

Prof. Dr. Tobias Lettl, LL.M. (EUR), Universität Potsdam¹

Rechtsgutachten

zur

**kartellrechtlichen Beurteilung der Preisverhandlungen zwischen den
Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels und den Lieferanten
am Beispiel von Milchprodukten**

im Auftrag des Deutschen Bauernverbandes e. V.

¹ Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Potsdam.

Inhaltsverzeichnis

	Rn.
A. Auftrag	1
B. Zusammenfassung	9
C. Preisverhandlungen eines relativ marktmächtigen Unternehmens des Lebensmittel Einzelhandels mit Lieferanten	23
I. Regelungsinhalt des § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB	23
II. Normzweck des § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB	27
III. Grundsatzentscheidungen zu § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB	31
1. BGH vom 24. September 2002 (KVR 8/01), BGHZ 152, 97 – Konditionenanpassung	31
a) Inhalt der Entscheidung	31
aa) Sachverhalt	31
bb) Gründe	32
b) Beurteilung im Schrifttum	36
c) Fazit	37
2. BKartA vom 3. Juli 2014 (B2-58/09) – EDEKA	38
a) Inhalt der Entscheidung	38
aa) Sachverhalt	38
bb) Gründe	40
(1) Bedeutung der Entscheidung und Marktstruktur	40
(2) Abhängigkeit	40
(3) Vorteil und fehlende sachliche Rechtfertigung	45
(a) Bestwertabgleich	47
(b) Anpassung der Zahlungsziele	48
(c) „Synergiebonus“	49
(d) „Partnerschaftsvergütung“	50
(e) „Sortimentserweiterungsbonus“	51
b) Beurteilung im Schrifttum	52
c) Fazit	55
3. OLG Düsseldorf vom 18. November 2015 (VI-Kart 6/14 (V)) – EDEKA	58
a) Inhalt der Entscheidung	58
b) Fazit	65
IV. Tatbestandsmäßigkeit von § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB	68
1. Abhängigkeit (§ 20 Abs. 2, Abs. 1 GWB)	68
2. Vorteil – insbesondere: äußerst niedriger Preis als Vorteil?	70
3. Ohne sachlich gerechtfertigten Grund	79
a) Nachfragerbezogene Umstände, insbesondere Abwälzung eigener höherer	

Vertriebskosten auf Lieferanten	84
b) Lieferantenbezogene Umstände	87
c) Produktbezogene Umstände	91
d) Vertragsbezogene Umstände	92
e) Marktbezogene Umstände	94
4. Ausnutzung der Marktstellung	95
D. Preisverhandlungen eines relativ marktmächtigen Unternehmens mit Lieferanten unter Bezugnahme auf das Verhandlungsergebnisses eines anderen Unternehmens	96
I. Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB	96
1. Tathandlung	97
a) Vereinbarung	97
b) Aufeinander abgestimmte Verhaltensweise	98
aa) Abgrenzung zum zulässigen Parallelverhalten	98
bb) Informationsaustausch	100
(1) Grundsätze	100
(2) Preisgestaltung	102
(a) Grundsätze	103
(b) Sektoruntersuchung Milch des BKartA in den Jahren 2008 bis 2011	104
(c) Stellungnahme	109
(aa) Angebot zur Abstimmung	112
(bb) Annahme	114
(cc) Abstimmung über den Markt?	119
cc) Bezugnahme auf das Verhandlungsergebnis eines anderen Unternehmens	121
2. Fazit	122
II. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB	123
E. Vorschlag de lege ferenda	125

A. Auftrag

- Dem Auftrag liegt folgende, vom Auftraggeber vorgelegte Fragestellung zu Grunde: 1
- „Nach Einschätzung des landwirtschaftlichen Berufsstandes ist bei den Verhandlungen des Lebensmitteleinzelhandels (LEH) und den Molkereien über Einkaufs- und Verkaufspreise für Milchprodukte und ggf. weiterer Vermarkter landwirtschaftlicher Erzeugnisse ein gleichförmiges Verhalten in einem starken konzentrierten Markt festzustellen, welches den Wettbewerb behindert. 2
- Nach Abschluss der Verhandlungen für einzelne Linien von Milchprodukten durch ALDI ist regelmäßig zu beobachten, dass alle anderen Unternehmen des LEH ihre Einkaufs- und Verkaufspreise unmittelbar anpassen. Hierzu sind die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels durch den hohen Konzentrationsgrad und der hieraus resultierenden Marktmacht durch Ausnutzung struktureller Vorteile gegenüber den Molkereien in der Lage. Dies zeigen auch Fälle missbräuchlicher Ausnutzungen der Einkaufsmacht durch Forderungen zur Gewährung von Vorteilen ohne sachlich gerechtfertigte Gründe i.S. von § 20 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB, wie Hochzeits-, Treuerabatte u.ä., bei denen das Bundeskartellamt inzwischen eingeschritten ist. 3
- Nach bisheriger Auffassung des Bundeskartellamtes wird das gleichförmige Verhalten (auch Parallelverhalten) genannt der Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels akzeptiert, weil keine kartellrechtswidrige vorherige Verständigung der Handelsunternehmen festzustellen ist bzw. vorliegt, um die identische Preisgestaltung zu erklären (vgl. Endbericht Sektoruntersuchung Milch S. 106). 4
- Durch vergleichbare Preisgestaltung werden jedoch Ziele des Kartellrechts praktisch ausgehebelt. Dabei sind Vollsortimentler infolge ihrer Marktmacht in der Lage, auch höhere Kosten auf die Lieferanten abzuwälzen. Über ein 5

Gutachten durch einen renommierten Kartellrechtler sollen die Preismechanismen in der Lebensmittellieferkette zwischen LEH und Lieferanten analysiert und kartellrechtlich bewertet werden. Zu prüfen ist die Abgrenzung zwischen abgestimmtem Verhalten und reinem Parallelverhalten. Einer Bewertung bedarf die Frage, ob die gleichförmigen Preisverhandlungen zwischen den Unternehmen des LEH und den Molkereien den Wettbewerb in unzulässiger Weise beeinflussen. Hierbei ist auch zu prüfen, ob die Nachverhandlungen, die Lebensmitteleinzelhändler mit Herstellern von Milchprodukten in Reaktion auf Preissenkungen führen, Verstöße gegen § 20 GWB beinhalten.

Im Ergebnis der Analyse und kartellrechtlichen Bewertung sollen die Grenzen und Defizite der bestehenden kartellrechtlichen Instrumentarien aufgezeigt werden. Welcher Neuabgrenzungsbedarf besteht zwischen einem unzulässigen, abgestimmten Verhalten und einem noch zulässigen, gleichförmigen Verhalten? Wo hat das geltende Wettbewerbsrecht Lücken?

6

Unter Beachtung der Zielstellungen des deutschen Kartellrechtes zur Verhinderung des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen sollten auch mögliche Ansätze für gesetzliche Änderungen zu Grenzen von Preisverhandlungen aufgezeigt werden, die zur Stärkung der Verhandlungspositionen der im Vergleich zum hochkonzentrierten LEH marktschwächeren Lieferanten beitragen können. Wirtschaftliche Macht muss dort begrenzt werden, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer in Frage stellt.“

7

Es geht also um folgende Fragen, wie sie auch in der Auftragserteilung vom 12. November 2015 dargestellt sind:

1. Wie ist das Verhalten von marktmächtigen Unternehmen bei Preisverhandlungen kartellrechtlich zu beurteilen (Abgrenzung von zulässiger harter Verhandlung einerseits und missbräuchlicher Ausnutzung von Nachfragemacht andererseits)?
2. Inwieweit ist es kartellrechtlich zulässig, dass ein marktmächtiges Unternehmen einen Preis mit einem Lieferanten aushandelt und die Wettbewerber dieses Unternehmens diesen ausgehandelten Preis dann zum Gegenstand ihrer eigenen Preisverhandlungen machen (Abgrenzung von abgestimmtem Verhalten und reinem Parallelverhalten)?
3. Durch welche geeigneten gesetzlichen Änderungen im Kartellrecht kann die Nachfragemacht der Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels beschränkt werden, damit zumindest weitgehend Verhandlungsparität hergestellt wird?

