

**Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht**

---

**Band 80**

# **Einkaufskooperationen und Kartellverbot**

**Von**

**Martin Malkus**



**Duncker & Humblot · Berlin**

MARTIN MALKUS

# Einkaufskooperationen und Kartellverbot

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Begründet von Professor Dr. Wolfgang Blomeyer † und  
Professor Dr. Karl Albrecht Schachtschneider

Band 80

# Einkaufskooperationen und Kartellverbot

Von

Martin Malkus



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Philipps-Universität Marburg  
hat diese Arbeit im Jahre 2019 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde

Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach

Printed in Germany

ISSN 0947-2452

ISBN 978-3-428-18036-3 (Print)

ISBN 978-3-428-58036-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2019/2020 von der Juristischen Fakultät der Philipps-Universität Marburg als Dissertation angenommen.

Mein Dank gilt meinem akademischen Lehrer Dr. Elmar Mand, LL.M. (Yale), der mich darin bestärkte, diese Arbeit zu schreiben und mich, insbesondere in unseren gemeinsamen Joggingstunden, durch ausführliche Diskussionen zu zahlreichen Gedanken inspirierte.

Prof. Dr. Michael Kling danke ich für die Betreuung der Dissertation. Prof. Dr. Georgios Gounalakis danke ich für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens. Beiden danke ich für die Abnahme der mündlichen Prüfung.

Die Grundlagen der Arbeit entstanden während meiner Zeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Philipps-Universität Marburg. Sie wurden in den folgenden Jahren um praktische Erfahrungen im Kartellrecht ergänzt, die ich unter anderem während meiner Wahlstation beim Bundeskartellamt und in den ersten Jahren meiner anwaltlichen Tätigkeit bei Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP in Köln gewinnen durfte.

Finalisiert wurde die Arbeit in der ebenso schönen wie hervorragend ausgestatteten Bibliothek des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb in München, die nicht nur für den Zugang zur Literatur, sondern auch für die nötige Ruhe sorgte, um die Arbeit abschließen zu können.

Für hilfreiche Kritik und Ansporn danke ich Dr. Roger Pierenkemper. Für die Durchsicht der Arbeit, zahlreiche erhellende Anmerkungen und motivierende Worte danke ich Dr. Katharina Apel, LL.M. (Harvard), und Dr. Sabine Albrecht.

Letztlich gebührt meiner Freundin Katrin Niedermeier, meiner Schwester Anika Malkus und meiner Mutter Doris Malkus Dank für ihre stetige emotionale Unterstützung. Meiner Mutter sei diese Arbeit gewidmet.

München, im April 2020

*Martin Malkus*



# Inhaltsübersicht

<b>Einleitung</b> .....	27
A. Ausgangslage .....	27
B. Ziele der Untersuchung .....	31
C. Fragen der Arbeit und Gang der Untersuchung .....	33
<b>§ 1 Grundbegriffe</b> .....	34
A. Begriffsbestimmung .....	34
B. Bedeutung von Einkaufskooperationen .....	38
C. Formen und Arten von Einkaufskooperationen .....	45
D. Charakteristika von Einkaufskooperationen .....	52
E. Zusammenfassung des ersten Kapitels .....	56
<b>§ 2 Ökonomische Wirkungen von Einkaufskooperationen</b> .....	57
A. Ambivalente Auswirkungen von Einkaufskooperationen .....	57
B. Faktoren zur Bestimmung der Auswirkungen .....	105
C. Zusammenhang zwischen Faktoren und Auswirkungen .....	121
D. Zusammenfassung des zweiten Kapitels .....	133
<b>§ 3 Rechtsrahmen, bisherige Rechtsprechung und Kommissionspraxis zu Einkaufskooperationen</b> .....	135
A. Das europäische Kartellrecht im Wandel der Zeit .....	136
B. Das Kartellverbot gem. Art. 101 AEUV .....	140
C. Die Horizontalleitlinien der Kommission .....	180
D. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen .....	194
E. Einkaufskooperationen und Nachfragermacht außerhalb des Kartellverbots .....	207
F. Exkurs: Besonderheiten der kartellrechtlichen Bewertung von Einkaufskooperationen nach deutschem Recht .....	226
G. Zusammenfassung des dritten Kapitels .....	238
<b>§ 4 Bewertung von Einkaufskooperationen <i>de lege lata</i></b> .....	240
A. Kritik an den Horizontalleitlinien .....	241
B. Bestandskraft der alten Rechtslage im Wandel der Zeit .....	259
C. Lösungsvorschläge für Unklarheiten und Lücken in den Horizontalleitlinien <i>de lege lata</i> .....	282
D. Schnittmengenanalyse zwischen Kommissionspraxis und gewandelter Rechtsprechung .....	315
E. Handlungsempfehlungen .....	346
F. Zusammenfassung des vierten Kapitels .....	361

<b>§ 5 Entwurf eines Analysemodells zur Bewertung von Einkaufs-kooperationen <i>de lege ferenda</i></b> . . . . .	364
A. Bedürfnis und Ausgangslage eines sinnvollen Modells . . . . .	364
B. Makroebene: Suche nach einem austarierten System aus Rechtssicherheit, Treffsicherheit und Handhabbarkeit . . . . .	369
C. Mikroebene: Konkrete Ausgestaltung . . . . .	387
D. Zusammenfassung des fünften Kapitels . . . . .	418
<b>Zusammenfassende Thesen</b> . . . . .	420
<b>Literaturverzeichnis</b> . . . . .	433
<b>Stichwortverzeichnis</b> . . . . .	470

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	27
A. Ausgangslage .....	27
I. Problemaufriss .....	27
II. Relevanz der Thematik .....	28
III. Stand der Forschung .....	30
B. Ziele der Untersuchung .....	31
C. Fragen der Arbeit und Gang der Untersuchung .....	33
<b>§ 1 Grundbegriffe</b> .....	34
A. Begriffsbestimmung .....	34
I. Definition der Einkaufskooperation .....	34
II. Merkmale der Einkaufskooperation .....	35
1. Vereinbarung zwischen mindestens zwei Unternehmen .....	35
2. Gemeinsamer Einkauf .....	36
3. Selbständigkeit der Kooperationsmitglieder .....	37
B. Bedeutung von Einkaufskooperationen .....	38
I. Historischer Überblick .....	38
II. Gegenwärtige Bedeutung .....	41
1. Wirtschaftliche Dimension .....	41
2. Politische Dimension .....	43
3. Rechtliche Dimension .....	44
C. Formen und Arten von Einkaufskooperationen .....	45
I. Marktumfeld .....	45
II. Funktion der Einkaufskooperation .....	46
III. Organisation der Einkaufskooperation .....	46
1. Marktinformationsgemeinschaften .....	47
2. Verhandlungsgemeinschaften .....	47
3. Bestellgemeinschaft .....	48
4. Hochentwickelte Einkaufskooperationen .....	48
5. Einkaufskooperationen der „neuen Generation“ .....	49
IV. Kooperationsstruktur .....	50
V. Rechtsform .....	51
D. Charakteristika von Einkaufskooperationen .....	52
I. Anzahl der Mitglieder .....	52
II. Offenheit .....	52
III. Gleichberechtigung und Mitbestimmung .....	53

IV. Aktivität .....	54
V. Bezugszwang .....	54
VI. Zwischenergebnis .....	55
E. Zusammenfassung des ersten Kapitels .....	56
<b>§ 2 Ökonomische Wirkungen von Einkaufskooperationen .....</b>	<b>57</b>
A. Ambivalente Auswirkungen von Einkaufskooperationen .....	57
I. Positive Auswirkungen von Einkaufskooperationen .....	58
1. Economies of scale .....	59
2. Transaktionskostenreduktion .....	60
3. Investitionsfördernde Effekte langfristiger Handelsbeziehungen	61
4. Belebung des Anbieterwettbewerbs .....	62
5. Günstigere Endverkaufspreise .....	64
II. Negative Auswirkungen von Einkaufskooperationen .....	64
1. Negative Auswirkungen aufgrund der Kooperationsbildung .....	64
a) Erhöhte Gefahr der Kartellbildung .....	65
b) Erhöhte Gefahr stillschweigender Kollusion .....	65
c) Schutz vor Konkurrenz oder verdeckte Übernahme .....	66
d) Gefahren durch vertikale Verbindungen .....	67
2. Negative Auswirkungen aufgrund erhöhter Nachfragemacht .....	68
a) Begriff und Definitionsversuche .....	68
b) Ökonomische Modelle zur Erklärung von Nachfragemacht .....	69
aa) Monopson-Modell .....	70
(1) Inhalt .....	70
(2) Kritik am Monopson-Modell .....	75
(3) Zwischenergebnis zum Monopson-Modell .....	78
bb) Verhandlungsmodell .....	78
(1) Inhalt .....	78
(2) Kritik am Verhandlungsmodell .....	83
(3) Zwischenergebnis zum Verhandlungsmodell .....	83
cc) Verhältnis der beiden Modelle .....	83
c) Zusammenhang zwischen Nachfragemacht und Einkaufskooperationen .....	85
aa) Gleichstellung zwischen Monopson und Einkaufskooperation .....	85
bb) Verhandlungsmodell und Einkaufskooperationen .....	87
cc) Keine vollständige Gleichstellung zwischen Einkaufskooperationen und einzelnen Nachfragern .....	88
d) Auswirkungen der Nachfragemacht .....	89
aa) Nettowohlfahrtsverlust .....	89
bb) Wasserbetteffekt .....	89
cc) Nivellierungseffekt .....	92
dd) Spiraleffekt .....	93
ee) Abschottungs-/Verschließungseffekte .....	94

ff) Konzentrations- und kollusionsfördernde Effekte auf Anbieterseite .....	96
gg) Sozialpolitische Effekte .....	97
III. Ungeklärte Auswirkungen von Einkaufskooperationen und Nachfragermacht .....	97
1. Qualitäts- und Innovationsverluste? .....	97
a) Problemstellung .....	97
b) Theoretische Grundlagen .....	99
c) Empirische Untersuchungen zu Innovations- und Qualitätsrückgang im Lebensmitteleinzelhandel .....	101
d) Zwischenergebnis .....	102
2. Beeinträchtigung der Produktauswahl? .....	102
3. Förderung von Marktaustritten? .....	103
IV. Zwischenergebnis zu den ambivalenten Wirkungen von Einkaufskooperationen und Plädoyer für eine positive Bewertung von Einkaufskooperationen .....	104
B. Faktoren zur Bestimmung der Auswirkungen .....	105
I. Produktbezogene Faktoren .....	105
1. Gemeinsamkeit von Vor- und Endprodukten .....	105
2. Art des Produkts .....	106
3. Preiselastizität der Nachfrage .....	108
II. Marktbezogene Faktoren .....	109
1. Größe der Kooperation/Beschaffungsmenge .....	110
a) Bedeutung der Größe/Beschaffungsmenge .....	110
b) Größe nicht alleiniger Maßstab .....	111
c) Die Märkte um die Irrelevanz der Größe .....	112
d) Finanzkraftvorteile .....	113
e) Zwischenergebnis .....	113
2. Marktanteil als Kriterium .....	114
3. Umsatzanteil .....	115
4. Wettbewerb auf dem Absatzmarkt .....	116
5. Marktstellung und Marktkonzentration .....	117
6. Marktgegenseite .....	118
7. Marktzutrittsschranken .....	120
C. Zusammenhang zwischen Faktoren und Auswirkungen .....	121
I. Negative Auswirkungen aufgrund abgestimmten Verhaltens .....	121
1. Direkte Kollusion .....	121
a) Marktbezogene Faktoren .....	122
b) Kooperationsbezogene Faktoren .....	123
2. Stillschweigende Kollusion ( <i>tacit collusion</i> ) .....	125
3. Vertikale Kollusion .....	128
4. Verdeckte Übernahme .....	128
II. Negative Auswirkungen aufgrund von Nachfragermacht .....	129

1. Monopson . . . . .	129
2. Verhandlungsmodell . . . . .	130
III. Positive Auswirkungen . . . . .	131
1. <i>Economies of scale</i> . . . . .	131
2. <i>Countervailing power</i> . . . . .	131
3. Günstigere Preise für Endverbraucher . . . . .	131
IV. Zwischenergebnis zum Zusammenhang zwischen Faktoren und Auswirkungen . . . . .	132
D. Zusammenfassung des zweiten Kapitels . . . . .	133
<b>§ 3 Rechtsrahmen, bisherige Rechtsprechung und Kommissionspraxis zu Einkaufskooperationen . . . . .</b>	<b>135</b>
A. Das europäische Kartellrecht im Wandel der Zeit . . . . .	136
I. Europäisierung und Harmonisierung . . . . .	136
II. Ökonomisierung . . . . .	137
III. System der Legalausnahme . . . . .	138
IV. Relevanz der Veränderungen . . . . .	139
B. Das Kartellverbot gem. Art. 101 AEUV . . . . .	140
I. Allgemeine Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV . . . . .	140
1. Zwischenstaatlichkeitsklausel . . . . .	140
2. Unternehmensbegriff . . . . .	142
3. Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen . . . . .	144
4. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung . . . . .	145
II. Die horizontale Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV in der bisherigen Rechtsprechung und Kommissionspraxis . . . . .	148
1. Tatbestandliche Reduktion des Art. 101 Abs. 1 AEUV: Notwendige Wettbewerbsbeschränkungen und Arbeitsgemeinschaftsgedanke . . . . .	149
a) Notwendige Wettbewerbsbeschränkung . . . . .	149
b) Der Arbeitsgemeinschaftsgedanke . . . . .	150
c) Tatbestandliche Reduktionen in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH: <i>Göttrup-Klim/DLG</i> . . . . .	150
2. Bezugswang als Kern der Wettbewerbsbeschränkung in der bisherigen Rechtsprechung und Kommissionspraxis . . . . .	153
a) Relevanz der Abgrenzung zwischen bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkung . . . . .	153
b) Merkmale und Fallgruppen der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung . . . . .	154
c) Der Bezugzwang als Kern der Wettbewerbsbeschränkung in der bisherigen Rechtsprechung und Kommissionspraxis . . . . .	156
aa) Vollständiger Bezugzwang als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung . . . . .	157
(1) EuGH: <i>Coöperative Stremsel- en Kleurselafabriek (Lab-Urteil)</i> . . . . .	157
(2) Weitere Entscheidungen . . . . .	158

bb) Faktischer Bezugszwang .....	158
cc) Zwischenergebnis zum Bezugszwang .....	161
3. Bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen .....	162
4. Zwischenergebnis .....	164
II. Freistellung vom Kartellverbot gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV .....	165
1. Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts .....	166
2. Verbraucherbeteiligung .....	169
3. Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung .....	171
4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs .....	174
5. Beständigkeit der Freistellungsvoraussetzungen .....	176
IV. Rechtsfolgen .....	176
1. Nichtigkeit der Einkaufskooperation bzw. Einkaufsvereinbarung .....	176
2. Bußgelder .....	177
3. Schadensersatzansprüche .....	177
4. Keine strafrechtlichen Konsequenzen .....	178
5. Verpflichtungszusagen ( <i>Commitments</i> ) .....	179
V. Zwischenergebnis .....	180
C. Die Horizontalleitlinien der Kommission .....	180
I. Rechtsnatur und Bindungswirkung .....	181
1. Keine Bindungswirkung gegenüber den Unionsgerichten .....	181
2. Selbstbindung der Kommission .....	183
3. Zur Bindungswirkung gegenüber nationalen Gerichten und Kartellbehörden .....	185
4. Bindungswirkung gegenüber Unternehmen .....	188
II. System und Kriterien der Horizontalleitlinien .....	189
1. Anwendungsbereich .....	189
2. Allgemeine Bewertung i. R.d. Art. 101 AEUV .....	189
a) Keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung (insbesondere kein „verschleiertes Kartell“) .....	190
b) Bewertung bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen: Die 15%-Marktanteilsschwelle .....	190
c) Einzelfallanalyse mit weiteren Faktoren .....	191
d) Kollusionsergebnis .....	192
3. Bewertung des Art. 101 Abs. 3 AEUV .....	193
4. Die Beispiele Fälle .....	193
III. Dogmatik der Horizontalleitlinien .....	194
D. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen .....	194
I. Allgemeines .....	194
1. Vertikalverhältnisse .....	195
2. Ökonomische Wirkungen .....	196
II. Vertikal-GVO der Kommission .....	197
1. Zur Anwendbarkeit auf Einkaufskooperationen .....	197

2. Inhalt und System der Vertikal-GVO .....	200
3. Kriterien außerhalb der Vertikal-GVO .....	201
<b>III. Typische vertikale Beziehungen .....</b>	<b>202</b>
1. Vertikale Beziehungen zwischen Verbundzentrale und den Kooperationsmitgliedern .....	202
2. Vertikale Beziehungen zwischen Einkaufskooperationen und Lieferanten .....	203
a) Alleinvertrieb .....	203
b) Alleinbelieferung .....	204
c) Rabatte .....	205
d) Meistbegünstigungsklauseln zulasten des Lieferanten .....	205
e) Gebühren/Zahlungen .....	206
<b>IV. Zwischenergebnis zu vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen .....</b>	<b>207</b>
<b>E. Einkaufskooperationen und Nachfragemacht außerhalb des Kartellverbots .....</b>	<b>207</b>
I. Einkaufskooperationen und Nachfragemacht in der Fusionskontrolle .....	207
1. Abgrenzung von Einkaufskooperation und konzentrativen Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen .....	208
a) Problemstellung .....	208
b) Definition des Gemeinschaftsunternehmens/Abgrenzungsmerkmale .....	210
aa) Positive Merkmale .....	210
(1) Ausreichende Ressourcen für eine eigenständige Marktpräsenz .....	210
(2) Eine auf Dauer angelegte Wirtschaftstätigkeit .....	211
bb) Negative Merkmale .....	211
(1) Bloße Hilfsfunktion .....	212
(2) Grad der tatsächlichen Abhängigkeit von Muttergesellschaften .....	212
c) Anwendung auf Einkaufskooperationen .....	213
d) Zwischenergebnis zur Abgrenzung .....	214
2. Nachfragemacht in Fusionskontrollfällen .....	215
a) Die Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen .....	215
b) Ausgewählte Entscheidungen .....	216
aa) <i>REWE/Meinl</i> .....	217
bb) <i>Kesko/Tuko</i> .....	218
cc) <i>Carrefour/Promodès</i> .....	218
dd) <i>Friesland Foods/Campina</i> .....	219
ee) <i>Promodès/Dirsa</i> .....	220
ff) <i>Coca-Cola Company/Carlsberg A/S</i> .....	220
c) Übertragbarkeit der Erkenntnisse auf Einkaufskooperationen .....	220
d) Erkenntnisse aus den Fusionskontrollentscheidungen der Kommission .....	221

