

Markus Raeder

Der Schutz des Lieferanten als Marktgegenseite im Kartellrecht



Nomos



Stämpfli Verlag

Münchener Schriften zum Europäischen und
Internationalen Kartellrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Josef Drexl LL.M. (UC Berkeley)

Direktor Max-Planck-Institut für Innovation und
Wettbewerb, München

Band 36

Markus Raeder

Der Schutz des Lieferanten als Marktgegenseite im Kartellrecht



Nomos



Stämpfli Verlag

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

Zugl.: München, LMU, Diss., 2016

ISBN 978-3-8487-3681-2 (Nomos Verlag, Print)

ISBN 978-3-8452-8033-2 (Nomos Verlag, ePDF)

ISBN 978-3-7272-2193-4 (Stämpfli Verlag AG, Print)

Die Bände 1–34 sind beim Stämpfli Verlag erschienen.

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München nahm die Arbeit im Sommersemester 2015 zur Promotion an. Literatur und Rechtsprechung befinden sich auf dem Stand Ende 2016.

Ein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Josef Drexl, der mir die gesamte Zeit über mit voller Unterstützung zur Seite stand. Er hatte die Idee für die Arbeit und hat ihr mit regelmäßigen Gesprächen und geduldfähigen Diskussionen zum Erfolg verholfen. Daneben hat er mir die Aufnahme in das Stipendienprogramm des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb ermöglicht. Damit war neben großzügigen monatlichen Zahlungen auch ein bestens ausgestatteter Arbeitsplatz im Herzen Münchens verbunden. Besonders schätze ich auch den beachtlichen Zuschuss zu den Druckkosten.

Ein weiterer Dank gebührt meinem damaligen Betreuer am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb Prof. Dr. Rupprecht Podszun. Für fachliche und andere Fragen hatte er immer ein offenes Ohr und auch eine praktische Antwort. Seine unabhängige Haltung ist Motivation genug, selbst und eigenständig zu denken.

Daneben danke ich Prof. Dr. Thomas Ackermann für die Erstellung des Zweitgutachtens und Prof. Dr. Reto Hilty für die Bereitschaft, die mündliche Prüfung mit abzunehmen.

Außerdem bedanke ich mich bei Prof. Dr. Gabriela von Wallenberg für die kritische Begleitung meiner juristischen Ausbildung und für regelmäßige Mahnungen, auch den Abschluss der Dissertation im Auge zu behalten.

Schließlich gilt mein Dank den Leserinnen und Lesern mit Blick für die Schwächen des Textes in der Korrekturphase: Mechtild Raeder, Dr. Stephan Raeder, Prof. Dr. Gabriela von Wallenberg, Dr. Roland Stürz und Dr. Eva-Marie König.

Die Dissertation ist dem Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb gewidmet.

München, Januar 2017

Dr. Markus Raeder

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis der englischsprachigen juristischen Zeitschriften	19
Einleitung	21
1. Kapitel: Defizite im Schutz des Lieferanten gegenüber dem Schutz des Verbrauchers	25
A) Defizite bei staatlicher Nachfrage	25
I. Klassischer Unternehmensbegriff	26
II. Einfluss der FENIN-Rechtsprechung auf den europäischen Unternehmensbegriff	28
1. Inhalt der FENIN-Rechtsprechung	28
2. Asymmetrische Beurteilung von Beschaffungs- und Angebotsmärkten	30
3. Auswirkungen des FENIN-Urteils auf den deutschen Unternehmensbegriff	30
a) Meinung 1: Der FENIN-Unternehmensbegriff ist ausnahmslos für das gesamte deutsche Kartellrecht zu übernehmen	31
b) Meinung 2: Der FENIN-Unternehmensbegriff hat auf das deutsche Recht keinen vollumfänglichen Einfluss.	31
(1) Unteransicht 1: Die deutsche Rechtsanwendung folgt weiterhin dem klassischen funktionalen Unternehmensbegriff.	32
(2) Unteransicht 2: Nur unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsklausel kann die deutsche Rechtsanwendung dem klassischen funktionalen Unternehmensbegriff folgen.	33
c) Keine Festlegung des BGH	33
d) Bundeskartellamt folgt klassischem deutschen Unternehmensbegriff	34

4. Diskussion anhand mehrerer Thesen	34
a) These 1: Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 verbietet nicht, dass das GWB auch für zwischenstaatliche Sachverhalte einem strengeren Unternehmensbegriff folgt	34
(1) Anwendungsbereich des Kartellverbots	35
i) Wörtliche Auslegung	36
ii) Systematische Auslegung	36
iii) Historische Auslegung	37
iv) Teleologische Auslegung	38
(2) Effet utile	40
(3) Praktische Erwägungen gegen einen unbestimmbar weiten Anwendungsvorrang	41
(4) Fazit	42
b) These 2: Hinsichtlich des Missbrauchsverbots steht das Unionsrecht einem strengeren nationalen Unternehmensbegriff nicht entgegen	42
c) These 3: Das GWB folgt in seinen §§ 1, 2 GWB auch unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsklausel dem Unionsrecht	42
d) These 4: Der nationale Gesetzgeber sieht einen einheitlichen Unternehmensbegriff im GWB vor	45
e) These 5: § 130 Abs. 1 GWB schafft keinen eigenständigen Unternehmensbegriff für öffentliche Nachfrager	50
III. Zwischenergebnis	51
B) Unzureichender Lieferantenschutz in den Horizontalleitlinien 2011	52
I. Begriff der Horizontalleitlinien	52
II. Beurteilung von Einkaufskooperationen nach der Stellung der Parteien auf den Verkaufsmärkten	54
III. Höhere Hürden für eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Einkauf als im Verkauf	55
IV. 15 %-Schwelle des Marktanteils für wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen	59
V. Zwischenergebnis	64

C) Unzulänglichkeiten des Lieferantenschutzes im Diskussions- und im Prioritätenpapier	64
I. Bedeutung des Diskussions- und des Prioritätenpapiers	65
II. Schutzzweckverschiebung in Richtung Konsumentenwohlfahrt	67
1. Unklare Positionierung der Kommission zum Schutzzweck	68
2. Zusammenhang der Mitteilungen mit dem more economic approach	70
3. Bindungswirkung der beiden Kommissionspapiere	72
4. Förderung eines Schutzzwecks der Konsumentenwohlfahrt auch in den übrigen Tatbeständen durch die Kommission	74
5. Betonung des Schutzes der Marktstruktur und des Wettbewerbs durch den EuGH	76
III. Zusätzliches Tatbestandsmerkmal des Verbrauchernachteils im Missbrauchsverbot	77
1. „Wettbewerbswidrige Marktverschließung“	77
2. Grundlage dieser zusätzlichen Tatbestandsvoraussetzung	78
3. EuG bestätigt Kommission in GlaxoSmithKline	79
4. Verbindung von Wettbewerbsprozess und Konsumentenwohlfahrt in der EuGH-Rechtsprechung	80
5. Auswirkungen des Verbrauchernachteils auf vorgelagerte Anbieter	83
IV. Rechtfertigung lieferantenschädigender Verhaltensweisen mit Effizienzgewinnen	83
V. Zwischenergebnis	84
D) Nachfragemacht in den USA	85
I. Nachfragerelevante Strukturen des Antitrust Law	85
1. Sec. 1 Sherman Act (Kartellverbot)	86
2. Sec. 2 Sherman Act (Monopolisierungsverbot)	87
3. Einschränkung des Sherman Act durch die rule of reason	88
a) Rule of reason	88
b) Per se rule	89
4. Clayton Act	90

II. Consumer welfare als Schutzzweck des Kartellrechts	91
1. Historische Entwicklung der Schutzzweckdiskussion	92
2. Bedeutung des consumer harm bei Wettbewerbsbeschränkungen auf Beschaffungsmärkten	95
3. Consumer welfare als prozesserhaltendes Schutzkonzept auf Beschaffungsmärkten	97
III. Übersicht zur Rechtsprechung auf Beschaffungsmärkten	101
1. Anwendung des Sec. 1 Sherman Act bei nachfragerrelevantem Verhalten	101
2. Anwendung des Sec. 2 Sherman Act bei nachfragerrelevantem Verhalten	105
3. Anwendung des Clayton Acts bei nachfragerrelevanten Zusammenschlüssen	108
4. Zwischenergebnis	110
2. Kapitel: Ökonomische Auswirkungen von Nachfragemacht	111
A) Einleitung	111
B) Monopsonmodell	112
I. Allgemeine Darstellung	113
1. Prämissen des Monopsonmodells	113
a) Anonymer Tausch	113
b) Steigende Angebots-/Grenzkostenkurve	114
c) Elastizität des Angebots	115
2. Vergleich von Monopson und Monopol	117
3. Beispielhaftes Monopson im US-amerikanischen Profisport	118
II. Begriff der Monopsonmacht	120
III. Bestimmung von Monopsonmacht	121
IV. Auswirkungen von Nachfragemacht nach dem Monopsonmodell	123
1. Monopsonist und nachgelagerter Wettbewerb	124
a) Anwendungsbeispiele des Monopsonmodells in der Landwirtschaft	124
b) Der vorgelagerte Beschaffungsmarkt im Monopsonmodell	126
c) Der nachgelagerte Verkaufsmarkt im Monopsonmodell	127
d) Wohlfahrtswirkungen des Monopsonmodells	128

2. Monopsonist und nachgelagerter Monopolist	129
3. Bilaterales Monopol	130
a) Cournotsche Monopollösung	130
b) Cournotsche Monopsonlösung	131
c) „Ausbeutungslösung“	131
d) „Verhandlungslösung“	133
e) Zwischenergebnis	133
f) Wettbewerbspolitisches Fördern von countervailing power?	134
(1) Ökonomische Idee der countervailing power	134
(2) Countervailing power in der Praxis	138
i) Bundeskartellamt	138
ii) Bundesgerichtshof	140
iii) EU-Kommission	142
iv) EuGH	143
v) Stellungnahme zum wettbewerbspolitischen Fördern von Gegenmacht	143
4. Oligopson	145
a) Vergleich mit dem Oligopol	145
b) Spiegelbildliche Betrachtung des Oligopsons	147
5. Nachfragekartell	149
a) Funktionsweise eines Nachfragekartells	150
b) Exkurs: Das Nachfragekartell nach dem Modell der Verhandlungsmacht	151
c) Die ökonomischen Auswirkungen des Nachfragekartells	152
d) Kritik an den Horizontalleitlinien 2011 der Kommission	154
(1) Beurteilung von Einkaufskooperationen nach der Stellung der Parteien auf den Verkaufsmärkten	157
(2) Höhere Hürden für eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Einkauf als im Verkauf	159
(3) 15 %-Schwelle des Marktanteils für wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen	160

6. Nachfragemächtiges Unternehmen und Kritik an der FENIN-Rechtsprechung	163
a) Ökonomische Auswirkungen eines nachfragemächtigen Unternehmens	163
b) Kritik an FENIN-Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff	164
(1) Vergleich staatlicher Nachfrage mit dem Einkaufsverhalten der Endverbraucher	165
(2) Aus ökonomischer Sicht gefährdet ein Monopson nicht den Wettbewerb	173
c) Zwischenergebnis	178
C) Modell der Verhandlungsmacht	179
I. Allgemeine Darstellung	179
1. Vergleich mit dem Monopsonmodell	179
2. Grundlagen des Modells der Verhandlungsmacht in der marktwirtschaftlichen Realität.	179
3. Definition von Verhandlungsmacht	181
4. Ermittlung von Verhandlungsmacht	183
a) Marktanteil	184
(1) Absolute Größe des Nachfragers	185
(2) Anteil des Nachfragers an einem spezifischen Absatzmarkt	187
(3) Relativer Anteil des Nachfragers am gesamten Absatzvolumen eines Lieferanten	188
b) Absatzalternativen	190
c) Drohpotential	190
d) Sonstiges	191
II. Auswirkungen	192
1. Allokative Effizienz	192
a) Niedrige Grenzkosten	194
b) Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt	194
c) Spiraleffekt	195
d) Wasserbetteffekt	197
e) Zwischenergebnis	201
f) Stellungnahme zu gesellschaftlichen Kosten von Nachfragemacht	202
2. Produktive Effizienz	203

3. Dynamische Effizienz	204
a) Begriff der dynamischen Effizienz	204
b) Positive Auswirkungen auf dynamische Wettbewerbsparameter	204
c) Negative Auswirkungen auf dynamische Wettbewerbsparameter	207
(1) Produktvielfalt	207
(2) Qualität	208
d) Plädoyer für den Schutz des Wettbewerbsprozesses	211
D) Zusammenfassung des ökonomischen Teils	214
3. Kapitel: Normative Wertungen des Kartellrechts	217
A) Kartellrechtlicher Schutz des Nachfragewettbewerbs	218
I. Bedeutung von Nachfragewettbewerb	218
II. Nachfragewettbewerb als Schutzzweck des Kartellrechts	218
III. Eigenständiger Schutz des Nachfragewettbewerbs	220
1. Zweifelhafte Existenz eines Nachfragewettbewerbs	221
2. Fikentschers Streben nach Wirtschaftserfolg	222
3. Spiegelbildlicher Schutz des Nachfragewettbewerbs zum Angebotswettbewerb	223
4. Exkurs zu FENIN	225
B) Schutz des Wettbewerbsprozesses	228
I. Zunächst Schutz eines Systems Wettbewerb	229
1. Europa	229
a) Übergreifender Schutzzweck der Wettbewerbsregeln	229
b) Art. 101 AEUV – Kartellverbot	232
c) Art. 102 AEUV – Missbrauchskontrolle	233
d) Verschiebung des Schutzzwecks des Missbrauchsverbots in Richtung Verbraucherwohlfahrt	233
e) Fusionskontrolle	235
2. Deutschland	236
a) § 1 GWB – Kartellverbot	238
b) §§ 18 ff. GWB – Missbrauchskontrolle	240
c) §§ 35 ff. GWB – Zusammenschlusskontrolle	241

II. Verhältnis des Wettbewerbsprozesses zur Wettbewerbsfreiheit	242
1. Begriff der Wettbewerbsfreiheit	242
2. Bedeutung von „Schutz der Wettbewerbsfreiheit“	243
3. Schwächen des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit	244
4. Prozessschützendes Verständnis als umfassendes Schutzkonzept	246
III. Verhältnis des Wettbewerbsprozesses zu den übrigen Zielen des Wettbewerbsrechts – Mittel zum Zweck	249
IV. Bedeutung des Wettbewerbsprozesses – Schutz seiner Funktionsbedingungen	254
1. Bedeutung der Wettbewerbsfreiheit für den Marktprozess	255
2. Der umfassende Schutz des Wettbewerbs	256
3. Funktionsbedingungen im Einzelnen	257
V. Zwischenergebnis	260
C) Wohlfahrtsförderung als kartellrechtlicher Schutzzweck – das „Ob“	261
I. Einleitung	261
II. Effizienz als Schutzzweck im europäischen Recht	263
1. Normative Anlage von Wohlfahrtsförderung in den allgemeinen Normen	263
2. Wohlfahrtsförderung in den kartellrechtlichen Normen	264
a) Art. 101 AEUV	264
b) Art. 102 AEUV	267
c) Fusionskontrolle	272
III. Effizienz als Schutzzweck im deutschen Recht	273
IV. Zwischenergebnis	275
D) Maßstab der Wohlfahrtsförderung – das „Wie“	276
I. Ökonomischer Begriff der Effizienz	276
II. Maßstab der Wohlfahrtsförderung: Gesamt- oder Konsumentenwohlfahrt?	277
1. Gesamtwohlfahrt	278
2. Konsumentenwohlfahrt	279
III. Argumente für Gesamtwohlfahrt	279
1. Konsumentenwohlfahrtsstandard kann zu Effizienzverlusten führen	279

2. Maßstab der Konsumentenwohlfaht erhöht die Gefahr von false negatives	280
3. Auch Konsumenten sind über Unternehmensbeteiligungen an den Gewinnen der Produzenten beteiligt	282
a) Argument	282
b) Stellungnahme	282
4. Weiterreichen der Unternehmensgewinne an die Konsumenten steht langfristigen Verbraucherinteressen entgegen.	283
a) Argument	283
b) Stellungnahme	284
IV. Argumente für Konsumentenwohlfaht	285
1. Geringes Bewusstsein der Konsumenten, durch kartellrechtswidriges Verhalten einen Schaden zu erleiden.	285
a) Argument	285
b) Stellungnahme	286
2. Vereinfachte Beurteilung von Zusammenschlüssen in der Praxis	287
3. Konsumentenwohlfaht gewährleistet, dass Effizienzgewinne tatsächlich an nachgelagerte Marktstufen weitergegeben werden	288
a) Argument	288
b) Stellungnahme	288
V. Zwischenergebnis	289
4. Kapitel: Schutz der Marktgegenseite	291
A) Wortlaut	292
I. Die Ziele der Union ohne Aussage über einen Wohlfahtsstandard	292
II. Art. 101 AEUV: Wohlfaht der „Verbraucher“	292
III. Missbrauchsverbot: objektive Rechtfertigungsmöglichkeit durch Effizienzvorteile	293
IV. Fusionskontrolle: Berücksichtigung von Effizienzen in vor- und nachgelagerter Richtung	294
V. Deutsches Kartellrecht folgt der normativen Entscheidung des europäischen Rechts	295

VI. Stellungnahme	297
B) „Verbraucher“ in Art. 101 Abs. 3 AEUV	297
I. Auslegung von „Verbraucher“ als unbestimmter Rechtsbegriff	297
II. Wörtliche Auslegung von „Verbraucher“ ohne eindeutigen Begriff	298
III. Historische Auslegung des Unionsrecht mangels Materialien nicht möglich	300
IV. Teleologische Auslegung	301
V. Kartellrecht als Verbraucherschutzrecht	302
VI. Argumentation für einen Verbraucherbegriff der Marktgegenseite	305
1. Ausgleichsfunktion der Effizienzeinrede	306
2. Symmetrischer Schutz von Angebots- und Nachfragemärkten	307
3. Verbraucher als jeder Dritter	308
4. Verbraucher als Marktgegenseite als Maßstab für Wettbewerbswirkungen	309
5. Consumer in der US-amerikanischen Schutzzweckdiskussion	311
VII. Verbraucherbegriff der herrschenden Meinung in Deutschland und Europa	314
1. Verbraucher als Abnehmer	314
2. Stellungnahme	315
VIII. Zwischenergebnis	316
C) Wohlfahrt erfasst Auswahl und Vielfalt	317
I. Unzulänglichkeiten des ökonomischen Effizienzbegriffs	317
1. Widerspruch der Effizienz zur kartellrechtlich intendierten Umverteilung	318
2. Vernachlässigung immaterieller und dynamischer Parameter	319
3. Ökonomische Effizienz als Partialmarktanalyse	320
4. Wohlfahrtsbegriff in den USA	320
5. Stellungnahme zu einem normativen Effizienzbegriff	325
II. Auswahl und Vielfalt als dynamischer Effizienzwert	326
1. Auswahl und Vielfalt als Rahmenbedingungen für Innovationen	326

2. Auswahl und Vielfalt als Bestandteil von Qualität	329
a) Begriff der Qualität	330
b) Auswahl und Vielfalt als Merkmal von Qualität	330
c) Qualität als Teil der dynamischen Effizienz	332
3. Stellungnahme	333
III. Auswahl und Vielfalt als Teil der Effizienz in der kartellrechtlichen Praxis	333
IV. Stellungnahme zu einer Effizienzeinrede innerhalb des § 19 GWB	339
V. Zwischenergebnis	339
 Schluss	 340
 Literaturverzeichnis	 345

Abkürzungsverzeichnis der englischsprachigen juristischen Zeitschriften

Antitrust Law Journal	Antitrust L. J.
Boston College Law Review	Boston Coll. L. Rev.
Business Review	Business Rev.
Columbia Business Law Review	Colum. Bus. L. Rev.
Connecticut Law Review	Conn. L. Rev.
Cornell Law Review	Cornell L. Rev.
European Competition Law Review	ECLR
European Review of Contract Law	ERCL
Georgetown Law Journal	Geo. L. Rev.
Hastings Law Journal	Hastings L. J.
Notre Dame Law Review	Notre Dame L. Rev.
The Antitrust Bulletin	Antitrust Bull.
University of Pennsylvania Law Review	U. Pa. L. Rev.
World Competition Law and Economic Review	World Competition

Einleitung

Dioxin, Listerien und Salmonellen – die Liste der Lebensmittelskandale der letzten Jahre ist lang. Die Nachfragemacht des Lebensmittelhandels und einzelner Hersteller sowie die Gier der Verbraucher nach billigen Preisen schaffen Rahmenbedingungen dafür, dass Erzeuger und Lieferanten versuchen müssen, immer weitere Einsparungspotentiale zu erschließen. Im Einzelfall ist jeweils ein individuelles Fehlverhalten zu verurteilen, aber der Druck auf vorgelagerte Handelsstufen, trotz steigender Personal-, Energie- und meist auch Rohstoffpreise Kostensenkungen zu erzielen, sucht ein Ventil. Dieses Ventil, um den Kostendruck abzulassen, kann entweder im Verlassen des Marktes, in (betrügerisch) minderwertigen Zutaten oder in wettbewerbswidrigen Absprachen mit anderen Zulieferern liegen, um gemeinsam gegenüber dem Lebensmittelhandel Preiserhöhungen durchzusetzen.

Der Nahrungsmittelsektor ist nicht die einzige Branche, in der Lieferanten mächtigen Nachfragern gegenüberstehen. Auch Zulieferer der Autohersteller haben häufig keine andere Wahl, als mit ein oder zwei der großen Herstellerkonzerne ins Geschäft zu kommen. Wie kooperativ oder drangsalierend sich die Geschäfte gestalten, steht im Belieben der nachfragenden Autokonzerne, nicht der Zulieferer. So hat beispielsweise *BMW* den Vorteil innovativer Lieferanten erkannt:¹

Qualität statt Kosten: Der Münchner Autokonzern will nicht länger die Preise drücken. Von seinen Lieferanten erwartet der Einkaufsvorstand [...] hohe Qualität und mehr Innovationen.

Nachdem der Konzern in den vergangenen Jahren Einsparungen bei seinen Zulieferern von mehr als vier Milliarden Euro erzielt hatte, setzte der Einkaufsvorstand auf ein kooperatives und ausbalanciertes Verhältnis von „Kosten, Flexibilität, Qualität und Innovationskraft.“² Dies sind die Parameter, die auch in der ökonomischen Analyse einer Wettbewerbsbeziehung wichtig werden.

1 Frankfurter Allgemeine Zeitung, 27.12.2012, S. 16.

2 Frankfurter Allgemeine Zeitung, 27.12.2012, S. 16.

Innerhalb dieses knapp skizzierten Szenarios der Zulieferindustrie beschränkt sich die Arbeit auf kartellrechtlich relevantes Verhalten von Nachfragern. Sei es, dass Molkereien den Beschaffungsmarkt für Rohmilch untereinander aufteilen, um die Milchbauern von sich abhängig zu machen. Sei es, dass sie ihre nachfragebeherrschende Stellung dazu ausnutzen, die Lieferanten nur verzögert zu bezahlen, oder durch eine Fusion den Milchbauern Liefermöglichkeiten genommen werden. Für jeden kartellrechtlichen Tatbestand stellt sich die Frage, ob er bezweckt, vorgelagerte Lieferanten zu schützen.

Ein Blick auf die Normen des Kartellrechts lässt an der Problemstellung zweifeln. Stellt sich überhaupt die Frage, ob das Kartellrecht den Lieferanten nicht oder nur unzureichend schützt? Sowohl die europäischen Normen als auch die deutschen und die US-amerikanischen sind offen formuliert. So spricht Art. 101 AEUV von der „Festsetzung der An- oder Verkaufspreise“, einer „Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen“ und von „Handelspartnern“. Ebenso ist Art. 102 AEUV auf Beschaffungs- und Verkaufsmärkte hin formuliert, da er von „unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen“ spricht. Am deutlichsten auf einen Schutz von Lieferanten bezogen ist womöglich die Fusionskontrolle. Sie beurteilt in Art. 2 FKVO Zusammenschlüsse u. a. nach den „Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, ihrem Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten“ oder der „Entwicklung des Angebots und der Nachfrage.“ Ebenso lässt sich auch das GWB nicht als rein abnehmerorientiert verstehen. In § 19 Abs. 2 GWB spricht es von einem Missbrauch „als Anbieter oder Nachfrager.“ Auch hält es in § 19 Abs. 1 GWB einen Tatbestand bereit, der Lieferanten vor Nachfragern schützt, die selbst nicht marktbeherrschend sind, von denen sie aber dennoch abhängig sein können.

Das Gesetz ist also ausdrücklich offen auf den Schutz aller Marktbeteiligten hin formuliert. Dennoch gibt es Fallgruppen in der europäischen Rechtspraxis, die sich auch im nationalen Recht bemerkbar machen, in denen der Anbieter nicht symmetrisch zu einem Nachfrager geschützt wird. Mit anderen Worten wird in diesen Fallgruppen der Verbraucher intensiver als der Lieferant geschützt.

Diese europäische Tendenz, einen vermeintlichen Verbraucherschutz auf Kosten vorgelagerter Marktbeteiligter zu etablieren, wirkt sich auf das deutsche Recht aus. An sich folgen das deutsche und europäische Recht dem gleichen Ansatz, den Wettbewerb als ergebnisoffenen Prozess zu ver-

stehen und in alle Richtungen zu schützen.³ Das deutsche Recht passt sich zunehmend dem europäischen Kartellrecht an. Insbesondere seit der 7. Novelle verfolgt das GWB das Ziel, lokale und grenzüberschreitende Sachverhalte nicht unterschiedlich zu behandeln.⁴ Vielmehr sollen sich die nationalen Gerichte und Behörden an der europäischen Auslegungspraxis der Kommission und der europäischen Gerichte orientieren.⁵ Mit der 8. GWB-Novelle erfolgte insbesondere für die Fusionskontrolle eine weitere Annäherung an das europäische Recht, um Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene gleichlaufend beurteilen zu können.⁶ Insofern sind die Fallgruppen des europäischen Rechts weitestgehend auch für das nationale Kartellrecht relevant.

Die Arbeit stellt im ersten Kapitel zunächst diese drei Fallgruppen dar, diskutiert und bewertet sie sowie ihre Auswirkungen. Im zweiten Kapitel untersucht sie, ob mögliche positive ökonomische Auswirkungen von Nachfragemacht einen asymmetrischen Schutz von Lieferanten rechtfertigen können. Diese Frage ist weitestgehend zu verneinen. Im dritten Kapitel stellt sich die Frage, ob die Schutzzwecke des Wettbewerbsprozesses und der Konsumentenwohlfaht den Lieferanten erfassen. Im vierten Kapitel schließlich findet sich die Schlussfolgerung aus den normativen Erwägungen, dass der Schutz der Konsumentenwohlfaht als ein Schutz der Marktgegenseite zu verstehen ist. Immer wieder geht die Arbeit darauf ein, wie US-amerikanische Kartellrechtler Beschaffungsmärkte schützen. Ohne dabei in einem methodischen Sinne rechtsvergleichend zu sein, gibt der dort angewendete Schutz des *trading partners* wertvolle Impulse dafür, dass der Schutz der Konsumenten auch einen Schutz der Marktgegenseite bedeuten kann.

Die Arbeit kommt im Ergebnis dazu, dass das Kartellrecht einen Schutz der Marktgegenseite bezweckt. Argumentativ bedient sie sich der Perspek-

3 Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 13; EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82, ABl. 2009 Nr. C 45/7, Tz. 6.

4 Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640 vom 12.08.2004, S. 21; *Bechtold/Bosch*, GWB, 2015, § 1, Rn. 5; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Nordemann, Kartellrecht, 2016, Vorb. §§ 1 bis 3 GWB, Rn. 2.

5 Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640 vom 12.08.2004, S. 23.

6 Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852 vom 31.05.2012, S. 17.

Einleitung

tive vorgelagerter Anbieter, also der Lieferanten. Sie geht auf allgemein kartellrechtliche Fragestellungen nur insoweit ein, als sie für den Schutz des Lieferanten erheblich sind. Der Fokus der Themenstellung liegt also nicht auf generellen Schutzzweckerwägungen, sondern auf dem Schutz der Lieferanten. Dennoch lässt sich das Ergebnis – das Kartellrecht bezweckt einen Schutz der Marktgegenseite – auf das gesamte Kartellrecht übertragen.

1. Kapitel: Defizite im Schutz des Lieferanten gegenüber dem Schutz des Verbrauchers

A) Defizite bei staatlicher Nachfrage

Das europäische Kartellrecht stellt den Lieferanten gegenüber staatlicher Nachfrage teilweise schutzlos. Anbieter sind gegenüber staatlicher Beschaffungstätigkeit nur dann kartellrechtlich geschützt, wenn die Einrichtungen die Waren wirtschaftlich weiterverwerten. Allein unter dieser Voraussetzung erfüllen staatliche Beschaffer den europäischen Unternehmensbegriff, der auf das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen abstellt. Nach gefestigter Rechtsprechung der europäischen Gerichte stellt die staatliche Beschaffung für sich noch kein unternehmerisches Handeln dar.⁷ Insofern greift Unionskartellrecht nicht ein. Aus Lieferantenperspektive macht es jedoch keinen Unterschied, ob er gegenüber privaten oder staatlichen Nachfragern anbietet. Der europäische Unternehmensbegriff führt dazu, dass das Verhalten staatlicher Nachfrager unter Umständen nicht dem Kartellrecht unterliegt. Staatliche Anbieter einer wirtschaftlichen Leistung handeln hingegen ohne Weiteres unternehmerisch.

Die deutsche Kartellrechtspraxis ist unentschieden, ob sie dem Weg des EuGH folgen soll oder einen eigenständigen nationalen Unternehmensbegriff prägt, der auch den staatlichen Einkauf als ein unternehmerisches Verhalten qualifiziert.

⁷ EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 25); ebenso die Vorinstanz EuG, Urteil vom 04.03.2003, Rs. T-319/99, *FENIN*, Slg. 2003, II-357 (Tz. 40); bestätigt durch EuGH, Urteil vom 26.03.2009, Rs. C-113/07, *Selex Sistemi Integrati*, Slg. 2009, I-2207.

I. Klassischer Unternehmensbegriff

Die europäische und auch deutsche Rechtsanwendung folgen einem funktionalen Unternehmensbegriff.⁸ Dessen zentrales Merkmal ist die wirtschaftliche Betätigung.⁹ Demzufolge ist ein Unternehmen „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.“¹⁰ Die deutsche Rechtsanwendung definiert das Unternehmen als „jede selbständige Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr, die auf den Austausch von Waren oder gewerblichen Leistungen gerichtet ist und sich nicht auf die Deckung des privaten Lebensbedarfs beschränkt.“¹¹

Die wirtschaftliche Betätigung ist weit auszulegen und von privaten Endverbrauchern und Arbeitnehmern abzugrenzen. Demnach handeln auch die Träger hoheitlicher Gewalt unternehmerisch, sobald sie sich wirtschaftlich betätigen.¹²

Es spielte bis zur *FENIN*-Entscheidung des EuGH im Jahr 2006¹³ insbesondere keine Rolle, ob sich die Beschaffung auf Gegenstände richtete, die in unmittelbarem Zusammenhang mit einer hoheitlichen Tätigkeit standen, die staatliche Nachfrager verbrauchten oder wirtschaftlich verwendeten. Daher bezeichnet die Arbeit den Unternehmensbegriff bis zur *FENIN*-Rechtsprechung als den klassischen. Es genügte, wenn die Institution zum Zwecke des marktwirtschaftlichen Leistungsaustausches auf dem Markt als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen er-

8 Vgl. zum funktionalen Unternehmensbegriff in Abgrenzung zu einem institutionellen Unternehmensbegriff *Emmerich*, Kartellrecht, 2014, § 3, Rn. 24; *Immenga/Mestmäcker/Zimmer*, GWB, 2014, § 1, Rn. 23.

9 *Emmerich*, Kartellrecht, 2014, § 3, Rn. 24.

10 EuGH, Urteil vom 16.03.2004, Rs. C-264/01, *AOK Bundesverband*, Slg. 2004, I-2493 (Tz. 46); EuGH, Urteil vom 22.01.2002, Rs. C-218/00, *Cisal*, Slg. 2002, I-691 (Tz. 22); EuGH, Urteil vom 23.04.1991, Rs. C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg. 1991, I-1979 (Tz. 21).

11 BGH, Beschluss vom 16.01.2008, Az. KVR 26/07, BGHZ 175, 333, 337 – *Kreis-krankenhaus Bad Neustadt*; BGH, Beschluss vom 09.03.1999, Az. KVR 20/97, WRP 1999, 665, 668 – *Lottospielgemeinschaft*.

12 BGH, Urteil vom 12.11.2002, Az. KZR 11/01, BGHZ 152, 347, 351 – *Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge*.

13 EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295.

schien.¹⁴ Denn sobald ein Träger hoheitlicher Gewalt sich privatwirtschaftlicher Mittel bediente, hat er sich nach den gleichen rechtlichen Anforderungen wie jedes andere privatrechtliche Subjekt zu richten – in Angebot und Nachfrage.¹⁵ Daher unterlag die staatliche Beschaffungstätigkeit dem Wettbewerbsrecht unabhängig von einer späteren Verwendung der Güter.¹⁶ Nur bei einem schlicht hoheitlichen Handeln fand das Wettbewerbsrecht keine Anwendung.

Beispielsweise organisierten sich 1995 mehrere niedersächsische Kommunen, um Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge im Wege einer Sammelbestellung zu erwerben.¹⁷ Der Einkauf der Feuerwehrautos war privatwirtschaftlich organisiert.¹⁸ Die Fahrzeuge sollten anschließend hoheitlich zur Brandbekämpfung verwendet werden und keiner wirtschaftlichen Verwertung unterliegen. Ein Handelsunternehmen wandte sich gegen diese Praxis mit dem Argument, diese gebündelte Nachfrage stelle ein verbotenes Einkaufskartell dar. Der BGH entschied, dass das Kartellrecht auf staatliche Beschaffungstätigkeit anwendbar sei, da auch Träger hoheitlicher Gewalt im privatrechtlichen Verkehr als Unternehmen handelten.¹⁹ Im Ergebnis hatte die Unterlassungsklage des Handelsunternehmens zwar keinen Erfolg, da der BGH die Freistellung des § 4 Abs. 2 GWB a. F. für Mittelstandskartelle anwendete. Diese Entscheidung verdeutlicht aber, dass das Kartellrecht wirtschaftliche Marktprozesse dort schützt, wo sie sich ereignen, unabhängig von Beschaffungs- oder Verkaufsmärkten, unabhängig von einem Anbieter- oder Nachfragerkartell.

Bis zur *FENIN*-Entscheidung im Jahr 2006 durch den EuGH gab es zwischen dem deutschen und europäischen Unternehmensbegriff keine

14 BGH, Beschluss vom 16.12.1976, Az. KVR 5/75, WRP 1977, 480, 481 f. – *Architektenkammer*; BGH, Urteil vom 23.10.1979, Az. KZR 22/78, GRUR 1980, 249, 250 – *Berliner Musikschule*.

15 BGH, Urteil vom 12.11.2002, Az. KZR 11/01, BGHZ 152, 347, 352 – *Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge*.

16 Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 15; BGH, Beschluss vom 09.03.1999, Az. KVR 20/97, WRP 1999, 665, 668 – *Lottospielgemeinschaft*.

17 BGH, Urteil vom 12.11.2002, Az. KZR 11/01, BGHZ 152, 347 – *Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge*.

18 BGH, Urteil vom 12.11.2002, Az. KZR 11/01, BGHZ 152, 347 (Rn. 1) – *Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge*.

19 BGH, Urteil vom 12.11.2002, Az. KZR 11/01, BGHZ 152, 347 – *Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge*.

Unterschiede.²⁰ Erst in diesem Urteil legte der EuGH an das Merkmal der wirtschaftlichen Tätigkeit einen neuen Maßstab an.

II. Einfluss der FENIN-Rechtsprechung auf den europäischen Unternehmensbegriff

1. Inhalt der FENIN-Rechtsprechung

Im *FENIN*-Urteil legte der EuGH dar, dass die Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand nur dann unternehmerisch erfolge, wenn auch die Verwendung der nachgefragten Produkte einer wirtschaftlichen und nicht einer hoheitlichen Tätigkeit zugeordnet werden könne.²¹ Eine wirtschaftliche Tätigkeit liege erst dann vor, wenn die Güter und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten würden. Eine unternehmerische Nachfragetätigkeit hänge demnach akzessorisch mit dem Anbieten von Waren oder Dienstleistungen zusammen.²²

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: *FENIN* war ein Verband der in Spanien tätigen Hersteller von Produkten für das Gesundheitswesen (vor allem von medizinischen Instrumenten für Krankenhäuser). Die Kunden waren in Höhe von 80 % des Umsatzes Einrichtungen des öffentlichen Gesundheitssystems. Diese Einrichtungen verzögerten ihre Zahlungsverpflichtungen um durchschnittlich 300 Tage. Dagegen erhob *FENIN* den Vorwurf, dass sie ihre marktbeherrschende Stellung nach ex-Art. 82 EG missbraucht hätten. *FENIN* habe als Lieferant keinen Druck auf die Abnehmer ausüben können, da diese über eine marktbeherrschende Stellung verfügt hätten.

Die Kommission hatte die Beschwerde von *FENIN* zurückgewiesen. Die nachfragenden staatlichen Einrichtungen des Gesundheitssystems seien keine Unternehmen. Daher finde das Kartellrecht keine Anwendung. Die Klage auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission wies das EuG ab.²³ Insbesondere bestätigte es, dass die das Gesundheitssystem

20 Langen/Bunte/Hengst, Europäisches Kartellrecht, 2014, Art. 101, Rn. 10; BGH, Beschluss vom 09.03.1999, Az. KVR 20/97, WRP 1999, 665, 668 – *Lottospielgemeinschaft*.

21 EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 25).

22 Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 14.

23 EuG, Urteil vom 04.03.2003, Rs. T-319/99, *FENIN*, Slg. 2003, II-357 (Tz. 40).

verwaltenden Einrichtungen nicht als Unternehmen bei *FENIN* eingekauft hätten. Der EuGH wies das Rechtsmittel zurück.²⁴

Im *Selex*-Urteil hielt der EuGH diese Rechtsprechung aufrecht.²⁵ Auch dort ließ sich der Kauf eines Erzeugnisses nicht von dessen späterer nicht-wirtschaftlicher Verwendung trennen. *Selex* (Lieferant) war auf dem Gebiet des Luftverkehrsmanagements tätig. Es beschwerte sich vor allem deswegen, weil die Europäische Organisation für Flugsicherung *Eurocontrol* (Nachfrager) Prototypen neuer Systeme und Ausrüstungen für das Luftverkehrsmanagement in intransparenter und diskriminierender Weise erwarb. Der EuGH entschied, dass *Eurocontrol* als internationale Organisation zwar dem Wettbewerbsrecht unterliege. Es übe aber keine wirtschaftliche Tätigkeit aus, da es Normen und Vorschriften zum Luftverkehrsmanagement ausarbeite. Diese Unterstützung der nationalen Verwaltungen, hoheitliche Befugnisse auszuüben, habe keinen wirtschaftlichen Charakter. *Eurocontrol* handele in Ausübung dieser Tätigkeit nicht als Unternehmen. Der EuGH bestätigte, dass der nichtwirtschaftliche Charakter der Tätigkeit der Normung den nichtwirtschaftlichen Charakter des Erwerbs der Prototypen impliziere.²⁶

Der EuGH statuierte verallgemeinernd,²⁷

dass der wirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit bestimmt.

Das europäische Kartellrecht zeigt also gegenüber dem deutschen Kartellrecht die Besonderheit, dass sein Anwendungsbereich die staatliche Beschaffungstätigkeit grundsätzlich ausnimmt. Diese erfolgt nur dann unternehmerisch, wenn die Produkte anschließend wirtschaftlich verwertet werden und nicht hoheitlich. Der europäische Unternehmensbegriff im Sinne der *FENIN*-Rechtsprechung ist also enger gefasst als der klassische deutsche.

24 EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295.

25 EuGH, Urteil vom 26.03.2009, Rs. C-113/07, *Selex Sistemi Integrati*, Slg. 2009, I-2207.

26 EuGH, Urteil vom 26.03.2009, Rs. C-113/07, *Selex Sistemi Integrati*, Slg. 2009, I-2207 (Tz. 86 ff.).

27 EuGH, Urteil vom 26.03.2009, Rs. C-113/07, *Selex Sistemi Integrati*, Slg. 2009, I-2207 (Tz. 102); ebenso bereits in EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 26).

2. Asymmetrische Beurteilung von Beschaffungs- und Angebotsmärkten

Die *FENIN*-Rechtsprechung beurteilt, wie eben gezeigt, identische Marktprozesse unterschiedlich. Für die Wettbewerbsposition des Lieferanten ist es unerheblich, ob er an ein wirtschaftlich nachfragendes Privatunternehmen oder an die wirtschaftlich nachfragende öffentliche Hand liefert. Der Marktprozess ist der gleiche, solange sich der Nachfrager für das wirtschaftlich vernünftigste Angebot entscheidet.

Die Rechtsprechung in *FENIN* beschränkt sich nicht nur auf die staatliche Beschaffungstätigkeit. Ihr Anwendungsbereich lässt sich grundsätzlich auf alle sozialen Nachfrager erweitern, die ihre Waren nicht wirtschaftlich weiterverwerten. Zu nennen wären etwa Kirchen, gemeinnützige Stiftungen und Krankenkassen. Ihre Beschaffung wäre nicht als unternehmerisch zu bezeichnen, obwohl sie selbst wirtschaftlich erfolgt. Allein dass diese Einrichtungen ihre Waren sozial verwerten, bedeutet nicht, dass sie an ihren Einkauf keine wirtschaftlichen Maßstäbe anlegen.

Daher begründet die *FENIN*-Rechtsprechung insofern einen asymmetrischen Schutz von Beschaffungsmärkten, dass ein bestimmter wirtschaftlicher Einkauf nicht unternehmerisch erfolgt. Überzeugender wäre es, eine wirtschaftliche Nachfrage stets als unternehmerisch zu bewerten und nicht akzessorisch mit einem weiterreichenden Verhalten zu verknüpfen.

3. Auswirkungen des *FENIN*-Urteils auf den deutschen Unternehmensbegriff

Die Folgen dieser EuGH-Rechtsprechung für die deutsche Kartellrechtspraxis sind bislang offen.²⁸ Es gibt mehrere Wege: Es kann entweder dem europäischen Unternehmensbegriff gefolgt oder dieser, soweit unionsrechtlich zulässig, abgelehnt und stattdessen ein eigenständiger nationaler Unternehmensbegriff geprägt werden. Es zeigt sich folgender Meinungsstand:

28 Ablehnung fand das *FENIN*-Urteil des EuGH bei Bundeskartellamt, Nachfrage macht im Kartellrecht, 2008, S. 15; Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 2, 2009, Art. 81, Rn. 45 f.; *Bornkamm*, in: FS *Hirsch*, 2008, S. 231, 236 ff.; *Roth*, in: FS *Bechtold*, 2006, S. 393, 401 ff. Zustimmung fand es bei MüKo/*Herrmann*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 997.

- a) Meinung 1: Der FENIN-Unternehmensbegriff ist ausnahmslos für das gesamte deutsche Kartellrecht zu übernehmen

Vertreter dieser Ansicht fordern, den Unternehmensbegriff des EuGH für das deutsche Kartellrecht zu übernehmen.²⁹ Der Grundsatz der parallelen Anwendbarkeit in Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 spreche für den Bereich des Kartellverbots in Art. 101 AEUV/§ 1 GWB ohnehin von einem Gleichlauf von nationalem und europäischem Recht. Damit solle in der Union nach Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 für das Kartellverbot ein *Level-Playing-Field* innerhalb Europas entstehen.³⁰

Auch für die Kontrolle einseitigen Verhaltens nach Art. 102 AEUV/§§ 18 ff. GWB sei der europäische Unternehmensbegriff zu übernehmen, um weiterhin mit einem einheitlichen kartellrechtlichen Unternehmensbegriff arbeiten zu können. Zwar gelte im Bereich der einseitigen Verhaltensweisen nicht der unbedingte Vorrang des Unionsrechts nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003. Die nationalen Behörden und Gerichte könnten also einen strengeren Unternehmensbegriff anwenden. Allerdings sei ein einheitlicher Unternehmensbegriff schon aus Gründen der Rechtssicherheit vorteilhaft.

- b) Meinung 2: Der FENIN-Unternehmensbegriff hat auf das deutsche Recht keinen vollumfänglichen Einfluss.

Diese Gegenansicht fordert, sich dem europäischen Unternehmensbegriff nicht anzuschließen. Es gibt innerhalb dieser Meinung zwei verschiedene Wege:

29 Langen/Bunte/Braun, Deutsches Kartellrecht, 11. Aufl. 2011, Anhang zu §§ 1, 2, Rn. 134 (in 12. Aufl. offener, vgl. Langen/Bunte/Braun, Deutsches Kartellrecht, 2014, Nach § 2, Rn. 148); Bechtold/Bosch, GWB, 2015, § 1, Rn. 9; Klees, EWS 2010, S. 1, 4 ff.; Bornkamm, in: FS Hirsch, 2008, S. 231, 238; Bechtold, NJW 2007, 3761, 3762, der jedoch verschiedene Unternehmensbegriffe innerhalb des GWB für möglich hält; angedeutet bei Dreher, WuW 2004, 471.

30 Langen/Bunte/Braun, Deutsches Kartellrecht, 2014, Nach § 2, Rn. 148; Langen/Bunte/Sura, Europäisches Kartellrecht, 2014, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 14; Bornkamm, in: FS Hirsch, 2008, S. 231, 238; EU-Kommission, Report on the functioning of Regulation 1/2003, 29.04.2009, Rn. 141, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2009:0574:FIN:EN:PDF> (zuletzt abgerufen am 15.02.2015).

(1) Unteransicht 1: Die deutsche Rechtsanwendung folgt weiterhin dem klassischen funktionalen Unternehmensbegriff.

Die einen verneinen für europarechtliche Nicht-Unternehmen generell die Anwendbarkeit des Europäischen Kartellrechts.³¹ Denn der Vorrang, den Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 statuiert, beziehe sich immer nur auf Unternehmen, d. h. Unternehmen im Sinne der *FENIN*-Rechtsprechung. Unternehmen außerhalb der *FENIN*-Rechtsprechung unterlägen folglich nicht europäischen Regelungen. Insoweit sei das GWB frei, solche Unternehmen in einer erweiterten Anwendung zu erfassen. Zumindest stehe diesem Ansatz Unionsrecht nicht entgegen. Denn wenn nationales Kartellrecht auch Nicht-Unternehmen im Sinne des Unionsrechts erfasse, könne Unionsrecht nicht beeinträchtigt sein. Schließlich gelte Art. 101 AEUV gerade nicht für solche „Unternehmen“.³²

Vertreter dieser Ansicht gehen davon aus, dass das Unionsrecht einen weiten deutschen Unternehmensbegriff für das Kartellverbot zulasse. In diesem Bereich wirke das GWB dann nicht mehr als Wettbewerbsrecht, sondern als „sonstige wirtschaftslenkende Maßnahme“, die eben nicht dem Vorrang des Unionswettbewerbsrechts unterliege.³³ Es sei der Unternehmensbegriff, der den Anwendungsbereich von Art. 101 AEUV und Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003 eröffne und begrenze. Die Begrenzung des unionsrechtlichen Anwendungsbereiches bedeute nicht, dass die einzelnen Mitgliedsstaaten keine darüber hinaus gehenden Verhaltensanforderungen für Nicht-Unternehmen treffen dürften. Außerhalb des europäischen Unternehmensbegriffs sei den Mitgliedsstaaten also eine abweichende Interpretation von § 1 GWB möglich.³⁴

31 Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1 GWB, Rn. 24, 56; Langen/Bunte/*Krauß*, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 1, Rn. 35; Langen/Bunte/*Nothdurft*, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 19, Rn. 63; Langen/Bunte/*Schneider*, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 22, Rn. 19; Langen/Bunte/*Stadler*, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 130, Rn. 26; *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793, 799; Immenga/Mestmäcker/*Fuchs*, GWB, 2014, § 2, Rn. 170; MüKo/*Bardong*, EuWettbR, 2015, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 54 ff.; *Scheffler*, EuZW 2006, 600, 602; angedeutete Erwägung bei *Eilmansberger*, ZWeR 2006, 64, 75.

32 *Rehbinder*, in: FS Immenga, 2004, S. 303, 310.

33 *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793, 799.

34 Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1 GWB, Rn. 24, 56; Langen/Bunte/*Krauß*, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 1, Rn. 35; Langen/Bunte/*Nothdurft*, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 19, Rn. 63; Langen/Bunte/*Schneider*, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 22, Rn. 19; Langen/Bunte/*Stadler*, Deutsches Kar-

Die stets propagierte parallele Anwendbarkeit und der Gleichlauf von nationalem und europäischem Kartellverbot sind dieser Ansicht nach nur mehr eine Faustformel und mit einem „grundsätzlich“ zu versehen.

Für einseitiges Verhalten sei ein Festhalten am bisherigen nationalen Unternehmensbegriff ohnehin rechtlich unproblematisch.³⁵

- (2) Unteransicht 2: Nur unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsklausel kann die deutsche Rechtsanwendung dem klassischen funktionalen Unternehmensbegriff folgen.

Die anderen Stimmen erkennen für alle Unternehmen, ob im europäischen oder nationalen Sinne, den Vorrang des Europarechts an. Sie vertreten, den *FENIN*-Unternehmensbegriff bei allen zwischenstaatlichen Sachverhalten anzuwenden. Jedoch folgen sie dem klassischen Unternehmensbegriff, soweit Unionsrecht nicht anwendbar ist, d. h. bei rein innerstaatlichen Sachverhalten.³⁶

c) Keine Festlegung des BGH

Die gefestigte Rechtsprechung des BGH zum Unternehmensbegriff erging vor den maßgeblichen Urteilen der europäischen Gerichte in *FENIN*. Im Anschluss daran hat er in mehreren Entscheidungen zwar ausdrücklich offengelassen, ob die eigene Rechtsprechung zu überprüfen ist, aber gleichzeitig ihren Widerspruch zur Rechtsprechung der Unionsgerichte herausgestellt.³⁷

tellrecht, 2014, § 130, Rn. 26; *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793, 799; *Immenga/Mestmäcker/Fuchs*, GWB, 2014, § 2, Rn. 170; *MüKo/Bardong*, EuWettbR, 2015, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 54 ff.; *Scheffler*, EuZW 2006, 600, 602.

35 *KK-KartR/Busche*, Band 1, 2017, § 18, Rn. 5; *Scheffler*, EuZW 2006, 600, 602.

36 *MüKo/Säcker*, GWB, 2015, § 130, Rn. 3; *Immenga/Mestmäcker/Zimmer*, GWB, 2014, § 1, Rn. 30, 234.

37 BGH, Urteil vom 16.06.2015, Az. KZR 83/13, Rn. 36 f. – *Einspeiseentgelt*; BGH, Urteil vom 06.11.2013, Az. KZR 58/11, Rn. 52 – *VBL Gegenwert*.

d) Bundeskartellamt folgt klassischem deutschen Unternehmensbegriff

Das Bundeskartellamt meint, die Auswirkungen der *FENIN*-Rechtsprechung auf den Unternehmensbegriff des GWB seien offen.³⁸ In der Fußnote eines Hintergrundpapiers zu Nachfragemacht äußerte es sich jedoch klarer dahingehend, dass für das Kartellverbot der Anwendungsvorrang des Europarechts nicht gegeben sei, wenn die handelnden Institutionen gerade keine Unternehmen im Sinne des Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 seien.³⁹ Selbst bei zwischenstaatlichen Sachverhalten sei das GWB dann auf Nicht-Unternehmen im Sinne der *FENIN*-Rechtsprechung anwendbar.

Im Bereich der Missbrauchsvorschriften gelte ohnehin nur ein einfacher Anwendungsvorrang des Unionsrechts, so dass dort ein strengerer nationaler Unternehmensbegriff möglich sei.⁴⁰

4. Diskussion anhand mehrerer Thesen

a) These 1: Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 verbietet nicht, dass das GWB auch für zwischenstaatliche Sachverhalte einem strengeren Unternehmensbegriff folgt

Nur auf den ersten Blick verbietet der Vorrang des Unionsrechts, der für das Kartellverbot in Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 normiert ist, dass das GWB einem strengeren Unternehmensbegriff folgt, als ihn der EuGH vorgibt. In diesem Sinne erscheint es dann als ein formalistisches Lesen, dass einzelstaatliches Wettbewerbsrecht wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen von Nicht-Unternehmen, welche zwischenstaatlich wirken, aber Art. 101 AEUV nicht verletzen, verbieten darf.⁴¹

Bei genauerem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass der Anwendungsvorrang des Unionsrechts durch den Unternehmensbegriff bestimmt wird. Das europäische Kartellverbot verbietet abweichende nationale Regelungen also nur für Unternehmen im Sinne der *FENIN*-Rechtsprechung. Fol-

38 Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 15.

39 Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 15, Fn. 39.

40 Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 15, Fn. 39; Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 52.

41 In diesem Sinne Langen/Bunte/Sura, Europäisches Kartellrecht, 2014, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 15; *Bechtold*, NJW 2007, 3761, 3762.

gende Argumentation spricht sich für einen auf „Unternehmen“ beschränkten Anwendungsbereich des europäischen Kartellverbots aus.

(1) Anwendungsbereich des Kartellverbots

Art. 3 VO 1/2003 verfolgt das Ziel, in Europa einheitliche Wettbewerbsstandards zu schaffen.⁴² Dieses allgemeine Ziel ersetzt jedoch nicht, gerade für die Grenzbereiche des wirtschaftlichen Handelns von Krankenkassen, Kommunen oder Kirchen, einen eindeutigen Anwendungsbereich zu bestimmen. „Das Wettbewerbsrecht“ ist als sachlicher Anwendungsbereich eines vorrangigen Unionsrechts zu unbestimmt. Der Anwendungsbereich ist daher auszulegen. Als Ausgangspunkt dient der Tatbestand des Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003:

Die Anwendung des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts darf nicht zum Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen führen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind, aber den Wettbewerb im Sinne des Artikels 81 Absatz 1 des Vertrages nicht einschränken oder die Bedingungen des Artikels 81 Absatz 3 des Vertrages erfüllen oder durch eine Verordnung zur Anwendung von Artikel 81 Absatz des Vertrags erfasst sind.

Die Argumente, die bekräftigen, dass der vorrangige Anwendungsbereich des unionalen Kartellrechts über seinen Tatbestand hinausgehe,⁴³ tragen nicht. Der Tatbestand des Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 wird hinsichtlich des Unternehmensbegriffes durch den EuGH in *FENIN* ausgelegt und geklärt. Es stellt sich also die Frage, ob der Anwendungsbereich dieser Norm über ihren Tatbestand hinausgeht. Nur dann könnte Unionsrecht verhindern, dass ein nationales Kartellverbot auf Nicht-Unternehmen im Sinne der *FENIN*-Rechtsprechung Anwendung findet.

42 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. Nr. L 1/1, Erwägungsgrund Nr. 8.

43 Ausführlich mit dieser Argumentation *Bechtold/Brinker/Holz Müller*, Gutachten – Rechtliche Grenzen der Anwendung des Kartellverbots auf die Tätigkeit gesetzlicher Krankenkassen, 2010, Rn. 34 ff.

i) Wörtliche Auslegung

Im Wortlaut geht Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 nicht auf einen weitergehenden Anwendungsbereich ein. Daher ist zunächst davon auszugehen, dass der Anwendungsbereich der Norm dem Tatbestand entspricht. Das bedeutet, dass der sachliche Anwendungsbereich zwischenstaatlich wirkende Wettbewerbsbeschränkungen, der örtliche Anwendungsbereich das Gebiet der EU und der persönliche Anwendungsbereich Unternehmen erfasst. Was unter Unternehmen zu verstehen ist, hat der EuGH in *FENIN* entschieden.

Das Argument, dass „Unternehmen“ im Sinne von Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 ebenso wenig als *FENIN*-Unternehmen verstanden werden könne wie in S. 1,⁴⁴ ist nicht stichhaltig. Dieser Satz 2 erlaubt den Mitgliedstaaten, auf einseitige Handlungen von Unternehmen strengeres einzelstaatliches Recht anzuwenden. Satz 2 lautet:

Den Mitgliedstaaten wird durch diese Verordnung nicht verwehrt, in ihrem Hoheitsgebiet strengere innerstaatliche Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden.

Zwar lässt sich die Norm in einem Umkehrschluss tatsächlich so verstehen, dass *nur* auf Unternehmen strengeres nationales Recht angewendet werden kann; *nicht* jedoch auf Nicht-Unternehmen.⁴⁵ Andererseits lässt sich ebenso ein Erst-recht-Schluss ziehen, dass *bereits* auf Unternehmen strengeres Recht angewendet werden kann; auf Nicht-Unternehmen aber *erst recht* ebenso. Letztere Lesart würde angesichts des Zwecks der sog. Deutschen Klausel in S. 2, eine strengere nationale Missbrauchskontrolle zu ermöglichen, mehr Sinn ergeben.

ii) Systematische Auslegung

Systematisch schließt Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 an den Abs. 1 der Norm an. Darin ist die parallele Anwendbarkeit von nationalem und unio-

44 Mit diesem Argument *Bechtold/Brinker/Holzmüller*, Gutachten – Rechtliche Grenzen der Anwendung des Kartellverbots auf die Tätigkeit gesetzlicher Krankenkassen, 2010, Rn. 39.

45 *Bechtold/Brinker/Holzmüller*, Gutachten – Rechtliche Grenzen der Anwendung des Kartellverbots auf die Tätigkeit gesetzlicher Krankenkassen, 2010, Rn. 39.

nalem Kartellrecht für „Vereinbarungen [...] im Sinne des Artikels 101 Absatz 1“ geregelt. Die Norm nimmt also Bezug auf die durch den EuGH auszulegenden Begriffe des europäischen Kartellverbots in Art. 101 AEUV.⁴⁶ Für den sich darauf beziehenden Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 kann daher keine abweichende Begriffsbestimmung gelten. Auch für ihn gilt damit der Unternehmensbegriff des Art. 101 AEUV, den der EuGH in *FENIN* geklärt hat.

iii) Historische Auslegung

Aus der Gesetzgebungsgeschichte des Art. 3 VO 1/2003 lässt sich ablesen, dass der in Kraft getretene Grundsatz der parallelen Anwendbarkeit nur einen Kompromiss darstellt.⁴⁷ Die Entwurfsfassung ging von der alleinigen Anwendung von Unionsrecht auf zwischenstaatlich wirkende Vereinbarungen aus, scheiterte aber am Widerstand der Mitgliedstaaten.⁴⁸

Bei Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 81 EG-Vertrag und bei Fällen der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 82, die geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, ist allein das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft unter Ausschluss des Wettbewerbsrechts der Mitgliedstaaten anwendbar.

Diese Entwurfsfassung hätte einem einzelstaatlich strengeren Unternehmensbegriff nicht entgegengestanden, denn sie beschränkte die Anwendbarkeit des Unionsrecht auf „Vereinbarungen zwischen Unternehmen [...] im Sinne von Art. 81 EG-Vertrag.“ Andere Unternehmen außerhalb der *FENIN*-Rechtsprechung erfasste diese Vorrangregel nicht.⁴⁹ Es erscheint

46 MüKo/Bardong, EuWettbR, 2015, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 78.

47 Klees, EWS 2010, 1, 5.

48 Vorschlag der Kommission für eine Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 28.09.2000 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln (Durchführungsverordnung), ABl. 2000 Nr. C 365/284, Art. 3.

49 A. A. *Bechtold/Brinker/Holzmilller*, Gutachten – Rechtliche Grenzen der Anwendung des Kartellverbots auf die Tätigkeit gesetzlicher Krankenkassen, 2010, Rn. 41, die den Anwendungsbereich des Unions-Kartellrechts für alle zwischenstaatlichen Sachverhalte eröffnet sehen. Dies ist für den sachlichen Anwendungsbereich korrekt. Es erklärt aber nicht einen persönlichen Anwendungsbereich, der sich nur auf Unternehmen beschränkt. Vgl. allgemein zum persönlichen Anwen-

unwahrscheinlich, dass die weichere Kompromisslösung, die erst die parallele Anwendbarkeit gebracht hat, einen weiteren Anwendungsbereich für das Unionsrecht bedeuten sollte als die als zu weitgehend abgelehnte Ursprungsfassung.⁵⁰

iv) Teleologische Auslegung

Auch der Zweck der Vorrangregel in Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 steht einer strengeren einzelstaatlichen Kartellrechtsanwendung nicht entgegen. Mit der VO 1/2003 beendete die EU-Kommission das System der Einzelfreistellung und führte das der Legalausnahme ein. Dies führte zu einer stärkeren Dezentralisierung der Rechtsanwendung. Um dennoch eine einheitliche Rechtspraxis zu gewährleisten, stellte sie in Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 klar, dass kein gegen Unionsrecht verstoßendes strengeres einzelstaatliches Recht anwendbar sein solle. Die Befürworter einer abschließenden unionsrechtlichen Regelung für sämtliche zwischenstaatliche Sachverhalte stützen sich auf den Erwägungsgrund Nr. 8 der VO 1/2003:⁵¹

[Es] muss gewährleistet werden, dass die Anwendung innerstaatlichen Wettbewerbsrechts auf Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 des Vertrages nur dann zum Verbot solcher Vereinbarungen [...] führen darf, wenn sie auch nach dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft verboten sind.

Ihnen ist darin beizupflichten, dass dieser Ausschnitt aus den Erwägungsgründen das Wort „Unternehmen“ nicht verwendet. Hieraus ließe sich also schließen, dass sich der Vorrang des Unionsrechts nicht nur auf Vereinbarungen von Unternehmen beschränkt, sondern auf alle zwischenstaatlich wirkenden wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen. Insoweit erfasst dieses Zitat in der Tat den sachlichen Anwendungsbereich des unionalen Kartellrechts, äußert sich jedoch nicht zum persönlichen Anwendungsbereich.

dungsbereich des Kartellverbots Schwarze/*Brinker*, EU-Kommentar, 2009, Art. 81, Rn. 26.

50 *Klees*, EWS 2010, 1, 5.

51 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 Nr. L 1/1, Erwägungsgrund Nr. 8, S. 3.

Der darauf folgende Satz führt aus:⁵²

Die Begriffe Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen sind autonome Konzepte des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft für die Erfassung eines koordinierten Verhaltens von Unternehmen am Markt im Sinne der Auslegung dieser Begriffe durch die Gerichte der Gemeinschaft.

Hier taucht „Unternehmen“ wieder auf. Der Anwendungsbereich soll sich also nur auf koordiniertes Verhalten von Unternehmen erstrecken.

Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 verfolgt weiterhin den Zweck, ein *level playing field* zu schaffen,⁵³ d. h. Unternehmen sollen sich europaweit auf eine einheitliche Beurteilung ihrer Verhaltensweisen verlassen können. Ein solch einheitlicher Rechtsbereich besteht insoweit, als sämtliche Tatbestandsmerkmale des Art. 101 AEUV vom Vorrang des Unionsrechts erfasst sind.⁵⁴

Der Unions-Gesetzgeber hat eine parallele Anwendbarkeit des Kartellverbots gewollt, sie aber gleichzeitig auf einen bestimmten Anwendungsbereich reduziert. Insofern ist das Argument, dass eine einzelstaatliche Begriffsfindung die parallele Anwendbarkeit unterliefe, für den Tatbestand des Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003, wie ihn der EuGH ausgelegt hat, nicht richtig. Denn die parallele Anwendbarkeit ist gewahrt, allerdings nur soweit der Anwendungsbereich des Unionsrechts reicht. Darüber hinaus ist es nicht ersichtlich, dass einzelstaatliche Regelungen nicht strenger sein dürfen.

52 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 Nr. L 1/1, Erwägungsgrund Nr. 8, S. 4.

53 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 Nr. L 1/1, Erwägungsgrund Nr. 8.

54 Mit diesem Schluss auch *Bechtold/Brinker/Holzmüller*, Gutachten – Rechtliche Grenzen der Anwendung des Kartellverbots auf die Tätigkeit gesetzlicher Krankenkassen, 2010, Rn. 45, die dennoch zu einem abweichenden Ergebnis kommen.

(2) Effet utile

Schließlich spricht auch nicht der Grundsatz von *effet utile* (Art. 4 Abs. 3 EUV) gegen ein strengeres einzelstaatliches Kartellrecht, auch nicht für zwischenstaatliche Sachverhalte. In *Costa./ENEL* führt der EuGH aus:⁵⁵

Denn es würde eine Gefahr für die Verwirklichung der in Art. 5 Abs. 2 [jetzt Art. 4 Abs. 3, *effet utile*] aufgeführten Ziele des Vertrages bedeuten [...], wenn das Gemeinschaftsrecht je nach der nachträglichen innerstaatlichen Gesetzgebung von einem Staat zum anderen verschiedene Geltung haben könnten.

Zum einen beschränkt der EuGH den Grundsatz der praktischen Wirksamkeit auf „Gemeinschaftsrecht“. Konkret meint „Gemeinschaftsrecht“ den Art. 101 AEUV in seiner vom EuGH in *FENIN* ausgelegten Fassung. Dieses Gemeinschaftsrecht bleibt als Mindestmaß unangetastet. Eine einzelstaatliche strengere Kartellrechtsanwendung wird aber nicht ausgeschlossen. Noch klarer formuliert der EuGH in *Mauri*:⁵⁶

Nach ständiger Rechtsprechung betreffen die Artikel 81 und 82 EG zwar an sich nur das Verhalten von Unternehmen und nicht als Gesetz oder Verordnung ergangene Maßnahmen der Mitgliedstaaten; in Verbindung mit Artikel 10 EG, der eine Pflicht zur Zusammenarbeit begründet, verbieten sie es jedoch den Mitgliedstaaten, Maßnahmen, auch in Form von Gesetzen oder Verordnungen, zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten.

Der EuGH beschränkt selbst den Anwendungsbereich der Art. 101 und 102 AEUV auf Unternehmen. Im Umkehrschluss des zweiten Halbsatzes ist es demnach selbst nach dem Grundsatz von *effet utile* den Mitgliedstaaten erlaubt, Maßnahmen, auch in Form von Gesetzen beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln *nicht* aufheben. Außerhalb des Unternehmenskreises sind die Mitgliedstaaten in der Anwendung ihrer Wettbewerbsregeln frei. Daher ist es mit der EuGH-Rechtsprechung vereinbar, strengere einzelstaatliche Wettbewerbsregeln auf Nicht-Unternehmen anzuwenden.

55 EuGH, Entscheidung vom 15.07.1964, Rs. 6/64, *Costa./ENEL*, Slg. 1964, 1251 (Tz. 9) [Zusatz des Verfassers].

56 EuGH, Beschluss vom 17.02.2005, Rs. C-250/03, *Mauri*, Slg. 2005, I-1267 (Tz. 29).

(3) Praktische Erwägungen gegen einen unbestimmbar weiten Anwendungsvorrang

Jede andere Lösung, die den Anwendungsbereich des Unions-Kartellrechts nicht auf Unternehmen im Sinne des unionalen Unternehmensbegriffes beschränkt, wirft im Übrigen die Frage auf, wie weit sich der persönliche Anwendungsbereich des Kartellverbotes in Art. 101 AEUV erstrecken soll. Denn schließlich kann er wohl keine schrankenlose Freiheit für sämtliche zwischenstaatliche Sachverhalte garantieren, die nicht gegen Art. 101 AEUV verstoßen. Ein Anwendungsbereich, der über den Tatbestand einer Norm hinausgeht, müsste sich exakt bestimmen lassen. Eine solche eindeutige Bestimmung ist im zwischenstaatlichen Wettbewerbsrechts jedoch nicht erkennbar.⁵⁷

Konkret stellt sich für die deutschen Krankenkassen die Frage, wie weit der Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts reicht. Krankenkassen sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH⁵⁸ und nach Auffassung des deutschen Gesetzgebers⁵⁹ keine „Unternehmen“ im Sinne des Kartellrechts. Dennoch ordnen §§ 69 Abs. 2 S. 1 und 172a Abs. 1 SGB V an, die maßgeblichen Normen des GWB entsprechend auf Krankenkassen anzuwenden.⁶⁰ Damit wirkt ein strengeres einzelstaatliches Kartellverbot, als es Art. 101 AEUV vorsieht. Wenn nun der Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 für Krankenkassen als Nicht-Unternehmen im Sinne von *FENIN* eröffnet wäre, verstießen §§ 69 Abs. 2 und 172a

57 Ebenso ohne Vorschlag eines konkreten Anwendungsbereichs *Bechtold/Brinker/Holzmüller*, Gutachten – Rechtliche Grenzen der Anwendung des Kartellverbots auf die Tätigkeit gesetzlicher Krankenkassen, 2010.

58 Für deutsche Krankenkassen EuGH, Urteil vom 16.03.2004, Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, *AOK-Bundesverband*, Slg. 2004, I-2493 (Tz. 57).

59 Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 (GKV-Gesundheitsreform 2000), BGBl. I 1999, 2626.

60 § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V sagt:

Die §§ 1, 2, 3 Absatz 1, §§ 19, 20, 21, 32 bis 34a, 48 bis 80, 81 Absatz 2 Nummer 1, 2a und 6, Absatz 3 Nummer 1 und 2, Absatz 4 bis 10 und §§ 82 bis 95 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelten für die in Absatz 1 genannten Rechtsbeziehungen [d. h. Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apotheken sowie sonstigen Leistungserbringern] entsprechend. [Zusatz des Verfassers]

Abs. 1 SGB V gegen den Vorrang des Unionsrechts und wären europarechtswidrig. Wer den Vorrang des Unionsrechts also auch auf Nicht-Unternehmen erstreckt, müsste konsequent jede einzelstaatliche Regelung, die das Verhalten von Nicht-Unternehmen behandelt, als europarechtswidrig verstehen.⁶¹

(4) Fazit

Daher ist davon auszugehen, dass sich der persönliche Anwendungsvorrang des Kartellverbots nur auf Unternehmen i. S. d. *FENIN*-Rechtsprechung erstreckt. Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 verbietet also selbst für zwischenstaatliche Sachverhalte nicht, dass sie einem strengeren nationalen Unternehmensbegriff unterliegen.

b) These 2: Hinsichtlich des Missbrauchsverbots steht das Unionsrecht einem strengeren nationalen Unternehmensbegriff nicht entgegen

Für einseitige Verhaltensweisen gilt nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003, dass es den Mitgliedsstaaten nicht verwehrt ist, in ihrem Hoheitsgebiet strengere innerstaatliche Vorschriften gegen einseitige Verhaltensweisen anzuwenden. Insofern ist ein strengerer Unternehmensbegriff für das Missbrauchsverbot unproblematisch möglich.

c) These 3: Das GWB folgt in seinen §§ 1, 2 GWB auch unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsklausel dem Unionsrecht

Es darf angesichts der Entstehungsgeschichte der 7. GWB-Novelle davon ausgegangen werden, dass auch unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsklausel

§ 172a Abs. 1 SGB V sagt:

Bei der freiwilligen Vereinigung von Krankenkassen finden die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle [...] des GWB [...] entsprechende Anwendung. [Auslassungen durch den Verfasser].

61 In dieser Konsequenz *Bechtold/Brinker/Holzmüller*, Gutachten – Rechtliche Grenzen der Anwendung des Kartellverbots auf die Tätigkeit gesetzlicher Krankenkassen, 2010, Rn. 96.

sel derselbe Unternehmensbegriff Anwendung findet, wie im Anwendungsbereich des europäischen Rechts.⁶²

Der Gesetzgeber äußerte sich klar im Regierungsentwurf des Deutschen Bundestages zur 7. GWB-Novelle vom 12.08.2004, so dass seinem historischen Willen keine weitere Kommentierung hinzuzufügen ist.⁶³

Für Vereinbarungen ohne zwischenstaatliche Auswirkungen ist die weitestgehende Übernahme des europäischen Rechts vorgeschrieben. Nur so kann eine unerwünschte Zweiteilung des deutschen Wettbewerbsrechts in europäische Regelungen für Fälle mit Zwischenstaatlichkeitsbezug und abweichende nationale Regelungen für Fälle ohne Zwischenstaatlichkeitsbezug vermieden werden. Eine solche Zweiteilung wäre zum einen wegen der begrifflichen Unschärfe der Zwischenstaatlichkeitsklausel nur schwer handhabbar. Sie ist aber auch nicht sachgerecht. Um eine unterschiedliche Behandlung kleiner und mittlerer Unternehmen gegenüber Großunternehmen – oft zu Lasten der kleinen und mittleren Unternehmen – zu vermeiden, sind lokale und regionale Sachverhalte nicht anders zu behandeln als solche mit grenzüberschreitenden Auswirkungen. [...]

Einheitliche Regelungen im europäischen Wettbewerbsrecht und im Wettbewerbsrecht der 25 Mitgliedstaaten sind im Hinblick auf die Anforderungen an einen integrierten Binnenmarkt geboten. Für die Unternehmen ist die Schaffung eines derartigen „level playing field“ mit erheblichen Vorteilen verbunden. [...]

Bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 1, auch soweit sie schon bisher in dieser Vorschrift enthalten waren, wie etwa der Definition von Unternehmen [...], sind die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts auch weiterhin zu berücksichtigen. Diese Rechtsfolge, die sich durch die Angleichung des Wortlauts bereits seit der 6. GWB-Novelle ergibt, wird durch den Grundsatz der europafreundlichen Anwendung nach Maßgabe der neuen Vorschrift des § 23 bekräftigt. Darin einbezogen sind auch Bekanntmachungen und Leitlinien der Kommission.

An einer anderen Stelle führte der Gesetzgeber weiter aus:⁶⁴

Für Vereinbarungen und Verhaltensweisen ohne zwischenstaatliche Auswirkungen ist ein solcher Gleichklang von deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht ebenfalls geboten, um die Einheitlichkeit des deutschen Wettbewerbsrechts zu wahren. [...]

Um die notwendige Einheit der Rechtsordnung zu wahren, werden Ausnahmehereiche auch dort zurückgeführt, wo ein Anwendungsspielraum nationalen Kartellrechts aufgrund rein innerstaatlich wirkender Vereinbarungen denkbar wäre.

62 Säcker/Mohr, WRP 2011, 793, 794.

63 BT-Drucks. 15/3640 vom 12.08.2004, S. 22 f.

64 BT-Drucks. 15/3640 vom 12.08.2004, S. 32 f.

Der im Zitat erwähnte Grundsatz der europafreundlichen Auslegung (§ 23 GWB-E) wurde nie Gesetz. Auf Veranlassung des Bundesrats wurde die ausdrückliche gesetzgeberische Anordnung gestrichen, dass die Unionspraxis der Auslegung der §§ 1 ff. und 18 ff. GWB „maßgeblich zugrunde zu legen“ sei.⁶⁵ Der Bundesrat begründete seine Haltung zum einen damit, dass eine europafreundliche Auslegung selbstverständlich sei.⁶⁶ Zum anderen sah er Gefahren eines ausdrücklich festgesetzten Gebotes. Seine Begründung zeigte den Willen, das deutsche Kartellrecht im Ergebnis europarechtskonform anzuwenden, sich jedoch zu diesem Ziel einen nationalen Weg vorzubehalten.⁶⁷ Welche Folgerungen sind aus dieser Gesetzgebungsgeschichte nun für den Unternehmensbegriff in rein nationalen Sachverhalten zu ziehen?

Die Zweifel des Bundesrates an der ausdrücklichen Regelung der europarechtskonformen Auslegung beziehen sich auf Sachverhalte, die nach nationaler und europäischer Beurteilung zu einer identischen Rechtsfolge kämen.⁶⁸ In diesen Fällen bestehe – aus Sicht des Bundesrats – die Gefahr, maßgebliche europäische Grundsätze zu übersehen, sich in der Menge europäischer Vorgaben zu verirren und nur unter hohem Aufwand zu rechtmäßigen Lösungen zu kommen.⁶⁹ Abgesehen von dieser „unnötigen Komplizierung“ des nationalen Kartellrechts sei eine Auslegung im Lichte der europäischen Vorgaben aber eine „methodische Selbstverständlichkeit“.⁷⁰

Der Unternehmensbegriff ist in diesem Sinne methodisch selbstverständlich europarechtsorientiert auszulegen. Er führt gerade zu abweichenden Ergebnissen von nationalem und europäischem Kartellrecht. Der Bundesrat äußert nicht, dass er nationale Besonderheiten bewahren möchte, soweit dies europarechtlich zulässig sei, sondern er erkennt die europäische Orientierung des GWB auch unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsklausel. Die Kritik an der ausdrücklichen Festlegung in § 23 GWB-E richtete sich gegen eine aufwändige und unpraktische Arbeitsweise, nicht gegen die grundsätzliche Europaorientierung des nationalen Kartellrechts.

65 BR-Drucks. 441/04 vom 28.06.2004, S. 5 ff.

66 BR-Drucks. 441/04 vom 28.06.2004, S. 5 f.

67 BR-Drucks. 441/04 vom 28.06.2004, S. 6.

68 BR-Drucks. 441/04 vom 28.06.2004, S. 6.

69 BR-Drucks. 441/04 vom 28.06.2004, S. 6.

70 BR-Drucks. 441/04 vom 28.06.2004, S. 5 f.

Daher ist festzuhalten, dass sich der historische Gesetzgeber klar für eine Anwendung des *FENIN*-Unternehmensbegriffs auf rein nationale Sachverhalte ausgesprochen hat.

Die übrigen Argumente, die für einen einheitlichen Unternehmensbegriff sprechen, wie die drohende Diskriminierung der „kleinen“ Sachverhalte⁷¹ oder Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Zwischenstaatlichkeitsklausel, bedürfen angesichts des klaren Textes der Gesetzesbegründung keiner weiteren Stellungnahme.

Die Angleichung des nationalen Kartellrechts an die europäischen Normen zeigt sich am weitgehend identischen Wortlaut von §§ 1, 2 GWB mit Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV.⁷² Auch zeigt die dynamische Verweisung in § 2 Abs. 2 GWB auf die jeweils aktuelle Gruppenfreistellungsverordnung (selbst bei nicht zwischenstaatlichen Sachverhalten, § 2 Abs. 2 S. 2 GWB), dass sich die Auslegung des deutschen Kartellverbots am Unionsrecht orientiert. Das nationale Kartellverbot hat also nicht den Sinn und Zweck, in einzelnen Schlupfwinkeln (wie z. B. einem abweichenden Unternehmensbegriff) doch zu einer strengeren Anwendung zu kommen,⁷³ sondern ist von vornherein darauf angelegt, umfassend europarechtskonform zu wirken.

d) These 4: Der nationale Gesetzgeber sieht einen einheitlichen Unternehmensbegriff im GWB vor

Eben hat sich gezeigt, dass innerhalb des Kartellverbotes ein einheitlicher Unternehmensbegriff verwendet wird. Darüber hinaus findet dieser einheitliche Unternehmensbegriff auch weitergehend auf die übrigen Tatbestände des GWB Anwendung; so auch auf das Missbrauchsverbot.⁷⁴

71 Vgl. *Bechtold*, NJW 2007, 3761, 3762.

72 Zwar erfasst § 1 GWB anders als Art. 101 Abs. 1 AEUV keine Regelbeispiele. Diese sollen bei der Auslegung von § 1 GWB dennoch mitzubertücksichtigen sein, vgl. Begründung des Regierungsentwurfes zur 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640 vom 12.08.2004, S. 23 (rechte Spalte).

73 So *Bechtold*, NJW 2007, 3761, 3762.

74 *Bornkamm*, in: FS *Hirsch*, 2008, S. 231, 238; *Immenga/Mestmäcker/Zimmer*, GWB, 2014, § 1, Rn. 23. Für einen abweichenden Unternehmensbegriff bei einseitigen Verhaltensweisen *Bechtold/Bosch*, GWB, 2015, § 19, Rn. 3; *Bechtold/Bosch*, GWB, 2015, § 1, Rn. 7.

Zwar ließe die sog. Deutsche Klausel in Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 einen abweichenden Unternehmensbegriff zu. Der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle betonte zunächst, dass der Vorrang des Unionsrechts gerade nicht für einseitige Verhaltensweisen gelte, sondern dass diese anders als in Art. 102 AEUV geregelt werden könnten.⁷⁵ Manche Autoren beschwören einen gesetzgeberischen Willen zur Synchronisierung des GWB mit dem europäischen Kartellrecht. Doch lässt sich nicht belegen, dass der nationale Gesetzgeber konkret den Unternehmensbegriff der Missbrauchskontrolle synchronisieren wollte. In der Regierungsbegründung zur 8. GWB-Novelle wird deutlich, dass der Gesetzgeber weiterhin den Gestaltungsspielraum einer strengeren nationalen Missbrauchskontrolle nutzen wollte.⁷⁶

Wie der deutsche Gesetzgeber den Unternehmensbegriff im Missbrauchsverbot versteht, tritt erst in der sozialrechtlichen Normierung des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V deutlich zu Tage. Am 01.01.2011 trat § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V in Kraft, der die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern dem Kartellverbot und der Missbrauchsaufsicht unterstellt.⁷⁷

Die §§ 1, 2, 3 Absatz 1, §§ 19, 20, 21, 32 bis 34a, 48 bis 80, 81 Absatz 2 Nummer 1, 2a und 6, Absatz 3 Nummer 1 und 2, Absatz 4 bis 10 und §§ 82 bis 95 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelten für die in Absatz 1 genannten Rechtsbeziehungen [d. h. Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apotheken sowie sonstigen Leistungserbringern] entsprechend.

Hinsichtlich der Missbrauchskontrolle hat der Gesetzgeber schon im Jahr 2007 die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 18 ff. GWB angeordnet.⁷⁸ D. h. schon damals hat sich der deutsche Gesetzgeber an die europäische

75 Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640 vom 12.08.2004, S. 21.

76 Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852 vom 31.05.2012, S. 20.

77 Geändert durch das Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz vom 22.12.2010, BGBl. I, S. 2262 (Zusatz des Verfassers); zum historischen Verlauf der Anwendung von Kartellrecht auf die Krankenkassen, vgl. *Becker/Kingreen*, NZS 2010, 417, 417, 420 und *Roth*, GRUR 2007, 645, 646.

78 Angeordnet mit dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz vom 26.03.2007, BGBl. I, S. 378.

Praxis angepasst und bestimmt, dass Krankenkassen keine Unternehmen im Sinne des GWB seien. Daher rührt die „entsprechende Anwendung“.⁷⁹

Dieser Norm geht eine Geschichte voraus, die zeigt, wie der deutsche Gesetzgeber sein Verständnis eines Unternehmens dem europäischen Begriff angepasst hat: Der deutsche Gesetzgeber schloss bereits im Jahr 1999 mit dem Gesundheitsreformgesetz aus, das Wettbewerbsrecht auf die Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern anzuwenden.⁸⁰ Schon zu diesem Zeitpunkt äußerte er:⁸¹

Die Krankenkassen und ihre Verbände erfüllen in diesen Rechtsbeziehungen ihren öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag und handeln deshalb nicht als Unternehmen im Sinne des Privatrechts, einschließlich des Wettbewerbs- und Kartellrechts.

Mit diesem Gesetz wollte der Gesetzgeber die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern dem öffentlichen Recht zuweisen.⁸² Bereits zu diesem frühen Zeitpunkt, weit vor den EuGH-Entscheidungen in *FENIN* (2006) oder *AOK-Bundesverband* (2004), erklärte der deutsche Gesetzgeber ungezwungen, dass Krankenkassen die Voraussetzungen eines Unternehmens nicht erfüllen würden.

Mit dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz, das zum 01.04.2007 in Kraft trat, ordnete der deutsche Gesetzgeber in § 69 II SGB V a. F. die „entsprechende“ Anwendung der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle an. Eine unmittelbare Anwendung des Kartellrechts kam nicht in Betracht, da Krankenkassen nach europäischer Rechtsprechung keine Unternehmen

79 Für die Fusionskontrolle findet sich die Anordnung der entsprechenden Anwendung des GWB in § 172a Abs. 1 SGB V zum 01.07.2013.

80 Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 (GKV-Gesundheitsreform 2000), BGBl. I 1999, 2626. Die Regelung des § 69 SGB V a. F. billigte der BGH als materielle Bereichsausnahme vom Lauterkeits- und Kartellrecht, vgl. BGH, Urteil vom 23.02.2006, Az. ZR 164/03, WRP 2006, 747 (Rn. 21) – *Blutdruckmessungen*. Der BGH äußerte sich jedoch nicht dazu, ob Krankenkassen den Unternehmensbegriff erfüllen.

81 BT-Drucks. 14/1245 vom 23.06.1999, S. 68; siehe auch *Klees*, EWS 2010, 1, 7; *Ulshöfer*, ZWeR 2009, 114, 121.

82 Ausführlich dazu Langen/Bunte/*Bornkamm*, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 87, Rn. 4.

sind.⁸³ Der deutsche Gesetzgeber bestätigte und wiederholte damit, dass Krankenkassen auch im deutschen Recht keine Unternehmen sind.⁸⁴

Zum 01.01.2011 erweiterte der deutsche Gesetzgeber mit dem AM-NOG (Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz) den „entsprechenden“ Anwendungsbereich des GWB auf Krankenkassen, indem er nun auch die Normen des Kartellverbots in §§ 1, 2 GWB und weitere Normen erfasst.⁸⁵

83 Für deutsche Krankenkassen EuGH, Urteil vom 16.03.2004, Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, *AOK-Bundesverband*, Slg. 2004, I-2493 (Tz. 57):

Da die Tätigkeit von Einrichtungen wie den Krankenkassen nicht wirtschaftlicher Art ist, sind sie keine Unternehmen im Sinne des Art. 81 und 82 EG.

84 Der deutsche Gesetzgeber führt eindeutig aus in BT-Drucks. 16/4247 vom 01.02.2007, S. 35:

Die Änderung führt nicht dazu, dass die Krankenkassen beim Abschluss von Einzelverträgen als Unternehmen zu qualifizieren wären. Auch beim Abschluss von Einzelverträgen nehmen die gesetzlichen Krankenkassen eine soziale Aufgabe wahr, die auf dem Grundsatz der Solidarität beruht und ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird. Sie erfüllen damit weder nach deutschem noch nach europäischem Recht die Begriffsmerkmale, die von der Rechtsprechung an ein Unternehmen gestellt werden. Die Anordnung der lediglich „entsprechenden Anwendbarkeit“ der §§ 19 bis 21 GWB stellt klar, dass diese Vorschriften, die an sich an Unternehmen adressiert sind, in der Rechtsfolge auch die Krankenkassen betreffen.

Das Bundeskartellamt folgt wohl weiterhin dem weiten Unternehmensbegriff und sieht dementsprechend Krankenkassen als Unternehmen i. S. d. GWB an, vgl. *Heitzer* (damaliger Präsident des Bundeskartellamts), Wettbewerbskontrolle auf den Märkten der gesetzlichen Krankenversicherung, 29.06.2009, S. 10, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Reden/L1/Bernhard%20Heitzer%20%20Wettbewerbskontrolle%20auf%20den%20M%C3%A4rkten%20der%20gesetzlichen%20Krankenversicherung.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt abgerufen am 15.02.2015); *Jansen/Johannsen*, PharmR 2010, 576, 578.

85 Zur Frage, ob dieser erweiterte Anwendungsbereich des GWB gegen die unionsrechtlich angeordnete parallele Anwendbarkeit (Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003) verstößt, vgl. zahlreiche Gutachten: *Glæss Lutz* argumentiert im Auftrag des *AOK Bundesverbandes*, dass § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V rechtswidrig ist (u. a. wegen des Verstoßes gegen Unionsrecht), vgl. *Bechtold/Brinker/Holz Müller*, Gutachten – Rechtliche Grenzen der Anwendung des Kartellverbots auf die Tätigkeit gesetzlicher Krankenkassen, 16.06.2010. *WilmerHale* unterstützt im Auftrag des Bundesverbands der Pharmazeutischen Industrie die Position, dass § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V außerhalb des unionsrechtlichen Anwendungsbereiches wirkt und somit rechtmäßig ist, vgl. *Ehlermann/Kamann*, Rechtsgutachten – Die unionsrechtliche Zulässigkeit einer Anwendung des Kartellverbots auf die Leistungsbeziehungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, August 2010; vgl. ein weiteres Gutachten

Anlass, den Verweis zu erweitern, war der Lieferantenschutz: Die Einkaufstätigkeit der Krankenkassen, welche beispielsweise die Allgemeinen Ortskrankenkassen durch eine gemeinsame Ausschreibung von Rabattverträgen bündeln, war bis zu dieser Erweiterung ein nicht kartellrechtlich relevantes Verhalten.⁸⁶

Die Geschichte des AMNOG zeigt also, dass der deutsche Gesetzgeber schon sehr früh (1999) davon ausgegangen ist, dass Krankenkassen keine Unternehmen sind. Über die Krankenkassen hinaus erkennt er die Rechtsprechung der europäischen Gerichte auch als maßgeblich für das deutsche Kartellrecht an und folgt ihr.⁸⁷

Darüber hinaus zeigt der Gesetzgeber einen Weg auf, der das Bedürfnis nach wettbewerblicher Kontrolle der Krankenkassen mit dem europäischen Unternehmensbegriff vereinigt. Der Gesetzgeber hat mittels der „entsprechenden Anwendbarkeit“ ein Sozial-Wettbewerbsrecht geschaffen. Es ist dem GWB inhaltsgleich, aber gleichzeitig steht es außerhalb des Anwendungsbereiches (und damit des Vorranges) des europäischen Kartellrechts.

Jedoch sprechen nicht nur der gesetzgeberische Wille für einen einheitlichen Unternehmensbegriff innerhalb des GWB, sondern auch praktische Erwägungen. Ein differenzierter Unternehmensbegriff würde zu kuriosen Rechtsfolgen führen: Einkaufsvereinbarungen von Krankenkassen (z. B. Arzneimittel) unterliegen der kartellrechtlichen Kontrolle nach § 1 GWB analog i.V.m. § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V. Einkaufsvereinbarungen von Kommunen (z. B. Feuerwehrausrüstung) unterliegen nicht dem Kartellverbot nach § 1 GWB, da Kommunen in diesem Sachverhalt nicht als Unternehmen handeln. Verzögern die Kommunen hingegen ihre Zahlungen gegenüber ihren Lieferanten und erzwingen damit einen Lieferantenkredit,⁸⁸ wä-

im Auftrag der Siemens Betriebskrankenkasse von *Kügel/Kleiner*, Rechtsgutachten zur Zulässigkeit der Anordnung des Kartellverbots auf die Beziehungen der gesetzlichen Krankenkassen zu den Leistungserbringern, 29.07.2010; vgl. ein weiteres Gutachten im Auftrag der AOK Baden-Württemberg von *Ehlers /Rybak*, Gutachten zu den Auswirkungen der Änderungen kartellrechtlicher und erstatungsrechtlicher Vorschriften durch das AMNOG, 16.09.2010.

86 So die Begründung zum Gesetzesentwurf des AMNOG, BT-Drucks. 17/2413 vom 06.07.2010, S. 26.

87 Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1, Rn. 60; *Roth*, in: FS *Loewenheim*, 2009, S. 545, 568.

88 Vgl. zu einer vergleichbaren Praxis der Einzelhändler gegenüber den Produzenten von Milchprodukten, Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Milch, 2012, S. 127;

re dieser Missbrauch ihrer nachfragemächtigen Stellung nach §§ 19, 20 GWB untersagt, weil für rein innerstaatliche Sachverhalte ein strengerer Unternehmensbegriff gelten würde. Diese Rechtsfolgen entspringen keinem konsequenten Wettbewerbskonzept und sind bereits aus verfassungsrechtlichen Gleichheitsgründen zu vermeiden.

- e) These 5: § 130 Abs. 1 GWB schafft keinen eigenständigen Unternehmensbegriff für öffentliche Nachfrager

§ 130 Abs. 1 GWB lautet:

Dieses Gesetz [GWB] findet auch Anwendung auf Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden.

Es wird vertreten, diese Norm ordne unabhängig vom Vorrang des Unionsrechts an, das GWB auf öffentliche Unternehmen unabhängig von der *FENIN*-Rechtsprechung anzuwenden.⁸⁹ Nach dem eben Gesagten würde diese Norm dann ähnlich wie §§ 69 Abs. 2 S. 1 und 172a Abs. 1 SGB V wirken und ein eigenständiges öffentliches Wettbewerbsrecht für öffentliche Unternehmen schaffen.

Schon der Wortlaut hingegen spricht von „Unternehmen, die [...] im Eigentum der öffentlichen Hand stehen.“ Damit verwendet die Norm – rein verbal – den Unternehmensbegriff des Kartellverbotes und der Missbrauchskontrolle. Eine Verweisungsnorm hingegen müsste eigenständig formuliert sein, etwa im Stile von „öffentliche Einheiten, die wirtschaftlich tätig sind.“

Der Zweck des § 130 Abs. 1 GWB ist rein klarstellend.⁹⁰ Die Norm setzt den Schwerpunkt nicht auf „Unternehmen“, sondern auf „öffentlich“: Das GWB findet auf öffentliche Unternehmen ebenso Anwendung wie auf private. Der Unternehmensbegriff ist jedoch der gleiche funktionale wie

Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 20.01.2012, S. 14; ebenso der Sachverhalt in EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295.

89 *Holzinger*, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand als Anwendungsvoraussetzung des europäischen und des deutschen Kartellrechts, 2011, S. 169; *MüKo/Bardong*, EUWettbR, 2015, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 56; a. A. vertreten von Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1, Rn. 64 ff.; *Klees*, EWS 2010, 1, 6; *Roth*, in: FS *Loewenheim*, 2009, S. 545, 563.

90 *Langen/Bunte/Stadler*, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 130, Rn. 1.

im übrigen GWB. Öffentliche Unternehmen unterliegen dem Kartellrecht unter den gleichen Voraussetzungen wie private Unternehmen.⁹¹ Die Norm wollte zu keinem Zeitpunkt einen eigenständigen abweichenden Unternehmensbegriff schaffen.⁹²

Zudem spricht für einen unveränderten rein deklaratorischen Regelungsgehalt des § 130 Abs. 1 GWB, dass er seit Inkrafttreten des GWB am 01.01.1958 (als § 98 Abs. 1 GWB a. F.) bis heute inhaltlich unverändert fortbesteht.⁹³ Die Debatte des letzten Jahrzehnts um den Unternehmensbegriff ging an ihm spurlos vorbei.⁹⁴

III. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das deutsche Recht umfassend dem europäischen Unternehmensbegriff auf Basis des EuGH in der *FE-NIN*-Rechtsprechung folgt.

Hinsichtlich von Sachverhalten, die zwischenstaatlich wirken, und solchen unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle, die rein national wirken, folgt dies aus einer autonomen Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, einen einheitlichen Unternehmensbegriff anzuwenden.

Hinsichtlich der Missbrauchsaufsicht hindert Unionsrecht die deutsche Praxis nicht, einem eigenständigen strengeren Unternehmensbegriff zu folgen. Doch hat sich auch hier der deutsche Gesetzgeber autonom für einen einheitlichen Unternehmensbegriff für das gesamte GWB ausgesprochen.

Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist es misslich, Beschaffungsmärkte von einer kartellrechtlichen Kontrolle auszunehmen. Es bliebe die Mög-

91 Langen/Bunte/Stadler, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 130, Rn. 6 f.

92 Frankfurter Kommentar/Roth/Ackermann, Band 4, 2011, § 1, Rn. 67.

93 Seit dem 01.01.1999 findet sich die Regelung in § 130 Abs. 1 GWB (BGBl. I 1998, 2546).

94 Dieses Argument nutzen gleichzeitig die Vertreter eines eigenständigen Unternehmensbegriffs für sich: Dieser unveränderte Regelungsgehalt zeige ebenso, dass die Europäisierung des Kartellverbotes und der Missbrauchskontrolle und damit auch des Unternehmensbegriffes an § 130 Abs. 1 GWB vorbeigingen. § 130 Abs. 1 GWB sei nicht europäisiert und spreche daher vom klassischen Unternehmensbegriff, vgl. MüKo/Bardong, EuWettbR, 2015, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 56.

lichkeit, im Wege nationaler Gesetzgebung tätig zu werden.⁹⁵ *Roth* und *Ackermann* schlagen ein zusätzliches Öffentliches Kartellrecht vor, um die staatliche Nachfrage zu erfassen.⁹⁶ Ebenso bestünde Bedarf an einem „Kirchen-und-Caritas-Kartellrecht.“⁹⁷ Denn diese Organisationen seien in der Regel auch nur Beschaffungsunternehmen und keine Unternehmen im Sinne von *FENIN*.

B) Unzureichender Lieferantenschutz in den Horizontalleitlinien 2011

Die Horizontalleitlinien der Kommission aus dem Jahr 2011⁹⁸ offenbaren, dass der Schutz des Beschaffungsmarktes häufig von Wettbewerbspositionen auf nachgelagerten Märkten abhängig ist. Die Kommission schützt Beschaffungsmärkte nicht wie Verkaufsmärkte aus sich selbst heraus, sondern nur in Hinblick auf nachgelagerte Auswirkungen bei Verbrauchern.

I. Begriff der Horizontalleitlinien

In den Horizontalleitlinien teilt die Kommission mit, unter welchen konkretisierten Voraussetzungen nach ihrer Auffassung eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV erfüllt. Dabei beschränkt sie sich auf horizontale Vereinbarungen von Unternehmen. Leitlinien der Kommission entfalten keine rechtliche Bindungswirkung gegenüber der europäischen und nationalen Rechtsprechung oder nationalen Kartellbehörden.⁹⁹ Die Kommission erlässt sie in einem nicht transparenten Verfahren. Gleichwohl haben Leitlinien ein objektives Rechtssatz vergleichbares Gewicht.¹⁰⁰ Faktisch geben

95 Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1, Rn. 68; *Roth*, in: FS *Loewenheim*, 2009, S. 545, 564.

96 Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1, Rn. 68.

97 Hinweis auf die Regelungsbedürftigkeit bei Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1, Rn. 68. Es bleibt anzumerken, dass Kirchen als öffentliche Körperschaften bereits unter das öffentliche Kartellrecht fielen. Andere Religionsgemeinschaften würden dennoch von der Erweiterung erfasst werden.

98 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1.

99 Immenga/*Mestmäcker/Fuchs*, *GWB*, 2014, § 2, Rn. 38.

100 *Bechtold*, *GRUR* 2012, 107, 108.

sie jedem europäischen Rechtsanwender einen Maßstab an die Hand, von dem abzuweichen einer besonderen Rechtfertigung bedarf.¹⁰¹ Soweit die Leitlinien darüber hinaus in die Rechtsprechung des EuGH eingehen, sind sie Teil der Auslegung des Unionsrechts. Die nationale Kartellrechtspraxis ist über Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 im Bereich des Kartellverbotes für zwischenstaatliche Sachverhalte an die Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH gebunden. Für rein nationale Sachverhalte hat der deutsche Gesetzgeber aus eigener Entscheidung die parallele Anwendbarkeit zum Unionsrecht beabsichtigt.¹⁰² Damit beeinflussen die europäischen Leitlinien der Kommission auch unmittelbar die Auslegung des GWB.

Der Abschnitt über Einkaufsvereinbarungen ist der für Lieferanten besonders sensible Bereich innerhalb der Horizontalleitlinien.¹⁰³ Es geht darum, wann eine Vereinbarung über den gemeinsamen Einkauf von Produkten eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellt bzw. unter welchen Voraussetzungen sie nach Abs. 3 freistellbar ist. Die Horizontalleitlinien behandeln nur horizontale Vereinbarungen. Soweit eine Einkaufskooperation vertikale Vereinbarungen trifft, verlangen diese eine weitere Kontrolle anhand der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Beschränkungen¹⁰⁴ und den Leitlinien für vertikale Beschränkungen.¹⁰⁵

Die EU-Kommission steht Einkaufskooperationen grundsätzlich positiv gegenüber.¹⁰⁶ Vor allem helfen Einkaufskooperationen kleineren und mittleren Unternehmen, ihre Wettbewerbsnachteile in der Beschaffung gegenüber Großabnehmern auszugleichen. Auf diese Weise können Einkaufsvereinbarungen den Wettbewerb in Beschaffung und Vertrieb beleben. Im Folgenden zeigt die Arbeit jedoch, dass manche Kriterien der Kommission den Schutz des Lieferanten von Umständen außerhalb des Beschaffungsmarktes abhängig machen.

101 *Bechtold*, GRUR 2012, 107, 108.

102 Vgl. in Hinblick auf die Gesetzgebungsgeschichte S. 42.

103 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 194 ff.

104 EU-Kommission, Verordnung (EU) Nr. 330/2010 vom 20.04.2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 2010 Nr. L 102/1.

105 EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen vom 19.05.2010, ABl. 2010 Nr. C 130/1.

106 *Keßler*, WuW 2002, 1162, 1170.

II. Beurteilung von Einkaufskooperationen nach der Stellung der Parteien auf den Verkaufsmärkten

Die Kommission schätzt Einkaufskooperationen vor allem dann wettbewerbslich positiv ein, wenn ihre Mitglieder auf dem Verkaufsmarkt eine schwache Marktstellung haben:¹⁰⁷

Im Allgemeinen ist es [...] weniger wahrscheinlich, dass gemeinsame Einkaufsregelungen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben, wenn die Parteien auf den Verkaufsmärkten nicht über Marktmacht verfügen.

Hintergrund dieser Äußerung ist, dass bei einer hohen Wettbewerbsintensität auf dem Verkaufsmarkt die Parteien der Einkaufsvereinbarung ihre Beschaffungsvorteile an die Verbraucher weitergeben werden.¹⁰⁸

Diese Behauptung ist jedoch einseitig und verbraucherorientiert.

Sie berücksichtigt nicht die Belange der Lieferanten auf vorgelagerten Märkten, sondern bezweckt einen Schutz der Verbraucher vor den Auswirkungen von Einkaufsvereinbarungen. Der Nachfragemarkt ist jedoch ein eigenständig beschränkbarer Markt und damit auch unabhängig von den Vertriebsmärkten zu betrachten.¹⁰⁹ Die möglicherweise wettbewerbsbeschränkende Wirkung einer Einkaufsvereinbarung ergibt sich unabhängig davon, welche Machtstellung die Parteien auf den Verkaufsmärkten innehaben. Diese spielen erst im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV eine Rolle, ob sich bei den Verbrauchern Effizienzgewinne durch die Einkaufsvereinbarung realisieren.

Eine US-amerikanische Entscheidung zu Rekrutierungsabsprachen mehrerer High-Tech-Firmen¹¹⁰ zeigt eindringlich, dass der Wettbewerb auf dem Beschaffungsmarkt unabhängig von der Marktstellung der Parteien auf den Verkaufsmärkten beschränkt sein kann:¹¹¹ Die Unternehmen vereinbarten, sich nicht im Wege des *cold-calling* IT-Spezialisten abzu-

107 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 204.

108 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 201.

109 Vgl. dazu in anderem Zusammenhang *Bornkamm*, in: FS *Hirsch*, 2008, S. 231, 232, 236 f.

110 Darunter *Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit, Lucasfilm* und *Pixar*, allesamt ansässig im Silicon Valley.

111 *In re High-Tech Employee Antitrust Litigation*, 856 F.Supp.2d 1103 (N.D. California 2012).

werben („Do Not Cold Call“). Die Arbeitnehmer waren Lieferanten ihrer Arbeitskraft, die High-Tech-Firmen deren Nachfrager. Der Arbeitsmarkt für IT-Spezialisten war hier der relevante Beschaffungsmarkt. Dieser war wegen der Ortsgebundenheit vieler Arbeitskräfte auf das Silicon Valley beschränkt. Die Vereinbarung zeigte keinerlei Auswirkungen auf den nachgelagerten Angebotsmärkten. Die beteiligten Unternehmen konkurrierten nicht einmal auf denselben Angebotsmärkten. Die Vereinbarung wurde dennoch untersagt, weil sie dazu führe, dass weniger Mitarbeiter zu einem geringeren Lohn eingestellt würden, als es ein effizientes Marktverhalten vorsehe. Zwar gebe es noch andere Formen, um Personal zu rekrutieren. Doch führe bereits der Verzicht auf *cold-calling* dazu, dass der Wettbewerb um IT-Spezialisten erlahme. Die US-Wettbewerbsbehörde hält in diesem Fall bereits den Beschaffungsmarkt von Beschränkungen frei, auch wenn sich keinerlei Auswirkungen auf den Verkaufsmärkten zeigen.¹¹²

III. Höhere Hürden für eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Einkauf als im Verkauf

Die Kommission sieht eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung durch eine Einkaufsvereinbarung erst dann,

wenn sie nicht wirklich den gemeinsamen Einkauf betrifft, sondern als Mittel zur Bildung eines verschleierte Kartells für verbotene Praktiken wie Preisfestsetzung, Produktionsbeschränkung oder Marktaufteilung genutzt wird.¹¹³

Um zu einer Festsetzung der Einkaufspreise zu gelangen, verlangt die Kommission, die wahrscheinlichen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen auf den Beschaffungsmarkt nach Art. 101 Abs. 1 AEUV zu prüfen.¹¹⁴ Ein klassisches *hardcore*-Kartell, wie eine Preisfestsetzung, ist auf Beschaffungsmärkten also noch nicht *per se* eine Wettbewerbsbeschrän-

112 Vgl. das *Competitive Statement* der klagenden United States, *U.S. v. Adobe Systems, Inc.* u. a., No. 1:10-cv—01629 (D.D.C. 2010); ebenso das Urteil über die sich anschließende *class action*, vgl. *In re High-Tech Employee Antitrust Litigation*, 856 F.Supp.2d 1103, 1123 (N.D. California 2012).

113 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 205.

114 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 206.

kung, sondern verlangt nach einer Wirkungsanalyse auf den Einkaufs- und Verkaufsmärkten.¹¹⁵ Bei Vermarktungsvereinbarungen zwischen konkurrierenden Anbietern hingegen sieht die Kommission die Festsetzung von Verkaufspreisen besonders kritisch.¹¹⁶

In der Literatur ruft dieses zweierlei Maß, an dem Preisfestsetzungen gemessen werden, nur wenige Reaktionen hervor.¹¹⁷ *Brinker* erklärt dies damit, dass in Folge des *more economic approach* die *per se*-Wettbewerbswidrigkeit immer mehr einer einzelfallbezogenen Wirkungsanalyse weiche.¹¹⁸

Wenn auch im Gegensatz dazu in der deutschen Literatur das Ende des *more economic approach* beschworen wird,¹¹⁹ kommen auch diese Kritiker nicht umher, eine grundlegende Ökonomisierung zu bestätigen. Auch wenn *Frenz* meint, der EuGH sehe in *GlaxoSmithKline* die Heranziehung des *more economic approach* als eine Verletzung des Unionsrechts an,¹²⁰ liegt der gerügte Rechtsfehler nur darin, den Nachweis eines wettbewerbswidrigen Zwecks von Nachteilen für die Endverbraucher abhängig gemacht zu haben.¹²¹ Der EuGH wendet sich nicht gegen den *more economic approach* als solchen, sondern nur gegen seine Zielsetzung zugunsten

115 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 207.

116 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 234.

117 Ausdrücklich erwähnt hingegen bei *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793, 800; Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 2, 2009, Grundfragen zu Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 261. Insbesondere die deutsche Literatur vertritt, dass Einkaufsvereinbarungen bereits eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, denn spiegelbildlich zur Preisfestsetzung auf Angebotsmärkten sei auch eine Preisfestsetzung auf Nachfragemärkten ein *hard-core*-Kartell nach Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV, vgl. *Dittrich*, Horizontale Rationalisierungskooperationen kleinerer und mittlerer Unternehmen, 2009, S. 284; *Immenga/Mestmäcker/Emmerich*, EG/Teil 1, 2007, Art. 81, Rn. 156; vgl. zu Asymmetrien in der Beurteilung von Anbieter- und Nachfragerverhalten *Harrison*, in: *Lianos/Sokol* (Hrsg.), *The Global Limits of Competition Law*, 2012, S. 54, 64 f.

118 *Schwarze/Brinker*, EU-Kommentar, 2009, Art. 81, Rn. 43.

119 Ausführlich zum „Abschied vom *more economic approach*“ *Frenz*, WRP 2013, 428 ff.; in diese Richtung auch *Behrens*, in: *FS Möschel*, 2011, S. 115, 128 f.; gemäßigt *Dittert*, EuR 2012, 570, 582.

120 Vgl. *Frenz*, WRP 2013, 428, der in diesem Aufsatz das Wohlergehen der Endverbraucher mit dem *more economic approach* gleichsetzt.

121 EuGH, Urteil vom 06.10.2009, Rs. C-501/06, *GlaxoSmithKline Services*, Slg. 2009, I-9291 (Tz. 64).

der Abnehmer.¹²² Es ging ihm, wie die im Urteil vorhergehenden Randnummern belegen, nicht darum, die Auswirkungsanalyse zu verwerfen, sondern die rein verbraucherorientierte Zielsetzung des Kartellrechts.¹²³

Allein, dass der EuGH in manch jüngeren Urteilen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung unabhängig von einer konkreten Auswirkungsanalyse erkennt,¹²⁴ muss nicht bedeuten, dass er den *more economic approach* ablehnt. Auch *Tomra* zum Kosten-Preis-Vergleich im Missbrauchsverbot in Art. 102 AEUV¹²⁵ spaltete in diesem Sinne die Geister.¹²⁶ Das stärkste Argument derer, die den EuGH als Totengräber des *more economic approach* sehen, liegt in der vom EuGH gebilligten Effizienzrede im Rahmen des Missbrauchsverbotes.¹²⁷ Sie orientiert sich an Art. 101 Abs. 3 AEUV und setzt voraus, dass der wirksame Wettbewerb nicht ausgeschaltet wird.¹²⁸ Doch billigt die europäische Rechtsprechung mit diesem Effizienzzeiwand gerade eine Auswirkungsanalyse über den Wortlaut des Tatbestandes hinaus. Dass dabei der wirksame Wettbewerb nicht ausgeschaltet werden darf,¹²⁹ zeigt nur, dass der EuGH unmittelbar bezweckt, den Wettbewerbsprozess zu erhalten, und sich nicht an mittelbaren Verbrauchervorteilen orientiert. Der EuGH mag in seiner jüngeren Rechtsprechung zum Missbrauchsverbot seine traditionelle prozessorien-

122 EuGH, Urteil vom 06.10.2009, Rs. C-501/06, *GlaxoSmithKline Services*, Slg. 2009, I-9291 (Tz. 63 f.).

123 EuGH, Urteil vom 06.10.2009, Rs. C-501/06, *GlaxoSmithKline Services*, Slg. 2009, I-9291 (Tz. 63 f.).

124 Beispielsweise in EuGH, Urteil vom 04.10.2011, Rs. C-403/08, *Football Association Premier League*, Slg. 2011, I-9083 (Tz. 140 ff.). Der EuGH sieht außerdem ausdrücklich vor, dass sich aus dem wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext ergeben kann, dass die streitgegenständlichen Klauseln den Wettbewerb nicht beeinträchtigen (Tz. 143).

125 EuGH, Urteil vom 19.04.2012, Rs. C-549/10, *Tomra Systems*.

126 *Tomra Systems* als eine Ablehnung des *more economic approach* verstehend Frenz, WRP 2013, 428, 429; ebenso als Ablehnung im Einzelfall auffassend Seitz, GRUR-Prax 2012, 245; a. A., die auch in *Tomra* eine Auswirkungsanalyse sieht, *Bien/Rummel*, EuZW 2012, 737, 739; gemäßigt eine wirtschaftliche Analyse erkennend *Dittert*, EuR 2012, 570, 582.

127 Frenz, WRP 2013, 428, 429.

128 EuGH, Urteil vom 27.03.2012, Rs. C-209/10, *Post Denmark* (Tz. 41 f.) bestätigt die Rechtsprechung des EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 86) und EuGH, Urteil vom 17.02.2011, Rs. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011, I-527 (Rn. 76).

129 EuGH, Urteil vom 27.03.2012, Rs. C-209/10, *Post Denmark* (Tz. 42).

tierte Linie weiterführen.¹³⁰ Dennoch zeigt sich auch eine von ihm bestätigte Ökonomisierung, wie die Umstände eines konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen,¹³¹ den Marktbeherrscher mit einem ebenso effizient arbeitenden Mitbewerber zu vergleichen¹³² und ihm einen Effizienzeinwand zu eröffnen.¹³³

Solange Wettbewerbshüter die Märkte eigenständig und unabhängig von Beschaffung oder Veräußerung betrachten, spielt es keine Rolle, ob die Parteien Einkaufs- oder Verkaufspreise vereinbaren. In beiden Fällen ist die Marktgegenseite (Lieferant oder Verbraucher) gezwungen, nicht marktgerechte Preise zu bezahlen oder zu erlösen. Gleichzeitig handeln die sich absprechenden Nachfrager in der Absicht, sich dem Wettbewerbsdruck des Marktes, der vor allem vom Preis geprägt ist, zu entziehen.¹³⁴ Daher beeinträchtigt jedenfalls in vertikaler Betrachtung eine Festsetzung des Einkaufspreises den wirtschaftlichen Handlungsspielraum der Anbieter.¹³⁵ Darüber hinaus können die Nachfrager durch einheitliche Einkaufspreise ihrer Rohstoffe oder Vorprodukte mittelbar die Verkaufspreise ihrer Produkte koordinieren und somit ein verschleiertes Kartell auf den Verkaufsmärkten erreichen.¹³⁶ Ein solches Kartell mit Wirkung auf die nachgelagerten Verkaufsmärkte stuft die Kommission wiederum als eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung ein.¹³⁷

Im Übrigen geht bereits der Wortlaut von Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV von einem gleichwertigen Schutz des Angebots- und Nachfragewettbe-

130 Dittert, EuR 2012, 570, 581 f.

131 EuGH, Urteil vom 27.03.2012, Rs. C-209/10, *Post Denmark* (Tz. 26); EuGH, Urteil vom 19.04.2012, Rs. C-549/10, *Tomra Systems* (Tz. 18, 43, 71).

132 EuGH, Urteil vom 27.03.2012, Rs. C-209/10, *Post Denmark* (Tz. 22, 25, 38).

133 EuGH, Urteil vom 27.03.2012, Rs. C-209/10, *Post Denmark* (Tz. 41); EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 86); EuGH, Urteil vom 17.02.2011, Rs. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011, I-527 (Rn. 76).

134 Pischel, EuZW 2005, 459, 462.

135 von der Groeben/Schwarze/Hatje/Schröter/Voet van *Vormizeele*, Europäisches Unionsrecht, 2015, Art. 101 AEUV, Rn. 117.

136 von der Groeben/Schwarze/Hatje/Schröter/Voet van *Vormizeele*, Europäisches Unionsrecht, 2015, Art. 101 AEUV, Rn. 117.

137 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 205.

werbs aus.¹³⁸ Diesen gleichwertigen Schutz des Lieferanten erfüllt die Kommission nur im Grundsatz.¹³⁹ Denn wie die einzelnen Ausführungen in den Horizontalleitlinien zeigen, schützt die Kommission Anbieter nicht immer spiegelbildlich zu Nachfragern.¹⁴⁰

Gerade die Vereinbarung von Einkaufspreisen erklärt *Posner*, Mitbegründer der ökonomischen Analyse des Rechts in Chicago, für das US-amerikanische Kartellrecht für *per se* rechtswidrig.¹⁴¹ Nachfragekartelle, deren Zweck darin liege, Einkaufspreise unter das Wettbewerbsniveau zu senken, seien ebenso *per se* rechtswidrig, wie Preisabsprachen unter Anbietern. Ein Monopol und ein Monopson seien symmetrische Beschränkungen des Wettbewerbs.¹⁴²

IV. 15 %-Schwelle des Marktanteils für wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen

Die Horizontalleitlinien sehen vor, dass erst ab einem gemeinsamen Marktanteil der Parteien von mehr als 15 % sowohl auf den Einkaufs- als auch auf den Verkaufsmärkten es wahrscheinlich ist, dass eine Einkaufsvereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat.¹⁴³

Zwar geht die Kommission von keiner absoluten Schwelle für Marktanteile aus, bei deren Überschreiten die Parteien einer Einkaufsvereinbarung marktmächtig würden, so dass die Vereinbarung wettbewerbsbeschrän-

138 Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV sagt in gekürzter Form:

Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen [...], welche [...] eine Verhinderung [...] des Wettbewerbs [...] bezwecken oder bewirken, insbesondere die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise [...].

139 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 200 ff.; Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 260 m.w.N.

140 Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 2, 2009, Grundfragen zu Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 261.

141 *Vogel v. American Society of Appraisers*, 744 F.2d 598, 601 (7th Cir. 1984).

142 *Vogel v. American Society of Appraisers*, 744 F.2d 598, 601 (7th Cir. 1984).

143 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 208.

kende Auswirkungen im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV hätte.¹⁴⁴ Doch meint sie, bei einem gemeinsamen Marktanteil von weniger als 15 % auf den Einkaufs- und Verkaufsmärkten sei es unwahrscheinlich, dass eine gemeinsame Einkaufsregelung Marktmacht begründe. Jedenfalls seien dann wohl auch die Voraussetzungen einer Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gegeben. Oberhalb dieser 15 %-Schwelle existiere kein Automatismus, dass die nachfragende Kooperation marktmächtig sei. Vielmehr seien dann im Einzelfall die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen auf den Markt zu prüfen.¹⁴⁵

Die 15 %-Schwelle, deren Über- oder Unterschreiten zwar keine unmittelbaren Rechtsfolgen nach sich zieht, die aber dennoch existiert und angewendet wird, ist zu hoch.¹⁴⁶ Bereits weit unterhalb dieser Marke können sich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf Beschaffungsmärkten zeigen.¹⁴⁷ Eine spiegelbildliche Betrachtung von Angebots- und Nachfragemacht reicht hinsichtlich kritischer Schwellenwerte nicht aus. Für Vertriebsvereinbarungen, die spiegelbildlich Einkaufsvereinbarungen entsprechen, sieht die Kommission die kritische Schwelle für Marktmacht ebenso bei einem gemeinsamen Marktanteil der Parteien von 15 %.¹⁴⁸

Nachfragekartelle sind jedoch deutlich stabiler als Vertriebskartelle und damit wettbewerbschädlicher. Bei einem Vertriebskartell besteht für jeden Kartellanten der Anreiz, neben der Vereinbarung weitere Produkte am Kartell vorbei zu verkaufen.¹⁴⁹ Damit droht einem Vertriebskartell ständig der Zerfall durch abtrünniges Verhalten der eigenen Kartellanten. Umgekehrt besteht im Fall einer Einkaufsvereinbarung kein Anreiz für die Nachfrager, neben der Vereinbarung weitere Güter einzukaufen. Wegen

144 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 208.

145 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 209.

146 Generell gegen die Bestimmung von wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen mittels Marktmacht Immenga/Mestmäcker/Emmerich, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 101 Abs. 1, Rn. 117; die typologische Bedeutung der 15 %-Schwelle betonend Säcker/Mohr, WRP 2011, 793, 803.

147 Bontrup, WRP 2006, 225, 228; kritisch auch Dittrich, Horizontale Rationalisierungskooperationen kleiner und mittlerer Unternehmen, 2009, S. 286.

148 Vgl. EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 240 f.

149 Kerber, Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht, 1989, S. 341.

des geringeren Einkaufsvolumens würden die einzelnen Nachfrager nie der Kooperation vergleichbare Konditionen erhalten können.¹⁵⁰ Daher besteht unabhängig von einem Bezugszwang eine Einkaufskooperation in der Regel stabiler und länger als eine Vertriebsgemeinschaft. Je erfolgreicher ein Nachfragekartell arbeitet, desto geringere Preise erreicht es bei den Lieferanten, desto weniger Interessengegensätze gibt es innerhalb der Kartellanten, desto länger und enger hält es zusammen und desto gefährlicher ist es für den Wettbewerb.¹⁵¹

Strukturell ist der Lieferant dem Anbieter unterlegen, weil auf den Märkten in der Regel ein Angebotsüberhang herrscht. Daher ist der Lieferant von den einzelnen Nachfragern stärker abhängig als die Nachfrager von den Lieferanten. Die Nachfrage lässt sich auch durch verkaufsfördernde Aktionen nicht beliebig steigern. Insofern führt der Verlust eines Nachfragers zu einem Umsatzrückgang, selbst wenn der Anteil am Gesamtumsatz nur gering war.¹⁵² Diesem strukturellen Nachteil der Anbieter wird die 15 %-Schwelle, die spiegelbildlich auch die Marktmacht in Vertriebskartellen bewertet, nicht gerecht.

Ökonomisch ist es zweifelhaft, den Marktanteil der Nachfrager auf den Verkaufsmärkten mitzubersichtigen, um die wettbewerbsbeschränkende Wirkung einer Einkaufskooperation zu belegen. Damit möchte die Kommission erkennen, inwieweit Einkaufsvorteile auf nachgelagerte Märkte weitergegeben werden. Es ist aber – zumindest nach dem Monopsonmodell – nicht korrekt, dass die Gestaltung des Verkaufspreises vom Einkaufspreis abhängt.¹⁵³ Die den Verkaufspreis maßgeblich beeinflussenden Grenzkosten liegen beim Monopsonisten nicht niedriger als bei im Wettbewerb stehenden Unternehmen.¹⁵⁴ Soweit der Monopsonist auf den Verkaufsmärkten im intensiven Wettbewerb steht, werden diese Marktverhältnisse seinen Verkaufspreis beeinflussen. Ist der Monopsonist auch auf dem Verkaufsmarkt marktbeherrschend, wird er sogar höhere Preise als in

150 Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Nordemann, Kartellrecht, 2016, Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 90; Kerber, Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht, 1989, S. 341 f.; in diesem Sinne auch *Fikentscher*, WuW 1960, 680, 684.

151 Vgl. Kerber, Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht, 1989, S. 342.

152 Köhler, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, 1979, S. 10.

153 Blair/Harrison, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 45 ff.; ausführlich ab S. 112.

154 Blair/Harrison, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 46.

einer vergleichbaren Wettbewerbssituation verlangen. Die durch den niedrigeren Einkaufspreis gesunkenen durchschnittlichen Herstellungskosten werden also nicht an die Verbraucher weitergegeben, sondern erhöhen allein den Gewinn des Unternehmens.¹⁵⁵ Insofern hat die von der Kommission in die Beurteilung einbezogene Marktanteilsschwelle von 15 % sowohl auf den Einkaufs- als auch auf den Verkaufsmärkten¹⁵⁶ nur eine beschränkte Aussagekraft, dass Verbraucher von Nachfragemacht profitieren könnten.

Diesem Monopsonmodell steht das Modell von Nachfragemacht als Verhandlungsmacht gegenüber.¹⁵⁷ Dieses Modell geht davon aus, dass im Falle von Nachfragemacht die nachgefragte Menge nicht sinke, sondern steige.¹⁵⁸ Auch geben in diesem Modell die verhandlungsstarken Händler ihre niedrigeren Einstandspreise an die Endkunden weiter, um sich im Wettbewerb mit anderen Anbietern zu profilieren.¹⁵⁹ Anders als bei Angebotsmacht lassen sich jedoch keine spezifischen Schwellenwerte ableiten, die zu einer Vermachtung führen.¹⁶⁰ Gerade auch relativ kleine Abnehmer können in diesem Modell nachfragemächtig sein.

Ein vergleichsweise kleiner Lebensmitteleinzelhändler kann beispielsweise einzelne lokale Räume flächendeckend abdecken.¹⁶¹ Ihm kommt dann wegen seiner lokalen Monopolmacht eine sog. Türsteherfunktion (*gatekeeper*) für die lokalen Räume zu. Der kleine Türsteher kann nun gegenüber den Lieferanten insofern verhandlungsmächtig sein, da nur über sein Sortiment einzelne lokale Märkte zugänglich sind. Ein anderer Lebensmitteleinzelhändler ist möglicherweise umsatzstärker, aber überwiegend in städtischen Ballungszentren aktiv, wo eine starke Konkurrenzsituation der Lebensmittelketten herrscht. Der große Lebensmittelhändler

155 Blair/Harrison, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 47.

156 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 208.

157 Inderst, WuW 2008, 1261, 1263; Inderst/Wey, *Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht*, 2007, S. 7 ff.; ausführlich ab S. 179.

158 Inderst, WuW 2008, 1261, 1264.

159 Inderst, WuW 2008, 1261, 1268.

160 Inderst, WuW 2008, 1261, 1268, 1271.

161 Beispiel angelehnt an den finnischen Lebensmitteleinzelhandel, vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 20.11.1996, Fall M.784, ABl. 1997 Nr. L 110, Rn. 133, 150 – *Kesko/Tuko*; Inderst/Wey, *Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht*, 2007, S. 10, 14.

verfügt zwar über höhere Marktanteile, hat jedoch keine dem kleinen Händler vergleichbare quasi-exklusive Stellung in einzelnen Räumen.

Dieses Beispiel zeigt, dass einerseits Nachfragemacht nicht unmittelbar mit der Größe der Abnehmer zusammenhängen muss. Andererseits zeigt es, dass auch Abnehmer mit überregional geringen Marktanteilen auf einzelnen örtlich begrenzten Märkten nachfragemächtig sein können.

Angesichts des sich in den Grundannahmen widersprechenden Monopson- und Verhandlungsmachtmodells sind die ökonomischen Wirkungen von Nachfragemacht zwar nicht abschließend geklärt.¹⁶² Es scheint jedoch, dass eine Fixierung auf Schwellenwerte den wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen von Einkaufsvereinbarungen nicht gerecht wird.

Das Bundeskartellamt verfolgt demgegenüber einen von der Kommission abweichenden Ansatz, um zu beurteilen, ob eine Einkaufskooperation wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zeigt. Es berücksichtigt nicht den Marktanteil der kooperierenden Unternehmen auf den Verkaufsmärkten.¹⁶³ Folglich fallen dann auch Einkaufskooperationen mit einem relativ geringen Marktanteil unter das Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV. Diese Einkaufskooperationen seien dann aber nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gerechtfertigt, weil sie typischerweise zu Effizienzgewinnen führten.¹⁶⁴ Im Ergebnis bewerten das Bundeskartellamt und die europäische Kommission die kartellrechtliche Zulässigkeit von Einkaufskooperationen identisch, wenn auch auf unterschiedlichem Wege.

Der BGH hält es für zulässig, bestimmte Grenzwerte zu verwenden, ab denen ein Nachfrager marktmächtig ist, um die kartellbehördlichen Befugnisse sachgerecht ausüben zu können.¹⁶⁵ Dieser müsse jedoch im Einzelfall auf dem konkreten Markt ermittelt werden, ein pauschaler Wert werde den speziellen Gegebenheiten nicht gerecht.¹⁶⁶ Für die Bestimmung der Abhängigkeit im Rahmen des Missbrauchstatbestandes nach § 20 Abs. 2

162 Das US-Recht folgt eher dem Monopson-Modell, während sich das europäische Recht ökonomisch nicht eindeutig positioniert, vgl. *Mand/Malkus*, Stellungnahme zur kartellrechtlichen Bewertung von Einkaufskooperationen durch die Horizontalleitlinien der Kommission, 2010, S. 6 f.

163 Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 10; Bundeskartellamt, Beschluss vom 28.10.2010, Az. B2-52/10 – *EDEKA/trinkgut*.

164 Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 10.

165 Zum Missbrauchsverbot BGH, Beschluss vom 24.09.2002, Az. KVR 8/01, BGHZ 152, 97 (Rn. 32) – *Konditionenanpassung*.

166 BGH, Beschluss vom 24.09.2002, Az. KVR 8/01, BGHZ 152, 97 (Rn. 32) – *Konditionenanpassung*.

BGB erwähnt der BGH Marktanteile von 7,5 % oder auch von deutlich über 10 %.¹⁶⁷ Der Marktanteil auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt spielt in seinen Erwägungen keine Rolle.

V. Zwischenergebnis

Diese Ausführungen zeigen, dass die Horizontalleitlinien der Kommission formal auf den Schutz des Lieferanten eingehen. Qualitativ zeigen sich jedoch Schwachstellen. Die Kommission schützt zwar im Bereich der 15 %-Marktanteilsschwelle den Lieferanten zunächst spiegelbildlich zum Abnehmer. Doch verknüpft sie die Beurteilung der wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen mit dem Marktanteil der Nachfrager auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt. Auch in anderen Bereichen, beispielsweise bei einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung, zeigt sich die Kommission offen gegenüber Effizienzerwägungen, die in der Regel den Preis auf Verbrauchermärkten zum Gegenstand haben werden. Sie sieht also keinen isolierten Schutz des Marktprozesses auf dem Beschaffungsmarkt vor, sondern greift nur abhängig von nachgelagerten Verbraucherwirkungen ein.

C) Unzulänglichkeiten des Lieferantenschutzes im Diskussions- und im Prioritätenpapier

Die Kommission hat in mehreren jüngeren Äußerungen klargestellt, dass sie den Missbrauchstatbestand des Art. 102 AEUV zukünftig ökonomischer und auswirkungsbezogener verstehen möchte. In diesen Mitteilungen zeigt sich, wie in den übrigen Fallgruppen auch, dass die Kommission vorgelagerte Märkte nur abhängig von Auswirkungen auf nachgelagerte Verbrauchsmärkte für schutzwürdig hält.

¹⁶⁷ BGH, Beschluss vom 24.09.2002, Az. KVR 8/01, BGHZ 152, 97 (Rn. 33) – *Konditionenanpassung*.

I. Bedeutung des Diskussions- und des Prioritätenpapiers

Die aktuellsten Äußerungen der EU-Kommission zum Behinderungsmisbrauch finden sich im Diskussionspapier (von 2005)¹⁶⁸ und im Prioritätenpapier (von 2009).¹⁶⁹ Beide Papiere widmen sich einem ökonomisch-verbraucherorientierten Ansatz. Das Diskussionspapier hat ihn begründet, das Prioritätenpapier führt ihn in abgeschwächter Form fort. In diesen Papieren erläutert die Kommission, welche Prioritäten sie zukünftig bei der Durchsetzung des Behinderungstatbestandes setzen wird. Die Äußerungen sollen Art. 102 AEUV ergänzen und für einen klaren und vorhersehbaren Prüfungsrahmen sorgen.¹⁷⁰

Das Diskussions- (2005) und Prioritätenpapier (2009) sind die Antwort der Kommission auf die Vorwürfe, die Dogmatik der Missbrauchsaufsicht sei in ordoliberaler Tradition zu formalistisch¹⁷¹ und berücksichtige zu wenig die konkreten Auswirkungen im Einzelfall.¹⁷² Auch erfuhr die Kommission im Jahr 2002 in drei Urteilen des EuG zu Fällen der Fusionskontrolle harsche Kritik an ihrer ökonomischen Argumentation, da ihr Prüfungsansatz ökonomische Prinzipien nicht ausreichend würdige.¹⁷³ Über einen längeren Zeitraum betrachtet zeigt jedoch der Vorwurf, die Kommission vernachlässige ökonomische Auswirkungen des unternehmerischen Verhaltens, in der Regel keine Wirkung. Ihre Entscheidungen werden größtenteils gerichtlich bestätigt.¹⁷⁴

168 EU-Kommission, Diskussionspapier zur Anwendung des Art. 82 EG, 2005, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.02.2015).

169 EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), ABl. 2009 Nr. C 45/7.

170 EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 2.

171 Möller, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischen Kartellrecht, 2008, S. 213; *Kallaughher/Sher*, ECLR 263, 268 (2004).

172 *Gormsen*, ECLR 45, Fn. 8 (2010); *Hellwig*, Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung: Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, 2007, S. 9.

173 Vgl. EuG, Urteil vom 06.06.2002, Rs. T-342/99, *Airtours*, Slg. 2002, II-2585; EuG, Urteil vom 22.10.2002, Rs. T-310/01, *Schneider Electric*, Slg. 2002, II-4071; EuG, Urteil vom 25.10.2002, Rs. T-5/02, *Tetra Laval*, Slg. 2002, II-4381.

174 *Bellis/Kasten*, 55 Antitrust Bull. 915, 917 (2010).

Inhaltlich hat sich die Kommission im Prioritätenpapier gegenüber dem Diskussionspapier zurückgenommen. Sie formuliert ihre Prioritäten, wie sie den Behinderungsmisbrauch versteht, nurmehr vorsichtig und offen. Auch verstärkt sie die Wirkungsanalyse und somit eine ökonomische Herangehensweise an den Missbrauchs begriff. Die Kommission geht in der Prioritätenmitteilung jedoch nicht völlig zu einem *effects-based approach* über,¹⁷⁵ sondern behält ihre Wurzeln des *form-based approach* bei. Sie untersucht nicht zwingend die tatsächlichen Auswirkungen eines Verhaltens, sondern begnügt sich mit den möglichen oder wahrscheinlichen Auswirkungen.¹⁷⁶ Auch enthalten die Papiere zahlreiche Möglichkeiten, im Einzelfall von den Festsetzungen des Prioritätenpapiers abzuweichen:

So behält sich die Kommission vor, zusätzlich zu den Durchsetzungsprioritäten „die Tatsachen und Umstände des jeweiligen Einzelfalls“ zu berücksichtigen.¹⁷⁷ Sie kann „den in dieser Mitteilung erläuterten Ansatz in dem Maße anpassen, das im jeweiligen Fall vernünftig und zweckmäßig erscheint“.¹⁷⁸ Die Kommission kann neben den im Prioritätenpapier genannten allgemeinen und besonderen Faktoren der Wirkungsanalyse auch „alle weiteren geeigneten Faktoren“ prüfen.¹⁷⁹ Schließlich kann in bestimmten Fällen „die Kommission auf eine eingehende Untersuchung verzichten und dennoch zu dem Schluss kommen, dass das fragliche Verhalten wahrscheinlich den Verbrauchern schaden wird.“¹⁸⁰

Ihrer Mitteilung sind also zahlreiche Möglichkeiten immanent, einer eingehenden ökonomischen Analyse wieder zu entkommen. *Möschel* bezeichnet daher die Prioritätenmitteilung als „Eiertanz“.¹⁸¹ Sie zeige ein wenig konsistentes Bild zwischen Verbraucherschutz und Schutz des

175 So noch gefordert von *Gual/Hellwig/Perrot/Polo/Rey/Schmidt/Stenbacka* (Economic Advisory Group on Competition Policy), *An economic approach to Article 82*, 2005.

176 *Kellerbauer*, in: *Möschel* (Hrsg.), *50 Jahre Wettbewerbsgesetz in Deutschland und Europa*, 2010, S. 69, 86.

177 EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 8.

178 EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 8.

179 EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 21.

180 EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 22.

181 *Möschel*, JZ 2009, 1040, 1044.

Wettbewerbsprozesses sowie eine nur vage Berücksichtigung von Effizienzen.

Für die vorliegende Untersuchung sind insbesondere die grundlegenden Neuerungen in der Missbrauchskontrolle von Interesse: so der tatbestandliche Verbrauchernachteil, die Rechtfertigungsmöglichkeit eines missbräuchlichen Verhaltens durch Effizienzvorteile und die damit zu untersuchende (möglicherweise) verbundene Verschiebung des Schutzzweckes auf die Verbraucher.

II. Schutzzweckverschiebung in Richtung Konsumentenwohlfahrt

Das Diskussions- und das Prioritätenpapier deuten darauf hin, dass die Kommission den Schutzzweck des Missbrauchsverbots vom umfassenden Wettbewerbsschutz hin zu einem Schutz der Konsumentenwohlfahrt verschiebt.

Ein Schutzzweck der Konsumentenwohlfahrt beeinträchtigt die Interessen der Lieferanten insofern, als missbräuchliche Verhaltensweisen gegenüber Anbietern nicht verfolgt werden, solange sie der Konsumentenwohlfahrt dienen.¹⁸² Sowohl das Diskussions- als auch das Prioritätenpapier beschränken sich auf den Behinderungsmissbrauch. Dies genügt, um hier einen mangelnden Lieferantenschutz zu illustrieren, denn vorgelagerte Anbieterpositionen sind weitestgehend über den Behinderungsmissbrauch angreifbar. Der Behinderungsmissbrauch wirkt zwar eher in horizontaler Richtung und richtet sich gegen Wettbewerber auf dem gleichen oder auf benachbarten Märkten. Bei Art. 102 AEUV dominiert allerdings der Behinderungswettbewerb in vertikaler Richtung, der sich jedoch horizontal auf die übrigen (nachfragenden) Wettbewerber und den Restwettbewerb auswirkt.¹⁸³ Der Tatbestand des Behinderungsmissbrauchs verfolgt den Zweck, den funktionsfähigen Wettbewerb auf dem beherrschten und den

182 Ein ähnlicher Zielkonflikt ergibt sich auch bei einer Marktabschottung zu Lasten EU-ausländischer Wettbewerber, die dem Konsumenten auf den nationalen Märkten weder günstigere Preise noch bessere Produkte bieten würden als das marktbeherrschende Unternehmen. Diese Unternehmen würden dennoch den Wettbewerb fördern, ohne dass die Verbraucher unmittelbar profitierten; vgl. *Kellerbauer*, in: *Möschel* (Hrsg.), 50 Jahre Wettbewerbsgesetz in Deutschland und Europa, 2010, S. 69, 87.

183 *Immenga/Mestmäcker/Fuchs/Möschel*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 102, Rn. 199.

vor- und nachgelagerten Märkten zu erhalten. Daher ist ein Missbrauch in vertikalen Handelsbeziehungen vom Behinderungstatbestand erfasst.

1. Unklare Positionierung der Kommission zum Schutzzweck

Die Kommission schwankt in ihren Äußerungen zwischen einem Schutz des Wettbewerbsprozesses und einem Schutz der Konsumentenwohlfahrt. Im Diskussionspapier äußerte sich die Kommission explizit zum Schutzzweck der Missbrauchskontrolle: Ex-Art. 82 EG schütze den Wettbewerb als ein Mittel zur Steigerung der Verbraucherwohlfahrt und zur Gewährleistung einer effizienten Ressourcenallokation:¹⁸⁴

With regard to exclusionary abuses the objective of Article 82 is the protection of competition on the market as a means of enhancing consumer welfare and of ensuring an efficient allocation of resources.

Der Wettbewerb sei nicht aus sich selbst heraus zu schützen, sondern nur als Mittel zu einem weiterreichenden Zweck der Konsumentenwohlfahrt. Diese Position formulierte die damalige Wettbewerbskommissarin *Neelie Kroes* noch deutlicher:¹⁸⁵

In our view, the objective of Article 82 is the protection of competition on the market *as a means* of enhancing consumer welfare and ensuring an efficient allocation of resources. [...] My own philosophy on this is fairly simple. First, it is competition, and not competitors, that is to be protected. Second, *ultimately the aim is to avoid consumers harm*. I like aggressive competition – including by dominant companies – and I don't care if it may hurt competitors – as long as it ultimately benefits consumers.

184 EU-Kommission, Diskussionspapier zur Anwendung des Art. 82 EG, 2005, Rn. 4 (wortgleich auch Rn. 54, annähernd wortgleich in Rn. 88), <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.02.2015); vgl. dazu auch *Bulst*, *RabelsZ* 2009, 703, 707; *Möller*, *Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischen Kartellrecht*, 2008, S. 214; *Akman*, 32 *World Competition* 71, 78 (2009).

185 *Kroes*, *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82*, Speech at the Fordham Corporate Law Institute, New York, 23.09.2005 (Hervorhebungen durch den Autor). Vgl. zum Verbraucherschutz als Selbstzweck *Drexel*, in: *FS FIW*, 2010, S. 175, 187.

Gleichwohl erkennt die Kommission, dass der Wettbewerbsprozess im Grunde erforderlich ist, um auch die langfristigen Wettbewerbsparameter, wie Innovation, Qualität und Vielfalt, erhalten zu können.¹⁸⁶

Ultimately the protection of rivalry and the competitive process is given priority over possible pro-competitive efficiency gains.

In abgeschwächter Form führt das spätere Prioritätenpapier diesen Sinneswandel weiter. Dort äußert sich die Kommission ambivalent sowohl in Richtung eines Verbrauchervorteils als auch in Richtung, den Wettbewerb an sich zu schützen.¹⁸⁷

Wettbewerb kommt den Verbrauchern in Form niedrigerer Preise, höherer Qualität und eines größeren Angebots an neuen oder verbesserten Waren und Dienstleistungen zugute. Deshalb wird die Kommission bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts darauf achten, dass die Märkte reibungslos funktionieren und die Verbraucher von der Effizienz und Produktivität profitieren, die ein wirksamer Wettbewerb zwischen Unternehmen hervorbringt.

Mit ihrem Vorgehen im Falle von Behinderungsmissbrauch will die Kommission in erster Linie den Wettbewerbsprozess im Binnenmarkt schützen und sicherstellen, dass Unternehmen in marktbeherrschender Stellung ihre Wettbewerber nicht durch andere Mittel als die Wettbewerbsfähigkeit ihrer Produkte bzw. Dienstleistungen vom Markt ausschließen. Dabei geht es der Kommission vor allem darum, den Wettbewerbsprozess und nicht einfach die Wettbewerber zu schützen.

Die Kommission betont im Prioritätenpapier deutlich stärker den Wert des Wettbewerbsprozesses als im Diskussionspapier.¹⁸⁸ Dennoch sagt sie auch:¹⁸⁹

Die Kommission vertritt die Auffassung, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen auch ein zur Ausschließung von Wettbewerbern führendes Verhalten mit Effizienzvorteilen begründen kann, die ausreichend sind, um zu gewährleisten, dass dadurch wahrscheinlich den Verbrauchern unter dem Strich kein Schaden entsteht.

186 EU-Kommission, Diskussionspapier zur Anwendung des Art. 82 EG, 2005, Rn. 91, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.02.2015).

187 EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 5 f. (Hervorhebungen durch den Autor).

188 Noch deutlicher Langen/Bunte/*Bulst*, Europäisches Kartellrecht, 2014, Art. 102, Rn. 18.

189 EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 30.

Die Kommission duldet also beschränkte Wettbewerbsprozesse, solange den Verbrauchern kein Schaden entsteht. Das marktbeherrschende Unternehmen müsse nachweisen, dass den Verbrauchern kein Schaden entsteht. Für diesen Nachweis sieht die Kommission vier Voraussetzungen vor. Unter anderem heißt es im vierten Spiegelstrich:¹⁹⁰

Durch das Verhalten wird der *wirksame Wettbewerb nicht ausgeschaltet*, indem alle bzw. fast alle bestehenden Quellen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbs zum Versiegen gebracht werden. Die *Rivalität zwischen Unternehmen ist ein wichtiger Faktor wirtschaftlicher Effizienz*, u. a. für dynamische Effizienzvorteile in Form von Innovationen. Ohne sie hätte das marktbeherrschende Unternehmen keinen Anreiz, sich um Effizienzvorteile zu bemühen und diese weiterzugeben. *Gibt es keinen Restwettbewerb und droht in absehbarer Zeit kein Markteintritt, wird dem Schutz der Rivalität und des Wettbewerbsprozesses Vorrang vor möglichen Effizienzvorteilen eingeräumt. Marktverschließendes Verhalten, das eine marktbeherrschende, monopolähnliche Stellung aufrechterhält, schafft oder verstärkt, kann nach Auffassung der Kommission normalerweise nicht mit damit einhergehenden Effizienzvorteilen gerechtfertigt werden.*

Die Kommission hält sich also weiterhin beide Zielrichtungen, auch den Schutz des Wettbewerbsprozesses, offen.

2. Zusammenhang der Mitteilungen mit dem more economic approach

Die Aussagen der Kommission sind in einem Gesamtkontext zu lesen und einzuordnen. Die Kommission führt in diesen Papieren den *more economic approach* in die Missbrauchskontrolle ein. Er ist vor allem durch eine Auswirkungsanalyse und Stärkung der Konsumentenwohlfahrt gekennzeichnet. Auch vor Veröffentlichung des Diskussionspapiers im Jahre 2005 ließ die Kommission immer wieder den *more economic approach* in ihre Entscheidungen einfließen. Sie maß ihm jedoch keine Rechtserheblichkeit bei. In der *Microsoft*-Entscheidung im Bereich der Produktkopplung von Betriebssystem und Medienabspielprogramm vollzog die Kommission eine frühe Wirkungsanalyse.¹⁹¹ Sie untersuchte die Auswirkungen

190 EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 30.

191 EU-Kommission, Entscheidung vom 24.03.2004, Fall C-3/37.792, Rn. 842 ff. – *Microsoft*; vgl. eine ausführliche Darstellung der Kommissionspraxis und korrespondierenden Rechtsprechung bei *Kellerbauer*, in: *Möschel* (Hrsg.), 50 Jahre Wettbewerbsgesetz in Deutschland und Europa, 2010, S. 69, 78.

der Koppelung auf den Markt für Medienabspielprogramme, um das tatsächliche wettbewerbsbeschränkende Potential festzustellen. Das EuG bestätigte die Entscheidung und bemerkte:¹⁹²

Dass die Kommission die konkreten Auswirkungen, die durch das fragliche Kopplungsgeschäft auf dem Markt bereits entstanden waren, sowie dessen mutmaßliche weitere Entwicklung untersuchte, statt sich – wie sonst normalerweise in den Fällen missbräuchlicher Kopplungsgeschäfte – auf die Erwägung zu beschränken, dass das genannte Kopplungsgeschäft *per se* eine Ausschlusswirkung auf dem Markt entfaltete, bedeutet [...] nicht, dass die Kommission eine neue Rechtstheorie angewandt hat.

Das Gericht bestätigte, dass die Kommission richtig festgestellt habe, „dass die Kopplung von Windows und Windows Media Player mit einiger Wahrscheinlichkeit zu einer Schwächung des Wettbewerbs führe.“¹⁹³ Das Gericht verlangte darüber hinaus aber keinen weiteren Beweis konkreter Auswirkungen.¹⁹⁴ Ob das EuG in diesem Urteil nun dem *more economic approach* folgt, weil es eine Auswirkungsanalyse genehmigt, oder ihn ablehnt, weil die Kommission damit gerade keine „neue Rechtstheorie“ angewendet habe, bleibt eine offene Frage.¹⁹⁵ Angesichts der unbestimmten Inhalte und vagen Bedeutung von „*more economic approach*“ und „neuer Rechtstheorie“ bleibt als handfeste Aussage des Urteils, dass das EuG der Auswirkungsanalyse nicht widersprochen hat.

Die Äußerungen der Kommission im Diskussions- und Prioritätenpapier sind also Ausdruck ihrer jüngeren Entscheidungspraxis. Im Diskussionspapier hat sie – wie die ablehnenden Reaktionen zeigen – zwar überraschend deutliche Worte gefunden. Doch auch das gemäßigte Prioritätenpapier lässt sich als konsequenter Schritt in Richtung einer immer stärker zu berücksichtigenden Wirkungsanalyse verstehen. Gleichzeitig ist das Prioritätenpapier inhaltlich jedoch so vage und offen formuliert, dass ein wirklicher Richtungswechsel hin zu einem *effects-based approach* damit nicht

192 EuG, Urteil vom 17.09.2007, Rs. T-201/04, *Microsoft*, Slg. 2007, II-3601 (Tz. 1035, ähnlich Tz. 868).

193 EuG, Urteil vom 17.09.2007, Rs. T-201/04, *Microsoft*, Slg. 2007, II-3601 (Tz. 1089).

194 Vgl. zu weiteren Beispielen der Kosten-Preis-Schere und den Kampfpreisen *Kellerbauer*, in: *Möschel* (Hrsg.), 50 Jahre Wettbewerbsgesetz in Deutschland und Europa, 2010, S. 69, 79 ff.

195 Als Ablehnung des *more economic approach* verstehend *Frenz*, WRP 2013, 428, 431.

verbunden ist.¹⁹⁶ Hinzu kommt, dass die Verlautbarungen wohl innerhalb der Kommission derart umstritten waren, dass ein deutlicherer Anspruch nicht möglich war.¹⁹⁷

So fehlt beispielsweise ein Maßstab, inwieweit Effizienzgewinne berücksichtigt werden können und ab welchem Grad der Wettbewerbsprozess unerträglich geschwächt ist. Das wäre der Fall, wenn das Unternehmen durch die Effizienzgewinne den Vorsprung gegenüber den übrigen Wettbewerbern zu sehr vergrößert und darunter der gesamte Wettbewerb leidet.¹⁹⁸ Denn einerseits können Unternehmen Effizienzgewinne ihres Verhaltens nachweisen, um es zu rechtfertigen. Aber andererseits können diese nachgewiesenen Auswirkungen insofern gegen das Unternehmen verwendet werden, als sie die Prinzipien von Wettbewerbsprozess und Rivalität zu sehr einschränken. Diese tatbestandliche und begriffliche Zweiseitigkeit würde vermieden, wenn die Effizienzgewinne bereits auf den Missbrauchs begriff einwirkten. Denn dann läge kein tatbestandlicher Missbrauch vor, so dass es auch keine Abwägung der Effizienzgewinne mit dem Restwettbewerbsprozess bedürfte. Zur Bestimmung des Missbrauchs begriffes ist ohnehin eine Abwägung vorzunehmen, so dass auch in diesem Rahmen Effizienzgewinne berücksichtigt werden könnten.¹⁹⁹ Auf derartige Schwierigkeiten, Effizienzen angemessen mit dem Wettbewerbsprozess in Einklang zu bringen, geht die Kommission jedoch nicht ein.

3. Bindungswirkung der beiden Kommissionspapiere

Vom Diskussionspapier geht nach eigener Aussage der Kommission keine Bindungswirkung aus, nicht einmal für sie selbst.²⁰⁰ Seiner Rechtsnatur nach handelt es sich eben nur um ein Diskussionspapier. Es war von der

196 Vgl. ausführlich zur Inhalt und Formulierung des Diskussionspapiers *Möller*, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischen Kartellrecht, 2008, S. 213 ff.

197 *Möschel*, JZ 2009, 1040, 1044; Langen/Bunte/*Nothdurft*, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 19, Rn. 25.

198 *Wirtz/Möller*, WuW 2006, 226, 234 bezeichnen diesen negative Nachweiswirkung als „*efficiency attack*.“

199 *Wirtz/Möller*, WuW 2006, 226, 234.

200 EU-Kommission, Diskussionspapier zur Anwendung des Art. 82 EG, 2005, Rn. 7, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (zuletzt

Kommission ursprünglich als Entwurf für Leitlinien zur Anwendung von ex-Art. 82 EG auf Behinderungsmisbräuche geplant.²⁰¹ Die Kommission hat es nicht als offizielles Dokument im Amtsblatt veröffentlicht.

Das Prioritätenpapier hat die Kommission als „Mitteilung der Kommission“ im Amtsblatt veröffentlicht. Diese Arbeit bezeichnet es als „Prioritätenpapier“, andere Autoren nennen es „Guidance Paper“²⁰², „Durchsetzungsprioritäten“²⁰³, „Prioritätenmitteilung“²⁰⁴ oder gar „Missbrauchsleitlinien.“²⁰⁵ Seiner Rechtsnatur nach handelt es sich um eine rein informativische Mitteilung. Sie entfaltet keine rechtlich verbindliche Außenwirkung.²⁰⁶ Die Kommission bindet sich zwar selbst,²⁰⁷ nicht aber mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörden oder Gerichte.²⁰⁸ Das Prioritätenpapier soll den betroffenen Unternehmen zeigen, welche Arten des Missbrauchs die Kommission in Zukunft aufgreifen werde – wo sie eben ihre Prioritäten setze. Die Mitteilung habe den Zweck, die Klarheit und Vorhersehbarkeit ihrer Entscheidungen zu steigern.²⁰⁹ Der Kommission geht es um einen möglichst wirksamen Einsatz ihrer Ressourcen. Daher konzentriere sie sich auf die Verhaltensweisen, die einen Verbrauchernachteil begrün-

abgerufen am 20.02.2015); Langen/Bunte/*Bulst*, Europäisches Kartellrecht, 2014, Art. 102, Rn. 30.

201 *Wirtz/Möller*, WuW 2006, 226, 228; *Gormsen*, ECLR 45 (2010); Langen/Bunte/*Nothdurft*, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 19, Rn. 25.

202 Langen/Bunte/*Nothdurft*, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 19, Rn. 25.

203 Langen/Bunte/*Nothdurft*, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 19, Rn. 25; *Podszun*, GWR 2009, 276407; *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Jung*, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 102, Rn. 15.

204 *Kellerbauer*, in: *Möschel* (Hrsg.), 50 Jahre Wettbewerbsgesetz in Deutschland und Europa, 2010, S. 69; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 2012, S. 6.

205 *Frenz*, WRP 2013, 428, 432.

206 *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Jung*, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 102, Rn. 18.

207 Vgl. EuGH, Urteil vom 28.06.2005, Rs. C-189/02, *Dansk Rørindustri*, Slg. 2005, I-5425 (Tz. 209).

208 *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Jung*, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 102, Rn. 18, 21; *Podszun*, GWR 2009, 276407; *Gormsen*, ECLR 45, 46 (2010) nennt die Bezeichnung als Prioritätenpapier einen „Etikettenschwindel“, da es inhaltlich den Charakter von Leitlinien hätte.

209 EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 2; vgl. auch *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Jung*, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 102, Rn. 20; *Bulst*, *RebelsZ* 2009, 703, 706.

den. Dennoch erfasse das Missbrauchsverbot auch Verhalten, die keinen Verbrauchernachteil begründen. Sie würden nur nicht vorrangig verfolgt.²¹⁰

Aus Sicht des EuGH finden unverbindliche Kommissionsäußerungen ohnehin keine Beachtung. Eine rechtmäßige Verwaltungspraxis der Kommission müsse sich im Rahmen des Art. 102 AEUV halten. Diesen Rahmen gebe die Rechtsprechung im Wege der Auslegung vor. Wörtlich äußert GA *Kokott*.²¹¹

Diese Mitteilung kann [...] keine Beachtung finden. Es spielt keine Rolle, wie die Kommission ihre Wettbewerbspolitik im Hinblick auf Art. 102 AEUV (ehemals Art. 82 EG) für die Zukunft auszurichten gedenkt. Denn [...] die Kommission [müsste sich] auch im Falle einer Änderung ihrer Verwaltungspraxis weiterhin in dem Rahmen bewegen, den ihr die Verträge in der Auslegung des Gerichtshofs vorgeben.

Selbst wenn die Mitteilungen also zunächst ohne unmittelbare rechtliche Auswirkungen bleiben, stoßen sie doch eine wissenschaftliche Diskussion über die Ökonomisierung des Behinderungsmisbrauchs an. Sie werden auf politischer Ebene in zukünftigen Reformprozessen Beachtung finden und stellen zumindest symbolisch das derzeitige Wettbewerbskonzept in Frage.

4. Förderung eines Schutzzwecks der Konsumentenwohlfahrt auch in den übrigen Tatbeständen durch die Kommission

Die Hinwendung der Kommission zur Konsumentenwohlfahrt ist nicht auf das Missbrauchsverbot beschränkt. Auch für das Kartellverbot ergeben sich insbesondere in den Leitlinien für vertikale Beschränkungen Hinweise, dass eine Einschränkung des Wettbewerbs einen Verbrauchernachteil bedeutet.²¹² Die Kommission reduziert also eine Wettbewerbsbeschränkung auf Verbrauchernachteile ungeachtet dessen, dass sie auch Anbieter-nachteile bewirken könnte.

210 Mit dieser Klarstellung *Bulst*, *RebelsZ* 2009, 703, 707.

211 GA *Kokott*, Schlussanträge vom 14.04.2011, Rs. C- 109/10, *Solvay* (Tz. 21) [Zusatz des Verfassers] und bereits früher in Schlussanträge vom 23.02.2004, Rs. C-95/04, *British Airways*, *Slg.* 2007, I-2331 (Tz. 28).

212 EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen vom 19.05.2010, *ABl.* 2010 Nr. C 130/1, Rn. 7 (Hervorhebungen durch den Autor):

Auch für die Fusionskontrolle orientiert sich die Kommission in den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse von 2004 und in den Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse von 2008 an einem Verbrauchernutzen von Fusionen in Form niedrigerer Preise und höherer Qualität oder Innovation.²¹³

Auch das EuG nähert sich in jüngeren Urteilen einem kartellrechtlichen Maßstab der Konsumentenwohlfaht an. Danach ist es Ziel des Art. 101 Abs. 1 AEUV, eine durch unternehmerische Wettbewerbsbeschränkungen herbeigeführte Minderung des Wohlergehens der Endverbraucher zu verhindern.²¹⁴

Artikel 101 AEUV soll sicherstellen, dass Unternehmen bestimmte Vereinbarungen [...] nicht zur *Einschränkung des Wettbewerbs und damit zum Nachteil der Verbraucher* einsetzen.

Präzisierung, dass die Kommission einem Konsumentenwohlfahtsstandard folgt, auch die Äußerungen des ehemaligen Wettbewerbskommissars *Monti*; *Monti*, in: *Hawk* (Hrsg.), *International Antitrust Law and Policy*, 2003, S. 87, 93 f.; vgl. *Frankfurter Kommentar/Pohlmann*, Band 2, 2008, Art. 81 Abs. 3 Grundfragen, Rn. 221.

213 Beispielsweise EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. 2004 Nr. C 31/5, Rn. 8:

Ein wirksamer Wettbewerb erbringt den Verbrauchern Vorteile, zum Beispiel in Form niedriger Preise, hochwertiger Produkte, einer großen Auswahl an Waren und Dienstleistungen und Innovation.

Ähnlich EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse, ABl. 2008 Nr. C 265/6, Rn. 56 und 63. Radikaler, einen wirksamen Wettbewerb als Mittel zum Zweck der Steigerung der Konsumentenwohlfaht nicht mal mehr erwähnend, gibt sich ICN Merger Guidelines Workbook, 2006, Rn. H2:

These benefits may be expected to enhance consumer welfare, which is the goal of competition policy in most jurisdictions.

Vgl. *Immenga/Mestmäcker/Körber*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 2 FKVO, Rn. 335.

214 EuG, Urteil vom 07.06.2006, Rs. T-213/01 – *Österreichische Postsparkasse*, Slg. 2006, II-1601 (Tz. 115); EuG, Urteil v. 27.09.2006, Rs. T-168/01 – *Glaxo SmithKline Services*, Slg. 2006, II-2969 (Tz. 118).

5. Betonung des Schutzes der Marktstruktur und des Wettbewerbs durch den EuGH

Der EuGH betont immer wieder, dass das gesamte Kartellrecht nicht nur den Zweck habe, Verbraucherinteressen zu dienen, sondern den Schutz der Marktstruktur und des Wettbewerbs als solchen bezwecke.²¹⁵

Continental Can ist das maßgebliche Urteil, welches bis heute die Missbrauchskontrolle ausgestaltet.²¹⁶ Darin drückt der EuGH aus, dass die Missbrauchskontrolle nicht nur Verhaltensweisen erfasse, die den Verbrauchern unmittelbaren Schaden zufügten, sondern auch solche die die Wettbewerbsstruktur beeinträchtigten.²¹⁷ Zuletzt in *GlaxoSmithKline* führte der EuGH aus:²¹⁸

Art. 81 EG [ist], wie auch die übrigen Wettbewerbsregeln des Vertrags, nicht nur dazu bestimmt, die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher zu schützen, sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen.

In *British Airways* stellte der EuGH ausdrücklich klar, dass sich der Schutzbereich der Missbrauchskontrolle nicht auf den Verbraucher beschränke, sondern den Wettbewerbsprozess an sich erfasse.²¹⁹ Die Grundlage für die Argumentation bildet immer wieder das System des unverfälschten Wettbewerbs, wie es in ex-Art. 3 Abs. 1 lit. g EG festgehalten ist. Selbst mit In-Kraft-Treten der Lissabon-Fassung hat sich an dieser Grundlage nichts geändert.²²⁰ Daher ist ungewiss, ob sich im grundlegenden

215 EuGH, Urteil vom 04.06.2009, Rs. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009, I-4529 (Tz. 38).

216 EuGH, Urteil vom 21.02.1973, Rs. C-6/72, *Continental Can*, Slg. 1973, 215.

217 EuGH, Urteil vom 21.02.1973, Rs. C-6/72, *Continental Can*, Slg. 1973, 215 (Tz. 26).

218 EuGH, Urteil vom 06.10.2009, Rs. C-501/06, *GlaxoSmithKline Services*, Slg. 2009, I-9291 (Tz. 63).

219 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 106). Zur Kritik aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht an *British Airways*, die die Unsicherheit der Vertragspartner thematisiert, vgl. *Hellwig*, Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung: Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, 2007, S. 19 ff.

220 Mittlerweile geklärt seit EuGH, Urteil vom 17.02.2011, Rs. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011, I-527 (Tz. 20); EuGH, Urteil vom 17.11.2011, Rs. C-496/09, *Kommission/Italien*, Slg. 2011, I-11483 (Tz. 60); BGH, Urteil vom 10.02.2011, Az. ZR 136/09, BGHZ 188, 326 (Rn. 33) – *Flughafen Frankfurt-Hahn*. Zur gesamten Diskussion vgl. *Drexler*, in: *von Bogdandy/Bast* (Hrsg.), Europäisches Ver-

Punkt des Schutzzwecks des Behinderungsmisbrauchs das Prioritätenpapier der Kommission durchsetzen wird. Dies wäre nur über eine Rezeption des EuGH möglich, so dass das Prioritätenpapier in die Auslegung des Unionsrechts Eingang finden würde. Angesichts der klaren Vorstellungen des EuGH zum Schutzzweck des Behinderungsmisbrauchs ist damit aber nicht zu rechnen.²²¹

III. Zusätzliches Tatbestandsmerkmal des Verbrauchernachteils im Missbrauchsverbot

Die Kommission verlangt als zusätzliches Tatbestandsmerkmal des Missbrauchsverbots einen Verbrauchernachteil.

1. „Wettbewerbswidrige Marktverschließung“

Ein tatbestandlicher Verbrauchernachteil hat zur Folge, dass den Wettbewerbsprozess beschränkende Verhaltensweisen, die sich nicht unmittelbar negativ auf die Konsumentenwohlfahrt auswirken, nicht mehr vom Missbrauchsverbot erfasst sind. Diese Voraussetzung setzt die Kommission im Prioritätenpapier mit dem Begriff der „wettbewerbswidrigen Marktverschließung“ um, einer Marktverschließung zum Schaden des Verbrau-

fassungsrecht, 2009, S. 905, 908 ff. Nach Langen/Bunte/Nothdurft, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 19, Rn. 24 bleibt die Streichung des Art. 3 lit. g EG jedenfalls ohne Auswirkung auf das nationale Recht, selbst wenn sie auf europäischer Ebene welche hätte. Für einen unveränderten Schutz des Wettbewerbes sprechen sich aus Grabitz/Hilf/Nettesheim/Jung, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 102 AEUV, Rn. 6; Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Einl. EU B, Rn. 17; Behrens, EuZW 2008, 193. Für eine mögliche Schwächung des Wettbewerbsprinzips vgl. Riley, ECLR 703 ff. (2007); Basedow, EuZW 2008, 225.

221 A. A. Grabitz/Hilf/Nettesheim/Jung, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 102, Rn. 19.

chers.²²² Die Kommission wird in der Regel nur noch gegen eine solche wettbewerbswidrige Marktverschließung vorgehen.²²³

2. Grundlage dieser zusätzlichen Tatbestandsvoraussetzung

Es stellt sich die Frage, warum nun der Tatbestand des Missbrauchsverbots um einen Verbrauchernachteil zu ergänzen ist.

Die Kommission gibt in ihrem Prioritätenpapier darauf keine Antwort. Sie meint lediglich, sich wegen ihrer begrenzten Ressourcen auf diejenigen missbräuchlichen Verhaltensweisen konzentrieren zu wollen, die den Verbrauchern am meisten schaden.²²⁴ Diese allgemeine Aussage begründet jedoch noch nicht, warum nun die „wettbewerbswidrige Marktverschließung“, also der Behinderungsmissbrauch, voraussetzt, dass das marktbeherrschende Unternehmen die Preise höchstwahrscheinlich zum Nachteil der Verbraucher gewinnbringend erhöhen kann.²²⁵ Im Diskussionspapier vier Jahre früher äußerte sich die Kommission deutlicher:²²⁶

The central concern of Article 82 with regard to exclusionary abuses is thus foreclosure that hinders competition and thereby harms consumers.

Der Schutzzweck, der sich bei der Kommission in Richtung Konsumentenwohlfahrt verschiebt, ist letztlich die Grundlage dieser zusätzlichen Tatbestandsvoraussetzung.

Der Schutz des Wettbewerbs ist aus Sicht der Kommission nurmehr ein Mittel zur Steigerung der Verbraucherwohlfahrt. Insofern kann sie konsequent einen Missbrauch von Marktmacht auch nur dann noch verfolgen, wenn der Schutzzweck des Kartellrechts, die Konsumentenwohlfahrt, gefährdet ist.

222 EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 19-22, 52-58, 67-73.

223 EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 20.

224 EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 5.

225 EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 20.

226 EU-Kommission, Diskussionspapier zur Anwendung des Art. 82 EG, 2005, Rn. 56, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.02.2015).

3. EuG bestätigt Kommission in GlaxoSmithKline

Das EuG ist dieser Ansicht einmalig in *GlaxoSmithKline* gefolgt. Dort hat es im Rahmen des Kartellverbotes nach Art. 101 AEUV einen tatbestandlichen Verbrauchernachteil geprüft.²²⁷ Es erklärt dieses Tatbestandsmerkmal mit dem Ziel des Kartellverbotes,²²⁸

zu verhindern, dass Unternehmen durch eine Einschränkung des Wettbewerbs [...] das Wohlergehen des Endverbrauchers der fraglichen Ware mindern.

Das EuG erläutert nicht näher, wie es diese Zielsetzung – das Wohlergehens des Endverbrauchers – begründet. Es verweist auf vorangegangene eigene Rechtsprechung und die des EuGH. Doch weder der Verweis auf den EuGH in *Consten und Grundig*²²⁹ noch in *Tepea*²³⁰ sagt etwas zu den Zielen des ex-Art. 81 Abs. 1 EG. Der Verweis in die eigene Rechtsprechung offenbart, dass sich das EuG auf den Wortlaut des Art. 101 Abs. 3 AEUV beruft, der eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen vom Verbot des Abs. 1 unter anderem dann freistellt, wenn Verbraucher an den entstehenden Gewinnen angemessen beteiligt werden.²³¹ Dieser Ansatz gerät mit der Position des EuGH in *Consten und Grundig* in Konflikt, die das EuG im Übrigen sogar zitiert, dass²³²

bei der Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 die tatsächlichen Auswirkungen einer Vereinbarung nicht berücksichtigt [...] werden, wenn sich ergibt, daß

227 EuG, Urteil vom 27.09.2006, Rs. T-168/01, *GlaxoSmithKline Services*, Slg. 2006, II-2969 (Tz. 118, 119, 147, 171).

228 EuG, Urteil vom 27.09.2006, Rs. T-168/01, *GlaxoSmithKline Services*, Slg. 2006, II-2969 (Tz. 118).

229 EuGH, Urteil vom 13.07.1966, verb. Rs. 56/64 und 58/64, *Consten und Grundig*, Slg. 1966, 321, 387. Darin erwähnt der EuGH zwar den Schaden der Verbraucher und die allgemeinen Ziele des Kartellverbotes. Doch führt er diese allgemeinen Ziele nicht weiter aus, insbesondere bringt er sie nicht mit einem Verbraucherschaden in Beziehung.

230 EuGH, Urteil vom 20.06.1978, Rs. C- 28/77, *Tepea*, Slg. 1978, 1391 (Tz. 56). Der EuGH subsumiert das streitgegenständliche Verhalten unter das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung. Dabei geht er auch auf Nachteile der Verbraucher bei einem beschränkten *intra-brand*-Wettbewerb ein. Die Vorteile der Verbraucher beruhen gerade auf dem wirksamen Wettbewerb.

231 EuG, Urteil vom 07.06.2006, Rs. T-213/01, *Österreichische Postsparkasse*, Slg. 2006, II-1601 (Tz. 115).

232 EuGH, Urteil vom 13.07.1966, verb. Rs. 56/64 und 58/64, *Consten und Grundig*, Slg. 1966, 321, 390 f.

diese eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt.

Ein ebensolches „Bezwecken“ hat das EuG in *GlaxoSmithKline* zu Grunde gelegt, bevor es auf die Verbrauchernachteile einging.²³³ Ein Blick in die Entscheidungsgründe und Verweise des EuG zeigt also, dass abgesehen von möglicherweise politischen Erwägungen der gesamte verbraucherorientierte Ansatz auf einem Wortlautargument des ex-Art. 81 EG beruht.

Dieses Wortlautargument widerspricht jedoch der systematischen Trennung von Abs. 1 und 3 im Rahmen des Art. 101 AEUV.²³⁴ Diese Trennung hat der EuGH 1966 in *Consten und Grundig* zumindest für den Fall der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung grundlegend getroffen und beibehalten.²³⁵

4. Verbindung von Wettbewerbsprozess und Konsumentenwohlfahrt in der EuGH-Rechtsprechung

Der EuGH als Rechtsmittelgericht in *GlaxoSmithKline* widerspricht dem EuG und stellt klar, dass nicht nur verbraucherschädigende Vereinbarungen einen wettbewerbswidrigen Zweck haben könnten.²³⁶ Vielmehr hat er entschieden,²³⁷

dass Art. 81 EG, wie auch die übrigen Wettbewerbsregeln des Vertrags, nicht nur dazu bestimmt ist, die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher zu schützen, sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen. Daher setzt die Feststellung, dass mit einer Vereinbarung ein wettbewerbswidriger Zweck verfolgt wird, nicht voraus, dass dadurch den Endverbrauchern die Vorteile eines wirksamen Wettbewerbs [...] vorenthalten werden.

233 EuG, Urteil vom 27.09.2006, Rs. T-168/01, *GlaxoSmithKline Services*, Slg. 2006, II-2969 (Tz. 115 f.).

234 Vgl. dazu ausführlich GA *Trstenjak*, Schlussanträge vom 30.06.2009, verb. Rs. C-501/06, C-513/06, C-515/06 und C-519/06, *GlaxoSmithKline Services*, Slg. 2009, I-9291 (Tz. 104 ff.).

235 Vgl. in jüngerer Zeit EuGH, Urteil vom 11.09.2014, Rs. C-67/13, *Groupement des cartes bancaires* (Tz. 55) zu einer engen Auslegung der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung.

236 EuGH, Urteil vom 06.10.2009, verb. Rs. C-501/06, C-513/06, C-515/06 und C-519/06, *GlaxoSmithKline Services*, Slg. 2009, I-9291 (Tz. 63).

237 EuGH, Urteil vom 06.10.2009, verb. Rs. C-501/06, C-513/06, C-515/06 und C-519/06, *GlaxoSmithKline Services*, Slg. 2009, I-9291 (Tz. 63).

Grundlage dieser Diskussion ist der Schutzzweck der kartellrechtlichen Normen. Während der EuGH nach wie vor den Wettbewerbsprozess als Schutzgut betrachtet, zeigt die Orientierung der Kommission in Richtung Konsumentenwohlfahrt erste konkrete tatbestandliche Auswirkungen.

Der EuGH hat bereits mehrfach angedeutet, wie sich ein solcher Konflikt lösen ließe. Im *Sot. Lélos kai Sia*-Urteil bezieht er eine vermittelnde Position zwischen dem Schutz des Wettbewerbs als solchem und dem Schutz des Wettbewerbs, soweit er der Verbraucherwohlfahrt dient. Darin stellt er fest,²³⁸

dass Parallelexporte von Arzneimitteln aus einem Mitgliedsstaat, in dem die Arzneimittelpreise niedriger sind, in andere Mitgliedsstaaten, in denen die Preise höher sind, den Käufern dieser Arzneimittel in den letztgenannten Staaten *grundsätzlich* ermöglichen, über eine alternative Versorgungsquelle zu verfügen, was *notwendigerweise zu gewissen Vorteilen für den Endverbraucher* dieser Arzneimittel führt.

Verallgemeinert ließe sich formulieren, dass der Wettbewerbsprozess als solcher (in Form einer größeren Auswahl) die Konsumentensouveränität fördert.²³⁹ In jeder Förderung des Wettbewerbs und in jedem Abbau einer Wettbewerbsbeschränkung liegt folglich schon ein Vorteil für die Endverbraucher. Deswegen kann das Wettbewerbsrecht den Wettbewerb als solchen schützen, solange er Vorteile für die Endverbraucher bringt. Dann hindert auch das Ziel der Konsumentenwohlfahrt nicht den Schutz des Wettbewerbs als solchen.²⁴⁰ Generalanwältin *Kokott* sieht in *T-Mobile Netherlands* ohnehin keinen Konflikt zwischen den verschiedenen Schutzzwecken.²⁴¹

Mittelbar wird freilich auf diese Weise (Schutz des Wettbewerbs als Institution) auch der Verbraucher geschützt. Denn wo der Wettbewerb als solcher Schaden nimmt, sind letztlich auch für den Verbraucher Nachteile zu befürchten.

238 EuGH, Urteil vom 16.09.2008, Rs. C-468/06, *Sot. Lélos kai Sia*, Slg. 2008, I-7139 (Tz. 53) (Hervorhebungen durch den Autor).

239 Langen/Bunte/*Bulst*, Europäisches Kartellrecht, 2014, Art. 102, Rn. 14.

240 Mit dieser Schlussfolgerung *Schweitzer*, 5 ERCL 175, 183 (2009).

241 GA *Kokott*, Schlussanträge vom 19.02.2009, Rs. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009, I-4529 (Tz. 58) mit Verweis auf ihre Schlussanträge GA *Kokott*, Schlussanträge vom 23.02.2006, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 68).

Die Konsumentenwohlfahrt ist also in einem funktionierenden Wettbewerbsprozess bestmöglich gegeben. Ein Verschieben des Schutzzweckes in Richtung einzelner Marktbeteiligter, wie hier der Verbraucher, führt bloß zu Schutzdefiziten bei anderen Marktbeteiligten, den Lieferanten.

Auch der BGH verfolgt im Missbrauchstatbestand einen Schutz des Wettbewerbsprozesses unabhängig von Nachteilen einzelner Marktbeteiligter. Dies zeigt sich, ohne dass er sich ausdrücklich dazu äußern würde, in seiner jüngeren *Standard-Spundfass*-Entscheidung.²⁴² Darin geht es um einen Anspruch auf Lizenzerteilung nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Der BGH gewährte dem Kläger einen Anspruch auf Lizenzerteilung gegen den Entwickler eines Industriefasses. Das Unternehmen, welches das Fass entwickelt hatte und ein Patent darüber besaß, hatte den am Entwicklungswettbewerb teilnehmenden Konkurrenten Freilizenzen erteilt und anderen Konkurrenten mit Ausnahme der Klägerin entgeltliche Lizenzen. Ein Anspruch auf Lizenzerteilung ergab sich aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, weil der Patentinhaber auf dem, dem jeweiligen Produktmarkt vorgelagerten, Lizenzmarkt Monopolist war. Da sich die Bauweise des Fasses bereits zu einem Industriestandard entwickelt hatte, war eine substituierende Entwicklung dem Kläger nicht möglich. Eine solche wäre auf dem deutschen Markt für Chemiefässer unverkäuflich gewesen. Die Standardisierung lag jedoch nicht in einer Leistung der Patentinhaberin begründet. Der BGH hat in diesem Urteil nicht in Erwägung gezogen, zu fragen, ob die Verbraucher durch die Nichtlizenzierung einen Nachteil erlitten.²⁴³ Ein solcher wäre nur schwer darzustellen gewesen. Schließlich hatten bereits eine Vielzahl von Produzenten Lizenzen erhalten, so dass auf dem Spundfassmarkt ein wirksamer Wettbewerb herrschte. Weitere Preis- oder Qualitätsverbesserungen waren auf dem Markt nicht zu erwarten. Insofern wäre ein Nachteil der Verbraucher wegen der nicht erteilten Lizenz nicht erkennbar gewesen. Dennoch gab der BGH dem Anspruch auf Lizenzerteilung statt. In dieser Rechtsprechung verwirklicht sich der Schutz des freien Wettbe-

242 BGH, Urteil vom 13.07.2004, Az. KZR 40/02, BGHZ 160, 67 – *Standard-Spundfass*; vgl. *Drexl*, in: *von Bogdandy/Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, S. 905, 955.

243 Zu dieser hypothetischen Fragestellung vgl. *Drexl*, in: *von Bogdandy/Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, S. 905, 955.

werbs in einer Lizenzpflicht, ohne dass sich der BGH ausdrücklich zu seinem Vorgehen äußert.²⁴⁴

5. Auswirkungen des Verbrauchernachteils auf vorgelagerte Anbieter

Für den Lieferanten bedeutet der tatbestandliche Verbrauchernachteil in Art. 102 AEUV, dass die Hürden für den Nachweis eines wettbewerbswidrigen Verhaltens höher liegen als bisher. Einerseits erschwert die Kommission den Nachweis eines kartellrechtlichen Fehlverhaltens, andererseits möchte sie aber *private enforcement* fördern.²⁴⁵ Doch gerade der Beweis eines Verbrauchernachteils ist aufwändig, da er eine ökonomische Analyse erfordert.²⁴⁶ Auf diesen Widerspruch hat die Kommission noch keine Antwort gegeben. Gerade Lieferanten sind ohnehin zurückhaltend darin, wettbewerbliche Verhaltensweisen ihrer Nachfrager zu rügen. Sie fürchten von dominanten Nachfragern sanktioniert zu werden. Daher trifft der verbraucherschützende Kommissionsansatz die Lieferantenebene doppelt in ihrer kartellrechtlichen Verletzbarkeit: Zum einen bestehen tatsächliche Hemmnisse, bestehende Handelsbeziehungen zu Nachfragern durch kartellrechtliche Vorwürfe zu beeinträchtigen und zum anderen wird sich ein Verbrauchernachteil, wenn er überhaupt gegeben ist, nur mittels aufwändiger ökonomischer Analysen nachweisen lassen.

IV. Rechtfertigung lieferantenschädigender Verhaltensweisen mit Effizienzgewinnen

Die Kommission fordert, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen sein Verhalten rechtfertigen könne, wenn es objektiv notwendig sei oder wenn dadurch erhebliche Effizienzvorteile erzielt würden, die etwaige wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zulasten der Verbraucher aufwö-

244 Vgl. ausführlich dazu *Drexl*, in: von *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, S. 905, 955.

245 *Drexl*, in: FS *FIW*, 2010, S. 175, 188.

246 *Kellerbauer*, in: *Möschel* (Hrsg.), *50 Jahre Wettbewerbsgesetz in Deutschland und Europa*, 2010, S. 69, 73 mit Hinweis darauf, dass die gesellschaftlichen Einbußen durch weniger private Rechtsdurchsetzung die Nachteile der früheren *per-se*-Regeln übersteigen; vgl. dazu auch *Schmidt/Voigt*, *ORDO* 2007, 33 ff.

gen.²⁴⁷ Diese Effizienzrede ist ausdrücklich an die Voraussetzungen einer Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV angelehnt.²⁴⁸ Sie führt jedoch nicht zu lieferantenspezifischen Asymmetrien, so dass die Arbeit nicht näher darauf eingeht. Marktbeherrschenden Nachfragern gegenüberstehende Anbieter und marktbeherrschenden Anbietern gegenüberstehende Abnehmer sind von der Rechtfertigungsmöglichkeit gleichermaßen betroffen. Auf die Bedeutung des „Verbrauchers“ geht die Arbeit später in Zusammenhang mit Art. 101 Abs. 3 AEUV ein.²⁴⁹

V. Zwischenergebnis

Gerade der Schutzzweck der Konsumentenwohlfahrt, wie ihn die Kommission versteht, führt zu asymmetrischen Marktbeurteilungen zu Lasten vorgelagerter Anbieter. Das Kartellrecht erfasst unternehmerische Verhaltensweisen von Nachfragern dann nur noch insoweit, als sie nachgelagerte Verbraucherpositionen beeinträchtigen. Bis zu dieser Schwelle ist die unmittelbare Marktgegenseite auf dem vorgelagerten Markt schutzlos gestellt.

Diese eben beschriebene Asymmetrie bezieht sich auf die Auswirkungsanalyse. Bei einem Missbrauch von Angebotsmacht sind die Auswirkungen auf die Abnehmer (Verbraucher) als Marktgegenseite relevant. Bei einem Missbrauch von Nachfragemacht bezieht sich die Auswirkungsanalyse zum einen auf die Marktgegenseite (Anbieter) und zusätzlich auf die Auswirkungen auf die Verbraucher, die auf dem Beschaffungsmarkt jedoch nicht beteiligt sind. Insofern erfolgt die Kontrolle von Angebots- und Nachfragemacht, aber auch von Anbieter- und Nachfragerverhalten asymmetrisch und nicht spiegelbildlich.

247 EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 28; vgl. ausführlich dazu Langen/Bunte/*Bulst*, Europäisches Kartellrecht, 2014, Art. 102, Rn. 144 ff.; über Kostenvorteile hinaus eine Effizienzrede befürwortend Streinz/*Eilmansberger*, EUV/AEUV, 2012, Art. 102 AEUV, Rn. 64.

248 EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 30; a. A. beispielsweise *Loewenthal*, 28 World Competition 455, 461 f. (2005).

249 Vgl. S. 297.

D) Nachfragemacht in den USA

Das US-amerikanische Recht hat sich trotz der Ökonomisierung in den 1980er-Jahren seit mehr als 100 Jahren eine symmetrische Behandlung von Nachfrage- und Angebotsmacht erhalten. Zwar diente das Antitrust-Recht auch für Europa als Vorbild einer verbraucherorientierten und ökonomisch fundierten Kartellrechtsordnung. Doch wird sich zeigen, dass der Verbraucher, wenn auch nicht immer ausdrücklich, so zumindest doch im Ergebnis, weiter verstanden wird als der am Ende des Wirtschaftskreislaufs stehende Konsument. Auf diese Weise schützt das Kartellrecht immer wieder die Interessen von Lieferanten und Produzenten auf vorgelagerten Beschaffungsmärkten, auch wenn Verbrauchermärkte nicht berührt werden.

I. Nachfragerrelevante Strukturen des Antitrust Law

In den USA ist die gesetzgeberische Kompetenz für das Kartellrecht zwischen dem Bund und den Staaten entsprechend der *interstate-commerce-clause* in Art. I Sec. 8 Abs. 3 U.S. Constitution aufgeteilt.²⁵⁰ Auf Sachverhalte mit staatenübergreifendem Bezug findet ausschließlich nationales Recht Anwendung. Wegen der inzwischen weitgehend nationalen Reichweite der Sachverhalte und der staatenübergreifenden Entwicklung der Wirtschaft ist das Antitrust-Recht der Bundesstaaten weitestgehend durch nationales Recht verdrängt.²⁵¹ Die vorliegende Darstellung beschränkt sich daher ausschließlich auf das bundesstaatliche Antitrust-Recht.

Die einzelnen kartellrechtlichen Normen in den USA sind sehr knapp gehalten. Sie finden sich im Sherman-, Clayton- und Federal Trade Commission Act. Der Sherman Act wurde 1890 als erstes amerikanisches Kartellgesetz erlassen. 1914 folgte der Clayton Act, da der Sherman Act in seiner generalklauselartigen Formulierung und damaligen Anwendung

250 Art. I Sec. 8 Abs. 3 U.S. Constitution (Auslassungen durch den Autor):

The Congress shall have power [...] to regulate commerce with foreign nations, and among the several states [...].

251 *Mentzel*, Solidarität im professionellen Fußballsport versus europäisches Wettbewerbsrecht, 2007, S. 50.

durch die Gerichte die Kartellbildung in der amerikanischen Wirtschaft nicht verhindern konnte.

1. Sec. 1 Sherman Act (Kartellverbot)

Sec. 1 Sherman Act:²⁵²

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.

Der Sherman Act trat 1890 in Kraft. Entsprechend der *Common Law*-Praxis waren Monopole auch vorher schon verboten, doch existierte keine wirkungsvolle Durchsetzung.²⁵³ Gerade in den 1880er-Jahren nach dem Bürgerkrieg befand sich die Wirtschaft in einer Phase des Aufschwungs, in der sich die Unternehmen immer stärker konzentrierten und monopolisierten. Sie war von Fusionen und Kartellen geprägt. Der Sherman Act enthält keine Definition, was ein Monopol oder eine verbotene Handlung ist.²⁵⁴ Erst späteres Fallrecht hat die Rechtslage konkretisiert.

Sec. 1 Sherman Act spricht von einer Einschränkung des Handels, ohne dabei zwischen Beschränkungen von Anbietern oder Nachfragern zu differenzieren. Sein Wortlaut ist weit gefasst.

Nachfragemacht stand schon früh im Fokus des Kartellrechts. Der Erlass des Sherman Act war konkret durch ein Nachfragekartell der Schlachthäuser in Chicago veranlasst. Beide Kammern des Kongresses waren sich der Gefahr ausgeübter Marktmacht auf Angebots- und Nachfragerseite bewusst.²⁵⁵

252 Vgl. die deutsche Übersetzung von *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 313:

Jeder Vertrag, jede Verbindung in Form eines Trusts oder auf andere Weise oder konspirative Absprachen zur Einschränkung des Handels zwischen mehreren Bundesstaaten oder mit dem Ausland werden als gesetzwidrig erklärt.

253 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 313.

254 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 313.

255 *OECD*, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 245; *Grimes*, 72 *Antitrust L. J.* 563, 564 (2005).

2. Sec. 2 Sherman Act (Monopolisierungsverbot)

Sec. 2 Sherman Act:²⁵⁶

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, [...].

Diese Norm wendet sich gegen die Monopolisierung. Ihr Wortlaut ist ebenso wie Sec. 1 Sherman Act vergleichsweise offen gehalten. Auch wenn die Norm nur vom *monopolisieren* und nicht vom *monopsonieren* spricht, wurde ihr Wortlaut schon immer als in beide Richtungen, auf Anbieter und Nachfrager gleichermaßen, anwendbar verstanden.²⁵⁷

Das Monopolisierungsverbot enthält einen Struktur- und einen Verhaltensenteil.²⁵⁸ Tatbestandlich setzt es voraus, dass das Unternehmen Monopol- oder zumindest bedeutende Marktmacht hat und sich in einer Weise verhält, die erkennen lässt, dass es diese Position aufrechterhalten will.²⁵⁹ Die reine Monopolmacht für sich ist noch nicht rechtswidrig. Es bedarf einer weiteren Verhaltenskomponente. In den Folgejahren und -jahrzehnten nach der prägenden *Alcoa*-Entscheidung 1945 präzisierten sich die, später auch ökonomischen, Möglichkeiten, um Marktmacht festzustellen.

Auch konkretisierte sich das Verhaltenselement, wenn auch nicht so deutlich wie das der Marktmacht.²⁶⁰ Es zeichnete sich die Richtung ab, dass die Gerichte das Verhaltensmuster der Monopolisierung zunehmend

256 Vgl. die deutsche Übersetzung von *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 313:

Jede Person, die bestimmte Bereiche des Handels zwischen den einzelnen Bundesstaaten oder mit anderen Staaten monopolisiert, zu monopolisieren versucht oder sich zu diesem Zweck mit einer oder mehreren anderen Personen zusammenschließt oder verabredet, macht sich einer Straftat schuldig (...).

257 Vgl. *Mand*, *Buying Power and Section 2 of the Sherman Act*, 2008, S. 29; *Grimmes*, 72 *Antitrust L. J.* 563, 564 (2005); vgl. aus der frühen Rechtsprechung beispielsweise *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, 31 S.Ct. 502 (1911).

258 *United States v. Aluminium Co. of America (Alcoa)*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

259 *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 20.

260 *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 21.

enger sahen.²⁶¹ Gleichwohl verursacht es in der Rechtsanwendung wegen seines unbestimmten Umfangs immer noch Schwierigkeiten.

3. Einschränkung des Sherman Act durch die rule of reason

Der Sherman Act ist generalklauselartig formuliert. So erfasst Sec. 1 seinem Wortlaut nach alle handelseinschränkende Vereinbarungen. Diese weite Formulierung schränkte der Supreme Court frühzeitig durch die Unterscheidung einer *rule of reason/per se rule* ein.²⁶² Kartellrechtswidrig sind seitdem nicht mehr alle wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, wie der Wortlaut es vorsieht, sondern nur die unvernünftigen. Der Supreme Court unterscheidet dabei Vereinbarungen, die *per se* kartellrechtswidrig sind, und solche, die sich erst nach näherer Analyse als unvernünftig herausstellen.

a) Rule of reason

Die *rule of reason* analysiert die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung und verbietet sie nur, wenn sie unvernünftig ist.²⁶³ Zunächst ermittelt der Anwender, inwiefern die Vereinbarung den Wettbewerb schädigt.²⁶⁴ Danach sucht er einen wettbewerbsfördernden Zweck der Vereinbarung, welcher sie legitimieren könnte. Um diesen Zweck zu erreichen, muss eine Maßnahme das verhältnismäßig mildeste Mittel sein. Ist nach diesen Kriterien eine Vereinbarung nicht eindeutig wettbewerbsbeschränkend, erfolgt eine Abwägung der fördernden oder beschränkende Aspekte im Einzelfall.

261 Z. B. *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263 (2d Cir. 1979).

262 Grundlegend zur *rule of reason* bei Nachfragemacht *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, 31 S.Ct. 502 (1911).

263 *Gellhorn/Kovacic/Calkins*, Antitrust Law and Economics in a Nutshell, 2004, S. 32 f.

264 Vgl. zu den Auswirkungen auf den Wettbewerb als entscheidendes Kriterium *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of University of Oklahoma*, 468 U.S. 85, 104 S.Ct. 2948, 2962 (1984); *Board of Trade of the City of Chicago v. United States*, 246 U.S. 231, 38 S.Ct. 242, 244 (1918).

Im Bereich von Nachfragekartellen fallen unter die *rule of reason* vor allem Einkaufskooperationen, die wettbewerbsfördernd wirken, da die veräußerte Menge steigt.²⁶⁵

b) Per se rule

Zu einer Abwägung von wettbewerbsfördernden und -beschränkenden Auswirkungen kommt es nicht, wenn die Vereinbarung bereits *per se* rechtswidrig ist. Dies ist der Fall, wenn die Vereinbarung jeglichen Restwettbewerb zwischen den Unternehmen ausschaltet, wie beispielsweise durch eine horizontale Preisvereinbarung, horizontale Gebietsaufteilung oder eine Beschränkung der Produktions- oder Beschaffungsmenge.²⁶⁶

Ab den 1970er-Jahren weitete die Rechtsprechung die Fallgruppe der *per-se*-Rechtswidrigkeit nicht weiter aus. Die Besetzung des Supreme Court änderte sich, und die ökonomische Analyse hielt in das Kartellrecht Einzug.²⁶⁷ Das Gericht stärkte wieder den *rule of reason*-Ansatz auf Grundlage einer ökonomischen Analyse wettbewerbsfördernder Wirkungen von Verhaltensweisen, wie beispielsweise bei Vertikalbeschränkungen, die früher als *per se* rechtswidrig galten.²⁶⁸

Eine trennscharfe Unterscheidung zwischen *per se*-Rechtswidrigkeit und *rule of reason* ist nicht möglich.²⁶⁹ Häufig nimmt es schon das Ergebnis eines Verfahrens vorweg, ob ein Sachverhalt der *per se rule* oder der

265 *All Care Nursing Service, Inc. v. High Tech Staffing Service, Inc.*, 135 F.3d 740, 746 (11th Cir. 1998); vgl. zur Abgrenzung wettbewerbsfördernder Einkaufskooperationen und wettbewerbschädlicher Nachfragekartelle *Areeda/Hovenkamp*, Fundamentals of Antitrust Law, 2004, S. 20-26 ff.

266 *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 18; grundlegend für Nachfragemacht *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150, 60 S.Ct. 811, 844 (1940); ebenso *Vogel v. American Society of Appraisers*, 744 F.2d 598, 601 (7th Cir. 1984); vgl. *Areeda/Hovenkamp*, Fundamentals of Antitrust Law, 2004, S. 20-24.

267 *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 18.

268 *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 19.

269 *California Dental Association v. Federal Trade Commission*, 526 U.S. 756, 119 S.Ct. 1604, 1617 (1999): "There is often no bright line separating *per se* from rule of reason analysis."; *All Care Nursing Service, Inc. v. High Tech Staffing Service, Inc.*, 135 F.3d 740, 746 (11th Cir. 1998).

rule of reason zugeordnet wird.²⁷⁰ Angesichts der aufwändigen ökonomischen Untersuchungen ist der Nachweis eines kartellrechtswidrigen Verhaltens unter der *per se rule* häufig nicht möglich.²⁷¹

4. Clayton Act

Der Clayton Act wurde 1914 erlassen, um den Sherman Act zu ergänzen und den Anwendungsbereich des Kartellrechts zu erweitern.²⁷² Die für Nachfragemacht relevanten Regelungen des Clayton Acts finden sich in Sec. 2, 3 und 7.

Sec. 2 Clayton Act verbietet die Preisdiskriminierung. Überwiegend bezog sich dieses Verbot auf Preise, die Verkäufer verlangen und nicht Käufer, auch wenn sich sein lit. c unmittelbar auf Käuferverhalten bezieht.²⁷³ Mit der Änderung 1936 durch den Robinson-Patman-Act verschob sich der Fokus auf nachfragemächtige Käufer, die von ihren Lieferanten Zugeständnisse erzwingen konnten, die weniger mächtige Mitbewerber nicht erreichten.²⁷⁴ Lieferanten sind also vom Schutzzweck gleichermaßen erfasst, wenn auch dies in den folgenden Interpretationen des Gesetzes nicht immer so verstanden wurde.²⁷⁵

Sec. 3 Clayton Act regelt das Koppelungsverbot und Alleinvertriebsvereinbarungen. Er wendet sich ausdrücklich nur an Verkäufer, nicht an Käufer. Jedoch können Käufer gleichermaßen ihre Beschaffung koppeln. Sei es, dass sie ein Produkt nur dann erwerben, wenn der Anbieter ihnen auch ein anderes Produkt veräußert, das er eigentlich nicht an diesen oder

270 Vgl. in diesem Sinne die Kritik der F.T.C., *Polygram Holding, Inc.*, F.T.C. No. 9298, slip op., S. 16 (24.07.2003), <http://www.ftc.gov/os/2003/07/polygramopinion.pdf> (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).

271 *Piraino*, 56 Hastings L. J. 1121, 1126 (2005); für einen *continuum-based approach* bei Nachfragemacht zwischen den Extremen der *per se rule* oder der *rule of reason* vgl. *Piraino*, 56 Hastings L. J. 1121, 1140 ff. (2005).

272 Detailliert zu den einzelnen Voraussetzungen, auch der anderen Tatbestände, vgl. *Hack*, Vorstandsverantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen, 2012, S. 161; *Samuelsen/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 314.

273 Vgl. *Federal Trade Commission v. Anheuser-Busch, Inc.*, 363 U.S. 536, 80 S.Ct. 1267, 1273 (1960).

274 Vgl. *Gellhorn/Kovacic/Calkins*, Antitrust Law and Economics in a Nutshell, 2004, S. 506.

275 *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 24; vgl. auch OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 252 f.

einen anderen Käufer veräußern wollte. Auch können Nachfrager eine ausschließliche Belieferung verlangen. Dieses nachfragerrelevante Verhalten würde dann wegen des eindeutigen anbieterorientierten Wortlauts nicht unter Sec. 3 Clayton Act subsumiert, sondern unter Sec. 1 und 2 Sherman Act.²⁷⁶

Sec. 7 des Clayton Acts verbietet Zusammenschlüsse, die den Wettbewerb erheblich hemmen oder geeignet sind, ein Monopol zu errichten. Er ist gleichermaßen auf Anbieter und Nachfrager anwendbar. Bislang wurde aber nur eine verhältnismäßig kleine Zahl an Zusammenschlüssen ganz oder teilweise untersagt, weil sie auf dem Nachfragemarkt Marktmacht begründet oder verstärkt hätten.²⁷⁷ Wesentlich häufiger wird Nachfragemacht als Argument ins Feld geführt, entstehende Angebotsmacht mildern oder gar verhindern zu können im Sinne von *countervailing power*.²⁷⁸

II. Consumer welfare als Schutzzweck des Kartellrechts

Lange Jahre verfolgte das US-Kartellrecht, angeregt von der Chicago School, eine Wettbewerbspolitik des *big is beautiful*. Größere Unternehmen könnten produktiver arbeiten und seien daher effizienter als eine kleinteilige Unternehmensstruktur, hieß es. Spätestens im Zuge der Finanz- und Bankenkrise in den USA wurde dann offenkundig, dass diese Politik der Großunternehmen Kosten verursachen kann, die so nicht geplant waren: das *Bailout Dilemma*!²⁷⁹ Große Unternehmen waren nunmehr nicht nur produktionseffizient, sondern auch *too-big-to-fail*. Angesichts der für die Rettung erforderlichen Milliardensummen, daraus fol-

276 *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 27; *Hovenkamp*, Economics and Federal Antitrust Law, 1985, S. 218.

277 *Omnicare, Inc. v. Unitedhealth Group, Inc.*, 524 F.Supp.2d 1031, 1040 (N.D.Ill. 2007); vgl. dazu *Blair/Haynes*, in: *Elhauge* (Hrsg.), Research Handbook on the Economics of Antitrust Law, 2012, S. 246, 263 f.; *United States v. Aetna, Inc.*, 1999 WL 1419046, 1, 15f. (N.D. Tex 1999); *AlliedSignal, Inc. v. B. F. Goodrich Co.*, 183 F.3d 568, 571 (7th Cir. 1999); *United States v. Rice Growers Association of California*, 1986 WL 12561, 1, 1 ff. (E.D. Cal. 1986); *United States v. Pennzoil Co.*, 252 F.Supp. 962, 982 (D.C. Pa. 1965); vgl. *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 40; OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 250.

278 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 250 f.; vgl. zu Nachfragemacht als *countervailing power* *Sullivan/Grimes*, The Law of Antitrust, 2006, S. 80.

279 *Stucke*, 53 Boston Coll. L. Rev. 551, 556 (2012).

gender Haushaltskürzungen, einer steigenden Ungleichheit im Vermögen und spürbaren Sparmaßnahmen diskutieren US-Kartellrechtler heute wettbewerbspolitische Grundsatzfragen neu.²⁸⁰ Dabei steht der Schutzzweck des Kartellrechts im Mittelpunkt. Der schlagwortartige *consumer welfare* ist zwar immer noch der weitgehend anerkannte Schutzzweck des US-Kartellrechts, gleichsam ist seine präzise Bedeutung höchst umstritten; gerade auch auf Beschaffungsmärkten.

Angesichts des generalklauselartigen Charakters der kartellrechtlichen Normen kommt dem Schutzzweck eine besondere Bedeutung für die Auslegung zu. Um Nachfragemacht unter dem Schutzzweck des *consumer welfare* zu bewerten, stellt sich die Frage, ob ein *consumer harm* eine Voraussetzung ist, um die Verbotsnorm zu verletzen. Der Wortlaut der Normen enthält, wie eben angedeutet, keine solche Einschränkung. Sie könnte sich aber aus dem Schutzzweck ergeben.

1. Historische Entwicklung der Schutzzweckdiskussion

Bei Erlass des Sherman Act 1890, der die grundlegenden kartellrechtlichen Normen enthält, waren sich die Gesetzesväter einer breit gestreuten Zielrichtung, die auch nichtökonomische Ziele erfasste, bewusst.²⁸¹ Seine Entstehungsgeschichte zeigt, dass er von Beginn an auch den Schutz vor Nachfragemacht neben zahlreichen anderen wirtschaftlichen und gesellschaftspolitischen Zielen bezweckte.²⁸² Er war nicht allein auf den Schutz von Verbrauchern angelegt. In diesem Sinne vertrat bis in die 1960er-Jahre hinein der Supreme Court, dass das Antitrust-Recht die Konzentration wirtschaftlicher Macht verhindern und die Märkte offenhalten solle.²⁸³

280 *Stucke*, 53 Boston Coll. L. Rev. 551, 557 (2012).

281 *Fox*, 66 Cornell L. Rev. 1140, 1182 (1981).

282 Vgl. zur Geschichte des Sherman Act bezogen auf einen Schutz vor Nachfragemacht *Stucke*, 53 Boston Coll. L. Rev. 551, 559 (2012); *Kirkwood/Lande*, in: *Pitofsky* (Hrsg.), *How the Chicago School overshot the mark*, 2008, S. 89, 90 (Fn. 72); OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 246 f.; *Werden*, 74 Antitrust L. J. 707, 714 (2007); *Sullivan/Grimes*, *The Law of Antitrust*, 2006, S. 75; *Grimes*, 72 Antitrust L. J. 563, 564 (2005).

283 *Standard Oil Co. of California v. United States*, 337 U.S. 293, 69 S.Ct. 1051, 1062 ff. (1949); *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270, 86 S.Ct. 1478, 1480 (1966); *Wurmnest*, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch*, 2012, S. 42 f.; vgl. ausführlich zu historischen Schutzzwecken in der Entwicklung des

Die Chicago School entwickelte in den 1970er-Jahren die Schutzzweckdiskussion auf Grundlage verbesserter wirtschaftswissenschaftlicher Analyseinstrumente weiter. Sie vertritt einen Zielmonismus, wonach das Antitrust-Recht allein der Effizienzsteigerung diene.²⁸⁴ Wissenschaftler und spätere Richter, wie *Posner* oder *Bork*, lenkten die Rechtsanwendung auf ein einziges Ziel, das jedoch in der Wissenschaft durchaus auf Widerstand stößt:²⁸⁵

The whole task of antitrust can be summed up as the effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or a net loss in consumer welfare.

Eine gesellschafts- oder sozialpolitische Zielsetzung kennt der Sherman Act der Chicago School zufolge nicht.²⁸⁶ Die Chicago School folgt dabei einem als *consumer welfare* bezeichneten *total surplus standard*,²⁸⁷ d. h. eine Maßnahme steigert dann die Effizienz, wenn die Gesamtwohlfahrt dadurch gefördert wird. Es schade nicht, wenn einzelne Marktteilnehmer dadurch schlechter gestellt würden und keine Kompensation dafür erhielten, solange das Gesamtniveau an Wohlfahrt steige.²⁸⁸ Preiserhöhungen auf Verbrauchermärkten könnten mit Produktionsvorteilen der wettbe-

Kartellrechts *Kirkwood/Lande*, 84 *Notre Dame L. Rev.* 191, 201 ff. (2008).; vgl. zu einer umfassenden Schutzzweckdiskussion *Sullivan/Grimes*, *The Law of Antitrust*, 2000, S. 10 ff.

284 *Bork*, *Antitrust Paradox*, 1978, S. 50 ff.; gleichwohl herrschte in den USA keine Einigkeit über das einzige kartellrechtliche Ziel der Wohlfahrtssteigerung, vgl. *Rubinfeld*, *On the Foundations of Antitrust Law and Economics*, in: *Pitofsky* (Hrsg.), *How the Chicago School overshot the mark*, 2008, S. 51, 56. *Pitofsky*, späterer Vorsitzender der F.T.C. während der *Clinton* Regierung, formulierte deutlich, vgl. *Pitofsky*, 127 *U. Pa. L. Rev.* 1051, 1051 f. (1979):

It is bad history, bad policy, and bad law to exclude certain political values in interpreting the antitrust laws.

285 *Bork*, *The Antitrust Paradox*, 1978, S. 91.

286 *Wurmnest*, *Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch*, 2012, S. 41.

287 *Bork*, *The Antitrust Paradox*, 1978, S. 61 ff., 91 (Zusätze durch den Autor):

These two types of efficiency [allocative and productive efficiency] make up the overall efficiency that determines the level of our society's wealth, or consumer welfare.

288 *Bork*, *The Antitrust Paradox*, 1978, S. 107 ff.

werbsbeschränkenden Unternehmen ausgeglichen werden.²⁸⁹ Die Konsumentenwohlfaht steige dadurch, dass alle Verbraucher bzw. in einem weiten Verständnis alle Teilnehmer einer Volkswirtschaft davon profitierten, wenn die Ressourcen sparsamer zu besseren Mitteln eingesetzt würden.²⁹⁰ *Consumer welfare* hat in diesem Sinne nichts mit den Konsumenten zu tun, sondern meint einen Gesamtwohlfahrtsstandard.

Andere, so auch Teile der Rechtsprechung, verstehen *consumer welfare* als ein verbraucherbezogenes Ziel, Konsumenten vor überhöhten Preisen wegen Marktmacht zu schützen.²⁹¹ Zwar verwendet die Rechtsprechung meist den Begriff *consumer welfare*, ohne ihn näher zu beschreiben.²⁹² Auch die Verwendung des Begriffs durch die Federal Trade Commission und den Supreme Court lassen nicht auf ein klares Verständnis schließen.²⁹³ So gibt es nur wenige Entscheidungen, in denen die Rechtsprechung die Bedeutung von *consumer welfare* problematisiert.²⁹⁴ Dann meint sie damit aber jedenfalls nicht eine Effizienzsteigerung im Sinne der Gesamtwohlfahrt. Sie wiegt Konsumentennachteile durch Preissteigerungen nicht mit Produktionsvorteilen der Anbieter auf. Sie versteht den Schutzzweck eher in einem Sinne, dass Konsumenten die Vorteile eines Wettbewerbsprozesses erhalten bleiben sollten und ihre Wohlfahrt nicht

289 Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978, S. 110 f.

290 Antitrust Modernization Commission, *Report and Recommendations*, 2007, S. 26, Fn. 22.

291 Fox, *Cases and materials on U.S. antitrust in global context*, 2012, 48 f.; *Kirkwood/Lande*, in: *Pitofsky* (Hrsg.), *How the Chicago School overshot the mark*, 2008, S. 89, 93; *Sullivan/Grimes*, *The Law of Antitrust*, 2000, S. 12; als den herrschenden Schutzzweck in der historischen und aktuellen Dimension des Kartellrechts nachweisend *Kirkwood/Lande*, 84 *Notre Dame L. Rev.* 191, 196 (2008).

292 Vgl. dazu *Kirkwood/Lande*, in: *Pitofsky* (Hrsg.), *How the Chicago School overshot the mark*, 2008, S. 89, 92.

293 Antitrust Modernization Commission, *Report and Recommendations*, 2007, S. 26, Fn. 22. Vgl. auch *Rosch*, *Colum. Bus. L. Rev.* 353, 355 (2007); *Werden*, 74 *Antitrust L. J.* 707, 721 (2007); *Gellhorn/Kovacic/Calkins*, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, 2004, S. 4.

294 Vgl. *Kirkwood/Lande*, in: *Pitofsky* (Hrsg.), *How the Chicago School overshot the mark*, 2008, S. 89, 92 f.; *Kirkwood/Lande*, 84 *Notre Dame L. Rev.* 191, 211 f. (2008).

auf die Gegenseite transferiert würde, wenn dort marktmächtige Unternehmen handelten.²⁹⁵

2. Bedeutung des consumer harm bei Wettbewerbsbeschränkungen auf Beschaffungsmärkten

Bis heute ist der Schutz der Konsumentenwohlfaht das bedeutende Ziel des Antitrust-Recht.²⁹⁶ Eine Unterscheidung von *consumer welfare* als Schutz der Konsumentenwohlfaht oder der Gesamtwohlfaht wird zwar als entbehrlich angesehen, da eine Beschränkung der einen Wohlfaht in der Regel auch eine der anderen bedeutet.²⁹⁷ Doch gerade bei nachfragerelevantem Verhalten offenbart sich ein Unterschied, ob die Auswirkungen auf nachgelagerte Verbraucher tatbestandlich in Form eines *consumer harm* berücksichtigt werden müssen.

In nicht nachfragerelevanten Verfahren verletzt eine Wettbewerbsbeschränkung erst dann den Sherman Act, wenn sie dem *consumer welfare* schadet, eben ein *consumer harm* vorliegt.²⁹⁸ Doch gerade zum Begriff des *consumer* und *consumer harm* hat sich noch keine einheitliche Rechtsprechung gebildet.²⁹⁹ Eine strenge Lesart versteht den *consumer* als den nachgelagerten Abnehmer und verlangt seine Beeinträchtigung.³⁰⁰ Eine

295 *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of University of Oklahoma*, 468 U.S. 85, 104 S.Ct. 2948, 2962 (1984); ebenso *Northern Pacific R. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 78 S.Ct. 514, 517 f. (1958).

296 *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 2012, S. 45; vgl. zu Sec. 2 Sherman Act *Mand*, Buying Power and Section 2 of the Sherman Act, 2008, S. 10; in Hinblick auf Rechtsprechung und Wettbewerbsbehörden vgl. *Foer*, 39 Conn. L. Rev. 1307, 1315 (2007); *Kirkwood*, 72 Antitrust L. J. 625, 630 (Fn. 11) (2005); *Salop*, 72 Antitrust L. J. 669, 687 (2005); ausdrücklich *consumer welfare* als Ziel ausgehend und den Wettbewerbsprozess als das Mittel dazu bezeichnend, vgl. *Werden*, 74 Antitrust L. J. 707, 735 (2007).

297 *Fox*, Cases and materials on U.S. antitrust in global context, 2012, S. 54.

298 Beispielsweise *Rebel Oil Co. v. Atlantic Richfield Co.*, 51 F.3d 1421, 1433 (9th Cir. 1995); *Metro Industries, Inc. v. Sammi Corp.*, 82 F.3d 839, 848 (9th Cir. 1996); *Ice Cream Distributors of Evansville, LLC v. Dreyer's Grand Ice Cream, Inc.*, 2010 WL 3619884, 6 (N.D. Cal. 2010); *Perry v. Rado*, 504 F.Supp.2d 1043, 1047 (E.D. Wash. 2007); vgl. die konsumentenorientierten Ausführungen bei *Stucke*, Looking at the Monopsony in the Mirror, 2013, S. 6.

299 *Stucke*, 53 Boston Coll. L. Rev. 551, 574 (2012).

300 *Rosch*, Colum. Bus. L. Rev. 353, 359 (2007); *Salop*, in: *Hawk* (Hrsg.), International Antitrust Law and Policy, 2007, S. 541, 550; allgemein *Kirkwood/Lande*,

andere Lesart versteht den *consumer* prozessorientiert, zum Teil als Marktgegenseite oder *trading partner*.³⁰¹ In diesem Sinne bedeutet *consumer harm* dann *competitive harm*, also eine Beeinträchtigung des Wettbewerbsprozesses.

Letzterer Lesart folgen die Rechtsprechung und große Teile der Wissenschaft gerade bei nachfragerrelevantem Verhalten auf Beschaffungsmärkten. Im Falle wettbewerbswidrigen Verhaltens von Nachfragern schütze der Sherman Act die Anbieter unabhängig von einer Beeinträchtigung der Konsumentenwohlfaht.³⁰² Ob dieser isolierte Schutz der Beschaffungsmärkte nun eine Ausnahme zum *consumer welfare* ist³⁰³ oder ob der *consumer* generell die Marktgegenseite meint, kann im Ergebnis dahingestellt bleiben, da ein eigenständiger Schutz der Lieferanten in der Rechtsprechung gesichert ist.

in: *Pitofsky* (Hrsg.), *How the Chicago School overshot the mark*, 2008, S. 89, 90 (Fn. 70); *Kirkwood*, 72 *Antitrust L. J.* 625, 662 (2005).

301 *Kirkwood/Lande*, 84 *Notre Dame L. Rev.* 191, 192 f. (2008); *Werden*, 74 *Antitrust L. J.* 707, 735 (2007); *Sullivan/Grimes*, *The Law of Antitrust*, 2006, S. 76; *Grimes*, 72 *Antitrust L. J.* 563, 573 ff. (2005); *Zerbe*, 72 *Antitrust L. J.* 717, 718 (2005); *Schwartz*, *Should Antitrust Assess Buyer Market Power Differently than Seller Market Power?*, 2004, S. 1 f.

302 *Telecor Communications, Inc. v. Southwestern Bell Telephone Co.*, 305 F.3d 1124, 1134 (10th Cir. 2002) mit ausdrücklichem Hinweis auf *Mandeville Island Farms v. American Crystal Sugar Co.*, 334 U.S. 219, 68 S.Ct. 996, 1006 (1948):

The Supreme Court's treatment of monopsony cases [*Mandeville*] strongly suggests that suppliers are protected by antitrust laws even when the anti-competitive activity does not harm end-users;

bestätigend *Kirkwood/Lande*, 84 *Notre Dame L. Rev.* 191, 209 (2008); *Werden*, in: *Hawk* (Hrsg.), *International Antitrust Law and Policy*, 2007, S. 541, 548; *Grimes*, 72 *Antitrust L. J.* 563, 577 (2005); einen *consumer harm* als Voraussetzung für einen Anspruch aus Sec. 2 Sherman Act nicht erwähnend, *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312, 127 S.Ct. 1069 (2007); a. A. *Salop*, 72 *Antitrust L. J.* 669, 675 (2005).

303 So *Kirkwood/Lande*, in: *Pitofsky* (Hrsg.), *How the Chicago School overshot the mark*, 2008, S. 89, 92 (Fn. 96).

3. Consumer welfare als prozesserhaltendes Schutzkonzept auf Beschaffungsmärkten

Auf Beschaffungsmärkten spricht sich die Rechtsprechung nur selten ausdrücklich für einen Schutz des *consumer welfare* aus. Das bedeutet jedoch nicht, dass sie nicht eine mittelbare Steigerung der Konsumentenwohlfaht verfolgen würde. Sie geht wohl davon aus, dass den Konsumenten am meisten gedient sei, wenn der Wettbewerbsprozess funktioniere.³⁰⁴ Ebenso wird vertreten, dass auch in einem beschränkten vorgelagerten Wettbewerbsprozess ein *consumer harm* liege, da ein beschränkter Marktprozess ohnehin mittelbar die Konsumenten schädige.³⁰⁵

Auch der Grund, dass schwerwiegende Nachfragerkartelle *per se* rechtswidrig sind, liegt nicht darin, dass sie Konsumenten beeinträchtigen oder effizienzschädigend wirken, sondern vor allem darin, dass sie den Wettbewerbsprozess beschränken.³⁰⁶

304 *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 U.S. 411, 110 S.Ct. 768, 775 (1990); *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679, 98 S.Ct. 1355, 1365 (1978); vgl. in der Literatur Fox, in: Pitofsky (Hrsg.), *How the Chicago School overshot the Mark*, 2008, S. 77, 80; in diesem Sinne, den consumer welfare durch Wettbewerbsmärkte zu fördern, auch Foer, 39 Conn. L. Rev. 1307, 1315 (2007); Werden, 74 Antitrust L. J. 707, 725 (2007); Kirkwood, 72 Antitrust L. J. 625, 630 (Fn. 11) (2005). In neueren Entscheidungen zeichnet sich ab, dass ein Verhalten nur dann *anticompetitive* wirkt, wenn es den Wettbewerbsprozess beeinträchtigt, vgl. *Town of Concord v. Boston Edison Co.*, 915 F.2d 17, 21 (1st Cir. 1990); *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 58 (D.C. Cir. 2001) spricht von

a monopolist's act must have an "anticompetitive effect." That is, it must harm the competitive process and thereby harm consumers.

Dieses Zitat wird ebenso als Beleg herangezogen, dass weiterhin eine Beeinträchtigung der Konsumenten Voraussetzung eines Kartellrechtsverstößes ist, vgl. *Stucke*, *Looking at the Monopsony in the Mirror*, 2013, S. 6; *Salop*, in: Hawk (Hrsg.), *International Antitrust Law and Policy*, 2007, S. 477, 483. Die prozessschützende Ansicht unterstützend Werden, 74 Antitrust L. J. 707, 726 (2007). Ein *consumer welfare*, allgemein als Leitbild verstanden, kann nicht mehr unbedingt als Maßstab einer Einzelfallentscheidung herangezogen werden, vgl. Werden, in: *Drexel/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 11, 17.

305 *Zerbe*, 72 Antitrust L. J. 717, 724 (2005).

306 *Alexander*, 95 Geo. L. J. 1611, 1634 (2007); in einem weiteren Sinne auf den Schutz des Wettbewerbsprozesses bezogen Fox, 70 Antitrust Law Journal 371, 375 ff. (2002).

Die Rechtsprechung vermeidet, wenn sie in Nachfrägefällen auf den Begriff des *consumer welfare* verzichtet, wohl eher, dass er als unmittelbarer Maßstab einer preisbezogenen Wohlfahrtsanalyse im Sinne der Chicago School verstanden werden könnte. Deutlich wird dies in *Knevelbaard Dairies v. Kraft Foods, Inc.*:³⁰⁷

We recall that the central purpose of the antitrust law [...] is to preserve competition. It is competition – not the collusive fixing of prices at levels either low or high – that these statutes recognize as vital to the public interest. The Supreme Court’s references to the goals of achieving “the lowest prices, the highest quality and the greatest material progress,” and of “assuring customers the benefits of price competition,” do not mean that conspiracies among buyers to depress acquisition prices are tolerated. Every precedent in the field makes clear that the interaction of competitive forces, not price-rigging, is what will benefit consumers.

Nach der prägenden Epoche der Chicago School, die dafür eintrat, dass der Sherman Act sich nicht gegen jede den Wettbewerbsprozess beschränkende Maßnahme richten könne, da dies ein ökonomisches Desaster sei,³⁰⁸ rückt heute also der Schutz des Prozesses – zumindest in nachfragerrelevanten Sachverhalten – wieder in den Vordergrund. Es erscheint klar, dass der Schutz von Rivalität und Konkurrenz unter den Marktteilnehmern der Schlüssel dazu ist, was der Kongress ursprünglich mit dem Sherman Act erreichen wollte.³⁰⁹

Bereits 1903 erkannte die Rechtsprechung in einem Fall abgesprochener Gebote auf dem Viehmarkt, dass niedrigere Preise für Verbraucher angesichts einer Vielzahl von Parametern nicht unbedingt vorteilhaft seien. Aus diesem Grund schützten die Kartellgesetze den Wettbewerb frei von Beschränkungen, also den Wettbewerbsprozess. Wörtlich führte das Gericht aus:³¹⁰

The statute [...] has no concern with prices, but looks solely to competition, and to the giving of competition full play, by making illegal any effort at restriction upon competition.

307 *Knevelbaard Dairies v. Kraft Foods, Inc.*, 232 F.3d 979, 988 (9th Cir. 2000); grundlegend zum Schutz des Wettbewerbsprozess *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 97 S.Ct. 690, 697 (1977); vgl. *Gellhorn/Kovacik/Calkins*, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, 2004, S. 46 f.

308 *Bork*, *The Antitrust Paradox*, 1978, S. 58 f.

309 *Alexander*, 95 Geo. L. J. 1611, 1634 (2007).

310 *United States v. Swift & Co.*, 122 F. 529, 534 (Circuit Court, N.D. Ill. 1903).

Auch in jüngerer Zeit äußert sich die Rechtsprechung zurückhaltend, das Monopson wie das Monopol an einem *consumer welfare*-Standard zu messen, da unmittelbar Betroffene die Mitbewerber und Lieferanten seien und eben keine Abnehmer oder Konsumenten.³¹¹

Nicht nur die Rechtsprechung, auch die Wettbewerbsbehörden folgen bei Nachfragemacht also nicht einem reinen *consumer welfare*-Standard im Sinne einer strengen Konsumentenwohlfaht. Um die Auswirkungen eines Zusammenschlusses zwischen Nachfragern zu untersuchen, fokussieren sie sich nicht auf nachgelagerte Märkte, sondern auf den Beschaffungsmarkt selbst. So lauten z. B. die 2010 Merger Guidelines des Department of Justice und der Federal Trade Commission:³¹²

Nor do the Agencies evaluate the competitive effects of mergers between competing buyers strictly, or even primarily, on the basis of effects in the downstream markets in which the merging firms sell.

Darüber hinaus enthalten die 2010 Merger Guidelines selbst das Beispiel einer Fusion unter Nachfragern, die keine unmittelbaren Wirkungen auf Abnehmer hat, und das sich allein mit den Auswirkungen auf den Beschaffungsmarkt beschäftigt.³¹³

Das Department of Justice hat eine Fusion von zwei Nachfragern auf lokalen Getreidemärkten untersagt, die gemeinsam ein Monopson gebildet hätten.³¹⁴ Der Zusammenschluss habe keinerlei Auswirkungen auf Abnehmer, geschweige denn Verbraucher gezeigt, da die nachgelagerten Ange-

311 *White Mule Co. v. ATC Leasing Co. LLC*, 540 F.Supp.2d 869, 888 (N.D. Ohio 2008).

312 U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, 19.08.2010, § 12; zu einer Einordnung und den Zusammenhang mit der *efficiency defence*, vgl. *Stucke*, Looking at the Monopsony in the Mirror, 2013, S. 33 (Fn. 145); vgl. zur Kritik, dass die Merger Guidelines nicht ausreichend die Auswirkungen auf Innovationen, Vielfalt und nicht-preisliche Parameter analysieren, *Rosch*, The next challenges for Antitrust Economists, 2010, S. 7 ff.

313 U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, 19.08.2010, § 12, Beispiel 24.

314 Department of Justice, Complaint, *United States v. Cargill, Inc. & Continental Grain Co.*, Civil No. 1: 99CV01875 (District Court D.C. 08.07.1999), <http://www.justice.gov/atr/cases/f2500/2552.htm> (zuletzt abgerufen am 01.05.2013); vgl. auch Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice, Improving Health Care: A Dose of Competition, Juli 2004, Chap. 2, S. 19 f., <http://www.ftc.gov/reports/healthcare/040723healthcarerept.pdf> (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).

botsmärkte weltweit zu ziehen seien. Diesen sich dort bildenden Wettbewerbspreis hätte die Fusion nicht beeinflusst. Dennoch wurde sie wegen des beeinträchtigten Nachfragewettbewerbs untersagt unabhängig von einem konkret bezifferbaren Verbrauchernachteile.

Eine jüngere Stellungnahme der Federal Trade Commission liegt nicht auf dieser Linie, da sie den prozessualen Schutzansatz vorgelagerter Beschaffungsmärkte einschränkt.³¹⁵ Sie verneint die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen einer Fusion auf Wettbewerb und Verbraucher, solange die Beschaffungsmenge durch die verstärkte Nachfragemacht nicht sinke. Die Federal Trade Commission beschreibt in dieser Stellungnahme, dass das Kartellrecht *competition and consumers* schütze, erkannte dann einen *consumer* bzw. *competitive harm* aber nur in einer verminderten Beschaffungsmenge oder erhöhten Preisen. Solange ein Zusammenschluss es den Nachfragern ermögliche, niedrigere Preise zu erzielen, ohne dass die Beschaffungsmenge sinke, sei er aus Verbrauchersicht wettbewerbsfördernd.³¹⁶ In der Literatur stieß der erwähnte Schutz des Wettbewerbs auf Zustimmung. Dass er jedoch nur beeinträchtigt sei, wenn die Abnehmer Schaden nähmen, erntete Kritik.³¹⁷

In der Literatur wird zum Teil vertreten, dass ein Schutz kleinerer und mittlerer Lieferanten auf Beschaffungsmärkten vom Sherman Act gewollt sei, solange dies nicht die Verbraucherwohlfahrt beeinträchtigt.³¹⁸ Der *consumer welfare* als Schutzzweck würde nicht negativ berührt, solange nachgelagert die Preise nicht stiegen.

315 Statement of the Federal Trade Commission, In the matter of *Caremark Rx, Inc./ AdvancePCS*, File No. 031 0239, 11.02.2004, <http://www.ftc.gov/os/caselist/0310239/040211ftcstatement0310239.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.02.2015).

316 Statement of the Federal Trade Commission, In the matter of *Caremark Rx, Inc./ AdvancePCS*, File No. 031 0239, 11.02.2004, S. 2: <http://www.ftc.gov/os/caselist/0310239/040211ftcstatement0310239.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.02.2015).

317 Vgl. *Grimes*, 72 Antitrust L. J. 563, 570 f. (2005).

318 *Kirkwood/Lande*, in: *Pitofsky* (Hrsg.), How the Chicago School overshot the mark, 2008, S. 89, 90 (Fn. 72); *Kirkwood/Lande*, 84 Notre Dame L. Rev. 191, 192 f. (2008).

III. Übersicht zur Rechtsprechung auf Beschaffungsmärkten

In den USA ist nicht geklärt, was unter *consumer welfare* zu verstehen ist. Gleichwohl lässt sich insbesondere auch in jüngerer Zeit ein Trend erkennen, Nachfrage- und Angebotsmacht symmetrisch zu behandeln.³¹⁹

Vor allem Gerichte vertreten, Angebots- und Nachfragemacht spiegelbildlich zu behandeln, da sie identische ökonomische Auswirkungen zeigen.³²⁰ Vereinzelt wird jedoch auch die gegenteilige Ansicht vertreten, wie sie auch in der tatsächlichen europäischen Wettbewerbspolitik zu erkennen ist, Nachfragemacht großzügiger als Angebotsmacht zu behandeln, da sie zu niedrigeren Verbraucherpreisen führe; dies sei schließlich Ziel des Kartellrechts.³²¹ Gleichwohl wird ebenso vertreten, Nachfragemacht strenger als Angebotsmacht zu behandeln, da sie ökonomisch gefährlicher sein könne.³²²

1. Anwendung des Sec. 1 Sherman Act bei nachfragerrelevantem Verhalten

Sec. 1 Sherman Act richtet sich gleichermaßen an Anbieter wie Abnehmer.

In der Geschichte der US-amerikanischen Rechtsprechung zu Nachfragekartellen wurden Nachfrager spiegelbildlich zu Anbietern behandelt.³²³ Ein frühes Beispiel dafür ist *Live Poultry Dealers' Protective Association*

319 *Zimmer*, in: *Zimmer* (Hrsg.), *The Goals of Competition Law*, 2012, S. 486, 492; vgl. allerdings ohne die jüngere Entwicklung die Übersicht bei *Mand*, *Buying Power and Section 2 of the Sherman Act*, 2008, S. 5; weiter *Areeda/Hovenkamp*, *Fundamentals of Antitrust Law*, 2004, S. 20-24.

320 *Todd v. Exxon Corp.*, 275 F.3d 191, 202 (2d Cir. 2001); *Deloach v. Philip Morris Co., Inc.*, F.Supp.2d, 2001 WL 1301221, 14 (M.D.N.C. 2001); *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312, 127 S.Ct. 1069, 1076 (2007); vgl. *Mand*, *Buying Power and Section 2 of the Sherman Act*, 2008, S. 29; ausdrücklich gegen eine spiegelbildliche Behandlung *Rosch*, *Colum. Bus. L. Rev.* 353, 365 (2007).

321 *Kartell v. Blue Shield of Massachusetts, Inc.*, 749 F.2d 922, 931 (1st Cir. 1984); *State Oil Co. v. U. Kahn*, 522 U.S. 3, 118 S.Ct. 275, 282 (1997).

322 *Carstensen*, *Buyer Power and Merger Analysis – The Need for Different Metrics*, 2004, S. 4 ff.

323 *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 30.

v. *United States* von 1924.³²⁴ In dieser Vereinigung trafen sich zahlreiche Geflügelfarmer, um den Einkaufspreis der Hühnchen jeden Tag abzustimmen. Judge *Hand* begründete die Rechtswidrigkeit dieser Vereinbarung damit, dass der Sherman Act auch alle Maßnahmen untersage, die den Wettbewerb innerhalb einer Gruppe von Einkäufern beschränke.³²⁵

Ein frühes und bis heute in der amerikanischen Rechtsprechung immer wieder zitiertes Urteil zum Lieferantenschutz unabhängig von Verbrauchermärkten ist *Mandeville Island Farms*.³²⁶ Darin entschied der Supreme Court 1948 ausdrücklich, dass auch eine Vereinbarung des Einkaufspreises, die die Lieferanten schädige, vom Schutzzweck des Sherman Act erfasst sei, obwohl keine Abnehmer oder Verbraucher betroffen seien.³²⁷

Angebots- und Beschaffungsmärkte behandelte der Supreme Court spiegelbildlich. Er stellte den Schutzzweck ausdrücklich als einen „Schutz der Marktgegenseite“ dar, als der Seite, die vom Kartell betroffen sei. Wörtlich führte er aus:³²⁸

[The Sherman Act] does not confine its protection to consumers, or to purchasers, or to competitors, or to sellers. Nor does it immunize the outlawed acts because they are done by any of these.

The Act is comprehensive in its terms and coverage, protecting all who are made victims of the forbidden practices by whomever they may be perpetrated.

Gleichwohl ist diese Rechtsprechung des Supreme Court in *Mandeville Island Farms* dahingehend umstritten, als das Gericht Einkaufsvereinbarungen möglicherweise großzügiger beurteilt als Verkaufsvereinbarungen.³²⁹ In der Tat ging der Supreme Court vergleichbar einer *rule of reason* darauf ein, dass die Lieferanten keine andere Absatzmöglichkeit hätten, als

324 *Live Poultry Dealers' Protective Association v. United States*, 4 F.2d 840 (2d Cir. 1924).

325 *Live Poultry Dealers' Protective Association v. United States*, 4 F.2d 840, 842 f. (2d Cir. 1924).

326 *Mandeville Island Farms v. American Crystal Sugar Co.*, 334 U.S. 219, 68 S.Ct. 996 (1948); zur *per-se* Rechtswidrigkeit einer Absprache von Einkaufspreisen vgl. *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150, 60 S.Ct. 811, 844 (1940).

327 *Mandeville Island Farms v. American Crystal Sugar Co.*, 334 U.S. 219, 68 S.Ct. 996, 1005 f. (1948).

328 *Mandeville Island Farms v. American Crystal Sugar Co.*, 334 U.S. 219, 68 S.Ct. 996, 1006 (1948); vgl. *Hovenkamp*, in: *Hawk* (Hrsg.), *International Antitrust Law and Policy*, 2007, S. 541, 551.

329 *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 31.

zu den künstlich gesenkten Preisen zu verkaufen.³³⁰ Doch wollte er damit wohl weniger die Auswirkungen der Vereinbarung untersuchen, als vielmehr deren zwischenstaatliche Wirkung analysieren. Zudem verweist er ausdrücklich auf die *per se*-Rechtswidrigkeit einer Festsetzung von Einkaufspreisen.³³¹

Auch Vereinbarungen, die nicht unmittelbar den Preis festsetzten, ihn aber in ihrer Wirkung beeinflussten, erklärten die Gerichte für rechtswidrig. In *National Manufacturers Association v. Federal Trade Commission* beispielsweise sprachen die US-amerikanischen Makkaroni-Produzenten ab, die Zusammenstellung ihrer Produkte zu verändern.³³² Damit wollten sie auf Preissteigerungen des Weizens durch Ernteausfälle und einen stärkeren Export der Getreideindustrie reagieren. Qualitätsmakkaroni bestehen gänzlich aus Hartweizen. Die Makkaroni-Produzenten vereinbarten nun, zukünftig nur noch zur Hälfte Hartweizen zu verwenden und mit Stärke zu mischen. Darunter litt zwar die Qualität der Makkaroni, der Preis für die Verbraucher blieb jedoch unverändert. Den Produzenten gelang es wegen ihrer verringerten Nachfrage auf dem Hartweizenmarkt, die Einkaufspreise auf dem ursprünglichen Niveau zu halten. Diese Vereinbarung, die den Preis auf nachgelagerten Verkaufsmärkten nicht beeinflusst, wurde als rechtswidrig eingestuft.

Ähnliche Vereinbarungen, die sich nicht direkt auf den Einkaufspreis beziehen, ihn aber dennoch senken, finden sich vor allem für den Arbeitsmarkt, z. B. als Höchstgehalt für Trainer von Basketball-Mannschaften an

330 *Mandeville Island Farms v. American Crystal Sugar Co.*, 334 U.S. 219, 68 S.Ct. 996, 1008, Fn. 20 (1948).

331 *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 31.

332 *National Macaroni Manufacturers Association v. Federal Trade Commission*, 345 F.2d 421 (7th Cir. 1965); vgl. auch zur besonderen Rezeptur von Makkaroni *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 32, 79 ff.

Colleges³³³ oder im Austausch von Daten und Informationen über die Bezahlung der Mitarbeiter im Management und technischen Bereich.³³⁴

Weitere Fallgruppen zu Vereinbarungen auf Beschaffungsmärkten liegen darin, sich bei Ausschreibungen als Bieter abzusprechen oder Mitbewerber aus dem Beschaffungsmarkt zu drängen.³³⁵ Auch deren Auswirkungen analysiert die Rechtsprechung unabhängig von Verbraucherbelangen auf nachgelagerten Märkten.

Wie die Rechtsprechung behandeln auch die US-amerikanischen Wettbewerbsbehörden Nachfragerkartelle spiegelbildlich zu Anbieterkartellen.³³⁶ Das Department of Justice tritt dafür ein, nicht nur die Wohlfahrt der Konsumenten auf nachgelagerten Märkten im Sinne der Endverbraucher zu berücksichtigen, sondern auch die der Marktgegenseite auf vorgelegerten Märkten.³³⁷ Es prüft insoweit keinen Verbraucherschaden, um zu einer Untersagung von Einkaufskartellen zu gelangen.³³⁸

333 *Law v. National Collegiate Athletic Association*, 185 F.R.D. 324 (D.C. Kansas 1999); vgl. *Werden*, in: *Hawk* (Hrsg.), *International Antitrust Law and Policy*, 2007, S. 541, 549; *Werden*, 74 *Antitrust L. J.* 707, 719 (2007); vgl. allgemeiner zu besonders gefährdeten Berufsgruppen *Sullivan/Grimes*, *The Law of Antitrust*, 2006, S. 77; vgl. zur Verletzlichkeit von einzelnen Arbeitnehmern, solange sie nicht organisiert auftreten, *Grimes*, 69 *Antitrust L. J.* 195, 199 f. (2001); zu Versuchen von Arbeitgebern, die Bezahlung ihrer Mitarbeiter zu beschränken, beispielsweise als *Salary Caps* im US-Profisport, vgl. *Mentzel*, *Solidarität im professionellen Fußballsport versus europäisches Wettbewerbsrecht*, 2007, S. 40, 211 ff.; *Grimes*, 72 *Antitrust L. J.* 563, 572 (2005).

334 *Todd v. Exxon Corp.*, 275 F.3d 191 (2d Cir. 2001); vgl. *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 35; *Grimes*, 72 *Antitrust L. J.* 563, 571 f. (2005); ausführlich zu dieser Rechtsprechung *Areeda/Hovenkamp*, *Fundamentals of Antitrust Law*, 2004, S. 20-32 ff.

335 *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781, 66 S.Ct. 1125 (1946): Drei große Zigarettenhersteller sprachen ihr Bieterverhalten für Tabakblätter ab, um einheitliche Einkaufspreise zu sichern. In *United States v. Crescent Amusement Co.*, 323 U.S. 818, 65 S.Ct. 437 (1945) nutzten angebotsmächtige Kinobetreiber ihre Beschaffungsmacht gegenüber Filmverleihern, um zu verhindern, dass verbleibenden Konkurrenten die gleichen Filme lizenziert würden; ähnlich *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 U.S. 207, 79 S.Ct. 705 (1959).

336 Ausführlich dazu *OECD*, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 246 f.; vgl. zu Ausnahmen *Hovenkamp*, *Federal Antitrust Policy*, 2011, S. 172.

337 *OECD*, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 307.

338 *OECD*, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 307.

2. Anwendung des Sec. 2 Sherman Act bei nachfragerrelevantem Verhalten

Der Supreme Court verwendet den Begriff der Monopsonmacht nur selten ausdrücklich.³³⁹ Dennoch wendet er Sec. 2 Sherman Act häufiger auf Fälle von Nachfragemacht an, unter anderem in *Griffith* 1948.³⁴⁰ Dort legte er an ein Monopson die gleichen Kriterien an wie an ein Monopol, behandelte sie insofern spiegelbildlich.

Jüngere Entscheidungen zu Sec. 2 Sherman Act klassifizieren ein Verhalten schon dann als wettbewerbsbeschränkend, wenn es den Wettbewerbsprozess schädigt.³⁴¹ Der in Fällen von Angebotsmacht tatbestandlich zu berücksichtigende *consumer harm* ist bei Nachfragemacht meist nicht zu prüfen. Ausdrücklich hat der Court of Appeals for the Tenth Circuit abgelehnt, dass ein *consumer harm* im Sinne eines Einflusses auf Endverbraucher ein erforderliches Merkmal sei, um zum Missbrauch von Nach-

339 So in *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of University of Oklahoma*, 468 U.S. 85, 104 S.Ct. 2948, 2956 (1984); vgl. zur Rechtsprechung zu Sec. 2 Sherman Act *Sullivan/Grimes*, *The Law of Antitrust*, 2006, S. 156.

340 *Griffith*, 334 U.S. 100, 68 S.Ct. 941, 92 L.Ed. 1236 (1948).

341 *Town of Concord, Mass. v. Boston Edison Co.*, 915 F.2d 17, 21 (1st Cir. 1990); *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 58 (C.A. D.C. 2001):

From a century of case law on monopolization under § 2, however, several principles do emerge. First, to be condemned as exclusionary, a monopolist's act must have an 'anticompetitive effect'. That is, it must harm the competitive *process* and thereby harm consumers.

Dieses Zitat wird ebenso als Beleg herangezogen, dass weiterhin eine Beeinträchtigung der Konsumenten Voraussetzung eines Kartellrechtsverstoßes ist, vgl. *Stucke*, *Looking at the Monopsony in the Mirror*, 2013, S. 6; ebenso *Salop*, in: *Hawk* (Hrsg.), *International Antitrust Law and Policy*, 2007, S. 477, 483. Die prozessschützende Ansicht unterstützend *Werden*, 74 *Antitrust L. J.* 707, 726 (2007).

fragemacht zu gelangen.³⁴² Eher spricht die jüngere Rechtsprechung von einem *harm to the competitive process*.³⁴³

In diesem Zusammenhang ein Monopol aufrechtzuerhalten, findet sich auch die international stark beachtete *Weyerhaeuser*-Entscheidung des Supreme Court aus dem Jahr 2007 wieder.³⁴⁴ Einleitend zu *Weyerhaeuser* ist festzuhalten, dass es für einen Monopsonisten nicht rechtswidrig ist, allein den Einkaufspreis zu senken, also Monopsonpreise zu bezahlen.³⁴⁵ Hingegen kann es rechtswidrig sein, wenn er den Einkaufspreis strategisch erhöht, um konkurrierende Nachfrager von der Rohstoff-Beschaffung auszuschließen und sich eine Monopsonstellung zu verschaffen. Ein solches Verhalten entspricht auf Angebotsseite dem Verkaufen unter Einstandspreis (*predatory pricing*) und nennt sich aus Nachfragersicht *predatory bidding*; so in *Weyerhaeuser*.

Weyerhaeuser war Inhaber bedeutender Sägewerke für die westamerikanische Holzwirtschaft.³⁴⁶ Er fragte 65 % der verfügbaren Erlenstämme nach und dominierte damit den Beschaffungsmarkt. Die Beschaffungsmärkte für Erlenholzstämme sind wegen der hohen Transportkosten lokal zu bilden.

342 *Telecor Communications, Inc. v. Southwestern Bell Telephone Co.*, 305 F.3d 1124, 1134 (10th Cir. 2002) mit ausdrücklichem Hinweis auf *Mandeville Island Farms v. American Crystal Sugar Co.*, 334 U.S. 219, 68 S.Ct. 996, 1006 (1948):

The Supreme Court's treatment of monopsony cases [*Mandeville*] strongly suggests that suppliers are protected by antitrust laws even when the anti-competitive activity does not harm end-users;

bestätigend *Kirkwood/Lande*, 84 Notre Dame L. Rev. 191, 209 (2008); *Werden*, in: *Hawk* (Hrsg.), *International Antitrust Law and Policy*, 2007, S. 541, 548; *Grimmes*, 72 *Antitrust L. J.* 563, 577 (2005); einen *consumer harm* als Voraussetzung für einen Anspruch aus Sec. 2 Sherman Act nicht erwähnend, *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312, 127 S.Ct. 1069 (2007); a. A. *Salop*, 72 *Antitrust L. J.* 669, 675 (2005).

343 *Town of Concord, Mass. v. Boston Edison Co.*, 915 F.2d 17, 21 (1st Cir. 1990); *U.S. v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 58 (C.A. D.C. 2001).

344 *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312, 127 S.Ct. 1069 (2007).

345 *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 72.

346 *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312, 127 S.Ct. 1069, 1072 (2007); vgl. *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 76 ff.; weitere Fallmaterialien unter <http://www.alderantitrust.com> (zuletzt abgerufen am 31.07.2013).

Die Erle aus den Wäldern der Kaskadenkette von Oregon und Washington ist das mit Abstand beliebteste Hartholz der westlichen USA, da es einfach zu bearbeiten und dauerhaft ist sowie sich gut kleben lässt. Es eignet sich vor allem für Möbel, Kücheneinrichtungen und Tischlerarbeiten. Auf den entsprechenden nachgelagerten Verkaufsmärkten hatte *Weyerhaeuser* mit etwa 3 % Marktanteil keine beherrschende Stellung.³⁴⁷ Es existiert kein separater Verkaufsmarkt für Erlenholz. Dieses bildet mit anderen Harthölzern, wie Eiche und Ahorn, im Verkauf einen gemeinsamen Markt. *Weyerhaeuser* erhöhte seine Beschaffungspreise für Erlenstämme, um einem konkurrierenden Sägewerk ein Verbleiben im Markt wegen des hohen Einkaufspreises zu erschweren.

Es stellte sich für den Supreme Court die Frage, ob dieses Verhalten gegen Sec. 2 Sherman Act verstoße. Dabei war zu beachten, dass *Weyerhaeuser* zwar den Beschaffungsmarkt monopsoniert hatte, dies aber keine Auswirkungen auf nachgelagerte Verkaufsmärkte hat. Wenn sich der Sherman Act an einem *consumer welfare*-Standard orientiere, dürften Nachteile der Lieferanten nicht ins Gewicht fallen.³⁴⁸ So hielt auch die Vorinstanz die Grundsätze des *predatory pricing* nicht für Beschaffungsmärkte anwendbar, da *predatory bidding* zumindest für einen gewissen Zeitraum den Lieferanten durch die hohen Beschaffungspreise einen Vorteil beschert.

Der Supreme Court entschied jedoch, dass *predatory bidding* spiegelbildlich zu *predatory pricing* zu behandeln sei. Erhöhte Einkaufspreise verstießen gegen das Monopolisierungsverbot, wenn der Einkaufspreis über dem Verkaufspreis liege.³⁴⁹ Der maßgebliche Test stammt aus

347 *Hovenkamp*, in: *Hawk* (Hrsg.), *International Antitrust Law and Policy*, 2007, S. 541, 551. Aus diesem Grund wäre dieser Fall in Europa wohl nicht verfolgt worden, vgl. *Paulis*, in: *Hawk* (Hrsg.), *International Antitrust Law and Policy*, 2007, S. 541, 552 f.

348 So argumentierend mit dem Schutzzweck der reinen Konsumentenwohlfaht (pure consumer welfare) *Salop*, 72 *Antitrust L. J.* 669, 691 (2005); in diese Richtung auch *Kirkwood*, 72 *Antitrust L. J.* 625, 662 (2005).

349 Ökonomisch ausgedrückt muss der Einkaufspreis über dem Grenzertrag des Nachfragers liegen, vgl. *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 77. Unabhängig davon, ob der Maßstab ökonomisch geeignet ist, einen Missbrauch anzuzeigen – weil ein Nachfrager nach mehreren Komponenten diese quersubventionieren kann oder er, wenn er auf dem nachgelagerten Produktmarkt beherrschend ist, auch dort erhöhte Preise verlangen wird, so dass sein Einkauf nicht mehr missbräuchlich erscheint – ist für das Anliegen des Lieferantenschut-

Brooke Group und umfasst, dass die Verkaufspreise über einen gewissen Zeitraum unterhalb der eigenen Kosten liegen und dass die Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich die Investition in Preise unterhalb der Kosten später wieder amortisiert.³⁵⁰ *Predatory pricing* und *predatory bidding* seien in ihrer Wirkungsweise ähnlich und wegen der theoretisch engen Verbindung zwischen Monopson und Monopol sollten ähnliche rechtliche Standards gelten.³⁵¹

Das Urteil wird auch über die unmittelbare Entscheidung zu *predatory bidding* hinaus so verstanden, dass Beschaffungsmärkte spiegelbildlich zu Angebotsmärkten zu schützen sind. Der Schutzzweck *consumer welfare* kann dann so interpretiert werden, dass der *consumer* als *trading partner* bzw. Marktgegenseite zu verstehen ist und auf Beschaffungsmärkten den Lieferanten meint.³⁵²

3. Anwendung des Clayton Acts bei nachfragerelevanten Zusammenschlüssen

Gerade in jüngerer Zeit ist durch einen Zusammenschluss entstehende Nachfragemacht mehrfach das entscheidende Kriterium gewesen, um eine Fusion zu untersagen.³⁵³ Horizontale Zusammenschlüsse, in denen sich

zes bemerkenswert, dass der Supreme Court unabhängig von Verbraucherwohlfahrtserwägungen den vorgelagerten Beschaffungsmarkt eigenständig schützt.

350 *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 113 S.Ct. 2578, 2587 (1993); Dazu vgl. *Werden*, 74 Antitrust L. J. 707, 712 (Fn. 14) (2007); ebenso *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 73; vgl. *Harrison*, in: *Lianos/Sokol* (Hrsg.), *The Global Limits of Competition Law*, 2012, S. 54, 58 ff.

351 *Werden*, 74 Antitrust L. J. 707, 712 (2007); *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312, 127 S.Ct. 1069, 1076 (2007); ausdrücklich dagegen *Rosch*, *Colum. Bus. L. Rev.* 353, 365f. (2007).

352 *Werden*, 74 Antitrust L. J. 707, 735 (2007); *Schwartz*, Should Antitrust Assess buyer market power differently than seller market power?, 2004, S. 1 f.; ebenso *Zerbe*, 72 Antitrust L. J. 717, 718 (2005); ebenso *Sullivan/Grimes*, *The Law of Antitrust*, 2006, S. 76; *Grimes*, 72 Antitrust L. J. 563, 573 ff. (2005); *Kirkwood/Lande*, 84 *Notre Dame L. Rev.* 191, 192 f. (2008); vgl. aus der deutschen Literatur *Zimmer*, in: *Zimmer* (Hrsg.), *The Goals of Competition Law*, 2012, S. 486, 492 f.

353 *Omnicare, Inc. v. Unitedhealth Group, Inc.*, 524 F.Supp.2d 1031, 1040 (N.D.Ill. 2007); vgl. dazu *Blair/Haynes*, in: *Elhauge* (Hrsg.), *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, 2012, S. 246, 263 f.; *United States v. Aetna, Inc.*,

die Beschaffungsmacht von zwei Nachfragern addiert, sind von vertikalen Zusammenschlüssen, wenn ein Nachfrager und ein Lieferant sich zusammenschließen, zu unterscheiden.

Für die Legitimation horizontaler Zusammenschlüsse wird die neu entstehende Marktmacht entscheidend sein, meist durch den Marktanteil nachgewiesen. Beschaffungsmärkte sind spiegelbildlich zu Angebotsmärkten abzugrenzen, entsprechend der Austauschbarkeit der Nachfrage, also den Absatzalternativen der Lieferanten.³⁵⁴ Rechtsprechung zu Zusammenschlüssen, die Monopsonmacht erzeugen, ist zwar selten, aber es gibt sie.³⁵⁵

Die vertikale Integration eines Lieferanten kann hingegen Beschaffungsmärkte verschließen, indem andere Nachfrager von der Belieferung abgeschnitten werden.³⁵⁶ Handelt der Nachfrager mit Marktmacht, besteht die Gefahr, dass die übrigen Nachfrager von der Beschaffung ausgeschlossen bzw. Lieferanten ihrer Absatzchance beraubt werden.³⁵⁷ Auch kann vertikale Integration zu einer Markteintrittsschwelle führen, wenn potentielle Wettbewerber Schwierigkeiten in der Warenbeschaffung sehen.³⁵⁸

1999 WL 1419046, 1, 15f. (N.D. Tex 1999); *AlliedSignal, Inc. v. B. F. Goodrich Co.*, 183 F.3d 568, 571 (7th Cir. 1999); *United States v. Rice Growers Association of California*, 1986 WL 12561, 1, 1 ff. (E.D. Cal. 1986); *United States v. Pennzoil Co.*, 252 F.Supp. 962, 982 (D.C. Pa. 1965); vgl. *OECD*, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 250 und *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 40.

354 *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 94.

355 *Omnicare, Inc. v. Unitedhealth Group, Inc.*, 524 F.Supp.2d 1031, 1040 (N.D. Ill. 2007); *United States v. Aetna, Inc.*, 1999 WL 1419046, 1, 15f. (N.D. Tex 1999); *AlliedSignal, Inc. v. B. F. Goodrich Co.*, 183 F.3d 568, 571 (7th Cir. 1999); *United States v. Rice Growers Association of California*, 1986 WL 12561, 1, 1 ff. (E.D. Cal. 1986); *United States v. Pennzoil Co.*, 252 F.Supp. 962, 982 (D.C. Pa. 1965).

356 Vgl. *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 98; ausführlich zu ökonomischen Anreizen einer vertikalen Integration *Blair/Kaserman*, Law and Economics of Vertical Integration and Control, 1983, S. 114 ff.; vgl. in der Rechtsprechung *Ford Motor Co. v. United States*, 405 U.S. 562, 92 S.Ct. 1142, 1148 (1972).

357 Letzteres wohl bezweifelnd *Bork*, The Antitrust Paradox, 1978, S. 231 ff.

358 *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 99.

4. Zwischenergebnis

Folgende Aspekte sind aus dieser Übersicht zur US-amerikanischen Rechtsanwendung im Bereich von Nachfragemacht insbesondere zu beachten:

1. In den USA gibt es zahlreiche Beispiele nachfragerrelevanten Verhaltens. Gerade für die in Europa rare Fallgruppe eines isolierten Schutzes von Beschaffungsmärkten unabhängig von Auswirkungen auf die Verbraucher finden sich Anwendungsfälle.
2. *Consumer Welfare* ist der beherrschende Schutzzweck im Kartellrecht. Dennoch vermeidet es die Rechtsprechung in nachfragerrelevanten Sachverhalten häufig, von einem *consumer welfare*-Ansatz zu sprechen. Im Falle von Nachfragemacht ist *consumer harm* kein erforderliches Merkmal eines Rechtsverstoßes. Dieser Befund deutet darauf hin, dass der *consumer* nicht im Sinne eines wörtlichen Verbrauchers als Abnehmer zu verstehen ist, sondern eher als Marktgegenseite.
3. Die meisten der erwähnten Entscheidungen sind älteren Datums, bevor die Chicago School und die Auswirkungenanalyse feste Bestandteile einer kartellrechtlichen Entscheidung wurden. Dennoch halten die Ergebnisse und Urteile einer ökonomischen Analyse entsprechend des Monopsonmodells stand.³⁵⁹ *Blair* und *Harrison* erwähnen die Möglichkeit, dass die Gerichte das richtige Ergebnis mit einer falschen Begründung entwickelt hätten.³⁶⁰ In jüngeren Urteilen jedoch sind sich die Gerichte der ökonomischen Auswirkungen von Nachfragemacht bewusst, eine geänderte Entscheidungspraxis ist jedoch nicht zu erkennen.

359 *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 104 f.

360 *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 105.

2. Kapitel: Ökonomische Auswirkungen von Nachfragemacht

A) Einleitung

Im vorangegangenen Teil hat die Arbeit eine teilweise asymmetrische Beurteilung von Angebots- und Nachfragemacht in Kommissionsäußerungen und der Rechtsprechung identifiziert: Nicht nur der vom EuGH geprägte Unternehmensbegriff im Sinne der *FENIN*-Rechtsprechung nimmt ein wirtschaftliches Nachfrageverhalten hoheitlicher oder sozialer Einrichtungen aus dem Anwendungsbereich des Kartellrechts aus. Auch die Horizontallinien 2011 der Kommission zeigen, dass sie eine Beschränkung von Beschaffungsmärkten vor allem nach ihren Auswirkungen auf nachgelagerte Verkaufsmärkte beurteilt. Der im Diskussions- und Prioritätenpapier angedeutete Wandel des Schutzzwecks des Behinderungsmissbrauchs hin zur Konsumentenwohlfahrt würde einen eigensändigen Schutz vorgelagerter Beschaffungsmärkte weiter reduzieren.

Warum existieren diese Schutzlücken des Lieferanten? Ein häufig vorgebrachtes Argument, Nachfragemacht wirken zu lassen, liegt in der ökonomischen Idee, dass dadurch die Endverbraucher begünstigt würden. Eine pauschale Beurteilung von Nachfragemacht bewegt sich zwischen zwei Polen: Entweder führt Angebotsmacht zu höheren und Nachfragemacht zu niedrigeren Preisen oder das Monopson entspricht spiegelbildlich dem Monopol und führt ebenso zu höheren Preisen.

Beide schwarz-weiß Einschätzungen werden weder der ökonomischen Wirklichkeit noch der modellhaften Theorie gerecht: Eine eindeutige Aussage, wie sich Nachfragemacht auf die Endverbraucherpreise auswirkt, ist nicht möglich.³⁶¹ Es gibt allein schon zwei, sich in den Grundannahmen widersprechende Modelle, ob der mächtige Nachfrager eine größere oder eine kleinere Menge beschafft, um einen geringeren Preis zu erhalten.

Noch viel weniger als zu den statischen Wettbewerbsparametern Preis und Menge lässt sich eine Aussage zur dynamischen Marktentwicklung treffen, wie sich die Qualität der gelieferten Ware entwickeln wird und wie es um deren technologische Weiterentwicklung bestellt ist.

361 Vgl. Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, 2014, S. 4.

Diesen Fragen wird im folgenden Teil aus einem wirtschaftswissenschaftlichen Blickwinkel nachgegangen, um zu erforschen, auf welcher ökonomischen Grundlage sich der kartellrechtliche Schutz oder Nicht-Schutz der Lieferanten bewegt. Die diesem Abschnitt zugrundeliegende Forschungsfrage lautet: Begründen die ökonomischen Auswirkungen von Nachfragemacht die faktisch asymmetrische kartellrechtliche Beurteilung von Angebots- und Nachfragemärkten?

Im folgenden ökonomischen Teil greift die Arbeit auf den Begriff des „optimalen“ bzw. „perfekten Wettbewerbs“ zurück.³⁶² Sie verwendet damit bewusst einen Optimumbegriff, auch wenn diese perfekte Wettbewerbsintensität in der Realität nicht eintreten wird. Der optimale bzw. perfekte Wettbewerb soll als Begriff den theoretischen Eindruck verstärken, der den ökonomischen Vorhersagen über Marktauswirkungen zugrunde liegt.

Es gibt in den Wirtschaftswissenschaften zwei grundlegende theoretische Konzepte, die sich mit den Auswirkungen des Monopsons und der Nachfragemacht beschäftigen: das Monopsonmodell³⁶³ und das Modell der Verhandlungsmacht.³⁶⁴

B) Monopsonmodell

Ein „Monopson“ im klassischen Sinne meint ein Nachfragemonopol. Entgegen dieses strengen Begriffsverständnisses als „alleiniger Nachfrager“³⁶⁵ umfasst das Monopsonmodell jeden Nachfrager, der Monopsonwirkungen herbeiführen kann, unabhängig davon ob es neben ihm noch weitere Nachfrager gibt. Grundlage, um das Monopsonmodell anzuwenden, ist Monopsonmacht, d. h. die Fähigkeit, den Kaufpreis oder andere Wettbe-

362 Vgl. in diese Richtung auch die Verwendung verschiedener Adjektive zur Beschreibung der Wettbewerbsintensität bei *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1966, S. 15.

363 Grundlegend zum Monopsonmodell *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010.

364 Grundlegend *Inderst*, WuW 2008, 1261; *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007.

365 „Marktform, bei der ein relativ großer Nachfrager mehreren oder vielen relativ kleinen Anbietern gegenübersteht, so dass nur ein Marktteilnehmer für die Abnahme eines Gutes in Frage kommt“, s. *Gabler* Wirtschaftslexikon, 1988, unter „Nachfragemonopol“; *Duden*, Fremdwörterbuch, 2010, unter „Monopson“.

werbsparameter zu beeinflussen.³⁶⁶ Der Monopsonist ist kein Preisnehmer, wie ein Nachfrager im perfekten Wettbewerb, sondern kann mit einer Mengenänderung auch eine Preisänderung erreichen. Er kann mit seiner Nachfrageentscheidung unmittelbar auf das wettbewerbliche Gleichgewicht Einfluss nehmen. Im perfekten Wettbewerb liegt der Gleichgewichtspreis im Schnittpunkt zwischen Angebots- und Nachfragekurve. Der einzelne Anbieter oder Nachfrager vermag diesen Gleichgewichtspreis mit seiner individuellen Bezugsmenge nicht zu beeinflussen. Der Monopsonist hingegen wird, falls seine Angebotskurve steigt, die Nachfrage senken und auf diese Weise auch nur einen geringeren Preis bezahlen. Ebenso ist es möglich, dass der Monopsonist einen geringeren als den theoretischen und modellhaften Wettbewerbspreis vorgibt. Der Lieferant wird dann dementsprechend die Menge nach unten anpassen. Das Gleichgewicht stellt sich auf einem niedrigeren Preis- und Mengenniveau ein, so dass die alloкатive Effizienz leidet.³⁶⁷

I. Allgemeine Darstellung

1. Prämissen des Monopsonmodells

Dem Monopsonmodell liegen folgende Annahmen zugrunde:³⁶⁸

a) Anonymer Tausch

Der Handel zwischen Anbietern und Abnehmern erfolgt in einem anonymen Tausch. Anbieter und Nachfrager handeln nicht individuell die Ge-

366 Vgl. zu verschiedenen Definitionsansätzen von Nachfragemacht, auf deren inhaltliche Unterschiede gerade im ökonomischen Teil der Arbeit auch eingegangen wird, *Palatzke*, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2012, S. 15 ff.; vgl. auch Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, 2014, S. 16.

367 *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 5.

368 Vgl. grundlegend für das Monopsonmodell *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 41 ff.; *Harrison*, in: *Lianos/Sokol* (Hrsg.), The Global Limits of Competition Law, 2012, S. 54, 55 ff.; *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589 (2005); zusammenfassend auf Deutsch *Palatzke*, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2012, S. 57 ff.

schäftsbedingungen aus, sondern sie richten sich nach der Marktangebots- und -nachfragekurve. Dieses Modell berücksichtigt keine bilateralen Zugeständnisse, wie beispielsweise Rabatte.³⁶⁹ Existieren neben dem Monopsonisten noch weitere Nachfrager, so profitieren sie von seiner Monopsonmacht, da auch sie seine Einkaufsbedingungen erhalten. Monopsonmacht kann also den Marktpreis für ein Gut reduzieren, nicht nur den individuellen Beschaffungspreis.

b) Steigende Angebots-/Grenzkostenkurve

Weiterhin muss die Angebotskurve steigen, damit der Monopsonist mit einer geringeren nachgefragten Menge einen niedrigeren Preis erzielen kann.³⁷⁰ Die Angebotsfunktion wird im Gegensatz zur Nachfragefunktion in bestimmten Branchen steigen. Die Voraussetzung einer steigenden Angebotskurve schränkt den Anwendungsbereich des Monopsons deutlich ein. In der Theorie steigt die Angebotskurve, denn je höher der Preis eines Guts liegt, desto attraktiver ist seine Produktion und desto mehr wird, letztlich auch wegen neuer Markteintritte, davon hergestellt. Sinkt hingegen der Preis eines Guts, werden sich dessen Produzenten aus dem Markt zurückziehen, so dass die Menge gleichfalls sinkt.

Die Angebotsfunktion stellt dar, wie sich Menge und Preis eines Gutes zueinander verhalten, wenn alle anderen Faktoren konstant bleiben.³⁷¹ Das „Gesetz der abnehmenden Grenzerträge“³⁷² begründet, warum eine Angebotsfunktion gelegentlich steigt:

Die Angebotskurve entspricht der Grenzkostenkurve.³⁷³ Grenzkosten sind die Kosten, die anfallen, um eine zusätzliche Einheit zu erzeugen.³⁷⁴ Die Kosten für die Produktion eines weiteren Gutes steigen an, wenn bei zunehmender Produktion der Grenzertrag, d. h. der Nutzen jedes weiteren Input-Faktors, abnimmt.³⁷⁵ So verwenden Landwirte, um ihre Ernte zu

369 Diesen Punkt verdeutlichend *Kirkwood*, 72 *Antitrust L. J.* 625, 638 (2005).

370 *Noll*, 72 *Antitrust L. J.* 589, 595 (2005).

371 Ausführlich dazu *Samuelson/Nordhaus*, *Volkswirtschaftslehre*, 2010, S. 93 ff.

372 *Samuelson/Nordhaus*, *Volkswirtschaftslehre*, 2010, S. 93.

373 Genauer gesagt entspricht die Angebotskurve nur dem Teil der Grenzkostenkurve, der oberhalb der variablen Durchschnittskosten liegt, vgl. *Pindyck/Rubinfeld*, *Mikroökonomie*, 2009, S. 376.

374 *Samuelson/Nordhaus*, *Volkswirtschaftslehre*, 2010, S. 201.

375 *Pindyck/Rubinfeld*, *Mikroökonomie*, 2009, S. 309.

steigern, auch weniger fruchtbare Böden. Der Dünge- und Pflegeaufwand des Bodens wird für einen geringen Mehrertrag immer größer. Ebenso lassen sich in der industriellen Produktion kurzfristig die Kapazitäten nicht beliebig steigern, so dass sie irgendwann teuer ausgebaut werden müssen. Dann werden Lieferanten mit steigenden Grenzkosten arbeiten, so dass ebenso ihre Angebotskurve steigt.

Eine konstante oder gar sinkende Angebotskurve gibt es in Branchen, in denen mit steigender Produktion die Kosten konstant bleiben oder sinken. Gerade in der industriellen Produktion werden die Kosten langfristig abnehmen (z. B. Produktion von Automobilen), da die Industrie Größenvorteile nutzen kann, um Produktionsfaktoren günstiger einzukaufen.³⁷⁶ Dann kann der Monopsonist mit einer reduzierten Nachfragemenge nicht den Preis senken. Bereits hier wird deutlich, dass sich der Anwendungsbereich des Monopsonmodells überwiegend auf die landwirtschaftliche Erzeugung beschränkt, in der die Angebotskurve der Lieferanten steigt.

c) Elastizität des Angebots

Es hängt von der Elastizität des Angebots ab, wie intensiv Monopsonmacht wirkt.³⁷⁷ Die Elastizität gibt allgemein an, wie stark die Marktgegenseite auf Preisänderungen reagiert. Im Falle der Angebotselastizität beschreibt sie, wie sich die angebotene Menge infolge von Preisschwankungen ändert.³⁷⁸ Die Angebotselastizität definiert sich ebenso wie die Nachfrageelastizität als prozentuale Mengenänderung geteilt durch die prozentuale Preisänderung.

Sie hängt vor allem davon ab, wie leicht sich die Lieferanten an die Nachfrage anpassen können.³⁷⁹ Bei verderblichem frischem Fisch – ein Beispiel für ein unelastisches Angebot – haben die Lieferanten wenig Möglichkeit auf einen Nachfragerückgang oder eine -steigerung kurzfris-

376 Vgl. *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 396 f.

377 *OECD*, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 21.

378 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 120.

379 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 121 f. Zu weiteren Faktoren, die die Angebotselastizität beeinflussen können, wie die Angebotselastizität des gesamten Angebotsmarktes, die Anzahl der Unternehmen auf dem Markt oder der Interaktion der Nachfrager, vgl. *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 477.

tig zu reagieren.³⁸⁰ Unabhängig davon, wie sich die Nachfrage und die Preise entwickeln, müssen die Lieferanten stets die gesamte Menge veräußern. Als weiteres Beispiel für ein absolut unelastisches Angebot gelten Auktionen für Produkte, die in der Vergangenheit hergestellt wurden, beispielsweise Kunst.³⁸¹ Selbst wenn das Interesse der Bieter nur mäßig ist, kann das Auktionshaus die Menge, z. B. die Zahl der Kunstwerke, nicht anpassen. Ein weiteres unelastisches Angebot sind Rohstoffe. Die Fördermenge lässt sich selbst bei einem Preisanstieg nicht ohne weiteres erhöhen.

Ein hoch elastisches Angebot hingegen führt dazu, dass bereits die kleinste Preissenkung durch die Nachfrager das Angebot versiegen lässt, während eine minimale Preissteigerung das Angebot ins Unendliche steigert.³⁸² Eine hohe Elastizität zeigt beispielsweise die Textilindustrie. Sämtliche Produktionsfaktoren sind reichlich beschaffbar, so dass sie bei geringen Preissteigerungen das Angebot deutlich ausweiten kann.³⁸³ Die Monopsonmacht eines Nachfragers, also die Fähigkeit, den Preis unter das Wettbewerbsniveau zu drücken, hängt also unmittelbar von der Elastizität der Marktgegenseite ab.³⁸⁴

Auch Zeit beeinflusst die Elastizität.³⁸⁵ Kurzfristig fällt es den Produzenten in der Regel schwer, ihren Produktionsinput (Arbeit, Material und Kapital) entsprechend der Preisentwicklung anzupassen. Auf lange Sicht sind sie weit besser in der Lage, neue Produktionsstätten zu errichten und Personal einzustellen bzw. bei sinkender Nachfrage Fabriken zu schließen.

Zusammenfassend lässt sich also festhalten: Je unelastischer das Angebot ist, desto stärker lässt sich Nachfragemacht ausspielen. Dieses Erkenntnis entspricht spiegelbildlich dem Monopol: Der Monopolist kann bei einer vollkommen elastischen Nachfrage keine Monopolgewinne kreieren,

380 Bei einem solchen unelastischen Angebot ist die Elastizität kleiner als 1. Im Extremfall, dass die Elastizität 0 ist, ist die Angebotsfunktion eine senkrechte Gerade parallel zur Preisachse, vgl. *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 121.

381 *Werden*, 74 Antitrust L. J. 707, 711 (2007).

382 Die Angebotsfunktion mit unendlicher Elastizität ist eine Gerade waagrecht zur Mengenachse, die die gesamte Menge zu einem bestimmten Preis bietet, vgl. *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 121.

383 Vgl. *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 122.

384 *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 476.

385 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 122.

denn die Abnehmer werden bei Preiserhöhungen ausweichen oder verzichten.³⁸⁶

2. Vergleich von Monopson und Monopol

Um das Funktionieren eines Monopsons besser verstehen zu können, bietet sich ein Blick auf das spiegelbildlich wirkende Monopol an:

Das Monopol führt zu einem gegenüber dem perfekten Wettbewerb überhöhten Preis bei gleichzeitig verringerter Angebotsmenge.³⁸⁷ Entweder produziert der Monopolist eine bestimmte Menge, so dass die Nachfrager den Preis auf dem Markt bestimmen oder er setzt den Preis fest und die Konsumenten bestimmen entsprechend der Nachfragefunktion die Menge.³⁸⁸ Immer kann der Monopolist aber den Preis beeinflussen, entweder direkt über seine Festsetzung oder indirekt über die produzierte Menge.

Der Monopolist wird, um seinen Gewinn zu maximieren, die produzierte Menge so festlegen, dass seine Grenzkosten dem Grenzerlös entsprechen.³⁸⁹ Der Grenzerlös drückt aus, wie sich bei einer Steigerung der Menge um eine Einheit der Erlös ändert.³⁹⁰ Jede weitere verkaufte Einheit, deren Grenzkosten den Grenzerlös übersteigen, würde den Gewinn des Monopolisten senken. Im vollständigen Wettbewerb entspricht der Grenzerlös dem Preis, da der Anbieter unter Wettbewerbsbedingungen den Preis nicht beeinflussen kann.³⁹¹ Unabhängig von der Menge kann das Unternehmen immer nur den einen Marktpreis erzielen. Das Unternehmen im vollständigen Wettbewerb wird also dort den maximalen Gewinn erzielen, wo seine Grenzkosten dem Preis, und damit dem Grenzerlös, entsprechen.³⁹² Die vom Monopolisten produzierte Menge ist dagegen geringer, während der entsprechende Preis auf der sinkenden Nachfragekurve höher liegt als im vollständigen Wettbewerb.

386 Noll, 72 Antitrust L. J. 589, 595 (2005).

387 Vgl. grundlegend MüKo/Kerber/Schwalbe, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 161 ff.

388 MüKo/Kerber/Schwalbe, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 161.

389 Samuelson/Nordhaus, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 277 ff.; Pindyck/Rubinfeld, Mikroökonomie, 2009, S. 459 f.

390 Pindyck/Rubinfeld, Mikroökonomie, 2009, S. 367.

391 Samuelson/Nordhaus, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 279 f.

392 Samuelson/Nordhaus, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 281.

Das Monopson verhält sich nun spiegelbildlich zum Monopol:

Der Monopsonist legt seine Bezugsmenge so fest, dass der zusätzliche Nutzen der letzten erworbenen Einheit exakt seinen zusätzlichen Ausgaben entspricht.³⁹³ Dieser Grenznutzen ist eine fallende Kurve, da mit jeder weiteren Einheit der zusätzliche Nutzen eines Gutes immer weiter sinkt. Der Grenznutzen entspricht der Nachfragekurve, die ebenso abfällt.³⁹⁴ Die Grenzausgaben des Monopsonisten steigen hingegen an, denn je größer die beschaffte Menge ist, desto höher liegt ihr Preis. Seine Grenzausgabenkurve wird oberhalb der (steigenden) Angebotskurve liegen.³⁹⁵ Der Monopsonist bestimmt seine Nachfragemenge nun am Schnittpunkt zwischen Grenzausgabenkurve und Grenznutzenkurve (Nachfragekurve). Der Preis bestimmt sich dann entsprechend der (im Monopsonmodell) darunterliegenden Angebotskurve.³⁹⁶ Insofern wird deutlich, dass der Monopsonist weniger nachfragt und pro Einheit weniger bezahlt als unter Wettbewerbsbedingungen.

3. Beispielhaftes Monopson im US-amerikanischen Profisport

Der US-amerikanische Profisport steht in manchen Gestaltungen beispielhaft für einen monopsonierten Arbeitsmarkt. An ihm lassen sich Monopsonwirkungen deutlich erkennen:

Um die Verhandlungsmacht der Top-Athleten zu beschränken, haben einzelne Ligen ein *player reservation system* eingeführt. Jedes Team hat ein exklusives Zugriffsrecht auf bestimmte junge Spieler. Dieses ist zum einen ausgestaltet durch den *Rookie-draft*, d. h. eine Verlosung junger aussichtsreicher Talente in ihrer ersten Saison, die einem einzigen Team zugeordnet werden,³⁹⁷ oder zum anderen durch eine territoriale Aufteilung der Spielermärkte.³⁹⁸ Auf diese Weise ist jeder junge Athlet für eine gewisse Zeit zunächst nur einem einzigen Verein zugeordnet. Er ist gezwun-

393 Pindyck/Rubinfeld, Mikroökonomie, 2009, S. 485.

394 Vgl. dazu mit Diagrammen Pindyck/Rubinfeld, Mikroökonomie, 2009, S. 486.

395 Pindyck/Rubinfeld, Mikroökonomie, 2009, S. 487.

396 Pindyck/Rubinfeld, Mikroökonomie, 2009, S. 487.

397 Ausführlich zum vergleichbaren *Draft*-System in den US-Soccer-Leagues, Mentzel, Solidarität im professionellen Fußballsport versus europäisches Wettbewerbsrecht, 2007, S. 201 ff.

398 Noll, 72 Antitrust L. J. 589, 604 (2005).

gen, das Vertragsangebot des Vereins anzunehmen oder aus dem Profisport auszuschneiden.

Die Gehaltsfindung für den Athleten orientiert sich abstrakt an zwei theoretischen Erwägungen: Einerseits soll der Spieler im Grundgehalt gerade so viel verdienen, wie er in einer anderen nicht-sportlichen Beschäftigung erhalten würde. Damit soll der Spieler dem Profisport erhalten bleiben, da er keinen unmittelbaren Anreiz hat, eine alternative Beschäftigung aufzunehmen. Andererseits wird er Prämien erhalten, um eine individuelle Spitzenleistung im Sport anzuregen. Insgesamt wird der Spieler jedoch weniger erhalten, als wenn die nachfragenden Teams im Wettbewerb um ihn stünden. Ein Gehalt, das sich im Wettbewerb bildet, würde dem individuellen Wert des Spielers für das einzelne Team entsprechen. In einem funktionierenden Wettbewerbsumfeld würden die Prämien entsprechend dem Wertgrenzprodukt der Spieler bemessen, d. h. die leistungsbezogenen Prämien würden den Mehreinnahmen der Clubs wegen der stärkeren Leistung entsprechen. Der monopsonistische Verein wird nur niedrigere erfolgsbezogene Prämien gewähren, die nicht den eigenen gestiegenen Einkünften durch die bessere Leistung der Spieler entsprechen. Diese verordnete Vereinsbindung führt zu niedrigeren Spielergehältern, bis die Spieler ab einem bestimmten Alter oder Erfahrung der Bindung entgehen, und verlagert Produktivitätswerte von den Spielern auf die Vereine.³⁹⁹

In der Praxis kann dieses Modell der Gehaltsfindung jedoch nicht funktionieren. Den Teams fehlt das Wissen um das Grundgehalt, welches der Spieler in einer nicht sportlichen Tätigkeit erzielen könnte, und das Wissen, bis zu welcher Grenze der Spieler eine bessere Leistung wegen performanceorientierter Prämien erbringt. Diese finanziellen Schwellenwerte werden bei jedem Spieler je nach Ausbildung und persönlicher Veranlagung anders liegen. Diese Ungenauigkeit, d. h. dass die Nachfragekurve wegen fehlender Informationen die Angebotskurve nicht exakt schneiden kann, führt zu Ineffizienzen in der Produktion von sportlichen Leistungen. Die einen Athleten werden dem Profisport fernbleiben, da ihr angebotenes Grundgehalt unter möglichen Vergütungen im nicht sportlichen Bereich bleibt. Andere werden zu geringe Prämien erhalten, so dass sie zwar dem Profisport erhalten bleiben, jedoch unter ihrer eigenen Leistungsfähigkeit spielen. Langfristig führen diese Nachfragerrestriktionen zu einem beschränkten Zugang zum Spielermarkt. Zu Beginn einer Karriere wird der

399 Noll, 72 Antitrust L. J. 589, 604 f. (2005).

junge Athlet den Aufwand und Ertrag einer Profikarriere mit einer anderen Betätigung vergleichen. Durch die monopsonistisch nach unten beeinflussten Gehälter verliert der Versuch, im Sport eine Profilaufbahn einzuschlagen, an Attraktivität. Folglich werden sich weniger junge Sportler auf das Wagnis einer Profikarriere einlassen. Dies hat langfristig zur Folge, dass die Qualität der verbleibenden Sportler sinken wird, die Wettkämpfe an Attraktivität verlieren und die Zufriedenheit der konsumierenden Zuschauer sinkt.⁴⁰⁰

II. Begriff der Monopsonmacht

Monopsonmacht ist die Fähigkeit, Monopsonwirkungen herbeizuführen. Ein Nachfrager hat Monopsonmacht, wenn er den Anbieter dazu drängen kann, den Preis auf ein Niveau zu reduzieren, das unter dem Wettbewerbsniveau liegt.⁴⁰¹

„Preis“ steht hierbei nicht zwingend für den Preis selbst, sondern kann auch andere Wettbewerbsparameter erfassen. Entscheidend ist, dass der Monopsonist bessere Einkaufsbedingungen erhält als der im Wettbewerb stehende Nachfrager. Der Monopsonist muss nicht zwingend der alleinige Nachfrager sein, er kann auch als Oligopsonist oder dominierender Nachfrager Monopsonmacht ausüben, solange er in der Lage ist, Monopsonwirkungen herbeizuführen. Dabei muss der Markt derart konzentriert sein, dass sich der Nachfrager seiner Rolle als „Preisgeber“ und nicht als wettbewerblicher „Preisnehmer“ bewusst ist.⁴⁰²

„Monopsonmacht“ stellt terminologisch und systematisch eine Untergruppe des Begriffs „Nachfragemacht“ dar: „Nachfragemacht“ dient zunächst pauschal zur Abgrenzung von Angebotsmacht. Sie ist weiterhin der Überbegriff für „Monopson-“ und „Verhandlungsmacht“.⁴⁰³

400 Vgl. *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589, 606 (2005). Diese Folge ist freilich höchst umstritten, vgl. die Diskussion zur *pay-for-performance*-Vergütung von Arbeitnehmern bei *Bebchuk/Fried*, 17 Journal of Applied Corporate Finance 8 ff. (2005).

401 Vgl. zum Begriff „Buyer Power“ *Ezrachi*, 8 Journal of Competition Law and Economics 47, 48 (2012); *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589 (2005).

402 *OECD*, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 26.

403 *Ezrachi*, 8 Journal of Competition Law and Economics 47, 48 (2012); *Foer*, 39 Conn. L. Rev. 1307, 1315 (2007).

III. Bestimmung von Monopsonmacht

Monopsonmacht ist die Fähigkeit des Beschaffers, seine Einkaufspreise über einen gewissen Zeitraum unterhalb des Wettbewerbsniveaus zu halten. Ein Preis liegt auf Wettbewerbsniveau, wenn er den Grenzkosten des Anbieters entspricht. Insofern entspricht Nachfragemacht spiegelbildlich Angebotsmacht, die mit der Fähigkeit, Preise eine gewisse Zeit über Wettbewerbsniveau zu halten, definiert ist. Weicht der Preis eines Gutes von den langfristigen Grenzkosten ab, ist mit Ineffizienzen zu rechnen.⁴⁰⁴ Hat ein Unternehmen, egal ob Anbieter oder Nachfrager, einen solchen Preissetzungsspielraum, wird dieser als Marktmacht bezeichnet.⁴⁰⁵ Die Arbeit beschränkt sich in diesem Teil zunächst auf den ökonomischen Begriff der Marktmacht und unterscheidet ihn vom juristischen Begriff der Marktbeherrschung, der einen gewissen Grad an Marktmacht voraussetzt.⁴⁰⁶

Als ökonomische Bestimmungsgröße von Angebotsmacht ist der *Lerner-Index* etabliert, der Marktmacht entsprechend der prozentualen Abweichung des Preises eines Guts von dessen langfristigen Grenzkosten für die Herstellung misst.⁴⁰⁷ Die langfristigen Grenzkosten stehen dabei für den Preis im perfekten Wettbewerb. Je stärker der Anbieter nun in der Lage ist, den Preis zu seinen Gunsten zu beeinflussen, desto stärker ist seine Marktmacht.

Für Nachfragemacht lässt sich der *Lerner-Index* entsprechend heranziehen.⁴⁰⁸ Im Falle des Monopsons lässt er sich auch als umgekehrte Angebotselastizität beschreiben.⁴⁰⁹ Dementsprechend steigt die Nachfragemacht an, wenn die Angebotselastizität sinkt, und sinkt wiederum bei einem stark elastischen Angebot. Je eher sich die Lieferanten also mit einer variablen Produktion an Preisänderungen anpassen können, desto weniger Nachfragemacht hat der Abnehmer. Im Falle eines perfekt elasti-

404 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 14 ff.; *MüKo/Kerber/Schwalbe*, *EuWettbR*, 2015, Einl., Rn. 207.

405 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 53.

406 *MüKo/Kerber/Schwalbe*, *EuWettbR*, 2015, Einl., Rn. 222.

407 *Lerner*, 1 *Review of Economic Studies* 157-175 (1934); *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 54; *MüKo/Kerber/Schwalbe*, *EuWettbR*, 2015, Einl., Rn. 208; *Fell*, *Vertikale Integration und vertikale Gegenmacht*, 2001, S. 125.

408 *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 54.

409 *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 55; für das Monopol vgl. *MüKo/Kerber/Schwalbe*, *EuWettbR*, 2015, Einl., Rn. 209.

schen Angebots könnte der Monopsonist seine Macht nicht ausüben, da die Lieferanten bei einer minimalen Preisabweichung das Angebot verweigern würden.

Unter Berücksichtigung des Marktanteils ist der *Lerner-Index* nicht nur auf das Monopson, sondern ebenso auf das *Cournot-Oligopson*⁴¹⁰ bzw. mit leichten Abweichungen auf einen dominanten Nachfrager anwendbar.⁴¹¹ *Blair* und *Harrison*, die Verfasser eines US-amerikanischen Standardwerks zum Monopson, schlagen einen *Buyer Power Index* vor, der Nachfragemacht entsprechend des Marktanteils, der Angebotselastizität und der Elastizität der übrigen Nachfrage bestimmt.⁴¹²

Es handelt sich beim *Lerner-* und *Buyer Power Index* um rein theoretische Konzepte von Marktmacht. Die Indizes gehen stets von einer langfristigen Betrachtung aus, in der nur noch variable Kosten relevant sind und keine Fixkosten mehr bestehen.⁴¹³ In einer kurzfristigen Betrachtung, solange ein Unternehmen die Fixkosten noch decken muss, kann der Preis aber selbst bei perfektem Wettbewerb über den Grenzkosten liegen.⁴¹⁴ Auch sind die Grenzkosten eines Gutes meist nur unter praktischen Schwierigkeiten zu ermitteln.⁴¹⁵

Der Alternativweg, die Grenzkosten über den Wettbewerbspreis zu bestimmen, ist genauso wenig praktikabel. Eine entsprechende Vergleichsmarktanalyse ist ebenso ein rein theoretisches Modell, um den Preis unter Wettbewerbsbedingungen herauszufinden. In der Praxis sind unterschied-

410 Im *Cournot-Oligopson* treffen die Oligopsonisten ihre Mengenentscheidung (Menge als strategische Variable) so, dass sie für alle Beteiligten optimal liegt. Ein Abweichen davon würde den Konkurrenten nicht mehr Gewinn bescheren. Es handelt sich um ein stabiles Gleichgewicht.

411 Vgl. MüKo/Kerber/Schwalbe, *EuWettbR*, 2015, Einl., Rn. 216 f.; *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 55 ff.

412 *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 53 ff.

413 *Schwalbe/Zimmer*, *Kartellrecht und Ökonomie*, 2011, S. 54; MüKo/Kerber/Schwalbe, *EuWettbR*, 2015, Einl., Rn. 220; vgl. weiter zum nur theoretischen Wert des *Lerner-Indizes* *Schuhmacher*, *Effizienz und Wettbewerb*, 2011, S. 151 f.

414 *Schwalbe/Zimmer*, *Kartellrecht und Ökonomie*, 2011, S. 54; vgl. zu sinnvollen Aufwendungen, wie für Marketing, differenzierte Produkte oder Innovation, die einen Preis über die Grenzkosten treiben, *Stucke*, 53 *Boston Coll. L. Rev.* 551, 580 f. (2012).

415 MüKo/Kerber/Schwalbe, *EuWettbR*, 2015, Einl., Rn. 224.

liche Märkte nicht ohne weiteres vergleichbar.⁴¹⁶ Auch der Weg, den *Lerner-Index* über Nachfrageelastizitäten zu bestimmen, veranlasst in der Praxis aufwändige Schätzungen, wie beispielsweise der *SSNIP-Test* zeigt.⁴¹⁷

Das ökonomische Konzept der Marktmacht bezieht sich auf eine rein faktische und wertfreie Darstellung der Marktkonzentration. Wann eine ökonomische Marktmacht in eine juristische Marktbeherrschung umschlägt, ist letztlich eine normative Frage des einer Rechtsordnung zugrundeliegenden Wettbewerbskonzepts und dessen praktischer Realisierbarkeit. Da eine ökonomische „direkte“ Erfassung in der Regel an praktischen Schwierigkeiten von Kostenermittlung und mangelnder Vergleichbarkeit von Märkten scheitern wird, werden sich die Wettbewerbsbehörden eher auf den Marktanteil und andere nachfragespezifische Kriterien fokussieren.⁴¹⁸

IV. Auswirkungen von Nachfragemacht nach dem Monopsonmodell

Die grundsätzliche Wirkung wurde eben schon beschrieben: Der Monopsonist beschafft eine geringere Menge zu einem geringeren Preis als unter Wettbewerbsbedingungen. Welche Vorteile kann er nun aber im Detail von den Lieferanten abschöpfen und in welchem Umfang wird er sie an die nachgelagerten Marktstufen in Richtung Konsumenten weitergeben? Dazu sind verschiedene Fallgruppen zu unterscheiden.

416 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 71; *MüKo/Kerber/Schwalbe*, *EuWettbR*, 2015, Einl., Rn. 225.

417 *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 66 f.; *Grimes*, 72 *Antitrust L. J.* 563, 566 (2005). Der *SSNIP-Test* (*small but significant and non-transitory increase in price*) dient als Instrument zur Abgrenzung des relevanten Markts.

418 Sich auf den Marktanteil zu fixieren, birgt freilich das Risiko einer ungenauen Marktanalyse. Da Marktmacht eben auch von der Elastizität der Marktgegenseite abhängt, kann eine marktanteilsbezogene Analyse immer nur eine erste Richtung vorgeben, vgl. *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 60.

1. Monopsonist und nachgelagerter Wettbewerb

Monopsonist und nachgelagerter Wettbewerb – hinter diesem Schlagwort verbirgt sich die wohl international relevanteste Fallgruppe des kartellrechtlichen Lieferantenschutzes: die Landwirtschaft.

a) Anwendungsbeispiele des Monopsonmodells in der Landwirtschaft

Landwirtschaftliche Produktion ist in der westlichen Welt ebenso wie in Entwicklungsländern von verhältnismäßig kleinen regionalen Erzeugern geprägt. Ein Blick auf die bayerischen Milchbauern zeigt etwa 32.800 Betriebe, deren 1,21 Mio. Kühe zweimal täglich gemolken werden. Der durchschnittliche bayerische Milchbauer hat 36,8 Kühe im Stall stehen.⁴¹⁹ Diesen vielen atomistisch kleinen Betrieben stehen in Bayern 84 milchverarbeitende Molkereien gegenüber.⁴²⁰ Eine davon sind die *Milchwerke Berchtesgadener Land* in Piding, die seit Jahren einen der höchsten Milchpreise deutschlandweit zahlen.⁴²¹ Doch nicht jeder Milchbauer befindet sich im Einkaufsgebiet einer derart profitablen Molkerei. Der Markt für Rohmilch ist räumlich begrenzt.⁴²² Das Bundeskartellamt hat im Jahr 2012 im Rahmen der Sektoruntersuchung Milch Molkereien befragt und herausgefunden, dass deren Einzugsgebiet durchschnittlich 170 km beträgt.⁴²³ Auf diesen engen Beschaffungsmärkten stehen den Milchbauern

419 Bayerisches Landesamt für Statistik, Statistisches Jahrbuch für Bayern, 2016, S. 213.

420 Bayerische Landesanstalt für Landwirtschaft, Statistik der Bayerischen Milchwirtschaft, 2016, S. 28.

421 Milchpreis für konventionelle Milch aktuell 38,75 ct/kg; Information erhältlich unter https://bergbauernmilch.de/website/media/Fairer-Milchpreis-der-Molkerei-Berchtesgadener-Land_Januar-2016.pdf (zuletzt abgerufen am 17.01.2017). Der durchschnittliche Milchpreis in Deutschland im Jahr 2015 lag bei 29 ct/kg; Informationen erhältlich unter <http://www.milcherzeugerverband-bayern.de/milchhauszahlungspreise-deutschland> (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).

422 Sachlich ist der Markt für Rohmilch nach konventioneller und biologischer Rohmilch zu differenzieren, vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 17.12.2008, Fall M.5046, ABl. 2009 Nr. C 75/21 – *Friesland Foods/Campina*; ausführlich Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, 2014, S. 249 ff.; Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Milch, 2012, S. 21.

423 Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Milch, 2012, S. 25. Gleichwohl geht die EU-Kommission nicht von regionalen, sondern von nationalen Märkten aus. Bei

häufig also nur wenige Molkereien gegenüber. Im Einkauf der Milch könnten sie also durchaus monopsonmächtig auftreten. Tatsächlich hat noch keine Molkerei in Deutschland eine kartellrechtlich relevante nachfragebeherrschende Stellung erreicht, für die nähere Zukunft ist dies, insbesondere für Nordostdeutschland, aber nicht auszuschließen.⁴²⁴

Deutlich mächtigere Molkereien als in Deutschland gibt es in den Niederlanden. Der Zusammenschluss von *Friesland* und *Campina* im Jahr 2008 führte auf dem niederländischen Beschaffungsmarkt für Rohmilch zu einem Marktanteil von 70-80 % und damit zu einer nachfragebeherrschenden Stellung.⁴²⁵ Die Kommission erwog zwei Auswirkungen auf die Lieferanten:

Zum einen könnte die fusionierte Großmolkerei die Beschaffungspreise für Rohmilch erhöhen, so dass die konkurrierenden deutlich kleineren Molkereien selbst nicht mehr wirtschaftlich Rohmilch einkaufen könnten. Damit würde die Großmolkerei ihre horizontalen Mitbewerber behindern, indem sie den Markt für Rohmilchbeschaffung mittels eines erhöhten Einkaufspreises abschottete.⁴²⁶

Zum anderen könnte die Großmolkerei weniger Rohmilch abnehmen und damit niedrigere Preise gegenüber den Milchbauern auf dem vorgelagerten Beschaffungsmarkt durchsetzen. Die Molkerei würde dann weniger Milchprodukte herstellen, so dass nachgelagert auch die Konsumentenwohlfaht leiden würde. Mit der Idee, dass eine gedrosselte Nachfrage den Beschaffungspreis senkt, folgt die Kommission stillschweigend dem Mo-

größeren Kapazitäten an Rohmilch kann sich auch ein längerer Transport wirtschaftlich lohnen, vgl. für die Niederlande EU-Kommission, Entscheidung vom 17.12.2008, Fall M.5046, ABl. Nr. 2009 Nr. C 75/21 – *Friesland Foods/Campina*; für Großbritannien EU-Kommission, Entscheidung 10.06.2003, Fall M.3130, ABl. 2003 Nr. C 297/25 – *Arla Foods/Express Dairies*; für Frankreich EU-Kommission, Entscheidung vom 19.09.2006, Fall M.4344, ABl. 2006 Nr. C 199/2 – *Lactalis/Nestlé (JV)*.

424 Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Milch, 2012, S. 19, 123.

425 EU-Kommission, Entscheidung vom 17.12.2008, Fall M.5046, ABl. 2009 Nr. C 75/21 – *Friesland Foods/Campina*.

426 Vgl. in den USA die Strategie eines Sägewerks, mittels erhöhter Einkaufspreise den Mitbewerbern die Beschaffung zu erschweren. Der Supreme Court wendete die Grundsätze des *predatory pricing* auf die Nachfrage an: Erhöhte Einkaufspreise verstoßen gegen das Monopolisierungsverbot in Sec. 2 Sherman Act, wenn der Einkaufspreis über dem Verkaufspreis liegt, vgl. *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312, 127 S.Ct. 1069, 1076 (2007); vgl. zur *Weyerhaeuser*-Rechtsprechung S. 106.

nopsonmodell.⁴²⁷ Sie erwähnt ausdrücklich einen Mengenrückgang zum Nachteil der Verbraucher ohne auf mögliche Preisvorteile einzugehen, von denen die Verbraucher profitieren könnten.⁴²⁸

b) Der vorgelagerte Beschaffungsmarkt im Monopsonmodell

Landwirtschaftliche Erzeugermärkte sind häufig regional geprägt. Der nachgelagerte Produktmarkt wird dann weiter gezogen sein, so dass dort der vorgelagerte Monopsonist funktionierendem Wettbewerb ausgesetzt ist. Auf dem nachgelagerten Produktmarkt ist der Monopsonist dann Preisnehmer im Wettbewerb.

Der Monopsonist wird die Menge, die er beschafft, so bestimmen, dass seine Grenzausgabenkurve die Grenznutzenkurve (= Nachfragekurve) schneidet.⁴²⁹ Der Grenznutzen jeder weiteren Einheit ist dem Belieben des Monopsonisten entzogen, denn er richtet sich nach der Marktstruktur auf den nachgelagerten Märkten, auf denen in dieser Fallgruppe funktionierender Wettbewerb herrscht.⁴³⁰

Der Beschaffungspreis richtet sich unmittelbar nach der Menge, die der Monopsonist einkauft. Während Nachfrager im Wettbewerb als Preisnehmer stets den gleichen Einkaufspreis bezahlen, unabhängig von ihrer Beschaffungsmenge, bewegt sich der Preis für den Monopsonisten auf der Angebotskurve der Lieferanten entsprechend der Menge.

Steigt die Angebotskurve des Lieferanten, bedeutet dies nicht nur für jede weitere Einheit, die der Monopsonist beschafft, einen höheren Preis, sondern für alle Einheiten. Die Mehrausgaben für dieses eine Gut, also die Grenzausgaben, liegen im Mehrpreis für die eine Einheit plus der Preisdifferenz für alle bisher bezogenen Güter. Beim Monopsonisten übersteigen

427 Das Bundeskartellamt folgt nicht ausdrücklich, aber doch offensichtlich im Milchsektor dem Modell der Verhandlungsmacht, vgl. Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Milch, 2012, S. 85 f.

428 Im Fall verhinderte die genossenschaftliche Struktur der fusionierten Molkereien, dass sie als Nachfrager nach Rohmilch langfristig nicht den Preis gegenüber ihren Mitgliedern senken würden. Wegen dieser besonderen Mitgliederstruktur hat das Unternehmen keinen Anreiz, seine Monopsonmacht auszuüben, vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 17.12.2008, Fall M.5046, ABl. 2009 Nr. C 75/21 – *Friesland Foods/Campina*.

429 *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 487.

430 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 29.

die Grenzausgaben also den Preis des einen weiteren Gutes, eben weil immer noch die Preissteigerung für alle bis dahin bezogenen Güter ins Gewicht fällt. Somit ist der Erwerb eines weiteren Gutes für den Monopsonisten teurer als für einen im Wettbewerb stehenden Nachfrager.⁴³¹ Der Wettbewerbs-Nachfrager bezahlt für jedes weitere Gut, das er einkauft, den gleichen Preis wie für die vergangenen. Seine Grenzausgabenkurve verläuft horizontal und entspricht dem Preis, denn er ist als Wettbewerbsunternehmen Preisnehmer.

c) Der nachgelagerte Verkaufsmarkt im Monopsonmodell

Der Monopsonist, der auf dem nachgelagerten Markt im Wettbewerb steht, erzielt dort für jedes – und für jedes weitere – Gut immer nur den Marktpreis. Auf dem nachgelagerten Markt ist der Monopsonist wie seine horizontalen Mitbewerber Preisnehmer. Der Preis auf einem perfekten Wettbewerbsmarkt entspricht den Grenzkosten der Anbieter, also den Kosten der letzten Einheit (Grenzeinheit).⁴³² Der Monopsonist trägt jedoch wegen des eben beschriebenen Mechanismus unabhängig vom tatsächlichen Einkaufspreis höhere Grenzkosten als seine Mitbewerber. Selbst bei perfektem Wettbewerb werden die Verkaufspreise gemäß dem Monopsonmodell also keinesfalls sinken. Viel eher wird der Ausstoß sinken, um die steigende Grenzkostenkurve (Angebotskurve) nicht zu hoch steigen zu lassen.⁴³³ Der Monopsonist wird immer bemüht sein, seine Beschaffungsmenge zu reduzieren, um auch den Beschaffungspreis und die damit verbundenen Grenzkosten niedrig zu halten. Schwächt sich der Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt ab, wird der Monopsonist eher, seinen erhöhten Grenzkosten entsprechend, die Verkaufspreise erhöhen.

431 *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 46.

432 Vgl. zum Paradoxon, dass die Volkswirtschaft gerade im vollkommensten Zustand gewinnlos arbeiten soll *Schumpeter*, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, 1952, S. 38 f.

433 *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 47 f.; OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 29.

d) Wohlfahrtswirkungen des Monopsonmodells

Ein ausgeübtes Monopson erhöht im Modell also die Grenzkosten des Monopsonisten und damit den Verkaufspreis, zu dem er seine Ware auf dem nachgelagerten Markt mit perfektem Wettbewerb anbieten kann. Dementsprechend wird auf dem nachgelagerten Markt also der Preis konstant bleiben oder steigen und die Menge wegen des geringeren Inputs sinken.⁴³⁴ Ob dies jedoch die Konsumentenwohlfaht schwächt, ist streitig:

Eine Ansicht meint, die Auswirkungen des Monopsons auf die Konsumentenwohlfaht seien in dieser Fallgruppe (vorgelagertes Monopson – nachgelagerter Wettbewerb) neutral.⁴³⁵ Der Monopsonist könne auf dem nachgelagerten Markt als einfacher Wettbewerbsteilnehmer keinen eigenständigen Preis bilden, sondern müsse sich an das Wettbewerbsgleichgewicht anpassen. Er sei auf dem nachgelagerten Markt Preisnehmer auf Wettbewerbsniveau. Die geringere Menge, die der Monopsonist ausstoße, würde im perfekt funktionierenden Wettbewerb von den Mitbewerbern aufgefangen und ausgeglichen. Preis und Menge blieben daher trotz des vorgelagerten Monopsons unverändert.

Eine andere ökonomische Meinung kommt dennoch zu einer Schädigung der Konsumentenwohlfaht.⁴³⁶ Nachdem der Monopsonist seine Beschaffungsmenge bei den Lieferanten reduziere, verringere sich auch sein Ausstoß auf dem nachgelagerten Markt. Im funktionierenden Wettbewerb gleichen die Mitbewerber diesen Rückgang aus. Sie würden mehr produzieren. Soweit sind sich die Ansichten einig. Um ihre Produktion zu erhöhen, müssen die übrigen Nachfrager auch ihre Beschaffungsmengen erhöhen. Entgegen dem klassischen Monopsonmodell gehen die Vertreter dieser Ansicht davon aus, dass nicht alle Nachfrager identische Einkaufsbedingungen erhalten. In einer lebensnahen Betrachtung würden kleine Nachfrager auf dem Beschaffungsmarkt keine dem Monopsonisten vergleichbaren Konditionen erzielen. Ihre Beschaffung sei damit weniger produktiv.⁴³⁷ Entweder gäben sie sich mit einer ineffizienten Beschaffung zufrieden. Darunter würde dann die Konsumentenwohlfaht leiden, weil die

434 OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 29; *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 47 ff.

435 *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 47; Bemerkung der EU-Kommission, in: OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 258.

436 *Noll*, 72 *Antitrust L. J.* 589, 599 f. (2005).

437 OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 30.

Mitbewerber den Rückgang des Ausstoßes doch nicht ausgleichen könnten. Oder die Mitbewerber benötigten einen aufwändigeren Beschaffungsprozess als der Monopsonist. Dann aber würde die übrige Herstellung der Mitbewerber einen Rückgang erleiden, da sie nunmehr ihre Leistung in den Ausgleich des Produktionsrückgangs des Monopsonisten investieren müssten. Insofern stiegen die Opportunitätskosten (die wirklichen Kosten) des betrachteten Guts, weil darin ein größerer Rückgang bei Alternativgütern eingeschlossen sei. Wegen dieser gestiegenen Opportunitätskosten sinke die Konsumentenwohlfaht.⁴³⁸

Das Monopson, das auf dem nachgelagerten Markt einem funktionierenden Wettbewerb begegnet, führt also nicht unbestritten zu einem Rückgang der Konsumentenwohlfaht. Einigkeit besteht jedoch darüber, dass sie wohl kaum steigt.⁴³⁹

2. Monopsonist und nachgelagerter Monopolist

In dieser Fallgruppe hat der Monopsonist auf dem vor- und nachgelagerten Markt Monopolmacht. In der Beschaffung wird er, entsprechend eines Monopsonisten, die Menge und den Preis senken.

Der Unterschied zum alleinigen, oben erläuterten, Nachfragemonopol liegt in der Veräußerung auf dem nachgelagerten Markt. Dort tritt der Monopsonist nun nicht mehr als Preisnehmer auf, sondern ist als Monopolist Preisgeber. Gleichzeitig werden die nicht vorhandenen Mitbewerber den Rückgang im Ausstoß nicht mehr ausgleichen können, so dass schon wegen des Mengenrückgangs die alloкатive Effizienz leidet.

Die Monopolwirkungen treten verstärkt auf, wenn der Monopolist in der Beschaffung Monopsonmacht hat. Er trägt dann höhere Grenzkosten als ein Monopolist, der im Wettbewerb einkauft. Wenn nun der Monopolist seine Ausstoßmenge im Schnittpunkt zwischen Grenzkosten- (steigend) und -ertragskurve (sinkend) bestimmt, führen höhere Grenzkosten zu verschärften Monopolwirkungen: Die Menge sinkt stärker und der Preis ist höher als im Monopol, das vorgelagert Wettbewerbsbedingungen begegnet.⁴⁴⁰

438 OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 30.

439 Vgl. die Darstellung in OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 30.

440 Vgl. zu Monopolwirkungen *Samuelson/Nordhaus*, *Volkswirtschaftslehre*, 2010, S. 280.

In dieser Fallgruppe des marktbeherrschenden Anbieters, der Nachfragemacht erwirbt, leidet also unbestritten die Konsumenten- und Gesamtwohlfahrt.⁴⁴¹

3. Bilaterales Monopol

Bei einem zweiseitigen (bilateralen) Monopol stehen sich ein Lieferant und ein Abnehmer gegenüber. Die Unternehmen müssen, um die ökonomischen Wirkungen eines zweiseitigen Monopols herbeizuführen, nicht unbedingt Monopol- und Monopsonisten sein, es genügen marktmächtige Unternehmen.⁴⁴² Zweiseitige Monopole treten beispielsweise in der hochspezialisierten Automobil-Zulieferindustrie auf, wenn Lieferanten Produkte anbieten, die nachfragerspezifisch individuell angefertigt werden. Auch kann die Monopsonmacht daher stammen, dass sich einzelne nachfragende Unternehmen zu einer Einkaufskooperation zusammengeschlossen haben mit dem Ziel, eine bestehende Monopolstellung des Lieferanten auszugleichen. Ebenso stellen Tarifverhandlungen zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden ein typisches zweiseitiges Monopol dar.

Es lässt sich nicht eindeutig vorhersagen, welche Wirkungen sich ergeben, wenn sich zwei mächtige Marktteilnehmer gegenüber treten. Wohl aber werden sich Monopol- und Monopsonmacht gegenseitig ausgleichen, wenn auch nicht soweit, dass auf dem Markt perfekte Wettbewerbsbedingungen herrschen.⁴⁴³

Nun bestehen im Fall des zweiseitigen Monopols vier Möglichkeiten, welche der beiden Machtpositionen sich durchsetzt.

a) Cournotsche Monopollösung

Der liefernde Monopolist gibt den Preis vor und der nachfragende Monopsonist nimmt die Monopolmenge ab. Dies ist die *Cournotsche* Monopollösung.⁴⁴⁴

441 OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 30 f.

442 Noll, 72 *Antitrust L. J.* 589, 607 (2005).

443 Pindyck/Rubinfeld, *Mikroökonomie*, 2009, S. 492.

444 Wied-Nebbeling, *Preistheorie und Industrieökonomik*, 2009, S. 86; Ott, *Grundzüge der Preistheorie*, 1970, S. 204.

b) Cournotsche Monopsonlösung

Ebenso kann der Monopsonist den Preis vorgeben. Der Monopolist gibt dann die Monopsonmenge ab. Dies ist die *Cournotsche* Monopsonlösung.⁴⁴⁵ Monopol- und Monopsonlösung führen, wie oben bereits als Monopol und Monopson dargestellt, zu Wohlfahrtsverlusten.⁴⁴⁶

c) „Ausbeutungslösung“

Darüber hinaus kann nun der Monopsonist oder Monopolist die Gegenseite ausbeuten und auf die Nullgewinnposition drängen.⁴⁴⁷ Die ausbeutende Partei gibt dann Preis und Menge vor, die andere Partei kann dieser Option folgen oder nicht (Alles-oder-nichts-Offerte). Das Gegenüber hat keinen eigenen Spielraum mehr. Damit gelingt es aus der Sicht des Monopsonisten, die Menge zu steigern und den Preis zu senken. Während das Monopsonmodell klassischerweise von einer geringeren Menge ausgeht, sieht dieses „Ausbeutungsmodell“ eine größere Menge zu einem geringeren Preis vor.

Der ausbeutende Monopsonist wird versuchen, eine möglichst große Menge zu einem möglichst geringen Preis zu erwerben. Ihm geht es um die absolute eigene Gewinnmaximierung, d. h. er möchte seinen eigenen Gewinn erhalten und zusätzlich den des Monopolisten auf sich überführen.⁴⁴⁸ Die optimale Menge dafür liegt in der Konkurrenzmenge, also der Menge im perfekten Wettbewerb.⁴⁴⁹

Damit ist in dieser Ausbeutungsvariante die Allokationseffizienz gewahrt. Der Preis richtet sich nach den Durchschnittskosten des Lieferanten, nicht nach seinen Grenzkosten. Während sich im perfekten Wettbewerb der Preis nach der Angebotskurve (= Grenzkostenkurve des Lieferanten) richtet, drückt bei einer Alles-oder-nichts-Offerte der Monopsonist den Preis soweit, dass dem Anbieter kein Gewinn verbleibt. Diese Nullgewinnposition entspricht den Durchschnittskosten des Anbieters.

445 Ott, Grundzüge der Preistheorie, 1970, S. 204.

446 Vgl. auch *Wied-Nebbeling*, Preistheorie und Industrieökonomik, 2009, S. 88.

447 Ott, Grundzüge der Preistheorie, 1970, S. 204.

448 *Wied-Nebbeling*, Preistheorie und Industrieökonomik, 2009, S. 89.

449 *Wied-Nebbeling*, Preistheorie und Industrieökonomik, 2009, S. 89.

Durchschnittskosten bedeuten Gesamtkosten geteilt durch die Produktionsmenge.⁴⁵⁰ Die Durchschnittskosten sinken im Monopsonmodell mit zunehmender Produktionsmenge. Sie lassen sich aufteilen in die durchschnittlichen fixen und die durchschnittlichen variablen Kosten. Zu den Fixkosten zählen diejenigen Posten, die auch anfallen, wenn das Unternehmen nichts produziert, z. B. Pacht für Fabrikgelände, Zinsaufwendungen für ein Darlehen oder Gehälter von unbefristet beschäftigten Mitarbeitern.⁴⁵¹ Die Fixkosten bestehen der Höhe nach unabhängig von der Produktionsmenge. Die variablen Kosten ändern sich mit der Produktionsmenge, z. B. die Rohstoffe für die Produktion oder die Stromkosten. Sie betragen *per definitionem* null, wenn die Produktionsmenge bei null liegt.⁴⁵²

Auf die Spitze getrieben kann der Monopsonist den Preis noch unter die Durchschnittskosten drücken, wenn er dem Anbieter nur noch die variablen Durchschnittskosten ersetzt.⁴⁵³ Der Lieferant arbeitet dann zwar mit Verlusten, doch sind diese Verluste niedriger, als wenn er den Betrieb einstellt, und somit betriebswirtschaftlich vernünftig. Die fixen Durchschnittskosten, die auch ohne Produktion anfallen, erhält der Anbieter dann nicht mehr ersetzt. Ein Unternehmen wird den Betrieb erst dann einstellen, wenn der Preis auf kurze Sicht nicht die variablen Kosten deckt.⁴⁵⁴ Solange das Unternehmen die variablen Kosten deckt (und einen zumindest minimalen Teil der Fixkosten), ist es günstiger, die verlustreiche Produktion fortzuführen. Deckt das Unternehmen selbst die variablen Kosten nicht mehr, sollte es den Betrieb einstellen. Dann ist es für das Unternehmen günstiger, die Verluste in Höhe der Fixkosten bei Betriebseinstellung zu tragen und sich der variablen Kosten zu entledigen. Erst wenn der Preis also unter dem Betriebsminimum, also den variablen Kosten (d. h. die Verluste entsprechen exakt den Fixkosten) liegt, sollte das Unternehmen den Betrieb einstellen.⁴⁵⁵

Langfristig betrachtet entspricht das Betriebsminimum den durchschnittlichen Gesamtkosten.⁴⁵⁶ Die Fixkosten werden auf lange Sicht zu

450 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 203.

451 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 200.

452 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 200 f.

453 Vgl. *Bontrup*, Nachfragemacht in Deutschland, 2008, S. 58.

454 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 238.

455 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 238.

456 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 244.

variablen Kosten, wenn Mietverträge und Mitarbeiter gekündigt werden können. Somit minimieren sich die Fixkosten als hinnehmbare Verluste, bis zu deren Erreichen eine verlustreiche Produktion dennoch wirtschaftlich ist. Die Durchschnittskosten als erlösbarer Preis bei Alles-oder-nichts-Offerten sind langfristig also gleichzeitig das Betriebsminimum.

In der Realität wird oft fehlendes Wissen der Nachfrager um die Kostenstruktur der Anbieter solchen Alles-oder-nichts-Offerten entgegenstehen.⁴⁵⁷ Es gibt jedoch auch Wege, sich Wissen um die Kosten der Lieferanten anzueignen, indem man beispielsweise die Lieferantenproduktion zum Teil in den eigenen Betrieb integriert und nur noch bei Produktionsspitzen auf externe Zulieferer zurückgreift. Deren Kostenniveau kennt der Abnehmer dann aus eigener Erfahrung, aus der eigenen Produktion.

Zusammengefasst sind Alles-oder-nichts-Offerten durchaus effizient, da die Menge dem funktionierenden Wettbewerb entspricht.

d) „Verhandlungslösung“

Schließlich können Monopolist und Monopsonist zu einer Verhandlungslösung kommen. Sie können gemeinsam den höchsten Gewinn erzielen, wenn sie die Menge entsprechend der Konkurrenzmenge bestimmen und den daraus resultierenden Maximalgewinn in Verhandlungen aufteilen.⁴⁵⁸ Der Spielraum, der sich ihnen für die Preisverhandlung bietet, liegt zwischen den beiden Ausbeutungsmodellen, in denen entweder der Monopolist oder der Monopsonist nur seine Durchschnittskosten erhält, sein Gewinn also bei null liegt. Gleichzeitig bieten sich für dieses Verhandlungsmodell noch andere, beispielsweise spieltheoretische Lösungen an.⁴⁵⁹

e) Zwischenergebnis

Allles-oder-nichts-Angebote sind also effizient, denn der Nachfrager wird die allokativ optimale Menge beschaffen und zu Preisen, die optimalem

457 Noll, 72 Antitrust L. J. 589, 603 (2005).

458 Wied-Nebbeling, Preistheorie und Industrieökonomik, 2009, S. 91; OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 35 f.

459 Näher dazu Wied-Nebbeling, Preistheorie und Industrieökonomik, 2009, S. 92 ff.; vgl. Fell, Vertikale Integration und vertikale Gegenmacht, 2001, S. 147 ff.

Wettbewerb entsprechen, veräußern. Er versucht jedoch, die Lieferantengewinne auf sich selbst zu verlagern. Auch wenn sich die Parteien nicht unbedingt auf die Konkurrenzmenge einigen, wird es dem Monopsonisten jedenfalls gelingen, wohlfahrtsökonomische Verbesserungen in Preis und Menge herbeizuführen, als wenn die Nachfrageseite keine Monopsonmacht inne hätte.⁴⁶⁰ Alles-oder-nichts-Offerten steigern also stets das Wohlfahrtsniveau gegenüber einer einseitigen Machtstellung im Markt.

f) Wettbewerbspolitisches Fördern von countervailing power?

Wenn, wie eben gezeigt, Nachfragemacht im zweiseitigen Monopol positive Wirkungen haben kann, ließe sie sich auch bewusst fördern, um Angebotsmacht auszugleichen. Sowohl Einkaufskooperationen als auch Zusammenschlüsse von Nachfragern können ein ausgleichendes Gewicht in der Beschaffung erzeugen. Ist es also ratsam, Gegenmacht (*countervailing power*) auf der Nachfrageseite wettbewerbspolitisch zu fördern? Beispielsweise könnte Gegenmacht im Missbrauchstatbestand eine marktbeherrschende Stellung relativieren oder in der Zusammenschlusskontrolle als *countervailing power defence* eine Rolle spielen.

(1) Ökonomische Idee der countervailing power

Das Modell der *countervailing power* stammt von *Galbraith* aus dem Jahr 1952.⁴⁶¹ Er sah vertikale Gegenmacht der Nachfrager als zentrales wettbewerbspolitisches Instrument, um Machtpositionen zu begrenzen. Er schlug vor, das Leitbild des Wettbewerbs durch eines der Gegenmacht zu ersetzen.⁴⁶² In der damaligen wirtschaftswissenschaftlichen Literatur erwies sich das Konzept als substanzarm, wird aber gerade zur Rechtfertigung

460 *Noll*, 72 *Antitrust L. J.* 589, 607 (2005); *Fell*, *Vertikale Integration und vertikale Gegenmacht*, 2001, S. 146; *Scherer/Ross*, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 1990, S. 527.

461 *Galbraith*, *American Capitalism, The Concept of Countervailing power*, 1952, S. 118. Im Deutschen ist die Bezeichnung "vertikale Gegenmacht" etabliert, vgl. zum Begriff *Fell*, *Vertikale Integration und vertikale Gegenmacht*, 2001, S. 128 ff.

462 *Galbraith*, *American Capitalism, The Concept of Countervailing power*, 1952, S. 120; *Fell*, *Vertikale Integration und vertikale Gegenmacht*, 2001, S. 128.

von Nachfragemacht bis heute bemüht.⁴⁶³ Ökonomisch betrachtet schränkt der erstarkte Nachfrager den Monopolisten jedenfalls in seiner Machtausübung ein.

Ein Monopolist, dem Nachfrager im Wettbewerb gegenüberstehen, wird seine Menge bis zu dem Punkt reduzieren, wo sich seine Grenzertrags- und Grenzkostenkurve schneiden. Wenn sich nun die Nachfrager in ihrem Beschaffungsverhalten koordinieren und Monopsonmacht ausüben, gelingt es ihnen, eine gegenüber dem einseitigen Monopol größere Menge zu beschaffen und niedrigere Preise zu verhandeln.⁴⁶⁴ Die Analyse des zweiseitigen Monopols (Anbietermonopol steht Abnehmermonopson gegenüber) zeigt, dass zwar eine profitmaximierende Einigung zwischen Monopsonist und Monopolist zu einer höheren Menge führt, als wenn isoliert der eine oder der andere den Preis vorgibt.⁴⁶⁵ Doch sind die Auswirkungen nicht mit der Effizienz des vollkommenen Wettbewerbs vergleichbar.⁴⁶⁶

Die Idee der *countervailing power* geht nun davon aus, dass der marktmächtige Abnehmer einerseits stark genug ist, die Monopolmacht des Anbieters auszugleichen, aber gleichzeitig zu schwach, um auf den nachgelagerten Märkten selbst Monopolpreise zu verlangen.⁴⁶⁷

Inwieweit der Nachfrager seine aus der Monopsonmacht resultierenden Konditionenvorteile an nachgelagerte Märkte weitergibt, hängt wiederum davon ab, ob er auf den Verkaufsmärkten einem funktionierenden Wettbewerb ausgesetzt ist.⁴⁶⁸ Handelt er dort selbst marktmächtig, besteht kein Druck, seine Effizienzgewinne weiterzugeben.

463 Vgl. zur Kritik von *Ungern-Sternberg*, 14 *International Journal of Industrial Organisation* 507, 508 (1996); weiteren Forschungsbedarf über Auswirkungen von *countervailing power* andeutend *Inderst/Mazzarotto*, in: *Collins* (Hrsg.), *Issues in Competition Law and Policy*, 2008, S. 1953, 1977. Detailliert auf Kritik eingehend *Fell*, *Vertikale Integration und vertikale Gegenmacht*, 2001, S. 131 ff.; kritisch auch *Kantzenbach*, *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, 1966, S. 151 ff.

464 MüKo/Kerber/Schwalbe, *EuWettbR*, 2015, Einl., Rn. 425.

465 *Scherer/Ross*, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 1990, S. 527.

466 *Scherer/Ross*, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 1990, S. 527.

467 *Scherer/Ross*, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 1990, S. 527.

468 MüKo/Kerber/Schwalbe, *EuWettbR*, 2015, Einl., Rn. 425.

Der Einkaufspreis, den die Nachfrager an den monopolistischen Lieferanten bezahlen, ist unmittelbar davon abhängig, wie viele Nachfrager existieren: je weniger Nachfrager, desto größer ist ihre Verhandlungsmacht und desto niedriger liegt der Einkaufspreis. Der Verkaufspreis auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt hängt davon ab, wie intensiv dort der Wettbewerb zwischen den horizontalen Anbietern herrscht. Sind die vorgelagerten Nachfrager dort Preisnehmer, funktioniert also der Wettbewerb auf dem Verkaufsmarkt, wird dort der Preis für die Endverbraucher sinken, wenn sie in der Beschaffung verhandlungsmächtig sind.⁴⁶⁹ Die nachgelagerten Verkaufspreise werden also nur dann sinken, wenn die Vermachtung der Nachfragerseite nicht zu einer Angebotsmacht auf den Verkaufsmärkten führt. Optimalerweise treten die mächtigen Nachfrager auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt derart ähnlich auf, dass sie völlig austauschbar sind. Dann können sie trotz ihrer geringen Zahl keine Anbietermacht ausüben. In dieser – wohl unrealistischen – Konstellation würden die Endverbraucher tatsächlich von niedrigeren Preisen profitieren.⁴⁷⁰

So steigt beispielsweise im Falle eines Duopols auf dem nachgelagerten Markt mit zwei perfekt austauschbaren Anbietern die Konsumentenwohlfahrt bei vorgelagerter Nachfragemacht. Doch angesichts dessen, dass nicht nur der Preis die Konsumentenwohlfahrt bestimmt, sondern auch Qualität, Auswahl und Angebotsvielfalt, gibt es weitere Voraussetzungen für eine wünschenswerte *countervailing power*, als dass alleine der Preis fällt.⁴⁷¹ Sobald auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt die Wettbewerbsintensität abnimmt, z. B. weil sich die Angebote individuell weiterentwickeln, werden die Verkaufspreise steigen. Die Konsumentenwohlfahrt leidet.⁴⁷² Im Falle des Duopols ist es für den monopolistischen Anbieter ohnehin vorteilhaft, nicht mit zwei, in ihrem Auftritt austauschbaren Nachfragern zu verhandeln, sondern nur einen einzigen Nachfrager zu beliefern.⁴⁷³ Dieser wird dadurch auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt zu einem Monopolisten. Dann entsteht wieder ein perfektes zweiseitiges Monopol mit den oben beschriebenen negativen Auswirkungen auf die Kon-

469 Von Ungern-Sternberg, 14 *International Journal of Industrial Organisation* 507, 510 (1996).

470 Dobson/Watson, 107 *The Economic Journal* 418, 421 (1997).

471 Grimes, 72 *Antitrust L. J.* 563, 569 (2005).

472 Dobson/Watson, 107 *The Economic Journal* 418, 426 (1997); vgl. auch Fell, *Vertikale Integration und vertikale Gegenmacht*, 2001, S. 201.

473 Dobson/Watson, 107 *The Economic Journal* 418, 426 (1997).

sumentenwohlfahrt. Der Lieferant wird aber einen Anteil an den Monopolgewinnen des Nachfragers auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt für sich beanspruchen können.

Soweit die Konsumentenwohlfahrt also von Nachfragemacht profitiert, liegt dies nicht daran, dass auf einem vorgelagerten Markt ein nachfragemächtiges Gegengewicht entsteht, sondern vielmehr an einem intensiven Anbieterwettbewerb auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt. Es ist also nicht die Nachfragemacht, die die vorgelagerte Monopolstellung in ihren Auswirkungen begrenzt, sondern der intensive Wettbewerb zwischen den (möglicherweise wenigen) nachgelagerten Anbietern.⁴⁷⁴ Der intensive horizontale Wettbewerb auf dem Verkaufsmarkt bei gleichzeitiger Monopsonmacht auf dem Beschaffungsmarkt ist in den wirtschaftswissenschaftlichen Modellen zunächst eine modellhafte Annahme. Inwiefern er tatsächlich realistisch ist, ist offen.

Neben den nur zweifelhaft positiven Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt birgt eine vermachtete Marktgegenseite die Gefahr, dass sie die Macht auf weitere Märkte oder Marktstufen ausbaut. Ein Monopson wird immer bestrebt sein, sich im Einkauf auch auf andere Märkte auszuweiten, auf denen ihm kein Monopolist gegenübersteht, um sein Gewicht gegenüber unterlegenen Verhandlungspartnern in gute Einkaufsbedingungen umzumünzen.⁴⁷⁵ Auch besteht die Gefahr, dass ein Einkaufskartell versucht, seine Beschaffungsmacht auf Verkaufsmärkte zu übertragen und diese zu monopolisieren. Es gibt verschiedene Möglichkeiten, horizontale Mitbewerber aus dem Markt zu drängen, sei es den Zugang zu Beschaffungsmärkten zu versperren, nachgelagert Kampfpreise zu verlangen oder sein Verhalten abzusprechen. Letztlich erleichtert eine Einkaufskooperation, die Einkaufsbedingungen auch für andere Beschaffungsmärkte abzusprechen oder den Verkauf zu koordinieren. Die Gefahr besteht insbesondere dann, wenn das vorgelagerte Produkt für alle nachgelagerten Produkte erforderlich ist und die geographische Ausdehnung des Beschaffungsmarktes und des Angebotsmarktes sich entsprechen.⁴⁷⁶ In diesem Fall sind

474 *Von Ungern-Sternberg*, 14 *International Journal of Industrial Organisation* 507, 518 (1996); vgl. auch *Fell*, *Vertikale Integration und vertikale Gegenmacht*, 2001, S. 201.

475 *Noll*, 72 *Antitrust L. J.* 589, 607 f. (2005).

476 *Ezrachi*, 8 *Journal of Competition Law and Economics* 47, 51 f. (2012); OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 37.

die in der Einkaufskooperation vereinigten Nachfrager identisch mit den nachgelagerten Anbietern. Das erleichtert ein koordiniertes Verhalten.

(2) Countervailing power in der Praxis

Wie stehen nun die Wettbewerbsbehörden und Gerichte zu *countervailing power*?

i) Bundeskartellamt

Das Bundeskartellamt äußert in mehreren Stellungnahmen, dass Nachfragemacht entstehende oder bestehende Angebotsmacht wirksam beschränken könne.⁴⁷⁷ Gleichzeitig weist es aber darauf hin, dass Gegenmacht nicht ohne weiteres Wettbewerbsbedingungen schaffe und insbesondere keine horizontalen Ungleichgewichte auszugleichen vermöge.⁴⁷⁸ Auch decke sich Angebots- und Nachfragemacht in sachlicher Hinsicht nicht unbedingt. Ein mächtiger Nachfrager gleiche womöglich nur sektorspezifisch einen starken Anbieter aus.⁴⁷⁹ Zudem litten die übrigen, nicht marktmächtigen Nachfrager verstärkt, wenn sie sich horizontal und vertikal mit einem Marktbeherrscher auseinandersetzen müssten. Sie hätten zu befürchten, von dem (horizontal) nachfragemächtigen Mitbewerber aus dem Beschaffungsmarkt gedrängt zu werden und von dem (vertikal) angebotsmächtigen Lieferanten verschlechterte Einkaufsbedingungen hinnehmen zu müssen.

Für die Voraussetzungen von *countervailing power* verweisen die Äußerungen des Bundeskartellamts auf die verschiedenen Kriterien von Verhandlungsmacht, wie beispielsweise Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite oder eine Drohung mit Eigenproduktion.⁴⁸⁰

477 Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, 2014, S. 12; Bundeskartellamt, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 2012, S. 33 f.; Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 8.

478 Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 8.

479 ICN, Merger Guidelines Workbook, 2006, S. 42.

480 Vgl. dazu Bundeskartellamt, Beschluss vom 22.12.2009, Az. B9-84/09 (S. 62) – *Webasto/Edscha*.

In jüngerer Zeit setzte sich das Bundeskartellamt im Bereich der Automobil-Zulieferindustrie für Cabrio-Dachsysteme aus Stahl mit ausgleichender Nachfragemacht auseinander. Relevant wurde die Frage bei der Fusion *Webasto/Edscha*⁴⁸¹ und dem untersagten Zusammenschluss von *Magna/Karmann*.⁴⁸² Ursprünglich gab es vier Lieferanten/Zulieferer für Stahl-Cabriodächer: *Edscha*, *Webasto*, *Magna* und *Karmann*. In der ersten Entscheidung 2009 wurde die Fusion von *Webasto* und *Edscha* von vier auf drei Anbieter freigegeben. In einer späteren Entscheidung 2010 untersagte das Bundeskartellamt die Übernahme der insolventen *Karmann* durch *Magna*. Der Anbietermarkt hätte sich zu einem Duopol verengt. Die Nachfrageseite auf dem Markt für Stahl-Cabriodächer war oligopolistisch geprägt. Auf die sechs großen Nachfrager-/Herstellergruppen⁴⁸³ entfielen 78 % der weltweiten Cabrioproduktion.⁴⁸⁴ Das Bundeskartellamt äußerte ausdrücklich, dass sich die oligopolistischen Strukturen auf Anbieter- und Nachfragerseite in diesem Einzelfall nicht auf wettbewerblich unbedenkliche Weise ausgleichen würden, da die nachfragende Autoherstellerindustrie nur für wenige großvolumige Aufträge ein entsprechendes Verhandlungsgewicht habe.⁴⁸⁵ Die überwiegenden Aufträge würden nur geringe Stückzahlen erreichen, so dass die abnehmenden Hersteller keine den Anbietern gleichwertige Macht aufbringen könnten.

Darüber hinaus äußerte das Bundeskartellamt eine generelle Skepsis hinsichtlich *countervailing power*. Es deutete an, dass Verhandlungsergebnisse zwischen verhandlungs- und marktmächtigen Parteien zu einer ineffizienten Ressourcenallokation führen könnten.⁴⁸⁶ Damit meinte das Bundeskartellamt wohl, dass es gerade im modellhaften zweiseitigen Monopol nicht unbedingt zu einer für die Konsumenten vorteilhaften Alles-oder-nichts-Lösung komme, sondern durchaus eine Seite Monopol- bzw. Mo-

481 Bundeskartellamt, Beschluss vom 22.12.2009, Az. B9-84/09 – *Webasto/Edscha*.

482 Bundeskartellamt, Beschluss vom 21.05.2010, Az. B9-13/10 – *Magna/Karmann*.

483 Die größten Herstellergruppen sind *BMW (BMW, Mini, Rolls-Royce)*, *VW (VW, Audi, Lamborghini, Bentley, Porsche)*, *GM (Opel, Chevrolet, Cadillac, Pontiac)*, *Daimler (Mercedes-Benz, Smart, Maybach)*, *PSA (Peugeot, Citroen)* und *Ford*.

484 Bundeskartellamt, Beschluss vom 22.12.2009, Az. B9-84/09 (S. 26) – *Webasto/Edscha*.

485 Bundeskartellamt, Beschluss vom 22.12.2009, Az. B9-84/09 (S. 62) – *Webasto/Edscha*.

486 Bundeskartellamt, Beschluss vom 22.12.2009, Az. B9-84/09 (S. 64) – *Webasto/Edscha*; Bundeskartellamt, Beschluss vom 21.05.2010, Az. B9-13/10 (S. 85) – *Magna/Karmann*.

nopsonwirkungen herbeiführen könne. Dann stiegen die Absatzpreise und die Beschaffungsmengen sanken. Diese Gefahren würden, wie das Bundeskartellamt notierte, nicht durch *countervailing power* vermindert oder ausgeglichen, sondern erst durch sie geschaffen.⁴⁸⁷

Auch bezweifelte das Bundeskartellamt, dass eine geduldete Vermachtung in der Realität tatsächlich funktionierenden Wettbewerb ersetzen könne. Viel eher würden die Nachfrager nicht genug Wissen haben und die Verhandlungen nicht ausreichend transparent ablaufen, als dass die Nachfrager tatsächlich Preis und Mengen wirksam kontrollieren könnten.⁴⁸⁸ Die Automobilhersteller wären beispielsweise darüber hinaus nicht in der Lage gewesen, selbst Stahl-Cabriodächer herzustellen. Sie seien also auf die Innovationen und Technologien der Zulieferer angewiesen gewesen.⁴⁸⁹ Somit wären Drohungen der Nachfrager, die Produktion selbst vorzunehmen, mangels Kompetenz ins Leere gelaufen. Eine Verweigerung der Nachfrage wäre aus Reputationsgründen wohl nicht möglich gewesen, da die Endverbraucher nach Cabrios mit Stahldächern gefragt hätten. Hinsichtlich der Innovationsfunktion des Wettbewerbs könne das Nachfrageoligopol der Cabriohersteller also kein Argument für eine vermachtete Anbieterstruktur sein.

ii) Bundesgerichtshof

Der BGH erkennt nur unter engen Voraussetzungen an, dass Nachfragemacht entstehende Angebotsmacht relativieren kann: Seiner Rechtsprechung in *Klöckner/Becorit* zufolge braucht es dafür eine an marktstrategischen Überlegungen ausgerichtete Nachfrageentscheidung.⁴⁹⁰ Erst wenn ein Nachfrager nicht mehr an den Wettbewerbsparametern, wie Preis, Qualität, Zuverlässigkeit oder Kompetenz, seine Beschaffungsentschei-

487 Bundeskartellamt, Beschluss vom 22.12.2009, Az. B9-84/09 (S. 64) – *Webasto/Edscha*; Bundeskartellamt, Beschluss vom 21.05.2010, Az. B9-13/10 (S. 85) – *Magna/Karmann*.

488 Bundeskartellamt, Beschluss vom 22.12.2009, Az. B9-84/09 (S. 64) – *Webasto/Edscha*; Bundeskartellamt, Beschluss vom 21.05.2010, Az. B9-13/10 (S. 85) – *Magna/Karmann*.

489 Bundeskartellamt, Beschluss vom 22.12.2009, Az. B9-84/09 (S. 62 f.) – *Webasto/Edscha*.

490 BGH, Beschluss vom 02.12.1980, Az. KVR 1/80, BGHZ 79, 62 – *Klöckner/Becorit*.

dung ausrichte, sondern an marktstrukturellen Überlegungen, langfristig eine ausgeglichene Wettbewerbsstruktur zu erhalten, und dadurch möglicherweise auf individuelle Kostenvorteile verzichte, könne Nachfrage-macht entstehende Angebotsmacht ausgleichen.⁴⁹¹

Diese nationale Haltung liest sich sehr restriktiv, Nachfragemacht als Begrenzung von Angebotsmacht zu verstehen. Gerade der BGH hat mit der Voraussetzung der „marktstrategischen Nachfrageentscheidung“ eine Hürde geschaffen, die ein privatwirtschaftliches Unternehmen nicht ohne weiteres wird nehmen können, solange es eigennützig und gewinnorientiert handelt.⁴⁹² Der Nachfrager müsse ihm günstige Angebote langfristig um bestimmter marktstruktureller Ziele willen zurückstellen.⁴⁹³ In der Regel wird es sich ein rational handelndes Unternehmen nicht leisten können, sich in seiner Beschaffung weniger nach Wettbewerbsparametern als mehr nach marktstrukturellen Überlegungen zu richten.⁴⁹⁴ Zwar sind gerade in der Zulieferindustrie Mehrpartnerstrategien gängig, die darauf gerichtet sind, die Angebotsvielfalt zu erhalten, um sich als Nachfrager nicht von einzelnen Lieferanten abhängig zu machen und im Falle eines Streiks oder einer Betriebsstörung auf andere Lieferanten ausweichen zu können.⁴⁹⁵ In diesen Mehrpartnerstrategien fällt dann die betriebswirtschaftlich und marktstrukturell sinnvolle Beschaffungsentscheidung zusammen. Auch öffentliche Unternehmen, die dem Vergaberecht unterliegen, werden nur in Ausnahmefällen das preisgünstigste Angebot ablehnen, um auf Anbieterseite den Wettbewerb zu fördern. Nach § 97 Abs. 5 GWB ist der Zuschlag im Vergabeverfahren auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Der Nachweis, eine wettbewerbliche Marktstruktur erhalten zu wollen und damit einen auftragsbezogenen Sekundärzweck zu verfolgen, wird im Einzelfall kaum zu führen sein.

491 BGH, Beschluss vom 02.12.1980, Az. KVR 1/80, BGHZ 79, 62 (Rn. 29) – *Klöckner/Becorit*; vgl. auch Bundeskartellamt, Beschluss vom 21.05.2010, Az. B9-13/10 (S. 98 f.) – *Magna/Karmann*.

492 So hat beispielsweise *Tetra Pak* als Nachfrager von Getränkekartons daran mitgewirkt, dass einige aktuelle Lieferanten von Getränkekartons sich in dieser Position erst entwickelt haben, vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 25.11.1998, Fall M.1225, ABl. 1999 Nr. L 254/9, Rn. 89 – *Enso/Stora*.

493 BGH, Beschluss vom 02.12.1980, Az. KVR 1/80, BGHZ 79, 62 (Rn. 29) – *Klöckner/Becorit*.

494 Monopolkommission, Hauptgutachten 1984/85, Rn. 498.

495 *Nordemann*, Gegenmacht und Fusionskontrolle, 1996, S. 89 f.

Dem ist hinzuzufügen, dass eine „marktstrategische Nachfrageentscheidung“ wettbewerbsfeindlich ist. Sie führt zu einem Schutz nicht leistungsfähiger Wettbewerber, die unter funktionierenden Wettbewerbsbedingungen aus dem Markt ausscheiden müssten. Private Unternehmen und die öffentliche Hand sollten sich gerade entsprechend der angebotenen Wettbewerbsparameter entscheiden. Der funktionierende Wettbewerb wird dazu führen, dass die Macht eines jeden Marktteilnehmers, auch der größeren, begrenzt bleibt. Eine wettbewerbswidrige „marktstrategische Nachfrageentscheidung“ braucht es hingegen nicht. Eine unternehmerisch gegen Vermachtung getroffene Nachfrageentscheidung, wie die Mehrpartnerstrategie, erfolgt rational im eigenen langfristigen privaten Interesse. Mittelbar mag sie marktstrategisch wirken. Doch sollte dies nicht der Maßstab betriebswirtschaftlicher Entscheidungen sein. Der BGH hat in *Klößner/Becorit* den deutschen Wettbewerb mit seiner Entscheidung gestärkt. Er hat mit der irrationalen „marktstrategischen Nachfrageentscheidung“ die Hürde so hoch gelegt, dass selbst marktmächtige Nachfrager in der Regel eine bestehende Angebotsmacht nicht ausgleichen können. Folglich hat sich der BGH für Wettbewerbsstrukturen auf der Marktgegenseite und gegen eine Vermachtung entschieden.

iii) EU-Kommission

Die EU-Kommission geht in ihren Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse intensiv auf *countervailing power* ein.⁴⁹⁶ Dabei beschränkt sie sich aber auf die einzelnen Erscheinungsformen von *countervailing power* als Verhandlungsmacht, wie z. B. anzudrohen, den Lieferanten zu wechseln, sich in den Beschaffungsmarkt selbst vertikal zu integrieren oder einen Marktzutritt im vorgelagerten Markt zu fördern.⁴⁹⁷

Sämtliche institutionellen Äußerungen zu *countervailing power* bleiben auffallend allgemein. Sie beschränken sich oft darauf, die allgemeinen Kriterien für Verhandlungsmacht wiederzugeben. Ab wie vielen Nachfragern nun den Anbietern tatsächlich Ausweichmöglichkeiten fehlen oder wann eine Drohung der Nachfrager glaubwürdig ist, erläutern sie nicht.

496 EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. 2004 Nr. C 31/05 (Rn. 64 ff.).

497 EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. 2004 Nr. C 31/05 (Rn. 65).

Auch gehen sie nicht auf die ökonomischen oder wettbewerbspolitischen Gefahren einer bewusst geduldeten Vermachtung einzelner Marktstufen ein.

Nur in einzelnen Entscheidungen finden sich konkrete Hinweise. Beispielsweise ist die Drohung eines Nachfragers mit einem Anbieterwechsel gegenüber Markenherstellern nur dann glaubwürdig, wenn andere vergleichbare Marken existieren und diese auch freie Kapazitäten anbieten.⁴⁹⁸ In *Nestlé/Perrier* hat sich die Kommission damit auseinandergesetzt, ob die Nachfragemacht des Lebensmitteleinzelhandels konkret ausreicht, um die Angebotsmacht von Marken-Wasserherstellern auszugleichen, und dies verneint.⁴⁹⁹ Die Konzentration auf der Nachfrageseite sei weit weniger ausgeprägt als auf der Angebotsseite. Insbesondere bestehe bei den wenigen verbliebenen Mineralwasser-Herstellern die Gefahr eines wettbewerbsfeindlichen Parallelverhaltens.⁵⁰⁰ Meist beschränkt sich die Kommission aber eben auf pauschale Wertungen, in denen sie den Nachfragern hinreichende Verhandlungsmacht unterstellt.⁵⁰¹

iv) EuGH

Der EuGH sieht in Einzelfällen bei landwirtschaftlichen Genossenschaften, dass ein bedeutsames Gegengewicht zur Vertragsgestaltungsmacht von Großziehern einem wirksamen Wettbewerb förderlich sein kann.⁵⁰²

v) Stellungnahme zum wettbewerbspolitischen Fördern von Gegenmacht

Es ist davor zu warnen, Nachfragemacht zu fördern, um Anbietermacht auszugleichen. Diese Warnung richtet sich gegen die grundsätzlich positive Sicht, vor allem der EU-Kommission auf Einkaufsvereinbarungen und

498 EU-Kommission, Entscheidung vom 31.01.2001, Fall M.2097, ABl. 2002 Nr. L 57/1, Rn. 89 – *SCA/Metsä Tissue*.

499 EU-Kommission, Entscheidung vom 22.07.1992, Fall M. 190, ABl. 1992 Nr. L 356/1, Rn. 77 ff. – *Nestlé/Perrier*.

500 EU-Kommission, Entscheidung vom 22.07.1992, Fall M. 190, ABl. 1992 Nr. L 356/1, Rn. 78 – *Nestlé/Perrier*.

501 *Nordemann*, Gegenmacht und Fusionskontrolle, 1996, S. 46.

502 EuGH, Entscheidung vom 15.12.1994, Rs. C-250/92, *DLG*, Slg. 1994, I-5641 (Tz. 32).

Zusammenschlüsse zwischen Nachfragern.⁵⁰³ Wie schon dargestellt, haben zweiseitige Monopole positivere Wohlfahrtswirkungen als einseitige Machtpositionen im Markt. Aber auch zweiseitige Monopole werden nie einem funktionierenden Wettbewerb vergleichbare Wirkungen schaffen können. Sie bleiben gegenüber Wettbewerbsbedingungen immer nur zweite Wahl. Die bislang möglicherweise positiven Wohlfahrtsauswirkungen berücksichtigen alleine die Wettbewerbsparameter Preis und Menge. Dynamische Gesichtspunkte, wie Qualität, Innovation oder Vielfalt, blendet die Bewertung von zweiseitigen Monopolen völlig aus.

Zum einen besteht bei Nachfragekartellen zur Bekämpfung von Angebotsmonopolen die Gefahr, dass Anreize, ein Monopol zu errichten, verloren gehen.⁵⁰⁴ Entstand das Monopol aus einem überlegenen Produkt heraus, würde ein ausgleichendes Monopson die Belohnung dieses technischen Fortschritts entziehen. Die Monopolgewinne waren in diesem Fall der Anreiz, sich durch einen Innovations- oder Qualitätsvorsprung eine überragende Marktstellung zu erarbeiten. Diese Monopolgewinne dann zu beschränken, könnte langfristig die dynamische Effizienz reduzieren.

Zum anderen vernachlässigt eine zu berücksichtigende *countervailing power* den horizontalen Schutz der Mitbewerber vor Behinderungen durch den marktstarken Anbieter. Selbst wenn der starke Nachfrager statische Preis- und Mengenwirkungen gegenüber einem Monopol positiv beeinflussen könnte, kann sein Auftreten dynamische Wettbewerbsparameter nicht fördern.⁵⁰⁵ Forschung und Entwicklung von Technologien erfolgen vor allem aus dem horizontalen Druck, sich gegenüber seinen Mitbewerbern durchzusetzen. Eine Nachfragekonzentration zementiert jedoch auch die Macht auf der Anbieterebene. Dort wird der horizontale Wettbewerbsdruck erlahmen.

So können gerade die langfristigen Auswirkungen eines kurzfristig wohlfahrtsfördernden Gegengewichts in der Nachfrage negativ sein. Letztlich wird ein funktionierender Wettbewerb auf beiden Seiten des Marktes stets effizienter sein als zweiseitige Monopole.

503 Vgl. dazu S. 54.

504 Dazu Noll, 72 Antitrust L. J. 589, 608 f. (2005).

505 Nordemann, Gegenmacht und Fusionskontrolle, 1996, S. 174.

4. Oligopson

In einem Oligopson konkurrieren wenige große Nachfrager um die Lieferanten, wie beispielsweise Einkaufskartelle in Form einiger weniger Kaffeeexporteure um die Ernte der Kaffeebauern in Entwicklungsländern.⁵⁰⁶ Um verstehen zu können, welche Auswirkungen das Oligopson auf die Wohlfahrt hat, geht die Arbeit zunächst auf das Oligopol unter Anbietern ein und überträgt es dann spiegelbildlich auf die Nachfrageseite.

a) Vergleich mit dem Oligopol

In einem Oligopol konkurrieren horizontal einige wenige Anbieter um die Gegenseite. Es zeichnet sich durch eine oligopolistische Reaktionsverbundenheit (strategische Interdependenz) aus, d. h. soweit ein Oligopolist einen Verhaltensparameter – Preis, Menge, Qualität – variiert, hat dies unmittelbare Auswirkungen auf das gesamte Marktgefüge, somit auch auf die übrigen Oligopolisten.⁵⁰⁷

Ein Oligopol hat mit einem Kartell gemeinsam, dass sich die Mitglieder parallel verhalten. Im Oligopol beruht das Parallelverhalten jedoch auf den Wettbewerbskräften, während es im Kartell abgesprochen ist.⁵⁰⁸

Ein Oligopol unterscheidet sich vom Monopol darin, dass mehrere Unternehmen auf einer Marktstufe stehen, nicht mehr nur ein einziges. Dennoch hat das Verhalten jedes Oligopol-Unternehmens noch einen spürbaren Einfluss auf den Markt. Es herrscht also kein perfekter Wettbewerb, in dem die Marktteilnehmer Preis- und Mengennehmer wären. Jede Preis- oder Mengenänderung eines Unternehmens hat spürbare Auswirkungen auf die anderen Unternehmen. Jeder Marktteilnehmer weiß, dass er mit einer Preissenkung sämtliche Nachfrage (bei homogenen Gütern) auf sich vereinigen kann, aber auch dass sich die übrigen Oligopolanbieter dieser Marktstruktur ebenso bewusst sind. Bei Entscheidungen über Preis und Menge muss sich jedes Unternehmen über diese strategische Interdepen-

506 Vgl. *Lopez/You*, 41 *Journal of Development Economics* 275, 276 (1993).

507 Vgl. zum Begriff *Enchelmaier*, Europäische Wettbewerbspolitik im Oligopol, 1997, S. 27. Vgl. zum ökonomischen Funktionieren eines Oligopols und seinen Auswirkungen *Shapiro*, in: *Schmalensee/Willig* (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization*, 1989, S. 329.

508 *Enchelmaier*, Europäische Wettbewerbspolitik im Oligopol, 1997, S. 27.

denz im Klaren sein.⁵⁰⁹ Um diesen Entscheidungsrahmen in einem reinen idealtypischen Oligopol zu analysieren, bedienen sich Ökonomen der Spieltheorie.⁵¹⁰ Die Arbeit geht darauf nicht näher ein, sondern blickt gleich auf die Wohlfahrtswirkungen.

Die Auswirkungen eines Oligopols sind verglichen mit perfektem Wettbewerb negativ. Einzig in der Marktstruktur des Preiswettbewerbs mit homogenen Gütern kommt das *Bertrand*-Modell zu Auswirkungen wie bei funktionierendem Wettbewerb.⁵¹¹ Ein Preiswettbewerb mit homogenen Gütern funktioniert auf Märkten, auf denen die Mengenentscheidung fixiert ist, aber die Preisgestaltung flexibel, z. B. bei Zement, Beton oder Getreide.⁵¹² Jedes Oligopolunternehmen wird einen Preis verlangen, der seinen Grenzkosten entspricht (wie im perfekten Wettbewerb). Bei einem niedrigeren Preis würde das preisgünstigere Unternehmen zwar alle Nachfrage auf sich vereinigen können, würde aber wegen des Preises unterhalb der eigenen Grenzkosten mit Verlusten arbeiten. Bei einem Preis über den Grenzkosten könnten die konkurrierenden Oligopolunternehmen den Preis bis zu den Grenzkosten unterbieten und alle Nachfrage auf sich vereinigen. Dieses sog. *Nash*-Gleichgewicht, bei dem sich ein Abweichen von den Grenzkosten für keinen Spieler lohnen würde, führt also zu Preisen und Mengen wie im perfekten Wettbewerb.

In den übrigen Marktformen (Mengenwettbewerb mit homogenen Gütern, Preis- und Mengenwettbewerb mit differenzierten Gütern) produzieren die Oligopolunternehmen weniger als im perfekten Wettbewerb und verlangen dafür einen Preis über den Grenzkosten.⁵¹³ Die Auswirkungen solcher Oligopole liegen also zwischen Monopolwirkungen und funktionierendem Wettbewerb: Die Konsumentenwohlfahrt leidet also wegen der nicht optimalen Allokation.

509 Scherer/Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 1990, S. 199.

510 Vgl. dazu ausführlich MüKo/Kerber/Schwalbe, *EuWettbR*, 2015, Einl., Rn. 181 ff.

511 MüKo/Kerber/Schwalbe, *EuWettbR*, 2015, Einl., Rn. 188; Fell, *Vertikale Integration und vertikale Gegenmacht*, 2001, S. 38.

512 MüKo/Kerber/Schwalbe, *EuWettbR*, 2015, Einl., Rn. 187.

513 MüKo/Kerber/Schwalbe, *EuWettbR*, 2015, Einl., Rn. 201; das weite Oligopol mit beschränkter Produkthomogenität und Markttransparenz als die optimale Wettbewerbsintensität ansehend Kantzenbach, *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, 1966, S. 138.

Die Produktionseffizienz ist wohl gewahrt, da jedes Oligopolunternehmen im (eingeschränkten) Wettbewerb versuchen wird, so effizient wie möglich zu arbeiten, um keinen Nachteil gegenüber den Mitbewerbern zu haben.⁵¹⁴

Hinsichtlich der dynamischen Effizienz könnte das Oligopol Vorteile gegenüber den anderen Marktformen aufweisen. Die Oligopolunternehmen stehen ausreichend im Wettbewerb, dass sie einen Anreiz haben, sich durch Innovationen von ihren Mitbewerbern abzusetzen. Die Anreize für Innovationen bestehen im Oligopol also ebenso wie im funktionierenden Wettbewerb. Gleichzeitig haben Oligopolunternehmen aber größere finanzielle Spielräume und Mittel für Ausgaben in Forschung und Entwicklung als Wettbewerbs-Unternehmen.⁵¹⁵ Unternehmen im perfekten Wettbewerb stehen häufig in einem ruinösen Wettbewerb, der kaum Investitionen in einen technischen Fortschritt zulässt.⁵¹⁶ Insofern könnte das Oligopol die Marktform sein, die der dynamischen Effizienz am meisten dient.⁵¹⁷

b) Spiegelbildliche Betrachtung des Oligopsons

Übertragen auf die Nachfrageseite ergeben sich folgende Erkenntnisse für das Oligopson:

Das Oligopson wirkt spiegelbildlich zum Oligopol.

Es konkurrieren einige wenige bedeutende Nachfrager um die Anbieterseite. Ebenso wie im Oligopol kann jeder Oligopsonist mit seiner Nachfrageentscheidung unmittelbar die Marktverhältnisse beeinflussen, so dass die übrigen Nachfrager darauf mit Preis- oder Mengenanpassungen reagieren. Die Wohlfahrtswirkungen gehen in Richtung eines Monopsons, also dass die Nachfrager insgesamt weniger Güter beschaffen zu einem geringeren Preis.⁵¹⁸ Darunter leidet die Allokationseffizienz. Einzig wiederum im Fall des Preiswettbewerbs bei homogenen Gütern (*Bertrand*-Modell)

514 MüKo/Kerber/Schwalbe, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 201.

515 MüKo/Kerber/Schwalbe, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 202.

516 Motta, Competition Policy, 2004, S. 57; Walter, Enge Oligopole und Wettbewerbspolitik, 2001, S. 153; Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1966, S. 102.

517 In diese Richtung MüKo/Kerber/Schwalbe, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 202; Motta, Competition Policy, 2004, S. 57; Scherer/Ross, Industrial Market Structure and Economic Performance, 1990, S. 630 ff.

518 Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 50.

werden sich vollkommene Wettbewerbswirkungen ergeben.⁵¹⁹ Zahlt ein Oligopsonist einen höheren Beschaffungspreis als den Grenzwert (entsprechend seiner Nachfragekurve), wird er zwar eine größere Beschaffungsmenge auf sich vereinigen können, wird aber gleichzeitig wegen der nachgelagerten niedrigeren Preise Verluste erwirtschaften. Beahlt er nun einen Beschaffungspreis unterhalb des Grenzwertes, werden die Lieferanten auf die übrigen Oligopsonisten ausweichen, die höhere Preise bezahlen. Insofern werden in diesem Modell die Auswirkungen des Oligopsons funktionierendem Wettbewerb entsprechen.

Gleichzeitig berücksichtigt dieses ökonomische Konzept des Oligopsons aber nicht, dass für die meisten Güter ein Angebotsüberhang besteht und die Nachfrage knapp ist. Wegen dieses Überhangs unterstützen Anbieter ihren Vertrieb häufig mit verdeckten Rabatten. Der Anbieter wird diese nicht preisgeben, um das Preisniveau zu den übrigen Nachfragern nicht zu gefährden. Auch der Abnehmer wird den Rabatt nicht bekanntmachen, um seinen persönlichen Wettbewerbsvorteil nicht zu riskieren. Insofern stößt die spiegelbildliche Übertragung des Angebots- auf das Nachfrageoligopol in diesen faktischen Abweichungen an seine Grenzen.

Zusammenfassend hat das Oligopson unter der Voraussetzung, dass auf dem nachgelagerten Markt perfekter Wettbewerb herrscht oder es Endabnehmer ist, monopsonähnliche Wirkungen in abgeschwächter Form.⁵²⁰ Die nachgefragte Menge ist niedriger als im vollkommenen Wettbewerb, wenn auch nicht so niedrig wie im Monopson. Der Beschaffungspreis ist dementsprechend (bei steigender Angebotskurve) auch niedriger. Im Einzelnen richten sich die Wohlfahrtsverluste nach der Elastizität des Angebots: Je geringer die Angebotselastizität ist, also je steiler die Angebotskurve steigt, desto größer ist der aus Nachfragemacht entstehende Wohlfahrtsverlust.⁵²¹ Sind die Oligopsonisten hingegen auf dem nachgelagerten Markt wiederum Oligopol- oder Monopolisten, also angebotsmächtig, ver-

519 *Dobson/Waterson/Chu*, The welfare consequences of the exercise of buyer power, 1998, S. 50.

520 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 50; *Ezrachi*, 8 *Journal of Competition Law and Economics* 47, 49 (2012).

521 *Dobson*, Buyer power and its impact on competition in the food retail distribution sector of the European Union, 1999, S. 11; *Dobson/Waterson/Chu*, The welfare consequences of the exercise of buyer power, 1998, S. 13.

stärkt dies die Wohlfahrtsverluste auf der Nachfrager- und Anbieterebene.⁵²²

Vergleichbar zum zweiseitigen Monopol kann auch ein Oligopson Angebotsmacht ausgleichen und damit die Wohlfahrt verbessern. Das Oligopson bildet dann ein Gegengewicht zu einem Monopol oder Oligopol auf der Angebotsseite. Doch wie auch die Wohlfahrtswirkungen des Oligopols wirtschaftswissenschaftlich nicht abschließend geklärt sind, kann nicht mit Sicherheit gesagt werden, dass ausgleichende Oligopsonmacht ein effizienzsteigerndes wünschenswertes Instrument ist.⁵²³ Diese Idee, eine Vermachtung einzelner Marktstufen mit Gegenmacht auszugleichen, statt den Wettbewerb zu fördern, begegnet hier den gleichen Bedenken, wie oben im zweiseitigen Monopol.

Darüber hinaus haben Oligopsonisten den Anreiz, die Oligopson- in Richtung Monopsonwirkungen zu steigern, indem sie ihre Preis- und Mengenpolitik absprechen.⁵²⁴ Ohne wettbewerbswidrige Vereinbarung im Mengenwettbewerb lässt jede zusätzliche Nachfrage eines Oligopsonisten den Beschaffungspreis nicht nur für ihn, sondern auch für die übrigen Oligopsonisten steigen. So wie ein Oligopsonist seine Beschaffungsmenge erhöht (und damit der Allokationseffizienz dient), werden die übrigen Oligopsonisten ihre Beschaffungsmenge senken, um den Preisanstieg auszugleichen. Daher haben die Oligopsonisten den Anreiz, ihre Beschaffung abzusprechen und entsprechend eines Monopsonisten die gemeinsame Einkaufsmenge zu reduzieren, um auch den Preis zu senken.

Auch im Falle des Oligopsons bestätigt sich die Regel, dass, je größer die Machtkonzentration auf der Nachfragerseite ist, desto deutlicher werden sich Monopsonwirkungen zeigen. Desto stärker fallen dann auch die Wohlfahrtsverluste aus.

5. Nachfragekartell

Eine weitere Form des Monopsons ist die Kooperation von Nachfragern, um eine stärkere Machtposition in der Beschaffung zu erreichen. Diese

522 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 50.

523 Auf diese Unsicherheiten aufmerksam machend *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 141.

524 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 31; *Scherer/Ross*, Industrial Market Structure and Economic Performance, 1990, S. 226.

Zusammenarbeit lässt sich als Nachfragekartell, Einkaufskooperation, Einkaufsvereinbarung oder Nachfragebündelung bezeichnen. Solche Kooperationen können bis zur Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens reichen.

a) Funktionsweise eines Nachfragekartells

Ökonomisch bezweckt die Absprache zwischen Wettbewerbern in der Regel, einem Monopolisten/Monopsonisten vergleichbare Gewinne zu erzielen.⁵²⁵ Auch spieltheoretisch lässt sich nachweisen, dass Unternehmen, die erfolgreich zusammenarbeiten, Preis und Menge ihrer Produkte entsprechend eines Monopolisten festlegen können.⁵²⁶ Die Einkaufskooperation koordiniert die Nachfrage, kontrolliert die Beschaffungsmenge und verhindert eine preistreibende Zusatznachfrage der übrigen Einkäufer.

Das klassische Anbieterkartell ist ständig der Gefahr ausgesetzt, dass einzelne Kartellanten die Vereinbarung hintergehen, um zusätzliche Gewinne zu erwirtschaften.⁵²⁷ Abtrünnige Kartellanten unterbieten den vereinbarten Preis, überschreiten Quotenregelungen oder halten sich nicht an Gebietsabsprachen. Diesen Gefahren ist auch das spiegelbildliche Nachfragekartell ausgesetzt, wenn dem Monopsonmodell (geringere Menge, geringerer Preis) gefolgt wird. Im Monopsonmodell erhalten alle Nachfrager die gleichen Einkaufsbedingungen. Es kennt keine Diskriminierung der einzelnen Marktteilnehmer. Somit ist es für den einzelnen Nachfragekartellanten gewinnträchtig, sich außerhalb des Kartells weitere Einheiten vereinbarungswidrig zu beschaffen. Er bezahlt den Preis des Kartells, kann dafür aber eine größere Menge als die übrigen kartellierten Nachfrager vermarkten. Dies führt dazu, dass die gesamte Nachfragemenge steigt und damit auch der Einkaufspreis für das Nachfragekartell. Das Hintergehen einzelner Kartellanten schadet also den Profiten des gesamten Nachfragekartells.

Um dies zu verhindern, muss ein Nachfragekartell sich über die Preisgestaltung verständigen und das Hintergehen des Nachfragekartells muss

525 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 293 f. Vgl. zu verschiedenen Fallgruppen von Nachfragekartellen *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 30 f.

526 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 300.

527 *Kerber*, Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht, 1989, S. 341.

härtere Sanktionen nach sich ziehen, als dass es profitabel sein könnte.⁵²⁸ Je weniger Nachfrager es gibt, je transparenter die Preise und je einheitlicher das Beschaffungsprodukt, desto leichter lässt sich ein funktionierendes Nachfragekartell schmieden.⁵²⁹ Das Nachfragekartell ist umso lukrativer, je geringer die Elastizität des Angebots und je schwieriger ein Markteintritt ist. Eine geringere Angebotselastizität bedeutet bereits eine größere Nachfragemacht, da die Lieferanten sich dann nicht flexibel an die Nachfrageveränderung anpassen können.⁵³⁰ Weil die Lieferanten ihre gesamte Menge, z. B. rohen verderblichen Fisch, veräußern müssen, werden bei sinkender Nachfrage kurzfristig auch die Preise stark sinken. Das Nachfragekartell muss die Beschaffungsmenge nur minimal senken, um bereits große Preiszugeständnisse erwarten zu können. Der Markteintritt für einen potentiellen Nachfragewettbewerber ist wegen der großen Gewinnerwartung zwar attraktiv. Sobald jedoch ein weiterer Nachfrager erschiene, würde sich mit dessen Beschaffungsmenge auch der Einkaufspreis entsprechend erhöhen.⁵³¹

b) Exkurs: Das Nachfragekartell nach dem Modell der Verhandlungsmacht

Bereits hier ist auf das Modell der Verhandlungsmacht vorzugreifen. Kennzeichen dieses Verhandlungsmodells ist es, dass die monopsonistischen Nachfrager die Beschaffungsmenge eher steigern werden und wegen der Mengensteigerung die Einkaufspreise sinken. Diesem Modell zufolge wird ein Nachfragekartell eher stabiler bestehen als ein Anbieterkartell.⁵³² Während das Anbieterkartell, wie eben ausgeführt, wegen einzelner Kartellanten, die die Absprachen hintergehen, um einen Zusatzgewinn zu erwirtschaften, ständig vom Zerfall bedroht ist, kennt ein Nachfragekartell

528 OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 31; *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 51 f.

529 OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 31 mit der Parallele zu einem funktionierendem Anbieterkartell und Oligopolisten; *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 49 f.; *Pindyck/Rubinfeld*, *Mikroökonomie*, 2009, S. 476 f.

530 *Samuelson/Nordhaus*, *Volkswirtschaftslehre*, 2010, S. 121 f.; *Pindyck/Rubinfeld*, *Mikroökonomie*, 2009, S. 476 f.

531 *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 52.

532 *Kerber*, *Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht*, 1989, S. 342.

diese Gefahren im Verhandlungsmodell nicht. Der einzelne Kartellant hat keine Veranlassung, neben dem Kartell eine weitere Menge zu beziehen, weil er nie dem Kartell vergleichbare Einkaufsbedingungen erhalten würde.⁵³³ Für jeden Nachfragekartellanten ist es am profitabelsten, sich die Güter im Rahmen der Einkaufskooperation zu beschaffen. Alleine würde er nie vergleichbare Einkaufsbedingungen erzielen, während jede zusätzliche Beschaffung die Nachfragemacht der Kooperation weiter erhöht. Unter diesem Gesichtspunkt der inneren Stabilität ist ein Nachfragekartell für den Wettbewerb gefährlicher als ein Anbieterkartell.

c) Die ökonomischen Auswirkungen des Nachfragekartells

Die ökonomischen Auswirkungen eines Nachfragekartells entsprechen denen eines Monopsons, d. h. die Einkaufskooperation senkt die Menge, so dass entsprechend die Beschaffungspreise sinken.⁵³⁴ Die Auswirkungen dieser Nachfragebündelung erschöpfen sich jedoch nicht in vertikaler Richtung, Preis und Menge der Güter unter das Wettbewerbsniveau zu senken. Vielmehr kann sich die Nachfragebündelung auch horizontal gegen Mitbewerber richten, beispielsweise indem die in der Kooperation vereinigten Nachfrager Druck auf die Lieferantenseite ausüben, die übrigen nachfragenden Mitbewerber nicht zu beliefern.⁵³⁵ Auf diese Weise führt Monopsonmacht dazu, Mitbewerber von Beschaffungsmärkten auszuschließen und die Nachfragemacht auf die Angebotsseite auszudehnen.

Die vermeintlich positiven Auswirkungen sind zumindest im Monopsonmodell zweifelhaft. Es wird argumentiert, dass Einkaufskooperationen kleinen und mittleren Nachfragern vergleichbare Einkaufskonditionen ver-

533 Kerber, Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht, 1989, S. 341 f.; vgl. auch Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Nordemann, Kartellrecht, 2016, Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 90; in diese Richtung auch Fikentscher, WuW 1960, 680, 684; vgl. zum unterschiedlichen Wirken von Anbieter- und Nachfragerkartell oben S. 60.

534 Ezrachi, 8 Journal of Competition Law and Economics 47, 49 (2012); Blair/Harrison, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 48.

535 Mehrere in einer Einkaufskooperation verbundene Kinobetreiber übten Druck auf Filmverleiher aus, ihnen exklusive Vorführrechte zu gewähren in den Orten, in denen es noch mitbewerbende Kinos gab, *United States v. Crescent Amusement Co.*, 323 U.S. 173 (1945); vgl. Blair/Harrison, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 35 f.

schaffen, wie sie starke Wettbewerber allein wegen ihrer Größenvorteile ohnehin genössen.⁵³⁶ Diese Auswirkungen lassen sich mit dem Monopsonmodell nicht belegen. Ihm zufolge erhalten alle Nachfrager den gleichen Preis unabhängig von der beschafften Menge. Das Monopsonmodell kennt keine diskriminierende Preispolitik zwischen den Nachfragern. In dieser Annahme mag eine Schwäche des Monopsonmodells liegen. Um die Wohlfahrtswirkungen ökonomisch darstellen zu können, ist jedoch auf die vorhandenen theoretischen Modelle zurückzugreifen.

Weiterhin wird vorgebracht, dass eine gebündelte Nachfrage für Lieferanten auch positive Auswirkungen haben könne. Die Anbieter könnten eine größere Menge auf den einzelnen Nachfrager absetzen und ihre Transaktionskosten senken durch eine günstigere Lagerhaltung, Vermarktung, Abrechnung und Transport.⁵³⁷ Diese reinen Kostenvorteile gleichen jedoch nicht allokativen Ineffizienzen aus, die den Konsumenten durch die Mengenreduktion entstehen.

Auch könnten Nachfragekartelle als Gegengewicht kleiner und mittlerer Abnehmer gegenüber marktmächtigen Anbietern dienen.⁵³⁸ Auf den Gesichtspunkt der Gegenmacht ist die Arbeit bereits oben eingegangen.⁵³⁹ Es ist ins Gedächtnis zu rufen, dass Gegengewichten auf dem Markt stets die Gefahr innewohnt, dass sie ihre Macht auf weitere Marktstufen ausdehnen bzw. ihre horizontalen Mitbewerber behindern.⁵⁴⁰ Eine konsequente Wettbewerbspolitik geht dahin, eine Entmachtung zu fördern statt weitere vermeintlich ausgleichende Machtpositionen zu dulden.

536 Vgl. Langen/Bunte/Krauß, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 1, Rn. 214.

537 Säcker/Mohr, WRP 2011, 793, 796 mit dem Hinweis auf die *economies of scale*; Inderst, WuW 2008, 1261, 1266; Ruppelt, Einkaufskooperationen im Europäischen und Deutschen Kartellrecht, 2008, S. 11.

538 Vgl. Säcker/Mohr, WRP 2011, 793, 794, 796, der von der „Entmachtung im Vertikalverhältnis“ spricht.

539 Vgl. S. 134.

540 Vgl. die ausführliche Darstellung auf S. 137.

d) Kritik an den Horizontalleitlinien 2011 der Kommission

Die Kommission geht in ihren Horizontalleitlinien 2011 ausführlich darauf ein, wie sie Einkaufskooperationen rechtlich bewertet.⁵⁴¹

Einkaufsvereinbarungen stellen regelmäßig Vereinbarungen im Sinne des Art. 101 AEUV zwischen Unternehmen dar, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.⁵⁴² Die Kommission beurteilt das Tatbestandsmerkmal der wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Wesentlichen nach der Marktmacht der beteiligten Unternehmen.⁵⁴³ Es gebe keine absolute Schwelle, bei deren Überschreiten davon ausgegangen werden kann, dass eine gemeinsame Einkaufsregelung Marktmacht begründe, so dass sie wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV habe. In den meisten Fällen sei es jedoch unwahrscheinlich, dass Marktmacht bestünde, wenn die Parteien der gemeinsamen Einkaufsregelung sowohl auf den Einkaufsmärkten als auch auf den Verkaufsmärkten einen gemeinsamen Marktanteil von nicht mehr als 15 % hätten.⁵⁴⁴

Die Spürbarkeitsschwelle ist bei Einkaufsvereinbarungen nicht eigenständig zu prüfen. Wenn Unternehmen die Marktanteilsschwelle der Horizontalleitlinien für eine Wettbewerbsbeschränkung erreichen, überschreiten sie gleichzeitig auch die Schranken der *de minimis*-Bekanntmachung,

541 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/01, Rn. 194 ff.; vgl. dazu bereits S. 54.

542 Insbesondere die deutsche Literatur vertritt, dass Einkaufsvereinbarungen bereits eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, denn spiegelbildlich zur Preisfestsetzung auf Angebotsmärkten, sei auch eine Preisfestsetzung auf Nachfragemärkten ein *hardcore*-Kartell nach Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV, *Dittrich*, Horizontale Rationalisierungskooperationen kleinerer und mittlerer Unternehmen, 2009, S. 284; *Immenga/Mestmäcker/Zimmer*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 101 Abs. 1, Rn. 235. Die EU-Kommission erkennt Einkaufsvereinbarungen nicht *per se* als wettbewerbschädigend an, sondern verlangt eine Wirkungsanalyse im Einzelfall, vgl. EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/01, Rn. 205 f. Auch der EuGH geht nicht für jede Einkaufsvereinbarung von einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung aus, EuGH, Urteil vom 15.12.1994, Rs. C-250/92, *Gottrup-Klim*, Slg. 1994, I-5641 (Tz. 30 ff.).

543 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/01, Rn. 208.

544 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 208.

die niedriger liegen.⁵⁴⁵ Eine Einkaufsvereinbarung, die eine Wettbewerbsbeschränkung enthält und spürbar wirkt, wird auch den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen, denn dieser würde sich ohne die Einkaufsvereinbarung anders entwickeln.⁵⁴⁶ Nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ist eine Rechtfertigung möglich, wenn die Kooperation wirtschaftlich nützlich und unerlässlich ist, die Verbraucher angemessen an den Effizienzgewinnen beteiligt werden und der Wettbewerb nicht ausgeschaltet wird.

Es gibt Stimmen im juristischen Schrifttum, nach denen die Verbraucher angemessen an den Effizienzgewinnen beteiligt werden, wenn auf den Verkaufsmärkten intensiver Wettbewerb herrscht.⁵⁴⁷ Das mag im Modell der Verhandlungsmacht zutreffen. Das Monopsonmodell zeigt aber, dass unabhängig von Wettbewerb auf nachgelagerten Märkten bereits die Beschränkung des Beschaffungsmarktes zu allokativen Ineffizienzen führt. Die Grenzkosten, die den Preis auf dem Verkaufsmarkt bestimmen, liegen für den Monopsonisten höher als für andere im Wettbewerb stehende Nachfrager. Auf nachgelagerten Märkten ist daher nicht mit Preissenkungen zu rechnen.

Im deutschen Recht finden sich seit der 7. GWB-Novelle keine Sondervorschriften mehr für Einkaufsvereinbarungen. Im Zuge der Harmonisierung und Angleichung an das Unionsrecht sind zahlreiche Sondertatbestände aufgehoben worden. Einzig § 3 GWB (Mittelstandskartelle) spielt für Freistellungszwecke noch eine Rolle, soweit die Zwischenstaatlichkeitsklausel nicht gegeben ist. Gleichwohl ging der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle davon aus, dass Einkaufsvereinbarungen in der Regel spürbare Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten hätten

545 *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793, 805; *Wiedemann/Schroeder*, Kartellrecht, 2008, § 8, Rn. 93 f.; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 2: Europäisches Kartellrecht, 2006, Rn. 1051.

546 EU-Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages, ABl. 2004 Nr. C 101/81, Rn. 85; *Ruppelt*, Einkaufskooperationen im Europäischen und Deutschen Kartellrecht, 2009, S. 69 f.; Begründung zum Regierungsentwurf der 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640 vom 12.08.2004, S. 26 f.

547 *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793, 806 mit dem Hinweis, dass bei einem betriebswirtschaftlich rationalen Verhalten grundsätzlich die Nachfrager die Einkaufsvorteile weitergeben werden, um ihre Position auf den Verkaufsmärkten zu stärken. So für den Lebensmitteleinzelhandel auch Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2005/2006, BT-Drucks. 16/5710 vom 15.06.2007, S. 137.

und somit ohnehin den Wertungen des Unionsrechts unterlägen.⁵⁴⁸ Einkaufsgemeinschaften seien in der Regel über große regionale Räume hin tätig und würden daher grenzüberschreitend wirken. Insoweit seien dann im deutschen Recht die Wertungen der Horizontalleitlinien der Kommission maßgeblich. Auch außerhalb des Anwendungsbereiches von Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003 beabsichtigt das Bundeskartellamt, den Schwellenwerten der Leitlinien zu folgen, selbst wenn es rechtlich nicht daran gebunden ist.⁵⁴⁹

Das Bundeskartellamt beurteilt die Auswirkungen von Nachfragekartellen auf den Wettbewerb kritischer als die EU-Kommission.⁵⁵⁰ Es widerspricht ihr, soweit sie die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen von Einkaufskooperationen anhand der Auswirkungen auf dem Absatzmarkt misst, statt isoliert auf den Beschaffungsmarkt zu blicken.⁵⁵¹ Die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen von Einkaufskooperationen gegenüber Lieferanten bleiben von effizienzsteigernden Verhaltensweisen zu Gunsten von Konsumenten zunächst unberührt. Das Bundeskartellamt folgt der Kommission im Ergebnis, da es bis zu einem gemeinsamen Marktanteil der Unternehmen von 15 % eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV oder § 2 GWB annimmt.⁵⁵² Mit diesen Aussagen gliedert das Bundeskartellamt die Anwendung des Unionsrechts in den nationalen Tatbestand ein. Gleichzeitig äußert es aber, dass es dem kartellrechtlichen Schutzzweck, die Verbraucherwohlfahrt zu fördern, nicht uneingeschränkt folge, sondern weiter an der Freiheit zum wettbewerblichen Handeln festhalte.⁵⁵³

548 Begründung des Regierungsentwurfes zur 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640 vom 12.08.2004, S. 26 f.

549 Bundeskartellamt, Merkblatt über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen, 2007, Rn. 38; *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793, 796; *Wecker*, Marktbeherrschung, gemeinsamer Einkauf und vertikale Beschränkungen als kartellrechtliche Probleme im deutschen Einzelhandel, 2010, S. 106.

550 Zur früheren Praxis einer Freistellung nach § 4 GWB a. F.; vgl. *Langen/Bunte/Braun*, Deutsches Kartellrecht, 2014, Nach § 2, Rn. 151 ff.

551 Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 10.

552 Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 10; Bundeskartellamt, Merkblatt über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen, 2007, Rn. 38; Bundeskartellamt, Bagatellbekanntmachung, 2007, Rn. 14.

553 Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 10.

Oben wurde bereits anhand einzelner Fallgruppen gezeigt, inwiefern die Horizontalleitlinien einen asymmetrischen Schutz des Lieferanten begründen.⁵⁵⁴ Nun werden sie einer ökonomischen Analyse unterzogen. Folgende Punkte haben sich oben als problematisch erwiesen:

(1) Beurteilung von Einkaufskooperationen nach der Stellung der Parteien auf den Verkaufsmärkten

Die Horizontalleitlinien beurteilen die wettbewerbsbeschränkende Wirkung von Einkaufskooperationen nach der Stellung der Parteien auf den Verkaufsmärkten.

Die Kommission meint,⁵⁵⁵

im Allgemeinen ist es [...] weniger wahrscheinlich, dass gemeinsame Einkaufsregelungen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben, wenn die Parteien auf den Verkaufsmärkten nicht über Marktmacht verfügen.

Gerade das Monopsonmodell zeigt jedoch, dass Beschaffungs- und Angebotsmärkte nicht kombiniert betrachtet werden dürfen, sondern auch isoliert auf einem einzelnen Beschaffungsmarkt wettbewerbsbeschränkende Wirkungen eintreten können. Für die Kommission ist das maßgebliche Argument, welches dafür streitet, Einkaufskooperationen grundsätzlich positiv zu bewerten, dass die erzielten niedrigeren Einkaufspreise an die Verbraucher weitergegeben werden.⁵⁵⁶ Es hat sich in der allgemeinen Darstellung des Monopsonmodells bereits gezeigt, dass ein Monopsonist (und damit auch das Nachfragekartell) keinesfalls auf einem nachgelagerten Verkaufsmarkt zu geringeren Preisen anbieten wird; der Grund liegt darin, dass sich der Verkaufspreis nach den Grenzkosten richtet. Die Grenzkosten des Monopsonisten, der mit der Beschaffungsmenge unmittelbar den Einkaufspreis beeinflusst, liegen aber höher als bei preisnehmenden Nachfragern. Allerdings kann es nach dem Modell der Verhandlungsmacht (größere Beschaffungsmenge, niedrigerer Preis) durchaus dazu kommen, dass unter bestimmten Voraussetzungen Nachfrager, die auf dem Ver-

554 Vgl. dazu S. 54.

555 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 204.

556 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 201.

kaufmarkt funktionierendem Wettbewerb ausgesetzt sind, ihre Einkaufsvorteile auf einem nachgelagerten Markt weitergeben.⁵⁵⁷

Die Kommission gibt nicht klar an, welchem ökonomischen Modell sie folgt.⁵⁵⁸ So verbleiben generell angesichts der Horizontalleitlinien Zweifel, ob diese überhaupt der Umsetzung des *more economic approach* dienen.⁵⁵⁹ Ein klarstellender Hinweis dazu fehlt, auch wenn sie immer wieder in den einzelnen Kooperationsformen auf notwendige Effizienzgewinne eingehen. Im Rahmen der Einkaufsvereinbarungen scheint die Kommission dem Monopsonmodell zu folgen.⁵⁶⁰

Verfügen die Parteien über einen erheblichen Grad an Marktmacht auf dem Einkaufsmarkt (Nachfragemacht), so besteht die Gefahr, dass sie die Anbieter zwingen, die Palette oder die Qualität der angebotenen Produkte zu verringern [...].

Hier geht die Kommission davon aus, dass der Monopsonist die Beschaffungsmenge reduziere und damit den Preis senke. Allerdings wird im Monopsonmodell dann der Preis auf dem nachgelagerten Angebotsmarkt keinesfalls sinken. Die Kommission meint, der Monopsonist könne die steigenden Grenzkosten durch Größenvorteile in der Beschaffung ausgleichen, da vor allem seine Transaktionskosten sänken.⁵⁶¹ Diese Schlussfolgerung übersieht aber, dass die Preisbildung auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt nur von den Grenzkosten allein abhängt. Wenn der tatsächliche Beschaffungspreis sinkt und auch die Transaktionskosten sinken, führt dies zunächst nur zu niedrigeren Durchschnittskosten des Monopsonisten. Die geringeren Durchschnittskosten verbleiben aber als zusätzlicher Gewinn bei ihm.⁵⁶² Herrscht auf dem nachgelagerten Markt Wettbewerb, wird sich der Verkaufspreis nach dem Wettbewerbsniveau richten. Ist der Monopsonist auf dem nachgelagerten Markt angebotsmächtig, wird dort der Preis eher steigen.

557 Vgl. dazu S. 194.

558 Kritisch auch *Mand/Malkus*, Stellungnahme zur kartellrechtlichen Bewertung von Einkaufskooperationen durch die Horizontalleitlinien der Kommission, 2010, S. 6 f.

559 Liebscher/Flohr/Petsche/*Flohr/Schulz*, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, 2012, § 15, Rn. 53.

560 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 202.

561 OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 257.

562 *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 46 f.

(2) Höhere Hürden für eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Einkauf als im Verkauf⁵⁶³

Hinsichtlich dieses Punktes lässt sich ökonomisch nicht kritisieren, dass die Festsetzung von Einkaufspreisen nicht *per se* eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung sei, sondern nur wenn sich Lieferant und Einkaufsoperation nicht im Wege eines Liefervertrages über den Einkaufspreis einigten.⁵⁶⁴ Gleichwohl ist darauf aufmerksam zu machen, dass die Kommission mit ihrer strengen Linie der *per se*-Kartellrechtswidrigkeit von Preisabsprachen der Anbieter und ihrem milderen auswirkungsbezogenen Ansatz bei solchen der Nachfrager, Wettbewerbsbeschränkungen von Anbietern und Nachfragern unterschiedlich behandelt.⁵⁶⁵ Zudem lässt sie jede Erklärung oder Erläuterung dieser Ungleichbehandlung vermissen.

Aus ökonomischer Sicht besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass ein Kartell zwischen Nachfragern weniger gefährlich und wettbewerbsbeschränkend ist als ein Kartell unter Anbietern. Die Wirkungen des Monopols auf die Nachfrageseite entsprechen spiegelbildlich den Wirkungen des Monopsons auf die Anbieter. Der Grund, Angebots- und Beschaffungsmärkte asymmetrisch zu schützen, kann also nicht ökonomischer Natur sein, sondern muss sich aus einer politischen Wertung ergeben. Zumindest soweit die Kommission dem Monopsonmodell folgt – das den Horizontalleitlinien anscheinend zugrunde liegt – ist es mit ökonomischen Argumenten nicht zu erklären, dass sie ihre Wettbewerbspolitik auf die Konsumentenwohl­fah­rt fokussiert.

Unter dem Modell der Verhandlungsmacht können zwar durchaus Einkaufsvorteile an die Konsumenten weitergereicht werden. Doch bleibt dann immer noch die Gefahr, stabile Nachfragekartelle langfristig zu fördern. Wie oben gezeigt, besteht nach dem Modell der Verhandlungsmacht kein ökonomischer Anreiz, ein Nachfragekartell zu hintergehen oder aus

563 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 205 f.; vgl. zu diesen Asymmetrien bereits S. 55.

564 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 206.

565 Vgl. auch die Kritik bei *Ezrachi*, 8 Journal of Competition Law and Economics 47, 60 ff. (2012).

ihm auszusteiigen.⁵⁶⁶ Das Nachfragekartell wird eher stabiler als ein Angebotskartell bestehen. Es besteht daher kein Anlass, es milder zu beurteilen.

(3) 15 %-Schwelle des Marktanteils für wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen

Erst ab einem gemeinsamen Marktanteil der Parteien von mehr als 15 % sowohl auf dem Einkaufs- als auch auf den Verkaufsmärkten ist es wahrscheinlich, dass eine Einkaufsvereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat.⁵⁶⁷

Auch mit diesem Kriterium nimmt die Kommission Einkaufs- und Verkaufsmärkte gemeinsam in den Blick, um ein Nachfragekartell zu beurteilen. Unabhängig davon, ob 15 % eine zutreffende Schwelle ist oder nicht, sollte dann doch ein Marktanteil von 15 % auf dem Beschaffungsmarkt genügen. Einige Randnummern vorher in den Horizontalleitlinien stellt die Kommission klar, dass sich Beschaffungsmärkte spiegelbildlich zu Angebotsmärkten abgrenzen: maßgeblich sei die Substituierbarkeit aus Sicht des Angebots. Es komme, mit anderen Worten, auf die Alternativen der Anbieter an.⁵⁶⁸ Den relevanten Beschaffungsmarkt ermittelt die Kommission also isoliert aus Sicht der Anbieter. Die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen müssen nun aber nicht nur auf dem relevanten Markt eintreten, sondern auch auf einem nachgelagerten, davon oftmals völlig unabhängigen Markt.

Die Kommission erkennt durchaus die Möglichkeit, dass ein Nachfrager nur auf dem Beschaffungsmarkt mächtig ist, nicht aber auf einem Verkaufsmarkt. Jedoch finden sich zu dieser Fallkonstellation keine offiziellen Äußerungen oder Stellungnahmen. Sie erwähnt in einem Beitrag zu einem OECD-Forum als Beispiel die Fusion von *Sovion* und *Südfleisch*.⁵⁶⁹ Es stellte sich in der Entscheidung die Frage, ob diese beiden Unternehmen der Fleischbranche, die auch Schlachthäuser betrieben, durch den Zu-

566 Vgl. zum unterschiedlichen Wirken von Anbieter- und Nachfragerkartell S. 60.

567 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 208; vgl. zu diesen Asymmetrien bereits S. 59.

568 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 198.

569 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 256 f.; EU-Kommission, Entscheidung vom 21.12.2005, Fall M. 3968 – *Sovion/Südfleisch*.

sammenschluss Nachfragemacht gegenüber den Schlachtvieh liefernden Bauern erwerben würden. Die Kommission verneinte die Nachfragemacht von *Sovion/Südfleisch*, da ausreichende Alternativkapazitäten für Schlachtvieh, vor allem im benachbarten Österreich zur Verfügung standen. Die Erläuterung der Kommission in diesem OECD-Beitrag beschränkt sich darauf, dieses Beispiel zu schildern. Weitere abstrakte Äußerungen, die grundsätzlich erkennen lassen, wie die Kommission mit Einkaufskooperationen auf engen Beschaffungsmärkten und weiten Absatzmärkten umgeht, sind nicht ersichtlich. In einer solchen Marktsituation ist es aber möglich, dass die Parteien auf dem Absatzmarkt deutlich weniger als 15 % Marktanteil halten, auf dem Beschaffungsmarkt deutlich mehr. Dann passt auch die Überlegung der Kommission, Nachfragemacht entsprechend des Marktanteils auf den nachgelagerten Verkaufsmärkten abzuleiten, nicht mehr. So formuliert sie in demselben Beitrag zum OECD-Forum über Nachfragemacht:⁵⁷⁰

Where an undertaking has a large share of a downstream market, it can be expected to be taking a corresponding share of upstream supply.

Die kritischen Fälle sind jedoch gerade die, dass das Unternehmen auf dem Beschaffungsmarkt nachfragemächtig ist, aber nicht unbedingt auf dem Absatzmarkt. Diese beschaffungsmarktbeschränkende Konstellation scheint offensichtlich durch das konsumentenorientierte Raster der Kommission zu fallen. In den Horizontalleitlinien jedenfalls sieht sie vor, dass ein solcher Fall nicht automatisch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen habe, sondern die Einkaufsregelung anhand ihrer Auswirkungen auf den Markt im Einzelfall geprüft werden müsse.⁵⁷¹ Eine deutlichere Stellungnahme zu Gunsten unbeschränkter Beschaffungsmärkte wäre ökonomisch notwendig und wettbewerbspolitisch wünschenswert.

Würde die Kommission nun konsequent Nachfragemacht spiegelbildlich zur Angebotsmacht behandeln, dann läge der relevante Marktanteil

570 OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 256; vgl. die Übersetzung des Autors:

Wenn ein Unternehmen einen großen Marktanteil auf einem nachgelagerten Markt hat, kann erwartet werden, dass es einen entsprechenden Anteil auf dem vorgelagerten Markt innehat.

571 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 209.

für Nachfragemacht je nach Vereinbarung bei 20 % (Produktionsvereinbarung), 15 % (Vermarktungsvereinbarung) oder 10 % (Informationsvereinbarung mit Verweis auf die *de minimis*-Bekanntmachung).⁵⁷² Ein einfaches Spiegeln der Marktanteilsschwelle von Angebots- auf Nachfragemärkte ist nicht unbedingt sinnvoll. Sowohl eine höhere als auch eine niedrigere Schwelle für Nachfragemärkte lassen sich begründen:

Bei Einführung der Schwelle für Angebotsmacht ging man von den Anbietern gegenüberstehenden Letztverbrauchermärkten aus, also einer atomistisch geprägten Abnehmerschar.⁵⁷³ Es mag zwar auch auf manchen Angebotsmärkten eine atomistisch geprägte Lieferantenstruktur geben, charakteristisch ist das aber nicht. Vielmehr sind auch klassische, unter Nachfragemacht leidende Märkte, wie die Lebensmittelindustrie oder die Automobil-Zulieferbranche, zum Teil von bedeutenden und marktstarken Lieferanten gekennzeichnet.⁵⁷⁴ Mit dieser Überlegung müsste die Schwelle, ab der Nachfrager marktbeherrschend sind, eher höher liegen, weil zu einem gewissen Grade die Nachfragemacht von der ebenfalls konzentrierten Angebotsseite ausgeglichen würde.⁵⁷⁵

In Richtung einer höheren Schwelle von 25 % argumentiert auch ein ökonomisches Diskussionspapier des britischen Office of Fair Trading.⁵⁷⁶ Die Autoren beziehen sich auf Erwägungsgrund Nr. 32 der FKVO. Demnach bestehe ein Indiz, dass eine Fusion den Wettbewerb nicht behindere, wenn der Marktanteil der beteiligten Parteien 25 % nicht überschreite. Eine Einkaufskooperation könne nun den Wettbewerb nicht stärker beschränken als eine Fusion, so ihr Argument.

572 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 169, 240, 88; EU-Kommission, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 81 Abs. 1 EGV nicht spürbar beschränken (*de minimis*), ABl. 2001 Nr. C 368/13, Rn. 7.

573 Kerber, Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht, 1989, S. 345.

574 In der Lebensmittelbranche beispielsweise die *must-stock*-Produkte von Nestle und Coca-Cola. Im Zuliefergeschäft beispielsweise die wenigen Hersteller von Stahl-Cabriodächern; vgl. dazu Bundeskartellamt, Beschluss vom 22.12.2009, Az. B9-84/09 – *Webasto/Edscha* und Bundeskartellamt, Beschluss vom 21.05.2010, Az. B9-13/10 – *Magna/Karmann*.

575 Mit diesem Argument Kerber, Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht, 1989, S. 345, der jedoch generell Zweifel daran hegt, dass sich Nachfragemacht an Marktanteilen messen lässt.

576 Majumdar/Neubecker/Akgun/Baldauf, The competition effects of buyer groups, 2007, S. 27.

Gleichwohl gehen die Überlegungen eher in die andere Richtung, dass Nachfragemacht schon ab einer deutlich niedrigeren Schwelle wettbewerbsbeschränkende Wirkungen entfalten könne.⁵⁷⁷ Strukturell arbeiten die Lieferanten spezialisierter als ihre Abnehmer. Damit ist ihr Bestand schon gefährdet, wenn nur ein vergleichsweise kleiner Teil der Nachfrage wegfällt. Sie können meist nicht ohne größeren Aufwand auf andere Nachfrager ausweichen oder Absatzeinbrüche mit anderen Produktionsparten ausgleichen.

Abschließend ist also festzuhalten, dass Einkaufskooperationen, so positiv der Begriff klingen mag, dem Monopsonmodell zufolge die Konsumenten- wie auch Gesamtwohlfahrt negativ beeinträchtigen.

6. Nachfragemächtiges Unternehmen und Kritik an der FENIN-Rechtsprechung

Ein reines Monopson, d. h. nur ein einziger Nachfrager, kommt in der Realität selten vor. Häufiger sind dagegen Märkte, auf denen mehrere Nachfrager konkurrieren, von denen einer oder mehrere nachfragemächtig sind.

a) Ökonomische Auswirkungen eines nachfragemächtigen Unternehmens

Auch auf diese Marktsituation ist das Monopsonmodell anwendbar. Die ökonomischen Wirkungen des nachfragemächtigen Unternehmens, das noch weitere Nachfrager neben sich hat, entsprechen denen des Monopsons. Voraussetzung ist nur, dass der Nachfrager in der Lage ist, den Marktpreis eines Guts zu beeinflussen.⁵⁷⁸ Er ist dann also kein Preisnehmer.

Dem monopsonmächtigen Nachfrager wird es gelingen, den Preis unter die Angebots-/Grenzkostenkurve der Anbieter zu drücken, indem er seine Beschaffungsmenge reduziert. Wie hoch der Preisabschlag im Einzelnen sein wird, hängt von der Elastizität des Angebots ab und damit vom Grad der Monopsonmacht.

577 *Foer*, 39 Conn. L. Rev. 1307, 1313 (2007); *Dobson*, 72 Antitrust L. J. 529, 535 (2005); Monopolkommission, Sondergutachten 1977, Rn. 200.

578 *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 485, 489 ff.

b) Kritik an FENIN-Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff

Rechtlich misst sich das Verhalten nachfragemächtiger Unternehmen am Missbrauch einer nachfragebeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV/§§ 18 ff. GWB. In Deutschland wie in Europa verbietet das Kartellrecht nur Unternehmen den Missbrauch einer nachfragebeherrschenden Stellung. Der Unternehmensbegriff eröffnet den personellen Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts.

Bereits in den Fallgruppen der asymmetrischen Marktbeurteilung ging die Arbeit auf den Unternehmensbegriff im Lichte der *FENIN*-Rechtsprechung des EuGH ein.⁵⁷⁹ Dort befasste sie sich mehr mit den Folgen der europäischen Rechtsprechung auf den deutschen Unternehmensbegriff. An dieser Stelle setzt sie sich nun inhaltlich mit der *FENIN*-Rechtsprechung auseinander, insbesondere aus ökonomischer Sicht. Schließlich bezog sich der Generalanwalt, als er öffentliche Nachfrager, die Güter nicht wirtschaftlich weitervertreiben, aus dem Unternehmensbegriff ausklammerte, überwiegend auf ökonomische Argumente.⁵⁸⁰

Knapp zusammengefasst sagt *FENIN* Folgendes aus:

Die Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand erfolge nur dann unternehmerisch, wenn auch die Verwendung der nachgefragten Produkte einer wirtschaftlichen und nicht einer hoheitlichen Tätigkeit zugeordnet werden könne.⁵⁸¹ Eine wirtschaftliche Tätigkeit liege erst dann vor, wenn die Güter und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten würden. Eine unternehmerische Nachfragetätigkeit hänge demnach akzessorisch mit dem Anbieten von Waren oder Dienstleistungen zusammen.

Der EuGH schloss sich im Urteil dem Vortrag der Kommission an, die meinte, gerade das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen sei kennzeichnend für eine wirtschaftliche Tätigkeit und somit für ein Unternehmen.⁵⁸² Deswegen sei der Einkauf nicht von der Verwendung der Güter zu trennen. Der EuGH bestätigte diese Ansicht, indem er ausführte, der wirtschaftliche oder nicht wirtschaftliche Charakter der Verwendung bestimm-

579 Vgl. zum Unternehmensbegriff bereits S. 28.

580 GA *Maduro*, Schlussanträge vom 10.11.2005, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 64, 66).

581 EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 25).

582 EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 24).

me zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit.⁵⁸³ Das Gericht lieferte keine nähere Begründung, sondern verwies für das die wirtschaftliche Tätigkeit bestimmende Anbieten von Waren auf die eigene Rechtsprechung.⁵⁸⁴ Doch auch in den beiden Urteilen, auf die der EuGH verwies, findet sich keine nähere Begründung, davon abgesehen, dass die Urteile jeweils vom „Anbieten“ durch öffentliche Unternehmen sprechen. Eine Nachfragetätigkeit war angesichts der gegebenen Sachverhalte nicht einschlägig, so dass sich die Urteile im jeweiligen Einzelfall auf das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen beschränken konnten.⁵⁸⁵

Generalanwalt *Maduro* bot in seinen Schlussanträgen zwei Argumente, warum das Anbieten die wirtschaftliche Tätigkeit und damit die Unternehmenseigenschaft bestimmen sollte, und zwar auch für die Nachfragetätigkeit:⁵⁸⁶

1. Die einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit dienenden Einkäufe seien mit der Endnachfrage der Verbraucher vergleichbar und daher dem Wettbewerbsrecht entzogen.
2. Das Ergebnis, dass ein Einkauf, um eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit zu erfüllen, dem Wettbewerbsrecht entzogen sei, stehe in Einklang mit der wirtschaftlichen Theorie, dass ein Nachfragemonopol den Wettbewerb kaum gefährde.

(1) Vergleich staatlicher Nachfrage mit dem Einkaufsverhalten der Endverbraucher

Dieser Vergleich der staatlichen Nachfrage mit dem Einkaufsverhalten der Endverbraucher ist in zwei Gesichtspunkte zu zerlegen: Das einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit dienende Einkaufsverhalten sei der Endnachfrage

583 EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 26).

584 EuGH, Urteil vom 18.06.1998, Rs. C-35/96, *Kommission/Italien*, Slg. 1998, I-3851 (Tz. 36). Dieses Urteil verweist weiter auf EuGH, Urteil vom 16.06.1987, Rs. C-118/85, *Kommission/Italien*, Slg. 1987, 2599 (Tz. 7).

585 Angebot von Dienstleistungen, Zollformalitäten bei der Ein- und Ausfuhr zu erledigen, vgl. EuGH, Urteil vom 18.06.1998, Rs. C-35/96, *Kommission/Italien*, Slg. 1998, I-3851 und Angebot von Gütern und Dienstleistungen im Bereich von Tabakwaren, vgl. EuGH, Urteil vom 16.06.1987, Rs. C-118/85, *Kommission/Italien*, Slg. 1987, 2599 (Tz. 7).

586 GA *Maduro*, Schlussanträge vom 10.11.2005, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 64, 66).

ge der Verbraucher vergleichbar und das Einkaufsverhalten der Endverbraucher sei dem Wettbewerbsrecht entzogen.

Die Arbeit geht zunächst auf letzteren Gesichtspunkt ein:

Warum ist das Nachfrageverhalten der Endverbraucher dem Kartellrecht entzogen?

Zum einen, heißt es, als Privatperson den eigenen Lebensbedarf zu decken, sei keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Wettbewerbsregeln. Die Teilnahme am Marktgeschehen diene dann allein dem privaten Verbrauch.⁵⁸⁷ Zum anderen gingen von privater Nachfrage ohnehin keine relevanten Wettbewerbsbeschränkungen aus.⁵⁸⁸

Im Ergebnis ist dieser allgemeinen Meinung zuzustimmen, dass die Endnachfrage der Verbraucher dem Wettbewerbsrecht entzogen sei. Doch sind beide Argumente zweifelhaft.

Die Nachfrage privater Endverbraucher kann nur dann am Kartellrecht gemessen werden, wenn private Endverbraucher Unternehmen im Sinne des Kartellrechts sind. Ein Unternehmen im wettbewerbsrechtlichen Sinne ist jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.⁵⁸⁹ Auch natürliche Personen, wie Kaufleute oder Freiberufler, können also Unternehmen sein.

Fraglich ist also allein, ob ein privater Endverbraucher eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Der EuGH definiert in ständiger Rechtsprechung die wirtschaftliche Tätigkeit als

eine Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt *anzubieten*.⁵⁹⁰

587 Allg. M., beispielsweise von der Groeben/Schwarze/Hatje/Schröter, Europäisches Unionsrecht, 2015, Vorbem. zu Art. 101 bis 105 AEUV, Rn. 71; Langen/Bunte/Hengst, Europäisches Kartellrecht, 2014, Art. 101, Rn. 15; Roth, in: FS Bechtold, 2006, S. 393, 403.

588 Langen/Bunte/Hengst, Europäisches Kartellrecht, 2014, Art. 101, Rn. 14; Frankfurter Kommentar/Roth/Ackermann, Kartellrecht, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 43; Roth, in: FS Bechtold, 2006, S. 393, 403; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, § 9, Rn. 41.

589 EuGH, Urteil vom 16.03.2004, Rs. C-264/01, *AOK Bundesverband*, Slg. 2004, I-2493 (Tz. 46); EuGH, Urteil vom 23.04.1991, Rs. C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg. 1991, I-1979 (Tz. 21); EuGH, Urteil vom 22.01.2002, Rs. C-218/00, *Cisal*, Slg. 2002, I-691 (Tz. 22).

590 EuGH, Urteil vom 12.09.2000, Rs. C-180/98, *Pavlov*, Slg. 2000, I-6451 (Tz. 75); EuGH, Urteil vom 25.10.2001, Rs. C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg. 2001,

Dies ist eben auch das Argument, warum in *FENIN* die Nachfrage allein keine wirtschaftliche Tätigkeit begründen kann, sondern stets ein akzessorisch wirtschaftliches Anbieten nötig ist. Der EuGH-Rechtsprechung zufolge ist es also konsequent, dass auch die Nachfrage privater Endverbraucher keine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt. Aber eben nicht, weil die Nachfrage privat erfolgt, sondern weil Nachfrage an sich schon keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der EuGH-Definition begründet. Es ist also inkonsequent, einerseits die Akzessorietät von Angebot und Nachfrage in der *FENIN*-Rechtsprechung für falsch zu halten, und gleichzeitig an der EuGH-Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit keine Kritik zu üben. Schließlich ist diese Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit Grundlage des *FENIN*-Unternehmensbegriffs.

Diese Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit ist jedoch zu eng. Schon aus dem Wortlaut in Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV und Art. 102 S. 2 lit. a AEUV sowie dem Ziel der europäischen Wettbewerbsregeln geht hervor, dass das Kartellrecht den Angebots- und ebenso den Nachfragewettbewerb schützt.⁵⁹¹ Dieser gleichwertige Schutz lässt sich aber nur verwirklichen, wenn Anbieter und Nachfrager als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts handeln. Dazu müssten Angebot und Nachfrage unabhängig voneinander unter den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit subsumierbar sein. Nur dann sind Lieferanten auf Beschaffungsmärkten vor Wettbewerbsbeschränkungen der Nachfrager, die nicht akzessorisch auch Anbieter sind, geschützt. Der EuGH hat in *British Airways* selbst das Schutzkonzept der funktionierenden Wettbewerbsprozesse bestätigt, als er auf die geschützte Struktur des Wettbewerbs hinwies.⁵⁹² Dieses lässt sich aber nur umsetzen, wenn auch eine wirtschaftliche Tätigkeit alleine in der Nachfrage liegen kann.

I-8089 (Tz. 19) und ausdrücklich bestätigt in EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 25).

591 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 106); EuGH, Urteil vom 12.09.2000, Rs. C-180/98, *Pavlov*, Slg. 2000, I-6451 (Tz. 79-82); EuGH, Urteil vom 28.03.1985, Rs. C-298/83, *CICCE*, Slg. 1985, 1105 (Tz. 21 ff.); zu den Zielen der europäischen Wettbewerbsregeln, insbesondere dem Erhalt des unverfälschten Wettbewerbs, vgl. *Drexel*, in: *von Bogdandy/Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, S. 905, 908 ff.; vgl. zum Schutz des Nachfragewettbewerbs S. 218.

592 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 106).

Überzeugender ist eine andere Begründung, warum die private Nachfrage nicht von kartellrechtlichen Normen erfasst ist. Worin liegt der Schutzzweck der kartellrechtlichen Normen? Sie sollen, wie ex-Art. 3 lit. g EGV zeigt, die Märkte offenhalten und den Wettbewerbsprozess schützen. Letztlich bringt das Kartellrecht die kollidierenden grundrechtlichen wettbewerblichen Freiheitspositionen in Ausgleich. Die privaten Nachfrager sind aber nicht Träger der Wettbewerbsfreiheit. Die Wettbewerbsfreiheit findet ihre Grundlage in Art. 12 i.V.m. 2 Abs. 1 GG. Sie erfasst aber eben nur die berufliche und gewerbliche Tätigkeit, nicht das private Handeln. Das Handeln der privaten Endverbraucher ist hingegen von Art. 2 Abs. 1 GG, der Allgemeinen Handlungsfreiheit, geschützt. Die kartellrechtlichen Verbotstatbestände stellen keine Schranke für Privatpersonen dar und können ihr potentiell wettbewerbsbeschränkendes Verhalten nicht beschränken.

Das in der Literatur vorgetragene Argument, die Wettbewerbsregeln dienen dem Schutz der Endverbraucher und daher seien die Regeln auf sie nicht anwendbar, ist verkürzt.⁵⁹³ Zwar ist der Schutzzweck der kartellrechtlichen Normen keineswegs gesichert. Doch selbst wenn die Wettbewerbsregeln dem Schutz der Endverbraucher dienen, verhindert dies nicht, dass sie auf Wettbewerbsbeschränkungen durch Endverbraucher nicht anwendbar sind. Vielmehr kann es der Schutzzweck gerade gebieten, gegen wettbewerbsbeschränkendes Verhalten einzelner Verbraucher einzuschreiten. Die Verbraucher sind keine homogene Gruppe. Ihre Freiheitspositionen wären untereinander in Ausgleich zu bringen. Nur sind die Freiheitspositionen der Endverbraucher eben nicht durch die Wettbewerbsfreiheit geschützt. Allein aus diesem Grund findet das Kartellrecht auf sie keine Anwendung. Im Lauterkeitsrecht, das in § 1 S. 1 UWG seinen Schutzzweck ausdrücklich bestimmt – Schutz der Mitbewerber, Verbraucher und der sonstigen Marktteilnehmer – käme wohl niemand auf die Idee, dass das Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen (§ 3 UWG) nicht auf konkurrierende Unternehmen anwendbar wäre, nur weil sie vom Schutzzweck der Norm erfasst sind.

Schließlich unterstützt auch das in der Literatur nicht erwähnte Wortlautargument die Position, dass ein „Unternehmen“ nur ein geschäftliches

593 Mit diesem Argument Frankfurter Kommentar/Roth/Ackermann, Kartellrecht, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 43; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 2: Europäisches Kartellrecht, 2006, Rn. 349; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, § 9, Rn. 41.

Handeln erfasst, nicht aber privates. Der allgemeine Sprachgebrauch versteht unter „Unternehmen“ einen wirtschaftlichen Betrieb und keinen privaten Konsum.

Warum hat der EuGH seine Definition einer wirtschaftlichen Tätigkeit nur auf das Anbieten beschränkt?

In der Regel wird die Definition des EuGH ausreichen, denn abgesehen von der (inzwischen mehrfach bestätigten) *FENIN*-Rechtsprechung gibt es keine relevanten Fälle auf europäischer Ebene, in denen ein Nachfrager, der nicht auch akzessorisch Anbieter ist, den Nachfragerwettbewerb beschränkt. Wohl will der EuGH mit dieser Definition den privaten Endverbraucher aus dem Anwendungsbereich des Kartellrechts ausschließen.⁵⁹⁴

Doch ist das Definitionsmerkmal des „Anbietens“ nicht geeignet, die Nachfrage privater Endverbraucher auszuschließen, ohne gleichzeitig nicht auch zuzulassen, dass isoliert nachfragende Unternehmen den Wettbewerb auf Beschaffungsmärkten beschränken. Geeigneter wäre eine Definition der *wirtschaftlichen Tätigkeit* als

eine Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen mit der Marktgegenseite auszutauschen, ohne dabei privater Endverbraucher zu sein.

Diese um das negative Tatbestandsmerkmal des privaten Endverbrauchers erweiterte Definition beschränkt sich nicht nur auf das Anbieten, sondern auf jeden Austausch.

Eine vergleichbare Wirkung hätte es, die „wirtschaftliche Tätigkeit“ durch eine „gewerbliche oder selbständig berufliche Tätigkeit“ zu ersetzen. Auf diese Weise wäre eine private Nachfrage ebenso ausgeschlossen wie auch das Handeln von Arbeitnehmern. Doch zum einen würde die „gewerbliche oder selbständig berufliche Tätigkeit“ wieder auf die Angebotsseite abstellen und eine isolierte nicht akzessorische Nachfrage zumindest begrifflich nicht erfassen. Zum anderen setzt die gewerbliche Tätigkeit eine Gewinnerzielungsabsicht voraus. Diese ist aber gerade für ein unternehmerisches Handeln keine zwingende Voraussetzung. Auch gemeinnützige Institutionen, die sozial oder ideell handeln, können dennoch unternehmerisch nachfragen.⁵⁹⁵ Die von Privatpersonen gegründete Einkaufsgemeinschaft übt hingegen eine wirtschaftliche Tätigkeit aus, da sie

594 Roth, in: FS Bechtold, 2006, S. 393, 397 f.

595 von der Groeben/Schwarze/Hatje/Klotz, Europäisches Unionsrecht, 2015, Art. 106 AEUV, Rn. 18; MüKo/Herrmann, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 960 m.w.N.

nicht privater Endverbraucher ist, sondern mit Gewinnerzielungsabsicht gewerblich handelt.⁵⁹⁶

Eine andere Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit, auf die *Roth* hinweist, reicht hingegen nicht aus, die private Endnachfrage auszuschließen. Demnach bedeute eine wirtschaftliche Tätigkeit alleine eine entgeltliche und marktbezogene Tätigkeit.⁵⁹⁷ Die private Nachfrage der Endverbraucher erfolgt entgeltlich, weil sie in der Regel für die Leistung bezahlen, d. h. eine Gegenleistung erbringen. Auch ist die Nachfrage marktbezogen, da sich im Wege von Angebot und Nachfrage eine Einigung unter Marktbedingungen findet. Ebenso wie Unternehmen um die Marktgegenseite und um die besten Geschäftsbedingungen im Wettbewerb stehen, versuchen Verbraucher, eine möglichst große Menge zu einem niedrigen Preis zu erwerben; zumindest der modelltypische Verbraucher. Auch zeigt sich die Marktbezogenheit privater Nachfrage beim Erwerb knapper Güter. Ebenso wie andere unternehmerische Marktakteure versuchen die Verbraucher, den Wettkampf um knappe Angebote für sich zu entscheiden. Also ist festzuhalten, dass die private Endnachfrage nach dieser Definition (entgeltlich und marktbezogen) sehr wohl eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt.⁵⁹⁸

596 von der Groeben/Schwarze/Hatje/Schröter, *Europäisches Unionsrecht*, 2015, Vorbem. zu den Art. 101 bis 105 AEUV, Rn. 71.

597 *Roth*, in: FS *Bechtold*, 2006, S. 393, 395 mit Hinweis auf den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit in Art. 1 des Protokolls Nr. 22 zum Vertrag über den europäischen Wirtschaftsraum. Für eine ähnliche Definition, die die wirtschaftliche Tätigkeit als marktbezogenes Verhalten versteht, s. *Stockenhuber*, *Europäisches Kartellrecht*, 1999, S. 6. Von der Groeben/Schwarze/Hatje/Schröter, *Europäisches Unionsrecht*, 2015, Vorbem. zu den Art. 101 bis 105 AEUV, Rn. 67 meint hingegen, eine wirtschaftliche Tätigkeit müsse keinen unmittelbaren Marktbezug aufweisen. *Immenga/Mestmäcker/Schweitzer*, *EU-Wettbewerbsrecht*, 2012, Art. 106 Abs. 1 AEUV, Rn. 9 gehen zur Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit auf einen hypothetischen Wettbewerbstest ein. Demnach sei eine Tätigkeit dann wirtschaftlich, wenn sie (hypothetisch) von einem privaten Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt werden könnte. Doch ist auch dieses hypothetische Kriterium nicht geeignet, die Nachfrage privater Endverbraucher auszuschließen. Auch private Nachfrage könnte hypothetisch im Rahmen privater Einkaufskooperationen mit Gewinnerzielungsabsicht bestritten werden.

598 *Roth*, in: FS *Bechtold*, 2006, S. 393, 403; von der Groeben/Schwarze/Hatje/Schröter, *Europäisches Unionsrecht*, 2015, Vorbem. zu den Art. 101 bis 105 AEUV, Rn. 71.

Daran zeigt sich, dass die wirtschaftliche Tätigkeit nicht als Abgrenzungskriterium von privater und unternehmerischer Nachfrage dienen kann, wenn sie als Anbieten oder entgeltliches und marktbezogenes Handeln verstanden wird. Die private Endnachfrage lässt sich also nur aus dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff als negatives Tatbestandsmerkmal in der Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit ausschließen.

Einen radikalen Weg schlagen *Fikentscher, Hacker* und *Podszun* ein. Sie wollen im Kartellrecht auf den Unternehmensbegriff völlig verzichten und den Adressaten individualisieren.⁵⁹⁹ Ihr Anliegen ist vor allem, das Gebaren der Finanzindustrie mit teils automatisierten jedenfalls hochfrequenten Entscheidungen kartellrechtlich zu erfassen. Dies kann aus ihrer Sicht nur gelingen, wenn der einzelne Handelnde für sein Verhalten verantwortlich ist. Unternehmerisches Handeln könne sich dann nicht in losen Gesellschaftsstrukturen und undurchsichtigen Anteilsverhältnissen verlieren.⁶⁰⁰ Ein symmetrischer Schutz des Lieferanten lässt sich zwar nicht unmittelbar damit begründen, dass der Entscheidungsträger nicht zu ermitteln ist. Dennoch würde ein persönlicher Adressat – vergleichbar mit „*every person*“ in Sec. 2 Sherman Act – auf den ersten Blick die definitorische Enge des Unternehmensbegriffs überwinden.

Wie oben herausgearbeitet,⁶⁰¹ basiert die Verengung des „Unternehmens“ auf ein wirtschaftliches Anbieten auf dem Verständnis der „wirtschaftlichen Tätigkeit“, die selbst nur das wirtschaftliche Anbieten erfasst. Auch ein verallgemeinerter Adressat der kartellrechtlichen Normen müsste aber wirtschaftlich, geschäftlich oder beruflich tätig sein, um die private Nachfrage auszuschließen. Damit würde dann weiterhin die enge Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit gelten. Auf den ersten Blick ist der Gedanke, auch aus Gründen eines gleichberechtigten Schutzansatzes auf den Unternehmensbegriff gänzlich zu verzichten, reizvoll. Dennoch erweitert auch dieser Ansatz nicht die definitorische Enge der wirtschaftlichen Tätigkeit.

Ist das einer nicht wirtschaftlichen Tätigkeit dienende Einkaufsverhalten mit der Endnachfrage der Verbraucher vergleichbar?

In dieser Frage liegt das Argument des Generalanwalts *Maduro*, dass Unternehmen, die keine wirtschaftliche Anbietertätigkeit ausüben, keine Un-

599 *Fikentscher/Hacker/Podszun*, Fair Economy, 2013, S. 68 f.

600 *Fikentscher/Hacker/Podszun*, Fair Economy, 2013, S. 69.

601 Vgl. oben S. 166.

ternehmen im Sinne der Missbrauchskontrolle seien.⁶⁰² Dass *Maduro* von einer „nicht wirtschaftlichen Tätigkeit“ spricht, während die Arbeit sich auf die „nicht wirtschaftliche Anbieter-Tätigkeit“ beschränkt, liegt am oben erläuterten kritikwürdigen Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit. Der EuGH versteht unter einer wirtschaftlichen Tätigkeit nur das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem Markt, nicht aber die Nachfrage. Aus Sicht des EuGH ist diese Aussage also konsequent, da sowohl der nicht anbietende Nachfrager als auch der Endverbraucher keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.

Sachlich ergeben sich jedoch große Unterschiede zwischen dem Einkaufsverhalten von Endverbrauchern und wirtschaftlich nachfragenden Unternehmen. Offensichtlich dient die Nachfrage von Endverbrauchern dem Konsum der Güter und Dienstleistungen, während wirtschaftlich nachfragende Unternehmen die Waren im Wege ihrer hoheitlichen, sozialen oder solidarischen Aufgabenerfüllung verwenden. Sie erreichen eine Wertschöpfung, sei es im sozialen oder hoheitlichen Bereich.⁶⁰³ Die Nachfrage kommt jedenfalls der Gesellschaft zugute und verschwindet nicht im Verbrauch.

Auch sind Endverbraucher typischerweise eine atomistisch kleine Schar von Einzelindividuen, die keine Marktmacht aufweisen. Anbieter haben gegenüber Endverbrauchern eine unbeschränkte Auswahl an potentiellen Abnehmern.⁶⁰⁴ Die wirtschaftlich nachfragenden Unternehmen sind dagegen oft auf hochspezialisierten Märkten tätig, auf denen sie Monopsonmacht erworben haben, beispielsweise für medizinische Hilfsmittel, Polizei- und Feuerwehrautos oder Rüstungstechnik. Die potentielle Gefahr für Wettbewerbsbeschränkungen ist bei diesen wirtschaftlichen Nachfragern also wesentlich höher.⁶⁰⁵ Zwar können auch private Nachfrager ein wettbewerbsrechtlich relevantes Gewicht erreichen, beispielsweise bei einem Verbraucher-Boycott oder Käuferstreik,⁶⁰⁶ dies werden jedoch eher Ausnahmeerscheinungen bleiben.

602 GA *Maduro*, Schlussanträge vom 10.11.2005, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 64).

603 Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Kartellrecht, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1, Rn. 47; *Roth*, in: FS *Bechtold*, 2006, S. 393, 404.

604 Vgl. *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793, 798.

605 MüKo/*Herrmann*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 995.

606 Immenga/*Mestmäcker/Zimmer*, GWB, 2014, § 1, Rn. 24.

Insofern ist die wirtschaftliche Nachfrage keineswegs mit der Nachfrage privater Endverbraucher vergleichbar.

(2) Aus ökonomischer Sicht gefährdet ein Monopson nicht den Wettbewerb

Das zweite Argument, das nach Aussage des Generalanwalts *Maduro* dafür spricht, dass ausschließlich das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen die wirtschaftliche Tätigkeit und damit den Unternehmensbegriff bestimmen sollte, ist ökonomischer Natur. Er meint, der Einkauf sei, wenn er mit der Erfüllung nichtwirtschaftlicher Aufgaben zusammenhängt, dem Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts entzogen. Dieses Ergebnis stehe in Einklang mit der wirtschaftlichen Theorie, nach der das Bestehen eines Nachfragemonopols den Wettbewerb kaum gefährde, weil es sich nicht zwangsläufig auf den nachgelagerten Markt auswirke. Zudem habe ein Nachfragemonopolist kein Interesse daran, seine Lieferanten so unter Druck zu setzen, dass sie aus dem vorgelagerten Markt ausschieden.⁶⁰⁷

Der EuGH geht in seinem Urteil zwar nicht auf die Argumentation des Generalanwalts im Einzelnen ein, sondern billigt knapp das Urteil des EuG mit Hinweis auf die eigene Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff.⁶⁰⁸ Gleichwohl verwirft er diese These des Generalanwalts, dass Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs weniger schädlich seien als solche des Angebotswettbewerbs, aber auch nicht.

Zur ökonomischen Argumentation des Generalanwalts ist – gegliedert nach seinen Aussagen – Folgendes zu bemerken:

„Dieses Ergebnis steht im Einklang mit der wirtschaftlichen Theorie, nach der das Bestehen eines Nachfragemonopols den Wettbewerb kaum gefährdet, [...]“⁶⁰⁹

Zunächst stellt sich die Frage nach der Tragweite dieser Aussage: Meint der Generalanwalt, dass generell ein Nachfragemonopol den Wettbewerb kaum gefährde oder nur die Fallgruppe des nichtwirtschaftlich anbietenden Nachfragers? Sprachlich gibt es keinen Zweifel, dass sich diese Aus-

607 GA *Maduro*, Schlussanträge vom 10.11.2005, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 66).

608 EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 25).

609 GA *Maduro*, Schlussanträge vom 10.11.2005, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 66).

sage über den *FENIN*-Sachverhalt hinaus auf das gesamte Nachfragemonopol bezieht. Der grundsätzliche Schutz des Nachfragewettbewerbs auf Beschaffungsmärkten ist aber im Wortlaut des Art. 102 AEUV unmissverständlich angelegt und in der Rechtsprechung verankert.⁶¹⁰ Daher wäre ein solches, allein die Anbiervielfalt schützendes Wettbewerbskonzept, kaum mit dem geltenden Recht der Missbrauchskontrolle vereinbar.⁶¹¹

Ebenso unklar bleibt, nach welcher wirtschaftlichen Theorie er das Nachfragemonopol beurteilen wird. Folgt er dem Monopsonmodell oder dem Modell der Verhandlungsmacht?

Auch zeigt das Wort „kaum“ schon sprachlich auf, dass der Wettbewerb wohl doch gefährdet sein könnte. Eine etwas differenziertere Betrachtung der ökonomischen Auswirkungen eines Nachfragekartells hätte man sich also gewünscht.

„[...] weil es sich nicht zwangsläufig auf den nachgelagerten Markt auswirkt.“⁶¹²

Die Aussage, das Nachfragemonopol wirke sich nicht zwangsläufig auf den nachgelagerten Markt aus, verzerrt das Regel-Ausnahme-Verhältnis. Korrekt ist vielmehr, dass sich das Nachfragemonopol grundsätzlich auf den nachgelagerten Markt auswirken wird.

Dazu gibt es Ausnahmen, die jedoch nicht das Regel-Ausnahme-Verhältnis beeinflussen. Im zweiseitigen Monopol oder zweiseitigen Oligopol, das in der Realität eher auftreten wird, führen Alles-oder-nichts-Angebote des Monopsonisten/Oligopsonisten in der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie zu einer alloktionseffizienten Menge.⁶¹³ Ist nun der Monopsonist/Oligopsonist auf dem nachgelagerten Markt Preisnehmer, wird dort der Preis funktionierendem Wettbewerb entsprechen. Menge und Preis auf dem nachgelagerten Markt entsprechen also Wettbewerbsbedingungen. Unklar sind jedoch die insbesondere langfristigen Auswirkungen auf die dynamische Effizienz. So leiden die Lieferanten gerade bei Alles-

610 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 106); EuGH, Urteil vom 12.09.2000, Rs. C-180/98, *Pavlov*, Slg. 2000, I-6451 (Tz. 79-82); EuGH, Urteil vom 28.03.1985, Rs. C-298/83, *CICCE*, Slg. 1985, 1105 (Tz. 21 ff.).

611 Vgl. *Roth*, in: FS *Bechtold*, 2006, S. 393, 404.

612 GA *Maduro*, Schlussanträge vom 10.11.2005, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 66).

613 Dazu auch *Scherer/Ross*, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 1990, S. 527 ff.

oder-nichts-Angeboten unter dem starken Preisdiktat des Monopsonisten. Auch besteht bei kurzfristig positiv erscheinenden Machtpositionen stets die Gefahr, dass sie sich auf andere Marktstufen ausbreiten oder im Falle einer Einkaufskooperation wettbewerbsbeschränkende Absprachen auf anderen Märkten erleichtern.

In der Regel wird sich also ein Nachfragemonopol negativ auf den nachgelagerten Markt auswirken. Das einfache Nachfragemonopol, dessen Modell zum Teil abgeschwächt auch für das Oligopson, Nachfragekartell oder die nachfragebeherrschende Stellung gilt, entspricht in seinen Auswirkungen dem Anbietermonopol.⁶¹⁴ Auf dem nachgelagerten Markt sinkt wegen der niedrigeren Menge und des höheren Preises die Allokationseffizienz. Wie sich die dynamische Effizienz verhält, ist unklar, wohl aber wird sie negative Einflüsse durch die Nachfragemacht erfahren. Herrscht auf dem nachgelagerten Markt Wettbewerb, wird der Verkaufspreis sich weiterhin auf diesem Wettbewerbsniveau befinden, es leidet aber dennoch die Allokationseffizienz wegen der geringeren Menge. Es wird den übrigen Anbietern nicht ohne Einbußen, insbesondere bei den Opportunitätskosten, gelingen, den vom Monopsonisten verursachten Mengenrückgang auszugleichen. Jedenfalls wird der Verkaufspreis aber nicht sinken. Die Vorteile im Einkauf maximieren also den Gewinn des Nachfragemonopolisten.⁶¹⁵

Auch ist die Aussage, das Nachfragemonopol wirke sich nicht zwangsläufig auf den nachgelagerten Markt aus, inkonsequent. Es ist kein Argument ersichtlich, dass für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Nachfragemonopols allein die nachgelagerten Märkte relevant sein sollten. Ein ökonomischer Maßstab geht von weitestgehend spiegelbildlichen Wirkungen des Monopsons zum Monopol aus. Dann wären ebenso die Auswirkungen auf den Beschaffungsmarkt zu untersuchen.

Der Generalanwalt gibt vor, dass seine Position, die wirtschaftliche Tätigkeit entsprechend dem Anbieten zu definieren, mit der ökonomischen Theorie in Einklang steht. Gleichzeitig erwähnt er aber nur die ökonomischen Auswirkungen für nachgelagerte Märkte. Dass die ökonomische Theorie möglicherweise noch ganz andere, weitergehende Auswirkungen des Nachfragemonopols kennt, erwähnt er nicht. Insofern ist dieses ökonomische

614 Vgl. ausführlich dazu *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 41 ff.; vgl. zum spiegelbildlichen Wirken von Monopol und Monopson S. 118.

615 Dazu mit umfangreicher Begründung *Blair/Harrison*, *Monopsony in Law and Economics*, 2010, S. 45 ff.

mische Argument methodisch unvollständig und, wie eben gezeigt, sachlich verzerrt.

„Zudem hat ein Unternehmen, das ein Nachfragemonopol innehat, kein Interesse daran, seine Lieferanten so unter Druck zu setzen, dass diese aus dem vorgelagerten Markt verdrängt werden.“⁶¹⁶

Diese Aussage ist als solche richtig, denn der Nachfragemonopolist wird versuchen, seine eigene Machtposition zu erhalten. Seine eigene Nachfragemacht ist umso größer, je zersplitterter die Anbieterseite ist. Eine Vermachtung der Anbieter liegt nicht in seinem Interesse, weil er sonst angesichts der aufkommenden *countervailing power* um seine Monopsonvorteile fürchten müsste.

Doch begründet dieses Argument nicht, dass ein Nachfragemonopol den Wettbewerb kaum gefährdet. Zum einen sagt es nur, dass der Monopsonist kein Interesse daran habe, dass Anbieter aus dem Markt ausscheiden. Es sagt nicht, dass er deswegen seine wettbewerbsschädliche Monopsonmacht nicht ausüben werde. Schon mangels vollständiger Information weiß der Nachfrager, aber oft auch der Lieferant nicht, wann die kritischen Kostenschwellen erreicht sind.⁶¹⁷ Er wird hinreichenden Druck ausüben und so die Profitabilität der Anbieter entsprechend seiner eigenen Nachfragemacht mindern, sie sogar mit Verlusten arbeiten lassen.⁶¹⁸ Nach der ökonomischen Theorie werden die Lieferanten kurzfristig erst dann aus dem Markt ausscheiden, wenn sie ihre variablen Durchschnittskosten nicht mehr Erlösen können.⁶¹⁹ Bis zu diesem Punkt arbeiten sie mit Verlusten in Höhe der fixen Durchschnittskosten. Da diese fixen Kosten aber auch anfallen, wenn sie den Betrieb einstellen, ist es für Lieferanten verlustminimierend, die Produktion aufrechtzuerhalten, solange sie zumindest die variablen Durchschnittskosten decken können. Ein Verbleiben am Markt verursacht dann weniger Verluste als ein Ausscheiden. Dennoch ist die Lage der Anbieter gegenüber einem Nachfragemonopolisten nicht komfortabel, selbst wenn sie kurzfristig im Markt bleiben. Langfristig werden die Lieferanten ihre verlustreiche Produktion umstellen und wenig profitable Märkte verlassen. Die Konzentration auf der Nachfrageseite wird da-

616 GA *Maduro*, Schlussanträge vom 10.11.2005, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 66).

617 *Foer*, 39 Conn. L. Rev. 1307, 1325 (2007).

618 Vgl. *Bontrup*, Nachfragemacht in Deutschland, 2008, S. 58.

619 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 238; vgl. zum Betriebsminimum bereits S. 132.

her langfristig auch zu einer Vermachtung der Angebotsseite führen.⁶²⁰ Dass (kurzfristig) die Lieferantenvielfalt bestehen bleiben wird, ist also kein Kennzeichen eines funktionierenden Wettbewerbs und insbesondere keines fehlender Druckausübung durch Nachfragemonopolisten.

Vielmehr sollten die Auswirkungen eines Nachfragemonopols auf die einzelnen Wettbewerbsparameter Preis, Menge und Dynamik untersucht werden. Dort sind dann auch die eindeutig negativen Auswirkungen erkennbar.

Generalanwalt *Maduro* verweist in seinen Schlussanträgen auf zwei Quellen, um zu belegen, dass der Monopsonist kein Interesse am Ausscheiden der Anbieter hat.⁶²¹ Diese belegen seine These aber nur zum Teil.

Die erste Quelle, *Scherer* und *Ross*, äußert sich zu dieser Problemstellung gar nicht, sondern befasst sich in ihrer Darstellung vor allem mit positiven Wettbewerbswirkungen, wenn Nachfragemacht als Gegengewicht zu Angebotsmacht auftritt.⁶²² Ein *countervailing power*-Argument spielt aber im vorliegenden *FENIN*-Sachverhalt keine Rolle. In diesem Fall war die Lieferantenstruktur zersplittert. *FENIN* selbst ist der Verband der Hersteller von medizinischen Geräten. Lieferanten waren aber die jeweiligen Hersteller selbst. Insofern ist die Idee, dass die staatlichen Einrichtungen des Gesundheitssystems die Angebotsmacht der Hersteller ausgleichen, nicht zutreffend.

Auch lässt sich die Fallgruppe der wohlfahrtsfördernden *countervailing power* nicht generalisieren und als wohlfahrtsfördernde Wirkung eines Nachfragemonopols allgemein verstehen. Eine konsumentenwohlfahrtsfördernde Wirkung kann nur unter engen Bedingungen eintreten, nämlich dass der Nachfrager mächtig genug ist, den Preis, den der Monopolist verlangt, zu begrenzen, aber gleichzeitig auf dem nachgelagerten Angebotsmarkt keine Monopolpreise verlangen kann, sondern optimalerweise an den Wettbewerbspreis gebunden ist.⁶²³

620 *Scheffler*, EuZW 2006, 600, 602.

621 GA *Maduro*, Schlussanträge vom 10.11.2005, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 66, Fn. 68).

622 *Scherer/Ross*, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 1990, S. 517 ff.

623 *Scherer/Ross*, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 1990, S. 527.

Die zweite Quelle, *Noll*, bestätigt zwar, dass ein Nachfragemonopolist ein Interesse daran habe, dass die Lieferanten dem Markt erhalten blieben. Im Falle eines Alles-oder-nichts-Angebots, also im zweiseitigen Monopol, brauche der Nachfrager verschiedene Anbieter, um sie untereinander auszuspielen zu können und deren *Ricardo*- oder quasi-Renten abzuschöpfen.⁶²⁴ Auch dies ist aber nur eine Ausnahmeerscheinung zum Grundsatz, dass⁶²⁵

monopoly power almost always causes inefficiency and always harms at least some consumers; the effects of monopsony are basically the same.

Noll macht sich in diesem, vom Generalanwalt zitierten Aufsatz, gerade dafür stark, das Monopson spiegelbildlich zum Monopol zu behandeln. Selbst für den Fall, dass Nachfragemacht kurzfristig positive Wirkungen zeigen könnte, verweist *Noll* auf die Gefahr sich ausbreitender Machtstellungen im Wettbewerb und die unklaren langfristigen Auswirkungen auf Innovation.⁶²⁶ Er ist sicherlich kein Verfechter der These, wie *Maduro* meint, Lieferanten vor nichtwirtschaftlich anbietenden Nachfragern schutzlos zu stellen.

c) Zwischenergebnis

Abschließend ist also festzuhalten, dass die massive Kritik der deutschen Rechtswissenschaft an *FENIN* berechtigt ist. In Anbetracht der Zielsetzung des Unionsrechts, ein System des unverfälschten und wirksamen Wettbewerbs nach Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 51 EUV i.V.m. Protokoll Nr. 27 zu errichten, ist es nicht sinnvoll, die staatliche Nachfrage zu nicht wirtschaftlichen Verwendungen aus dem Anwendungsbereich des Kartellrechts auszuklammern. *FENIN* mag sozialpolitische Ursachen haben und möglicherweise hat sich der EuGH die eine oder andere Hintertür im Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit eines Unternehmens offengehalten.⁶²⁷ Doch hält das Urteil weder ökonomischen noch normativen Grundsätzen stand.

624 *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589, 621 (2005).

625 *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589, 623 (2005).

626 *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589, 607 ff. (2005).

627 *Roth*, in: FS *Bechtold*, 2006, S. 393, 398.

C) Modell der Verhandlungsmacht

I. Allgemeine Darstellung

Das Modell der Verhandlungsmacht ist neben dem Monopsonmodell das zweite ökonomische Modell, um die Auswirkungen von Nachfragemacht zu beurteilen.⁶²⁸ Es ist weniger starr in seinen Grundannahmen, sondern ermöglicht eine individuelle Bewertung der einzelnen Marktverhältnisse am Maßstab der Verhandlungsmacht.

1. Vergleich mit dem Monopsonmodell

Um die beiden Modelle vergleichen zu können, folgen hier erneut die Grundannahmen des Monopsonmodells.⁶²⁹ Ihm liegen anonyme Märkte zugrunde, auf denen das nachfragemächtige Unternehmen die Beschaffungsmenge reduziert und damit den Einkaufspreis senkt. Wirtschaftstheoretisch konsequent wird der Preis auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt dennoch nicht sinken, so dass Nachfragemacht in der Regel negative Wohlfahrtswirkungen zeigt. Angesichts des Monopsonmodells wäre Nachfrage- und Angebotsmacht spiegelbildlich zu behandeln.

2. Grundlagen des Modells der Verhandlungsmacht in der marktwirtschaftlichen Realität.

Das Modell der Verhandlungsmacht orientiert sich hingegen stärker an der ökonomischen Realität der meisten Märkte, vor allem der Handelsmärkte.

Im deutschen Lebensmitteleinzelhandel lässt sich beispielsweise an drei Stufen die zunehmende Vermachtung der Handelsebenen erkennen.⁶³⁰

628 Grundlegend *Inderst*, WuW 2008, 1261 und *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007.

629 Vgl. ausführlich zum Monopsonmodell S. 113.

630 Vgl. zur Entwicklung des Einzelhandels in Deutschland, *Wecker*, Marktbeherrschung, gemeinsamer Einkauf und vertikale Beschränkung als kartellrechtliche Probleme im deutschen Einzelhandel, 2010, S. 34 ff.; vgl. zur Vermachtung der Handelsebenen in jüngerer Zeit Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, 2014, S. 9 ff.; vgl. zur ähnlichen Entwicklung in den USA *Inderst/Mazzarotto*, in: *Collins* (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy,

Während in den 1950er-Jahren noch kleinere Bedienungsgeschäfte den Alltag dominierten, traten in den 1960er-Jahren die ersten Supermärkte und später Discounter in Erscheinung. Ihr Konzept bot günstigere Preise dank Selbstbedienung und ein ausgeweitetes Sortiment. Die Tendenz ging zu wenigen großen und umsatzstarken Handelsunternehmen mit großflächigen Verkaufsstätten. Seit längerem schließen sich Handelskonzerne zu immer stärkeren Einkaufsgenossenschaften zusammen.⁶³¹ Gleichzeitig bieten Hypermärkte ein umfangreiches Angebot über das gesamte Einzelhandelssortiment. Da die Umsatzentwicklung der vergangenen und prognostiziert auch der nächsten Jahre rückläufig ist, kann ein Lebensmittelhändler nur auf Kosten der Mitbewerber wachsen.⁶³² Der Verdrängungswettbewerb verschärft sich.

Die Geschäftspartner legen in ihren individuellen Handelsbeziehungen nicht wie im Monopsonmodell ausschließlich die jeweiligen Kostenfunktionen zugrunde. Nicht zwingend erhalten daher alle Nachfrager identische Einkaufsbedingungen, sondern die Parteien behandeln sich unterschiedlich bzw. diskriminieren sich.⁶³³ Auch bezahlen Nachfrager nicht unbedingt für jedes einzelne Gut einer Gesamtmenge den gleichen Preis. Gerade Lieferverträge im Handel sind sehr kreativ in der Rabattgestaltung. Häufig sind Mengenrabatte gestaffelt oder erfassen nicht die gesamte Menge eines Guts bzw. erfassen produktübergreifend den Gesamtabsatz zwischen Lieferant und Nachfrager. Auch wird mit einer größeren Beschaffungsmenge der Einkaufspreis sinken. Abgesehen von Kostenvorteilen bei größeren Mengen wegen geringerer Transaktions-, Lager- und Lieferkosten wird ein mächtiger Nachfrager Preisvorteile erzielen können, die sich durch reine Kosteneinsparungen nicht erklären lassen, sondern nur mit einer gestiegenen Verhandlungsmacht.⁶³⁴

2008, S. 1953, 1957; vgl. zur Lage in Indonesien *Wahyuningtyas/Nugroho*, 8 (2) *Business Rev.* 58 (2014).

631 Beispielsweise die *MARKANT Handels und Service GmbH*, die für *Kaufland*, *Tengelmann*, *tegut*, *dm*, *Müller*, *Rossmann* und andere bekannte Einzelhändler einkauft.

632 *Warich*, Umstrukturierung im Lebensmitteleinzelhandel am Beispiel der Handelskonzerne REWE und EDEKA, 2011, S. 7.

633 *Ezrachi/de Jong*, *ECLR* 257 (2012); *Inderst*, *WuW* 2008, 1261, 1264; *Noll*, 72 *Antitrust L. J.* 589, 594 (2005); vgl. auch Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, 2014, S. 316.

634 *Dobson/Inderst*, *ECLR* 393, 394 (2007); *MüKo/Kerber/Schwalbe*, *EuWettbR*, 2015, Einl., Rn. 425.

Daher geht das Modell der Verhandlungsmacht davon aus, dass der Nachfrager die Beschaffungsmenge eher erhöhe, statt reduziere, um einen günstigeren Preis zu erhalten. Gerade für den Handel ist das Argument einleuchtend, dass ein Händler, wenn er einen günstigen Einkaufspreis verhandelt, eine möglichst große Menge abnimmt, statt sie zu reduzieren.⁶³⁵ Die großen Lebensmittelketten haben kein Interesse daran, ihre Einkaufsvolumina zu senken, um bessere Bedingungen zu erhalten, das Gegenteil ist der Fall.

3. Definition von Verhandlungsmacht

Was bedeutet nun der Begriff „Verhandlungsmacht“ und wie verhält er sich zu den anderen Machtpositionen wie „Nachfragemacht“ und „Monopsonmacht“?

Einige Wirtschaftswissenschaftler verstehen Verhandlungsmacht als die Fähigkeit, dem Lieferanten Zugeständnisse aus einer Drohung heraus abzurufen, dass ihm sonst Kosten auferlegt oder Zugeständnisse verweigert würden.⁶³⁶ Der Nachfrager reduziere die Beschaffungsmenge also nicht tatsächlich (wie im Monopsonmodell), sondern drohe nur damit.

Diese Ansicht versteht Verhandlungsmacht als ein Gegengewicht zu Angebotsmacht.⁶³⁷ Dieser Definition zufolge kann ein Nachfrager seine Verhandlungsmacht nicht ausüben, wenn die Lieferanten im Wettbewerb stehen. Diese Autoren grenzen dann Monopsonmacht und Verhandlungsmacht am Merkmal der vermachteten Lieferantenseite ab: Monopsonmacht liege vor, wenn unter den Lieferanten funktionierender Wettbewerb herrsche, während Verhandlungsmacht als *countervailing power* immer schon Machtpositionen auf Anbieterseite voraussetze.⁶³⁸

Ausgangspunkt dieser Ansicht, dass Verhandlungsmacht mit *countervailing power* gleichzusetzen sei, ist die Preisgestaltung des Lieferanten. Es soll einem Anbieter nicht möglich sein, zu Preisen unterhalb der eige-

635 Foer, 39 Conn. L. Rev. 1307, 1315 (2007).

636 Ezrachi/de Jong, ECLR 257 f. (2012); Chen, Defining buyer power, 2008, S. 6; OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 26; Kirkwood, 72 Antitrust L. J. 625, 638 f. (2005).

637 Chen, Defining buyer power, 2008, S. 4; OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 21.

638 Chen, Defining buyer power, 2008, S. 6; Kirkwood, 72 Antitrust L. J. 625, 640 (2005).

nen Grenzkosten, also unterhalb des Wettbewerbspreises, anzubieten. Wenn Lieferanten einem Nachfragebeherrscher einen Rabatt gewähren, zeige das nur, dass die frühere Preisgestaltung über den Grenzkosten lag. Damit war der Lieferant, wenn er zu Preisen oberhalb der eigenen Grenzkosten anbieten konnte, marktbeherrschend.

Theoretisch mag der Schluss von einer durch den Nachfrager erreichten Preissenkung auf existierende Angebotsmacht konsequent sein. Doch gerade die typischen Märkte, auf denen Verhandlungsmacht auftritt, wie der Lebensmitteleinzelhandel, die Landwirtschaft, die KFZ-Zulieferindustrie oder auch der Arbeitsmarkt zeigen, dass in der Regel eher die atomistisch geprägten Anbieter großen Abnehmern gegenüberstehen.⁶³⁹ Auf solchen Märkten mag es im Einzelfall tatsächlich hoch spezialisierte Anbieter, z. B. für Cabriodächer aus Stahl,⁶⁴⁰ geben, die Angebotsmacht ausüben können. In der Regel werden die Nachfrager einen Rabatt aber ohne entgegenstehende Angebotsmacht erzielen können. Der starke Nachfrager senkt den Beschaffungspreis dann nicht auf das Grenzkostenniveau, sondern darunter.

Insofern vermag die pauschale Aussage „[*Bargaining power*] is *countervailing power*“⁶⁴¹ nicht zu überzeugen.

Überzeugend ist hingegen die Herangehensweise von *Inderst*. Er vermeidet eine schlagwortartige Definition und beschreibt Verhandlungsmacht nach ihren Wirkungen, also „den individuell ausgehandelten Vorzugskonditionen [...], was [...] eher zu einer Mengenausweitung statt einer Mengenreduktion führt.“⁶⁴²

Diese Definition vermeidet, Verhandlungsmacht auf die Drohung des Nachfragers zu reduzieren, dass er seine Beschaffungsmenge senke.⁶⁴³ Vielmehr kann er auch, um seiner Verhandlungsmacht Ausdruck zu verleihen, tatsächlich bei einzelnen Lieferanten die Menge reduzieren oder

639 Vgl. dazu auch *Grimes*, 72 *Antitrust L. J.* 563, 574 (2005).

640 Bundeskartellamt, Beschluss vom 21.05.2010, Az. B9-13/10 – *Magna/Karmann*; Bundeskartellamt, Beschluss vom 22.12.2009, Az. B9-84/09 – *Webasto/Edscha*.

641 *Chen*, *Defining buyer power*, 2008, S. 4; OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 21.

642 *Inderst*, *WuW* 2008, 1261, 1264; mit einem weiten Verständnis von Verhandlungsmacht auch *Inderst/Mazzarotto*, in: *Collins* (Hrsg.), *Issues in Competition Law and Policy*, 2008, S. 1953, 1954.

643 Mit diesem Verständnis *Ezrachi/de Jong*, *ECLR* 257 f. (2012); *Chen*, *Defining buyer power*, 2008, S. 6; OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 26; *Kirkwood*, 72 *Antitrust L. J.* 625, 638 f. (2005).

ganz auf eine Belieferung verzichten. Auch verzichtet diese Definition auf die wenig hilfreiche Feststellung, dass Verhandlungsmacht zwingend auch Gegenmacht bedeutet. Aus obigen Gründen ist eben auch eine Verhandlungsmacht gegenüber einer wettbewerblich geprägten (atomistischen) Anbieterschar möglich.

Systematisch ist der Begriff „Verhandlungsmacht“ neben „Monopsonmacht“ einzuordnen. Beide Begriffe schließen sich aus, da sie mit steigender bzw. sinkender Beschaffungsmenge entgegengesetzte Auswirkungen zeigen. Beide Machtformen sind Teil des Überbegriffs „Nachfragemacht“.⁶⁴⁴

4. Ermittlung von Verhandlungsmacht

Anders als das Monopsonmodell spricht sich das Modell der Verhandlungsmacht nicht für eine spiegelbildliche Bewertung von Angebots- und Nachfragemacht aus. Wie oben beim Monopsonmodell erörtert, gibt es Zweifel, ob sich die Marktanteilsschwellen für Angebotsmacht und ihre Auswirkungen auf die Wohlfahrt uniform auf Nachfragemacht übertragen lassen. So fehle es schon an einem nachgewiesenen robusten Zusammenhang zwischen Nachfragemacht und ihrer Auswirkung auf die Konsumentenwohlfahrt.⁶⁴⁵

Das Modell der Verhandlungsmacht arbeitet daher mit einer individuellen Analyse der Verhandlungssituation, aus der sich fallspezifisch die Auswirkungen auf die Wohlfahrt ableiten lassen. Das Konzept enthält klare und eindeutige Vorhersagen, wann sich Nachfragemacht positiv oder negativ auswirkt. Aber die Frage, ob ein Abnehmer nachfragemächtig ist, beurteilt es fallspezifisch unabhängig von pauschalen Schwellenwerten.

Ein Nachfrager ist verhandlungsmächtig, wenn ihn der Abbruch der Verhandlungen weniger beeinträchtigt als den Lieferanten.⁶⁴⁶ Dies bemisst sich nach der jeweils besten Alternative zum Vertragsabschluss der

644 *Ezrachi*, 8 *Journal of Competition Law and Economics* 47, 48 (2012); *Foer*, 39 *Conn. L. Rev.* 1307, 1315 (2007).

645 *Inderst*, *WuW* 2008, 1261, 1262.

646 Vgl. zur Bestimmung von Verhandlungsmacht *Inderst*, *WuW* 2008, 1261, 1264; *Inderst/Mazzarotto*, in: *Collins* (Hrsg.), *Issues in Competition Law and Policy*, 2008, S. 1953, 1955; *Inderst/Wey*, *Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht*, 2007, S. 7.

beiden Vertragsparteien. Für einen Händler als Nachfrager kann diese beste Alternative beispielsweise in einem Lieferantenwechsel oder einer Sortimentsumstellung liegen, für den Lieferanten möglicherweise in einer Angebotsreduktion, -umstellung oder im Absatz bei einem anderen Händler. Die Verhandlungstheorie bezeichnet die Gewinne, die bei Verwirklichung der besten Alternative entstehen, als Abbruchoption (*outside options*) oder als Drohpunkt. Je höher der Wert der jeweiligen Abbruchoption ist, desto höher ist die Verhandlungs- bzw. Nachfragemacht der Partei. Gleichzeitig gibt die Abbruchoption auch den Gewinnanteil vor, den jede Partei verwirklichen möchte. Weder Lieferant noch Nachfrager werden sich mit weniger Gewinn zufrieden geben, als sie in einem alternativen Geschäft erreichen könnten.

Um nun Nachfragemacht auf Basis von Verhandlungsmacht zu bestimmen, ist auf die individuelle Abhängigkeit des Lieferanten vom Nachfrager zu achten.⁶⁴⁷ Sie beurteilt sich nach dem absolutem Marktanteil des Nachfragers auf dem Beschaffungsmarkt, aber vor allem auch nach dem relativen Umsatzanteil für den Lieferanten. Auch ist zu berücksichtigen, inwieweit der Nachfrager bereit ist, die Ware von alternativen Lieferanten zu beziehen. In der Gegenrichtung ist der Lieferant weniger abhängig vom Nachfrager, wenn alternative Nachfrager bereitstehen oder er ohne größere Schwierigkeiten alternative Absatzwege erschließen kann. Je wertvoller nun die Handlungsalternative (*outside option*/Drohpunkt) einer Partei ist, desto glaubwürdiger kann sie damit drohen, einen Vertragsabschluss verweigern zu können, und desto stärker ist also auch ihre Verhandlungsmacht.

a) Marktanteil

Marktmacht und das Modell der Verhandlungsmacht schließen sich nicht gegenseitig aus. Marktmacht ist ein wesentliches Kriterium, um Verhandlungsmacht ermitteln zu können. Doch geht Verhandlungsmacht über reine Marktmacht hinaus. Sie berücksichtigt auch individuelle Faktoren. Anders als Angebotsmacht lässt sich Nachfragemacht nicht nach standardi-

647 Bundeskartellamt, Beschluss vom 28.10.2010, Az. B2-52/10 (S. 102) – *EDEKA/trinkgut*; vgl. in der Literatur *Ezrachi/de Jong*, ECLR 258 (2012); *Dobson/Inderst*, ECLR 393 (2007); vgl. weiterhin OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 22.

sierten pauschalen Maßstäben beurteilen.⁶⁴⁸ Eine fallspezifische Untersuchung muss auf die individuelle Verhandlungsmacht der Parteien eingehen.

Das Modell der Verhandlungsmacht baut auf den gängigen und justitiablen Verfahren der Marktmachtermittlung insoweit auf, als es weiterhin Märkte abgrenzt und den Anteil des Unternehmens auf den relevanten Märkten ermittelt.⁶⁴⁹ Darüber hinaus berücksichtigt es individuelle Fallkonstellationen stärker als bloß pauschale Schwellenwerte spiegelbildlich zur Angebotsmacht.

Der Marktanteil hilft als Indiz in dreifacher Hinsicht, um Verhandlungsmacht nachzuweisen.

(1) Absolute Größe des Nachfragers

Unabhängig vom Marktanteil begünstigt absolute Größe eines Nachfragers seine Verhandlungsmacht. Je größer er ist, für desto mehr Lieferanten kommt er als Abnehmer in Betracht und desto weniger ist er in der Regel von einem einzelnen Anbieter abhängig. Immer wieder braucht es einen Mindestumsatz, um überhaupt von Anbietern beliefert zu werden. Gerade im Handel verzichten Anbieter auf eine oft unrentable Belieferung kleiner Nachfrager. Dies begünstigt unter anderem auch, dass kleine Nachfrager ihre Beschaffung in Einkaufskooperationen bündeln, um überhaupt Zugang zu Lieferanten zu erhalten.

Scheitert ein Geschäft, muss ein großer Nachfrager verhältnismäßig niedrigere Fix- und Transaktionskosten tragen als ein kleiner Nachfrager. Ein Lieferantenwechsel ist stets mit spezifischen Fixkosten verbunden. Ein großes Unternehmen kann diese Kosten auf eine größere Menge umlegen als ein kleinerer Käufer, so dass für den kleineren Käufer die Abbruchoption allein schon wegen der Fixkosten typischerweise einen niedrigeren Wert hat.⁶⁵⁰

648 So *Inderst*, WuW 2008, 1261, 1268, aber zweifelhaft, da auch Angebotsmacht nicht allein vom Marktanteil abhängt.

649 *Inderst*, WuW 2008, 1261, 1265.

650 *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 9 f.

Darüber hinaus ist die Drohung eines großen Nachfragers, die Beschaffung vertikal in das eigene Unternehmen zu integrieren, glaubwürdiger.⁶⁵¹ Ein großes Unternehmen bringt vertieftes Wissen mit und bietet personelle und finanzielle Ressourcen, eine vertikale Integration auch mit dem Risiko ihres Scheiterns umzusetzen. Soweit der Nachfrager die Beschaffungsproduktion nicht selbst übernehmen möchte, kann ein großes Unternehmen auf Grund seines umfangreicheren Einflusses leichter den Markteintritt weiterer Lieferanten fördern oder finanziell unterstützen. Allein wegen eines größeren Beschaffungsvolumens ist ein potentieller Markteintritt erfolgsversprechender und eine damit verbundene Drohung glaubwürdiger.

Zudem wird es dem Lieferanten eines großen Nachfragers kaum möglich sein, seine Menge im Falle eines gescheiterten Geschäftsabschlusses alternativ abzusetzen. Angenommen mit zunehmender Menge steigen die Grenzkosten an, dann fällt es ihm mit größerer Menge immer schwerer, Preise zu erlösen, die er wegen seiner verhältnismäßig hohen Grenzkosten verlangen müsste. Der Drohpunkt des Nachfragers ist also größer, je größer sein Beschaffungsvolumen ist.

Das GWB schließt in seiner ab 2013 geltenden Fassung (8. GWB-Novelle) große Unternehmen aus dem Schutzbereich der passiven Diskriminierung durch marktstarke Nachfrager in § 20 Abs. 3 S. 2 GWB a. F. aus. Das Gesetz folgt dem Bild, dass sich große Lieferanten besser gegen missbräuchliche Nachfragemacht wehren können als kleine und mittlere Unternehmen. In diesem Sinne ergänzte § 20 Abs. 3 S. 2 GWB das Verbot der passiven Diskriminierung, das nicht nur marktbeherrschende Unternehmen trifft, sondern eben auch marktstarke Unternehmen, von denen kleine oder mittlere Unternehmen abhängig sind. Diese Einschränkung auf kleine und mittlere Unternehmen wurde mit der 5. GWB-Novelle von 1989 eingeführt. Der Gesetzgeber wollte abhängige Unternehmen nur noch dann schützen, wenn sie von kleiner oder mittlerer Größe waren.⁶⁵² Im Zuge der Preismissbrauchsnovelle (2007) wurde der Adressatenkreis zwischenzeitlich bewusst auf alle abhängigen Unternehmen erweitert, also potentiell auch auf Großunternehmen. Diese Erweiterung war nur bis Ende 2012 befristet und wurde im Zuge der 8. GWB-Novelle nicht verlängert oder wei-

651 *Inderst/Mazzarotto*, in: *Collins* (Hrsg.), *Issues in Competition Law and Policy*, 2008, S. 1953, 1958.

652 *Langen/Bunte/Nothdurft*, *Deutsches Kartellrecht*, 2014, § 20, Rn. 16.

tergeführt.⁶⁵³ Seit Juli 2013 gilt das Verbot der passiven Diskriminierung also wieder nur für marktbeherrschende Unternehmen gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen. Das GWB folgte damit auch dem Ansatz, dass gegenüber großen Unternehmen keine Nachfragemacht ausgeübt werden kann.⁶⁵⁴ Das wird häufig richtig sein, gleichwohl hängt Nachfragemacht nicht unbedingt von der Größe des Anbieters bzw. Lieferanten ab.