B. Zusammenfassung

1. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB schützt auch Unternehmen, die im Vertikalverhältnis zu dem marktmächtigen Unternehmen stehen (z. B. Hersteller – Händler). 9

2. Die EDEKA-Entscheidung des BKartA, B2 – 58/09, betont zu Recht, dass wegen des hohen Konzentrationsgrades im Lebensmitteleinzelhandel § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB (sog. Anzapfverbot) „konsequent“ anzuwenden ist. 10

3. (Nachfragebedingte) Abhängigkeit im Sinne von § 20 Abs. 2, Abs. 1 GWB liegt im Verhältnis zwischen großen Lebensmitteleinzelhändlern und ihren Lieferanten regelmäßig vor. 11

4. Die EDEKA-Entscheidung des BKartA entwickelt bei der Anwendung von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB – soweit ersichtlich – erstmalig allgemeine Maßstäbe zur Kontrolle der Austauschgerechtigkeit für den Fall unterschiedlicher Verhandlungs- und Vertragsparität zwischen einem relativ marktmächtigen Nachfrager und von ihm abhängigen Lieferanten. 12

- Diese Maßstäbe bleiben von der aufhebenden Entscheidung des OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V), unberührt. Ob der BGH den Ansatz des BKartA bestätigt, bleibt abzuwarten. 13

5. Ob das Äquivalenzverhältnis zwischen Produkt und Preis einen Vorteil im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB begründen kann, ist umstritten. Für beide Ansätze sprechen gute Argumente. Verneint man die Frage, führt dies zu einer – im Hinblick auf den fortschreitenden Konzentrationsgrad im Lebensmitteleinzelhandel doch sehr empfindlichen – Regelungslücke bei der Begrenzung der Ausübung von Nachfragemacht. 14

6. Für eine Forderung eines relativ marktmächtigen Nachfragers fehlt es nach dem überzeugenden und vom OLG Düsseldorf bestätigten Ansatz des BKartA in der EDEKA-Entscheidung an einer sachlichen Rechtfertigung, wenn der vom relativ marktmächtigen Nachfrager verlangte Vorteil, also die Höhe der Forderung im Verhältnis zum Grund oder zur Gegenleistung, *offensichtlich* unangemessen ist. 15
7. Für die Frage, ob die Forderung eines Vorteils eines relativ marktmächtigen Unternehmens gegenüber einem Lieferanten offensichtlich unangemessen ist im Verhältnis zum Grund oder zur Gegenleistung, kommt eine Fallgruppenbildung in Betracht. Die Abwälzung eigener höherer Vertriebskosten auf einen Lieferanten, die in keinem Zusammenhang mit der Leistung des Lieferanten stehen (z. B. höhere Vertriebskosten des Nachfragers auf Grund Vollsortiments), ist sachlich nicht gerechtfertigt. 16
8. Die Veröffentlichung eines mit Lieferanten ausgehandelten Preises durch ein Unternehmen (z. B. in einer Fachzeitschrift) kann ein Angebot zur Abstimmung im Sinne der Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB darstellen. Allein die Bezugnahme auf das Verhandlungsergebnis eines anderen Unternehmens bei eigenen Preisverhandlungen vermag noch keine Annahme eines etwaigen Angebots zur Abstimmung im Sinne der Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB zu begründen. 17
9. Das Sich-zu-eigen-machen des Verhandlungsergebnisses eines anderen Unternehmens verstößt gegen § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB. Ein solches Sich-zu-eigen-machen kann vor allem dann vorliegen, wenn der Nachfrager auf das Verhandlungsergebnis eines anderen Unternehmens Bezug nimmt und lediglich denselben oder gar nur einen noch niedrigeren Preis anbietet; ; dies gilt umso mehr, wenn der relativ marktmächtige Nachfrager dabei versucht, allein in seinem eigenen Risikobereich liegende Umstände wie eigene höhere Vertriebskosten etwa auf Grund Vollsortiments auf den Lieferanten abzuwälzen. 18

10. Das GWB muss der infolge des hohen Konzentrationsgrades im Lebensmitteleinzelhandel gestörten Verhandlungs- und Vertragsparität zwischen relativ marktmächtigen Nachfragern und Lieferanten begegnen. Die derzeitige Rechtslage reicht hierfür nicht aus. Denn gerade mit der Auslegung von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB sind erhebliche Unwägbarkeiten verbunden. 19
11. Zur Wiederherstellung von Verhandlungs- und Vertragsparität zwischen einem relativ marktmächtigen Nachfrager im Lebensmitteleinzelhandel und den von ihm abhängigen Lieferanten, insbesondere zur 20
- (1) Beseitigung von bestehender Rechtsunsicherheit,
- (2) Gewährleistung einer kartellrechtlichen Überprüfung des Äquivalenzverhältnisses zwischen der Leistung eines relativ marktmächtigen Nachfragers und der Gegenleistung eines vom Nachfrager abhängigen Lieferanten sowie
- (3) Einräumung rechtlichen Schutzes von abhängigen Lieferanten gegenüber dem Sich-zu-eigen-machen des Verhandlungsergebnisses eines anderen Unternehmens durch den relativ marktmächtigen Nachfrager,
- empfehlen sich gesetzliche Neuregelungen im GWB.
12. § 20 Abs. 2 GWB könnte um folgenden Satz 2 ergänzt werden: 21
- „§ 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 5 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unternehmen. § 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 2 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unternehmen, die Lebensmittel im Sinne des § 2 Absatz 2 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuchs anbieten.“

13. § 20 Abs. 2 GWB könnte außerdem um folgenden Satz 3 ergänzt werden:

„Es ist zu vermuten, dass es an einer sachlichen Rechtfertigung der Forderung eines relativ marktmächtigen Unternehmens im Sinne von § 20 Absatz 2 Satz 1, Absatz 1 fehlt und dieses Unternehmen seine Marktstellung ausnutzt, wenn es bei seinen Verhandlungen mit einem von ihm abhängigen Unternehmen über die Lieferung von Lebensmitteln im Sinne des § 2 Absatz 2 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuchs

1. eine Forderung stellt, die offensichtlich nicht in einem angemessenen Verhältnis zum Grund oder zur Gegenleistung steht, oder
2. sich das Verhandlungsergebnis eines anderen Unternehmens für das jeweilige Produkt zu eigen macht.“

C. Preisverhandlungen eines relativ marktmächtigen Unternehmens des Lebensmitteleinzelhandels mit Lieferanten

I. Regelungsinhalt des § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB

Nach § 19 Abs. 1 GWB ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen verboten. Ein solcher Missbrauch liegt gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB insbesondere dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen seine Marktstellung dazu ausnutzt, andere Unternehmen dazu aufzufordern oder zu veranlassen, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren. 23

