

Münchener Schriften zum Europäischen und
Internationalen Kartellrecht

36

Markus Raeder

Der Schutz des Lieferanten als Marktgegenseite im Kartellrecht



Nomos



Stämpfli Verlag

Münchener Schriften zum Europäischen und
Internationalen Kartellrecht

herausgegeben von

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

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

Band 36

Markus Raeder

Der Schutz des Lieferanten als Marktgegenseite im Kartellrecht



Nomos



Stämpfli Verlag

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

Zugl.: München, LMU, Diss., 2016

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

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

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

Die Bände 1–34 sind beim Stämpfli Verlag erschienen.

1. Auflage 2017

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

Vorwort

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

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

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

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

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

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

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

München, Januar 2017

Dr. Markus Raeder

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Abkürzungsverzeichnis der englischsprachigen juristischen Zeitschriften

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

Einleitung

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

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

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

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

1 Frankfurter Allgemeine Zeitung, 27.12.2012, S. 16.

2 Frankfurter Allgemeine Zeitung, 27.12.2012, S. 16.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Einleitung

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

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

A) Defizite bei staatlicher Nachfrage

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

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

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

I. Klassischer Unternehmensbegriff

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Einfluss der FENIN-Rechtsprechung auf den europäischen Unternehmensbegriff

1. Inhalt der FENIN-Rechtsprechung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Der EuGH statuierte verallgemeinernd,²⁷

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

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

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

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

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

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