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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

A) Wortlaut

Im Folgenden untersucht die Arbeit die europäischen Normen zunächst im Wortlaut, um den maßgeblichen normativ angelegten Wohlfahrtsstandard zu erforschen.

I. Die Ziele der Union ohne Aussage über einen Wohlfahrtsstandard

Die allgemeinen europäischen Zielbestimmungen, wie Art. 3 Abs. 3 EUV, lassen keine Einschränkung eines Wohlfahrtsstandards auf Konsumenten erkennen. Zwar bezieht sich diese grundlegende Norm ohnehin nicht auf einen bestimmten Wohlfahrtsstandard, 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 Wohlfahrtsstandard 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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Effizienzeinrede, 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 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).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Effizienzbetrachtung, die die Arbeit oben bereits bejaht hat.[993] Hingegen lässt sich daraus für das „Wie", für den Maßstab der Effizienzbetrachtung, 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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> 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 Verbraucherwohlfahrtstandards 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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Auswirkungsanalyse, in deren Rahmen auch Effizienzen zu berücksichtigen sind. Freilich ist im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Gesamtbetrachtung 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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

VI. Stellungnahme

Ist nun im Wortlaut der kartellrechtlichen Normen ein bestimmter Wohlfahrtsstandard 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 mitgliedsstaatliche 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

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 *ver*braucht.[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 *ge*braucht (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 weitervertreibt, 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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Konsumentenwohlfahrt, der die Gesamtwohlfahrt 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 Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischem Kartellrecht, 2008, S. 160.

1015 *Möller*, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt 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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Wohlfahrtsstandard 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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Versendungskauf 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 Wohlstandsförderung zurücktreten lassen. Dieser Ansicht des nur relativen Wettbewerbsschutzes 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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Selbstbestim-

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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*, Gemeinschaftskommentar, 1962, § 5, Rn. 158, zitiert nach und zustimmend *Scheufele*, Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters, 1968, 173; vgl. in der jüngeren Literatur Im-

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Effizienzeinrede. 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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/SchwarzeHatje/*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: *Dauses* (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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ne Produkt zu gewinnen, sei ein attraktives Angebot für die Marktgegenseite 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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der gleiche (Gesamtwohlfahrt).[1050] Der *consumer* wäre also ebenso als jedermann zu verstehen.

Gerade in nachfragerelevanten 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 dienten 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/Kovacic/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).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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: *Drexl/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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Konsumentenwohlfahrt. 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 autonom und entsprechend seiner Funktion in der Effizienzeinrede zu bestimmen. Der Versuch einer wörtlichen Auslegung deckt auf, wie umfangreich 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 fördern. Angesichts dieser Zielsetzung ist „Verbraucher“ folgendermaßen zu bestimmen:

1. Der kartellrechtliche Verbraucher ist angesichts der kartellrechtlichen Situation rollenbezogen als Marktgegenseite zu verstehen.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Marktbeherrscher 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. *Drexl*, in: *Drexl/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 *Drexl*, in: *Drexl/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 *Drexl*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 312, 315.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 mitzuberücksichtigen, 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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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-*

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 marktbeteiligten 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

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Analyseinstrument 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: *Drexl/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).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 dienten.[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).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Wohlstand[1095] – ist in einem normativen Sinne auszulegen, dass sie den

---

1095 Vgl. zu dieser Vermutung *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 2012, S. 134; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 2012, S. 130; MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 135; *Schwalbe*, in:

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 mitzuberücksichtigen. 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 unmittelbar 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 wirtschaftlichem 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*, Innovationsmärkte 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):

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 funktioniere 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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

reits in der Auswahl unter vielfältigen Produkten.[1111] Auch das Aussuchen-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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Transportbedürfnissen. Zu Beginn der 2000er-Jahre gesellten sich die Kleinstwagen 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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Vermachtung 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-

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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*.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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, Wettbewerbsschutz 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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-291 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY