3. Kapitel: Normative Wertungen des Kartellrechts

In der ökonomischen Betrachtung kommt die Arbeit zu dem Ergebnis, dass Nachfragemacht nicht eindeutig zu positiven Auswirkungen auf Verbraucher führt. Die ökonomischen Funktionen von Nachfragemacht können die in mehreren Fallgruppen erörterte asymmetrische Bewertung von Beschaffungsmärkten also nicht erklären.

In diesem Kapitel untersucht die Arbeit nun, ob die normativen Grundlagen des Kartellrechts die Ungleichbehandlung von Anbietern und Abnehmern begründen können. Die normativen Grundlagen eines Rechts sind die gesetzgeberischen Wertungen, welche Ziele und welcher Zweck einem Gesetz zugrunde liegen. Sie lassen sich im Wege der Auslegung der einzelnen Normen nach Wortlaut und vor allem nach der gesetzgeberischen Intention ermitteln.[747]

Folgende Forschungsfrage liegt dieser Darstellung zugrunde: Begründen die normativen Grundlagen des Kartellrechts einen Schutzzweck, der zu einer asymmetrischen Beurteilung von Angebots- und Nachfragemärkten führt?

Die Arbeit beantwortet diese Frage, indem sie zunächst die Zielsetzung zwischen Effizienzförderung und Schutz des Wettbewerbsprozess abgrenzt. Dann zeigt sie, dass das Kartellrecht beiden Wertungen dienen muss und dies unter bestimmten Umständen auch kann. Effizienz und Wettbewerb muss im Lieferantenschutz kein Widerspruch sein. Zuvor geht sie darauf ein, ob das Kartellrecht überhaupt den Nachfragewettbewerb schützt. Diese Diskussion scheint angesichts des klaren Wortlauts der Normen überflüssig, es lassen sich dennoch aus ihr einige interessante Aspekte ableiten. Nur insoweit geht die Arbeit auf diese an sich überkommene Diskussion ein.

747 Vgl. dazu kritisch *Köhler*, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, 1977, S. 48.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

A) Kartellrechtlicher Schutz des Nachfragewettbewerbs

Zunächst geht die Arbeit knapp darauf an, dass das Kartellrecht in seiner Gesamtheit grundsätzlich den Nachfragewettbewerb schützt.

I. Bedeutung von Nachfragewettbewerb

Spiegelbildlich zum Anbieterwettbewerb, der ein Bestreben der Marktteilnehmer erfasst, gegenüber den anderen zum Geschäftsabschluss zu kommen, bedeutet Nachfragewettbewerb, dass die Beschaffer um eine vorrangige Belieferung zu möglichst günstigen Konditionen miteinander konkurrieren.[748]

II. Nachfragewettbewerb als Schutzzweck des Kartellrechts

Normativ ergeben sich keine Zweifel daran, dass das Kartellrecht nicht nur den Angebots-, sondern auch den Nachfragewettbewerb schützt. Wie die europäischen Normen in beide Richtungen offen formuliert sind, sind dies auch die nationalen.

Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV schützt den Wettbewerb vor der unmittelbaren oder mittelbaren Festsetzung der Ankaufspreise. Dem Lieferanten würden im Falle eines Nachfragerkartells zwar mehrere Nachfrager gegenüberstehen. Wenn diese die Ankaufspreise absprechen, ist es ihm aber nicht mehr möglich, über den Preis als Kernparameter zu verhandeln. Weiterhin schützt lit. c die „Märkte oder Versorgungsquellen" vor einer Aufteilung. Die Aufteilung der Märkte bezieht sich auf die nachgelagerten Absatzmärkte. Die Aufteilung der Versorgungsquellen meint die Beschaffungsmärkte.

748 Nachfragewettbewerb ist das Bestreben von Personen, bei der Nachfrage nach Gütern oder Dienstleistungen anstelle der Mitbewerber dadurch zum Geschäftsabschluss mit dem Anbieter zu kommen, dass sie diesem eine besonders günstige Gegenleistung in Aussicht stellen, vgl. *Beuthien*, Der Betrieb 1977, Beilage Nr. 5, 1, 5.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das Verbot der Aufteilung der Versorgungsquellen dient zum einen dem Schutz des Nachfragewettbewerbs auf vorgelagerten Märkten.[749] Zum anderen sichert es im Falle vertikaler Absprachen zwischen Lieferant und Nachfrager auch außenstehenden Nachfragern den Zugang zum Beschaffungsmarkt. Mit dem Zugang alternativer Nachfrager zum Beschaffungsmarkt korrespondiert unmittelbar eine Absatzchance des Lieferanten. Generell sind die Absatzmöglichkeiten des Lieferanten und für Nachfrager offen gehaltene Beschaffungsmärkte zwei Seiten einer Medaille.

Ebenso ist Art. 102 AEUV auf den Schutz von Beschaffungs- und Verkaufsmärkten hin formuliert, da er von „unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen" spricht. Am deutlichsten auf einen Schutz von Lieferanten bezogen ist wohl die Fusionskontrolle. Sie beurteilt in Art. 2 FKVO Zusammenschlüsse u. a. nach den „Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, ihrem Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten" oder der „Entwicklung des Angebots und der Nachfrage."

Wie im europäischen Recht ist ebenso im deutschen Kartellrecht der Nachfragewettbewerb grundsätzlich geschützt. Im zwischenstaatlichen Bereich ist das nationale Kartellverbot parallel zum europäischen anzuwenden, Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003. Dieser Grundsatz der parallelen Anwendbarkeit bedeutet, dass nicht nur die Rechtsfolge identisch ist, sondern auch die Tatbestandsmerkmale in § 1 GWB wie in Art. 101 AEUV gleich ausgelegt werden.[750] Darüber hinaus verfolgen beide Normen die gleichen Schutzzwecke.[751] Auch bei rein nationalen Sachverhalten richtet sich § 1 GWB nach einer autonomen Entscheidung des nationalen Gesetzgebers allein nach der europäischen Auslegung.[752]

Im Falle von Marktbeherrschung spricht § 19 Abs. 2 GWB von einem Missbrauch „als Anbieter oder Nachfrager." In § 20 Abs. 1 GWB enthält das GWB darüber hinaus einen Tatbestand, der Lieferanten vor Nachfragern schützt, die selbst nicht marktbeherrschend sind, von denen sie aber dennoch abhängig sein können. Auch die Zusammenschlusskontrolle beschränkt sich in § 36 GWB nicht auf entstehende Angebotsmacht. Der Schutz der Beschaffungsmärkte ist daher grundsätzlich in den kartellrechtlichen Normen angelegt.

---

749 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Stockhuber*, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 101, Rn. 193.

750 Vgl. die Ausführungen zum Unternehmensbegriff auf S. 42.

751 Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1 GWB, Rn. 43.

752 Vgl. oben S. 42.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dennoch war der Schutz des Nachfragewettbewerbs lange Zeit umstritten.[753] Die Rechtsprechung und die überwiegende Literatur haben jedoch heute keinen Zweifel daran, dass er grundsätzlich geschützt ist.[754] Diese Absicht des deutschen Gesetzgebers besteht nicht erst seit der Europäisierung des Kartellrechts in Zusammenhang mit der VO 1/2003. Vielmehr findet sich schon in den Gesetzgebungsmaterialien des GWB, dass „Verträge und Beschlüsse auf der Nachfrageseite […] ebenso unter die grundsätzliche Regel des § 1 fallen [können] wie Verträge und Beschlüsse auf der Angebotsseite."[755]

III. Eigenständiger Schutz des Nachfragewettbewerbs

Über den grundsätzlichen Schutz des Nachfragewettbewerbs hinaus stellt sich die Frage, ob das Kartellrecht den Nachfragewettbewerb als einen eigenständigen Prozess schützt oder ihn nur in Zusammenhang mit einem nachgelagerten Angebotswettbewerb erfasst.

Köhler hat in seiner Habilitationsschrift 1977 noch fünf Ansichten über das Bestehen von Nachfragewettbewerb erläutert und diskutiert.[756] Heute stellen sich verschiedene Ansichten über Schutz und Existenz des Nachfragewettbewerbs weniger dogmatisch dar. Immerhin wird die Existenz eines Nachfragewettbewerbs heute nicht mehr bestritten, wohl aber sein eigenständiger Schutz. Auch über die Intensität seines Schutzes, als konsumentenwohlfahrtsschädlich und daher beschränkbar oder eher als spiegelbildlich zum Angebotswettbewerb, herrscht keine Einigkeit.[757] Insofern ist

753 Vgl. Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, GWB, 2014, § 1, Rn. 119 f. m.w.N.

754 Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1 GWB, Rn. 7; Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, GWB, 2014, § 1, Rn. 120 f.

755 Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen II. Kartellverträge und Kartellbeschlüsse (§§ 1-14), zu § 1, abgedruckt in WuW 1957, 40, 65 [Zusatz des Verfassers].

756 *Köhler*, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, 1977, S. 22 ff.

757 Mit dem Hinweis, dass die Bedeutung des Nachfragewettbewerbs und die Voraussetzungen seiner Beschränkung nicht abschließend geklärt sind, vgl. Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 2, 2009, Art. 81 Abs. 1 Grundfragen, Rn. 260; ebenso Keßler, WuW 2002, 1162 f.; zu weiteren spezifischen Ungleichbehandlungen von Anbietern gegenüber Nachfragern im Kartellrecht vgl. Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 261.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Frage nach dem Schutz des Nachfragewettbewerbs, so altmodisch sie erscheinen mag, in einigen Fallgruppen hochaktuell.

1. Zweifelhafte Existenz eines Nachfragewettbewerbs

In den 1960er-Jahren bestritt *Plassmann*, dass Nachfrager in der gleichen Art Wettbewerb wie Anbieter stünden.[758] Er argumentierte, dass Nachfrager ohne Rücksicht auf ihre Mitbewerber Waren beschafften und nicht wegen konkurrierender Nachfrager etwa bereit wären, höhere Preise zu bezahlen. Zudem verbliebe Nachfragern in ihren Geschäftsbeziehung im Einkauf keine Gestaltungsmacht, da die Anbieter die Bedingungen diktierten und die Nachfrager dem nur zustimmten oder es ablehnten.[759]

Diese Ansicht ist mittlerweile faktisch wie rechtlich überholt. Es genügt der Hinweis auf den US-amerikanischen *Weyerhaeuser*-Fall, in dem der mächtige Nachfrager gerade in Hinblick auf seine Konkurrenten höhere Beschaffungspreise bezahlt hat (*predatory bidding*), um den Konkurrenten die Rohstoffbeschaffung zu erschweren. Die Warenbeschaffung ist also nicht nur ein neutraler Vorgang, um nachgelagert in Wettbewerb zu treten, sondern entfaltet ein eigenständiges Gewicht. Die Eigenständigkeit des Nachfragewettbewerbs zeigt sich bereits daran, dass die Beschaffungsmärkte keineswegs mit den Verkaufsmärkten übereinstimmen müssen. Gerade in der Landwirtschaft sind die Beschaffungsmärkte regional geprägt (z. B. Rohmilch, Schweine oder Erlenstämme im Nordosten der USA), die nachgelagerten Verkaufsmärkte der verarbeiteten Waren (z. B. Milchprodukte, Schinken, verarbeitetes Holz) sind hingegen zumindest national gezogen. Daher sind die Mitbewerber des nachgelagerten Verkaufsmarktes nicht unbedingt die Mitbewerber in der Beschaffung. Hier können personelle Unterschiede liegen. Auch kann die Wettbewerbsintensität zwischen Einkauf und Verkauf differieren. Während auf einem nationalen Markt möglicherweise ein Wettbewerb funktioniert, können einzelne Marktteilnehmer auf regionalen Beschaffungsmärkten monopsonistisch auftreten.

Auch ist es angesichts einzelner von Nachfragemacht geprägter Sektoren offensichtlich, dass nicht überall die Lieferanten die Geschäftsbedin-

758 *Plassmann*, JZ 1968, 81, 86.
759 *Plassmann*, JZ 1968, 81, 86.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gungen diktieren, sondern eher die Nachfrager, so z. B. im Lebensmittelhandel oder in der Automobil-Zulieferindustrie.

Rechtlich spricht bereits die klare Gesetzeslage in Art. 101 AEUV und auch die Gesetzesintention des § 1 GWB dafür, dass das Kartellrecht einen eigenständigen Nachfragewettbewerb kennt und schützt.

2. Fikentschers Streben nach Wirtschaftserfolg

Fikentscher erkennt in seiner weit verbreiteten Definition des Wettbewerbs an, dass ein Nachfragewettbewerb existiert:[760]

> Wettbewerb ist das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch Inaussichtstellen günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen.

Im Sinne dieser Definition besteht zweifellos bei einem knappen Warenangebot ein eigenständiger Nachfragewettbewerb.[761] Dort werden die Nachfrager danach streben, überhaupt die knappen Güter zu erhalten, indem sie höhere Preise zu zahlen bereit sind.

Umstritten war, ob auch im Falle eines Warenüberangebotes, wie es üblicherweise in Deutschland herrscht, ein Nachfragewettbewerb existiert.[762] In der Regel ist heute das Warenangebot nicht knapp, sondern steht im Überfluss bereit, z. B. im Handel. Die Lieferanten werden eher versuchen müssen, um Nachfrage zu kämpfen. Bei grundsätzlich knapper Nachfrage konkurrieren die Nachfrager also nicht um die Belieferung als solche, da es in der Regel mehr Waren als Abnehmer gibt. Die Nachfrager konkur-

---

760 *Fikentscher*, WuW 1961, 788, 798, die in der aktuellsten verbesserten Version (*Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, Band II, 1983, S. 194 f.) lautet:

> Wirtschaftlicher Wettbewerb ist das selbständige, nicht notwendig intensive oder effiziente, vielmehr zieloffene Streben, sich aktuell oder potentiell zumindest objektiv im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch Inaussichtstellen günstiger erscheinender oder (im Falle bloßen Wettbewerbsdrucks) vom Markt genommener Geschäftsbedingungen.

761 *Köhler*, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, 1977, S. 25.

762 Vgl. *Klawitter*, BB 1985, 1093, 1096; vgl. auch KG Berlin, Beschluss vom 16.06.1982, Az. Kart. 7/82, WuW/E OLG 2745, 2751 – *HFGE*.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rieren vielmehr um besonders attraktive Konditionen für eine Belieferung. In der Literatur haben sich die Begriffe des Warenwettbewerbs auf Verkaufsmärkten und des Konditionenwettbewerbs auf Beschaffungsmärkten herausgebildet.[763]

Diese Differenzierung einer Konkurrenz auf Verkaufsmärkten, überhaupt etwas abzusetzen, und auf Nachfragemärkten, um günstige Konditionen zu streiten, besteht nur scheinbar. Tatsächlich spielt es nur eine Rolle für die Intensität des Wettbewerbs, ob ein Überangebot an Beschaffungsmöglichkeiten oder knappe Vertriebschancen bestehen. Der Wettbewerb als solcher um Preis, Menge und Qualität besteht auf vorgelagerten wie nachgelagerten Märkten.[764] Der Unterschied liegt darin, dass bei einem Überangebot die Anbieter in einer unterlegenen Verhandlungsposition sind, bei einem Mangelangebot die Nachfrager. An grundsätzlichen Wettbewerbsbedingungen ändert sich jedoch nichts. Auch der Konditionenwettbewerb ist ein Wettbewerb um die Ware zu einem bestimmten Preis.[765]

Daher sind Stimmen, die Bedenken an einem spiegelbildlichen Schutz des Nachfragewettbewerbs hegten,[766] mittlerweile verstummt. Heute ist der gesetzlich intendierte grundsätzliche Schutz des Nachfragewettbewerbs in Literatur und Praxis unumstritten.[767]

3. Spiegelbildlicher Schutz des Nachfragewettbewerbs zum Angebotswettbewerb

Der spiegelbildliche Schutz von Nachfrage- und Angebotswettbewerb, wie ihn diese Arbeit als Schutz der Marktgegenseite fordert, wurde bereits in den frühen 1970er-Jahren vertreten. Spiegelbildlich zu Anbietern, die

763 *Klawitter*, BB 1985, 1093, 1096; vgl. auch KG Berlin, Beschluss vom 16.06.1982, Az. Kart. 7/82, WuW/E OLG 2745, 2751 – *HFGE*.

764 Einer älteren Ansicht von *Wendland*, WuW 1983, 357, 361, das Bemühen um vorteilhafte Einkaufsbedingungen erfolge nur aus Eigennutz und sei daher nicht wettbewerblich veranlasst, kann nicht gefolgt werden. Denn Eigennutz und wettbewerbliches Streben schließen sich nicht aus, sondern ergänzen sich; so auch *Scheufele*, BB 1973, Beilage 4 zu Heft 9, 9.

765 *Klawitter*, BB 1985, 1093, 1096.

766 So z. B. *Klawitter*, BB 1985, 1093, 1098; *Beuthien*, Der Betrieb 1977, Beilage Nr. 5, 1, 5; *Scheufele*, BB 1973, Beilage 4 zu Heft 9, 9.

767 Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, GWB, 2014, § 1, Rn. 120 f.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nach Absatzvorteilen streben, bemühen sich Abnehmer um Beschaffungsvorteile, also möglichst günstige Einkaufsbedingungen.

Köhler kritisiert an diesem spiegelbildlichen Schutz, dass der Begriff „günstige Einkaufsbedingung" zweideutig sei.[768] So würden Nachfrager auf einer Auktion versuchen, sich zu überbieten, während im Handel die Nachfrager beispielsweise möglichst wenig bezahlen möchten. Ebenso sei es denkbar, dass Nachfrager, um einen geringeren Preis zu bezahlen, auch eine schlechtere Qualität akzeptierten. Dies seien dann nicht mehr unbedingt die „günstigen Einkaufsbedingungen".

Zu dieser Kritik des spiegelbildlichen Schutzes ist zu bemerken, dass „günstig" nicht nur als „billig" im Sinne von „weniger" zu verstehen ist. Vielmehr bedeutet „günstig" auch, etwas zu vergleichsweise besseren Bedingungen als die Mitbewerber zu erhalten. Das kann einerseits eben eine hinnehmbare Qualitätseinbuße bei niedrigerem Preis sein oder ein höherer Preis bei gleicher Qualität, wenn Mitbewerber noch höhere Preise zu tragen haben. Der teurere Preis ist dann immer noch günstig im Vergleich zu den übrigen Nachfragern.

Außerdem hat das Streben um die Marktgegenseite im Wettbewerb nicht nur eine objektive, sondern auch eine subjektive Seite. So bedeutet „günstig" nicht nur objektiv bessere Bedingungen als der Durchschnitt, also der Wettbewerbspreis, sondern auch subjektiv zufriedenstellende Konditionen.

In einer Auktion, bei der die Nachfrager nach einem höheren Preis streben, ist eher der subjektiv günstige Einkauf ausschlaggebend. Das Auktionsergebnis ist mit einem (zugegeben hypothetischen) Gleichgewichtspreis zu vergleichen. Dieser lässt sich freilich, wenn überhaupt nur unter großem Aufwand objektiv ermitteln. Ob der Zuschlag günstig ist, richtet sich in der Regel also nach der subjektiven Einschätzung des Bieters. Im Falle von Sammlerstücken ist darüber hinaus ein individuelles Affektionsinteresse zu berücksichtigen. Die Geschäftsbedingungen sind in einer Auktion nur dann nicht günstig, wenn der Zuschlag oberhalb des Gleichgewichtspreises liegt. Ob sich eine Auktion nun von unten nach oben bewegt (gegenseitiges Überbieten), eine sog. Auktion durch Zeitablauf endet oder sich von oben nach unten bewegt (gegenseitiges Unterbieten, z. B. *Kaufdown*), ist nur ein unterschiedliches Geschäftsmodell. Der Anbieter erspart sich individuelle Verhandlungen, während der Nachfrager sich

768 *Köhler*, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, 1977, S. 31.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wähnt, ein Schnäppchen zu machen. Bei Auktionen, das ist *Köhler* zuzugeben, kennt der Nachfrager in der Regel nicht den Gleichgewichtspreis eines klassischen Wettbewerbs. Er ist aber dennoch versucht, selbst im Auktionsmodell des gegenseitigen Überbietens, ein Schnäppchen zu machen, also günstige Einkaufsbedingungen zu erhalten. Auch wenn sich die Bieter bei einer Auktion also gegenseitig überbieten, so strebt doch jeder für sich nach einem guten Geschäft, nach günstigen Geschäftsbedingungen. Sobald für den Bieter der aufgerufene Preis nach seiner subjektiven *ad hoc* Einschätzung nicht mehr günstig ist, wird er die Auktion verlassen.

4. Exkurs zu FENIN

Warum enthält und führt die Arbeit diese – in Teilen rechtsgeschichtliche – Diskussion aus der deutschen Kartellrechtswissenschaft? Scheint heute der gleichberechtigte Schutz des Nachfragewettbewerbs im Rahmen des Wettbewerbsprozesses weitestgehend akzeptiert, so zeigt insbesondere die *FENIN*-Rechtsprechung argumentative Parallelen zur eben geführten Diskussion um den Schutz des Nachfragewettbewerbs. Gerade der Unternehmensbegriff im Sinne dieser Rechtsprechung relativiert den propagierten Schutz des Nachfragewettbewerbs.[769]

In *FENIN* beschäftigte sich der EuGH mit dem Unternehmensbegriff des Kartellrechts und insbesondere mit dessen Merkmal der wirtschaftlichen Tätigkeit:

1. Die Beschaffungstätigkeit erfolge nur dann unternehmerisch, wenn auch die Verwendung der nachgefragten Produkte einer wirtschaftlichen und nicht einer hoheitlichen Tätigkeit zugeordnet werden könne.[770]
2. Eine wirtschaftliche Tätigkeit liege erst dann vor, wenn die Güter auf einem bestimmten Markt angeboten würden.[771]
3. Die unternehmerische Nachfragetätigkeit hänge akzessorisch mit dem Anbieten von Waren oder Dienstleistungen zusammen.[772]

---

769 Vgl. Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 260.
770 EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 25).
771 EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 25).
772 EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 25).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der EuGH verneint also, ein eigenständiges Nachfragen als wirtschaftliche Tätigkeit zu qualifizieren. Auf diese Weise wird selbständigen Nachfragemärkten der kartellrechtliche Schutz entzogen, wenn ihre Güter nicht nachgelagert angeboten werden, wie der Sachverhalt von *FENIN* zeigte. Der EuGH verweigert Nachfragemärkten also unter gewissen Umständen eine selbständige kartellrechtliche Relevanz.

In dieses Horn, die wettbewerbliche Bedeutung von Nachfragemärkten nur akkzessorisch in nachgelagerten Angebotsmärkten zu erkennen, stößt die oben dargestellte Diskussion der 1980er-Jahre in Deutschland. Ihr Anlass war ein Urteil des KG Berlin aus dem Jahre 1982 zum Verstoß einer Einkaufsgemeinschaft gegen das Kartellverbot nach § 1 GWB.[773] Dieses Urteil erging weder zum Missbrauchsverbot noch zum Unternehmensbegriff. Dennoch ist die Diskussion über *FENIN* (EuGH) und *HFGE* (KG Berlin) insoweit vergleichbar, als es um das Bestehen eines eigenständigen Nachfragewettbewerbs geht.

Klawitter beschreibt seinen Standpunkt deutlich, in dem er einen eigenständigen Schutz des Nachfragewettbewerbs ablehnt:[774]

> Fehlt zwischen den Einkäufern eine aktuelle oder auch nur potentielle Wettbewerbsbeziehung [auf nachgelagerten Verkaufsmärkten], so ist deren Einkaufsverhalten insoweit in der Tat nicht wettbewerblich veranlasst. Dem Händler in München ist es gleichgültig, zu welchen Konditionen der Händler in Flensburg seine Einkäufe tätigt, solange beide ihr Erfolgsbemühen nicht an demselben Adressatenkreis ausrichten.

Klawitter differenziert hinsichtlich eines relevanten Nachfragewettbewerbs, ob die Nachfrager auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt Konkurrenten sind. Nur dann könnten sich gute Konditionen in der Beschaffung auf die nachgelagerte Wettbewerbsbeziehung auswirken.[775] Der Nachfragewettbewerb sei bloß eine Funktion des Absatzwettbewerbs. *Klawitter* verneint einen eigenständigen wettbewerblich relevanten Nachfragemarkt, wie ihn auch der EuGH in *FENIN* nur akzessorisch zu nachgelagerten Verkaufsmärkten schützen will. Seiner Ansicht nach verbleibe in *HFGE* als alleiniger kartellrechtlicher Angriffspunkt nicht die Nachfragebeschränkung, sondern eine zu prüfende Beschränkung des Anbieterwettbe-

773 KG Berlin, Beschluss vom 16.06.1982, Az. Kart. 7/82, WuW/E OLG 2745, 2751 – *HFGE*.

774 *Klawitter*, BB 1985, 1093, 1098; inhaltlich übereinstimmend *Beuthien*, Der Betrieb 1977, Beilage Nr. 5, 1, 5 f.

775 *Klawitter*, BB 1985, 1093, 1098.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werbs.[776] Diese, wenn auch nicht ausschließliche Funktion des Nachfragewettbewerbs für den späteren Absatzwettbewerb, vertritt auch *Köhler* für den Fall, dass die im Einkauf rivalisierenden Unternehmen auch im Verkauf Konkurrenten sind.[777]

Das KG Berlin stellte jedoch 1982 klar, dass es den Beschaffungsmarkt separat vom Angebotsmarkt schütze.[778] Letztendlich kommt es zu dem Schluss, dass das Kartellverbot in § 1 GWB das Ziel verfolge, die Freiheit des Wettbewerbs für alle Marktbeteiligten zu gewährleisten. Für eine unterschiedliche Betrachtung von Anbieter- und Bezugsseite sieht das Gericht keine Veranlassung.[779]

Die Diskussion um einen selbständigen oder nur akzessorischen Schutz von Beschaffungsmärkten gehört in der deutschen Kartellrechtswissenschaft also schon zu den Klassikern. Die damalige Diskussion ist heute noch wertvoll, da das KG Berlin sich von marktwirtschaftlichen Fakten überzeugen ließ: Ein Nachfragemarkt sei selbständig vom Kartellrecht zu schützen, weil dort Wettbewerb herrsche; in Form des Nachfragewettbewerbs.[780] Die einzelnen Nachfrager konkurrierten – unabhängig von einem Angebotsüberhang – um attraktive Einkaufsbedingungen. Damit herrsche auf einem Nachfragemarkt, unabhängig davon was mit den Waren passiere, Wettbewerb. Auch ein Nachfrager, der die Waren nicht wirtschaftlich weitervertreibe, werde sich um gute Einkaufskonditionen bemühen, so wie auch der vernünftige konsumierende Endverbraucher stets das für ihn in der persönlichen Zusammenstellung günstigste Angebot wählen werde. Ein einfaches, aber doch bestechend klares Argument.

---

776 *Klawitter*, BB 1985, 1093, 1098 f.

777 *Köhler*, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, 1977, S. 31 f.

778 KG Berlin, Beschluss vom 16.06.1982, Az. Kart. 7/82, WuW/E OLG 2745, 2751 – *HFGE:*

> Die Beteiligung am Gemeinschaftseinkauf […] führt zwangsläufig zu einem Wegfall des Wettbewerbs unter den Gesellschaftern auf der ihnen allen zugänglichen Bezugsebene.

779 KG Berlin, Beschluss vom 16.06.1982, Az. Kart. 7/82, WuW/E OLG 2745, 2751 – *HFGE*.

780 Das KG Berlin verwendet den Begriff des „Konditionenwettbewerbs", KG Berlin, Beschluss vom 16.06.1982, Az. Kart. 7/82, WuW/E OLG 2745, 2751 – *HFGE*; vgl. auch *Schulte*, WRP 1983, 24, 25.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Welche Auswirkungen zeigt diese zeitversetzt am KG Berlin und dem EuGH geführte Diskussion über den eigenständigen Schutz von Beschaffungsmärkten?

Ein nur akzessorischer Schutz des Nachfragewettbewerbs widerspricht dem von § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV intendierten Schutzzweck, den Wettbewerbsprozess zu bewahren. Ein Wettbewerbsprozess besteht aus funktionierenden Auswahlprozessen. Das bedeutet wiederum, dass Anbieter und Nachfrager eine Wahl haben müssen, mit wem sie Geschäfte schließen. Diese Auswahl ist aber nicht auf nachgelagerte Verkaufsmärkte beschränkt, sondern umfasst jede Marktstufe. Schon im Interesse einer qualitativen und innovatorischen Produktentwicklung ist es wesentlich, den Wettbewerb dort wirken zu lassen, wo die Innovationen entstehen. Zwar vermag auch ein nachgelagerter Wettbewerbsdruck auf vorgelagerte Entwicklungsstufen durchzuschlagen. Wo jedoch die Marktbeteiligten vorgelagert keine Auswahl haben, haben sie auch keinen Anreiz, sich im Angebots- oder Nachfragewettbewerb durchzusetzen.

Angebots- und Nachfragewettbewerb brauchen nicht unterschiedlich behandelt zu werden. Das Kartellverbot sieht das im Wortlaut nicht vor. Auch lässt sich ein Warenwettbewerb im Verkauf vom Konditionenwettbewerb in der Beschaffung nicht trennen. Trotz eines in der Regel bestehenden Angebotsüberhanges konkurrieren die Marktbeteiligten um diverse Wettbewerbsparameter; im Falle des Angebotsüberhanges nur aus einer schwächeren Verhandlungsposition heraus.

Das KG Berlin hat *HFGE* in diesem Sinne also richtig entschieden, als es für einen eigenständigen Schutz des Nachfragewettbewerbs eingetreten ist.

Der EuGH hat in *FENIN* die Definition einer kartellrechtlich relevanten wirtschaftlichen Tätigkeit auf das Anbieten von Waren beschränkt. Vorgelagerte Anbieter hat er damit einem kartellrechtlich nicht kontrollierbaren Nachfragerverhalten ausgesetzt.

B) Schutz des Wettbewerbsprozesses

Welchen Zweck verfolgt das Kartellrecht? Der EU-Vertrag hält ein ganzes Bündel wirtschafts-, gesellschafts- und sozialpolitischer Ziele bereit, denen das Kartellrecht potentiell dienen könnte. Sie reichen von der Ver-

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wirklichung eines Binnenmarktes bis zur Vollbeschäftigung.[781] Die industriepolitische Dimension der wettbewerbsfähigen Marktwirtschaft in Europa ergänzt das GWB mit dem Schutz mittelständischer Unternehmen. Diese unzähligen Einzelziele lassen sich in zwei Komplexe gliedern: ergebnisorientierte ökonomische Vorteilhaftigkeit und strukturorientierter Wettbewerbsprozess.

I. Zunächst Schutz eines Systems Wettbewerb

Das deutsche und europäische Kartellrecht orientieren sich weitestgehend parallel in Richtung marktbezogener Wettbewerbsprozesse. Angesichts eines unterschiedlichen Ursprungs und abweichender Auslegungstradition sind sie dennoch separat darzustellen.

1. Europa

Die Ziele des europäischen Kartellrechts ergeben sich aus den Verträgen.

a) Übergreifender Schutzzweck der Wettbewerbsregeln

Die EU errichtet einen Binnenmarkt und eine Wirtschaft- und Währungsunion, Art. 3 Abs. 3 und 4 EUV. Der Binnenmarkt ist nach Art. 26 Abs. 2 AEUV ein Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Gemeinsam mit den Grundfreiheiten prägen die Wettbewerbsregeln die marktwirtschaftliche Wirtschaftsverfassung der Union.[782] Der Binnenmarkt verbietet neben den unternehmerischen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartell-

781 Vgl. ausführlich zu den Zieloptionen MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 131 ff.; vgl. zu den weiteren (selten genannten) Zielen *Parret*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 61, 69 ff.; für eine ausschließlich wirtschaftliche Orientierung der Wettbewerbspolitik *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1966, S. 13.

782 *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Einl. EU B, Rn. 19; *Parret*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 61, 65; vgl. zur Wirtschaftsverfassung auch Art. 173 AEUV, der die Voraussetzungen für die Wettbewerbsfähigkeit der Industrie gewährleistet. Er versichert in Abs. 3, dass auf

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

recht) auch die staatlichen Handelshemmnisse (Grundfreiheiten) und geht somit über einen isolierten Wettbewerbsprozess hinaus. Insofern ist der kartellrechtlich gewährleistete Wettbewerbsprozess nicht synonym mit dem Binnenmarkt, sondern nur ein Teil davon. Genauer gesagt ist der Wettbewerbsprozess nur das Instrument, um den Binnenmarkt zu errichten und gegen Beschränkungen zu schützen. Nachdem der Vertrag bereits die staatlichen Handelshemmnisse verboten hat, geht es ihm darum, dass private Absprachen diese staatlichen Beschränkungen nicht ersetzen, um einen echten Binnenmarkt zu erreichen.

Ex-Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV bestimmte, dass der Binnenmarkt durch ein System des unverfälschten Wettbewerbs zu schaffen sei. Dieses Wettbewerbssystem stellt also ein Mittel dar, um einen darüber hinausgehenden Zweck – den Binnenmarkt – zu erreichen.[783] Im Vertrag von Lissabon ist diese Textfassung ersatzlos gestrichen und in das Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb aufgenommen worden.[784] Das Protokoll hat dieselbe Verbindlichkeit wie die beiden Verträge; es ist nach Art. 51 EUV Bestandteil der Verträge. Gleichwohl lässt sich eine zumindest symbolische Abwertung des Systems des unverfälschten Wettbewerbs nicht leugnen. Dennoch bleibt das Ziel, einen Binnenmarkt festzulegen, in Art. 3 Abs. 3 EUV primärrechtlich verankert, allerdings als Zuständigkeitsnorm und nicht als eigenständiges Vertragsziel, und auch in Art. 352 AEUV.

Die darauf folgende Diskussion, ob mit dieser Wortlautänderung auch eine substanzielle Schutzzweckänderung einhergeht, ist sich weitgehend

---

Grundlage des Titel XVII – Industrie – keine Maßnahme eingeführt werde, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen könnte.

783 Vgl. EuGH, Urteil vom 16.09.2008, Rs. C 468/06 – *Sot. Lélos kai Sia*, Slg. 2008, I-7139 (Tz. 66).

784 Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABl. 2007 Nr. C 306/156.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einig, dass der Wettbewerb nach wie vor ein Ziel an sich sei.[785] Der EuGH und der BGH bestätigten diese Ansicht.[786]

Daher ist davon auszugehen, dass das Kartellrecht weiterhin ein System des unverfälschten Wettbewerbs aufrechterhalten will. Das bedeutet, dass weder staatliche noch willkürliche private Eingriffe den Binnenmarkt lenken dürfen, sondern allein die autonome Entscheidung der am Markt beteiligten Unternehmen koordiniert den Wettbewerbsprozess.[787] Dem Kartellrecht geht es also darum, diesen Wettbewerbsprozess vor Eingriffen von Unternehmen, die der Wettbewerbsordnung widersprechen, zu schützen. Auch der EuGH bestätigt in seiner jüngeren Rechtsprechung erneut ausdrücklich den Institutionsschutz des Kartellrechts, der jedoch einen Individualschutz der Marktbeteiligten nicht ausschließt:[788]

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

---

785 Zur gesamten Diskussion vgl. *Drexl*, in: *von Bogdandy/Bast* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, S. 905, 908 ff. Nach Langen/Bunte/*Nothdurft*, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 19, Rn. 24 bleibt die Streichung des Art. 3 lit. g EG jedenfalls ohne Auswirkung auf das nationale Recht, selbst wenn sie auf europäischer Ebene welche hätte. Für einen unveränderten Schutz des Wettbewerbes sprechen sich aus Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Jung*, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 102 AEUV, Rn. 6; *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Einl. EU B, Rn. 17; *Behrens*, EuZW 2008, 193. Für eine mögliche Schwächung des Wettbewerbsprinzips vgl. *Riley*, ECLR 703 ff. (2007); *Basedow*, EuZW 2008, 225. Zur Diskussion des Wettbewerbs in einer sozial-marktwirtschaftlichen Dimension vgl. *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Einl. EU B, Rn. 20; ebenso auch Immenga/Mestmäcker/*Emmerich*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 3; Immenga/Mestmäcker/*Fuchs/Möschel*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 102 AEUV, Rn. 1; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Schuhmacher*, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 101, Rn. 8.

786 EuGH, Urteil vom 17.02.2011, Rs. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011, I-527 (Tz. 20); EuGH, Urteil vom 17.11.2011, Rs. C-496/09*, Kommission/Italien*, Slg. 2011, I-11483 (Tz. 60); BGH, Urteil vom 10.02.2011, Az. ZR 136/09, BGHZ 188, 326 (Rn. 33) – *Flughafen Frankfurt-Hahn.*

787 *Emmerich*, Kartellrecht, 2014, § 3, Rn. 2; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Schuhmacher*, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 101, Rn. 9.

788 EuGH, Urteil vom 04.06.2009, Rs. C-8/08*, T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009, I-4529 (Tz. 38. Vgl. aus der Literatur *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Einl. EU B, Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass der übergreifende Zweck der Wettbewerbsregeln darauf gerichtet ist, einen Wettbewerbsprozess zu erhalten, um einen Binnenmarkt zu errichten.

Auch in den einzelnen kartellrechtlichen Tatbeständen zeigt sich der prozessorientierte Schutzzweck des Kartellrechts.

b) Art. 101 AEUV – Kartellverbot

Dem europäischen Kartellverbot zufolge sind alle Vereinbarungen von Unternehmen verboten, die neben anderen Voraussetzungen eine Beschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes herbeiführen. Bereits der Wortlaut stellt klar, dass das Kartellverbot den Binnenmarkt zu erhalten hat durch ein System des Wettbewerbs. Erst mit dem Vertrag von Lissabon spricht das Kartellverbot vom „Binnenmarkt" statt wie früher vom „Gemeinsamen Markt." Eine sachliche Änderung war damit nicht verbunden.[789] Zweck des Art. 101 AEUV ist es also, den Binnenmarkt bzw. ein System des unverfälschten Wettbewerbs vor koordiniertem Verhalten einzelner Unternehmen zu schützen.

Die Effizienzeinrede des Art. 101 Abs. 3 AEUV, die als Erwägungsgrund Nr. 29 in der Fusionskontrollverordnung existiert und teilweise auch für die Missbrauchskontrolle gesehen wird, führt nicht dazu, dass die Wohlfahrtssteigerung alleiniger Schutzzweck des Kartellverbotes ist.[790] Zwar schränkt die Effizienzeinrede den grundsätzlichen Schutz des Wettbewerbsprozesses ein. Doch können Effizienzen angesichts des klaren Wortlauts nur soweit berücksichtigt werden, als Wettbewerbsstrukturen erhalten bleiben. In diesem Sinne liegt in der Wohlfahrtssteigerung ein weiterer Schutzzweck des Kartellrechts, nicht jedoch der ausschließliche. Wenn die so gewahrte Marktstruktur allerdings, verglichen mit einer Wettbewerbsbeschränkung, keine vergleichbare Steigerung der Konsumentenwohlfahrt herbeiführt, soll diese wohlfahrtsfördernde Wettbewerbsbeschränkung gerechtfertigt sein.[791]

---

789 Immenga/Mestmäcker/*Emmerich*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 2.

790 Für eine Auslegung der Wettbewerbspolitik allein an Effizienzzielen *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 17 ff., 30.

791 *Fleischer/Zimmer*, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008, S. 32.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Art. 102 AEUV – Missbrauchskontrolle

Ebenso wie die übrigen kartellrechtlichen Tatbestände schützt das Missbrauchsverbot das System des unverfälschten Wettbewerbs.[792] Es ist nicht nur durch Absprachen und koordiniertes Verhalten der Unternehmen gefährdet, sondern auch durch einseitiges Verhalten marktmächtiger Unternehmen. Das Missbrauchsverbot richtet sich nicht gegen Marktmacht als solche, sondern gegen ihr missbräuchliches Ausüben. In diesem Sinne schützt die Norm den Wettbewerbsprozess nicht allgemein vor dem Auftreten marktbeherrschender Unternehmen, sondern vor Verhaltensweisen, die durch Marktmacht erst bedingt oder hervorgerufen werden.[793] Daraus folgt zum einen ein Schutz der Handelspartner, also der Marktgegenseite, vor der Anwendung nachteiliger Geschäftsbedingungen (Ausbeutungsmissbrauch),[794] aber auch der Schutz des Restwettbewerbs im Sinne einer wettbewerblichen Marktstruktur (Behinderungsmissbrauch).

d) Verschiebung des Schutzzwecks des Missbrauchsverbots in Richtung Verbraucherwohlfahrt

Gerade mit dem Diskussions- (2005) und Prioritätenpapier (2009) zielt die Kommission darauf, den Schutzzweck der Missbrauchskontrolle verstärkt in der Verbraucherwohlfahrt zu sehen. Soweit diese Auslegung den prozessorientierten Charakter des Missbrauchsverbots beeinträchtigt, richtet

792 Zur Verwirklichung des Binnenmarktes als Regelungsziel *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 2012, S. 86 f.; Streinz/*Eilmansberger*, EUV/AEUV, 2012, Art. 102 AEUV, Rn. 4; Frankfurter Kommentar/*Wessely*, Band 3, 2005, Art. 82 Anwendungsgrundsätze, Rn. 55 ff.; kritisch *Paul*, Behinderungsmissbrauch nach Art. 82 EG und der more economic approach, 2008, S. 89 ff.; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Jung*, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 102, Rn. 6; EuGH, Urteil vom 14.02.1978, Rs. 27/76, *United Brands*, Slg. 1978, 207, (Tz. 63, 66); EuGH, Urteil vom 13.02.1979, Rs. 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Slg. 1979, 461 (Tz. 38, 125).

793 Immenga/Mestmäcker/*Fuchs/Möschel*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 102 AEUV, Rn. 3.

794 Vgl. zu einem möglichen Zielkonflikt von Ausbeutungsmissbrauch und Schutz des Wettbewerbsprozesses die Ausführungen zu § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB auf S. 241.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich der EuGH klar dagegen.[795] Aus diesem Grund lehnt er auch einen Verbrauchernachteil ab, der im Tatbestand der Missbrauchskontrolle nicht vorgesehen ist. Die Kommission begründet die Priorisierung der Missbrauchsverfolgung mit einem verbraucherorientierten wettbewerbspolitischen Leitbild. Sie wolle angesichts knapper eigener Ressourcen nur die unternehmerischen Sachverhalte untersuchen, die das Verbraucherwohl unmittelbar minderten.

Dieser Priorisierung kann jedoch angesichts der klaren binnenmarktorientierten Aussagen in den Verträgen nicht gefolgt werden. Der Binnenmarkt verlangt ausschließlich einen freien Wettbewerb, nicht einen freien Wettbewerb, der die Verbraucherwohlfahrt steigert. Diese Einschränkung, die als Effizienzeinrede zwar objektiv wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen rechtfertigen kann, aber nur eine Ausnahme zum grundsätzlichen Kartellverbot in Art. 101 Abs. 1 AEUV ist, beeinflusst nicht den instrumentellen Charakter des Wettbewerbsprozesses. Der Wettbewerbsprozess an sich kennt keine Lieferanten oder Verbraucher. Er braucht nur die eine Seite, die vorstößt, und die andere Seite, die auswählt.[796] Terminologisch sind Anbieter und Nachfrager austauschbar und beeinflussen den Wettbewerbsprozess als solchen nicht. Die Verbraucherwohlfahrt als weitergehendes Ziel beinhaltet als Mittel den aufrechtzuerhaltenden Marktprozess. Im Übrigen sind nicht alle kartellrechtlichen Tatbestände in vergleichbarer Weise wie Art. 101 Abs. 3 AEUV formuliert, so dass sich eine allgemeine Aussage, die kartellrechtlichen Normen würden ausschließlich dem Schutz des Verbrauchers dienen, nicht aufstellen lässt.

Mit dieser Argumentation dient das Missbrauchsverbot dann nicht nur, wie die übrigen kartellrechtlichen Normen, dem Wettbewerbsprozess, sondern es ist auch ein tatbestandlicher Verbrauchernachteil abzulehnen.[797] In

795 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 105); EuGH, Urteil vom 21.02.1973, Rs. C-6/72, *Continental Can*, Slg. 1973, 215 (Tz. 26); allg. zum Schutz des Wettbewerbsprozesses Langen/*Bunte*, Europäisches Kartellrecht, 2014, Einl. zum EU-Kartellrecht, Rn. 35 ff.

796 *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1988, S. 241; in diesem Sinne auch *Nihoul*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 219, 225.

