

Der Konditionenpoker nach Fusionen

Missbrauch von Nachfragemacht oder Leistungswettbewerb? – Wettbewerbsanalytische Tatsachen zum Fall Metro/Allkauf

Hamburg, 11. Januar. Am 29. November 2000 hat das Kammergericht sein mit Spannung erwartetes Urteil im Fall Metro/Allkauf verkündet und den Beschluss des Bundeskartellamts gegen die rückwirkende Konditionenangleichung der Metro nach der Übernahme von Allkauf aufgehoben. Wieder einmal schlug damit der Versuch fehl, für die Lieferanten unliebsame Praktiken im Beschaffungswettbewerb als Missbrauch von Nachfragemacht zu sanktionieren.

Mitte 1998 erwarb die Metro AG rückwirkend zum 1. Januar 1998 die Allkauf-Gruppe. Nach Abgleich der Konditionen durch die MGE Metro Gruppen Einkauf GmbH zeigte sich wieder einmal: Der Einstandspreis war offenbar nicht bei allen Lieferanten eine Frage der Abnahmeleistung, sondern mehr Ergebnis bilateraler Einzelvereinbarungen. Die Metro musste als mehr als fünfmal so großer Nachfrager nach Nahrungs- und Genussmitteln wie schon andere Große des LEH zur Kenntnis nehmen, dass kleinere Mitbewerber bei einer Vielzahl von Lieferanten die besseren Konditionen haben. Mit diesen wurden daher Nachverhandlungen zur rückwirkenden Angleichung der Konditionen ab dem rechtlichen Übernahmepunkt geführt und Ausgleichszahlungen gefordert.

Abhängigkeitsklausel als Untersagungsgrund

Das Bundeskartellamt wertete dieses Verhalten als eine Diskriminierung im Sinne von § 20 Abs. 2 und 3 GWB und untersagte der MGE, gegenüber von ihr abhängigen Lieferanten rückwirkend in bestehende Verträge einzugreifen. Denn nach § 20 Abs. 2 und 3 GWB ist es u.a. Handelsunternehmen untersagt, ihre Marktstellung dazu auszunutzen, von abhängigen kleinen und mittleren Lieferanten, denen auf einem bestimmten Markt ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten auf andere Abnehmer fehlen, zu fordern, ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorzugsbedingungen zu gewähren. Dabei wird nach § 20 Abs. 2 GWB vermutet, dass eine Abhängigkeit vom Lieferanten besteht, wenn das Handelsunternehmen „...zusätzlich zu den verkehrsüblichen Preisnachlässen oder sonstigen Leistungsentgelten regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt, die gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden“. Das Kartellamt konzentrierte daraufhin seine Ermittlungen auf 20 als abhängige Klein- und Mittelunternehmen (KMU) eingestufte Lieferanten und machte seine Untersagungsverfügung an diesen Lieferanten fest – und stützte seine Untersagungsverfügung auf diese Abhängigkeitsklausel.

Voraussetzung für das Greifen des § 20 Abs. 2 ist, dass es sich bei den herausgegriffenen Lieferanten tatsächlich um kleine und mittlere Unternehmen handelt. Obgleich etwa im GWB (20 bis 50 Mio. DM Jahresumsatz), im HBG (§ 267) und auch in der EU (40 Mio. Euro) fallbezogen zu konkretisierende Ausgangspunkte für absolute Größenschwellen vorhanden gewesen wären, bezeichnete das Amt pauschal alle Unternehmen als klein und mittel, die weniger als 500 Mio. DM p.a. umsetzen.

Bereits bei der Erfassung der KMU durch absolute Umsatzangaben sind Zweifel angebracht. Von den gut 4000 Herstellern von Nahrungs- und Genussmitteln setzen nur gut 80 Unternehmen und Konzerne (2 Prozent) mehr als 500 Mio. DM p.a. um. Alle anderen wären danach KMU, darunter viele europäische Marktführer (z.B. Lindt & Sprüngli), zahlreiche Töchter der internationalen Food-Großkonzerne (z.B. Pepsi-Cola, Bacardi, Barilla) sowie national führende Hersteller in einzelnen Produktgruppen (z.B. Stöver, Mast-Jägermeister, Uderberg, Carl Kühne, Hipp).

In der Konsequenz wäre praktisch eine ganze Wirtschaftsstufe unter den Schutzschirm des Diskriminierungsver-



Metro/Allkauf: Ein Deal mit Folgen – auch wettbewerbsrechtlicher Natur.

Fotos: LZ-Archiv

bots geraten, obwohl die Unternehmen teils in ihren Warengruppen selbst führende Marktpositionen bekleiden. Die Umsatzschwelle von 500 Mio. DM lässt sich auch nicht durch einen Vergleich der (meist geringeren) Hersteller- und (meist höheren) Handelsumsätze rechtfertigen. Entscheidend ist hier ein Blick auf den relevanten Markt. Bedenkt man, dass Hersteller in der Regel auf enge Produktmärkte spezialisiert sind und Lebensmittelhändler bis auf einige Discounter ihre Nachfrage auf Hunderte von Produktmärkten ausrichten, wird deutlich, dass für ein ausreichendes Gegengewicht gegen große Vollsortimentshändler die Position der Hersteller auf dem relevanten Absatzmarkt entscheidet, nicht ihre im Vergleich oft geringeren Umsätze.

Eine Überprüfung der Marktstellung und Unternehmensentwicklung der 20 Hersteller ergab zudem, dass

- bei einer Reihe von Unternehmen der Gesamtumsatz deutlich zu klein ausgewiesen war, da man nur den Inlandsumsatz betrachtete oder Tochterunternehmen bzw. Konzernverflechtungen nicht einbezogen hatte;
- 2 Unternehmen nach eigenen Anga-

hätten dann die Ausweichmöglichkeiten auf andere Abnehmer als die Metro geprüft und auf ihre Angemessenheit bzw. Zumutbarkeit bewertet werden müssen.

Dies hat das Bundeskartellamt jedoch vollständig unterlassen. Stattdessen hat es u.a. unter Hinweis auf die Käufermarktlage unterstellt, dass in der Ernährungswirtschaft ein Anbieter bereits dann von einem Abnehmer abhängig sein kann, wenn er 7,5 Prozent oder mehr seines Umsatzes mit ihm tätigt. Erste Zweifel waren bereits bei Überprüfung der 20 Hersteller angebracht, da immerhin 6 Unternehmen nachweislich niedrigere Umsatzanteile als 7,5 Prozent mit der Metro aufwiesen – da manche Hersteller nur ihren Inlandsumsatz angegeben hatten, schnellten die Bezugsanteile künstlich nach oben.

Aber auch sachlogisch greift der Bezugsanteil als Indiz für die Lieferabhängigkeit der Hersteller nicht. Denn gerade bei vielen Topmarken, die nicht nur von den großen Herstellern geführt werden, liegen die Abhängigkeiten genau anders herum. Eine hohe Bezugsquote eines Händlers ist daher vielfach ein Indiz für die Bezugsabhängigkeit des Nachfragers – vor allem, wenn die Mengensiche-

te von nur 7,5 Prozent als generelles Indiz völlig aus der Luft gegriffen war. Im Übrigen deuten die klaren Unterschiede in den Antworten der Unternehmen bis bzw. ab 50 Mio. DM darauf hin, dass eine begründbare KMU-Grenze in der Ernährungsindustrie offenbar bei etwa 50 Mio. DM Umsatz p.a. liegen könnte.

□ Im Zusammenhang mit dem zunehmenden Wettbewerbsdruck in der Ernährungsindustrie gaben 71 Prozent der Lieferanten unter bzw. 77 Prozent der Unternehmen ab 50 Mio. DM Jahresumsatz an, ihre Distributionskanäle in den letzten fünf Jahren ausgebaut zu haben.

□ Bemerkenswert ist dabei der Befund, dass große wie kleine Unternehmen im Durchschnitt in 3,5 Absatzkanälen erfolgreich waren. Dabei konnten u.a. 72 Prozent der Lieferanten ihre Distribution im LEH, 71 im Export und 69 im Großhandel ausbauen, obwohl unabhängig von der Unternehmensgröße die Lieferanten in diesen Kanälen bereits relativ breit vertreten waren.

□ Dabei wurden im Übrigen die Vertriebsmöglichkeiten durch die eigene Unternehmensgröße bei großen und kleinen Unternehmen gleichermaßen nur in untergeordneter Weise begrenzt;

Die Studie

Dr. Lademann & Partner hat die Anforderungen, die für die Anwendung des § 20 Abs. 2 und 3 nachzuweisen sind, um eine Untersagungsverfügung zu erlassen, im Rahmen einer breit angelegten empirischen Untersuchung überprüft. Dazu wurden 1999 insgesamt 100 Nahrungs- und Genussmittelhersteller sowie 50 Unternehmen des Lebensmittelhandels aus distributions- bzw. beschaffungspolitischer Sicht, also ohne direkten Bezug zu dem abhängigen und wohl eher polarisierenden Fall, befragt. Außerdem wurde die Marktposition und Entwicklung der 20 als abhängig bezeichneten Lieferanten näher untersucht.

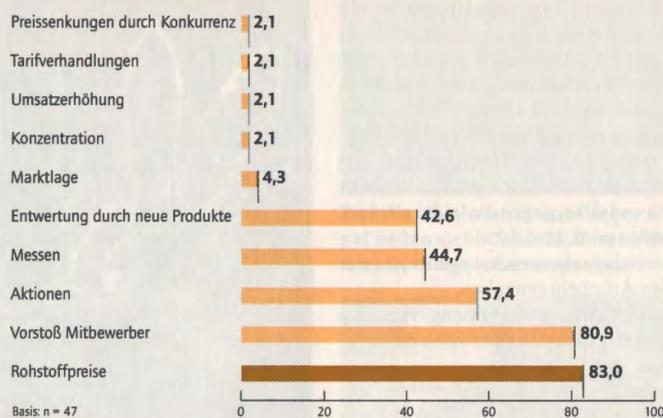
nem latenten Angebotsüberhang für die Hersteller in der Ernährungswirtschaft zumutbare Ausweichmöglichkeiten fehlen würden. Sogar das Bundeskartellamt erklärte im Rahmen der Untersagungsverfügung die Nachgiebigkeit der Lieferanten gegenüber Konditionenforderungen des Handels mit dieser Marktlage.

Zunächst war dem erfolgreich entgegen zu halten, dass das Kartellrecht nicht dazu da ist, Ungleichgewichte zwischen Angebot und Nachfrage zu regulieren; darauf beruhender Konditionsdruck und entsprechende Zugeständnisse sind systemkonform. Dementsprechend muss auch nach § 20 Abs. 2 und 3 ausdrücklich nur die Marktstärke des Unternehmens, nicht dagegen der Käufermarkt kausal für das diskriminierende Verhalten sein.

Darüber hinaus ist durch nichts belegt, dass im Käufermarkt Marktzugangsmöglichkeiten fehlen. Die Befra-

Auslöser von Nachverhandlungen

... zwischen Industrie und Handel

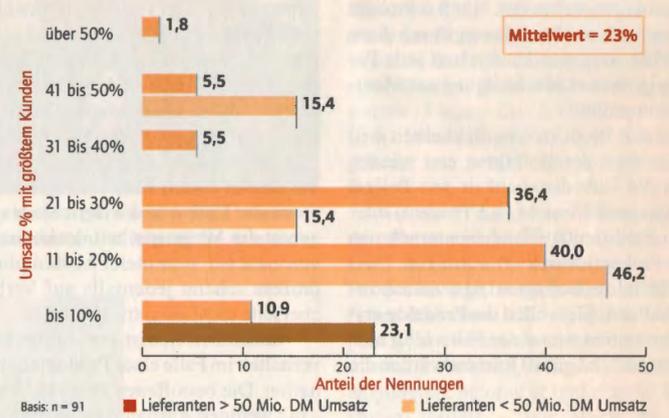


Quelle: Lademann & Partner

© LZ-Crafik

Kundenabhängigkeit

... aus Sicht der Industrie



Quelle: Lademann & Partner

© LZ-Crafik

ben bzw. Geschäftsberichten über 500 Mio. DM p.a. umsetzen;

□ 11 von 20 Lieferanten in ihren relevanten Märkten im Vergleich zu ihren Mitbewerbern zu den eher großen Unternehmen zählen und 9 von 20 Lieferanten Marktführer oder einer der Top 3 in diesen Produktmärkten waren;

□ zusätzlich in drei Fällen regionale Marktführer mit Marktanteilen von 40 bis 60 Prozent, z.B. in den neuen Bundesländern oder in Norddeutschland, einbezogen waren.

Im Ergebnis blieben von den 20 Unternehmen allenfalls 5 übrig, über die vertiefende Untersuchungen u.U. die Einordnung als KMU hätten ergeben können. Da die Metro hier nicht beweispflichtig war, reichten die angeführten Zweifel aus, die Bewertung der betroffenen Unternehmen als klein oder mittel zu erschüttern.

Das GWB fordert vom Rechtsanwender, die Abhängigkeit eines Lieferanten marktbezogen nachzuweisen. Es wäre daher erforderlich gewesen, die Ausweichmöglichkeiten der 20 Unternehmen auf ihren Produktmärkten zu ermitteln. Dazu hätten der oder die relevanten Märkte für jeden Anbieter bestimmt werden müssen. Innerhalb dieser Märkte

Absolute Größe nur von geringer Bedeutung

Vollends fraglich wird der Lieferanteil als pauschale Vermutungsregel des Amtes aber, wenn man dessen generelle Bedeutung in der Praxis ermittelt. Die durchgeführten Befragungen in der Industrie verdeutlichen:

□ Immerhin 81 Prozent der befragten Geschäftsführer oder Vertriebsleiter gaben weitgehend unabhängig von ihrer Unternehmensgröße an, dass sie vertriebspolitische Maßnahmen gegen die Abhängigkeit von einem Abnehmer ergreifen.

□ Der Abnahmeanteil, ab dem die befragten Hersteller Abhängigkeit von einem Kunden bejahen, beträgt für große und kleine Lieferanten etwa gleichermaßen 23 Prozent. Selbst wenn die Lieferanten unter 50 Mio. DM am häufigsten einen Wert zwischen 10 und 20 Prozent angaben, zeigt die Spannweite der Antworten deutlich auf, dass eine Lieferquo-

ein Hinweis darauf, dass die absolute Unternehmensgröße auch im Verhandlungsprozess mit dem Handel nur von geringer Bedeutung ist.

Bereits im Rahmen der Debatte zur letzten Kartellnovelle wurde deutlich, dass die größten fünf Lebensmittelhändler im Durchschnitt aller Warengruppen ca. 45 Prozent der Nachfrage auf sich vereinigen. Die Lieferanten des Lebensmittelhandels insgesamt distribuieren folglich immerhin 55 Prozent an andere Abnehmer als die großen Fünf im Handel – eine Situation, wie man sie in anderen Industrien auch gern hätte.

Dazu passt der Befund, dass Verbraucher im Handel inzwischen weniger als 60 Prozent ihres täglichen Bedarfs (Nahrungs- und Genussmittel einschließlich Wasch-, Putz-, Reinigungs- und Körperpflegemittel, Zeitschriften, Blumen) im LEH einkaufen; der Einzelhandel verliert nach DLP-Recherchen seit wenigstens 15 Jahren ständig an „share of stomach“; die Lieferanten werden – jedenfalls in toto – immer unabhängiger von dem sich immer stärker konzentrierenden Lebensmittel-einzelhandel.

Nun wird oft gerade in der politischen Diskussion darauf hingewiesen, dass allein wegen der Käufermarktlage und ei-

gung der Hersteller zeigte nämlich, dass selbst in stagnierenden Märkten jährlich im Durchschnitt etwa 8 Prozent des Umsatzes mit Neukunden oder der Lancierung neuer Produkte zu erwirtschaften sind, um allein das Umsatzniveau des Vorjahres zu halten. Dieser Befund zeigt, dass eine Käufermarktlage keineswegs mit der Erstarrung der Vertriebswege einhergeht, sondern mit einer Intensivierung des Wettbewerbs um den Zugang zu neuen Absatzkanälen und Kundengruppen.

Dieses Ergebnis ist um so bemerkenswerter, da sich eine vom Kartellamt als wahrscheinlich angenommene Auslistung eines Lieferanten durch die Metro im Falle der Verweigerung einer „Ausgleichszahlung“ etwa in der gleichen Größenordnung bewegt wie der jährlich zur Bestandssicherung zu generierende Neumsatz – und damit ein starkes Indiz für die Verkräftbarkeit selbst eines solchen zunächst einmal hypothetischen Umsatzausfalles.

Acht der 20 angeblich abhängigen Unternehmen mit teils führenden Marken aus dem Bier-, Fruchtsaft- oder Körperpflegebereich wiesen jedoch in den vergangenen Jahren Umsatzzuwächse von über 8 Prozent auf. Daraus folgt:

Angesichts des positionssichernden Neugeschäfts von etwa 8 Prozent p.a. mußten sogar zahlreiche Hersteller, die vom Kartellamt geschützt werden sollten, jährlich an die 20 Prozent Neumsatz generiert haben, um etwa 10 Prozent gegenüber Vorjahr zu wachsen. Es war daher nicht nachvollziehbar, weshalb diese Unternehmen nicht auf 7,5 Prozent ihres Umsatzes hätten zumutbar verzichten können, zumal sie ganz offensichtlich mehr als ausreichende Ausweichmöglichkeiten hatten.

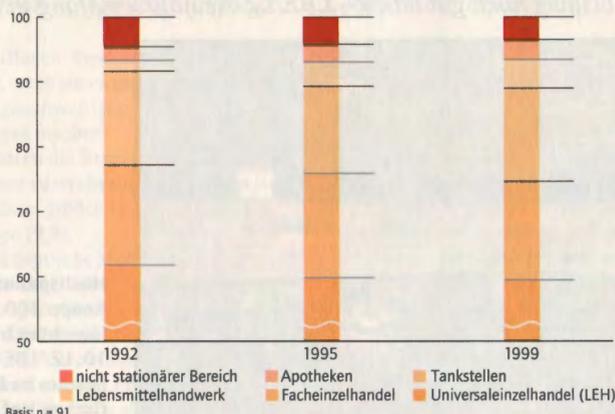
Da das Kartellamt weder nachweisen konnte, dass die Hersteller als klein und mittel zu bewerten, noch dass diese Unternehmen pauschal als abhängig anzusehen sind, erübrigt es sich eigentlich, das Verhalten der MGE als Diskriminierungstatbestand zu prüfen. Dennoch lohnt ein Blick auf die Usancen im Beschaffungsverhalten des Handels. Das Bundeskartellamt hatte im Rahmen der Untersagungsverfügung u.a. behauptet, Jahresvereinbarungen regelten den Einkauf zwischen Industrie und Handel wie ein Kaufvertrag. Unterjährige Nachverhandlungen seien abgesehen von notwendigen Rohstoffpreisangleichungen nicht üblich und daher diskriminierend.

Rahmenvereinbarungen sind keine Kaufverträge

Nach Auskunft der in diesem Zusammenhang befragten 50 Einkaufsleiter, darunter vier aus Unternehmen zwischen 5 Mrd. und 20 Mrd. DM Umsatz, regeln Rahmenvereinbarungen nur bei einem Drittel der Handelsunternehmen gleichzeitig auch die konkrete Order. Rahmenvereinbarungen sind demnach in der Regel keine Kaufverträge, in die rückwirkend eingegriffen werden könnte. 94 Prozent der Handelsunternehmen (47) gaben an, dass unterjährige Nachverhandlungen üblich sind. Dies wird in

Bezugswege der Verbraucher

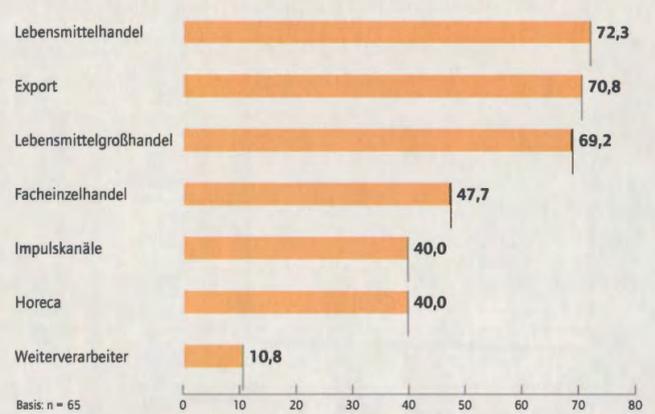
... beim periodischen täglichen Bedarf



Quelle: Lademann & Partner

Neue Distributionskanäle

... in den vergangenen fünf Jahren ausgebaut



Quelle: Lademann & Partner

nahezu gleichem Umfang auch von kleineren Nachfragern im Handel mit weniger als 1 Mrd. DM Umsatz so praktiziert und ist keine Frage der Unternehmensgröße. Die Nachverhandlungen werden in etwa 60 Prozent der Fälle vom Handel ausgelöst, zu 17 Prozent durch die Industrie und zu 21 Prozent durch Beide initiiert.

Anlass der Nachverhandlungen sind keineswegs, wie vom Bundeskartellamt vermutet, nur Rohstoffpreisanpassungen. Es überwiegen bei weitem wettbewerbliche Auslöser. Dies erklärt auch, warum Rahmenvereinbarungen nicht verbindlich für jede Order sein können. Der Wettbewerbsdruck durch Preiskämpfe im Handel, durch Aktionen oder neue Produkte ist so hoch, dass die Konditionen kaum sinnvoll und tragfähig für ein ganzes Jahr festgezurrt werden können. Es fragt sich im übrigen, ob Rahmenvereinbarungen aus konditionenpolitischer Sicht noch sinnvoll und effizient sind, wenn sie ihren

Steuerungsbeitrag sowohl in Industrie als auch im Handel durch die Dynamik des Wettbewerbs und einen selbstbewussteren Handel weitgehend eingebüßt haben.

Schließlich konnte das Kartellamt nicht überzeugend darlegen, dass MGE infolge des beanstandeten Nachfrageverhaltens Sonderkonditionen durchsetzte. Allein die durch Nachverhandlungen verbesserten Konditionen der Metro im Zeitverlauf – so das Kalkül des Amtes – müssten als Anscheinsbeweis ausreichen. Selbst wenn man die Vermutungsregel des § 20 Abs. 2 GWB nicht in Anspruch nimmt, kann der Nachweis von Sonderkonditionen nur gelingen, wenn man die Metro-Konditionen wenigstens mit denen anderer Mitnachfrager auf dem gleichen relevanten Markt verglichen hätte. So aber war ja durch den Anlass der „Nachverhandlungen“ klar, dass Metro bis dahin schlechtere Konditionen hatte, die durch Ausgleichszahlungen ausgegli-

chen werden sollten; daher war eher zu vermuten, dass Metro mit dem beanstandeten Verhalten erst zu den Konditionen der Mitbewerber aufschließen würde.

Der Fall führte daher vor Augen, wie stark die Konditionenpreizung durch die Industrie immer noch betrieben wird. Nutznießer der besseren Konditionen sind keineswegs automatisch die großen Handelsgruppen im Markt. Wer den Leistungswettbewerb als Maßstab der Konditionengewährung fordert und so genannte „leistungsunabhängige Zahlungen“ wie Eintrittsgelder u.ä. beklagt, kann nicht gleichzeitig selbst das Instrument der Diskriminierung größerer Abnehmer für sich reklamieren. Der Ausgleich diskriminierender Praktiken der Hersteller durch Nachforderungen der Händler stellt insoweit ein Stück Leistungswettbewerb wieder her.

Wer aber den Leistungswettbewerb als Regulationsprinzip zwischen Industrie und Handel befürwortet, muss sich

fragen lassen, ob er nicht einer allein großenbedingten Konditionentransparenz Vorschub leistet. Insofern könnte die ausschließliche Orientierung am Prinzip des Leistungswettbewerbs letztlich zur Abschaffung des Geheimwettbewerbs zu führen – einer zentralen Voraussetzung für funktionsfähigen Wettbewerb. Wer dieses Urteil beklagt, droht daher am Ende, einem neuen Wettlauf um Größe und damit einer weiteren Konzentrationswelle in Industrie und Handel das Wort zu reden.

Rainer Lademann



Dr. Rainer P. Lademann ist geschäftsführender Gesellschafter bei Dr. Lademann & Partner Gesellschaft für Unternehmens- und Kommunalberatung mbH, Hamburg, und u.a. spezialisiert auf Strategie- und Expansionsberatung im Handel (Fusionen, Standortexpansion, Einzelhandelsimmobilien).

14. Deutscher Lebensmittelrechtstag

8. und 9. März 2001 in Wiesbaden

Veranstalter:

Wissenschaftliche Gesellschaft für Lebensmittelrecht e.V., Düsseldorf
Verlagsgruppe Deutscher Fachverlag, Frankfurt am Main

Thema:

Rechtssicherheit und Kohärenz im deutschen und europäischen Lebensmittelrecht

Was bringt das Weißbuch der EU-Kommission wirklich?

Referenten:

- Prof. Dr. Matthias Horst (Bonn)
- Prof. Dr. Thomas von Danwitz (Bochum)
- Prof. Dr. Helmut Köhler (München)
- Prof. Dr. Hans Heiner Kühne (Trier)
- Prof. Dr. Michael Brenner (Jena)
- MDgt. Dr. Gerhard Marino (München)
- Dr. Michael Blass (Wien)
- Dr. Christian Grugel (Hannover)
- Dagmar Roth-Behrendt (Brüssel)
- Beate Kettlitz (Brüssel)

Wissenschaftliche Leitung:

Prof. Dr. Friedhelm Hufen, Mainz

Seminargebühr:

- DM 977,92 € 500,00
- DM 684,54 € 350,00 für Mitglieder der WGL und Abonnenten der ZLR
- DM 459,62 € 235,00 für Behördenvertreter
- Der Preis schließt Mehrwertsteuer, Unterlagen, Abendessen und Getränke ein.

Prospekte anfordern

oder schriftliche Anmeldung an:
Verlagsgruppe Deutscher Fachverlag
Wissenschaftliche Fachzeitschriften
Simone Kleinert
60264 Frankfurt am Main
Tel. (069) 7595-1173 · Fax (069) 7595-1170
E-Mail: Kleinert@dfv.de

Anmeldung 14. Deutscher Lebensmittelrechtstag, 8./9. März 2001, Wiesbaden

(bitte mit Schreibmaschine ausfüllen)

Mitglied WGL ja nein

ZLR Abonnent ja nein

Behördenvertreter ja nein

Kanzlei/Firma:

Name, Vorname:

Funktion:

Straße:

Ort:

Tel.: Fax:

Datum, Unterschrift: