

Christopher F. Weidt

**Missbrauch relativer Nachfragemacht
in laufenden Geschäftsbeziehungen**

OPTIMUS

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

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

Weidt, Christopher Ferdinand:

Missbrauch relativer Nachfragemacht in laufenden Geschäftsbeziehungen

ISBN 978-3-86376-188-2

Dissertation

Angenommen von der Fakultät III – Wirtschaftswissenschaften, Wirtschaftsinformatik und Wirtschaftsrecht – der Universität Siegen, Fachrichtung Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht.

Tag der Promotion: 13. Juli 2016

Amtierender Dekan: Prof. Dr. Volker Wulf

Erstgutachter: Prof. Dr. Peter Krebs

Zweitgutachter: Prof. Dr. Hannes Rösler, LL.M. (Harvard)

Alle Rechte vorbehalten

1. Auflage 2016

© Optimus Verlag, Göttingen

URL: www.optimusverlag.de

Printed in Germany

Papier ist FSC zertifiziert (holzfrei, chlorfrei und säurefrei, sowie alterungsbeständig nach ANSI 3948 und ISO 9706)

Das Werk, einschließlich aller seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes in Deutschland ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter bei *Prof. Dr. Maximilian Becker* (Juniorprofessur für Bürgerliches Recht und Immaterialgüterrecht) und wurde im Sommersemester 2016 von der Fakultät für Wirtschaftswissenschaften, Wirtschaftsinformatik und Wirtschaftsrecht der Universität Siegen als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis Juni 2016 berücksichtigt.

Großer Dank gilt meinem hochverehrten Doktorvater *Prof. Dr. Peter Krebs*, der mich zu Beginn meines Studiums für die Rechtswissenschaft begeistern konnte und dessen einzigartiges Engagement entscheidend zum Gelingen der Arbeit beigetragen hat. Die konstruktiven Diskussionen und Anmerkungen haben – über die Dissertation hinaus – meine wissenschaftliche Ausbildung nachhaltig geprägt. *Prof. Dr. Hannes Rösler* danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Ferner möchte ich meinem Chef *Juniorprofessor Dr. Maximilian Becker* danken, der mir die Gelegenheit gegeben hat, meiner Leidenschaft der akademischen Lehre in besonderem Maße nachzugehen und mich gleichzeitig mit seinem Forschergeist inspiriert wie beeindruckt hat. Für die Unterstützung und freundschaftliche Atmosphäre in unserem Büro danke ich auch *Liubov Khomutovskaya*.

Der größte Dank gilt meiner Familie, insbesondere meinen Eltern *Margarete* und *Eckhard* sowie meiner Frau *Christina*, ohne deren Rückhalt, Unterstützung und Liebe die Promotion nicht möglich gewesen wäre. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Siegen, im August 2016

Christopher Weidt

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Abbildungsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	IX
Einleitung	1
Kapitel 1: Relative Nachfragemacht.....	5
A. Nachfragemacht als Verhandlungsungleichgewicht?	6
I. Nachfragemacht	6
1. Zwei verschiedene Definitionsansätze	7
a) Marktabgrenzung versus Beurteilung von Nachfragemacht..	7
b) Monopson-Modell	9
c) Verhandlungsmodell	13
aa) Einwände gegen das Monopson-Modell.....	13
bb) Kennzeichen des Verhandlungsmodells und Kritik.....	16
2. Ökonomische Wirkungen von Nachfragemacht	18
a) Effekte auf dem nachgelagerten Markt	18
aa) Wasserbetteffekt	19
aaa) Ansicht der Literatur	19
bbb) Stellungnahme	20
bb) Spiraleffekt	22
cc) Verdrängungseffekt.....	23
dd) Konzentrationseffekte von Nachfragemacht	24
aaa) Konzentrationsentwicklung und deren Ursachen....	24
bbb) Auswirkungen auf die Endverbraucherpreise.....	27
ccc) Auswirkungen auf Nachfragemarkte	29
b) Effekte auf dem vorgelagerten Markt.....	31
aa) Abschottung von Lieferanten (Verschließungseffekt) ...	31
bb) Konzentration des Zuliefermarktes.....	32
cc) Investitions- und Innovationsreduktion.....	33
dd) Qualitätsreduktion	35
ee) Verschlechterung von Arbeitsbedingungen	38
c) Schutzrichtung	39

Inhaltsverzeichnis

aa) Institutions- und Wettbewerberschutz.....	39
bb) Schutz des vertikal abhängigen Unternehmens	40
aaa) Kein Schutz vertikal abhängiger Unternehmen	41
bbb) Erfassung von „Supplier Welfare“	42
ccc) Stellungnahme.....	43
3. Anwendung durch die Praxis	46
a) Europäische Organe.....	46
aa) Missbrauchsverbot	47
bb) Kartellverbot.....	47
cc) Zusammenschlusskontrolle	48
dd) Sonderbereich Lebensmittelhandel.....	50
b) Bundeskartellamt und Gerichte in Deutschland	51
aa) Die Entwicklung bis 2014.....	51
bb) Die Sektoruntersuchung	54
aaa) Zusammenschlusskontrolle	55
bbb) Missbrauchsaufsicht	56
c) Monopolkommission	57
4. Indizien für eine starke Verhandlungsposition.....	57
a) Faktoren für ein besseres BATNA des Nachfragers	58
aa) Größenvorteile	58
bb) Konzentration und Gatekeeper-Rolle	59
cc) Handelsmarkenstrategie bzw. Eigenproduktion.....	60
dd) Dynamik und Sättigung des Marktes.....	61
ee) Sanktionsmöglichkeiten	62
b) Faktoren für Marktmacht des Anbieters	62
aa) Produktstärke und Kundenerwartungen.....	62
bb) Machttransfer.....	64
cc) Alternative Vertriebswege	64
dd) Umstellungsflexibilität	65
c) Praktische Anwendung	66
5. Eigener Lösungsansatz.....	70
a) Trennung von Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle...	72
b) Praktische Handhabung	73
aa) Bezugspunkt der Verhandlungsmacht.....	73
bb) Umsetzbare Kriterien.....	74
aaa) Faktisch kein BATNA	76
bbb) Gegenseitige Umsatzanteile	77
ccc) Marktanteil des Zulieferers	81
ddd) Höhere als verkehrsübliche Vergünstigungen.....	83
cc) Zusammenfassung.....	84

dd) Umsetzung.....	85
c) Ergebnisoffene Bewertung.....	85
II. Relativität.....	86
1. Deutsches Kartellrecht	87
2. Europäisches Kartellrecht	87
B. Hypothetische Anwendung des Verhandlungsmodells.....	88
I. Das Verhandlungsmodell in Bezug auf „British Airways“	89
1. Behinderungsmissbrauch	90
2. Begründungsschwierigkeiten des Verhandlungsmodells	90
3. Anwendung nur bei vertikalem Missbrauch	93
II. Das Verhandlungsmodell in Bezug auf „Filtrona/Tabacalera“....	94
III. Das Verhandlungsmodell in Bezug auf „Eisenbahnfahrzeuge“.	95
IV. Das Verhandlungsmodell in Bezug auf „CICCE“	97
V. Relative Marktmacht in der Unionsrechtsprechung	99
1. Essential Facilities und staatliche Monopole	99
2. Langfristige Liefervereinbarungen.....	101
3. Ersatzteilmärkte.....	101
4. Schlussfolgerung und Stellungnahme	103
C. Stellungnahme zur relativen Marktmacht	104
I. Vor- und Nachteile des Verhandlungsmodells.....	105
II. Enge Marktabgrenzung als Alternative?.....	106
III. Zusammenfassung und Entscheidung	107
IV. Gesetzliche Ausgestaltung	108
1. Grammatikalische Auslegung	109
2. Systematische Auslegung.....	111
3. Historische Auslegung	112
4. Teleologische Auslegung	112
5. Keine begrenzende Wirkung des Wortlautes	113
6. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	115
 Kapitel 2: Missbrauch von Nachfragemacht	117
A. Behinderungs- und Diskriminierungsverbot, § 20 I GWB	117
I. Historische Entwicklung und Hintergrund.....	118
II. Schutzzweck der Norm.....	121
1. Institutions- und Wettbewerberschutz.....	122
2. Schutz des vertikal abhängigen Unternehmens.....	122
3. Tatbestand	123
a) Normadressaten	123
aa) Der europäische Unternehmensbegriff	124

bb) Der Staat als Unternehmen	125
aaa) Beibehaltung der deutschen Rechtstradition	128
bbb) Übertragung des europäischen Begriffs	129
ccc) Verschiedene Unternehmensbegriffe	130
ddd) Stellungnahme	131
b) Abhängigkeit wegen fehlender Ausweichmöglichkeiten ..	132
aa) Kleine und mittlere Unternehmen als Schutzobjekte ...	133
bb) Nachfrager auf einem bestimmten Markt	136
aaa) Besonderheiten im Lebensmitteleinzelhandel.....	138
bbb) Besonderheiten im Automobilbereich	143
ccc) Besonderheiten bei E-Books und Hörbüchern	144
c) Ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten ..	145
aa) Betrachtungsweise	145
bb) Selbstverschuldete Abhängigkeit	147
cc) Gegenseitige Abhängigkeit	149
dd) Fallgruppen.....	149
aaa) Angebotsbedingte Abhängigkeit.....	150
bbb) Nachfragebedingte Abhängigkeit.....	151
ee) Abhängigkeitsvermutung	153
4. Behinderungs- und Diskriminierungsverbot	155
a) Behinderung.....	156
b) Ungleichbehandlung gleichartiger Unternehmen	157
aa) Ungleichbehandlung	158
bb) Gegenüber gleichartigen Unternehmen	159
c) Sachliche Rechtfertigung	160
aa) Interessen der Beteiligten.....	160
bb) Interessen Dritter	162
cc) Gesetzgeberische Wertungen	163
d) Anwendungsfälle bei Nachfragemacht.....	165
aa) Bezugsverweigerungen	165
bb) Preis- und Konditionengestaltung	167
B. Anzapfverbot, § 20 II GWB.....	168
I. Systematik und Struktur.....	169
II. Veranlassen oder Auffordern.....	169
III. Gewährung von Vorteilen	170
IV. Ausnutzen der Marktstellung	171
V. Sachliche Rechtfertigung.....	171
1. Abwägungskriterien des Bundeskartellamtes	171
2. Kritik der Literatur	172
3. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf	174

4. Stellungnahme.....	174
C. Lösungsansatz: Black- und Grey List	176
I. Black List	177
1. Rückwirkende Konditionenanpassungen	177
2. Ziel- und Treuerabatte.....	178
3. Gesetzliche Regelungen des Leistungsaustauschs	180
a) Zahlungsverzug.....	180
b) Strafzahlungen	181
aa) Schadensersatzpauschalen	182
bb) Vertragsstrafen	182
4. Hilfen für Inventur, Regalpflege und Preisauszeichnung.....	183
5. Meistbegünstigungsklauseln	185
6. Hochzeitsboni.....	186
II. Grey List.....	187
1. Eintrittsgelder bzw. Listungsgebühren.....	188
a) BGH: Reine Willkürverbotsprüfung.....	190
b) BKartA: Enger Gleichbehandlungsgrundsatz.....	191
c) Stellungnahme	191
aa) Ausgestaltung.....	192
bb) Rechtfertigung	196
cc) Effekt	197
dd) Rechtsfortbildung	198
ee) Zusammenfassung.....	199
2. Werbekostenzuschüsse.....	200
3. Neueröffnungsboni.....	202
4. Regalmieten	202
III. Zusammenfassung.....	203
D. Daseinsberechtigung des § 20 GWB	203
E. Verhältnis der wettbewerbsschützenden Normen	205
I. Vorschriften des Europäischen Primär- und Sekundärrechts.....	205
1. Kollision der Missbrauchstatbestände.....	206
2. Verhältnis von Missbrauch und Kartellverbot	206
a) Eindeutige Fälle	207
b) Freistellung	208
aa) Freistellung und Verstoß gegen Art. 102 AEUV	208
bb) Freistellung und Verstoß gegen strengeres Recht.....	208
cc) Einfluss des Verhandlungsmodells	210
II. Vorschriften des GWB	211
III. Vorschriften des UWG.....	211
1. § 3 UWG iVm § 4a I UWG.....	212

Inhaltsverzeichnis

2. § 4 Nr. 4 UWG	213
F. Zusammenfassung	213
Kapitel 3: Weitergehender Handlungsbedarf.....	215
A. Notwendigkeit	215
B. Veränderung durch Anwendung des Verhandlungsmodells.....	217
I. Das Verhandlungsmodell als Aufgreifkriterium	218
II. Art. 102 AEUV und § 19 GWB als Eingreifkriterium	218
C. Ross-und-Reiter Problem.....	220
I. Freiwillige Ansätze	220
II. Geheimhaltungsanspruch.....	221
III. Auskunftsanspruch	222
IV. Insolvenzrechtliche Lösung	223
V. Konzertierte Aktion	224
VI. Ombudsstelle.....	225
1. Vorbild Großbritannien	226
2. Umsetzung in Deutschland	226
VII. Ausschreibungspflicht	227
VIII. Auslistungssperre	228
1. Erfasste Unternehmen	229
2. Feststellung und Durchsetzung	230
3. Ausgestaltung.....	230
4. Kein „umgekehrter“ Missbrauch.....	232
5. Vorschlag einer Regelung	232
D. Zusammenfassung	232
Kapitel 4: Zusammenfassung in Thesen.....	235
Literaturverzeichnis	241
Entscheidungsübersicht	257
Stichwortverzeichnis	263

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1	Monopson.....	9
Abbildung 2	Funktionierender Wettbewerb	10
Abbildung 3	Wohlfahrtsverlust im Monopson	11
Abbildung 4	Konzentrationsentwicklung im Lebensmitteleinzelhandel (Food) von 1985 bis 2010	25
Abbildung 5	Verhandlungspotenzial des Nachfragers.....	67
Abbildung 6	Verhandlungspotenzial des Anbieters	68
Abbildung 7	Verhandlungspotenzial kumuliert.....	69
Abbildung 8	Bedenkliches und unbedenkliches Verhandlungsmacht-Ungleichgewicht.....	75

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
Abl	Amtsblatt der Europäischen Union
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ARD	Arbeitsgemeinschaft der Rundfunkanstalten Deutschlands
Art.	Artikel
ARTE	Association Relative à la Télévision Européenne
BB	BetriebsBerater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BKartA	Bundeskartellamt
BMEL	Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft
BPB	Bundeszentrale für politische Bildung
BT-Drucksache	Bundestagsdrucksache
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
DAS	Deutscher AnwaltSpiegel
DB	Der Betrieb
d.h.	das heißt
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DIW	Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung
ECLR	European Competition Law Review
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EJ	Economic Journal
etc.	et cetera (und die Übrigen)
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union / Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof

Abkürzungsverzeichnis

EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
evtl.	eventuell
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f	folgende
FAQ	Frequently Asked Questions
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff	fortfolgende
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
FTC	Federal Trade Commission
ggf.	gegebenenfalls
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
ICN	International Competition Network
idR	in der Regel
IfH	Institut für Handelsforschung
IfM	Institut für Mittelstandsforschung Bonn
iHd	in Höhe der
iHv	in Höhe von
iRd	im Rahmen des
iSd	im Sinne des
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
JIndEc	Journal of Industrial Economics
KG	Kammergericht
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
krit	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LG	Landgericht
LEH	Lebensmitteleinzelhandel
lit	litera (Buchstabe)
Mio	Millionen
Mrd	Milliarden
mwN	mit weiteren Nachweisen

Abkürzungsverzeichnis

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
o.g.	oben genannten
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OLG	Oberlandesgericht
RIO	Review of Industrial Organization
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RMC	Revue du Marché Commun
Rn	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
Slg	Sammlung
u.a.	unter anderem
UTP	Unfair Trading Practices
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VWL	Volkswirtschaftslehre
WiscLR	Wisconsin Law Review
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
zB	zum Beispiel
ZDF	Zweites Deutsches Fernsehen
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht
zT	zum Teil
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Einleitung

Der Missbrauch relativer Nachfragemacht erfreut sich nicht nur dogmatischer,¹ sondern auch aktueller politischer² Diskussion. Unter Nachfragemacht wird – sehr allgemein – die Fähigkeit eines Unternehmens zur Setzung einseitiger Bezugskonditionen verstanden.³ Mitglieder konzentrierter Branchen, jedoch unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung versuchen dabei, ihren Zulieferern die Preise zu diktieren – so der Vorwurf.⁴ Konkret kreist die Debatte dabei einerseits um große Kfz-Hersteller, die gegenüber ihren Lieferanten einen großen Verhandlungsspielraum haben. Ferner steht aktuell der Online-Buchhändler Amazon in der Kritik, gegenüber Verlagen seine Nachfragemacht im Bereich E-Books und Hörbücher zu missbrauchen.⁵ Am häufigsten wird das Thema jedoch am Beispiel des Lebensmitteleinzelhandels diskutiert.⁶ Die Konzentration auf derzeit EDEKA, REWE, Aldi und die Schwarz-Gruppe mit einem gemeinsamen Marktanteil von 85 %⁷ führt regelmäßig zu der immer wiederkehrenden Frage, ob die Konzerne Nachfragemacht gegenüber ihren Zulieferern haben, ausnutzen und ob diese gesetzlich eingeschränkt werden muss. Zuletzt hat das Bundeskartellamt in einer dreijährigen Sektoruntersuchung⁸ umfassend die Märkte des LEH analysiert und empirische Grundlagen zur Nachfragemacht gegenüber Herstellern geliefert. Auch die Europäische Kommission

1 Vgl. etwa Arbeitskreis Kartellrecht, Hintergrundpapier zur Tagung vom 18.09.2009: Nachfragemacht im Kartellrecht; Monopolkommission 20.07.2012, 19. Hauptgutachten, Rn 126*; *Böni/Palzer*, RIW 2012, 528 (530 ff).

2 Etwa ARD, hart aber fair-Sendung vom 08.07.2013: Das Aldi-Prinzip – wird Deutschland zur Billig-Republik?

3 BKartA 24.09.2014, Zusammenfassung Sektoruntersuchung LEH, S. 1.

4 So etwa *Humbert*, Interview in Westfälische Rundschau vom 25.09.2014 – Die Macht der Supermarktketten.

5 Anhängige Beschwerde beim BKartA wegen Nachfragemacht für E-Books, vgl. Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Pressemitteilung vom 24.06.2014.

6 Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Aufzählung der Branchen abschließend ist, die Erkenntnisse lassen sich auch auf andere Wirtschaftsbereiche übertragen, vgl. *Eufinger/Maschemer*, WRP 2016, 561 (566).

7 BKartA 24.09.2014, Thesen Sektoruntersuchung LEH, S. 1.

8 BKartA 24.09.2014, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel – Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland.

hat sich mit unlauteren Handelspraktiken auseinandergesetzt.⁹ Zusammenchlussvorhaben von Supermarktketten sorgen ebenso für Schlagzeilen¹⁰ wie die Auslistungen großer Hersteller.¹¹

Besondere Aufmerksamkeit verdienen vor dem Hintergrund von Nachfragemacht jene Zulieferer, die sich bereits in einer laufenden Geschäftsbeziehung befinden und ihre Produktion auf die Belieferung großer Abnehmer ausgerichtet haben. Die vorliegende Arbeit setzt hier an. Sie sucht nach einer Möglichkeit, Nachfragemacht adäquat zu erfassen und ein Mittel gegen eventuelle Missbrauchspraktiken zu finden.

Zunächst stellt sich das Problem einer Definition von (relativer) Nachfragemacht. Schon bei dieser wichtigen Weichenstellung gibt es in der Literatur mehrere Ansatzpunkte. Der tradierten, spiegelbildlichen Erfassung von Angebotsmacht,¹² steht aus der ökonomischen Literatur ein moderneres Verständnis, nämlich Nachfragemacht als Verhandlungsmacht¹³ gegenüber. Dieser verhaltensökonomische Ansatz ist jedoch bislang weder hinsichtlich seiner Definition noch bzgl. der Wirkungsweise tiefergehend erforscht. Ferner mangelt es an einem Vergleich mit dem klassischen Verständnis von Nachfragemacht.

Es ist daher eine detaillierte Analyse von Verhandlungsmacht vorzunehmen. Dabei gilt es insbesondere, Kriterien für deren Vorliegen zu finden. Ungleichgewichte sind nämlich jeder marktwirtschaftlichen Vertragsbeziehung immanent. Es bedarf mithin Anhaltspunkten für die Abgrenzung eines einfachen Verhandlungsmacht-Ungleichgewichtes und kartellrechtlich bedenklichem Machtgefälle. Anschließend ist die Frage zu erörtern, ob die Anwendung solcher Kriterien de lege lata möglich ist, oder ob eine Änderung der Marktbeherrschungs- bzw. Missbrauchstatbestände erforderlich ist.

Die Definition ist eng verbunden mit der ökonomischen Wirkung von Nachfragemacht. Hier geht es nicht nur um Wohlfahrts- und Preiseffekte,

9 Kommission 15.07.2014, IP/14/831 – Kommission will gegen unlautere Praktiken in der Lebensmittelversorgungskette vorgehen.

10 Jüngst BKartA 31.03.2015, B2-96/14 – EDEKA/Tengelmann, wo eine Übernahme untersagt wurde, gleichwohl erteilte *Sigmar Gabriel* unter Auflagen eine Ministererlaubnis, die jedoch für rechtswidrig erklärt wurde, vgl. OLG Düsseldorf 12.07.2016, VI Kart 3/16 (V) – EDEKA Ministererlaubnis.

11 Kürzlich hat Kaufland beispielsweise Iglo und Mars ausgelistet, vgl. *Brück*, Streit um Preise – Iglo und Mars boykottieren Handelskonzern, *wiwo.de* vom 07.04.2016.

12 Monopolkommission, 7. Sondergutachten, Rn 44 ff.

13 Etwa *Inderst*, WuW 2008, 1261 (1263 f).

sondern auch um Auswirkungen auf Qualität, Konzentration und Investitionsanreize. Es ist zu untersuchen, ob Nachfragemacht im Ergebnis sogar positive Effekte für den Wettbewerb hat. Mit Blick auf den Lebensmittelhandel scheint dies, gemessen am Preis, der Fall zu sein. In Deutschland herrscht ein im Verhältnis zum europäischen Ausland günstiges Preisniveau,¹⁴ wenngleich in den vergangenen Jahren Lebensmittel deutlich teurer geworden sind.¹⁵

Eng mit dieser Frage verbunden ist die Analyse des kartellrechtlichen Schutzzwecks. Gilt dieser nur für die Institution Wettbewerb sowie direkte Konkurrenten eines starken Nachfragers? Oder werden auch zuliefernde Unternehmen der vertikal vorgelagerten Marktstufe geschützt? Die Rechtsprechung hat sich hierzu bisher nicht klar positioniert.¹⁶ In der Literatur wird das Problem kontrovers diskutiert.¹⁷

Die Europäische Rechtsprechung hat dem Problem der Nachfragemacht bisweilen wenig Beachtung geschenkt.¹⁸ Möglicherweise sind dem europäischen Kartellrecht in den Art. 101 und 102 AEUV trotzdem Instrumente zur Bekämpfung immanent, die auf §§ 1, 18, 19 GWB übertragen werden können. Das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV erfasst grundsätzlich nur absolute Marktmacht. Gleichwohl berücksichtigen die europäischen Gerichte bzw. die Kommission bei der Beurteilung von Marktmacht auch mittels einer Gesamtbetrachtung immer das Verhältnis zu Wettbewerbern und die Marktstruktur.¹⁹ Ferner kann eine engere Marktabgrenzung missbräuchliches Verhalten marktstarker Unternehmen „durch die Hintertür“ ebenso erfassen.

Nachdem die Definition von Nachfragemacht feststeht, wird der Blick auf die verbotenen Verhaltensweisen des § 20 GWB gerichtet. Das Gesetz verbietet in § 20 I GWB Behinderung und Diskriminierung sowie in § 20 II iVm § 19 II Nr. 5 GWB das „Anzapfen“. Die Anwendung der Verbote steht im Spannungsfeld von wirtschaftlicher Betätigungs freiheit auf der einen Seite, und Rücksichtspflichten eines marktstarken Unternehmens auf der anderen. Mithin sollen besonders häufig zutage tretende Missbrauchspraktiken auf ihre Vereinbarkeit mit dem Behinderungs-, Diskriminierungs- und Anzapfverbot überprüft und kategorisiert werden.

14 So jedenfalls Monopolkommission 20.07.2012, 19. Hauptgutachten, Rn 128*.

15 Lebensmittel als Preistreiber, focus.de vom 29.12.2013.

16 BGH 24.09.2002, WuW/E DE-R 984 (990) – Konditionenanpassung.

17 Etwa Thomas, ZWeR 2015, 210 (231 ff); Künstner, WuW 2015, 1093 (1095 ff).

18 Bulst, in Langen/Bunte II, Art. 102, Rn 72.

19 Bulst, in Langen/Bunte II, Art. 102, Rn 43; O'Donoghue/Padilla, S. 107 ff.

Nach der Analyse der Verbotstatbestände soll es um die Frage gehen, ob das GWB ausreichenden Schutz vor relativer Nachfragemacht gewährt. Bei Lichte betrachtet besteht nämlich neben den Verboten des § 20 I, II GWB kein Verbot des Ausbeutungsmissbrauchs. Dies führt jedenfalls auf den ersten Blick zu der Konstellation, dass ein marktstarker Abnehmer einen einmal geschlossenen Vertrag mit einem Zulieferer bei dessen Auslaufen nahezu beliebig nachverhandeln- und die Preise nach unten drücken kann. Der Missbrauch relativer Marktmacht kann dann mitunter entweder nur noch durch den Insolvenzverwalter beanstandet werden, oder die Lieferanten „flüchten“ in ein Krisenkartell, wie prominente Beispiele (etwa Bierkartell,²⁰ Süßwarenkartell²¹) zeigen. Allerdings wird man schon beweistechnisch kaum eine kartellbehördliche oder gerichtliche Preiskontrolle solcher Verträge verlangen können.²²

Trotz bestehender Verbotsnormen schrecken Lieferanten gleichwohl aus Furcht vor Sanktionen der starken Nachfrager vor einer Einschaltung der Kartellbehörden zurück. Den bereits bestehenden, jedoch wenig überzeugenden oder praktikablen Lösungsansätzen dieses sogenannten „Ross-und-Reiter Problems“ soll ein weiterer hinzugefügt werden.

Diese Arbeit soll die Diskussion um Nachfragemacht weiter vorantreiben und vertiefte Lösungen für die aufgeworfenen Probleme entwickeln. Der Schutzzweck des europäischen und deutschen Kartellrechts, der Schutz des Wettbewerbs, soll dabei stets Maßstab für die Beurteilung sein.

20 BKartA Pressemitteilung vom 13.01.2014 – Verfahren gegen Bierbrauer.

21 BKartA Pressemitteilung vom 31.01.2013 – Bußgelder gegen Süßwarenhersteller.

22 So auch *Schmidt*, WuW 1997, 101 (115).

Kapitel 1: Relative Nachfragemacht

„Die Macht ist nicht etwas, was man erwirbt, wegnimmt, teilt, was man bewahrt oder verliert; die Macht ist etwas, was sich von unzähligen Punkten aus und im Spiel ungleicher und beweglicher Beziehungen vollzieht.“

Michel Foucault²³

„Einkaufsmacht“ spielt parallel zur politischen Diskussion²⁴ auch in der Wissenschaft²⁵ eine wachsende Rolle. Sie ist nicht nur Gegenstand ökonomischer- sondern auch interdisziplinärer juristischer Forschungen, etwa der Monopolkommission²⁶ und des Bundeskartellamtes.²⁷ Auch die OECD führte 2008 einen Policy Roundtable zum Thema „Monopsony and Buyer Power“ durch.²⁸ Bisher wurde allerdings noch kein theoretisch robustes und empirisch abgesichertes Konzept bzgl. Nachfragemacht entwickelt. Das bestehende deutsche und europäische Normgefüge bietet in Art. 102 AEUV, §§ 18-20 GWB grundsätzlich kartellrechtliche Lösungen zur Einschränkung an. Diese werden jedoch teilweise für unzureichend gehalten.²⁹ Entscheidend für die Erfassung von Nachfragemacht ist das wettbewerbspolitische Leitbild,³⁰ also die Frage, ob der Wettbewerb nur in eine bestimmte Richtung geschützt werden soll. Sie ist jedoch erst der zweite Schritt. Ausgangspunkt ist eine Definition von Nachfragemacht. Basierend darauf kann die Erfassung durch die Kartellgesetze diskutiert werden.

23 *Foucault, Der Wille zum Wissen*, S. 115

24 Aktuell etwa BT-Drucksache 17/4874, S. 1 ff.

25 Etwa Tagung des AK Kartellrecht vom 18.09.2008: Nachfragemacht im Kartellrecht; *Thomas, ZWeR* 2015, 210; *Inderst, WuW* 2008, 126.

26 Monopolkommission 20.07.2012, 19. Hauptgutachten.

27 BKartA 24.09.2014, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel; Tagung des AK Kartellrecht vom 18.09.2008: Nachfragemacht im Kartellrecht.

28 OECD, Monopsony and Buyer Power, S. 1 ff.

29 Insbesondere aufgrund des Ross-und-Reiter Problems, vgl. *Küpper, BB* 1997, 1105 (1107); *Köhler, BB* 1998, 113 (115); *Wanderwitz, WRP* 2015, 162 (170).

30 Arbeitskreis Kartellrecht, Hintergrundpapier zur Tagung vom 18.09.2009: Nachfragemacht im Kartellrecht, S. 12 f.