(2) Anteil des Nachfragers an einem spezifischen Absatzmarkt

Unabhängig von der absoluten Größe eines Nachfragers spielt auch sein Anteil am nachgelagerten Absatzmarkt eine Rolle.⁶⁵⁵ Der Schluss von absoluter Größe auf Verhandlungsmacht ist also nicht zwingend.⁶⁵⁶ Größe mag Verhandlungsmacht begünstigen, sie ist aber nicht unerlässlich.

So kann ein kleiner Nachfrager verhandlungsmächtig sein, wenn er auf regional abgrenzbaren Absatzmärkten eine beherrschende Stellung hat.⁶⁵⁷ Als sog. Türsteher oder *gate-keeper* ist ein Geschäftsabschluss mit ihm für

653 Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852 vom 31.05.2012, S. 21.

654 So ausdrücklich Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852 vom 31.05.2012, S. 21:

Aus der kartellbehördlichen Praxis gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass Großunternehmen im besonderen Maße vor der Aufforderung oder Veranlassung zur Gewährung von Vorteilen geschützt werden müssten.

655 *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 10.

656 *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 10, 14.

657 Vgl. Kommission, Entscheidung vom 20.11.1996, Fall M.784, ABl. 1997 Nr. L 110, Rn. 133, 150 – *Kesko/Tuko*; *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 10, 14; *Inderst/Mazzarotto*, in: *Collins* (Hrsg.), *Issues in Competition Law and Policy*, 2008, S. 1953, 1960; vgl. auch *Scherer/Ross*, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 1990, S. 528 mit dem Beispiel der großen staatlichen Nachfrage nach Zement. Die gesamte gebündelte staatliche US-amerikanische Nachfrage nach Zement konnte jedoch wegen der Transparenz der Ausschreibungen nur minimale Preiszugeständnisse erreichen, während kleinere private Nachfrager geheime Zugeständnisse erreichen konnten, von den die übrigen Zementhersteller keine Kenntnis hatten; vgl. zum Beispiel des Lebensmittelhandels bereits S. 62.

den Lieferanten unerlässlich, um auf diesem räumlich begrenzten Verkaufsmarkt überhaupt vertreten zu sein, auch wenn sein gesamtes Beschaffungsvolumen kaum ins Gewicht fällt. Um seine Verhandlungsmacht zu beurteilen, ist weniger sein Marktanteil auf dem Beschaffungsmarkt relevant, als vielmehr der auf dem nachgelagerten Produktmarkt.⁶⁵⁸

(3) Relativer Anteil des Nachfragers am gesamten Absatzvolumen eines Lieferanten

Weiterhin spielt der relative Marktanteil, also der Anteil des Nachfragers am Absatzvolumen des Lieferanten, eine wichtige Rolle für Verhandlungsmacht. Unabhängig vom absoluten Marktanteil und der absoluten Größe wird ein Lieferant das Absatzvolumen eines für ihn bedeutenden Nachfragers nicht ohne weiteres ersetzen können. Die Nachfrage der großen europäischen und amerikanischen Lebensmitteleinzelhandelsketten macht beispielsweise jeweils zwischen 10 und 30 % am Gesamtabsatz eines Lieferanten aus.⁶⁵⁹ Gleichzeitig ist aber der Anteil des einzelnen Lieferanten am Absatz des Nachfragers verschwindend gering. *Procter&Gamble* ist beispielsweise der größte Lieferant von *Wal Mart* in den USA. Ihre Produkte haben bei *Wal Mart* einen Umsatzanteil von 2 %. Gleichzeitig hat *Wal Mart* einen Nachfrageanteil bei *Procter&Gamble* von 18 %.⁶⁶⁰ Der Lieferant wird den Lebensmittelhändler also nicht ohne weiteres als Kunden ersetzen können. Er ist auf seine Nachfrage angewiesen. Der Nachfrager ist hingegen wegen seiner breiten Produktpalette und seines umfangreichen Sortiments in der Regel nicht von der Belieferung durch einen einzelnen spezialisierten Produzenten abhängig.⁶⁶¹ Auch können die Einzelhändler ohne größeren Aufwand ihr Sortiment umstellen, während dem Lieferanten nicht ohne Weiteres eine Produktionsumstellung

658 OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 42.

659 Vgl. *Dobson*, 72 *Antitrust L. J.* 529, 537 (2005), der sich auf Marktuntersuchungen aus dem Jahr 2000 stützt.

660 Vgl. *Bianco*, *The Bully of Bentonville, How the high cost of Wal Mart's everyday low prices is hurting America*, 2006, S. 183.

661 Für unverzichtbare Erstmarken (z. B. *Coca-Cola*) geht das Bundeskartellamt von einer gegenseitigen Abhängigkeit zwischen Lieferant und Handelsunternehmen aus, vgl. Bundeskartellamt, Beschluss vom 28.10.2010, Az. B2-52/10 (S. 135 f.) – *EDEKA/trinkgut*.

möglich ist.⁶⁶² Die Lieferanten sind also von den Nachfragern wesentlich abhängiger als umgekehrt. Diese strukturellen Nachteile der Anbieterseite sind bei der Bewertung von Marktanteilen zu berücksichtigen.

Ebenso kann auch ein kleiner, aber bedeutender Markenhersteller, der einem großen Beschaffer gegenübersteht, verhandlungsmächtig auftreten. Wenn nun der Nachfrager die Produkte des Lieferanten nicht ohne große Einbußen ersetzen kann, weil der Lieferant beispielsweise unabdingbare, sog. *must-stock*-Produkte bietet, hat der Nachfrager nur eine niedrige Abbruchsoption.

Der BGH hat beispielsweise in der Entscheidung *Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge* wegen des relativen Anteiles der nachfragenden kommunalen Einkaufskooperation am Umsatz der liefernden Handelsunternehmen von deutlich unter 10 % eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs verneint.⁶⁶³ Die EU-Kommission geht im Lebensmittelhandel davon aus, dass ab einem Umsatzanteil von etwa 22 % ein Abnehmer nur unter schwersten wirtschaftlichen Verlusten oder gar nicht mehr ersetzt werden könne.⁶⁶⁴ Die Kommission hat diesen Wert ermittelt, indem sie Lebensmittelhersteller befragt hat. Gestützt wird dieser Wert von den Angaben der sich zusammenschließenden Lebensmitteleinzelhändler, die meinten, ein Lieferant müsse Umsatzrückgänge von bis zu 20 % verkraften können.⁶⁶⁵

Der relative Anteil des Nachfragers am Umsatz des Lieferanten ist aber eben nicht das einzige Indiz für Verhandlungsmacht. Gerade wenn in Zusammenschlussverfahren die graduelle Zunahme von Nachfragemacht relevant ist, kann dieser relative Wert irreführend sein.⁶⁶⁶ Dann sind auch die übrigen Ursachen und Merkmale von Verhandlungsmacht mitzubetrachten.

662 EU-Kommission, Entscheidung vom 03.02.1999, Fall M.1221, ABl. 1999 Nr. L 274, Rn. 103 – *Rewe/Meinl*; *Foer*, 39 Conn. L. Rev. 1307, 1313 (2007).

663 BGH, Urteil vom 12.11.2002, Az. KZR 11/01, BGHZ 152, 347 (Rn. 29 f.) – *Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge*.

664 EU-Kommission, Entscheidung vom 03.02.1999, Fall M.1221, ABl. 1999 Nr. L 274, Rn. 101 – *Rewe/Meinl*; vgl. zu ähnlichen Werten in den USA *Grimes*, 72 Antitrust L. J. 563, 580 (2005).

665 EU-Kommission, Entscheidung vom 03.02.1999, Fall M.1221, ABl. 1999 Nr. L 274, Rn. 101 – *Rewe/Meinl*.

666 *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 11.

b) Absatzalternativen

Ein weiteres Kriterium, um Verhandlungsmacht und Abbruchsoption aus Lieferantensicht zu bestimmen, sind alternative Absatzwege.⁶⁶⁷ Diese umfassen zum einen neue Vertriebswege, die der Lieferant in zumutbarer Weise erschließen kann, und zum anderen zusätzliche Kapazitäten in bereits bestehenden Vertriebswegen.⁶⁶⁸ Im Extremfall, in dem der Nachfrager für bestimmte regionale Absatzmärkte als *gate-keeper* fungiert, bestehen, beispielsweise im Lebensmittelhandel, keine Absatzalternativen innerhalb des Einzelhandels. Wenn der Einzelhandel als Absatzweg versperrt ist, kann ein Produzent möglicherweise auf den Spezialhandel, Großhandel, Gastronomie, Drogerie oder den Export ausweichen. Der Lebensmitteleinzelhandel ist jedoch mit in der Regel mindestens 50 % Anteil der wichtigste Absatzkanal für die Hersteller.⁶⁶⁹

c) Drohpotential

Ein weiteres Indiz für Verhandlungsmacht ist das in einer Partei, typischerweise im Nachfrager, liegende Potential, einen Abbruch oder ein Scheitern der Geschäftsbeziehung anzudrohen.

Es gibt wirtschaftswissenschaftliche Stimmen, die Verhandlungsmacht von Monopsonmacht entsprechend einer Drohung abgrenzen: Der Monopsonist beschaffe weniger, während der verhandlungsmächtige Nachfrager damit drohe, weniger zu beschaffen.⁶⁷⁰ Diese Abgrenzung ist jedoch eher eine Faustformel, denn Drohpotential ist nur ein Indiz unter mehreren, das für Verhandlungsmacht spricht. Freilich hängt das Drohpotential auch unmittelbar von den übrigen Indizien ab, wie der Größe des Nachfragers oder des Markt- und Umsatzanteiles.

667 *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 12.

668 Bundeskartellamt, Beschluss vom 28.10.2010, Az. B2-52/10 (S. 104 f.) – *EDE-KA/trinkgut*.

669 EU-Kommission, Entscheidung vom 03.02.1999, Fall M.1221, ABl. 1999 Nr. L 274, Rn. 79 – *Rewe/Meinl*.

670 *Ezrachi/de Jong*, ECLR 257 f. (2012); *Chen*, Defining buyer power, 2008, S. 6; OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 26; *Kirkwood*, 72 Antitrust L. J. 625, 638 f. (2005).

Das Drohpotential des Nachfragers ist größer als das des Anbieters, wenn der Nachfrager ohne nennenswerte Kosten auf andere gleichwertige Anbieter ausweichen, er die Produktion selbst ohne größere versunkene Kosten übernehmen oder er potentiell neue Lieferanten ermuntern kann, in den Beschaffungsmarkt einzutreten. Diese einzelnen Kriterien werden wiederum von zunehmender absoluter Größe des Nachfragers positiv beeinflusst.

Daneben sind aber auch fallspezifische Parameter von Bedeutung, wie potentielle Handelsmarken des Nachfragers. Stellt der Nachfrager dem Lieferanten in Aussicht, Produkte zukünftig nicht mehr unter einer Marke, sondern nurmehr unter der Handelsmarke des Nachfragers abzunehmen, wird dies dauerhaft die Verhandlungsposition des Lieferanten schwächen.

Eine Drohung kann so weit reichen, dass der Nachfrager, beispielsweise in der Zulieferindustrie, die Produktion selbst übernimmt und sie vertikal in sein Unternehmen integriert. Auch ist nur eine Teilintegration möglich. Dann ist die hauseigene Produktion ausgelastet, während die Lieferanten nur noch Nachfragespitzen bedienen können. Die Nachfrager verschaffen sich auf diese Weise ein Wissen um die Kosten der Produktion, was wiederum die eigene Verhandlungsposition stärkt.⁶⁷¹ Generell wird jede Partei versuchen, zusätzliche Informationen über die Marktgegenseite zu erlangen, um ihren tatsächlichen Drohpunkt zu erkennen.⁶⁷²

d) Sonstiges

Schließlich gibt es noch weitere Indizien, die verdeutlichen, wie Verhandlungsmacht in einer bilateralen Beziehung verteilt ist.

Je intensiver der Wettbewerb auf Lieferantenebene funktioniert, je austauschbarer und zahlreicher also die Lieferanten im Wettbewerb um die Nachfrager stehen, desto höher liegt der Drohpunkt der Nachfrager. Auch spielt die finanzielle Ausstattung der Unternehmen eine Rolle, den Wegfall von Geschäftsbeziehungen über einen längeren Zeitraum durchzustehen. Viele Lieferanten sind finanziell schlecht ausgestattet, so dass es ih-

671 Vgl. dazu *Scherer/Ross*, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 1990, S. 530 f.

672 Vgl. OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 42; vgl. zur Bedeutung von Informationen über die Kostenstruktur der Gegenseite *Inderst/Mazzarotto*, in: *Collins* (Hrsg.), *Issues in Competition Law and Policy*, 2008, S. 1953, 1956 f.

nen nicht möglich sein wird, die Zeit, während sie einen neuen Abnehmer suchen, zu überbrücken. Das erhöht die Abhängigkeit vom bestehenden Abnehmer und seinen Drohpunkt. Schließlich wird die geduldigere Partei den größeren Vorteil aus den Verhandlungen ziehen, wenn die andere Seite von ihr abhängig ist.⁶⁷³ Gerade wenn das Einkaufsvolumen einen großen Anteil an der Produktion des Lieferanten ausmacht, für den Nachfrager aber nur einen geringen Anteil hat und zudem der Lieferant aus wirtschaftlichen Gründen an einem Vertragsabschluss interessiert ist, beeinflusst die Geduld das Verhandlungsergebnis zu Gunsten des Nachfragers.

II. Auswirkungen

Während das Monopsonmodell Nachfragemacht als in allen Varianten wohlfahrtsschädlich analysiert, betrachtet das Modell der Verhandlungsmacht sie differenzierter. Allokativ kann Verhandlungsmacht kurzfristig effizient sein abhängig von komplexen Marktgegebenheiten, auf die dynamische Effizienz wirkt sie wohl langfristig schädlich.

1. Allokative Effizienz

Zunächst ist der Begriff der Allokationseffizienz zu klären. Er meint, dass die in einer Volkswirtschaft vorhandenen Ressourcen so genutzt werden, dass die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Mitglieder einer Gesellschaft optimal befriedigt werden.⁶⁷⁴ Das ist dann der Fall, wenn durch einen anderen Einsatz der Ressourcen oder eine andere Verteilung der Güter weder die Gesellschaft insgesamt noch einzelne Individuen besser gestellt sein können, ohne dass gleichzeitig andere Verluste hinnehmen müssen.⁶⁷⁵

Eine effiziente Allokation bedeutet ein Maximum an Gesamtwohlfahrt, da in einem solchen Markt die Parteien alle Tauschgewinne realisiert haben.⁶⁷⁶ Sie besteht, wenn der Preis im Schnittpunkt von Angebots- und

673 OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 42.

674 MüKo/Kerber/Schwalbe, *EuWettbR*, 2015, Einl., Rn. 133; *Schwalbe/Zimmer*, *Kartellrecht und Ökonomie*, 2011, S. 4 ff.

675 MüKo/Kerber/Schwalbe, *EuWettbR*, 2015, Einl., Rn. 133; *Samuelson/Nordhaus*, *Volkswirtschaftslehre*, 2010, S. 249.

676 *Schwalbe/Zimmer*, *Kartellrecht und Ökonomie*, 2011, S. 8.

Nachfragekurve liegt. Dann haben sich die Parteien auf den Gleichgewichtspreis geeinigt. Die Gesamtwohlfahrt enthält die Produzenten- und Konsumentenrente. Die Konsumentenrente steigt an, wenn für die Endverbraucher entweder die Menge bei gleichbleibendem Preis steigt oder der Preis für die unveränderte Menge sinkt. Die Konsumentenrente ist der für die EU-Kommission relevante Maßstab für Wettbewerbsbeschränkungen.

Der maßgebliche Faktor, der den Preis auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt bestimmt und somit über die Konsumentenwohlfahrt mitentscheidet, sind die Grenzkosten der Nachfrager. Grenzkosten sind Kosten, die entstehen, wenn ein Unternehmen eine zusätzliche Einheit produziert oder anschafft.⁶⁷⁷

Das bereits beschriebene Monopsonmodell weist unter engen Prämissen nach, dass der Monopsonist keinesfalls niedrigere Grenzkosten haben wird als ein wettbewerblicher Nachfrager. Daher werden die Preise auf dem nachgelagerten Markt nicht sinken, eher steigen. Der Monopsonist beeinflusst mit seiner nachgefragten Menge unmittelbar den Preis, und zwar nicht nur den Preis für das zusätzliche Gut, sondern den Preis für alle nachgefragten Güter. Da das Monopsonmodell von einer steigenden Angebotskurve ausgeht⁶⁷⁸, steigt mit jeder zusätzlich nachgefragten Einheit der Gesamtpreis der Beschaffung. Insofern unterliegt der Monopsonist steigenden Grenzkosten. Der im Wettbewerb stehende Nachfrager als Preisnehmer zahlt hingegen immer den gleichen Einkaufspreis, da seine Beschaffungsmenge den Marktpreis nicht beeinflusst.

Das Modell der Verhandlungsmacht löst sich von den strengen Vorgaben der Kostenfunktion und sieht, anders als die steigende Angebotskurve, dass mit einer individuell größeren Menge zwar nicht der Marktpreis sinkt, aber der tatsächlich ausgehandelte individuelle Einkaufspreis. Dementsprechend hat der verhandlungsstarke Nachfrager sinkende Grenzkosten zu tragen. Wenn die Grenzkosten nun wirklich sinken und der Nachfrager auf dem nachgelagerten Markt im Wettbewerb steht, können dort die Endverbraucherpreise sinken, so dass die Konsumentenwohlfahrt steigt.

677 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 50.

678 Im Allgemeinen werden die Grenzkosten mit zunehmender Menge steigen, da zusätzliche teure Inputs für eine größere Menge erforderlich werden, vgl. *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 6.

a) Niedrige Grenzkosten

Ob der verhandlungsstarke Nachfrager aber tatsächlich geringere Grenzkosten trägt, hängt von der individuellen Vertragsgestaltung ab.

Betreffen die Zugeständnisse des Lieferanten die „Nebenkosten“ wie Gebühren, Listungsgebühren oder Regalmieten, sinken die Grenzkosten nicht. Diese versteckten Rabatte dienen gerade dazu, den Preis auf dem nachgelagerten Markt hochzuhalten und das exakte Kostenniveau vor den Mitbewerbern zu verschleiern. Der Nachfrager hat keinen unmittelbaren Anreiz, diese heimlichen Einkaufsvorteile weiterzugeben.⁶⁷⁹ Diese Zugeständnisse reduzieren zunächst nur seine Fixkosten, nicht die preisbestimmenden Grenzkosten. Nur langfristig könnten die Nachfrager diese Rabatte an die Endverbraucher weitergeben, abhängig davon wie wettbewerbsintensiv der Verkaufsmarkt ist und ob die Mitbewerber ähnliche Vorteile haben.⁶⁸⁰

Es ist auch nicht unbedingt im Interesse des verhandlungsstarken Nachfragers, einen möglichst geringen Einkaufspreis zu erzielen. Niedrige Einkaufspreise (und dadurch niedrige Grenzkosten) führen zu einem intensiven Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt.⁶⁸¹ Das bedeutet wiederum nur eine geringe Gewinnmarge für den Nachfrager. Hingegen schwächen höhere Einkaufspreise, die die Kosten des Nachfragers (und wohl auch der übrigen Nachfrager) erhöhen, den Wettbewerb dort.

b) Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt

Je intensiver der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt geführt wird, desto deutlicher werden sich Vorteile im Einkaufspreis bemerkbar machen.⁶⁸² Desto stärker sind aber auch die Mitbewerber veranlasst, ihr Angebot anzupassen und dem Wettbewerbsdruck nachzugeben.

679 OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 38 f.; *Inderst/Valetti*, 59 *The Journal of Industrial Economics* 1, 2 (2011).

680 OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 39.

681 OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 39.

682 *Ezrachi*, 8 *Journal of Competition Law and Economics* 47, 51 (2012); *Inderst, WuW* 2008, 1261, 1268; *Inderst/Wey*, *Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht*, 2007, S. 14.

c) Spiraleffekt

Die Mitbewerber auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt werden jedoch nur soweit dem Wettbewerbsdruck des Preisführers nachgeben können, als sie selbst verbesserte Einkaufsbedingungen erhalten. Sind sie jedoch ein nicht ebenso verhandlungsmächtiger Nachfrager, werden sie dem nachgelagerten Wettbewerb nicht dauerhaft standhalten können. Dieses langfristig wettbewerbsschädigende Phänomen bezeichnet der Spiraleffekt:

Die günstigen Einkaufskonditionen verbessern den Auftritt des Nachfragers auf dem Verkaufsmarkt und lassen dort seine Marktmacht steigen. Dies führt wiederum zu einem größeren Nachfragepotential und weiter verstärkter Nachfragemacht. Die Spirale von Nachfragemacht lässt die Angebotsmacht steigen und diese wiederum die Nachfragemacht.⁶⁸³ Der Spiraleffekt führt kurzfristig also dazu, dass der marktmächtige Nachfrager seine Vorzugskonditionen an die Abnehmer weitergibt, um sich nachgelagert Wettbewerbsvorteile zu erarbeiten. Langfristig zeigt der Spiraleffekt jedoch auf dem nachgelagerten Markt negative Wirkungen: Wettbewerber scheiden aus dem Markt aus, ein Marktzutritt ist wegen der geringen Gewinnspannen nicht attraktiv und eine schleichende Monopolisierung setzt sich in Gang. Sofern aus dem Markt scheidende Wettbewerber nicht durch neue Markteintritte ausgeglichen werden, leidet der Wettbewerb auf dem Verkaufsmarkt. Die im Einkauf verhandlungsstarken Anbieter haben dann keinen Anlass mehr, ihre Einkaufsvorteile an die Konsumenten weiterzugeben.⁶⁸⁴

Ob der Spiraleffekt tatsächlich in diesem Ausmaß besteht, ist zweifelhaft. Er setzt Marktbedingungen voraus, die nicht ohne weiteres gegeben sind. Das Angebot der Lieferanten müsste gleichbleiben, obwohl die Verkaufserlöse der Lieferanten sinken. Während der Preis also sinkt, muss die Ware in Vielfalt und Qualität auf konstantem Niveau bleiben. Auch müssten die übrigen Nachfrager ihre individuellen Einkaufskonditionen behalten. Zudem müsste das Sortiment der übrigen Nachfrager unverändert

683 *Ezrachi*, 8 *Journal of Competition Law and Economics* 47, 52 (2012); *Zeise*, in: *Schulte* (Hrsg.), *Handbuch Fusionskontrolle*, 2010, Rn. 1387; *Inderst*, *WuW* 2008, 1261, 1269; *Kirkwood*, 72 *Antitrust L. J.* 625, 648 f. (2005); schon als Potenzialisierung von Nachfragemacht angedeutet bei *Köhler*, *Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht*, 1979, S. 11.

684 *Inderst/Wey*, *Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht*, 2007, S. 15; *Kirkwood*, 72 *Antitrust L. J.* 625, 648 f. (2005).

bleiben, da sich ansonsten der Wettbewerb nicht mehr nur über den Preis realisiert. Schließlich wird der Spiraleffekt umso größer sein, je intensiver der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt funktioniert. Der Spiraleffekt kann daher in bestimmten Situationen auftreten. Er ist aber wegen seiner engen ökonomischen Voraussetzungen weniger präsent, als seine häufige Erwähnung in der Literatur vermuten lässt.⁶⁸⁵

Die Wettbewerbsbehörden ziehen gerne den Spiraleffekt heran, um die negativen Auswirkungen gesteigerter Nachfragemacht zu illustrieren.

Die Kommission stellt in der Entscheidung *Rewe/Meinl* klar, dass die Verbraucher kurzfristig von der Phase intensiven Verdrängungswettbewerbs auf dem Absatzmarkt profitieren könnten, langfristig würden die marktstarken Unternehmen aber eine Marktstruktur erreichen, in der sie auf die Endverbraucher keine Rücksicht mehr nehmen müssten.⁶⁸⁶

Das Bundeskartellamt beschreibt in *Edeka/Tengelmann* den Spiraleffekt allgemein für den Lebensmitteleinzelhandel.⁶⁸⁷ Der Zusammenhang von immer größerem Abnahmevermögen und immer besseren Einkaufskonditionen bei einem gleichzeitig verbesserten Auftritt auf dem Handelsmarkt ermögliche aggressive Marktstrategien, die kleine Wettbewerber verdrängen würden.

Die Wettbewerbsbehörden stehen mit diesen Äußerungen, dass im Lebensmitteleinzelhandel der Spiraleffekt wirkt, im Verdacht, ineffizient arbeitende Wettbewerber künstlich im Markt zu halten, statt den Wettbewerbsprozess mit seinem Ausleseverfahren wirken zu lassen.⁶⁸⁸ Das Kartellrecht, das den Wettbewerb als solches schützt, ist stets dem Vorwurf ausgesetzt, den Wettbewerber statt des Wettbewerbs zu schützen. Ein Ausscheiden kleiner und ineffizient arbeitender Marktteilnehmer ist dem Wettbewerb immanent und begründet seine wohlfahrtssteigernde Wirkung. Große und effizient arbeitende Unternehmen haben allein wegen ihrer Größe schon Kosten- und damit Wettbewerbsvorteile gegenüber kleinen Mitbewerbern.

685 *Inderst*, WuW 2008, 1261, 1268.

686 EU-Kommission, Entscheidung vom 03.02.1999, Fall M.1221, ABl. 1999 Nr. L 274, Rn. 73 – *Rewe/Meinl*.

687 Bundeskartellamt, Beschluss vom 30.06.2008, Az. B2-333/07 (S. 103) – *Edeka/Tengelmann*.

688 *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 15.

Zwar kennt zumindest das deutsche Kartellrecht einen gleichzeitigen Schutz des Wettbewerbs als Institution und der wettbewerblichen Handlungsfreiheit der individuellen Marktteilnehmer. Doch gewährt dieses Freiheitsrecht keine individuelle Bestandsgarantie, sondern nur die Chance, am Markt teilzunehmen. Das Bestehen am Markt hängt alleine vom unternehmerischen Geschick des Einzelnen ab. Insofern schützen die Wettbewerbsbehörden unterlegene Marktteilnehmer nicht vor dem Leistungswettbewerb mit ihren großen Konkurrenten. Sie schützen jedoch den Wettbewerb als Prozess vor rechtswidrigen verdrängenden Methoden, die nicht dem Leistungswettbewerb entsprechen.

Ein pauschales Argumentieren der Wettbewerbsbehörden mit dem Spiraleffekt vermag daher in der Tat, ineffiziente Wettbewerber zu schützen. Auf den Lebensmitteleinzelhandel bezogen, in dem ein äußerst preisbezogener Wettbewerb herrscht, scheint ein tatsächlicher Spiraleffekt nicht ausgeschlossen.

d) Wasserbetteffekt

Der Wasserbetteffekt bedeutet, dass, wie sich die Einkaufskonditionen des einen verbessern, sie sich für die anderen verschlechtern. Er zeigt sich in horizontaler Richtung zu Lasten der übrigen nicht verhandlungsstarken Nachfrager.⁶⁸⁹ Der Lieferant wird versuchen, die Zugeständnisse, die er gegenüber den verhandlungsstarken Nachfragern geben musste, gegenüber den übrigen Nachfragern wieder auszugleichen.⁶⁹⁰ Im Ergebnis führen dann niedrigere Einkaufspreise für starke Nachfrager zu höheren Einkaufspreisen für schwache Nachfrager. Ist der Wasserbetteffekt stark genug ausgeprägt, werden die kleinen Nachfrager ihre höheren Grenzkosten an die Endverbraucher in Form höherer Preise weitergeben müssen. Dabei spielt es für ein Auftreten des Wasserbetteffekts keine Rolle, ob der Nach-

689 *Inderst/Valetti*, 59 *The Journal of Industrial Economics* 1 (2011); *Inderst*, WuW 2008, 1261, 1270; OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 50 ff.; *Foer*, 39 *Conn. L. Rev.* 1307, 1326 (2007); *Dobson/Inderst*, ECLR 393 (2007); vgl. auch Bundeskartellamt, *Nachfragemacht im Kartellrecht*, 2008, S. 4.

690 *Ezrachi*, 8 *Journal of Competition Law and Economics* 47, 52 (2012); *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793, 797; *Zeise*, *Nachfragemacht und Kartellrecht – Tagungsbericht des Bundeskartellamtes*, WuW 2008, 1291, 1292; *Foer*, 39 *Conn. L. Rev.* 1307, 1326 (2007); *Inderst/Wey*, *Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht*, 2007, S. 15.

frager seine Verhandlungsmacht durch einen Zusammenschluss erfährt oder durch organisches und internes Wachstum wegen effizienteren Arbeitens.⁶⁹¹

Wie wirkt sich der Wasserbetteffekt auf die Konsumentenwohlfahrt aus? Ist, unter den genannten Bedingungen, der verhandlungsstarke Nachfrager in der Lage, die Preise auf dem nachgelagerten Markt zu senken, befinden sich die vom Wasserbetteffekt betroffenen Mitbewerber im Dilemma: Einerseits müssten sie ihre verschlechterten Einkaufsbedingungen in Form höherer Preise weiterreichen, andererseits müssten sie sich dem Wettbewerbsdruck beugen und ihre Preise senken, um sich dem Marktherrscher anzupassen. Je stärker nun bereits eine Preisdiskriminierung zwischen den Nachfragern besteht, desto größer wird der Wasserbetteffekt ausfallen, so dass sich die Mitbewerber mit größerer Wahrscheinlichkeit gezwungen sehen, nachgelagert die Preise zu erhöhen.⁶⁹² Im Ergebnis wird dann die Konsumentenwohlfahrt unter dem Wasserbetteffekt eher leiden.⁶⁹³

Ein Rückgang der Konsumentenwohlfahrt ist dagegen nicht mehr so eindeutig, wenn die Märkte sich dynamisch entwickeln, z. B. die Zahl der Konsumenten, die von den gesunkenen Preisen profitiert, steigt, während die Konsumenten, die höhere Preise bezahlen, weniger werden.⁶⁹⁴ Niedrigere Preise ziehen weitere Endverbraucher an, so dass sich der Gesamtmarkt vergrößern kann. Der Zuwachs des großen nachgelagerten Anbieters erfolgt nicht unbedingt auf Kosten der Kleinen. Dann sind selbst bei einem mäßigen Wasserbetteffekt negative Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt fraglich.⁶⁹⁵

Auch beschränkt sich der Wasserbetteffekt nicht auf den Preis. Statistische Daten der britischen Wettbewerbsbehörde aus einer Untersuchung des Lebensmittelsektors zeigen, dass nur wenige Lieferanten tatsächlich

691 *Inderst/Valetti*, 59 *The Journal of Industrial Economics* 1, 12 (2011) sieht jedoch, dass ein mächtiger Nachfrager durch Zusammenschluss die Wohlfahrt reduziert, während der effizient arbeitende mächtige Nachfrager unter Umständen die Wohlfahrt steigert.

692 *Dobson/Inderst*, ECLR 393, 398 (2007).

693 *Inderst/Wey*, *Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht*, 2007, S. 16.

694 Competition Commission, Appendix 5.4, *The waterbed effect in supplier pricing*, 2008, S. 9.

695 Competition Commission, Appendix 5.4, *The waterbed effect in supplier pricing*, 2008, S. 10.

den Preis für kleinere Nachfrager bei steigender Beschaffung eines großen erhöhen.⁶⁹⁶ Die überwältigende Mehrheit von 93 % der Lieferanten auf dem britischen Lebensmittelsektor verneint einen Wasserbetteffekt hinsichtlich des Preises.⁶⁹⁷ Vielmehr ist entsprechend dieser Marktbefragung zu erwarten, dass zeitweise die kleineren Nachfrager nur eine geringere Menge bzw. einen schlechteren Service erhalten.

Ökonomisch lässt sich der Wasserbetteffekt mit Verhandlungsmacht selbst erklären. Wie die nachfragemächtigen Unternehmen – auch im Wege des Spiraleffekts – wachsen und ihre Verhandlungsmacht weiter ausbauen, so verlieren die nicht nachfragemächtigen Unternehmen an Verhandlungsmacht.⁶⁹⁸ Zumindest setzt aber auch auf Lieferantenebene ein Konzentrationsprozess ein. Die niedrigeren Beschaffungspreise verringern die Profitabilität der Lieferanten. Langfristige Folge bei den Lieferanten sind Bemühungen, rationeller und effizienter zu arbeiten. Die Zahl der Lieferanten wird dadurch zurückgehen. Manche werden den Markt verlassen, andere sich zusammenschließen.⁶⁹⁹ Dadurch steigt die Verhandlungsmacht der verbleibenden wenigen Lieferanten gegenüber den Nachfragern wieder an, so dass auch die Beschaffungspreise steigen. Doch werden deswegen die langfristigen Folgen auf die Konsumentenwohlfahrt nicht etwa neutral sein. Da es weniger Lieferanten gibt, leiden die Auswahl und Vielfalt des Angebots. Gleichzeitig ergeben sich bei weniger Anbietern wohl negative Folgen auf dynamische Wettbewerbsparameter, wie Qualität und Innovation.

Auch auf dem nachgelagerten Anbietermarkt führt der Wasserbetteffekt zu einer Konzentration der Anbieter auf Kosten der nicht mehr wettbewerbsfähigen Mitbewerber. Sie werden unter dem Druck der verschlechterten Einkaufsbedingungen und des gleichzeitig verschärften nachgelagerten Wettbewerbs einen Marktaustritt erwägen.

696 Competition Commission, Appendix 5.4, The waterbed effect in supplier pricing, 2008, S. 9; vgl. dazu grundlegend Competition Commission, Market Investigation into the Supply of Groceries in the UK, 2008.

697 Competition Commission, Appendix 5.4, The waterbed effect in supplier pricing, 2008, S. 10.

698 *Inderst/Valetti*, 59 *The Journal of Industrial Economics* 1, 2 (2011); *OECD*, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 24; *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 16.

699 *Inderst/Mazzarotto*, in: *Collins* (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy, 2008, S. 1953, 1966.

Gegen diesen modellhaften Wasserbetteffekt werden drei Kritikpunkte vorgetragen. Zum einen sei ungewiss, dass sich die Preise für die Konsumenten tatsächlich erhöhten. Schließlich werde der erhöhte Wettbewerbsdruck, der vom marktstarken Nachfrager auf dem Endkundenmarkt ausgehe, den Preisanstieg wegen höherer Stückkosten kompensieren.⁷⁰⁰ Erst recht wird dies dann aber beschleunigen, dass die nachfrageschwachen Mitbewerber aus dem Markt ausscheiden, wenn sie im verschärften Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt nicht mithalten können. Folge ist dann eine Vermachtung des nachgelagerten Anbietermarktes, auf dem die dann beherrschenden Unternehmen keinen Anlass haben, Einkaufsvorteile weiterhin an die Endverbraucher weiterzureichen.

Zum anderen sei zweifelhaft, ob es überhaupt im wirtschaftlichen Interesse des Lieferanten liege, die Preise für die übrigen nicht nachfragemächtigen Nachfrager zu erhöhen. Vielmehr könne der Lieferant auch die Preise gegenüber den übrigen Nachfragern auf ein niedrigeres Niveau senken, damit sie sich im Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt behaupten könnten und im Markt verblieben.⁷⁰¹ Ein solches Lieferantenverhalten ließe die nachgefragte Menge steigen.⁷⁰² Dieser Ansicht steht jedoch das Modell der Verhandlungsmacht entgegen. Es sagt aus, dass mit steigender Menge der Lieferant günstigere Preise gewähren werde. Die niedrigeren Preise sind der Anreiz, mehr Ware zu beschaffen. Sobald der Lieferant ohne Mengensteigerung bessere Bedingungen gewährt, gerät er in den Sog, dass der Nachfrager für eine geringere Menge noch weniger bezahlen möchte. Gerade in den individuell geprägten Handelsbeziehungen ist ein solches unternehmerisches Verhalten eher unwahrscheinlich. Ebenso unwahrscheinlich ist es, dass ein einzelner Lieferant seine greifbaren Gewinnerwartungen opfert, um langfristig eine profitable Marktstruktur, die von Wettbewerb geprägt ist, aufrechtzuerhalten.⁷⁰³

Schließlich wird gegen den Wasserbetteffekt vorgebracht, die übrigen Nachfrager würden auch für sich die Vorzugsbedingungen des starken Nachfragers verlangen.⁷⁰⁴ Die Diskriminierung der Marktteilnehmer ist je-

700 *Inderst*, WuW 2008, 1261, 1270; Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 4.

701 OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 23; *Dobson/Inderst*, ECLR 393, 399 (2007).

702 OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 23.

703 *Dobson/Inderst*, ECLR 393, 399 (2007).

704 OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 50.

doch gerade Grundlage des Modells der Verhandlungsmacht. Würden die Lieferanten ihren Abnehmern nicht unterschiedliche Bedingungen gewähren, würde sich der einheitliche Preis entsprechend der Kostenfunktion wie im Monopsonmodell bilden: Auf einer steigenden Angebotskurve würde eine größere Menge einen höheren Preis bedeuten. Der Lieferant könnte nur im Einzelfall individuell niedrigere Preise für eine größere Menge einräumen, wenn er seine steigenden Grenzkosten auf die übrigen Nachfrager umlegte. Zudem verhindern gerade im Handel Exklusivvereinbarungen, dass die übrigen Nachfrager die Einkaufsbedingungen der Mitbewerber überhaupt kennen. Es existiert ein vertragliches Geflecht aus verschiedensten Rabatten und Preisformen.⁷⁰⁵ Die Vertragsparteien versuchen ganz bewusst, möglichst kreative Bezugsbedingungen zu finden, um die klaren Wettbewerbsparameter wie Preis und Menge zu verschleiern und einen Vergleich zu den Einkaufsbedingungen der Mitbewerber zu verhindern.

Zusammenfassend lässt sich ein Wasserbetteffekt im ökonomischen Modell erklären. Gleichzeitig sprechen zahlreiche Gesichtspunkte zumindest gegen negative Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfaht. Die statistischen Daten vom britischen Lebensmittelmarkt zeigen sogar, dass hinsichtlich des Preises ein Wasserbetteffekt nicht nachweisbar ist.

e) Zwischenergebnis

Nach dem Modell der Verhandlungsmacht profitieren Endverbraucher unter bestimmten Voraussetzungen durchaus von vorgelagerter Nachfragemacht in Form niedrigerer Preise. Der Spiraleffekt, der zu einer schleichenden Vermachtung auch des nachgelagerten Angebotsmarktes führt, kann diese positiven Auswirkungen langfristig jedoch beschränken und sie sogar in ihr Gegenteil von höheren Verkaufspreisen umkehren. Der umstrittene Wasserbetteffekt stellt selbst kurzfristig eine reduzierte Konsumentenwohlfaht bei verhandlungsstarker Nachfragemacht dar. Wie sich Nachfragemacht auf dynamische Wettbewerbsparameter, wie Innovation und Qualität, auswirkt, untersucht die Arbeit im übernächsten Abschnitt.⁷⁰⁶

705 Competition Commission, Appendix 5.4, The waterbed effect in supplier pricing, 2008, S. 3.

706 Vgl. oben S. 204.

f) Stellungnahme zu gesellschaftlichen Kosten von Nachfragemacht

Endverbraucher können durchaus von verhandlungsmächtigen Nachfragern profitieren. Nachfragemacht kann nach der ökonomischen Lehre in manchen Situationen effizienzsteigernd wirken. Auffällig ist jedoch, dass auf den typischen Anwendungsfeldern von Nachfragemacht weitere gesellschaftliche Kosten entstehen:

In der landwirtschaftlichen Produktion ist es nicht nur den Milchbauern kaum möglich, für ihre Produkte Preise zu erlösen, die die Betriebskosten decken. Der Staat fängt diese Einkommensausfälle mit (wettbewerbsspolitisch fragwürdigen) Subventionszahlungen auf, zumindest in der westlichen Welt. Staatliche Subventionen verlangen aber einen Verwaltungsaufwand, stehen in der Gefahr, Märkte zu verzerren, und sind daher wohl ein ineffizientes Instrument, um Steuermittel auszugeben.⁷⁰⁷ In Entwicklungsländern, deren Landwirtschaft von der Nachfragemacht westlicher Unternehmen in noch stärkerem Maße betroffen ist, kann der Staat solche Ausgleichszahlungen nicht leisten. Es erscheint möglich, dass die westliche konsumierende Gesellschaft Effizienzgewinne und niedrigere Endverbraucherpreise auf Kosten der produzierenden Länder, typischerweise der Entwicklungsländer, realisiert.

In einem zweiten klassischen Bereich der Nachfragemacht, dem Arbeitsmarkt, ereignet sich ähnliches. Löhne von Arbeitnehmern, die von ihrer Arbeit nicht leben können, werden aus staatlichen Mitteln aufgestockt.⁷⁰⁸ Typischerweise trifft das Arbeiter aus unteren Einkommenschichten mit nur geringer Qualifikation. Sie haben keine Verhandlungsmacht gegenüber ihrem Arbeitgeber, sie haben kein Alleinstellungsmerkmal auf Grund ihrer Qualifikation, ihrer Bildung oder ihres handwerklichen Geschicks. Sie sind beliebig austauschbar. Entsprechend des Modells der Verhandlungsmacht sind sie nicht in der Lage, eine bessere Bezahlung durchzusetzen. Hinzu kommt, dass die Arbeitgeber von ungelerten Hilfskräften häufig produzierende Betriebe sind, die ihrerseits am Anfang einer nachfragestarken Wertschöpfungskette stehen.

707 Vgl. auch *Grimes*, 72 Antitrust L. J. 563, 574 f. (2005).

708 Vgl. zur Nachfragemacht eines nachfragestarken Unternehmens gegenüber den eigenen Mitarbeitern am Beispiel von *Wal Mart USA*, *Grimes*, 72 Antitrust L. J. 563, 574 f. (2005); vgl. zum Arbeiter als nicht von Effizienzen profitierendem Verbraucher *Nihoul*, in: *Zimmer* (Hrsg.), *Goals of Competition Law*, 2012, S. 219, 226.

Ökonomisch sind diese staatlichen Transferzahlungen kaum in Modellen über Nachfragemacht zu berücksichtigen, faktisch sind sie nicht zu leugnen. So sie aber aus staatlichen Mitteln und damit unter anderem aus Steuermitteln der Endverbraucher fließen, zahlen diese einen hohen Preis für möglicherweise sinkende Preise. Denkt man Nachfragemacht über ein ökonomisches Modell hinaus bis an den Anfang der Wertschöpfungskette, wo der Endverbraucher als Lieferant seiner Arbeitskraft agiert, wird deutlich, dass selbst sinkende Preise für Endverbraucher keinen Effizienzgewinn bedeuten müssen.

2. Produktive Effizienz

Die produktive Effizienz behandelt den Einsatz von Produktionsfaktoren, Inputs und Gütern. Eine Produktion verläuft dann effizient, wenn bei gegebenem Input ein maximaler Output erreicht wird.⁷⁰⁹ Eine effiziente Produktion ist in der Regel gegeben, solange alle daran Beteiligten, auch unternehmensintern, das Ziel der Gewinnmaximierung verfolgen.⁷¹⁰ Insbesondere unter dem Druck von Nachfragemacht wird es den liefernden Unternehmen nicht mehr möglich sein, Ressourcen zu verschwenden. Vielmehr sieht der Lieferant starke Anreize, seine eigenen Kosten zu senken und effizienter sowie profitabler zu arbeiten. Das erhöht seinen eigenen Drohpunkt in den Verhandlungen und stärkt somit die eigene Verhandlungsmacht.

Die Auswirkungen der Produktionseffizienz auf die Konsumentenwohl-
fahrt sind entweder positiv, wenn das produktive Arbeiten sich positiv auf die Allokationseffizienz auswirkt und die Konsumentenwohl-
fahrt dadurch erhöht. Die Auswirkungen der Produktionseffizienz auf die Konsumenten-
wohl-
fahrt können aber auch negativ sein, wenn sich der Lieferant selbst die Produktionsvorteile einverleibt. Dann steigt zwar der Gesamtwohl-
fahrtsstandard, nicht jedoch die Konsumentenwohl-
fahrt. Angesichts eines verhandlungsstarken Nachfragers wird es aber wohl eher dazu kommen, dass der Lieferant seine Produktionsvorteile weiterreicht. Ob der Nachfra-

709 Dazu ausführlich MüKo/Kerber/Schwalbe, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 134; vgl. weiterhin Parret, in: Zimmer (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 61, 68; Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 8.

710 Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 9.

ger dann diese Vorteile an die Endverbraucher weitergibt, ist jedoch eine andere, bereits oben angesprochene, Frage.

3. Dynamische Effizienz

a) Begriff der dynamischen Effizienz

Während die Allokations- und Produktionseffizienz allein statische Parameter erfassen, versucht die dynamische Effizienz Veränderungen in Forschung und Entwicklung, der Qualität, Innovation oder Marktstrukturen über Zeiträume abzubilden.⁷¹¹ Innovationsökonomisch ist es schwierig festzustellen, wann dynamische Effizienz gegeben ist, da Forschungs- und Entwicklungserfolge kaum zu prognostizieren und zu bewerten sind. Daher ist der Begriff der dynamischen Effizienz noch nicht derart ausgereift und eingeführt wie der der allokativen und produktiven Effizienz.⁷¹² Es fehlt auch ein klares Kriterium, um einen innovatorischen Fortschritt zu erfassen. Die Investitionen eines Unternehmens in Forschung und Entwicklung können zwar ein Indiz für eine hohe dynamische Effizienz sein, verlässlich nachweisen können sie sie allerdings nicht.⁷¹³

b) Positive Auswirkungen auf dynamische Wettbewerbsparameter

Die gängigen Bewertungen von Nachfragemacht auf Innovationen folgen dem Muster, dass der Druck auf die Gewinnspanne der Anbieter deren

711 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 9. Dazu grundlegend MüKo/Kerber/Schwalbe, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 104 ff., 135. Schon *Schumpeter* begrüßte 1942 das Zeitalter, in dem sich Ökonomen nicht mehr nur auf den Preis in der Konkurrenz fixieren, sondern ebenso Qualität und Service als dynamische Parameter im Auge haben, vgl. *Schumpeter*, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 1946, S. 139 f.

712 MüKo/Kerber/Schwalbe, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 135; vgl. auch *Stucke*, 53 Boston Coll. L. Rev. 551, 583 (2012).

713 Vgl. *Kerber*, in: *Drexl/Kerber/Podszun*, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 173, 185.

Anreize beschränkt, zu investieren und zu entwickeln. Darunter leiden dann die Gesamt- und Konsumentenwohlfa \ddot{h} rt.⁷¹⁴

Diese pauschale Einschätzung zeigt jedoch zwei Schwächen: Zum einen stammen die Anreize des Lieferanten, in Produkt- und Prozessinnovationen zu investieren, eher aus der Zusammensetzung seiner Gewinne als aus ihrer absoluten Höhe.⁷¹⁵ Die niedrigeren absoluten Gewinne beschränken eher den potentiellen Wettbewerb, denn sie lassen einen Markteintritt unattraktiv erscheinen. Zum anderen stammen die Investitionsanreize aus dem Bemühen der Lieferanten, ihre Produktionsgrenzkosten zu reduzieren und gleichzeitig eine möglichst große Menge herzustellen.⁷¹⁶ Aus dieser gestiegenen Produktionsmenge zu gleichzeitig niedrigeren Produktionskosten folgt dann eine verbesserte Konsumentenrente. Daher ist es verfrüht, von geringeren absoluten Profiten der Lieferanten auf geringere Anreize für Investition und Innovation zu schließen.⁷¹⁷ Gerade wenn es den Lieferanten gelingt, ihre Produktionsgrenzkosten zu senken, können nachgelagerte Verbraucher von niedrigeren Preisen profitieren, sind doch die Grenzkosten die für die Preisbildung maßgebliche Einheit.

Lieferanten, die von verhandlungsmächtigen Nachfragern abhängig sind, haben also Anreize, verstärkt in Innovationen zu investieren, um der Abhängigkeit zu entgehen oder sie zu mindern. Je kostengünstiger die eigene Produktion des Lieferanten ist, d. h. je niedriger die eigenen Grenzkosten liegen, oder je attraktiver das Produkt erscheint, desto geringer ist

714 Beispielsweise im F.T.C.-Report 2001:

Even if consumers receive some benefits in the short run when retailers use their bargaining leverage to negotiate a lower price, they could be adversely affected by the exercise of buyer power in the longer run, [...] if the suppliers respond by under-investing in innovation or production.

Vgl. Federal Trade Commission, Report on the federal trade commission workshop on slotting allowances and other marketing practices in the grocery industry, 2001, S. 57; vgl. ebenso *Ezrachi*, 8 Journal of Competition Law and Economics 47, 53 (2012); *Grimes*, 72 Antitrust L. J. 563, 575 (2005); *Kirkwood*, 72 Antitrust L. J. 625, 650 f. (2005).

715 *Inderst/Mazzarotto*, in: *Collins* (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy, 2008, S. 1953, 1971; *Inderst/Wey*, Buyer Power and Supplier Incentives, 2003, S. 19.

716 *Inderst/Wey*, Countervailing Power and Upstream Innovation, 2005, S. 4; *Inderst/Wey*, Buyer Power and Supplier Incentives, 2003, S. 19; *Inderst/Wey*, 34 RAND Journal of Economics 1, 12 (2003).

717 *Inderst/Wey*, Countervailing Power and Dynamic Efficiency, 2010, S. 4.

die Verhandlungsmacht des Nachfragers.⁷¹⁸ Ebenso könnten eigene innovative Produkte sich im besten Falle zu sog. *must-stock*-Produkten entwickeln, die die Verhandlungsmacht zugunsten der Lieferanten verschieben.

Interessanterweise können neben den starken auch die schwachen Nachfrager, entgegen dem Wasserbetteffekt, von dem Rationalisierungs- und Kostensenkungsdruck, unter dem der Lieferant steht, profitieren. Gelingt es dem Lieferanten, seine eigenen Grenzkosten zu senken, können auch kleinere Nachfrager verbesserte Einkaufsbedingungen verhandeln.⁷¹⁹ Ebenso profitieren kleine Nachfrager auch von qualitativ verbesserten Produkten, die auf Druck des verhandlungsstarken Nachfragers entstehen.

Darüber hinaus haben starke Nachfrager die Kompetenz und Ressourcen, um mit Lieferanten frühzeitig in der Produktentwicklung zusammenzuarbeiten und auf diese Weise die gesamte Innovationskraft des vorgelagerten Beschaffungsmarktes zu stärken.⁷²⁰ Die Drohung eines Nachfragers, die vorgelagerte Leistung in das eigene Unternehmen ganz oder teilweise zu integrieren, kann unter innovatorischen Gesichtspunkten ein Segen sein, da sich der Nachfrager auf diese Weise selbst Wissen und Techniken der Lieferanten aneignet. Gleichzeitig fließen in Forschung und Entwicklung dann die Erkenntnisse der vor- und nachgelagerten Ebene ein, die zumindest im Falle der nur Teilintegration weiterhin im Wettbewerb zueinander stehen.

Schließlich wird das Drohpotential starker Nachfrager die Lieferanten darin disziplinieren, deren Qualitätserwartungen einzuhalten. Ein marktstarker Nachfrager, der Qualität einfordert, zeigt wegen der bilateralen Abhängigkeitsverhältnisse mehr Durchsetzungskraft als viele kleine Nachfrager, auf die der Lieferant im Falle sinkender Qualität ohne größere eigene Einbußen verzichten kann.⁷²¹

Es gibt theoretische Modelle, beispielsweise wie die oben zitierten von *Inderst* und *Wey*,⁷²² die den faktischen Befund erklären, dass größere Nachfrager die Anbieter innovatorisch auf Trab halten. Die Erkenntnis

718 OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 54; *Inderst/Wey*, *Countervailing Power and Upstream Innovation*, 2005, S. 4.

719 *Inderst/Wey*, *Countervailing Power and Dynamic Efficiency*, 2010, S. 22.

720 OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 12.

721 OECD, *Monopsony and Buyer Power*, 2008, S. 12.

722 *Inderst/Wey*, *Countervailing Power and Dynamic Efficiency*, 2010, S. 5 ff.; *Inderst/Wey*, *Countervailing Power and Upstream Innovation*, 2005, S. 6 ff.; vgl. auch *Inderst/Mazzarotto*, in: *Collins* (Hrsg.), *Issues in Competition Law and Policy*, 2008, S. 1953, 1970 f.

selbst liefert beispielsweise die englische Wettbewerbsbehörde, die Competition Commission. Sie kam in einer Marktuntersuchung des britischen Lebensmittelsektors zu dem Ergebnis, dass Nachfragemacht nicht unbedingt zu einem Rückgang der dynamischen Effizienz führe.⁷²³ Dies bestätigten auch eine Befragung der Marktteilnehmer und eine empirische Untersuchung.

c) Negative Auswirkungen auf dynamische Wettbewerbsparameter

Jedoch lässt sich auch ein negatives Muster von Nachfragemacht auf eine dynamische Marktentwicklung erkennen. Es lässt sich beobachten, dass Lieferanten weniger Anreize haben, in Vielfalt und Qualität ihrer Produkte zu investieren.

(1) Produktvielfalt

Nachfragemacht führt zu einem Rückgang in der Vielfalt der angebotenen Produkte. *Inderst* und *Shaffer* haben ein ökonomisches Modell entwickelt, das zeigt, wie die Angebotsvielfalt bei einem Zusammenschluss unter Nachfragern abnimmt.⁷²⁴ Nach Teilen der ökonomischen Literatur wird das Verhandlungsmodell dadurch charakterisiert, dass der Nachfrager damit droht, keine weiteren Waren seines Verhandlungspartners mehr abzunehmen.⁷²⁵ Diese Aussicht wirke umso bedrohlicher, je abhängiger der Lieferant vom Nachfrager ist. *Inderst* und *Shaffer* gehen nun davon aus, dass, insbesondere nach einer Fusion unter Nachfragern, der neu entstandene Beschaffer in der Tat einige Lieferbeziehungen aufkündige.⁷²⁶ Diese Strategie könne dazu führen, dass Nachfrager für bestimmte Produkte nur noch einen einzigen Lieferanten hätten (*single-source-strategy*). Dadurch, dass Nachfrager tatsächlich einige Lieferanten auslisteten und eben nicht

723 Competition Commission, Market Investigation into the Supply of Groceries in the UK, 2008, S. 162; Competition Commission, Appendix 9.2, Supplier profitability and investment in innovation, 2008, S. 6 ff.

724 *Inderst/Shaffer*, 117 *The Economic Journal* 45, 47 ff. (2007).

725 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 26; *Kirkwood*, 72 *Antitrust L. J.* 625, 638 f. (2005).

726 *Inderst/Shaffer*, 117 *The Economic Journal* 45, 46 (2007).

nur damit drohen, leide die Produktvielfalt unmittelbar. Jeder Lieferant werde versuchen, dass er derjenige sei, der auch in Zukunft noch liefere. So werde er bereits im Voraus ein Produkt anbieten, welches die durchschnittlichen Bedürfnisse der Märkte, auf denen es angeboten werde, befriedige; aber eben nur die durchschnittlichen. Gerade wenn die sich zusammenschließenden Nachfrager ihre jeweiligen Waren auf sich nicht überlappenden Märkten anböten, gingen individuelle, auf lokale Räume abgestimmte, Angebote zurück.

Darüber hinaus leide die Produktvielfalt in Form des potentiellen Wettbewerbs unter der Nachfragemacht, da Anreize, in einen Markteintritt zu investieren, nicht gegeben seien.⁷²⁷ Eher würden sich die verbleibenden Anbieter aus dem Markt zurückziehen oder ihr Angebot modifizieren.

(2) Qualität

Nachfragemacht wirkt sich auch negativ auf die Qualität der angebotenen Produkte aus. Sind Investitionen in Forschung und Entwicklung erforderlich, um die Qualität der Produkte zu verbessern, wird Nachfragemacht diese Investitionsanreize mindern und damit die Wohlfahrt schädigen.⁷²⁸ Auch wenn die Qualitätseinbußen nicht quantifizierbar sind, so beeinträchtigen sie doch die Endverbraucher unmittelbar und wiegen mögliche Preiseinsparungen wieder auf.⁷²⁹

Qualität ist ein langfristiger dynamischer Wettbewerbsparameter, der in Zusammenhang mit fehlender Innovationskraft steht. Ein Qualitätsverlust muss nicht unbedingt bedeuten, dass ein Produkt im Sinne des Gewährleistungsrechts mangelhaft ist. Das wäre ein offenkundiger Qualitätsverlust. Vielmehr kann die Qualität aber auch schleichend Schaden nehmen, wenn den Lieferanten Anreize fehlen, in fortlaufende Innovationen zu investieren, ihre Produktionsanlagen zu erneuern oder die Rohstoffqualität

727 *Inderst/Shaffer*, 117 *The Economic Journal* 45, 60 (2007). Zu einem bewussten Verschließen des Anbieter- oder Nachfragermarktes vgl. *Inderst/Mazzarotto*, in: *Collins* (Hrsg.), *Issues in Competition Law and Policy*, 2008, S. 1953, 1968 f.

728 Mit Begründung anhand eines ökonomischen Modells, vgl. *Battigalli/Fumagalli/Polo*, 61 *Research in Economics* 45, 47 (2007).

729 *Ezrachi/de Jong*, *ECLR* 257, 259 (2012); einen modellhaften Rückgang der Konsumentenwohlfahrt durch dynamische Qualitätseinbußen selbst bei geringen Verkaufspreisen belegend *Battigalli/Fumagalli/Polo*, 61 *Research in Economics* 45, 47 (2007).

aufrechtzuerhalten. Auch bereits im Risiko eines Fehlers liegt ein Qualitätsverlust, der sich gar nicht unbedingt realisieren braucht. Damit begründen schon Einsparungen bei der Warenein- und -ausgangskontrolle, der Produktsicherheit oder der Qualitätskontrolle einen Verlust an dynamischer Effizienz. Ebenso können Motivationsprobleme zu einer Qualitätsminderung im Sinne eines sorglosen Arbeitens führen. Die Aussicht, keine oder nur minimale Gewinne zu erzielen, mindert den Anreiz, sich um herausragende Qualität zu bemühen. Daher ist Qualität ein weiter Begriff, der sich nicht zwingend im Produkt selbst verkörpert, sondern bereits eine sorgfältige Forschung, Entwicklung und Herstellung miterfasst.

Qualitätsverluste lassen sich in zwei Kategorien einteilen: unerkannte Einbußen und vereinbarte Einbußen.⁷³⁰ Die unerkannten Qualitätseinbußen können vor allem dann auftreten, wenn der Nachfrager keine Möglichkeit hat, die Ware zu überprüfen und die mangelnde Qualität zu erkennen. Hat er diese Möglichkeit der Qualitätsprüfung, kann der Lieferant entsprechend dem Wasserbetteffekt immer noch die Qualität gegenüber den übrigen Nachfragern senken, um so wiederum zu einem Ausgleich zu gelangen.

Vereinbarte Einbußen sind denkbar, wenn der Nachfrager auf seinem Verkaufsmarkt selbst unter intensivem Wettbewerbsdruck steht. Um seine Beschaffungskosten zu senken, könnte er verleitet sein, Qualitätseinbußen in Absprache mit den Lieferanten in Kauf zu nehmen.⁷³¹ Der intensive Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt war bis dahin stets das Versprechen dafür, dass der Nachfrager Einkaufsvorteile weitergeben würde. Nun wird aus einer dynamischen Perspektive erkennbar, dass selbst bei Preisvorteilen für Endverbraucher die Qualität möglicherweise sinkt, zumindest aber unter Druck steht.

Gleichwohl spielen für die dynamische Entwicklung auch markenstrategische Entscheidungen eine Rolle. Ist der Lieferant Inhaber einer eingeführten, möglicherweise renommierten und wertvollen Marke, wird er versuchen, den Anspruch der Marke an Qualität aufrechtzuerhalten. Ein Qualitätsrückgang würde seine eigene Verhandlungsposition gegenüber den Nachfragern schwächen und den Preisdruck erhöhen.⁷³² Handels- und Eigenmarken, deren Inhaber die Nachfrager selbst sind, verkörpern dagegen eher preisgünstige und nicht unbedingt hoch angesehene Produkte. Der

730 *Ezrachi/de Jong*, ECLR 257, 259 (2012).

731 *Ezrachi/de Jong*, ECLR 257, 259 (2012).

732 *Ezrachi/de Jong*, ECLR 257, 259 (2012).

Lieferant hat kein eigenes Interesse daran, den Wert der Marke zu fördern durch eigenes innovatorisches Arbeiten. Auch gibt der Nachfrager die Gestaltung der Produkte vor, so dass ein Bemühen des Lieferanten, sich durch individuelle Produkte von den Mitbewerbern abzusetzen, im Keim der Eigenmarke erstickt wird. Gleichzeitig steht der Lieferant von Handelsmarken einem besonders verhandlungsstarken Nachfrager gegenüber. Der Nachfrager kann den Hersteller der Produkte, die unter einer Handelsmarke vertrieben werden, je nach Art des Produkts ohne größeren Aufwand austauschen.⁷³³ Insbesondere kann der Lieferant einer Handelsmarke sich keinen persönlichen guten Ruf bei nachgelagerten Endverbrauchern aufbauen, was seine eigene Verhandlungsposition verstärken würde.

Die Diskussion um sinkende Qualität bei starker Nachfragemacht beschränkt sich nicht auf den Lebensmittelsektor. Auch private häusliche Pflegedienste sind als Lieferant ihrer Pflegeleistung von der Nachfragemacht der Krankenkassen betroffen. In England, beispielsweise, haben sich 600 Pflegedienstleister mit einem Appell an die Öffentlichkeit gewandt:⁷³⁴ Der *NHS (National Health Service)* habe die Vergütung der privaten Pflegedienstleister so stark reduziert, dass die Qualität der Pflege darunter leide. Ungeachtet dessen, dass dieser Appell möglicherweise nur eigene Erstattungsansprüche unterstreichen soll, besteht in dieser Situation tatsächlich die Gefahr eines Qualitätsverlustes. Dann ist nicht der Nachfrager in Form des Gesundheitssystems der Leidtragende, sondern der Patient.

Auch deuten entsprechende Analysen der Automobil-Zulieferindustrie darauf hin, dass Qualitätsprobleme in der Autoproduktion immer wieder auf aggressive Spar- und Rabattvorgaben der nachfragenden Konzerne zurückzuführen sind. Wegen häufiger Lieferantenwechsel verzichtete beispielsweise der Zulieferer *Delphi* auf eine spezifisch auf *General Motors* zugeschnittene Fertigungsanlage.⁷³⁵ Gerade die amerikanischen Autobauer standen lange Jahre in offenem Konflikt zu ihren Zulieferern, der sich in minimalem Informationsaustausch und immer wieder ausgeschriebenen Aufträgen zeigte. Qualitätsprobleme waren die Folge. *BMW* hingegen lin-

733 Vgl. Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, 2014, S. 115.

734 *Timmings*, Care Homes say NHS driving down prices, *Financial Times*, 10.06.2011.

735 *Müller*, Böckler Impuls, 2009, 5.

dert den Preisdruck auf seine Zulieferer, um innovativere und qualitätsvolle Produkte und Ideen zu erhalten.⁷³⁶

d) Plädoyer für den Schutz des Wettbewerbsprozesses

Wie eben gezeigt, kann die Wirtschaftswissenschaft kein eindeutiges Bild zeichnen, wann und unter welchen Voraussetzungen sich Nachfragemacht positiv oder negativ auf die dynamische Effizienz und in der Folge auch auf die Konsumentenwohlfahrt auswirkt. Es gibt zahlreiche Modelle, die unter engen Vorgaben zu einer klaren und belegten Aussage gelangen. Insgesamt bleibt jedoch der Eindruck, dass die ökonomischen Auswirkungen von Nachfragemacht auf die dynamische Effizienz noch nicht hinreichend geklärt sind. Bislang haben sich die Modelle auf den Anreiz des Lieferanten beschränkt, in Qualität und Vielfalt zu investieren. So brauchen theoretische Modelle einen Maßstab, an dem sie Auswirkungen ablesen können. Aus der reinen Investitionssumme lässt sich aber ein innovatorischer Fortschritt nicht zwingend bestimmen.⁷³⁷

Diese nur vage Vorhersehbarkeit, wie Investitionsanreize sich im dynamischen Bereich auswirken, stellt die größte Schwäche des kartellrechtlichen Effizienzkonzeptes dar. Statt einer unsicheren Vorhersage, wie sich dynamische Parameter entwickeln, zu folgen, verspricht der Schutz des Wettbewerbsprozesses, dass sich innovatorische Konzepte am Markt durchsetzen.

Innovationen sind in der Rechtswissenschaft ein wertneutraler Begriff.⁷³⁸ Ob sie sich als positiv oder negativ erweisen, wird sich erst *ex post* herausstellen.⁷³⁹ Im Wettbewerb wird die Marktgegenseite Innovationen evaluieren, indem sie sie am Markt sich durchsetzen oder scheitern lässt.⁷⁴⁰ Insofern ist der Ansatz, kartellrechtswidriges Verhalten auch nach den Wirkungen auf die dynamische Effizienz zu beurteilen, nur einge-

736 Frankfurter Allgemeine Zeitung, 27.12.2012, S. 16.

737 Vgl. in Bezug auf gewerbliche Schutzrechte *Drexl*, in: *Drexl* (Hrsg.), *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, 2008, S. 27, 51.

738 *Eichelberger*, in: *Hilty/Jaeger/Lamping* (Hrsg.), *Herausforderung Innovation*, 2012, S. 45, 48.

739 *Drexl*, 8 *Journal of Competition Law and Economics* 507, 512 (2012); *Drexl*, 76 *Antitrust L. J.* 677, 697 (2010).

740 *Neef*, in: *Hilty/Jaeger/Lamping* (Hrsg.), *Herausforderung Innovation*, 2012, S. 65, 70.

schränkt sinnvoll. Diese Auswirkungen werden sich – zumindest auf Basis der herkömmlichen innovationsökonomischen Modelle – nicht mit Sicherheit, sondern immer nur stark vereinfacht und modellhaft, darstellen lassen. Diesem Ansatz ist daher der Schutz des Wettbewerbsprozesses vorzuziehen. Solange eine funktionierende Marktgegenseite unabhängig und frei über eine Auswahl entscheiden kann, werden positiv-innovative Produkte und Dienstleistungen im Markt bleiben, andere scheiden aus. Daher ist die Marktgegenseite vor Vermachtung (z. B. im Wege von *countervailing power*) und Abhängigkeiten (z. B. durch starke Verhandlungsmacht) zu bewahren.

Selbst soweit ein starker Nachfrager seine Lieferanten innovatorisch auf Trab hält und sie dazu bringt, ihre eigenen Produktionsgrenzkosten zu senken, ist dies kein anderer Befund als funktionierender Wettbewerb. Dort liegt der Marktpreis auf Höhe dieser Grenzkosten. D. h. jeder Lieferant, der sich einen Vorteil im Wettbewerb verschaffen möchte, wird versuchen, seine eigenen Grenzkosten (durch innovatorische und kostengünstigere Stoffe und Prozesse) zu mindern. Auf Anbieter-/Lieferantenebene birgt Nachfragemacht gegenüber einem Wettbewerbsprozess also keine Vorteile. Vielmehr aber fehlt nun auf Nachfragerseite der evaluierende Auswahlprozess, der die innovatorischen Lieferantenerzeugnisse sich durchsetzen lässt. Der starke Nachfrager wird eine Auswahlentscheidung treffen. Er kann sich jedoch trotz seiner Größe irren. Eine wettbewerblich geprägte Marktgegenseite kann sich in ihrer Auswahl hingegen nicht irren, da sich eine einzelne Unternehmensentscheidung nicht auf das Marktgleichgewicht auswirkt. Der Nachfrager, der jedoch einer *single-source-strategy* folgt, muss *ex ante* eine Entscheidung treffen. Wie soll in dieser Situation gewährleistet sein, dass sich tatsächlich die am besten geeignete Idee in dieser einen Entscheidung durchsetzt?

Der Wettbewerbsprozess entfaltet innovationsfördernde und -hemmende Wirkung.⁷⁴¹ Der Wettbewerb fördert Innovationen, indem darin der Weg liegt, dass sich einzelne Marktteilnehmer einen Vorteil verschaffen und ihren eigenen Gewinn maximieren. Eine unternehmerische Forschung und Entwicklung wird immer darauf gerichtet sein, den eigenen Gewinn zu maximieren und die Wettbewerbsposition auszubauen. Gleichermaßen hemmt und beschränkt der Wettbewerb auch Innovationen, da diese auch

741 Vgl. allgemein auf das Recht bezogen *Eichelberger*, in: *Hilty/Jaeger/Lamping* (Hrsg.), Herausforderung Innovation, 2012, S. 45, 51.

mehr schaden als nutzen können. Eine grenzenlose, nicht angemessen regulierte Innovation führt in ein Marktversagen.⁷⁴² Auch unter dieser innovationshemmenden Wirkung des Wettbewerbsprozesses ist der einseitige Blick auf eine möglichst hohe dynamische Effizienz nicht unbedingt zielführend. So die Rechtsordnung versucht ist, innovatorische Anreize für Investitionen in Vielfalt und Qualität zu setzen, gerät sie in einen „Zeitkonflikt“, da sie Zukünftiges regelt, bevor es überhaupt Wirklichkeit geworden ist.⁷⁴³ Eine Wettbewerbspolitik, die Märkte – zumindest hinsichtlich von Innovationen – auf ökonomisch unsicherer Grundlage gestalten möchte, läuft Gefahr, falsche Anreize zu setzen.

Auch gewerbliche Schutzrechte, die ein zeitlich befristetes Ausschließlichkeitsrecht geben, führen nur dann zu dynamischer Effizienz, wenn das Wettbewerbsrecht die Märkte offenhält und weiterhin der Rechtsinhaber im Wettbewerb um bessere Produkte steht.⁷⁴⁴ In der vorliegenden Marktsituation, aus Lieferantenperspektive, geht es zwar nicht um die Innovationskraft des Monopolisten, Marktbeherrschers oder des Inhabers des Ausschließlichkeitsrechts, sondern gerade um sein Gegenüber; sozusagen um Innovationen auf der Marktgegenseite des Monopolisten.⁷⁴⁵ Doch keinesfalls lässt sich dann die vermeintliche Innovationskraft der Lieferanten mit einer dem Monopolisten vergleichbaren Finanzkraft erklären.

Das Kartellrecht sollte also vorsichtig damit sein, Anreize zur Vermarktung von Märkten zu setzen, um Innovationen zu fördern.⁷⁴⁶ Anreize zu Innovationen finden die Marktteilnehmer in ihrem eigenen Gewinnstreben. Das Kartellrecht sollte allein den Rahmen eines solchen Wettbewerbs sichern. Ein bewusstes Fördern von Nachfragemacht ist daher, zumindest nach einem innovatorischen Maßstab, abzulehnen.

742 Eichelberger, in: Hilty/Jaeger/Lamping (Hrsg.), Herausforderung Innovation, 2012, S. 45, 51.

743 Vgl. zum Begriff des Zeitkonflikts Hiller, Der Zeitkonflikt in der Risikogesellschaft, 1993, S. 45 ff.

744 Drexel, in: Drexel (Hrsg.), Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, 2008, S. 27, 36.

745 Zur kontroversen Diskussion, wie sich Monopolmacht auf dynamische Effizienz auswirkt, vgl. m.w.N. Drexel, in: Drexel (Hrsg.), Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, 2008, S. 27, 40 ff.

746 Drexel, in: Drexel (Hrsg.), Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, 2008, S. 27, 40, der statt des Konzepts der dynamischen Effizienz eines des prozessorientierten „dynamischen Wettbewerbs“ vorschlägt.

D) Zusammenfassung des ökonomischen Teils

Dem ökonomischen Teil der Arbeit lag folgende Forschungsfrage zugrunde: Können die ökonomischen Auswirkungen von Nachfragemacht die faktisch asymmetrische kartellrechtliche Beurteilung von Angebots- und Nachfragemärkten begründen?

Folgende Erkenntnisse lassen sich zusammenfassen:

1. Es gibt zwei gegensätzliche ökonomische Modelle, die die Auswirkungen von Nachfragemacht auf die Marktbeteiligten beschreiben: das Monopsonmodell und das Modell der Verhandlungsmacht.
2. Das Monopsonmodell geht davon aus, dass Lieferant und Nachfrager Preis und Menge entsprechend der Angebots- und Nachfragefunktion festsetzen. Um einen niedrigeren Preis zu erhalten, wird der Nachfrager die Beschaffungsmenge reduzieren. Die Preise auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt werden nicht sinken, sondern eher steigen, da die Grenzkosten des Monopsonisten, die den Preis maßgeblich beeinflussen, höher liegen als unter Wettbewerbsbedingungen.
3. Das Monopsonmodell bewertet Nachfragemacht exakt spiegelbildlich zu Angebotsmacht. Die Auswirkungen des Monopsons auf die Wohlfahrt sind daher ebenso schädlich wie jene des Monopols.
4. Das Monopsonmodell ist eher auf Märkte anwendbar, auf denen standardisierte Produkte gehandelt werden und auf denen sich die Parteien anonym gegenüber treten. Dort sieht dann ein festes Regelwerk die Bildung eines einheitlichen Preises vor, wie beispielsweise auf Agrarmärkten, auf denen eine Vielzahl kleiner Erzeuger einigen wenigen großen Abnehmern gegenübersteht. Auch erklärt das Monopsonmodell, wie Arbeitgeber, die ein Alleinstellungsmerkmal aufweisen, die Zahl der Beschäftigten reduzieren und gleichzeitig den Lohn der verbleibenden Mitarbeiter senken kann.
5. Das Modell der Verhandlungsmacht richtet sich weniger strikt nach der Angebots- und Nachfragefunktion, als dass es versucht, die ökonomische Realität zu erfassen. Darin wird ein verhandlungsstarker Nachfrager eher mehr Güter erwerben, um einen günstigeren Preis zu erzielen. Die erzielten Beschaffungsvorteile wird der verhandlungsstarke Nachfrager unter bestimmten Voraussetzungen an nachgelagerte Marktstufen weitergeben, wenn er auf dem nachgelagerten Markt in intensivem Wettbewerb steht. Das Modell der Verhandlungsmacht erklärt einen für die Konsumentenwohlfahrt langfristig schädlichen Spiraletteffekt und einen auch kurzfristig schädlichen Wasserbetteffekt. Dar-

unter leiden dann zunächst die horizontalen Mitbewerber, mittelbar aber auch die Endverbraucher. Inwieweit und unter welchen Umständen diese Effekte eintreten, ist nicht abschließend geklärt. Die Innovationsbereitschaft auf Lieferantenebene wird eher nachlassen, ebenso werden Qualität und Vielfalt der Produkte leiden. Ein Modell erkennt aber auch positive innovatorische Bemühungen des unter Druck stehenden Lieferanten, seine Prozesse und Arbeitsabläufe zu optimieren, um die eigenen Grenzkosten zu senken.

6. Das Modell der Verhandlungsmacht bewertet Nachfragemacht nicht spiegelbildlich zu Angebotsmacht, sondern legt einen individuellen Maßstab an. Es ermittelt Verhandlungsmacht in bilateralen Beziehungen entsprechend dem jeweiligen Drohpunkt der Parteien. Einerseits ist Nachfragemacht weniger schädlich als Angebotsmacht, da die Konsumenten durchaus von niedrigeren Preisen profitieren können. Andererseits neigt Nachfragemacht dazu, sich auf Angebotsmärkte auszuweiten und horizontale Mitbewerber zu verdrängen, so dass sie darin Angebotsmacht ähnelt.
7. Das Modell der Verhandlungsmacht ist vor allem auf Märkte anwendbar, auf denen sich Lieferant und Nachfrager individuell gegenüber treten. Die ihm zugrundeliegenden zahlreichen Modelle verweisen vor allem auf Beziehungen im Handel und in der industriellen Produktion.
8. Die Idee, Angebotsmacht mit Nachfragemacht im Wege von *countervailing power* auszugleichen und auf diese Weise Monopolwirkungen zu neutralisieren, mag preisbezogene Argumente für sich haben. Zum einen kann *countervailing power* zwar einseitige Machtpositionen abmildern, selbst aber nie Wettbewerbsbedingungen herstellen. Zum anderen geraten vor allem die horizontalen Mitbewerber, von denen der wesentliche Impuls für Innovationen ausgeht, unter Druck des erstarkten Konkurrenten.

Letztlich wird es wegen der Vielzahl der ökonomischen Modelle und ihren strengen Voraussetzungen vom normativen Kompass des Betrachters abhängen, ob er Nachfragemacht spiegelbildlich oder großzügiger als Angebotsmacht beurteilt. Sieht der Betrachter den Schutzzweck des Kartellrechts darin, unmittelbar die Endverbraucher in ihrer Wohlfahrt zu stärken, werden potentiell und kurzfristig positive Auswirkungen auf die nachgelagerten Konsumenten zu einer positiven Einschätzung von Nachfragemacht führen. Fühlt sich der Betrachter eher dem Schutz des Wettbewerbsprozesses und damit der nur mittelbaren Steigerung der Konsumentenwohlfahrt verpflichtet, wird er einen „zumindest spiegelbildlichen“

2. Kapitel: Ökonomische Auswirkungen von Nachfragemacht

Maßstab an Nachfragemacht anlegen. Dieser Weg versucht, eine Vermachtung von Märkten zu verhindern. Die Ökonomie kann eine normative Entscheidung über den Schutzzweck des Kartellrechts also nicht ersetzen.

3. Kapitel: Normative Wertungen des Kartellrechts

In der ökonomischen Betrachtung kommt die Arbeit zu dem Ergebnis, dass Nachfragemacht nicht eindeutig zu positiven Auswirkungen auf Verbraucher führt. Die ökonomischen Funktionen von Nachfragemacht können die in mehreren Fallgruppen erörterte asymmetrische Bewertung von Beschaffungsmärkten also nicht erklären.

In diesem Kapitel untersucht die Arbeit nun, ob die normativen Grundlagen des Kartellrechts die Ungleichbehandlung von Anbietern und Abnehmern begründen können. Die normativen Grundlagen eines Rechts sind die gesetzgeberischen Wertungen, welche Ziele und welcher Zweck einem Gesetz zugrunde liegen. Sie lassen sich im Wege der Auslegung der einzelnen Normen nach Wortlaut und vor allem nach der gesetzgeberischen Intention ermitteln.⁷⁴⁷

Folgende Forschungsfrage liegt dieser Darstellung zugrunde: Begründen die normativen Grundlagen des Kartellrechts einen Schutzzweck, der zu einer asymmetrischen Beurteilung von Angebots- und Nachfragemärkten führt?

Die Arbeit beantwortet diese Frage, indem sie zunächst die Zielsetzung zwischen Effizienzförderung und Schutz des Wettbewerbsprozess abgrenzt. Dann zeigt sie, dass das Kartellrecht beiden Wertungen dienen muss und dies unter bestimmten Umständen auch kann. Effizienz und Wettbewerb muss im Lieferantenschutz kein Widerspruch sein. Zuvor geht sie darauf ein, ob das Kartellrecht überhaupt den Nachfragewettbewerb schützt. Diese Diskussion scheint angesichts des klaren Wortlauts der Normen überflüssig, es lassen sich dennoch aus ihr einige interessante Aspekte ableiten. Nur insoweit geht die Arbeit auf diese an sich überkommene Diskussion ein.

747 Vgl. dazu kritisch *Köhler*, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, 1977, S. 48.

A) Kartellrechtlicher Schutz des Nachfragewettbewerbs

Zunächst geht die Arbeit knapp darauf an, dass das Kartellrecht in seiner Gesamtheit grundsätzlich den Nachfragewettbewerb schützt.

I. Bedeutung von Nachfragewettbewerb

Spiegelbildlich zum Anbieterwettbewerb, der ein Bestreben der Marktteilnehmer erfasst, gegenüber den anderen zum Geschäftsabschluss zu kommen, bedeutet Nachfragewettbewerb, dass die Beschaffer um eine vorrangige Belieferung zu möglichst günstigen Konditionen miteinander konkurrieren.⁷⁴⁸

II. Nachfragewettbewerb als Schutzzweck des Kartellrechts

Normativ ergeben sich keine Zweifel daran, dass das Kartellrecht nicht nur den Angebots-, sondern auch den Nachfragewettbewerb schützt. Wie die europäischen Normen in beide Richtungen offen formuliert sind, sind dies auch die nationalen.

Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV schützt den Wettbewerb vor der unmittelbaren oder mittelbaren Festsetzung der Ankaufspreise. Dem Lieferanten würden im Falle eines Nachfragerkartells zwar mehrere Nachfrager gegenüberstehen. Wenn diese die Ankaufspreise absprechen, ist es ihm aber nicht mehr möglich, über den Preis als Kernparameter zu verhandeln. Weiterhin schützt lit. c die „Märkte oder Versorgungsquellen“ vor einer Aufteilung. Die Aufteilung der Märkte bezieht sich auf die nachgelagerten Absatzmärkte. Die Aufteilung der Versorgungsquellen meint die Beschaffungsmärkte.

748 Nachfragewettbewerb ist das Bestreben von Personen, bei der Nachfrage nach Gütern oder Dienstleistungen anstelle der Mitbewerber dadurch zum Geschäftsabschluss mit dem Anbieter zu kommen, dass sie diesem eine besonders günstige Gegenleistung in Aussicht stellen, vgl. *Beuthien*, *Der Betrieb* 1977, Beilage Nr. 5, 1, 5.

Das Verbot der Aufteilung der Versorgungsquellen dient zum einen dem Schutz des Nachfragewettbewerbs auf vorgelagerten Märkten.⁷⁴⁹ Zum anderen sichert es im Falle vertikaler Absprachen zwischen Lieferant und Nachfrager auch außenstehenden Nachfragern den Zugang zum Beschaffungsmarkt. Mit dem Zugang alternativer Nachfrager zum Beschaffungsmarkt korrespondiert unmittelbar eine Absatzchance des Lieferanten. Generell sind die Absatzmöglichkeiten des Lieferanten und für Nachfrager offen gehaltene Beschaffungsmärkte zwei Seiten einer Medaille.

Ebenso ist Art. 102 AEUV auf den Schutz von Beschaffungs- und Verkaufsmärkten hin formuliert, da er von „unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen“ spricht. Am deutlichsten auf einen Schutz von Lieferanten bezogen ist wohl die Fusionskontrolle. Sie beurteilt in Art. 2 FKVO Zusammenschlüsse u. a. nach den „Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, ihrem Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten“ oder der „Entwicklung des Angebots und der Nachfrage.“

Wie im europäischen Recht ist ebenso im deutschen Kartellrecht der Nachfragewettbewerb grundsätzlich geschützt. Im zwischenstaatlichen Bereich ist das nationale Kartellverbot parallel zum europäischen anzuwenden, Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003. Dieser Grundsatz der parallelen Anwendbarkeit bedeutet, dass nicht nur die Rechtsfolge identisch ist, sondern auch die Tatbestandsmerkmale in § 1 GWB wie in Art. 101 AEUV gleich ausgelegt werden.⁷⁵⁰ Darüber hinaus verfolgen beide Normen die gleichen Schutzzwecke.⁷⁵¹ Auch bei rein nationalen Sachverhalten richtet sich § 1 GWB nach einer autonomen Entscheidung des nationalen Gesetzgebers allein nach der europäischen Auslegung.⁷⁵²

Im Falle von Marktbeherrschung spricht § 19 Abs. 2 GWB von einem Missbrauch „als Anbieter oder Nachfrager.“ In § 20 Abs. 1 GWB enthält das GWB darüber hinaus einen Tatbestand, der Lieferanten vor Nachfragern schützt, die selbst nicht marktbeherrschend sind, von denen sie aber dennoch abhängig sein können. Auch die Zusammenschlusskontrolle beschränkt sich in § 36 GWB nicht auf entstehende Angebotsmacht. Der Schutz der Beschaffungsmärkte ist daher grundsätzlich in den kartellrechtlichen Normen angelegt.

749 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Stockhuber, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 101, Rn. 193.

750 Vgl. die Ausführungen zum Unternehmensbegriff auf S. 42.

751 Frankfurter Kommentar/Roth/Ackermann, Band 4, 2011, § 1 GWB, Rn. 43.

752 Vgl. oben S. 42.

Dennoch war der Schutz des Nachfragewettbewerbs lange Zeit umstritten.⁷⁵³ Die Rechtsprechung und die überwiegende Literatur haben jedoch heute keinen Zweifel daran, dass er grundsätzlich geschützt ist.⁷⁵⁴ Diese Absicht des deutschen Gesetzgebers besteht nicht erst seit der Europäisierung des Kartellrechts in Zusammenhang mit der VO 1/2003. Vielmehr findet sich schon in den Gesetzgebungsmaterialien des GWB, dass „Verträge und Beschlüsse auf der Nachfrageseite [...] ebenso unter die grundsätzliche Regel des § 1 fallen [können] wie Verträge und Beschlüsse auf der Angebotsseite.“⁷⁵⁵

III. Eigenständiger Schutz des Nachfragewettbewerbs

Über den grundsätzlichen Schutz des Nachfragewettbewerbs hinaus stellt sich die Frage, ob das Kartellrecht den Nachfragewettbewerb als einen eigenständigen Prozess schützt oder ihn nur in Zusammenhang mit einem nachgelagerten Angebotswettbewerb erfasst.

Köhler hat in seiner Habilitationsschrift 1977 noch fünf Ansichten über das Bestehen von Nachfragewettbewerb erläutert und diskutiert.⁷⁵⁶ Heute stellen sich verschiedene Ansichten über Schutz und Existenz des Nachfragewettbewerbs weniger dogmatisch dar. Immerhin wird die Existenz eines Nachfragewettbewerbs heute nicht mehr bestritten, wohl aber sein eigenständiger Schutz. Auch über die Intensität seines Schutzes, als konsumentenwohlfschädlich und daher beschränkbar oder eher als spiegelbildlich zum Angebotswettbewerb, herrscht keine Einigkeit.⁷⁵⁷ Insofern ist

753 Vgl. Immenga/Mestmäcker/Zimmer, GWB, 2014, § 1, Rn. 119 f. m.w.N.

754 Frankfurter Kommentar/Roth/Ackermann, Band 4, 2011, § 1 GWB, Rn. 7; Immenga/Mestmäcker/Zimmer, GWB, 2014, § 1, Rn. 120 f.

755 Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen II. Kartellverträge und Kartellbeschlüsse (§§ 1-14), zu § 1, abgedruckt in WuW 1957, 40, 65 [Zusatz des Verfassers].

756 *Köhler*, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, 1977, S. 22 ff.

757 Mit dem Hinweis, dass die Bedeutung des Nachfragewettbewerbs und die Voraussetzungen seiner Beschränkung nicht abschließend geklärt sind, vgl. Frankfurter Kommentar/Roth/Ackermann, Band 2, 2009, Art. 81 Abs. 1 Grundfragen, Rn. 260; ebenso Keßler, WuW 2002, 1162 f.; zu weiteren spezifischen Ungleichbehandlungen von Anbietern gegenüber Nachfragern im Kartellrecht vgl. Frankfurter Kommentar/Roth/Ackermann, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 261.

die Frage nach dem Schutz des Nachfragewettbewerbs, so altmodisch sie erscheinen mag, in einigen Fallgruppen hochaktuell.

1. Zweifelhafte Existenz eines Nachfragewettbewerbs

In den 1960er-Jahren bestritt *Plassmann*, dass Nachfrager in der gleichen Art Wettbewerb wie Anbieter stünden.⁷⁵⁸ Er argumentierte, dass Nachfrager ohne Rücksicht auf ihre Mitbewerber Waren beschafften und nicht wegen konkurrierender Nachfrager etwa bereit wären, höhere Preise zu bezahlen. Zudem verbliebe Nachfragern in ihren Geschäftsbeziehung im Einkauf keine Gestaltungsmacht, da die Anbieter die Bedingungen diktieren und die Nachfrager dem nur zustimmten oder es ablehnten.⁷⁵⁹

Diese Ansicht ist mittlerweile faktisch wie rechtlich überholt. Es genügt der Hinweis auf den US-amerikanischen *Weyerhaeuser*-Fall, in dem der mächtige Nachfrager gerade in Hinblick auf seine Konkurrenten höhere Beschaffungspreise bezahlt hat (*predatory bidding*), um den Konkurrenten die Rohstoffbeschaffung zu erschweren. Die Warenbeschaffung ist also nicht nur ein neutraler Vorgang, um nachgelagert in Wettbewerb zu treten, sondern entfaltet ein eigenständiges Gewicht. Die Eigenständigkeit des Nachfragewettbewerbs zeigt sich bereits daran, dass die Beschaffungsmärkte keineswegs mit den Verkaufsmärkten übereinstimmen müssen. Gerade in der Landwirtschaft sind die Beschaffungsmärkte regional geprägt (z. B. Rohmilch, Schweine oder Erlenstämme im Nordosten der USA), die nachgelagerten Verkaufsmärkte der verarbeiteten Waren (z. B. Milchprodukte, Schinken, verarbeitetes Holz) sind hingegen zumindest national gezogen. Daher sind die Mitbewerber des nachgelagerten Verkaufsmarktes nicht unbedingt die Mitbewerber in der Beschaffung. Hier können personelle Unterschiede liegen. Auch kann die Wettbewerbsintensität zwischen Einkauf und Verkauf differieren. Während auf einem nationalen Markt möglicherweise ein Wettbewerb funktioniert, können einzelne Marktteilnehmer auf regionalen Beschaffungsmärkten monopsonistisch auftreten.

Auch ist es angesichts einzelner von Nachfragemacht geprägter Sektoren offensichtlich, dass nicht überall die Lieferanten die Geschäftsbedin-

758 *Plassmann*, JZ 1968, 81, 86.

759 *Plassmann*, JZ 1968, 81, 86.

gungen diktieren, sondern eher die Nachfrager, so z. B. im Lebensmittelhandel oder in der Automobil-Zulieferindustrie.

Rechtlich spricht bereits die klare Gesetzeslage in Art. 101 AEUV und auch die Gesetzesintention des § 1 GWB dafür, dass das Kartellrecht einen eigenständigen Nachfragewettbewerb kennt und schützt.

2. Fikentschers Streben nach Wirtschaftserfolg

Fikentscher erkennt in seiner weit verbreiteten Definition des Wettbewerbs an, dass ein Nachfragewettbewerb existiert:⁷⁶⁰

Wettbewerb ist das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch Inaussichtstellen günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen.

Im Sinne dieser Definition besteht zweifellos bei einem knappen Warenangebot ein eigenständiger Nachfragewettbewerb.⁷⁶¹ Dort werden die Nachfrager danach streben, überhaupt die knappen Güter zu erhalten, indem sie höhere Preise zu zahlen bereit sind.

Umstritten war, ob auch im Falle eines Warenüberangebotes, wie es üblicherweise in Deutschland herrscht, ein Nachfragewettbewerb existiert.⁷⁶² In der Regel ist heute das Warenangebot nicht knapp, sondern steht im Überfluss bereit, z. B. im Handel. Die Lieferanten werden eher versuchen müssen, um Nachfrage zu kämpfen. Bei grundsätzlich knapper Nachfrage konkurrieren die Nachfrager also nicht um die Belieferung als solche, da es in der Regel mehr Waren als Abnehmer gibt. Die Nachfrager konkur-

760 *Fikentscher*, WuW 1961, 788, 798, die in der aktuellsten verbesserten Version (*Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, Band II, 1983, S. 194 f.) lautet:

Wirtschaftlicher Wettbewerb ist das selbständige, nicht notwendig intensive oder effiziente, vielmehr zielloffene Streben, sich aktuell oder potentiell zumindest objektiv im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch Inaussichtstellen günstiger erscheinender oder (im Falle bloßen Wettbewerbsdrucks) vom Markt genommener Geschäftsbedingungen.

761 *Köhler*, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, 1977, S. 25.

762 Vgl. *Klawitter*, BB 1985, 1093, 1096; vgl. auch KG Berlin, Beschluss vom 16.06.1982, Az. Kart. 7/82, WuW/E OLG 2745, 2751 – *HFGE*.

rieren vielmehr um besonders attraktive Konditionen für eine Belieferung. In der Literatur haben sich die Begriffe des Warenwettbewerbs auf Verkaufsmärkten und des Konditionenwettbewerbs auf Beschaffungsmärkten herausgebildet.⁷⁶³

Diese Differenzierung einer Konkurrenz auf Verkaufsmärkten, überhaupt etwas abzusetzen, und auf Nachfragemärkten, um günstige Konditionen zu streiten, besteht nur scheinbar. Tatsächlich spielt es nur eine Rolle für die Intensität des Wettbewerbs, ob ein Überangebot an Beschaffungsmöglichkeiten oder knappe Vertriebschancen bestehen. Der Wettbewerb als solcher um Preis, Menge und Qualität besteht auf vorgelagerten wie nachgelagerten Märkten.⁷⁶⁴ Der Unterschied liegt darin, dass bei einem Überangebot die Anbieter in einer unterlegenen Verhandlungsposition sind, bei einem Mangelangebot die Nachfrager. An grundsätzlichen Wettbewerbsbedingungen ändert sich jedoch nichts. Auch der Konditionenwettbewerb ist ein Wettbewerb um die Ware zu einem bestimmten Preis.⁷⁶⁵

Daher sind Stimmen, die Bedenken an einem spiegelbildlichen Schutz des Nachfragewettbewerbs hegten,⁷⁶⁶ mittlerweile verstummt. Heute ist der gesetzlich intendierte grundsätzliche Schutz des Nachfragewettbewerbs in Literatur und Praxis unumstritten.⁷⁶⁷

3. Spiegelbildlicher Schutz des Nachfragewettbewerbs zum Angebotswettbewerb

Der spiegelbildliche Schutz von Nachfrage- und Angebotswettbewerb, wie ihn diese Arbeit als Schutz der Marktgegenseite fordert, wurde bereits in den frühen 1970er-Jahren vertreten. Spiegelbildlich zu Anbietern, die

763 *Klawitter*, BB 1985, 1093, 1096; vgl. auch KG Berlin, Beschluss vom 16.06.1982, Az. Kart. 7/82, WuW/E OLG 2745, 2751 – *HFGE*.

764 Einer älteren Ansicht von *Wendland*, WuW 1983, 357, 361, das Bemühen um vorteilhafte Einkaufsbedingungen erfolge nur aus Eigennutz und sei daher nicht wettbewerblich veranlasst, kann nicht gefolgt werden. Denn Eigennutz und wettbewerbliches Streben schließen sich nicht aus, sondern ergänzen sich; so auch *Scheufele*, BB 1973, Beilage 4 zu Heft 9, 9.

765 *Klawitter*, BB 1985, 1093, 1096.

766 So z. B. *Klawitter*, BB 1985, 1093, 1098; *Beuthien*, Der Betrieb 1977, Beilage Nr. 5, 1, 5; *Scheufele*, BB 1973, Beilage 4 zu Heft 9, 9.

767 *Immenga/Mestmäcker/Zimmer*, GWB, 2014, § 1, Rn. 120 f.

nach Absatzvorteilen streben, bemühen sich Abnehmer um Beschaffungsvorteile, also möglichst günstige Einkaufsbedingungen.

Köhler kritisiert an diesem spiegelbildlichen Schutz, dass der Begriff „günstige Einkaufsbedingung“ zweideutig sei.⁷⁶⁸ So würden Nachfrager auf einer Auktion versuchen, sich zu überbieten, während im Handel die Nachfrager beispielsweise möglichst wenig bezahlen möchten. Ebenso sei es denkbar, dass Nachfrager, um einen geringeren Preis zu bezahlen, auch eine schlechtere Qualität akzeptierten. Dies seien dann nicht mehr unbedingt die „günstigen Einkaufsbedingungen“.

Zu dieser Kritik des spiegelbildlichen Schutzes ist zu bemerken, dass „günstig“ nicht nur als „billig“ im Sinne von „weniger“ zu verstehen ist. Vielmehr bedeutet „günstig“ auch, etwas zu vergleichsweise besseren Bedingungen als die Mitbewerber zu erhalten. Das kann einerseits eben eine hinnehmbare Qualitätseinbuße bei niedrigerem Preis sein oder ein höherer Preis bei gleicher Qualität, wenn Mitbewerber noch höhere Preise zu tragen haben. Der teurere Preis ist dann immer noch günstig im Vergleich zu den übrigen Nachfragern.

Außerdem hat das Streben um die Marktgegenseite im Wettbewerb nicht nur eine objektive, sondern auch eine subjektive Seite. So bedeutet „günstig“ nicht nur objektiv bessere Bedingungen als der Durchschnitt, also der Wettbewerbspreis, sondern auch subjektiv zufriedenstellende Konditionen.

In einer Auktion, bei der die Nachfrager nach einem höheren Preis streben, ist eher der subjektiv günstige Einkauf ausschlaggebend. Das Auktionsergebnis ist mit einem (zugegeben hypothetischen) Gleichgewichtspreis zu vergleichen. Dieser lässt sich freilich, wenn überhaupt nur unter großem Aufwand objektiv ermitteln. Ob der Zuschlag günstig ist, richtet sich in der Regel also nach der subjektiven Einschätzung des Bieters. Im Falle von Sammlerstücke ist darüber hinaus ein individuelles Affektionsinteresse zu berücksichtigen. Die Geschäftsbedingungen sind in einer Auktion nur dann nicht günstig, wenn der Zuschlag oberhalb des Gleichgewichtspreises liegt. Ob sich eine Auktion nun von unten nach oben bewegt (gegenseitiges Überbieten), eine sog. Auktion durch Zeitablauf endet oder sich von oben nach unten bewegt (gegenseitiges Unterbieten, z. B. *Kaufdown*), ist nur ein unterschiedliches Geschäftsmodell. Der Anbieter erspart sich individuelle Verhandlungen, während der Nachfrager sich

768 *Köhler*, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, 1977, S. 31.

wähnt, ein Schnäppchen zu machen. Bei Auktionen, das ist *Köhler* zuzugeben, kennt der Nachfrager in der Regel nicht den Gleichgewichtspreis eines klassischen Wettbewerbs. Er ist aber dennoch versucht, selbst im Auktionsmodell des gegenseitigen Überbietens, ein Schnäppchen zu machen, also günstige Einkaufsbedingungen zu erhalten. Auch wenn sich die Bieter bei einer Auktion also gegenseitig überbieten, so strebt doch jeder für sich nach einem guten Geschäft, nach günstigen Geschäftsbedingungen. Sobald für den Bieter der aufgerufene Preis nach seiner subjektiven *ad hoc* Einschätzung nicht mehr günstig ist, wird er die Auktion verlassen.

4. Exkurs zu FENIN

Warum enthält und führt die Arbeit diese – in Teilen rechtsgeschichtliche – Diskussion aus der deutschen Kartellrechtswissenschaft? Scheint heute der gleichberechtigte Schutz des Nachfragewettbewerbs im Rahmen des Wettbewerbsprozesses weitestgehend akzeptiert, so zeigt insbesondere die *FENIN*-Rechtsprechung argumentative Parallelen zur eben geführten Diskussion um den Schutz des Nachfragewettbewerbs. Gerade der Unternehmensbegriff im Sinne dieser Rechtsprechung relativiert den propagierten Schutz des Nachfragewettbewerbs.⁷⁶⁹

In *FENIN* beschäftigte sich der EuGH mit dem Unternehmensbegriff des Kartellrechts und insbesondere mit dessen Merkmal der wirtschaftlichen Tätigkeit:

1. Die Beschaffungstätigkeit erfolge nur dann unternehmerisch, wenn auch die Verwendung der nachgefragten Produkte einer wirtschaftlichen und nicht einer hoheitlichen Tätigkeit zugeordnet werden könne.⁷⁷⁰
2. Eine wirtschaftliche Tätigkeit liege erst dann vor, wenn die Güter auf einem bestimmten Markt angeboten würden.⁷⁷¹
3. Die unternehmerische Nachfragetätigkeit hänge akzessorisch mit dem Anbieten von Waren oder Dienstleistungen zusammen.⁷⁷²

769 Vgl. Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 260.

770 EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 25).

771 EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 25).

772 EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 25).

Der EuGH verneint also, ein eigenständiges Nachfragen als wirtschaftliche Tätigkeit zu qualifizieren. Auf diese Weise wird selbständigen Nachfragemärkten der kartellrechtliche Schutz entzogen, wenn ihre Güter nicht nachgelagert angeboten werden, wie der Sachverhalt von *FENIN* zeigte. Der EuGH verweigert Nachfragemärkten also unter gewissen Umständen eine selbständige kartellrechtliche Relevanz.

In dieses Horn, die wettbewerbliche Bedeutung von Nachfragemärkten nur akzessorisch in nachgelagerten Angebotsmärkten zu erkennen, stößt die oben dargestellte Diskussion der 1980er-Jahre in Deutschland. Ihr Anlass war ein Urteil des KG Berlin aus dem Jahre 1982 zum Verstoß einer Einkaufsgemeinschaft gegen das Kartellverbot nach § 1 GWB.⁷⁷³ Dieses Urteil erging weder zum Missbrauchsverbot noch zum Unternehmensbegriff. Dennoch ist die Diskussion über *FENIN* (EuGH) und *HFGE* (KG Berlin) insoweit vergleichbar, als es um das Bestehen eines eigenständigen Nachfragewettbewerbs geht.

Klawitter beschreibt seinen Standpunkt deutlich, in dem er einen eigenständigen Schutz des Nachfragewettbewerbs ablehnt:⁷⁷⁴

Fehlt zwischen den Einkäufern eine aktuelle oder auch nur potentielle Wettbewerbsbeziehung [auf nachgelagerten Verkaufsmärkten], so ist deren Einkaufsverhalten insoweit in der Tat nicht wettbewerblich veranlasst. Dem Händler in München ist es gleichgültig, zu welchen Konditionen der Händler in Flensburg seine Einkäufe tätigt, solange beide ihr Erfolgsbemühen nicht an demselben Adressatenkreis ausrichten.

Klawitter differenziert hinsichtlich eines relevanten Nachfragewettbewerbs, ob die Nachfrager auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt Konkurrenten sind. Nur dann könnten sich gute Konditionen in der Beschaffung auf die nachgelagerte Wettbewerbsbeziehung auswirken.⁷⁷⁵ Der Nachfragewettbewerb sei bloß eine Funktion des Absatzwettbewerbs. *Klawitter* verneint einen eigenständigen wettbewerblich relevanten Nachfragemarkt, wie ihn auch der EuGH in *FENIN* nur akzessorisch zu nachgelagerten Verkaufsmärkten schützen will. Seiner Ansicht nach verbleibe in *HFGE* als alleiniger kartellrechtlicher Angriffspunkt nicht die Nachfragebeschränkung, sondern eine zu prüfende Beschränkung des Anbieterwettbe-

773 KG Berlin, Beschluss vom 16.06.1982, Az. Kart. 7/82, WuW/E OLG 2745, 2751 – *HFGE*.

774 *Klawitter*, BB 1985, 1093, 1098; inhaltlich übereinstimmend *Beuthien*, Der Betrieb 1977, Beilage Nr. 5, 1, 5 f.

775 *Klawitter*, BB 1985, 1093, 1098.

werbs.⁷⁷⁶ Diese, wenn auch nicht ausschließliche Funktion des Nachfragewettbewerbs für den späteren Absatzwettbewerb, vertritt auch *Köhler* für den Fall, dass die im Einkauf rivalisierenden Unternehmen auch im Verkauf Konkurrenten sind.⁷⁷⁷

Das KG Berlin stellte jedoch 1982 klar, dass es den Beschaffungsmarkt separat vom Angebotsmarkt schütze.⁷⁷⁸ Letztendlich kommt es zu dem Schluss, dass das Kartellverbot in § 1 GWB das Ziel verfolge, die Freiheit des Wettbewerbs für alle Marktbeteiligten zu gewährleisten. Für eine unterschiedliche Betrachtung von Anbieter- und Bezugsseite sieht das Gericht keine Veranlassung.⁷⁷⁹

Die Diskussion um einen selbständigen oder nur akzessorischen Schutz von Beschaffungsmärkten gehört in der deutschen Kartellrechtswissenschaft also schon zu den Klassikern. Die damalige Diskussion ist heute noch wertvoll, da das KG Berlin sich von marktwirtschaftlichen Fakten überzeugen ließ: Ein Nachfragemarkt sei selbständig vom Kartellrecht zu schützen, weil dort Wettbewerb herrsche; in Form des Nachfragewettbewerbs.⁷⁸⁰ Die einzelnen Nachfrager konkurrierten – unabhängig von einem Angebotsüberhang – um attraktive Einkaufsbedingungen. Damit herrsche auf einem Nachfragemarkt, unabhängig davon was mit den Waren passiere, Wettbewerb. Auch ein Nachfrager, der die Waren nicht wirtschaftlich weitervertreibe, werde sich um gute Einkaufskonditionen bemühen, so wie auch der vernünftige konsumierende Endverbraucher stets das für ihn in der persönlichen Zusammenstellung günstigste Angebot wählen werde. Ein einfaches, aber doch bestechend klares Argument.

776 *Klawitter*, BB 1985, 1093, 1098 f.

777 *Köhler*, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, 1977, S. 31 f.

778 KG Berlin, Beschluss vom 16.06.1982, Az. Kart. 7/82, WuW/E OLG 2745, 2751 – *HFGE*:

Die Beteiligung am Gemeinschaftseinkauf [...] führt zwangsläufig zu einem Wegfall des Wettbewerbs unter den Gesellschaftern auf der ihnen allen zugänglichen Bezugsebene.

779 KG Berlin, Beschluss vom 16.06.1982, Az. Kart. 7/82, WuW/E OLG 2745, 2751 – *HFGE*.

780 Das KG Berlin verwendet den Begriff des „Konditionenwettbewerbs“, KG Berlin, Beschluss vom 16.06.1982, Az. Kart. 7/82, WuW/E OLG 2745, 2751 – *HFGE*; vgl. auch *Schulte*, WRP 1983, 24, 25.

Welche Auswirkungen zeigt diese zeitversetzt am KG Berlin und dem EuGH geführte Diskussion über den eigenständigen Schutz von Beschaffungsmärkten?

Ein nur akzessorischer Schutz des Nachfragewettbewerbs widerspricht dem von § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV intendierten Schutzzweck, den Wettbewerbsprozess zu bewahren. Ein Wettbewerbsprozess besteht aus funktionierenden Auswahlprozessen. Das bedeutet wiederum, dass Anbieter und Nachfrager eine Wahl haben müssen, mit wem sie Geschäfte schließen. Diese Auswahl ist aber nicht auf nachgelagerte Verkaufsmärkte beschränkt, sondern umfasst jede Marktstufe. Schon im Interesse einer qualitativen und innovatorischen Produktentwicklung ist es wesentlich, den Wettbewerb dort wirken zu lassen, wo die Innovationen entstehen. Zwar vermag auch ein nachgelagerter Wettbewerbsdruck auf vorgelagerte Entwicklungsstufen durchzuschlagen. Wo jedoch die Marktbeteiligten vorgelagert keine Auswahl haben, haben sie auch keinen Anreiz, sich im Angebots- oder Nachfragewettbewerb durchzusetzen.

Angebots- und Nachfragewettbewerb brauchen nicht unterschiedlich behandelt zu werden. Das Kartellverbot sieht das im Wortlaut nicht vor. Auch lässt sich ein Warenwettbewerb im Verkauf vom Konditionenwettbewerb in der Beschaffung nicht trennen. Trotz eines in der Regel bestehenden Angebotsüberhangs konkurrieren die Marktbeteiligten um diverse Wettbewerbsparameter; im Falle des Angebotsüberhangs nur aus einer schwächeren Verhandlungsposition heraus.

Das KG Berlin hat *HFGE* in diesem Sinne also richtig entschieden, als es für einen eigenständigen Schutz des Nachfragewettbewerbs eingetreten ist.

Der EuGH hat in *FENIN* die Definition einer kartellrechtlich relevanten wirtschaftlichen Tätigkeit auf das Anbieten von Waren beschränkt. Vorgelagerte Anbieter hat er damit einem kartellrechtlich nicht kontrollierbaren Nachfragerverhalten ausgesetzt.

B) Schutz des Wettbewerbsprozesses

Welchen Zweck verfolgt das Kartellrecht? Der EU-Vertrag hält ein ganzes Bündel wirtschafts-, gesellschafts- und sozialpolitischer Ziele bereit, denen das Kartellrecht potentiell dienen könnte. Sie reichen von der Ver-

wirklichung eines Binnenmarktes bis zur Vollbeschäftigung.⁷⁸¹ Die industriepolitische Dimension der wettbewerbsfähigen Marktwirtschaft in Europa ergänzt das GWB mit dem Schutz mittelständischer Unternehmen. Diese unzähligen Einzelziele lassen sich in zwei Komplexe gliedern: ergebnisorientierte ökonomische Vorteilhaftigkeit und strukturorientierter Wettbewerbsprozess.

I. Zunächst Schutz eines Systems Wettbewerb

Das deutsche und europäische Kartellrecht orientieren sich weitestgehend parallel in Richtung marktbezogener Wettbewerbsprozesse. Angesichts eines unterschiedlichen Ursprungs und abweichender Auslegungstradition sind sie dennoch separat darzustellen.

1. Europa

Die Ziele des europäischen Kartellrechts ergeben sich aus den Verträgen.

a) Übergreifender Schutzzweck der Wettbewerbsregeln

Die EU errichtet einen Binnenmarkt und eine Wirtschafts- und Währungsunion, Art. 3 Abs. 3 und 4 EUV. Der Binnenmarkt ist nach Art. 26 Abs. 2 AEUV ein Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Gemeinsam mit den Grundfreiheiten prägen die Wettbewerbsregeln die marktwirtschaftliche Wirtschaftsverfassung der Union.⁷⁸² Der Binnenmarkt verbietet neben den unternehmerischen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartell-

781 Vgl. ausführlich zu den Zieloptionen MüKo/Kerber/Schwalbe, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 131 ff.; vgl. zu den weiteren (selten genannten) Zielen Parret, in: Zimmer (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 61, 69 ff.; für eine ausschließlich wirtschaftliche Orientierung der Wettbewerbspolitik Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1966, S. 13.

782 Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Einl. EU B, Rn. 19; Parret, in: Zimmer (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 61, 65; vgl. zur Wirtschaftsverfassung auch Art. 173 AEUV, der die Voraussetzungen für die Wettbewerbsfähigkeit der Industrie gewährleistet. Er versichert in Abs. 3, dass auf

recht) auch die staatlichen Handelshemmnisse (Grundfreiheiten) und geht somit über einen isolierten Wettbewerbsprozess hinaus. Insofern ist der kartellrechtlich gewährleistete Wettbewerbsprozess nicht synonym mit dem Binnenmarkt, sondern nur ein Teil davon. Genauer gesagt ist der Wettbewerbsprozess nur das Instrument, um den Binnenmarkt zu errichten und gegen Beschränkungen zu schützen. Nachdem der Vertrag bereits die staatlichen Handelshemmnisse verboten hat, geht es ihm darum, dass private Absprachen diese staatlichen Beschränkungen nicht ersetzen, um einen echten Binnenmarkt zu erreichen.

Ex-Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV bestimmte, dass der Binnenmarkt durch ein System des unverfälschten Wettbewerbs zu schaffen sei. Dieses Wettbewerbssystem stellt also ein Mittel dar, um einen darüber hinausgehenden Zweck – den Binnenmarkt – zu erreichen.⁷⁸³ Im Vertrag von Lissabon ist diese Textfassung ersatzlos gestrichen und in das Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb aufgenommen worden.⁷⁸⁴ Das Protokoll hat dieselbe Verbindlichkeit wie die beiden Verträge; es ist nach Art. 51 EUV Bestandteil der Verträge. Gleichwohl lässt sich eine zumindest symbolische Abwertung des Systems des unverfälschten Wettbewerbs nicht leugnen. Dennoch bleibt das Ziel, einen Binnenmarkt festzulegen, in Art. 3 Abs. 3 EUV primärrechtlich verankert, allerdings als Zuständigkeitsnorm und nicht als eigenständiges Vertragsziel, und auch in Art. 352 AEUV.

Die darauf folgende Diskussion, ob mit dieser Wortlautänderung auch eine substantielle Schutzzweckänderung einhergeht, ist sich weitgehend

Grundlage des Titel XVII – Industrie – keine Maßnahme eingeführt werde, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen könnte.

783 Vgl. EuGH, Urteil vom 16.09.2008, Rs. C 468/06 – *Sot. Lélos kai Sia*, Slg. 2008, I-7139 (Tz. 66).

784 Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABl. 2007 Nr. C 306/156.

einig, dass der Wettbewerb nach wie vor ein Ziel an sich sei.⁷⁸⁵ Der EuGH und der BGH bestätigten diese Ansicht.⁷⁸⁶

Daher ist davon auszugehen, dass das Kartellrecht weiterhin ein System des unverfälschten Wettbewerbs aufrechterhalten will. Das bedeutet, dass weder staatliche noch willkürliche private Eingriffe den Binnenmarkt lenken dürfen, sondern allein die autonome Entscheidung der am Markt beteiligten Unternehmen koordiniert den Wettbewerbsprozess.⁷⁸⁷ Dem Kartellrecht geht es also darum, diesen Wettbewerbsprozess vor Eingriffen von Unternehmen, die der Wettbewerbsordnung widersprechen, zu schützen. Auch der EuGH bestätigt in seiner jüngeren Rechtsprechung erneut ausdrücklich den Institutionsschutz des Kartellrechts, der jedoch einen Individualschutz der Marktbeteiligten nicht ausschließt.⁷⁸⁸

Art. 81 EG [ist], wie auch die übrigen Wettbewerbsregeln des Vertrags, nicht nur dazu bestimmt, die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher zu schützen, sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen.

785 Zur gesamten Diskussion vgl. *Drexler*, in: *von Bogdandy/Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, S. 905, 908 ff. Nach *Langen/Bunte/Nothdurft*, *Deutsches Kartellrecht*, 2014, § 19, Rn. 24 bleibt die Streichung des Art. 3 lit. g EG jedenfalls ohne Auswirkung auf das nationale Recht, selbst wenn sie auf europäischer Ebene welche hätte. Für einen unveränderten Schutz des Wettbewerbes sprechen sich aus *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Jung*, *Das Recht der Europäischen Union*, 2016, Art. 102 AEUV, Rn. 6; *Immenga/Mestmäcker*, *EU-Wettbewerbsrecht*, 2012, Einl. EU B, Rn. 17; *Behrens*, *EuZW* 2008, 193. Für eine mögliche Schwächung des Wettbewerbsprinzips vgl. *Riley*, *ECLR* 703 ff. (2007); *Basedow*, *EuZW* 2008, 225. Zur Diskussion des Wettbewerbs in einer sozial-marktwirtschaftlichen Dimension vgl. *Immenga/Mestmäcker*, *EU-Wettbewerbsrecht*, 2012, Einl. EU B, Rn. 20; ebenso auch *Immenga/Mestmäcker/Emmerich*, *EU-Wettbewerbsrecht*, 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 3; *Immenga/Mestmäcker/Fuchs/Möschel*, *EU-Wettbewerbsrecht*, 2012, Art. 102 AEUV, Rn. 1; *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Schuhmacher*, *Das Recht der Europäischen Union*, 2016, Art. 101, Rn. 8.

786 EuGH, Urteil vom 17.02.2011, Rs. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011, I-527 (Tz. 20); EuGH, Urteil vom 17.11.2011, Rs. C-496/09, *Kommission/Italien*, Slg. 2011, I-11483 (Tz. 60); BGH, Urteil vom 10.02.2011, Az. ZR 136/09, BGHZ 188, 326 (Rn. 33) – *Flughafen Frankfurt-Hahn*.

787 *Emmerich*, *Kartellrecht*, 2014, § 3, Rn. 2; *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Schuhmacher*, *Das Recht der Europäischen Union*, 2016, Art. 101, Rn. 9.

788 EuGH, Urteil vom 04.06.2009, Rs. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009, I-4529 (Tz. 38). Vgl. aus der Literatur *Immenga/Mestmäcker*, *EU-Wettbewerbsrecht*, 2012, Einl. EU B, Rn. 17.

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass der übergreifende Zweck der Wettbewerbsregeln darauf gerichtet ist, einen Wettbewerbsprozess zu erhalten, um einen Binnenmarkt zu errichten.

Auch in den einzelnen kartellrechtlichen Tatbeständen zeigt sich der prozessorientierte Schutzzweck des Kartellrechts.

b) Art. 101 AEUV – Kartellverbot

Dem europäischen Kartellverbot zufolge sind alle Vereinbarungen von Unternehmen verboten, die neben anderen Voraussetzungen eine Beschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes herbeiführen. Bereits der Wortlaut stellt klar, dass das Kartellverbot den Binnenmarkt zu erhalten hat durch ein System des Wettbewerbs. Erst mit dem Vertrag von Lissabon spricht das Kartellverbot vom „Binnenmarkt“ statt wie früher vom „Gemeinsamen Markt.“ Eine sachliche Änderung war damit nicht verbunden.⁷⁸⁹ Zweck des Art. 101 AEUV ist es also, den Binnenmarkt bzw. ein System des unverfälschten Wettbewerbs vor koordiniertem Verhalten einzelner Unternehmen zu schützen.

Die Effizienzeinrede des Art. 101 Abs. 3 AEUV, die als Erwägungsgrund Nr. 29 in der Fusionskontrollverordnung existiert und teilweise auch für die Missbrauchskontrolle gesehen wird, führt nicht dazu, dass die Wohlfahrtssteigerung alleiniger Schutzzweck des Kartellverbotes ist.⁷⁹⁰ Zwar schränkt die Effizienzeinrede den grundsätzlichen Schutz des Wettbewerbsprozesses ein. Doch können Effizienzen angesichts des klaren Wortlauts nur soweit berücksichtigt werden, als Wettbewerbsstrukturen erhalten bleiben. In diesem Sinne liegt in der Wohlfahrtssteigerung ein weiterer Schutzzweck des Kartellrechts, nicht jedoch der ausschließliche. Wenn die so gewährte Marktstruktur allerdings, verglichen mit einer Wettbewerbsbeschränkung, keine vergleichbare Steigerung der Konsumentenwohlfaht herbeiführt, soll diese wohlfahrtsfördernde Wettbewerbsbeschränkung gerechtfertigt sein.⁷⁹¹

789 Immenga/Mestmäcker/Emmerich, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 2.

790 Für eine Auslegung der Wettbewerbspolitik allein an Effizienzzielen Motta, Competition Policy, 2004, S. 17 ff., 30.

791 Fleischer/Zimmer, in: Fleischer/Zimmer (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008, S. 32.

c) Art. 102 AEUV – Missbrauchskontrolle

Ebenso wie die übrigen kartellrechtlichen Tatbestände schützt das Missbrauchsverbot das System des unverfälschten Wettbewerbs.⁷⁹² Es ist nicht nur durch Absprachen und koordiniertes Verhalten der Unternehmen gefährdet, sondern auch durch einseitiges Verhalten marktmächtiger Unternehmen. Das Missbrauchsverbot richtet sich nicht gegen Marktmacht als solche, sondern gegen ihr missbräuchliches Ausüben. In diesem Sinne schützt die Norm den Wettbewerbsprozess nicht allgemein vor dem Auftreten marktbeherrschender Unternehmen, sondern vor Verhaltensweisen, die durch Marktmacht erst bedingt oder hervorgerufen werden.⁷⁹³ Daraus folgt zum einen ein Schutz der Handelspartner, also der Marktgegenseite, vor der Anwendung nachteiliger Geschäftsbedingungen (Ausbeutungsmissbrauch),⁷⁹⁴ aber auch der Schutz des Restwettbewerbs im Sinne einer wettbewerblichen Marktstruktur (Behinderungsmissbrauch).

d) Verschiebung des Schutzzwecks des Missbrauchsverbots in Richtung Verbraucherwohlfahrt

Gerade mit dem Diskussions- (2005) und Prioritätenpapier (2009) zielt die Kommission darauf, den Schutzzweck der Missbrauchskontrolle verstärkt in der Verbraucherwohlfahrt zu sehen. Soweit diese Auslegung den prozessorientierten Charakter des Missbrauchsverbots beeinträchtigt, richtet

792 Zur Verwirklichung des Binnenmarktes als Regelungsziel *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 2012, S. 86 f.; Streinz/*Eilmansberger*, EUV/AEUV, 2012, Art. 102 AEUV, Rn. 4; Frankfurter Kommentar/*Wessely*, Band 3, 2005, Art. 82 Anwendungsgrundsätze, Rn. 55 ff.; kritisch *Paul*, Behinderungsmissbrauch nach Art. 82 EG und der more economic approach, 2008, S. 89 ff.; Grabitz/*Hilf/Nettesheim/Jung*, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 102, Rn. 6; EuGH, Urteil vom 14.02.1978, Rs. 27/76, *United Brands*, Slg. 1978, 207, (Tz. 63, 66); EuGH, Urteil vom 13.02.1979, Rs. 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Slg. 1979, 461 (Tz. 38, 125).

793 *Immenga/Mestmäcker/Fuchs/Möschel*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 102 AEUV, Rn. 3.

794 Vgl. zu einem möglichen Zielkonflikt von Ausbeutungsmissbrauch und Schutz des Wettbewerbsprozesses die Ausführungen zu § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB auf S. 241.

sich der EuGH klar dagegen.⁷⁹⁵ Aus diesem Grund lehnt er auch einen Verbrauchernachteil ab, der im Tatbestand der Missbrauchskontrolle nicht vorgesehen ist. Die Kommission begründet die Priorisierung der Missbrauchsverfolgung mit einem verbraucherorientierten wettbewerbspolitischen Leitbild. Sie wolle angesichts knapper eigener Ressourcen nur die unternehmerischen Sachverhalte untersuchen, die das Verbraucherwohl unmittelbar minderten.

Dieser Priorisierung kann jedoch angesichts der klaren binnenmarktorientierten Aussagen in den Verträgen nicht gefolgt werden. Der Binnenmarkt verlangt ausschließlich einen freien Wettbewerb, nicht einen freien Wettbewerb, der die Verbraucherwohlfahrt steigert. Diese Einschränkung, die als Effizienzeinrede zwar objektiv wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen rechtfertigen kann, aber nur eine Ausnahme zum grundsätzlichen Kartellverbot in Art. 101 Abs. 1 AEUV ist, beeinflusst nicht den instrumentellen Charakter des Wettbewerbsprozesses. Der Wettbewerbsprozess an sich kennt keine Lieferanten oder Verbraucher. Er braucht nur die eine Seite, die vorstößt, und die andere Seite, die auswählt.⁷⁹⁶ Terminologisch sind Anbieter und Nachfrager austauschbar und beeinflussen den Wettbewerbsprozess als solchen nicht. Die Verbraucherwohlfahrt als weitergehendes Ziel beinhaltet als Mittel den aufrechtzuerhaltenden Marktprozess. Im Übrigen sind nicht alle kartellrechtlichen Tatbestände in vergleichbarer Weise wie Art. 101 Abs. 3 AEUV formuliert, so dass sich eine allgemeine Aussage, die kartellrechtlichen Normen würden ausschließlich dem Schutz des Verbrauchers dienen, nicht aufstellen lässt.

Mit dieser Argumentation dient das Missbrauchsverbot dann nicht nur, wie die übrigen kartellrechtlichen Normen, dem Wettbewerbsprozess, sondern es ist auch ein tatbestandlicher Verbrauchernachteil abzulehnen.⁷⁹⁷ In

795 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 105); EuGH, Urteil vom 21.02.1973, Rs. C-6/72, *Continental Can*, Slg. 1973, 215 (Tz. 26); allg. zum Schutz des Wettbewerbsprozesses Langen/*Bunte*, Europäisches Kartellrecht, 2014, Einl. zum EU-Kartellrecht, Rn. 35 ff.

796 *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1988, S. 241; in diesem Sinne auch *Nihoul*, in: *Zimmer* (Hrsg.), *Goals of Competition Law*, 2012, S. 219, 225.

797 *Immenga/Mestmäcker/Fuchs/Möschel*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 102 AEUV, Rn. 6; Verbraucherinteressen werden nur indirekt über offene Märkte berücksichtigt, vgl. *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 2012, S. 92 f.

strafrechtlicher Terminologie ausgedrückt, ist das Missbrauchsverbot ein Gefährdungsdelikt, das keinen konkreten Verletzungserfolg verlangt.⁷⁹⁸

Inwiefern das Missbrauchsverbot entsprechend dem Kartellverbot rechtfertigende Effizienzerwägungen kennt, ist von dieser Schutzzweckdiskussion um den Wettbewerbsprozess zunächst unabhängig zu beurteilen. Das Kartellverbot zeigt, dass es neben dem grundsätzlich prozessorientierten Schutzzweck in einem Ausnahmetatbestand auch für Effizienzerwägungen offen ist. Ähnliches ließe sich durchaus für das Missbrauchsverbot erkennen. Auch der EuGH meint, dass das Missbrauchsverbot Effizienzerwägungen diene, aber eben nicht ausschließlich.⁷⁹⁹

e) Fusionskontrolle

Die Fusionskontrolle dient ebenso wie die übrigen kartellrechtlichen Tatbestände dem System des unverfälschten Wettbewerbs, wie der EuGH mehrfach betonte.⁸⁰⁰ Historisch trat die erste Fusionskontrollverordnung ohnehin erst am 21.09.1990 in Kraft.⁸⁰¹ Bis zu diesem Zeitpunkt richtete sich die Zusammenschlusskontrolle nach dem Kartell- bzw. Missbrauchsverbot.⁸⁰² Damit hatte der Europäische Gesetzgeber bzw. die Rechtsprechung bereits eine Grundsatzentscheidung zugunsten einer wettbewerbliehen Wirtschaftsordnung getroffen. Die Fusionskontrolle beruht also auf

798 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 107); EuGH, Urteil vom 17.02.2011, Rs. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011, I-527 (Tz. 64); wohl auch EuGH, Urteil vom 14.10.2010, Rs. C-280/08, *Deutsche Telekom*, Slg. 2010, I-9555 (Tz. 254); ein konkretes statt abstraktes Gefährdungsdelikt bejahend *Leupold*, EuZW 2011, 345, 346.

799 EuGH, Urteil vom 27.03.2012, Rs. C-209/10, *Post Denmark* (Tz. 41); EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 86); EuGH, Urteil vom 17.02.2011, Rs. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011, I-527 (Tz. 76); Frankfurter Kommentar/*Wessely*, Band 3, 2005, Art. 82 Anwendungsgrundsätze, Rn. 71.

800 EuGH, Urteil vom 21.02.1973, Rs. C-6/72, *Continental Can*, Slg. 1973, 215 (Tz. 24); Immenga/Mestmäcker/*Körber*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, FKVO, Einl., Rn. 2.

801 Fusionskontrollverordnung Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989.

802 EuGH, Urteil vom 21.02.1973, Rs. C-6/72, *Continental Can*, Slg. 1973, 215; vgl. weitergehend zur Kontrolle von Zusammenschlüssen vor 1990 durch das europäische Primärrecht Immenga/Mestmäcker/*Körber*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, FKVO, Einl., Rn. 9 ff.

den übrigen Wettbewerbsregeln, so dass sie die gleiche Zielsetzung verfolgt wie diese.⁸⁰³ Zudem greift die derzeitige FKVO (Nr. 139/2004) in ihrem Erwägungsgrund Nr. 2 auf die allgemeinen Ziele der Union zurück, wie in ex-Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV beschrieben, ein System zu errichten, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt. Im Erwägungsgrund Nr. 23 geht die Kommission selbst „von dem Erfordernis aus, im Gemeinsamen Markt wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten und zu entwickeln.“

Schließlich zeigt sich die Bedeutung funktionierenden Wettbewerbs auch an der Beurteilung von Zusammenschlüssen. Art. 2 Abs. 2 FKVO gibt als Maßstab zur Beurteilung eines Zusammenschlusses vor, dass wirksamer Wettbewerb durch den Zusammenschluss nicht erheblich behindert wird, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Die Fusionskontrolle knüpft ihre Beurteilung nicht an spezifische Marktergebnisse an, sondern an die Einschränkung des Wettbewerbs.⁸⁰⁴ Mit der Revision der FKVO im Jahr 2004 sollten zwar durch Zusammenschlüsse entstehende Effizienzen ausdrücklich berücksichtigt werden. Der Kompromiss fand sich aber so, dass es bei der grundsätzlich wettbewerbliehen Ausrichtung des Texts blieb und die Möglichkeit, Effizienzvorteile darzulegen, in Erwägungsgrund 29 Eingang fand.⁸⁰⁵

2. Deutschland

Das deutsche Recht stellt die Freiheit des Wettbewerbs in den Mittelpunkt und verfolgt damit auf den ersten Blick einen stärker individual bezogenen Ansatz als das Unionsrecht. Doch spricht der BGH von der „Freiheit des Wettbewerbs“, nicht von einer Freiheit der Wettbewerber.⁸⁰⁶ Institutions-

803 Diesen Schluss als selbstverständlich bezeichnend Immenga/Mestmäcker/Körber, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 2 FKVO, Rn. 336.

804 Schuhmacher, Effizienz und Wettbewerb, 2011, S. 203.

805 Zur wettbewerbliehen Ausrichtung der FKVO vgl. Immenga/Mestmäcker/Körber, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, FKVO, Einl., Rn. 32.

806 BGH, Urteil vom 13.07.2004, Az. KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (Rn. 44) – *Standard-Spundfass*; BGH, Beschluss vom 28.09.1999, Az. KVR 29/96, WuW/E DE-R 399 (Rn. 17) – *Verbundnetz I*; Für den Schutz des Wettbewerbs im nationalen Kartellverbot weist Zimmer auf den eindeutigen Wortlaut des § 1 GWB hin, vgl. Immenga/Mestmäcker/Zimmer, GWB, 2014, § 1, Rn. 12.

und Individualschutz sind eng miteinander verbunden, und die individuelle Handlungsfreiheit ist Voraussetzung eines freien Wettbewerbs.

Der Gesetzgeber begründete die Einführung und Änderungen des GWB immer wieder mit der Sicherung, Stärkung oder dem Erhalt des Wettbewerbsprinzips. In der Begründung zum Gesetzesentwurf des GWB findet sich, dass es Aufgabe des Gesetzgebers sei, auf Märkten mit unvollkommenem Wettbewerb darauf Bedacht zu nehmen, dass die staatliche Aufsicht in Richtung eines vollständigen Wettbewerbs wirke.⁸⁰⁷ Das Ziel der 6. GWB-Novelle lag in der „Stärkung des Wettbewerbsprinzips im Hinblick auf neue Anforderungen“⁸⁰⁸, die 7. Novelle nannte die Erhaltung und Stärkung des Wettbewerbsprinzips als wichtiges Ziel.⁸⁰⁹ Die 8. GWB-Novelle spricht weiterhin von der „Stärkung des Wettbewerbs in allen Bereichen“, ohne dabei konzeptionell etwas zu ändern.⁸¹⁰ Das allgemeine Schutzobjekt des GWB liegt in einem funktionsfähigen, wirksamen Wettbewerb, d. h. in einem Wettbewerb, der seine volkswirtschaftlichen Aufgaben möglichst gut erfüllt.⁸¹¹

Weder die deutsche noch die europäische Wettbewerbsordnung legen ihren Regelungen einen konkreten Wettbewerbsbegriff zugrunde. Dies ist angesichts des offenen Charakters der Marktprozesse wohl auch nicht möglich, tut aber der grundsätzlich prozessorientierten Ausrichtung keinen Abbruch. Es gibt keinen Unterschied zwischen mehr oder weniger schutzwürdigem Wettbewerb. Insbesondere hängt der kartellrechtliche Schutz nicht von Ergebnissen ab, sondern allein das Ereignis Wettbewerb ist geschützt.

Auf europäischer Ebene verfolgt das Kartellrecht das weitergehende Ziel, einen europäischen Binnenmarkt, gekennzeichnet durch Wettbewerb,

807 Entwurf des GWB, BT-Drucks. 02/1158 vom 22.01.1953, S. 22; vgl. *Fleischer/Zimmer*, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), *Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2008, S. 16.

808 Regierungsentwurf zur 6. GWB-Novelle, BT-Drucks. 13/9720 vom 29.01.1998, S. 1.

809 Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640 vom 12.08.2004, S. 21.

810 Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852 vom 31.05.2012, S. 1, 17.

811 Entwurf zur 2. GWB-Novelle, BR-Drucks. 265/71 vom 28.05.1971, S. 34; Entwurf des GWB, BT-Drucks. 02/1158 vom 22.01.1953, S. 21; vgl. *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Sack*, *Kartellrecht*, 2016, § 24 GWB, Rn. 61.

zu errichten.⁸¹² Dieses Ziel ist auf das nationale Kartellrecht im Sinne des Art. 23 Abs. 1 GG, dass Deutschland bei der Verwirklichung eines gemeinsamen Europas mitwirkt, zu übertragen. Hinsichtlich § 1 GWB ist in der Begründung, warum das Kartellverbot auch der Verwirklichung eines europäischen Binnenmarktes dient, zu differenzieren. In zwischenstaatlichen Sachverhalten richtet sich die Auslegung des § 1 GWB ohnehin ausschließlich nach Art. 101 AEUV. Insofern besteht kein Zweifel, dass auch das nationale Kartellverbot der Verwirklichung des Binnenmarktes dient, indem es beispielsweise den deutschen Markt vor einer Abschottung schützt.⁸¹³ Für rein nationale Sachverhalte folgt das deutsche Kartellverbot aus einer eigenen autonomen Entscheidung des Gesetzgebers ebenso dem europäischen Kartellverbot, auch wenn es nicht um eine Marktintegration gehen kann. Der deutsche Markt für sich betrachtet ist bereits integriert, d. h. ein nationaler Schutzzweck der Marktintegration käme an sich nicht in Betracht.⁸¹⁴ Dennoch folgt die Auslegung des § 1 GWB der gesetzgeberischen Entscheidung, wenn auch insoweit inkonsequent.

Die Auslegung der einzelnen kartellrechtlichen Normen entspricht dem übergeordneten allgemeinen Schutzzweck des Wettbewerbsprinzips, auch wenn im Einzelnen die Schutzzwecke der Tatbestände nicht identisch sind. Gerade das Verständnis, was mit Wettbewerb gemeint ist, kann im Kartellverbot anders als in der Missbrauchskontrolle zu verstehen sein.⁸¹⁵

a) § 1 GWB – Kartellverbot

Das nationale Kartellverbot richtet sich in seiner Auslegung ausschließlich nach Art. 101 AEUV. Im zwischenstaatlichen Bereich folgt diese Auslegung bereits aus Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003, der die parallele Anwendung

812 Vgl. in jüngerer Zeit EuGH, Urteil vom 16.09.2008, Rs. C 468/06 – *Sot. Lélos kai Sia*, Slg. 2008, I-7139 (Tz. 66); EuGH, Urteil vom 06.10.2009, Rs. C-501/06, *GlaxoSmithKline Services*, Slg. 2009, I-9291 (Tz. 63).

813 Frankfurter Kommentar, *Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1 GWB, Rn. 44.

814 Vgl. für einen solchen marktorientierten Schutzzweck Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1 GWB, Rn. 44; *Klees*, EWS 2010, 1, 6. Gegen einen Schutzzweck der Marktintegration bei rein nationalen Sachverhalten argumentieren Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/*Nordemann*, Kartellrecht, 2016, § 1 GWB, Rn. 10; Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, GWB, 2014, § 1, Rn. 16.

815 Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, GWB, 2014, § 1, Rn. 109.

von europäischem und nationalem Recht anordnet.⁸¹⁶ Im rein nationalen Bereich verbleibt zwar die Möglichkeit eines eigenständigen Schutzbereichs. Der deutsche Gesetzgeber hat sich jedoch aus eigener autonomer Entscheidung in der 7. GWB-Novelle entschlossen, das nationale Kartellverbot dem europäischen auch im nicht harmonisierten Bereich anzugleichen.⁸¹⁷ Damit bleibt der oft schwierig abzugrenzende zwischenstaatliche Bezug ohne materiellrechtliche Auswirkungen, und die Einheit des Kartellverbots, ob in nationaler oder europäischer Anwendung, bleibt gewahrt.⁸¹⁸ Doch auch schon vor der 7. GWB-Novelle verfolgten das GWB und das europäische Kartellrecht eine grundsätzlich parallele wettbewerbsorientierte Schutzrichtung.⁸¹⁹

Daher ist es nicht mehr möglich, das nationale Kartellverbot eigenständig auszulegen, der Schutzzweck folgt ausschließlich aus Art. 101 AEUV. Insofern dient das Verbot wettbewerbsbeschränkender vertikaler Vereinbarungen dazu, den Wettbewerbsprozess zu erhalten, nicht aber primär die Handlungsfreiheit der einzelnen Marktteilnehmer. Das Verbot horizontaler Beschränkungen bezweckt, Märkte offen zu halten und die Marktteilnehmer zu einer autonomen Unternehmenspolitik zu verpflichten, um der Gegenseite eine Auswahl zu eröffnen.⁸²⁰ Auch verfolgt das Kartellverbot keine weitergehenden gesellschaftspolitischen Schutzzwecke mehr, wie z. B. den politischen Prozess vor wirtschaftlichen Machtpositionen zu schützen.⁸²¹

816 MüKo/Säcker, GWB, 2015, § 130, Rn. 3; widersprechend und nach Unternehmensverhalten und Anwendungsbereich von Art. 3 VO 1/2003/§ 22 GWB differenzierend Frankfurter Kommentar, Roth/Ackermann, Band 4, 2011, § 1 GWB, Rn. 19 ff.

817 Das maßgebliche Argument liegt in der Einheit des Wettbewerbsrechts, vgl. Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640 vom 12.08.2004, S. 21; Immenga/Mestmäcker/Zimmer, GWB, 2014, § 1, Rn. 19; Fuchs, WRP 2005, 1384, 1387.

818 Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640 vom 12.08.2004, S. 22 f.; Frankfurter Kommentar, Roth/Ackermann, Band 4, 2011, § 1 GWB, Rn. 36; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Nordemann, Kartellrecht, 2016, Vorb. §§ 1-3 GWB, Rn. 2.

819 BGH, Beschluss vom 28.09.1999, Az. KVR 29/96, WuW/E DE-R 399 (Rn. 17) – *Verbundnetz I*.

820 Vgl. Frankfurter Kommentar, Roth/Ackermann, Band 4, 2011, § 1 GWB, Rn. 43.

821 Frankfurter Kommentar/Roth/Ackermann, Band 4, 2011, § 1 GWB, Rn. 43; für einen gesellschaftspolitischen Schutzzweck auch nach der 7. GWB-Novelle, vgl.

b) §§ 18 ff. GWB – Missbrauchskontrolle

Die Missbrauchskontrolle ist ebenso wie das übrige Kartellrecht grundsätzlich dem Wettbewerbsschutz verpflichtet.⁸²² Mit der 7. GWB-Novelle gliedert der deutsche Gesetzgeber das Missbrauchsverbot an die europäische Regelung an:⁸²³

Die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts sind bei der Anwendung der §§ 1 bis 4 und 19 GWB maßgeblich zugrunde zu legen [...].

Diese als Norm geplante Aussage wurde zwar im weiteren Gesetzgebungsverfahren wieder gestrichen, der Grundsatz der europarechtsorientierten Auslegung jedoch beibehalten.⁸²⁴ Mit der 8. GWB-Novelle wurde die Missbrauchskontrolle systematisch neu gestaltet, ohne jedoch materielles Recht zu ändern.⁸²⁵ Insofern ergeben sich auch hinsichtlich des prozessorientierten Schutzzwecks keine Bedenken.

Auch das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot in §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 und 20 Abs. 1 GWB, das mit den relativ marktstarken Unternehmen einen weiteren Adressatenkreis als die europäische Missbrauchskontrolle erfasst, schützt den funktionsfähigen Wettbewerb unter Berücksichtigung der Handlungsfreiheit der dort tätigen Unternehmen.⁸²⁶ Der Individualschutz hat insbesondere in der deutschen ordoliberalen Tradition eine besondere Bedeutung. Er muss sich jedoch generell der die Freiheit des Wettbewerbs schützenden Zielsetzung des GWB unterordnen und wird durch sie begrenzt. Insbesondere um die unbestimmten Rechtsbegriffe „Unbilligkeit“ oder „sachlich nicht gerechtfertigter Grund“ auszulegen, ist die Zielsetzung der Norm heranzuziehen. Der gesamte § 20 GWB a. F., der bis Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle am 01.07.2013 das Behinde-

Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Nordemann, Kartellrecht, 2016, § 1 GWB, Rn. 7.

822 Immenga/Mestmäcker/Fuchs, GWB, 2014, § 19, Rn. 21; BGH, Urteil vom 13.07.2004, Az. KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (Rn. 44) – *Standard-Spundfass*.

823 Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640 vom 12.08.2004, S. 9.

824 Frankfurter Kommentar/Roth/Ackermann, Band 4, 2011, § 1 GWB, Rn. 33; vgl. auch Bechtold/Bosch, GWB, 2015, § 1, Rn. 5; Klees, EWS 2010, 1, 6; differenzierend Immenga/Mestmäcker, GWB, 2014, Einl., Rn. 34; vgl. dazu ausführlich bereits S. 44.

825 Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852 vom 31.05.2012, S. 20.

826 Frankfurter Kommentar/Grave, Band 5, 2015, § 20 GWB, Rn. 13.

rungs- und Diskriminierungsverbot enthielt, ist ausweislich der Begründung des Gesetzgebers auf den Normzweck einer Sicherung des Wettbewerbs bezogen und begründet keinen primären Individualschutz.⁸²⁷ Hinsichtlich des Schutzzwecks des § 20 Abs. 2 und 3 GWB a. F. sprach der BGH in jüngeren Entscheidungen von der

Sicherung der Freiheit des Wettbewerbs als Institution durch Aufrechterhaltung des Leistungswettbewerbs und der Chancengleichheit der Wettbewerber.⁸²⁸

Eine Ausnahme des prozessorientierten Schutzansatzes stellt die Marktergebniskorrektur dar. Sie ist in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB geregelt und greift ein, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Geschäftsbedingungen fordert, die von denen im Wettbewerb abweichen. Anders als ein Schutz des Wettbewerbsprozesses, stellt sie auf konkrete Ergebnisse, wie Preise oder Geschäftsbedingungen ab. Langfristig werden solche Marktergebniskorrekturen, wie Preisherabsetzungen, die Marktstrukturen eher zementieren. Damit stehen sie mit dem eigentlichen Regelungszweck des GWB, Wettbewerbsprozesse zu fördern, in einem Zielkonflikt.⁸²⁹ Die grundsätzliche Orientierung der Missbrauchskontrolle an Wettbewerbsprozessen vermögen sie jedoch wegen ihres schmalen Anwendungsbereichs in enger Auslegung nicht zu ändern.

c) §§ 35 ff. GWB – Zusammenschlusskontrolle

Wie die übrigen Tatbestände verfolgt auch die Fusionskontrolle den Zweck, die Freiheit des Wettbewerbs zu erhalten. Die Marktstruktur soll sich durch das Entstehen oder Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung nicht verschlechtern.⁸³⁰ Mit der 8. GWB-Novelle passte der deutsche Gesetzgeber die nationale Fusionskontrolle weiter an das Unionsrecht an,

827 Regierungsentwurf zur 5. GWB-Novelle, BT-Drucks. 11/4610 vom 30.05.1989, S. 23.

828 BGH, EuGH-Vorlage vom 19.01.1993, Az. KVR 25/91, WuW/E BGH 2875, (Rn. 26) – *Herstellerleasing*; ebenso BGH, Beschluss vom 24.09.2002, Az. KVR 8/01, BGHZ 152, 97, (Rn. 27) – *Konditionen Anpassung*.

829 Immenga/Mestmäcker/Fuchs, GWB, 2014, § 19, Rn. 38; Hoppmann, WuW 1974, 763, 764.

830 BGH, Beschluss vom 16.01.2008, Az. KVR 26/07, BGHZ 175, 333 (Rn. 33) – *Kreiskrankenhaus Bad Neustadt*.

um Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene weitgehend gleich zu beurteilen.⁸³¹ Dann ersetzt der *SIEC*-Test als bedeutendstes materielles Untersagungskriterium das bisher national geltende Marktbeherrschungskriterium, um den grundsätzlich übereinstimmenden Ansatz von nationalem und europäischem Recht weiter anzugleichen.⁸³² Der maßgebliche Zweck liegt also darin, die bestehende Marktstruktur vor einer Verschlechterung durch einen Zusammenschluss zu bewahren.⁸³³

II. Verhältnis des Wettbewerbsprozesses zur Wettbewerbsfreiheit

Das Kartellrecht verfolgt also den Zweck, den Wettbewerbsprozess zu schützen. Fraglich ist, ob der Zweck des Kartellrechts darüber hinaus einen zusätzlichen Schutz der individuellen Wettbewerbsfreiheit verfolgt. Schützt das Kartellrecht also allein den Wettbewerbsprozess im Sinne eines Institutionsschutzes oder, damit verbunden, auch die individuelle Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer?⁸³⁴

Zunächst geht die Arbeit knapp auf den Begriff der Wettbewerbsfreiheit und ihr Schutzkonzept ein, um dann darzulegen, dass die schutzrechtlichen Interessen der Wettbewerbsfreiheit bereits in einem funktionierenden Wettbewerbsprozess verwirklicht sind.

1. Begriff der Wettbewerbsfreiheit

Die deutsche Wirtschaftsverfassung sieht den grundsätzlich freien Wettbewerb der als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmer als eines ihrer Grundprinzipien an.⁸³⁵ Die Wettbewerbsfreiheit ge-

831 Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852 vom 31.05.2012, S. 17.

832 Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852 vom 31.05.2012, S. 19; es erfolgte keine Vollharmonisierung, sodass die europäische Entscheidungspraxis und Rechtsprechung nicht unmittelbar bindend sind, vgl. Langen/Bunte/Kallfass, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 36, Rn. 32 ff.; MüKo/Becker/Knebel/Christiansen, GWB, 2015, § 36, Rn. 58 ff.

833 Immenga/Mestmäcker/Thomas, GWB, 2014, Vor § 35, Rn. 2 ff.

834 Vgl. zur terminologischen Klassifizierung Künzler, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, 2008, S. 298 ff.

835 Stern, Staatsrecht, Band IV/1, 2006, S. 907.

währt die Wahrnehmung der Wettbewerbschancen.⁸³⁶ Sie basiert auf Art. 12 Abs. 1 oder Art. 2 Abs. 1 GG, ohne dass dies grundsätzlich einen materiellen Unterschied bedeutet.⁸³⁷ Auf EU-Ebene ist die Wettbewerbsfreiheit vor allem von Art. 16 GR-Charta erfasst, die die unternehmerische Freiheit sichert.⁸³⁸

2. Bedeutung von „Schutz der Wettbewerbsfreiheit“

Das Konzept der Wettbewerbsfreiheit beruht auf einem nicht definierbaren unverfälschten oder freien Wettbewerb.⁸³⁹ Wie sich Wettbewerb ereignet, lässt sich nicht vorhersehen, da er aus wahrgenommenen Handlungsfreiheiten besteht. In welcher Weise ein Marktteilnehmer seine Wettbewerbsfreiheit gestaltet, bleibt ihm überlassen. Das Kartellrecht schafft einen äußeren Ordnungsrahmen, in dessen Rahmen sich Wettbewerb als Teil der Rechts- und Wirtschaftsordnung ereignet.⁸⁴⁰ Das Kartellrecht gewährleistet in diesem Sinne, dass die Entschließungs- und Handlungsfrei-

836 Gloy/Loschelder/Erdmann/Leistner/Facius, Wettbewerbsrecht, 2010, § 14, Rn. 9.

837 Vgl. im Einzelnen zur verfassungsrechtlichen Gestaltung der Wettbewerbsfreiheit *Tsiliotis*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Wettbewerbsfreiheit und seine Einwirkung auf die privatrechtlichen Beziehungen, 2000, S. 62 ff. Zu Unterschieden aufgrund einer unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Verortung vgl. Gloy/Loschelder/Erdmann/Leistner/Facius, Wettbewerbsrecht, 2010, § 14, Rn. 5 ff.; zur Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtem Grundrecht vgl. *Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht, 2007, S. 149 ff.

838 Ausführlich zur europäischen Wettbewerbsfreiheit *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 4: Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 2711 ff.; vgl. *Sasse*, EuR 2012, 628, 629; *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 2016, Art. 16 EU-GR-Charta, Rn. 2. Die GR-Charta ist über den Verweis in Art. 6 Abs. 1 EUV rechtlich verbindliches und den Verträgen gleichrangiges Primärrecht.

839 Bekannt geworden, wenn auch nicht Konsens, ist *Fikentschers* Definition von Wettbewerb als „selbständiges Streben, sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch Inaussichtstellen günstig erscheinender Geschäftsverbindungen“, s. *Fikentscher*, WuW 1961, 788, 798; erweiternd *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, Band II, 1983, S. 194 f.; vgl. zu einem faktischen Wettbewerb *Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht, 2007, S. 104.

840 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, § 11, Rn. 3; zu einer über den tatsächlichen Wettbewerbszustand hinausgehenden Wettbewerbsordnung *Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht, 2007, S. 160.

heit der Unternehmen nicht unangemessen beschränkt werden.⁸⁴¹ Es schreibt ihnen negativ vor, welche Handlungen sie nicht vornehmen dürfen, im übrigen Handeln sind sie frei.⁸⁴² Daher sind die Erscheinungsformen von Wettbewerb nicht vorhersehbar.

Das Konzept der Wettbewerbsfreiheit ist darauf angelegt, Bedingungen zu schaffen, unter denen sich Austauschprozesse ereignen können. Es ist nicht darauf bedacht, positive Marktergebnisse zu fördern.

3. Schwächen des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit

Der naheliegendste Vorwurf gegen die Wettbewerbsfreiheit als kartellrechtlichen Schutzzweck richtet sich gegen ihren vermeintlich statischen Charakter, dass sie Marktstrukturen fixiert. Doch ist der Schutzbereich der Wettbewerbsfreiheit beschränkbar und insbesondere mit der Wettbewerbsfreiheit der übrigen Marktteilnehmer in Ausgleich zu bringen. Es ist systemimmanent, dass Marktteilnehmer sich auf Kosten anderer entwickeln. Marktein- und -austritte sind Teil des Wettbewerbs. Allein der Schutz der Wettbewerbsfreiheit führt also noch nicht zu einem Schutz der Wettbewerber statt des Wettbewerbs. Die Wettbewerbsfreiheit gewährt zunächst nur eine Chance, am Wettbewerb teilzunehmen, schützt aber nicht den Bestand einzelner Marktteilnehmer gegen ein ausgedehntes Wettbewerbsgebaren der Konkurrenten.⁸⁴³ Auch dieses ist von der Wettbewerbsfreiheit geschützt.

Die Hauptschwäche des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit liegt darin, dass es das wettbewerbliche Verhalten, angesichts einer Vielzahl von Marktteilnehmern, mit sich bringt, die eigene Freiheit auf Kosten der Mitbewerber auszureizen. In diesen Situationen, in denen ein legitimer Wettbewerbsvorstoß die Freiheit der Konkurrenten beschränkt, bedarf das Konzept einer Abwägung, um die widerstreitenden Positionen in Ausgleich zu bringen. Fraglich ist, welcher Maßstab an die Abwägung anzule-

841 *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1988, S. 262; vgl. auch *Vanberg*, in: *Drexl/Kerber/Podszun*, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 44, 51.

842 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, § 11, Rn. 3.

843 Vgl. deutlich auch hinsichtlich des Schlagworts “We protect competition, you protect competitors” (provokant eingesetzt bei *Fox*, 26 *World Competition* 149-165 (2003)) *Drexl*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 312, 326.

gen ist bzw. welche Wettbewerbsfreiheit, die des einen oder anderen Marktteilnehmers, nun vorrangig sein soll. Die Freiheit selbst kann eine solche Abwägung nicht bestimmen.⁸⁴⁴ Sie kann als Abwägungsgegenstand nicht gleichzeitig den Maßstab vorgeben. Letztlich dürfte der Maßstab in der Gleichheit liegen, die allen Marktteilnehmern eine gleichberechtigte Teilnahmechance zugesteht.⁸⁴⁵ Die Idee der Gleichheit in diesem Zusammenhang führt zwar immer noch nicht zu konkreten Abwägungskriterien, begründet aber, dass die Wettbewerbsfreiheiten einzelner Marktteilnehmer kollidieren können.

Der Vorwurf, der Schutz der Wettbewerbsfreiheit sei eine leere Formel, die ohne Ausgestaltung durch ökonomische Effizienzüberlegungen die konkrete Wettbewerbspolitik nicht umsetzen kann, wird dementsprechend erhoben.⁸⁴⁶ Auch *Hoppmann* erkennt als das zentrale Problem der Wettbewerbsfreiheit, die globalen und abstrakten Regeln auf konkrete Freiheitsräume anzuwenden.⁸⁴⁷ Zu überlegen bleibt, dass die Auslegung von Normen in einer privaten Rechtsordnung eine Selbstverständlichkeit ist und für sich noch keine Unbestimmtheit begründet. Auch sind die Schutzbereiche der Wettbewerbsfreiheit definiert.⁸⁴⁸

Der letztlich unbestimmbare rechtswidrige Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit wirkt sich weiterhin auf das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung aus. Ist die Wettbewerbsbeschränkung mit einem Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit definiert, fördert dies starre *per se*-Regeln, die nicht unbedingt mit der ökonomischen Wirklichkeit übereinstimmen müssen. So steht das Schutzkonzept der Wettbewerbsfreiheit der *per se*-Wettbewerbswidrigkeit nahe, während der Schutz des Wettbewerbsprozesses für eine konkrete Auswirkungsanalyse eines unternehmerischen Handelns auf den Prozess spricht. Eine Beeinträchtigung der Wettbe-

844 Vgl. *Zimmer*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 72, 76.

845 Angedeutet bei *Drexl*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 312, 326 f.

846 *Schmidtchen*, *ORDO* 2008, 143, 160 f.; ebenso die Wettbewerbsfreiheit differenzierend *Weizsäcker*, *WuW* 2007, 1078 ff.; kritisch *Möschel*, in: *FS Mestmäcker*, 2006, S. 355, 366; weitergehend zu dieser Kritik *Vanberg*, in: *Drexl/Kerber/Podszun*, *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 44, 53.

847 *Hoppmann*, *Wirtschaftsordnung und Wettbewerb*, 1988, S. 263.

848 Vgl. zu dieser Kritik *Vanberg*, in: *Drexl/Kerber/Podszun*, *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 44, 53.

werbsfreiheit ist weder eine notwendige noch eine hinreichende Voraussetzung für eine Wettbewerbsbeschränkung.⁸⁴⁹

Auch stellt sich die Frage, warum die Wettbewerbsfreiheit nur das unternehmerische Handeln im Wettbewerb schützt, nicht aber auch die Freiheit, ein Kartell zu bilden. Hier treffen dann doch über die reinen Wettbewerbsfreiheiten hinausgehende normative Ordnungsentscheidungen eine Wertung zugunsten des Wettbewerbsprozesses. Auch gibt es bekannte Schwierigkeiten, einen Belieferungszwang mit der verletzten Wettbewerbsfreiheit zu begründen. Entweder muss die Freiheit des Produzenten oder die des Abnehmers zurücktreten. Ein klares Abgrenzungskriterium bietet sich hier nicht.⁸⁵⁰

4. Prozessschützendes Verständnis als umfassendes Schutzkonzept

Das entscheidende Interesse des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit liegt darin, Austauschprozesse auf einem Markt zu ermöglichen.⁸⁵¹ So wie das Konzept individuell die Freiheit der einzelnen Marktteilnehmer zu Produktion und Auswahl sichert, so liegt doch sein eigentlicher Zweck in einem funktionierenden Wettbewerbsprozess. Schon *Hoppmann* betont, dass Wettbewerbsfreiheit keine „Freiheit zur Strukturkonservierung“ bedeute.⁸⁵² Sie sichere nicht, dass Marktbeteiligte ewig ihre Stellung behaupteten, vielmehr betone sie die Freiheit leistungsfähiger Pioniere, erkenne also den Wert dynamischer Prozesse. Gerade Angebot und Nachfrage seien in dynamischen Prozessen veränderlich und nicht als statische Elemente gegeben. Die Wettbewerbsfreiheit versteht sich als Schutzkonzept ohnehin prozessorientiert, so dass sie, um ihrem dynamischen Ansatz gerecht zu werden, prozessuale Marktstrukturen benötigt und voraussetzt.

849 *Streinz/Eilmansberger*, EUV/AEUV, 2012, Art. 101 AEUV, Rn. 52; EuGH, Urteil vom 19.02.2002, Rs. C-309/99, *Wouters*, Slg. 2002, I-1577 (Tz. 97).

850 Vgl. *Zimmer*, in: *Zimmer* (Hrsg.), *The goals of competition law*, 2012, S. 486, 496; *Zimmer*, in: *Drexel/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 72, 76.

851 *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2014, § 11, Rn. 4; ähnlich *Parret*, in: *Zimmer* (Hrsg.), *Goals of Competition Law*, 2012, S. 61, 67.

852 *Hoppmann*, *Wirtschaftsordnung und Wettbewerb*, 1988, S. 262; mit diesem Vorwurf gegen das Modell der vollständigen Konkurrenz wegen seines statischen Charakters aber *Kantzenbach*, *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, 1966, S. 137.

Ein funktionierender Wettbewerbsprozess setzt wiederum eine Vielzahl an Wettbewerbern voraus, die gewillt sind, ihre Marktchance zu suchen und ihr Freiheitsrecht in einem Marktrisiko zu verwirklichen. Um Wettbewerb zu erreichen, ist es erforderlich, dass wirtschaftliche Freiheiten bestehen, die zu Austauschprozessen führen. Die Wettbewerbsfreiheit ist also eine notwendige Voraussetzung des Wettbewerbsprozesses.⁸⁵³

Der Wettbewerbsprozess ist nicht um seiner selbst willen geschützt, sondern verfolgt weiterreichende Ziele, wie eben die Ressourcenallokation oder auch weichere Ziele wie Erhalt der Arbeitsplätze oder die Steigerung der Lebensqualität etc. Die Wettbewerbsfreiheit als Voraussetzung und Bestandteil des Prozesses ist jedoch kein eigenständiger, über den Wettbewerbsprozess hinausgehender Schutzzweck.⁸⁵⁴ Soweit ein Konflikt zwischen Wettbewerbsprozess und Wettbewerbsfreiheit besteht, hat das BVerfG entschieden, dass der Gesetzgeber nicht verpflichtet sei, die Wettbewerbsfreiheit überall und unter allen Bedingungen zu fördern bzw. abzusichern.⁸⁵⁵ Im Falle eines Zielkonfliktes könne sich der Gesetzgeber gegen die Wettbewerbsfreiheit entscheiden.⁸⁵⁶

Die Frage, ob das Kartellrecht einen Individual- und/oder Institutionenschutz verfolge,⁸⁵⁷ ist also folgendermaßen zu beantworten: Institutionenschutz, der jedoch einen Individualschutz voraussetzt und daher mittelbar auch erfasst.⁸⁵⁸

853 Langen/*Bunte*, Deutsches Kartellrecht, 2014, Einl. zum GWB, Rn. 76; Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 2, 2009, Grundfragen zu Art. 81 Abs. 1, Rn. 2.

854 Vgl. in diesem Sinne auch *Hoppmann*, ORDO 1967, 77, 79:

Das Ziel der Wettbewerbspolitik ist ein Marktprozeß, der aus Wettbewerbsfreiheit herauswächst und in dem diese Freiheit gleichzeitig erhalten bleibt.

Differenzierend *Vanberg*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 44, 55.

855 BVerfG, Beschluss vom 26.11.1986, Az. BvR 1091/85, NJW 1987, 1397 – *Buchpreisbindungen im Buchhandel*.

856 Mit dieser Schlussfolgerung Langen/*Bunte*, Deutsches Kartellrecht, 2014, Einl. zum GWB, Rn. 77.

857 Ausführlich zum Schweizerischen Kartellrecht *Künzler*, *Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit*, 2008, S. 297.

858 Vgl. zu einem zweitrangigen Individualschutz *Fuchs*, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), *Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2008, S. 69, 75 f. Für einen reflexartig individualschützenden Schutzansatz im Lauterkeitsrecht *Podszun*, WRP 2009, 509, 510.

Der Wettbewerbsprozess, der sich über seine Funktionsbedingungen definiert, beinhaltet selbst in Teilen Freiheitspositionen. Auswahl und Vielfalt als Wettbewerbsprinzip meinen eben nicht nur eine objektive Vielzahl an Produkten, sondern auch die subjektive Freiheit, aus ihnen auszuwählen. Der potentielle Wettbewerb im Sinne eines Marktzutritts bedeutet, dass ein zukünftiger Wettbewerber seine Marktchance ergreifen wird. Auch dies ist Teil der Freiheit. Insofern zeichnet sich der Wettbewerbsprozess in seinen Prinzipien durchaus als ein Raum der Freiheit, der Wettbewerbsfreiheit, aus. Er dient also den Interessen, die die Wettbewerbsfreiheit verfolgt.⁸⁵⁹ Einen weitergehenden Individualschutz, der nicht mehr dem Wettbewerbsprozess dient, kann das Kartellrecht nicht gewähren, ohne den Wettbewerbsprozess als eigenes beherrschendes Ziel und Berechtigung des Kartellrechts zu schwächen. Lieferanten sind nicht aufgrund ihrer Anbieterposition schützenswert, sondern allgemein als Austauschpartner auf einem Markt. Daher kann das Kartellrecht nur soweit einen Individualschutz leisten, als der Institutionsschutz gewährt ist.

Auf die Einwendung, das Kartellrecht bleibe dann hinter seinem verfassungsrechtlichen Auftrag, die Wettbewerbsfreiheit zu sichern, zurück, ist zu entgegnen: Das Kartellrecht stellt zunächst eine Schranke, also eine Beschränkung der verfassungsrechtlichen Wettbewerbsfreiheit dar. Diese Schranke verfolgt aber nicht den Zweck, die Wettbewerbsfreiheit um ihrer selbst willen zu beschränken, sondern um einen Wettbewerbsprozess zu gestalten. Es ist gerade die Aufgabe des Kartellrechts, die Wettbewerbsfreiheit zu beschränken. Sonst würde im Sinne des Freiheitsparadoxons die Wettbewerbsfreiheit sich selbst verzehren.⁸⁶⁰ Daher verlangt sie als individuelle Freiheit, dass sie beschränkt wird, um das Wettbewerbsinstitut zu sichern.

Die Wettbewerbsfreiheit ist kein verfassungsrechtlicher Selbstzweck, sondern ist eingebettet in die Wirtschaftsordnung des Staates. Sie dient als Handlungsfreiheit neben der Berufs- und Eigentumsfreiheit dazu, dem Wirtschaftssystem eine Ordnung zu verleihen. Daher kann ihr eigener Schutz nicht weiterreichen als der ihres Zwecks. Der Schutz der Wettbewerbsfreiheit endet also dort, wo sie über einen Institutionenschutz des Wettbewerbs hinausgeht.

859 Parret, in: Zimmer (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 61, 67; Zimmer, in: Zimmer (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 486, 495.

860 Vgl. zum Freiheitsparadoxon in wirtschaftlichem Zusammenhang Fikentscher/Hacker/Podszun, Fair Economy, 2013, S. 51.

Gleichzeitig ist festzustellen, um den Bedenken *Künzlers* zu begegnen, dass ein ausschließlicher Institutionsschutz *de facto* einem Marktergebnisansatz entspreche,⁸⁶¹ dass Wettbewerb mehr bedeutet als kurzfristig günstige Preise. Da der Wettbewerb in der Tat der Wohlfahrtssteigerung dient, ist die Wohlfahrt aber auch umfassend zu betrachten. An diesem Punkt ist der *more economic approach* mit der Wettbewerbsfreiheit in Ausgleich zu bringen: Wohlfahrt hat in einem normativen Verständnis einen Freiheitscharakter. Nicht nur statische Preis- und Mengenwirkungen kennzeichnen sie, sondern auch dynamische Parameter. Die Verwirklichung der dynamischen Parameter verlangt nun wiederum funktionierende Wettbewerbsprozesse, also Freiheitsräume wie Marktzugang, Auswahl und Vielfalt. In diesem Sinne sichert der Marktergebnisansatz letztlich die Freiheit der Marktteilnehmer, soweit sie für funktionierende Wettbewerbsprozesse erforderlich ist.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Schutz der Wettbewerbsfreiheit bereits in einem funktionierenden Wettbewerbsprozess mitenthalten ist.

III. Verhältnis des Wettbewerbsprozesses zu den übrigen Zielen des Wettbewerbsrechts – Mittel zum Zweck

Sowohl das europäische als auch das deutsche Kartellrecht bezwecken in seiner tatbestandsübergreifenden Konzeption einen Schutz des Wettbewerbsprozesses. Terminologisch zeigen sich Unterschiede (Wettbewerbsprozess/Freiheit des Wettbewerbs/Marktprozess), inhaltlich verfolgen aber beide Kartellrechtsordnungen das Ziel, offene Märkte zu erreichen, auf denen sich die Marktteilnehmer autonom bewegen, so dass der anderen Seite eine Auswahl offensteht. Dieser Wettbewerbsprozess ist jedoch kein Selbstzweck, sondern nur ein Mittel zu weiterreichenden Zielen.⁸⁶²

Art. 3 EUV gibt die Ziele der Union an. Die relevanten Ziele im Rahmen der Wirtschaftsverfassung finden sich in Abs. 3. Zunächst errichtet

861 *Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, 2008, S. 303.

862 *Parret*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 61, 62; *Zimmer*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 486, 490; in diese Richtung auch *Streinz/Eilmansberger*, EUV/AEUV, 2012, Art. 101 AEUV, Rn. 46; vgl. historisch zum Konflikt über den Wettbewerbscharakter als Ziel (eher *Hoppmann*) oder als Mittel (eher *Kantzenbach*) *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 2012, S. 40 f.

die Union einen Binnenmarkt. Weiterhin sind aber auch ein ausgewogenes Wirtschaftswachstum, Preisstabilität, Vollbeschäftigung, sozialer Fortschritt, Verbesserung der Umweltqualität und die Förderung des wissenschaftlichen und technischen Fortschritts von Belang. Das Verhältnis zwischen Ressourcenallokation und Wettbewerb beschreibt Art. 120 S. 2 AEUV:⁸⁶³

Die Mitgliedstaaten und die Union handeln im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, *wodurch* ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird [...].

An dieser Stelle („*wodurch*“) wird das instrumentelle Verständnis des Wettbewerbsprozesses bzw. der Marktstruktur für das weitergehende Ziel, den Ressourceneinsatz, deutlich.

Der EuGH bestätigt und präzisiert diese Struktur.⁸⁶⁴ In *Walt Wilhelm* führte er aus, dass das Kartellverbot in erster Linie dem freien Warenverkehr auf einem gemeinsamen Markt diene, mittelbar werde es jedoch auch das Wirtschaftsleben positiv fördern im Sinne von ex-Art. 2 EWGV.⁸⁶⁵ Auch in *Metro* bestätigt der EuGH, dass der wirksame Wettbewerb das Instrument sei, um die Ziele des Vertrages, insbesondere die Bildung eines

863 Diese Norm geht weitgehend unverändert auf den Vertrag von Maastricht 1993 zurück, vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Bandilla*, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 120 AEUV, Rn. 1.

864 Auch nach dem Lissabonvertrag trotz einer graduellen Verschiebung der Akzente wird der EuGH wohl bei einem instrumentellen Verständnis bleiben, vgl. Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1 GWB, Rn. 45; vgl. zum instrumentellen Funktionieren des Wettbewerbs in den USA *Stucke*, 53 Boston Coll. L. Rev. 551, 596 (2012).

865 EuGH, Urteil vom 13.02.1969, Rs. C-14/68, *Walt Wilhelm*, Slg. 1969, S. 1 (Tz. 5). Art. 2 EWGV von 1957 sagte:

Aufgabe der Gemeinschaft ist es, durch die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und die schrittweise Annäherung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft, eine beständige und ausgewogene Wirtschaftsausweitung, eine größere Stabilität, eine beschleunigte Hebung der Lebenshaltung und engere Beziehungen zwischen den Staaten zu fördern, die in dieser Gemeinschaft zusammengeschlossen sind.

einzigem Marktes mit binnenmarktähnlichen Verhältnissen, zu erreichen.⁸⁶⁶

Mit zunehmender tatsächlicher Verwirklichung rückt der Binnenmarkt als Ziel in der EuGH-Rechtsprechung in den Hintergrund, während die effiziente Ressourcenallokation an seine Stelle als Hauptziel der Wettbewerbsordnung tritt. In *T-Mobile Netherlands* betont der EuGH die mittelbare Verknüpfung des Wettbewerbsprozesses mit den weiterreichenden Zielen, insbesondere der Effizienzförderung. Er stellt klar, dass ein weiterreichender Zweck der Verbraucherwohlfahrt sich nicht unmittelbar auf den Tatbestand der Wettbewerbsregeln auswirke, da es eben nur ein mittelbares Ziel sei. Eine Wettbewerbsbeschränkung setze also nicht voraus, dass die unternehmerische Maßnahme sich unmittelbar auf die Verbraucherpreise auswirke.⁸⁶⁷ Diese richteten sich allein nach der „Struktur des Marktes und damit [dem] Wettbewerb als solchem.“⁸⁶⁸ Eine Wettbewerbsbeschränkung liege bereits dann vor, wenn die Verhaltensweise geeignet sei, den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen. Dieser Eingriff in die Wettbewerbsstruktur indiziere dann mittelbar auch negative Auswirkungen auf weitergehende Zwecke, wie in *T-Mobile Netherlands* auf die Verbraucherwohlfahrt.⁸⁶⁹

Die Kommission orientiert sich in jüngerer Zeit zunehmend am Ziel der Verbraucherwohlfahrt.⁸⁷⁰ Gerade ihre Äußerungen im Diskussions- und Prioritätenpapier waren zum Schutzzweck des Missbrauchstatbestands nicht immer eindeutig, wie sehr sie den Wettbewerbsprozess als Mittel ansieht oder sich ausschließlich an Effizienz Gesichtspunkten orientiert.

866 EuGH, Urteil vom 25.10.1977, Rs. C- 26/76 – *Metro SB-Großmärkte*, Slg. 1977, S. 1875 (Tz. 20); vgl. *Parret*, in: *Zimmer* (Hrsg.), *Goals of Competition Law*, 2012, S. 61, 63.

867 EuGH, Urteil vom 04.06.2009, Rs. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009, I-4529 (Tz. 39).

868 EuGH, Urteil vom 04.06.2009, Rs. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009, I-4529 (Tz. 38). Zu einem mittelbaren Verbraucherschutz ausdrücklich *GA Kokott*, Schlussanträge vom 19.02.2009, Rs. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009, I-4529 (Tz. 58).

869 *GA Kokott*, Schlussanträge vom 19.02.2009, Rs. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009, I-4529 (Tz. 59).

870 Zu einer Unterordnung der Binnenmarktintegration unter die Förderung des Wohlstandes im Ansatz der Kommission vgl. *Frankfurter Kommentar/Roth/Ackermann*, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 241; zu einer ambivalenten Haltung der Kommission, der Effizienz und prozessuale Erwägungen beinhaltet, vgl. *Frenz*, WRP 2013, 428, 431.

Ebenso sind die Aussagen in den Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3 EGV nicht eindeutig zu verstehen.⁸⁷¹

Art. 81 soll den Wettbewerb im Markt schützen, um den Wohlstand der Verbraucher zu fördern und eine effiziente Ressourcenallokation zu gewährleisten.

Es ist nicht klar, ob die Kommission weiterhin den Wettbewerb als ergebnisoffenen Prozess schützt, der dann zu einer optimalen Ressourcenallokation führt, oder ob sie ergebnisorientiert ihre Wettbewerbspolitik an der Verbraucherwohlfahrt ausrichtet. Dann wäre der Schutz eines freien Wettbewerbsprozesses nurmehr ein Lippenbekenntnis.

Erst in einem Gesamtkontext, wie oben in den Fallgruppen dargestellt,⁸⁷² offenbart die Kommission die Tendenz, das wettbewerbspolitische Leitbild in Richtung Verbraucherwohlfahrt zu verschieben. Dem ist entgegenzuhalten, dass bereits der Wettbewerbsprozess an sich zu einer effizienten Ressourcenallokation führt, da die Bevölkerung im Wettbewerbsgleichgewicht die Menge an Gütern erhält, die zu einer maximalen Gesamtwohlfahrt führt. Ausweislich der Vertragsnormen ist die Ressourcenallokation ein weiterreichender Zweck, ein weiterreichender mittelbarer Zweck. Schon Art. 101 AEUV offenbart, dass er mehrere ökonomische, zum Teil widersprüchliche, Interessen berücksichtigt. Ist Abs. 1, der den unbeschränkten Wettbewerb schützt, an der allokativen Effizienz ausgerichtet, berücksichtigt Abs. 3 produktive und dynamische Vorteile, die die Marktteilnehmer selbst verwirklichen können.

Auch das GWB verfolgt, wie das europäische Kartellrecht, ein instrumentelles Wettbewerbsverständnis.

Der Gesetzgeber hat sich in der Begründung zum Entwurf des GWB geäußert, dass das GWB⁸⁷³

die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beiseitigen [soll], wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt.

871 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 Nr. C 101/97, Rn. 13; vgl. *Fuchs*, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008, S. 69, 76.

872 Vgl. oben S. 67.

873 Entwurf des GWB, BT-Drucks. 02/1158 vom 22.01.1953, S. 21 f.

Die freie Unternehmerwirtschaft, die Freiheit der Konsumwahl und die freie Preisbildung [sind] das leistungsfähigste und der allgemeinen Wohlfahrtsförderung am ehesten dienende Wirtschaftssystem.

Bereits in diesem historischen Kontext wird deutlich, dass das GWB zwar einen ergebnisoffenen Wettbewerb vor Augen hat, dennoch ein „Schutz des Wettbewerbs an sich“ bzw. „als Institution“ nicht bedeutet, dass der Wettbewerbsprozess ein Selbstzweck sei.⁸⁷⁴ Das GWB verfolgt als Element der Wirtschaftsordnung eine wirtschaftspolitische Zielsetzung. Ihm geht es über den Wettbewerb hinaus um eine leistungsgerechte Einkommensverteilung, Ressourcenallokation, Konsumentensouveränität sowie wissenschaftlichen und technischen Fortschritt.⁸⁷⁵

Auch die dem GWB zugrundeliegende ordoliberalen Tradition ging von einem instrumentellen Verständnis des Wettbewerbs aus.⁸⁷⁶ Die Freiburger Schule richtete ihr Konzept der Wettbewerbsfreiheit v. a. gegen den Missbrauch von Machtpositionen im Markt. *Eucken* vertritt in seinen staatspolitischen Grundsätzen der Wirtschaftspolitik ein funktionales Verständnis, dass Wettbewerb sich v. a. gegen Marktmacht richtet.⁸⁷⁷

Die Politik des Staates sollte darauf gerichtet sein, wirtschaftliche Machtgruppen aufzulösen oder ihre Funktionen zu begrenzen.

Auch sieht *Eucken* den Wettbewerbsprozess nur als Methode, „um eine freiheitliche und demokratische Gesellschaft zu entwickeln.“⁸⁷⁸

Das *Problem* besteht [...] in dem Aufbau einer funktionsfähigen und menschenwürdigen Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft. Die *Methode* besteht darin, daß ein entschiedenes Ordnungswollen sich auf die Gestaltung der Wirtschaftsformen erstreckt aber auch beschränkt, während der Wettbewerbsprozeß selbst seiner Eigengesetzlichkeit überlassen wird.

874 *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 2012, S. 96; *Fleischer/Zimmer*, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008, S. 16; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 318.

875 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 318; zu weiteren Zielen des Wettbewerbsrechts vgl. *Dauses/Hoffmann*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 2011, H I. § 1, Rn. 6.

876 *Maier-Rigaud*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 132, 140 ff.

877 *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 2004 (1952), S. 334.

878 *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 2004 (1952), S. 369 (Hervorhebungen und Auslassungen durch den Autor).

Auch wenn der Wettbewerb seiner „Eigengesetzlichkeit“ überlassen wird, bedeutet das im Sinne *Euckens* nicht, dass er sich selbst genüge. Vielmehr stellt er immer nur die „Methode“ dar, um weiterreichende gesellschaftspolitische (in anderen Äußerungen auch ökonomische) Ziele zu erreichen. In der ordoliberalen Tradition kann der Wettbewerb also nicht nur als ein Selbstzweck verstanden werden, sondern, unabhängig von den einzelnen Zielen, auch instrumentell.

Abschließend ist also festzuhalten, dass der Wettbewerb ein Mittel zu weiterreichenden Zwecken, insbesondere der Errichtung des Binnenmarktes und der Ressourcenallokation ist.

IV. Bedeutung des Wettbewerbsprozesses – Schutz seiner Funktionsbedingungen

Wettbewerb als solches ist ein Phänomen, das sich als stets wandelbarer Prozess nicht ohne weiteres definieren lässt.⁸⁷⁹ Weder der AEUV noch das GWB bieten eine Definition des Wettbewerbsbegriffs. Insofern lässt sich nur am Maßstab der Regelungsziele ablesen, allen voran der Marktintegration nach Art. 3 Abs. 3 EUV, ob ein unternehmerisches Verhalten den Wettbewerb beschränkt. Um konkret und im Einzelfall eine unternehmerische Maßnahme als Wettbewerbsbeschränkung zu identifizieren, braucht es klare Abgrenzungen. Diese orientieren sich an den Funktionen, die der Wettbewerb erfüllt, und den Bedingungen, denen er unterliegt. Gleichwohl wird sich angesichts ständig verändernder und sich anpassender Marktprozesse ein positives System von Verhaltensregeln, das eine Bedingung für funktionierenden Wettbewerb ist, nicht bestimmen lassen.⁸⁸⁰ Mangels positiver Kenntnis, was Wettbewerb ausmacht, lassen sich die Funktionsbedingungen nur negativ ableiten, um Wettbewerbsbeschränkungen zu vermeiden.⁸⁸¹ Der Wettbewerbsprozess bringt fortwährend neue und nicht vorhersehbare Probleme hervor, so dass sich ein Marktsys-

879 *Köhler*, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, 1977, S. 3; *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1988, S. 235 f.; vgl. zu den „living conditions“ des Wettbewerbsprozesses *Zimmer*, in: *Zimmer* (Hrsg.), *Goals of Competition Law*, 2012, S. 486, 490.

880 *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1988, S. 132.

881 Zum Begriff der Wettbewerbsbeschränkung als Kategorie für „Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs“ *Frankfurter Kommentar/Roth/Ackermann*, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 234 f.

tem mit klaren Verhaltensregeln über das Funktionieren von Wettbewerb nicht ausarbeiten lässt. Ein Marktsystem setzt voraus, dass die Beteiligten aufgrund eigener Impulse, eigenen Wissens und eigener Ziele handeln.⁸⁸² Auch bei *Fox* klingen aus US-amerikanischer Perspektive die Bedeutung der Funktionsbedingungen des Wettbewerbs zur Steigerung der Effizienz an, allerdings ohne den Begriff der „Funktionsbedingung“ zu verwenden:⁸⁸³

[Antitrust law] can preserve an environment in which firms have the incentive to behave rivalrously and in which upstarts have a clear and open path to wage their challenges. This process or open-market perspective helps to preserve the incentives that produce productive, dynamic, and market efficiency.

1. Bedeutung der Wettbewerbsfreiheit für den Marktprozess

Immer wieder werden sich diese Funktionsbedingungen für eine eigene autonome und dezentrale unternehmerische Entscheidung auf die Wettbewerbsfreiheit zurückführen lassen. In der bundesverfassungsgerichtlichen Definition der Wettbewerbsfreiheit wird die Bedeutung der Funktionsbedingungen erkennbar:⁸⁸⁴

Art. 12 GG sichert [...] die Freiheit zur Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen.

Die Wettbewerbsfreiheit gewährt keinen Anspruch auf unternehmerischen Erfolg, sondern gibt nur eine Teilnahmechance am Markt. Die Wettbewerbsfreiheit ist Grundlage und Ziel zahlreicher Funktionen, aber kein unbedingtes Ziel, sondern nur nach Maßgabe der Funktionsbedingungen. Nicht jede Vereinbarung zwischen Unternehmen beschränkt den Wettbewerb, auch wenn sie, wie jeder Vertrag, in gewissem Maße die eigene Handlungsfreiheit einschränkt. Eine Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit kann eine prozessfördernde Wirkung haben und sich positiv auf die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs auswirken, beispielsweise wenn

882 *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1988, S. 130.

883 *Fox*, in: *Pitofsky* (Hrsg.), *How the Chicago School overshot the mark*, 2008, S. 77, 79.

884 BVerfGE 105, 252, 265; zweifelhaft, ob die Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit auf die Funktionsbedingungen den Schutzbereich betrifft oder eher die Schranken, vgl. Gloy/Loschelder/Erdmann/*Leistner/Facius*, Wettbewerbsrecht, 2010, § 14, Rn. 9, Fn. 3.

sie erst den Marktzutritt oder eine Erweiterung des Tätigkeitsgebiets ermöglicht.⁸⁸⁵

Um abzusehen, in welchem Maße der Wettbewerb beeinträchtigt ist, braucht es einen Maßstab in Form der Wettbewerbsfunktionen ohne die Beschränkung. Entscheidend ist also nicht, ob der beschränkte Wettbewerb von einem gewünschten Marktergebnis, sondern von einer hypothetischen Wettbewerbssituation ohne Beschränkung abweicht. In diesem Sinne stellt die Rechtsprechung in ihrem „Konzept“ auf den funktionsfähigen bzw. wirksamen Wettbewerb ab.⁸⁸⁶ Diese geschützten Funktionen sind aus der Wettbewerbsordnung selbst abzuleiten.

2. Der umfassende Schutz des Wettbewerbs

Der Wettbewerb ist umfassend in allen denkbaren Erscheinungsformen geschützt. Er erfasst sämtliche Marktstufen, auch vorgelagerte Produktions- oder nachgelagerte Vertriebsstufen einschließlich des *intra-brand*-Wettbewerbs und den aktuellen und potentiellen Wettbewerb.⁸⁸⁷ Wie Art. 101 Abs. 3 AEUV darlegt, sind nicht nur statische, sondern ebenso dynamische Aspekte, wie technischer und wirtschaftlicher Fortschritt, zu

885 EuGH, Urteil vom 30.06.1966, Rs. C-56/65, *LTM*, Slg. 1966, 282, 304; Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 244 mit Hinweis auf Ermöglichung des Markteintritts und Förderung des *inter-brand*-Wettbewerbs; vertiefend Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 324 ff., 340 f.

886 Mit dem Begriff des „workable competition“ EuGH, Urteil vom 25.10.1977, Rs. C-26/76, *Metro SB-Großmärkte*, Slg. 1977, 1875 (Tz. 20); EuG, Urteil vom 12.12.1996, Rs. T-88/92, *Leclerc*, Slg. 1996, II-1961 (Tz. 107); vgl. zu Einschränkungen des Modells des funktionsfähigen Wettbewerbs in der europäischen Rechtsanwendung Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Schuhmacher*, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 101 AEUV, Rn. 14; Schröter/Jakob/Klotz/Mederer/*Schröter/Voet van Vormizeele*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 Abs. 1, Rn. 74.

887 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Schuhmacher*, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 101 AEUV, Rn. 15; Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 249 ff., 258 ff.; Schröter/Jakob/Klotz/Mederer/*Schröter/Voet van Vormizeele*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 Abs. 1, Rn. 77 f.

berücksichtigen. Es ist also auf sämtliche Wettbewerbsparameter, wie Preis, Menge, Qualität und Innovation abzustellen.⁸⁸⁸

3. Funktionsbedingungen im Einzelnen

Im Einzelnen sind folgende Funktionsbedingungen erkennbar:

Die *Wettbewerbsfreiheit* bleibt auch in einem instrumentellen Verständnis des Wettbewerbs als Mittel für die vertraglich niedergelegten Zwecke eine zu schützende Funktion. Schließlich geht jeder Vorstoß- und Auswahlprozess von einer autonomen Entscheidung der Marktteilnehmer aus.

Die wohl bedeutendste Bedingung für einen Wettbewerbsprozess liegt *im freien Marktzugang*. Dieser sichert den Wettbewerbern, ihre Handlungsfreiheit wahrzunehmen und fördert die potentielle Konkurrenz.⁸⁸⁹ Die Marktteilnehmer nehmen ihre Teilnahmechance gleichberechtigt wahr. Der Wettbewerbsfreiheit ist als Freiheitsrecht ein Gleichheitscharakter immanent, dass der Grundrechtsverpflichtete die Freiheit in gleicher Weise gewährt.⁸⁹⁰ Diese „Wettbewerbsgleichheit“ ist nicht nur auf horizontale Sachverhalte anwendbar, z. B. staatlich gewährte Subventionen, sondern auch vertikal. Anbieter und Nachfrager sind als Marktteilnehmer „relativ gleich“, da ihre vorstoßende und auswählende Rolle austauschbar ist. Ihre Belange sind also gleich (spiegelbildlich) zu gewichten, eine Ungleichbehandlung ist nur aus einem sachlichen Grund heraus möglich. Ob wohlfahrtsökonomische Vorteile von Nachfragemacht eine Ungleichbehandlung rechtfertigen, ist zweifelhaft, da sich die zugrundeliegenden Modelle meist auf kurzfristige statische Wirkungen beschränken. Eher führt

888 Vgl. v. a. zum dynamischen Charakter des Wettbewerbs im Sinne von *Hayek* und *Schumpeter*, *Kerber*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 173, 175 ff.

889 EuGH, Urteil vom 28.02.1991, Rs. C-234/89, *Delimitis*, Slg. 1991, I-935 (Tz. 27).

890 S. *Tsiliotis*, *Der verfassungsrechtliche Schutz der Wettbewerbsfreiheit und seine Einwirkung auf die privatrechtlichen Beziehungen*, 2000, S. 115:

Jedes Freiheitsrecht enthält ein Element von Gleichheit, sofern es in rechtlich gleicher Art für alle seine Träger ausgeübt werden muss.

Vgl. für das Kartellrecht auch *Drexl*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 312, 326 f.

ein ergebnisoffener Wettbewerbsprozess zu einer optimalen Ressourcenallokation.

Oben behandelt die Arbeit bereits das Ziel der *Marktintegration*.⁸⁹¹ Der EuGH verfolgt es ausdrücklich in der *Consten und Grundig*-Entscheidung, in der er eine Gebietsabschottung beurteilt.⁸⁹² Auch in den Fällen des Parallelimports von Arzneimitteln bezieht sich der EuGH eher auf die Marktintegration als Funktionsbedingung als auf negative Wohlfahrtswirkungen für Verbraucher. Er missbilligt Behinderungen von Parallelimporten unabhängig von einer konkreten Auswirkungsanalyse bereits deshalb, weil sie den Binnenmarkt beschränken.⁸⁹³

Mittels *offener Marktprozesse* sollen eine *optimale Ressourcenallokation* und eine *positive wirtschaftliche Entwicklung* gewährleistet sein. Innerhalb dieser Funktionen sind dann auch ökonomische Auswirkungen zu beachten.⁸⁹⁴ Gleichwohl garantiert das Kartellrecht auf der ersten Stufe im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV ergebnisoffene Marktprozesse. Eine auswirkungsbezogene Analyse erfolgt erst auf der zweiten Stufe im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV mit der Effizienzeinrede.

Eine Beschränkung des Wettbewerbs wird erst dann zu einer tatbestandlichen Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie sich auf die Funktionen *auswirkt*.⁸⁹⁵ Solange sie nicht *spürbar* ist, besteht kein Anlass für einen Eingriff.

Schließlich kommt der *Marktgegenseite* als Ziel jedes Wettbewerbsbemühens eine besondere Funktion im Wettbewerbsprozess zu. Ihre Interessen sind über Art. 101 Abs. 3 AEUV mitzuberücksichtigen. Eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung lässt sich mit positiven Auswirkungen auf Effizienzen, die zugunsten der Marktgegenseite auftreten, rechtferti-

891 Vgl. oben S. 229.

892 EuGH, Urteil vom 13.07.1966, Rs. C-56/64, *Consten und Grundig*, Slg. 1966, 322, 388.

893 EuGH, Urteil vom 16.09.2008, Rs. C-468/06, *Sot. Lélos kai Sia*, Slg. 2008, I-7139 (Tz. 65); vgl. dazu Frankfurter Kommentar/Roth/Ackermann, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 244.

894 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Schuhmacher, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 101 AEUV, Rn. 11.

895 Grundlegend EuGH, Urteil vom 09.07.1969, Rs. C-5/69, *Völk*, Slg. 1969, 295 (Tz. 7); EuGH, Urteil vom 21.01.1999, Rs. C-215/96, *Bagnasco*, Slg. 1999, I-135 (Tz. 34); in diesem Sinne auch EU-Kommission, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 81 Abs. 1 nicht spürbar beeinträchtigen (*de minimis*), ABl. 2001 C-368/13.

gen. Dem Wortlaut zufolge sichert die Effizienzeinrede zunächst nur Vorteile der Verbraucher. Doch ist in einer funktionellen Auslegung der Verbraucherbegriff des Art. 101 Abs. 3 AEUV als Marktgegenseite zu verstehen, da sonst diese Rechtfertigungsmöglichkeit im Bereich von Nachfragekartellen ins Leere liefe.⁸⁹⁶ Über die positiven Effizienzwirkungen hinaus sichert Abs. 3 aber auch den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren. Damit soll zum einen der Wettbewerbsdruck aufrechterhalten bleiben, damit die Unternehmen die Effizienzvorteile auch tatsächlich an die Marktgegenseite weiterreichen.

Zum anderen sichert der im Übrigen erhaltene Wettbewerb der Marktgegenseite eine *Auswahl/Vielfalt* im Angebot bzw. in der Nachfrage. Ohne ein vielfältiges Angebot haben die Abnehmer keine Auswahl. Ein überlegenes Produkt bräuchte sich nicht im Wettbewerb durchzusetzen.

Folge des Wettbewerbsprozesses in Form der Konkurrenz ist eine *Auswahl der Marktgegenseite*. Sie kann verschiedene Angebote bewerten und aus mehreren Alternativen auswählen. Um nicht nur dem äußeren Anschein nach eine Auswahl zwischen mehreren Nachfragern zu haben, sind auch vertikale Bezugsbindungen zu berücksichtigen, die eine an sich mögliche Auswahl einschränken können.⁸⁹⁷ Diese beiden (Wettbewerbs-) Freiheiten, auf der einen Seite in einen Markt vorzustoßen und zu imitieren und auf der anderen Seite aus einer Vielfalt auszuwählen, begründen den Wettbewerbsprozess.⁸⁹⁸ Diese Freiheiten bedingen sich gegenseitig und stehen miteinander in Wechselwirkungen. Sie sind sowohl Voraussetzung als auch Konsequenz des Wettbewerbsprozesses.⁸⁹⁹

Der Wettbewerbsprozess verlangt eine „Entscheidung“ der Marktteilnehmer über Angebot und Nachfrage. Eine Entscheidung kann aber nur treffen, wer eine Wahl hat. Die Anbieter auf einem monopsonistischen Markt haben nur die Entscheidung, ob sie den Monopsonisten beliefern oder nicht. Somit verbleibt selbst im Extremfall eines einzigen Abnehmers immer auch eine Entscheidung, den Markt zu verlassen. Eine echte Auswahlentscheidung zwischen mehreren Nachfragern besteht jedoch nicht.

896 Vgl. unten S. 306.

897 Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, 1977, S. 37; vgl. Hoppmann, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1988, S. 241.

898 Hoppmann, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1988, S. 241.

899 Hoppmann, in: Schneider (Hrsg.), Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Berlin 1968, S. 9, 15, 43.

Auswahl und Marktmacht sind daher grundsätzlich nicht miteinander vereinbare Gegensätze.

V. Zwischenergebnis

Auf die zu Beginn dieses normativen Abschnitts gestellte Forschungsfrage lassen sich bis hierhin folgende Antworten geben. Die Forschungsfrage lautete: Begründen die normativen Grundlagen des Kartellrechts einen Schutzzweck, der zu einer asymmetrischen Beurteilung von Angebots- und Nachfragemärkten führt?

Folgende Zwischenergebnisse lassen sich zusammenfassen:

1. Das gesamte Kartellrecht schützt in seiner übergreifenden Konzeption den Wettbewerbsprozess als Instrument für verfassungsrechtlich verankerte Zwecke, wie die Binnenmarktintegration oder die Ressourcenallokation.
2. Wettbewerb ist kein positiv zu erfassender Prozess. Er ist daher negativ vor Beeinträchtigungen seiner Funktionen und Bedingungen zu schützen. Aus Lieferantenperspektive stellt die Auswahl der Marktgegenseite die maßgebliche Funktionsbedingung dar, um einen Evaluationsprozess zu erreichen.
3. Der Wettbewerbsprozess umfasst die Interessen, die die Wettbewerbsfreiheit schützt, in Form dezentral und von den Marktbeteiligten autonom gesteuerten Marktprozessen. Daher braucht es keines eigenständigen Schutzes der Wettbewerbsfreiheit.
4. Das europäische und deutsche Kartellrecht verfolgen einen institutsorientierten Schutzansatz. Sie schützen die individuelle Wettbewerbsfreiheit reflexartig nur soweit, als sie einem wettbewerblichen Austauschprozess dient.
5. Das GWB verfolgt in § 1 einen mit Art. 101 AEUV identischen Schutzzweck. Auch in der rein innerstaatlichen Anwendung ist § 1 GWB dahingehend auszulegen, einen Wettbewerbsprozess zum Zweck der europäischen Binnenmarktintegration und Ressourcenallokation zu fördern.
6. Ein offener Wettbewerbsprozess als Schutzzweck des Missbrauchsverbots spricht sich dagegen aus, den Tatbestand einseitig zur Wohlfahrtssteigerung einzelner Marktstufen, wie der Verbraucher, auszulegen. Vielmehr sind in einem abstrakten Marktprozess die Anbieter/Abnehmer und Unternehmer/Verbraucher austauschbar. Der Wettbewerbs-

prozess besteht allein aus der Konkurrenz auf der einen Seite und der Auswahl der Marktgegenseite.

Der bis zu dieser Stelle dargelegte Schutzzweck des Wettbewerbsprozesses spricht sich für eine symmetrische Beurteilung von Angebots- und Nachfragemärkten aus. Dieser institutsorientierte Ansatz wertet die Marktbeteiligten gleich. Seine Funktionsbedingungen orientieren sich an einem offenen Marktzugang und einem vielfältigen Angebot sowie einer Auswahl der Marktgegenseite. Im Sinne eines Wirtschaftskreislaufes kennt der Wettbewerbsprozess an sich keine vor- und nachgelagerten oder Unternehmer- und Verbrauchermärkte, sondern wertneutral nur die eine und die andere Seite. Ein Prozess und Marktstruktur schützender Zweck des Kartellrechts betrachtet daher Nachfrage- und Angebotsmärkte symmetrisch.

C) Wohlfahrtsförderung als kartellrechtlicher Schutzzweck – das „Ob“

I. Einleitung

Anders als die Effizienz im wirtschaftswissenschaftlichen Sinne, auf die die Arbeit oben in den ökonomischen Auswirkungen von Nachfragemacht eingegangen ist,⁹⁰⁰ ist die Effizienz in einem rechtswissenschaftlichen Sinne ein inhaltlich und in seiner Reichweite unbestimmter Begriff.⁹⁰¹ Seitdem der deutsche und europäische Gesetzgeber Effizienz als eine Art Tatbestandsmerkmal verwenden, hat sich der Begriff zudem zu einem Rechtsterminus entwickelt.⁹⁰² Die Arbeit beschränkt sich auf den Effizienzbegriff innerhalb des Kartellrechts. Im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen, wie dem Handels- oder Gesellschaftsrecht, ist die Effizienz ein

900 Auch das wirtschaftswissenschaftliche Effizienzkriterium ist nicht eindeutig, vgl. *Fleischer/Zimmer*, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008, S. 12; vgl. bereits zum Begriff der allokativen Effizienz S. 192, der produktiven Effizienz S. 203 und der dynamischen Effizienz S. 204.

901 *Fleischer/Zimmer*, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008, S. 12.

902 Darauf hinweisend *Fleischer/Zimmer*, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008, S. 13; a. A. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005, S. 55 f., der einen eigenständigen Effizienzbegriff der Rechtswissenschaft verneint.

im Kartellrecht fest verwurzelter Begriff. Dennoch gibt es begriffliche Unschärfen zwischen Effizienz und Wohlfahrt, die meist synonym bzw. undifferenziert verwendet werden. Effizienz gilt dann wohl eher als das übergreifende politische Ziel, während die Wohlfahrt die konkrete Auswirkungsanalyse beschreibt.⁹⁰³

Der wirksame Wettbewerb – und mit ihm der Binnenmarkt und das System des unverfälschten Wettbewerbs – hat das Ziel, Ressourcen effizient zu verwenden und die Verbraucher optimal zu versorgen.⁹⁰⁴ Die dogmatische Herleitung dieses zweiten Zwecks der Wettbewerbsregeln – neben dem Schutz des Wettbewerbsprozess – ist nicht eindeutig. Die Kommission wählt eine Tatsachenargumentation, dass der wirksame Wettbewerb einer optimalen Ressourcenallokation diene. Damit sei auch sie ein Ziel des Art. 101 AEUV.⁹⁰⁵

Artikel 81 soll den Wettbewerb im Markt schützen, um den Wohlstand der Verbraucher zu fördern und eine effiziente Ressourcenallokation zu gewährleisten. Wettbewerb und Marktintegration dienen diesen Zielen, da die Schaffung und Erhaltung eines offenen Binnenmarktes eine effiziente Ressourcenallokation in der gesamten Gemeinschaft zum Wohle der Verbraucher fördert.

In diesen Zeilen tritt schon die Ansicht der Kommission hervor, dass das Kartellverbot mit der Ressourcenallokation im Sinne des Verbraucherswohls einem weiteren Zweck dient als allein dem „System Wettbewerb“ im Sinne der Marktintegration.

Problematisch scheint es, die Ressourcenallokation zum Wohl der gesamten Gemeinschaft zu fördern. Die Rolle der Individuen, die eine moderne Gesellschaft bilden, wird in diesem kollektiven Schutzansatz vernachlässigt. Die Akzeptanz einer Rechtsordnung hängt nicht nur von ihrer Vorteilhaftigkeit für das Gesamtwohl ab, sondern auch davon, dass jedes Individuum sie zumindest größtenteils für sich annimmt.⁹⁰⁶ Der kartellrechtliche Schutzzweck kann daher nicht nur von seinem ökonomischen Nutzen her erklärt werden, sondern erfasst auch eine normative Dimensi-

903 In diesem Sinne und zu den einzelnen Begriffen ausführlich *Parret*, in: *Zimmer* (Hrsg.), *Goals of Competition Law*, 2012, S. 61, 68 f.

904 *Frankfurter Kommentar/Roth/Ackermann*, Band 2, 2009, Grundfragen zu Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 2.

905 EU-Kommission, *Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG*, ABl. 2004 Nr. C 101/97, Rn. 13; EuGH, Urteil vom 07.01.2004, Rs. C-204/00, *Aalborg Portland*, Slg. 2004, I-123 (Tz. 53).

906 Vgl. *Drexl*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 312, 314.

on. Die folgenden Ausführungen werden sich daher vorwiegend mit der normativen Verankerung des Schutzzwecks Effizienzförderung beschäftigen.

II. Effizienz als Schutzzweck im europäischen Recht

Wie im vorangegangenen Punkt der Zweck/Mittel-Beziehung zwischen Wettbewerbsprozess und weiteren Zielen bereits dargelegt, verfolgt das Kartellrecht einen weitergehenden Zweck der Ressourcenallokation und Wohlfahrtsförderung. Der Wettbewerbsprozess dient diesen Zielen als Instrument. Hier geht es nur mehr darum, wie die ökonomische Zielsetzung normativ verankert ist.

Auf die Frage einer tatbestandlichen Effizienzeinrede soll nur am Rande eingegangen werden. Sie hängt zwar generell mit der Ökonomisierung des Kartellrechts zusammen, klärt jedoch nicht die Frage, ob die Wohlfahrtserwägungen als Schutzzweck die asymmetrische Beurteilung von Nachfragemärkten begründen, und liegt daher außerhalb der Forschungsfrage.

1. Normative Anlage von Wohlfahrtsförderung in den allgemeinen Normen

Nicht nur die kartellrechtlichen Normen verwerfen in ihrem Tatbestand ökonomische Erkenntnisse. Auch die allgemeinen primärrechtlichen Regelungen und Entstehungsdokumente belegen eine wirtschafts- und wohlfahrtsfördernde Ausrichtung des Unionsrechts.

In der Vor-Lissabon-Fassung der Verträge zeigen die ex-Art. 3 Abs. 1 lit. m EGV i.V.m. ex-Art. 2 und 98 EGV, dass die Union vor allem auch eine Wirtschaftsgemeinschaft ist „zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Industrie der Gemeinschaft“. Die Union hat jedoch nicht nur zum Ziel, die allgemeine wirtschaftliche Lage abstrakt zu fördern, sondern auch unter sozialen Gesichtspunkten den Lebensstandard der einzelnen Unionsbürger zu heben (Art. 3 Abs. 3 EUV). Art. 120 AEUV zeigt darüber hinaus, dass es der Union eben nicht nur um allgemeines Wirtschaftswachstum geht, sondern konkret darum, mit Wettbewerb den effizienten Einsatz der Ressourcen zu fördern. Was im Einzelnen unter diesem Effizienzziel

3. Kapitel: Normative Wertungen des Kartellrechts

zu verstehen ist (das „Wie“ der Wohlförderung), folgt später.⁹⁰⁷ Zunächst ist festzuhalten, dass das europäische Primärrecht eine Wohlförderung und Effizienzförderung an sich beabsichtigt.

Auch aus den Materialien zum EG-Vertrag geht hervor, dass der Gemeinsame Markt die wirtschaftliche Prosperität bzw. den Lebensstandard steigern sollte.⁹⁰⁸

2. Wohlförderung in den kartellrechtlichen Normen

Auch wenn die einzelnen kartellrechtlichen Normen im Wortlaut keine ausdrückliche wohlförderungszielbestimmte Zielbestimmung enthalten, kennen sie doch Effizienzkriterien. Wohlförderungserwägungen sind ihnen also zumindest nicht fremd.

a) Art. 101 AEUV

Während Art. 101 Abs. 1 AEUV von der „Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs“ spricht, wählt Art. 101 Abs. 3 AEUV einen positiven Ansatz. Soweit eine Wettbewerbsbeschränkung positive Auswirkungen im Sinne des Abs. 3 zeigt, ist sie gerechtfertigt. Doch auch Abs. 1 berücksichtigt, gerade für das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung die ökonomischen Auswirkungen einer Maßnahme, freilich ohne dass dies zu einer *rule of reason* führen würde.

Anerkannt sind beispielsweise Tatbestandsbeschränkungen bei notwendigen wettbewerbsbeschränkenden Nebenabreden, um einen kartellrechtlich neutralen Zweck zu erreichen oder bei Wettbewerbsbeschränkungen,

907 Ausführlich ab S. 276.

908 Bericht der Delegationsleiter des von der Konferenz von Messina eingesetzten Regierungsausschusses an die Außenminister (*Spaak-Bericht*) vom 21.04.1956, abgedruckt bei *Schulze/Hoeren*, Dokumente zum Europäischen Recht, Band 1: Gründungsverträge, 1999, S. 755; vgl. *Fleischer/Zimmer*, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008, S. 15 f.; *Schweitzer*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 169, 170 f.

die erst eine Teilnahme am Markt ermöglichen.⁹⁰⁹ Letztere Fallgruppe erfasst beispielsweise Einkaufskooperationen, deren einzelne Mitglieder wegen ihres geringen Einkaufsvolumens die Mindestumsatzschwelle zur Belieferung bei einem Anbieter alleine nicht erreichen würden.

Die Kommission geht im Rahmen des *more economic approach* über einen prozessorientierten Begriff der Wettbewerbsbeschränkung hinaus und verlangt für eine Wettbewerbsbeschränkung „spürbare negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsparameter im Markt wie Preise, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt und Innovation.“⁹¹⁰

Diese Auswirkungenanalyse geht über die traditionell geforderten Kriterien einer Wettbewerbsbeschränkung hinaus, wie eingeschränkte Handlungsmöglichkeiten und eine spürbare Marktauswirkung auf Dritte. Auch vermischt sie das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Abs. 1 und Abs. 3 mit einer entsprechenden Beweislastverteilung. Erst die von den Unternehmen zu beweisende Effizienzeinrede verlangt eine konkrete Auswirkungenanalyse auf die Wettbewerbsparameter. Dieser ergebnisbezogene Ansatz der Kommission ist daher abzulehnen. Gleichwohl beinhaltet auch die herkömmliche Wettbewerbsbeschränkung eine ökonomische Analyse, um die Auswirkungen auf die Funktionsbedingungen des Marktes darzulegen. Der von der jüngeren Rechtsprechung geprägte Begriff der Wettbewerbsbeschränkung beschränkt sich nicht auf eine Verletzung der Handlungsfreiheit, sondern betrachtet in einem wirtschaftlichen Gesamtzusammenhang, wie der konkrete Markt funktioniert.⁹¹¹

Der Ausnahmenvorschrift in Art. 101 Abs. 3 AEUV ist eine ökonomische Auswirkungenanalyse immanent. Die Kriterien für eine Freistellung sind, dass sich die Warenerzeugung oder -verteilung verbessert, der technische oder wirtschaftliche Fortschritt gefördert wird und dabei die Verbraucher angemessen an diesen Effizienzgewinnen beteiligt werden. Diese einzelnen Tatbestandsmerkmale stellen allesamt ökonomische Funktionen

909 Fuchs, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), *Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2008, S. 78; vgl. zu Arbeitsgemeinschaften Langen/Bunte/Hengst, *Europäisches Kartellrecht*, 2014, Art. 101, Rn. 202.

910 EU-Kommission, *Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG*, ABl. 2004 Nr. C 101/97, Rn. 16.

911 EuGH, Urteil vom 19.02.2002, Rs. C-309/99, *Wouters*, Slg. 2002, I-1577 (Tz. 97); EuGH, Urteil vom 18.07.2006, Rs. C-519/04, *Meca-Medina und Majcen*, Slg. 2006, I-6991 (Tz. 42); EuG, Urteil vom 08.07.2008, Rs. T-99/04, *AC-Treuhand*, Slg. 2008, II-1501 (Tz. 126).

dar.⁹¹² Während die kartellrechtlichen Normen, wie oben dargestellt, der Integration des Binnenmarktes durch Wettbewerb dienen, zeigt Art. 101 Abs. 3 AEUV, dass gleichzeitig und unmittelbar eine Ausnahme dieses Grundsatzes greift, wenn sich ökonomisch positive Auswirkungen durch die Wettbewerbsbeschränkung zeigen.⁹¹³ Eine Freistellung ist nur bei spürbar objektiven Vorteilen möglich, die geeignet sind, die mit der Vereinbarung für den Wettbewerb verbundenen Nachteile auszugleichen.⁹¹⁴

An der Zielsetzung von Art. 101 Abs. 1 AEUV und Abs. 3 wird der Schutzzweck des gesamten europäischen und auch deutschen Kartellrechts sichtbar: Abs. 1 schützt ergebnisoffen den Wettbewerbsprozess, Abs. 3 dient auswirkungsbezogen der Ressourcenallokation. Beide Ziele stehen in einem Gegenseitigkeitsverhältnis. Dies ist an Abs. 3 lit. b zu sehen, der die Einschränkung enthält, dass Effizienzgewinne nur berücksichtigt werden können, wenn sie den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der Waren nicht ausschalten. Diese einerseits prozess- und andererseits effizienzorientierte Zielsetzung hat der EuGH in *British Airways* jüngst tatbestandsübergreifend für das gesamte Kartellrecht bestätigt.⁹¹⁵

An diesem Punkt bleibt als Zwischenergebnis festzuhalten, dass das Kartellverbot in seiner wohlfahrtsfördernden Zielsetzung in Abs. 1 ökonomische Erkenntnisse für einzelne Tatbestandsmerkmale berücksichtigt und in Abs. 3 unmittelbar eine effiziente Ressourcenallokation fördert. Abs. 1 ist jedoch nicht im Sinne einer umfassenden ergebnisorientierten Auswirkungsanalyse zu verstehen, sondern strukturell von Abs. 3 als Effizienz-einrede zu unterscheiden.

912 So auch *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 2011, S. 197; *Fuchs*, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008, S. 80.

913 Zum Regel-Ausnahme-Verhältnis von Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 2011, S. 198.

914 EuGH, Urteil vom 13.07.1966, verb. Rs. 56 und 58/64, *Consten und Grundig*, Slg. 1966, 321, 396 f.; angedeutet in EuGH, Urteil vom 29.10.1980, Rs. C-209/78, *van Landewyck u. a.*, Slg. 1980, 3125 (Tz. 185).

915 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 86, 106).

b) Art. 102 AEUV

Auch das Missbrauchsverbot kennt Effizienzerwägungen, die dem Schutzzweck der Ressourcenallokation und Wohlfahrtsförderung dienen.

Im Wortlaut gibt Art. 102 AEUV keinen Hinweis, dass er spezifisch das Ziel einer Effizienzförderung verfolgt. Einzig in lit. b geht er auf Auswirkungen „zum Schaden der Verbraucher“ ein. Doch ist dies nur eine Fallgruppe und kann nicht als eine zusätzliche Voraussetzung für den Gesamtatbestand generalisiert werden. Doch auch wenn das Missbrauchsverbot im Wortlaut nicht unmittelbar darauf angelegt ist, Effizienzen zu fördern, so zeigen die einzelnen Tatbestandsmerkmale durchaus einen ökonomischen Hintergrund.

An sich liest sich der Tatbestand des Missbrauchsverbotes prozessorientiert. Er verlangt eine beherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt, einen Missbrauch und die Eignung des Missbrauchs, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Doch ist die Wortlautauslegung des Missbrauchsverbotes als Generalklausel wenig ergiebig, so dass es funktionell und vor allem über seinen Missbrauchsbegriff zu verstehen ist.⁹¹⁶ Der Missbrauch ist das Tatbestandsmerkmal, welches erlaubte Wettbewerbssteilnahme von unerlaubtem Marktverhalten abgrenzt. Dafür genügt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH eine Gefährdung des Wettbewerbs im Sinne der Marktstruktur, eine tatsächliche Schädigung der Wohlfahrt ist nicht erforderlich.⁹¹⁷

Die Kommission hingegen sieht den Missbrauch als eine wettbewerbswidrige Marktverschließung zum Schaden der Verbraucher an.⁹¹⁸ Die Marktverschließung setze voraus, dass das marktbeherrschende Unternehmen Wettbewerbern den Marktzugang erschwere und als Folge die Preise für Verbraucher gewinnbringend erhöhe. Die Kommission etabliert mit dem Prioritätenpapier nicht nur eine ökonomisch auswirkungsbezogene

916 Langen/Bunte/*Bulst*, Europäisches Kartellrecht, 2014, Art. 102, Rn. 6.

917 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 107); EuGH, Urteil vom 17.02.2011, Rs. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011, I-527 (Tz. 64); wohl auch EuGH, Urteil vom 14.10.2010, Rs. C-280/08, *Deutsche Telekom*, Slg. 2010, I-9555 (Tz. 254); ein konkretes statt abstraktes Gefährdungsdelikt bejahend *Leupold*, EuZW 2011, 345, 346.

918 Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82, ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 19 ff.; kritisch im Verhältnis zum US-amerikanischen *consumer welfare Akman*, 32 *World Competition* 71, 73 (2009).

Betrachtung,⁹¹⁹ sondern setzt gleichzeitig den Verbraucher als Maßstab der Auswirkungen an.

Diesen Kommissionsansatz lehnt der EuGH in einer Reihe jüngerer Urteile ab. In jedem dieser Urteile verfolgt er den Ansatz, dass das Missbrauchsverbot nicht nur solche Verhaltensweisen erfasst, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwächst, sondern die bereits schädlich in die Marktstruktur eingreifen.⁹²⁰ Es braucht daher weder im Kartellverbot noch im Missbrauchsverbot einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen unternehmerischem Verhalten und Preisauswirkungen.

Das EuG wiederum stimmte in älteren Entscheidungen mit der Kommission in einem verbraucherorientierten Leitbild in mehreren Entscheidungen überein.⁹²¹ Es begründete den tatbestandlichen Verbrauchernachteil des Missbrauchsverbots (und ebenso des Kartellverbots) damit, dass die Bestimmungen, die einen unverfälschten Wettbewerb im Binnenmarkt gewährleisten sollten, letztlich den Zweck verfolgten, das Wohlergehen des Verbrauchers zu erhöhen.⁹²² Es zog die Effizienzeinrede des Art. 101 Abs. 3 AEUV als Argument für den Schutzzweck heran, die jede Verbesserung der Wohlfahrt damit verknüpfen würde, dass die Verbraucher angemessen daran beteiligt würden.

Der EuGH hat diesen Ansatz als rechtsfehlerhaft bezeichnet.⁹²³ In der Begründung verwirft der EuGH aber in keinem seiner jüngeren Urteile den Standpunkt, dass die wettbewerbsrechtlichen Tatbestände ökonomi-

919 Ein ökonomisches Verständnis des *consumer welfare* bezweifelnd *Akman*, 32 *World Competition* 71, 80 (2009).

920 EuGH, Urteil vom 27.03.2012, Rs. C-209/10, *Post Danmark* (Tz. 20); EuGH, Urteil vom 17.02.2011, Rs. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011, I-527 (Rn. 24); EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 106); EuGH, Urteil vom 04.06.2009, Rs. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009, I-4529 (Tz. 38 f.); EuGH, Urteil vom 06.10.2009, Rs. C-501/06, *GlaxoSmithKline Services*, Slg. 2009, I-9291 (Tz. 63); EuGH, Urteil vom 02.04.2009, Rs. C-202/07, *France Télécom*, Slg. 2009, I-2369 (Tz. 103, 105); ebenso EuG, Urteil vom 17.09.2007, Rs. T-201/04, *Microsoft*, Slg. 2007, II-3601 (Tz. 664); EuG, Urteil vom 12.06.2014, Rs. T-286/09, *Intel* (Tz. 103 ff.).

921 EuG, Urteil vom 27.09.2006, Rs. T-168/01, *GlaxoSmithKline Services*, Slg. 2006, II-2969 (Tz. 118, 171); in diese Richtung auch EuG, Urteil vom 07.06.2006, Rs. T-213/01, *Österreichische Postsparkasse*, Slg. 2006, II-1601 (Tz. 115).

922 EuG, Urteil vom 07.06.2006, Rs. T-213/01, *Österreichische Postsparkasse*, Slg. 2006, II-1601 (Tz. 115).

923 EuGH, Urteil vom 06.10.2009, Rs. C-501/06, *GlaxoSmithKline Services*, Slg. 2009, I-9291 (Tz. 64).

schen Instrumenten und in Teilen einer ergebnisorientierten Auswirkungsanalyse zugänglich seien. Vielmehr bestätigt er für das Missbrauchsverbot in Art. 102 AEUV, dass die Umstände eines konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen,⁹²⁴ der Marktbeherrscher mit einem ebenso effizient arbeitenden Mitbewerber zu vergleichen⁹²⁵ und ihm ein Effizienzeinwand zu eröffnen ist.⁹²⁶

Der EuGH stellt in *GlaxoSmithKline* als Antwort auf das EuG klar, dass der prozessuale Schutz der Marktstruktur ebenso ein Schutzzweck des Kartellrechts ist, wie ein individualschützender Ansatz von einzelnen Wettbewerbern oder Verbrauchern.⁹²⁷ Zu einer ökonomischen Auswirkungsanalyse äußert er sich in diesem Urteil nicht. Bloß seien Preisauswirkungen des unternehmerischen Verhaltens auf Verbraucherebene keine Voraussetzung eines Wettbewerbsverstoßes. Er führt die Linie von *Continental Can* fort, dass die einzelnen Fallgruppen des Missbrauchsverbotes (lit. a – d) nur beispielhaft genannt seien, aber keine abschließende Aufzählung von Missbrauchsformen ergäben.⁹²⁸ Daher

bezieht sich die Bestimmung nicht nur auf Verhaltensweisen, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen kann, sondern auch auf solche, die ihnen durch einen *Eingriff in die Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs* ... Schaden zufügen.⁹²⁹

Neben der Sicherung der Marktstruktur in Form des Wettbewerbsprozesses billigt der EuGH in mehreren jüngeren Urteilen ausdrücklich das Ziel einer Effizienzsteigerung durch das Missbrauchsverbot in Form einer Effi-

924 EuGH, Urteil vom 27.03.2012, Rs. C-209/10, *Post Denmark* (Tz. 26); EuGH, Urteil vom 19.04.2012, Rs. C-549/10, *Tomra Systems* (Tz. 18, 43, 71).

925 EuGH, Urteil vom 27.03.2012, Rs. C-209/10, *Post Denmark* (Tz. 22, 25, 38).

926 EuGH, Urteil vom 27.03.2012, Rs. C-209/10, *Post Denmark* (Tz. 41); EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 86); EuGH, Urteil vom 17.02.2011, Rs. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011, I-527 (Tz. 76).

927 EuGH, Urteil vom 06.10.2009, Rs. C-501/06, *GlaxoSmithKline Services*, Slg. 2009, I-9291 (Tz. 63); zuletzt auch angedeutet in EuGH, Urteil vom 27.03.2012, Rs. C-209/10, *Post Denmark* (Tz. 20); EuGH, Urteil vom 17.02.2011, Rs. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011, I-527 (Rn. 24).

928 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 57).

929 EuGH, Urteil vom 21.02.1973, Rs. C-6/72, *Continental Can*, Slg. 1973, S. 215 (Tz. 26) (Hervorhebung durch den Verfasser).

zienzeinrede.⁹³⁰ So führt er in *British Airways* zu einem nachfragerrelevanten Sachverhalt aus:

Es ist zu ermitteln, ob die für den Wettbewerb nachteilige Verdrängungswirkung einer solchen Regelung durch Effizienzvorteile ausgeglichen werden oder sogar übertroffen werden kann, die auch dem Verbraucher zugutekommen. Steht die Verdrängungswirkung dieser Regelung in keinem Zusammenhang mit *Vorteilen für den Markt und die Verbraucher* oder geht sie über dasjenige hinaus, was zur Erreichung solcher Vorteile erforderlich ist, so ist diese Regelung als missbräuchlich anzusehen.⁹³¹

Zunächst ermöglicht der EuGH also, Nachteile der Marktstruktur mit Effizienzvorteilen auszugleichen. Fraglich ist natürlich, wann angesichts der mit Art. 101 Abs. 3 AEUV vergleichbaren Voraussetzungen und einem handelnden marktbeherrschenden Unternehmen, dieses den Wettbewerb im Übrigen ausschaltet. Eine marktbeherrschende Stellung bedeutet in Art. 101 Abs. 3 AEUV stets, dass die beteiligten Unternehmen den Wettbewerb ausschalten können. Eine Freistellung ist im Kartellverbot aus diesem Grund schon nicht mehr möglich. Diese Frage, wie eine Effizienzeinrede im Missbrauchsverbot konkret umzusetzen wäre, ist jedoch nicht lieferantenspezifisch und daher hier nicht zu vertiefen.

Aus Lieferantenperspektive ist hingegen der Verbraucherbegriff von Interesse und damit die Frage, auf welcher Marktstufe die Effizienzen eintreten müssen. Je nachdem wie weit der Verbraucher verstanden wird, fällt darunter der Endverbraucher, der Abnehmer im Sinne eines Zwischenhändlers oder sogar die Marktgegenseite, also auch der Lieferant.

In *British Airways* war der relevante Markt der Markt für Luftverkehrsvermittlungsdienste.⁹³² Die Fluggesellschaften kauften Leistungen der Vermittler. Die Reisebüros waren Anbieter dieser Vermittlungsleistungen, die Fluggesellschaften deren Abnehmer. Die Fluggesellschaften vertrieben ihre Tickets zwar auch direkt, insbesondere über das Internet, doch zum Zeitpunkt der Kommissionsentscheidung 1999 wurden 85 % der Tickets über Reisevermittler verkauft. *British Airways* etablierte ein Prämienmo-

930 EuGH, Urteil vom 27.03.2012, Rs. C-209/10, *Post Danmark* (Tz. 41); EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs., C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 86); EuGH, Urteil vom 17.02.2011, Rs. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011, I-527 (Rn. 76).

931 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 86) (Hervorhebung durch den Verfasser).

932 Vgl. zum gesamten Sachverhalt EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*/, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 2 ff.).

dell, das mit Übersteigen bestimmter Umsatzschwellen den Reisevermittlern höhere Prämien für den Gesamtumsatz versprach. Dieses Prämienmodell entfaltete eine Sogwirkung, die geeignet war, Konkurrenten auf dem benachbarten Markt für Flugleistungen zu behindern. *British Airways* war auf dem Markt für Vermittlerdienste der beherrschende Nachfrager. Ihre herausragende Position auf den britischen Märkten für Flugreisen verlieh ihr eine nachfragebeherrschende Stellung gegenüber den britischen Reisevermittlern. Der Anteil von *British Airways* an den von Reisevermittlern getätigten Verkäufen war weit mehr als doppelt so groß als der seiner vier Konkurrenten zusammengenommen.

Der EuGH hat im Urteil eine Rechtfertigungsmöglichkeit dieses missbräuchlichen Prämienmodells angedeutet, die sich an den Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV orientiert, also an „Effizienzvorteilen, ... die auch dem Verbraucher zugutekommen.“⁹³³

Angesichts dieses Sachverhaltes mit *British Airways* als Abnehmer ist davon auszugehen, dass der EuGH die Effizienzeinrede nachfragespezifisch formuliert hat. Er erweitert den Adressatenkreis für Effizienzvorteile auf „Vorteile für den Markt und die Verbraucher“.⁹³⁴ Auch in der englischen Fassung des Urteils, der Verfahrenssprache, spricht der EuGH von „advantages for the market and consumers.“⁹³⁵ Eine grundlegend unterschiedliche Bedeutung von „Markt/market“ und „Verbraucher/consumer“ besteht nicht, so dass auf den deutschen Wortlaut zur Auslegung zurückgegriffen werden kann.

Wenn der EuGH den Begriff „Verbraucher“ verwendet, wird er angesichts eines natürlichen Sprachgebrauchs einen Abnehmer und keinen Anbieter meinen. Deswegen bezieht er wohl die „Vorteile für den Markt“ mit in die Effizienzeinrede neben den Verbrauchern ein. Der Markt in *British Airways* war der Markt für Luftverkehrsvermittlungsdienste. Auf diesem Markt hat die Fluggesellschaft die fraglichen Prämien und Rabatte gewährt. „Vorteile für den Markt“ bedeutet dann also „Vorteile für die Reisevermittler“. Andere Marktteilnehmer gibt es auf diesem Markt nicht. Auch können Effizienzvorteile nicht dem Markt im Sinne eines Wettbe-

933 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 86).

934 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 86).

935 Englische Fassung von EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 86).

werbsprozesses zugutekommen. Die Effizienzvorteile werden auf einer konkreten Marktstufe auftreten. Wenn der EuGH also von „Vorteile für den Markt“ spricht, wird er „Vorteile für die Marktgegenseite“ meinen; in *British Airways* also für die Lieferanten.

Dieses Verständnis, dass die Effizienzen im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV auf der Gegenseite auftreten und nicht zwingend auf Abnehmerseite, entspricht einer funktionellen Auslegung des Verbraucherbegriffs am Sinn und Zweck der Effizienzeinrede. Eine Effizienzeinrede, die nur Vorteile der Abnehmer erfasst, würde auf Nachfragemärkten ins Leere laufen bzw. den wettbewerblichen Schutz von Beschaffungsmärkten sogar verhindern. Vorteile nachgelagerter Abnehmer werden in der Regel auf Kosten eines kartellrechtlichen Nicht-Schutzes der Beschaffungsmärkte erkaufte, sind starr, preisorientiert und nur von kurzer Dauer.

c) Fusionskontrolle

Ebenso zeigt sich in der Fusionskontrolle, dass die Steigerung der Effizienz als ein Marktergebnis ein normativ verankertes Schutzgut ist.

In Art. 2 Abs. 1 lit. a FKVO berücksichtigt die Kommission „die Notwendigkeit im Gemeinsamen Markt wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten“ und in lit. b unter anderem „die Interessen der Zwischen- und Endverbraucher, sowie die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts.“ Ein Institutions- und Individualschutz erfolgen gleichberechtigt, ebenso bezieht sich der Schutz auf konkrete Marktergebnisse wie den Fortschritt. Eine Gewichtung oder eine größere Bedeutung des Wettbewerbsschutzes lässt sich diesen Kriterien nicht entnehmen. Vielmehr steht das „berücksichtigt“ an der Spitze der Formulierung und ist gleichermaßen für lit. a und lit. b mitzulesen.⁹³⁶

Historisch verfolgte der Gesetzgeber mit der Neugestaltung der FKVO im Jahr 2004 das Ziel einer stärkeren Ökonomisierung des Tatbestands. Zum einen wandelte sich das Kriterium, um einen Zusammenschluss zu untersagen: Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ist seitdem nur noch ein Regelbeispiel. Das neue zentrale Kriterium ist die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs (Art. 2 Abs. 2

936 Wohl a. A. Immenga/Mestmäcker/Körber, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 2 FKVO, Rn. 335.

FKVO). Damit erfasst die Fusionskontrolle nunmehr auch einseitige Effekte abseits der Marktbeherrschung.⁹³⁷

Zum anderen wandelte sich die Auslegung der Behinderung wirksamen Wettbewerbs dahingehend, dass neben einer marktbeherrschenden Stellung nun auch Effizienzvorteile berücksichtigt werden. Im Erwägungsgrund Nr. 29 trägt die FKVO begründeten und wahrscheinlichen Effizienzvorteilen Rechnung, um die Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den Wettbewerb bestimmen zu können.⁹³⁸

S. 2: Es ist möglich, dass die durch einen Zusammenschluss bewirkten Effizienzvorteile die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb, insbesondere den möglichen Schaden für die Verbraucher, ausgleichen, so dass durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb [...] nicht erheblich behindert würde.

Soweit der Wettbewerb erhalten bleibt, können Effizienzvorteile also negative Auswirkungen des Zusammenschlusses ausgleichen.

Der Schutz des Wettbewerbsprozesses steht folglich in unmittelbarem Zusammenhang mit positiven wirtschaftlichen Auswirkungen unternehmerischen Verhaltens. Beide Kriterien sind zur Beurteilung eines Zusammenschlusses zu berücksichtigen; auch ein Effizienzziel.

III. Effizienz als Schutzzweck im deutschen Recht

Das nationale Kartellrecht versteht, wie oben dargestellt, den Schutz des Wettbewerbs instrumentell, um die Wohlfahrt und Ressourcenallokation als weiterreichende Ziele zu fördern. Dieses instrumentelle Verständnis geht vor allem historisch aus der Begründung zum Entwurf des GWB hervor, dass der Wettbewerb kein Selbstzweck sei, sondern ein Mittel zur Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung.⁹³⁹ Schon in den Diskussionen vor Erlass des GWB standen die ökonomischen Funktionen des Wettbewerbs ebenso im Vordergrund wie seine gesellschaftspolitischen.⁹⁴⁰

937 *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 2011, S. 204.

938 Auslassungen durch den Verfasser.

939 Entwurf des GWB, BT-Drucks. 02/1158 vom 22.01.1953, S. 21 f.; vgl. zur historischen Diskussion oben S. 252.

940 Insbesondere sei die Wettbewerbsfreiheit als Ziel des Kartellrechts erst später und in einer Reduzierung ordoliberaler Ideen entstanden, so *Maier-Rigaud*, in: *Zimmer* (Hrsg.), *Goals of Competition Law*, 2012, S. 132, 151; für eine aus-

Auch die Ordoliberalisten der Freiburger Schule argumentierten v. a. deswegen gegen Machtpositionen im Markt, da sich Marktmacht negativ auf die Verbraucherpreise und die Versorgung der Gesellschaft mit Gütern auswirken würde.⁹⁴¹

Das Kartell- und Missbrauchsverbot und die Fusionskontrolle sind als einzelne Tatbestände Teil einer übergreifenden Wettbewerbskonzeption, die bei aller tatbestandlicher Unterschiedlichkeit ein einheitliches wettbewerbspolitisches Leitbild verfolgt. Das GWB hat historisch zwei Schutzdimensionen:⁹⁴²

Das Gesetz geht von der durch die wirtschaftswissenschaftliche Forschung erhärteten wirtschaftspolitischen Erfahrung aus, dass die Wettbewerbswirtschaft die *ökonomischste* und zugleich *demokratischste* Form der Wirtschaftsordnung ist [...].

Die gesellschaftspolitische Funktion gewährleistet die Handlungs- und Betätigungsfreiheit der Marktteilnehmer. Die ökonomische Funktion fördert wirtschaftspolitische Ziele, wie eine gerechte Einkommensverteilung, Ressourcenallokation, Konsumentensouveränität und den wissenschaftlichen und technischen Fortschritt.⁹⁴³

Über diese historische und konzeptionelle Auslegung hinaus, die auf der Begründung zum GWB beruht, entspricht das nationale Kartellverbot in §§ 1, 2 GWB in Auslegung und Schutzzweck dem europäischen Vorbild. Es ist nicht nur im zwischenstaatlichen Bereich parallel anzuwenden, sondern auch aus einer eigenen autonomen Entscheidung des deutschen

schließliche wirtschaftliche Orientierung der Wettbewerbspolitik *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1966, S. 13. In Hinblick auf *Maier-Rigauds* Äußerung stellt *Wurmnest* klar, dass funktionierender Wettbewerb zu einer guten Versorgung der Marktgegenseite führen wird, der Gesetzgeber jedoch auch andere Ziele mit dem GWB verfolgte, vgl. *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 2012, S. 96, Fn. 237.

941 *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 2004 (1952), S. 334; vgl. auch die historischen Ausführungen bei *Maier-Rigaud*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 132, 150 ff.; bestätigt von *Schweitzer*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 169, 170 f.

942 Entwurf des GWB, BT-Drucks. 02/1158 vom 22.01.1953, S. 21.

943 Entwurf des GWB, BT-Drucks. 02/1158 vom 22.01.1953, S. 21 f.; vgl. auch *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 2012, S. 211; *Langen/Bunte*, Deutsches Kartellrecht, 2014, Einl. zum GWB, Rn. 77; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 318.

Gesetzgebers heraus für rein nationale Sachverhalte im Sinne des europäischen Rechts auszulegen.

Ebenso orientiert sich die Auslegung des § 19 GWB am europäischen Missbrauchsverbot. Mit der 6. und 7. GWB-Novelle glich ihn der deutsche Gesetzgeber der europäischen Regelung an, auch wenn der Wortlaut unterschiedlich blieb. Zwar ist im Einzelnen umstritten, inwieweit das deutsche Missbrauchsverbot in der Auslegung dem europäischen folgt. Der Regierungsentwurf der 7. GWB-Novelle sah vor, bei der Anwendung des § 19 GWB die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts maßgeblich zu Grunde zu legen, denn nationales und europäisches Kartellrecht befänden sich in einem natürlichen Gleichlauf.⁹⁴⁴ Dieser Passus wurde im Vermittlungsverfahren gestrichen, da nach Ansicht des Bundesrates eine europarechtskonforme Auslegung ohnehin geboten sei.⁹⁴⁵ Nach der Rechtsprechung des BGH wird sich in aller Regel in der materiellen Anwendung ein Gleichlauf ergeben.⁹⁴⁶ Das bedeutet, soweit ein Verhalten gegen § 19 GWB verstößt, verletzt es auch Art. 102 AEUV, sofern die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllt ist.

Das deutsche Kartellrecht verfolgt also ebenso wie das europäische eine ökonomische Zielsetzung effizienten Wirtschaftens.

IV. Zwischenergebnis

Das europäische und das deutsche Kartellrecht verfolgen das Ziel, eine effiziente Ressourcenallokation zu fördern.

1. Der EuGH stellt in *British Airways* die Systematik des europäischen Kartellrechts tatbestandsübergreifend klar. Auf einer ersten Stufe schützen die einzelnen Tatbestände ergebnisoffen den Wettbewerbsprozess. Auf einer zweiten Stufe berücksichtigen die Tatbestände Effizienzen in einer Auswirkungsanalyse. Die Effizienzvorteile sind nicht nur am Verbraucher, sondern an der Marktgegenseite zu messen, um

944 Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640 vom 12.08.2004, S. 9, 32.

945 Bezweifelnd Langen/Bunte/*Nothdurft*, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 19, Rn. 24; vgl. bereits oben S. 44.

946 BGH, Beschluss vom 04.03.2008, Az. KVR 21/07, WuW/E DE-R 2268 (Rn. 46) – *Soda-Club II*.

auch kartellrechtlich relevantes Nachfrageverhalten erfassen zu können.

2. Das deutsche GWB verfolgt in seiner Grundkonzeption, ausweislich der gesetzgeberischen Begründung, ebenso eine gesellschaftspolitische freiheitsorientierte Funktion und eine die Ressourcenallokation steigernde ökonomische Funktion.

D) Maßstab der Wohlfahrtsförderung – das „Wie“

Bisher hat die Arbeit dargelegt, dass das Kartellrecht den Wettbewerbsprozess schützt, um darüber hinaus die Effizienz im allokativen, produktiven und dynamischen Sinne zu fördern. Daran schließt sich die Frage an, was unter Effizienz zu verstehen ist.

I. Ökonomischer Begriff der Effizienz

Bereits im ökonomischen Teil geht die Arbeit auf die Begriffe der allokativen, produktiven und dynamischen Effizienz ein.⁹⁴⁷

Kurz zusammengefasst bedeutet Allokationseffizienz, dass die in einer Volkswirtschaft vorhandenen Ressourcen so genutzt werden, dass die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Mitglieder einer Gesellschaft optimal befriedigt werden. Das ist dann der Fall, wenn durch einen anderen Einsatz der Ressourcen oder eine andere Verteilung der Güter weder die Gesellschaft insgesamt noch einzelne Individuen bessergestellt sein können, ohne dass gleichzeitig andere Verluste hinnehmen müssen.⁹⁴⁸

Die Produktionseffizienz behandelt den Einsatz von Produktionsfaktoren, Inputs und Gütern. Eine Produktion verläuft dann effizient, wenn bei gegebenem Input ein maximaler Output erreicht wird.⁹⁴⁹ Eine effiziente

947 Vgl. bereits oben S. 192, 203 und 204.

948 MüKo/Kerber/Schwalbe, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 133; Samuelson/Nordhaus, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 249; Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 4 ff.

949 Dazu ausführlich MüKo/Kerber/Schwalbe, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 134; Parret, in: Zimmer (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 61, 68; Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 8.

Produktion ist in der Regel gegeben, solange alle daran Beteiligten, auch unternehmensintern, das Ziel der Gewinnmaximierung verfolgen.⁹⁵⁰

Die dynamische Effizienz versucht, Veränderungen in Forschung und Entwicklung, der Qualität, Innovation oder Marktstrukturen über Zeiträume abzubilden.⁹⁵¹ Innovationsökonomisch ist es schwierig festzustellen, wann dynamische Effizienz gegeben ist, da Forschungs- und Entwicklungserfolge kaum zu prognostizieren und zu bewerten sind. Es fehlt ein klares Kriterium, um einen innovatorischen Fortschritt zu erfassen. Die Investitionen eines Unternehmens in Forschung und Entwicklung können allenfalls ein Indiz sein, verlässlich nachweisen können sie allerdings nicht.⁹⁵²

II. Maßstab der Wohlfahrtsförderung: Gesamt- oder Konsumentenwohlfahrt?

Die Entscheidung zugunsten eines Wohlfahrtsstandards ist nicht im luftleeren Raum zu treffen, sondern entsprechend der gesetzgeberischen Intention. Sie ist eine normative Entscheidung des Gesetzgebers.⁹⁵³ Zunächst sind knapp die Begriffe des Gesamt- und Konsumentenwohlfahrtsstandards zu klären.⁹⁵⁴ Im Anschluss ist zu zeigen, dass das Kartellrecht, entsprechend der wohl herrschenden Meinung, einem Maßstab der Konsum-

950 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 9.

951 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 9. Dazu grundlegend MüKo/Kerber/Schwalbe, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 104 ff., 135. Schon *Schumpeter* begrüßte 1942 das Zeitalter, in dem sich Ökonomen nicht mehr nur auf den Preis in der Konkurrenz fixieren, sondern ebenso Qualität und Service als dynamische Parameter im Auge haben, vgl. *Schumpeter*, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 1946, S. 139 f.

952 Vgl. Kerber, in: *Drexl/Kerber/Podszun*, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 173, 185.

953 *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 2011, S. 231; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 13; *Möller*, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischem Kartellrecht, 2008, S. 51; MüKo/Kerber/Schwalbe, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 139; *Schwalbe*, in: *Oberender* (Hrsg.), Effizienz und Wettbewerb, 2005, S. 63, 67.

954 Vgl. zu Begriffsdivergenzen hinsichtlich des Wohlfahrtsstandards zwischen Juristen und Wirtschaftswissenschaftlern, *Möller*, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischem Kartellrecht, 2008, S. 54.

mentenwohlfahrt folgt. Das Verständnis des „Konsumenten“ oder „Verbraucher“ geht jedoch über den Abnehmer hinaus.

1. Gesamtwohlfahrt

Der Gesamtwohlfahrtsstandard betrachtet die Summe der Konsumenten- und Produzentenrente.⁹⁵⁵ Eine an ihm ausgerichtete Wettbewerbspolitik versucht, die Gesamtwohlfahrt zu maximieren. Eine gesteigerte Produzentenrente kann eine sinkende Konsumentenrente ausgleichen.

Gerade in der Fusionskontrolle sind Zusammenschlüsse denkbar, die wegen steigender Marktmacht nachgelagert die Verbraucherpreise steigen lassen. Die Konsumentenwohlfahrt sinkt, weil die Verbraucher für die gleiche Leistung einen höheren Preis bezahlen müssen. Die sich zusammenschließenden Unternehmen erzielen hingegen wegen der vergrößerten Produktion Rationalisierungsgewinne. Diese lassen die Produzentenrente steigen. In einem Gesamtwohlfahrtsstandard kann eine vergrößerte Produzentenrente den Rückgang der Konsumentenrente in der Beurteilung der Fusion ausgleichen, so dass im Ergebnis die Gesamtwohlfahrt steigt.⁹⁵⁶

Soweit Lieferanten einem solchen Markt, auf dem die Produzenten fusionieren, vorgelagert sind, spielt es eine Rolle, welcher Bewertungsstandard für Effizienzgewinne anzulegen ist. Nicht nur die Wohlfahrt der Endverbraucher als Konsumenten kann unter der entstehenden Angebotsmacht leiden, sondern auch die der vorgelagerten Lieferanten, deren Rente unter der Nachfragemacht zurückgeht. Um Effizienzgewinne, die die Freigabe

955 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 11; *Schmidtchen*, WuW 2006, 6, 7; *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 18; vgl. zum Begriff der Gesamtwohlfahrt *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 427. Die *Konsumentenrente* liegt in der Differenz zwischen dem Preis, den der Konsument bereit wäre zu bezahlen (Grenznutzen) und dem Preis, den er tatsächlich unter Wettbewerbsverhältnissen bezahlt (Grenzkosten), vgl. *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 185 ff.; ausführlicher *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 154 ff. Die *Produzentenrente* liegt in der Differenz zwischen dem durchschnittlichen Marktpreis und den durchschnittlichen variablen Kosten der Produktion des Gutes, vgl. *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 409.

956 Vgl. zu diesem *Williamson-Tradeoff* *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 2012, S. 123 ff.; *Möller*, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischem Kartellrecht, 2008, S. 50, 55. Grundlegend und namensgebend *Williamson*, 58 American Economic Review 18, 21 ff. (1968).

des Zusammenschlusses beeinflussen, beurteilen zu können, stellt sich die Frage, ob die Wohlfahrt der Lieferanten Teil der Konsumentenwohlfahrt als Marktgegenseite ist, oder ob sie die Produzentenrente beeinflusst.

2. Konsumentenwohlfahrt

Der Konsumentenwohlfahrtsstandard berücksichtigt ausschließlich die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung auf die Konsumentenrente. Es ist Produzenten nicht mehr möglich, eigene Effizienzgewinne in der Produktion rechtfertigend geltend zu machen, solange sie sie nicht an die Konsumenten weiterreichen. Anbieter können eine verringerte Konsumentenwohlfahrt nicht mit steigenden Produzentengewinnen ausgleichen. Die Konsumentenrente steigt also, wenn bei gleichbleibender Leistung nachgelagert die Preise fallen.⁹⁵⁷

III. Argumente für Gesamtwohlfahrt

Das ökonomische Standardkonzept, an dem sich die Wettbewerbspolitik aus Sicht der Wirtschaftswissenschaften orientieren sollte, liegt im sozialen Überschuss, also in der Gesamtwohlfahrt.⁹⁵⁸ Gerade Ökonomen bezeichnen den Gesamtwohlfahrtsstandard daher als „Wohlfahrt“ und grenzen dazu die „Konsumentenwohlfahrt“ als Sonderfall ab.⁹⁵⁹

1. Konsumentenwohlfahrtsstandard kann zu Effizienzverlusten führen

Meistens wird sich wettbewerbliches Verhalten parallel auf Konsumenten- und Gesamtwohlfahrt auswirken. D. h. ein Verhalten, das die Konsumentenwohlfahrt verringert, wird auch die Gesamtwohlfahrt negativ berührt.

957 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 11; *Möller*, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischem Kartellrecht, 2008, S. 48; *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 18.

958 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 13; *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 20.

959 Z. B. die Begriffswahl bei *Neven/Röller*, 23 International Journal of Industrial Organization 829, 830 (2005).

ren.⁹⁶⁰ Doch dieser Schluss ist, wie der oben beschriebene *Williamson-Tradeoff* verdeutlicht,⁹⁶¹ nicht zwingend. Ein unternehmerisches Verhalten, das die Produzentenrente stärker mehrt als die Konsumentenrente reduziert, ist nicht nur auf die Fusionskontrolle beschränkt, sondern kann gerade bei Nachfragegewinnen, die Unternehmen nicht weiterreichen, in allen kartellrechtlichen Tatbeständen auftreten.

In diesen Fällen wird wegen einer fehlenden Saldierung mit den Produzentengewinnen eine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme oder Fusion nicht legitimiert oder freigegeben, obwohl sie im Sinne einer Gesamtwohlfahrt effizient ist, bloß weil sie Effizienzen bei den Produzenten statt bei den Verbrauchern hervorruft. Volkswirtschaftlich betrachtet können durch den Konsumentenstandard potentielle Effizienzgewinne auf Seiten der Anbieter verloren gehen.⁹⁶²

Ein Konsumentenwohlstandsstandard, so der Vorwurf von Ökonomen, begründet eine Umverteilung zu Lasten der Produzenten. Im Falle eines *Williamson-Tradeoffs* beispielsweise ist die Fusion nur dann freizugeben, wenn die Verbraucherpreise sinken. Die zusätzlichen produktiven Effizienzen müssen sich in Preissenkungen niederschlagen. Ökonomen bezweifeln, dass eine daraus resultierende Umverteilung Ziel des Kartellrechts ist.⁹⁶³

2. Maßstab der Konsumentenwohlfahrt erhöht die Gefahr von false negatives

Das Risiko von *false negatives* bedeutet, dass die Gefahr steigt, unternehmerische Rechtsverstöße nicht zu sanktionieren, weil sie nicht als solche erkannt werden. Im kartellrechtlichen Zusammenhang führen *false negatives* typischerweise zu einem *under enforcement*. Im Falle von Nachfragemacht würde eine Fusion freigegeben oder eine Wettbewerbsbeschrän-

960 Motta, Competition Policy, 2004, S. 19.

961 Grundlegend *Williamson*, 58 American Economic Review 18, 21 ff. (1968).

962 *Schmidtchen*, WuW 2006, 6, 10 f. bezeichnet den Konsumentenwohlstandsstandard als „Wertschöpfungsbremse.“.

963 *Schmidtchen*, WuW 2006, 6, 11; a. A. *Hellwig*, Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung: Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, 2007, S. 34; vgl. auch *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 13.

kung legitimiert, die tatsächlich negative wirtschaftliche Auswirkungen zeigt.

Das Gegenteil von *false negatives* sind *false positives*. Sie treten ein, wenn unternehmerisches Verhalten als Rechtsverstoß sanktioniert wird, obwohl es wettbewerbsfördernd wirkt. *False positives* führen zu einem *over enforcement*.

Ein Maßstab der Konsumentenwohlfaht, selbst wenn er sich präzise auf eine Verbrauchergruppe konzentriert, wird sich entsprechend der ökonomischen Möglichkeiten auf kurzzeitige Auswirkungen bei Preis und Menge auf Abnehmerseite beschränken müssen. Abnehmer und Verbraucher sind jedoch nicht deckungsgleich. Eine abnehmerbezogene Konsumentenwohlfaht wird der umfassenden Positionierung von Verbrauchern im Wirtschaftsleben nicht gerecht, sei es als Konsumenten, Arbeitnehmer oder Steuerzahler.

Consumer welfare umfasst volkswirtschaftlich nicht nur möglicherweise sinkende Preise der Abnehmer, sondern als negative Auswirkung auch ein sorgloseres Wirtschaften der Lieferanten, sei es in Qualitäts- oder Umweltschutzstandards oder auch dem Einhalten von Arbeitsschutzvorschriften oder dem Fördern günstigerer Arbeitsplätze in sozialversicherungsfreien Beschäftigungsverhältnissen oder Schwarzarbeit.⁹⁶⁴ All diese Kosten, für die ebenso Verbraucher als Arbeitnehmer oder Steuerzahler aufkommen, lassen sich mit den herkömmlichen ökonomischen Instrumenten nicht erkennen. Dennoch existieren sie.

Daher besteht das Risiko, dass eine auf die Abnehmer bezogene Auswirkungsanalyse eine nachfragemächtige Position gutheißt, die gesamtökonomisch vielleicht nachteilig ist. Das Risiko steigt, eine Fusion wegen vermeintlich positiver Auswirkungen freizugeben, die tatsächlich negativ sind (*false negatives*).

964 Vgl. *Stucke*, Looking at the Monopsony in the Mirror, 2013, S. 38.

3. Auch Konsumenten sind über Unternehmensbeteiligungen an den Gewinnen der Produzenten beteiligt

a) Argument

Je nachdem wie weit der Konsumentenbegriff gezogen werde, seien Konsumenten- und Gesamtwohlfahrtsstandard identisch. Wenn Konsument nicht nur der Endverbraucher bzw. Abnehmer auf einem spezifischen Markt sei, sondern auch der nicht-nachfragende Verbraucher, dann seien auch Anteilseigner und Eigentümer von Unternehmen Konsumenten. In diesem weiten Konsumentenverständnis fließe dann auch eine Produzentenrente den Konsumenten als Unternehmenseigner zu.⁹⁶⁵

b) Stellungnahme

Dieses Argument verwischt die Grenze zwischen Konsumenten und Produzenten. Auch erfolgt die Beteiligung der Verbraucher am Unternehmensgewinn immer nur mittelbar und nach Belieben des Unternehmens.

Doch deutet dieses Argument einen bedeutenden Gesichtspunkt an:

Das volkswirtschaftliche Verständnis von Konsumenten als Anteilseigner bricht mit der starren linearen Marktvorstellung als Anbieter/Abnehmer bzw. Produzent/Konsument.⁹⁶⁶ Der Wirtschaftskreislauf – nicht umsonst „-kreislauf“ – ist zirkulär so zu verstehen, dass jeder Endverbraucher als Anbieter seiner eigenen Arbeitskraft wieder am Beginn der Wertschöpfungskette steht.⁹⁶⁷ Lieferanten, wie beispielsweise Arbeitnehmer, sind je-

965 *Schmidtchen*, WuW 2006, 6, 10; *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 21; dieses Argument andeutend *Vanberg*, in: *Drexel/Kerber/Podszun*, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 44, 57.

966 Vgl. zur ökonomischen Tatsache, dass Konsumenten nicht in jeder Rolle als Abnehmer, sondern oft als Anbieter agieren, *Vanberg*, in: *Drexel/Kerber/Podszun*, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 44, 57.

967 Vgl. in diesem Sinne *Schumpeter*, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, 1952, S. 6 f.:

Unser Bild wird vollkommener, wenn wir uns eine andere Vorstellung vom „Konsumieren“ machen als die gewöhnliche. [...] Daraus aber, daß alle Güter ihren Absatz finden, folgt wiederum, daß sich der Kreislauf des wirtschaftlichen Lebens schließt, d. h. die Verkäufer aller Güter wieder in hinreichendem Maße als Käufer auftreten konnten, um jene Güter zu erwerben,

doch nicht als Eigentümer der Produzenten schutzwürdig, sondern als Marktgegenseite der Produzenten auf dem Arbeitsmarkt. Ob diese liefernde Marktgegenseite als Konsument zu bezeichnen ist, kann zunächst offenbleiben. Dem Anteilseigner-Argument ist jedenfalls zugute zu halten, dass es aufzeigt, dass es neben dem Endverbraucher-Konsumenten auch einen investierenden Konsumenten auf der Marktgegenseite geben kann.

Gleichwohl ist dem Anteilseigner-Argument entgegenzuhalten, dass der Gesamtwohlfahrtsstandard eine unmittelbar reduzierte Konsumentenrente in Kauf nimmt, die Konsumenten als Anteilseigner aber nur höchst mittelbar beteiligt. Auch wenn es heißt, selbst wenn Unternehmensgewinne nicht ausgeschüttet, sondern investiert würden, profitiere letztlich der Konsument,⁹⁶⁸ so profitiert zunächst alleine das Unternehmen. Eine damit einhergehende Vermachtung der Märkte und nachlassender Wettbewerbsdruck lassen an einem echten Gewinn der Konsumenten im Falle der Saldierung in einem *Williamson-Tradeoff* zweifeln.

4. Weiterreichen der Unternehmensgewinne an die Konsumenten steht langfristigen Verbraucherinteressen entgegen.

a) Argument

Wie zweifelhaft die Weitergabe der Unternehmensgewinne an die Anteilseigner tatsächlich ist, offenbart dieses Argument. Demzufolge profitierten nicht die Anteilseigner von Unternehmensgewinnen, sondern langfristig die Endverbraucher von innovativen Produkten.⁹⁶⁹

Ein Konsumentenwohlfahrtsstandard führe dazu, dass Unternehmen ihre Gewinne an die Verbraucher weiterreichen müssten. Ein Marktpreis werde sich daher auf Höhe der Grenzkosten bilden. Ein Preis, der jedoch nur den Grenzkosten entspreche, sei für Unternehmen nicht attraktiv, so dass sie wegen nur geringer Gewinnerwartung auf Investitionen verzichten oder aus dem Markt ausscheiden würden. Das sei jedoch nicht im langfristigen Konsumenteninteresse. Vielmehr fordert *Motta*, sollten An-

die ihren Konsum und ihren Produktionsapparat in der nächsten Wirtschaftsperiode auf dem bisherigen Stand erhalten und umgekehrt.

968 *Schmidchen*, WuW 2006, 6, 10.

969 *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 21.

reize für Unternehmen geschaffen werden, zu investieren und innovativ tätig zu werden. Dies könne durch einen Gesamtwohlfahrtsstandard geschehen. Dann hätten Unternehmen einen Anreiz, Effizienzen im Produktionsprozess zu verwirklichen, wenn die daraus entstehenden Gewinne ihnen selbst zugutekämen. Langfristig profitiere dann, so verspricht *Motta*, auch die Konsumentenwohlfaht von hochwertigen und innovativen Produkten.⁹⁷⁰

b) Stellungnahme

Gerade dieses Argument, das Investitionen in Produktion und Innovation verspricht, basiert auf einem erlahmenden Wettbewerb. Wenn Unternehmen ihre eigenen Gewinne nicht an nachgelagerte Stufen weitergeben müssen, herrscht nur geringer Wettbewerbsdruck. In einem solchen Marktumfeld sind Unternehmen verleitet, sog. unproduktive Investitionen zu tätigen. Es besteht die Gefahr, dass die Unternehmen ohne wettbewerbliche Veranlassung auch keinen Druck mehr spüren, effizient arbeiten zu müssen.⁹⁷¹

Allerdings ist *Motta* aus Lieferantenperspektive zuzugestehen, dass ein einseitiges Fixieren auf kurzfristige Preisvorteile der Endverbraucher die Innovationsbereitschaft auf Anbieterseite schädigen könne. Gerade wenn die Wettbewerbsbeschränkung eines vorgelagerten Marktes an der Wohlfahrt der Konsumenten eines nachgelagerten Marktes gemessen wird, besteht die Gefahr, dass kurzfristige Preisvorteile der Verbraucher eine Wettbewerbsbeschränkung legitimieren, die in einer langfristigen Saldierung mit den Auswirkungen auf die anderen Markteteiligten kaum effizient sein kann.

Ein Verständnis des Konsumenten als Marktgegenseite würde einerseits auf vorgelagerten Beschaffungsmärkten das Innovationspotential der Lieferanten erhalten. Jedenfalls würde eine Beschränkung des Beschaffungsmarktes nicht nach den Auswirkungen auf Dritte (Endverbraucher) analysiert, sondern nach denen auf die Lieferanten selbst als Marktgegenseite. Eine innovationslähmende Nachfragemacht würde in der Auswirkungenanalyse berücksichtigt.

970 *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 21.

971 *Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 2008, S. 111.

Andererseits würde auf nachgelagerten Angebotsmärkten der Wettbewerbsdruck erhalten. Dort würde Wohlfahrt der Marktgegenseite als echte Verbraucherwohlfahrt verstanden. Sog. unproduktive Effizienzen auf Seiten der wettbewerbsbeschränkenden Unternehmen würden vermieden.

IV. Argumente für Konsumentenwohlfahrt

Folgt die Kartellrechtsanwendung einem Konsumentenwohlfahrtsstandard, beurteilt sie die Auswirkungen unternehmerischen Verhaltens alleine am Maßstab der Konsumentenrente. Für diesen Standard sprechen eher praktische Erwägungen.

Das europäische Kartellrecht beurteilt Effizienzgewinne nach überwiegender Ansicht am Maßstab der Konsumentenwohlfahrt.⁹⁷²

1. Geringes Bewusstsein der Konsumenten, durch kartellrechtswidriges Verhalten einen Schaden zu erleiden.

a) Argument

Wegen nur geringer individueller Preiserhöhungen, die der einzelne Verbraucher tragen müsse, fehle ihm das Bewusstsein und der Wille, sich gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu seinen Lasten zu engagieren. Die absprechenden oder fusionierenden Unternehmen hingegen setzten ihre Lobby und Einflussmöglichkeiten ein, um ihren wettbewerbsbeschränkenden

972 *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 2011, S. 232; zumindest gegen einen Maßstab der Gesamtwohlfahrt im Sinne der Chicago School, *Ackermann*, Art. 85 Abs. 1 EGV und die rule of reason, 1997, S. 233; vgl. auch *Palatzke*, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2012, S. 246 f.; vgl. die Praxis der EU in EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (Horizontalleitlinien“), ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 219; EU-Kommission, VO Nr. 330/2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen vom 20.04.2010 („Vertikal-GVO“), ABl. 2010 Nr. L 102/1, Rn. 10; EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 5, 19; EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. 2004 Nr. C 31/3, Rn. 79.

Status zu legitimieren oder zu rechtfertigen.⁹⁷³ Wegen der Vielzahl der Verkäufe könnten schon minimale Preiserhöhungen oder Mengenreduzierungen oder Qualitätseinbußen zu großen Gewinnen führen. Insofern sei die Sensibilität der kartellierenden Unternehmen, sich für Wettbewerbsbeschränkungen einzusetzen, ungleich höher als das Bewusstsein der Verbraucher, sich dagegen zu wehren.⁹⁷⁴ Dieses Ungleichgewicht könne mit dem Konsumentenwohlstandsstandard ausgeglichen werden, da eine Wettbewerbsbeschränkung nur dann zulässig sei, wenn die Wohlfahrt der Endverbraucher dadurch steige.

Zudem fehle es bei einer geringen individuellen Betroffenheit den Verbrauchern nicht nur am Bewusstsein der eigenen Schädigung. Auch seien die Kosten, diese geltend zu machen, im Verhältnis zum individuellen Nutzen sehr hoch.⁹⁷⁵

b) Stellungnahme

Dieses Argument, welches an die strukturelle Unterlegenheit des Verbrauchers gegenüber Unternehmen erinnert, mag aus Perspektive der Rechtsanwendung nachvollziehbar sein, normativ findet es jedoch keine Grundlage. Das Kartellrecht verfolgt keinen unmittelbar verbraucherschützenden Zweck, sondern fördert den Wettbewerbsprozess bzw. die Wohlfahrt. Soweit die Durchsetzung des Kartellrechts an fehlenden Anreizen der Betroffenen scheitert, sieht es ein System hoheitlich auferlegter Bußgelder vor. Privatrechtliche Schadensersatzklagen ließen sich mit prozessualen Mitteln, wie Sammelklagen, erleichtern.⁹⁷⁶ Die kartellrechtlichen Tatbestände

973 Vgl. *Haucap*, in: *Drexler/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 217, 222, der den Verbraucherstandard als institutionelle Sicherung versteht, übertriebenen Effizienzbehauptungen und intensivem Lobbyismus entgegenzuwirken.

974 *Motta*, *Competition Policy*, 2004, S. 20.

975 *Lagerlöf/Heidhues*, 23 *International Journal of Industrial Organization* 803, 821 f. (2005); *Haucap*, in: *Drexler/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 217, 222.

976 Vgl. aus der zahlreichen aktuellen Literatur zur privaten Rechtsdurchsetzung und insbesondere Schadensersatz nur *Jaschke*, *Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch*, 2012; *Häfele*, *Private Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht und die Kronzeugenregelung*, 2013.

selbst verfolgen jedoch keinen unmittelbar verbraucherschützenden Zweck.

Weiterhin kann nicht nur den Verbrauchern die Lobby fehlen, sondern auch den Lieferanten. Sie liefern möglicherweise ihre gesamte Produktion an einen einzigen Nachfrager. Gerade im Handel sind die Anteile der Nachfrager am Umsatz der Lieferanten häufig derart hoch, dass die Lieferanten individuell von den Nachfragern abhängig sind. Im Gegensatz zu den Endverbrauchern ist der Schaden dieser abhängigen Lieferanten aus einem wettbewerbswidrigen Verhalten der Nachfrager extrem groß. Doch ist wegen seiner häufig geringen absoluten Größe die Bedeutung des einzelnen Lieferanten für den Markt vernachlässigbar. Sein Schicksal wird politisch kaum Beachtung finden.

Gleichzeitig hindert die individuelle Abhängigkeit des Lieferanten vom Nachfrager ihn häufig, gegen den Nachfrager vorzugehen, mit den Kartellbehörden offen zu kooperieren oder einen Schaden von ihm ersetzt zu verlangen. Die Lieferanten haben also, anders als die Endverbraucher, ein großes Interesse daran, dass Wettbewerbsverstöße der Nachfrager verfolgt werden. Gleichzeitig sind sie ihnen aber in Bedeutung und Einfluss unterlegen.

Dieses Argument also, den Maßstab der Konsumentenwohlfaht als Ausgleich der Unternehmerlobby einzusetzen, übersieht, dass nicht unbedingt nur die Endverbraucher den Anbietern unterlegen sein können, sondern generell die eine Marktseite der anderen, eben auch die Lieferanten den Nachfragern. An dieser Stelle ist erneut an *Hoppmann* zu erinnern, dass es für funktionierenden Wettbewerb nicht mehr brauche als eine vorstoßende Seite und eine auswählende.⁹⁷⁷ Diese beiden Seiten könnten aber unabhängig von Verbraucher/Unternehmer besetzt sein. Erforderlich ist vielmehr ein Schutz der Marktgegenseite.

2. Vereinfachte Beurteilung von Zusammenschlüssen in der Praxis

Ein weiteres praktisches Argument für den Maßstab der Konsumentenwohlfaht ist, dass isolierte Preiswirkungen auf Konsumenten häufig ein-

977 *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1988, S. 241; in diesem Sinne auch *Nihoul*, in: *Zimmer* (Hrsg.), *Goals of Competition Law*, 2012, S. 219, 225.

facher nachzuweisen sein würden, als sie mit Kosten- und Produktionsvorteilen der Anbieter zu saldieren.⁹⁷⁸

Auch hätten die Unternehmen gegenüber Kartellbehörden einen Wissensvorsprung über die eigene Kostenstruktur.⁹⁷⁹ Der Maßstab der Konsumentenwohlfaht könne diesen Vorsprung ausgleichen, da es auf die eigenen Produktionsvorteile des Unternehmens nicht mehr ankomme.

3. Konsumentenwohlfaht gewährleistet, dass Effizienzgewinne tatsächlich an nachgelagerte Marktstufen weitergegeben werden

a) Argument

Die Konsumentenwohlfaht erfülle als Standard der ökonomischen Analyse eine Doppelfunktion: Zum einen biete sie den theoretischen Analyserahmen, wie Effizienzgewinne auf dem Markt zu berücksichtigen seien. Zum anderen gewährleiste sie ausreichenden Wettbewerbsdruck, dass die Unternehmen die Effizienzvorteile tatsächlich an die Verbraucher weiterreichten.⁹⁸⁰

b) Stellungnahme

Wettbewerbsdruck soll nach den Kommissionsleitlinien zu Art. 81 Abs. 3 EG die zentrale Voraussetzung sein, dass Unternehmen ihre Gewinne an die Verbraucher weitergeben.⁹⁸¹

Je größer das verbleibende Ausmaß des Wettbewerbs, umso wahrscheinlicher ist es, dass die einzelnen Unternehmen versuchen werden, ihre Umsätze zu steigern, indem sie ihre Kosteneinsparungen weitergeben.

978 *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 21.

979 *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 21; *Gual/Hellwig/Perrot/Polo/Rey/Schmidt/Stenbacka* (Economic Advisory Group on Competition Policy), An economic approach to Article 82, 2005, S. 9; vgl. zur asymmetrischen Wissensverteilung *Besanko/Spulber*, 99 *Economic Journal* 408 ff. (1989).

980 *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 2011, S. 233.

981 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 Nr. C 101/97, Rn. 97; ebenso auf den Wettbewerbsdruck abstellend EuGH, Urteil vom 25.10.1977, Rs. C-26/76, *Metro SB-Großmärkte*, Slg. 1977, 1875 (Tz. 48).

Allerdings ist aus Lieferantensicht der Zusammenhang zweifelhaft, dass Wettbewerbsdruck alleine ausreicht, damit Unternehmen Kostenvorteile an die Verbraucher weitergeben.

Der ökonomische Teil der Arbeit zeigt: Nur weil auf einem, aus Lieferantensicht nachgelagerten, Verkaufsmarkt intensiver Wettbewerb herrscht, bedeutet dies nicht unbedingt, dass die Nachfrager in der Beschaffung erzielte Vorteile auch weitergeben.⁹⁸² Im Modell der Verhandlungsmacht ist der Wettbewerb auf einem nachgelagerten Markt zwar eine entscheidende Voraussetzung, dass Effizienzgewinne weitergegeben werden, doch eben nicht die einzige: Hinsichtlich der Allokationseffizienz sind tatsächlich positive Auswirkungen für die Verbraucher möglich. Dafür muss zunächst das Modell der Verhandlungsmacht Anwendung finden (nicht z. B. bei standardisierten Gütern, Rohstoffmärkten etc.), dann müssen die Beschaffungsvorteile tatsächlich die Grenzkosten senken und nicht nur sonstige Zugeständnisse der Lieferanten beinhalten, wie Regalmieten, Listungsgebühren etc., und langfristig darf kein wohlfahrtsschädlicher Spiral- oder Wasserbetteffekt eintreten, über dessen Bestehen und Voraussetzungen in den Wirtschaftswissenschaften jeweils Uneinigkeit herrscht. Allein dann besteht bei nachgelagertem Wettbewerb die Möglichkeit, dass Nachfrager ihre ausgehandelten Preisvorteile weitergeben.

Die dynamischen Effizienzvorteile durch Nachfragemacht sind im Einzelnen strittig und ihr Bestehen wird als eher unwahrscheinlich eingeschätzt.⁹⁸³ Alleine von nachgelagertem Wettbewerbsdruck abhängig zu machen, dass Effizienzvorteile bei den Verbrauchern eintreten, ist also eine stark vereinfachte Methode. Es gibt zahlreiche Voraussetzungen, dass ausgeübte Nachfragemacht nachgelagert zu Effizienzvorteilen führt, nicht nur die Intensität des Wettbewerbs. Diese Doppelfunktion der Konsumentenwohlfahrt ist also bei Effizienzvorteilen aus Nachfragemacht zweifelhaft.

V. Zwischenergebnis

Weder die Argumente für die Gesamt- noch die für die Konsumentenwohlfahrt können vollumfänglich überzeugen.

982 Vgl. dazu ausführlich S. 127.

983 Bewertungsprobleme im dynamischen Bereich berücksichtigend *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 2011, S. 234.

3. Kapitel: Normative Wertungen des Kartellrechts

1. Die Abgrenzung kann nicht allein auf der pauschalen Vorstellung von starken Unternehmen und schwachen Nachfragern erfolgen. Gerade die spezifische Gefährdungslage von Lieferanten verlangt auch nach einem, dem Verbraucher entsprechenden, Schutz.
2. Der Verbraucher ist nicht unbedingt immer der nachgelagerte Abnehmer. Vielmehr kann er als Anteilseigner und Eigentümer der Unternehmen auf Anbieterseite stehen. Ebenso steht er als Arbeitnehmer typischerweise auf Anbieterseite. Im Sinne eines Wirtschaftskreislaufes kann ein starres Unternehmer/Verbraucher-Verständnis nicht zu einer realistischen Auswirkungsanalyse führen.

4. Kapitel: Schutz der Marktgegenseite

Wie eben gezeigt, kann weder der Maßstab der Gesamtwohlfahrt noch der der Konsumentenwohlfahrt überzeugen. Eine Entscheidung allein nach volkswirtschaftlichen Effizienzerwägungen oder nach einer praktikablen Rechtsdurchsetzung berücksichtigt nicht ausreichend die rechtlichen Wertungen. Der Wohlfahrtsstandard ist vielmehr normativ aus dem Gesetz selbst abzuleiten. Es ist zu fragen, welchen Wohlfahrtsmaßstab das Kartellrecht vorsieht.

Die Wohlfahrt ist im Kartellrecht an der Marktgegenseite zu messen. Weder die Gesamt- noch die Verbraucherwohlfahrt sind maßgeblich, sondern das Kartellrecht verfolgt einen Wohlfahrtsstandard der Marktgegenseite.⁹⁸⁴ Der Wortlaut des Unionsrechts ist in dieser Hinsicht wohl nicht eindeutig. Doch der Maßstab ergibt sich aus dem funktionell auszulegenden Verbraucherbegriff der Effizienzeinrede und einem Wohlfahrtsbegriff, der neben der Effizienz auch Auswahl und Vielfalt erfasst.

Zunächst analysiert die Arbeit den Wortlaut des Unionsrechts allgemein und der kartellrechtlichen Normen im Besonderen. Dann stellt sie den Schutzzweck der Effizienzeinrede des Art. 101 Abs. 3 AEUV dar und leitet daraus ab, was unter „Verbraucher“ zu verstehen ist. Angesichts dessen, dass der Wortlaut des Art. 101 Abs. 3 AEUV mit „Verbraucher“ das tragende dogmatische Argument der Anhänger eines Konsumentenwohlfahrtsstandards ist, lohnt es sich, dieses Tatbestandsmerkmal näher zu untersuchen. Der herrschende Verbraucherbegriff wird schließlich einer kritischen Analyse unterzogen.

984 Vgl. zum kartellrechtlichen Schutzzweck der Marktgegenseite unabhängig von Wohlfahrts- oder Verbraucherbegriff *Zimmer*, in: *Zimmer* (Hrsg.), *The Goals of Competition Law*, 2012, S. 486, 496 ff. Den asymmetrischen Schutz der Lieferanten erkennend, aber einen Gesamtwohlfahrtsstandard bei Beschränkungen durch Nachfrager fordernd *Palatzke*, *Nachfragemacht im Kartellrecht*, 2012, S. 250.

A) Wortlaut

Im Folgenden untersucht die Arbeit die europäischen Normen zunächst im Wortlaut, um den maßgeblichen normativ angelegten Wohlstandsstandard zu erforschen.

I. Die Ziele der Union ohne Aussage über einen Wohlstandsstandard

Die allgemeinen europäischen Zielbestimmungen, wie Art. 3 Abs. 3 EUV, lassen keine Einschränkung eines Wohlstandsstandards auf Konsumenten erkennen. Zwar bezieht sich diese grundlegende Norm ohnehin nicht auf einen bestimmten Wohlstandsstandard, doch lässt sich ihr Bezug auf Wirtschaftswachstum und Förderung des wissenschaftlichen und technischen Fortschritts eher als eine gesamtwirtschaftliche denn verbraucherbezogene Betrachtung verstehen.⁹⁸⁵ Allerdings ist hinzuzufügen, dass sich aus dem Ziel der Union, einen europäischen Binnenmarkt zu errichten, das vor allem in Art. 3 Abs. 3 EUV niedergelegt ist, nur zu einem Teil schließen lässt, dass die Union überhaupt ein Effizienzziel verfolgt.⁹⁸⁶ Einzelne Kriterien, wie Wirtschaftswachstum oder wissenschaftlicher und technischer Fortschritt, können nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Union auch politische und soziale Werte zugrunde liegen, wie Umweltschutz, soziale Gerechtigkeit und Solidarität. Diese stimmen mit einem Effizienzziel nicht unbedingt überein.

II. Art. 101 AEUV: Wohlfahrt der „Verbraucher“

Insofern lässt sich nicht aus den allgemeinen, sondern nur aus den kartellrechtlichen Normen ein spezifischer Wohlstandsstandard ablesen. Bei genauer Untersuchung der Art. 101 f. AEUV und der FKVO fällt auf, dass sich das Kartellverbot in Richtung Verbraucherwohlfahrt verstehen lässt,

985 Vgl. zur Ansicht, dass gerade die Marktintegration im Interesse der Konsumenten bezweckt war und daher eine konkrete Differenzierung der Ziele in früheren Zeiten nicht notwendig erschien, *Parret*, in: *Zimmer* (Hrsg.), *Goals of Competition Law*, 2012, S. 61, 65.

986 *Ackermann*, Art. 85 Abs. 1 EGV und die rule of reason, 1997, S. 102.

ohne darauf einzugehen, was es unter „Verbraucher“ versteht.⁹⁸⁷ Das Kartellverbot spricht in Art. 101 Abs. 3 AEUV von „angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung und -verteilung [...]“.

Der Wortlaut ist klar konsumentenorientiert, zumindest nimmt das europäische Kartellverbot keine Verluste der Konsumenten in Kauf, um die Gesamtwohlfahrt zu steigern. Nicht sämtliche Effizienzgewinne müssen den Verbrauchern zugutekommen, es spricht nur von einer angemessenen Beteiligung. Klar ist jedoch, dass es keine Saldierung im Sinne des *Kaldor-Hicks*-Kriteriums von Gewinnen der Produzenten mit Verlusten der Konsumenten duldet, denn Verluste auf Konsumentenseite wären keine angemessene Beteiligung.⁹⁸⁸ Ein Gesamtwohlfahrtsstandard kommt für das Kartellverbot also nicht in Betracht. Der relevante Wohlfahrtsstandard, also wie Effizienzen zu berücksichtigen sind, richtet sich nach dem „Verbraucher“.

III. Missbrauchsverbot: objektive Rechtfertigungsmöglichkeit durch Effizienzvorteile

Wie oben bereits dargestellt, enthält das Missbrauchsverbot in funktionaler Auslegung eine Art. 101 Abs. 3 AEUV vergleichbare Effizienzrede, um der bezweckten Wohlfahrtsförderung nachzukommen.⁹⁸⁹

Der EuGH hat in *British Airways* (2007), *TeliaSonera Sverige* (2011) und *Post Danmark* (2012) diese Auslegung bestätigt und neben der Sicherung der Marktstruktur die Steigerung der Effizienz durch das Missbrauchsverbot gebilligt.⁹⁹⁰ Die für den Wettbewerb nachteilige Verdrängungswirkung könne durch Effizienzvorteile ausgeglichen werden, die dem Verbraucher zugutekämen, soweit die EuGH-Rechtsprechung. Der

987 Für einen Maßstab der Konsumentenwohlfahrt Frankfurter Kommentar/*Pohlmann*, Band 2, 2008, Art. 81 Abs. 3 Grundfragen, Rn. 221; *Strohm*, in: *Oberender* (Hrsg.) Effizienz und Wettbewerb, 2005, S. 113, 117f., Fn. 16.

988 Vgl. zum *Kaldor-Hicks*-Kriterium *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005, S. 51 ff.

989 Vgl. dazu S. 269.

990 EuGH, Urteil vom 27.03.2012, Rs. C-209/10, *Post Danmark* (Tz. 41); EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs., C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 86); EuGH, Urteil vom 17.02.2011, Rs. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011, I-527 (Rn. 76).

EuGH lässt sich nicht näher darauf ein, was er unter „Verbraucher“ versteht, insbesondere nicht, in welchem dogmatischen Zusammenhang mit dem Wortlaut in Art. 102 AEUV diese Rechtfertigungsmöglichkeit steht.

Der Wortlaut des Art. 102 AEUV erwähnt den Verbraucher nur in lit. b:

der Einschränkung der Erzeugung [...] zum Schaden der Verbraucher.

Doch bezieht sich dieser Abschnitt nur auf einen möglichen Missbrauch der Marktmacht, nicht auf eine Rechtfertigung mittels Effizienzen.

Auch ist dieses Regelbeispiel angesichts der Struktur des Art. 102 AEUV in seiner tatbestandlichen Bedeutung nicht zu verallgemeinern, so dass der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gerade keinen tatbestandlichen Verbrauchernachteil verlangt.⁹⁹¹

Sicherlich ist in der Missbrauchskontrolle normativ eine ökonomische Auswirkungsanalyse angelegt. Sonst ließe sich ein Verbraucherschaden, wie ihn Art. 102 lit. b AEUV regelt, nicht ermitteln. Ein solcher liegt vor, wenn das verknappte Angebot eine Steigerung der Preise bewirkt.⁹⁹² Dieses beantwortet jedoch nur die Frage nach einem „Ob“ der Effizienzbeurteilung, die die Arbeit oben bereits bejaht hat.⁹⁹³ Hingegen lässt sich daraus für das „Wie“, für den Maßstab der Effizienzbeurteilung, kein übergreifender Maßstab ableiten. Der EuGH legt in *British Airways* einen Wohlfahrtsmaßstab an – „Vorteile für den Markt und die Verbraucher“ –, der Vorteile vorgelagerter Anbieter und nachgelagerter Abnehmer erfasst.⁹⁹⁴ Aus dem Wortlaut des Missbrauchsverbotes lässt sich diese zu Art. 101 Abs. 3 AEUV parallele Regelung jedoch nicht ableiten.

IV. Fusionskontrolle: Berücksichtigung von Effizienzen in vor- und nachgelagerter Richtung

In der Fusionskontrolle bietet Erwägungsgrund Nr. 29 den einzigen Anhaltspunkt für die Frage, welchem Wohlfahrtsstandard sie folgt. Nr. 29 Satz 2 lautet:

991 EuGH, Urteil vom 21.02.1973, Rs. C-6/72, *Continental Can*, Slg. 1973, S. 215 (Tz. 26); EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 106).

992 Calliess/Ruffert/*Weiß*, EUV/AEUV, 2016, Art. 102, Rn. 55.

993 Vgl. S. 267.

994 Vgl. dazu ausführlich S. 271.

Es ist möglich, dass die durch einen Zusammenschluss bewirkten Effizienzvorteile die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb, insbesondere den möglichen *Schaden für die Verbraucher*, ausgleichen, so dass durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb [...], insbesondere durch Begründung oder Stärkung einer beherrschenden Stellung, nicht erheblich behindert würde.

Dieser Satz sieht vor, dass durch Effizienzvorteile ein Verbrauchernachteil ausgeglichen werden könnte. Dieser Satz wird in der Literatur so verstanden, dass er eine normative Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten eines Verbraucherwohlfahrtsstandards begründet.⁹⁹⁵ Produktionsvorteile, die sich die zusammenschließenden Unternehmen selbst einverleiben, werden für eine kartellrechtliche Rechtfertigung nicht berücksichtigt.⁹⁹⁶ Die FKVO geht jedoch nicht näher darauf ein, was sie unter „Verbraucher“ versteht, so dass dieser Frage maßgebliche Bedeutung zukommt, um den Wohlfahrtsstandard zu klären.

Gleichzeitig sieht der zweite Satz als Grenze der Saldierung von Effizienzvorteilen vor, dass der wirksame Wettbewerb, insbesondere durch Begründung oder Stärkung einer beherrschenden Stellung, nicht erheblich behindert wird.

Das Kriterium des wirksamen Wettbewerbs als Grenze der Auswirkungsanalyse ist Art. 101 Abs. 3 AEUV nachgebildet. Auch dort bildet er die Grenze für freistellende Effizienzen.

V. Deutsches Kartellrecht folgt der normativen Entscheidung des europäischen Rechts

Der Schutzzweck des deutschen Kartellverbots in §§ 1 ff. GWB richtet sich unmittelbar nach dem europäischen Kartellverbot. Insofern folgt auch das nationale Kartellverbot der „Verbraucher“-Wohlfahrt.

Das Missbrauchsverbot in §§ 18 ff. GWB spricht sich nicht so klar für die „Verbraucher“-Wohlfahrt aus. Zwar verfolgt es als Teil eines umfassenden nationalen Wettbewerbskonzepts den Zweck, die Effizienzen zu steigern.⁹⁹⁷ Auch verfolgte der Gesetzgeber die Absicht, das gesamte na-

995 *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 2011, S. 232; zumindest steht dieser Erwägungsgrund einem Maßstab der Gesamtwohlfahrt entgegen, vgl. *Zimmer*, in: *Zimmer* (Hrsg.), *Goals of Competition Law*, 2012, S. 486, 493.

996 *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 2011, S. 232.

997 Vgl. dazu S. 273.

tionale Kartellrecht an die europäischen Vorschriften anzugleichen.⁹⁹⁸ Doch spricht sich der Wortlaut in §§ 19, 20 GWB keineswegs für einen „Verbraucher“ als Wohlfahrtsmaßstab aus. Die für das europäische Recht zur Begründung herangezogene Effizienzeinrede, die nach der jüngeren Rechtsprechung des EuGH in *British Airways, TeliaSonera Sverige* und *Post Denmark* auch in der Missbrauchskontrolle wirkt,⁹⁹⁹ ist in der nationalen Missbrauchskontrolle zweifelhaft.¹⁰⁰⁰ Soweit die nationale Missbrauchskontrolle eine Effizienzeinrede enthält, wird sie § 2 GWB/Art. 101 Abs. 3 AEUV entsprechen. Dann bildet auch der „Verbraucher“ den relevanten Wohlfahrtsmaßstab. Enthält das Missbrauchsverbot keine Effizienzeinrede, bleibt es dabei, im Rahmen der missbräuchlichen Ausnutzung als Tatbestandsmerkmal positive wie negative Auswirkungen einzubringen. Angesichts des marktorientierten Wortlauts von §§ 18 ff. GWB ist dann davon auszugehen, dass die Belange von Lieferanten und Verbraucher gleichwertig berücksichtigt werden.¹⁰⁰¹ Das Missbrauchsverbot würde dann die Marktgegenseite schützen.

Die nationale Fusionskontrolle wurde mit der 8. GWB-Novelle zum 01.07.2013 weiter dem europäischen Recht angenähert und folgt auch dem *SIEC-Test*.¹⁰⁰² Die Frage der Marktbeherrschung weicht einer breiteren Auswirkungenanalyse, in deren Rahmen auch Effizienzen zu berücksichtigen sind. Freilich ist im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Gesamtbeurteilung nicht unbedingt ein Wohlfahrtsmaßstab erforderlich, da es nicht wie in Art. 101 Abs. 3 AEUV darum geht, gegensätzliche Effizienzwirkungen gegeneinander abzuwägen.¹⁰⁰³

998 Vgl. bereits S. 275.

999 EuGH, Urteil vom 27.03.2012, Rs. C-209/10, *Post Denmark* (Tz. 41); EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs., C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 86); EuGH, Urteil vom 17.02.2011, Rs. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011, I-527 (Rn. 76).

1000 Vgl. die Stellungnahme auf S. 339.

1001 § 18 GWB spricht in Abs. 1 von „Anbieter oder Nachfrager“, in Abs. 3 Nr. 3 von „Beschaffungs- oder Absatzmärkten“, in Nr. 7 von „sein Angebot oder seine Nachfrage“ und in Nr. 8 von „Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen.“ § 19 Abs. 2 GWB und § 20 Abs. 1 GWB sprechen ebenso von „Anbieter oder Nachfrager“.

1002 Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852 vom 31.05.2012, S. 19.

1003 *Strohm*, in: *Oberender* (Hrsg.), *Effizienz und Wettbewerb*, 2005, S. 113, 118.

VI. Stellungnahme

Ist nun im Wortlaut der kartellrechtlichen Normen ein bestimmter Wohlstandsstandard angelegt? Eher nicht. Während das Kartellverbot sich für eine Wohlfahrt der „Verbraucher“ ausspricht, ist dem Missbrauchsverbot im Wortlaut kein Hinweis zu entnehmen und die europäische Fusionskontrolle folgt auch eher dem Standard der Verbraucherwohlfahrt. Was freilich unter „Verbraucher“ zu verstehen ist, ist im Folgenden zu klären.

B) „Verbraucher“ in Art. 101 Abs. 3 AEUV

Art. 101 Abs. 3 AEUV spricht davon, dass das Kartellverbot nicht anwendbar sei, wenn Effizienzgewinne „unter angemessener Beteiligung der Verbraucher“ entstünden und die Vereinbarung den Wettbewerb nicht ausschalte. Im Folgenden ist zu zeigen, dass ein funktionell verstandener Verbraucherbegriff die Marktgegenseite meint. Die meisten verfolgten Wettbewerbsbeschränkungen sind Anbieterkartelle, in denen die Marktgegenseite ohnehin den Abnehmer und damit einen wörtlich verstandenen Verbraucher meint. Dann ist es kein Unterschied, ob „Verbraucher“ Abnehmer oder Marktgegenseite meint. Doch gerade bei einer Beschränkung von Beschaffungsmärkten ist entscheidend, ob Effizienzgewinne den Lieferanten als Marktgegenseite zugutekommen oder den Abnehmern als wörtlich verstandene Verbraucher.

I. Auslegung von „Verbraucher“ als unbestimmter Rechtsbegriff

Unbestimmte Tatbestandsmerkmale des Unionsrechts sind auszulegen. Im Wesentlichen folgt die Auslegung den aus dem nationalen Recht bekannten Auslegungsmethoden mit einigen Modifikationen: wörtlich, historisch, systematisch und teleologisch.

Zumindest für das Kartellrecht ist die Union eine Rechtsordnung *sui generis*, da die mitgliedstaatliche Souveränität angesichts des weitgehenden europäischen Anwendungsvorranges beschränkt ist.¹⁰⁰⁴ Daher können

1004 Pechstein/Drechsler, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2010, § 8, Rn. 3 ff. Die Gründe liegen insbesondere im Mehrheitsprinzip im Rat, wonach Entscheidungen auch gegen den Willen von Mitgliedsstaaten getroffen

nicht allein nationale und nicht alleine völkerrechtliche Auslegungsmethoden herangezogen werden.¹⁰⁰⁵ In einer diese Methoden kombinierenden Auslegung sind die Besonderheiten des Unionsrechts zu berücksichtigen, wie insbesondere die dynamische Auslegung, um dem Integrationsauftrag des Primärrechts gerecht zu werden. Außerdem ist die unterschiedliche Konzeption in der Wirtschaftsverfassung nationalen und europäischen Rechts zu beachten. Der Union liegt eine freie Marktwirtschaft zugrunde, die das nationale Recht in einer so eindeutigen Aussage nicht kennt. Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet das Grundgesetz als „wirtschaftspolitisch neutral“.¹⁰⁰⁶ Es überlässt die Regelung des Wirtschaftslebens dem einfachen Gesetz, soweit die Grundrechte dabei Beachtung finden, darunter vor allem die dem Wettbewerb verpflichteten Art. 12 und 2 Abs. 1 GG.¹⁰⁰⁷

II. Wörtliche Auslegung von „Verbraucher“ ohne eindeutigen Begriff

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut, der in seinem allgemeinen Sprachgebrauch zu erforschen und zu hinterfragen ist.¹⁰⁰⁸ Wegen der zahlreichen Sprachfassungen, die allesamt verbindlich sind, und einer einheitlichen Anwendung sind europarechtliche Tatbestandsmerkmale autonom, unabhängig von nationalem Recht, zu interpretieren. Die wörtliche Auslegung genügt nur dann, wenn sie ausreicht, die vertraglich vorgesehe-

werden können. Außerdem genießt das europäische Kartellrecht vor dem nationalen einen weitgehenden Anwendungsvorrang.

1005 Vgl. *Pechstein/Drechsler*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2010, § 8, Rn. 5 f.

1006 BVerfGE 4, S. 7, 17 f.; 50, S. 290, 338.

1007 Der Gesetzgeber darf „jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz, insbesondere die Grundrechte beachtet,“ so BVerfGE 50, S. 290, 338; auch bereits BVerfGE 4, S. 7, 18; vgl. Handbuch des Staatsrechts/*Breuer*, Band VI, Freiheitsrechte, 1989, § 147, Rn. 19.

1008 *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998, S. 137; EuGH, Urteil vom 26.03.2009, Rs. C-348/07, *Semen*, Slg. 2009, I-2341 (Tz. 27); EuGH, Urteil vom 01.10.2009, Rs. C-247/08, *Gaz de France – Berliner Investissement*, Slg. 2009, I-9525 (Tz. 26); *Zippelius*, Methodenlehre, 2006, S. 43.

nen Ziele einer Norm zu erreichen.¹⁰⁰⁹ Der EuGH wendet meist gleichzeitig zumindest noch die teleologische Auslegung an.¹⁰¹⁰

Gerade am Beispiel des „Verbraucher“ wird deutlich, dass sich die deutsche (*Verbraucher*), englische (*consumer*) und schwedische Sprachfassung (*konsument*) am Konsumenten orientieren, der etwas verbraucht.¹⁰¹¹ Vom deutschsprachigen Wortlaut her ist „Verbraucher“ ein Synonym für den Konsumenten oder Endverbraucher.¹⁰¹² Der Verbraucher in einem wörtlichen Sinne ist also nur der konsumierende Verbraucher am Ende der Wirtschaftskette, der dem Kreislauf Güter entnimmt. Darunter fallen im Wortsinne nicht Zwischenhändler, die das Produkt ändern oder erweitern oder weitervertreiben und damit dessen Wert steigern.

Die spanische und französische Fassung verwendet hingegen den *utilizar* bzw. *utiliser*, der etwas gebraucht (regelmäßig in Bezug auf Dienstleistungen). Ebenso spricht die italienische Fassung von den *utilizzatori* und die niederländische von den *gebruikers*.¹⁰¹³ Gerade für die Frage, ob der Zwischenhändler, der das Produkt weitervertriebt, ein Verbraucher ist, ergibt sich aus dem vergleichenden Wortlaut der einzelnen Sprachfassungen keine klare Position.

1009 Vgl. EuGH, Urteil vom 12.11.1969, Rs. C-29/69, *Stauder*, Slg. 1969, 419 (Tz. 3 f.).

1010 EuGH, Urteil vom 11.06.2009, Rs. C-542/07, *Imagination Technologies*, Slg. 2009, I-4937 (Tz. 43, 44).

1011 Vgl. zur wörtlichen Auslegung des Verbrauchers im § 13 BGB die Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts zur Frage, ob der Arbeitnehmer beim Abschluss eines Arbeitsvertrages als Verbraucher handelt, BAG, Urteil vom 25.05.2005, Az. 5 AZR 572/04 (Rn. 42):

“Verbraucher” bezeichnet nur einen rechtstechnischen Oberbegriff. Ein konsumtiver Zweck, wie er für Kauf- oder Darlehensverträge typisch ist, wird nicht verlangt. Mit der Definition des Verbrauchers hat sich der Gesetzgeber von dem allgemeinen Sprachgebrauch gelöst und eine eigenständige umfassende Begriffsbestimmung gewählt. Deren Sinn ergibt sich jeweils aus dem Zusammenhang der Normen, die auf die Eigenschaft als Verbraucher abstellen.

1012 Gabler Verlag (Hrsg.), Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Verbraucher, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Stichwort-Ergebnisseite.jsp> (zuletzt abgerufen am 19.07.2013).

1013 Vgl. zu den Sprachfassungen Möller, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischem Kartellrecht, 2008, S. 157 f.; Baldi, Die Freistellung vom EWG-Kartellverbot, 1972, S. 298.

Die Kommission versteht den „Verbraucher“ weit als Abnehmer, also nicht nur als Endverbraucher, sondern fasst auch den Groß- und Einzelhändler darunter.¹⁰¹⁴ Gleichwohl zeigen ihre Äußerungen, gerade in öffentlichen Informationen und institutionellen Mitteilungen und ihr starkes Interesse an privater Rechtsdurchsetzung, dass sie mit dem Kartellrecht einen Schutz des Endverbrauchers verfolgt.¹⁰¹⁵

Abschließend sei nur noch das findige Verständnis angefügt, dass der Lieferant auch etwas konsumiert bzw. verbraucht: die Gegenleistung, also das Geld.¹⁰¹⁶ Angesichts dessen dass der Kauf nur eine besondere Form des Tausches ist, ist die Idee einer beiderseits zu verbrauchenden Leistung wie Gegenleistung nicht mehr fernliegend. Allerdings führt dieses Verständnis zu einem Maßstab der Konsumentenwohlfaht, der die Gesamtwohlfaht erfasst, da auch die beschränkenden Unternehmen Konsumenten einer Gegenleistung sind. Dieser Idee zufolge sind tatsächlich alle Marktteilnehmer Konsumenten, nicht nur die Marktgegenseite. In diesem Sinne wäre also jeder Anbieter als Verbraucher prinzipiell vom Wortlaut des Begriffes erfasst.

III. Historische Auslegung des Unionsrecht mangels Materialien nicht möglich

Die historische Auslegung legt ihren Schwerpunkt auf die geschichtliche Entwicklung einer Norm und berücksichtigt frühere ähnliche Gesetze und Änderungen.¹⁰¹⁷ Die historische Auslegung hat im europäischen Recht nur

1014 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 Nr. C 101/97, Rn. 84; EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit („Horizontalleitlinien“), ABl. 2011 Nr. C 11/1 vom 14.01.2011, Rn. 49. Im konkreten Kontext von Effizienz und Auswirkungsanalyse könnte der Verbraucher jedoch eher als Endverbraucher zu verstehen sein, vgl. *Möller*, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfaht im europäischen und amerikanischem Kartellrecht, 2008, S. 160.

1015 *Möller*, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfaht im europäischen und amerikanischem Kartellrecht, 2008, S. 24 ff.

1016 Angeregt von *Alexander*, 95 Geo. L. J. 1611, 1629 (2007), die freilich anfügt, dieses Argument „does not even adress the dilemma.“

1017 *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 2006, S. 44.

geringe Bedeutung.¹⁰¹⁸ Zwar schildert der EuGH in seinen Urteilen gelegentlich die Entstehungsgeschichte eines Rechtsstreits oder des rechtlichen Rahmens. Doch begründet sie letztlich keine Wertung durch den Gerichtshof.¹⁰¹⁹ Die Rolle der historischen Auslegung war allein schon deshalb nur gering, weil Verhandlungsprotokolle und Entstehungsdokumente für die Gründungsverträge der Europäischen Gemeinschaften bis 1983 verschlossen waren.¹⁰²⁰

Für die Auslegung des kartellrechtlichen Verbraucherbegriffs kommt die historische Auslegung aber auch deshalb nicht in Frage, da sich die Parteien der europäischen Verträge über einen Wohlstandsstandard wohl keine Gedanken gemacht haben.¹⁰²¹ Auch hat sich die Union seit ihrer Gründung in der Zusammensetzung und wirtschaftlichen Entwicklung in Richtung Binnenmarkt stark verändert, so dass Rückschlüsse auf die damaligen Interessen heute nur eingeschränkte Gültigkeit besitzen würden.

IV. Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung bestimmt, eine Norm nach dem ihr zugrundeliegenden Zweck zu interpretieren. Sie ist beim EuGH die tragende Auslegungsmethode.¹⁰²² Neben den Vertragszielen greift der EuGH auf eine Funktionsanalyse zurück, um den Sinn und Zweck einer Norm zu bestimmen.¹⁰²³ Das Gericht beurteilt die Funktion einer Norm entsprechend ihrer Stelle im Gesamtgefüge des Vertrags. Letztlich wendet der EuGH

1018 Statistisch bestätigt für das Jahr 1999 von *Dederichs*, Die Methodik des EuGH, 2004, S. 118.

1019 So z. B. der Hinweis in EuGH, Urteil vom 10.03.2005, Rs. C-336/03, *EasyCar*, Slg. 2005, I-1947 (Tz. 20); EuGH, Urteil vom 23.02.2010, Rs. C-310/08, *Ibrahim*, Slg. 2010, I-1065 (Tz. 47); EuGH, Urteil vom 23.02.2010, Rs. C-480/08, *Teixeira*, Slg. 2010, I-1107 (Tz. 58).

1020 EU-Kommission, Entscheidung zur Freigabe der historischen Archive der EGKS vom 08.02.1983, Nr. 359/83/EGKS, ABl. 1983 Nr. L 43, S. 14 f.; vgl. *Schulze/Hoeren* (Hrsg.), Dokumente zum Europäischen Recht, Band 3: Kartellrecht, 2000, S. XVII f.

1021 Frankfurter Kommentar/*Pohlmann*, Band 2, 2008, Art. 81 Abs. 3 Grundfragen, Rn. 22.

1022 *Stotz*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2010, § 22, Rn. 17.

1023 Vgl. zu dieser funktionalen Methode im Kartellrecht *Immenga/Mestmäcker*, *GWB*, 2014, Einl., Rn. 30.

dazu den Grundsatz des *effet utile* an.¹⁰²⁴ Die Anwendung jeder Norm soll dem Unionsrecht und seinen Zielen zur praktischen Wirksamkeit verhelfen.

Dabei ist kartellrechtsspezifisch insbesondere das Bestreben der Union, einen gemeinsamen Binnenmarkt zu errichten und zu fördern, zu berücksichtigen.¹⁰²⁵ Der Rechtsanwender muss die Strukturen und Verhaltensweisen von Wettbewerbsobjekten im Blick haben, um das Funktionieren der Normen bewerten und auslegen zu können. Die Berücksichtigung ökonomischer Belange ist selbstverständlich. Außerdem ist der dynamische Charakter des Unionsrechts zu beachten.

Maßgeblich für das Verständnis des „Verbraucher“ ist daher der Sinn und Zweck des Art. 101 Abs. 3 AEUV. Zu fragen ist, welche Funktion der „Verbraucher“ in der Effizienzeinrede erfüllt.

V. Kartellrecht als Verbraucherschutzrecht

Das europäische Recht hat sekundärrechtlich vielfältige und unterschiedliche Verbraucherbegriffe geprägt, die der verbraucherschützenden Zielsetzung des Primärrechts in Art. 169 Abs. 1 AEUV gerecht werden.¹⁰²⁶ Die Union schützt den Verbraucher demnach in Gesundheit, Sicherheit und wirtschaftlichen Interessen. Das Kartellrecht, soweit es ein verbraucherschützendes Recht ist, wäre wegen seiner wohlfahrtssteigernden Funktion als Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher anzusehen.¹⁰²⁷

Den wirtschaftlichen Verbraucherschutz verwirklichen insbesondere die Richtlinien zum Schutz der Verbraucher in besonderen Abschlusssituationen oder Vertragsformen.¹⁰²⁸ Diesen Richtlinien liegt ein situativer

1024 Pechstein/Drechsler, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2010, § 8, Rn. 30; vgl. ausführlich zum *effet utile* als Auslegungsgrundsatz Potcas, EuR 2009, 465 ff.

1025 Vgl. Ackermann, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2010, § 21, Rn. 12 ff.

1026 Diese Norm beruht im wesentlichen auf der Maastricht-Fassung des Vertrages, vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/Pfeiffer, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 169 AEUV, Rn. 1.

1027 Vgl. zum Charakter des Kartellrechts als Verbraucherschutzrecht S. 304.

1028 Art. 3 Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher („Verbraucherrechte-Richtlinie“), ABl. 2011 Nr. L 304/64; abweichend der Verbraucherbegriff in Art. 2 Nr. 4 der „Pauschalreise-Richtlinie“ wegen der Besonderheiten

Verbraucherschutz zugrunde, d. h. ein rollenbezogener Verbraucherbegriff. Das deutsche Recht hat ihn für den rechtsgeschäftlichen Bereich in § 13 BGB entsprechend zahlreicher Richtlinien umgesetzt. Verbraucher ist demnach eine natürliche Person, die in der konkreten Situation nicht gewerblich oder selbständig handelt.

Allgemein sieht das Recht den Begriff „Verbraucher“ überall dort vor, wo die Situation seinen Schutz erfordert, sei es in einer Haustürsituation, einem Fernabsatzvertrag, einem Darlehensgeschäft, dem Versandkauf oder klassischen Kaufgeschäften. In diesen Situationen dient die entsprechende Norm einem Schutz der Verbraucher durch vermehrte und transparente Information, einem Widerrufsrecht, einer Beweislastverteilung zu seinen Gunsten oder einer von der Regel abweichenden Gefahrtragung. Der Zweck der jeweiligen Normen liegt jedoch immer im Schutz des Verbrauchers.

Auch für das Kartellrecht wird sich im Folgenden zeigen, dass es verbraucherschützend wirkt.¹⁰²⁹ Wenn auch nicht unmittelbar, so schützt es doch über den funktionierenden Marktprozess die Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer. Wie bereits gezeigt, zielt das Kartellrecht auf einen Schutz des Wettbewerbsprozesses und eine daraus folgende Wohlfahrtssteigerung. Art. 101 Abs. 3 AEUV verfolgt den gleichen Zweck wie Abs. 1 und das übrige Kartellrecht, nämlich die Integration des Binnenmarktes in Form des Wettbewerbsprozesses und die Steigerung der Wohlfahrt.¹⁰³⁰

Andererseits könnte Art. 101 Abs. 3 AEUV das in Abs. 1 verankerte Ziel der Marktintegration durch Wettbewerb hinter die Wohlfahrtsförderung zurücktreten lassen. Dieser Ansicht des nur relativen Wettbewerbschutzes ist entgegenzutreten. Gerade Abs. 3 zeigt, wie die beiden Ziele des Kartellrechts, Wettbewerb und Wohlfahrtsförderung, miteinander in Einklang gebracht werden können. Unter den Voraussetzungen des Abs. 3 gelingt es der Rechtsanwendung, die Wohlfahrt zu fördern und gleichzeitig den Wettbewerb zu erhalten. Dieser Schlussfolgerung, der Schutz des Wettbewerbs trete hinter andere Ziele, möglicherweise sogar bisher uner-

des Pauschalreiserechts, vgl. Richtlinie 90/314/EWG vom 13.06.1990 über Pauschalreisen, ABl. 1990 Nr. L 158/59.

1029 Vgl. zum Kartellrecht als konstitutives Verbraucherschutzrecht *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 289 ff.

1030 Vgl. Frankfurter Kommentar/*Pohlmann*, Band 2, 2008, Art. 81 Abs. 3 Grundfragen, Rn. 32.

wähnte Vertragsziele zurück, ist angesichts der klaren Formulierung, den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren zu erhalten, nicht zu folgen.¹⁰³¹ Vielmehr sichert Abs. 3 das Ziel der Marktintegration durch Wettbewerb aus Abs. 1 und bringt es mit dem Ziel der Wohlfahrtssteigerung im Wege „praktischer Konkordanz“ zur beiderseitigen größtmöglichen Wirksamkeit.

Der Wettbewerbsprozess, geprägt durch eine selbstbestimmte Auswahlentscheidung, ist also zunächst die vom Kartellrecht geschützte Situation.¹⁰³² Wann eine Entscheidung selbstbestimmt erfolgt, lässt sich kaum positiv bestimmen. Die Selbstbestimmung ist aber gewahrt, wenn der einzelne Marktteilnehmer seine Chancen ergreifen kann, ohne dass ihm ein wirtschaftlicher Erfolg garantiert wäre; wenn der Markt also funktioniert.¹⁰³³

Diese kartellrechtliche „Situation“ ist auch eine Situation, in der die eine Seite der anderen im Sinne eines paternalistischen Verbraucherschutzes unterlegen sein kann. Die Marktgegenseite kann der wettbewerbsbeschränkenden oder marktbeherrschenden Seite unterlegen sein, insofern sie höhere Preise bezahlt, mindere Qualität in Kauf nehmen muss und nur wenig Auswahl hat, ohne dagegen vorgehen zu können. Der einzelne Marktteilnehmer ist dem gestörten Wettbewerbsprozess ausgeliefert. Er kann aus eigener Kraft kein Kartell beenden, sondern nur die Auswirkungen in Kauf nehmen oder den Markt verlassen.

Daher ist der kartellrechtliche Verbraucher ein situativer, selbstbestimmt handelnder Verbraucher. Er ist rollenbezogen zu verstehen, je nachdem auf welchem Markt er tätig ist. Der Kartellant auf dem einen Markt ist auf dem anderen Verbraucher.

Das Kartellrecht verfolgt also einen Verbraucherschutz, wenn auch nicht in einem rechtsgeschäftlichen Sinne.¹⁰³⁴

1031 Frankfurter Kommentar/*Pohlmann*, Band 2, 2008, Art. 81 Abs. 3 Grundfragen, Rn. 34.

1032 Zur Ermittlung der verbraucherschutzrelevanten Situation anhand der Selbstbestimmung, vgl. *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 289 ff.

1033 Vgl. zur „Selbstbestimmung über die Koordinationsordnung des Marktes“ *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 290 f.

1034 Zum Kartellrecht als „Magna Charta des Verbrauchers“, vgl. *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 21; ebenso *Shoda*, in: *FS Rittner*, 1991, S. 651, 655; insbesondere kommt es nicht darauf an, ob die Normen für den Verbraucher gelten, so *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung

Im Verbraucherschutzrecht lässt sich der Leitgedanke erkennen, dass Verbraucher immer die Personengruppe meint, deren Schutz das Gesetz verfolgt. Der Verbraucher ist ein Synonym für das Schutzobjekt eines Gesetzes. Dieser allgemeine Gedanke lässt sich nun auf das Kartellrecht übertragen. Das kartellrechtliche Ziel des Wettbewerbsprozesses als Institution setzt Austauschprozesse und somit eine Marktgegenseite voraus. Darunter ist nicht die individuelle Gegenseite als konkreter Handelspartner gemeint. Deren Bestand ist gerade nicht geschützt, sondern vielmehr eine vielfältige Marktgegenseite an sich. Auch spielen die Vorlieben oder Abneigungen eines individuellen Handelspartner keine Rolle.¹⁰³⁵ Der Verbraucher ist pauschal als das Angebot oder die Nachfrage zu verstehen, also als die Marktgegenseite.

VI. Argumentation für einen Verbraucherbegriff der Marktgegenseite

Es werden zahlreiche Auslegungsmöglichkeiten für den Begriff des Verbrauchers im Kartellrecht vertreten.

Wörtlich, zumindest in deutscher Sprachfassung, könnte Verbraucher der private Endkunde sein. Die EU-Kommission vertritt den Verbraucherbegriff der herrschenden Meinung und versteht ihn als Abnehmer einschließlich von Zwischenhändlern. Am weitesten geht die Chicago School, deren *consumer* jedermann umfasst einschließlich der wettbewerbsbeschränkenden Unternehmen selbst. Der *consumer welfare approach* entspricht in diesem Sinne einem Gesamtwohlfahrtsstandard.

Keiner dieser Begriffe entspricht jedoch dem Maßstab, den Art. 101 Abs. 3 AEUV vorgibt. Der Verbraucher ist, wie eben gezeigt, in seiner prozessualen Situation und in der Rolle als Marktgegenseite zu verstehen.¹⁰³⁶ Der funktionale Verbraucher des Art. 101 Abs. 3 AEUV be-

mung des Verbrauchers, 1998, S. 11; wegen einer nur reflexhaften Betroffenheit des Verbrauchers im Kartellrecht den Charakter als Verbraucherschutzrecht als zu weitgehend ablehnend Möller, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischem Kartellrecht, 2008, S. 73, 149. Wegen der vielfältigen Ziele in Art. 101 Abs. 3 AEUV einen verbraucherschützenden Charakter des Kartellrechts ablehnend, Frenz, WRP 2013, 428, 434.

1035 Vgl. Nihoul, in: Zimmer (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 219, 226.

1036 Den Verbraucher als die „andere Marktseite“ verstehend Scheufele, Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters, 1968, 173; ebenso Baldi, Die Freistellung vom EWG-Kartellverbot, 1972, S. 298.

zweckt, die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung auszugleichen und die beiden kartellrechtlichen Ziele, die Wohlfahrt zu steigern und den Wettbewerb zu erhalten, miteinander in Ausgleich zu bringen.

1. Ausgleichsfunktion der Effizienzeinrede

Versteht man „Verbraucher“ allgemein als Abnehmer, dann ist die Effizienzeinrede auf Beschaffungsmärkten, wo Abnehmer, also Verbraucher, den Wettbewerb beschränken, ohne Funktion. Sie wäre nicht nur ohne Funktion, sie würde geradezu ihre allgemeine Formulierung, dass sich die handelnden Unternehmen die Effizienzgewinne nicht selbst einverleiben dürfen, konterkarieren. Die nachfragenden Unternehmen selbst wären bereits „Verbraucher“ im Sinne eines Abnehmers. So versteht die Chicago School den *consumer*. In dieser Auslegung könnten sich die Nachfrager die Effizienzvorteile einverleiben und damit der Effizienzeinrede nachkommen. Dies ist jedoch gerade nicht ihr Zweck, sollen doch die Effizienzgewinne die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung ausgleichen, nicht die beschränkenden Unternehmen weiter stärken.

Versteht man „Verbraucher“ im Sinne der Kommission und herrschenden Meinung als Abnehmer ohne die an der Wettbewerbsbeschränkung Beteiligten, ist maßgeblich, dass die handelnden Unternehmen ihre Effizienzgewinne an Dritte weiterreichen. Die Marktgegenseite, also die Lieferanten, könnten jedoch nicht solche Dritten sein, da sie keine Abnehmer sind.

Dieses Verständnis des Verbrauchers im Sinne eines nicht an der Absprache beteiligten dritten Abnehmers widerspricht jedoch der grundsätzlich wettbewerbsprozessfördernden Ausrichtung der kartellrechtlichen Tatbestände. Diese haben die Entscheidung getroffen, den Wettbewerb in alle Richtungen zu schützen. Dieses Bekenntnis wiederholt die Effizienzeinrede, wenn sie einen wirksamen Restwettbewerb garantiert. Die Marktgegenseite trägt die Lasten eines beschränkten Wettbewerbs und genießt dafür die Effizienzvorteile dieser Wettbewerbsbeschränkung. Daher stellt die Effizienzeinrede ein Ausgleichsinstrument für die Nachteile eines beschränkten Wettbewerbs dar.¹⁰³⁷ Im Falle beschränkter Beschaffungs-

1037 So schon in der Literatur der 1960er-Jahre, vgl. *Deringer*, Gemeinschaftskomentar, 1962, § 5, Rn. 158, zitiert nach und zustimmend *Scheufele*, Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters, 1968, 173; vgl. in der jüngeren Literatur Im-

märkte tragen jedoch die Lieferanten die Lasten des beschränkten Nachfragewettbewerbs, die Vorteile der Effizienz erhalten jedoch nicht sie, sondern dritte nachgelagerte Abnehmer. Dieses Verständnis von Verbrauchern ausschließlich als Abnehmer widerspricht der ausgleichenden Funktion der Effizienzrede. Die Marktseite, die der Wettbewerbsbeschränkung ausgesetzt ist, soll deren Vorteile genießen können. Daher ist Verbraucher als Marktgegenseite zu verstehen.

Gerade diese Ausgleichsfunktion, dass eine Wettbewerbsbeschränkung zulässig ist, wenn die positiven wirtschaftlichen Auswirkungen die negative Wettbewerbsbeschränkung überwiegen, verfolgt die Kartellrechtspraxis, wenn sie „Verbraucher“ als Abnehmer versteht, der sämtliche Zwischenhändler miterfasst. Dies sind nicht nur die privaten Endverbraucher, wie man in einem wörtlichen Verständnis meinen könnte, sondern alle mittelbaren und unmittelbaren Abnehmer. Für den Regelfall des Anbieterkartells stellt der Verbraucherbegriff des Art. 101 Abs. 3 also auf diejenige Verbrauchergruppe ab, die von den Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung direkt betroffen ist.¹⁰³⁸ Für das Nachfragekartell existiert bislang jedoch kein entsprechendes spiegelbildliches Verbraucherverständnis.

Von Anbieter- und Nachfragerseite abstrahiert, meint „Verbraucher“ also denjenigen, der von einer Wettbewerbsbeschränkung betroffen ist; also auch die Marktgegenseite.

2. Symmetrischer Schutz von Angebots- und Nachfragemärkten

Art. 101 Abs. 3 AEUV erteilt dem Gesamtwohlfahrtsstandard insofern eine Absage, als dass sich die handelnden Unternehmen die Effizienzgewinne nicht selbst einverleiben dürfen, sondern an die „Verbraucher“ weitergeben müssen.¹⁰³⁹ Nachdem die kartellrechtlichen Tatbestände allesamt

menga/Mestmäcker/Ellger, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 225.

1038 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Schuhmacher, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 101, Rn. 314, der allerdings den Schritt zum Verbraucher als Marktgegenseite nicht geht; vgl. zum Verbraucher als Marktgegenseite, jedoch beschränkt auf Abnehmer, Immenga/Mestmäcker/Ellger, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 225.

1039 So auch Grabitz/Hilf/Nettesheim/Schuhmacher, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 101, Rn. 314.

auch den Nachfragewettbewerb schützen, stellt sich die Frage, ob die Effizienzeinrede dahinter zurückbleiben kann und nur den Anbieterwettbewerb erfasst.

Ein wörtliches Verständnis des Verbrauchers als Abnehmer begründet eine asymmetrische Analyse der Beschaffungsmärkte gegenüber Angebotsmärkten. Während es auf einem Angebotsmarkt möglich ist, die Wettbewerbsbeschränkung und die Auswirkungsanalyse zwischen den Marktbeteiligten zu ermitteln, ließen sich Effizienzen auf Beschaffungsmärkten nur anhand nachgelagerter Märkte erkennen. Dieses Auseinanderfallen von Lasten der Wettbewerbsbeschränkung und Wohlfahrtsgewinnen widerspricht dem kartellrechtlich angelegten gleichwertigen Schutz von Angebots- und Nachfragemärkten.

3. Verbraucher als jeder Dritter

Die eben beschriebene ausgleichende Funktion der Effizienzeinrede zugrunde gelegt, ist Verbraucher primär als Marktgegenseite zu verstehen, denn sie ist von der Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar betroffen. Darüber hinaus meint Verbraucher aber auch jeden an der Wettbewerbsbeschränkung nicht Beteiligten, also jeden Dritten außer den Unternehmen selbst.¹⁰⁴⁰ Er ist umfassend zu verstehen, erfasst die Marktgegenseite, aber nicht nur die unmittelbare Marktgegenseite, sondern auch vor- und nachgelagerte Marktbeteiligte.

Es können auch nachgelagerte Abnehmer von einer Beschränkung des Beschaffungsmarktes mittelbar betroffen sein. Das Kartellverbot berücksichtigt Zweck und Wirkung einer Wettbewerbsbeschränkung umfassend, so dass sich der Nutzen daraus am gleichen Maßstab misst. D. h. die Gruppen, die die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung spüren,

1040 Vgl. von der Groeben/Schwarze/Hatje/Schröter/Voet van Vormizeele, Europäisches Unionsrecht, 2015, Art. 101 AEUV, Rn. 313; Waelbrock/Frignani, European Competition Law 210 (1999); mit einem Verständnis des Verbrauchers als „Dritter im Gegensatz zu den Parteien der Vereinbarung“ vgl. Hoffmann, in: Dausen (Hrsg.), EU-Wirtschaftsrecht, 2012, § 2, Art. 101 AEUV – Kartellverbot, Rn. 156 und der Einschränkung „in erster Linie also die unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmer eines Kartells“; angedeutet bei Maunz/Dürig/di Fabio, Grundgesetz, 2016, Art. 2, Rn. 125; ablehnend Immenga/Mestmäcker/Ellger, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 225.

positiv wie negativ in Preis, Menge, Qualität, Innovation und Vielfalt, sind der relevante Maßstab für die Wohlfahrt.

Gleichwohl ist zu berücksichtigen, dass je größer die Gruppe der Konsumenten ist, desto größer auch die Wahrscheinlichkeit auseinanderfallender und abweichender Interessen ist.¹⁰⁴¹ Gerade in solchen Fällen ist fraglich, inwiefern der auswirkungsbezogene Ansatz der Konsumentenwohlfahrt überhaupt funktionieren kann, da dem Recht nicht zu entnehmen ist, welche Verbrauchergruppe zu bevorzugen ist.¹⁰⁴² Gerade in diesen Situationen spielen die Auswahl und Vielfalt von Angebot und Nachfrage eine entscheidende Rolle, den differenzierten Konsumentengruppen ein entsprechend vielfältiges Angebot zu unterbreiten.

4. Verbraucher als Marktgegenseite als Maßstab für Wettbewerbswirkungen

Hellwig sieht die Funktion eines spezifischen (Konsumenten-) Wohlfahrtsstandards nicht nur in einer politisch motivierten Umverteilung der Wohlfahrt zu den „Verbrauchern“, sondern auch als Referenzpunkt, um überhaupt eine Wettbewerbsbeschränkung abbilden zu können.¹⁰⁴³ Wohlfahrtsgewinne und -verluste müssen sich nicht unbedingt auf statische Größen, wie Preis und Menge, beziehen, sondern können auch in einer erweiterten/verminderten Auswahl, einem beschränkten Marktzugang, innovativen und qualitativen Veränderungen liegen. Diese verschiedenartigen

1041 Vgl. dazu am Beispiel der *Glaxo*-Rechtsprechung *Drexl*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 312, 319 f.

1042 *Drexl*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 312, 320, 327.

1043 *Hellwig*, *Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung: Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik*, 2007, S. 34; ebenso *Drexl*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 312, 317. Vgl. zu einem notwendigen Schutz der Marktgegenseite auch die Ausführungen der Economic Advisory Group zur Modernisierung des Missbrauchsverbotes, der auch *Hellwig* angehörte. Im Ergebnis kommt die Advisory Group aber dennoch zu einem Maßstab der Konsumentenwohlfahrt. Sie versteht den Konsumenten als Endverbraucher, vgl. *Gual/Hellwig/Perrot/Polo/Rey/Schmidt/Stenbacka* (Economic Advisory Group on Competition Policy), *An economic approach to Article 82*, 2005, S. 8.

Wettbewerbswirkungen können objektiviert und quantifiziert werden, wenn sie auf einer einzigen Marktseite erfasst werden.¹⁰⁴⁴

Soweit auf der Marktgegenseite Abnehmer stehen, ist der Schutz dieser Marktgegenseite mit einem herkömmlichen Maßstab der Konsumentenwohlfahrt deckungsgleich. Bei beschränkten Nachfragemärkten ist jedoch nicht mehr der Verbrauchernutzen maßgeblich, sondern der Nutzen der Lieferanten als Marktgegenseite.

Blieben die Abnehmer die relevante Vergleichsgruppe, ergäben sich ökonomische Unwägbarkeiten. Gerade im Bereich von zweiseitigen Märkten, kann es, wie in *British Airways*, vorkommen, dass die Mitbewerber unter einem Verhalten leiden, während die Verbraucher davon profitieren könnten. Den horizontalen Mitbewerbern (z. B. der sich beschwerenden *Virgin*) wird wegen der Sogwirkung der Rabatte, die *British Airways* gewährt, der Zugang zum Beschaffungsmarkt von Vermittlerleistungen verwehrt.¹⁰⁴⁵ Gleichzeitig könnten die Endverbraucher von günstigeren Flugleistungen profitieren, da die Flugpreise von *British Airways* wegen des Rabattsystems und der dadurch erhöhten Auslastung sinken würden. Wiegt das Verschwinden eines Mitbewerbers schwerer als verpasste Preissenkungen für Flugtickets? Die Nachteile der Mitbewerber würden nicht in die Wettbewerbswirkungen eingehen, wenn der Endverbraucher ihren Maßstab bildet. Ein solcher Maßstab entspricht jedoch nicht der ökonomischen Wirklichkeit.

Handelt es sich um einen isolierten Beschaffungsmarkt, der keinen unmittelbaren Einfluss auf einen nachgelagerten Vertriebsmarkt hat, wie beispielsweise in *FENIN*, würde ein Konsumentenmaßstab ohnehin ins Leere laufen. Ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten der Nachfrager, wie den staatlichen Einrichtungen des Gesundheitssystems, hat nachgelagert keinen Einfluss auf Endverbraucher. Dennoch ist ein solches Verhalten geeignet, den vorgelagerten Wettbewerb, vor allem auch in Hinsicht auf Innovation und Qualität, zu beschränken. Der Konsumentenmaßstab bildet die Beschränkung jedoch nicht ab.

Daher schlägt *Hellwig* vor, als Vergleichspunkt von wettbewerblichem Verhalten die Auswirkungen auf die Marktgegenseite heranzuziehen. Da es im Wettbewerb ohnehin darum gehe, die Marktgegenseite für das eige-

1044 *Hellwig*, Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung: Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, 2007, S. 34.

1045 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 96 ff.).

ne Produkt zu gewinnen, sei ein attraktives Angebot für die Marktgegen-
seite ein Anzeichen intensiven Wettbewerbs.¹⁰⁴⁶

5. Consumer in der US-amerikanischen Schutzzweckdiskussion

In den USA gibt es keine einheitliche Position, was unter einem *consumer* im Kartellrecht zu verstehen ist. Das Verständnis des *consumer* folgt in der Regel dem vertretenen Schutzzweck. Eine eigenständige Diskussion um einen Verbraucherbegriff wird meist nicht geführt.

Die Erörterung des Schutzzwecks ist, wie im Problemaufriss gezeigt, vielfältig. Der Supreme Court hat sich in nur wenigen Entscheidungen mit dem *consumer welfare* als Ziel des Sherman Act beschäftigt, ohne zu einem einheitlichen Ergebnis zu gelangen.¹⁰⁴⁷ Teilweise, so in *Sonotone* und *NCAA*, folgte er der Chicago School, indem er *Bork*, deren maßgeblichen Vertreter, zitierte.¹⁰⁴⁸ Die Chicago School bezieht eine klare Position und setzt den *consumer welfare*-Standard mit einem *total surplus standard*, also der Gesamtwohlfahrt, gleich.¹⁰⁴⁹ In diesem Sinne wäre der *consumer* dann als jedermann zu verstehen, ohne auf einen relevanten Markt beschränkt zu sein und auch die handelnden Unternehmen selbst einschließend. In der Post-Chicago School, die die reine Preisanalyse mit neueren ökonomischen Analysemethoden erweitert, bleibt der Wohlfahrtsmaßstab

1046 Hellwig, Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung: Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, 2007, S. 34, 35 (Fn. 67); ebenso Drexl, in: Drexl/Kerber/Podszun (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 312, 317.

1047 Vgl. *Werden*, 74 Antitrust L. J. 707, 721 (2007); ebenso *Werden*, in: Hawk (Hrsg.), International Antitrust Law and Policy, 2007, S. 541, 548.

1048 *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 99 S.Ct. 2326, 2333 (1979); *National Collegiate Athletic Ass'n v. Board of Regents of University of Oklahoma*, 468 U.S. 85, 104, S.Ct. 2948, 2960 (1984); ebenso in *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 127 S.Ct. 2705, 2719 (2007).

1049 *Bork*, The Antitrust Paradox, 1978, S. 61 ff., 91:

These two types of efficiency [allocative and productive efficiency] make up the overall efficiency that determines the level of our society's wealth, or consumer welfare.

Für den *consumer* als Jedermann ("everyone") auch *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, 2011, S. 85.

der gleiche (Gesamtwohlfahrt).¹⁰⁵⁰ Der *consumer* wäre also ebenso als jedermann zu verstehen.

Gerade in nachfragerrelevanten Sachverhalten wird aber von der Rechtsprechung ein prozessschützender Ansatz vertreten.¹⁰⁵¹ Soweit dann *consumer welfare* noch als Leitbild des Kartellrechts dient, ist der *consumer* zumindest nicht als Endverbraucher zu verstehen, sondern eher als die betroffene Gegenseite, bezeichnet als *trading partner*.¹⁰⁵² Immer wieder zitiert der Supreme Court die Ausführungen in *Mandeville*, dass der Sherman Act umfassend zu verstehen sei und all jene schütze, die Opfer verbotener Praktiken geworden seien.¹⁰⁵³ Damit seien nicht nur die Endverbraucher als Schutzobjekte gemeint.¹⁰⁵⁴

Auch in der Literatur wird ein Schutz der Marktgegenseite im Sinne des *trading partner* als Schutzzweck des Kartellrechts vertreten.¹⁰⁵⁵ Das Antitrust-Recht tritt für Wettbewerb und für Preise ein, die sich im Wettbewerb bilden. Diese wettbewerblichen und unverfälschten Preise dienen Anbietern wie Abnehmern.¹⁰⁵⁶ Dennoch bleibe es beim Leitbild des *consumer welfare*, wenn es auch wegen seiner Unbestimmtheit nicht mehr un-

1050 Möller, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischen Kartellrecht, 2008, S. 98.

1051 *Knevelbaard Dairies v. Kraft Foods, Inc.*, 232 F.3d 979, 988 (9th Cir. 2000); grundlegend zum Schutz des Wettbewerbsprozess *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 97 S.Ct. 690, 697 (1977); vgl. *Gellhorn/Kovacik/Calkins*, Antitrust Law and Economics in a Nutshell, 2004, S. 46 f.

1052 *United States v. Aetna Inc.*, 1999-2 Trade Cases 72, 730, WL 1419046, 1, 15f. (N.D. Tex. 1999); *United States v. Cargill, Inc.*, 2000-2 Trade Cases 72, 966, WL 1475752, 1, (D.D.C. 2000); vgl. kommentierend *Schwartz*, Buyer Power Concerns and the *Aetna-Prudential* Merger, 1999, S. 3 f.

1053 *Mandeville Island Farms v. American Crystal Sugar Co.*, 334 U.S. 219, 68 S.Ct. 996, 1006 (1948).

1054 *Werden*, 74 Antitrust L. J. 707, 723 (2007).

1055 *Kirkwood/Lande*, 84 Notre Dame L. Rev. 191, 192 f. (2008); *Werden*, 74 Antitrust L. J. 707, 735 (2007); *Sullivan/Grimes*, The Law of Antitrust, 2006, S. 76; *Grimes*, 72 Antitrust L. J. 563, 573 ff. (2005); *Zerbe*, 72 Antitrust L. J. 717, 718 (2005); *Schwartz*, Should Antitrust Assess buyer market power differently than seller market power?, 2004, S. 1 f.

1056 *Kirkwood/Lande*, 84 Notre Dame L. Rev. 191, 208 (2008).

bedingt ein konkreter Schutzzweck sein könne.¹⁰⁵⁷ *Consumer* hieße dann Marktgegenseite.

Als Gegenposition wird gerade auch in Zusammenhang mit Beschaffungsmärkten und als Kritik an der *Weyerhaeuser*-Entscheidung des Supreme Court gefordert, den *consumer* streng als Abnehmer auf dem relevanten Markt zu verstehen.¹⁰⁵⁸ Gegen einen *consumer*-Begriff, beschränkt auf den Endverbraucher, wandte sich wiederum der Supreme Court in einem Fall, in dem nur die Händler betroffen waren, nicht aber die Endverbraucher.¹⁰⁵⁹

Ein einheitliches Verständnis des *consumer* existiert in den USA also nicht. Es wird aber höchstrichterlich und in der Literatur gerade für den kartellrechtlichen Schutz von Beschaffungsmärkten gefordert, den *consumer* als Marktgegenseite zu verstehen.

1057 *Stucke*, Looking at the Monopsony in the Mirror, 2013, S. 39; “Promoting consumer welfare is a concern under the Sherman Act but not its sole purpose”, so *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 113 S.Ct. 2578, 2587 (1993); vgl. zur nicht präzisen Benutzung von *consumer welfare* *Werden*, in: *Drexler/Kerber/Podszun* (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 11, 15.

1058 *Rosch*, Colum. Bus. L. Rev. 353, 359 (2007); *Salop*, in: *Hawk* (Hrsg.), International Antitrust Law and Policy, 2007, S. 541, 550; allgemein *Kirkwood/Lande*, in: *Pitofsky* (Hrsg.), How the Chicago School overshot the mark, 2008, S. 89, 90 (Fn. 70); *Kirkwood*, 72 Antitrust L. J. 625, 662 (2005); ausdrücklich dagegen wendet sich *Werden*, 74 Antitrust L. J. 707, 729 ff. (2007).

1059 *Federal Trade Commission v. H.J. Heinz Co.*, 246 F.3d 708, 719 (D.C. Cir. 2001) mit ausdrücklicher Zurückweisung der Äußerung durch die Ausgangsinstanz:

No court has ever held that a reduction in competition for wholesale purchasers is not relevant unless the plaintiff can prove impact at the consumer level.

VII. Verbraucherbegriff der herrschenden Meinung in Deutschland und Europa

1. Verbraucher als Abnehmer

Die herrschende Meinung folgt dem Verbraucherbegriff der Kommission, den sie in den Leitlinien zu ex-Art. 81 Abs. 3 EGV niedergelegt hat:¹⁰⁶⁰

Der Begriff „Verbraucher“ umfasst alle Nutzer der Produkte, auf die sich die Vereinbarung bezieht, einschließlich Produzenten, die die Ware als Vorprodukt benötigen, Großhändler, Einzelhändler und Endkunden, d. h. natürliche Personen, die außerhalb ihrer Geschäfts- oder Berufstätigkeit handeln. Verbraucher im Sinne von Art. 81 Abs. 3 sind also Kunden der Vertragsparteien und die späteren Käufer der Produkte. Diese Kunden können Unternehmen sein [...] oder Endkunden [...].

Die herrschende Meinung versteht den Verbraucher als Abnehmer. Auch mittelbare Abnehmer, wie beispielsweise Endkunden sind Verbraucher, wenn die Wettbewerbsbeschränkung sich auf einem vorgelagerten Markt ereignet. Es genügt, dass die Kunden auf einem relevanten Markt als Gruppe von den Effizienzgewinnen profitieren, ohne dass eine individuelle Weitergabe der Gewinne nötig ist.¹⁰⁶¹ Letztlich darf den Verbrauchern

1060 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 Nr. C 101/97, Rn. 84; Immenga/Mestmäcker/Ellger, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 224; Langen/Bunte/Hengst, Europäisches Kartellrecht, 2014, Art. 101, Rn. 387; Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, 2014, Art. 101, Rn. 159; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Nordemann, Kartellrecht, 2016, Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 49; Schröter/Jakob/Klotz/Mederer/Schröter/Voet van Vormizeele, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 Abs. 3, Rn. 313; den kartellrechtlichen Verbraucher nur als den Endverbraucher verstehend Shoda: FS Rittner, 1991, S. 651, 655; den Verbraucherbegriff als beschönigend kritisierend, da gerade Arbeiter als Verbraucher nicht vom Wettbewerbskonzept der Kommission profitierten, Nihoul, in: Zimmer (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 219, 226. Vgl. zu einem engeren Verständnis des „Verbrauchers“ als Endverbraucher in der Wettbewerbspolitik der Kommission Zimmer, in: Zimmer (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 486, 491.

1061 EuGH, Urteil vom 23.11.2006, Rs. C-238/05, *Asnef-Equifax und Administración del Estado*, Slg. 2006, I-11125 (Tz. 70); EuG, Urteil vom 21.03.2002, Rs. T-131/99, *Shaw und Falla*, Slg. 2002, II-2023 (Tz. 131); Kommission, Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3, ABl. 2004 Nr. C 101/97, Rn. 87; Frankfurter Kommentar/Pohlmann, Band 2, 2008, Art. 81 Abs. 3 Grundfragen, Rn. 262.

als Gruppe kein Schaden entstehen. Sie dürften durch die Wettbewerbsbeschränkung nicht schlechter gestellt werden.¹⁰⁶²

2. Stellungnahme

Der Kommission ist darin zuzustimmen, dass sie nicht zwischen beruflicher oder privater Tätigkeit differenziert. Das ist richtig, spielt die individuelle Motivation für den kartellrechtlichen Schutzzweck, den Wettbewerbsprozess, keine Rolle.

Auch ist ihr darin zuzustimmen, dass die Parteien einer Vereinbarung selbst keine Verbraucher sind.¹⁰⁶³ Dies würde sonst zu einem Gesamtwohlfahrtsstandard führen, der wiederum keinen Ausgleich zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Marktgegenseite zuließe.

Der Verbraucherbegriff ist jedoch in dreifacher Hinsicht zu eng:

Wie oben bereits ausgeführt, ist der Verbraucher entsprechend des Gesetzeszwecks als Marktgegenseite auszulegen, d. h. er ist wettbewerbsprozessual zu verstehen.

Auch beschränkt die Kommission den Verbraucherbegriff auf den Abnehmer auf dem relevanten Markt. Das EuG zieht den Kreis weiter und sieht als Verbraucher jeden Dritten auf Abnehmerseite an, nicht nur die auf dem relevanten Markt. Gerade in Hinblick auf dynamische Parameter ist es essentiell, den Verbraucherbegriff weiter zu fassen. Schließlich treten die dynamischen Entwicklungen eher auf anderen Märkten auf oder begründen gerade neue Märkte.¹⁰⁶⁴

Zum anderen ist die Unterdefinition des Endkunden – „natürliche Personen, die außerhalb ihrer Geschäfts- oder Berufstätigkeit handeln“ – zu eng. Es besteht kein Anlass, den Endkunden nur in einem rein privaten Sinne zu verstehen. Auch der Endkunde ist wettbewerbsprozessual auszulegen. Der Endkunde ist wiederum ebenso die Marktgegenseite. Es ist kein Unterschied, ob die Marktgegenseite ein Zwischenhändler, Produzent

1062 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 Nr. C 101/97, Rn. 85.

1063 „Die Parteien sind keine ‘Verbraucher’ im Sinne von Art. 81 Abs. 3“, so EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 Nr. C 101/97, Rn. 55.

1064 Möller, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischem Kartellrecht, 2008, S. 175.

oder privater Endverbraucher ist. Endkunden können sowohl juristische Personen sein, die konsumierend einkaufen, beispielsweise Büromaterial, -möbel oder Kantinenessen, als auch Institutionen, die die Güter nicht kommerziell weitervertreiben, wie beispielsweise staatliche Nachfrager, die nach oben dargestellter Ansicht als Unternehmen anzusehen sind. Jede Person, die auf dem Markt tätig ist, unabhängig ob Anbieter/Abnehmer, privat/beruflich, natürlich/juristisch, sondern nur als die eine oder andere Seite, kann als Marktgegenseite Verbraucher sein. Es besteht kein Anlass, den Endkunden rein privat zu definieren und enger als den Verbraucher selbst.

Das Verständnis des Verbrauchers im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV allgemein als kartellrechtliches Schutzobjekt und konkret als Marktgegenseite verdeutlicht, wie simultan die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen, insbesondere die Weitergabe der Effizienzgewinne an die Verbraucher und der Schutz des Wettbewerbs, gerichtet sind und sich gegenseitig bedingen. Die Weitergabe der Effizienzgewinne an die Verbraucher ist bei einem normativen Verständnis von Effizienz und einem ebenso normativen (und situationsbezogenen) Verständnis des Verbrauchers als Marktgegenseite nichts anderes als ein Abfedern und ein Ausgleich der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen auf dem konkreten Markt.

VIII. Zwischenergebnis

Das Tatbestandsmerkmal „Verbraucher“ in Art. 101 Abs. 3 AEUV ist das tragende Argument der Anhänger eines Maßstabes der Konsumentenwohl- fahrt. Dabei ist die Bedeutung des „Verbrauchers“ im Konsens, dass es ein irgendwie gearteter Abnehmer sein muss, nicht näher bestimmt. Als Tatbestandsmerkmal einer europäischen Norm ist der Verbraucherbegriff au- tonom und entsprechend seiner Funktion in der Effizienzeinrede zu be- stimmen. Der Versuch einer wörtlichen Auslegung deckt auf, wie umfang- reich und unbestimmt „Verbraucher“ definiert werden kann. Art. 101 Abs. 3 AEUV verfolgt die gleichen Ziele wie Abs. 1, nämlich mittels Wettbewerb den Binnenmarkt zu integrieren und die Wohlfahrt zu för- dern. Angesichts dieser Zielsetzung ist „Verbraucher“ folgendermaßen zu bestimmen:

1. Der kartellrechtliche Verbraucher ist angesichts der kartellrechtlichen Situation rollenbezogen als Marktgegenseite zu verstehen.

2. Der „Verbraucher“ als Marktgegenseite garantiert, auf Beschaffungsmärkten den kartellrechtlich vorgesehenen spiegelbildlichen Schutz zu Angebotsmärkten zu verwirklichen. Die Marktseite, die die Lasten der Wettbewerbsbeschränkung trägt, soll auch von ihren Vorteilen profitieren.
3. Auch ein „Verbraucher“ als Marktgegenseite erfüllt die Funktion, als spezifischer Referenzpunkt eine Wettbewerbsbeschränkung anhand der Auswirkungen unternehmerischen Verhaltens zu objektivieren und zu quantifizieren.
4. Den „Verbraucher“ als Marktgegenseite zu verstehen, bedeutet nicht, dem Gesamtwohlfahrtsstandard der Chicago School zu folgen. Während ein Gesamtwohlfahrtsstandard, wie ihn die Chicago School mit dem sog. *consumer welfare approach* verfolgt, Produzentengewinne der handelnden Unternehmen berücksichtigt, analysiert der Schutz der Marktgegenseite Produzentengewinne nur im Falle von Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager. Dann sind die Produzenten jedoch gerade nicht die handelnden Unternehmen, sondern eben die Marktgegenseite.

C) Wohlfahrt erfasst Auswahl und Vielfalt

Nicht nur der Verbraucherbegriff, der jeden an der Wettbewerbsbeschränkung nicht beteiligten Dritten meint, spricht sich für einen Wohlfahrtsstandard der Marktgegenseite aus. Auch die wirtschaftswissenschaftliche und die normativ verstandene Effizienz beinhalten wettbewerbsprozessual angelegte Auswahl und Vielfalt und setzen den Schutz der unmittelbaren Marktgegenseite voraus.

Zunächst ist darzulegen, inwiefern der rein wirtschaftswissenschaftliche Effizienzbegriff dem kartellrechtlichen Schutzzweck nicht gerecht wird. Sodann ist auf Merkmale eines normativ zu verstehenden Effizienzbegriffs, der Auswahl und Vielfalt stärker berücksichtigt, einzugehen.

I. Unzulänglichkeiten des ökonomischen Effizienzbegriffs

Aus folgenden Gründen ist der ökonomische Effizienzbegriff für das Kartellrecht nicht geeignet.

1. Widerspruch der Effizienz zur kartellrechtlich intendierten Umverteilung

Eine optimale Ressourcenallokation basiert auf einer Effizienz im Sinne *Paretos*.¹⁰⁶⁵ Eine Güterverteilung ist dann effizient, wenn durch sie zumindest ein Wirtschaftssubjekt besser, aber keines schlechter gestellt wird.¹⁰⁶⁶ Eine Saldierung von Vor- und Nachteilen, wie sie das *Kaldor-Hicks*-Kriterium vorsieht, setzt bereits eine Vergleichbarkeit der Güter voraus, die ohne Wertungsgesichtspunkte nicht möglich ist.¹⁰⁶⁷ Das *Pareto*-Kriterium bewertet die Wohlfahrt hingegen völlig neutral und sachlich.

Hellwig erläutert, dass das ökonomische Effizienzkriterium (im Sinne *Paretos*) nicht dem kartellrechtlichen Effizienzbegriff entsprechen könne.¹⁰⁶⁸ Während die *Pareto*-Effizienz Wohlfahrtsverschiebungen neutral und rein sachlich analysiere, liege der kartellrechtlichen Effizienz bereits eine Wertung zugrunde. Ein kartellrechtliches Eingreifen, das Effizienz bezwecke, werde in der Regel nicht alle Marktbeteiligten besserstellen, sondern Wohlfahrtsgewinne auch umverteilen. Der Zweck des Kartellrechts liege auch in einer Umverteilung, da es Kartellanten und Marktberechtigten in ihrer unternehmerischen Freiheit beschränke, sie dafür aber keine Kompensation erhielten.¹⁰⁶⁹

Dem Kartellrecht kann also für das Ziel der Ressourcenallokation kein rein wohlfahrtsökonomischer Effizienz-Begriff im Sinne *Paretos* zugrun-

1065 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 4; *Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, 2008, S. 88; *Hellwig*, Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung: Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, 2007, S. 29; vgl. in anderem Zusammenhang *Fischmann*, GRUR Int. 2010, 185, 188.

1066 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005, S. 48.

1067 Vgl. zum *Kaldor-Hicks*-Kriterium *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005, S. 51 ff. Zudem ist das *Kaldor-Hicks*-Kriterium ein in seiner demokratischen Legitimation fragwürdiger Maßstab, vgl. *Drexler*, in: *Drexler/Kerber/Podszun* (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 312, 314 f.

1068 *Hellwig*, Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung: Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, 2007, S. 30; vgl. auch *Stucke*, 53 Boston Coll. L. Rev. 551, 579 (2012); ebenso *Drexler*, in: *Drexler/Kerber/Podszun* (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 312, 312 f.

1069 *Hellwig*, in: FS *Mestmäcker*, 2006, S. 231, 238; vgl. ebenso *Drexler*, in: *Drexler/Kerber/Podszun* (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 312, 315.

de liegen. Letztlich ist es dem Gesetz selbst vorbehalten, zu bestimmen, in welchem Sinne einzelne Tatbestandsmerkmale definiert sind. Insofern verfolgt ein kartellrechtlicher Effizienzbegriff die der Rechtsordnung zugrundeliegenden Ziele.

2. Vernachlässigung immaterieller und dynamischer Parameter

Neben dieser wirtschaftstheoretischen Erklärung gibt es weitere Argumente, die sich gegen eine im Kartellrecht rein ökonomisch verstandene Effizienz wenden.¹⁰⁷⁰ Die wirtschaftswissenschaftliche Wohlfahrtsanalyse kennt zwar neben materiell-statischen Wirkungen, wie Preis und Menge auch ideelle Auswirkungen, wie qualitative Verbesserungen, Auswahl oder Neuheit.¹⁰⁷¹ Diese immateriellen Faktoren mitzubersichtigen, belastet jedoch eine mathematisch nachvollziehbare Analyse mit weichen und unbestimmbaren Faktoren.

Ebenso existiert kein Maßstab, um dynamische Effizienzen zu messen, da diese auf ein zukünftiges ungewisses Ziel gerichtet sind.¹⁰⁷² Die ökonomische Analyse der Nachfragemacht hat gezeigt, dass zwar in einzelnen Modellen Auswirkungen auf dynamische Parameter nachweisbar sind.¹⁰⁷³ Verallgemeinern lassen sich diese modellhaften Erkenntnisse jedoch nicht. Eine Analyse, die die Auswirkungen eines unternehmerischen Verhaltens auf statische und dynamische Parameter berücksichtigt, ist nicht praktikabel. Bezieht sie sich nur auf statische Parameter, gerät sie unvollständig. Bezieht sie dynamische Wertungen mit ein, ist ein klares Ergebnis nicht möglich.¹⁰⁷⁴

1070 Vgl. v. a. das *Williamson Tradeoff*, *Williamson*, 58 *American Economic Review* 18, 21 ff. (1968).

1071 Vgl. ausführlich *Künzler*, *Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit*, 2008, S. 103; *Schwalbe*, in: *Oberender* (Hrsg.), *Effizienz und Wettbewerb*, 2005, S. 63, 67.

1072 *Schuhmacher*, *Effizienz und Wettbewerb*, 2011, S. 149; *Möller*, *Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischem Kartellrecht*, 2008, S. 47; *Schwalbe*, in: *Oberender* (Hrsg.), *Effizienz und Wettbewerb*, 2005, S. 63, 67 f.; vgl. auch *Werden*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 11, 13.

1073 Vgl. dazu S. 204.

1074 *Schuhmacher*, *Effizienz und Wettbewerb*, 2011, S. 149.

3. Ökonomische Effizienz als Partialmarktanalyse

Eine ökonomische Auswirkungsanalyse erfasst die Wohlfahrtswirkungen beschränkt auf einen spezifischen Markt. Positive Wohlfahrtswirkungen auf einem spezifischen Teilmarkt bedeuten jedoch nicht unbedingt übergreifend positive Wirkungen.¹⁰⁷⁵ Es besteht die Gefahr, dass Wechselwirkungen partieller Effizienzgewinne mit benachbarten Märkten entstehen, die trotz einer vermeintlichen Effizienzsteigerung die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt sinken lassen.¹⁰⁷⁶ Eine umfassende Auswirkungsanalyse, die die Erkenntnisse dieser Theorie des *second-best* berücksichtigt, ist möglich, allerdings angesichts der Datenmenge kaum durchführbar.¹⁰⁷⁷

Der Effizienzbegriff der Wohlfahrtsökonomie weist also ihm immanente und in der Anwendung entstehende Unzulänglichkeiten auf, so dass er im Kartellrecht zu normativieren sein wird.

4. Wohlfahrtsbegriff in den USA

In den USA bezieht ein ehemals rein preisbezogenes Effizienzverständnis vermehrt dynamische Aspekte mit ein. Unabhängig davon, ob die Rechtsprechung nun eher ein Ziel der Gesamt- oder Konsumentenwohlfahrt verfolgt, betonte der Supreme Court die Bedeutung des Preiswettbewerbs und damit verbundener niedriger Preise.¹⁰⁷⁸ In jüngerer Zeit ist erkennbar, dass er gelegentlich höhere Preise akzeptiert für einen besseren Service und ge-

1075 Dies weist die Theorie des *second-best* nach, vgl. *Lipsey/Lancaster*, 24 *Review of Economic Studies* 11 ff. (1956-1957); vgl. weiterhin *Schuhmacher*, *Effizienz und Wettbewerb*, 2011, S. 142 f.; *Möller*, *Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischem Kartellrecht*, 2008, S. 47; *Schmidtchen*, *WuW* 2006, 6, 7; *Schwalbe*, in: *Oberender* (Hrsg.), *Effizienz und Wettbewerb*, 2005, S. 63, 68.

1076 *Frankfurter Kommentar/Pohlmann*, Band 2, 2008, Art. 81 Abs. 3 Grundfragen, Rn. 220.

1077 *Künzler*, *Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit*, 2008, S. 113 f.; vgl. zu einem *second-best*-Test als Intra-Markt-Test, der nicht dieser Kritik unterliegt, *Schmidtchen*, *WuW* 2006, 6, 7.

1078 Vgl. "Low prices benefit consumers regardless of how those prices are set, and so long as they are above predatory levels, they do not threaten competition", *Pacific Bell Telephone Co. v. Linkline Communications, Inc.*, 555 U.S. 438, 129 S.Ct. 1109, 1120 (2009); ähnlich *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.*, 495 U.S. 328, 110 S.Ct. 1884, 1892 (1990); *National Collegiate Athletic Asso-*

steigerten *interbrand*-Wettbewerb.¹⁰⁷⁹ Er berücksichtigt, dass höhere Preise eine Voraussetzung für Innovationen sind.¹⁰⁸⁰ Mit dieser Wertung erweitert die Rechtsprechung das bis dahin rein preisbezogene Effizienzverständnis der Chicago School. Die Kritik an der Chicago School bezieht sich auf ihren preisorientierten Ansatz, der die Auswirkungen von unternehmerischem Verhalten auf dynamische Parameter vernachlässigt.¹⁰⁸¹

Es gibt mehrere Situationen, in denen eine rein preisliche Auswirkungsanalyse dem Wettbewerb nicht gerecht wird.¹⁰⁸² So gibt es beispielsweise Märkte, in denen kein Preiswettbewerb stattfindet, wie bei regulierten Märkten oder wenn Dritteinrichtungen für Leistungen aufkommen. Auch kann eine Wettbewerbsbeschränkung die Gegenseite beeinträchtigen und dabei den Preis unverändert lassen, indem sie beispielsweise horizontale Vereinbarungen trifft, an Werbung zu sparen, und damit bei der Gegenseite Informationsdefizite hervorruft. Auch gibt es Märkte, gerade im Tech-

ciation v. Board of Regents of University of Oklahoma, 468 U.S. 85, 104 S.Ct. 2948, 2963 (1984).

1079 Vgl. *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 127 S.Ct. 2705, 2709 (2007):

[A] *per se* rule cannot be justified by the possibility of higher prices absent a further showing of anticompetitive conduct. The antitrust laws primarily are designed to protect interbrand competition from which lower prices can later result.

In diesem Sinne auch *Jacobs v. Tempur-Pedic Intern., Inc.*, 626 F.3d 1327, 1339 (11th Cir. 2010):

Higher prices alone are not the ‘epitome’ of anticompetitive harm ... Rather, consumer welfare, understood in the sense of allocative efficiency, is the animating concern of the Sherman Act.

Vgl. *Stucke*, 53 Boston Coll. L. Rev. 551, 570 (2012).

1080 In diese Richtung gehend *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 123 S.Ct. 769, 787 (2003).

1081 Vgl. *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 19:

Finally the concept of welfare should not only be interpreted in a static sense but also in its dynamic component. In other words, future welfare matters as well as current welfare.

Ebenso ICN, Competition Enforcement and Consumer welfare – setting the agenda, 2011, S. 19, <http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc857.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.04.2013).

1082 *Averitt/Lande*, 74 Antitrust L. J. 175, 176 (2007).

nologiebereich, auf denen Unternehmen nicht unbedingt über den Preis konkurrieren, sondern über ihre innovativen Produkte. Der Preis ist auf diesen Märkten ein zweitrangiger Parameter. An diesen drei Fallgruppen wird offensichtlich, dass der Preis für eine Entscheidung der Gegenseite nicht immer der wichtigste oder überhaupt ein Parameter ist, um eine Beschaffungsentscheidung zu treffen. Vielmehr würde ein Analyseansatz, der dynamische Faktoren wie Innovation, Qualität oder Vielfalt miteinbezieht, den Präferenzen und Vorlieben der Gegenseite mehr entsprechen.¹⁰⁸³

Unabhängig davon, welcher Wohlfahrtsstandard zugrunde zu legen ist (Konsumenten- oder Gesamtwohlfahrt), entwickelte sich in der sog. Post-Chicago School der Wohlfahrtsbegriff selbst weiter. Andere Parameter werden für die Auswirkungsanalyse relevant, wie die dynamische Effizienz oder Innovation, Qualität, ein vielfältiges Angebot und eine Auswahl unter mehreren Produkten.¹⁰⁸⁴ Grundlage dafür, dass Wohlfahrt mehr sein kann als reine Effizienzgewinne, ist ein realistischeres Menschenbild. Der *homo oeconomicus* der Chicago School ist gekennzeichnet durch sein rationales und nutzenmaximierendes Verhalten und dass er seine Entscheidungen auf Grundlage vollständiger Information trifft.¹⁰⁸⁵ Die Post-Chicago School geht davon aus, dass die markt beteiligten Unternehmen und Menschen eben nicht allein rational und profit-orientiert im Sinne eines *homo oeconomicus* handelten.¹⁰⁸⁶ Vielmehr versucht sie die Erkenntnisse

1083 Vgl. dazu *Averitt/Lande*, 74 Antitrust L. J. 175, 176 (2007); *Fox*, Cases and materials on U.S. antitrust in global context, 2012, S. 54.

1084 *Sullivan/Grimes*, The Law of Antitrust, 2006, S. 12 ff.; *Fox*, Cases and materials on U.S. antitrust in global context, 2012, S. 54; *Fox*, in: *Pitofsky* (Hrsg.), How the Chicago School overshot the Mark, 2008, S. 77, 78; vgl. auf Nachfragemacht bezogen *Grimes*, 72 Antitrust L. J. 563, 569 (2005); *Foer*, 39 Conn. L. Rev. 1307, 1333 (2007).

1085 Vgl. ausführlich zum *homo oeconomicus* *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005, S. 28 ff.; *Möller*, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischem Kartellrecht, 2008, S. 40; vgl. kritisch zur Rolle des *homo oeconomicus* in der Chicago School als Handlungsmotiv und realistischen Marktteilnehmer *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 130 f.

1086 Der *homo oeconomicus* ist jedoch weder ein normatives wettbewerbspolitisches Leitbild, noch ein empirisches Modell, sondern alleine ein analytischer Referenzrahmen zur Ermittlung von Effizienzwirkungen. In diesem Sinne ist der *homo oeconomicus* alleine eine modellhafte Vorstellung, die in der Regel aber nicht unbedingt im Einzelfall zutreffend ist, vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als

der Verhaltensökonomie (*behavioural economics*) in ihren Modellen mit zu berücksichtigen, so dass beispielsweise der Marktbeteiligte versucht, nutzenmaximierend und rational zu handeln, ihm dies aber nur eingeschränkt gelingt.¹⁰⁸⁷

Im Rahmen des erweiterten Wohlfahrtsverständnisses etablierte sich das Modell des *consumer choice*.¹⁰⁸⁸ Der *consumer choice*-Ansatz ist seiner Natur nach ein ökonomisch geprägter Ansatz, der wirtschaftswissenschaftliche Instrumente heranzieht. Anders als die Chicago School legt er jedoch größeres Gewicht auf kurzfristige, nicht preisliche Parameter, wie Qualität und Vielfalt und die langfristige Innovation.¹⁰⁸⁹

Dieses Modell bezieht all jene Parameter ein, die den Verbrauchern (aber auch generell der Marktgegenseite) wichtig sind, wie zunächst Preis, Vielfalt, Innovation, Qualität und andere Formen des nicht preislichen Wettbewerbs.¹⁰⁹⁰ In 95 % der Fälle wird der Preis zwar der bestimmende Parameter bleiben. In dieser Mehrzahl der Fälle bleibt dann der preisbezogene Analyseansatz der maßgebliche.¹⁰⁹¹ Der Unterschied liegt jedoch darin, dass dann der preisbezogene Ansatz anzuwenden ist, weil er den Interessen der Marktgegenseite entspricht und nicht weil er das einzige Analysinstrument ist. Der *consumer choice*-Ansatz richtet sich von Fall zu Fall an den Bedürfnissen und Vorlieben der Marktgegenseite aus. Die Literatur thematisiert in diesem Zusammenhang nicht den Begriff des *consumer*. Inhaltlich spricht jedoch nichts dagegen, ihn auf die Marktgegenseite zu erweitern. Auswahl und Vielfalt der Nachfrager entsprechen spiegelbildlich vielfältigen Absatzchancen der Anbieter.

Rechtsprinzip, 2005, S. 39f.; vgl. weiter zu Informationsdefiziten der Verbraucher *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 112 S.Ct. 2072, 2085 ff. (1992) 473 ff.; kritisch zu dieser Rechtsprechung *Carlton*, 68 Antitrust L. J. 659, 678 f. (2001).

1087 Fox, Cases and materials on U.S. antitrust in global context, 2012, S. 56; vgl. ausführlich zur Bedeutung der eingeschränkten Rationalität in der Wettbewerbsökonomie *Haucap*, in: *Drexel/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 217.

1088 *Averitt/Lande*, 74 Antitrust L. J. 175 (2007).

1089 *Kirkwood/Lande*, in: *Pitofsky* (Hrsg.), *How the Chicago School overshot the mark*, 2008, S. 89, 90 (Fn. 71).

1090 *Averitt/Lande*, 74 Antitrust L. J. 175 (2007); mit Betonung der Verbraucherbedürfnisse Fox, in: *Pitofsky* (Hrsg.), *How the Chicago School Overshot the Mark*, 2008, S. 77, 80.

1091 *Averitt/Lande*, 74 Antitrust L. J. 175, 177 (2007).

Auch die Wettbewerbsbehörden gehen davon aus, dass der Preis nicht auf jedem Markt der entscheidende Parameter ist. Ein vielfältiges und in Konkurrenz stehendes Angebot verspricht Innovationen, die häufig einen höheren Wert haben als durch Produktionsvorteile erkaufte Preisersparnisse. Das Department of Justice bemühte sich aus diesen Gründen, den Zusammenschluss der beiden Rüstungskonzerne *Lockheed Martin's* und *Northrop Grumman* zu verhindern, was letztendlich auch gelang.¹⁰⁹²

Obwohl das US-Militär als Hauptabnehmer der beiden Rüstungskonzerne von Kostenvorteilen einer Fusion in Milliardenhöhe profitiert hätte und somit den Staatshaushalt und die Steuerzahler entlastet hätte, überwog bei diesem Zusammenschluss der Verlust an Konkurrenz und Auswahl in der Rüstungsindustrie, vor allem für Radarsysteme für Flugzeuge, Sonartechnik in der Marine und Raketenabwehr der Luftwaffe. Die Befürchtungen des Department of Justice gingen dahin, dass in der bereits hochkonzentrierten Rüstungsindustrie der Wettbewerb erlahme und innovative Entwicklungen vernachlässigt würden, die letztlich der nationalen Sicherheit dienen.¹⁰⁹³

Auch der Supreme Court zeigt in dem grundlegenden Urteil zu *Aspen Skiing*, dass er einer erweiterten Wohlfahrtsanalyse offen gegenübersteht, die der Auswahl- und Entscheidungsfreiheit der Gegenseite eine größere Bedeutung zukommen lässt.¹⁰⁹⁴

Die Post-Chicago School ist nicht mehr neu, sondern in Rechtswissenschaft und -anwendung etabliert. Es kann nicht behauptet werden, dass sich die heutige ökonomische Wohlfahrtsanalyse ausschließlich auf kurzfristige Preiserwägungen beschränke. Die wirtschaftswissenschaftlichen

1092 Department of Justice, Pressemitteilung vom 23.03.1998 zur Untersagung des Zusammenschlusses von *Lockheed Martin's/Northrop Grumman*, http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/1998/212681.htm (zuletzt abgerufen am 19.04.2013); vgl. zu diesem Vorhaben und der Analyse von Innovationsmärkten allgemein Kerber, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 173, 192 f.

1093 Department of Justice, Pressemitteilung vom 23.03.1998 zur Untersagung des Zusammenschlusses von *Lockheed Martin's/Northrop Grumman*, http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/1998/212681.htm (zuletzt abgerufen am 19.04.2013).

1094 *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 105 S.Ct. 2847, 2859 f. (1985); aus dem deutschen Schrifttum Möller, *Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischem Kartellrecht*, 2008, S. 139 ff.; kritisch Carlton, 68 *Antitrust L. J.* 659, 676 ff. (2001).

Instrumente haben sich verfeinert. Angesichts der Theorie des Zweitbesten ist eine Auswirkungsanalyse nicht mehr nur zwingend auf den einen relevanten Markt beschränkt. Auch lassen sich Transaktionskosten berücksichtigen und über die Spieltheorie ebenso strategische Entscheidungen von Marktteilnehmern. Dennoch können mikroökonomische Analysen noch immer nicht alle Facetten des Wettbewerbsprozesses abbilden, insbesondere solche nicht, die über reine Geldwirkungen hinausgehen, vor allem dynamische Wirkungen.

Aus diesem Grund sind nach wie vor die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs zu sichern, um einen Marktprozess zu erhalten. Unabhängig von ökonomischen Vorhersagen wird der Wettbewerbsprozess zu optimalen Marktergebnissen führen. Auswahl und Vielfalt als maßgebliche Funktionsbedingung eines funktionierenden Wettbewerbs sind daher zu erhalten.

In den USA sind Auswahl und Vielfalt als eigenständiger Wert der Wohlfahrt anerkannt und Teil der Effizienzanalyse.

5. Stellungnahme zu einem normativen Effizienzbegriff

Ein rein ökonomisches Verständnis von Effizienz wird den Zielen des Kartellrechts, die auch eine Umverteilung verfolgen, nicht gerecht.

Vielmehr sind die einzelnen Formen der Effizienz als Tatbestandsmerkmal im Lichte des Schutzzwecks des Wettbewerbsprozesses auszulegen. Die Förderung der Effizienzen und der Schutz des Wettbewerbs stehen in einem Gegenseitigkeitsverhältnis, wie es Art. 101 Abs. 3 AEUV verdeutlicht, in dem ein funktionierender Wettbewerb zu effizienten Marktergebnissen führt. Daher bildet der Wettbewerbsprozess auch das treffende Instrument, um statische und dynamische Effizienzen zu fördern. Ein ergebnisoffener Prozess wird die optimalen Rahmenbedingungen abgeben, um langfristig effiziente Ergebnisse hervorzurufen.

In diesem Sinne sind die tatbestandlichen Effizienzgesichtspunkte normativ zu verstehen, um einen offenen Wettbewerbsprozess zu fördern. Auch die dynamische Effizienz – und gerade sie führt zu langfristigem Wohlstand¹⁰⁹⁵ – ist in einem normativen Sinne auszulegen, dass sie den

1095 Vgl. zu dieser Vermutung *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 2012, S. 134; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 2012, S. 130; *MüKo/Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 135; *Schwalbe*, in:

Wettbewerbsprozess als ergebnisoffenes Verfahren fördert. Daher sind auch zur Förderung der Effizienz die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs zu berücksichtigen, wie offene Märkte zu erhalten, oder Auswahl und Vielfalt in Angebot und Nachfrage.

II. Auswahl und Vielfalt als dynamischer Effizienzwert

Über den normativen Charakter von Auswahl und Vielfalt hinaus, sind sie aber auch als Teil der wirtschaftswissenschaftlichen Effizienz mitzuberechnen. Auswahl und Vielfalt sind für die dynamische Effizienz von zentraler Bedeutung. Im Folgenden wird dies in zweifacher Hinsicht beschrieben. Zum einen werden Auswahl und Vielfalt als positive Rahmenbedingungen für Innovationen dargestellt, zum anderen wird gefragt, ob Auswahl und Vielfalt über den Parameter Qualität nicht selbst unmittelbarer Teil der dynamischen Effizienz sind.

1. Auswahl und Vielfalt als Rahmenbedingungen für Innovationen

Auswahl und Vielfalt spielen für Innovationen eine wichtige Rolle.

Zunächst stellt sich die Frage, was Innovation bedeutet. In den Wirtschaftswissenschaften gibt es bislang keine allgemein gültige Definition. Innovationen stehen für die mit dem technischen, sozialen und wirtschaftlichen Wandel einhergehenden Neuerungen.¹⁰⁹⁶ Innovation muss bestimmungsgemäß zu einem Wandel führen, d. h. sie verlangt danach entdeckt oder erfunden, eingeführt und angewendet zu werden. Sie ist keineswegs nur auf technische Produkte begrenzt, sondern kann auch in Verfahren oder im nicht technischen Bereich liegen.¹⁰⁹⁷

Oberender (Hrsg.), *Effizienz und Wettbewerb*, 2005, S. 63, 69; *Barth*, *Innovationenmärkte in der Fusionskontrolle*, 2004, S. 34; Monopolkommission, 8. Hauptgutachten, 1990, Rn. 946.

1096 Gabler Verlag (Hrsg.), *Gabler Wirtschaftslexikon*, Stichwort: Innovation, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/54588/innovation-v-7.html> (zuletzt abgerufen am 15.03.2013).

1097 Vgl. D.o.J./F.T.C., *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, 06.04.1995, Nr. 3.2.3, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf> (zuletzt abgerufen am 05.02.2017):

Der Innovationsprozess erfolgt in mehreren Schritten, die unabhängig voneinander, aber auch gemischt und in veränderter Reihenfolge ablaufen können: Exploration und Analyse eines Problems, Ideensuche und -bewertung, Forschung, Entwicklung und Konstruktion, Produktions- und Absatzvorbereitung bis zur Markteinführung.¹⁰⁹⁸ Andere Modelle gehen von drei Stufen – der Erfindung, der erstmaligen Nutzung und der Verbreitung durch Imitation – aus.¹⁰⁹⁹ Letztlich ist die Innovation ein Prozess, deren einzelne Schritte ineinandergreifen und deren Stufen sich nicht eindeutig unterscheiden lassen. Wohl wird es aber einen Erfindungsprozess geben, die Erprobungsphase und eine Markteinführung, d. h. Verwendung der Erfindung.

Aus diesem ergebnisoffenen Innovationsprozess rührt die Schwierigkeit, ihn rechtlich zu behandeln. Der Innovationsprozess ist nicht wie andere Produktionsprozesse vorhersehbar und planbar, sondern ist mit Kreativität und einem unsicheren Ausgang verbunden.¹¹⁰⁰ Der klassischen Wettbewerbstheorie gelingt es nicht, dynamische Aspekte mitzuberücksichtigen.¹¹⁰¹ Das Modell eines vollständigen Wettbewerbs, beispielsweise, wirkt innovationsfeindlich, da jede Innovation unter transparenten Marktbedingungen sofort von den Konkurrenten imitiert würde.¹¹⁰² Es bestünde kein Anreiz, innovativ zu arbeiten.

Die Rolle der dynamischen Effizienz für eine langfristige Steigerung des Wohlstandes etablierten in der Wettbewerbstheorie zunächst *Schumpeter* und *Hayek*. Nach *Schumpeter* bezweckte der Wettbewerb weniger,

An innovation market consists of the research and development directed to particular new or improved goods or processes, and the close substitutes for that research and development.

1098 Gabler Verlag (Hrsg.), Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Innovation, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/54588/innovation-v-7.html> (zuletzt abgerufen am 15.03.2013); vgl. zur Abgrenzung zu Forschung & Entwicklung, das die Markteinführung nicht mehr erfasst, *Barth*, Innovationsmärkte in der Fusionskontrolle, 2004, S. 29.

1099 *Barth*, Innovationsmärkte in der Fusionskontrolle, 2004, S. 27.

1100 MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 101.

1101 Das Modell des vollkommenen Wettbewerbs und die Theorie des vollständigen Gleichgewichts, die eine effiziente Ressourcenallokation herbeiführen, berücksichtigen keine dynamischen Prozesse, vgl. MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 101.

1102 MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 102.

die Preise in Richtung Grenzkosten zu senken, als vielmehr durch neue und verbesserte Produkte Wohlstand und Lebensqualität zu fördern.¹¹⁰³ Hayek geht davon aus, dass die Marktteilnehmer kein vollständiges Wissen um die Wünsche und Bedürfnisse der Gegenseite hätten. Daher funktionieren der Wettbewerb als Filter, damit sich aus vielen Versuchen die gewünschten Vorstöße herauskristallisierten.¹¹⁰⁴

Diese innovationsökonomischen Ansätze sind in die praktische Wettbewerbspolitik bislang nur unzureichend eingegangen, wenn auch in der Wettbewerbstheorie über die Bedeutung dynamischer Prozesse weitgehend Einigkeit besteht. Es ist aber die Hypothese erkennbar, dass Auswahl und Vielfalt auf dem Markt das innovatorische Selektionsverfahren befördern und auf diese Weise mehr Wissen um die Bedürfnisse der Marktgegenseite entsteht.¹¹⁰⁵ Parallele Entwicklungspfade versprechen eine intensivere Selektion einer marktgerechten Lösung. Zudem können sich Innovationswege und Problemlösungen ergänzen, so dass komplementäres Wissen entsteht.¹¹⁰⁶ Gerade bei komplexen Forschungs- und Entwicklungsvorhaben scheint es im Voraus kaum möglich, welcher von mehreren Lösungsansätzen der erfolgversprechendste ist.¹¹⁰⁷ Auf diesen Gebieten

1103 Vgl. *Schumpeter*, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, 5. Auflage, 1952, S. 52 ff.; vgl. zum dynamischen Wettbewerbsprozess im Sinne von *Schumpeter* und *Hayek*, *Kerber*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 173, 175 ff.

1104 Dieser *Trial-and-Error*-Prozess führt zur Bezeichnung des „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“, vgl. *Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 2003, S. 373 ff.; *Hayek*, *Individualismus und wirtschaftliche Ordnung*, 1976, S. 122 ff.

1105 Vgl. *MüKo/Kerber/Schwalbe*, *EuWettbR*, 2015, Einl., Rn. 113; *Kerber/Saam*, 4 *Journal of Artificial Societies and Social Simulation*, Nr. 3 (2001); ebenso *Kerber*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 173, 182; vgl. zur Kritik an Kooperationen im Bereich von Forschung und Entwicklung wegen einer Reduzierung paralleler Innovationspfade *MüKo/Kerber/Schwalbe*, *EuWettbR*, 2015, Einl., Rn. 361.

1106 Vgl. *MüKo/Kerber/Schwalbe*, *EuWettbR*, 2015, Einl., Rn. 361; vgl. *Kerber*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 173, 182 ff.; *Barth*, *Innovationsmärkte in der Fusionskontrolle*, 2004, S. 42; *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2014, § 32, Rn. 11; zur wohlwollenden Haltung der EU-Kommission in der F&E-GVO, *Immenga/Mestmäcker/Fuchs*, *EU-Wettbewerbsrecht*, 2012, Einl. *FuE-GVO*, Rn. 4.

1107 *Farrell, J.*, 51 *Antitrust Bull.* 165 ff. (2006); vgl. weiterhin *Kerber*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 173, 184.

sind vielfältige und voneinander unabhängige Forschungsarbeiten innovationsfördernd.

Eine Innovation muss sich auf der Marktgegenseite durchsetzen, um erfolgreich zu sein. Der Wettbewerbsprozess als Entdeckungsverfahren im Sinne *Hayeks* ist der Filter der Innovationsbemühungen der einen Seite. Die Interessen und Bedürfnisse der Marktgegenseite bzw. der Konsumenten sind jedoch nicht bekannt, sondern ergeben sich erst aus dem Auswahlprozess. Abgesehen vom Wunsch nach niedrigen Preisen ist es kaum möglich, einzelne Präferenzen der Marktgegenseite zumindest pauschal und allgemein vorherzusagen.¹¹⁰⁸ Umso wichtiger ist daher ein vielfältiges Angebot bzw. eine vielfältige Nachfrage, um einen unverfälschten Auswahlprozess zu garantieren.

Im Ergebnis ist zunächst also festzuhalten, dass Auswahl und Vielfalt für dynamische Effizienzen in Form von Innovationen von Bedeutung sind, jedenfalls der Erfindungsbereitschaft eher dienen als vermachtete Unternehmen.

2. Auswahl und Vielfalt als Bestandteil von Qualität

Die Rechtsanwender erwähnen häufig „Qualität, Vielfalt und Innovation“ in einem Atemzug ohne diese Parameter im Einzelnen abzugrenzen oder näher zu beschreiben.¹¹⁰⁹ Im vorangegangenen Abschnitt hat die Arbeit bereits gezeigt, dass ein Innovationsprozess durch Auswahl und Vielfalt auf dem Markt begünstigt wird. Der jetzige Abschnitt beschäftigt sich damit, dass Qualität als Teil des wirtschaftswissenschaftlichen Effizienzbegriffs auch Auswahl und Vielfalt beinhaltet.

Zunächst ist also knapp darzulegen, was Qualität bedeutet und dann, dass Auswahl und Vielfalt Teil dieses Qualitätsbegriffs sind.

1108 Vgl. dazu *Drexl*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 312, 318.

1109 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (Horizontal-Leitlinien), ABl. 2011 Nr. C 11/1, z. B. Rn. 2, 3, 27, 200; EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. 2004 Nr. C 31/03, Rn. 8; vgl. EuG, Urteil vom 06.07.2010, Rs. T-342/07, *Ryanair./Air Lingus*, Slg. 2010, II-3457-3689 (Tz. 250).

a) Begriff der Qualität

Qualität im Sinne von Produktqualität meint, dass die Leistung mit den Ansprüchen übereinstimmt. Sie ist dabei weit zu verstehen von einer rational bedingten und messbaren Sachqualität bis zur Anmutung eines Produkts.¹¹¹⁰

Darüber hinaus bezieht sich Qualität nicht nur auf das Produkt selbst, sondern meint in einem weiten Verständnis die Summe bzw. Güte aller Eigenschaften eines Objekts, Systems oder Prozesses. Sie erfasst also nicht nur die Eigenschaften und Vorstellungen über das konkrete Produkt. Dann hätte die Marktgegenseite schon eine Auswahl getroffen, und die Vielfalt des Sortiments wäre eine bloße Vorstufe zu dem einen konkreten Produkt, dessen Qualität in Frage steht.

Vielmehr kommt auch Systemen und Prozessen ein qualitativer Charakter zu. Die Entscheidung vor dem Erwerb, sozusagen der Auswahlprozess, das Überlegen, Abwägen und Vergleichen der verschiedenen Angebote als Vorstufe der Entscheidung, ist auch ein dem Kriterium der Qualität zugänglicher Vorgang.

b) Auswahl und Vielfalt als Merkmal von Qualität

„Qualität in der Auswahl“ ist von „Qualität durch Auswahl“ zu unterscheiden.

Letztere „Qualität durch Auswahl“ versteht sich produktbezogen und meint, durch Auswahl im Sinne von Konkurrenz wird die Qualität der Produkte steigen. In diesem Verständnis sind Auswahl und Vielfalt als Wettbewerb und Konkurrenz ein Mittel, um qualitative Erzeugnisse zu fördern.

Etwas anderes meint „Qualität in der Auswahl“. Hier führt nicht die Auswahl erst mittelbar zu Qualität, sondern die Auswahl ist bereits selbst unmittelbar Teil davon. Qualität drückt sich dann nicht nur in einem ordentlichen und den Erwartungen entsprechenden Produkt aus, sondern be-

1110 Gabler Verlag (Herausgeber), Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Qualität, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/55799/qualitaet-v.5.html> (zuletzt abgerufen am 18.03.2013).

reits in der Auswahl unter vielfältigen Produkten.¹¹¹¹ Auch das Ausschüen-Können eines Produkts ist Teil von Qualität. Der Kunde auf einem vielfältigen Markt hat die Chance, ein passenderes Produkt zu finden, das seinen Erwartungen mehr entspricht, unabhängig davon, ob das Produkt selbst seinen Erwartungen entspricht.

Auch das Produkt eines Monopolisten kann qualitativ hochwertig sein. Schickt der Urlauber eine Postkarte an seine Freunde, muss er sie über die *Deutsche Post* versenden. Ihm stehen im Normalfall als Privatkunde im nationalen Versand keine weiteren Anbieter offen. Die Qualität der Beförderung ist tadellos. Die Karte wird am nächsten Tag ihr Ziel erreichen, und der Text ist immer noch lesbar. Der Kunde hat jedoch keine Auswahl, sondern ist auf die *Deutsche Post* als Beförderer angewiesen.

Verschickt der Urlauber hingegen ein Paket, kann er unter mehreren Dienstleistern auswählen. Er kann das Paket in einer Postfiliale aufgeben und über *DHL* befördern lassen, er kann aber auch über Kioske, Schreibwarenläden und diverse Einzelhandelsgeschäfte andere Paketdienste, wie *Hermes*, *DPD*, *UPS*, *FedEx*, *TNT* oder *GLS* beauftragen. Allein diese Auswahl verschiedener Beförderungswege ermöglicht eine für ihn individuell passendere Leistung, sei es als Expresspaket oder als günstigste Lösung; vielleicht kann er Bonuspunkte sammeln oder das Verschicken des Pakets mit einem Einkauf verbinden. Bereits diese Auswahl und Vielfalt im Angebot begründen unabhängig von der Leistung selbst eine Qualität. Auswahl und Vielfalt sind also unmittelbarer Teil von Qualität.

Ein weiteres Beispiel für „Qualität in der Auswahl“ ist die Autoindustrie. Unabhängig davon, ob ein einzelnes Auto den individuellen Qualitätsansprüchen genügt, zeigt die Entwicklung der letzten Jahrzehnte, dass die heutige Modellvielfalt an sich Kundenbedürfnisse besser erfüllt.

Während noch in den 1980er-Jahren die klassische Stufenheck-Limousine das Standardmodell für einen Durchschnittsbürger – ob alleinstehend, mit Familie oder als Rentner – war, entwickelten sich in den 1990er-Jahren die Kombis und Vans für Familien oder Menschen mit größeren

1111 In diesem Sinne ist wohl auch die Kommission zu verstehen (EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 217), wenn sie in den Horizontalleitlinien meint:

Ferner können gemeinsame Einkaufsregelungen qualitative Effizienzgewinne mit sich bringen, indem sie Anbieter zu Innovationen und zur Markteinführung neuer oder verbesserter Produkte veranlassen.

Transportbedürfnissen. Zu Beginn der 2000er-Jahre gesellten sich die Kleinwagen zu der schon bestehenden Kategorie der Kleinwagen dazu. Sie bieten ideale Mobilität für Menschen in der Stadt oder alleinstehende Fahrer, die wenig Wert auf Prestige legen, dafür aber kosten- und umweltbewusst sich fortbewegen wollen. In den folgenden Jahren spaltete sich die Klasse der Geländewagen auf. Sie verloren Allradantrieb und robuste Bauweise und behielten ihr Raumangebot und ihre hervorragende Übersicht. Gerade für ältere Fahrer, die nicht mehr tief einsteigen können, bietet sich damit eine neue Alternative. Die Auswahl selbst ist also bereits ein Mehr an Qualität.

c) Qualität als Teil der dynamischen Effizienz

Weiterhin ist zu zeigen, dass Qualität Teil der dynamischen Effizienz ist, und damit auch Auswahl und Vielfalt Teil der dynamischen Effizienz sind.

Dynamische Effizienz erfasst die Verbesserung des Knowhow, den technischen Fortschritt und die Entwicklung und Einführung neuer Güter.¹¹¹² Sie richtet sich also nach einer zeitlichen Entwicklung. Qualität lässt sich unter alle drei Gesichtspunkte – Knowhow, technischen Fortschritt und neue Güter – subsumieren.

Der Parameter „Entwicklung und Einführung neuer Güter“ zielt direkt auf Auswahl und Vielfalt. Diese neuen Güter werden das Angebot bereichern. Je nachdem wie die Marktgegenseite darauf reagiert, werden sie sich im Markt durchsetzen oder wieder verschwinden. Auch ein verbessertes Knowhow und der technische Fortschritt werden dazu führen, Güter zu produzieren, die mehr den Bedürfnissen der Kunden entsprechen, mehr Funktionen haben, haltbarer oder sparsamer sind.

Alle drei Parameter beziehen sich also auf Qualität. Qualität ist demnach kein statisches Fixum, wie Preis und Menge, sondern ein wandelbarer und dynamischer Parameter; sie ist Teil der dynamischen Effizienz.

Im Ergebnis sind Auswahl und Vielfalt Teil der Qualität, und Qualität ist Teil der dynamischen Effizienz in einem wirtschaftswissenschaftlichen Sinne. Folglich werden Auswahl und Vielfalt auch unmittelbar von der dynamischen Effizienz erfasst.

1112 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 9.

3. Stellungnahme

Auswahl und Vielfalt sind nicht nur ein normativer Wert des Wettbewerbsprozesses, nicht nur eine Funktionsbedingung des Wettbewerbs, sondern auch echter Bestandteil der wirtschaftswissenschaftlichen Effizienz. Auswahl und Vielfalt sind geradezu das verbindende Element des Wettbewerbsprozesses und der Wohlfahrt. Nicht nur der Wettbewerbsprozess spricht sich also für einen Schutz der Marktgegenseite aus, sondern auch die Effizienz selbst.

Auch sind Auswahl und Vielfalt diejenigen Parameter, die keine Verwachsung vorgelagerter Märkte fördern, um auf nachgelagerten Märkten kurzfristige Preisvorteile zu erzielen. Auswahl und Vielfalt sichern auf jedem, auch auf einem vorgelagerten Beschaffungsmarkt, dynamische Marktentwicklungen und somit langfristigen Wohlstand.

III. Auswahl und Vielfalt als Teil der Effizienz in der kartellrechtlichen Praxis

Eben hat die Arbeit gezeigt, welche Rolle Auswahl und Vielfalt als dynamischer Aspekt und als verbindendes Element von Effizienzanalyse und Wettbewerbsprozess spielen. Im Folgenden ist nun an mehreren Thesen zu zeigen, dass die kartellrechtliche Praxis grundsätzlich diese Aspekte kennt, aber gerade aus Lieferantenperspektive nicht immer berücksichtigt.

These 1: Die EU-Kommission geht in ihren wettbewerbspolitischen Äußerungen auf Auswahl und Vielfalt ein, in ihrer Entscheidungspraxis jedoch nicht immer.

Im europäischen Recht findet der Parameter „Auswahl und Vielfalt“ sowohl im Falle einer vertikal zu analysierenden Einkaufskooperation nach Art. 101 AEUV als auch im horizontal zu beurteilenden Missbrauchsverbot und ebenso in der die Marktstruktur erhaltenden Fusionskontrolle Ausdruck. Aus der Sicht vorgelagerter Anbieter bedeuten Auswahl und Vielfalt in vertikaler Hinsicht mögliche Absatzalternativen, d. h. ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen. In horizontaler Betrachtung drücken sich Auswahl und Vielfalt in Konkurrenz und Rivalität aus.

Die Kommission berücksichtigt im Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 3 AEUV Auswahl und Vielfalt als „Mehrwert in Form neuer oder verbesser-

ter Produkte, größerer Produktvielfalt usw.“ als qualitativen Effizienzgewinn.¹¹¹³ Sie räumt ein, dass die Bewertung dynamischer Vorteile eine Wertung verlange, da sie keinen exakt messbaren Mehrwert liefere.¹¹¹⁴ Dennoch erkennt sie die Bedeutung von Rivalität und Konkurrenz, insbesondere für den langfristigen dynamischen Fortschritt.¹¹¹⁵

Für das Missbrauchsverbot in Art. 102 AEUV lehnt die Kommission die Bestimmung der Effizienzvorteile an Art. 101 Abs. 3 AEUV an, wie „unter anderem technische Verbesserungen zur Qualitätssteigerung und Kostensenkungen in Herstellung oder Vertrieb.“¹¹¹⁶ Sie betont ausdrücklich die Rivalität als wichtigen Faktor wirtschaftlicher Effizienz, u. a. für dynamische Effizienzvorteile in Form von Innovationen.¹¹¹⁷ Auch soweit die Kommission im Prioritätenpapier nur die Formulierung „Preise erhöhen“ verwendet, weist sie darauf hin, dass sie dieses Kriterium umfassend verstehe und auch Output, Innovation und Angebot und Qualität der Produkte darunter fasse.¹¹¹⁸

Gemäß ihren Äußerungen ergeben sich also keine Zweifel, dass die Kommission die Bedeutung von Rivalität bzw. Auswahl und Vielfalt sowohl für den Wettbewerbsprozess als auch für die dynamische Effizienz erkennt.¹¹¹⁹ Demzufolge müsste sie konsequent Angebots- und Beschaffungsmärkte symmetrisch behandeln.

In der konkreten Anwendung opfert die EU-Kommission „Auswahl und Vielfalt“ jedoch dem Schutzzweck der Konsumentenwohlfahrt, indem sie kurzfristige positive Preisentwicklungen fördert. Gerade auf vorgelagerten

1113 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 Nr. C 101/97, Rn. 59, 102.

1114 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 Nr. C 101/97, Rn. 103.

1115 Die prominente Rolle von Innovationen im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV hervorhebend *Heinemann*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 202, 207.

1116 EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 30, 1. Spiegelstrich.

1117 EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 30, 4. Spiegelstrich.

1118 EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 11.

1119 So auch *Heinemann*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 202, 208.

Märkten duldet die Kommission ein wettbewerbsschädliches Verhalten, das zur Vermachtung von Märkten führt und Auswahl und Vielfalt einschränkt, um die Wohlfahrt der Abnehmer zu fördern.¹¹²⁰ Nachfragebeschränkende Positionen mögen zwar zu günstigeren Abnehmerpreisen führen. Jedoch sind technische Verbesserungen und Qualitätssteigerungen unwahrscheinlich, da gerade sie sich häufig nicht auf der Stufe des Handels ergeben, sondern vorgelagert in der Produktion der Güter, also bei den Lieferanten. Auf deren Marktstufe gibt es für Produzenten jedoch immer weniger alternative Abnehmer, deren einzelne Marktmacht steigt. Ein erlahmender Wettbewerbsprozess wird langfristig die Produktvielfalt, Qualität und Innovation negativ beeinflussen.

Es zeigt sich im Verbraucherverständnis der Kommission, dass sie nicht gewillt ist, gegenüber Preissenkungen der Endverbraucher auch vorgelagerte schädliche Entwicklungen auf dem Lieferantenmarkt in Erwägung zu ziehen. Deutlich wird dies in einer Aussage des ehemaligen Wettbewerbskommissars *Monti* auf eine Schriftliche Anfrage eines Abgeordneten, welche Maßnahmen die Kommission ergreife, um ein Gleichgewicht zwischen den Lebensmittelherstellern und dem Vertrieb (meint Einzelhandel) herzustellen:¹¹²¹

Die Endverbraucher können sicherlich von einer derartigen Entwicklung profitieren, wenn das Vertriebsunternehmen bei einem vorübergehenden intensiven Wettbewerb auf dem Vertriebsmarkt aufgrund seiner starken Nachfragemacht die beim Bezug erhaltenen Vorteile an den Verbraucher weitergibt. Dies wird aber nur solange der Fall sein, bis ein einziges oder mehrere Unternehmen den Markt beherrschen. Von da an hätte der Endverbraucher nur noch sehr begrenzte Wahlmöglichkeiten.

Einerseits hebt *Monti* neben den Preisvorteilen die Bedeutung der Wahlmöglichkeiten hervor. Das zeigt, dass Vielfalt und Konkurrenz neben sta-

1120 Vgl. EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 30:

Die Kommission vertritt die Auffassung, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen auch ein zur Ausschließung von Wettbewerbern führendes Verhalten mit Effizienzvorteilen begründen kann, die ausreichend sind, um zu gewährleisten, dass dadurch wahrscheinlich den Verbrauchern unter dem Strich kein Schaden entsteht.

1121 Schriftliche Anfrage E-0720/00 von *Álvarez* (PPE-DE) an die Kommission vom 17.03.2000, ABl. 2000 Nr. C 026 E, S. 95.

tischen Preisvorteilen einen eigenständigen Wert genießen. Gleichzeitig fragte der Abgeordnete nicht nur nach Nachteilen der Endverbraucher, sondern auch nach Nachteilen der Lieferanten. Diese blendet die Antwort völlig aus. Die Kommission fixiert sich bei der Marktanalyse ausschließlich auf die abnehmenden Verbraucher, hier die privaten Endverbraucher. Ein echtes Bekenntnis zu Auswahl und Vielfalt, sowie langfristigen Effizienzvorteilen, würde jedoch einen gleichberechtigten Schutz der vorgelagerten Hersteller (Lieferanten) verlangen. Es nützt den privaten Endverbrauchern wenig, wenn die Kommission eine Auswahl an Lebensmittelhändlern erhält, gleichzeitig aber die Vielfalt der vorgelagerten Lebensmittelhersteller wegfällt.

In diesem Sinne analysiert auch *Möller* die jüngere Entscheidungspraxis der Kommission, dass sie zwar immer wieder auf Produktions- und dynamische Vorteile eingehe, das letztlich ausschlaggebende Argument aber in der Preisentwicklung liege.¹¹²²

These 2: Der EuGH benennt die Auswahl der Verbraucher als wohlfahrtssteigernd.

Der EuGH berücksichtigt die Auswahl der Endverbraucher ausdrücklich als einen Vorteil für die Wohlfahrt.¹¹²³ Er subsumiert die Auswahl und Vielfalt zwar nicht unbedingt unter den Wohlfahrtsbegriff, begreift sie aber als „gewisse Vorteile für die Endverbraucher.“ Wörtlich führt er in *Sot. Lélos kai Sia* aus,

dass Parallelexporte von Arzneimitteln aus einem Mitgliedsstaat, in dem die Arzneimittelpreise niedriger sind, in andere Mitgliedsstaaten, in denen die Preise höher sind, den Käufern dieser Arzneimittel in den letztgenannten Staaten *grundsätzlich* ermöglichen, über eine alternative Versorgungsquelle zu verfügen, was *notwendigerweise zu gewissen Vorteilen für den Endverbraucher* dieser Arzneimittel führt.¹¹²⁴

1122 *Möller*, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischem Kartellrecht, 2008, S. 169 f.

1123 S. dazu auch *Langen/Bunte/Bulst*, Europäisches Kartellrecht, 2014, Art. 102, Rn. 14; dann hindert auch das Ziel der Konsumentenwohlfahrt nicht den Schutz des Wettbewerbes als solches, vgl. *Schweitzer*, 5 ERCL, 175, 183 (2009).

1124 EuGH, Urteil vom 16.09.2008, Rs. C-468/06, *Sot. Lélos kai Sia*, Slg. 2008, I-7139 (Tz. 53) (Hervorhebungen durch den Autor).

Ähnlich stellt das EuG in *GlaxoSmithKline* dar, dass die Vorteile eines wirksamen Wettbewerbs nicht nur im Preis liegen können, sondern auch in alternativen Bezugsquellen.¹¹²⁵

Diese zitierten Urteile ergingen zu kartellrechtlich relevantem Anbieterverhalten. In der überschaubaren Judikatur zu Verhalten von Nachfragern setzt sich der EuGH bislang nicht mit diesen Aspekten auseinander.

These 3: Eine individuelle deutsche Kartellrechtspraxis wird nur im Missbrauchsverbot relevant. Dort besteht jedoch Zurückhaltung, Effizienzen generell rechtfertigend zu berücksichtigen.

Für das Kartellverbot orientiert sich § 2 GWB in Wortlaut und Zielrichtung an Art. 101 Abs. 3 AEUV. Insofern spielen dort Auswahl und Vielfalt die identische Rolle im Rahmen der Effizienzerwägungen wie im europäischen Recht.

Die deutsche Fusionskontrolle kennt keine ausdrückliche Effizienzanalyse, sondern orientiert sich in § 36 Abs. 1 GWB an einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung, insbesondere am Merkmal der marktbeherrschenden Stellung. In diesem Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung ist angelegt, auch effizienzfördernde Auswirkungen eingehen zu lassen. Dort prüft das Bundeskartellamt den Aspekt von Auswahl und Vielfalt bzw. – aus Sicht des Lieferanten – seine Absatzalternativen.¹¹²⁶ Eine marktbeherrschende Stellung ergibt sich nicht allein aus den Marktanteilen eines Unternehmens, sondern aus einer Gesamtbetrachtung sämtlicher relevanter struktureller und verhaltensbezogener Merkmale. In diese Gesamtbetrachtung gehen auch Effizienzvorteile ein.¹¹²⁷ Das Bundeskartellamt kann eine marktbeherrschende Stellung nur dann annehmen, wenn die

1125 EuG, Urteil vom 27.09.2006, Rs. T-168/01, *GlaxoSmithKline Services*, Slg. 2006, II-2969 (Tz. 121). Der EuGH hat dieses Urteil dahingehend korrigiert, dass auch Vereinbarungen im Sinne des Art. 101 AEUV ohne Verbrauchernachteil einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgen können. Dass ein Vorteil in Preis und Bezugsquellen liegen kann, hat der EuGH nicht angegriffen. Insofern kann für diesen Aspekt weiterhin auf das EuG-Urteil verwiesen werden, vgl. EuGH, Urteil vom 06.10.2009, Rs. C-501/06, *GlaxoSmithKline Services*, Slg. 2009, I-9291 (Tz. 63).

1126 Beispielsweise in Bundeskartellamt, Beschluss vom 28.10.2010, Az. B2-52/10 (S. 104 ff.) – *EDEKA/trinkgut*; Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 6.

1127 Bundeskartellamt, Beschluss vom 06.06.2007, Az. B3-6/07 (Rn. 274) – *Krankenhäuser im Stadtstaat Hamburg*.

zu erwartenden negativen Auswirkungen der Fusion für die Marktstruktur die positiven überwiegen.¹¹²⁸ Mit der 8. GWB-Novelle führte der deutsche Gesetzgeber darüber hinaus für die Fusionskontrolle den *SIEC*-Test ein, mit dem die Marktbeherrschung nur noch ein Beispiel des dann maßgeblichen „erheblich behinderten Wettbewerbs“ ist. Damit nähert sich die deutsche Fusionskontrolle materiellrechtlich der europäischen weiter an.¹¹²⁹

Die nationale Missbrauchskontrolle in § 18 ff. GWB kann nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 strenger als die europäische Missbrauchskontrolle angewendet werden. Ein Gleichlauf, wie im Kartellverbot, ist nicht zwingend. Daher ist auch die Frage, inwiefern § 19 GWB überhaupt Effizienzvorteile berücksichtigt, unabhängig von einer europäischen *efficiency defence* und der Rechtsprechung des EuGH in *British Airways* zu beantworten.¹¹³⁰

Gegenüber einer an die Anforderungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV angelehnten Effizienzeinrede im nationalen Missbrauchsverbot werden methodische Bedenken vorgetragen: einerseits das bereits erwähnte Problem, dass sich kurzfristige Preiswirkungen und längerfristige dynamische Entwicklungen nicht ohne weiteres abwägen lassen.¹¹³¹ Da die langfristigen Auswirkungen oft nicht prognostizierbar sind, würde entsprechend kurzfristiger Wirkungen entschieden, die jedoch nicht unbedingt den tatsächlichen volkswirtschaftlichen Effekten entsprechen müssen.

Andererseits wird die grundrechtliche Funktion des Wettbewerbs zum Schutz der Marktchancen der Marktteilnehmer betont, so dass Vorteile Dritter nicht ohne weiteres berücksichtigt werden können.¹¹³²

1128 Bundeskartellamt, Wettbewerbschutz und Verbraucherinteressen im Lichte neuerer ökonomischer Methoden, 2004, S. 11.

1129 Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852 vom 31.05.2012, S. 19; es erfolgte keine Vollharmonisierung, sodass die europäische Entscheidungspraxis und Rechtsprechung nicht unmittelbar bindend ist, vgl. Langen/Bunte/Kallfass, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 36, Rn. 32 ff.; MüKo/Becker/Knebel/Christiansen, GWB, 2015, § 36, Rn. 58 ff.

1130 Zur Diskussion der *efficiency defence* im europäischen Missbrauchsverbot vgl. Fuchs, in: Fleischer/Zimmer (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008, S. 69, 82 ff.

1131 Langen/Bunte/Nothdurft, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 19, Rn. 29.

1132 Langen/Bunte/Nothdurft, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 19, Rn. 29.

IV. Stellungnahme zu einer Effizienzeinrede innerhalb des § 19 GWB

Diesen beiden Bedenken ist entgegenzuhalten, dass eine entsprechend der wettbewerbsprozessualen Schutzrichtung ausgelegte Effizienzeinrede methodisch langfristige Auswirkungen ebenso berücksichtigt. Diese sind oft sogar die wertvolleren, weil sie Innovationen und Wohlfahrt steigern. Um diese dynamischen Wirkungen mit zu erfassen, sind Auswahl und Vielfalt als ein qualitativer und wettbewerbsprozessualer Aspekt der dynamischen Effizienz besonders zu berücksichtigen.

Der zweite Aspekt der grundrechtlich gesicherten Teilnahmechance der Marktteilnehmer betrifft vor allem den Verbraucherbegriff. Solange die Effizienzeinrede die Vorteile der Marktgegenseite berücksichtigt, die auch unter den Nachteilen des missbräuchlichen Verhaltens leidet, ist deren grundrechtliche Marktchance gewahrt. Der Verbraucher ist, wie oben bereits gefordert, funktionell als Marktgegenseite zu verstehen. Dann kommen die Effizienzvorteile nicht mehr nur Dritten zugute, sondern unmittelbar auch den Betroffenen.

Im Ergebnis ist also eine Effizienzeinrede im deutschen Recht nicht grundsätzlich abzulehnen, solange ihre Voraussetzungen wettbewerbsprozessual ausgelegt werden, d. h. dynamische Effizienzen auch Auswahl und Vielfalt erfassen und der Verbraucher als Marktgegenseite verstanden wird. Es bleiben die Bedenken, angesichts einer bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung, die Voraussetzungen der Effizienzeinrede, vor allem hinsichtlich des zu erhaltenden Wettbewerbs, überhaupt zu erfüllen.

V. Zwischenergebnis

Nicht nur ist der Verbraucher funktionell als Marktgegenseite zu verstehen. Auch der Wohlfahrtsbegriff zeigt eine prozessuale Seite, indem er Auswahl und Vielfalt als einen qualitativen Parameter berücksichtigt. Auswahl und Vielfalt sind ein auf den individuellen Marktprozess bezogener Wert. Aus Perspektive des Lieferanten drückt er sich vor allem in Absatzalternativen aus.

Schluss

Worin liegt die Aussage dieser Arbeit in einem Satz? – Das Kartellrecht verfolgt einen Schutz der Marktgegenseite!

Dieses Ergebnis vermag angesichts der dies klar ausdrückenden Normen nicht zu überraschen. Auch mangelt es nicht an politischen Bekundungen, die den Wert des Wettbewerbsprozesses betonen.

Dennoch erfolgt die Forderung, die Marktgegenseite zu schützen, nicht rein präventiv. Sowohl die EuGH-Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff in *FENIN* als auch diverse Kommissionsäußerungen in den Horizontaltitelinien 2011 und im Diskussions- und Prioritätenpapier zur Modernisierung des Missbrauchstatbestands lassen am Schutz isolierter Marktprozesse zweifeln. Vielmehr deutet sich darin ein Wettbewerbskonzept an, unternehmerisches Verhalten nach seinen Auswirkungen auf Abnehmer und Endverbraucher zu beurteilen.

Zwar verfolgt das Kartellrecht in der Tat mittelbar einen verbraucher-schützenden Zweck. Doch der Wettbewerbsprozess ist dafür das unmittelbare Instrument. Auch stellt sich die Frage, wie diese beiden oft als gegensätzlich bezeichneten Schutzzwecke in eine gemeinsame Richtung ausgelegt werden können. Die Arbeit zeigt im Ergebnis, dass dafür der Verbraucherbegriff entscheidend ist. Er ist als Marktgegenseite zu verstehen. Dann ist eine asymmetrische wettbewerbsrechtliche Bewertung zu Lasten des Lieferanten nicht mehr geboten.

Im ökonomischen Teil untersuchte die Arbeit, ob Nachfragemacht sich tatsächlich positiv auf nachgelagerte Verbraucher auswirken kann. Sie zog dafür die beiden gängigen Modelle zu ökonomischen Auswirkungen von Nachfragemacht heran und verglich ihre Aussagen und Grundlagen. Das Monopsonmodell geht davon aus, dass der Monopsonist oder marktbeherrschende Nachfrager die Beschaffungsmenge reduziere, um einen niedrigeren Einkaufspreis zu erzielen. Diese Annahme mag auf den ersten Blick realitätsfern erscheinen, entspricht aber der ökonomischen Theorie bei einer steigenden Angebotskurve.

Das entgegengesetzte Modell, das Modell der Verhandlungsmacht, sieht vor, dass der verhandlungsstarke Nachfrager eine größere Menge beschaffe, um einen niedrigeren Preis zu erhalten. Insbesondere zur Frage,

wie sich Verhandlungsmacht von Nachfragern langfristig auf dynamische Parameter auswirke, trifft das Modell keine klare Aussage.

Generell wären einheitlichere und deutlichere Aussagen der ökonomischen Modelle wünschenswert, um sie auf juristische Fragestellungen übertragen zu können. Beim Monopsonmodell beschränken beispielsweise die ihm zugrundeliegende steigende Angebotsfunktion den Anwendungsbereich ebenso wie die transparenten Geschäftsbedingungen mit allen Nachfragern. Das Modell der Verhandlungsmacht ist gleichfalls nicht ohne weiteres in die juristische Anwendung zu übernehmen. Es besteht aus zahlreichen Einzelmodellen, die sich, z. B. bei den langfristigen Auswirkungen von Verhandlungsmacht auf die dynamischen Parameter widersprechen. Auch wird in der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie die Abgrenzung einzelner Modelle nur selten thematisiert. An dieser Stelle bleiben für die juristische Anwendung viele Fragen offen. Es besteht weiterer Forschungsbedarf.

Insgesamt beurteilen sich die Auswirkungen von Nachfrage- bzw. Verhandlungsmacht nicht einheitlich. Nach dem Monopsonmodell werden nachgelagerte Verbraucher unter keinen Umständen von Nachfragemacht profitieren. Die Preise auf nachgelagerten Märkten werden eher steigen bzw., wenn dort funktionierender Wettbewerb herrscht, allenfalls stabil bleiben. Sinken werden sie in der ökonomischen Theorie keinesfalls. Das Modell der Verhandlungsmacht, das aus zahlreichen Einzelmodellen besteht, kommt zu dem Schluss, dass nachgelagerte Verbraucherpreise unter bestimmten Voraussetzungen kurzfristig sinken könnten. Langfristig ergeben sich jedoch Unwägbarkeiten über positive oder negative Entwicklungen, wie der Spiral- oder Wasserbetteffekt oder auch dynamische Auswirkungen zeigen.

Normativ untersuchte die Arbeit, ob der Schutzzweck des Kartellrechts eine asymmetrische Marktanalyse erfordert. Die Untersuchung konzentrierte sich auf die Schutzzwecke des Wettbewerbsprozesses und der Effizienzförderung.

Der wettbewerbsprozessuale Schutzzweck begreift eine Auswirkungsanalyse symmetrisch. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, aus diesem Schutzzweck heraus die Auswirkungen alleine an nachgelagerten Verbrauchern als Abnehmern zu prüfen. Der Wettbewerbsprozess wird dort geschützt, wo er sich ereignet, unabhängig davon ob Verbraucher beteiligt sind oder Lieferanten. Zudem stellt die Arbeit klar, dass der Schutz der Wettbewerbsfreiheit, die eine gleichberechtigte Teilnahme am Marktgeschehen sichert, im Rahmen des Wettbewerbsprozesses abgedeckt ist. Der

Schutz einzelner Marktteilnehmer kann ohnehin nicht über den Schutz des Prozesses als solchen hinausgehen. Insofern geht die Arbeit nicht weiter auf einen freiheitsorientierten Individualschutz ein, sondern baut in der Folge auf dem Schutz des Wettbewerbs als Institution auf.

Der Schutz des Wettbewerbsprozesses dient als Mittel zum Zweck einer Wohlfahrtsförderung. Die Wohlfahrtsförderung ist als Verbraucherwohlfahrt normativ in Art. 101 Abs. 3 AEUV angelegt, bezieht sich aber auf das gesamte Kartellrecht. Gerade die Effizienzeinrede in Art. 101 Abs. 3 AEUV zeigt deutlich, dass Effizienzförderung und die Sicherung des Wettbewerbs in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, sich gegenseitig bedingen und dementsprechend im Bewusstsein des jeweils anderen Ziels auszulegen sind. Die Arbeit zeigt auf, dass sich aus Lieferantensicht Effizienzförderung und Wettbewerbsschutz nicht widersprechen, solange der Verbraucher als Marktgegenseite verstanden wird. Zumindest entsprechend der diversen ökonomischen Theorien zu Nachfragemacht würde ein gleichberechtigter Schutz aller Marktebenen zu nicht schlechteren Wohlfahrtswerten gelangen als ein Konzept, das Machtpositionen fördert.

Gerade ein Studium der Gesetzgebungsmaterialien verdeutlicht, dass das europäische und deutsche Kartellrecht von Beginn an ein wirtschaftlichen wohlstandssteigernden Ansatz vertreten. Dies scheint bei aller Skepsis gegenüber dem *more economic approach* gelegentlich unterzugehen. Der allgemeine Schutzzweck eines Gesetzes ist von den Methoden, um ihn zu erreichen, zu trennen. Kartellrecht sollte schon immer ein Gesetz sein, das ökonomische Ziele verfolgt. Der *more economic approach* brachte allein die wirtschaftswissenschaftlichen Instrumente und die Bedeutung, die volkswirtschaftliche Modelle für die Rechtsanwendung nun haben. Ökonomen sind die beschränkte Aussagekraft und die engen Annahmen dieser theoretischen Konzepte wohl bewusst. Ihre praktische Realisierbarkeit ist in den Wirtschaftswissenschaften ebenso umstritten wie in den Rechtswissenschaften. Dennoch besteht an einer grundsätzlich ökonomischen Zwecksetzung des Kartellrechts kein Zweifel.

Dem Wortlaut des Kartellverbots steht nicht entgegen, „Verbraucher“ als Marktgegenseite auszulegen, da die Gegenseite die Gegenleistung verbraucht. Zudem sind die normativen Tatbestandsmerkmale funktionell auszulegen. Gerade die Effizienzeinrede soll die negativen Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung ausgleichen. Sie verfolgt ökonomisch auch den Zweck, einen klaren Maßstab zu bilden, an dem die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung abgelesen werden können. Dies ermöglicht der „Verbraucher“ als Abnehmer ebenso wie als Marktgegenseite.

Die Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, dass die ökonomischen Auswirkungen von Nachfragemacht nicht unbedingt dafür sprechen, sie zu fördern. Die gesicherten Erkenntnisse deuten in die Richtung, dass Machtpositionen im Markt zu vermeiden sind. Auch normativ deutet der Zweck, sowohl den Wettbewerbsprozess als auch die Effizienzen zu fördern, darauf hin, dass die Marktgegenseite den Maßstab der Effizienzförderung bildet.

Argumentativ greift die Arbeit immer wieder auf nachfragerrelevante Sachverhalte in den USA zurück. Das Antitrust-Recht bietet eine längere Tradition und weitergehende Praxis im Umgang mit Nachfragemacht als die EU und Deutschland. Erwähnenswert ist dabei vor allem, dass die Rechtsprechung selbst zu den Hochzeiten der Chicago School von einer symmetrischen Marktanalyse auf Beschaffungsmärkten ausging. In der amerikanischen Literatur wird in diesem Sinne vertreten, den *consumer* als *trading partner* auszulegen.

Der Lieferant kann also auch Verbraucher sein!

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Thomas*, Art. 85 Abs. 1 EGV und die rule of reason, Köln, Berlin, Bonn, München 1997.
- Europäisches Kartellrecht, in: *Riesenhuber, Karl* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2. Auflage, Berlin, New York 2010, S. 631-652.
- Akman, Pinar*, “Consumer Welfare” and Article 82 EC: Practice and Rhetoric, 32 *World Competition* 71-90 (2009).
- Alexander, Laura*, Monopsony and the Consumer Harm Standard, 95 *Geo. L. J.* 1611-1644 (2007).
- Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, April 2007, http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf (zuletzt abgerufen am 20.02.2015).
- Areeda, Philipp/Hovenkamp, Herbert*, Fundamentals of Antitrust Law, 4. Auflage, New York 2011.
- Averitt, Neil W./Lande, Robert H.*, Using the „consumer choice“ approach to Antitrust Law, 74 *Antitrust L. J.* 175-264 (2007).
- Bäcker, Matthias*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht, Baden-Baden 2007.
- Baldi, Marino*, Die Freistellung vom EWG-Kartellverbot, Bern 1972.
- Barth, Christoph*, Anmerkung zu EuGH: Abkehr von tradierter Unterscheidung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsverstößen, *GWR* 2013, 254.
- Barth, Uli*, Innovationsmärkte in der Fusionskontrolle, Baden-Baden 2004.
- Basedow, Jürgen*, Das Sozialmodell von Lissabon: Solidarität statt Wettbewerb?, *EuZW* 2008, 225.
- Battigalli, Pierpaolo/Fumagalli, Chiara/Polo, Michele*, Buyer Power and Quality Improvements, 61 *Research in Economics* 45-61 (2007).
- Bayerische Landesanstalt für Landwirtschaft, Statistik der Bayerischen Milchwirtschaft 2015, Freising-Weihenstephan 2016.
- Bayerisches Landesamt für Statistik, Statistisches Jahrbuch für Bayern 2016, 59. Ausgabe, Fürth 2016.
- Bebchuk, Lucian A./Fried, Jesse M.*, Pay Without Performance: Overview of the Issues, 17 *Journal of Applied Corporate Finance* 8-23 (2005).
- Bechtold, Rainer*, Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts seit der 7. GWB-Novelle, *NJW* 2007, 3761-3769.
- Leitlinien der Kommission und Rechtssicherheit – am Beispiel der neuen Horizontal-Leitlinien, *GRUR* 2012, 107-112.
- Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 8. Auflage, München 2015.

- Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang/Brinker, Ingo*, EU-Kartellrecht, 3. Auflage, München 2014.
- Bechtold, Rainer/Brinker, Ingo/Holzmüller, Tobias*, Gutachten – Rechtliche Grenzen der Anwendung des Kartellverbots auf die Tätigkeit gesetzlicher Krankenkassen, 16.06.2010, abrufbar unter: http://www.aok-bv.de/imperia/md/aokbv/politik/reform_aktuell/gutachten_kartellrecht_amnog.pdf (zuletzt abgerufen am 20.02.2015).
- Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten*, Der Krankenkassenwettbewerb zwischen Sozial- und Wettbewerbsrecht – Zur geplanten Ausdehnung der Anwendung des GWB auf das Handeln der Krankenkassen, NZS 2010, 417-423.
- Behrens, Peter*, Der Wettbewerb im Vertrag von Lissabon, EuZW 2008, 193.
- Abschied vom *more economic approach!*, in: *Bechtold, Stefan/Albach, Horst/Möschel, Wernhard* (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb, Festschrift zum 70. Geburtstag von *Wernhard Möschel*, Baden-Baden 2011, S. 115-130.
- Bellis, Jean-Francois/Kasten, Tim*, Will efficiencies play an increasingly important role in the assessment of conduct under Article 102 TFEU, 55 Antitrust Bull. 915-927 (2010).
- Besanko, David/Spulber, Daniel F.*, Antitrust Enforcement under asymmetric information, 99 The Economic Journal 408-425 (1989).
- Beuthien, Volker*, Einkaufsgenossenschaften und Kartellverbot, Der Betrieb 1977, Beilage Nr. 5/1977, 1-11.
- Bianco, Anthony*, The Bully of Bentonville, How the high cost of Wal Mart's everyday low prices is hurting America, New York u. a. 2006.
- Bien, Florian/Rummel, Per*, Ende des More Economic Approach bei der Beurteilung von Rabattsystemen?, EuZW 2012, 737-740.
- Blair, Roger D./Harrison, Jeffrey L.*, Monopsony in Law and Economics, New York 2010.
- Blair, Roger D./Haynes, Jessica S.*, Monopsony, Monopsony Power, and Antitrust Policy, in: *Elhauge, Einer* (Hrsg.), Research Handbook on the Economics of Antitrust Law, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA 2012, S. 246-264.
- Blair, Roger D./Kaserman, David L.*, Law and Economics of Vertical Integration and Control, Orlando 1983.
- Bontrup, Heinz-J.*, Unternehmerische Nachfragemacht – ein zunehmendes Problem, WRP 2006, 225-231.
- Bontrup, Heinz-J./Marquardt, Ralf-M.*, Nachfragemacht in Deutschland, Ursachen, Auswirkungen und wirtschaftspolitische Handlungsoptionen, Münster 2008.
- Bork, Robert H.*, The Antitrust Paradox, New York 1978.
- Bornkamm, Joachim*, Hoheitliches und unternehmerisches Handeln der öffentlichen Hand im Visier des europäischen Kartellrechts – Der autonome Unternehmensbegriff der Art. 81, 82 EG, in: *Müller, Gerda/ Osterloh, Eilert/Stein, Torsten* (Hrsg.), Festschrift für *Günter Hirsch* zum 65. Geburtstag, München 2008, S. 231-239.
- Buck, Carsten*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt/Main 1998.

- Bulst, Friedrich Wenzel*, Mehr Licht – Zur Anwendung des Art. 82 EG auf Behinderungsmissbräuche, *RabelsZ* 2009, 703-726.
- Bundeskartellamt, Wettbewerbsschutz und Verbraucherinteressen im Lichte neuerer ökonomischer Methoden, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 27.09.2004.
- Bekanntmachung Nr. 18/2007 über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender bedeutung („Bagatellbekanntmachung“), 13.03.2007.
 - Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2005/2006 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet und Stellungnahme der Bundesregierung, Bundestags-Drucksache 16/5710 vom 15.06.2007, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/057/1605710.pdf> (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
 - Nachfragemacht im Kartellrecht – Stand und Perspektiven, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 18. September 2008, Hintergrundpapier.
 - Sektoruntersuchung Milch, Endbericht Januar 2012, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20Milch%20-%20Abschlussbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
 - Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 29.03.2012, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden%20-%20Marktbeherrschung%20in%20der%20Fusionskontrolle.pdf?__blob=publicationFile&v=12 (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
 - Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Bonn 2014, http://www.bundeskartellamt.de/Sektoruntersuchung_LEH.pdf?__blob=publicationFile&v=7 (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
- Busche, Jan*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Tübingen 1999.
- Busse, Christian*, Die Stellung der Molkereigenossenschaft im Agrarkartellrecht, *WuW* 2016, 154-164.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. Auflage, München 2016 (zitiert als *Calliess/Ruffert/Bearbeiter, EUV/AEUV, ...*).
- Carlton, Dennis W.*, A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal To Deal – Why *Aspen* and *Kodak* are misguided, 68 *Antitrust L. J.* 659-683 (2001).
- Carstensen, Peter C.*, Buyer Power and Merger Analysis – The Need for Different Metrics, 2004, <http://www.justice.gov/atr/public/workshops/docs/202606.pdf> (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
- Chen, Zhiqi*, Monopoly and Product Diversity: The Role of Retailer Countervailing Power, Carleton University 2006, <http://http-server.carleton.ca/~zchen/CVBiMnply200603.pdf> (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
- Defining Buyer Power, 2008, <http://http-server.carleton.ca/~zchen/Defining%20Buyer%20Power%20Revised.pdf> (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
- Competition Commission, Market investigation into the supply of groceries in the UK, 2008, http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402141250/http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/re_p_pub/reports/2008/fulltext/538.pdf (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).

- Market investigation into the supply of groceries in the UK, Appendix 5.4: The waterbed effect in supplier pricing, 2008, http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402141250/http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2008/fulltext/538_5_4.pdf (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
- Market investigation into the supply of groceries in the UK, Appendix 9.2: Supplier profitability and investment in innovation, 2008, http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402141250/http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2008/fulltext/538_9_2.pdf (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
- Dauses, Manfred A.* (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Loseblattreihe, Stand: 31. Ergänzungslieferung Juli 2012, München 2012 (zitiert als: *Dauses/Bearbeiter, EU-Wirtschaftsrecht, ...*).
- Dederichs, Mariele*, Die Methodik des EuGH, Baden-Baden 2004.
- Dittert, Daniel*, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung: auf dem Weg zu einem „more economic approach“ in der Rechtsprechung des EuGH?, *EuR* 2012, 570-583.
- Dittrich, Johannes*, Horizontale Rationalisierungskooperationen kleiner und mittlerer Unternehmen, Berlin 2009.
- Dobson, Paul*, Buyer Power and its impact on competition in the food retail distribution sector of the European Union, Nottingham 1999.
- Exploiting Buyer Power: Lessons from the British Grocery Trade, 72 *Antitrust L. J.* 529-562 (2006).
- Dobson, Paul/Inderst, Roman*, Differential Buyer Power and the Waterbed Effect, *ECLR* 393-400 (2007).
- Dobson, Paul W./Waterson, Michael*, Countervailing Power and Consumer Prices, 107 *The Economic Journal* 418-430 (1997).
- Dobson, Paul/Waterson, Michael/Chu, Alex*, The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power, Studie für das Office of Fair Trading, 1998.
- Dreher, Meinrad*, Kommentar: Der neue Einfluss des europäischen Kartellrechts – der Unternehmensbegriff als Beispiel, *WuW* 2004, 471.
- Drexl, Josef*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen 1998.
- Is there a “more economic approach” to intellectual property and competition law?, in: *Drexl, Josef* (Hrsg.), *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA 2008, S. 27-53.
- Wettbewerbsverfassung, in: *von Bogdandy, Armin/Bast, Jürgen* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Auflage, Dordrecht u. a. 2009, S. 905-958.
- Real Knowledge is to know the extent of one’s own ignorance: On the consumer harm approach in innovation-related competition cases, *Max Planck Papers on Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series* No. 09-15, auch erschienen in: 76 *Antitrust L. J.* 677-708 (2010).
- Ronald Dworkin, ökonomische Effizienz und das Kartellrecht, in: *FIW* (Hrsg.), *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht in der Marktwirtschaft*, 50 Jahre FIW: 1960 bis 2010, Festschrift, Köln 2010, S. 175-192.

- On the (a)political character of the economic approach to competition law, in: *Drexel, Josef/Kerber, Wolfgang/Podszun, Rupprecht* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA 2011, S. 312-336.
 - Anticompetitive stumbling stones on the way to a cleaner world: protecting competition in innovation without a market, 8 *Journal of Competition Law and Economics* 507-543 (2012).
- Duden*, Fremdwörterbuch, 10. Auflage, Mannheim 2010.
- Ehlermann, Claus-Dieter/Kamann, Hans-Georg*, Rechtsgutachten – Die unionsrechtliche Zulässigkeit einer Anwendung des Kartellverbots auf die Leistungsbeziehungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, August 2010, <http://www.bpi.de/fileadmin/media/bpi/Downloads/Internet/Geschaeftsfelder/Recht-Sozialrecht/Gutachten/2010-08-17%20RGA%20BPI%20%C2%A7%2069%20SGB%20V%20-%20WilmerHale-Prof.%20Ehlerm.pdf> (zuletzt abgerufen am 05.08.2013)
- Ehlers, Alexander/Rybak, Christian*, Gutachten zu den Auswirkungen der Änderungen kartellrechtlicher und erstattungsrechtlicher Vorschriften durch das Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (AM-NOG), 16.09.2010, http://www.aok.de/assets/media/baden-wuerttemberg/ehlers_gutachten_lang_pk230910.pdf (zuletzt abgerufen am 20.02.2015).
- Eichelberger, Jan*, Innovationsrelevante Regeln des allgemeinen Zivilrechts und ihre Innovationswirkung, in: *Hilty, Reto M./Jaeger, Thomas/Lamping, Matthias* (Hrsg.), *Herausforderung Innovation*, Berlin 2012, S. 45-64.
- Eidenmüller, Horst*, Effizienz als Rechtsprinzip, Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Auflage, Tübingen 2005.
- Eilmansberger, Thomas*, Neues zum Handelsvertreterprivileg: Das DaimlerChrysler-Urteil des EuG, *ZweR* 2006, 64-77.
- Emmerich, Volker*, *Kartellrecht*, 13. Auflage, München 2014.
- Enchelmaier, Stefan*, *Europäische Wettbewerbspolitik im Oiligopol*, Baden-Baden 1997.
- Eucken, Walter*, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 7. Auflage, Tübingen 2004 (1952).
- EU-Kommission, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (“Diskussionspapier”), Dezember 2005, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
- Commission Staff Working Paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, 29.04.2009, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2009:0574:FIN:EN:PDF> (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
 - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), *ABl.* 2009 Nr. C 45/7.
- Ezrachi, Ariel*, Buying Alliances and input price fixing: in search of a European enforcement standard, 8 *Journal of Competition Law and Economics* 47-71 (2012).
- Ezrachi, Ariel/de Jong, Koen*, Buyer Power, private labels and the welfare consequences of quality erosion, 33 *ECLR* 257-262 (2012).

Farrell, Joseph, Complexity, diversity, and antitrust, 51 *Antitrust Bull.* 165-173 (2006).

Federal Trade Commission, Report on the federal trade commission workshop on slotting allowances and other marketing practices in the grocery industry, report by the federal Trade Commission Staff, Washington, D.C., 2001, http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/report-federal-trade-commission-workshop-slotting-allowances-and-other-marketing-practices-grocery/slottingallowancesreportfinal_0.pdf (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).

Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice, Improving Health Care: A Dose of Competition, Juli 2004, <http://www.ftc.gov/reports/healthcare/040723healthcarerpt.pdf> (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).

Fell, Uli, Vertikale Integration und vertikale Gegenmacht: Theorie und wettbewerbspolitische Implikationen, Bayreuth 2001.

Fikentscher, Wolfgang, Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung, *WuW* 1960, 680-685.

– Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung § 1 GWB, *WuW* 1961, 788-801.

– Wirtschaftsrecht, Band II: Deutsches Wirtschaftsrecht, München 1983.

Fikentscher, Wolfgang/Hacker, Philipp/Podszun, Rupprecht, Fair Economy, Berlin, Heidelberg 2013.

Fischmann, Filipe, Die Pflicht zur Lizenzerteilung in Patent-Ambush-Fällen nach deutschem und europäischem Kartellrecht, *GRUR Int.* 2010, 185-195.

Fleischer, Holger/Zimmer, Daniel, Effizienzorientierung im Handels- und Wirtschaftsrecht – Einführung und Überblick, in: *Fleischer, Holger/Zimmer, Daniel* (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, Frankfurt/Main 2008, S. 9-42.

Foer, Albert A., Mr. Magoo visits Wal-Mart: Finding the right lense for Antitrust, 39 *Conn. L. Rev.* 1307-1336 (2007).

Fox, Eleanor M., The Modernization of Antitrust: A new equilibrium, 66 *Cornell L. Rev.* 1140-1192 (1981).

– What is harm to competition? Exclusionary practices and anticompetitive effect, 70 *Antitrust L. J.* 371-411 (2002).

– We protect competition, you protect competitors, 26 *World Competition* 149-165 (2003).

– The Efficiency Paradox, in: *Pitofsky, Robert* (Hrsg.), How the Chicago School over-shot the Mark, Oxford 2008, S. 77-88.

– Cases and materials on U.S. antitrust in global context, 3. Auflage, St. Paul, Minn. 2012.

Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, *Jaeger, Wolfgang/Kokott, Juliane/Pohlmann, Petra/Schroeder, Dirk* (Hrsg.), Band 2: Allgemeiner Teil, Art. 101 AEUV, Fallgruppen, Köln 2014 (zitiert als Frankfurter Kommentar/*Bearbeiter*, Band 2, ...).

– Band 3: Art. 102 AEUV, VO (EG) Nr. 139/2004, VO (EG) Nr. 1/2003, Köln 2014 (zitiert als Frankfurter Kommentar/*Bearbeiter*, Band 3, ...).

- Band 4: §§ 1 – 23 GWB, Köln 2014 (zitiert als *Frankfurter Kommentar/Bearbeiter*, Band 4, ...).
- Band 5: §§ 20 – 73 GWB, Köln 2014 (zitiert als *Frankfurter Kommentar/Bearbeiter*, Band 5, ...).
- Frenz, Walter*, Handbuch Europarecht, Band 2: Europäisches Kartellrecht, Berlin, Heidelberg, New York 2006.
- Handbuch Europarecht, Band 4: Europäische Grundrechte, Berlin, Heidelberg, New York 2009.
- Abschied vom more economic approach, WRP 2013, 428-435.
- Fuchs, Andreas*, Die 7. GWB-Novelle – Grundkonzeption und praktische Konsequenzen, WRP 2005, 1384-1396.
- Effizienzorientierung im Wettbewerbs- und Kartellrecht, in: *Fleischer, Holger/Zimmer, Daniel* (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, Frankfurt/Main 2008, S. 69-89.
- Gabler* Wirtschaftslexikon, Band 2: L-Z, 12. Auflage, Wiesbaden 1988.
- Gailbraith, John Kenneth*, American Capitalism, The concept of countervailing power, Boston 1952.
- Gellhorn, Ernest/Kovacic, William E./Calkins, Stephen*, Antitrust Law and Economics in a nutshell, 5. Auflage, St. Paul, MN 2004.
- Gloy/Loschelder/Erdmann*, Handbuch des Wettbewerbsrechts, *Loschelder, Michael/Erdmann, Willi* (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, München 2010 (zitiert als: *Gloy/Loschelder/Erdmann/Bearbeiter*, Wettbewerbsrecht, ...).
- Gormsen, Liza Lovdahl*, Why the European Commission’s enforcement priorities on article 82 EC should be withdrawn, ECLR 45-51 (2010).
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 60. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2016, München 2016 (zitiert als *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Bearbeiter*, Das Recht der Europäischen Union, ...).
- Grimes, Warren S.*, The Sherman Act’s unintended bias against Lilliputians: Small player’s collective action as a counter to relational market power, 69 Antitrust L. J. 195-248 (2001).
- Buyer power and retail gatekeeper power: protecting competition and the atomistic seller, 72 Antitrust L. J. 563-588 (2005).
- Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin* (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, Baden-Baden 2015 (zitiert als: *von der Groeben/Schwarze/Hatje/Bearbeiter*, Europäisches Unionsrecht, ...).
- Gual, J./Hellwig, Martin/Perrot, M./Polo, Michele/Rey, P./Schmidt, Klaus/Stenbacka, R.* (Economic Advisory Group on Competition Policy), An Economic Approach to Article 82, 2005, http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagep_july_21_05.pdf (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
- Hack, Frank Sebastian*, Vorstandsverantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen, Frankfurt/Main 2012.
- Häfele, Sebastian*, Private Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht und die Kronzeugenregelung, Hamburg 2013.

- Harrison, Jeffrey L.*, Complications in the Antitrust Response to Monopsony, in: *Lianos, Ioannis/Sokol, Daniel D.* (Hrsg.), *Global Limits of Competition Law*, Stanford, California, 2012, S. 54-65.
- Haucap, Justus*, Bounded Rationality in Competition Policy, in: *Drexel, Josef/Kerber, Wolfgang/Podszun, Rupperecht* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2011, S. 217-229.
- Hayek, Friedrich A. von*, *Individualismus und Wirtschaftliche Ordnung*, 2. Auflage, Salzburg 1976.
- Recht, Gesetz und Freiheit, Eine Neufassung der liberalen Grundsätze der Gerechtigkeit und der politischen Ökonomie, Tübingen 2003.
- Heinemann, Andreas*, The impact of innovation – comments on Uwe Cantner and Wolfgang Kerber, in: *Drexel, Josef/Kerber, Wolfgang/Podszun, Rupperecht* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA 2011, S. 202-213.
- Heitzer, Bernhard*, Wettbewerbskontrolle auf den Märkten der gesetzlichen Krankenversicherung, Rede beim Studienkreis Regulierung Europäischer Gesundheitsmärkte, 29.06.2009, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Reden/L1/Bernhard%20Heitzer%20-%20Wettbewerbskontrolle%20auf%20den%20M%203%A4rkten%20der%20gesetzlichen%20Krankenversicherung.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
- Hellwig, Martin*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik, in: *Engel, Christoph/Möschel, Wernhard* (Hrsg.), *Recht und spontane Ordnung*, Festschrift für *Ernst-Joachim Mestmäcker* zum 80. Geburtstag, Baden-Baden 2006, S. 231-268.
- Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung: Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods Bonn 2007/19, 2007.
- Hiller, Petra*, *Der Zeitkonflikt in der Risikogesellschaft*, Berlin 1993.
- Holzinger, Martin*, *Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand als Anwendungsvoraussetzung des europäischen und des deutschen Kartellrechts*, Baden-Baden 2011.
- Hoppmann, Erich*, Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, *ORDO* 1967, 77-94.
- Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: *Schneider, Hans K.* (Hrsg.), *Grundlagen der Wettbewerbspolitik*, Berlin 1968, S. 9-49.
- Richtlinien zur Selbstkosten- und Preisermittlung im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen?, *WuW* 1974, 763-764.
- Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, Baden-Baden 1988.
- Hovenkamp, Herbert*, *Economics and Federal Antitrust Law*, St. Paul, Minn. 1985.
- Discussion to General Approaches to Defining Abusive/Monopolistic Practices – Roundtable, in: *Hawk, Barry* (Hrsg.), *International Antitrust Law and Policy*, New York 2007, S. 541-597.
- *Federal Antitrust Policy*, 4. Auflage, St. Paul, Minn. 2011.

- ICN Merger Working Group, ICN Merger Guidelines Workbook, Prepared for the Fifth Annual ICN Conference in Cape Town, 2006, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc321.pdf> (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 5. Auflage, München 2014 (zitiert als: *Immenga/Mestmäcker/Bearbeiter*, GWB, ...).
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1: Kommentar zum europäischen Kartellrecht, 5. Auflage, München 2012 (zitiert als: *Immenga/Mestmäcker/Bearbeiter*, EU-Wettbewerbsrecht, ...).
- Inderst, Roman*, Die ökonomische Analyse von Nachfragemacht in der Wettbewerbspolitik, *WuW* 2008, 1261-1272.
- Inderst, Roman/Mazzaratto, Nicola*, Buyer Power in Distribution, in: *Collins, Wayne D.* (Hrsg.), *Issues in Competition Law and Policy*, Vol. 3, Chicago 2008, S. 1953-1978.
- Inderst, Roman/Shaffer, Greg*, Retail Mergers, Buyer Power and Product Variety, 117 *The Economic Journal* 45-67 (2007).
- Inderst, Roman/Valetti, Tommaso M.*, Buyer Power and the “Waterbed Effect”, 59 *The Journal of Industrial Economics* 1-20 (2011).
- Inderst, Roman/Wey, Christian*, Buyer Power and Supplier Incentives, Discussion Paper, Berlin 2003.
- Bargaining, mergers, and technology choice in bilaterally oligopolistic industries, 34 *RAND Journal of Economics* 1-19 (2003).
 - Countervailing Power and Upstream Innovation, 2005, http://idei.fr/doc/conf/fpi/papers_2006/vey.pdf (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
 - Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, *DIW Berlin, Research Note* 25, 2007, <http://www.diw.de/documents/publikationen/73/72132/rn25.pdf> (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
 - Countervailing Power and Dynamic Efficiency, DICE Discussion Paper No. 1, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf 2010, 9 *Journal of the European Economic Association* 702-720 (2011).
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band VI: Freiheitsrechte, 2. Auflage, Heidelberg 2001 (zitiert als: *Handbuch des Staatsrechts/Bearbeiter*, Band VI: Freiheitsrechte, ...).
- Jansen, Guido/Johannsen, Sven Leif Erik*, Die Anwendbarkeit des deutschen Kartellrechts auf die Tätigkeit der gesetzlichen Krankenversicherungen de lege lata und de lege ferenda, *PharmR* 2010, 576-580.
- Jaschke, Frank Josef*, *Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch*, Köln 2012.
- Kallaugher, John/Sher, Brian*, Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse under Article 82, *ECLR* 263-285 (2004).
- Kantzenbach, Erhard*, *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, Göttingen 1966.

- Kellerbauer, Manuel*, Der „more economic approach“ bei Anwendung des Art. 82 EG-Vertrag: Auswirkungen der Mitteilung über die Kommissionsprioritäten auf das Vorgehen gegen Behinderungsmisbräuche in der Europäischen Union, in: *Möschel, Wernhard* (Hrsg.), 50 Jahre Wettbewerbsgesetz in Deutschland und in Europa, Baden-Baden 2010, S. 69-92.
- Kerber, Wolfgang*, Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht, Baden-Baden 1989.
- Competition, innovation and maintaining diversity through competition law, in: *Drexel, Josef/Kerber, Wolfgang/Podszun, Rupprecht* (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA 2011, S. 173-201.
- Kerber, Wolfgang/Saam, Nicole J.*, Competition as a Test of Hypotheses: Simulation of Knowledge-generating Market Processes, 4 Journal of Artificial and Social Simulation 2001.
- Keßler, Jürgen*, Einkaufskooperationen im Licht des Deutschen und Europäischen kartellrechts, WuW 2002, 1162-1173.
- Kirkwood, John B.*, Buyer Power and Exclusionary Conduct: Should Brooke Group Set the Standards for Buyer-Induced Price Discrimination and Predatory Bidding, 72 Antitrust L. J. 625-668 (2005).
- Kirkwood, John B./Lande, Robert H.*, The Chicago School's Foundation is flawed: Antitrust protects consumers, not efficiency, in: *Pitofsky, Robert* (Hrsg.), How the Chicago School overshot the mark, New York 2008, S. 89-106.
- The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency, 84 Notre Dame L. Rev. 191-244 (2008).
- Klawitter, Christian*, Einkaufsgemeinschaften zwischen Kartellaufsicht und Angebotswettbewerb, BB 1985, 1093-1099.
- Klees, Andreas*, Welcher Unternehmensbegriff gilt im GWB?, EWS 2010, 1-7.
- Kling, Michael/Thomas, Stefan*, Kartellrecht, München 2007.
- Köhler, Helmut*, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrage, München 1977.
- Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, Heidelberg 1979.
- Kölner Kommentar zum Kartellrecht, *Busche, Jan/Röhling, Andreas* (Hrsg.), Band 1: §§ 1 – 34a GWB, Köln 2017 (zitiert als: KK-KartR/Bearbeiter, Band 1, ...).
- Kroes, Neelie*, Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82, Speech at the Fordham Corporate Law Institute, 23.09.2005, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-537_en.htm (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
- Kügel, Wilfried/Kleiner, Christoph*, Rechtsgutachten zur Zulässigkeit der Anordnung des Kartellverbots auf die Beziehungen der gesetzlichen Krankenkassen zu den Leistungserbringern, 29.07.2010, http://www.sbk.org/fileadmin/pdf/Rechtsgutachte_n_SBK_Kartellrecht.pdf (zuletzt abgerufen am 05.08.2013).
- Künzler, Adrian*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 2008.
- Lagerlöf, Johan N. M./Heidhues, Paul*, On the desirability of an efficiency defense in merger control, 23 International Journal of Industrial Organization 803-827 (2005).

- Langen/Bunte, *Bunte, Hermann-Josef* (Hrsg.), Band 1: Deutsches Kartellrecht, 12. Auflage, Köln 2014 (zitiert als: Langen/Bunte/*Bearbeiter*, Deutsches Kartellrecht, ...).
- Langen/Bunte, *Bunte, Hermann-Josef* (Hrsg.), Band 2: Europäisches Kartellrecht, 12. Auflage, Köln 2014 (zitiert als: Langen/Bunte/*Bearbeiter*, Europäisches Kartellrecht, ...).
- Lerner, Abba*, The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power, 1 Review of Economic Studies 157-175 (1934).
- Leupold, Henning*, Anmerkung zu EuGH: Kosten-Preis-Schere als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, EuZW 2011, 345-347.
- Liebscher, Christoph/Flohr, Eckhard/Petsche, Alexander* (Hrsg.), Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnung, München 2012 (zitiert als: Liebscher/Flohr/Petsche/*Bearbeiter*, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnung, ...).
- Lipsey, Richard G./Lancaster, Kelvin*, The General Theory of Second Best, 24 Review of Economic Studies 11-32 (1956-1957).
- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander/Kersting, Christian/Meyer-Lindemann, Hans Jürgen* (Hrsg.), Kartellrecht, 3. Auflage, München 2016 (zitiert als: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/*Bearbeiter*, Kartellrecht, ...).
- Loewenthal, Paul-John*, The Defence of “Objective Justification” in the Application of Article 82 EC, 28 World Competition Law and Economic Review 455-477 (2005).
- Lopez, Rigoberto/You, Zhikang*, Determinants of oligopsony power: The Haitian coffee case, 41 Journal of Development Economics 275-284 (1993).
- Maier-Rigaud, Frank*, On the normative foundations of competition law – efficiency, political freedom and the freedom to compete, in: *Zimmer, Daniel* (Hrsg.), Goals of Competition Law, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2012, S. 132-168.
- Majumdar, Adrian/Neubecker, Leslie/Akgun, Ugur/Baldauf, Markus*, The competitive effects of buyer groups, Economic Discussion Paper, A report prepared for the Office of Fair Trading by RBB Economics, OFT863, 2007, <http://www.rbbecon.com/downloads/2012/12/of863.pdf> (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
- Mand, Elmar*, Buying Power and Section 2 of the Sherman Act, Antitrust Responses to unilateral pricing policies of buyers possessing market power, mimeo 2008.
- Mand, Elmar/Malkus, Martin*, Stellungnahme zur kartellrechtlichen Bewertung von Einkaufskooperationen durch die Horizontalleitlinien der Kommission, 2010, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontals/elmarmandmartinmalkus_de.pdf (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans* (Hrsg.), Grundgesetz, Stand September 2016, München 2016 (zitiert als: Maunz/Dürig/*Bearbeiter*, Grundgesetz, ...).
- Mentzel, Tobias*, Solidarität im professionellen Fußballsport versus europäisches Wettbewerbsrecht, Bern 2007.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, München 2014.

- Möller, Silke, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischem Kartellrecht, Baden-Baden 2008.
- Monopolkommission, Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Sondergutachten 7, Baden-Baden 1977.
- Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen, Hauptgutachten 1984/1985, Baden-Baden 1986.
 - Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen, Hauptgutachten 1988/1989, Baden-Baden 1990.
- Monti, Mario, EU Competition Policy, in: *Hawk, Barry* (Hrsg.), International Antitrust Law and Policy, New York 2003, S. 87-96.
- Möschel, Wernhard, Wettbewerb zwischen Handlungsfreiheiten und Effizienzzielen, in: *Engel, Christoph Engel/Möschel, Wernhard* (Hrsg.), Recht und spontane Ordnung, Festschrift für *Ernst-Joachim Mestmäcker* zum 80. Geburtstag, Baden-Baden 2006, S. 355-369.
- Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der „More Economic Approach“, JZ 2010, 1040-1045.
- Motta, Massimo, Competition Policy, Cambridge 2004.
- Müller, Hans-Erich, Druck auf Zulieferer bremst Innovationen, Böckler Impuls 2009, 5.
- Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, *Bornkamm, Joachim/Montag, Frank/Säcker, Franz Jürgen* (Hrsg.)
- Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, München 2015 (zitiert als *MüKo/Bearbeiter*, EuWettbR, ...).
 - Band 2: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), 2. Auflage, München 2015 (zitiert als *MüKo/Bearbeiter*, GWB, ...).
- Neef, Andreas, Innovationsförderung durch Schutz der Vertragsfreiheit in § 1 GWB, in: *Hilty, Reto M./Jaeger, Thomas/Lamping, Matthias* (Hrsg.), Herausforderung Innovation, Berlin 2012, S. 65-80.
- Neven, Damien J./Röller, Lars-Hendrik, Consumer surplus vs. welfare standard in a political economy model of merger control, 23 International Journal of Industrial Organization 829-848 (2005).
- Nihoul, Paul, Do words matter? A discussion on words used to designate values associated with competition law, in: *Zimmer, Daniel* (Hrsg.), Goals of Competition Law, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA 2012, S. 219-241.
- Noll, Roger G., „Buyer Power“ and Economic Policy, 72 Antitrust L. J. 589-624 (2005).
- Nordemann, Jan Bernd, Gegenmacht und Fusionskontrolle, Baden-Baden 1996.
- OECD, Monopsony and Buyer Power, DAF/COMP(2008)38, 2008, <http://www.oecd.org/dataoecd/38/63/44445750.pdf> (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
- Ott, Alfred E., Grundzüge der Preistheorie, durchgesehener Neudruck der 1. Auflage, Göttingen 1970.

- Palatzke, Anja*, Nachfragemacht im Kartellrecht – Bewährungsprobe für den More Economic Approach, Frankfurt/Main 2012.
- Parret, Laura*, The multiple personalities of EU competition law: time for a comprehensive debate on its objectives, in: *Zimmer, Daniel* (Hrsg.), *The Goals of Competition*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA 2012, S. 61-84.
- Paul, Thomas*, Behinderungsmissbrauch nach Art. 82 EG und der „more economic approach“, Köln, München 2008.
- Paulis, Emil*, Discussion to General Approaches to Defining Abusive/Monopolistic Practices – Roundtable, in: *Hawk, Barry* (Hrsg.), *International Antitrust Law and Policy*, New York 2007, S. 541-597.
- Pechstein, Matthias/Drechsler, Carola*, Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, in: *Riesenhuber, Karl* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 2. Auflage, Berlin, New York 2010, S. 224-249.
- Pindyck, Robert S./Rubinfeld, Daniel L.*, *Mikroökonomie*, 7. Auflage, München 2009.
- Piraino, Thomas A.*, A Proposed Antitrust Approach to Buyers' Competitive Conduct, 56 *Hastings L. J.* 1121-1183 (2005).
- Pischel, Gerhard*, Preisfestsetzung nach Art. 81 EG und Novellierung des GWB, *EuZW* 2005, 459-464.
- Pitofsky, Robert*, The Political Content of Antitrust, 127 *U. Pa. L. Rev.* 1051-1075 (1979).
- Plassmann, Norbert*, Rechtsbegriffe im Wettbewerbsrecht, *JZ* 1960, 81-90.
- Podszun, Rupprecht*, Der „more economic approach“ im Lauterkeitsrecht, *WRP* 2009, 509-518.
- Neue Durchsetzungsprioritäten der Europäischen Kommission bei Missbräuchen von Marktbeherrschern, *GWR* 2009, 276407.
- Potacs, Michael*, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, *EuR* 2009, 465-488.
- Rehbinder, Eckart*, Zum Verhältnis zwischen nationalem und EG-Kartellrecht nach der VO Nr. 1/2003, in: *Fuchs, Andreas/Schwintowski, Hans-Peter/Zimmer, Daniel* (Hrsg.), *Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung*, Festschrift für *Ulrich Immenga* zum 70. Geburtstag, München 2004, S. 303-318.
- Riley, Alan*, The EU Reform Treaty and the Competition Protocol: Undermining EC Competition Law, *ECLR* 703-707 (2007).
- Rosch, Thomas J.*, Monopsony and the meaning of “consumer welfare”: A closer look at Weyerhaeuser, *Colum. Bus. L. Rev.* 353-369 (2007).
- The next challenges for Antitrust Economists, Rede auf dem NERA 2010 Antitrust & Trade Regulation Seminar, Santa Fe, New Mexiko, 08.07.2010, <http://www.ftc.gov/speeches/rosch/100708neraspeech.pdf> (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
- Roth, Wulf-Henning*, Zum Unternehmensbegriff im Europäischen Kartellrecht, in: *Brinker, Ingo/Scheuing, Dieter H./Stockmann, Kurt* (Hrsg.), *Recht und Wettbewerb – Festschrift für Rainer Bechtold* zum 65. Geburtstag, München 2006, S. 393-408.

- Kartellrechtliche Aspekte der Gesundheitsreform nach deutschem und europäischem Recht, GRUR 2007, 645-659.
- Zum Unternehmensbegriff im deutschen Kartellrecht, in: *Hilty, Reto M./Drexel, Josef/Nordemann, Wilhelm* (Hrsg.), Schutz von Kreativität und Wettbewerb – Festschrift für *Ulrich Loewenheim* zum 75. Geburtstag, München 2009, S. 545-570.
- Rubinfeld, Daniel L.*, On the Foundations of Antitrust Law and Economics, in: *Pitofsky, Robert* (Hrsg.), How the Chicago School overshot the mark, Oxford 2008, S. 51-74.
- Ruppelt, Daniel*, Einkaufskooperationen im Europäischen und Deutschen Kartellrecht, Berlin 2008.
- Säcker, Franz Jürgen/Mohr, Jochen*, Die Beurteilung von Einkaufskooperationen gemäß Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV, WRP 2011, 793-808.
- Salop, Steven C.*, Anticompetitive Overbuying by Power Buyers, 72 Antitrust L. J. 669-715 (2005).
- The Controversy over the Proper Antitrust Standard for Anticompetitive Exclusionary Conduct, in: *Hawk, Barry* (Hrsg.), International Antitrust Law and Policy, New York 2007, S. 477-508.
- Discussion to General Approaches to Defining Abusive/Monopolistic Practices – Roundtable, in: *Hawk, Barry* (Hrsg.), International Antitrust Law and Policy, New York 2007, S. 541-597.
- Samuelson, Paul A./Nordhaus, William D.*, Volkswirtschaftslehre, 4. Auflage, München 2010.
- Sasse, Thorsten*, Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen durch die unternehmerische Freiheit gemäß Art. 16 der Europäischen Grundrechtecharta, EuR 2012, 628-654.
- Scheffler, Arndt*, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 11.07.2006 – C-205/03 P *FENIN*/Kommission, EuZW 2006, 600-603.
- Scherer, Frederic M./Ross, David*, Industrial Market Structure and Economic Performance, Boston 1990.
- Scheufele, Helmut*, Bemerkungen zur „Verbraucherbeteiligung“ im Sinne des Artikels 85 Abs. 3 des EWG-Vertrages, Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters 1968, 173-178.
- Behandlung der „beherrschenden Stellung“ von Nachfragern im EWG-Kartellrecht, BB 1973, Beilage 4 zu Heft 9, 1-16.
- Schmidt, André/Voigt, Stefan*, Bessere europäische Wettbewerbspolitik durch den „more economic approach“? Einige Fragezeichen nach den ersten Erfahrungen, ORDO 2007, 33-50.
- Schmidt, Ingo*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 9. Auflage, München 2012.
- Schmidtchen, Dieter*, Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, WuW 2006, 6-17.
- Wettbewerbsfreiheit oder Effizienz? Zur Zweisamkeit von Recht und Ökonomie im Bereich der Wettbewerbspolitik, ORDO 2008, 143-184.

- Schröter, Helmuth/Jakob, Thinam/Klotz, Robert/Mederer, Wolfgang* (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2014 (zitiert als: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer/Bearbeiter, Europäisches Wettbewerbsrecht, ...).
- Schuhmacher, Florian*, Effizienz und Wettbewerb, Ein Modell zur Einbeziehung ökonomischer Ansätze in das Kartellrecht, Baden-Baden 2011.
- Schulte, Josef L.*, Anmerkung zu KG Berlin, Beschluss vom 16.06.1982, Kart. /82 – HFGE, WRP 1983, 24-25.
- Schulte, Josef L.* (Hrsg.), Handbuch Fusionskontrolle, 2. Auflage, Köln 2010 (zitiert als: Schulte/Bearbeiter, Handbuch Fusionskontrolle, ...).
- Schulze, Reiner/Hoeren, Thomas* (Hrsg.), Dokumente zum Europäischen Recht, Band 1: Gründungsverträge, Berlin, Heidelberg 1999.
- Dokumente zum Europäischen Recht, Band 3: Kartellrecht, Berlin, Heidelberg 2000.
- Schumpeter, Joseph A.*, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, Bern 1946 (Übersetzung der Originalausgabe Capitalism, Socialism, and Democracy, New York 1942).
- Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, 5. Auflage, Berlin 1952.
- Schwalbe, Ulrich*, Die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in der Fusionskontrolle, in: *Oberender, Peter* (Hrsg.), Effizienz und Wettbewerb, Berlin 2005, S. 63-94.
- Schwalbe, Ulrich/Zimmer, Daniel*, Kartellrecht und Ökonomie, Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, 2. Auflage, Frankfurt/Main 2011.
- Schwartz, Marius*, Buyer Power Concerns and the Aetna-Prudential Merger, Rede auf dem Annual Health Care Antitrust Forum vom 30.11.1999, 1999 WL 34803680 (D.o.J.).
- Should Antitrust Assess buyer market power differently than seller market power?, Comments, Presented at DoJ/FTC Workshop on Merger Enforcement, Washington, D.C., 17.02.2004, <http://www.justice.gov/atr/public/workshops/docs/202607.pdf> (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
- Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2009 (zitiert als: Schwarze/Bearbeiter, EU-Kommentar, ...).
- Schweitzer, Heike*, Recent developments in EU competition law (2006-2008): Single-firm dominance and the interpretation of Article 82, 5 ERCL 175-213 (2009).
- Efficiency, political freedom and the freedom to compete – comment on Maier-Rigaud, in: *Zimmer, Daniel* (Hrsg.), Goals of Competition Law, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2012, S. 169-181.
- Seitz, Claudia*, Anmerkung zu EuGH: *Per se*-Verbot für Treuerabatte bei Marktbeherrschung und Verzicht auf eine Wirkungsanalyse zur Begründung eines Ausschlusseffekts – Tomra, GRUR-Prax 2012, 245.
- Shapiro, Carl*, Theories of Oligopoly Behavior, in: *Schmalensee, Richard/Willig, Robert D.* (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, Amsterdam u. a. 1989, S. 329-414.

- Shoda, Akira*, Kartellrecht und Verbraucher, in: *Löwisch, Manfred/Schmidt-Leithoff, Christian/Schmiedel, Burkhard* (Hrsg.), Beiträge zum Handels- und Gesellschaftsrecht, Festschrift für *Fritz Rittner* zum 70. Geburtstag, München 1991, S. 651-658.
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1 – Die einzelnen Grundrechte, München 2006.
- Stockenhuber, Peter*, Europäisches Kartellrecht, Wien 1999.
- Stotz, Rüdiger*, Die Rechtsprechung des EuGH, in: *Riesenhuber, Karl* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2. Auflage, Berlin, New York 2010, S. 653-678.
- Streinz, Rudolf* (Hrsg.), EUV, AEUV, 2. Auflage, München 2012 (zitiert als: *Streinz/Bearbeiter, ...*).
- Strohm, Andreas*, „Effizienzgesichtspunkte“ und Europäische Wettbewerbspolitik, in: *Oberender, Peter* (Hrsg.), Effizienz und Wettbewerb, Berlin 2005, S. 113-129.
- Stucke, Maurice*, Reconsidering Antitrust’s Goals, 53 Boston Coll. L. Rev. 551-629 (2012).
- Looking at the Monopsony in the Mirror, Emory Law Journal (forthcoming).
- Sullivan, Lawrence A./Grimes, Warren S.*, The Law of Antitrust: An integrated handbook, 2. Auflage, St. Paul, Minn. 2006.
- Tsiliotis, Charalambos*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Wettbewerbsfreiheit und seine Einwirkung auf die privatrechtlichen Beziehungen, Berlin 2000.
- Ulshöfer, Matthias*, Die Krankenhausmarktentscheidung des BGH – Beschluss vom 16. 1. 2008 – KVR 26/07, *ZweR* 2009, 114-131.
- Ungern-Sternberg, Thomas von*, Countervailing Power Revisted, 14 International Journal of Industrial Organisation 507-520 (1996).
- Vanberg, Viktor J.*, Consumer welfare, total welfare and economic freedom – on the normative foundations of competition policy, in: *Drexel, Josef/Kerber, Wolfgang/ Podszun, Rupprecht* (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2011, S. 44-71.
- Waelbroeck, Michel/Frignani, Aldo*, European Competition Law, Ardsley, NY 1999.
- Walter, Michael*, Enge Oligopole und Wettbewerbspolitik, Wiesbaden 2001.
- Warich, Bert*, Umstrukturierung im Lebensmitteleinzelhandel am Beispiel der Handelskonzerne REWE und EDEKA, Arbeitspapier 228 der Hans Böckler Stiftung, 2011, http://www.boeckler.de/pdf/p_arbp_228.pdf (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).
- Wahyuningtyas, Sih Yuliana/Nugroho, A. Y. Agung*, Relevance and key factors of “demand-side oriented market” – Analysis to define Indonesia’s retail industry, 8 (2) *Business Rev.* 58-71 (2014).
- Wecker, Gregor*, Marktbeherrschung, gemeinsamer Einkauf und vertikale Beschränkungen als kartellrechtliche Probleme im deutschen Einzelhandel, Baden-Baden 2010.
- Weizsäcker, Christian von*, Konsumentenwohlfahrt und Wettbewerbsfreiheit: Über den tieferen Sinn des „Economic Approach“, *WuW* 2007, 1078-1084.
- Wendland, Hanfried*, Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Einkaufskartellen, *WuW* 1983, 357-365.

- Werden, Gregory J.*, Monopsony and the Sherman Act: Consumer welfare in a new light, 74 *Antitrust L. J.* 707-737 (2007).
- Discussion to General Approaches to Defining Abusive/Monopolistic Practices – Roundtable, in: *Hawk, Barry* (Hrsg.), *International Antitrust Law and Policy*, New York 2007, S. 541-597.
 - Consumer Welfare and Competition Policy, in: *Drexel, Josef/Kerber, Wolfgang/Podszun, Rupprecht* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2011, S. 11-43.
- Wiedemann, Gerhard* (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 2. Auflage, München 2008 (zitiert als: *Wiedemann/Bearbeiter*, *Kartellrecht*, ...).
- Wied-Nebbeling, Susanne*, *Preistheorie und Industrieökonomik*, 5. Auflage, Dordrecht, Heidelberg, London, New York 2009.
- Williamson, Oliver E.*, Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs, 58 *American Economic Review* 18-36 (1968).
- Wirtz, Markus M./Möller, Silke*, Das Diskussionspapier der Kommission zur Anwendung von Art. 82 EG auf Behinderungsmissbräuche, *WuW* 2006, 226-234.
- Wurmnest, Wolfgang*, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch*, 2. Auflage, Tübingen 2012.
- Zeise, Markus*, Nachfragemacht und Kartellrecht – Tagungsbericht des Bundeskartellamtes, *WuW* 2008, 1291-1298.
- Zerbe, Richard O.*, Monopsony and the Ross-Simmons Case: A comment on Salop and Kirkwood, 72 *Antitrust L. J.* 717-725 (2005).
- Zimmer, Daniel*, Der rechtliche Rahmen für die Implementierung moderner ökonomischer Ansätze, *WuW* 2007, 1198-1209.
- Consumer welfare, economic freedom and the moral quality of competition law – comments on Gregory Werden and Victor Vanberg, in: *Drexel, Josef/Kerber, Wolfgang/Podszun, Rupprecht* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2011, S. 72-78.
 - The basic goal of competition law: to protect the opposite side of the market, in: *Zimmer, Daniel* (Hrsg.), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2012, S. 486-501.
- Zippelius, Reinhold*, *Juristische Methodenlehre*, 10. Auflage, München 2006.

