

Dipl.-Kfm. Dr. Rainer P. Lademann, Hamburg, Lehrbeauftragter der Universität Göttingen

Aufhebung der Begrenzungswirkung des Nachfragewettbewerbs durch Einkaufsvereinigungen

Ökonomische Anmerkungen zur konzeptionellen Erfassung von Wettbewerbsbeschränkungen nach § 1 GWB

1. Problemstellung

Durch die wettbewerbspolitisch als überwiegend problematisch beurteilten Beitritte¹⁾ umsatzstärkerer Unternehmen des Lebensmittelhandels zu bestehenden Einkaufsvereinigungen bzw. die Entstehung von „Verrechnungspartnerschaften“ mit Handelsgenossenschaften²⁾ hat die Frage nach der Kartelleigenschaft kooperativer Gruppen neue Brisanz erhalten³⁾. Strittig ist vor allem die Frage, inwieweit solche Fälle noch von § 1 GWB erfaßt werden: Da Beitritte in aller Regel keinen faktischen Bezugswang begründen, fehlen zumindest nach der ursprünglich herrschenden Auffassung die Voraussetzungen, eine gegen § 1 GWB verstoßende Einschränkung der wettbewerbliehen Handlungsfreiheit festzustellen⁴⁾.

Unterhalb der Schwelle eines faktischen bzw. rechtlichen Bezugswanges werden daher neuerdings Wettbewerbsbeschränkungen angenommen, wenn Nachfrager durch die Wahrnehmung von ökonomischen Vorteilen infolge einer Kooperation im Einkauf die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite beschränken⁵⁾: Nach diesem Verständnis liegt die Wettbewerbsbeschränkung in der *Aufhebung der Begrenzungswirkung* des Nachfragewettbewerbs. Nachfragewettbewerb hätte danach vor allem die Funktion⁶⁾,

- sowohl die Verhaltensspielräume der Nachfrager beim Fordern von Preiszugeständnissen zu beschränken.
- als auch der Marktgegenseite Ausweichmöglichkeiten zu erhalten.

In diesem Beitrag sollen die normativen Vorstellungen des im folgenden als *Begrenzungskonzept* bezeichneten Ansatzes zur Erfassung von Nachfragewettbewerbsbeschränkungen einer erfahrungswissenschaftlichen Betrachtung unterzogen werden. Insbesondere ist zu prüfen, ob Nachfragewettbewerb die ihm zugedachten Funktionen *tatsächlich* erfüllen kann.

2. Kartellrechtliche Beurteilung von Einkaufsgemeinschaften im Lichte der ZVN-Entscheidung des BGH

Hintergrund dieses konzeptionellen Orientierungswandels bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Einkaufskooperationen ist der ZVN-Beschluß des BGH⁷⁾. Durch die seinerzeit vollzogene Erweiterung der Gegenstandstheorie⁸⁾ reicht es seitdem für die Anwendung des § 1 GWB aus, wenn ein von einem *gemeinsamen Zweck* getragener Vertrag *wettbewerbsbeschränkende Wirkungen* hat. Danach wird eine rechtliche Verpflichtung durch „die gemeinsame Erwartung auf das von den gemeinsamen Zielvorstellungen her gesehen kaufmännisch vernünftige Verhalten eines jeden Vertragsbeteiligten ersetzt“⁹⁾.

Bei einer analogen Anwendung dieser Grundsätze auf Einkaufsgemeinschaften könnte folglich ohne Bestehen einer rechtlichen oder faktischen Bezugspflicht bereits dann eine Wettbewerbsbeschränkung festgestellt werden, wenn es „kaufmännisch vernünftig“ wäre, die durch eine Kooperation ermöglichten Vorteile in Anspruch zu nehmen. Dies käme einem Per-se-Verbot für Einkaufskooperationen gleich, da sie gerade ihrer ökonomischen Vorteilhaftigkeit wegen entstehen¹⁰⁾.

3. Erfassung von Kooperationswirkungen auf die Marktgegenseite mit dem Begrenzungskonzept

Kennzeichnend für Einkaufskooperationen ist im allgemeinen, daß die wettbewerbliehen Handlungsfreiheit ihrer Mitglieder, insbesondere beim Streben nach günstigeren Einkaufskonditionen nicht beschränkt ist. Solange es also bei der Wahrnehmung ökonomischer Vorteile nach dem bisherigen Verständnis in der Regel an

der Beschränkung der wettbewerbliehen Handlungsfreiheit *inter partes* fehlt, dieses Verhalten (Teilnahme an einer die Mitglieder nicht beschränkenden Kooperation) vielmehr als Inanspruchnahme der von § 1 GWB geschützten Handlungsfreiheit angesehen werden kann, stellt sich die Frage, worin nunmehr die Wettbewerbsbeschränkung besteht.

In diesem Zusammenhang werden mit dem *Begrenzungskonzept* des Nachfragewettbewerbs neue, neben die rechtliche oder faktische Beschränkung *inter partes* tretende Dimensionen entwickelt, die *Wirkungen* von Kooperationen auf die *Marktgegenseite* einschließen. Wettbewerb bzw. eine Beschränkung des Wettbewerbs wird hier nicht mehr ausschließlich an Hand des *Horizontalverhältnisses* zwischen den Kooperanden beurteilt, sondern auch danach, ob eine Kooperation die *Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite* beschränkt.

Dieser Ansatz zur Erfassung von Wettbewerbsbeschränkungen hat mit der *Selex-Tania*-Entscheidung des Kammergerichts¹¹⁾ auch erstmalig Eingang in die Rechtsprechung gefunden. Danach führe voneinander unabhängiges Einkaufen zu den Begrenzungswirkungen, was daher i. S. von § 1 GWB als wettbewerblieh zu bezeichnen sei; würde diese Begrenzungswirkung herabgesetzt oder gar aufgehoben, liege eine Wettbewerbsbeschränkung vor¹²⁾.

1) Vgl. dazu Tätigkeitsbericht des BKartA 1983/84, BT-Drucks. 10/3559, S. 31; Monopolkommission, Sondergutachten 14, Baden-Baden 1985, Rdn. 83 ff.

2) Z. B. Monopolkommission, Sondergutachten 14, 1985, Rdn. 69, 72 f.

3) Vgl. zur Entwicklung der Diskussion über die Kartelleigenschaft vor allem von Genossenschaften des Lebensmittelhandels in den 70er Jahren vor allem Monopolkommission, Sondergutachten 7, Baden-Baden 1977; im Überblick *Meier*, Aktuelle Probleme der kartellrechtlichen Beurteilung von Handelsgenossenschaften und Einkaufsvereinigungen, DB 1983 S. 1133 ff.

4) Zur Freistellung von Einkaufskooperationen vom Kartellverbot vgl. die Grundsatzklärung des BKartA, Tätigkeitsbericht 1978, S. 8 f., BT-Drucks. 8/2980, *Langen*, u. a., Kommentar zum Kartellgesetz 6. Aufl. 1982, § 1 Rdn. 164 ff.

5) So vor allem *Satzky*, Nachfragewettbewerb und Nachfragewettbewerbsbeschränkungen i. S. des § 1 GWB, in *FIW-Schriftenreihe* Heft 116, Köln, Berlin, Bonn, München 1985, S. 78 ff., insbesondere S. 100. Zur konzeptionellen Diskussion bei der Erfassung von Nachfragewettbewerb vgl. *Köhler*, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, München 1977, S. 41 ff., später die Beiträge von *Wendland*, Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Einkaufskartellen, *WuW* 1983 S. 359 ff.; *Martin*, Zulässigkeitsgrenzen für Einkaufskooperationen, *WuW* 1984 S. 536 f.; *Klawitter*, Einkaufsgemeinschaften zwischen Kartellaufsicht und Angebotswettbewerb, *BB* 1985 S. 1095 ff.; *Siebeneck*, Nachfragewettbewerb — Eine Funktion des Absatzwettbewerbs, *BB* 1985 S. 2207 f.

