



BUNDESKARTELLAMT

**Nachfragemacht im Kartellrecht –
Stand und Perspektiven**

**Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht
am 18. September 2008**

- Hintergrundpapier -

A. Einleitung

Das Thema Nachfragemacht ist in jüngster Zeit vermehrt Gegenstand fachlicher wie politischer Diskussionen. Der „Streik“ der Milchbauern gegen niedrige Milchpreise, die umstrittene Übernahme von Plus durch EDEKA, die aktuelle Sektoruntersuchung des Lebensmitteleinzelhandels der britischen Competition Commission¹ sowie die jüngste Aufforderung des Europäischen Parlamentes an die Europäische Kommission, die Nachfragemacht des Handels intensiver zu beobachten², sind hierfür Beispiele. In den USA fand das Thema im Zusammenhang mit der Entscheidung des *Supreme Court* in Sachen *Weyerhaeuser* große Beachtung³. Die Diskussion beschränkt sich keineswegs auf den Lebensmittelhandel. Fragen der Nachfragemacht ergeben sich auch in anderen Bereichen wie der Zulieferindustrie, der Energiebeschaffung oder der Nachfrage der öffentlichen Hand.

Die **ökonomischen Theorie** hat Nachfragemacht lange vernachlässigt. Hier gelangt die neuere Forschung mittlerweile zu differenzierten Einsichten (dazu unter B.).

In der **kartellbehördlichen Praxis** spielt Nachfragemacht vor allem in drei Fallkonstellationen eine Rolle : (i) zwei oder mehr große Nachfrager schließen sich zu einem Nachfrager zusammen, (ii) Nachfrager schließen Vereinbarungen über den gemeinsamen Einkauf und (iii) marktbeherrschende oder marktstarke Nachfrager veranlassen die von ihnen abhängigen Lieferanten, ihnen ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren (dazu unter C.).

¹ Die [Sektoruntersuchung](http://www.competition-commission.org.uk) ist abrufbar unter <http://www.competition-commission.org.uk>.

² [Schriftliche Erklärung](http://www.europarl.europa.eu) des Europäischen Parlaments (0088/2007) zu der Untersuchung des Machtmissbrauchs durch große Supermarktketten, die in der Europäischen Union tätig sind, und zu entsprechenden Abhilfemaßnahmen, <http://www.europarl.europa.eu>.

³ *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., Inc.*, 127 S. Ct. 1069 (2007); vgl. hierzu Werden, *Monopsony and the Sherman Act: Consumer Welfare in a New Light*, abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=975992>.

Die kartellrechtliche Beurteilung von Nachfragemacht wird ganz erheblich vom **wettbewerbspolitischen Leitbild** beeinflusst. Je nach dessen „Stoßrichtung“ erscheint Nachfragewettbewerb mehr oder weniger schutzwürdig. Über die Fragen der theoretischen Erfassung und der praktischen Behandlung hinaus ist Nachfragemacht somit auch im Hinblick auf die grundsätzlichen Zielsetzungen des Kartellrechts zu diskutieren (hierzu unter D.).

Vor dem Hintergrund der Frage, ob das Kartellrecht den Wettbewerb nur in eine bestimmte Richtung schützt, erscheint es schließlich bemerkenswert, dass das europäische Kartellrecht den **lediglich nachfragenden Staat** aus dem Anwendungsbereich des Kartellrechts nimmt (hierzu unter E.).

B. Nachfragemacht in der ökonomischen Theorie

I. Der theoretische Analyserahmen

Die ökonomische Theorie bietet verschiedene Analyseinstrumente zur Untersuchung von Nachfragemacht⁴. Als Standardinstrument ist dabei das so genannte Monopson-Modell etabliert. In Analogie zur Analyse angebotsseitiger Marktmacht geht man davon aus, dass einem marktmächtigen Nachfrager eine Vielzahl von Anbietern gegenüber steht. Der Monopsonist kann – spiegelbildlich zum Verhalten des Monopolisten – seine Marktmacht durch Verringerung seiner Nachfrage ausnutzen. Auf diese Weise kann er einen Beschaffungspreis durchsetzen, der unterhalb des wettbewerblichen Niveaus liegt.

Das einfache Monopson-Modell spiegelt jedoch die Realität auf Beschaffungsmärkten oftmals nicht adäquat wider. Häufig sind beide Marktseiten in einem gewissen Maße konzentriert. Zudem werden die Transaktionen nicht im Rahmen anonymer Tauschgeschäfte abgewickelt, sondern vielmehr in bilateralen Verhandlungen, die Raum für individuelle Vertragsgestaltung im Hinblick auf

⁴ Einen allgemein verständlichen Überblick geben Inderst/Wey, [Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht](#), DIW Research Notes 25/2007, abrufbar unter www.diw.de.

Preise und Rabatte, Lieferkonditionen etc. lassen. Aus diesem Grund wird Nachfragemacht in der neueren Literatur oftmals als Verhandlungsmacht interpretiert und im Rahmen verhandlungstheoretischer Modelle untersucht. Nachfrageseitige Marktmacht drückt sich hierbei nicht in einer strategischen Mengenreduktion aus, sondern vielmehr in bilateral ausgehandelten individuellen Preisen und Rabatten sowie sonstigen Bezugskonditionen.

II. Wohlfahrtswirkungen

Im einfachen Monopson-Modell kommt es durch die Mengenverknappung zu allokativen Ineffizienzen und folglich zu einem Wohlfahrtsverlust. Führt hingegen die Ausübung von Nachfragemacht wie im Verhandlungsmodell nicht zu einer Mengenreduktion, bleiben allokativen Ineffizienzen und ein hierdurch hervorgerufener Wohlfahrtsverlust aus. Es kommt lediglich zu einer wohlfahrtstheoretisch neutralen Umverteilung von Renten zwischen Anbietern und Nachfragern.

Auch ohne eine unmittelbare Mengenreduktion kann die Ausübung von Nachfrage- bzw. Verhandlungsmacht in bilateralen Verhandlungen gleichwohl wohlfahrtsschädliche Wirkungen haben. Verfügt ein Nachfrager aufgrund seiner Verhandlungsmacht über bessere Beschaffungskonditionen als andere Nachfrager, so kann er diese nutzen, um seine Marktposition auf dem Absatzmarkt zu stärken. Eine verstärkte Position auf dem Absatzmarkt kann wiederum seine Beschaffungssituation verbessern, indem er etwa zusätzliche Mengenrabatte aushandeln kann. Dieser Wirkungsmechanismus ist in der Literatur unter dem Begriff „**Spiraleffekt**“ bekannt. In der Folge werden weniger effiziente (kleinere) Wettbewerber verdrängt. Das kann auf lange Sicht aber zu Preissteigerungen führen, wenn die verbleibenden Unternehmen als Folge abnehmenden Wettbewerbsdrucks nicht mehr gezwungen sind, ihre Beschaffungsvorteile weiter zu geben.

Darüber hinaus werden in der Literatur in jüngerer Zeit auch negative wettbewerbliche Wirkungen infolge eines sog. „**Wasserbetteffekts**“ diskutiert⁵. Demnach verschlechtert die Ausweitung der Verhandlungsmacht eines großen Abnehmers die Verhandlungsposition kleinerer Nachfrager, die nunmehr höhere Preise zahlen müssen, weil sie einerseits geringere Absatzmengen haben und andererseits ein Hersteller hohe Rabatte für nachfragemächtige Kunden durch Preiserhöhungen bei kleineren Kunden kompensieren muss. Im oben beschriebenen Modellrahmen gesprochen verschlechtern sich deren Handlungsalternativen. Fraglich ist dabei jedoch, ob die Preiserhöhung für kleinere Unternehmen überhaupt eintreten und ob sie so stark ausfallen, dass sie die Preissenkungen der großen Unternehmen kompensieren und auf dem Markt insgesamt zu einem höheren Preisniveau führen⁶.

Mit Blick auf dynamische Wohlfahrtswirkungen wird im Allgemeinen angenommen, dass die Ausübung von **Nachfragemacht die Investitions- und Innovationsmöglichkeiten der Anbieter reduziert**, weil sie deren Gewinne vermindert. Die wirtschaftswissenschaftliche Literatur hat jedoch einige Erklärungen entwickelt, weshalb Nachfragemacht unter bestimmten Umständen auch investitionsfördernde Wirkungen – und damit positive Wohlfahrtseffekte – haben kann. So kann etwa ein großer marktmächtiger Nachfrager bereit sein, sich an hohen Anfangsinvestitionen eines Produkts zu beteiligen, weil dies auch seinen eigenen Gewinn steigern kann; ein mögliches Trittbrettfahrerverhalten, wie es bei kleineren Nachfragern aufträte, wäre bei großen Nachfragern weniger wahrscheinlich. Ferner können Anbieter einen höheren Anreiz haben, in die Qualität und die Marke ihres Produktes zu investieren, wenn sie marktmächtigen Nachfragern gegenüber stehen, um diesen gegenüber ihre Verhandlungsmacht zu steigern.

⁵ Siehe für einen Überblick Inderst / Wey, aaO. Vgl. auch die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Abl. vom 6.1.2001, C 3/2, Rn. 126 und 135.

⁶ Die jüngst abgeschlossene Sektoruntersuchung der Competition Commission gelangt zu dem Schluss, dass ein Wasserbetteffekt im britischen Lebensmitteleinzelhandel – so er überhaupt bestünde – nur unerhebliche Auswirkungen habe, Appendix 5.4., [The waterbed effect in supplier pricing](#), abrufbar unter <http://www.competition-commission.org.uk>.

C. Nachfragemacht in der kartellbehördlichen Praxis

I. Zusammenschlusskontrolle

Nachfragemacht spielt in der Zusammenschlusskontrolle vor allem mit Blick auf die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung eine Rolle. Nachfragemacht kann unmittelbar auf dem betroffenen Beschaffungsmarkt eine marktbeherrschende Stellung begründen (hierzu unter 2.). Sie kann unter dem Gesichtspunkt des Zugangs zu Beschaffungsmärkten aber auch im Rahmen der Beurteilung einer absatzseitigen Marktstellung zum Tragen kommen (hierzu unter 3.). Nachfragemacht wird darüber hinaus gelegentlich als Einwand zur Relativierung einer ansonsten bestehenden marktbeherrschenden Stellung vorgebracht (hierzu unter 4.).

1. Für die **Marktabgrenzung** hat sich in der Praxis das auf Angebotsmärkte zugeschnittene Bedarfsmarktkonzept durchgesetzt. Danach sind es in erster Linie die tatsächlichen Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite, die den Verhaltensspielraum eines Anbieters begrenzen⁷. Im Fall von Nachfragemacht sind keine Angebotsmärkte, sondern Beschaffungsmärkte abzugrenzen. Das Bedarfsmarktkonzept findet hier spiegelbildlich Anwendung. Die Marktabgrenzung richtet sich somit aus Sicht der Anbieter nach deren Ausweichmöglichkeiten. Gegenstand der Betrachtung sind die Erzeugnisse, die der Lieferant aktuell anbietet oder doch ohne größere Umstellungsschwierigkeiten anbieten könnte. Mit Blick auf diese Erzeugnisse ist zu fragen, welche (alternativen) Absatzkanäle in wirtschaftlicher Weise bedient werden könnten.

Die spiegelbildliche Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts auf Beschaffungsmärkte führt in der Praxis zu Anwendungsproblemen. In den praktisch relevan-

⁷ In bestimmten Fällen ist auch die Fähigkeit der Anbieter zu berücksichtigen, ihr Angebot kurzfristig auf den Bedarf der Nachfrager umstellen zu können (vgl. BGH vom 16. Januar 2007 WuW/E DE-R 1925, 1928 – „*National Geographic II*“). Ein gleichmäßig auf alle Wettbewerber wirkender Substitutionswettbewerb kommt erst bei der wettbewerblichen Analyse des relevanten Marktes ins Spiel (vgl. BGH vom 2. Oktober 1985, WuW/E BGH 1027 – „*Guner + Jahr/Zeit I*“; BGH vom 4.3.2008, WuW/E DE-R 2268 – „*Soda-Club II*“). Das gleiche gilt für potentiellen Wettbewerb (vgl. *Mitteilung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes*, Abl. vom 9.12.1997, C 372/5, Rn. 24).

ten Fällen von Nachfragemacht finden sich nicht nur auf der Nachfragerseite, sondern regelmäßig auch auf der Anbieterseite relativ wenige Unternehmen. Bei einem solchen Sachverhalt treten die unternehmensindividuellen Unterschiede, die hinsichtlich der hergestellten Erzeugnisse, der individuellen Absatzalternativen und der individuellen Umstellungsflexibilität bestehen, deutlich stärker in den Vordergrund.

Die kartellbehördliche Praxis beschränkt sich bei Beschaffungsmärkten – nicht zuletzt angesichts des die Zusammenschlusskontrolle beherrschenden Fristenregimes – in aller Regel auf die Bildung hinreichend aussagekräftiger Produktgruppen. Dies gilt namentlich für den Lebensmitteleinzelhandel⁸.

2. An die Marktabgrenzung schließt sich die Frage nach der **Marktbeherrschung** an. Bei Angebotsmärkten lässt in aller Regel die Betrachtung von Marktanteilen Aussagen über die Stellung eines Anbieters im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern und zur Marktgegenseite zu. Diese Herangehensweise lässt sich nicht ohne weiteres auf Beschaffungsmärkte übertragen. Dort drückt sich Nachfragemacht seltener im klassischen Sinne als auf die gesamte Marktgegenseite wirkende Marktmacht und häufiger in Form bilateral im Verhältnis zu einzelnen Anbietern ausgeübte Verhandlungsmacht aus. Marktbeherrschung lässt sich jedoch auch nicht ohne weiteres mit einem Ungleichgewicht in bilateralen Machtbeziehungen gleichsetzen. Damit würden die Anforderungen letztlich auf das Niveau relativer Marktmacht (Abhängigkeit) abgesenkt. Nach der grundlegenden Entscheidung des Kammergerichts in Sachen Coop/Wandmaker „beherrscht“ den Markt nur, wer auf die andere Marktseite insgesamt einwirken kann⁹. Es bleibt daher zu diskutieren, inwieweit der partielle Nachweis, dass jedenfalls ein größerer Teil der Anbieter von einem mächtigen

⁸ Stellvertretend für die Kommissionspraxis siehe die Entscheidung vom 3. Februar 1999, COMP IV/M.1221 – „REWE/Mein!“, Rn. 76 ff.; für die Praxis des Bundeskartellamtes siehe Beschluss vom 25. August 2005, B9 27/05, Rn. 35 – „Edeka/Spa!“, Beschluss vom 30. Juni 2008, B2-333/07, noch nicht veröffentlicht – „Edeka/Plus“; grundlegend KG, Beschluss vom 5. November 1986, Kart. 14/84, WuW OLG 3917, 3928 – „Coop/Wandmaker“.

⁹ KG, Beschluss vom 5. November 1986, Kart. 14/84, WuW OLG 3917, 3928 – „Coop/Wandmaker“.

gen Nachfrager abhängig ist, als Begründungselement für Marktbeherrschung herangezogen werden kann.

In der Praxis der Europäischen Kommission hat sich die durchschnittliche Betrachtung relativer ökonomischer Abhängigkeiten („Drohpunkte“) als ein entscheidendes Element bei der Beurteilung der Marktbeherrschung eines Nachfragers durchgesetzt. Die Kommission stellte in zwei den Lebensmitteleinzelhandel betreffenden Fällen darauf ab, dass – durchschnittlich betrachtet – der auf einen Nachfrager entfallende Absatz für einen Anbieter dann nicht mehr verzichtbar sei, wenn er mehr als 22 % seines Umsatzes ausmache¹⁰. Zur Feststellung von Marktbeherrschung auf einem Beschaffungsmarkt erscheint es auch denkbar, den durchschnittlichen Beschaffungsanteil vor dem Hintergrund insbesondere nachgewiesener individueller Abhängigkeiten zu würdigen¹¹.

3. Der Zugang zu Beschaffungsmärkten ist eines der Kriterien, die nach § 19 Abs. 1 Nr. 2 GWB für die Beurteilung bedeutsam werden können, ob auf einem nachgelagerten Absatzmarkt eine im Verhältnis zu anderen Wettbewerbern überragende Marktstellung und damit Marktbeherrschung vorliegt. In diesem Sinne zog auch die Europäische Kommission die marktbeherrschende Stellung auf Beschaffungsmärkten heran, um eine marktbeherrschende Stellung auf den Absatzmärkten zu begründen (und umgekehrt)¹². Eine ähnliche Argumentation verfolgte das Bundeskartellamt im jüngst entschiedenen Fall Edeka/Plus. Dort ging das Bundeskartellamt zur Begründung der marktbeherrschenden Stellung auf den regionalen Absatzmärkten im Lebensmitteleinzel-

¹⁰ Entscheidung vom 3. Februar 1999, COMP IV/M.1221 – „REWE/Meinl“, Rn. 98 ff. insb. 101; siehe auch Entscheidungen vom 3. Februar 1999, COMP IV/M.1221 – „Carrefour/Promodes“, wo die Kommission den gleichen Maßstab anwendete; sowie jüngst vom 23. Juni 2008, COMP/M.5047, Rn. 93 ff. – „REWE/ADEGK“, wo die Kommission erneut auf diesen Maßstab Bezug nahm.

¹¹ Vgl. BKartA, Beschluss vom 30. Juni 2008, B2-333/07, noch nicht veröffentlicht – „Edeka/Plus“, dort allerdings unter dem Gesichtspunkt des Zugangs zu Beschaffungsmärkten.

¹² Entscheidung vom 3. Februar 1999, COMP IV/M.1221 – „REWE/Meinl“, Rn. 54 f.; 115; vgl. auch jüngst Entscheidung vom 23. Juni 2008, COMP/M.5047, Rn. 96 ff. – „REWE/ADEGK“.

handel unter anderem von der Entstehung eines überragenden Zugangs zu den Beschaffungsmärkten aus¹³.

4. Die einem Unternehmen zukommende Angebotsmacht kann nicht nur durch Wettbewerber, sondern unter bestimmten Umständen auch durch **gegengewichtige Nachfragemacht** begrenzt werden¹⁴. So kann ein mächtiger Nachfrager der Ausübung von (relativer) Angebotsmacht entgegenwirken, wenn er glaubhaft mit dem kurzfristigen Wechsel des Lieferanten oder der Ergreifung anderer wirksamer Vergeltungsmaßnahmen drohen kann. Darüber hinaus kann sich ein mächtiger Nachfrager unter langfristigen strategischen Gesichtspunkten veranlasst (und vor allem dazu in der Lage) sehen, seine Nachfrage auf mehrere (evtl. dafür eigens in den Markt eintretende) Anbieter zu verteilen, und so schon der Entstehung von Nachfragemacht vorbeugen. Eine andere Frage ist allerdings, unter welchen Umständen gegengewichtige Nachfragemacht und strategisches Einkaufsverhalten eine ansonsten auf der Anbieterseite anzunehmende marktbeherrschende Stellung in gleichwertiger Weise („wie wirksamer Wettbewerb“) auszuräumen vermag¹⁵. Das erscheint problematisch, wenn gegengewichtige Marktmacht gleichermaßen auf alle Anbieter wirkt. Dann ändert sich auch an der Marktstellung der Anbieter im Verhältnis zueinander wenig. Problematisch erscheint es allerdings auch, wenn nur ein Teil der Nachfrager von der Ausübung gegengewichtiger Nachfragemacht profitiert¹⁶.

¹³ BKartA, Beschluss vom 30. Juni 2008, B2-333/07, noch nicht veröffentlicht – „Edeka/Plus“

¹⁴ Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 19. Juli 2000, IV/M.1882, Rn. 77-80 – „Pirelli/BICC“; BKartA, Beschluss vom 14. Dezember 2004, B9-101/04, Rn. 34 f. – „Belgian New Fruit Wharf / HHLA / Stein“.

¹⁵ Vgl. BKartA, Beschluss vom 3. Februar 2004, B3-112/03, S. 15 – „Freudenberg / Bergmann“; grundlegend KG, Beschl. vom 7. Februar 1978, WuW/E OLG 1921, 1924 – „Thyssen / Hüller“; vgl. auch BGH, Beschl. vom 21. Februar 1978, WuW/E BGH 1501, 1504 – „Kfz-Kupplungen“; BGH, Beschl. vom 2. Dezember 1980, WuW/E 1749, 1754 – „Klöckner / Becorit“.

¹⁶ [ICN Merger Guidelines Workbook](http://www.internationalcompetitionnetwork.org), S. 42, abrufbar unter <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>

II. Einkaufsvereinbarungen

Die deutsche Rechtsprechung zu § 1 GWB in seiner Fassung vor der 7. GWB-Novelle stellte mit Blick auf Einkaufsvereinbarungen maßgeblich auf die Freiheit zum wettbewerblichen Handeln ab¹⁷. Einkaufsvereinbarungen mit Bezugsbindungen galten per se als wettbewerbsbeschränkend. Auch ohne ausdrückliche Bezugsbindung sahen die Gerichte die wettbewerbliche Handlungsfreiheit (und damit den Wettbewerb) eingeschränkt, wenn sich eine Einkaufsvereinbarung wie eine Höchstpreisvereinbarung auswirkte. Diese Rechtsprechung unterschied nicht zwischen der Beschränkung von Nachfrage- und Angebotswettbewerb. Konsequenterweise stellte sie eine spiegelbildliche Betrachtung an. Die Vereinbarung von Nachfragern über Höchstpreise war danach in gleicher Weise zu beurteilen wie die Vereinbarung von Anbietern über Mindestpreise. Für die Tatbestandsmäßigkeit kam es weder auf eine Interessensabwägung noch auf Gegengewichtserwägungen an. Da es allein um den Wettbewerb auf der Beschaffungsseite ging, war es auch unbeachtlich, ob die betreffenden Nachfrager auch auf der Absatzseite miteinander im Wettbewerb standen. Etwaige Auswirkungen auf den nachgelagerten Absatzmarkt waren ggf. separat zu würdigen.

In den Horizontalleitlinien der Europäische Kommission zur Anwendung von Artikel 81 EG kommt ein anderes Wettbewerbskonzept zum Ausdruck. Sie gehen offenbar davon aus, dass die nachfrageseitige Festsetzung der Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen durch miteinander im Wettbewerb stehende Nachfrager im Gegensatz zu dem gleichen absatzseitigen Verhalten durch miteinander im Wettbewerb stehende Anbieter keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt¹⁸. Den Wirkungen einer Einkaufsvereinbarung soll es an der Spürbarkeit mangeln, wenn der gemeinsame Marktanteil der Beteiligten

¹⁷ Die Rechtsprechung erging allerdings zur alten Fassung von § 1 GWB: BGH „Holzschutzmittel; KG „HFGE“; insb. KG „Selex – Tania“; als Reaktion auf diese Rechtsprechung schuf der Gesetzgeber zu Gunsten kleinerer und mittlerer Unternehmen in § 5c GWB a.F. (später § 4 Abs. 2 GWB a.F.) die mittlerweile im allgemeinen Freistellungsbestand des § 2 GWB aufgegangene Möglichkeit zur Freistellung von Einkaufskooperationen.

¹⁸ Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), Abl. vom 22.12.2001, C 368/13, Rn. 7.

10 % nicht überschreitet¹⁹. Eine Wettbewerbsbeschränkung scheidet in aller Regel aus, wenn Nachfrager zwar auf der Beschaffungsseite, nicht aber zugleich auch auf der Absatzseite miteinander im Wettbewerb stehen²⁰. Einkaufsvereinbarungen sollen erst dann *per se* den Wettbewerb beschränken, wenn sie als Mittel zur Verschleierung eines (absatzseitigen!) Kartells dienen²¹. In allen übrigen Fällen sei auf die Wirkungen der Einkaufsvereinbarungen abzustellen. Dafür seien neben den Einkaufsmärkten die Verkaufsmärkte in den Blick zu nehmen seien. Die Hauptsorgen der Ausübung von Nachfragemacht liegt für die Kommission darin, dass niedrigere Einkaufspreise absatzseitig nicht an die Kunden weitergegeben werden und dass die (einkaufsbedingten) Kosten der Wettbewerber auf den Absatzmärkten steigen könnten²². Erst ein gemeinsamer Einkauf mit einem Marktanteil von weit über 15 % in einem konzentrierten Markt falle wahrscheinlich unter Art. 81 Abs. 1 EG²³.

Das Bundeskartellamt gelangt mit Blick auf §§ 1 und 2 GWB in der aktuellen Fassung bei der Beurteilung nicht marktstarker Einkaufskooperationen zu ähnlichen Ergebnisse wie die Europäische Kommission, obwohl es auch ohne Marktmacht auf dem Absatzmarkt von einer Wettbewerbsbeschränkung ausgeht. Zu dem Gleichlauf mit der Kommission gelangt das Bundeskartellamt im Ergebnis, weil es bei einer Einkaufsgemeinschaft mit einem relativ geringen Marktanteil typischerweise Effizienzgewinne annimmt, die eine Freistellung erwarten lassen²⁴. An einer die Rechtslage klärenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes fehlt es bislang²⁵.

¹⁹ aaO, Rn. 11..

²⁰ Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Abl. vom 6.1.2001, C 3/02, Rn. 123.

²¹ aaO, Rn. 124.

²² aaO, Rn. 126.

²³ aaO, Rn. 131.

²⁴ Vgl. Merkblatt des Bundeskartellamtes über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen, Rn. 38.

²⁵ Schwer einzuordnen ist die vereinzelt gebliebene Vorlageentscheidung des Europäischen Gerichtshofes in der Sache *DLG* aus dem Jahr 1994. Die dem Gerichtshof gestellte Frage war, ob und unter welchen Umständen das Verbot der Doppelmitgliedschaft in

III. Passive Diskriminierung

Unternehmen mit Nachfragemacht ist es gemäß § 20 Abs. 3 GWB verboten, andere Unternehmen im Geschäftsverkehr dazu aufzufordern oder zu veranlassen, ihnen ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren. Nach der jüngsten Gesetzesänderung²⁶ ist der Anwendungsbereich der Norm über kleinere und mittlere Unternehmen hinaus erweitert worden. Er ist nunmehr schlechthin für den Fall eröffnet, dass ein Anbieter von einem Nachfrager abhängig ist.

Angesichts der Erweiterung des Anwendungsbereichs stellt sich die Frage, ob sich auch der Schutzzweck des § 20 Abs. 3 GWB geändert hat. § 20 Abs. 3 GWB a.F. richtete sich im Sinne eines Behinderungsverbots in erster Linie gegen die Verzerrung des Wettbewerbs durch die Behinderung anderer Nachfrager durch einen mächtigen Wettbewerber. Ob die Vorschrift auch die abhängigen Anbieter vor Ausbeutung schützen sollte, war umstritten.²⁷ Nach der maßgeblichen Beschlussempfehlung des Wirtschaftsausschusses soll „§ 20 Abs. 3 in Zukunft sämtliche Unternehmen unabhängig von ihrer Größe vor Forderungen von Vorzugskonditionen [schützen], wenn sie von dem fordernden Unternehmen abhängig sind.“ Daraus könnte man eine Klarstellung des Schutzzweckes der Norm herauslesen.

Das materielle Prüfungsprogramm des § 20 Abs. 3 ist denkbar offen ausgestaltet. Überwiegend wird auf den ausfüllungsbedürftigen Begriff der Leistungsgerechtigkeit der geforderten/gewährten Vorteile abgestellt. Die Beurteilung wird dadurch erschwert, dass die Leistung im Verhältnis zur Gegenleistung bewertet

einer Bezugsgenossenschaft mit Art. 81 Abs. 1 EG vereinbar ist. Ob die Bezugsgenossenschaft als solche mit Kartellrecht vereinbar war, war nicht Gegenstand der Entscheidung (vgl. allgemein zu dieser Frage Monopolkommission, Die Konzentration im Lebensmittelhandel, Sondergutachten 14, S. 53 ff. sowie KG WuW/E OLG 2745 „HFGE“). Es ging vielmehr um die durch das Verbot beschränkte Möglichkeit der Mitglieder, sich an *anderen konkurrierenden Formen der Zusammenarbeit* zu beteiligen und sich auf diese Weise anderweitig einzudecken.

²⁶ Hierzu kritisch die Monopolkommission, http://www.monopolkommission.de/sg_47/text_s47.pdf

²⁷ Offen gelassen in BGH vom 24. September 2002 WuW/E DE-R 984, 990 – „Konditionenanpassung“

werden muss. Rabatte und andere vorteilhafte Konditionen sind als Entgeltbestandteile einer isolierten Beurteilung nicht zugänglich²⁸. Die Prüfung ähnelt letztlich der eines Preishöhenmissbrauch und ist von gleichen Bedenken und Problemen begleitet: Unter dem Gesichtspunkt der Leistungsgerechtigkeit bleibt es schwierig, einen wettbewerbswidrigen Vorteil von einem lediglich niedrigen Preis abzugrenzen.

Die Entscheidungspraxis der Kartellbehörden und -gerichte zu § 20 Abs. 3 GWB ist überschaubar und beschränkt sich auf evidente Fälle (etwa bei gleichzeitigem Verstoß gegen das Lauterkeitsrecht). Den großen Teil der eingeleiteten Verfahren schlossen die Kartellbehörden ohne förmliche Entscheidung ab. Die entschiedenen Fälle bezogen sich auf rückwirkende „Hochzeitsrabatte“, also eine rückwirkende Anpassung der Konditionen nach dem Zusammenschluss mit einem Nachfrager, dem – wie sich anlässlich des Zusammenschlusses herausstellt – bessere Konditionen eingeräumt waren.

D. Nachfragemacht und wettbewerbspolitisches Leitbild

Die Europäische Kommission verfolgt eine eher an der **Maximierung der Konsumentenwohlfahrt** ausgerichtete Wettbewerbspolitik. Dementsprechend behandelt sie die Beschränkung des Nachfragewettbewerbs in ihren Leitlinien deutlich großzügiger als eine Beschränkung des Anbieterwettbewerbs. In der Beurteilung stellt sie (mit Blick in die Richtung der Endverbraucher) maßgeblich auf die Auswirkungen auf die nachgelagerten Absatzmärkten ab. Diese Herangehensweise ist in sich schlüssig. Als Folge der Ausübung von Nachfragemacht geht eine Schädigung der Anbieter nicht notwendig auch mit einer Schädigung der dem relevanten Markt nachgelagerten Endverbraucher einher. Bei einer konsequenten Ausrichtung der Wettbewerbspolitik auf die Wohlfahrt der Endverbraucher können sich die von Nachfragemacht nachteilig betroffenen Anbieter daher mitunter schutzlos gestellt sehen. Eine Debatte über die kartellrechtliche Behandlung von Nachfragemacht, bietet daher auch Anlass, sich über das

²⁸ Vgl. für Preishöhenmissbräuche WuW/E BGH 2103 – „Favorit“: „Gesamtbetrachtung des Leistungsbündels“.

dem geltende Recht zu Grunde liegende wettbewerbspolitische Leitbild Gedanken zu machen. Es steht die Frage im Raum, ob das Kartellrecht den Nachfragerwettbewerb in gleicher Weise schützt wie den Anbieterwettbewerb.

Der klassische deutsche wie europäische Ansatz begreift **Wettbewerb im Sinne eines ergebnisoffenen Prozesses**. Dieses Verständnis lässt sich besonders gut am Beispiel der Nachfragemacht und der Nachfragekartelle aufzeigen²⁹. Artikel 82 Satz 2 lit. a) EG verbietet in gleicher Weise nicht nur die Erzwingung unangemessener Verkaufspreise und -bedingungen, sondern auch die Erzwingung unangemessener Einkaufspreise und -bedingungen. Art. 81 lit. a) EG verbietet in gleicher Weise die unmittelbare Festsetzung von Verkaufspreisen wie die unmittelbare Festsetzung von Einkaufspreisen. Diese Sichtweise entsprach dem Verständnis zu § 1 GWB in der bis zur 7. GWB Novelle geltenden Fassung³⁰. Dass die Novelle hieran etwas ändern wollte, ist aus den Materialien nicht ersichtlich. Man wird daher davon ausgehen können, dass das geltende Recht von seinem Ansatz her den Wettbewerbsprozess „in alle Richtungen“³¹ schützen will. Eine Schädigung der Konsumentenwohlfahrt ist dafür keine zwingende Voraussetzung, erst recht nicht der Nachweis einer entsprechenden Schädigung.

Dass der Schutz des Nachfragerwettbewerbs direkt mit der Frage des wettbewerbspolitischen Leitbildes zusammenhängt, zeigt auch ein Blick auf die amerikanische Diskussion, in der *consumer welfare* als Ziel der Wettbewerbspolitik weitgehend unbestritten ist. Dabei wird aber intensiv darüber gestritten, was sich hinter diesem Begriff verbirgt. Das macht die gegenwärtige Debatte deutlich, die sich im Zusammenhang mit der Entscheidung des Supreme Courts in Sachen *Weyerhaeuser*³² um die Behandlung von Nachfragemacht durch das

²⁹ Siehe hierzu Zimmer, [Thesen zur Praxistauglichkeit des More Economic Approach, DIW – Roundtable](http://www.diw.de), 26.10.2007, abrufbar unter: <http://www.diw.de>.

³⁰ Für die Behandlung von Einkaufskooperationen siehe oben unter C. II.

³¹ Zimmer, aaO.

³² *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., Inc.*, 127 S. Ct. 1069 (2007): der Fall betraf den gegen einen marktbeherrschenden Nachfrager gerichteten Vorwurf, die mit ihm im Wettbewerb stehenden Nachfrager durch überhöhte Einkaufspreise aus dem Markt zu verdrängen – eine im Vergleich zu der Fallgruppe der „Kampfpreise“ spiegelbildliche Konstellation.

amerikanischen Antitrust-Recht entzündet hat³³. Die Frage ist unter anderem, ob *consumer* nur die Endverbraucher auf dem nachgelagerten Markt meint oder ob es nicht letztlich doch um das langfristige Wohle aller geht (*aggregated welfare*). Im letzteren Sinne verstanden, erreicht der Begriff der *consumer welfare* ein solches Abstraktionsniveau, dass man ihn zwar noch als Leitbild, aber nicht mehr zum Maßstab konkret zu entscheidender Fälle heranziehen kann. Schützt man zur Erreichung der so verstandenen *consumer welfare* dann aber wieder den Wettbewerb als Prozess³⁴, relativieren sich die praktischen Differenzen zum deutschen Ansatz.

E. Unternehmensbegriff und „reine“ Nachfragetätigkeit

Soweit die europäischen Gerichte in jüngerer Zeit mit Nachfragemacht zu tun hatten, ging es vor allem um die rein nachfragende Tätigkeit des Staates. Nach dem Europäischen Gerichtshof übt der nachfragende Staat eine unternehmerische Tätigkeit allerdings nur dann aus, wenn auch die Verwendung der nachgefragten Produkte einer wirtschaftlichen Tätigkeit zugeordnet werden kann³⁵. Der Gerichtshof gelangte zu diesem Ergebnis, weil er den Unternehmensbegriff von der Anbieterseite her definiert. Die Erfassung der Nachfragetätigkeit wird abhängig von einer Tätigkeit auf der Angebotsseite (Akzessorietätsansatz). Der Ausschluss der „reinen Nachfragetätigkeit“ steht in Gegensatz zur Rechtsprechung des BGH zum Unternehmensbegriff des GWB, wonach im Hinblick auf den Zweck des Gesetzes, die Freiheit des Wettbewerbs zu sichern, grundsätzlich jede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr – und damit auch die Beschaf-

³³ Vgl. hierzu Werden, *Monopsony and the Sherman Act: Consumer Welfare in a New Light*, m.w.N., abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=975992>.

³⁴ Siehe Werden, aaO.

³⁵ EuGH v. 11. Juli 2006, Rs. C-205/03 – FENIN, zunächst EuG v. 4. März 2003, Rs. T-319/99. In der jüngeren *Selex*-Entscheidung (EuG, Urteil vom 12.12.2006, T-155/04) weist das EuG insbesondere das Argument zurück, dass die Tragweite der FENIN-Entscheidung auf soziale Einrichtungen beschränkt sei. Diese Regel sei auf jede Einrichtung übertragbar, die Güter für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten einkaufe.

fungstätigkeit der öffentlichen Hand zum Eigenverbrauch – den Unternehmensbegriff erfüllt³⁶.

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Unternehmensbegriff wird von deutscher Seite wegen seiner wenig überzeugenden Ergebnisse kritisiert³⁷. Es ist darüber hinaus die Frage aufgeworfen worden, ob der Europäische Gerichtshof einen wettbewerbspolitischen Kurswechsel in Richtung Endverbraucher erkennen lässt, wonach die bislang geübte Gleichbehandlung von Nachfrager- und Anbieterwettbewerb auf dem Prüfstand stehen könnte³⁸. Offen sind die Auswirkungen für den Unternehmensbegriff des GWB³⁹.

³⁶ Noch 2002 hat der BGH den gemeinsamen Einkauf von Feuerwehrausrüstungen durch Gemeinden als wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand qualifiziert und insoweit die Unternehmenseigenschaft bejaht, vgl. BGH v. 12.11.2002, WuW DE-R 1087, 1089. In einem jüngeren Urteil hat der BGH dies allerdings ausdrücklich offengelassen, Beschluss vom 19.6.2007, KVR 23/98, WuW DE-R – 2161 ff. – Tariftreueerklärung III. Im Sinne des EuGH nunmehr auch für das deutsche Recht allerdings Bornkamm, Hoheitliches und unternehmerisches Handeln der öffentlichen Hand im Visier des europäischen Kartellrechts – Der autonome Unternehmensbegriff der Art. 81, 82 EG, Festschrift für Günther Hirsch, 2008, S. 231 ff.

³⁷ Überzeugend *Roth*, Zum Unternehmensbegriff im europäischen Kartellrecht, Festschrift Bechtold, 2006, S. 393, 402 und 404: Ob etwa Universitäten ihre Leistungen unentgeltlich oder marktförmig anbieten (und dabei ggf. soziale Kriterien berücksichtigen), könne für die Frage, welchen kartellrechtlichen Restriktionen sie bei ihrer Nachfragetätigkeit unterliegen, keine Rolle spielen; kritisch auch Bornkamm, Festschrift Hirsch, S. 232 ff.

³⁸ Bornkamm, Festschrift Hirsch, S. 232.

³⁹ Vgl. BGH Beschluss vom 19.6.2007, KVR 23/98, WuW DE-R 2161 ff. – Tariftreueerklärung III; der Anwendungsvorrang des europäischen Rechts steht einem weitergehenden Unternehmensbegriffs im deutschen Recht nicht entgegen. Dies gilt allemal für die Missbrauchsvorschriften, soweit dort nur ein einfacher Anwendungsvorrang gilt. Im Bereich des europäischen Kartellverbots gilt zwar nach der VO 1/2003 ein erweiterter Anwendungsvorrang. Doch handelt es sich bei Vereinbarungen zwischen reinen Nachfragern – zumindest bei wörtlicher Auslegung – gerade nicht um „Vereinbarungen zwischen Unternehmen“ im Sinne von Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003. Selbst wenn § 1 GWB auf Grund einer autonomen Entscheidung des deutschen Rechts grundsätzlich entsprechend Art. 81 EG auszulegen wäre, ist § 130 GWB zu berücksichtigen, der den Anwendungsbereich um die reine „staatliche“ Nachfragetätigkeit erweitert. ; a.A. Bornkamm, Festschrift Hirsch, S. 238 f., dessen Argument des level playing field bei (aus europäischer Sicht) gerader nichtwirtschaftlicher Tätigkeit ist allerdings nicht überzeugend.

F. Fragen

1. Ist der Nachfragewettbewerb ein eigenständiger Schutzgegenstand des geltenden Kartellrechts oder sollte Nachfragewettbewerb nur für den Fall wettbewerbswidriger Auswirkungen auf nachgelagerten Absatzmärkten geschützt sein? Welche Bedeutung sollte einem möglichen Schaden für die Endverbraucher zukommen? Ist ein solcher Schaden nur bei gleichzeitigem Vorliegen von Nachfrage- und Angebotsmacht vorstellbar?
2. Nachfragemacht lässt sich theoretisch im Sinne klassischer Marktmacht oder als (bilaterale) Verhandlungsmacht erfassen. Schließen sich die Modelle gegenseitig aus? Ist eines der Modelle besser geeignet?
3. Was unterscheidet den normativen Begriff der Marktbeherrschung von dem Befund (relativer) Nachfragemacht? Nach welchen Kriterien sollte sich bestimmen, ob ein mächtiger Nachfrager den relevanten Markt beherrscht? Inwieweit können Marktanteile und/oder (durchschnittliche) Lieferanteile als aussagekräftige Gradmesser herangezogen werden? Können erwiesene bilaterale Abhängigkeiten ein Begründungselement darstellen?
4. Sind „Spiraleffekt“ und „Wasserbetteffekt“ nur theoretische Überlegungen oder handelt es sich um auch in der Praxis ernstzunehmende mögliche Auswirkungen der Ausübung von Nachfragemacht? Anhand welcher Kriterien ließe sich gegebenenfalls das Risiko ihres Auftretens bewerten?
5. Sollte ein Kartell zwischen Nachfragern dem (europäischen) Kartellverbot in gleichem Maße unterliegen wie ein Kartell zwischen Anbietern? Welche Schlussfolgerungen leiten sich daraus für die kartellrechtliche Behandlung von Einkaufskooperationen ab?
6. Wie ist die praktische Wirksamkeit der deutschen Vorschriften über die passive Diskriminierung zu beurteilen?
7. Sollte der Unternehmensbegriff des GWB anders als im europäischen Kartellrecht auch auf rein nachfragende Tätigkeiten (insbesondere der öffentlichen Hand) Anwendung finden? Steht dem der Anwendungsvorrang des europäischen Rechts entgegen?