Dieses Verbot gilt nach § 20 Abs. 2 GWB auch für Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen im Verhältnis zu von ihnen abhängigen Unternehmen. Ein Rückgriff auf § 20 Abs. 2 GWB ist für die hier zu untersuchende Fragestellung deshalb erforderlich, weil eine direkte Anwendung von § 19 GWB (oder Art. 102 AEUV) nicht in Betracht kommt. Denn im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels ist kein Unternehmen marktbeherrschend im Sinne von §§ 19 Abs. 1, 18 Abs. 1 GWB.² Doch muss auch unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung wirtschaftliche Macht eine Begrenzung erfahren. So hat die fortschreitende Konzentration gerade im Lebensmitteleinzelhandel zu so starken Machtstellungen für die Nachfrager geführt, dass die oft exzessive Ausübung solcher Machtstellungen im bilateralen Verhältnis einer Lieferbeziehung das Eingreifen des GWB in gleichem Maße herausfordert und legitimiert wie bei Marktbeherrschung.³ 24

Der Begriff der Abhängigkeit ist in § 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GWB legaldefiniert. Danach liegt Abhängigkeit eines Unternehmens von einem anderen Unternehmen vor, wenn ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen (relative Marktmacht). Für die Abhängigkeit eines Unternehmens kommt es bei § 20 Abs. 2 GWB nicht auf die Größe dieses Unternehmens an,⁴ weil § 20 Abs. 2 GWB anders als § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB insoweit keine Einschränkung enthält. Für die Frage der Abhängigkeit im Sinne von § 20 25

² Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 12. Aufl. 2014, § 20 GWB Rn. 58.

³ Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 12. Aufl. 2014, § 19 GWB Rn. 84.

Abs. 1 Satz 1 GWB sieht § 20 Abs. 1 Satz 2 GWB eine Vermutung dann vor, wenn der Nachfrager bei einem Unternehmen zusätzlich zu den verkehrüblichen Preisnachlässen oder sonstigen Leistungsentgelten regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt, die gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden.

Bei § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB (sog. Anzapfverbot) handelt es sich um die grundlegende Norm zur Erfassung des Missbrauchs von Nachfragemacht im deutschen Kartellrecht. Dies gilt insbesondere für den Bereich des Lebensmitteleinzelhandels.⁵ Das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung oder relativer Marktmacht gilt nicht nur für den Markt, auf dem die marktbeherrschende Stellung oder relative Marktmacht besteht, sondern auch für den Markt, auf dem sich die Machtstellung auswirkt.⁶ Die Beeinträchtigung muss daher nicht auf dem beherrschten Markt oder dem Markt, auf dem relative Marktmacht besteht, erfolgen, sondern kann auch auf einem Drittmarkt eintreten, wenn der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen Marktbeherrschung oder relativer Marktmacht und Verhalten oder seiner wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkung gegeben ist.⁷ Für die inhaltliche Reichweite von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB kommt es entscheidend auf dessen Normzweck an.

26

⁴ *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 12. Aufl. 2014, § 20 GWB Rn. 84.

⁵ *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 12. Aufl. 2014, § 19 GWB Rn. 84.

⁶ BGHZ 83, 238, 243 Rn. 31 bei juris – Meierei-Zentrale; BGHZ 33, 259, 263 – Molkereigenossenschaft.

⁷ BGH WuW/E DE-R 1210 Rn. 22 bei juris – Strom und Telefon II.

II. Normzweck des § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB

Der Gesetzgeber⁸ und der BGH⁹ sehen den Normzweck von § 20 Abs. 3 GWB a. F. (weitgehend inhaltsgleiche Vorgängernorm von §§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB, 20 Abs. 2 GWB) darin, dass jedenfalls „die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen durch unbillige Ausübung von Nachfragemacht“ im Vordergrund stehe. Schutzobjekt sind danach zumindest der Wettbewerb als Institution auf den von nachfragemachtbedingten Diskriminierungen betroffenen Beschaffungsmärkten und die Wettbewerber des nachfragemächtigen Unternehmens.¹⁰

27

Der BGH lässt dabei ausdrücklich offen, ob „in besonderen Ausnahmefällen der Vorschrift auch ein Schutzzweck für das Vertikalverhältnis zwischen Nachfrager und Anbieter“ beizumessen sei. Dies ist im Schrifttum sehr umstritten.¹¹

28

Der Schutzzweck des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB muss auch das Vertikalverhältnis zwischen (marktmäßigem) Nachfrager und Anbieter erfassen, da die Ausnutzung von Marktmacht durch die Gewährung sachlich nicht gerechtfertigter Vorteile den Anbieter in seiner wettbewerblichen Entfaltungsfreiheit beeinträchtigt.¹² Außerdem liefere die Norm bei einem Nachfrager ohne Wettbewerber sinnwidrig leer.¹³ § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB bezweckt daher auch den Schutz der Anbieter vor Ausbeutung durch Nachfrager¹⁴ und tritt damit in seiner vertikalen Schutzrichtung neben die allgemei-

29

⁸ BT-Drucks. 8/2136, S. 25.

⁹ BGHZ 152, 97 Rn. 36 bei juris – Konditionen Anpassung.

¹⁰ *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 5. Aufl. 2014, § 19 GWB Rn. 368.

¹¹ Den Schutzzweck auf das Vertikalverhältnis erstreckend: BT-Drucks. 17/9852, S. 24; BKartA vom 3. Juli 2014, B2-58/09 Rn. 261 – EDEKA; *Loewenheim*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 20 GWB Rn. 113; *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 12. Aufl. 2014, § 19 Rn. 153 u. § 20 GWB Rn. 84; *Köhler*, in: FS Tilmann, 2003, 693, 694 u. WRP 2006, 139, 140; *Küstner*, WuW 2015, 1093, 1096; *Wanderwitz*, WRP 2015, 162 Rn. 6; *a. A. Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 5. Aufl. 2014, § 19 GWB Rn. 368; *Bechtold*, GWB, 8. Aufl. 2015, § 19 Rn. 84; *Säcker/Mohr*, WRP 2010, 1, 2 f.; die Frage hat nur für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Vorteil“ in § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB, nicht aber für die Geltendmachung von Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen Bedeutung. Denn mittlerweile ist jeder Mitbewerber oder sonstiger Marktteilnehmer, der durch einen Kartellrechtsverstoß beeinträchtigt ist, aktiv legitimiert nach § 33 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. § 33 Abs. 1 Satz 1, Satz 2, Abs. 3 Satz 1 GWB. Von einem Verstoß gegen § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB durch einen Nachfrager ist der jeweilige Lieferant aber stets beeinträchtigt (Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche können darüber hinaus Wirtschaftsverbände, vgl. § 33 Abs. 2 Nr. 1 GWB, und Verbraucherverbände, vgl. § 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB, geltend machen).

¹² *Köhler*, in: FS Tilmann, 2003, 693, 694 u. WRP 2006, 139, 140.

¹³ *Loewenheim*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 20 GWB Rn. 113; *Küstner*, WuW 2015, 1093, 1096.

¹⁴ *Wanderwitz*, WRP 2015, 162 Rn. 6.

nen Ausbeutungsverbote des § 19 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 GWB.¹⁵ Denn § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB soll ein Verhandlungsergebnis verhindern, das vor dem Hintergrund eines Machtgefälles durch Schein-Argumente des Nachfragers verfälscht ist.¹⁶ Es geht also um die Wiederherstellung der Verhandlungs- und Vertragsparität in gewissem Umfang.

Zur Veranschaulichung des Anwendungsbereichs des § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB ist ein Blick auf drei Grundsatzentscheidungen zu diesen Regelungen oder ihren Vorgängernormen zu werfen.

30

III. Grundsatzentscheidungen zu § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB

1. BGH vom 24. September 2002 (KVR 8/01), BGHZ 152, 97 – Konditionen Anpassung

a) Inhalt der Entscheidung

aa) Sachverhalt

Der Metro-Konzern übernimmt mit Wirkung zum 1. Januar 1998 die allkauf-Gruppe und stellt dabei fest, dass die allkauf-Gruppe von einzelnen Lieferanten teilweise günstigere Konditionen erhalten hatte als sie selbst. Daraufhin tritt der Metro-Konzern an diese Lieferanten heran und fordert rückwirkend zum 1. Januar 1998 eine Konditionenangleichung und entsprechende Ausgleichszahlung auf das für die Einkäufer jeweils günstigere Niveau.

31

bb) Gründe

Der BGH sieht im Verlangen des Metro-Konzerns nach rückwirkender Konditionenangleichung und Ausgleichszahlung anders als noch das BKartA nicht in jedem Fall

32

¹⁵ *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 12. Aufl. 2014, § 19 Rn. 150; *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 5. Aufl. 2014, § 19 Rn. 368 a. E. beurteilt freilich einen mit § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB vergleichbaren Schutz vor Ausbeutung durch § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB durch Nachfrager als unvereinbar mit dem Normzweck des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB, wobei er offen lässt, ob dieser Zweck sich auch auf die abhängigen Anbieter erstreckt.

¹⁶ *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 12. Aufl. 2014, § 19 Rn. 168.

einen Verstoß gegen § 20 Abs. 3 GWB a. F. (nunmehr im Wesentlichen inhaltsgleich § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB).

Zur Frage der Abhängigkeit hält der BGH die Heranziehung bestimmter Grenzwerte für die Lieferanteile eines Herstellers mit einem Händler für zulässig, „bei deren Überschreiten eine Abhängigkeit des Lieferanten von dem nachfragestarken Unternehmen – widerleglich – vermutet wird“.¹⁷ Doch sei ein solcher Grenzwert unter Berücksichtigung der Verhältnisse auf dem konkreten Markt plausibel herzuleiten.

33

Zwar sei es als eine Vorzugsbedingung im Sinne des § 20 Abs. 3 GWB a. F. anzusehen, „wenn ein nachfragestarkes Unternehmen, ohne dass hierfür ein zivilrechtlicher Anspruch besteht, seine Lieferanten dazu bewegt, für in der Vergangenheit abgeschlossene Sachverhalte andere, ihnen ungünstigere Lieferkonditionen zu vereinbaren und Ausgleichszahlungen zu leisten“.¹⁸ Wettbewerber der Betroffenen hätten diese Möglichkeit zum rückwirkenden Eingriff in laufende Verträge nämlich nicht. Veranlasse danach ein nachfragestarkes Unternehmen seine Lieferanten entgegen den üblichen zivilrechtlichen Regeln zu einer rückwirkenden Konditionenanpassung, so begründe dies lediglich die – widerlegliche – Vermutung, dass hierfür sachlich gerechtfertigte Gründe nicht bestünden.¹⁹

34

Doch könne, so der BGH weiter, diese Vermutung im konkreten Fall widerlegt sein. Zwar seien sachlich nicht gerechtfertigte Vorzugsbedingungen jedenfalls nicht Mengen- und Funktionsrabatte.²⁰ Doch handele es sich wenigstens teilweise bei den Anpassungen und Ausgleichszahlungen um Mengenrabatte. Denn es seien die Abnahmemengen beider früherer selbständiger Unternehmen zusammenzurechnen und darauf der entsprechend günstigere Rabattsatz anzuwenden. Außerdem hätten sich die Marktverhältnisse für die Lieferanten durch den Zusammenschluss nachhaltig geändert, da sie es nur noch mit einem Abnehmer zu tun hätten. Ferner könnte es zu einer Stärkung der Vertragsbeziehungen in den Folgejahren kommen.²¹ Die Frage, ob diese Erwägungen die Lieferanten tatsächlich dazu bewegen konnten, dem Anpas-

35

¹⁷ BGHZ 152, 97 Rn. 32 bei juris – Konditionenanpassung.

¹⁸ BGHZ 152, 97 Rn. 37 bei juris – Konditionenanpassung.

¹⁹ BGHZ 152, 97 Rn. 38 bei juris – Konditionenanpassung.

²⁰ BGHZ 152, 97 Rn. 40 bei juris – Konditionenanpassung.

²¹ BGHZ 152, 97 Rn. 41 bei juris – Konditionenanpassung.

sungswunsch des Metro-Konzerns zu folgen und als sachlich gerechtfertigte Gründe für eine rückwirkende Konditionenangleichung anzusehen seien, müsse nunmehr die Vorinstanz prüfen.²²

b) Beurteilung im Schrifttum

*Köhler*²³ kritisiert die Begründung des BGH zu einer möglichen sachlichen Rechtfertigung. Der Vorteil, es künftig nur noch mit einem Abnehmer zu tun zu haben, rechtfertige allenfalls eine Konditionenanpassung *ex-nunc*. Bedenklich sei auch das Abstellen auf eine mögliche Sicherung der Vertragsbeziehungen, denn es sei gerade die Drohung mit der Beendigung der Vertragsbeziehung, die den Lieferanten veranlasse, der Forderung des Nachfragers zu entsprechen.²⁴

36

c) Fazit

Erwägungen der Entscheidung des BGH, BGHZ 152, 97 – Konditionenanpassung, sind auf die hier zu untersuchende Fragestellung der Preisverhandlungen für die Zukunft nicht übertragbar, da sich ihre Aussagen ausdrücklich auf eine nachträgliche Konditionenanpassung mit entsprechender Ausgleichzahlung nach einer Unternehmensfusion beschränken.

37

2. BKartA vom 3. Juli 2014 (B2-58/09) – EDEKA

a) Inhalt der Entscheidung

aa) Sachverhalt

Ende 2008 übernimmt EDEKA rd. 2.300 Filialen der Discountschiene „Plus“ vom Wettbewerber Tengelmann mit dem Ziel, diese Filialen in die eigene Discountschiene „Netto“ (rd. 2000 Filialen) zu integrieren. In den ersten Monaten des Jahres 2009 führt EDEKA daraufhin mit rd. 500 Lieferanten aus nahezu sämtlichen Warenbereichen sogenannte „Sonderverhandlungen“ und fordert rückwirkend zum 1. Januar 2009 (1) einen „Bestwertabgleich“ mit den bisherigen „Plus“-Preisen, (2) eine „An-

38

²² BGHZ 152, 97 Rn. 42 bei juris – Konditionenanpassung.

²³ FS Tilmann, 2003, 693, 700 u. LMK 2003, 30, 31.

²⁴ FS Tilmann, 2003, 693, 701 u. LMK 2003, 30, 31; kritisch insoweit auch *Wagner*, EWiR § 20 GWB 1/03, 331, 332; zust. indes *Goette*, *ZweR* 2003, 135, 144.

passung der Zahlungsziele“, (3) die Zahlung eines dauerhaften „Synergiebonus“ für potenzielle Kosteneinsparungen auf Seiten der Lieferanten, (4) die Zahlung einer „Partnerschaftsvergütung“ für die Renovierung der Filialen, sowie (5) die Zahlung eines „Sortimentserweiterungsbonus“ für mögliche zusätzliche Leistungen in den neuen Filialen.

Das BKartA durchsucht wegen des Verdachts eines Verstoßes gegen das Verbot der Forderung von Vorteilen ohne sachlich gerechtfertigten Grund (§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB) im April 2009 die EDEKA-Zentrale in Hamburg. Die Auswertung der Asservate sowie die Vernehmung von Zeugen aus dem beispielhaft ausgewählten Produktmarkt Sekt bestätigen diesen Verdacht für mehrere Verhaltensweisen der EDEKA bei der Berechnung oder der Begründung der genannten Forderungen. Zur Beurteilung der Frage, ob bzw. inwieweit die Forderungen der EDEKA einen Vorteil ohne sachlich gerechtfertigten Grund darstellten, untersucht das BKartA jede einzelne der fünf genannten Forderungen, überprüft die konkret gegenüber den beispielhaft als abhängig identifizierten Lieferanten aufgestellten Forderungen und nimmt eine kartellrechtliche Bewertung der Begründung und Berechnung jeder einzelnen Forderung im Hinblick auf ihre sachliche Rechtfertigung vor. Darüber hinaus werden der Zeitpunkt der Forderungen und die Rückwirkung der Forderungen einer kartellrechtlichen Bewertung unterzogen.

39

bb) Gründe

(1) Bedeutung der Entscheidung und Marktstruktur

Nach Auffassung des BKartA trägt das vorliegende Verfahren dazu bei, die erforderliche Grenze zwischen – kartellrechtlich zulässigen – „harten Verhandlungen“ auf der einen Seite und der missbräuchlichen Ausnutzung von Nachfragemacht auf der anderen Seite zu ziehen. Wegen der zunehmenden Konzentration im deutschen Lebensmitteleinzelhandel und der damit verbundenen Verengung der Nachfrage nach Markenartikeln auf wenige große Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels sei eine konsequente Anwendung des Anzapfverbots notwendig. Die Prüfung und Bewertung der Tatbestandsmerkmale „Abhängigkeit“ und „Vorteil ohne sachlich ge-

40

rechtfertigten Grund“ müsse dabei stets unter umfassender Berücksichtigung der individuellen Marktgegebenheiten erfolgen.

Ein missbräuchliches „Anzapfen“ schade nicht nur den unmittelbar betroffenen Lieferanten, sondern auch den kleineren und mittleren Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels, deren Konditionen sich im Vergleich zu ihren großen Wettbewerbern unmittelbar weiter verschlechterten und denen von den Lieferanten (aus Angst vor weiteren Konditionenanpassungen im Falle einer späteren Übernahme) auch zukünftig keine besseren Einzelkonditionen mehr gewährt würden. Für die Verbraucher ergäben sich aus einem missbräuchlichen Anzapfen mittel- und langfristig die Nachteile schlechterer Produktqualität, nachlassender Innovationstätigkeit und geringerer Vielfalt sowie die Gefahr steigender Preise bei einer Reduzierung der Wettbewerbsintensität im deutschen Lebensmitteleinzelhandel. Dass die Abgrenzung unzulässiger Forderungen marktmächtiger Unternehmen auch in anderen EU-Ländern von großer aktueller Bedeutung sei, zeigten nicht zuletzt die verschiedenen europäischen Initiativen zu dieser Thematik.

41

Da mit dem vorliegenden Verfahren zu den Tatbestandsmerkmalen „Abhängigkeit“ und „Vorteil ohne sachlich gerechtfertigten Grund“ eine Vielzahl von Fragen erstmalig im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens nach § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB überprüft würde und die Beschlussabteilung dem Verfahren zudem eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung beimesse, sei das zunächst als Ordnungswidrigkeitenverfahren eingeleitete Verfahren als Verwaltungsverfahren weitergeführt und mit einer Feststellungsentscheidung nach § 32 Abs. 3 GWB abgeschlossen worden.

42

Das BKartA hebt zunächst hervor, dass sich die Wettbewerbsbedingungen zwischen Herstellern und dem Lebensmitteleinzelhandel in den letzten Jahren stark verändert hätten und deshalb eine „konsequente Anwendung des § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB ... erforderlich und angemessen“ sei.²⁵ Denn die Marktstruktur des Lebensmitteleinzelhandels habe in den vergangenen Jahren eine starke Konzentration erfahren. Harte Verhandlungen zwischen Herstellern und Händlern seien zwar nicht nur im Lebensmitteleinzelhandel üblich und kartellrechtlich nicht ohne Weite-

43

res unzulässig, selbst wenn sich mengen- und umsatzbezogene Strukturvorteile größer, nachfragestarker Handelsunternehmen in den Verhandlungen mit den Lieferanten niederschlagen. Doch sei im konkreten Fall die Grenze zulässigen Verhaltens überschritten.²⁶

(2) Abhängigkeit

Das Merkmal der Abhängigkeit in § 20 Abs. 2 GWB beschreibt nach Auffassung des BKartA die Gefährdungslage, in der ein Verstoß gegen § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB möglich sei.²⁷ Für die Beurteilung dieses Merkmals komme es auf die tatsächlichen Marktstrukturen und Marktbedingungen, insbesondere auf die Marktposition des Nachfragers, an. Dies mache eine Abgrenzung der relevanten Märkte erforderlich.²⁸ Danach sind die Umstände des Einzelfalles entscheidend. Dies wird auch an den Aussagen des BKartA deutlich, wonach es für eine Abhängigkeit nicht ausreicht, dass ein Lieferant den Verlust eines Nachfragers nicht vollständig durch alternative Vertriebs- oder Produktionsmöglichkeiten abfangen könne.²⁹ Umgekehrt sei Abhängigkeit nicht erst dann gegeben, wenn ein Lieferant ohne den Nachfrager generell nicht mehr wirtschaftlich handeln könne und daher aus dem Markt ausscheiden müsse.

44

(3) Vorteil und fehlende sachliche Rechtfertigung

Das BKartA beurteilt als Vorteil im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB nicht sämtliche von einem relativ marktmächtigen Unternehmen in Verhandlungen mit Lieferanten geforderten oder erreichten günstigeren Einstandspreise gegenüber dem Status Quo.³⁰ Denn auch marktmächtige Nachfrager dürften im Rahmen von Vertragsverhandlungen Argumente und Verhandlungsgeschick einsetzen, um günstige Konditionen zu erreichen. Im Hinblick auf den auch vertikalen Schutzzweck der Norm sei eine Verengung des Begriffs auf die eine geforderte oder nachgewiesene Besserstel-

45

²⁵ BKartA vom 3. Juli 2014, B2-58/09 Rn. 50 – EDEKA.

²⁶ BKartA vom 3. Juli 2014, B2-58/09 Rn. 54 – EDEKA.

²⁷ BKartA vom 3. Juli 2014, B2-58/09 Rn. 94 – EDEKA.

²⁸ BKartA vom 3. Juli 2014, B2-58/09 Rn. 140 ff. – EDEKA.

²⁹ BKartA vom 3. Juli 2014, B2-58/09 Rn. 97 – EDEKA.

³⁰ BKartA vom 3. Juli 2014, B2-58/09 Rn. 260 – EDEKA.

lung gegenüber Wettbewerbern nicht zulässig.³¹ Da Anhaltspunkte für eine Abgrenzung der Tatbestandsmerkmale „Vorteil“ und „sachlich gerechtfertigter Grund“ fehlten, prüft das BKartA zunächst, bei welchem der von EDEKA gegenüber ihren Lieferanten geforderten Vorteile kein sachlich gerechtfertigter Grund für die Forderung vorliegt.³² Unter Verweis auf die Gesetzesbegründung führt das BKartA aus, dass ein sachlich gerechtfertigter Grund einen Leistungsbezug (z. B. Mengenrabatt wegen zukünftig größerer Abnahmemenge oder Forderung einer Bonuszahlung für konkrete zusätzliche Listungen von Produkten) und die Angemessenheit der Forderung voraussetze.³³ Die Angemessenheit einer Forderung ergebe sich aus dem Verhältnis zwischen der Höhe der Forderung und der Höhe oder Bedeutung der damit verbundenen (Gegen-)Leistung. Außerdem müsse die (Gegen-)Leistung für den Lieferanten betriebswirtschaftlich kalkulierbar sein.³⁴ Doch müsse auch die Begründung und Berechnung der Forderung für den Lieferanten nachvollziehbar sein. Danach seien folgende Fragen für die Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung einer Forderung von Bedeutung und zu prüfen:³⁵

„- Steht der Forderung tatsächlich ein sachlich damit verbundener Grund oder eine sachlich damit verbundene Gegenleistung gegenüber?

- Sind die Begründung und die Berechnung der Forderung für den Lieferanten nachvollziehbar?

- Sind die Begründung und die Berechnung des Grundes bzw. der Gegenleistung für den Lieferanten nachvollziehbar?

- Ist die Höhe der Forderung im Verhältnis zum Grund bzw. zur Gegenleistung angemessen?“

³¹ BKartA vom 3. Juli 2014, B2-58/09 Rn. 261 – EDEKA.

³² BKartA vom 3. Juli 2014, B2-58/09 Rn. 263 – EDEKA.

³³ BKartA vom 3. Juli 2014, B2-58/09 Rn. 264 – EDEKA.

³⁴ BKartA vom 3. Juli 2014, B2-58/09 Rn. 265 – EDEKA.

³⁵ BKartA vom 3. Juli 2014, B2-58/09 Rn. 266 – EDEKA.

Bei letzterer Frage konzentriert sich das BKartA auf solche Forderungen, die *offensichtlich* nicht in einem angemessenen Verhältnis zum Grund bzw. zur Gegenleistung stehen.³⁶

46

(a) Bestwertabgleich

Im Hinblick auf den – für dieses Gutachten in erster Linie relevanten – Bestwertabgleich der Einkaufspreise zwischen EDEKA und Plus und die Forderung der Zahlung einer beträchtlichen Summe im Hinblick auf höhere Einkaufspreise von EDEKA in der Vergangenheit weist EDEKA nur auf die Feststellung von Preisunterschieden hin.³⁷ Eine detaillierte Vorgehensweise zur stufenweisen Ausweitung der Berechnungsgrundlage wurde den Lieferanten nicht erläutert. Eine Gegenleistung für den Bestwertabgleich wurde gegenüber den Lieferanten grundsätzlich nicht benannt oder angeboten. Die Strategie von EDEKA zielte nach Auffassung des BKartA darauf ab, von den Lieferanten eine möglichst hohe Summe fordern zu können.³⁸ Nach Auffassung des BKartA war der Bestwertabgleich zumindest auf Grund der Berechnungsmethode, der fehlenden Transparenz für die Lieferanten, der Zeitpunkte und Auswahl der Stichtage sowie der Rückwirkung der Forderung sachlich nicht gerechtfertigt³⁹ und verstößt infolgedessen gegen § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB.

47

(b) Zahlungsziele

Bei den Zahlungszielen forderte EDEKA für die Fälle, in denen Plus zuvor längere Zahlungsziele erhalten hatte, von vielen Lieferanten eine entsprechende Verlängerung für das gesamte Sortiment von EDEKA. Auf Grund des isolierten „Herauspickens“ dieser für die Lieferanten sehr wichtigen Einzelkondition ohne Berücksichtigung des Konditionenpakets im Übrigen verneint das BKartA einen sachlichen Grund für diese Forderung.⁴⁰

48

³⁶ BKartA vom 3. Juli 2014, B2-58/09 Rn. 267 – EDEKA.

³⁷ BKartA vom 3. Juli 2014, B2-58/09 Rn. 294 – EDEKA.

³⁸ BKartA vom 3. Juli 2014, B2-58/09 Rn. 314 – EDEKA.

³⁹ BKartA vom 3. Juli 2014, B2-58/09 Rn. 334 – EDEKA.

⁴⁰ BKartA vom 3. Juli 2014, B2-58/09 Rn. 357 und im Einzelnen 374 ff. – EDEKA.

(c) „Synergiebonus“

EDEKA forderte außerdem einen rückwirkenden, dauerhaften „Synergiebonus“ in Höhe von 0,5 % des Gesamtumsatzes eines Lieferanten mit EDEKA und Plus mit der Begründung, dass den Lieferanten aus der Übernahme der Plus-Märkte Synergieeffekte entstünden. Konkrete Vorteile für die Lieferanten oder Gegenleistungen für diese Forderung benannte EDEKA nicht. Das BKartA beurteilt die Forderung von EDEKA schon deshalb als sachlich nicht gerechtfertigt, weil die Lieferanten auf Grund der Übernahme keine messbaren Synergievorteile zu erwarten hatten.⁴¹ Selbst wenn einzelne Lieferanten als Gegenleistung für die Forderung von EDEKA zusätzliche Werbeaktionen oder Listungen aushandeln konnten, habe dies in keinem sachlichen Zusammenhang zur dauerhaften Forderung des Synergiebonus gestanden. Sie könnten daher ebenfalls keinen sachlich rechtfertigenden Grund darstellen.⁴²

49

(d) „Partnerschaftsvergütung“

EDEKA verlangte eine „Partnerschaftsvergütung“ in Höhe von 4 % auf den bisherigen Plus-Umsatz eines Lieferanten und begründete dies allgemein mit der höheren Attraktivität der neuen, renovierten Filialen und dem größeren Aktionsanteil von Netto. EDEKA benannte den Lieferanten keine konkreten Vorteile gegenüber ihren bisherigen Listungen oder Aktionen bei Plus. Auch die Forderung von EDEKA nach einer „Partnerschaftsvergütung“ beurteilt das BKartA als sachlich nicht gerechtfertigt mangels sachlichen Zusammenhangs mit einer Leistung an die Lieferanten.⁴³

50

(e) „Sortimentserweiterungsbonus“

EDEKA forderte einen „Sortimentserweiterungsbonus“ mit der Begründung einer (möglichen) Listungsausweitung auf Grund einer Umstellung der Plus-Filialen auf das Netto-Sortiment. EDEKA machte keine Angaben dazu, ob und in welchem Umfang tatsächlich zusätzliche Leistungen gegenüber den Lieferanten erfolgen sollten sowie zur Berechnung der Höhe der Forderung. Das BKartA beurteilt auch diese

51

⁴¹ BKartA vom 3. Juli 2014, B2-58/09 Rn. 386 – EDEKA.

⁴² BKartA vom 3. Juli 2014, B2-58/09 Rn. 386 – EDEKA.

⁴³ BKartA vom 3. Juli 2014, B2-58/09 Rn. 414 – EDEKA.

Forderung von EDEKA als sachlich nicht gerechtfertigt.⁴⁴ Denn für die Lieferanten habe kein konkreter Bezug zu einer tatsächlichen Leistungsausweitung bestanden. Auch wenn einzelne Lieferanten individuell zusätzliche Leistungen als Gegenleistung aushandeln konnten, hätten diese in keinem Bezug zur Höhe der Forderung gestanden.

b) Stellungnahmen im Schrifttum

*Küstner*⁴⁵ bemängelt die Vorgehensweise des BKartA bei der Bestimmung der Abhängigkeit, da das BKartA das Fehlen eines festen marktstrukturellen Kriteriums in § 20 Abs. 2 GWB durch die Aneinanderreihung marktstruktureller Gesichtspunkte zu kompensieren suche. 52

*Wanderwitz*⁴⁶ kritisiert die Kriterien des BKartA zur sachlichen Rechtfertigung als wenig hilfreich (das erste Kriterium, wonach der Forderung des Nachfragers ein sachlich damit verbundener Grund oder eine damit verbundene Gegenleistung gegenüberstehen müsse, laufe auf eine reine Preishöhenkontrolle hinaus). Er spricht sich deshalb für die Formulierung von Rechtfertigungsausschlussgründen aus. Als solche nennt er (1) rückwirkende Vertrags- und Konditionenadjustierungen, (2) Absicherungsmechanismen zu Lasten konkurrierender Nachfrager, (3) Verstöße gegen gesetzliche Regelungen des Leistungsaustauschs wie § 7 Abs. 3 HOAI und (4) den Verkauf unter Kosten. Der sachlich rechtfertigende Grund könne – und das ist für dieses Gutachten von besonderem Interesse – auch anhand der Leistungsgerechtigkeit geprüft werden, wonach ein angemessenes Verhältnis von Leistung und Gegenleistung bestehen müsse. Allerdings müssten insoweit gesetzliche Regelungen gegeben sein.⁴⁷ Für die Preisgestaltung im Lebensmittelhandel ist dies freilich nicht der Fall. 53

*Eufinger/Maschmer*⁴⁸ ziehen als Schlussfolgerung aus der Entscheidung des BKartA, dass Einkäufer in Zukunft bei ihrer Wortwahl vorsichtig sein müssten und nicht 54

⁴⁴ BKartA vom 3. Juli 2014, B2-58/09 Rn. 449 – EDEKA.

⁴⁵ *Küstner*, WuW 2015, 1093, 1099.

⁴⁶ WRP 2015, 162 Rn. 21 ff..

⁴⁷ WRP 2015, 162 Rn. 27.

⁴⁸ *Eufinger/Maschmer*, ZLR 2015, 37, 49.

bei der anderen Partei den Eindruck erwecken dürften, dass bestimmte Forderungen von vornherein nicht mehr verhandelbar seien.

c) Fazit

Die EDEKA-Entscheidung des BKartA betont zu Recht, dass wegen des hohen Konzentrationsgrades im Lebensmitteleinzelhandel § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB „konsequent“ anzuwenden sei. Dies dürfte dahin zu verstehen sein, dass eine weite Auslegung dieser Regelungen geboten ist, um abhängigen Unternehmen im Hinblick auf die machtbedingt gestörte Verhandlungs- und Vertragsparität ausreichenden Schutz zu gewähren. Das BKartA erkennt damit an, dass die besondere Situation im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels Einfluss auf die Anwendung des Kartellrechts haben muss. Diese besondere Situation ist dadurch gekennzeichnet, dass wenige deutsche Lebensmitteleinzelhändler über einen hohen Anteil in Prozent am Lebensmittelumsatz verfügen. Dabei ergibt sich für das Jahr 2014 folgende Marktstruktur: EDEKA-Gruppe 25,2 %, REWE-Gruppe 14,8 %, Schwarz-Gruppe 14,8 %, Aldi Gruppe 12,1 %, Metro-Gruppe 5,8 %, Lekkerland 4,7 %. Damit verfügen die fünf größten Unternehmen über einen Marktanteil von fast 75 %.⁴⁹ In der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel aus dem Jahr 2014 kommt das BKartA sogar auf einen – nicht näher unterteilten – gemeinsamen Marktanteil dieser Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels von 85 %, ⁵⁰ wobei derzeit noch die Übernahme von Kaisers/Tengelmann durch EDEKA auf Grund einer Ministerialerlaubnis nach § 42 GWB zu berücksichtigen ist. Dem stehen in der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel 16 Unternehmen als Hersteller von Milch gegenüber, wobei es sich um eine verhältnismäßig heterogene Anbietergruppe handelt (zwei Kleinunternehmen, zehn mittelgroße Unternehmen, vier Großunternehmen).⁵¹ Insgesamt sind nach der Branchenübersicht Milch 2014 als größte Anbieter 70 Anbieter auf dem Markt, wobei von diesen der größte Umsatz von DMK mit 4.400 Mio Euro, der kleinste von Apostels mit 40 Mio. Euro erzielt wird. Auch dies belegt die Heterogenität auf Anbieterseite. Im Jahr 2010 nahm – bezogen auf den

⁴⁹ Vgl. dazu Situationsbericht 2015/2016 des deutschen Bauernverbandes, 1.5, S. 32.

⁵⁰ Vgl. dazu Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, September 2014, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (B2-15/11), S. 10; zu den jeweils führenden Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland im Einzelnen dann S. 69 ff.

Umsatz der Milch liefernden Unternehmen (Handelsmarken/Herstellermarken) – der Lebensmitteleinzelhandel 84 %, im Jahr 2009 85 % und im Jahr 2008 86 % ab (Marktvolumen für den Beschaffungsmarkt Milch im Jahr 2010: 579 Mio. Euro).⁵² Im Jahr 2010 verteilten sich die Anteile an dem Gesamtbeschaffungsmarkt Milch (Handelsmarken/Herstellermarken) u.a. wie folgt: EDEKA 20-25 % [25-30%], REWE 15-20%, Aldi 15-20%, Schwarz-Gruppe 10-15%, Lidl 5-10%.⁵³ Der Anteil der Anbieter am Gesamtumsatz (Handelsmarken/Herstellermarken) verteilte sich im Jahr 2010 u. a. wie folgt: DMK 15-20%, Hochwald 15-20%, FrieslandCampina 10-15 %, Schwälbchen 5-10%, Milchwerke Berchtesgadener Land 5-10%, Alois Müller weniger als 5 %.⁵⁴ Diese Marktstruktur fördert den Preiskampf im Lebensmitteleinzelhandel und zwingt Lieferanten zum Ausscheiden aus dem Markt oder jedenfalls zu drastischen Umstrukturierungen. So hat sich die Zahl der Milchviehhalter in den vergangenen 10 Jahren um rund ein Drittel verringert.⁵⁵ Der Produktionswert der deutschen Landwirtschaft betrug 2015 nach Schätzungen 52,6 Mrd. Euro und damit rund 5 Mrd. Euro weniger.⁵⁶ Dieser starke Rückgang beruht vor allem auf den hohen Erlösverlusten bei Milch.⁵⁷ Die Zahl der Landwirte, die die Liquiditätslage ihres Betriebs als angespannt oder sogar sehr angespannt beurteilen, nimmt in erheblichem Umfang zu.⁵⁸ Auch zeigt sich eine deutlich verschlechterte Stimmungslage in der deutschen Landwirtschaft.⁵⁹ Ein wesentlicher Grund hierfür sind die Milchpreise.⁶⁰ Viele Betriebe befinden sich auf dem Rückzug aus der Landwirtschaft⁶¹ oder sind jedenfalls zur Umstrukturierung gezwungen.

⁵¹ Vgl. dazu Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, September 2014, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (B2-15/11), S. 253.

⁵² Vgl. dazu Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, September 2014, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (B2-15/11), S. 254.

⁵³ Vgl. dazu Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, September 2014, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (B2-15/11), S. 257.

⁵⁴ Vgl. dazu Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, September 2014, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (B2-15/11), S. 259.

⁵⁵ Vgl. dazu Situationsbericht 2015/2016 des deutschen Bauernverbandes, 3.2, S. 72.

⁵⁶ Vgl. dazu Situationsbericht 2015/2016 des deutschen Bauernverbandes, 5.3, S. 144.