II.	Die Einkaufskooperation und der Missbrauchstatbestand gem. Art. 102 AEUV . . . . .	222
1.	Anwendungsbereich des Art. 102 AEUV und Verhältnis zu Art. 101 AEUV . . . . .	222
2.	Theoretische Fallkonstellationen missbräuchlichen Verhaltens . . . . .	224
a)	Verhältnis Einkaufskooperation und Kooperationsmitglieder . . . . .	224
b)	Missbräuchliches Verhalten gegenüber Nichtmitgliedern der Einkaufskooperation . . . . .	225
c)	Vereinbarungen zwischen der Einkaufskooperation und Lie- feranten . . . . .	225
III.	Verhältnis zum Lauterkeitsrecht . . . . .	225
F.	Exkurs: Besonderheiten der kartellrechtlichen Bewertung von Ein- kaufskooperationen nach deutschem Recht . . . . .	226
I.	Anwendungsbereich des deutschen Kartellrechts: Die Zwischen- staatlichkeitsklausel . . . . .	227
II.	Besonderheiten der deutschen Rechtslage . . . . .	228
1.	Der deutsche Unternehmensbegriff – Einkauf durch den Staat . . . . .	228
2.	Die Doppelkontrolle von Vollfunktionsgemeinschaftsunterneh- men . . . . .	232
3.	Die Wettbewerbsbeschränkung im deutschen Recht . . . . .	232
4.	Das Mittelstandskartell gem. § 3 GWB . . . . .	233
III.	Zwischenergebnis . . . . .	237
G.	Zusammenfassung des dritten Kapitels . . . . .	238
<b>§ 4</b>	<b>Bewertung von Einkaufskooperationen <i>de lege lata</i></b> . . . . .	240
A.	Kritik an den Horizontalleitlinien . . . . .	241
I.	Kritik an der Rechtsnatur der Horizontalleitlinien . . . . .	241
1.	Rechtsunsicherheit . . . . .	241
2.	Fehlende Legitimation der Horizontalleitlinien . . . . .	243
II.	Kritik am System und an den Kriterien der Horizontalleitlinien . . . . .	244
1.	Die 15%-Marktanteilsschwelle . . . . .	244
a)	Bedürfnis einer Marktanteilsschwelle . . . . .	244
aa)	Kritik an der Handhabbarkeit . . . . .	244
bb)	Kritik an der Rechtssicherheit . . . . .	247
cc)	Kritik an der Treffsicherheit . . . . .	248
dd)	Zwischenergebnis . . . . .	248
b)	Höhe der Marktanteilsschwelle . . . . .	248
aa)	Die Höhe der Marktanteilsschwelle der Horizontal- leitlinien im systematischen Vergleich . . . . .	248
bb)	Die Höhe der Marktanteilsschwelle der Horizontal- leitlinien im Vergleich zur US-Praxis . . . . .	251
cc)	Die Höhe der Marktanteilsschwelle der Horizontal- leitlinien mit Blick auf die positiven Wirkungen von Einkaufskooperationen und der Vermeidung eines <i>chilling effect</i> . . . . .	252

dd) Zwischenergebnis . . . . .	253
c) Fokus auf Beschaffungs- und Absatzmarkt . . . . .	253
d) Marktanteilsschwelle als einziges Kriterium . . . . .	254
2. Die Beispiele Fälle . . . . .	255
III. Kritik an der Dogmatik der Horizontalleitlinien . . . . .	255
1. Kritik am <i>more economic approach</i> . . . . .	255
2. „ <i>Less economic approach</i> “ . . . . .	256
3. Einkaufskooperationen und Nachfragemacht . . . . .	258
IV. Konsequenzen . . . . .	258
B. Bestandskraft der alten Rechtslage im Wandel der Zeit . . . . .	259
I. Ökonomisierung . . . . .	259
1. Entstehung des <i>more economic approach</i> und Entwicklungslinien . . . . .	259
2. Fragen zum <i>more economic approach</i> . . . . .	261
a) Was? – Begriff und Ausprägungen des <i>more economic approach</i> . . . . .	261
aa) Implementierung ökonomischer Erkenntnisse . . . . .	261
bb) Wirkungsbasierter Ansatz ( <i>effects based approach</i> ) . . . . .	262
cc) Konsumentenwohlfahrt ( <i>consumer welfare</i> ) . . . . .	262
b) Warum? – Vor- und Nachteile des <i>more economic approach</i> . . . . .	263
aa) Implementierung ökonomischer Erkenntnisse . . . . .	264
bb) Wirkungsbasierter Ansatz ( <i>effects based approach</i> ) . . . . .	264
cc) Diskussion um den richtigen Wohlfahrtstandard . . . . .	265
(1) Grundpositionen . . . . .	265
(2) Argumentationsstränge . . . . .	265
c) Wer? – Anwender des <i>more economic approach</i> . . . . .	271
3. Der <i>more economic approach</i> in der Rechtsprechung . . . . .	272
a) Implementierung ökonomischer Erkenntnisse . . . . .	272
b) Entscheidung für einen wirkungsbasierten Ansatz ( <i>effects based approach</i> ) . . . . .	273
c) Entscheidung für den Schutz des Wettbewerbs als solchen und Schutz der Wettbewerbsstrukturen . . . . .	275
4. Zwischenergebnis . . . . .	276
II. System der Legalausnahme . . . . .	277
1. Einfluss auf die Auslegung tatbestandlicher Reduktionen des Art. 101 Abs. 1 AEUV . . . . .	277
2. Aktuelle Rechtsprechung zu tatbestandlichen Reduktionen . . . . .	278
3. Bewertung . . . . .	279
III. Zwischenergebnis . . . . .	281
C. Lösungsvorschläge für Unklarheiten und Lücken in den Horizontalleitlinien <i>de lege lata</i> . . . . .	282
I. Marktabgrenzung . . . . .	282
1. Der sachlich relevante Markt . . . . .	283

a) Keine Besonderheiten auf dem Absatzmarkt .....	283
b) Besonderheiten auf dem Beschaffungsmarkt .....	284
c) Sachliche Marktabgrenzung im Lebensmitteleinzelhandel...	285
2. Der räumlich relevante Markt .....	287
3. Zwischenergebnis zur Marktabgrenzung .....	289
II. Relevanter Markt zur Bestimmung der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung .....	289
1. Relevanz der Frage .....	289
2. Bewertung der Kommissionspraxis und Rechtsprechung .....	290
3. Zwischenergebnis .....	291
III. Der gemeinsame Einkauf im Spannungsfeld zwischen bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkung.....	292
1. Vorgaben der Rechtsprechung .....	293
2. Konsequenzen .....	296
3. Vereinbarungen über Einkaufspreise als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung? .....	297
a) Preisvereinbarungen als <i>per se</i> bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen .....	297
b) Preisvereinbarungen im Rahmen von Einkaufskooperationen sind keine bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen .....	298
c) Bewertung .....	299
d) Folgefrage nach der Abgrenzung zwischen Preisvereinbarungen im Rahmen und außerhalb von Einkaufskooperationen	303
IV. Die bewirkte Wettbewerbsbeschränkung .....	304
1. Ökonomischer Ansatz der Kommission .....	304
2. Ansätze in der Rechtsprechung .....	305
3. Orientierung an den <i>theories of harm</i> der Horizontalleitlinien ..	306
4. Analyse anhand von typischen Fallkonstellationen .....	309
a) Beispieldurchfall 2b .....	309
b) Beispieldurchfall 3b .....	312
c) Beispieldurchfall 5 .....	313
5. Zwischenergebnis zur bewirkten Wettbewerbsbeschränkung ..	315
D. Schnittmengenanalyse zwischen Kommissionspraxis und gewandelter Rechtsprechung .....	315
I. Mögliche Schnittmengen .....	317
1. Unproblematische Konstellationen .....	317
2. Problematische Konstellationen .....	317
II. Unterschiede in der Bewertung von Einkaufskooperationen durch Kommission und Rechtsprechung .....	320
1. Unterschiedliche Bewertung der Spürbarkeit .....	320
2. Die notwendige Wettbewerbsbeschränkung als Tatbestandsreduktion des Art. 101 Abs. 1 AEUV .....	321

3. Vereinbarungen über den Preis als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung . . . . .	324
4. Unterschiedliche Perspektiven: Schutz der Verbraucher vs. Schutz des Wettbewerbs und der Wettbewerbsstrukturen . . . . .	326
a) Relevanz der unterschiedlichen Perspektiven . . . . .	327
b) Konsequenzen für die Auslegung . . . . .	328
aa) Relevanz für den <i>safe harbour</i> der Horizontalleitlinien . . . . .	328
bb) Relevanz für den Fokus auf den Absatzmarkt . . . . .	329
5. Bezugzwang . . . . .	329
a) Gewandelte Rechtsprechung . . . . .	329
b) Unklare Horizontalleitlinien . . . . .	330
c) Konsequenzen . . . . .	331
6. Typische Vereinbarungen im Rahmen von Einkaufskooperationen . . . . .	332
a) Mindestumsatzklauseln . . . . .	332
b) Kostendeckungsklausel . . . . .	332
c) Verbot der Doppelmitgliedschaft . . . . .	333
d) Rabatte . . . . .	333
e) Kündigungsfristen . . . . .	333
7. Bewirkte Wettbewerbsbeschränkung . . . . .	334
8. Unterschiedliche Bewertung der Marktanteilsschwelle . . . . .	335
a) Die Bedeutung der Marktanteilsschwelle in der Rechtsprechung . . . . .	336
b) Konsequenzen . . . . .	337
9. Asymmetrische Einkaufskooperationen durch dominierenden „Kopf“ . . . . .	338
a) Unterschiedliche Bewertung . . . . .	338
b) Konsequenzen . . . . .	339
10. Art. 101 Abs. 3 AEUV . . . . .	340
a) Unterschiedliche Beweisanforderungen . . . . .	340
b) Nachfragermachtbedingte Gewinnallokationen zugunsten der Einkaufskooperation als Effizienzvorteil i.S.v. Art. 101 Abs. 3 AEUV . . . . .	340
c) Angemessenheit des Bezugzwangs . . . . .	342
III. Konsequenzen: Unproblematische Konstellationen der einheitlichen Bewertung von Einkaufskooperationen durch Kommission und Rechtsprechung . . . . .	343
1. Konstellation 1: Kartellrechtlich unbedenkliche Einkaufskooperationen . . . . .	343
2. Konstellation 2: wettbewerbswidrige Einkaufskooperationen . . . . .	344
E. Handlungsempfehlungen . . . . .	346
I. Strategische Vorfrage: „Flucht in die Fusionskontrolle?“ . . . . .	347
II. Kontakt mit Wettbewerbsbehörden . . . . .	350

III.	Präventionsmaßnahmen . . . . .	354
1.	Ständige Kontrolle des <i>safe harbour</i> . . . . .	355
2.	Freiwilligkeit/Kein Bezugszwang/Offenheit statt Geschlossenheit . . . . .	356
3.	Strukturelle Gestaltung . . . . .	356
4.	Selbstauferlegte Beschränkungen zur Vermeidung übermäßiger Nachfragemacht . . . . .	357
5.	Maßnahmen zur Reduzierung bedenklichen Informationsaustauschs . . . . .	358
F.	Zusammenfassung des vierten Kapitels . . . . .	361
<b>§ 5</b>	<b>Entwurf eines Analysemodells zur Bewertung von Einkaufs-kooperationen <i>de lege ferenda</i> . . . . .</b>	<b>364</b>
A.	Bedürfnis und Ausgangslage eines sinnvollen Modells . . . . .	364
I.	Bedürfnis nach einem neuen Modell . . . . .	364
II.	Ausgangslage der Modellentwicklung . . . . .	367
III.	Grenzen der Modellentwicklung . . . . .	367
1.	Praktische Grenzen . . . . .	367
2.	Primärrecht und Rechtsprechung als Rahmen und Grenzen . . . . .	368
B.	Makroebene: Suche nach einem austarierten System aus Rechts-sicherheit, Treffsicherheit und Handhabbarkeit . . . . .	369
I.	Rechtssicherheit . . . . .	369
1.	Bedeutung . . . . .	369
2.	Merkmale der Rechtssicherheit . . . . .	370
3.	Konsequenzen für die Modellbildung . . . . .	372
a)	Schaffung einer GVO (R1) . . . . .	372
b)	Schaffung eines zeitlichen <i>safe harbour</i> (R2) . . . . .	373
c)	Rechtsunsichere <i>theories of harm</i> abschaffen (R3) . . . . .	373
II.	Treffsicherheit . . . . .	374
1.	Treffsicherheit als Minimierung von Fehlern erster und zweiter Art . . . . .	374
a)	Verhältnis von Typ-I- und Typ-II-Fehlern . . . . .	375
b)	Präferenz für Typ-II-Fehler . . . . .	375
2.	Treffsicherheit und differenzierte Regelungen . . . . .	376
3.	Konsequenzen für die Modellbildung . . . . .	377
a)	Anhebung der Marktanteilsschwelle (T1) . . . . .	377
b)	Differenzierteres Bewertungssystem durch Einführung weiterer Kriterien (T2 und T3) . . . . .	377
III.	Handhabbarkeit . . . . .	378
1.	Bedeutung . . . . .	378
2.	Adressaten der Handhabbarkeit . . . . .	378
a)	Handhabbarkeit für Unternehmen . . . . .	379
b)	Handhabbarkeit für Kartellbehörden und Gerichte . . . . .	379
3.	Konsequenzen für die Modellbildung . . . . .	380

a) Einfache Kriterien (H1) . . . . .	380
b) Graubereiche klären (H2) . . . . .	380
c) Sinnvolle Beweislastverteilung und sinnvoller Beweismaßstab (H3) . . . . .	380
<b>IV. Die Wechselwirkungen der Ziele . . . . .</b>	<b>381</b>
1. Zielharmonie . . . . .	381
2. Zielneutralität . . . . .	382
3. Zielkonflikte . . . . .	382
a) Treffsicherheit zu Handhabbarkeit . . . . .	382
b) Treffsicherheit zu Rechtssicherheit . . . . .	384
c) Rechtssicherheit zu Handhabbarkeit . . . . .	385
4. Zwischenergebnis . . . . .	386
<b>C. Mikroebene: Konkrete Ausgestaltung . . . . .</b>	<b>387</b>
I. Rechtsnatur der Horizontalleitlinien und Rechtssicherheit: Schaffung einer Horizontal-GVO mit Regelungen zu Einkaufs- kooperationen . . . . .	388
1. Sinnhaftigkeit einer GVO . . . . .	388
a) Vorteile von Gruppenfreistellungsverordnungen . . . . .	389
b) Geeignetheit von Gruppenfreistellungsverordnungen . . . . .	390
2. Hürden im politischen Prozess . . . . .	391
3. Ausgestaltung einzelner Regelungen der bisherigen Horizontal- leitlinien . . . . .	393
II. System der Horizontalleitlinien und Treffsicherheit . . . . .	394
1. Zur Sinnhaftigkeit eines an Marktanteilen orientierten <i>safe harbour</i> . . . . .	395
a) Bedürfnis nach Alternativen? . . . . .	395
b) Sinnvolle Alternativen? . . . . .	395
aa) Umsatzbasierte Privilegierung von KMU . . . . .	395
bb) Relativer Umsatzanteil der Einkaufskooperation gegenüber ihren Lieferanten (T3) . . . . .	397
cc) Rechtsvergleichender Seitenblick . . . . .	400
(1) Praxis der US-Wettbewerbsbehörden . . . . .	400
(2) Praxis in den Niederlanden . . . . .	401
(3) Fehlende Übertragbarkeit und geringer Erkenntnis- gewinn . . . . .	402
(4) Zwischenergebnis . . . . .	403
c) Vorteil einer Orientierung am Marktanteilskriterium . . . . .	403
d) Zwischenergebnis: Modifikation statt Alternativmodelle . . . . .	405
2. Sinnvolle Höhe des <i>safe harbour</i> (T1) . . . . .	405
a) Meinungsspektrum . . . . .	406
b) These . . . . .	407
c) Art. 29 VO Nr. 1/2003 als Korrektiv? . . . . .	407
3. Ergänzungen des Systems der Horizontalleitlinien . . . . .	408

a) Horizontalleitlinien und Rechtssicherheit: Zeitlicher <i>safe harbour</i> (R2) . . . . .	408
b) Vereinfachte Marktanalyse bei geringfügigen Überlappungen räumlicher Absatzmärkte der Kooperationsmitglieder (H1) . . . . .	411
4. Nachfragemachtbedingte Gewinnallokationen zugunsten der Einkaufskooperation als Effizienzvorteil i. S. v. Art. 101 Abs. 3 AEUV . . . . .	412
III. Dogmatik der Horizontalleitlinien und Handhabbarkeit . . . . .	415
1. Innovations-, Auswahl- und Qualitätsrückgänge sind als <i>theories of harm</i> ungeeignet (R3) . . . . .	415
2. Beweislastverteilung (H3) . . . . .	415
3. Fallbeispiele (H2) . . . . .	418
D. Zusammenfassung des fünften Kapitels . . . . .	418
<b>Zusammenfassende Thesen</b> . . . . .	420
<b>Literaturverzeichnis</b> . . . . .	433
<b>Stichwortverzeichnis</b> . . . . .	470

## **Abbildungsverzeichnis**

Abbildung 1:	Übersicht – Organisationsformen und Arten von Einkaufs-kooperationen .....	55
Abbildung 2:	Gleichgewichtsmodell .....	71
Abbildung 3:	Monopson-Modell .....	73
Abbildung 4:	Verhandlungsmacht durch Abbruchoptionen und Drohpunkte ..	81
Abbildung 5:	Zusammenhang zw. Wettbewerbsintensität und Innovations-anreizen .....	100
Abbildung 6:	Preiselastizitäten .....	108
Abbildung 7:	Produkt- und marktbezogene Faktoren direkter Kollusion der Mitglieder von Einkaufskooperationen auf den Absatzmärkten ..	123
Abbildung 8:	Kooperationsbezogene Faktoren direkter Kollusion der Mitglieder von Einkaufskooperationen auf den Absatzmärkten ..	125
Abbildung 9:	Produkt- und marktbezogene Faktoren stillschweigender Kollusion der Mitglieder von Einkaufskooperationen auf den Absatzmärkten .....	127
Abbildung 10:	Interne Faktoren stillschweigender Kollusion der Mitglieder von Einkaufskooperationen auf den Absatzmärkten .....	128
Abbildung 11:	Voraussetzungen des Monopson-Modells .....	129
Abbildung 12:	Schnittmengen rechtlicher Bewertung von Einkaufskooperatio-nen durch Kommission und Rechtsprechung .....	317
Abbildung 13:	Übersicht zu den Wechselwirkungen der Ziele .....	387
Abbildung 14:	Übersicht zu Toleranzklauseln .....	409

## **Abkürzungsverzeichnis**

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt (der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Europäischen Union)
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
Am. Econ. Rev.	The American Economic Review
Antitrust Bull.	The Antitrust Bulletin
Antitrust L. J.	Antitrust Law Journal
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	BetriebsBerater
Bd.	Band
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
Boston U. L. Rev	Boston University Law Review
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
Bull. Econ. Res.	Bulletin of Economic Research
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
Cir.	Circuit Court
CMLR	Common Market Law Review
Comp. Law	Competition Law Journal
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d. h.	das heißtt
dies.	dieselben
DoJ	Department of Justice
ebd.	ebenda
ECJ	European Competition Journal
ECLR	European Competition Law Review
Econ. J.	Economic Journal

EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ELR	European Law Reporter
Emory L. J.	Emory Law Journal
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EU	Europäische Union
EuG	Gericht (Erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften/der Europäischen Union)
EuGH	Gerichtshof (der Europäischen Gemeinschaften/Union)
EuR	Europarecht
Eur. Econ. Rev.	European Economic Review
EUV	Vertrag über die Europäische Union (in der Fassung des Vertrages von Lissabon)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f./ff.	folgende
F.2d	Federal Reporter, Second Series
F.3d	Federal Reporter, Third Series
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e. V.
FKVO	Fusionskontrollverordnung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FTC	Federal Trade Commission
GA	Generalanwalt
gem.	gemäß
Geo. L. J.	Georgetown Law Journal
GRCh	Grundrechtecharta
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht/Internationaler Teil: Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht/Internationaler Teil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hastings Bus. L. J.	Hastings Business Law Journal
HHI	Herfindahl-Hirschman-Index
HLL	Horizontalleitlinien

Hrsg.	Herausgeber
ICC	International Chamber of Commerce
i. H. v.	in Höhe von
IIC	International review of intellectual property and competition law
IJIO	International Journal of Industrial Organization
Inc.	Incorporated
Indiana L. J.	Indiana Law Journal
International Lawyer	The International Lawyer
i. S. d.	im Sinne des/der
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JCLE	Journal of Competition Law and Economics
JECLAP	Journal of European Law & Practice
J. Ind. Econ.	Journal of Industrial Economics
J. L. Econ & Org.	Journal of Law, Economics, and Organization
J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation & Recht
lit.	litera
Ltd.	Limited
Loy. Cons. L. Rev.	Loyola Consumer Law Review
Manage Decis. Econ.	Managerial and Decision Economics
MMR	Multimedia und Recht: Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Northwestern U.L.R.	Northwestern University Law Review
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OLG	Oberlandesgericht
PharmR	Pharma Recht
Q. J. Econ.	Quarterly Journal of Economics
Res. L. & Econ.	Research in Law & Economics
Rev. Econ. Stat.	The Review of Economics and Statistics
Rev. Ind. Organ.	Review of Industrial Organization

RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite/Satz
S. Ct.	Supreme Court
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH und des EuG
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r)
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
s. u.	siehe unten
Tex. L. Rev	Texas Law Review
u. a.	und andere
UNSW L. J.	University of New South Wales Law Journal
Urt.	Urteil
U.S.	United States Reports
v.	vom
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
vs.	versus
World Bank Econ. Rev.	The World Bank Economic Review
World Competition	World Competition Law and Economics Review
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
W. Va. L. Rev.	William and Mary Law Review
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Für weitere Abkürzungen siehe *Kirchner*, Hildebert: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage, 2018.

# **Einleitung**

„Das Ganze ist mehr als die Summe seiner Teile.“  
Nach *Aristoteles* (384–322 v.Chr.)<sup>1</sup>

## **A. Ausgangslage**

### **I. Problemaufriss**

Kartelle, Monopole und Kooperationen auf Anbieterseite stehen häufig im Mittelpunkt kartellrechtlicher Untersuchungen. Ihre Gegenstücke – Nachfragerkartelle, Monopsonen und die hier im Fokus stehenden Einkaufskooperationen – fristen vergleichsweise ein Schattendasein. Doch auch ihnen kommt in der kartellrechtlichen Diskussion immer größere Bedeutung zu. Das gilt insbesondere für die mit ihnen verbundene Nachfragemacht. Schließlich vermögen nachfragemächtige Käufer ebenso den Markt zu beeinflussen wie marktmächtige Verkäufer.

Dabei bringt der Verbund einzelner Käufer zu einer Einkaufskooperation zahlreiche kartellrechtliche Fragen mit sich: Fragen zur Ausgestaltung und Funktionsweise der Kooperation, Fragen zu ihren ökonomischen Wirkungen auf den Wettbewerb sowie Fragen nach der kartellrechtlichen Bewertung, speziell der Einordnung der Kooperation als wettbewerbsfördernd oder wettbewerbsbeschränkend. Diese Abgrenzungsfrage zwischen kartellrechtlich bedenklichen und kartellrechtlich unbedenklichen Einkaufskooperationen im Rahmen des Art. 101 Abs. 1 AEUV bildet den Kern dieser Arbeit.

Die Faszination wie auch die Komplexität des Themas besteht in der Ambivalenz der Auswirkungen von Einkaufskooperationen und der von ihnen ausgehenden Nachfragemacht. In den meisten Fällen lassen sich ihre Wirkungen nicht einfach als positiv oder negativ einordnen. Vielmehr sind beide Effekte denkbar: Einerseits werden die Kooperationsmitglieder gemeinsam durch die höhere Nachfrage günstigere Konditionen erzielen können.

---

<sup>1</sup> Verkürztes Zitat aus *Aristoteles'* Metaphysik VII 10, 1041 b. Ausführlicher: „Das was aus Bestandteilen so zusammengesetzt ist, dass es ein einheitliches Ganzes bildet, nicht nach Art eines Haufens, sondern wie eine Silbe, das ist offenbar mehr als bloß die Summe seiner Bestandteile. Eine Silbe ist nicht die Summe ihrer Laute: ba ist nicht dasselbe wie b plus a, und Fleisch ist nicht dasselbe wie Feuer plus Erde.“

Denn durch Skaleneffekte, durch die Reduzierung von Transaktionskosten bei der Verhandlung der Verträge oder durch Ersparnisse beim Transport und der Lagerung entstehen Effizienzen, die möglicherweise in günstigeren Konditionen für Verbraucher münden. Andererseits mag ein gemeinsamer Einkauf auch die Gefahr kollusiven Zusammenwirkens zwischen den Mitgliedern auf den Absatzmärkten erhöhen. Sei es durch direkte Absprachen oder stillschweigende Kollusion, die durch ein zum gleichen Preis erworbenes Vorprodukt wahrscheinlicher wird.

Zudem entfaltet die Einkaufskooperation Nachfragemacht. Macht, die dem einzelnen Kooperationsmitglied ob seiner zumeist geringen Größe nicht zukommt. Diese Macht kann ihr Gutes haben, wenn dadurch Gegenmacht auf marktstarke Anbieter ausgeübt wird und die Gewinne im Einkauf beim anschließenden Verkauf an die Verbraucher weitergetragen werden. Die Nachfragemacht hat aber auch ihre Schattenseiten: die Ausweichmöglichkeiten der Hersteller und Lieferanten werden reduziert, ob Profite tatsächlich an die Verbraucher weitergetragen werden, ist nicht gesagt; ebenso wenig ist klar, ob die Anbieter ihre Preiszugesndisse, die sie gegenüber der Einkaufskooperation machen, nicht durch Preissteigerungen gegenüber dritten Käufern wieder auszugleichen versuchen. Möglicherweise führt die von den Einkaufskooperationen ausgehende Nachfragemacht gar zu Innovations- und Qualitätsverlusten oder einem reduzierten Warenangebot.

Welche Wirkungen aus der Bildung einer Einkaufskooperation resultieren, hängt dabei von zahlreichen Faktoren ab, etwa dem Marktanteil der Einkaufskooperation auf den Einkaufs- und Absatzmärkten, der Marktstruktur oder der Flexibilität bzw. Abhängigkeit der Anbieterseite.

Für die kartellrechtliche Beurteilung wird dabei auch die Frage nach den Zielen des Kartellrechts virulent, insbesondere die Diskussion darum, ob die Konsumentenwohlfahrt oder der Wettbewerb als Ganzes Schutzobjekt des Kartellrechts ist. Denn die Beurteilung der ökonomischen Wirkungen fällt je nach wettbewerbspolitischer Perspektive unterschiedlich aus. Dabei macht es einen Unterschied, ob allein das Wohl der Konsumenten, die von sinkenden Preisen profitieren, als Maßstab angesehen wird oder auch die Kooperationsmitglieder selbst, die Anbieterseite oder der Wettbewerb als solcher schützenswert sind.

## II. Relevanz der Thematik

Die Existenz europaweiter Einkaufsgemeinschaften nationaler Lebensmittelzelthändler oder die Bestrebungen zweier Autohersteller, durch den gemeinsamen Einkauf bestimmter Zulieferteile Millionen einzusparen, sind Beispiele für die politische, gesellschaftliche sowie wirtschaftliche Bedeu-

tung von Einkaufskooperationen und der mit ihr einhergehenden Nachfragemacht.<sup>2</sup>

Entsprechend rücken Einkaufskooperationen auch in das Interesse der Wettbewerbsbehörden: Bereits in den 1970er Jahren gab es in Deutschland schon eine intensive Debatte zur kartellrechtlichen Bewertung von Einkaufskooperationen<sup>3</sup>. Die britische Wettbewerbsbehörde ließ 2007 die wettbewerbsrechtlichen Wirkungen von Einkaufskooperationen untersuchen<sup>4</sup>. Die Kommission gab mit ihren Konsultationen zu den Horizontalleitlinien 2001 und 2011 (nachfolgend: HLL 2001 und HLL)<sup>5</sup>, die einen eigenen Abschnitt zu Einkaufsvereinbarungen enthalten, Anlass, über die richtige Art der Behandlung von Einkaufskooperationen zu diskutieren<sup>6</sup>. Für die Jahre 2021/2022 ist eine weitere Aktualisierung geplant<sup>7</sup>. Im Jahr 2014 gründeten die führenden französischen Lebensmitteleinzelhändler in kurzer Zeit gleich drei Einkaufskooperationen<sup>8</sup>. Das Bundeskartellamt (BKartA) hat im April und Mai 2017 zwei zum gemeinsamen Einkauf gegründete Joint Ventures im deutschen Lebensmitteleinzelhandel und Drogeriehandel näher geprüft<sup>9</sup> und im Herbst 2019 Bedenken gegen die Erweiterung einer Einkaufskooperation von Möbelhändlern geäußert<sup>10</sup>. Mit der Folge, dass diese das Vorhaben aufgegeben haben.

Das Interesse am Thema Nachfragemacht ist noch weitaus größer: Das BKartA beschäftigte sich mit dem Thema bei der Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 18. September 2008<sup>11</sup>. Die Monopolkommission analysiert in ihrem XIX. Hauptgutachten (2010/2011) in einem Sonderkapitel die Nachfragemacht des Lebensmitteleinzelhandels gegenüber den Anbietern der

---

<sup>2</sup> Dazu im Einzelnen unter § 1 B. II.

<sup>3</sup> Dazu näher unter § 1 B. I.

<sup>4</sup> OFT (Office of Fair Trading), The competitive effects of buyer groups, Economic Discussion Paper (prepared by RBB Economics), January 2007 (nachfolgend: OFT, buyer groups).

<sup>5</sup> Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit vom 6.1.2001, ABl. 2001 C 3/2 und Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit v. 14.1.2011 („Horizontalleitlinien“), ABl. 2011 C 11/01.

<sup>6</sup> Kommission, public consultation; vgl. dazu *Mand/Malkus*, Stellungnahme.

<sup>7</sup> Kommission, public consultation 2019.

<sup>8</sup> Autorité de la concurrence, Pressemitteilung v. 1.4.2015.

<sup>9</sup> BKartA, Pressemitteilung vom 4.4.2017 „Bundeskartellamt hat derzeit keine Einwände gegen das Lebensmitteleinzelhandels Joint Venture „Retail Trade Group“; BKartA, Entsch. v. 19.5.2017, B2-25/17 – EDEKA/Budnikowsky, vgl. Fallbericht v. 19.5.2017.

<sup>10</sup> BKartA, Pressemitteilung vom 12.09.2019 „Große Einkaufskooperation im Möbelhandel abgewendet“.

<sup>11</sup> BKartA, Nachfragemacht im Kartellrecht, Hintergrundpapier.