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

## *A) Defizite bei staatlicher Nachfrage*

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

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

---

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

## I. Klassischer Unternehmensbegriff

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

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

Es spielte bis zur *FENIN*-Entscheidung des EuGH im Jahr 2006[13] insbesondere keine Rolle, ob sich die Beschaffung auf Gegenstände richtete, die in unmittelbarem Zusammenhang mit einer hoheitlichen Tätigkeit standen, die staatliche Nachfrager verbrauchten oder wirtschaftlich verwendeten. Daher bezeichnet die Arbeit den Unternehmensbegriff bis zur *FENIN*-Rechtsprechung als den klassischen. Es genügte, wenn die Institution zum Zwecke des marktwirtschaftlichen Leistungsaustausches auf dem Markt als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen er-

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

## II. Einfluss der FENIN-Rechtsprechung auf den europäischen Unternehmensbegriff

### 1. Inhalt der FENIN-Rechtsprechung

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

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

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

---

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

Der EuGH statuierte verallgemeinernd,[27]

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

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

---

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

## 2. Asymmetrische Beurteilung von Beschaffungs- und Angebotsmärkten

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

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

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

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

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

---

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

---

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

---

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

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

33 *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793, 799.

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

c) Keine Festlegung des BGH

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

---

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d) Bundeskartellamt folgt klassischem deutschen Unternehmensbegriff

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

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

4. Diskussion anhand mehrerer Thesen

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

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

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

38 Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 15.
39 Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 15, Fn. 39.
40 Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 15, Fn. 39; Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 52.
41 In diesem Sinne Langen/Bunte/*Sura*, Europäisches Kartellrecht, 2014, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 15; *Bechtold*, NJW 2007, 3761, 3762.



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

(1) Anwendungsbereich des Kartellverbots

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

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

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

---

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

i) Wörtliche Auslegung

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

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

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

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

ii) Systematische Auslegung

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

---

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

iii) Historische Auslegung

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

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

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

---

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

iv) Teleologische Auslegung

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

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

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

---

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der darauf folgende Satz führt aus:[52]

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

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

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

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

---

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(2) Effet utile

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

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

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

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

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

---

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(3) Praktische Erwägungen gegen einen unbestimmbar weiten Anwendungsvorrang

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

Konkret stellt sich für die deutschen Krankenkassen die Frage, wie weit der Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts reicht. Krankenkassen sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH[58] und nach Auffassung des deutschen Gesetzgebers[59] keine „Unternehmen" im Sinne des Kartellrechts. Dennoch ordnen §§ 69 Abs. 2 S. 1 und 172a Abs. 1 SGB V an, die maßgeblichen Normen des GWB entsprechend auf Krankenkassen anzuwenden.[60] Damit wirkt ein strengeres einzelstaatliches Kartellverbot, als es Art. 101 AEUV vorsieht. Wenn nun der Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 für Krankenkassen als Nicht-Unternehmen im Sinne von *FENIN* eröffnet wäre, verstießen §§ 69 Abs. 2 und 172a

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

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

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

60 § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V sagt:

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

(4) Fazit

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

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

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

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

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

---

§ 172a Abs. 1 SGB V sagt:

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

> Für Vereinbarungen ohne zwischenstaatliche Auswirkungen ist die weitestgehende Übernahme des europäischen Rechts vorgeschrieben. Nur so kann eine unerwünschte Zweiteilung des deutschen Wettbewerbsrechts in europäische Regelungen für Fälle mit Zwischenstaatlichkeitsbezug und abweichende nationale Regelungen für Fälle ohne Zwischenstaatlichkeitsbezug vermieden werden. Eine solche Zweiteilung wäre zum einen wegen der begrifflichen Unschärfe der Zwischenstaatlichkeitsklausel nur schwer handhabbar. Sie ist aber auch nicht sachgerecht. Um eine unterschiedliche Behandlung kleiner und mittlerer Unternehmen gegenüber Großunternehmen – oft zu Lasten der kleinen und mittleren Unternehmen – zu vermeiden, sind lokale und regionale Sachverhalte nicht anders zu behandeln als solche mit grenzüberschreitenden Auswirkungen. […]
>
> Einheitliche Regelungen im europäischen Wettbewerbsrecht und im Wettbewerbsrecht der 25 Mitgliedstaaten sind im Hinblick auf die Anforderungen an einen integrierten Binnenmarkt geboten. Für die Unternehmen ist die Schaffung eines derartigen „level playing field" mit erheblichen Vorteilen verbunden. […]
>
> Bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 1, auch soweit sie schon bisher in dieser Vorschrift enthalten waren, wie etwa der Definition von Unternehmen […], sind die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts auch weiterhin zu berücksichtigen. Diese Rechtsfolge, die sich durch die Angleichung des Wortlauts bereits seit der 6. GWB-Novelle ergibt, wird durch den Grundsatz der europafreundlichen Anwendung nach Maßgabe der neuen Vorschrift des § 23 bekräftigt. Darin einbezogen sind auch Bekanntmachungen und Leitlinien der Kommission.

An einer anderen Stelle führte der Gesetzgeber weiter aus:[64]

> Für Vereinbarungen und Verhaltensweisen ohne zwischenstaatliche Auswirkungen ist ein solcher Gleichklang von deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht ebenfalls geboten, um die Einheitlichkeit des deutschen Wettbewerbsrechts zu wahren. […]
>
> Um die notwendige Einheit der Rechtsordnung zu wahren, werden Ausnahmebereiche auch dort zurückgeführt, wo ein Anwendungsspielraum nationalen Kartellrechts aufgrund rein innerstaatlich wirkender Vereinbarungen denkbar wäre.

---

62 *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793, 794.
63 BT-Drucks. 15/3640 vom 12.08.2004, S. 22 f.
64 BT-Drucks. 15/3640 vom 12.08.2004, S. 32 f.



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

65 BR-Drucks. 441/04 vom 28.06.2004, S. 5 ff.
66 BR-Drucks. 441/04 vom 28.06.2004, S. 5 f.
67 BR-Drucks. 441/04 vom 28.06.2004, S. 6.
68 BR-Drucks. 441/04 vom 28.06.2004, S. 6.
69 BR-Drucks. 441/04 vom 28.06.2004, S. 6.
70 BR-Drucks. 441/04 vom 28.06.2004, S. 5 f.



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

Die übrigen Argumente, die für einen einheitlichen Unternehmensbegriff sprechen, wie die drohende Diskriminierung der „kleinen" Sachverhalte[71] oder Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Zwischenstaatlichkeitsklausel, bedürfen angesichts des klaren Textes der Gesetzesbegründung keiner weiteren Stellungnahme.

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

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

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

---

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

---

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

---

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

---

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

§ 130 Abs. 1 GWB lautet:

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

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

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

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

---

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

### III. Zwischenergebnis

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

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

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

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

---

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

### *B) Unzureichender Lieferantenschutz in den Horizontalleitlinien 2011*

Die Horizontalleitlinien der Kommission aus dem Jahr 2011[98] offenbaren, dass der Schutz des Beschaffungsmarktes häufig von Wettbewerbspositionen auf nachgelagerten Märkten abhängig ist. Die Kommission schützt Beschaffungsmärkte nicht wie Verkaufsmärkte aus sich selbst heraus, sondern nur in Hinblick auf nachgelagerte Auswirkungen bei Verbrauchern.

#### I. Begriff der Horizontalleitlinien

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

95 Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1, Rn. 68; *Roth*, in: FS *Loewenheim*, 2009, S. 545, 564.
96 Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1, Rn. 68.
97 Hinweis auf die Regelungsbedürftigkeit bei Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Band 4, 2011, § 1, Rn. 68. Es bleibt anzumerken, dass Kirchen als öffentliche Körperschaften bereits unter das öffentliche Kartellrecht fielen. Andere Religionsgemeinschaften würden dennoch von der Erweiterung erfasst werden.
98 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1.
99 Immenga/Mestmäcker/*Fuchs*, GWB, 2014, § 2, Rn. 38.
100 *Bechtold*, GRUR 2012, 107, 108.



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

Der Abschnitt über Einkaufsvereinbarungen ist der für Lieferanten besonders sensible Bereich innerhalb der Horizontalleitlinien.[103] Es geht darum, wann eine Vereinbarung über den gemeinsamen Einkauf von Produkten eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellt bzw. unter welchen Voraussetzungen sie nach Abs. 3 freistellbar ist. Die Horizontalleitlinien behandeln nur horizontale Vereinbarungen. Soweit eine Einkaufskooperation vertikale Vereinbarungen trifft, verlangen diese eine weitere Kontrolle anhand der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Beschränkungen[104] und den Leitlinien für vertikale Beschränkungen.[105]

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

---

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

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

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

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

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

106 *Keßler*, WuW 2002, 1162, 1170.



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

Diese Behauptung ist jedoch einseitig und verbraucherorientiert.

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

Eine US-amerikanische Entscheidung zu Rekrutierungsabsprachen mehrerer High-Tech-Firmen[110] zeigt eindringlich, dass der Wettbewerb auf dem Beschaffungsmarkt unabhängig von der Marktstellung der Parteien auf den Verkaufsmärkten beschränkt sein kann:[111] Die Unternehmen vereinbarten, sich nicht im Wege des *cold-calling* IT-Spezialisten abzu-

---

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

---

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

Allein, dass der EuGH in manch jüngeren Urteilen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung unabhängig von einer konkreten Auswirkungsanalyse erkennt,[124] muss nicht bedeuten, dass er den *more economic approach* ablehnt. Auch *Tomra* zum Kosten-Preis-Vergleich im Missbrauchsverbot in Art. 102 AEUV[125] spaltete in diesem Sinne die Geister.[126] Das stärkste Argument derer, die den EuGH als Totengräber des *more economic approach* sehen, liegt in der vom EuGH gebilligten Effizienzeinrede im Rahmen des Missbrauchsverbotes.[127] Sie orientiert sich an Art. 101 Abs. 3 AEUV und setzt voraus, dass der wirksame Wettbewerb nicht ausgeschaltet wird.[128] Doch billigt die europäische Rechtsprechung mit diesem Effizienzeinwand gerade eine Auswirkungsanalyse über den Wortlaut des Tatbestandes hinaus. Dass dabei der wirksame Wettbewerb nicht ausgeschaltet werden darf,[129] zeigt nur, dass der EuGH unmittelbar bezweckt, den Wettbewerbsprozess zu erhalten, und sich nicht an mittelbaren Verbrauchervorteilen orientiert. Der EuGH mag in seiner jüngeren Rechtsprechung zum Missbrauchsverbot seine traditionelle prozessorien-

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

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

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

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

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

127 *Frenz*, WRP 2013, 428, 429.

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tierte Linie weiterführen.[130] Dennoch zeigt sich auch eine von ihm bestätigte Ökonomisierung, wie die Umstände eines konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen,[131] den Marktbeherrscher mit einem ebenso effizient arbeitenden Mitbewerber zu vergleichen[132] und ihm einen Effizienzeinwand zu eröffnen.[133]

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

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

130 *Dittert*, EuR 2012, 570, 581 f.

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

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

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

134 *Pischel*, EuZW 2005, 459, 462.

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

## IV. 15 %-Schwelle des Marktanteils für wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einer vergleichbaren Wettbewerbssituation verlangen. Die durch den niedrigeren Einkaufspreis gesunkenen durchschnittlichen Herstellungskosten werden also nicht an die Verbraucher weitergegeben, sondern erhöhen allein den Gewinn des Unternehmens.[155] Insofern hat die von der Kommission in die Beurteilung einbezogene Marktanteilsschwelle von 15 % sowohl auf den Einkaufs- als auch auf den Verkaufsmärkten[156] nur eine beschränkte Aussagekraft, dass Verbraucher von Nachfragemacht profitieren könnten.

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

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

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

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

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

158 *Inderst*, WuW 2008, 1261, 1264.

159 *Inderst*, WuW 2008, 1261, 1268.

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

### V. Zwischenergebnis

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

## *C) Unzulänglichkeiten des Lieferantenschutzes im Diskussions- und im Prioritätenpapier*

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

---

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

## I. Bedeutung des Diskussions- und des Prioritätenpapiers

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

Das Diskussions- (2005) und Prioritätenpapier (2009) sind die Antwort der Kommission auf die Vorwürfe, die Dogmatik der Missbrauchsaufsicht sei in ordoliberaler Tradition zu formalistisch[171] und berücksichtige zu wenig die konkreten Auswirkungen im Einzelfall.[172] Auch erfuhr die Kommission im Jahr 2002 in drei Urteilen des EuG zu Fällen der Fusionskontrolle harsche Kritik an ihrer ökonomischen Argumentation, da ihr Prüfansatz ökonomische Prinzipien nicht ausreichend würdige.[173] Über einen längeren Zeitraum betrachtet zeigt jedoch der Vorwurf, die Kommission vernachlässige ökonomische Auswirkungen des unternehmerischen Verhaltens, in der Regel keine Wirkung. Ihre Entscheidungen werden größtenteils gerichtlich bestätigt.[174]

---

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

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

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

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

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

181 *Möschel*, JZ 2009, 1040, 1044.



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wettbewerbsprozesses sowie eine nur vage Berücksichtigung von Effizienzen.

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

## II. Schutzzweckverschiebung in Richtung Konsumentenwohlfahrt

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

### 1. Unklare Positionierung der Kommission zum Schutzzweck

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

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

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

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

---

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

> *Wettbewerb kommt den Verbrauchern* in Form niedrigerer Preise, höherer Qualität und eines größeren Angebots an neuen oder verbesserten Waren und Dienstleistungen *zugute*. Deshalb wird die Kommission bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts darauf achten, dass die *Märkte reibungslos funktionieren* und *die Verbraucher von der Effizienz und Produktivität profitieren*, die ein wirksamer Wettbewerb zwischen Unternehmen hervorbringt.
> Mit ihrem Vorgehen im Falle von Behinderungsmissbrauch will die Kommission *in erster Linie den Wettbewerbsprozess im Binnenmarkt schützen* und sicherstellen, dass Unternehmen in marktbeherrschender Stellung ihre Wettbewerber nicht durch andere Mittel als die Wettbewerbsfähigkeit ihrer Produkte bzw. Dienstleistungen vom Markt ausschließen. Dabei geht es der Kommission vor allem darum, den *Wettbewerbsprozess* und nicht einfach die Wettbewerber zu schützen.

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

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

---

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

## 2. Zusammenhang der Mitteilungen mit dem more economic approach

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

---

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

### 3. Bindungswirkung der beiden Kommissionspapiere

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

## III. Zusätzliches Tatbestandsmerkmal des Verbrauchernachteils im Missbrauchsverbot

Die Kommission verlangt als zusätzliches Tatbestandsmerkmal des Missbrauchsverbots einen Verbrauchernachteil.

### 1. „Wettbewerbswidrige Marktverschließung"

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

---

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

## 2. Grundlage dieser zusätzlichen Tatbestandsvoraussetzung

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

### 3. EuG bestätigt Kommission in GlaxoSmithKline

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

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

Das EuG erläutert nicht näher, wie es diese Zielsetzung – das Wohlergehens des Endverbrauchers – begründet. Es verweist auf vorangegangene eigene Rechtsprechung und die des EuGH. Doch weder der Verweis auf den EuGH in *Consten und Grundig*[229] noch in *Tepea*[230] sagt etwas zu den Zielen des ex-Art. 81 Abs. 1 EG. Der Verweis in die eigene Rechtsprechung offenbart, dass sich das EuG auf den Wortlaut des Art. 101 Abs. 3 AEUV beruft, der eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen vom Verbot des Abs. 1 unter anderem dann freistellt, wenn Verbraucher an den entstehenden Gewinnen angemessen beteiligt werden.[231] Dieser Ansatz gerät mit der Position des EuGH in *Consten und Grundig* in Konflikt, die das EuG im Übrigen sogar zitiert, dass[232]

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

---

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> diese eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

### 5. Auswirkungen des Verbrauchernachteils auf vorgelagerte Anbieter

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

## IV. Rechtfertigung lieferantenschädigender Verhaltensweisen mit Effizienzgewinnen

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

---

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

## V. Zwischenergebnis

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

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

---

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

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

249 Vgl. S. 297.



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

## D) Nachfragemacht in den USA

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

### I. Nachfragerelevante Strukturen des Antitrust Law

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

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

---

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

## 1. Sec. 1 Sherman Act (Kartellverbot)

Sec. 1 Sherman Act:[252]

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

## 2. Sec. 2 Sherman Act (Monopolisierungsverbot)

Sec. 2 Sherman Act:[256]

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

### 3. Einschränkung des Sherman Act durch die rule of reason

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

#### a) Rule of reason

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

---

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

b) Per se rule

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

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

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

---

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

### 4. Clayton Act

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

## II. Consumer welfare als Schutzzweck des Kartellrechts

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

### 1. Historische Entwicklung der Schutzzweckdiskussion

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

---

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

## 2. Bedeutung des consumer harm bei Wettbewerbsbeschränkungen auf Beschaffungsmärkten

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

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

---

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

Letzterer Lesart folgen die Rechtsprechung und große Teile der Wissenschaft gerade bei nachfragerelevantem Verhalten auf Beschaffungsmärkten. Im Falle wettbewerbswidrigen Verhaltens von Nachfragern schütze der Sherman Act die Anbieter unabhängig von einer Beeinträchtigung der Konsumentenwohlfahrt.[302] Ob dieser isolierte Schutz der Beschaffungsmärkte nun eine Ausnahme zum *consumer welfare* ist[303] oder ob der *consumer* generell die Marktgegenseite meint, kann im Ergebnis dahingestellt bleiben, da ein eigenständiger Schutz der Lieferanten in der Rechtsprechung gesichert ist.

---

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

### 3. Consumer welfare als prozesserhaltendes Schutzkonzept auf Beschaffungsmärkten

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

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

---

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

## III. Übersicht zur Rechtsprechung auf Beschaffungsmärkten

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

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

### 1. Anwendung des Sec. 1 Sherman Act bei nachfragerelevantem Verhalten

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

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

---

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

*v. United States* von 1924.[324] In dieser Vereinigung trafen sich zahlreiche Geflügelfarmer, um den Einkaufspreis der Hühnchen jeden Tag abzustimmen. Judge *Hand* begründete die Rechtswidrigkeit dieser Vereinbarung damit, dass der Sherman Act auch alle Maßnahmen untersage, die den Wettbewerb innerhalb einer Gruppe von Einkäufern beschränke.[325]

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

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

> [The Sherman Act] does not confine its protection to consumers, or to purchasers, or to competitors, or to sellers. Nor does it immunize the outlawed acts because they are done by any of these.
> The Act is comprehensive in its terms and coverage, protecting all who are made victims of the forbidden practices by whomever they may be perpetrated.

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

---

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Colleges[333] oder im Austausch von Daten und Informationen über die Bezahlung der Mitarbeiter im Management und technischen Bereich.[334]

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

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

---

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

Der Supreme Court verwendet den Begriff der Monopsonmacht nur selten ausdrücklich.[339] Dennoch wendet er Sec. 2 Sherman Act häufiger auf Fälle von Nachfragemacht an, unter anderem in *Griffith* 1948.[340] Dort legte er an ein Monopson die gleichen Kriterien an wie an ein Monopol, behandelte sie insofern spiegelbildlich.

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

---

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

### 3. Anwendung des Clayton Acts bei nachfragerelevanten Zusammenschlüssen

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

---

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

## 4. Zwischenergebnis

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

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

359 *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 104 f.
360 *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 105.



https://doi.org/10.5771/9783845280332-25 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY