

ROBERT ENDLER

Verbraucher
im Kartellrecht

Beiträge zum Kartellrecht

10

Mohr Siebeck

Beiträge zum Kartellrecht

herausgegeben von

Michael Kling und Stefan Thomas

10



Robert Endler

Verbraucher im Kartellrecht

Eine Untersuchung der Rolle privater
Marktteilnehmer im deutschen und europäischen
Kartellrecht unter Berücksichtigung der Bezüge zu
Lauterkeits- und Verbraucherschutzrecht

Mohr Siebeck

Robert Endler, geboren 1991; Studium der Rechtswissenschaft in Jena und Leipzig; Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Medienrecht der Universität Jena; 2020 Promotion; seit 2020 Rechtsreferendar am Landgericht Erfurt.

ISBN 978-3-16-160022-7 / eISBN 978-3-16-160061-6

DOI 10.1628/978-3-16-160061-6

ISSN 2626-773X / eISSN 2626-7748 (Beiträge zum Kartellrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.
Zugl.: Dissertation, Friedrich-Schiller-Universität Jena, 2020.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier.

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena als Dissertation angenommen. Sie entstand während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Christian Alexander. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Februar 2020 berücksichtigt werden.

Das Erstellen der Arbeit wäre mir sicher nicht ohne die großartige Unterstützung meines Umfeldes gelungen. Mein ganz besonderer Dank gilt allen voran meinem geschätzten Doktorvater Herrn Prof. Dr. Christian Alexander. Seine Betreuung zeichnete sich durch ein stets offenes Ohr, wertvolle Anregungen sowie großen Einsatz aus. Gleichzeitig schenkte er mir Vertrauen und gewährte mir umfangreiche Freiräume, um mein Vorhaben zu verwirklichen. Ich verdanke ihm eine ereignisreiche Zeit, die meiner fachlichen und persönlichen Entwicklung sehr zuträglich war. Auch Herrn Prof. Dr. Jochen Schlingloff bin ich für seine Unterstützung und das Erstellen des Zweitgutachtens dankbar.

Herrn Prof. Dr. Michael Kling und Herrn Prof. Dr. Stefan Thomas danke ich für die Aufnahme der Dissertation in die Schriftenreihe „Beiträge zum Kartellrecht“.

Für die wunderbare Zeit am Lehrstuhl möchte ich meinen ehemaligen Kollegen, insbesondere Dr. Felix Dörig, Dr. Maximilian Grubert und Dennis Wuttke, danken. Die gute Erinnerung an meine Tätigkeit am Lehrstuhl verdanke ich vor allem auch Frau Gabriele Weidner, auf deren Hilfsbereitschaft und persönlichen Einsatz ich immer zählen durfte.

Ganz besonderer Dank gilt Norwin Sauer. Nicht nur seine unermüdliche Bereitschaft zum Diskurs hat zum Gelingen der Arbeit in außerordentlichem Maße beigetragen. Er vermochte es, mich in schwierigen Phasen zu motivieren und stand mir persönlich stets zur Seite. Den erfolgreichen Abschluss der Arbeit verdanke ich besonders auch Dr. Sven Buder. Mit seiner Leichtigkeit und seinem Frohsinn sorgte er immer wieder für die nötige Ablenkung und forderte mich zu neuen sportlichen Abenteuern heraus.

Von ganzem Herzen danke ich meiner Partnerin Jula McGibbon für ihre Geduld und ihren bedingungslosen Rückhalt während der langwierigen Arbeiten sowie ihren unerschütterlichen Glauben an das Gelingen der Arbeit.

Meine größte Anerkennung gebührt meiner Schwester Stefanie Hartig, deren Mut, neue Wege zu gehen, mich stets begeisterte und motivierte, meine eigenen Herausforderungen zu suchen, sowie meinen Eltern Heike und Gerd Endler. Ohne ihre immerwährende liebevolle ideelle und finanzielle Unterstützung wäre dieses Vorhaben nicht möglich gewesen. Zum Dank ist ihnen diese Arbeit gewidmet.

Jena, Oktober 2020

Robert Endler

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
§ 1. Einleitung	1
§ 2. Verbraucherbegriff und tatbestandliche Einordnung	5
<i>A. Verbraucherbegriff außerhalb des Kartellrechts</i>	<i>6</i>
I. Unionsrecht	6
1. Primärrecht	8
a) „Verbraucher“	9
aa) Verbraucherbegriff des Art. 39 Abs. 1 lit. e) AEUV	9
bb) Verbraucherbegriff des Art. 40 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV	10
cc) Verbraucherbegriff des Art. 107 Abs. 2 lit. a) AEUV	10
dd) Verbraucherbegriff des Art. 169 Abs. 1 AEUV	12
b) „Verbraucherschutz“ und „Verbraucherschutzniveau“	14
aa) Verbraucherbegriff des Art. 12 AEUV	15
bb) Verbraucherbegriff des Art. 114 Abs. 3 AEUV	16
cc) Verbraucherbegriff in der Grundrechte-Charta: Art. 38 GrC	17
c) Fazit	18
2. Sekundärrecht	19
a) RL 2011/83/EU: „Verbraucherrechterichtlinie“ (VRRL)	19
aa) Merkmale des Verbraucherbegriffs in Art. 2 Nr. 1 VRRL	20
(1) Verträge	20
(2) Zweck des Handelns	21
(a) Bisherige Rechtsprechung zu Art. 13 EuGVÜ	22
(b) Auslegung der Regelung in Art. 2 Nr. 1 VRRL	23
(3) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Zweckrichtung des Handelns	24
(4) Keine Begrenzung auf die Nachfrage von Waren und Dienstleistungen	24

bb) Zusammenfassung	24
b) RL 2005/29/EG: „UGP-Richtlinie“	25
aa) Die UGP-RL im Zusammenspiel von Lauterkeits- und Kartellrecht	26
bb) Merkmale des Verbraucherbegriffs in Art. 2 lit. a) UGP-RL	27
(1) Handeln „im Geschäftsverkehr“	27
(2) Zweck des Handelns	27
(a) Bisherige Auslegung des Art. 2 lit. a) UGP-RL	28
(b) Veränderung durch Art. 2 Nr. 1 VRRL	28
(c) Ergebnis	32
(3) Keine Begrenzung auf die Nachfrage von Waren und Dienstleistungen	33
cc) Zusammenfassung	33
c) Weitere Legaldefinitionen im Sekundärrecht	34
aa) Art. 2 lit. b) RL 93/13/EWG	34
bb) Art. 4 Abs. 1 lit. a) RL 2013/11/EU	34
cc) Pauschalreiserichtlinien: „Verbraucher“ und „Reisender“	35
3. Zusammenfassung und Würdigung	36
II. Deutsches Recht	38
1. Verbraucherbegriff des § 13 BGB	38
a) Entstehung und heutige Fassung	38
b) Merkmale des § 13 BGB	39
aa) Keine überwiegend berufliche oder gewerbliche Tätigkeit	40
bb) Selbstständige berufliche Tätigkeit	40
c) Objektive Bestimmung	41
d) Keine Begrenzung auf die Nachfrage	41
e) Zusammenfassung	42
2. Verbraucherbegriff des § 2 Abs. 2 UWG	43
a) Zusammenspiel von UWG und GWB	43
b) Merkmale des § 2 Abs. 2 UWG	44
aa) Natürliche Person	44
bb) Situatives Element	44
cc) Zweckrichtung des Handelns	45
(1) Keine überwiegend berufliche oder gewerbliche Tätigkeit	45
(2) Selbstständige berufliche Tätigkeit	45
dd) Keine Begrenzung auf die Nachfrage	47
c) Zusammenfassung	47
3. Zusammenfassung und Würdigung	48
III. Zwischenergebnis	48

<i>B. Kartellrechtlicher Verbraucherbegriff</i>	49
I. Unionsrecht	50
1. Primärrecht	50
a) Kartellverbot: Art. 101 AEUV	50
aa) Verbotstatbestand, Art. 101 Abs. 1 AEUV	50
(1) Adressaten des Kartellverbotes	51
(2) Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen	51
(3) Wettbewerbsbeschränkung	51
(4) Bezwecken oder Bewirken der Wettbewerbsbeschränkung	52
(5) Spürbarkeit	53
(6) Zwischenstaatlichkeitsklausel	54
bb) Freistellung, Art. 101 Abs. 3 AEUV	54
(1) Verbesserung der Warenerzeugung und -verteilung oder Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts (Effizienzgewinn)	55
(2) Angemessene Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn	55
(3) Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung	56
(4) Keine Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs	56
cc) Verbraucherbegriff des Art. 101 Abs. 3 AEUV	56
b) Missbrauchsverbot: Art. 102 AEUV	59
aa) Verbotstatbestand, Art. 102 AEUV	59
(1) Marktbeherrschende Stellung	59
(a) Relevanter Markt	60
(b) Marktbeherrschung	60
(2) Missbräuchliche Ausnutzung	61
bb) Verbraucherbegriff des Art. 102 S. 2 lit. b) AEUV	61
c) Zusammenfassung	65
2. Sekundärrecht	66
a) Verordnungen	66
aa) VO (EG) Nr. 139/2004 – EG-Fusionskontrollverordnung (FKVO)	66
(1) Zusammenschlusskontrolle nach der FKVO	68
(2) Verbraucherbegriff der FKVO	69
(a) Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b) FKVO	69
(b) Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 FKVO	71
(c) Art. 9 Abs. 7 FKVO	73
(d) Zusammenfassung	74
bb) VO (EG) Nr. 802/2004 – FKVO-Durchführungsverordnung	75
(1) Regelungsgegenstand der VO (EG) Nr. 802/2004	75
(2) Verbraucherbegriff des Art. 11 lit. c) VO (EG) Nr. 802/2004	75

cc) Gruppenfreistellungsverordnungen	77
(1) Regelungsgegenstand der Vertikal-GVO	77
(2) Verbraucherbegriff der Vertikal-GVO	78
(a) Art. 4 lit. b) Vertikal-GVO	78
(b) Art. 4 lit. c) und e) Vertikal-GVO	81
(3) Zusammenfassung und Würdigung	81
b) Richtlinien	81
aa) RL (EU) 2019/1	82
(1) Regelungsgegenstand	82
(2) Verbraucherbegriff des Art. 1 RL (EU) 2019/1	82
bb) RL 2014/104/EU	84
(1) Regelungsgegenstand	84
(2) Verbraucherbegriff der RL 2014/104/EU	85
c) Zusammenfassung	86
3. Zusammenfassung und Würdigung	87
II. Deutsches Kartellrecht	88
1. Verhältnis zum Europäischen Kartellrecht	88
a) Kartellverbot, § 1 GWB	88
b) Missbrauchskontrolle, §§ 18 ff. GWB	89
c) Zusammenschlusskontrolle, §§ 35 ff. GWB	90
d) Zusammenfassung	90
2. „Verbraucher“ im GWB	91
a) § 2 Abs. 1 GWB: Freistellung vom Verbot des § 1 GWB	91
b) § 25 S. 2 GWB – Stellungnahmen Dritter	92
aa) Parallele zum UKlaG	93
bb) Verbraucherbegriff des § 25 S. 2 GWB	94
c) § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB – Beteiligte am Kartellverfahren	95
d) § 32e Abs. 5 GWB – Sektoruntersuchungen	95
aa) Sektoruntersuchung nach § 32e Abs. 1 GWB	95
bb) Begriff des Verbrauchers in § 32e Abs. 5 S. 1 GWB	96
e) § 90 Abs. 6 GWB – Benachrichtigung und Beteiligung der Kartellbehörden	97
f) § 47k Abs. 5, Abs. 8 Nr. 3 und Nr. 5 GWB	98
3. Zusammenfassung und Würdigung	99
III. Ergebnis: Der Begriff des Verbrauchers im Kartellrecht	100
 <i>C. Funktionen des Verbraucherbegriffs im Kartellrecht</i>	 101
I. Verbraucherbegriff auf materieller Ebene	101
1. Art. 101 Abs. 3 AEUV und § 2 Abs. 1 GWB	101
2. Art. 102 S. 2 lit. b) AEUV	103
II. Verbraucherbegriff auf institutioneller Ebene	104

1. §§ 32e Abs. 5, 90 Abs. 6 GWB	105
2. § 25 S. 2 GWB	106
3. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB, Art. 11 lit. c) VO (EG) Nr. 802/2004	107
4. Zusammenfassung	107
III. Verbraucherbegriff in den Erwägungsgründen der EU-Rechtsakte	108
<i>D. Thesen zu § 2.</i>	109
I. Verbraucherbegriff außerhalb des Kartellrechts	109
II. Kartellrechtlicher Verbraucherbegriff	110
III. Funktionen des Verbraucherbegriffs im Kartellrecht	111
§ 3. Verbraucher im Wettbewerb	113
<i>A. Modelle des Verbraucherverhaltens</i>	117
I. „homo oeconomicus“	118
1. Ursprung: Ökonomisches Modell	118
2. Der homo oeconomicus im Kartellrecht	121
3. Ergebnis	123
II. „homo behavioralis“?	123
1. Zentrale Beobachtungen der behavioral economics	125
a) Heuristiken und Urteilsfehler (biases)	125
aa) Heuristiken als Vereinfachungsstrategien	125
bb) Repräsentativitätsheuristik (representativity)	126
cc) Verfügbarkeitsheuristik (availability) und conjunction bias	127
dd) Ankereffekt (anchoring heuristic) und Anpassung (adjustment)	128
ee) Framing	129
ff) Sunk-cost-Effekt	129
gg) Zwischenergebnis	130
b) Instabilität der Präferenzordnung	130
aa) Abhängigkeit von Referenzpunkten	130
(1) Verlustaversion (loss aversion)	131
(2) Besitztumseffekt (Endowment-Effekt)	131
(3) Konsumententrägheit und Default-Effekt (default bias bzw. status quo bias)	132
(4) Abnehmende Sensitivität	133
(5) Zusammenfassung und Ausblick	134
bb) Dynamik der Präferenzordnung	134
cc) Zwischenergebnis	135
c) Zusammenfassung	135

2. Berücksichtigung der behavioral economics durch das Kartellrecht?	136
a) Europäische Kommission (Case AT.39740): „Google Search (Shopping)“	137
b) Europäische Kommission (Case COMP/C-3/37.792) und Gericht der Europäischen Union (Rs. T-201/04): „Windows Media Player“	139
c) Europäische Kommission (Case COMP/39.530): „Microsoft II“	142
d) EuGH (Rs. C-439/09): „Pierre Fabre“; EuGH (Rs. C-230/16): „Coty Germany“	144
e) BGH Az. KVR 21/07 und OLG Düsseldorf Az. VI-Kart 5/06 (V): „Soda Club II“; Autorité de la Concurrence Rs. n°14-D-09: „Nestlé Nespresso“ (Systemmärkte/Sekundärmärkte)	146
f) Zwischenergebnis: Neigung zum Paternalismus?	149
3. Zusammenfassung	150
III. Ergebnis	152
<i>B. Tatsächliches Verbraucherverhalten im Kartellrecht</i>	<i>153</i>
I. Bedeutung des Verbraucherverhaltens	154
II. Ermittlung des Verbraucherverhaltens – die derzeitige Praxis	155
1. Vorgehensweise der Kartellbehörden	156
a) Europäische Kommission	156
b) Bundeskartellamt	158
c) Zwischenergebnis	160
2. Vorgehensweise der Kartellgerichte	161
a) Deutsche Gerichte	161
b) Europäische Gerichte	162
3. Zusammenfassung und Ergebnis	162
III. Ermittlung des Verbraucherverhaltens durch demoskopische Untersuchungen	163
1. Ausgangslage	163
a) Instanzenzug in Kartellverfahren	164
b) Verbraucherverhalten als Tatsachen- oder Rechtsfrage	166
c) „Veränderung“ des Verbraucherverhaltens im Instanzenzug	167
aa) „Eiskonfekt“ und „Eiskonfekt II“	167
bb) „Gruner+Jahr – Zeit“	169
d) Zusammenfassung	170
2. Verbraucherverhalten im Rahmen der Marktabgrenzung	171
a) Einordnung der Bedeutung des Bedarfsmarktkonzeptes	171
b) Die Leistungsfähigkeit von Verkehrsbefragungen	173
aa) Fehleranfälligkeit der Beurteilung anhand der eigenen Urteilsfähigkeit	174

bb) Die demoskopische Untersuchung	176
(1) Entwicklung	177
(2) Grundzüge (rechts-)demoskopischer Methodik	177
(a) Die demoskopische Untersuchung	178
(b) Anforderungen der Rechtspraxis	180
(3) Conjoint-Analyse (Verbundmessung)	182
(4) Grenzen demoskopischer Untersuchungen im Kartellrecht	183
(5) Zwischenergebnis	184
cc) Verwertung demoskopischer Untersuchungen im Kartellrecht	184
(1) Einwände gegen die Art und Weise der demoskopischen Untersuchung	185
(2) Gewöhnlicher Kosten- und Zeitaufwand	187
(3) Probleme der Verwertung	189
3. Zusammenfassung	189
IV. Ergebnis: Keine Marktabgrenzung ohne Demoskopie?	190
1. Grundsatz: Keine Pflicht zur Erhebung des Verbraucherverhaltens	192
2. Ausnahme: Pflicht zur Erhebung des Verbraucherverhaltens	193
 C. „Verständiger Verbraucher“ – ein Leitbild?	195
I. Kartellrechtliches Verbraucherleitbild	196
1. Bedeutung	196
2. Funktionen	198
a) Vereinfachungsfunktion	198
b) Legitimationsfunktion	199
c) Steuerungsfunktion	200
3. Ergebnis	200
II. Charakterisierung des „verständigen“ Verbrauchers	201
1. Qualitative Merkmale	201
2. Quantitative Merkmale	203
III. Tauglichkeit als Leitbild	204
1. Erfüllen der Funktionen eines Verbraucherleitbildes	204
2. Zulässigkeit normativer Korrekturen	205
IV. Ergebnis	206
 D. Thesen zu § 3.	207
I. Modelle des Verbraucherverhaltens	207
II. Tatsächliches Verbraucherverhalten im Kartellrecht	208
III. „Verständiger Verbraucher“ – ein Leitbild?	209

§ 4. Verbraucherinteressen	211
<i>A. Verbraucherinteressen zwischen Kartellrecht und Verbraucherschutz</i>	213
I. Verbraucherinteressen im Lauterkeits- und Verbraucherrecht	214
1. Verbraucherinteressen im Lauterkeitsrecht	214
a) UWG	214
b) Einfluss des Unionsrechts	215
aa) UGP-Richtlinie	215
bb) Schutz von Individual- und Kollektivinteressen: „New Deal for Consumers“	216
c) Beschränkung auf wirtschaftliche Interessen	217
d) Zwischenergebnis	218
2. Verbraucherinteressen im Verbraucherschutzrecht	218
a) Gegenstand des Verbraucherschutzrechts	218
b) Geschützte Verbraucherinteressen	219
aa) Anknüpfungspunkte und Beschränkungen	219
bb) Individualinteressen	220
cc) Kollektivinteressen	221
3. Zwischenergebnis	222
II. Verbraucherinteressen im Kartellrecht	223
1. Differenzierung der Verbraucherinteressen	224
a) Art der Interessen	224
aa) Monetäre Interessen	225
(1) Interesse an günstigen/sinkenden Preisen	225
(2) Interesse an konstanten Preisen	225
(3) Interesse an undifferenzierten Preisen („Preisfairness“)	226
(4) Zusammenfassung	226
bb) Nicht-monetäre Interessen	226
(1) Interesse an Qualität, Innovation und Auswahl	227
(2) Verbraucherinteressen und selektiver Vertrieb: Interesse an Fachhandel, Luxus- und Markenimage	228
(3) Interesse an Markttransparenz und Reduktion der Transaktionskosten	229
(a) Konventionelle Wirtschaftsbereiche	229
(b) Digitalwirtschaft	230
(4) Interesse am Schutz personenbezogener Daten	231
(5) Zusammenfassung	232
cc) Keine Verbraucherinteressen: Belange der Allgemeinheit	232
b) Individual- und Kollektivinteressen	234

aa) Individualinteressen	234
(1) Einwirkung auf das individuelle Rechtsverhältnis	234
(a) Verstoß gegen das Kartellverbot	234
(aa) Kartellvereinbarung	235
(bb) Folgeverträge	235
(cc) Ergebnis	236
(b) Verstoß gegen das Missbrauchsverbot	236
(c) Ergebnis	237
(2) Schadenersatz für Jedermann: EuGH (Rs. C-453/99): „Courage/Crehan“	237
(a) Private Rechtsdurchsetzung	238
(aa) Unternehmen	238
(bb) Private Endverbraucher	238
(b) Ergebnis	240
(3) Ergebnis	241
bb) Kumulierung von Individualinteressen	241
cc) Kollektivinteressen	242
(1) Wettbewerbsschutz	242
(2) Durchsetzung der Kollektivinteressen	242
dd) Ergebnis	244
b) Ergebnis: Heterogenität der kartellrechtlichen Verbraucherinteressen	245
2. Normative Systematisierung	245
a) Kartellverbot	246
aa) Tatbestand, Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB	246
(1) Wettbewerbsbeschränkung als Beeinträchtigung des Kollektivinteresses	246
(2) Wettbewerbsbeschränkung durch Beeinträchtigung der Individualinteressen	246
(3) Immanente Ausnahmen vom Kartellverbot	246
(4) Zusammenfassung	247
bb) Freistellung	247
(1) Gruppenfreistellungsverordnungen	248
(2) Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV und § 2 Abs. 1 GWB	249
b) Missbrauchsverbot	249
aa) Marktbeherrschende Stellung	249
(1) Marktabgrenzung	249
(2) Marktmachtbestimmung	250
(3) Ergebnis	251
bb) Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung	251

(1) Art. 102 AEUV	252
(a) Regelbeispiele	252
(aa) Art. 102 S. 2 lit. a) AEUV	252
(bb) Art. 102 S. 2 lit. b) AEUV	252
(cc) Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV	253
(dd) Art. 102 S. 2 lit. d) AEUV	254
(b) Generalklausel: Art. 102 S. 1 AEUV	254
(2) § 19 GWB	255
(a) Regelbeispiele	255
(aa) § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB: „Unbillige Behinderung“	255
(bb) § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB: Preis- und Konditionenkontrolle	257
(cc) § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB: Preis- und Konditionenspaltung	258
(dd) § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB: „Essential-Facility“	258
(ee) § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB: „Vorteilsgewährung“	259
(b) Generalklausel: § 19 Abs. 1 GWB	259
(c) Zwischenergebnis	260
(3) Ergebnis	260
c) Fusionskontrolle	261
d) Rechtsdurchsetzung	262
e) Zusammenfassung	263
III. Ergebnis	264
<i>B. Verbraucherinteressen in der Kartellrechtsanwendung</i>	<i>265</i>
I. Bestimmung der Verbraucherinteressen	266
1. Normativer Ansatz: Aufladung um Allgemeininteressen	266
2. Empirischer Ansatz: Interessenbestimmung mittels Demoskopie	269
3. Zusammenfassung und Würdigung	270
II. Konkrete Berücksichtigung der Verbraucherinteressen	270
1. Marktabgrenzung „Strommärkte“	271
2. Zeitliche Realisierung der Verbraucherinteressen	274
a) Preishöhenmissbrauch und „klassische“ Preisspaltung: „Flugpreise“	274
b) Verkauf unter Einstandspreis (KampfpPreisstrategie)	277
c) Ergebnis	279
3. Gestaltung selektiver Vertriebssysteme	279
a) Interesse am Vorhandensein und Fortbestand eines Fach-/ Einzelhandels	280
b) Interesse an Luxusimage: „Aura des Luxus“	281
c) Interesse an Markenimage	282

d) Zusammenfassung	284
4. Zugang zu sozialen Netzwerken (BKartA Az. B6-22/16: „Facebook“)	284
a) Bestehen des Interesses am Schutz personenbezogener Daten	285
aa) Empirische Betrachtung	285
bb) Normative Betrachtung	287
cc) Ergebnis	288
b) Rechtswidrigkeit der Datenverarbeitung durch Facebook	288
aa) Verstoß gegen die Datenschutz-Grundverordnung	288
(1) Einwilligung	289
(a) Freiwilligkeit	289
(b) Informiertheit	291
(c) Zweckbestimmung	291
(d) Zwischenergebnis	291
(2) Gesetzliche Erlaubnistatbestände	292
bb) Verstoß gegen die §§ 305 ff. BGB	292
cc) Zwischenergebnis	293
c) Verstoß gegen das Missbrauchsverbot, § 19 GWB	293
aa) Marktbeherrschende Stellung, § 18 GWB	293
bb) Marktmachtmissbrauch, § 19 Abs. 1 GWB	295
(1) Kontrollmaßstab: § 19 Abs. 1 GWB oder § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB?	295
(2) Missbräuchliche Verhaltensweise, § 19 Abs. 1 GWB	297
(a) Interessenabwägung: Grundsätze	297
(aa) Einzubeziehende Interessen	298
(bb) Würdigung der Interessen	298
(cc) Entbehrlichkeit oder Determinierung der Interessenabwägung bei Verstößen gegen außerkartellrechtliche Normen?	299
(dd) Zwischenergebnis	301
(b) Beteiligte Interessen	301
(aa) Interessen Facebooks	302
(bb) Interessen der Nutzer	303
(c) Abwägung der beteiligten Interessen	305
(d) Zwischenergebnis	310
(3) Ergebnis	310
cc) Kausalität zwischen marktbeherrschender Stellung und Marktmachtmissbrauch	310
d) Ergebnis	312
5. Preisdifferenzierung	313
a) Vorbetrachtung	313
aa) Begriff und Erscheinung	313

bb) Betroffene Verbraucherinteressen	315
cc) Preisdifferenzierung und Wettbewerb	316
(1) Voraussetzungen einer Preisdifferenzierung	316
(2) Probleme bei der Anwendung	318
(3) Auswirkungen auf den Wettbewerb	319
dd) Zusammenfassung	320
b) Kartellrechtliche Bewertung	321
aa) Missbrauchsverbot, Art. 102 AEUV und § 19 Abs. 1, 2 GWB	321
(1) Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung	321
(a) Preishöhenmissbrauch, Art. 102 S. 2 lit. a) AEUV und § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB	322
(b) Preisstrukturmissbrauch, Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV und § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB	323
(c) Generalklausel, Art. 102 S. 1 AEUV und § 19 Abs. 1 GWB	324
(2) Sachliche Rechtfertigung	324
(a) Berücksichtigungsfähige Interessen des Normadressaten	325
(b) Berücksichtigungsfähige Verbraucherinteressen	326
(c) Abwägung der Interessen	327
(3) Ergebnis	329
bb) Kartellverbot	331
(1) Tatbestand, Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB	331
(2) Freistellung vom Kartellverbot	332
(a) Vertikal-GVO	332
(aa) Vertikale Vereinbarung	332
(bb) Kernbeschränkung, Art. 4 lit. a) Vertikal-GVO	333
(cc) Zwischenergebnis	334
(b) Einzelfreistellung, Art. 101 Abs. 3 AEUV und § 2 Abs. 1 GWB	334
(aa) Effizienzgewinn und angemessene Beteiligung der Verbraucher	334
(bb) Unerlässlichkeit	335
(cc) Keine Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs	335
(c) Zwischenergebnis	336
(3) Zusammenfassung	336
c) Ergebnis	337
6. Zusammenfassung und Würdigung	337
III. Ergebnis: Methodik der Interessenabwägung	340

<i>C. Thesen zu § 4.</i>	342
I. Verbraucherinteressen zwischen Kartellrecht und Verbraucherschutz . .	342
II. Verbraucherinteressen in der Kartellrechtsanwendung	344
§ 5. Ergebnisse und Ausblick	347
Quellenverzeichnis	351
Sachregister	371

Abkürzungsverzeichnis

a. A./A. A.	Andere(r) Ansicht
a. F.	Alte Fassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADLC	Autorité de la concurrence
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. Nr. C 326/47 vom 26.10.2012
AG	Die Aktiengesellschaft
BB	Betriebs-Berater
BeckRS	Beck online Rechtsprechung
BKartA	Bundeskartellamt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
bzw.	Beziehungsweise
CMA	Competition and Markets Authority (Vereinigtes Königreich)
CML Rev.	Common Market Law Review
CompLRev	Competition Law Review
CPI Journal	Competition Policy International
CR	Computer und Recht
d. h.	Das heißt
DB	Der Betrieb
DSGVO	Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. Nr. L 119/1 vom 04.05.2016
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
EG-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl. Nr. C 325/1 vom 24.12.2002
Erw.	Erwägungsgrund
et. al.	Und andere
EU-BeihilfeR	EU-Beihilfenrecht
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, BGBl. 1972 II 773
EUV	Vertrag über die Europäische Union, ABl. Nr. C 191/1 vom 29.07.1992

EUVR	Zeitschrift für europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb
FK-EuR	Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV
FK-KartR	Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht
GA (EuGH)	Generalanwalt/Generalanwältin beim Europäischen Gerichtshof
GI	Gesellschaft für Informatik
GrC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 326/392 vom 26.10.2012
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Rechtsprechungs-Report
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Hdb. EU-WirtschaftsR	Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts
HdB-KartellR	Handbuch des Kartellrechts
Hs.	Halbsatz
i. S. d.	Im Sinne der/s
i. S. e.	Im Sinne eine/r/s
i. S. v.	Im Sinne von
i. V. m.	In Verbindung mit
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
J. Ind. Org.	International Journal of Industrial Organization
J. Tech. L. & Pol’y	Journal of Technology Law & Policy
JB. F. Sozialwiss.	Jahrbuch für Sozialwissenschaften: Zeitschrift für Wirtschaftswissenschaften
JbNSt	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik
JCR	Journal of Consumer Research
JEL	Journal of Economic Literature
JETL	Journal of European Tort Law
JZ	JuristenZeitung
K&R	Kommunikation und Recht
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LL-Horizontale Zusammenschlüsse	Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmens- zusammenschlüssen, ABl. Nr. C 31/5 vom 05.02.2004
LL-Nichthorizontale Zusammenschlüsse	Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmens- zusammenschlüssen, ABl. Nr. C 265/6 vom 18.10.2008
Manag. Sci.	Management Science
MüKo	Münchener Kommentar
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJWE-WettbR	NJW-Entscheidungsdienst Wettbewerbsrecht
Nr.	Nummer

NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
Psychol. Rev.	Psychological Review
Psychol. Sci.	Psychological Science
PWP	Perspektiven der Wirtschaftspolitik
Q. J. Econ.	The Quarterly Journal of Economics
RdE	Recht der Energiewirtschaft
Rev Ind Organ	Review of Industrial Organization
RL	Richtlinie
RL (EU) 2019/2161	Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABl. Nr. L 328/7 vom 18.12.2019
RL (EU) 2019/1	Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. Nr. L 11/13 vom 14.01.2019
RL 2015/2302/EU	Richtlinie (EU) 2015/2302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates, ABl. Nr. L 326/1 vom 11.12.2015
RL 2014/104/EU	Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. Nr. L 349/1 vom 05.12.2014
RL 2013/11/EU	Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten), ABl. Nr. L 165/63 vom 18.06.2013
RL 2011/83/EU („VRRRL“)	Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. Nr. L 304/64 vom 22.11.2011
RL 2009/22/EG	Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. Nr. L 110/30 vom 01.05.2009

RL 2005/29/EG („UGP-RL“)	Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlamentes und des Rates, ABl. Nr. L 149/22 vom 11.06.2005
RL 98/27/EG	Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. Nr. L 166/51 vom 11.06.1998
RL 93/13/EWG	Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. Nr. L 95/29 vom 21.04.1993
Rs.	Rechtssache
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts der Europäischen Union
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
u. a.	Unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	Vergleiche
VO	Verordnung
VO (EG) Nr. 139/2004 („FKVO“)	Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. Nr. L 24/1 vom 29.01.2004
VO (EU) Nr. 1218/2010	Verordnung (EU) Nr. 1218/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, ABl. Nr. L 335/43 vom 18.12.2010
VO (EU) Nr. 1217/2010	Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl. Nr. L 335/36 vom 18.12.2010
VO (EU) Nr. 330/2010	Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 102/1 vom 23.04.2010
VO (EU) Nr. 316/2014	Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. Nr. L 93/17 vom 28.03.2014

VO (EU) Nr. 461/2010	Verordnung (EU) Nr. 461/2010 der Kommission vom 27. Mai 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl. Nr. L 129/52 vom 28.05.2010
VO Nr. 19/65/EWG	Verordnung Nr. 19/65/EWG des Rates vom 2. März 1965 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz (3) des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. Nr. P 36 533/65 vom 06.03.1965
VuR	Verbraucher und Recht
Wirtschaftsdienst	Wirtschaftsdienst – Zeitschrift für Wirtschaftspolitik
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium
WISU	Das Wirtschaftsstudium
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Entscheidungssammlung der WuW
Yale J. on Reg.	Yale Journal on Regulation
z.B.	Zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
zfwu	Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik
ZNER	Zeitschrift für neues Energierecht
ZVertriebsR	Zeitschrift für Vertriebsrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

§ 1. Einleitung

Die Entscheidung des Bundeskartellamtes in der Sache „Facebook“¹ zum Markt-machtmissbrauch durch datenschutzrechtswidrige Allgemeine Geschäftsbedin-gungen sorgt nicht nur in der (Kartell-)Rechtswissenschaft² und -praxis³ für Auf-ruhr, sondern erfährt auch eine breite öffentliche Wahrnehmung⁴. Der deutsche Gesetzgeber nimmt (u. a.) diese Entscheidung zum Anlass, zentrale Vorschriften des nationalen Kartellrechts im Rahmen der Zehnten GWB-Novelle, die mit dem kürzlich veröffentlichten Referentenentwurf⁵ an Fahrt aufgenommen hat, zu ver-ändern. Dabei setzt die „Facebook“-Entscheidung des Bundeskartellamtes eine Entwicklung der letzten Jahre konsequent fort: Märkte, die einen unmittelbaren Bezug zu Verbrauchern aufweisen, sind sowohl auf europäischer⁶ als auch auf nationaler⁷ Ebene verstärkt in den Fokus der Kartellbehörden gerückt. Darüber hinaus hat der deutsche Gesetzgeber das Bundeskartellamt im Zuge der Neunten GWB-Novelle erstmals mit Befugnissen im wirtschaftlichen Verbraucherschutz ausgestattet. Von diesen Befugnissen, die (noch⁸) vorrangig analysierende und beratende Funktion haben, macht das Bundeskartellamt bereits rege Gebrauch und leitete erste Sektoruntersuchungen zu Vergleichsportalen, Smart-TVs und

¹ BKartA BeckRS 2019, 4895 – „Facebook“.

² *Buchner*, WRP 2019, 1243; *Bergmann/Modest*, NZKart 2019, 531; *Ellger*, WuW 2019, 446; *Karbaum*, DB 2019, 1072; *Körber*, NZKart 2019, 187; *Künstner*, K&R 2019, 605; *Mohr*, EuZW 2019, 265; *Stoffel*, EuZW 2019, 177; bereits während des laufenden Verfahrens: *Franck*, ZWeR 2016, 137; *Pomana/Schneider*, BB 2018, 965; *Klotz*, WuW 2016, 58; *Körber*, NZKart 2016, 348; *Wiedmann/Jäger*, K&R 2016, 217; *Telle*, WRP 2016, 814.

³ OLG Düsseldorf BeckRS 2019, 18837 – „Facebook“.

⁴ Handelsblatt, Bericht vom 15.02.2019; Spiegel, Bericht vom 07.02.2019; Tagesschau, Bericht vom 21.03.2019.

⁵ BMWi, Referentenentwurf zur Zehnten GWB-Novelle.

⁶ Europäische Kommission, Decision of 27.06.2017, Case AT.39740 – „Google Search (Shopping)“.

⁷ BKartA, B10-105/11, Bußgelder gegen Brauereien; BKartA, B11-11/08, Bußgeldverfahren gegen Hersteller von Süßwaren; BKartA, B11-18/08, Bußgeldverfahren gegen Kaffeeröster wegen Preisabsprachen; BKartA, B3-164/14, SodaStream; ADLC, Décision n°14-D-09 vom 04.09.2014 – „Nestlé Nespresso“.

⁸ *Ost*, VuR 2018, 121, 122.

Nutzerbewertungen ein.⁹ Für die Zukunft wird erwartet, dass der Gesetzgeber das Bundeskartellamt mit weiteren Kompetenzen für den wirtschaftlichen Verbraucherschutz ausstattet.¹⁰

Es handelt sich dabei aber um eine Entwicklung, die nicht vorbehaltlos begrüßt wird:¹¹ Durch die Indienstnahme des Kartellrechts für den Verbraucherschutz drohe eine „Verwässerung der reinen Lehre vom Wettbewerbsschutz“¹² bzw. ein erheblicher Paradigmenwechsel, der die Kohärenz von Lauterkeits- und Kartellrecht empfindlich störe¹³. Eine weitere Verquickung von Verbraucher- und Kartellrecht lasse befürchten, dass die wettbewerbliche Dynamik auf den Märkten verringert und die Funktion des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren eingeschränkt werde.¹⁴ Häufig sei der Schutz der Verbraucher nur zulasten des Schutzes des Wettbewerbs durchzusetzen, während der Wettbewerbsschutz sich auch negativ auf die Interessen der Verbraucher auswirken könne.¹⁵

Vor diesem Hintergrund befasst sich die vorliegende Untersuchung mit der Frage, welche Rolle private Marktteilnehmer (Verbraucher) im deutschen und europäischen Kartellrecht einnehmen. Weil sich diese Rolle nicht allein aus dem Kartellrecht heraus bestimmen lässt, handelt es sich um eine Untersuchung mit Querschnittscharakter. Sie bezieht insbesondere die verbraucher- und lauterkeitsrechtlichen Bezüge, aber auch ökonomische und sozialwissenschaftliche Dimensionen mit ein. Mit Blick auf die Zukunft berücksichtigt die Arbeit zudem die im Referentenentwurf zur Zehnten GWB-Novelle¹⁶ vorgesehenen Veränderungen am deutschen Kartellrecht. Nicht zum Gegenstand der Untersuchung gehören dagegen Überlegungen zu Verbraucherwohlfahrt und „more economic approach“¹⁷ sowie zur kollektiven Rechtsdurchsetzung („class action“)¹⁸.

Die Gliederung der Untersuchung orientiert sich an drei wesentlichen Themenkomplexen: Wer ist Verbraucher? Welche Bedeutung hat das Verhalten der Verbraucher im und für das Kartellrecht? Werden die Interessen der Verbraucher durch das Kartellrecht geschützt?

⁹ BKartA, Verbraucherschutz.

¹⁰ Ost, VuR 2018, 121, 122; Mundt, WRP Die erste Seite 2018, Nr. 9.

¹¹ Ackermann, NZKart 2016, 397, 397 f.; Henning-Bodewig, WRP Die erste Seite 2017, Nr. 4; Brinker, NZKart 2017, 141, 141 f.; Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, Rn. 950 ff.

¹² Ackermann, NZKart 2016, 397, 398.

¹³ Henning-Bodewig, WRP Die erste Seite 2017, Nr. 4.

¹⁴ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, Rn. 950.

¹⁵ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, Rn. 950.

¹⁶ BMWi, Referentenentwurf zur Zehnten GWB-Novelle.

¹⁷ Eingehend: Möller, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischen Kartellrecht.

¹⁸ Eingehend: Fiedler, Class Actions zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts.

Das erste der drei Hauptkapitel setzt sich mit dem Begriff des Verbrauchers und seiner tatbestandlichen Einordnung auseinander (§ 2.). Der Verbraucherbegriff nimmt im Rahmen der vorliegenden Untersuchung einerseits eine zentrale Stellung ein, andererseits findet er weder in der Rechtsordnung noch bei der wissenschaftlichen und praktischen Auseinandersetzung einheitlich Verwendung. Ausgehend vom „außerkartellrechtlichen“ Verbraucherbegriff (A.) wird daher der Begriff des Verbrauchers im Kartellrecht (B.) betrachtet. Die Offenlegung des jeweiligen Verbraucherbegriffs ist eine wichtige Grundlage für den weiteren Fortgang der Untersuchung, weil sie die notwendige begriffliche Klarheit schafft. Gleichzeitig lassen sich dieser Betrachtung erste Erkenntnisse darüber entnehmen, inwieweit Verbraucher-, Lauterkeits- und Kartellrecht bereits begrifflich hinsichtlich des Schutzsubjekts verbunden sind. Daran anknüpfend wird untersucht, aus welchen Gründen der Begriff des Verbrauchers insbesondere im Kartellrecht uneinheitlich verwendet wird (C.). Zu diesem Zweck werden die verschiedenen Funktionen, die dem Begriff des Verbrauchers im Kartellrecht zukommen, erörtert. Abschließend werden die wesentlichen Ergebnisse des ersten Hauptkapitels thesenartig zusammengefasst (D.).

Das zweite Hauptkapitel widmet sich dem Verhalten der Verbraucher und seiner Bedeutung für den kartellrechtlich geschützten Wettbewerb (§ 3.). Dabei soll nicht nur geklärt werden, inwieweit sich das Verbraucherverhalten auf das Kartellrecht und seine Anwendung im konkreten Fall auswirkt, sondern auch, welchen Einfluss das Kartellrecht auf das Verhalten der Verbraucher nimmt. Bedeutung kommt dabei insbesondere der Frage zu, ob das Kartellrecht allgemein und in seiner derzeitigen Form auch konkret geeignet ist, Beschränkungen des Wettbewerbs durch die Fehlleitung von Verbraucherentscheidungen zu begegnen. Die Untersuchung nähert sich der Thematik zunächst aus der Perspektive des „modellhaften“ Verbraucherverhaltens (A.). Die ökonomischen Modellvorstellungen über das Verbraucherverhalten, die dem Kartellrecht und seiner Anwendung in der Praxis zugrunde liegen, müssen erarbeitet und auf ihre Tauglichkeit hin überprüft werden. Dagegen konzentriert sich der zweite Abschnitt auf die kartellrechtliche Berücksichtigung des tatsächlichen Verhaltens der Verbraucher (B.). Am Beispiel der Marktabgrenzung wird dargelegt, welche Bedeutung dem tatsächlichen Verbraucherverhalten bei der Kartellrechtsanwendung zukommt. Diese Einordnung bietet Anlass dazu, die bisherige Entscheidungspraxis zur Ermittlung des Verbraucherverhaltens in Frage zu stellen. Die Erwägungen zum „modellhaften“ und tatsächlichen Verbraucherverhalten führen letztlich zur Frage, ob die im Kartellrecht weit verbreitete Figur des „verständigen Verbrauchers“ die ökonomischen Modellvorstellungen mit dem tatsächlichen Verhalten zu einem geeigneten Verbraucherleitbild zusammenführen kann (C.). Schließlich werden die wesentlichen Ergebnisse des zweiten Hauptkapitels thesenartig zusammengefasst (D.).

Das dritte Hauptkapitel knüpft unmittelbar an die Berücksichtigung des Verbraucherverhaltens an und behandelt die Frage nach den kartellrechtlich geschützten Verbraucherinteressen (§ 4.). Es greift damit die eingangs angesprochenen Bedenken hinsichtlich einer Beeinträchtigung des Wettbewerbsschutzes explizit auf. Die notwendige Orientierung bietet dabei eine Auseinandersetzung mit dem Schutzzweck des Kartellrechts. Ausgehend davon werden die kartellrechtlich relevanten Verbraucherinteressen erarbeitet (A.). Die Verbraucherinteressen werden einerseits nach ihrer Art, andererseits aber auch dahingehend unterschieden, ob es sich um individuelle oder kollektive Verbraucherinteressen handelt. Zudem werden die normativen Anknüpfungspunkte für die kartellrechtliche Berücksichtigung der Verbraucherinteressen herausgearbeitet. Dies bereitet der Untersuchung des kartellrechtlichen Schutzes der Verbraucherinteressen in der Kartellrechtsanwendung unmittelbar den Boden (B.). Dabei wird zunächst eine Parallele zur Ermittlung des Verbraucherverhaltens gezogen und die Vorgehensweise bei der Bestimmung der Verbraucherinteressen beleuchtet. Anschließend wird der konkrete Schutz der Verbraucherinteressen in der Kartellrechtsanwendung anhand von fünf Fallbeispielen untersucht. Daraus können wertvolle Erkenntnisse zur Methodik der kartellrechtlichen Interessenabwägung gewonnen werden. Zum Abschluss werden die wesentlichen Ergebnisse des dritten Hauptkapitels thesenartig zusammengefasst (C.).

Die Arbeit endet mit einer Gesamtbetrachtung, die die gewonnenen Erkenntnisse darlegen und einen Ausblick auf zukünftige Entwicklungen geben wird (§ 5.).

§ 2. Verbraucherbegriff und tatbestandliche Einordnung

Der Verbraucher ist eine vielgestaltige Figur. Sie beschäftigt neben der Rechtswissenschaft insbesondere auch die Soziologie und Wirtschaftswissenschaft. Gleichwohl ist der Begriff des Verbrauchers weder wissenschaftsübergreifend noch innerhalb der deutschen und europäischen Rechtswissenschaft selbst einheitlich definiert. Allein in der rechtlichen Betrachtung des Verbraucherbegriffs tauchen deutlich voneinander abweichende Auslegungsvarianten auf. Zudem finden sich insbesondere soziologisch motivierte Entwürfe, die dem gesellschaftlichen Wandel Rechnung tragen sollen und wollen.¹ In rechtlicher Hinsicht bezeichnet der Begriff des Verbrauchers einerseits eine natürliche oder juristische Person als Abnehmer von Waren und Dienstleistungen (Art. 101 Abs. 3 AEUV). Andererseits wird der Verbraucherbegriff deutlich restriktiver gefasst und auf natürliche Personen, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließen, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können (§ 13 BGB), beschränkt. Zwischen diesen Extremen werden weitere Zwischenstufen unterschieden. Beispielsweise versteht man als Verbraucher i. S. v. § 2 Abs. 2 UWG eine natürliche Person bei, vor oder nach einer geschäftlichen Entscheidung.

Gemeinsam ist den Begriffsauslegungen jedenfalls, dass es sich um natürliche oder juristische Personen handelt, die zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse am Markt teilnehmen. Die Weite des Verbraucherbegriffs fällt jedoch unterschiedlich aus. Sie erschwert eine konstruktive wissenschaftliche Auseinandersetzung deutlich, soweit innerhalb der Rechtsbereiche kein einheitlicher und unterscheidbarer Verbraucherbegriff verwendet wird. Es bleibt vielfach unklar, was sich im Einzelnen unter dem Begriff des „Verbrauchers“ verbirgt. Dies gilt besonders für das Kartellrecht, wo der Begriff des Verbrauchers speziell in der Diskussion der kartellrechtlichen Zielsetzungen in einer „verwirrende[n] Vielfalt von Zusammenhängen“² verwendet wird. Andererseits ist die mannigfaltige Verwendung

¹ Zum Verbraucherbegriff im 21. Jahrhundert: *Purnhagen/Wahlen*, Der Verbraucherbegriff im 21. Jahrhundert.

² *Möller*, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischen Kartellrecht, S. 229.

des Begriffs auch ein Ausdruck der unterschiedlichen Schutzbedürfnisse.³ Während so auf gesetzgeberischer und politischer Ebene die notwendige Anpassungsfähigkeit erzielt wird,⁴ führt die mehrdeutige Verwendung in der wissenschaftlichen Diskussion zu unerwünschten Unklarheiten.

Das vorliegende Kapitel gliedert sich daher in vier Abschnitte. Ausgehend von einer Betrachtung des Verbraucherbegriffs in Normen, die nicht dem Kartellrecht zugeordnet werden können (A.), wird der kartellrechtliche Verbraucherbegriff untersucht (B.). Dem folgt eine Analyse der Funktionen, die dem Verbraucherbegriff im Kartellrecht zukommen (C.). Zuletzt werden die Ergebnisse des Kapitels thesenartig zusammengefasst (D.).

A. Verbraucherbegriff außerhalb des Kartellrechts

I. Unionsrecht

Der Begriff des Verbrauchers hat an zahlreichen Stellen Eingang in das europäische Primär- und Sekundärrecht gefunden. Das primäre Unionsrecht nimmt die oberste Stellung in der Rangordnung des europäischen Rechts ein. Das geschriebene Primärrecht der Europäischen Union umfasst im Wesentlichen den Vertrag über die Europäische Union (EUV) und den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), daneben aber etwa auch die Grundrechte-Charta der Europäischen Union (GrC). EUV und AEUV bilden gemäß Art. 1 Abs. 3 S. 1 EUV die Grundlage der Europäischen Union und sind nach Art. 1 Abs. 3 S. 2 EUV gleichrangig. Die Grundrechte-Charta nimmt gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV den Rang der Verträge ein.

Davon abzugrenzen ist das sekundäre Unionsrecht, bei dem es sich um Rechtsakte handelt, die auf Grundlage der in den Verträgen begründeten Rechtssetzungsbefugnisse erlassen werden.⁵ Die Formen dieser Rechtsakte sind in Art. 288 AEUV benannt: Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen. Das sekundäre Unionsrecht ist dem primären Unionsrecht nachgeordnet und findet seine Grenzen in der entsprechenden Ermächtigungsnorm.⁶

Bei der Untersuchung des Begriffsverständnisses innerhalb europäischer Rechtsakte muss die europäische Auslegungslehre berücksichtigt werden. Eine

³ BeckOGK/Alexander, § 13 BGB Rn. 32.

⁴ Siehe § 2. C.

⁵ Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, § 9 Rn. 65; Herdegen, Europarecht, § 8 Rn. 43; Schroeder, Grundkurs Europarecht, § 6 Rn. 11; Frenz, Europarecht, Rn. 2.

⁶ Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, § 9 Rn. 66.

Auslegung europäischer Normen nach nationalen Maßstäben verbietet sich.⁷ Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, dass Begriffe einer Vorschrift des Unionsrechts, für deren Bedeutung nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verwiesen wird, in der Europäischen Union grundsätzlich eine autonome und einheitliche Auslegung erfahren müssen.⁸ Dies beruht nicht zuletzt auf dem Gleichheitssatz.⁹ Trotz der autonomen Vorgehensweise folgt die Auslegung grundsätzlich den aus dem nationalen Recht bekannten Maßstäben. Die verschiedenen Topoi werden jedoch unterschiedlich gewichtet.¹⁰ Ausgangspunkt der europäischen Auslegungslehre ist der Wortlaut, der gleichzeitig die natürliche Grenze jeder Auslegung bildet.¹¹ Dem Wortlaut kommt infolgedessen, dass innerhalb der Europäischen Union 24 gleichermaßen verbindliche Sprachen (Art. 55 Abs. 1 EUV und Art. 358 AEUV) existieren, allerdings nur begrenzte Bedeutung zu. Denn eine Auslegung in allen Sprachfassungen würde praktisch Unmögliches vom Rechtsanwender verlangen.¹² Trotzdem verbietet sich eine Auslegung anhand einzelner Sprachfassungen.¹³ Findet sich jedoch ein eindeutiger Wortlaut in allen Sprachfassungen, steht die Auslegung fest.¹⁴

Fehlt ein eindeutiger Wortlaut, muss die Auslegung mithilfe der systematischen und teleologischen Methode vorgenommen werden.¹⁵ Der Europäische Gerichtshof verlangt, dass „Bedeutung und Tragweite von Begriffen, die das Recht der Union nicht definiert, insbesondere unter Berücksichtigung des Zu-

⁷ EuGH 10.01.1980, Rs. C-69/79, Slg. 1980, 75 Rn. 6 = ECLI:EU:C:1980:7 – „Jordens-Vosters“.

⁸ EuGH 01.10.2019, Rs. C-673/17, NJW 2019, 3433 Rn. 47 = ECLI:EU:C:2019:801 – „Planet49“; EuGH 03.10.2013, Rs. C-59/12, NJW 2014, 288 Rn. 25 = ECLI:EU:C:2013:634 – „BKK Mobil“; EuGH 18.10.2011, Rs. C-34/10, EuZW 2011, 908 Rn. 25 – „Brüstle/Greenpeace“; EuGH 30.06.2011, Rs. C-271/10, EuZW 2011, 683 Rn. 25 = ECLI:EU:C:2011:442 – „VEWA“; EuGH 21.10.2010, Rs. C-467/08, EuZW 2010, 951 Rn. 32 = ECLI:EU:C:2010:620 – „Padawan“.

⁹ EuGH 01.10.2019, Rs. C-673/17, NJW 2019, 3433 Rn. 47 = ECLI:EU:C:2019:801 – „Planet49“; EuGH 03.10.2013, Rs. C-59/12, NJW 2014, 288 Rn. 25 = ECLI:EU:C:2013:634 – „BKK Mobil“; EuGH 18.10.2011, Rs. C-34/10, EuZW 2011, 908 Rn. 25 – „Brüstle/Greenpeace“; EuGH 30.06.2011, Rs. C-271/10, EuZW 2011, 683 Rn. 25 = ECLI:EU:C:2011:442 – „VEWA“; EuGH 21.10.2010, Rs. C-467/08, EuZW 2010, 951 Rn. 32 = ECLI:EU:C:2010:620 – „Padawan“.

¹⁰ *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 9 Rn. 168.

¹¹ *Weiler*, ZEuP 2010, 861, 869 f.

¹² *Weiler*, ZEuP 2010, 861, 869 m. w. N.

¹³ EuGH 07.07.1988, Rs. 55/87, Slg. 1988, 3865 Rn. 15 = ECLI:EU:C:1988:377 – „Moksel“; EuGH 12.11.1969, Rs. C-29/69, BeckRS 2004, 72956 Rn. 3 = ECLI:EU:C:1969:57 – „Stauder“.

¹⁴ EuGH 21.03.1974, Rs. 151/73, Slg. 1974, 285 Rn. 16/17 = ECLI:EU:C:1974:23.

¹⁵ Vgl. EuGH 03.09.2015, Rs. C-383/14, BeckRS 2015, 81075 Rn. 24 ff. = ECLI:EU:C:2015:541 – „FranceAgriMer“.

sammenhangs, in dem sie verwendet werden [...], zu bestimmen sind.“¹⁶ Jede Vorschrift ist stets im Lichte des Unionsrechts zu betrachten.¹⁷ Die teleologische Auslegung, die vom Europäischen Gerichtshof nur gelegentlich auch als solche bezeichnet wird,¹⁸ ist dagegen darauf angelegt, die der betreffenden Vorschrift zugrunde liegenden Ziele zu berücksichtigen.¹⁹ Besondere Bedeutung im Rahmen der systematischen und teleologischen Auslegung kommt nach dem Verständnis des Europäischen Gerichtshofs dem Prinzip des „*effet utile*“ zu.²⁰ Er ist stets geneigt, dem Auslegungsergebnis den Vorrang einzuräumen, das am ehesten sicherstellt, dass die Vertragsziele wirksam erreicht werden.²¹

1. Primärrecht

Während der „Verbraucher“ im EUV nicht erwähnt wird, taucht er an einigen Stellen des AEUV in unterschiedlichen Konstellationen auf. Alleinstehend findet der Begriff „Verbraucher“ im dritten Titel des AEUV in Art. 39 Abs. 1 lit. e) AEUV und Art. 40 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV, im siebten Titel in Art. 101 Abs. 3 AEUV, Art. 102 UAbs. 2 lit. b) AEUV und Art. 107 Abs. 2 lit. a) AEUV sowie im fünfzehnten Titel in Art. 169 Abs. 1 AEUV Verwendung. Dazu tritt das zusammengesetzte Wort „Verbraucherschutz“ im ersten Titel in Art. 4 Abs. 2 lit. f) AEUV, im zweiten Titel in Art. 12 AEUV und im siebten Titel in Art. 114 Abs. 3 AEUV auf. Gleichzeitig ist der fünfzehnte Titel mit dem Begriff „Verbraucherschutz“ überschrieben. Art. 169 Abs. 1 AEUV verwendet zudem zusätzlich den Begriff „Verbraucherschutzniveau“. Auch in die Grundrechte-Charta der Europäischen Union fanden die letztgenannten Formulierungen Eingang. So trägt Art. 38 GrC die Überschrift „Verbraucherschutz“ und fordert die Sicherstellung eines hohen „Verbraucherschutzniveaus“.

Eine Legaldefinition der Begriffe „Verbraucher“, „Verbraucherschutz“ und „Verbraucherschutzniveau“ lässt sich jedoch weder dem AEUV noch der GrC entnehmen. Die genannten Normen werden daher im Folgenden einzeln betrach-

¹⁶ EuGH 18.10.2011, Rs. C-34/10, EuZW 2011, 908 Rn. 31 – „Brüstle/Greenpeace“.

¹⁷ EuGH 06.10.1982, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 20 = ECLI:EU:C:1982:335 – „C.I.L.F.I.T.“.

¹⁸ Zum Beispiel in: EuGH 03.09.2015, Rs. C-383/14, BeckRS 2015, 81075 Rn. 26 = ECLI:EU:C:2015:541 – „FranceAgriMer“.

¹⁹ EuGH 03.09.2015, Rs. C-383/14, BeckRS 2015, 81075 Rn. 20 = ECLI:EU:C:2015:541 – „FranceAgriMer“; EuGH 18.10.2011, Rs. C-34/10, EuZW 2011, 908 Rn. 31 – „Brüstle/Greenpeace“.

²⁰ Dazu: Dausen/Ludwigs Hdb. EU-WirtschaftsR/*Pieper*, B. I. 3. (39. EL Februar 2016) Rn. 30, 37.

²¹ Vgl. EuGH 19.01.1982, Rs. 8/81, Slg. 1982, 53 Rn. 20 = ECLI:EU:C:1982:7.

tet.²² Dadurch entsteht ein erstes Bild von dem Begriff des Verbrauchers im europäischen Primärrecht. Zunächst werden die Normen, die das einzelne Wort „Verbraucher“ verwenden, untersucht. Anschließend erfolgt die Betrachtung der Normen und zugehörigen Überschriften, die „Verbraucherschutz“ und „Verbraucherschutzniveau“ enthalten. Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV bleiben an dieser Stelle noch außen vor, da es sich dabei um die zentralen Vorschriften des europäischen Kartellrechts handelt.²³

a) „Verbraucher“

aa) Verbraucherbegriff des Art. 39 Abs. 1 lit. e) AEUV

Art. 39 Abs. 1 lit. e) AEUV befindet sich im dritten Titel des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Dieser ist dem dritten Teil des AEUV, der die „internen Politiken und Maßnahmen der Europäischen Union“ regelt, zugeordnet und trägt die Überschrift „Die Landwirtschaft und die Fischerei“.

Art. 39 Abs. 1 AEUV enthält eine abschließende²⁴ Aufzählung der Zielbestimmungen der europäischen Agrarpolitik. Nach Art. 39 Abs. 1 lit. e) AEUV ist für die Belieferung der Verbraucher zu angemessenen Preisen Sorge zu tragen. Daneben soll die europäische Agrarpolitik den in der Landwirtschaft tätigen Menschen gemäß Art. 39 Abs. 1 lit. b) AEUV einen angemessenen Lebensunterhalt gewährleisten. Daraus ergibt sich ein Spannungsverhältnis. Denn einerseits muss die europäische Agrarpolitik die Belieferung der Verbraucher zu annehmbaren Preisen und andererseits ein gebührieliches Fortkommen der in der Landwirtschaft tätigen Personen gewährleisten.²⁵ Zudem erklärt Art. 39 Abs. 1 lit. d) AEUV die Sicherstellung der Versorgung zu einem weiteren Ziel.

Die Sicherstellung der Versorgung i. S. v. Art. 39 Abs. 1 lit. d) AEUV obliegt vor allem der verarbeitenden Industrie.²⁶ Dazu benötigt diese landwirtschaftliches Ausgangsmaterial zu angemessenen Preisen und in ausreichenden Mengen.²⁷ Es wäre daher sinnwidrig, die verarbeitende Industrie aus der europäischen Agrarpolitik auszuschließen.²⁸ Denn viele Agrarprodukte werden industriell verarbeitet.²⁹ Die verarbeitende Industrie ist daher Verbraucher i. S. v. Art. 39

²² Hinsichtlich des Verbraucherbegriffs in Art. 4 Abs. 2 lit. f) AEUV wird auf die Erwägungen zu Art. 169 Abs. 1 AEUV verwiesen: § 2. A. I. 1. a) dd).

²³ Siehe unten: § 2. B. I. 1. a) und b).

²⁴ Schwarze/Bittner, Art. 39 AEUV Rn. 3.

²⁵ Schwarze/Bittner, Art. 39 AEUV Rn. 17; Calliess/Ruffert/Martinez, Art. 39 AEUV Rn. 14.

²⁶ EuGH 16.11.1989, Rs. C-131/87, NJW 1990, 2925 Rn. 24 – „Einfuhr von Fleisch“.

²⁷ EuGH 16.11.1989, Rs. C-131/87, NJW 1990, 2925 Rn. 23 – „Einfuhr von Fleisch“.

²⁸ EuGH 16.11.1989, Rs. C-131/87, NJW 1990, 2925 Rn. 24 – „Einfuhr von Fleisch“.

²⁹ EuGH 16.11.1989, Rs. C-131/87, NJW 1990, 2925 Rn. 24 – „Einfuhr von Fleisch“.

Abs. 1 lit. e) AEUV.³⁰ Die „Belieferung der Verbraucher“ erfolgt damit nicht nur auf der Endabnehmerstufe, sondern auch auf Zwischenstufen. Es ist nichts ersichtlich, was für eine Begrenzung des Verbraucherbegriffs auf natürliche Personen spricht.³¹

bb) Verbraucherbegriff des Art. 40 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV

Auch in Art. 40 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV ist der Begriff des Verbrauchers enthalten. Danach ist jede Diskriminierung zwischen Erzeugern oder Verbrauchern innerhalb der Europäischen Union auszuschließen. Die Regelung dient gemäß Art. 40 Abs. 1 AEUV dem Erreichen der in Art. 39 AEUV aufgestellten Ziele. Bereits aus systematischen Gründen handelt es sich daher zwingend um denselben Verbraucherbegriff wie in Art. 39 Abs. 1 lit. e) AEUV.

cc) Verbraucherbegriff des Art. 107 Abs. 2 lit. a) AEUV

Art. 107 AEUV befindet sich im siebten Titel des AEUV: „Gemeinsame Regeln betreffend Wettbewerb, Steuerfragen und Angleichung der Rechtsvorschriften“. Er ist wie Art. 40 Abs. 1 AEUV und Art. 39 Abs. 1 lit. e) AEUV dem dritten Teil des AEUV zugeordnet.

Art. 107 AEUV regelt die Zulässigkeit von mitgliedstaatlichen Beihilfen an Unternehmen und Produktionszweige, die drohen, den Wettbewerb im Binnenmarkt zu beeinträchtigen. Dem Begriff der Beihilfe unterfallen sowohl positive Zuwendungen an Unternehmen als auch die Übernahme anderweitiger Belastungen, die die Unternehmen regelmäßig selbst tragen müssten,³² soweit diese nicht durch eine marktgerechte Gegenleistung ausgeglichen werden³³. Derartige Unterstützungen sind nach Art. 107 Abs. 1 AEUV grundsätzlich unzulässig. Dagegen sind Beihilfen, die die Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 2 AEUV erfüllen, als Legalausnahme von Art. 107 Abs. 1 AEUV stets mit dem Binnenmarkt vereinbar und deshalb zulässig.³⁴ Nach Art. 107 Abs. 2 lit. a) AEUV betrifft dies

³⁰ EuGH 16.11.1989, Rs. C-131/87, NJW 1990, 2925 Rn. 24 – „Einfuhr von Fleisch“; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Priebe, Art. 39 AEUV (56. EL April 2015) Rn. 24; Calliess/Ruffert/Martinez, Art. 39 AEUV Rn. 14; Streinz/Kopp, Art. 39 AEUV Rn. 10; Geiger/Khan/Kotzur/Khan, Art. 39 AEUV Rn. 9; Schwarze/Bittner, Art. 39 AEUV Rn. 17.

³¹ Vgl. EuGH 16.11.1989, Rs. C-131/87, NJW 1990, 2925 Rn. 24 – „Einfuhr von Fleisch“.

³² Schwarze/Bär-Bouyssi re, Art. 107 AEUV Rn. 9; BeckOK InfoMedienR/Gundel, Art. 107 AEUV Rn. 3.

³³ Geiger/Khan/Kotzur/Eisenhut, Art. 107 AEUV Rn. 8; EU-BeihilfeR/Bartosch, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 1; M Ko BeihilfeR/Arhold, Art. 107 AEUV Rn. 185.

³⁴ Geiger/Khan/Kotzur/Eisenhut, Art. 107 AEUV Rn. 17; Schwarze/B r-Bouyssi re, Art. 107 AEUV Rn. 34; Grabitz/Hilf/Nettesheim/von Wallenberg/Sch tte, Art. 107 AEUV (59.

Sachregister

- Abhilfeentscheidung 141, 143, 274
Adverse Selektion 282
Algorithmus 151, 230, 320
Allgemeine Geschäftsbedingungen 284, 293
Allgemeininteressen 220, 232, 266, 268, 298
Als-ob-Wettbewerb 295, 323
Amicus curiae 97, 106, 222
Antinomisches Begriffspaar 29, 46, 83
Ausbeutungsmisbrauch 295, 301, 322
Auskunftsverlangen 156, 159
Auslegung
– Autonome ~ 29, 64
– Erwägungsgründe 23, 31, 163
– Methodik 8 f.
– Richtlinienkonforme ~ 40
– Unbestimmte Rechtsbegriffe 198, 263, 326
– Wortlaut 12, 30, 57, 62, 332
Außerwettbewerbliche Interessen 206, 269,
siehe auch Allgemeininteressen
- Bedarfsmarktkonzept 171, 179, 190, 201,
249, 293
Behavioral economics
– Ankereffekt 128
– Bias 125 ff.
– Conjunction bias 128
– Eingeschränkt rationales Verhalten 116,
124, 134, 136, 141, 145, 151
– Framing 129, 133, 138
– Heuristik 125, 152
– Sunk-cost-Effekt 129, 148
Behördliche Rechtsdurchsetzung 106, 242,
243
Besitztumseffekt 131, 140, 254
Beweisfrage 180, 188
Beweismittel 184
Big Data 231, 313
Binnenmarkt 11, 50, 66, 84
Bußgeldverfahren 165
Conjoint-Analyse 177, 182
Customer Journey 318
Daten
– ~verarbeitung 292
– Ausschließlichkeit 251, 304, 307
– Personenbezogene ~ 224, 231, 250, 284,
312
– Zugang zu wettbewerbsrelevanten ~ 294,
306
Datenpreisgabe-Sensibilität 251, 294
Datenschutz-Grundverordnung 288, 302
Datenschutzrecht 284, 299
Demoskopische Untersuchung 176,
siehe auch Verkehrsbefragung
Digitalisierung 227
Diskriminierungsverbot 253, 325
Dual-use-Fälle 14, 21–24, 27–33, 34, 36,
39, 45
Durchschnittsverbraucher 241, 266,
siehe auch verständiger Verbraucher
Dynamische Preissetzung 314
E-Commerce 316, 331
Effizienzgewinn 55, 249, 255, 265, 334
Eingeschränkt rationales Verhalten 116,
124, 134, 136, 141, 145, 151
Eingriffsschwelle 337
Einwilligung 232, 287, 289, 303, 306
Endowment-Effekt *siehe* Besitztumseffekt
Entscheidungsfindung 125, 150, 174, 194,
307
Entscheidungsprozess 129, 135, 181, 215
Ergebniskausalität 310
Essential facility 290

- Facebook 159, 171, 231, 269, 284
 Folgeverträge 235 f.
 Freistellung
 – Einzel~ 56 f., 249, 332, 334
 – Entzug 248, 333, 334
 – Gruppen~ 77, 91, 248, 332
 Funktionelle Austauschbarkeit 172, 182,
 196, 203, *siehe* auch Bedarfsmarkt-
 konzept
- Gemischte Zwecke *siehe* dual-use-Fälle
 Gesetzesbindung 347
 Gleichbehandlungsgrundsatz 328
 Google Search (Shopping) 137, 157
 Grundversorgung 272
 Gruppenfreistellungsverordnung 77, 248
- Heuristik
 – Repräsentativitäts~ 127, 146, 174
 – Verfügbarkeits~ 128
 Homo behavioralis 123, *siehe* auch
 behavioral economics
 Homo oeconomicus 121 ff., 130, 133, 136,
 147, 153, 200
 Homogene Güter 230, 274, 318
- Immanenzgedanke 246, 281
 Individualinteressen 234, 241
 Individualisierte Preissetzung *siehe*
 Preisdifferenzierung
 Informationelle Selbstbestimmung 288, 304
 Informationsasymmetrie 84, 147, 283, 311
 Instanzenzug 164, 167, 173, 193
 Interessen
 – Monetäre ~ 225, 271, 274, 303, 315
 – Nicht-monetäre ~ 226, 280, 303
 Interessenabwägung
 – Generalklausel 254, 259
 – Methodik 297, 340
 – Rechtsanwendung 274, 277, 297, 305,
 324
 – Regelbeispiele 252 ff., 255 ff.
 Interessenbestimmung 269, 341
 Irrationales Verbraucherverhalten *siehe*
 eingeschränkt rationales Verhalten
- Kartellverbot 50, 196, 234, 246, 267, 279,
 331
- Kausalität 310
 Kernbeschränkung 79, 333
 Kollektivinteressen 221, 242
 Konditionenmissbrauch 296, 308
 Konsumentenrente 319
 Konsumentensouveränität 122, 145, *siehe*
 auch homo oeconomicus
 Konsumententrägheit 132, 140, 142
 Konsuminteressen 220, 264
 Kopplungsverbot 254
- Leistungswettbewerb 329, 342
 Lock-in-Effekt 135, 148
 Luxusimage 227, 261, 281
- Markenimage 206, 282
 Marktabgrenzung 60, 249, 271, 293
 Marktbeherrschende Stellung 60, 250
 Marktmachtmissbrauch 252, 255, 259, 295,
 322
 Markttransparenz 229, 303, 315, 326
 Massenschäden *siehe* Streuschäden
 Meinungsforschung 163, 177, *siehe* auch
 Verkehrsbefragung
- Netzwerkeffekt 289
 Neunte GWB-Novelle 1, 222, 350
 New Deal for Consumers 216, 240
 Wichtigkeit 50, 235 ff., 330
 Nicht-rivalisierende Güter 251, 294, 304
 Nutzenmaximierer *siehe* homo oeconomicus
- Opportunitätskosten 134, 316
- Personalisierte Werbung 306, *siehe* auch
 Werbung
 Personenbezogene Daten 224, 231, 250,
 284, 312
 Plattform 289, 297, 331
 Präferenzordnung 118, 122, 130, 134, 182,
 196
 Preis
 – ~algorithmus 313
 – ~differenzierung 226, 258, 313
 – ~fairness 226, 315, 317, 326
 – ~höhenmissbrauch 273
 – ~kontrolle 252, 257, 276, 322
 – ~spaltung *siehe* Preisdifferenzierung

- ~vergleich 230, 318
- ~wettbewerb 225, 229, 265, 305, 335
- Prestigeimage 144, 183, 227, 281
- Privacy-Paradox 304, 307
- Private Rechtsdurchsetzung 238
- Privatgutachten 183, 185, 194, 348
- Prospect-Theorie *siehe* auch behavioral economics
 - Default-Effekt 132, 140, 142
 - Verlustaversion 131
- Public enforcement *siehe* behördliche Rechtsdurchsetzung

- Qualifizierte Einrichtungen 93, 94, 217, 221, 242, 244
- Querschnittsklausel 16 f., 76, 109

- Rationale Apathie 239, 311
- Rationalmodell *siehe* homo oeconomicus
- Rechtsbruch 298, 299, 342
- Rechtsdurchsetzung 221, 238, 262
- Rechtsgeschäft 221, 235, 329
- Rechtsweggarantie 347
- Referentenentwurf *siehe* Zehnte GWB-Novelle
- Repräsentativität 186
- Restwettbewerb 61, 298, 341
- Rückerstattungsverfügung 243, 262

- Sachkunde 159 ff., 163, 166, 193
- Sachliche Rechtfertigung 257, 325
- Sanktion 115, 121, 150, 164, 262
- Schadenersatz 81, 217, 237, 283
- Schiedsrichterrolle der Verbraucher 113, 215
- Schutzzweck
 - Kartellrecht 26, 43, 64, 88, 102, 211, 242, 349
 - Lauterkeitsrecht 26, 43, 214
 - UGP-Richtlinie 26, 215
 - Verbraucherrecht 113, 218
- Sektoruntersuchung 95, 222, 262
- Sekundärmärkte *siehe* Systemmärkte
- Selbstständigkeitspostulat 52
- Selective Vertriebssysteme 144, 228, 247, 280
- Situatives Element 21, 25, 27, 44, 97, 348
- Soziale Netzwerke 286, 293, 306, *siehe* auch Facebook

- SSNIP-Test 149, 172
- Streuschäden 155, 240 ff., 243
- Strukturelle Unterlegenheit 22, 23, 29, 32, 36, 42, 219, 328
- Suchkosten 138, 316
- Systemmärkte 130, 146

- UGP-Richtlinie 25, 44, 215
- Unbestimmte Rechtsbegriffe 198, 263, 326
- Unentgeltliche Leistungen 302, 308, 313
- Unionsinteressen 266, 287
- Unternehmer 37, 43, 46, 74, 96
- Untersuchungsgrundsatz 174, 194, 347
- Unwerturteil 323, 341
- Urteilsfähigkeit 174
- Urteilsfehler *siehe* behavioral economics

- Verbraucher
 - ~begriff 9, 20, 25, 38, 43, 56, 61
 - ~gewohnheiten 73, 202
 - ~interessen 211, 214, 270, 287, 315
 - ~leitbild 192, 196, 266, 348
 - ~schädigung 63, 199, 246, 261
 - ~verhalten 154, 163
 - ~zentrale 93, 221
- Verbraucherrechterrichtlinie 19, 28, 133
- Vergleichsmarkt 296, 323
- Verhaltenskausalität 310, 349
- Verhaltensmodell 123, *siehe* auch homo behavioralis, *siehe* auch homo oeconomicus
- Verhaltensökonomie 113, 135, 152, *siehe* auch behavioral economics
- Verhältnis zum Europäischen Kartellrecht 88
- Verkauf unter Einstandspreis 277, 338
- Verkehrsbefragung
 - Anforderungen der Rechtspraxis 180
 - Methodik 173, 177
 - Rechtsanwendung 183, 269, 285, 304
 - Repräsentativität 186
- Verständiger Verbraucher 176, 179, 196, 201, *siehe* auch Verbraucherleitbild
- Vertikale Preisbindung 225
- Vertikale Vereinbarung 332
- Vertikal-GVO 77, 248, 332
- Vertragsfreiheit 197, 200
- Verwaltungsverfahren 161, 165

- Vollharmonisierung 41, 46
Vorstoßender Wettbewerb 275
Vorteilsabschöpfung 242
- Werbung 291, 302, 306
Wettbewerb
– Entdeckungsverfahren 2, 52, 58, 150
– Institution 242, 256
- Wettbewerbsbeschränkung 51, 63, 89, 246, 297
Wettbewerbsprozess 52, 102
Windows Media Player 139, 153, 204
- Zahlungsbereitschaft 251, 283, 294, 303, 314, 316, 335
Zehnte GWB-Novelle 2, 82, 311, 350