797 Immenga/Mestmäcker/*Fuchs/Möschel*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 102 AEUV, Rn. 6; Verbraucherinteressen werden nur indirekt über offene Märkte berücksichtigt, vgl. *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 2012, S. 92 f.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

strafrechtlicher Terminologie ausgedrückt, ist das Missbrauchsverbot ein Gefährdungsdelikt, das keinen konkreten Verletzungserfolg verlangt.[798]

Inwiefern das Missbrauchsverbot entsprechend dem Kartellverbot rechtfertigende Effizienzerwägungen kennt, ist von dieser Schutzzweckdiskussion um den Wettbewerbsprozess zunächst unabhängig zu beurteilen. Das Kartellverbot zeigt, dass es neben dem grundsätzlich prozessorientierten Schutzzweck in einem Ausnahmetatbestand auch für Effizienzerwägungen offen ist. Ähnliches ließe sich durchaus für das Missbrauchsverbot erkennen. Auch der EuGH meint, dass das Missbrauchsverbot Effizienzerwägungen diene, aber eben nicht ausschließlich.[799]

e) Fusionskontrolle

Die Fusionskontrolle dient ebenso wie die übrigen kartellrechtlichen Tatbestände dem System des unverfälschten Wettbewerbs, wie der EuGH mehrfach betonte.[800] Historisch trat die erste Fusionskontrollverordnung ohnehin erst am 21.09.1990 in Kraft.[801] Bis zu diesem Zeitpunkt richtete sich die Zusammenschlusskontrolle nach dem Kartell- bzw. Missbrauchsverbot.[802] Damit hatte der Europäische Gesetzgeber bzw. die Rechtsprechung bereits eine Grundsatzentscheidung zugunsten einer wettbewerblichen Wirtschaftsordnung getroffen. Die Fusionskontrolle beruht also auf

---

798 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 107); EuGH, Urteil vom 17.02.2011, Rs. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011, I-527 (Tz. 64); wohl auch EuGH, Urteil vom 14.10.2010, Rs. C-280/08, *Deutsche Telekom,* Slg. 2010, I-9555 (Tz. 254); ein konkretes statt abstraktes Gefährdungsdelikt bejahend *Leupold*, EuZW 2011, 345, 346.

799 EuGH, Urteil vom 27.03.2012, Rs. C-209/10, *Post Denmark* (Tz. 41); EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 86); EuGH, Urteil vom 17.02.2011, Rs. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011, I-527 (Tz. 76); Frankfurter Kommentar/*Wessely*, Band 3, 2005, Art. 82 Anwendungsgrundsätze, Rn. 71.

800 EuGH, Urteil vom 21.02.1973, Rs. C-6/72, *Continental Can*, Slg. 1973, 215 (Tz. 24); Immenga/Mestmäcker/*Körber*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, FKVO, Einl., Rn. 2.

801 Fusionskontrollverordnung Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989.

802 EuGH, Urteil vom 21.02.1973, Rs. C-6/72, *Continental Can*, Slg. 1973, 215; vgl. weitergehend zur Kontrolle von Zusammenschlüssen vor 1990 durch das europäische Primärrecht Immenga/Mestmäcker/*Körber*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, FKVO, Einl., Rn. 9 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den übrigen Wettbewerbsregeln, so dass sie die gleiche Zielsetzung verfolgt wie diese.[803] Zudem greift die derzeitige FKVO (Nr. 139/2004) in ihrem Erwägungsgrund Nr. 2 auf die allgemeinen Ziele der Union zurück, wie in ex-Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV beschrieben, ein System zu errichten, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt. Im Erwägungsgrund Nr. 23 geht die Kommission selbst „von dem Erfordernis aus, im Gemeinsamen Markt wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten und zu entwickeln."

Schließlich zeigt sich die Bedeutung funktionierenden Wettbewerbs auch an der Beurteilung von Zusammenschlüssen. Art. 2 Abs. 2 FKVO gibt als Maßstab zur Beurteilung eines Zusammenschlusses vor, dass wirksamer Wettbewerb durch den Zusammenschluss nicht erheblich behindert wird, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Die Fusionskontrolle knüpft ihre Beurteilung nicht an spezifische Marktergebnisse an, sondern an die Einschränkung des Wettbewerbs.[804] Mit der Revision der FKVO im Jahr 2004 sollten zwar durch Zusammenschlüsse entstehende Effizienzen ausdrücklich berücksichtigt werden. Der Kompromiss fand sich aber so, dass es bei der grundsätzlich wettbewerblichen Ausrichtung des Texts blieb und die Möglichkeit, Effizienzvorteile darzulegen, in Erwägungsgrund 29 Eingang fand.[805]

2. Deutschland

Das deutsche Recht stellt die Freiheit des Wettbewerbs in den Mittelpunkt und verfolgt damit auf den ersten Blick einen stärker individual bezogenen Ansatz als das Unionsrecht. Doch spricht der BGH von der „Freiheit des Wettbewerbs", nicht von einer Freiheit der Wettbewerber.[806] Institutions-

803 Diesen Schluss als selbstverständlich bezeichnend Immenga/Mestmäcker/*Körber*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 2 FKVO, Rn. 336.

804 *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 2011, S. 203.

805 Zur wettbewerblichen Ausrichtung der FKVO vgl. Immenga/Mestmäcker/*Körber*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, FKVO, Einl., Rn. 32.

806 BGH, Urteil vom 13.07.2004, Az. KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (Rn. 44) – *Standard-Spundfass*; BGH, Beschluss vom 28.09.1999, Az. KVR 29/96, WuW/E DE-R 399 (Rn. 17) – *Verbundnetz I*; Für den Schutz des Wettbewerbs im nationalen Kartellverbot weist *Zimmer* auf den eindeutigen Wortlaut des § 1 GWB hin, vgl. Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, GWB, 2014, § 1, Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und Individualschutz sind eng miteinander verbunden, und die individuelle Handlungsfreiheit ist Voraussetzung eines freien Wettbewerbs.

Der Gesetzgeber begründete die Einführung und Änderungen des GWB immer wieder mit der Sicherung, Stärkung oder dem Erhalt des Wettbewerbsprinzips. In der Begründung zum Gesetzesentwurf des GWB findet sich, dass es Aufgabe des Gesetzgebers sei, auf Märkten mit unvollkommenem Wettbewerb darauf Bedacht zu nehmen, dass die staatliche Aufsicht in Richtung eines vollständigen Wettbewerbs wirke.[807] Das Ziel der 6. GWB-Novelle lag in der „Stärkung des Wettbewerbsprinzips im Hinblick auf neue Anforderungen"[808], die 7. Novelle nannte die Erhaltung und Stärkung des Wettbewerbsprinzips als wichtiges Ziel.[809] Die 8. GWB-Novelle spricht weiterhin von der „Stärkung des Wettbewerbs in allen Bereichen", ohne dabei konzeptionell etwas zu ändern.[810] Das allgemeine Schutzobjekt des GWB liegt in einem funktionsfähigen, wirksamen Wettbewerb, d. h. in einem Wettbewerb, der seine volkswirtschaftlichen Aufgaben möglichst gut erfüllt.[811]

Weder die deutsche noch die europäische Wettbewerbsordnung legen ihren Regelungen einen konkreten Wettbewerbsbegriff zugrunde. Dies ist angesichts des offenen Charakters der Marktprozesse wohl auch nicht möglich, tut aber der grundsätzlich prozessorientierten Ausrichtung keinen Abbruch. Es gibt keinen Unterschied zwischen mehr oder weniger schutzwürdigem Wettbewerb. Insbesondere hängt der kartellrechtliche Schutz nicht von Ergebnissen ab, sondern allein das Ereignis Wettbewerb ist geschützt.

Auf europäischer Ebene verfolgt das Kartellrecht das weitergehende Ziel, einen europäischen Binnenmarkt, gekennzeichnet durch Wettbewerb,

---

807 Entwurf des GWB, BT-Drucks. 02/1158 vom 22.01.1953, S. 22; vgl. *Fleischer/Zimmer*, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008, S. 16.

808 Regierungsentwurf zur 6. GWB-Novelle, BT-Drucks. 13/9720 vom 29.01.1998, S. 1.

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

810 Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852 vom 31.05.2012, S. 1, 17.

811 Entwurf zur 2. GWB-Novelle, BR-Drucks. 265/71 vom 28.05.1971, S. 34; Entwurf des GWB, BT-Drucks. 02/1158 vom 22.01.1953, S. 21; vgl. Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/*Sack*, Kartellrecht, 2016, § 24 GWB, Rn. 61.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu errichten.[812] Dieses Ziel ist auf das nationale Kartellrecht im Sinne des Art. 23 Abs. 1 GG, dass Deutschland bei der Verwirklichung eines gemeinsamen Europas mitwirkt, zu übertragen. Hinsichtlich § 1 GWB ist in der Begründung, warum das Kartellverbot auch der Verwirklichung eines europäischen Binnenmarktes dient, zu differenzieren. In zwischenstaatlichen Sachverhalten richtet sich die Auslegung des § 1 GWB ohnehin ausschließlich nach Art. 101 AEUV. Insofern besteht kein Zweifel, dass auch das nationale Kartellverbot der Verwirklichung des Binnenmarktes dient, indem es beispielsweise den deutschen Markt vor einer Abschottung schützt.[813] Für rein nationale Sachverhalte folgt das deutsche Kartellverbot aus einer eigenen autonomen Entscheidung des Gesetzgebers ebenso dem europäischen Kartellverbot, auch wenn es nicht um eine Marktintegration gehen kann. Der deutsche Markt für sich betrachtet ist bereits integriert, d. h. ein nationaler Schutzzweck der Marktintegration käme an sich nicht in Betracht.[814] Dennoch folgt die Auslegung des § 1 GWB der gesetzgeberischen Entscheidung, wenn auch insoweit inkonsequent.

Die Auslegung der einzelnen kartellrechtlichen Normen entspricht dem übergeordneten allgemeinen Schutzzweck des Wettbewerbsprinzips, auch wenn im Einzelnen die Schutzzwecke der Tatbestände nicht identisch sind. Gerade das Verständnis, was mit Wettbewerb gemeint ist, kann im Kartellverbot anders als in der Missbrauchskontrolle zu verstehen sein.[815]

a) § 1 GWB – Kartellverbot

Das nationale Kartellverbot richtet sich in seiner Auslegung ausschließlich nach Art. 101 AEUV. Im zwischenstaatlichen Bereich folgt diese Auslegung bereits aus Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003, der die parallele Anwendung

812 Vgl. in jüngerer Zeit EuGH, Urteil vom 16.09.2008, Rs. C 468/06 – *Sot. Lélos kai Sia*, Slg. 2008, I-7139 (Tz. 66); EuGH, Urteil vom 06.10.2009, Rs. C-501/06, *GlaxoSmithKline Services*, Slg. 2009, I-9291 (Tz. 63).

813 Frankfurter Kommentar, *Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1 GWB, Rn. 44.

814 Vgl. für einen solchen marktorientierten Schutzzweck Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1 GWB, Rn. 44; *Klees*, EWS 2010, 1, 6. Gegen einen Schutzzweck der Marktintegration bei rein nationalen Sachverhalten argumentieren Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/*Nordemann*, Kartellrecht, 2016, § 1 GWB, Rn. 10; Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, GWB, 2014, § 1, Rn. 16.

815 Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, GWB, 2014, § 1, Rn. 109.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von europäischem und nationalem Recht anordnet.[816] Im rein nationalen Bereich verbleibt zwar die Möglichkeit eines eigenständigen Schutzbereichs. Der deutsche Gesetzgeber hat sich jedoch aus eigener autonomer Entscheidung in der 7. GWB-Novelle entschlossen, das nationale Kartellverbot dem europäischen auch im nicht harmonisierten Bereich anzugleichen.[817] Damit bleibt der oft schwierig abzugrenzende zwischenstaatliche Bezug ohne materiellrechtliche Auswirkungen, und die Einheit des Kartellverbots, ob in nationaler oder europäischer Anwendung, bleibt gewahrt.[818] Doch auch schon vor der 7. GWB-Novelle verfolgten das GWB und das europäische Kartellrecht eine grundsätzlich parallele wettbewerbsorientierte Schutzrichtung.[819]

Daher ist es nicht mehr möglich, das nationale Kartellverbot eigenständig auszulegen, der Schutzzweck folgt ausschließlich aus Art. 101 AEUV. Insofern dient das Verbot wettbewerbsbeschränkender vertikaler Vereinbarungen dazu, den Wettbewerbsprozess zu erhalten, nicht aber primär die Handlungsfreiheit der einzelnen Marktteilnehmer. Das Verbot horizontaler Beschränkungen bezweckt, Märkte offen zu halten und die Marktteilnehmer zu einer autonomen Unternehmenspolitik zu verpflichten, um der Gegenseite eine Auswahl zu eröffnen.[820] Auch verfolgt das Kartellverbot keine weitergehenden gesellschaftspolitischen Schutzzwecke mehr, wie z. B. den politischen Prozess vor wirtschaftlichen Machtpositionen zu schützen.[821]

---

816 MüKo/*Säcker*, GWB, 2015, § 130, Rn. 3; widersprechend und nach Unternehmensverhalten und Anwendungsbereich von Art. 3 VO 1/2003/§ 22 GWB differenzierend Frankfurter Kommentar, *Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1 GWB, Rn. 19 ff.

817 Das maßgebliche Argument liegt in der Einheit des Wettbewerbsrechts, vgl. Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640 vom 12.08.2004, S. 21; Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, GWB, 2014, § 1, Rn. 19; *Fuchs*, WRP 2005, 1384, 1387.

818 Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640 vom 12.08.2004, S. 22 f.; Frankfurter Kommentar, *Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1 GWB, Rn. 36; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/*Nordemann*, Kartellrecht, 2016, Vorb. §§ 1-3 GWB, Rn. 2.

819 BGH, Beschluss vom 28.09.1999, Az. KVR 29/96, WuW/E DE-R 399 (Rn. 17) – *Verbundnetz I.*

820 Vgl. Frankfurter Kommentar, *Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1 GWB, Rn. 43.

821 Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1 GWB, Rn. 43; für einen gesellschaftspolitischen Schutzzweck auch nach der 7. GWB-Novelle, vgl.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) §§ 18 ff. GWB – Missbrauchskontrolle

Die Missbrauchskontrolle ist ebenso wie das übrige Kartellrecht grundsätzlich dem Wettbewerbsschutz verpflichtet.[822] Mit der 7. GWB-Novelle glich der deutsche Gesetzgeber das Missbrauchsverbot an die europäische Regelung an:[823]

> Die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts sind bei der Anwendung der §§ 1 bis 4 und 19 GWB maßgeblich zugrunde zu legen […].

Diese als Norm geplante Aussage wurde zwar im weiteren Gesetzgebungsverfahren wieder gestrichen, der Grundsatz der europarechtsorientierten Auslegung jedoch beibehalten.[824] Mit der 8. GWB-Novelle wurde die Missbrauchskontrolle systematisch neu gestaltet, ohne jedoch materielles Recht zu ändern.[825] Insofern ergeben sich auch hinsichtlich des prozessorientierten Schutzzwecks keine Bedenken.

Auch das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot in §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 und 20 Abs. 1 GWB, das mit den relativ marktstarken Unternehmen einen weiteren Adressatenkreis als die europäische Missbrauchskontrolle erfasst, schützt den funktionsfähigen Wettbewerb unter Berücksichtigung der Handlungsfreiheit der dort tätigen Unternehmen.[826] Der Individualschutz hat insbesondere in der deutschen ordoliberalen Tradition eine besondere Bedeutung. Er muss sich jedoch generell der die Freiheit des Wettbewerbs schützenden Zielsetzung des GWB unterordnen und wird durch sie begrenzt. Insbesondere um die unbestimmten Rechtsbegriffe „Unbilligkeit“ oder „sachlich nicht gerechtfertigter Grund“ auszulegen, ist die Zielsetzung der Norm heranzuziehen. Der gesamte § 20 GWB a. F., der bis Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle am 01.07.2013 das Behinde-

---

Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/*Nordemann*, Kartellrecht, 2016, § 1 GWB, Rn. 7.

822 Immenga/Mestmäcker/*Fuchs*, GWB, 2014, § 19, Rn. 21; BGH, Urteil vom 13.07.2004, Az. KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (Rn. 44) – *Standard-Spundfass.*

823 Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640 vom 12.08.2004, S. 9.

824 Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1 GWB, Rn. 33; vgl. auch *Bechtold/Bosch*, GWB, 2015, § 1, Rn. 5; *Klees*, EWS 2010, 1, 6; differenzierend *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 2014, Einl., Rn. 34; vgl. dazu ausführlich bereits S. 44.

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

826 Frankfurter Kommentar/*Grave*, Band 5, 2015, § 20 GWB, Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rungs- und Diskriminierungsverbot enthielt, ist ausweislich der Begründung des Gesetzgebers auf den Normzweck einer Sicherung des Wettbewerbs bezogen und begründet keinen primären Individualschutz.[827] Hinsichtlich des Schutzzwecks des § 20 Abs. 2 und 3 GWB a. F. sprach der BGH in jüngeren Entscheidungen von der

> Sicherung der Freiheit des Wettbewerbs als Institution durch Aufrechterhaltung des Leistungswettbewerbs und der Chancengleichheit der Wettbewerber.[828]

Eine Ausnahme des prozessorientierten Schutzansatzes stellt die Marktergebniskorrektur dar. Sie ist in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB geregelt und greift ein, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Geschäftsbedingungen fordert, die von denen im Wettbewerb abweichen. Anders als ein Schutz des Wettbewerbsprozesses, stellt sie auf konkrete Ergebnisse, wie Preise oder Geschäftsbedingungen ab. Langfristig werden solche Marktergebniskorrekturen, wie Preisherabsetzungen, die Marktstrukturen eher zementieren. Damit stehen sie mit dem eigentlichen Regelungszweck des GWB, Wettbewerbsprozesse zu fördern, in einem Zielkonflikt.[829] Die grundsätzliche Orientierung der Missbrauchskontrolle an Wettbewerbsprozessen vermögen sie jedoch wegen ihres schmalen Anwendungsbereichs in enger Auslegung nicht zu ändern.

c) §§ 35 ff. GWB – Zusammenschlusskontrolle

Wie die übrigen Tatbestände verfolgt auch die Fusionskontrolle den Zweck, die Freiheit des Wettbewerbs zu erhalten. Die Marktstruktur soll sich durch das Entstehen oder Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung nicht verschlechtern.[830] Mit der 8. GWB-Novelle passte der deutsche Gesetzgeber die nationale Fusionskontrolle weiter an das Unionsrecht an,

---

827 Regierungsentwurf zur 5. GWB-Novelle, BT-Drucks. 11/4610 vom 30.05.1989, S. 23.

828 BGH, EuGH-Vorlage vom 19.01.1993, Az. KVR 25/91, WuW/E BGH 2875, (Rn. 26) – *Herstellerleasing;* ebenso BGH, Beschluss vom 24.09.2002, Az. KVR 8/01, BGHZ 152, 97, (Rn. 27) – *Konditionenanpassung*.

829 Immenga/Mestmäcker/*Fuchs*, GWB, 2014, § 19, Rn. 38; *Hoppmann*, WuW 1974, 763, 764.

830 BGH, Beschluss vom 16.01.2008, Az. KVR 26/07, BGHZ 175, 333 (Rn. 33) – *Kreiskrankenhaus Bad Neustadt*.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

um Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene weitgehend gleich zu beurteilen.[831] Dann ersetzt der *SIEC*-Test als bedeutendstes materielles Untersagungskriterium das bisher national geltende Marktbeherrschungskriterium, um den grundsätzlich übereinstimmenden Ansatz von nationalem und europäischem Recht weiter anzugleichen.[832] Der maßgebliche Zweck liegt also darin, die bestehende Marktstruktur vor einer Verschlechterung durch einen Zusammenschluss zu bewahren.[833]

II. Verhältnis des Wettbewerbsprozesses zur Wettbewerbsfreiheit

Das Kartellrecht verfolgt also den Zweck, den Wettbewerbsprozess zu schützen. Fraglich ist, ob der Zweck des Kartellrechts darüber hinaus einen zusätzlichen Schutz der individuellen Wettbewerbsfreiheit verfolgt. Schützt das Kartellrecht also allein den Wettbewerbsprozess im Sinne eines Institutionsschutzes oder, damit verbunden, auch die individuelle Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer?[834]

Zunächst geht die Arbeit knapp auf den Begriff der Wettbewerbsfreiheit und ihr Schutzkonzept ein, um dann darzulegen, dass die schutzrechtlichen Interessen der Wettbewerbsfreiheit bereits in einem funktionierenden Wettbewerbsprozess verwirklicht sind.

1. Begriff der Wettbewerbsfreiheit

Die deutsche Wirtschaftsverfassung sieht den grundsätzlich freien Wettbewerb der als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmer als eines ihrer Grundprinzipien an.[835] Die Wettbewerbsfreiheit ge-

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

832 Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852 vom 31.05.2012, S. 19; es erfolgte keine Vollharmonisierung, sodass die europäische Entscheidungspraxis und Rechtsprechung nicht unmittelbar bindend sind, vgl. Langen/Bunte/*Kallfass*, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 36, Rn. 32 ff.; MüKo/*Becker/Knebel/Christiansen*, GWB, 2015, § 36, Rn. 58 ff.

833 Immenga/Mestmäcker/*Thomas*, GWB, 2014, Vor § 35, Rn. 2 ff.

834 Vgl. zur terminologischen Klassifizierung *Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, 2008, S. 298 ff.

835 *Stern*, Staatsrecht, Band IV/1, 2006, S. 907.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

währt die Wahrnehmung der Wettbewerbschancen.[836] Sie basiert auf Art. 12 Abs. 1 oder Art. 2 Abs. 1 GG, ohne dass dies grundsätzlich einen materiellen Unterschied bedeutet.[837] Auf EU-Ebene ist die Wettbewerbsfreiheit vor allem von Art. 16 GR-Charta erfasst, die die unternehmerische Freiheit sichert.[838]

2. Bedeutung von „Schutz der Wettbewerbsfreiheit"

Das Konzept der Wettbewerbsfreiheit beruht auf einem nicht definierbaren unverfälschten oder freien Wettbewerb.[839] Wie sich Wettbewerb ereignet, lässt sich nicht vorhersehen, da er aus wahrgenommenen Handlungsfreiheiten besteht. In welcher Weise ein Marktteilnehmer seine Wettbewerbsfreiheit gestaltet, bleibt ihm überlassen. Das Kartellrecht schafft einen äußeren Ordnungsrahmen, in dessen Rahmen sich Wettbewerb als Teil der Rechts- und Wirtschaftsordnung ereignet.[840] Das Kartellrecht gewährleistet in diesem Sinne, dass die Entschließungs- und Handlungsfrei-

---

836 Gloy/Loschelder/Erdmann/*Leistner/Facius*, Wettbewerbsrecht, 2010, § 14, Rn. 9.

837 Vgl. im Einzelnen zur verfassungsrechtlichen Gestaltung der Wettbewerbsfreiheit *Tsiliotis*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Wettbewerbsfreiheit und seine Einwirkung auf die privatrechtlichen Beziehungen, 2000, S. 62 ff. Zu Unterschieden aufgrund einer unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Verortung vgl. Gloy/Loschelder/Erdmann/*Leistner/Facius*, Wettbewerbsrecht, 2010, § 14, Rn. 5 ff.; zur Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtem Grundrecht vgl. *Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht, 2007, S. 149 ff.

838 Ausführlich zur europäischen Wettbewerbsfreiheit *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 4: Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 2711 ff.; vgl. *Sasse*, EuR 2012, 628, 629; Calliess/*Ruffert*, EUV/AEUV, 2016, Art. 16 EU-GR-Charta, Rn. 2. Die GR-Charta ist über den Verweis in Art. 6 Abs. 1 EUV rechtlich verbindliches und den Verträgen gleichrangiges Primärrecht.

839 Bekannt geworden, wenn auch nicht Konsens, ist *Fikentschers* Definition von Wettbewerb als „selbständiges Streben, sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch Inaussichtstellen günstig erscheinender Geschäftsverbindungen", s. *Fikentscher*, WuW 1961, 788, 798; erweiternd *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, Band II, 1983, S. 194 f.; vgl. zu einem faktischen Wettbewerb *Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht, 2007, S. 104.

840 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, § 11, Rn. 3; zu einer über den tatsächlichen Wettbewerbszustand hinausgehenden Wettbewerbsordnung *Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht, 2007, S. 160.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

heit der Unternehmen nicht unangemessen beschränkt werden.[841] Es schreibt ihnen negativ vor, welche Handlungen sie nicht vornehmen dürfen, im übrigen Handeln sind sie frei.[842] Daher sind die Erscheinungsformen von Wettbewerb nicht vorhersehbar.

Das Konzept der Wettbewerbsfreiheit ist darauf angelegt, Bedingungen zu schaffen, unter denen sich Austauschprozesse ereignen können. Es ist nicht darauf bedacht, positive Marktergebnisse zu fördern.

3. Schwächen des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit

Der naheliegendste Vorwurf gegen die Wettbewerbsfreiheit als kartellrechtlichen Schutzzweck richtet sich gegen ihren vermeintlich statischen Charakter, dass sie Marktstrukturen fixiert. Doch ist der Schutzbereich der Wettbewerbsfreiheit beschränkbar und insbesondere mit der Wettbewerbsfreiheit der übrigen Marktteilnehmer in Ausgleich zu bringen. Es ist systemimmanent, dass Marktteilnehmer sich auf Kosten anderer entwickeln. Marktein- und -austritte sind Teil des Wettbewerbs. Allein der Schutz der Wettbewerbsfreiheit führt also noch nicht zu einem Schutz der Wettbewerber statt des Wettbewerbs. Die Wettbewerbsfreiheit gewährt zunächst nur eine Chance, am Wettbewerb teilzunehmen, schützt aber nicht den Bestand einzelner Marktteilnehmer gegen ein ausgedehntes Wettbewerbsgebaren der Konkurrenten.[843] Auch dieses ist von der Wettbewerbsfreiheit geschützt.

Die Hauptschwäche des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit liegt darin, dass es das wettbewerbliche Verhalten, angesichts einer Vielzahl von Marktteilnehmern, mit sich bringt, die eigene Freiheit auf Kosten der Mitbewerber auszureizen. In diesen Situationen, in denen ein legitimer Wettbewerbsvorstoß die Freiheit der Konkurrenten beschränkt, bedarf das Konzept einer Abwägung, um die widerstreitenden Positionen in Ausgleich zu bringen. Fraglich ist, welcher Maßstab an die Abwägung anzule-

841 *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1988, S. 262; vgl. auch *Vanberg*, in: *Drexl/Kerber/Podszun*, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 44, 51.

842 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, § 11, Rn. 3.

843 Vgl. deutlich auch hinsichtlich des Schlagworts "We protect competition, you protect competitors" (provokant eingesetzt bei *Fox*, 26 World Competition 149-165 (2003)) *Drexl*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 312, 326.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen ist bzw. welche Wettbewerbsfreiheit, die des einen oder anderen Marktteilnehmers, nun vorrangig sein soll. Die Freiheit selbst kann eine solche Abwägung nicht bestimmen.[844] Sie kann als Abwägungsgegenstand nicht gleichzeitig den Maßstab vorgeben. Letztlich dürfte der Maßstab in der Gleichheit liegen, die allen Marktteilnehmern eine gleichberechtigte Teilnahmechance zugesteht.[845] Die Idee der Gleichheit in diesem Zusammenhang führt zwar immer noch nicht zu konkreten Abwägungskriterien, begründet aber, dass die Wettbewerbsfreiheiten einzelner Marktteilnehmer kollidieren können.

Der Vorwurf, der Schutz der Wettbewerbsfreiheit sei eine leere Formel, die ohne Ausgestaltung durch ökonomische Effizienzüberlegungen die konkrete Wettbewerbspolitik nicht umsetzen kann, wird dementsprechend erhoben.[846] Auch *Hoppmann* erkennt als das zentrale Problem der Wettbewerbsfreiheit, die globalen und abstrakten Regeln auf konkrete Freiheitsräume anzuwenden.[847] Zu überlegen bleibt, dass die Auslegung von Normen in einer privaten Rechtsordnung eine Selbstverständlichkeit ist und für sich noch keine Unbestimmtheit begründet. Auch sind die Schutzbereiche der Wettbewerbsfreiheit definiert.[848]

Der letztlich unbestimmbare rechtswidrige Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit wirkt sich weiterhin auf das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung aus. Ist die Wettbewerbsbeschränkung mit einem Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit definiert, fördert dies starre *per se*-Regeln, die nicht unbedingt mit der ökonomischen Wirklichkeit übereinstimmen müssen. So steht das Schutzkonzept der Wettbewerbsfreiheit der *per se*-Wettbewerbswidrigkeit nahe, während der Schutz des Wettbewerbsprozesses für eine konkrete Auswirkungsanalyse eines unternehmerischen Handelns auf den Prozess spricht. Eine Beeinträchtigung der Wettbe-

844 Vgl. *Zimmer*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 72, 76.

845 Angedeutet bei *Drexl*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 312, 326 f.

846 *Schmidtchen*, ORDO 2008, 143, 160 f.; ebenso die Wettbewerbsfreiheit differenzierend *Weizsäcker*, WuW 2007, 1078 ff.; kritisch *Möschel*, in: FS *Mestmäcker*, 2006, S. 355, 366; weitergehend zu dieser Kritik *Vanberg*, in: *Drexl/Kerber/Podszun*, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 44, 53.

847 *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1988, S. 263.

848 Vgl. zu dieser Kritik *Vanberg*, in: *Drexl/Kerber/Podszun*, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 44, 53.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werbsfreiheit ist weder eine notwendige noch eine hinreichende Voraussetzung für eine Wettbewerbsbeschränkung.[849]

Auch stellt sich die Frage, warum die Wettbewerbsfreiheit nur das unternehmerische Handeln im Wettbewerb schützt, nicht aber auch die Freiheit, ein Kartell zu bilden. Hier treffen dann doch über die reinen Wettbewerbsfreiheiten hinausgehende normative Ordnungsentscheidungen eine Wertung zugunsten des Wettbewerbsprozesses. Auch gibt es bekannte Schwierigkeiten, einen Belieferungszwang mit der verletzten Wettbewerbsfreiheit zu begründen. Entweder muss die Freiheit des Produzenten oder die des Abnehmers zurücktreten. Ein klares Abgrenzungskriterium bietet sich hier nicht.[850]

4. Prozessschützendes Verständnis als umfassendes Schutzkonzept

Das entscheidende Interesse des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit liegt darin, Austauschprozesse auf einem Markt zu ermöglichen.[851] So wie das Konzept individuell die Freiheit der einzelnen Marktteilnehmer zu Produktion und Auswahl sichert, so liegt doch sein eigentlicher Zweck in einem funktionierenden Wettbewerbsprozess. Schon *Hoppmann* betont, dass Wettbewerbsfreiheit keine „Freiheit zur Strukturkonservierung" bedeute.[852] Sie sichere nicht, dass Marktbeteiligte ewig ihre Stellung behaupteten, vielmehr betone sie die Freiheit leistungsfähiger Pioniere, erkenne also den Wert dynamischer Prozesse. Gerade Angebot und Nachfrage seien in dynamischen Prozessen veränderlich und nicht als statische Elemente gegeben. Die Wettbewerbsfreiheit versteht sich als Schutzkonzept ohnehin prozessorientiert, so dass sie, um ihrem dynamischen Ansatz gerecht zu werden, prozessuale Marktstrukturen benötigt und voraussetzt.

---

849 Streinz/*Eilmansberger*, EUV/AEUV, 2012, Art. 101 AEUV, Rn. 52; EuGH, Urteil vom 19.02.2002, Rs. C-309/99, *Wouters*, Slg. 2002, I-1577 (Tz. 97).

850 Vgl. *Zimmer*, in: *Zimmer* (Hrsg.), The goals of competition law, 2012, S. 486, 496; *Zimmer*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 72, 76.

851 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, § 11, Rn. 4; ähnlich *Parret*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 61, 67.

852 *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1988, S. 262; mit diesem Vorwurf gegen das Modell der vollständigen Konkurrenz wegen seines statischen Charakters aber *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1966, S. 137.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ein funktionierender Wettbewerbsprozess setzt wiederum eine Vielzahl an Wettbewerbern voraus, die gewillt sind, ihre Marktchance zu suchen und ihr Freiheitsrecht in einem Marktrisiko zu verwirklichen. Um Wettbewerb zu erreichen, ist es erforderlich, dass wirtschaftliche Freiheiten bestehen, die zu Austauschprozessen führen. Die Wettbewerbsfreiheit ist also eine notwendige Voraussetzung des Wettbewerbsprozesses.[853]

Der Wettbewerbsprozess ist nicht um seiner selbst willen geschützt, sondern verfolgt weiterreichende Ziele, wie eben die Ressourcenallokation oder auch weichere Ziele wie Erhalt der Arbeitsplätze oder die Steigerung der Lebensqualität etc. Die Wettbewerbsfreiheit als Voraussetzung und Bestandteil des Prozesses ist jedoch kein eigenständiger, über den Wettbewerbsprozess hinausgehender Schutzzweck.[854] Soweit ein Konflikt zwischen Wettbewerbsprozess und Wettbewerbsfreiheit besteht, hat das BVerfG entschieden, dass der Gesetzgeber nicht verpflichtet sei, die Wettbewerbsfreiheit überall und unter allen Bedingungen zu fördern bzw. abzusichern.[855] Im Falle eines Zielkonfliktes könne sich der Gesetzgeber gegen die Wettbewerbsfreiheit entscheiden.[856]

Die Frage, ob das Kartellrecht einen Individual- und/oder Institutionsschutz verfolge,[857] ist also folgendermaßen zu beantworten: Institutionsschutz, der jedoch einen Individualschutz voraussetzt und daher mittelbar auch erfasst.[858]

---

853 Langen/*Bunte*, Deutsches Kartellrecht, 2014, Einl. zum GWB, Rn. 76; Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 2, 2009, Grundfragen zu Art. 81 Abs. 1, Rn. 2.

854 Vgl. in diesem Sinne auch *Hoppmann*, ORDO 1967, 77, 79:

> Das Ziel der Wettbewerbspolitik ist ein Marktprozeß, der aus Wettbewerbsfreiheit herauswächst und in dem diese Freiheit gleichzeitig erhalten bleibt.

Differenzierend *Vanberg*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 44, 55.

855 BVerfG, Beschluss vom 26.11.1986, Az. BvR 1091/85, NJW 1987, 1397 – *Buchpreisbindungen im Buchhandel*.

856 Mit dieser Schlussfolgerung Langen/*Bunte*, Deutsches Kartellrecht, 2014, Einl. zum GWB, Rn. 77.

857 Ausführlich zum Schweizerischen Kartellrecht *Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, 2008, S. 297.

858 Vgl. zu einem zweitrangigen Individualschutz *Fuchs*, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008, S. 69, 75 f. Für einen reflexartig individualschützenden Schutzansatz im Lauterkeitsrecht *Podszun*, WRP 2009, 509, 510.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Wettbewerbsprozess, der sich über seine Funktionsbedingungen definiert, beinhaltet selbst in Teilen Freiheitspositionen. Auswahl und Vielfalt als Wettbewerbsprinzip meinen eben nicht nur eine objektive Vielzahl an Produkten, sondern auch die subjektive Freiheit, aus ihnen auszuwählen. Der potentielle Wettbewerb im Sinne eines Marktzutritts bedeutet, dass ein zukünftiger Wettbewerber seine Marktchance ergreifen wird. Auch dies ist Teil der Freiheit. Insofern zeichnet sich der Wettbewerbsprozess in seinen Prinzipien durchaus als ein Raum der Freiheit, der Wettbewerbsfreiheit, aus. Er dient also den Interessen, die die Wettbewerbsfreiheit verfolgt.[859] Einen weitergehenden Individualschutz, der nicht mehr dem Wettbewerbsprozess dient, kann das Kartellrecht nicht gewähren, ohne den Wettbewerbsprozess als eigenes beherrschendes Ziel und Berechtigung des Kartellrechts zu schwächen. Lieferanten sind nicht aufgrund ihrer Anbieterposition schützenswert, sondern allgemein als Austauschpartner auf einem Markt. Daher kann das Kartellrecht nur soweit einen Individualschutz leisten, als der Institutionsschutz gewahrt ist.

Auf die Einwendung, das Kartellrecht bleibe dann hinter seinem verfassungsrechtlichen Auftrag, die Wettbewerbsfreiheit zu sichern, zurück, ist zu entgegnen: Das Kartellrecht stellt zunächst eine Schranke, also eine Beschränkung der verfassungsrechtlichen Wettbewerbsfreiheit dar. Diese Schranke verfolgt aber nicht den Zweck, die Wettbewerbsfreiheit um ihrer selbst willen zu beschränken, sondern um einen Wettbewerbsprozess zu gestalten. Es ist gerade die Aufgabe des Kartellrechts, die Wettbewerbsfreiheit zu beschränken. Sonst würde im Sinne des Freiheitsparadoxons die Wettbewerbsfreiheit sich selbst verzehren.[860] Daher verlangt sie als individuelle Freiheit, dass sie beschränkt wird, um das Wettbewerbsinstitut zu sichern.

Die Wettbewerbsfreiheit ist kein verfassungsrechtlicher Selbstzweck, sondern ist eingebettet in die Wirtschaftsordnung des Staates. Sie dient als Handlungsfreiheit neben der Berufs- und Eigentumsfreiheit dazu, dem Wirtschaftssystem eine Ordnung zu verleihen. Daher kann ihr eigener Schutz nicht weiterreichen als der ihres Zwecks. Der Schutz der Wettbewerbsfreiheit endet also dort, wo sie über einen Institutionensschutz des Wettbewerbs hinausgeht.

---

859 *Parret*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 61, 67; *Zimmer*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 486, 495.

860 Vgl. zum Freiheitsparadox in wirtschaftlichem Zusammenhang *Fikentscher/Hacker/Podszun*, Fair Economcy, 2013, S. 51.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gleichzeitig ist festzustellen, um den Bedenken *Künzlers* zu begegnen, dass ein ausschließlicher Institutionsschutz *de facto* einem Marktergebnisansatz entspreche,[861] dass Wettbewerb mehr bedeutet als kurzfristig günstige Preise. Da der Wettbewerb in der Tat der Wohlfahrtssteigerung dient, ist die Wohlfahrt aber auch umfassend zu betrachten. An diesem Punkt ist der *more economic approach* mit der Wettbewerbsfreiheit in Ausgleich zu bringen: Wohlfahrt hat in einem normativen Verständnis einen Freiheitscharakter. Nicht nur statische Preis- und Mengenwirkungen kennzeichnen sie, sondern auch dynamische Parameter. Die Verwirklichung der dynamischen Parameter verlangt nun wiederum funktionierende Wettbewerbsprozesse, also Freiheitsräume wie Marktzugang, Auswahl und Vielfalt. In diesem Sinne sichert der Marktergebnisansatz letztlich die Freiheit der Marktteilnehmer, soweit sie für funktionierende Wettbewerbsprozesse erforderlich ist.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Schutz der Wettbewerbsfreiheit bereits in einem funktionierenden Wettbewerbsprozess mitenthalten ist.

III. Verhältnis des Wettbewerbsprozesses zu den übrigen Zielen des Wettbewerbsrechts – Mittel zum Zweck

Sowohl das europäische als auch das deutsche Kartellrecht bezwecken in seiner tatbestandsübergreifenden Konzeption einen Schutz des Wettbewerbsprozesses. Terminologisch zeigen sich Unterschiede (Wettbewerbsprozess/Freiheit des Wettbewerbs/Marktprozess), inhaltlich verfolgen aber beide Kartellrechtsordnungen das Ziel, offene Märkte zu erreichen, auf denen sich die Marktteilnehmer autonom bewegen, so dass der anderen Seite eine Auswahl offensteht. Dieser Wettbewerbsprozess ist jedoch kein Selbstzweck, sondern nur ein Mittel zu weiterreichenden Zielen.[862]

Art. 3 EUV gibt die Ziele der Union an. Die relevanten Ziele im Rahmen der Wirtschaftsverfassung finden sich in Abs. 3. Zunächst errichtet

---

861 *Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, 2008, S. 303.

862 *Parret*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 61, 62; *Zimmer*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 486, 490; in diese Richtung auch Streinz/*Eilmansberger*, EUV/AEUV, 2012, Art. 101 AEUV, Rn. 46; vgl. historisch zum Konflikt über den Wettbewerbscharakter als Ziel (eher *Hoppmann*) oder als Mittel (eher *Kantzenbach*) *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 2012, S. 40 f.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Union einen Binnenmarkt. Weiterhin sind aber auch ein ausgewogenes Wirtschaftswachstum, Preisstabilität, Vollbeschäftigung, sozialer Fortschritt, Verbesserung der Umweltqualität und die Förderung des wissenschaftlichen und technischen Fortschritts von Belang. Das Verhältnis zwischen Ressourcenallokation und Wettbewerb beschreibt Art. 120 S. 2 AEUV:[863]

> Die Mitgliedstaaten und die Union handeln im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, *wodurch* ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird […].

An dieser Stelle („wodurch") wird das instrumentelle Verständnis des Wettbewerbsprozesses bzw. der Marktstruktur für das weitergehende Ziel, den Ressourceneinsatz, deutlich.

Der EuGH bestätigt und präzisiert diese Struktur.[864] In *Walt Wilhelm* führte er aus, dass das Kartellverbot in erster Linie dem freien Warenverkehr auf einem gemeinsamen Markt diene, mittelbar werde es jedoch auch das Wirtschaftsleben positiv fördern im Sinne von ex-Art. 2 EWGV.[865] Auch in *Metro* bestätigt der EuGH, dass der wirksame Wettbewerb das Instrument sei, um die Ziele des Vertrages, insbesondere die Bildung eines

---

863 Diese Norm geht weitgehend unverändert auf den Vertrag von Maastricht 1993 zurück, vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Bandilla*, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 120 AEUV, Rn. 1.

864 Auch nach dem Lissabonvertrag trotz einer graduellen Verschiebung der Akzente wird der EuGH wohl bei einem instrumentellen Verständnis bleiben, vgl. Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1 GWB, Rn. 45; vgl. zum instrumentellen Funktionieren des Wettbewerbs in den USA *Stucke*, 53 Boston Coll. L. Rev. 551, 596 (2012).

865 EuGH, Urteil vom 13.02.1969, Rs. C-14/68, *Walt Wilhelm*, Slg. 1969, S. 1 (Tz. 5). Art. 2 EWGV von 1957 sagte:

> Aufgabe der Gemeinschaft ist es, durch die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und die schrittweise Annäherung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft, eine beständige und ausgewogene Wirtschaftsausweitung, eine größere Stabilität, eine beschleunigte Hebung der Lebenshaltung und engere Beziehungen zwischen den Staaten zu fördern, die in dieser Gemeinschaft zusammengeschlossen sind.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einzigen Marktes mit binnenmarktähnlichen Verhältnissen, zu erreichen.[866]

Mit zunehmender tatsächlicher Verwirklichung rückt der Binnenmarkt als Ziel in der EuGH-Rechtsprechung in den Hintergrund, während die effiziente Ressourcenallokation an seine Stelle als Hauptziel der Wettbewerbsordnung tritt. In *T-Mobile Netherlands* betont der EuGH die mittelbare Verknüpfung des Wettbewerbsprozesses mit den weiterreichenden Zielen, insbesondere der Effizienzförderung. Er stellt klar, dass ein weiterreichender Zweck der Verbraucherwohlfahrt sich nicht unmittelbar auf den Tatbestand der Wettbewerbsregeln auswirke, da es eben nur ein mittelbares Ziel sei. Eine Wettbewerbsbeschränkung setze also nicht voraus, dass die unternehmerische Maßnahme sich unmittelbar auf die Verbraucherpreise auswirke.[867] Diese richteten sich allein nach der „Struktur des Marktes und damit [dem] Wettbewerb als solchem."[868] Eine Wettbewerbsbeschränkung liege bereits dann vor, wenn die Verhaltensweise geeignet sei, den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen. Dieser Eingriff in die Wettbewerbsstruktur indiziere dann mittelbar auch negative Auswirkungen auf weitergehende Zwecke, wie in *T-Mobile Netherlands* auf die Verbraucherwohlfahrt.[869]

Die Kommission orientiert sich in jüngerer Zeit zunehmend am Ziel der Verbraucherwohlfahrt.[870] Gerade ihre Äußerungen im Diskussions- und Prioritätenpapier waren zum Schutzzweck des Missbrauchstatbestands nicht immer eindeutig, wie sehr sie den Wettbewerbsprozess als Mittel ansieht oder sich ausschließlich an Effizienzgesichtspunkten orientiert.

---

866 EuGH, Urteil vom 25.10.1977, Rs. C- 26/76 – *Metro SB-Großmärkte*, Slg. 1977, S. 1875 (Tz. 20); vgl. *Parret*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 61, 63.

867 EuGH, Urteil vom 04.06.2009, Rs. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009, I-4529 (Tz. 39).

868 EuGH, Urteil vom 04.06.2009, Rs. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009, I-4529 (Tz. 38). Zu einem mittelbaren Verbraucherschutz ausdrücklich *GA Kokott*, Schlussanträge vom 19.02.2009, Rs. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009, I-4529 (Tz. 58).

869 *GA Kokott*, Schlussanträge vom 19.02.2009, Rs. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009, I-4529 (Tz. 59).

870 Zu einer Unterordnung der Binnenmarktintegration unter die Förderung des Wohlstandes im Ansatz der Kommission vgl. Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 241; zu einer ambivalenten Haltung der Kommission, der Effizienz und prozessuale Erwägungen beinhaltet, vgl. *Frenz*, WRP 2013, 428, 431.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ebenso sind die Aussagen in den Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3 EGV nicht eindeutig zu verstehen:[871]

> Art. 81 soll den Wettbewerb im Markt schützen, um den Wohlstand der Verbraucher zu fördern und eine effiziente Ressourcenallokation zu gewährleisten.

Es ist nicht klar, ob die Kommission weiterhin den Wettbewerb als ergebnisoffenen Prozess schützt, der dann zu einer optimalen Ressourcenallokation führt, oder ob sie ergebnisorientiert ihre Wettbewerbspolitik an der Verbraucherwohlfahrt ausrichtet. Dann wäre der Schutz eines freien Wettbewerbsprozesses nurmehr ein Lippenbekenntnis.

Erst in einem Gesamtkontext, wie oben in den Fallgruppen dargestellt,[872] offenbart die Kommission die Tendenz, das wettbewerbspolitische Leitbild in Richtung Verbraucherwohlfahrt zu verschieben. Dem ist entgegenzuhalten, dass bereits der Wettbewerbsprozess an sich zu einer effizienten Ressourcenallokation führt, da die Bevölkerung im Wettbewerbsgleichgewicht die Menge an Gütern erhält, die zu einer maximalen Gesamtwohlfahrt führt. Ausweislich der Vertragsnormen ist die Ressourcenallokation ein weiterreichender Zweck, ein weiterreichender mittelbarer Zweck. Schon Art. 101 AEUV offenbart, dass er mehrere ökonomische, zum Teil widersprüchliche, Interessen berücksichtigt. Ist Abs. 1, der den unbeschränkten Wettbewerb schützt, an der allokativen Effizienz ausgerichtet, berücksichtigt Abs. 3 produktive und dynamische Vorteile, die die Marktteilnehmer selbst verwirklichen können.

Auch das GWB verfolgt, wie das europäische Kartellrecht, ein instrumentelles Wettbewerbsverständnis.

Der Gesetzgeber hat sich in der Begründung zum Entwurf des GWB geäußert, dass das GWB[873]

> die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen [soll], wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt.

---

871 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 Nr. C 101/97, Rn. 13; vgl. *Fuchs,* in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008, S. 69, 76.

872 Vgl. oben S. 67.

873 Entwurf des GWB, BT-Drucks. 02/1158 vom 22.01.1953, S. 21 f.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> Die freie Unternehmerwirtschaft, die Freiheit der Konsumwahl und die freie Preisbildung [sind] das leistungsfähigste und der allgemeinen Wohlstandsförderung am ehesten dienende Wirtschaftssystem.

Bereits in diesem historischen Kontext wird deutlich, dass das GWB zwar einen ergebnisoffenen Wettbewerb vor Augen hat, dennoch ein „Schutz des Wettbewerbs an sich" bzw. „als Institution" nicht bedeutet, dass der Wettbewerbsprozess ein Selbstzweck sei.[874] Das GWB verfolgt als Element der Wirtschaftsordnung eine wirtschaftspolitische Zielsetzung. Ihm geht es über den Wettbewerb hinaus um eine leistungsgerechte Einkommensverteilung, Ressourcenallokation, Konsumentensouveränität sowie wissenschaftlichen und technischen Fortschritt.[875]

Auch die dem GWB zugrundeliegende ordoliberale Tradition ging von einem instrumentellen Verständnis des Wettbewerbs aus.[876] Die Freiburger Schule richtete ihr Konzept der Wettbewerbsfreiheit v. a. gegen den Missbrauch von Machtpositionen im Markt. *Eucken* vertritt in seinen staatspolitischen Grundsätzen der Wirtschaftspolitik ein funktionales Verständnis, dass Wettbewerb sich v. a. gegen Marktmacht richtet:[877]

> Die Politik des Staates sollte darauf gerichtet sein, wirtschaftliche Machtgruppen aufzulösen oder ihre Funktionen zu begrenzen.

Auch sieht *Eucken* den Wettbewerbsprozess nur als Methode, um eine freiheitliche und demokratische Gesellschaft zu entwickeln:[878]

> Das *Problem* besteht […] in dem Aufbau einer funktionsfähigen und menschenwürdi-gen Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft. Die *Methode* besteht darin, daß ein entschiedenes Ordnungswollen sich auf die Gestaltung der Wirtschaftsformen erstreckt aber auch beschränkt, während der Wirtschaftsprozeß selbst seiner Eigengesetzlichkeit überlassen wird.

---

874 *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 2012, S. 96; *Fleischer/Zimmer*, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008, S. 16; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 318.

875 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 318; zu weiteren Zielen des Wettbewerbsrechts vgl. Dauses/*Hoffmann*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 2011, H I. § 1, Rn. 6.

876 *Maier-Rigaud*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 132, 140 ff.

877 *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 2004 (1952), S. 334.

878 *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 2004 (1952), S. 369 (Hervorhebungen und Auslassungen durch den Autor).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auch wenn der Wettbewerb seiner „Eigengesetzlichkeit" überlassen wird, bedeutet das im Sinne *Euckens* nicht, dass er sich selbst genüge. Vielmehr stellt er immer nur die „Methode" dar, um weiterreichende gesellschaftspolitische (in anderen Äußerungen auch ökonomische) Ziele zu erreichen. In der ordoliberalen Tradition kann der Wettbewerb also nicht nur als ein Selbstzweck verstanden werden, sondern, unabhängig von den einzelnen Zielen, auch instrumentell.

Abschließend ist also festzuhalten, dass der Wettbewerb ein Mittel zu weiterreichenden Zwecken, insbesondere der Errichtung des Binnenmarktes und der Ressourcenallokation ist.

IV. Bedeutung des Wettbewerbsprozesses – Schutz seiner Funktionsbedingungen

Wettbewerb als solches ist ein Phänomen, das sich als stets wandelbarer Prozess nicht ohne weiteres definieren lässt.[879] Weder der AEUV noch das GWB bieten eine Definition des Wettbewerbsbegriffs. Insofern lässt sich nur am Maßstab der Regelungsziele ablesen, allen voran der Marktintegration nach Art. 3 Abs. 3 EUV, ob ein unternehmerisches Verhalten den Wettbewerb beschränkt. Um konkret und im Einzelfall eine unternehmerische Maßnahme als Wettbewerbsbeschränkung zu identifizieren, braucht es klare Abgrenzungen. Diese orientieren sich an den Funktionen, die der Wettbewerb erfüllt, und den Bedingungen, denen er unterliegt. Gleichwohl wird sich angesichts ständig verändernder und sich anpassender Marktprozesse ein positives System von Verhaltensregeln, das eine Bedingung für funktionierenden Wettbewerb ist, nicht bestimmen lassen.[880] Mangels positiver Kenntnis, was Wettbewerb ausmacht, lassen sich die Funktionsbedingungen nur negativ ableiten, um Wettbewerbsbeschränkungen zu vermeiden.[881] Der Wettbewerbsprozess bringt fortwährend neue und nicht vorhersehbare Probleme hervor, so dass sich ein Marktsys-

879 *Köhler*, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, 1977, S. 3; *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1988, S. 235 f.; vgl. zu den „living conditions" des Wettbewerbsprozesses *Zimmer*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 486, 490.

880 *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1988, S. 132.

881 Zum Begriff der Wettbewerbsbeschränkung als Kategorie für „Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs" Frankfurter Kommentar/ *Roth/Ackermann*, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 234 f.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tem mit klaren Verhaltensregeln über das Funktionieren von Wettbewerb nicht ausarbeiten lässt. Ein Marktsystem setzt voraus, dass die Beteiligten aufgrund eigener Impulse, eigenen Wissens und eigener Ziele handeln.[882] Auch bei *Fox* klingen aus US-amerikanischer Perspektive die Bedeutung der Funktionsbedingungen des Wettbewerbs zur Steigerung der Effizienz an, allerdings ohne den Begriff der „Funktionsbedingung" zu verwenden:[883]

> [Antitrust law] can preserve an environment in which firms have the incentive to behave rivalrously and in which upstarts have a clear and open path to wage their challenges. This process or open-market perspective helps to preserve the incentives that produce productive, dynamic, and market efficiency.

1. Bedeutung der Wettbewerbsfreiheit für den Marktprozess

Immer wieder werden sich diese Funktionsbedingungen für eine eigene autonome und dezentrale unternehmerische Entscheidung auf die Wettbewerbsfreiheit zurückführen lassen. In der bundesverfassungsgerichtlichen Definition der Wettbewerbsfreiheit wird die Bedeutung der Funktionsbedingungen erkennbar:[884]

> Art. 12 GG sichert […] die Freiheit zur Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen.

Die Wettbewerbsfreiheit gewährt keinen Anspruch auf unternehmerischen Erfolg, sondern gibt nur eine Teilnahmechance am Markt. Die Wettbewerbsfreiheit ist Grundlage und Ziel zahlreicher Funktionen, aber kein unbedingtes Ziel, sondern nur nach Maßgabe der Funktionsbedingungen. Nicht jede Vereinbarung zwischen Unternehmen beschränkt den Wettbewerb, auch wenn sie, wie jeder Vertrag, in gewissem Maße die eigene Handlungsfreiheit einschränkt. Eine Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit kann eine prozessfördernde Wirkung haben und sich positiv auf die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs auswirken, beispielsweise wenn

---

882 *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1988, S. 130.

883 *Fox*, in: *Pitofsky* (Hrsg.), How the Chicago School overshot the mark, 2008, S. 77, 79.

884 BVerfGE 105, 252, 265; zweifelhaft, ob die Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit auf die Funktionsbedingungen den Schutzbereich betrifft oder eher die Schranken, vgl. Gloy/Loschelder/Erdmann/*Leistner/Facius*, Wettbewerbsrecht, 2010, § 14, Rn. 9, Fn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sie erst den Marktzutritt oder eine Erweiterung des Tätigkeitsgebiets ermöglicht.[885]

Um abzusehen, in welchem Maße der Wettbewerb beeinträchtigt ist, braucht es einen Maßstab in Form der Wettbewerbsfunktionen ohne die Beschränkung. Entscheidend ist also nicht, ob der beschränkte Wettbewerb von einem gewünschten Marktergebnis, sondern von einer hypothetischen Wettbewerbssituation ohne Beschränkung abweicht. In diesem Sinne stellt die Rechtsprechung in ihrem „Konzept" auf den funktionsfähigen bzw. wirksamen Wettbewerb ab.[886] Diese geschützten Funktionen sind aus der Wettbewerbsordnung selbst abzuleiten.

2. Der umfassende Schutz des Wettbewerbs

Der Wettbewerb ist umfassend in allen denkbaren Erscheinungsformen geschützt. Er erfasst sämtliche Marktstufen, auch vorgelagerte Produktions- oder nachgelagerte Vertriebsstufen einschließlich des *intrabrand*-Wettbewerbs und den aktuellen und potentiellen Wettbewerb.[887] Wie Art. 101 Abs. 3 AEUV darlegt, sind nicht nur statische, sondern ebenso dynamische Aspekte, wie technischer und wirtschaftlicher Fortschritt, zu

885 EuGH, Urteil vom 30.06.1966, Rs. C-56/65, *LTM,* Slg. 1966, 282, 304; Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 244 mit Hinweis auf Ermöglichung des Markteintritts und Förderung des *interbrand*-Wettbewerbs; vertiefend Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 324 ff., 340 f.

886 Mit dem Begriff des „workable competition" EuGH, Urteil vom 25.10.1977, Rs. C-26/76, *Metro SB-Großmärkte*, Slg. 1977, 1875 (Tz. 20); EuG, Urteil vom 12.12.1996, Rs. T-88/92, *Leclerc*, Slg. 1996, II-1961 (Tz. 107); vgl. zu Einschränkungen des Modells des funktionsfähigen Wettbewerbs in der europäischen Rechtsanwendung Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Schuhmacher*, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 101 AEUV, Rn. 14; Schröter/Jakob/Klotz/Mederer/*Schröter/Voet van Vormizeele*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 Abs. 1, Rn. 74.

887 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Schuhmacher*, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 101 AEUV, Rn. 15; Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 249 ff., 258 ff.; Schröter/Jakob/Klotz/Mederer/*Schröter/Voet van Vormizeele*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 Abs. 1, Rn. 77 f.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

berücksichtigen. Es ist also auf sämtliche Wettbewerbsparameter, wie Preis, Menge, Qualität und Innovation abzustellen.[888]

3. Funktionsbedingungen im Einzelnen

Im Einzelnen sind folgende Funktionsbedingungen erkennbar:

Die *Wettbewerbsfreiheit* bleibt auch in einem instrumentellen Verständnis des Wettbewerbs als Mittel für die vertraglich niedergelegten Zwecke eine zu schützende Funktion. Schließlich geht jeder Vorstoß- und Auswahlprozess von einer autonomen Entscheidung der Marktteilnehmer aus.

Die wohl bedeutendste Bedingung für einen Wettbewerbsprozess liegt *im freien Marktzugang*. Dieser sichert den Wettbewerbern, ihre Handlungsfreiheit wahrzunehmen und fördert die potentielle Konkurrenz.[889] Die Marktteilnehmer nehmen ihre Teilnahmechance gleichberechtigt wahr. Der Wettbewerbsfreiheit ist als Freiheitsrecht ein Gleichheitscharakter immanent, dass der Grundrechtsverpflichtete die Freiheit in gleicher Weise gewährt.[890] Diese „Wettbewerbsgleichheit" ist nicht nur auf horizontale Sachverhalte anwendbar, z. B. staatlich gewährte Subventionen, sondern auch vertikal. Anbieter und Nachfrager sind als Marktteilnehmer „relativ gleich", da ihre vorstoßende und auswählende Rolle austauschbar ist. Ihre Belange sind also gleich (spiegelbildlich) zu gewichten, eine Ungleichbehandlung ist nur aus einem sachlichen Grund heraus möglich. Ob wohlfahrtsökonomische Vorteile von Nachfragemacht eine Ungleichbehandlung rechtfertigen, ist zweifelhaft, da sich die zugrundeliegenden Modelle meist auf kurzfristige statische Wirkungen beschränken. Eher führt

---

888 Vgl. v. a. zum dynamischen Charakter des Wettbewerbs im Sinne von *Hayek* und *Schumpeter, Kerber*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 173, 175 ff.

889 EuGH, Urteil vom 28.02.1991, Rs. C-234/89, *Delimitis*, Slg. 1991, I-935 (Tz. 27).

890 S. *Tsiliotis*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Wettbewerbsfreiheit und seine Einwirkung auf die privatrechtlichen Beziehungen, 2000, S. 115:

> Jedes Freiheitsrecht enthält ein Element von Gleichheit, sofern es in rechtlich gleicher Art für alle seine Träger ausgeübt werden muss.

Vgl. für das Kartellrecht auch *Drexl*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 312, 326 f.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ein ergebnisoffener Wettbewerbsprozess zu einer optimalen Ressourcenallokation.

Oben behandelt die Arbeit bereits das Ziel der *Marktintegration*.[891] Der EuGH verfolgt es ausdrücklich in der *Consten und Grundig*-Entscheidung, in der er eine Gebietsabschottung beurteilt.[892] Auch in den Fällen des Parallelimports von Arzneimitteln bezieht sich der EuGH eher auf die Marktintegration als Funktionsbedingung als auf negative Wohlfahrtswirkungen für Verbraucher. Er missbilligt Behinderungen von Parallelimporten unabhängig von einer konkreten Auswirkungsanalyse bereits deshalb, weil sie den Binnenmarkt beschränken.[893]

Mittels *offener Marktprozesse* sollen eine *optimale Ressourcenallokation* und eine *positive wirtschaftliche Entwicklung* gewährleistet sein. Innerhalb dieser Funktionen sind dann auch ökonomische Auswirkungen zu beachten.[894] Gleichwohl garantiert das Kartellrecht auf der ersten Stufe im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV ergebnisoffene Marktprozesse. Eine auswirkungsbezogene Analyse erfolgt erst auf der zweiten Stufe im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV mit der Effizienzeinrede.

Eine Beschränkung des Wettbewerbs wird erst dann zu einer tatbestandlichen Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie sich auf die Funktionen *auswirkt*.[895] Solange sie nicht *spürbar* ist, besteht kein Anlass für einen Eingriff.

Schließlich kommt der *Marktgegenseite* als Ziel jedes Wettbewerbsbemühens eine besondere Funktion im Wettbewerbsprozess zu. Ihre Interessen sind über Art. 101 Abs. 3 AEUV mitzuberücksichtigen. Eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung lässt sich mit positiven Auswirkungen auf Effizienzen, die zugunsten der Marktgegenseite auftreten, rechtferti-

---

891 Vgl. oben S. 229.

892 EuGH, Urteil vom 13.07.1966, Rs. C-56/64, *Consten und Grundig*, Slg. 1966, 322, 388.

893 EuGH, Urteil vom 16.09.2008, Rs. C-468/06, *Sot. Lélos kai Sia*, Slg. 2008, I-7139 (Tz. 65); vgl. dazu Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 244.

894 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Schuhmacher*, Das Recht der Europäischen Union, 2016, Art. 101 AEUV, Rn. 11.

895 Grundlegend EuGH, Urteil vom 09.07.1969, Rs. C-5/69, *Völk*, Slg. 1969, 295 (Tz. 7); EuGH, Urteil vom 21.01.1999, Rs. C-215/96, *Bagnasco*, Slg. 1999, I-135 (Tz. 34); in diesem Sinne auch EU-Kommission, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 81 Abs. 1 nicht spürbar beeinträchtigen (*de minimis*), ABl. 2001 C-368/13.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen. Dem Wortlaut zufolge sichert die Effizienzeinrede zunächst nur Vorteile der Verbraucher. Doch ist in einer funktionellen Auslegung der Verbraucherbegriff des Art. 101 Abs. 3 AEUV als Marktgegenseite zu verstehen, da sonst diese Rechtfertigungsmöglichkeit im Bereich von Nachfragekartellen ins Leere liefe.[896] Über die positiven Effizienzwirkungen hinaus sichert Abs. 3 aber auch den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren. Damit soll zum einen der Wettbewerbsdruck aufrechterhalten bleiben, damit die Unternehmen die Effizienzvorteile auch tatsächlich an die Marktgegenseite weiterreichen.

Zum anderen sichert der im Übrigen erhaltene Wettbewerb der Marktgegenseite eine *Auswahl/Vielfalt* im Angebot bzw. in der Nachfrage. Ohne ein vielfältiges Angebot haben die Abnehmer keine Auswahl. Ein überlegenes Produkt bräuchte sich nicht im Wettbewerb durchzusetzen.

Folge des Wettbewerbsprozesses in Form der Konkurrenz ist eine *Auswahl der Marktgegenseite*. Sie kann verschiedene Angebote bewerten und aus mehreren Alternativen auswählen. Um nicht nur dem äußeren Anschein nach eine Auswahl zwischen mehreren Nachfragern zu haben, sind auch vertikale Bezugsbindungen zu berücksichtigen, die eine an sich mögliche Auswahl einschränken können.[897] Diese beiden (Wettbewerbs-) Freiheiten, auf der einen Seite in einen Markt vorzustoßen und zu imitieren und auf der anderen Seite aus einer Vielfalt auszuwählen, begründen den Wettbewerbsprozess.[898] Diese Freiheiten bedingen sich gegenseitig und stehen miteinander in Wechselwirkungen. Sie sind sowohl Voraussetzung als auch Konsequenz des Wettbewerbsprozesses.[899]

Der Wettbewerbsprozess verlangt eine „Entscheidung" der Marktteilnehmer über Angebot und Nachfrage. Eine Entscheidung kann aber nur treffen, wer eine Wahl hat. Die Anbieter auf einem monopsonistischen Markt haben nur die Entscheidung, ob sie den Monopsonisten beliefern oder nicht. Somit verbleibt selbst im Extremfall eines einzigen Abnehmers immer auch eine Entscheidung, den Markt zu verlassen. Eine echte Auswahlentscheidung zwischen mehreren Nachfragern besteht jedoch nicht.

---

896 Vgl. unten S. 306.

897 *Köhler*, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, 1977, S. 37; vgl. *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1988, S. 241.

898 *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1988, S. 241.

899 *Hoppmann*, in: *Schneider* (Hrsg.), Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Berlin 1968, S. 9, 15, 43.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auswahl und Marktmacht sind daher grundsätzlich nicht miteinander vereinbare Gegensätze.

V. Zwischenergebnis

Auf die zu Beginn dieses normativen Abschnitts gestellte Forschungsfrage lassen sich bis hierhin folgende Antworten geben. Die Forschungsfrage lautete: Begründen die normativen Grundlagen des Kartellrechts einen Schutzzweck, der zu einer asymmetrischen Beurteilung von Angebots- und Nachfragemärkten führt?

Folgende Zwischenergebnisse lassen sich zusammenfassen:

1. Das gesamte Kartellrecht schützt in seiner übergreifenden Konzeption den Wettbewerbsprozess als Instrument für verfassungsrechtlich verankerte Zwecke, wie die Binnenmarktintegration oder die Ressourcenallokation.
2. Wettbewerb ist kein positiv zu erfassender Prozess. Er ist daher negativ vor Beeinträchtigungen seiner Funktionen und Bedingungen zu schützen. Aus Lieferantenperspektive stellt die Auswahl der Marktgegenseite die maßgebliche Funktionsbedingung dar, um einen Evaluationsprozess zu erreichen.
3. Der Wettbewerbsprozess umfasst die Interessen, die die Wettbewerbsfreiheit schützt, in Form dezentral und von den Marktbeteiligten autonom gesteuerten Marktprozessen. Daher braucht es keines eigenständigen Schutzes der Wettbewerbsfreiheit.
4. Das europäische und deutsche Kartellrecht verfolgen einen institutsorientierten Schutzansatz. Sie schützen die individuelle Wettbewerbsfreiheit reflexartig nur soweit, als sie einem wettbewerblichen Austauschprozess dient.
5. Das GWB verfolgt in § 1 einen mit Art. 101 AEUV identischen Schutzzweck. Auch in der rein innerstaatlichen Anwendung ist § 1 GWB dahingehend auszulegen, einen Wettbewerbsprozess zum Zweck der europäischen Binnenmarktintegration und Ressourcenallokation zu fördern.
6. Ein offener Wettbewerbsprozess als Schutzzweck des Missbrauchsverbots spricht sich dagegen aus, den Tatbestand einseitig zur Wohlfahrtssteigerung einzelner Marktstufen, wie der Verbraucher, auszulegen. Vielmehr sind in einem abstrakten Marktprozess die Anbieter/Abnehmer und Unternehmer/Verbraucher austauschbar. Der Wettbewerbs-

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

prozess besteht allein aus der Konkurrenz auf der einen Seite und der Auswahl der Marktgegenseite.

Der bis zu dieser Stelle dargelegte Schutzzweck des Wettbewerbsprozesses spricht sich für eine symmetrische Beurteilung von Angebots- und Nachfragemärkten aus. Dieser institutsorientierte Ansatz wertet die Marktbeteiligten gleich. Seine Funktionsbedingungen orientieren sich an einem offenen Marktzugang und einem vielfältigen Angebot sowie einer Auswahl der Marktgegenseite. Im Sinne eines Wirtschaftskreislaufes kennt der Wettbewerbsprozess an sich keine vor- und nachgelagerten oder Unternehmer- und Verbrauchermärkte, sondern wertneutral nur die eine und die andere Seite. Ein Prozess und Marktstruktur schützender Zweck des Kartellrechts betrachtet daher Nachfrage- und Angebotsmärkte symmetrisch.

C) Wohlfahrtsförderung als kartellrechtlicher Schutzzweck – das „Ob"

I. Einleitung

Anders als die Effizienz im wirtschaftswissenschaftlichen Sinne, auf die die Arbeit oben in den ökonomischen Auswirkungen von Nachfragemacht eingegangen ist,[900] ist die Effizienz in einem rechtswissenschaftlichen Sinne ein inhaltlich und in seiner Reichweite unbestimmter Begriff.[901] Seitdem der deutsche und europäische Gesetzgeber Effizienz als eine Art Tatbestandsmerkmal verwenden, hat sich der Begriff zudem zu einem Rechtsterminus entwickelt.[902] Die Arbeit beschränkt sich auf den Effizienzbegriff innerhalb des Kartellrechts. Im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen, wie dem Handels- oder Gesellschaftsrecht, ist die Effizienz ein

---

900 Auch das wirtschaftswissenschaftliche Effizienzkriterium ist nicht eindeutig, vgl. *Fleischer/Zimmer*, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008, S. 12; vgl. bereits zum Begriff der allokativen Effizienz S. 192, der produktiven Effizienz S. 203 und der dynamischen Effizienz S. 204.

901 *Fleischer/Zimmer*, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008, S. 12.

902 Darauf hinweisend *Fleischer/Zimmer*, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008, S. 13; a. A. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005, S. 55 f., der einen eigenständigen Effizienzbegriff der Rechtswissenschaft verneint.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

im Kartellrecht fest verwurzelter Begriff. Dennoch gibt es begriffliche Unschärfen zwischen Effizienz und Wohlfahrt, die meist synonym bzw. undifferenziert verwendet werden. Effizienz gilt dann wohl eher als das übergreifende politische Ziel, während die Wohlfahrt die konkrete Auswirkungsanalyse beschreibt.[903]

Der wirksame Wettbewerb – und mit ihm der Binnenmarkt und das System des unverfälschten Wettbewerbs – hat das Ziel, Ressourcen effizient zu verwenden und die Verbraucher optimal zu versorgen.[904] Die dogmatische Herleitung dieses zweiten Zwecks der Wettbewerbsregeln – neben dem Schutz des Wettbewerbsprozess – ist nicht eindeutig. Die Kommission wählt eine Tatsachenargumentation, dass der wirksame Wettbewerb einer optimalen Ressourcenallokation diene. Damit sei auch sie ein Ziel des Art. 101 AEUV:[905]

> Artikel 81 soll den Wettbewerb im Markt schützen, um den Wohlstand der Verbraucher zu fördern und eine effiziente Ressourcenallokation zu gewährleisten. Wettbewerb und Marktintegration dienen diesen Zielen, da die Schaffung und Erhaltung eines offenen Binnenmarktes eine effiziente Ressourcenallokation in der gesamten Gemeinschaft zum Wohle der Verbraucher fördert.

In diesen Zeilen tritt schon die Ansicht der Kommission hervor, dass das Kartellverbot mit der Ressourcenallokation im Sinne des Verbraucherwohls einem weiteren Zweck dient als allein dem „System Wettbewerb" im Sinne der Marktintegration.

Problematisch scheint es, die Ressourcenallokation zum Wohl der gesamten Gemeinschaft zu fördern. Die Rolle der Individuen, die eine moderne Gesellschaft bilden, wird in diesem kollektiven Schutzansatz vernachlässigt. Die Akzeptanz einer Rechtsordnung hängt nicht nur von ihrer Vorteilhaftigkeit für das Gesamtwohl ab, sondern auch davon, dass jedes Individuum sie zumindest größtenteils für sich annimmt.[906] Der kartellrechtliche Schutzzweck kann daher nicht nur von seinem ökonomischen Nutzen her erklärt werden, sondern erfasst auch eine normative Dimensi-

---

903 In diesem Sinne und zu den einzelnen Begriffen ausführlich *Parret*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 61, 68 f.

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

905 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 Nr. C 101/97, Rn. 13; EuGH, Urteil vom 07.01.2004, Rs. C-204/00*, Aalborg Portland*, Slg. 2004, I-123 (Tz. 53).

906 Vgl. *Drexl*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 312, 314.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

on. Die folgenden Ausführungen werden sich daher vorwiegend mit der normativen Verankerung des Schutzzwecks Effizienzförderung beschäftigen.

II. Effizienz als Schutzzweck im europäischen Recht

Wie im vorangegangenen Punkt der Zweck/Mittel-Beziehung zwischen Wettbewerbsprozess und weiteren Zielen bereits dargelegt, verfolgt das Kartellrecht einen weitergehenden Zweck der Ressourcenallokation und Wohlfahrtsförderung. Der Wettbewerbsprozess dient diesen Zielen als Instrument. Hier geht es nur mehr darum, wie die ökonomische Zielsetzung normativ verankert ist.

Auf die Frage einer tatbestandlichen Effizienzeinrede soll nur am Rande eingegangen werden. Sie hängt zwar generell mit der Ökonomisierung des Kartellrechts zusammen, klärt jedoch nicht die Frage, ob die Wohlfahrtserwägungen als Schutzzweck die asymmetrische Beurteilung von Nachfragemärkten begründen, und liegt daher außerhalb der Forschungsfrage.

1. Normative Anlage von Wohlstandsförderung in den allgemeinen Normen

Nicht nur die kartellrechtlichen Normen verwerten in ihrem Tatbestand ökonomische Erkenntnisse. Auch die allgemeinen primärrechtlichen Regelungen und Entstehungsdokumente belegen eine wirtschafts- und wohlstandsfördernde Ausrichtung des Unionsrechts.

In der Vor-Lissabon-Fassung der Verträge zeigen die ex-Art. 3 Abs. 1 lit. m EGV i.V.m. ex-Art. 2 und 98 EGV, dass die Union vor allem auch eine Wirtschaftsgemeinschaft ist „zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Industrie der Gemeinschaft". Die Union hat jedoch nicht nur zum Ziel, die allgemeine wirtschaftliche Lage abstrakt zu fördern, sondern auch unter sozialen Gesichtspunkten den Lebensstandard der einzelnen Unionsbürger zu heben (Art. 3 Abs. 3 EUV). Art. 120 AEUV zeigt darüber hinaus, dass es der Union eben nicht nur um allgemeines Wirtschaftswachstum geht, sondern konkret darum, mit Wettbewerb den effizienten Einsatz der Ressourcen zu fördern. Was im Einzelnen unter diesem Effizienzziel

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu verstehen ist (das „Wie" der Wohlstandsförderung), folgt später.[907] Zunächst ist festzuhalten, dass das europäische Primärrecht eine Wohlstands- und Effizienzförderung an sich beabsichtigt.

Auch aus den Materialien zum EG-Vertrag geht hervor, dass der Gemeinsame Markt die wirtschaftliche Prosperität bzw. den Lebensstandard steigern sollte.[908]

2. Wohlstandsförderung in den kartellrechtlichen Normen

Auch wenn die einzelnen kartellrechtlichen Normen im Wortlaut keine ausdrückliche wohlfahrtsgerichtete Zielbestimmung enthalten, kennen sie doch Effizienzkriterien. Wohlfahrtserwägungen sind ihnen also zumindest nicht fremd.

a) Art. 101 AEUV

Während Art. 101 Abs. 1 AEUV von der „Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs" spricht, wählt Art. 101 Abs. 3 AEUV einen positiven Ansatz. Soweit eine Wettbewerbsbeschränkung positive Auswirkungen im Sinne des Abs. 3 zeigt, ist sie gerechtfertigt. Doch auch Abs. 1 berücksichtigt, gerade für das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung die ökonomischen Auswirkungen einer Maßnahme, freilich ohne dass dies zu einer *rule of reason* führen würde.

Anerkannt sind beispielsweise Tatbestandsbeschränkungen bei notwendigen wettbewerbsbeschränkenden Nebenabreden, um einen kartellrechtlich neutralen Zweck zu erreichen oder bei Wettbewerbsbeschränkungen,

907 Ausführlich ab S. 276.

908 Bericht der Delegationsleiter des von der Konferenz von Messina eingesetzten Regierungsausschusses an die Außenminister (*Spaak*-Bericht) vom 21.04.1956, abgedruckt bei *Schulze/Hoeren*, Dokumente zum Europäischen Recht, Band 1: Gründungsverträge, 1999, S. 755; vgl. *Fleischer/Zimmer*, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008, S. 15 f.; *Schweitzer*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 169, 170 f.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die erst eine Teilnahme am Markt ermöglichen.[909] Letztere Fallgruppe erfasst beispielsweise Einkaufskooperationen, deren einzelne Mitglieder wegen ihres geringen Einkaufsvolumens die Mindestumsatzschwelle zur Belieferung bei einem Anbieter alleine nicht erreichen würden.

Die Kommission geht im Rahmen des *more economic approach* über einen prozessorientierten Begriff der Wettbewerbsbeschränkung hinaus und verlangt für eine Wettbewerbsbeschränkung „spürbare negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsparameter im Markt wie Preise, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt und Innovation."[910]

Diese Auswirkungsanalyse geht über die traditionell geforderten Kriterien einer Wettbewerbsbeschränkung hinaus, wie eingeschränkte Handlungsmöglichkeiten und eine spürbare Marktauswirkung auf Dritte. Auch vermischt sie das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Abs. 1 und Abs. 3 mit einer entsprechenden Beweislastverteilung. Erst die von den Unternehmen zu beweisende Effizienzeinrede verlangt eine konkrete Auswirkungsanalyse auf die Wettbewerbsparameter. Dieser ergebnisbezogene Ansatz der Kommission ist daher abzulehnen. Gleichwohl beinhaltet auch die herkömmliche Wettbewerbsbeschränkung eine ökonomische Analyse, um die Auswirkungen auf die Funktionsbedingungen des Marktes darzulegen. Der von der jüngeren Rechtsprechung geprägte Begriff der Wettbewerbsbeschränkung beschränkt sich nicht auf eine Verletzung der Handlungsfreiheit, sondern betrachtet in einem wirtschaftlichen Gesamtzusammenhang, wie der konkrete Markt funktioniert.[911]

Der Ausnahmevorschrift in Art. 101 Abs. 3 AEUV ist eine ökonomische Auswirkungsanalyse immanent. Die Kriterien für eine Freistellung sind, dass sich die Warenerzeugung oder -verteilung verbessert, der technische oder wirtschaftliche Fortschritt gefördert wird und dabei die Verbraucher angemessen an diesen Effizienzgewinnen beteiligt werden. Diese einzelnen Tatbestandsmerkmale stellen allesamt ökonomische Funktionen

---

909 *Fuchs*, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008, S. 78; vgl. zu Arbeitsgemeinschaften Langen/Bunte/*Hengst*, Europäisches Kartellrecht, 2014, Art. 101, Rn. 202.

910 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 Nr. C 101/97, Rn. 16.

911 EuGH, Urteil vom 19.02.2002, Rs. C-309/99, *Wouters*, Slg. 2002, I-1577 (Tz. 97); EuGH, Urteil vom 18.07.2006, Rs. C-519/04, *Meca-Medina und Majcen*, Slg. 2006, I-6991 (Tz. 42); EuG, Urteil vom 08.07.2008, Rs. T-99/04, *AC-Treuhand*, Slg. 2008, II-1501 (Tz. 126).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dar.[912] Während die kartellrechtlichen Normen, wie oben dargestellt, der Integration des Binnenmarktes durch Wettbewerb dienen, zeigt Art. 101 Abs. 3 AEUV, dass gleichzeitig und unmittelbar eine Ausnahme dieses Grundsatzes greift, wenn sich ökonomisch positive Auswirkungen durch die Wettbewerbsbeschränkung zeigen.[913] Eine Freistellung ist nur bei spürbar objektiven Vorteilen möglich, die geeignet sind, die mit der Vereinbarung für den Wettbewerb verbundenen Nachteile auszugleichen.[914]

An der Zielsetzung von Art. 101 Abs. 1 AEUV und Abs. 3 wird der Schutzzweck des gesamten europäischen und auch deutschen Kartellrechts sichtbar: Abs. 1 schützt ergebnisoffen den Wettbewerbsprozess, Abs. 3 dient auswirkungsbezogen der Ressourcenallokation. Beide Ziele stehen in einem Gegenseitigkeitsverhältnis. Dies ist an Abs. 3 lit. b zu sehen, der die Einschränkung enthält, dass Effizienzgewinne nur berücksichtigt werden können, wenn sie den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der Waren nicht ausschalten. Diese einerseits prozess- und andererseits effizienzorientierte Zielsetzung hat der EuGH in *British Airways* jüngst tatbestandsübergreifend für das gesamte Kartellrecht bestätigt.[915]

An diesem Punkt bleibt als Zwischenergebnis festzuhalten, dass das Kartellverbot in seiner wohlfahrtsfördernden Zielsetzung in Abs. 1 ökonomische Erkenntnisse für einzelne Tatbestandsmerkmale berücksichtigt und in Abs. 3 unmittelbar eine effiziente Ressourcenallokation fördert. Abs. 1 ist jedoch nicht im Sinne einer umfassenden ergebnisorientierten Auswirkungsanalyse zu verstehen, sondern strukturell von Abs. 3 als Effizienzeinrede zu unterscheiden.

---

912 So auch *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 2011, S. 197; *Fuchs*, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008, S. 80.

913 Zum Regel-Ausnahme-Verhältnis von Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 2011, S. 198.

914 EuGH, Urteil vom 13.07.1966, verb. Rs. 56 und 58/64, *Consten und Grundig*, Slg. 1966, 321, 396 f.; angedeutet in EuGH, Urteil vom 29.10.1980, Rs. C-209/78, *van Landewyck u. a.*, Slg. 1980, 3125 (Tz. 185).

915 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 86, 106).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Art. 102 AEUV

Auch das Missbrauchsverbot kennt Effizienzerwägungen, die dem Schutzzweck der Ressourcenallokation und Wohlstandsförderung dienen.

Im Wortlaut gibt Art. 102 AEUV keinen Hinweis, dass er spezifisch das Ziel einer Effizienzförderung verfolgt. Einzig in lit. b geht er auf Auswirkungen „zum Schaden der Verbraucher" ein. Doch ist dies nur eine Fallgruppe und kann nicht als eine zusätzliche Voraussetzung für den Gesamttatbestand generalisiert werden. Doch auch wenn das Missbrauchsverbot im Wortlaut nicht unmittelbar darauf angelegt ist, Effizienzen zu fördern, so zeigen die einzelnen Tatbestandsmerkmale durchaus einen ökonomischen Hintergrund.

An sich liest sich der Tatbestand des Missbrauchsverbotes prozessorientiert. Er verlangt eine beherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt, einen Missbrauch und die Eignung des Missbrauchs, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Doch ist die Wortlautauslegung des Missbrauchsverbotes als Generalklausel wenig ergiebig, so dass es funktionell und vor allem über seinen Missbrauchsbegriff zu verstehen ist.[916] Der Missbrauch ist das Tatbestandsmerkmal, welches erlaubte Wettbewerbsteilnahme von unerlaubtem Marktverhalten abgrenzt. Dafür genügt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH eine Gefährdung des Wettbewerbs im Sinne der Marktstruktur, eine tatsächliche Schädigung der Wohlfahrt ist nicht erforderlich.[917]

Die Kommission hingegen sieht den Missbrauch als eine wettbewerbswidrige Marktverschließung zum Schaden der Verbraucher an.[918] Die Marktverschließung setze voraus, dass das marktbeherrschende Unternehmen Wettbewerbern den Marktzugang erschwere und als Folge die Preise für Verbraucher gewinnbringend erhöhe. Die Kommission etabliert mit dem Prioritätenpapier nicht nur eine ökonomisch auswirkungsbezogene

916 Langen/Bunte/*Bulst*, Europäisches Kartellrecht, 2014, Art. 102, Rn. 6.

917 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 107); EuGH, Urteil vom 17.02.2011, Rs. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011, I-527 (Tz. 64); wohl auch EuGH, Urteil vom 14.10.2010, Rs. C-280/08, *Deutsche Telekom,* Slg. 2010, I-9555 (Tz. 254); ein konkretes statt abstraktes Gefährdungsdelikt bejahend *Leupold*, EuZW 2011, 345, 346.

918 Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82, ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 19 ff.; kritisch im Verhältnis zum US-amerikanischen *consumer welfare Akman*, 32 World Competition 71, 73 (2009).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Betrachtung,[919] sondern setzt gleichzeitig den Verbraucher als Maßstab der Auswirkungen an.

Diesen Kommissionsansatz lehnt der EuGH in einer Reihe jüngerer Urteile ab. In jedem dieser Urteile verfolgt er den Ansatz, dass das Missbrauchsverbot nicht nur solche Verhaltensweisen erfasst, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwächst, sondern die bereits schädlich in die Marktstruktur eingreifen.[920] Es braucht daher weder im Kartellverbot noch im Missbrauchsverbot einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen unternehmerischem Verhalten und Preisauswirkungen.

Das EuG wiederum stimmte in älteren Entscheidungen mit der Kommission in einem verbraucherorientierten Leitbild in mehreren Entscheidungen überein.[921] Es begründete den tatbestandlichen Verbrauchernachteil des Missbrauchsverbots (und ebenso des Kartellverbots) damit, dass die Bestimmungen, die einen unverfälschten Wettbewerb im Binnenmarkt gewährleisten sollten, letztlich den Zweck verfolgten, das Wohlergehen des Verbrauchers zu erhöhen.[922] Es zog die Effizienzeinrede des Art. 101 Abs. 3 AEUV als Argument für den Schutzzweck heran, die jede Verbesserung der Wohlfahrt damit verknüpfen würde, dass die Verbraucher angemessen daran beteiligt würden.

Der EuGH hat diesen Ansatz als rechtsfehlerhaft bezeichnet.[923] In der Begründung verwirft der EuGH aber in keinem seiner jüngeren Urteile den Standpunkt, dass die wettbewerbsrechtlichen Tatbestände ökonomi-

---

919 Ein ökonomisches Verständnis des *consumer welfare* bezweifelnd *Akman*, 32 World Competition 71, 80 (2009).

920 EuGH, Urteil vom 27.03.2012, Rs. C-209/10, *Post Denmark* (Tz. 20); EuGH, Urteil vom 17.02.2011, Rs. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011, I-527 (Rn. 24); EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 106); EuGH, Urteil vom 04.06.2009, Rs. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009, I-4529 (Tz. 38 f.); EuGH, Urteil vom 06.10.2009, Rs. C-501/06, *GlaxoSmithKline Services*, Slg. 2009, I-9291 (Tz. 63); EuGH, Urteil vom 02.04.2009, Rs. C-202/07, *France Télécom*, Slg. 2009, I-2369 (Tz. 103, 105); ebenso EuG, Urteil vom 17.09.2007, Rs. T-201/04, *Microsoft*, Slg. 2007, II-3601 (Tz. 664); EuG, Urteil vom 12.06.2014, Rs. T-286/09, *Intel* (Tz. 103 ff.).

921 EuG, Urteil vom 27.09.2006, Rs. T-168/01, *GlaxoSmithKline Services*, Slg. 2006, II-2969 (Tz. 118, 171); in diese Richtung auch EuG, Urteil vom 07.06.2006, Rs. T-213/01, *Österreichische Postsparkasse*, Slg. 2006, II-1601 (Tz. 115).

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schen Instrumenten und in Teilen einer ergebnisorientierten Auswirkungsanalyse zugänglich seien. Vielmehr bestätigt er für das Missbrauchsverbot in Art. 102 AEUV, dass die Umstände eines konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen,[924] der Marktbeherrscher mit einem ebenso effizient arbeitenden Mitbewerber zu vergleichen[925] und ihm ein Effizienzeinwand zu eröffnen ist.[926]

Der EuGH stellt in *GlaxoSmithKline* als Antwort auf das EuG klar, dass der prozessuale Schutz der Marktstruktur ebenso ein Schutzzweck des Kartellrechts ist, wie ein individualschützender Ansatz von einzelnen Wettbewerbern oder Verbrauchern.[927] Zu einer ökonomischen Auswirkungsanalyse äußert er sich in diesem Urteil nicht. Bloß seien Preisauswirkungen des unternehmerischen Verhaltens auf Verbraucherebene keine Voraussetzung eines Wettbewerbsverstoßes. Er führt die Linie von *Continental Can* fort, dass die einzelnen Fallgruppen des Missbrauchsverbotes (lit. a – d) nur beispielhaft genannt seien, aber keine abschließende Aufzählung von Missbrauchsformen ergäben.[928] Daher

> bezieht sich die Bestimmung nicht nur auf Verhaltensweisen, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen kann, sondern auch auf solche, die ihnen durch einen *Eingriff in die Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs* … Schaden zufügen.[929]

Neben der Sicherung der Marktstruktur in Form des Wettbewerbsprozesses billigt der EuGH in mehreren jüngeren Urteilen ausdrücklich das Ziel einer Effizienzsteigerung durch das Missbrauchsverbot in Form einer Effi-

---

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

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

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

927 EuGH, Urteil vom 06.10.2009, Rs. C-501/06, *GlaxoSmithKline Services*, Slg. 2009, I-9291 (Tz. 63); zuletzt auch angedeutet in EuGH, Urteil vom 27.03.2012, Rs. C-209/10, *Post Denmark* (Tz. 20); EuGH, Urteil vom 17.02.2011, Rs. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011, I-527 (Rn. 24).

928 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 57).

929 EuGH, Urteil vom 21.02.1973, Rs. C-6/72, *Continental Can*, Slg. 1973, S. 215 (Tz. 26) (Hervorhebung durch den Verfasser).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zienzeinrede.[930] So führt er in *British Airways* zu einem nachfragerelevanten Sachverhalt aus:

> Es ist zu ermitteln, ob die für den Wettbewerb nachteilige Verdrängungswirkung einer solchen Regelung durch Effizienzvorteile ausgeglichen werden oder sogar übertroffen werden kann, die auch dem Verbraucher zugutekommen. Steht die Verdrängungswirkung dieser Regelung in keinem Zusammenhang mit *Vorteilen für den Markt und die Verbraucher* oder geht sie über dasjenige hinaus, was zur Erreichung solcher Vorteile erforderlich ist, so ist diese Regelung als missbräuchlich anzusehen.[931]

Zunächst ermöglicht der EuGH also, Nachteile der Marktstruktur mit Effizienzvorteilen auszugleichen. Fraglich ist natürlich, wann angesichts der mit Art. 101 Abs. 3 AEUV vergleichbaren Voraussetzungen und einem handelnden marktbeherrschenden Unternehmen, dieses den Wettbewerb im Übrigen ausschaltet. Eine marktbeherrschende Stellung bedeutet in Art. 101 Abs. 3 AEUV stets, dass die beteiligten Unternehmen den Wettbewerb ausschalten können. Eine Freistellung ist im Kartellverbot aus diesem Grund schon nicht mehr möglich. Diese Frage, wie eine Effizienzeinrede im Missbrauchsverbot konkret umzusetzen wäre, ist jedoch nicht lieferantenspezifisch und daher hier nicht zu vertiefen.

Aus Lieferantenperspektive ist hingegen der Verbraucherbegriff von Interesse und damit die Frage, auf welcher Marktstufe die Effizienzen eintreten müssen. Je nachdem wie weit der Verbraucher verstanden wird, fällt darunter der Endverbraucher, der Abnehmer im Sinne eines Zwischenhändlers oder sogar die Marktgegenseite, also auch der Lieferant.

In *British Airways* war der relevante Markt der Markt für Luftverkehrsvermittlerdienste.[932] Die Fluggesellschaften kauften Leistungen der Vermittler. Die Reisebüros waren Anbieter dieser Vermittlungsleistungen, die Fluggesellschaften deren Abnehmer. Die Fluggesellschaften vertrieben ihre Tickets zwar auch direkt, insbesondere über das Internet, doch zum Zeitpunkt der Kommissionsentscheidung 1999 wurden 85 % der Tickets über Reisevermittler verkauft. *British Airways* etablierte ein Prämienmo-

930 EuGH, Urteil vom 27.03.2012, Rs. C-209/10, *Post 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).

931 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 86) (Hervorhebung durch den Verfasser).

932 Vgl. zum gesamten Sachverhalt EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways/*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 2 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dell, das mit Übersteigen bestimmter Umsatzschwellen den Reisevermittlern höhere Prämien für den Gesamtumsatz versprach. Dieses Prämienmodell entfaltete eine Sogwirkung, die geeignet war, Konkurrenten auf dem benachbarten Markt für Flugleistungen zu behindern. *British Airways* war auf dem Markt für Vermittlerdienste der beherrschende Nachfrager. Ihre herausragende Position auf den britischen Märkten für Flugreisen verlieh ihr eine nachfragebeherrschende Stellung gegenüber den britischen Reisevermittlern. Der Anteil von *British Airways* an den von Reisevermittlern getätigten Verkäufen war weit mehr als doppelt so groß als der seiner vier Konkurrenten zusammengenommen.

Der EuGH hat im Urteil eine Rechtfertigungsmöglichkeit dieses missbräuchlichen Prämienmodells angedeutet, die sich an den Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV orientiert, also an „Effizienzvorteilen, … die auch dem Verbraucher zugutekommen."[933]

Angesichts dieses Sachverhaltes mit *British Airways* als Abnehmer ist davon auszugehen, dass der EuGH die Effizienzeinrede nachfragespezifisch formuliert hat. Er erweitert den Adressatenkreis für Effizienzvorteile auf „Vorteile für den Markt und die Verbraucher".[934] Auch in der englischen Fassung des Urteils, der Verfahrenssprache, spricht der EuGH von „advantages for the market and consumers."[935] Eine grundlegend unterschiedliche Bedeutung von „Markt/market" und „Verbraucher/consumer" besteht nicht, so dass auf den deutschen Wortlaut zur Auslegung zurückgegriffen werden kann.

Wenn der EuGH den Begriff „Verbraucher" verwendet, wird er angesichts eines natürlichen Sprachgebrauchs einen Abnehmer und keinen Anbieter meinen. Deswegen bezieht er wohl die „Vorteile für den Markt" mit in die Effizienzeinrede neben den Verbrauchern ein. Der Markt in *British Airways* war der Markt für Luftverkehrsvermittlerdienste. Auf diesem Markt hat die Fluggesellschaft die fraglichen Prämien und Rabatte gewährt. „Vorteile für den Markt" bedeutet dann also „Vorteile für die Reisevermittler". Andere Marktteilnehmer gibt es auf diesem Markt nicht. Auch können Effizienzvorteile nicht dem Markt im Sinne eines Wettbe-

933 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 86).

934 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 86).

935 Englische Fassung von EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 86).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werbsprozesses zugutekommen. Die Effizienzvorteile werden auf einer konkreten Marktstufe auftreten. Wenn der EuGH also von „Vorteile für den Markt" spricht, wird er „Vorteile für die Marktgegenseite" meinen; in *British Airways* also für die Lieferanten.

Dieses Verständnis, dass die Effizienzen im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV auf der Gegenseite auftreten und nicht zwingend auf Abnehmerseite, entspricht einer funktionellen Auslegung des Verbraucherbegriffs am Sinn und Zweck der Effizienzeinrede. Eine Effizienzeinrede, die nur Vorteile der Abnehmer erfasst, würde auf Nachfragemärkten ins Leere laufen bzw. den wettbewerblichen Schutz von Beschaffungsmärkten sogar verhindern. Vorteile nachgelagerter Abnehmer werden in der Regel auf Kosten eines kartellrechtlichen Nicht-Schutzes der Beschaffungsmärkte erkauft, sind starr, preisorientiert und nur von kurzer Dauer.

c) Fusionskontrolle

Ebenso zeigt sich in der Fusionskontrolle, dass die Steigerung der Effizienz als ein Marktergebnis ein normativ verankertes Schutzgut ist.

In Art. 2 Abs. 1 lit. a FKVO berücksichtigt die Kommission „die Notwendigkeit im Gemeinsamen Markt wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten" und in lit. b unter anderem „die Interessen der Zwischen- und Endverbraucher, sowie die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts." Ein Institutions- und Individualschutz erfolgen gleichberechtigt, ebenso bezieht sich der Schutz auf konkrete Marktergebnisse wie den Fortschritt. Eine Gewichtung oder eine größere Bedeutung des Wettbewerbsschutzes lässt sich diesen Kriterien nicht entnehmen. Vielmehr steht das „berücksichtigt" an der Spitze der Formulierung und ist gleichermaßen für lit. a und lit. b mitzulesen.[936]

Historisch verfolgte der Gesetzgeber mit der Neugestaltung der FKVO im Jahr 2004 das Ziel einer stärkeren Ökonomisierung des Tatbestands. Zum einen wandelte sich das Kriterium, um einen Zusammenschluss zu untersagen: Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ist seitdem nur noch ein Regelbeispiel. Das neue zentrale Kriterium ist die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs (Art. 2 Abs. 2

936 Wohl a. A. Immenga/Mestmäcker/*Körber*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 2 FKVO, Rn. 335.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

FKVO). Damit erfasst die Fusionskontrolle nunmehr auch einseitige Effekte abseits der Marktbeherrschung.[937]

Zum anderen wandelte sich die Auslegung der Behinderung wirksamen Wettbewerbs dahingehend, dass neben einer marktbeherrschenden Stellung nun auch Effizienzvorteile berücksichtigt werden. Im Erwägungsgrund Nr. 29 trägt die FKVO begründeten und wahrscheinlichen Effizienzvorteilen Rechnung, um die Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den Wettbewerb bestimmen zu können:[938]

> S. 2: Es ist möglich, dass die durch einen Zusammenschluss bewirkten Effizienzvorteile die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb, insbesondere den möglichen Schaden für die Verbraucher, ausgleichen, so dass durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb […] nicht erheblich behindert würde.

Soweit der Wettbewerb erhalten bleibt, können Effizienzvorteile also negative Auswirkungen des Zusammenschlusses ausgleichen.

Der Schutz des Wettbewerbsprozesses steht folglich in unmittelbarem Zusammenhang mit positiven wirtschaftlichen Auswirkungen unternehmerischen Verhaltens. Beide Kriterien sind zur Beurteilung eines Zusammenschlusses zu berücksichtigen; auch ein Effizienzziel.

III. Effizienz als Schutzzweck im deutschen Recht

Das nationale Kartellrecht versteht, wie oben dargestellt, den Schutz des Wettbewerbs instrumentell, um die Wohlfahrt und Ressourcenallokation als weiterreichende Ziele zu fördern. Dieses instrumentelle Verständnis geht vor allem historisch aus der Begründung zum Entwurf des GWB hervor, dass der Wettbewerb kein Selbstzweck sei, sondern ein Mittel zur Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung.[939] Schon in den Diskussionen vor Erlass des GWB standen die ökonomischen Funktionen des Wettbewerbs ebenso im Vordergrund wie seine gesellschaftspolitischen.[940]

---

937 *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 2011, S. 204.

938 Auslassungen durch den Verfasser.

939 Entwurf des GWB, BT-Drucks. 02/1158 vom 22.01.1953, S. 21 f.; vgl. zur historischen Diskussion oben S. 252.

940 Insbesondere sei die Wettbewerbsfreiheit als Ziel des Kartellrechts erst später und in einer Reduzierung ordoliberaler Ideen entstanden, so *Maier-Rigaud*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 132, 151; für eine aus-

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auch die Ordoliberalisten der Freiburger Schule argumentierten v. a. deswegen gegen Machtpositionen im Markt, da sich Marktmacht negativ auf die Verbraucherpreise und die Versorgung der Gesellschaft mit Gütern auswirken würde.[941]

Das Kartell- und Missbrauchsverbot und die Fusionskontrolle sind als einzelne Tatbestände Teil einer übergreifenden Wettbewerbskonzeption, die bei aller tatbestandlicher Unterschiedlichkeit ein einheitliches wettbewerbspolitisches Leitbild verfolgt. Das GWB hat historisch zwei Schutzdimensionen:[942]

> Das Gesetz geht von der durch die wirtschaftswissenschaftliche Forschung erhärteten wirtschaftspolitischen Erfahrung aus, dass die Wettbewerbswirtschaft die *ökonomischste* und zugleich *demokratischste* Form der Wirtschaftsordnung ist […].

Die gesellschaftspolitische Funktion gewährleistet die Handlungs- und Betätigungsfreiheit der Marktteilnehmer. Die ökonomische Funktion fördert wirtschaftspolitische Ziele, wie eine gerechte Einkommensverteilung, Ressourcenallokation, Konsumentensouveränität und den wissenschaftlichen und technischen Fortschritt.[943]

Über diese historische und konzeptionelle Auslegung hinaus, die auf der Begründung zum GWB beruht, entspricht das nationale Kartellverbot in §§ 1, 2 GWB in Auslegung und Schutzzweck dem europäischen Vorbild. Es ist nicht nur im zwischenstaatlichen Bereich parallel anzuwenden, sondern auch aus einer eigenen autonomen Entscheidung des deutschen

---

schließliche wirtschaftliche Orientierung der Wettbewerbspolitik *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1966, S. 13. In Hinblick auf *Maier-Rigauds* Äußerung stellt *Wurmnest* klar, dass funktionierender Wettbewerb zu einer guten Versorgung der Marktgegenseite führen wird, der Gesetzgeber jedoch auch andere Ziele mit dem GWB verfolgte, vgl. *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 2012, S. 96, Fn. 237.

941 *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 2004 (1952), S. 334; vgl. auch die historischen Ausführungen bei *Maier-Rigaud*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 132, 150 ff.; bestätigt von *Schweitzer*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 169, 170 f.

942 Entwurf des GWB, BT-Drucks. 02/1158 vom 22.01.1953, S. 21.

943 Entwurf des GWB, BT-Drucks. 02/1158 vom 22.01.1953, S. 21 f.; vgl. auch *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 2012, S. 211; Langen/*Bunte*, Deutsches Kartellrecht, 2014, Einl. zum GWB, Rn. 77; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 318.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gesetzgebers heraus für rein nationale Sachverhalte im Sinne des europäischen Rechts auszulegen.

Ebenso orientiert sich die Auslegung des § 19 GWB am europäischen Missbrauchsverbot. Mit der 6. und 7. GWB-Novelle glich ihn der deutsche Gesetzgeber der europäischen Regelung an, auch wenn der Wortlaut unterschiedlich blieb. Zwar ist im Einzelnen umstritten, inwieweit das deutsche Missbrauchsverbot in der Auslegung dem europäischen folgt. Der Regierungsentwurf der 7. GWB-Novelle sah vor, bei der Anwendung des § 19 GWB die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts maßgeblich zu Grunde zu legen, denn nationales und europäisches Kartellrecht befänden sich in einem natürlichen Gleichlauf.[944] Dieser Passus wurde im Vermittlungsverfahren gestrichen, da nach Ansicht des Bundesrates eine europarechtskonforme Auslegung ohnehin geboten sei.[945] Nach der Rechtsprechung des BGH wird sich in aller Regel in der materiellen Anwendung ein Gleichlauf ergeben.[946] Das bedeutet, soweit ein Verhalten gegen § 19 GWB verstößt, verletzt es auch Art. 102 AEUV, sofern die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllt ist.

Das deutsche Kartellrecht verfolgt also ebenso wie das europäische eine ökonomische Zielsetzung effizienten Wirtschaftens.

IV. Zwischenergebnis

Das europäische und das deutsche Kartellrecht verfolgen das Ziel, eine effiziente Ressourcenallokation zu fördern.

1. Der EuGH stellt in *British Airways* die Systematik des europäischen Kartellrechts tatbestandsübergreifend klar. Auf einer ersten Stufe schützen die einzelnen Tatbestände ergebnisoffen den Wettbewerbsprozess. Auf einer zweiten Stufe berücksichtigen die Tatbestände Effizienzen in einer Auswirkungsanalyse. Die Effizienzvorteile sind nicht nur am Verbraucher, sondern an der Marktgegenseite zu messen, um

944 Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640 vom 12.08.2004, S. 9, 32.

945 Bezweifelnd Langen/Bunte/*Nothdurft*, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 19, Rn. 24; vgl. bereits oben S. 44.

946 BGH, Beschluss vom 04.03.2008, Az. KVR 21/07, WuW/E DE-R 2268 (Rn. 46) – *Soda-Club II*.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch kartellrechtlich relevantes Nachfrageverhalten erfassen zu können.
2. Das deutsche GWB verfolgt in seiner Grundkonzeption, ausweislich der gesetzgeberischen Begründung, ebenso eine gesellschaftspolitische freiheitsorientierte Funktion und eine die Ressourcenallokation steigernde ökonomische Funktion.

D) Maßstab der Wohlstandsförderung – das „Wie"

Bisher hat die Arbeit dargelegt, dass das Kartellrecht den Wettbewerbsprozess schützt, um darüber hinaus die Effizienz im allokativen, produktiven und dynamischen Sinne zu fördern. Daran schließt sich die Frage an, was unter Effizienz zu verstehen ist.

I. Ökonomischer Begriff der Effizienz

Bereits im ökonomischen Teil geht die Arbeit auf die Begriffe der allokativen, produktiven und dynamischen Effizienz ein.[947]

Kurz zusammengefasst bedeutet Allokationseffizienz, dass die in einer Volkswirtschaft vorhandenen Ressourcen so genutzt werden, dass die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Mitglieder einer Gesellschaft optimal befriedigt werden. Das ist dann der Fall, wenn durch einen anderen Einsatz der Ressourcen oder eine andere Verteilung der Güter weder die Gesellschaft insgesamt noch einzelne Individuen bessergestellt sein können, ohne dass gleichzeitig andere Verluste hinnehmen müssen.[948]

Die Produktionseffizienz behandelt den Einsatz von Produktionsfaktoren, Inputs und Gütern. Eine Produktion verläuft dann effizient, wenn bei gegebenem Input ein maximaler Output erreicht wird.[949] Eine effiziente

947 Vgl. bereits oben S. 192, 203 und 204.
948 MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 133; *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 249; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 4 ff.
949 Dazu ausführlich MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 134; *Parret*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 61, 68; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Produktion ist in der Regel gegeben, solange alle daran Beteiligten, auch unternehmensintern, das Ziel der Gewinnmaximierung verfolgen.[950]

Die dynamische Effizienz versucht, Veränderungen in Forschung und Entwicklung, der Qualität, Innovation oder Marktstrukturen über Zeiträume abzubilden.[951] Innovationsökonomisch ist es schwierig festzustellen, wann dynamische Effizienz gegeben ist, da Forschungs- und Entwicklungserfolge kaum zu prognostizieren und zu bewerten sind. Es fehlt ein klares Kriterium, um einen innovatorischen Fortschritt zu erfassen. Die Investitionen eines Unternehmens in Forschung und Entwicklung können allenfalls ein Indiz sein, verlässlich nachweisen können sie sie allerdings nicht.[952]

II. Maßstab der Wohlfahrtsförderung: Gesamt- oder Konsumentenwohlfahrt?

Die Entscheidung zugunsten eines Wohlfahrtsstandards ist nicht im luftleeren Raum zu treffen, sondern entsprechend der gesetzgeberischen Intention. Sie ist eine normative Entscheidung des Gesetzgebers.[953] Zunächst sind knapp die Begriffe des Gesamt- und Konsumentenwohlfahrtsstandards zu klären.[954] Im Anschluss ist zu zeigen, dass das Kartellrecht, entsprechend der wohl herrschenden Meinung, einem Maßstab der Konsu-

---

950 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 9.

951 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 9. Dazu grundlegend MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 104 ff., 135. Schon *Schumpeter* begrüßte 1942 das Zeitalter, in dem sich Ökonomen nicht mehr nur auf den Preis in der Konkurrenz fixieren, sondern ebenso Qualität und Service als dynamische Parameter im Auge haben, vgl. *Schumpeter*, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 1946, S. 139 f.

952 Vgl. *Kerber*, in: *Drexl/Kerber/Podszun*, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 173, 185.

953 *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 2011, S. 231; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 13; *Möller*, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischem Kartellrecht, 2008, S. 51; MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 139; *Schwalbe*, in: *Oberender* (Hrsg.), Effizienz und Wettbewerb, 2005, S. 63, 67.

954 Vgl. zu Begriffsdivergenzen hinsichtlich des Wohlfahrtsstandards zwischen Juristen und Wirtschaftswissenschaftlern, *Möller*, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischem Kartellrecht, 2008, S. 54.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mentenwohlfahrt folgt. Das Verständnis des „Konsumenten“ oder „Verbraucher“ geht jedoch über den Abnehmer hinaus.

1. Gesamtwohlfahrt

Der Gesamtwohlfahrtsstandard betrachtet die Summe der Konsumenten- und Produzentenrente.[955] Eine an ihm ausgerichtete Wettbewerbspolitik versucht, die Gesamtwohlfahrt zu maximieren. Eine gesteigerte Produzentenrente kann eine sinkende Konsumentenrente ausgleichen.

Gerade in der Fusionskontrolle sind Zusammenschlüsse denkbar, die wegen steigender Marktmacht nachgelagert die Verbraucherpreise steigen lassen. Die Konsumentenwohlfahrt sinkt, weil die Verbraucher für die gleiche Leistung einen höheren Preis bezahlen müssen. Die sich zusammenschließenden Unternehmen erzielen hingegen wegen der vergrößerten Produktion Rationalisierungsgewinne. Diese lassen die Produzentenrente steigen. In einem Gesamtwohlfahrtsstandard kann eine vergrößerte Produzentenrente den Rückgang der Konsumentenrente in der Beurteilung der Fusion ausgleichen, so dass im Ergebnis die Gesamtwohlfahrt steigt.[956]

Soweit Lieferanten einem solchen Markt, auf dem die Produzenten fusionieren, vorgelagert sind, spielt es eine Rolle, welcher Bewertungsstandard für Effizienzgewinne anzulegen ist. Nicht nur die Wohlfahrt der Endverbraucher als Konsumenten kann unter der entstehenden Angebotsmacht leiden, sondern auch die der vorgelagerten Lieferanten, deren Rente unter der Nachfragemacht zurückgeht. Um Effizienzgewinne, die die Freigabe

---

955 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 11; *Schmidtchen*, WuW 2006, 6, 7; *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 18; vgl. zum Begriff der Gesamtwohlfahrt *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 427. Die *Konsumentenrente* liegt in der Differenz zwischen dem Preis, den der Konsument bereit wäre zu bezahlen (Grenznutzen) und dem Preis, den er tatsächlich unter Wettbewerbsverhältnissen bezahlt (Grenzkosten), vgl. *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 185 ff.; ausführlicher *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 154 ff. Die *Produzentenrente* liegt in der Differenz zwischen dem durchschnittlichen Marktpreis und den durchschnittlichen variablen Kosten der Produktion des Gutes, vgl. *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 409.

956 Vgl. zu diesem *Williamson-Tradeoff Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 2012, S. 123 ff.; *Möller*, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischem Kartellrecht, 2008, S. 50, 55. Grundlegend und namensgebend *Williamson*, 58 American Economic Review 18, 21 ff. (1968).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Zusammenschlusses beeinflussen, beurteilen zu können, stellt sich die Frage, ob die Wohlfahrt der Lieferanten Teil der Konsumentenwohlfahrt als Marktgegenseite ist, oder ob sie die Produzentenrente beeinflusst.

2. Konsumentenwohlfahrt

Der Konsumentenwohlfahrtsstandard berücksichtigt ausschließlich die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung auf die Konsumentenrente. Es ist Produzenten nicht mehr möglich, eigene Effizienzgewinne in der Produktion rechtfertigend geltend zu machen, solange sie sie nicht an die Konsumenten weiterreichen. Anbieter können eine verringerte Konsumentenwohlfahrt nicht mit steigenden Produzentengewinnen ausgleichen. Die Konsumentenrente steigt also, wenn bei gleichbleibender Leistung nachgelagert die Preise fallen.[957]

III. Argumente für Gesamtwohlfahrt

Das ökonomische Standardkonzept, an dem sich die Wettbewerbspolitik aus Sicht der Wirtschaftswissenschaften orientieren sollte, liegt im sozialen Überschuss, also in der Gesamtwohlfahrt.[958] Gerade Ökonomen bezeichnen den Gesamtwohlfahrtsstandard daher als „Wohlfahrt“ und grenzen dazu die „Konsumentenwohlfahrt“ als Sonderfall ab.[959]

1. Konsumentenwohlfahrtsstandard kann zu Effizienzverlusten führen

Meistens wird sich wettbewerbliches Verhalten parallel auf Konsumenten- und Gesamtwohlfahrt auswirken. D. h. ein Verhalten, das die Konsumentenwohlfahrt verringert, wird auch die Gesamtwohlfahrt negativ berüh-

957 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 11; *Möller*, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischem Kartellrecht, 2008, S. 48; *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 18.

958 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 13; *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 20.

959 Z. B. die Begriffswahl bei *Neven/Röller*, 23 International Journal of Industrial Organization 829, 830 (2005).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ren.[960] Doch dieser Schluss ist, wie der oben beschriebene *Williamson-Tradeoff* verdeutlicht,[961] nicht zwingend. Ein unternehmerisches Verhalten, das die Produzentenrente stärker mehrt als die Konsumentenrente reduziert, ist nicht nur auf die Fusionskontrolle beschränkt, sondern kann gerade bei Nachfragegewinnen, die Unternehmen nicht weiterreichen, in allen kartellrechtlichen Tatbeständen auftreten.

In diesen Fällen wird wegen einer fehlenden Saldierung mit den Produzentengewinnen eine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme oder Fusion nicht legitimiert oder freigegeben, obwohl sie im Sinne einer Gesamtwohlfahrt effizient ist, bloß weil sie Effizienzen bei den Produzenten statt bei den Verbrauchern hervorruft. Volkswirtschaftlich betrachtet können durch den Konsumentenstandard potentielle Effizienzgewinne auf Seiten der Anbieter verloren gehen.[962]

Ein Konsumentenwohlfahrtsstandard, so der Vorwurf von Ökonomen, begründet eine Umverteilung zu Lasten der Produzenten. Im Falle eines *Williamson-Tradeoffs* beispielsweise ist die Fusion nur dann freizugeben, wenn die Verbraucherpreise sinken. Die zusätzlichen produktiven Effizienzen müssen sich in Preissenkungen niederschlagen. Ökonomen bezweifeln, dass eine daraus resultierende Umverteilung Ziel des Kartellrechts ist.[963]

2. Maßstab der Konsumentenwohlfahrt erhöht die Gefahr von false negatives

Das Risiko von *false negatives* bedeutet, dass die Gefahr steigt, unternehmerische Rechtsverstöße nicht zu sanktionieren, weil sie nicht als solche erkannt werden. Im kartellrechtlichen Zusammenhang führen *false negatives* typischerweise zu einem *under enforcement*. Im Falle von Nachfragemacht würde eine Fusion freigegeben oder eine Wettbewerbsbeschrän-

960 *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 19.

961 Grundlegend *Williamson*, 58 American Economic Review 18, 21 ff. (1968).

962 *Schmidtchen*, WuW 2006, 6, 10 f. bezeichnet den Konsumentenwohlfahrtsstandard als „Wertschöpfungsbremse.".

963 *Schmidtchen*, WuW 2006, 6, 11; a. A. *Hellwig*, Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung: Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, 2007, S. 34; vgl. auch *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 13.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kung legitimiert, die tatsächlich negative wirtschaftliche Auswirkungen zeigt.

Das Gegenteil von *false negatives* sind *false positives*. Sie treten ein, wenn unternehmerisches Verhalten als Rechtsverstoß sanktioniert wird, obwohl es wettbewerbsfördernd wirkt. *False positives* führen zu einem *over enforcement*.

Ein Maßstab der Konsumentenwohlfahrt, selbst wenn er sich präzise auf eine Verbrauchergruppe konzentriert, wird sich entsprechend der ökonomischen Möglichkeiten auf kurzzeitige Auswirkungen bei Preis und Menge auf Abnehmerseite beschränken müssen. Abnehmer und Verbraucher sind jedoch nicht deckungsgleich. Eine abnehmerbezogene Konsumtenwohlfahrt wird der umfassenden Positionierung von Verbrauchern im Wirtschaftsleben nicht gerecht, sei es als Konsumenten, Arbeitnehmer oder Steuerzahler.

Consumer welfare umfasst volkswirtschaftlich nicht nur möglicherweise sinkende Preise der Abnehmer, sondern als negative Auswirkung auch ein sorgloseres Wirtschaften der Lieferanten, sei es in Qualitäts- oder Umweltschutzstandards oder auch dem Einhalten von Arbeitsschutzvorschriften oder dem Fördern günstigerer Arbeitsplätze in sozialversicherungsfreien Beschäftigungsverhältnissen oder Schwarzarbeit.[964] All diese Kosten, für die ebenso Verbraucher als Arbeitnehmer oder Steuerzahler aufkommen, lassen sich mit den herkömmlichen ökonomischen Instrumenten nicht erkennen. Dennoch existieren sie.

Daher besteht das Risiko, dass eine auf die Abnehmer bezogene Auswirkungsanalyse eine nachfragemächtige Position gutheißt, die gesamtökonomisch vielleicht nachteilig ist. Das Risiko steigt, eine Fusion wegen vermeintlich positiver Auswirkungen freizugeben, die tatsächlich negativ sind (*false negatives*).

964 Vgl. *Stucke*, Looking at the Monopsony in the Mirror, 2013, S. 38.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Auch Konsumenten sind über Unternehmensbeteiligungen an den Gewinnen der Produzenten beteiligt

a) Argument

Je nachdem wie weit der Konsumentenbegriff gezogen werde, seien Konsumenten- und Gesamtwohlfahrtsstandard identisch. Wenn Konsument nicht nur der Endverbraucher bzw. Abnehmer auf einem spezifischen Markt sei, sondern auch der nicht-nachfragende Verbraucher, dann seien auch Anteilseigner und Eigentümer von Unternehmen Konsumenten. In diesem weiten Konsumentenverständnis fließe dann auch eine Produzentenrente den Konsumenten als Unternehmenseigner zu.[965]

b) Stellungnahme

Dieses Argument verwischt die Grenze zwischen Konsumenten und Produzenten. Auch erfolgt die Beteiligung der Verbraucher am Unternehmensgewinn immer nur mittelbar und nach Belieben des Unternehmens.

Doch deutet dieses Argument einen bedeutenden Gesichtspunkt an:

Das volkswirtschaftliche Verständnis von Konsumenten als Anteilseigner bricht mit der starren linearen Marktvorstellung als Anbieter/Abnehmer bzw. Produzent/Konsument.[966] Der Wirtschaftskreislauf – nicht umsonst „-kreislauf" – ist zirkulär so zu verstehen, dass jeder Endverbraucher als Anbieter seiner eigenen Arbeitskraft wieder am Beginn der Wertschöpfungskette steht.[967] Lieferanten, wie beispielsweise Arbeitnehmer, sind je-

---

965 *Schmidtchen*, WuW 2006, 6, 10; *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 21; dieses Argument andeutend *Vanberg*, in: *Drexl/Kerber/Podszun*, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 44, 57.

966 Vgl. zur ökonomischen Tatsache, dass Konsumenten nicht in jeder Rolle als Abnehmer, sondern oft als Anbieter agieren, *Vanberg*, in: *Drexl/Kerber/Podszun*, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 44, 57.

967 Vgl. in diesem Sinne *Schumpeter*, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, 1952, S. 6 f.:

> Unser Bild wird vollkommener, wenn wir uns eine andere Vorstellung vom „Konsumieren" machen als die gewöhnliche. […] Daraus aber, daß alle Güter ihren Absatz finden, folgt wiederum, daß sich der Kreislauf des wirtschaftlichen Lebens schließt, d. h. die Verkäufer aller Güter wieder in hinreichendem Maße als Käufer auftreten konnten, um jene Güter zu erwerben,

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

doch nicht als Eigentümer der Produzenten schutzwürdig, sondern als Marktgegenseite der Produzenten auf dem Arbeitsmarkt. Ob diese liefernde Marktgegenseite als Konsument zu bezeichnen ist, kann zunächst offenbleiben. Dem Anteilseigner-Argument ist jedenfalls zugute zu halten, dass es aufzeigt, dass es neben dem Endverbraucher-Konsumenten auch einen investierenden Konsumenten auf der Marktgegenseite geben kann.

Gleichwohl ist dem Anteilseigner-Argument entgegenzuhalten, dass der Gesamtwohlfahrtsstandard eine unmittelbar reduzierte Konsumentenrente in Kauf nimmt, die Konsumenten als Anteilseigner aber nur höchst mittelbar beteiligt. Auch wenn es heißt, selbst wenn Unternehmensgewinne nicht ausgeschüttet, sondern investiert würden, profitiere letztlich der Konsument,[968] so profitiert zunächst alleine das Unternehmen. Eine damit einhergehende Vermachtung der Märkte und nachlassender Wettbewerbsdruck lassen an einem echten Gewinn der Konsumenten im Falle der Saldierung in einem *Williamson-Tradeoff* zweifeln.

4. Weiterreichen der Unternehmensgewinne an die Konsumenten steht langfristigen Verbraucherinteressen entgegen.

a) Argument

Wie zweifelhaft die Weitergabe der Unternehmensgewinne an die Anteilseigner tatsächlich ist, offenbart dieses Argument. Demzufolge profitierten nicht die Anteilseigner von Unternehmensgewinnen, sondern langfristig die Endverbraucher von innovativen Produkten.[969]

Ein Konsumentenwohlfahrtsstandard führe dazu, dass Unternehmen ihre Gewinne an die Verbraucher weiterreichen müssten. Ein Marktpreis werde sich daher auf Höhe der Grenzkosten bilden. Ein Preis, der jedoch nur den Grenzkosten entspreche, sei für Unternehmen nicht attraktiv, so dass sie wegen nur geringer Gewinnerwartung auf Investitionen verzichten oder aus dem Markt ausscheiden würden. Das sei jedoch nicht im langfristigen Konsumenteninteresse. Vielmehr fordert *Motta*, sollten An-

---

die ihren Konsum und ihren Produktionsapparat in der nächsten Wirtschaftsperiode auf dem bisherigen Stand erhalten und umgekehrt.

968 *Schmidtchen*, WuW 2006, 6, 10.
969 *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 21.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

reize für Unternehmen geschaffen werden, zu investieren und innovativ tätig zu werden. Dies könne durch einen Gesamtwohlfahrtsstandard geschehen. Dann hätten Unternehmen einen Anreiz, Effizienzen im Produktionsprozess zu verwirklichen, wenn die daraus entstehenden Gewinne ihnen selbst zugutekämen. Langfristig profitiere dann, so verspricht *Motta*, auch die Konsumentenwohlfahrt von hochwertigen und innovativen Produkten.[970]

b) Stellungnahme

Gerade dieses Argument, das Investitionen in Produktion und Innovation verspricht, basiert auf einem erlahmenden Wettbewerb. Wenn Unternehmen ihre eigenen Gewinne nicht an nachgelagerte Stufen weitergeben müssen, herrscht nur geringer Wettbewerbsdruck. In einem solchen Marktumfeld sind Unternehmen verleitet, sog. unproduktive Investitionen zu tätigen. Es besteht die Gefahr, dass die Unternehmen ohne wettbewerbliche Veranlassung auch keinen Druck mehr spüren, effizient arbeiten zu müssen.[971]

Allerdings ist *Motta* aus Lieferantenperspektive zuzugestehen, dass ein einseitiges Fixieren auf kurzfristige Preisvorteile der Endverbraucher die Innovationsbereitschaft auf Anbieterseite schädigen könne. Gerade wenn die Wettbewerbsbeschränkung eines vorgelagerten Marktes an der Wohlfahrt der Konsumenten eines nachgelagerten Marktes gemessen wird, besteht die Gefahr, dass kurzfristige Preisvorteile der Verbraucher eine Wettbewerbsbeschränkung legitimieren, die in einer langfristigen Saldierung mit den Auswirkungen auf die anderen Marktbeteiligten kaum effizient sein kann.

Ein Verständnis des Konsumenten als Marktgegenseite würde einerseits auf vorgelagerten Beschaffungsmärkten das Innovationspotential der Lieferanten erhalten. Jedenfalls würde eine Beschränkung des Beschaffungsmarktes nicht nach den Auswirkungen auf Dritte (Endverbraucher) analysiert, sondern nach denen auf die Lieferanten selbst als Marktgegenseite. Eine innovationslähmende Nachfragemacht würde in der Auswirkungsanalyse berücksichtigt.

970 *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 21.
971 *Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 2008, S. 111.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Andererseits würde auf nachgelagerten Angebotsmärkten der Wettbewerbsdruck erhalten. Dort würde Wohlfahrt der Marktgegenseite als echte Verbraucherwohlfahrt verstanden. Sog. unproduktive Effizienzen auf Seiten der wettbewerbsbeschränkenden Unternehmen würden vermieden.

IV. Argumente für Konsumentenwohlfahrt

Folgt die Kartellrechtsanwendung einem Konsumentenwohlfahrtsstandard, beurteilt sie die Auswirkungen unternehmerischen Verhaltens alleine am Maßstab der Konsumentenrente. Für diesen Standard sprechen eher praktische Erwägungen.

Das europäische Kartellrecht beurteilt Effizienzgewinne nach überwiegender Ansicht am Maßstab der Konsumentenwohlfahrt.[972]

1. Geringes Bewusstsein der Konsumenten, durch kartellrechtswidriges Verhalten einen Schaden zu erleiden.

a) Argument

Wegen nur geringer individueller Preiserhöhungen, die der einzelne Verbraucher tragen müsse, fehle ihm das Bewusstsein und der Wille, sich gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu seinen Lasten zu engagieren. Die absprechenden oder fusionierenden Unternehmen hingegen setzten ihre Lobby und Einflussmöglichkeiten ein, um ihren wettbewerbsbeschränkenden

---

972 *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 2011, S. 232; zumindest gegen einen Maßstab der Gesamtwohlfahrt im Sinne der Chicago School, *Ackermann*, Art. 85 Abs. 1 EGV und die rule of reason, 1997, S. 233; vgl. auch *Palatzke*, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2012, S. 246 f.; vgl. die Praxis der EU in EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (Horizontalleitlinien“), ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 219; EU-Kommission, VO Nr. 330/2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen vom 20.04.2010 („Vertikal-GVO“), ABl. 2010 Nr. L 102/1, Rn. 10; EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EGV („Prioritätenpapier“), ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 5, 19; EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. 2004 Nr. C 31/3, Rn. 79.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Status zu legitimieren oder zu rechtfertigen.[973] Wegen der Vielzahl der Verkäufe könnten schon minimale Preiserhöhungen oder Mengenreduzierungen oder Qualitätseinbußen zu großen Gewinnen führen. Insofern sei die Sensibilität der kartellierenden Unternehmen, sich für Wettbewerbsbeschränkungen einzusetzen, ungleich höher als das Bewusstsein der Verbraucher, sich dagegen zu wehren.[974] Dieses Ungleichgewicht könne mit dem Konsumentenwohlfahrtsstandard ausgeglichen werden, da eine Wettbewerbsbeschränkung nur dann zulässig sei, wenn die Wohlfahrt der Endverbraucher dadurch steige.

Zudem fehle es bei einer geringen individuellen Betroffenheit den Verbrauchern nicht nur am Bewusstsein der eigenen Schädigung. Auch seien die Kosten, diese geltend zu machen, im Verhältnis zum individuellen Nutzen sehr hoch.[975]

b) Stellungnahme

Dieses Argument, welches an die strukturelle Unterlegenheit des Verbrauchers gegenüber Unternehmen erinnert, mag aus Perspektive der Rechtsanwendung nachvollziehbar sein, normativ findet es jedoch keine Grundlage. Das Kartellrecht verfolgt keinen unmittelbar verbraucherschützenden Zweck, sondern fördert den Wettbewerbsprozess bzw. die Wohlfahrt. Soweit die Durchsetzung des Kartellrechts an fehlenden Anreizen der Betroffenen scheitert, sieht es ein System hoheitlich auferlegter Bußgelder vor. Privatrechtliche Schadensersatzklagen ließen sich mit prozessualen Mitteln, wie Sammelklagen, erleichtern.[976] Die kartellrechtlichen Tatbestände

973 Vgl. *Haucap*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 217, 222, der den Verbraucherstandard als institutionelle Sicherung versteht, übertriebenen Effizienzbehauptungen und intensivem Lobbyismus entgegenzuwirken.

974 *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 20.

975 *Lagerlöf/Heidhues*, 23 International Journal of Industrial Organization 803, 821 f. (2005); *Haucap*, in: *Drexl/Kerber/Podszun* (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 217, 222.

976 Vgl. aus der zahlreichen aktuellen Literatur zur privaten Rechtsdurchsetzung und insbesondere Schadensersatz nur *Jaschke*, Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch, 2012; *Häfele*, Private Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht und die Kronzeugenregelung, 2013.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

selbst verfolgen jedoch keinen unmittelbar verbraucherschützenden Zweck.

Weiterhin kann nicht nur den Verbrauchern die Lobby fehlen, sondern auch den Lieferanten. Sie liefern möglicherweise ihre gesamte Produktion an einen einzigen Nachfrager. Gerade im Handel sind die Anteile der Nachfrager am Umsatz der Lieferanten häufig derart hoch, dass die Lieferanten individuell von den Nachfragern abhängig sind. Im Gegensatz zu den Endverbrauchern ist der Schaden dieser abhängigen Lieferanten aus einem wettbewerbswidrigen Verhalten der Nachfrager extrem groß. Doch ist wegen seiner häufig geringen absoluten Größe die Bedeutung des einzelnen Lieferanten für den Markt vernachlässigbar. Sein Schicksal wird politisch kaum Beachtung finden.

Gleichzeitig hindert die individuelle Abhängigkeit des Lieferanten vom Nachfrager ihn häufig, gegen den Nachfrager vorzugehen, mit den Kartellbehörden offen zu kooperieren oder einen Schaden von ihm ersetzt zu verlangen. Die Lieferanten haben also, anders als die Endverbraucher, ein großes Interesse daran, dass Wettbewerbsverstöße der Nachfrager verfolgt werden. Gleichzeitig sind sie ihnen aber in Bedeutung und Einfluss unterlegen.

Dieses Argument also, den Maßstab der Konsumentenwohlfahrt als Ausgleich der Unternehmerlobby einzusetzen, übersieht, dass nicht unbedingt nur die Endverbraucher den Anbietern unterlegen sein können, sondern generell die eine Marktseite der anderen, eben auch die Lieferanten den Nachfragern. An dieser Stelle ist erneut an *Hoppmann* zu erinnern, dass es für funktionierenden Wettbewerb nicht mehr brauche als eine vorstoßende Seite und eine auswählende.[977] Diese beiden Seiten könnten aber unabhängig von Verbraucher/Unternehmer besetzt sein. Erforderlich ist vielmehr ein Schutz der Marktgegenseite.

2. Vereinfachte Beurteilung von Zusammenschlüssen in der Praxis

Ein weiteres praktisches Argument für den Maßstab der Konsumentenwohlfahrt ist, dass isolierte Preiswirkungen auf Konsumenten häufig ein-

977 *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1988, S. 241; in diesem Sinne auch *Nihoul*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 219, 225.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

facher nachzuweisen sein würden, als sie mit Kosten- und Produktionsvorteilen der Anbieter zu saldieren.[978]

Auch hätten die Unternehmen gegenüber Kartellbehörden einen Wissensvorsprung über die eigene Kostenstruktur.[979] Der Maßstab der Konsumentenwohlfahrt könne diesen Vorsprung ausgleichen, da es auf die eigenen Produktionsvorteile des Unternehmens nicht mehr ankomme.

3. Konsumentenwohlfahrt gewährleistet, dass Effizienzgewinne tatsächlich an nachgelagerte Marktstufen weitergegeben werden

a) Argument

Die Konsumentenwohlfahrt erfülle als Standard der ökonomischen Analyse eine Doppelfunktion: Zum einen biete sie den theoretischen Analyserahmen, wie Effizienzgewinne auf dem Markt zu berücksichtigen seien. Zum anderen gewährleiste sie ausreichenden Wettbewerbsdruck, dass die Unternehmen die Effizienzvorteile tatsächlich an die Verbraucher weiterreichten.[980]

b) Stellungnahme

Wettbewerbsdruck soll nach den Kommissionsleitlinien zu Art. 81 Abs. 3 EG die zentrale Voraussetzung sein, dass Unternehmen ihre Gewinne an die Verbraucher weitergeben:[981]

> Je größer das verbleibende Ausmaß des Wettbewerbs, umso wahrscheinlicher ist es, dass die einzelnen Unternehmen versuchen werden, ihre Umsätze zu steigern, indem sie ihre Kosteneinsparungen weitergeben.

---

978 *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 21.

979 *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 21; *Gual/Hellwig/Perrot/Polo/Rey/Schmidt/Stenbacka* (Economic Advisory Group on Competition Policy), An economic approach to Article 82, 2005, S. 9; vgl. zur asymmetrischen Wissensverteilung *Besanko/Spulber*, 99 Economic Journal 408 ff. (1989).

980 *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 2011, S. 233.

981 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 Nr. C 101/97, Rn. 97; ebenso auf den Wettbewerbsdruck abstellend EuGH, Urteil vom 25.10.1977, Rs. C-26/76, *Metro SB-Großmärkte*, Slg. 1977, 1875 (Tz. 48).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Allerdings ist aus Lieferantensicht der Zusammenhang zweifelhaft, dass Wettbewerbsdruck alleine ausreicht, damit Unternehmen Kostenvorteile an die Verbraucher weitergeben.

Der ökonomische Teil der Arbeit zeigt: Nur weil auf einem, aus Lieferantensicht nachgelagerten, Verkaufsmarkt intensiver Wettbewerb herrscht, bedeutet dies nicht unbedingt, dass die Nachfrager in der Beschaffung erzielte Vorteile auch weitergeben.[982] Im Modell der Verhandlungsmacht ist der Wettbewerb auf einem nachgelagerten Markt zwar eine entscheidende Voraussetzung, dass Effizienzgewinne weitergegeben werden, doch eben nicht die einzige: Hinsichtlich der Allokationseffizienz sind tatsächlich positive Auswirkungen für die Verbraucher möglich. Dafür muss zunächst das Modell der Verhandlungsmacht Anwendung finden (nicht z. B. bei standardisierten Gütern, Rohstoffmärkten etc.), dann müssen die Beschaffungsvorteile tatsächlich die Grenzkosten senken und nicht nur sonstige Zugeständnisse der Lieferanten beinhalten, wie Regalmieten, Listungsgebühren etc., und langfristig darf kein wohlfahrtsschädlicher Spiral- oder Wasserbetteffekt eintreten, über dessen Bestehen und Voraussetzungen in den Wirtschaftswissenschaften jeweils Uneinigkeit herrscht. Allein dann besteht bei nachgelagertem Wettbewerb die Möglichkeit, dass Nachfrager ihre ausgehandelten Preisvorteile weitergeben.

Die dynamischen Effizienzvorteile durch Nachfragemacht sind im Einzelnen strittig und ihr Bestehen wird als eher unwahrscheinlich eingeschätzt.[983] Alleine von nachgelagertem Wettbewerbsdruck abhängig zu machen, dass Effizienzvorteile bei den Verbrauchern eintreten, ist also eine stark vereinfachte Methode. Es gibt zahlreiche Voraussetzungen, dass ausgeübte Nachfragemacht nachgelagert zu Effizienzvorteilen führt, nicht nur die Intensität des Wettbewerbs. Diese Doppelfunktion der Konsumentenwohlfahrt ist also bei Effizienzvorteilen aus Nachfragemacht zweifelhaft.

V. Zwischenergebnis

Weder die Argumente für die Gesamt- noch die für die Konsumentenwohlfahrt können vollumfänglich überzeugen.

---

982 Vgl. dazu ausführlich S. 127.

983 Bewertungsprobleme im dynamischen Bereich berücksichtigend *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 2011, S. 234.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Die Abgrenzung kann nicht allein auf der pauschalen Vorstellung von starken Unternehmen und schwachen Nachfragern erfolgen. Gerade die spezifische Gefährdungslage von Lieferanten verlangt auch nach einem, dem Verbraucher entsprechenden, Schutz.
2. Der Verbraucher ist nicht unbedingt immer der nachgelagerte Abnehmer. Vielmehr kann er als Anteilseigner und Eigentümer der Unternehmen auf Anbieterseite stehen. Ebenso steht er als Arbeitnehmer typischerweise auf Anbieterseite. Im Sinne eines Wirtschaftskreislaufes kann ein starres Unternehmer/Verbraucher-Verständnis nicht zu einer realistischen Auswirkungsanalyse führen.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-217 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY