Theorie

Einkaufskooperationen als Per-se-Kartelle?

Von der in Kürze zu erwartenden Entscheidung des BGH zu dem Kooperationssystem der Selex-Tania wird einmal eine höchstrichterliche Antwort auf die kontrovers diskutierte Frage nach der Vereinbarkeit von Beitritten bzw. Mitgliedschaften umsatzstärkerer Handelsunternehmen zu mittelständisch strukturierten Einkaufskooperationen erwartet[1]. Darüber hinaus wird jedoch die BGH-Entscheidung vor allem maßgebliche Bedeutung für die Zukunft der Einkaufskooperationen insgesamt haben, da sich der BGH auch mit der für die Anwendung von § 1 GWB entscheidenden Frage auseinandersetzen muß, wann eine Beschränkung des Nachfragewettbewerbs vorliegt. Kam es bislang auf die Art der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedern einer Kooperation an, könnte in Zukunft bereits die Existenz einer Einkaufsvereinigung für die Anwendung des § 1 GWB genügen. Damit droht jedoch ein generelles Verbot für kooperative Einkaufsorganisationen.

Von Dr. Rainer P. Lademann und Dipl.-Kfm. Oliver Hermes

Daß der sich hier andeutende Bewertungswandel weitreichende Folgen für die Existenzfähigkeit mittelständischer Handelsunternehmen haben kann, wenn es zu einem Per-se-Verbot für Einkaufskooperationen kommt, dürfte offensichtlich sein. Darüber hinaus dürfte im Falle einer Bestätigung dieser Rechtsauffassung nicht nur ein weiterer Konzentrationsschub im Handel, sondern damit verbunden ebenso eine Verstärkung des Konditionendruckes auf die Ernährungsindustrie ausgelöst werden. Vor dem Hintergrund dieser drohenden Entwicklung ist es ein Anliegen dieses Beitrages, die Begründungen für die Neuorientierung bei der kartellrechtlichen Würdigung von Einkaufskooperationen einer genaueren Betrachtung zu unterziehen.

Im Vordergrund steht dabei eine Überprüfung der ökonomischen Begründbarkeit einer Untersagung von Einkaufskooperationen als Per-se-Kartelle. Denn nur wenn der Wandel der Rechtsfortbildung im Einklang mit den ökonomischen Tatsachen steht, kann davon ein Beitrag zur schutzzweckorientierten Regulierung des Nachfragewettbewerbs erwartet werden.

Die ökonomische Begründbarkeit einer Untersagung von Einkaufskooperationen

1. Entwicklungslinien der kartellrechtlichen Beurteilung von Einkaufskooperationen

1.1 Zur Geschichte und Systematik des § 1 GWB

Einkaufskooperationen können dann unter das Kartellverbot des § 1 GWB fallen, wenn der zwischen den Mitgliedern zwecks gemeinsamen Einkaufs geschlossene Vertrag

- den Wettbewerb beschränkt
- und geeignet ist, insbesondere die Marktverhältnisse zu beeinflussen.

Ein Verstoß gegen § 1 GWB kann zunächst nur vorliegen, wenn zwischen Marktteilnehmern ein Vertrag besteht. Dabei ist es unerheblich, ob die Wettbewerbsbeschränkung Gegenstand des Vertrages ist oder sich als Wirkung aus diesem ergibt. Während das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung koordiniertes Marktverhalten unter den Mitgliedern der Kooperation voraussetzt, kommt es bei dem Tatbestandsmerkmal der Beeinflussung der Marktverhältnisse auf die Spürbarkeit des kooperativen Zusammenwirkens an. Es soll verhindert werden, Verträge für nichtig zu erklären, die ohne Auswirkung für die Marktpartner, also die Marktgegenseite, sind[2].

Die Beeinflussung der Marktverhältnisse muß spürbar sein

Voraussetzung für die Prüfung der Spürbarkeitsfrage ist somit der Nachweis einer Wettbewerbsbeschränkung. Wann eine Wettbewerbsbeschränkung anzunehmen ist, unterliegt jedoch einem Wandel, der von kartellrechtlichen und wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten bestimmt wird. Während zunächst bei der Schaffung des GWB bei der kartellrechtlichen Bewertung der Einkaufskooperationen bestimmend war, ob die Wettbewerbsbeschränkung Gegenstand eines Vertrages war, wurde im Zuge der wachsenden Marktbedeutung vor allem der Einkaufsgenossenschaften stärker auf die Wirkung von Verträgen abgestellt. Es ist damit nicht mehr erforderlich, daß die Wettbewerbsbeschränkung Gegenstand eines Vertrages ist[3].

Bei der Prüfung der Marktbedeutung wird heute stärker auf die Wirkung von Verträgen abgestellt

Maßgeblich war zunächst, ob das Zusammenwirken der Mitglieder in Kooperationen faktischen Beschränkungen der wettbewerblichen Handlungsfreiheit unterlag. Diese wurde etwa angenommen, wenn die Konditionengestaltung des Kooperationsunternehmens geeignet war, zum Beispiel durch Konzentrationsrabatte einen wirtschaftlichen Bezugszwang auszulösen. In jüngster Zeit läßt sich nun beobachten, daß die Vertragswirkungen nicht mehr ausschließlich horizontal geprüft werden, das heißt sich auf die Analyse der wettbewerblichen Handlungsfreiheit zwischen den Mitgliedern (inter partes) beschränken, sondern zusätzlich vertikale Gesichtspunkte hinzutreten, die stärker auf den Schutz der Marktgegenseite, also der Ernährungsindustrie, abstellen[4].

Der Schutz der Marktgegenseite (vertikale Gesichtspunkte) gewinnt an Bedeutung

Durch das Hinzutreten einer Vertikalbetrachtung wird es naheliegenderweise immer schwieriger, die Einkaufskooperationen aus dem Kartellverbot herauszuhalten, da jede Kooperation im Einkauf stets auch Folgen – sei es positive oder negative – für die Absatzbedingungen der Marktgegenseite hat. Deshalb wurden parallel zu den zunehmend erleichterten Anwendungsbedingungen des § 1 GWB Freistellungsmöglichkeiten für Einkaufskooperationen[5] vom Kartellverbot diskutiert. Hier sei auf zwei wesentliche Überlegungen hingewiesen: Zum einen wurde die Anwendung des Arbeitsgemeinschaftsgedankens angeregt. Danach unterliegen die Einkaufskooperationen nicht § 1 GWB, soweit sie Leistungen erbringen, die jedes Mitglied für sich alleine objektiv nicht hätte darstellen können. Hier seien das Delkredere- und Inkassogeschäft, aber auch zentral geplante Verbundaktionen oder Warenbörsen genannt, die jeweils das Zusammenwirken einer Reihe von Mitgliedern voraussetzen. Zu einer Wettbewerbsbeschränkung kann es in diesem Falle deshalb nicht kommen, weil ein Angebot an die Marktgegenseite erst durch die Kooperation entsteht, insoweit die Mitglieder der Kooperation von ihrer wettbewerblichen Handlungsfreiheit Gebrauch machen, anstatt sie zu beschränken.

Angst vor „ungezügelter Verbreitung" von Einkaufskooperationen

Dagegen wird jedoch eingewandt, daß eine Freistellung nach dem Arbeitsgemeinschaftsgedanken zu einer ungezügelten Verbreitung von Einkaufskooperationen auch unter den filialisierten Branchenführern beitragen könnte. Im übrigen wird gegen die Anwendung dieses Freistellungskriteriums vorgebracht, die durch die Kooperation entstehenden Leistungen hätten nur eine Nebenfunktion beim Warenbezug und dienten damit nur einer weiteren Verbesserung der Konditionen.

Die Freistellung vom Kartellverbot nach dem Arbeitsgemeinschaftsgedanken ist in der Diskussion

Zum anderen wird diskutiert, ob die Einkaufskooperationen nicht nach § 5b GWB als Mittelstandskartell zugelassen werden können. Diese Freistellung ist jedoch äußerst zweischneidig, da damit die Einkaufskooperationen grundsätzlich gegen § 1 GWB verstoßen und nach § 5b GWB lediglich geduldet werden würden. Das Dilemma dieser Freistellungsüberlegung ist vor allem, daß das Bundeskartellamt vor schwierige Abgrenzungs- und Bewertungsfragen gestellt wird, die die Gefahr systemfremder wirtschaftslenkender Eingriffe in den Wettbewerbsprozeß heraufbeschwören[6].

Können Einkaufskooperationen als Mittelstandskartell zugelassen werden?

- Zunächst müßten mittelständische von nicht mittelständischen Handelsunternehmen abgegrenzt werden, um den Adressatenkreis genauer zu bestimmen. Bereits dieses Unterfangen löst erhebliche methodische, ökonomische und wettbewerbspolitische Probleme aus.
- Außerdem wird zu entscheiden sein, wann eine zunächst unbedenkliche Kooperation zum Beispiel durch in-

*) Dr. Rainer P. Lademann ist Geschäftsführer der GWH-Unternehmensberatung in Hamburg und Lehrbeauftragter am Institut für Marketing und Handel an der Universität Göttingen. Herr Dipl.-Kfm. Oliver Hermes ist wissenschaftlicher Angestellter am gleichen Institut.

Theorie

Problematisch sind vor allem die erforderlichen Eingriffsbefugnisse des Kartellamts

Eine Freistellung hängt vor allem von der Definition des Nachfragewettbewerbs ab

Beim Selex-Tania-Beschluß genügte die Vereinheitlichung des Nachfrageverhaltens

Das Schicksal hängt von der Bestimmung der Wettbewerbsbeschränkungen ab

Schon die Tatsache des Zusammenwirkens sorgte für das Verbot

ternes Wachstum ihrer Mitglieder nicht mehr nach § 5b GWB priviligiert ist. Kooperationen würden damit von einer ständigen Zerschlagung bedroht sein, was zu einer erheblichen Verminderung der Rechtssicherheit führen müßte.

Einer Freistellung der Einkaufskooperationen nach § 5b GWB würden also erhebliche Bedenken entgegenstehen. Als besonders problematisch sind dabei die erforderlichen Eingriffsbefugnisse der Kartellbehörden zu werten. Sie kommen nicht nur einer in § 1 GWB verfehlten Form der Strukturkontrolle und Mißbrauchsaufsicht gleich, sondern würden aufgrund der Gestaltungsspielräume in der Hand der Kartellbehörden den wettbewerbspolitischen Rubikon überschreiten. Aus rechts- und wettbewerbspolitischen Gründen wäre daher eine Regelung vorzuziehen, die weder ein Per-se-Verbot noch eine bedenkliche mittelstandspolitische Freistellungsklausel benötigt.

1.2. Einkaufskooperationen in der Rechtssprechung

Inwieweit Einkaufskooperationen also Adressaten von § 1 GWB sind, den Wettbewerb beschränken bzw. im Falle einer Untersagung nach § 1 GWB etwa als Mittelstandskartell vom Kartellverbot freigestellt werden können, hängt daher vor allem von der Bestimmung des Nachfragewettbewerbs ab. Das Kernproblem besteht in der konzeptionellen Erfassung von Nachfragewettbewerb: Nur wenn auch Klarheit darüber besteht, nach welchen Kriterien Maßnahmen von Nachfragern als wettbewerblich gekennzeichnet werden können, läßt sich auch die Beschränkung des Nachfragewettbewerbs feststellen.

Die Beschlüsse in Sachen HFGE und Selex + Tania

In konkreto zeigen sich die konzeptionellen Erfassungsschwierigkeiten in den Kammergerichtsbeschlüssen in Sachen HFGE und Selex-Tania. Während die HFGE-Entscheidung[7] noch auf der Feststellung eines von den Handlungsbedingungen der Kooperation ausgehenden faktischen Bezugszwanges beruhte, genügte dem Kammergericht im Selex-Tania-Beschluß[8] bereits die für die Funktionsfähigkeit einer jeden Kooperation erforderliche Vereinheitlichung des Nachfrageverhaltens, die zur Beschränkung der Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite führe[9]. Der sich hier andeutende, allerdings noch nicht höchstrichterlich bestätigte Bewertungswandel käme einem Per-se-Verbot für Einkaufskooperationen gleich.

Für die kartellrechtliche Beurteilung von Einkaufskooperationen gelten bislang keine verläßlichen höchstrichterlichen Grundsätze. Schwierigkeiten bereitet auf der einen Seite die Bestimmung von Wettbewerbsbeschränkungen, weil ungeklärt ist, was unter einer für § 1 GWB maßgeblichen Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit zu verstehen ist. Das kartellrechtliche Schicksal der Einkaufskooperationen hängt somit maßgeblich von den Kriterien zur Bestimmung von Wettbewerbsbeschränkungen ab.

Hier galten als wesentliche Unzulässigkeitskriterien bislang das Bestehen rechtlicher Bezugsverpflichtungen oder faktischer Bezugszwänge[10]. Gerade diesen Verbotsgrenzen können Einkaufskooperationen jedoch in der Regel leicht gerecht werden, zumal, wenn ihre ökonomische Vorteilhaftigkeit aufgrund eines größeren Mitgliederkreises nicht von einem regelmäßigen und dadurch gewissermaßen erzwungenen Bezug über die Kooperationen abhängig ist[11]. Sieht man vom HFGE-Fall einmal ab, so fehlt es bei den übrigen Beitrittsfällen bzw. Kooperationssystemen an derartigen Bezugsverpflichtungen, so daß nach diesen Kriterien kein Verstoß gegen § 1 GWB festgestellt werden kann.

Die als wettbewerbspolitisch problematisch geltenden Kooperationen größerer Handelsunternehmen in Einkaufsvereinigungen können somit von § 1 GWB nur erfaßt werden, wenn Kriterien unterhalb dieser Schwellen entwickelt werden. Vor diesem Hintergrund ist etwa die Selex-Tania-Entscheidung des Kammergerichts[12] zu sehen, wonach im Ergebnis nicht mehr auf die Art und Weise der Zusammenarbeit abgestellt wird, sondern schon auf die Tatsache des Zusammenwirkens selbst. Danach wird bereits in einer Vereinheitlichung des Nachfrageverhaltens, die im Gegensatz etwa zum faktischen Bezugszwang für die Entstehung und Arbeitsweise einer jeden Kooperation als unvermeidlich zu betrachten ist, eine Wettbewerbsbeschränkung gesehen[13].

Rechtlich stützt sich diese Wertung auf die durch die ZVN-Entscheidung des BGH vollzogene Erweiterung der Gegenstandstheorie, nach der es für den Nachweis einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von § 1 GWB ausreicht, wenn ein zu einem gemeinsamen Zweck geschlossener Vertrag wettbewerbsbeschränkende Wirkungen hat[14]. Die rechtliche Verpflichtung wird dabei durch „die gemeinsame Erwartung auf das von den gemeinsamen Zielvorstellungen her gesehen kaufmännisch vernünftige Verhalten eines jeden Vertragsbeteiligten ersetzt"[15]. Ohne Bestehen einer rechtlichen oder faktischen Bezugspflicht könnten somit Kooperationen danach bereits auf einer Wettbewerbsbeschränkung beruhen, ohne daß es noch auf die Art des Zusammenwirkens ankommt. In der Konsequenz läuft dieser Wandel in der Rechtsprechung darauf hinaus, Einkaufskooperationen als Per-se-Kartelle zu untersagen. Ihnen bliebe dann allenfalls die Möglichkeit einer Freistellung nach § 5b GWB.

Auf die Art des Zusammenwirkens kam es nicht an

Nachfragewettbewerb dann, wenn die Marktgegenseite vor unkontrolliertem Konditionendruck geschützt ist

Konzept der Überwechslungsmöglichkeiten eines Anbieters auf einen anderen Nachfrager

1.3. Konzeptionelle Hintergründe bei der Erfassung von Nachfragewettbewerb

Den konzeptionellen Hintergrund zum oben angegebenen Bewertungswandel von Einkaufskooperationen bildet das Begrenzungskonzept des Nachfragewettbewerbs[16]. Danach besteht Nachfragewettbewerb, wenn die Handlungsspielräume von Nachfragern durch die Existenz von Mitnachfragern beschränkt werden, also wenn und soweit einzelne Nachfrager beim Streben nach möglichst günstigen Einkaufskonditionen auf sie Rücksicht nehmen müssen. Nachfragewettbewerb herrscht nach dieser Auffassung folglich dann, wenn die Marktgegenseite vor unkontrolliertem Konditionendruck geschützt ist, weil sie über Ausweichmöglichkeiten verfügt[17].

Streben nach Konditionsverbesserungen kein Indiz für Nachfragemacht

In der Begrenzung der Verhaltensspielräume durch Mitnachfrager wird also das konstitutive Merkmal von Nachfragewettbewerb gesehen. Mitnachfrager würden die Durchsetzung von Konditionenverbesserungen beschränken, weil die Marktgegenseite durch Ausweichmöglichkeiten geschützt sei. Daher sei das bloße Streben nach Konditionenverbesserungen kein Indiz für Nachfragewettbewerb, weil es als originäres Verhalten von Nachfragern unabhängig von der Existenz von Mitnachfragern auftrete[18].

Nachfragewettbewerb bezieht sich nach diesem Konzept also auf die Existenz von Überwechslungsmöglichkeiten eines Anbieters auf zumindest einen anderen Nachfrager. Eine Wettbewerbsbeschränkung könnte daher dann vorliegen, wenn das Verhalten eines Nachfragers kausal für das Entstehen wettbewerblich unkontrollierter Handlungsspielräume bzw. für die Beschränkung der Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite ist[19].

Wird fortgesetzt

Literaturverzeichnis

[1] So etwa Tätigkeitsbericht des BKartA 1983/84, BT-Drs. 10/3559, S. 31, Monopolkommission, Sondergutachten 14, Baden-Baden 1985, Tz 83ff. Zur Kooperationsfrage in den 70er Jahren Monopolkommission, Sondergutachten 7, Baden-Baden 1977.

[2] Hierzu Langen, E., u.a., Kommentar zum Kartellgesetz, 6. Auflage, Neuwied und Darmstadt 1982, § 1 Rn 23ff.

[3] Vgl. ebenda, § 1 Rn 23ff.

[4] Vgl. Lademann, R., Begrenzungswirkungen des Nachfragewettbewerbs, erscheint in: DB Heft 15/1987

[5] Insbesondere Ebenroth, C.J., Einkaufskooperationen und Kartellverbot, DB 1985, S. 1827ff, Moosecker, Lebensmittel Zeitung 1. 2. 1985, S. 3. Zu den Freistellungskriterien in der Verwaltungspraxis die Grundsatzerklärung des BKartA, Tätigkeitsbericht 1978, S. 8f BT-Drs. 8/2980.

[6] So steht eine erfahrungswissenschaftlich und wettbewerbspolitisch befriedende Abgrenzung des Adressatenkreises nach Größe der Kooperation und der Mitglieder ebenso aus, wie die Beurteilung der von Einkaufskooperationen ausgehenden Rationalisierungswirkungen. Siehe auch die Grundsatzerklärung des BKartA, Fußnote 3. Kritisch dazu Meier, G. Aktuelle Probleme der kartellrechtlichen Beurteilung von Handelsgenossenschaften und Einkaufsvereinigungen, DB 1983, S. 1133ff. Fraglich ist, ob eine kartellrechtlich unbeanstandete Kooperation dadurch unter § 1 GWB fallen kann, weil sie neue Mitglieder einer bestimmten Unternehmensgröße aufnimmt. Dazu Meier, G., a.a.O., S. 1136f. Für Grenzen, die sich an der Art der Zusammenarbeit der Mitglieder ausrichten (faktischer Bezugszwang) plädiert Martin, W., Zulässigkeitsgrenzen für Einkaufskooperationen, WuW 1984, S. 536f.

[7] Vgl. KG WuW/E OLG 2751ff, HFGE.

[8] Vgl. KG WuW/E OLG 3737ff, Selex-Tania.

[9] Vgl. ebenda, 3742.

[10] Vgl. Langen, u.a., a.a.O., § 1 Rn, 166.

[11] Nach diesen Kriterien wurden im HFGE-Fall faktische Bezugsverpflichtungen angenommen. Vgl. KG WuW/E OLG 2751ff, HFGE.

[12] Vgl. KG WuW/E OLG 3742f, Selex-Tania.

[13] Vgl. ebenda, 3742. Ähnlich Köhler, H., Das Kartellverbot und die Zukunft der Kooperationsgruppen des Handels, DB 1984, S. 2024 zur REWE-Entscheidung des Kammergerichts; dazu KG WuW/E OLG 2961 REWE.

[14] Vgl. BGH WuW/E BGH 1367ff, Zementverkaufsstelle Niedersachsen (ZVN).

[15] BGH WuW/E BGH 1373, ZVN.

[16] Vgl. umfassend Satzky, H., Nachfragewettbewerb und Nachfragewettbewerbsbeschränkung im Sinne von § 1 GWB, in Hrsg. FIW Heft 116, Köln, Bonn, Berlin, München 1985, S. 73ff.

[17] Vgl. ebenda, S. 80ff.

[18] Vgl. ebenda, S. 78ff.

[19] Vgl. ebenda, S. 94f.

Theorie

Einkaufskooperation als Per-se-Kartelle?

Von der in Kürze zu erwartenden Entscheidung des BGH zu demKooperationssystem der Selex-Tania wird einmal eine höchstrichterliche Antwort auf die kontrovers diskutierte Frage nach der Vereinbarkeit von Beitritten bzw. Mitgliedschaften umsatzstärkerer Handelsunternehmen zu mittelständisch strukturierten Einkaufskooperationen erwartet. Darüber hinaus wird jedoch die BGH-Entscheidung vor allem maßgebliche Bedeutung für die Zukunft der Einkaufskooperationen insgesamt haben, da sich der BGH auch mit der für die Anwendung von § 1 GWB entscheidenden Frage auseinandersetzen muß, wann eine Beschränkung des Nachfragewettbewerbs vorliegt.

Im Teil 1 (LZ 18) haben Rainer Lademann und Oliver Hermes Problematik und Entwicklungslinien der kartellrechtlichen Beurteilung von Einkaufskooperationen diskutiert. In diesem zweiten Teil setzen sie sich weiter mit den Kriterien für die Bestimmung des Nachfragewettbewerbs auseinander.

Fortsetzung aus LZ 18

Von Dr. Rainer P. Lademann und Dipl.-Kfm. Oliver Hermes*)

2. Analyse erfahrungswissenschaftlicher Begründungsprobleme

2.1. Methodologische Probleme des Begrenzungskonzeptes

Das Begrenzungskonzept wird teleologisch begründet: Da § 1 GWB grundsätzlich die unternehmerische Freiheit bei der Wahl der Mittel und ihres Einsatzes im Wettbewerb – das heißt im Parallelkampf – schützen soll[20], bestünde die wettbewerbliche Handlungsfreiheit darin, „das wirtschaftliche Eigeninteresse unter Berücksichtigung der Existenz von der Marktgegenseite als Alternative dienenden *Mitnachfragern* zu verfolgen"[21]. Offen bleibt dabei immer noch, wann sich Marktteilnehmer dieser Freiheit begeben und dadurch der Marktgegenseite Ausweichmöglichkeiten nehmen.

Das Begrenzungskonzept von Satzky

Die Aufhebung der Begrenzungswirkung des Nachfragewettbewerbs wird von Satzky zunächst als analytischer Begriff eingeführt[22]. Damit soll gewährleistet werden, daß eine subsumtionsfähige Gesamtkonzeption gefunden wird, die auf möglichst viele Fälle anwendbar ist. Auf dieser Ebene ist das Verhalten eines Nachfragers im weitesten Sinne wettbewerblich, wenn mindestens zwei Nachfrager „nach derselben bzw. der gleichen Leistung[23] aufeinandertreffen. Die analytische Herleitung eines Kriteriums zur Bestimmung von Wettbewerbsbeschränkungen besagt jedoch noch gar nichts darüber, wie es auf den konkreten Einzelfall anzuwenden ist. Dies setzt zusätzlich die Existenz von Subsumtionsregeln voraus. Diese Regeln müssen grundsätzlich aus dem Begrenzungskonzept selbst deduzierbar sein und nicht erst aus den Umständen des Falles heraus entwickelt werden; nur dann kann das Begrenzungskonzept als begründete Beurteilungsbasis für Wettbewerbsbeschränkung nach § 1 GWB angesehen werden. Auch aus Gründen der Rechtsicherheit[24] wäre dies geboten.

Die Existenz von Subsumtionsregeln wird zusätzlich vorausgesetzt

Hier bieten sich zwei konträre Vorgehensweisen an: Zum einen kann die Aufhebung der Begrenzungswirkung des Nachfragewettbewerbs formell bestimmt werden. Dabei käme es lediglich auf die Tatsache an, daß eine Kooperation unter Nachfragern vorliegt oder nicht. Die Wettbewerbsbeschränkung würde bereits in dem freiwilligen, nur teilweisen Verzicht auf eigenständigen Einkauf oder der damit einhergehenden Vereinheitlichung des Nachfrageverhaltens liegen. Offenbar stimmt der formelle Nachweis einer Wettbewerbsbeschränkung mit der Position Satzkys überein, die zum Per-se-Verbot für Kooperation führt[25].

Satzkys Position führt zum Per-se-Verbot für Kooperation

Zum anderen könnte die Aufhebung der Begrenzungswirkung des Nachfragewettbewerbs auch nach materiellen Gesichtspunkten geprüft werden. Hier würde eine Wettbewerbsbeschränkung an der Nachfrage vorliegen, wenn Kooperationen tatsächlich die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite beschränken und die Nachfrager Mitnachfrager tatsächlich nicht mehr berücksichtigen müssen. Eine materielle Auslegung des Begrenzungskonzeptes hätte zur Folge, daß Einkaufskooperationen nicht als Per-se-Kartelle nach § 1 GWB zu untersagen wären[25].

Die Frage nach einer formellen oder einer materiellen Auslegung des Begrenzungskonzepts beantwortet sich, wenn man einen Blick auf die Art der Begründung des Ansatzes wirft. Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite, Berücksichtigung von Mitnachfragern und Begrenzungswirkungen sind Aussagen über empirische Sachverhalte, also über Wirkungen, die von der Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit durch Einkaufskooperationen tatsächlich ausgehen sollen. Das Begrenzungskonzept wird also unter Beachtung des Schutzzwekkes von § 1 GWB erfahrungswissenschaftlich begründet. Damit stellt sich jedoch die Frage, ob die Begrenzungswirkungen faktisch allein durch die Existenz von Kooperationen aufgehoben wird, oder ob dies mehr von der Art und Weise der Zusammenarbeit der Mitglieder bestimmt wird. Ohne den späteren Ausführungen vorzugreifen, spricht allein die auf empirischen Aussagen beruhende Begründung des Konzepts für das Erfordernis einer materiellen Interpretation.

Formelle oder materielle Auslegung des Begrenzungskonzeptes?

Des weiteren erscheint eine formelle Interpretation des Begrenzungskonzepts wenig sinnvoll, weil es ansonsten aufgrund des immanenten Per-se-Verbots keine eigenständige Begründungskraft entfalten würde. Es könnte in diesem Fall gleich aus dem Schutzzweck „Sicherstellen nicht-vereinheitlichten Verhaltens" das Per-se-Verbot von (Einkaufs-)Kooperationen abgeleitet werden.

Die formelle Interpretation erscheint wenig sinnvoll

2.2. Begrenzungswirkung des Nachfragewettbewerbs und Marktbegriff

Das Begrenzungskonzept kann als erfahrenswissenschaftliche Legitimation zumindest Übereinstimmung mit der Grundstruktur eines wettbewerblichen, marktwirtschaftlichen Systems anführen. Durch das Kriterium der wettbewerblichen Kontrolle von Mitnachfragern und die darauf beruhenden Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite wird die Feststellung von Nachfragewettbewerb bzw. seiner Beschränkung direkt an konstitutive Merkmale marktwirtschaftlicher Systeme geknüpft. Dabei wird jedoch übersehen, daß die partielle Aufhebung des Autonomieprinzips durch Einkaufskooperation nicht mit einer Aufhebung der Begrenzungswirkung des Nachfragewettbewerbs gleichgesetzt werden kann. Hier ist zunächst zu prüfen, von welchen Faktoren in einem Marktsystem Begrenzungswirkungen ausgehen können.

Auch wenn die Anwendung von § 1 GWB nicht voraussetzt, daß sich per Vertrag koordinierende Unternehmen Wettbewerber sind, so läuft das Begrenzungskonzept darauf hinaus, daß ein Konkurrenzverhältnis unter den Nachfragern angenommen wird. Denn nur dann ist es denkbar, daß Nachfrager die Existenz von Mitnachfragern vernachlässigen können und die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite beschränkt werden. Inwieweit Einkaufskooperationen jedoch die Begrenzungswirkung des Nachfragewettbewerbs aufheben, ergibt sich nicht bereits, wie Satzky darlegt, aus dem partiellen, freiwilligen Verzicht auf eigenständiges Auftreten als Nachfrager oder einer Vereinheitlichung des Nachfrageverhaltens[26], sondern aus dem zugrundegelegten Marktbegriff.

Die Annahme eines Konkurrenzverhältnisses unter den Nachfragern

Geht man vom Partialmarktkonzept[27] aus, nach dem sich ein Gesamtmarkt aus einer Vielzahl von voneinander isolierter Teilmärkte zusammensetzt, dann wird ein Nachfrager nur von den auf dem Teilmarkt vorhandenen Mitnachfragern kontrolliert. Denkbar ist, daß die Begrenzungswirkung von Einkaufskooperationen dann aufgehoben wird, wenn alle auf dem Testmarkt vorhandenen Mitbewerber kooperieren oder wenn diese auf dem Teilmarkt marktbeherrschend werden. Anders verhält es sich, wenn als Maßstab das mit wesentlich geringeren logischen und faktischen Mängeln behaftete Totalmarktkonzept[28] zugrundeliegt, das von interdependent miteinander verbundenen Marktteilnehmern und Teilmärkten ausgeht. Die Begrenzungswirkung geht hier von der Interdependenz des Gesamtsystems aus. Danach unterliegt jeder Markt-

Die Analyse nach dem Partialmarktkonzept

*) Dr. Lademann ist Geschäftsführer der GWH-Unternehmensberatung in Hamburg und Lehrbeauftragter am Institut für Marketing und Handel an der Universität Göttingen. Herr Dipl.-Kfm. Oliver Hermes ist wissenschaftlicher Angestellter am gleichen Institut.

Theorie

teilnehmer – ob Anbieter oder Nachfrager – einer wettbewerblichen Kontrolle durch andere Marktteilnehmer. Sie wäre durch Kooperation nicht aufzuheben.

Die Aufhebung der Begrenzungswirkung des Nachfragewettbewerbs ergibt als Kriterium folglich nur einen Sinn, wenn man das Partialmarktkonzept zugrundelegt. Damit jedoch ist eine Abgrenzung des sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Marktes erforderlich. Es fragt sich dann nach den Bestimmungsgründen für Begrenzungswirkungen in Teilmärkten.

Der sachlich, räumlich und zeitlich relevante Markt ist abzugrenzen

2.3. Begrenzungswirkungen des Nachfragewettbewerbs und Marktstruktur

2.3.1. Probleme der Marktabgrenzung

Schwierigkeiten ergeben sich zunächst daraus, daß das Begrenzungskonzept ausschließlich die Struktur von Märkten erfaßt. Die Struktur ergibt sich unmittelbar aus der Abgrenzung des relevanten Marktes. Da Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs zu bestimmen sind, wäre der Markt aus der Sicht der Marktgegenseite abzugrenzen. Der relevante Markt müßte demnach so abgegrenzt werden, daß er alle Ausweichmöglichkeiten der Anbieter umfaßt[29].

Der relevante Markt muß alle Ausweichmöglichkeiten der Anbieter umfassen

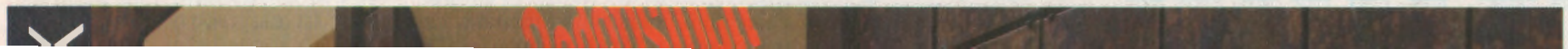
Die Abgrenzung von Partialmärkten unterliegt jedoch erfahrungswissenschaftlich zwei wesentlichen Einwänden: Einmal läßt sich die Marktabgrenzung nur objektivieren, da die Interdependenzen zum Gesamtmarkt letztlich willkürlich vernachlässigt werden[30]. Dadurch kann es zu einer erheblichen Fehleinschätzung der tatsächlichen Begrenzungswirkungen kommen. In der Regel wird nämlich bereits die Begrenzungswirkung unterschätzt, die vom Substitutionswettbewerb (sofern er nicht bereits im Teilmarkt erfaßt wurde) oder von Marktzutritten neuer Mitbewerber ausgehen kann[31]. Betrachtet man etwa die Nachfrage nach gleichartigen Distributionsleistungen des Handels als einen relevanten Partialmarkt, dann wäre mit Blick auf Einkaufskooperationen im Bereich des Lebensmittelsortimentseinzelhandels etwa zu fragen, ob die Marktgegenseite in der Lage wäre, Kooperationen auch durch Belieferung anderer Distributionskanäle (Gastronomie/Großverbraucher, Nahrungsmittelhandwerk und Spezialhandel, Direktvertrieb) auszuweichen.

Frage nach Ausweichmöglichkeiten in andere Distributionskanäle

Wird fortgesetzt

Literaturverzeichnis:

[20] So BGH WuW/E BGH 1337ff, 1342 Aluminium-Halbzeug.
[21] Satzky, H., a.a.O., S. 93.
[22] Vgl. ebenda, S. 76f.
[23] Vgl. ebenda, S. 80.
[24] In Verbindung mit einer Orientierung des Rechts an echten Rechtssätzen Hoppmann, E., Volkwirtschaftliche und wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell- und Monopolrechts, in Hoppmann, E./Mestmäcker, E.J., Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1974, S. 13ff.
[25] Siehe auch Satzky, H., a.a.O., S. 104f.
[26] Satzky räumt selbst ein, daß auf der Ebene einer analytischen Bestimmung von Nachfragewettbewerb selbst noch im Fall der monopsonistischen Konkurrenz noch wettbewerbliche Kontrolle vorhanden ist. Vgl. Satzky, H., a.a.O., S. 80f.
[27] Dazu Hoppmann, E., Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, Baden Baden 1974, S. 28ff. Lademann, R., Schutzzweck- und Rechtstatsachenprobleme bei der Untersagung von Verkäufen unter dem Einstandspreis nach § 37a Abs. 3 GWB, DB 1984, S. 761, derselbe, Leitbilder, a.a.O., S. 2661, Treis, B./Lademann, R., Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes im Lebensmitteleinzelhandel, Göttingen 1986, S. 5ff.
[28] Vgl. Hoppmann, E., Abgrenzung, a.a..O., S. 28ff, Lademann, R., Schutzzweck, a.a.O., S. 761f.
[29] Zum Bedarfsmarktkonzept vgl. Möschel, W., in Immenga/Mestmäcker, GWB-Kommentar, München 1981, § 22, Rn 23ff.
[30] Ebenso Baum, H., Der relevante Markt als Problem der Wettbewerbspolitik, in WuW 1980; S. 401ff.
[31] Meist wird aus Schutzzwecküberlegungen heraus ein engerer Marktbegriff vertreten. Dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 1982/83, S. 23ff, insbesondere S. 195ff.



COVER-GIRL

Richtig.

Cover Girl Nagellacke, Lippenstifte, Augen-Make-ups sind dermatologisch getestet und top-modisch.
Richtig.
Cover Girl jetzt zu ordern.
Denn Cover Girl entwickelt sich rund um die Welt ganz riesig.

Alle Produkte dermatologisch getestet und in hygienisch versiegelter Packung.

Cover Girl®
PARIS
LONDON
NEW YORK

Vom bellmira Handels-Service in permanenter Regalpflege placiert, bestückt und ergänzt. Schnell und flexibel direkt ab Service-Fahrzeug. Deshalb keine Lagerhaltung für Sie. Vorbildlich, dieser Service von bellmira Cosmetic. Sprechen Sie mit uns, wenn Sie Seite an Seite mit dieser Marke erfolgreich sein wollen.

bellmira Cosmetic GmbH,
Postfach 1654, D-6980 Wertheim,
Telefon (09342) 53 24, Telex 689 109

bellmira®

SCHMITTGALL WERBEAGENTUR

Theorie

Einkaufskooperation als per-se-Kartell?

Kooperationssysteme à la Selex Tania sind in der Diskussion. In Kürze wird das höchstrichterliche Urteil des Bundesgerichtshofs erwartet, ob der Zusammenschluß zulässig ist oder nicht. Brisant ist dabei vor allem, ob es mit dem Kartellrecht vereinbar ist, daß umsatzstärkere Handelsunternehmen Mitglieder bei mittelständisch strukturierten Einkaufskooperationen werden. Rainer Lademann und Oliver Hermes haben sich mit der Problematik und den Entwicklungslinien der kartellrechtlichen Beurteilung dieser Frage auseinandergesetzt. In diesem Teil ihres Beitrages geht es unter anderem darum, ob das sogenannte Begrenzungskonzept für die Bestimmung des Nachfragewettbewerbs materiell zu interpretieren ist.

Fortsetzung aus LZ 19

Von Dr. Rainer P. Lademann und Dipl.-Kfm. Oliver Hermes*

Ferner wäre für die Beurteilung des Nachfragewettbewerbs im Lebensmittelhandel die Frage entscheidend, ob der relevante Markt sachlich nach Produktgruppen abgegrenzt wurde und räumlich die Auslandsmärkte einbezogen wurden oder nicht. Es ist offenkundig, daß sich hierdurch völlig unterschiedliche Bewertungsgrundlagen für die Bestimmung von Wettbewerbsbeschränkungen ergeben.

Mangelnde Gültigkeit der Marktstruktur des Gesamtmarktes für die Beurteilung des Teilmarktes

Der zweite Einwand bezieht sich auf die mangelnde Validität der Marktstruktur für die Beurteilung der tatsächlich vorhandenen Begrenzungswirkungen im Nachfragewettbewerb (Ausweichmöglichkeiten, Rücksicht auf Mitnachfrager) innerhalb des Teilmarktes. So erlaubt die Marktstruktur keinen sicheren Rückschluß auf das Ausmaß der Verhaltenskontrolle durch Mitnachfrager auf dem relevanten Markt. Selbst bei stark beschränkten Ausweichmöglichkeiten ist intensiver Wettbewerb denkbar. Selbst im engen Oligopol würde ein intensiver Parametereinsatz „unter Berücksichtigung der Existenz einer Alternative für die Marktgegenseite"[32] erfolgen. Zutreffend stellt daher Satzky fest, daß „die Existenz mindestens eines Mitnachfragers, der für die Marktgegenseite als Ausweichmöglichkeit in Betracht kommt, ... den Verhaltensspielraum eines Nachfragers" begrenzt und ihn dazu zwingt, „beim Einsatz seiner Aktionsparameter den oder die Mitnachfrager zu berücksichtigen"[33].

Die Marktstellung der Einkaufsorganisation

Die Marktstellung der Kooperation ist zu untersuchen

Fraglich ist daher, ob bereits die Verminderung von Ausweichmöglichkeiten faktisch zur Aufhebung der Begrenzungswirkung führt, da die kooperierenden Nachfrager zumindest solange die Maßnahmen der übriggebliebenen Mitnachfrager zu berücksichtigen haben, wie sie selbst nicht marktbeherrschend sind. Damit ist die Frage nach der Marktstellung der Kooperation angesprochen. Im Gegensatz zu einer formalen Auslegung des Begrenzungskonzepts dürfte eine materielle Würdigung ergeben, daß eine Kooperation mit nur geringen Anteilen am gesamten Einkaufsvolumen eines Teilmarktes die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite nur marginal beschränken kann und daher keine Beschränkung des Nachfragewettbewerbs anzunehmen wäre.

2.3.2. Qualitative Faktoren von Begrenzungswirkungen

Daher handelt es sich bei der Verminderung von Ausweichmöglichkeiten lediglich um ein quantitatives Kriterium. Dagegen sagt es materiell, wie gezeigt, nichts darüber aus, ob Nachfragewettbewerb im Sinne der Begrenzungswirkungen effektiv beschränkt ist:

○ Zunächst bleiben trotz Einkaufskooperationen in der Regel Ausweichmöglichkeiten für die Marktgegenseite bestehen, so daß von einer Aufhebung der Kontrolle durch Mitnachfrager a priori nicht die Rede sein kann.

○ Außerdem werden die qualitativen Ausweichmöglichkeiten völlig außer acht gelassen. Der quantitativen Ver-

* Dr. Lademann ist Geschäftsführer der GWH-Unternehmensberatung in Hamburg und Lehrbeauftragter am Institut für Marketing und Handel an der Universität Göttingen. Herr Dipl.-Kfm. Oliver Hermes ist wissenschaftlicher Angestellter am gleichen Institut.

Theorie

Die Verminderung von Ausweichmöglichkeiten ist lediglich quantatives Kriterium

Das Begrenzungskonzept vernachlässigt die gegenseitige wettbewerbliche Kontrolle

Auch die begrenzte Beweglichkeit der Nachfrager ist zu berücksichtigen

ringerung der Ausweichmöglichkeiten kann durchaus eine qualitative Verbesserung der Marktzugangsmöglichkeiten für die Marktgegenseite gegenüberstehen. So kann eine Kooperation von Nachfragern für die Marktgegenseite vor allem die qualitativen Ausweichmöglichkeiten erhöhen, wenn sie neben einer starken Spitzengruppe zusätzlich gleichartige Distributionsmöglichkeiten eröffnet. Dieser Fall ist etwas im Lebensmittelhandel gegeben, wo Kooperationen neben national anbietende, filialisierte Großbetriebsformen zusätzliche Ausweichmöglichkeiten für eine bundesweite Markterschließung durch die Marktgegenseite erschließen.

Außerdem vernachlässigt das Begrenzungskonzept durch seine Beschränkung auf die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite, daß die Kontrolle der Handlungsspielräume nicht nur durch Ausweichmöglichkeiten der Anbieter erfolgt. Vielmehr sind Nachfrager beim Streben nach günstigeren Einkaufskonditionen auch dann beschränkt, wenn sie selbst nicht über Ausweichmöglichkeiten verfügen. Das Begrenzungskonzept vernachlässigt also die wettbewerbliche Kontrolle von Nachfragern, die von wechselseitig begrenzten Ausweichmöglichkeiten beider Marktseiten ausgehen kann. So wird etwa eine Einkaufskooperation gegenüber der Marktgegenseite solange Konditionenforderungen nicht durchsetzen können, wie sie auf eine Belieferung aufgrund der Marktgeltung eines Produkts (zum Beispiel bei führenden Markenartikeln) angewiesen ist oder wegen eines durch Transportkosten oder Verderblichkeit räumlich beschränkten Beschaffungsmarktes beschränkte Ausweichmöglichkeiten hat. Je geringer die Überwechslungsspielräume eines Nachfragers auf Unternehmen der Marktgegenseite sind, desto mehr wird er die Existenz und das Verhalten von Mitnachfragern berücksichtigen müssen. Nicht nur Wahlmöglichkeiten der Marktgegenseite, sondern auch begrenzte Beweglichkeit der Nachfrager sind folglich zu berücksichtigen, wenn man Begrenzungswirkungen des Nachfragewettbewerbs bestimmen will[34].

2.4. Marktverhalten und Begrenzungswirkung

Wenn rein quantitative oder strukturelle Faktoren nicht über eine Beschränkung der faktischen Ausweichmöglichkeiten bzw. wettbewerbliche Interdependenzen unter Nachfragern informieren, wäre zu prüfen, ob neben den genannten qualitativen Kriterien auch das Marktverhalten zur Beurteilung des Nachfragewettbewerbs im Sinne des Begrenzungskonzeptes geeignet ist. Dazu müßte es Hinweise auf Ausweichmöglichkeiten und die Berücksichtigung von Mitnachfragern geben können.

In diesem Zusammenhang wurde sowohl im Streben nach günstigeren Konditionen[35] als auch im gegenseitigen Überbieten[36] unter Nachfragern ein Indikator für bestehenden Nachfragewettbewerb gesehen. Gegenseitiges Überbieten ist als Indiz von Nachfragewettbewerb abzulehnen, weil danach nur im Verkäufermarkt Begrenzungswirkungen sichtbar wären, während im Marktgleichgewicht und im Verkäufermarkt Nachfragewettbewerb generell zu verneinen wäre. Im übrigen sind Einflüsse der Marktlage auf das Nachfrageverhalten nicht nur kartellrechtlich völlig irrelevant[37], sondern auch erfahrungswissenschaftlich ungeeignet, Verhaltensspielräume von Nachfragern bei komplexen Marktverhältnissen zu bestimmen.

Das Streben nach günstigeren Konditionen kann dagegen nicht ohne weiteres als Merkmal von Nachfragewettbewerb abgelehnt werden. Zwar ist Satzky zuzustimmen, daß die Durchsetzung von Konditionenverbesserungen auch unabhängig von der Existenz von Mitnachfragern angestrebt wird und daher als originäres Nachfrageverhalten bezeichnet werden kann[38]. Wurde aber eine Abgrenzung des sachlich relevanten Teilmarktes vorgenommen, so kann dem Konditionenstreben jedoch durchaus eine Indikatorfunktion zukommen: Es spiegelt unter der Prämisse einer zutreffenden Marktabgrenzung die Intensität des Nachfragewettbewerbs und damit die wettbewerbliche Interdependenz zwischen den Nachfragern auf dem Teilmarkt wider, auch wenn ein Teil dieser Intensität auf originärem Nachfrageverhalten beruht. Wäre dies nicht

Gegenseitiges Überbieten – ein Indikator für Nachfragewettbewerb?

Streben nach günstigeren Konditionen als Merkmal von Nachfragewettbewerb?

Zamek informiert · Zamek informiert · Zamek informiert · Zamek info

Aus 2 mach 3!

...das À LA CARTE Programm.

● À LA CARTE Suppen 400 g:
Eine Suppenserie mit der individuellen Anwendungsmöglichkeit – aus 2 (= tafelfertig 400 g) mach 3 Portionen (= 600 g) –. In attraktiver Ausstattung, eine deutliche Innovation für Ihr Regal.

Zamek Nahrungsmittelfabriken, Düsseldorf

Zamek
Ein Zeichen guter Küche

Mit Zamek fängt die Mahlzeit an · Mit Zamek fängt die Mahlzeit an

Theorie

der Fall, wären der Markt falsch abgegrenzt worden und die Nachfrager keine Wettbewerber. Über die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite sagt das Kriterium allerdings nichts aus.

Somit ist originäres Nachfrageverhalten ohne Marktbezug für die Beurteilung des Nachfragewettbewerbs in der Tat irrelevant. Das Streben nach Konditionenvorteilen ist allerdings lediglich eine mögliche Verhaltensweise von Nachfragern. Der Begriff „Nachfrager" täuscht darüber hinweg, daß Unternehmen als Ganzes im Wettbewerb stehen. Das dem Sanktionssystem Markt adäquate und wohl auch immanente Verhalten ist das Streben nach Gewinn und nicht das Streben nach Konditionenverbesserungen[39]. Konditionenverbesserungen können zwar instrumentelle Bedeutung für das Gewinnstreben erlangen, sind aber keineswegs notwendige Bedingung dafür. Sie können diesen Stellenwert allerdings erhalten, wenn ein Markt andere Formen der Erzielung oder Sicherung von Wettbewerbspositionen nicht oder nur beschränkt zuläßt.

Ein Beispiel für diese Konstellation sind die Wettbewerbsverhältnisse im Lebensmittelhandel. Gerade im Bereich der Distribution problemloser Massengüter, das heißt vor allem im Sortimentseinzelhandel[40], sind die Sortimente vielfach vergleichbar oder weitgehend identisch. Ist, wie im Lebensmittelhandel, von einer engen Interdependenz des Absatz- und Nachfragewettbewerbs[41] auszugehen, kann kein Nachfrager Mitnachfrager unberücksichtigt lassen, wenn er nicht bei den Konditionen ins Hintertreffen geraten will. Gerade hieran zeigt sich, daß fehlende Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite, selbst aus Gründen der Marktlage, keineswegs zur Aufhebung der wettbewerblichen Kontrolle auf der Nachfrageseite führen muß. Stehen Nachfrager, die bei gleichen Nachfragen beziehen, außerdem im Absatzwettbewerb miteinander, so werden Lieferanten Konditionenforderungen um so weniger nachkommen, je mehr sie befürchten müssen, daß Mitnachfrager, um im Absatzwettbewerb nicht benachteiligt zu sein, dieselben Konditionen fordern oder auf andere Nachfrager ausweichen[42]. Daher ist im Lebensmittelhandel von erheblichen Begrenzungswirkungen im Nachfragewettbewerb auszugehen.

3. Grundlinien einer materiellen Interpretation des Begrenzungskonzepts

3.1. Voraussetzungen

Eine materielle Interpretation des Begrenzungskonzepts etzt daher zunächst voraus, die Beschränkung des Nachfragewettbewerbs von solchen Wirkungen zu trennen, die lediglich Folge der Marktlage (Verkäufer- oder Käufermarkt) bzw. der konjunkturellen Situation sind[43]. Dies bereitet immer dann Schwierigkeiten, wenn Kooperationen in einer Käufermarktsituation zusätzlichen Konditionendruck hervorrufen[44]. So sind die Ausweichmöglichkeiten im Käufermarkt zwar begrenzt, nicht aber, wie gezeigt, zwangsläufig die wettbewerbliche Kontrolle im Nachfragewettbewerb.

Ebenso müßte scharf abgegrenzt werden, ob die von Einkaufskooperationen erzielten Konditionenvorteile nicht aus Leistungen resultieren, die die Mitglieder ohne die Kooperation allein nicht hätten erbringen können und insoweit keine Wettbewerbsbeschränkung darstellen können. Dies trifft etwa auf das Delkredere- und Inkassogeschäft, aber auch auf Börsenveranstaltungen und Verbundwerbeaktionen von Einkaufsoperationen zu[45]. Vor allem in Verbindung mit zuvor genannten Gedanken können die den Einkaufsorganisationen gewährten Konditionenvorteile auch ein Indikator für das Bestehen absatzwirtschaftlicher Synergieeffekte oder eines gegenseitigen Unterbietens durch die Anbieterseite sein[46].

Ob jedoch die von Einkaufskooperationen ausgehenden Wirkungen auf den Nachfragewettbewerb in den bisherigen Fällen jeweils richtig eingeschätzt wurden, muß nach diesen Überlegungen bezweifelt werden.

3.2. Indikatoren für Begrenzungswirkungen im Nachfragewettbewerb

Eine qualitative Interpretation des Begrenzungskonzepts würde auf zwei Eckpfeilern beruhen: Indikatoren zur Bestimmung der Begrenzung von Handlungsspielräumen von Nachfragern (Berücksichtigung von Mitnachfragern) sowie Indikatoren zur Bestimmung tatsächlich bestehender Ausweichmöglichkeiten. Zur Beurteilung der tatsächlich bestehenden Ausweichmöglichkeiten müßte eine quantitative und qualitative Erfassung der gesamten Distributionsverhältnisse der Marktgegenseite erfolgen. Im Hinblick auf die Verhältnisse im Lebensmittelhandel wäre hierbei etwa auf folgende, exemplarisch genannte Sachverhalte abzustellen:

○ Produktions- oder Absatzwegeflexibilität der Anbieter, insbesondere
○ Stand und Entwicklung der Exportquote im Vergleich zum Stand und zur Entwicklung des Inlandsumsatzes;
○ Bedeutung einer Kooperation für die Verbesserung der Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite gegenüber einer Spitzengruppe von Nachfragern;
○ Art und Weise des kooperativen Zusammenwirkens (Bestehen rechtlicher oder faktischer Bezugszwänge);
○ geringe Bedeutung vertikaler Absatzsysteme (Vertragshändler-, Franchisesysteme etc.)

Auf die Rücksichtnahme von Nachfragern auf Mitnachfrager könnte zurückgeschlossen werden, wenn
○ Mitglieder von Kooperationen keinen rechtlichen Verpflichtungen oder faktischen Bezugszwängen unterliegen;
○ Bestehen von Geheimwettbewerb;
○ die Marktzutrittsschranken auf dem betrachteten Markt niedrig sind;
○ die Marktaustrittsbarrieren auf dem betrachteten Markt hoch sind;
○ Nachfrager auf ihrer Absatzseite im Wettbewerb miteinander stehen;
○ begrenzte Ausweichmöglichkeiten der Nachfrageseite bestehen.

4. Ergebnis

Die kartellrechtliche Beurteilung der Einkaufskooperationen nach § 1 GWB steht vor einschneidenden Weichenstellungen: Entweder kommt es zu einem Per-se-Verbot und zur Suche nach Freistellungsmöglichkeiten außerhalb von § 1 GWB, oder man sucht nach neuen materiellen Beurteilungsgrundlagen innerhalb von § 1 GWB. In beiden Fällen kommt es zu einer Art Strukturkontrolle entweder im Rahmen der Freistellungsprüfung oder im Rahmen von § 1 GWB, wie sie faktisch heute bereits im Rahmen der Duldungspraxis des Bundeskartellamtes erfolgt. Die vorgeschlagene materielle Auslegung des Begrenzungskonzepts kann auf zwei wesentliche Vorteile verweisen: Zunächst würden die erforderlichen Überprüfungen nach wettbewerblichen Kriterien erfolgen und nicht, wie im Rahmen einer Freistellungsprüfung, nach § 5b GWB nach mittelstandspolitisch motivierten Größengesichtspunkten. Die mit einer Vermeidung eines Per-se-Verbots verbundene grundsätzlich positive Würdigung der Einkaufskooperationen korrespondiert ferner mit der Tatsache, daß Kooperationen gegenüber Konzentrationsentscheidungen langfristig als die wesentlich geringfügigere Beeinträchtigung des Wettbewerbs anzusehen sind. Eine materielle Auslegung der vom Nachfragewettbewerb ausgehenden Begrenzungswirkungen würde auch gegenüber einem Per-se-Verbot eher in der Lage sein, einer wettbewerbspolitisch unerwünschten Verstärkung der Unternehmens- und Umsatzkonzentration im Handel und einer damit verbundenen dauerhaften Verschlechterung der Marktstrukturen entgegenzuwirken. Sollte diesen Überlegungen aus rechtssystematischen oder teleogischen Gründen nicht gefolgt werden können, so führen die dann entstehenden wettbewerbspolitischen Probleme eines Per-se-Verbots wohl nicht an einer Novellierung von § 1 GWB vorbei. □

Originäres Nachfrageverhalten ohne Marktbezug ist irrelevant

Kartellrechtliche Beurteilungen vor einschneidenden Weichenstellungen

Rückschlußkriterien für die Rücksichtnahme von Nachfragern auf Mitnachfrager

Erhebliche Begrenzungswirkungen im Nachfragewettbewerb des Lebensmittelhandels

Gefordert: Eine materielle Auslegung der vom Nachfragewettbewerb ausgehende Begrenzungswirkungen

Die Ausweichmöglichkeiten im Käufermarkt sind begrenzt

Daß die Wirkungen auf den Nachfragewettbewerb richtig eingeschätzt wurden, wird bezweifelt

Literaturverzeichnis

[32] Satzky, H., a.a.O., S. 81.
[33] Ebenda, S. 80.
[34] Analog zur Bestimmung von Nachfragemacht; vgl. dazu mit ähnlichem Ergebnis Niestraht, U., Nachfragemacht des Handels, Frankfurt, Bern, New York 1983, S. 108ff.
[35] So etwa Nester, P., Nachfragemacht und Kartellgesetz, 1965, S. 137.
[36] Dies verbirgt sich implizit hinter der Auffassung, Nachfrager würden im Käufermarkt nicht um den Erhalt der Ware konkurrieren. So etwa BKartA WuW/E 2166, coop-Wandmaker, später KG WuW/E OLG 2751, HFGE.
[37] Dies ergibt sich bereits aus der Überlegung, daß kartellrechtlich nur reguliert werden kann, was dem Einfluß der Marktteilnehmer unterliegt. Siehe Hoppmann, E., Marktmacht und Wettbewerb, Tübingen 1977, S. 13, Lademann, R., Nachfragemacht, a.a.O., S. 273ff.
[38] Vgl. Satzky, H., a.a.O., S. 78f.
[39] Mit weiteren Nachweisen Schmidtchen, D., Wettbewerbspolitik als Aufgabe, Baden Baden 1978, S. 111ff.
[40] Vgl. zur Wettbewerbssituation im Lebensmittelhandel Greipl., E., Wettbewerbssituation des Einzelhandels in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1978, Oehler, W., Szenenwechsel im Einzelhandel 1963 – 1980, Köln 1980, Monopolkommission, Sondergutachten 14, Baden Baden 1985.
[41] Hierzu Siebeneck, P., Nachfragewettbewerb – Eine Funktion des Absatzwettbewerbs, in BB 1985, S. 2207ff, Lademann, R., Nachfragemacht von Handelsunternehmen, Göttingen 1986, S. 241ff, 264ff.
[42] So Köhler, H., Nachfragewettbewerb und Marktbeherrschung, Tübingen 1986, S. 42fff.
[43] Vgl. Fußnote 37.
[44] Dazu Lademann, R., Begrenzungswirkungen, a.a.O.
[45] Die Wertung, diese Geschäftsarten seien nur von akzessorischer, uneigenständiger Bedeutung und dienten nur der Durchsetzung besserer Konditionen, erscheint willkürlich, weil sich die Konditionenwirkungen faktisch nicht von Vorteilen für die Marktgegenseite trennen lassen. Daher können sie auch Folgen der Wahrnehmung ökonomischer Vorteile durch die Marktgegenseite sein. Dazu Lademann, R., Begrenzungswirkungen, a.a.O., S. nn.
[46] Vgl. ebenda.