6) Vgl. *Satzky*, a.a.O., S. 78 ff.

7) Dieser kennzeichnet den Übergang der Rechtsprechung von der Gegenstands- zur Zwecktheorie. Vgl. *WuW/E BGH* 1367 ff., Zementverkaufsstelle Niedersachsen (ZVN). Dazu auch die Kommentierung von *Benisch*, ebenda, 1374 ff.

8) Vgl. *Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt*, Komm. z. KartG, 6. Aufl. § 1 Rdn. 73 ff.

9) *WuW/E BGH* 1373 ZVN.

10) Ebenso *Köhler*, Das Kartellverbot und die Zukunft der Kooperationsgruppen des Handels, DB 1984 S. 2024 ff.

11) Vgl. *KG WuW/E OLG* 3737 ff. *Selex-Tania*. Ähnlich bereits zuvor allerdings *KG WuW/E OLG* 2961 *Rewe*.

12) Vgl. ebenda, 3742 ff. Schon *Satzky*, a.a.O., S. 95.

Die hier „als Gesamtschau“¹³⁾ direkt explizit auf Begrenzungswirkungen abstellende Argumentation des Kammergerichts verdeutlicht, daß unterhalb der Schwelle eines rechtlichen oder faktischen Bezugszwanges der Nachweis einer Wettbewerbsbeschränkung nur unter Rückgriff auf die Konsequenzen für die Marktgegenseite gelingt. Solange Kooperationen nämlich nicht auf einer Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit beruhen oder dazu führen, kann die freiwillige Inanspruchnahme der Kooperationsleistungen — etwa durch Beitrittsfälle oder bestehende Mitgliedschaften — nur über deren Auswirkung sinnvoll als Wettbewerbsbeschränkung begründet werden.

Nach dieser Auffassung reiche für die Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung eine *Vereinheitlichung des Nachfrageverhaltens* aus¹⁴⁾. Da Verhaltensvereinheitlichungen weder auf Verpflichtungen oder Zwang beruhen, können sie allenfalls dann als Wettbewerbsbeschränkung bezeichnet werden, wenn dafür Beschränkungen der Aktionsfreiheit der Marktgegenseite ausreichen¹⁵⁾.

Inwieweit auf diese Weise das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung noch von der materiellen Voraussetzung ihrer Eignung zur Beeinflussung der Marktverhältnisse unterschieden werden kann, kann aus ökonomischer Sicht dahinstehen, weil die Begrenzung des Verhaltensspielraumes von Nachfragern sich zu den Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite spiegelbildlich proportional verhält¹⁶⁾. Aus rechtssystematischer Sicht gewinnt diese Frage allerdings an Bedeutung, weil eine Vereinheitlichung des Nachfrageverhaltens möglicherweise dann nach § 1 GWB irrelevant werden könnte, wenn die Auswirkungen auf die Marktgegenseite nicht nachweisbar sind, es folglich an der Eignung zur spürbaren Beeinflussung der Marktverhältnisse fehlt¹⁷⁾. Die Prüfung dieser Frage ist auch bei einer analogen Anwendung der Holzschutzmittel-Entscheidung des BGH¹⁸⁾ geboten, nach der bei fehlendem rechtlichen oder faktischen Bezugszwang die mittelbaren Wirkungen auf die Beeinträchtigungen des Anbieterwettbewerbs zu prüfen sind. Da zur Beurteilung von Kooperationswirkungen ein *tatsächlicher* Nachweis erforderlich ist, also rein gedankliche Auswirkungen als nicht ausreichend angesehen werden¹⁹⁾, soll der Frage nachgegangen werden, wann aus erfahrungswissenschaftlicher Sicht mit einer Eignung zur Beeinflussung der Marktverhältnisse insbesondere auf der Marktgegenseite gerechnet werden kann.

4. Beeinflussung der Marktverhältnisse: Determinanten von Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite

Nach dem Begrenzungskonzept ist diese Frage identisch mit den Bestimmungsgründen für das Bestehen von Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite. Da es hier um die wettbewerbliche Kontrolle der Nachfrager durch Mitnachfrager geht, kann es nicht auf die Möglichkeit eines Anbieters ankommen, dem Konditionen- und Druck einer Kooperation durch Kontrahierungsverzicht auszuweichen, sondern durch *Überwecheln* auf Mitnachfrager²⁰⁾.

Ein Überwecheln wird einem Anbieter generell nur möglich sein, wenn er anstelle eines Konditionen- und Druck ausübenden Nachfragers eine ökonomisch gleichwertige Nachfrage befriedigen kann. Nur *unbefriedigte Nachfrage* bietet sowohl die Gewähr für tatsächliche Ausweichmöglichkeiten eines Anbieters als auch für die Berücksichtigung weiterer Nachfrager bei der Ausübung von Konditionen- und Druck. Nachfrageüberhänge sind jedoch ein typisches Merkmal wachsender Märkte. Allgemein würde man sagen, die tatsächlichen Ausweichmöglichkeiten beruhen auf einer typischen *Verkäufermarktlage*. Anders verhält es sich im *Käufermarkt*. Hier existiert per definitionem ein *latenter Angebotsüberhang in Verbindung mit einem permanenten Druck auf die Preise*, so daß die Möglichkeit des Überwecheln für die Lieferantenseite gar nicht oder wenigstens nicht zu gleichwertigen Konditionen besteht²¹⁾.

Die Chance des *Überwecheln* stellt sich im Ergebnis je nach Marktlage also anders dar: Die dem Nachfragewettbewerb unterstellten Begrenzungswirkungen können nur im *Verkäufermarkt* spürbar werden. Die vom Begrenzungskonzept erfaßten Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite sind folglich *faktisch*

unabhängig davon, ob Handelsunternehmen im Einkauf — fehlende Bezugspflichten vorausgesetzt — kooperieren; sie sind hier Ergebnis der Marktlage.

Entsteht im Käufermarkt eine Einkaufskooperation, wird sie dann die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite beschränken und damit den Druck auf die Preise dagegen verstärken, wenn die Mitglieder einer rechtlichen oder faktischen Bezugsverpflichtung unterliegen. Bestehen solche Verpflichtungen nicht, muß das Kooperationssystem zum Abschluß mit der Marktgegenseite notwendigerweise *Anreize bzw. Vorteile* zur Gewährung von Konditionenvorteilen anbieten, die etwa Transaktionskostensparnisse oder auch absatzwirtschaftliche Synergieeffekte umfassen können, wenn vermieden werden soll, daß die Anbieter auf andere Nachfrager ausweichen oder auf eine Kontrahierung verzichten. Schließt jedoch die Marktgegenseite mit einem die Mitglieder nicht verpflichtenden Kooperationssystem ab, liegt ein starkes Indiz vor, daß die Konditionenvorteile des Kooperationssystems auf Gegenleistungen und nicht auf einer Beschränkung der Handlungsfreiheit beruhen. Die der ZVN-Entscheidung bereits genügende Erwartung eines ausreichenden Bezugs über die Kooperation ist daher bei einer Anwendung auf Einkaufskooperationen nicht eindeutig: Sie kann sowohl auf einer Beschränkung der Ausweichmöglichkeiten als auch auf der *Wahrnehmung ökonomischer Vorteile durch beide Marktseiten* beruhen.

5. Konsequenzen für die Beurteilung der Spürbarkeit von Kooperationsystemen

Die Auswirkungen der Beitrittsfälle bzw. von Einkaufskooperationen auf die Marktgegenseite hängen zunächst folglich von der Feststellung der Marktlage ab. Da für den Bereich des Lebensmittelhandels — so auch das Kammergericht im HFGE- und Selex-Tania-Beschluß — von einem auf langfristigen Wandel der Wettbewerbsverhältnisse beruhenden *Käufermarkt* ausgegangen werden kann²²⁾, lassen sich für die Spürbarkeit der hier betrachteten Kooperationen folgende Aussagen machen:

— Auf Grund des Käufermarktes ist die Begrenzungswirkung des Nachfragewettbewerbs *faktisch* bereits aufgehoben. Dazu bedarf es folglich keiner Kooperation unter Nachfragern mehr.

13) KG WuW/E OLG 3742 Selex-Tania.

14) So *Satzky*, a.a.O., S. 94 f.

15) Jede Kooperation dürfte irgendwelche Auswirkungen auf die Marktgegenseite haben. So auch *Köhler*, a.a.O., S. 2024.

16) Zustimmend die Diskussionsbeiträge von *Kantzenbach* und *Harms* in: Wettbewerbsbeschränkung in der Nachfrage, a.a.O., S. 9 f.

17) Als Beeinflussung der Marktverhältnisse ist hier vor allem auf die durch die Kooperation induzierte Veränderung der Austauschbedingungen abzustellen. Vgl. *Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt*, a.a.O., § 1 Rdn. 60.

18) Vgl. WuW/E BGH, 2050 Holzschutzmittel.

19) Vgl. *Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt*, a.a.O., § 1 Rdn. 68.

20) Die Wettbewerbslichkeit wird hierbei als einem autonom geführten Parallelkampf abgeleitet, bei dem ein Marktteilnehmer die Existenz von Mitbewerbern in Rechnung stellen muß, auf den die Marktgegenseite ausweichen könnte. Siehe auch *Satzky*, a.a.O., S. 80 ff.

21) Vgl. auch *Gröner/Köhler*, Nachfragewettbewerb und Marktbeherrschung im Handel, BB 1982 S. 258 f., die die in unterschiedlichen Marktlagen wirksamen Preisbildungsmechanismen zutreffend als systemimmanente Anpassungsprozesse auffassen.

22) Vgl. KG WuW/E OLG 2751 HFGE und KG WuW/E OLG 3742 Selex-Tania. So auch BKartA, Tätigkeitsbericht 1978, BT-Drucks. 8/2980, S. 9 sowie grundlegend Monopolkommission, Sondergutachten 14, Rdn. 153 f. Dabei wirkt die Marktlage auf mehrstufigen Märkten, wie der Lebensmittelbranche, auf alle Marktstufen. Dazu *Treis*, Zur Erklärung von Händlerverhalten mittels der Lehre von den Handelsfunktionen, GRUR 1985 S. 963. Zustimmend u. a. auch *Van den Bergh*, Nachfragemacht und Preiswettbewerb, WRP 1983 S. 9. Aus diesen Gründen ist u. a. die Auffassung von *Sölter*, Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, Düsseldorf 1960, S. 38 ff. verfehlt, vom Bild des Stufenwettbewerbs zwischen Industrie und Handel auszugehen, bei dem Konditionen- und Druck lediglich aus den sich gegenüberstehenden Marktseiten erklärt wird.

— Der Käufermarkt schließt einen anhaltenden Druck auf die Preise/Konditionen der Anbieterseite mit ein. In dieser Marktlage *unterbieten* sich die Anbieter per definitionem in ihren Konditionen²³⁾.

Gerade der letzte Punkt deutet auf einen weiteren Gesichtspunkt hin, der bei der Beurteilung der Spürbarkeit zu berücksichtigen ist. Auf Grund der käufermarktimmanenten Preissenkungstendenz ist es erfahrungswissenschaftlich *nicht zulässig*, sämtliche *Konditionenvorteile* einer Kooperation als *Maßstab ihrer Auswirkungen* auf die Marktgegenseite heranzuziehen²⁴⁾. Denkbar ist nämlich auch, daß sie Resultat eines permanenten *Unterbietens* der Anbieterseite sind und sich somit auch ohne Kooperation im Einkauf eingestellt hätten.

Aus ökonomischer Sicht ist es außerdem entscheidend, unter welchen Bedingungen Konditionenvorteile zustande kommen. So können die Konditionenvorteile vor allem dann restriktive Auswirkungen auf die Marktgegenseite indizieren, wenn eine gleichbleibende oder sinkende Absatzmenge über die Kooperation

- zu *schlechteren Konditionen* (Erlösminderungen) als ohne Einschaltung der Kooperation getauscht wird
- und *gleichzeitig* der Absatz über die Kooperation *nicht zu Rationalisierungseffekten* (Kostensparnissen) auf Seiten der Anbieter führt.

Ermöglicht dagegen die Einkaufskooperation für die Marktgegenseite *Kostensparnisse* oder gar *Absatzsteigerungen*, dann kann zunächst die Inanspruchnahme der Kooperation durch die Anbieter ein Resultat kaufmännischer Vernunft sein. Ferner ist nicht auszuschließen, daß die dabei gewährten Konditionenzugeständnisse die *Voraussetzung für die Erhöhung des Absatzes* darstellen. In beiden Fällen wären Konditionenzugeständnisse kein Indiz für die Aufhebung der Begrenzungswirkung, sondern für das Unterbieten der Anbieter und die latente Preissenkungstendenz auf dem Käufermarkt. Die Konditionenzugeständnisse resultieren folglich nicht zwingend aus der Vereinheitlichung des Nachfrageverhaltens oder einer Beschränkung der Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite. Um die restriktiven Wirkungen auf die Marktgegenseite zu bestimmen, wäre das *tatsächlich* wirksame Kooperationssystem im Einzelfall zu prüfen.

6. Ergebnis und Ausblick

Die Beitritte umsatzstärkerer Handelsunternehmen zu bestehenden Einkaufskooperationen können mit § 1 GWB nur erfaßt werden, wenn die konzeptionelle Basis zur Bestimmung des Nachfragewettbewerbs erweitert wird. Auf der Grundlage der ZVN-Entscheidung und des Begrenzungskonzepts wird danach neuerdings bereits die Vereinheitlichung des Nachfrageverhaltens als Wettbewerbsbeschränkung aufgefaßt. Da es dabei allerdings an einer auf Zwang oder rechtlichen Verpflichtung basierenden Wettbewerbsbeschränkung inter partes fehlt, rücken mit den Auswirkungen auf die Marktgegenseite *Spürbarkeitsfragen* in den Vordergrund.

Hier wurde zu zeigen versucht, daß die Eignung von Kooperationen zur Beeinflussung der Marktverhältnisse marktlagenabhängig ist. Von einer spürbaren *Beeinträchtigung* der Marktchancen der Marktgegenseite *durch Vereinheitlichung des Nachfrageverhaltens* der Marktgegenseite kann gerade angesichts des herrschenden Käufermarktes nicht a priori ausgegangen werden. Auch eine Beurteilung der Auswirkungen einer Kooperation an Hand der Konditionenvorteile verbietet sich auf Grund fehlender sachlogischer Eignung dieses Kriteriums. Diese können ebenso Folge eines marktlagenabhängigen Unterbietens unter Nachfragern sein. Die aus dem Begrenzungskonzept folgende Stigmatisierung der Einkaufskooperationen und Beitrittsfälle als Per-se-Kartelle ist somit in Frage zu stellen. Es bleibt fraglich, ob aus der für das Zustandekommen einer Kooperation in einem Mindestmaß erforderlichen Vereinheitlichung des Nachfrageverhaltens tatsächlich eine nicht nur theoretisch vorstellbare Beschränkung der Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite folgt. Die hier geäußerten Zweifel würden eine genauere Schätzung der tatsächlich von Einkaufskooperationen ausgehenden Wirkungen auf die Marktgegenseite nahelegen und damit eine differenzierte Beurteilung der Spürbarkeit von Kooperationen ermöglichen.

23) Dazu ähnlich Gröner/Köhler, a.a.O., S. 258.

24) So geschehen jedoch etwa in KG WuW/E OLG 2752 HFGE und KG WuW/E OLG 3747 Selex-Tania.