Hoppmanns	56
b) Erweiterter systemtheoretischer Ansatz	57
4. Kritik am Konzept der Wettbewerbsfreiheit	58
IV. Ergebnis	60
C. Anforderungen an das Recht	61
I. Beurteilung von Wohlfahrtsauswirkungen	61
II. Universeller Anspruch	63
III. Ökonomisierung der Rechtsanwendung	64
D. Beurteilungskriterien	65
Zusammenfassung	65
ZWEITES KAPITEL: Realfaktoren der Wettbewerbspolitik	69
§ 5 Das ökonomische Verhaltensmodell	71
A. Verhalten als rationales und nutzenmaximierendes Handeln	72
I. Das Konzept der Rationalität	73
II. Das Konzept der Maximierung	73
B. Der homo oeconomicus als positives Verhaltensmodell	74
C. Behandlung der Präferenzen im Rahmen des ökonomischen Verhaltensmodells	75
D. Grenzen des ökonomischen Verhaltensmodells	76
I. Unrealistische Annahmen	76
II. Der homo oeconomicus als Modell zur Voraussage zukünftiger Marktergebnisse	78

§ 6 Der Begriff der wirtschaftlichen Wohlfahrt	80
A. Wirtschaftliche Wohlfahrt und ökonomische Effizienz	81
I. „Effizienzen“ und Theorie des „second-best“	81
1. Saldierung von wohlfahrtssteigernden und wohlfahrts-	
mindernden Effizienzen	81
2. Partialanalytischer „second-best“-Ansatz	84
II. Der Effizienzbegriff	87
1. Arten von Effizienzen	87
2. Operationalisierung von wirtschaftlicher Wohlfahrt mithilfe	
des Effizienzkriteriums	89
III. Erfassung von Effizienzen	91
B. Effizienzgewinne und Interventionskosten	95
C. Das Problem der Abwägung	97
I. Bewertung von Vor- und Nachteilen	98
II. Auswirkungen auf Dritte	102
1. Ideelle Auswirkungen	103
2. Dynamische Auswirkungen	105
III. Bewertungsmaßstab	107
1. Der Gesamtwohlfahrtstandard („total surplus“)	108
2. Der Konsumentenwohlfahrtstandard („consumer surplus“)...	109
3. Konsumentenwohlfahrt oder Gesamtwohlfahrt?	109
4. „Second-best“-Effekte	111
D. Wettbewerb als organisiert-komplexes Phänomen	114
I. Die Theorie komplexer Phänomene	114
1. Einfache und komplexe Phänomene	114
2. „Als-Ob-Behandlung“ organisiert-komplexer Phänomene	117
3. Die makrosozialen Probleme als organisiert-komplexe	
Phänomene	119
II. Wettbewerb als Entdeckungsverfahren	121
1. Wettbewerb als organisiert-komplexes Phänomen	121
2. Wettbewerb als dynamischer Prozess	122
3. Unvorhersehbarkeit von Marktergebnissen	123
a) Spontane Ordnung und zentrale Planvorgabe	123
b) Die Rolle von „wissenschaftlichen Gesetzen“ in der	
Theorie des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren	125
c) Die Annahme der prinzipiellen Umkehrbarkeit ökonomischer	
Prozesse	125
III. Wettbewerbspolitische Handlungsempfehlungen	127

1. Orientierung an den Voraussetzungen von Wettbewerb	128
2. Gewährleistung von wirtschaftlicher Handlungsfreiheit als tatsächliche Voraussetzung für Wettbewerb	128
3. Interessenabwägung als Beurteilungsgrundlage	129
IV. Ergebnis	131
1. Vermeidung von Werturteilen und operables Referenzsystem ..	132
2. Vereinbarkeit mit neueren Markttheorien und Notwendigkeit des Rückgriffs auf Marktergebnisse	133
3. Vermeidung von Zielkonflikten	137
Zusammenfassung	140
DRITTES KAPITEL: Idealfaktoren der Wettbewerbspolitik	143
§ 7 Philosophische Grundlagender neuen Wettbewerbspolitik	145
A. Utilitaristische Begründung des ökonomischen Effizienzziels	145
I. Der Utilitarismus als normative Ethik	145
1. Allgemeines	145
2. Handlungs- und Regelutilitarismus	146
II. Ökonomische Effizienz und utilitaristische Nützlichkeit	147
1. Das Prinzip der Reichtumsmaximierung	147
2. Unterschiede zum utilitaristischen Nützlichkeitsprinzip	148
3. Folge der fehlenden Zielidentität zwischen ökonomischer Effizienz und utilitaristischem Nutzen	150
III. Bewertung des Utilitarismus	151
1. Das Problem der Quantifizierung und des interpersonellen Nutzenvergleichs	151
a) Objektive Bedürfnishierarchien	152
b) Introspektion	153
c) Handlungsindikatoren	155
2. Die Problematik der individuellen Rechte	156
a) Individuelle Rechte und Regelutilitarismus	158
b) Gewichtungsfaktoren	160
c) Präferenzbeeinflussung	161
B. Konsens theoretische Begründung des ökonomischen Effizienzziels ..	164
I. Natürliche Unwissenheit in der Ausgangssituation	166
II. Künstliche Unwissenheit in der Ausgangssituation	169
1. Der Gedanke der Unparteilichkeit bei der Entscheidung ethischer Probleme	170

2. Ableitung des Utilitarismus	171
3. Konsequenzen für eine effizienzorientierte Wettbewerbspolitik	172
C. Pragmatische Begründung des ökonomischen Effizienzziels	176
D. Ergebnis	180
§ 8 Grenzen des Effizienzdenkens	182
A. Der Grundsatz der Präferenzautonomie	183
I. Uneingeschränkte Präferenzautonomie	184
1. Präferenzautonomie und „welfarismus“	184
2. Positive und normative Bedeutung der Präferenzautonomie ..	185
3. Normative Bedeutung der Präferenzautonomie	186
a) Präferenzautonomie als Mittel für ökonomische Effizienz	186
b) Präferenzautonomie als liberales Prinzip	187
4. Grenzen der Präferenzautonomie	189
II. Normative Implikationen	190
1. Das Problem der Wertneutralität	190
2. Externe Effekte und Modifikationen der Präferenzautonomie .	191
a) Externe Effekte	191
b) Zugeständnisse von Utilitaristen	193
III. Grenzen der Präferenzautonomie	195
1. Entwicklung des Kartellrechts	195
a) Freiheitssicherung Dritter	195
b) Freiheitssicherung gegen den Willen der Einzelnen	198
2. Das Problem der wirtschaftlichen Macht	201
3. Das Gleichheitsprinzip	203
4. Wohlfahrtssteigerung durch Präferenzbeeinflussung	206
5. Abwägung von Handlungsfreiheiten	209
a) Fehlen eines einheitlichen Beurteilungsmassstabes	210
b) Interessenabwägung und ökonomisches Effizienz kalkül	213
IV. Ergebnis	218
B. Effizienzorientierte Wettbewerbspolitik und Rechtssystem	219
I. Der Wert der Rechtssicherheit	220
1. Rechtssicherheit als Wertidee innerhalb des Rechts	220
a) Orientierungssicherheit	221
b) Stabilität des Rechts	222
c) Wohlfahrtsauswirkungen	222

2. Rechtssicherheit in der neuen Wettbewerbspolitik	223
a) Unsicherheiten in der Wirtschaftswissenschaft	223
b) Folgen für die Rechtssicherheit	225
II. Einschränkung des Anwendungsbereichs von Kartellgesetzen ...	226
1. Verbesserung der Entscheidungsqualität	226
2. Rechtliche Implikationen	227
III. Die neue Wettbewerbspolitik als Gesetzgebungstheorie	229
1. „Rule of reason“ und Per-se-Verbote	231
2. Funktionale Abgrenzung	233
a) Demokratische Legitimation des Gesetzgebers	234
b) Gewährleistung von Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit durch den Gesetzgeber	236
c) Kompetenz des Gesetzgebers	237
d) Relativierung der funktionalen Trennung von Gesetzgebung und Rechtsanwendung	239
3. Stellenwert von ökonomischen Analysen in der Rechtsanwendung	242
4. Rechtsdogmatische Abgrenzung	243
a) Gesetzesauslegung	244
b) Rechtsfortbildung	248
5. Ergebnis	250
C. Demokratisches Verständnis von Wettbewerb	252
Zusammenfassung	256

ZWEITER TEIL

Der axiomatische Charakter von Wettbewerbskonzeptionen

ERSTES KAPITEL:

Das Problem der wissenschaftlichen Erkenntnis	263
§ 9 Methoden zur Sicherung wissenschaftlicher Erkenntnisse	266
A. Die axiomatische Methode	266
I. Charakterisierung der axiomatischen Methode	266
II. Die Axiome im Besonderen	268
B. Die empirische Methode	270
I. Charakterisierung der empirischen Methode	270
II. Empirische Aussagen im Besonderen	272

§ 10 Der Begriff der wissenschaftlichen Erkenntnis	274
A. Der Erkenntnisbegriff als Festsetzung	274
B. Wissenschaftliche Erkenntnis	275
ZWEITES KAPITEL:	
Die Unbeweisbarkeit von Wettbewerbskonzeptionen	277
§ 11 Die Definition der wirtschaftlichen Wohlfahrt als Festsetzung	278
A. Feststellende Definitionen	278
I. Arten von feststellenden Definitionen	278
II. Analytisch-semantische Definition der wirtschaftlichen Wohlfahrt?	279
III. Sacherklärung der wirtschaftlichen Wohlfahrt?	281
B. Die Definition der wirtschaftlichen Wohlfahrt als synthetisch- semantische Definition	282
I. Sprachliche Festsetzungen als Postulate	282
II. Der Begriff der wirtschaftlichen Wohlfahrt als Postulat	283
§ 12 Folgerungen für die Wettbewerbspolitik	285
A. Der „axiomatische“ Charakter von Wettbewerbskonzeptionen	285
B. Wettbewerbskonzeptionen als Entwürfe	286
Zusammenfassung	289

DRITTER TEIL

Die kartellrechtlichen Bestimmungen

ERSTES KAPITEL: Allgemeine Grundlagen	295
§ 13 Individualschutz und Institutionsschutz als Aufgaben des Kartellrechts	297
A. Gegenwärtiger Meinungsstand	298
I. Institutionsschutz als Zweck des Kartellgesetzes	298
1. Reiner Institutionsschutz	298

2. Individualschutz als Reflex des Institutionsschutzes	299
3. Unvereinbarkeit von Individualschutz und Institutionsschutz	299
4. Institutionsschutz als alleinige Aufgabe der Wettbewerbs- behörden	300
II. Individualschutz und Institutionsschutz als Zweck des Kartellgesetzes	300
B. Individualschutz und Institutionsschutz als Erscheinungsformen desselben Phänomens	301
I. Bestandsaufnahme	301
II. Begriffliche Klarstellungen	303
1. Institutionsschutz	303
2. Individualschutz und Institutionsschutz	303
3. Individualschutz	305
C. Ergebnis	307
§ 14 Zweck der kartellrechtlichen Bestimmungen	310
A. Rechtslage in der Schweiz	310
I. Grundlagen	310
II. Historische Entwicklung des Kartellrechts	311
III. Verfassungsrechtliche Grundlagen	313
1. Schutz der individuellen Wirtschaftsfreiheit	313
2. Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten	314
3. Verhinderung von volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen	314
IV. Gesetzliche Grundlagen	316
1. Förderung des Wettbewerbs im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung	316
2. Materiellrechtliche Neuerungen der Kartellgesetz- revision 2003	316
3. Botschaft 1994	317
V. Ergebnis	318
B. Rechtslage in der Europäischen Union	319
I. Aufgaben und Ziele des EG-Vertrags	319
II. Aufgaben und Ziele nach dem Vertrag von Lissabon	321
III. Ergebnis	323
Zusammenfassung	323

ZWEITES KAPITEL: Die einzelnen Tatbestände des Kartellrechts .	325
§ 15 Unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG, Art. 81 EGV)..	327
A. Einführung und Überblick	327
B. Analyse von Wohlfahrtsauswirkungen	328
I. Der Begriff der Wettbewerbsabrede	328
1. Ökonomische Debatte	328
a) Grundlagen	328
b) Wohlfahrtsverluste durch Anknüpfung an Handlungsfreiheiten ...	329
c) Kritik	330
2. Juristische Beurteilung	332
a) Widerspruch zu den Vorschriften über unzulässige Wettbewerbsabreden	333
b) Wettbewerbsbeeinträchtigende und wettbewerbsintensivierende Abreden	336
II. Erheblichkeit	338
1. Ökonomische Debatte	338
a) Grundlagen	338
b) Das Konzept der Marktmacht	339
c) Kritik	340
2. Juristische Beurteilung	341
a) Rezeption des Marktmachtkonzepts	341
b) Definition der Erheblichkeit durch die Bekanntmachung	344
c) Vereinbarkeit mit der Gesetzssystematik	345
d) Vereinbarkeit mit dem Gesetzeszweck	348
III. Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz	350
1. Ökonomische Debatte	350
a) Grundlagen	350
b) Wohlfahrtsökonomische Interpretation der Freistellungsgründe ...	351
c) Kritik	354
2. Juristische Beurteilung	359
a) Zweckkonforme Auslegung der Freistellungsvoraussetzungen	359
b) Zur Frage der Beweislast	361
C. Beurteilung von Kernbeschränkungen	365
I. Ökonomische Debatte	365
1. Grundlagen	365
2. Wohlfahrtsverluste durch Untersagung von Kernbeschränkungen	366
3. Kritik	370
II. Juristische Beurteilung	373
1. Rechtslage in der Schweiz	373

a) Grundlagen	373
b) Rezeption der ökonomischen Debatte im Buchpreisbindungsfall ...	374
aa) Sachverhalt und Beurteilung des Bundesgerichts	374
bb) Kritik am Urteil des Bundesgerichts	376
c) Beurteilung nach geltender Rechtslage	378
aa) Klarstellung der gesetzlichen Wertung in Art. 5 Abs. 4 KG	378
bb) Klarstellung durch die revidierte Vertikalbekanntmachung ...	379
cc) Schutz des Intra-Brandwettbewerbs	383
aaa) Institutionelle Bedeutung	383
bbb) Individualrechtliche Bedeutung	384
ccc) Abwägung von Handlungsfreiheiten	387
dd) Massgeblichkeit des gesetzlichen Wertentscheids	389
2. Rechtslage in der Europäischen Union	390
a) Grundlagen	390
b) Der Fall Syfait/GlaxoSmithKline	391
c) Kritik	393
aa) Beschränkung des Preiswettbewerbs	393
bb) Beeinträchtigung der Innovation	394
cc) Folgen für die wirtschaftliche Wohlfahrt	396
dd) Widerspruch zur gesetzlichen Wertung	398
§ 16 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG, Art. 82 EGV)	399
A. Einführung und Überblick	399
B. Marktbeherrschung	400
I. Marktbestimmung	400
1. Ökonomische Debatte	400
a) Grundlagen	400
b) Ökonomische Marktbestimmung	402
aa) Systemmarkttheorie	402
bb) Spiegelbildtheorie	405
cc) Bestimmung der Marktgegenseite	406
c) Kritik	406
aa) Systemmarkt- und Spiegelbildtheorie	406
bb) Bestimmung der Marktgegenseite	408
2. Juristische Beurteilung	410
a) Systemmarkttheorie	410
aa) Rechtslage in der Schweiz – Der Fall Minolta	410
aaa) Erwägungen der Wettbewerbskommission	410
bbb) Erwägungen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	412
ccc) Kritik	413
bb) Rechtslage in der Europäischen Union	414
cc) Rechtliche Beurteilung von Sekundärmärkten	415
aaa) Institutionelle Bedeutung des Wettbewerbs	415

bbb) Individualrechtliche Bedeutung des Wettbewerbs	417
ccc) Vermeidung von Nichtentscheiden	418
b) Spiegelbildtheorie	418
aa) Rechtslage in der Schweiz	418
bb) Rechtslage in der Europäischen Union	419
cc) Rechtliche Beurteilung von Nachfragemacht	419
c) Bestimmung der Marktgegenseite	421
3. Vornahme enger Marktabgrenzungen	422
II. Beherrschende Stellung	423
1. Ökonomische Debatte	423
a) Grundlagen	423
b) Beurteilung von Marktmacht in der Ökonomie	425
c) Kritik	425
2. Juristische Beurteilung	426
a) Rechtslage in der Schweiz	426
aa) Das Konzept der relativen Marktmacht	428
aaa) Allgemeines	428
bbb) Zur Kritik aus Sicht des „more economic approach“	429
(1) Der Beherrschungsgrad als Aufgreifkriterium	429
(2) Schutzwürdigkeit wirtschaftlich abhängiger Unternehmen	431
ccc) Kriterien zur Beurteilung relativer Marktmacht	432
(1) „Marktstrukturell“ bedingte Abhängigkeiten	432
(2) Fehlen von ausreichenden oder zumutbaren Ausweichmöglichkeiten	435
(3) Sortiments- und unternehmensbedingte Abhängigkeit	437
(4) Fallgruppen relativer Abhängigkeit	439
ddd) Vermeidung von Struktur- und Sozialschutz	440
(1) Problemstellung	440
(2) Erfassung individueller Abhängigkeiten	442
(3) Ausschluss selbstverschuldeter Abhängigkeiten	444
eee) Angebots- und Nachfragemacht	447
bb) Übertragende Marktstellung	448
b) Rechtslage in der Europäischen Union	449
3. Weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals der beherrschenden Stellung	452
C. Missbrauch	452
I. Allgemeine Beurteilungskriterien	452
1. Ökonomische Debatte	452
a) Grundlagen	452
b) Beurteilung von Wohlfahrtsauswirkungen	453
aa) Schutz der Konsumentenwohlfaht	453
bb) Referenzmassstab des „ebenso effizienten Wettbewerbers“	455
cc) Effizienzeinwand	456

a) Kritik	456
aa) Schutz der Konsumentenwohlfahrt	456
bb) Referenzmasstab des „ebenso effizienten Wettbewerbers“	458
cc) Effizienzeinwand	461
2. Juristische Beurteilung	462
a) Unvereinbarkeit mit den Missbrauchsvorschriften	462
b) „Selektive Geltung“ der Wettbewerbsfreiheit?	466
II. Beurteilung einzelner Praktiken	467
1. Allgemeines	467
2. Einzelne Fallgruppen	469
a) Kampfpreisstrategien	469
aa) Beurteilung nach dem „more economic approach“	469
bb) Kritik	470
b) Geschäftsverweigerungen	472
aa) Beurteilung nach dem „more economic approach“	472
bb) Kritik	473
3. Weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals des Missbrauchs ..	476
§ 17 Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 9–11 KG, FKVO)	478
A. Einführung und Überblick	478
B. Marktbeherrschungs- und SIEC-Test	479
I. Ökonomische Debatte	479
1. Grundlagen	479
2. Kollektive Marktbeherrschung und nicht-koordinierte Effekte	480
a) Kollektive Marktbeherrschung	480
b) Koordinierte und nicht-koordinierte Effekte	482
3. Fortentwicklung der traditionellen Wettbewerbskonzeption ..	483
II. Juristische Beurteilung	484
1. Rechtslage in der Europäischen Union	484
a) Nicht-koordinierte Effekte vor und nach der Reform	484
b) Tragweite des materiellen Prüfungskriteriums	486
2. Rechtslage in der Schweiz	489
a) Marktbeherrschung	489
aa) Qualifizierte Marktbeherrschung des Art. 10 Abs. 2 KG	489
bb) Auswirkungen der Änderung von Art. 4 Abs. 2 KG auf die Zusammenschlusskontrolle	492
b) Nicht-koordinierte Effekte in der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle	495
aa) Unzulässigkeit der Erfassung nicht-koordinierter Effekte?	495
bb) Fortentwicklung der traditionellen Wettbewerbskonzeption ...	496

cc) Analytische Trennung koordinierter und nicht-koordinierter Effekte	497
dd) Fehlendes Erfordernis der Koordination im Gesetz	498
ee) Normzweckkonforme Auslegung	499
C. Berücksichtigung von Effizienzgewinnen	500
I. Ökonomische Debatte	500
1. Beurteilung von Wohlfahrtsauswirkungen	500
2. Kritik	501
a) Das Problem der Zukunftsprognose	501
b) Voraussetzungen für die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen ..	504
aa) Vorteile für die Verbraucher	504
bb) Fusionspezifische Effizienzvorteile	505
cc) Nachprüfbarkeit	507
II. Juristische Beurteilung	508
1. Verhältnis zu Art. 81 Abs. 3 EGV bzw. Art. 5 Abs. 2 KG	508
2. Fehlende Anknüpfungspunkte im geltenden Recht	510
a) Rechtslage in der Schweiz	510
b) Rechtslage in der Europäischen Union	512
Zusammenfassung und Erkenntnisse	513
§ 18 Verfahren in Wettbewerbssachen	515
A. Einführung und Überblick	515
B. Abgrenzung von zivil- und verwaltungsrechtlichem Verfahren nach dem „more economic approach“	516
I. Ausgangslage	516
II. Trennung von Individual- und Institutionsschutz	519
III. Kritik	520
1. Untrennbarkeit von Individual- und Institutionsschutz	521
2. Vermeidung widersprüchlicher Beurteilungen	522
3. Dezentralisierung der Kartellrechtsdurchsetzung	524
C. Abgrenzung von zivil- und verwaltungsrechtlichem Verfahren nach geltendem Recht	528
I. Verwaltungsrechtliches Verfahren	530
II. Zivilrechtliches Verfahren	531
D. Abgleichung von Zivil- und Verwaltungsverfahren	533

Schlussbemerkungen	536
A. Leistungsfähigkeit des „more economic approach“	537
B. Die Rolle der Ökonomie im Kartellrecht	537
C. Ökonomische Analysen im schweizerischen und europäischen Kartellrecht	538
Literaturverzeichnis	539
Personenregister	569
Sachregister	571