⁵⁷ Vgl. dazu Situationsbericht 2015/2016 des deutschen Bauernverbandes, 5.3, S. 144.

⁵⁸ Vgl. dazu Situationsbericht 2015/2016 des deutschen Bauernverbandes, 5.1, S. 127.

⁵⁹ Vgl. dazu Situationsbericht 2015/2016 des deutschen Bauernverbandes, 5.1, S. 128.

⁶⁰ Vgl. dazu Situationsbericht 2015/2016 des deutschen Bauernverbandes, 5.1, S. 128 f..

⁶¹ Vgl. dazu Situationsbericht 2015/2016 des deutschen Bauernverbandes, 5.2, S. 141.

Die EDEKA-Entscheidung des BKartA entwickelt – soweit ersichtlich – erstmalig Maßstäbe zur Kontrolle der Austauschgerechtigkeit für den Fall der gestörten Verhandlungs- und Vertragsparität zwischen einem relativ marktmächtigen Nachfrager und von ihm abhängigen Lieferanten im Hinblick auf Leistung und Gegenleistung.

56

Die Aussagen der EDEKA-Entscheidung des BKartA sind nicht auf die besondere Situation rückwirkender Ausgleichszahlung als Boni nach Unternehmensfusion beschränkt. Dies ergibt sich für die kartellrechtliche Beurteilung des Bestwertabgleichs bereits daraus, dass die Rückwirkung der Forderung lediglich ein Argument unter mehreren (fehlende Transparenz für die Lieferanten und die Zeitpunkte der Stichtage) für die Begründung der Kartellrechtswidrigkeit dieser Forderung von EDEKA ist. Die Forderungen von EDEKA nach einer Anpassung der Zahlungsziele, einem „Synergiebonus“, einer „Partnerschaftsvergütung“ und einem „Sortimentserweiterungsbonus“ betreffen von vornherein Leistungen der Lieferanten in der Zukunft, denen nachvollziehbar eine nicht offensichtlich unangemessene Gegenleistung gegenüberstehen muss. Daher gilt die EDEKA-Entscheidung des BKartA nicht nur für rückwirkende Ausgleichszahlungen als Boni nach einer Unternehmensfusion, sondern auch für sonstige Geschäftsabschlüsse wie Jahresgespräche.⁶²

57

3. OLG Düsseldorf vom 18. November 2015 (VI-Kart 6/14 (V))

a) Inhalt der Entscheidung

Das OLG Düsseldorf hebt mit Entscheidung vom 18. November 2015 (VI-Kart 6/14 (V)) die EDEKA-Entscheidung des BKartA auf, da der vom BKartA angenommene Verstoß gegen § 20 Abs. 3 GWB (2007) = § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB sich nicht bestätigt habe. Denn entgegen der Auffassung des BKartA sei nicht feststellbar, dass EDEKA nach der Übernahme von ca. 2.300 Plus-Filialen unter Ausnutzung seiner besonderen Marktmacht u.a. Rabatte und verbesserte Zahlungsziele von Lieferanten gefordert habe.

58

⁶² Küstner, WuW 2015, 1093, 1102.

Das OLG Düsseldorf lässt es ausdrücklich offen, ob Normadressateneigenschaft vorliegt und ob ein Vorteil im Sinne von § 20 Abs. 3 GWB (2007) jede vermögenswerte Leistung des Anbieters an den Nachfrager ist, die über das Vereinbarte hinausgeht, oder ob eine objektive Besserstellung des Normadressaten im Vergleich zu seinen Wettbewerbern auf dem Nachfragemarkt erforderlich ist.⁶³ Denn die vom BKartA beanstandeten Verhaltensweisen von EDEKA bestünden teilweise schon tatsächlich nicht, teilweise seien sie sachlich gerechtfertigt.⁶⁴ Offen bleiben könne auch, ob ein Auffordern im Sinne von § 20 Abs. 3 GWB (2007) bereits dann vorliege, wenn ein marktmächtiges Unternehmen eine Forderung lediglich zur Verhandlung stelle.⁶⁵

59

Das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung gelte zwar nicht nur für den Markt, auf dem die marktbeherrschende Stellung bestehe, sondern auch für den Markt, auf dem sich die Machtstellung auswirke.⁶⁶ Die Beeinträchtigung müsse daher nicht auf dem beherrschten Markt erfolgen, sondern könne auch auf einem Drittmarkt eintreten, wenn der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen Marktbeherrschung und Verhalten oder seiner wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkung gegeben sei.⁶⁷

60

Der vom BKartA erhobene Vorwurf der Intransparenz und der unzureichenden Begründung der Forderungen sei aber nicht gerechtfertigt, da er durch die tatsächlichen Feststellungen nicht bestätigt werde.⁶⁸ Denn das vom BKartA beanstandete offensichtliche Fehlen einer Gegenleistung sei in tatsächlicher Hinsicht nicht gegeben.⁶⁹ So sei etwa beim Synergiebonus nicht festzustellen, dass diesem Bonus auf erste Sicht und zweifelsfrei keine messbaren Synergievorteile der Sekthersteller wie Kosteneinsparungen gegenübergestanden hätten.⁷⁰ Außerdem sei es im Hinblick auf die Partnerschaftsvergütung eine näher zu untersuchende Frage, ob eine verbesserte Wa-

61

⁶³ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 29 bei juris = NZKartR 2015, 514 = WuW 2016, 23.

⁶⁴ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 29 bei juris.

⁶⁵ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 80 bei juris.

⁶⁶ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 73 bei juris unter Verweis auf BGHZ 83, 238, 243 Rn. 31 bei juris – Meierei-Zentrale; BGHZ 33, 259, 263 – Molkereigenossenschaft.

⁶⁷ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 73 bei juris unter Verweis auf BGH WuW/E DE-R 1210 Rn. 22 bei juris – Strom und Telefon II.

⁶⁸ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 36 bei juris.

⁶⁹ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 56 bei juris.

⁷⁰ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 57 bei juris.

renpräsentation in einem renovierten und modernisierten Umfeld eine anzuerkennende Gegenleistung für eine Partnerschaftsvergütung sein könne.⁷¹ Auch der Vorwurf des Forderns besserer Konditionen während der Laufzeit geltender Jahresvereinbarungen sei unbegründet.⁷² Denn es liege kein Eingriff in laufende Verträge mit Rückwirkung vor, ohne dass hierauf ein zivilrechtlicher Anspruch bestanden hätte.⁷³ Es habe außerdem ein berechtigtes Interesse von EDEKA bestanden, das überwiegende Geschäftsjahr 2009 ab dem 2. Quartal mit Konditionen zu bestreiten, die dem fusionsbedingten erheblichen Zuwachs des Filialnetzes Rechnung trugen.⁷⁴

Für das Tatbestandsmerkmal des Aufforderns komme es nicht maßgeblich darauf an, ob der Forderung eine konkrete Gegenleistung gegenüberstehe.⁷⁵ Denn dieser Umstand sei im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt der Leistungsgerechtigkeit zu prüfen.⁷⁶ Hier sei zu untersuchen, ob Nachfrager, die nicht über eine entsprechende Marktmacht verfügten, den jeweiligen Vorteil unter vergleichbaren Bedingungen regelmäßig nicht verlangen könnten.⁷⁷

Zur Beurteilung der Frage der sachlichen Rechtfertigung komme es auf denselben Maßstab an wie bei § 20 Abs. 1 GWB (2007).⁷⁸ Erforderlich sei daher eine umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB.⁷⁹ So sei die Verpflichtung des Normadressaten zur Rücksichtnahme auf die wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten anderer Unternehmen – hier: Sekthersteller bei der Belieferung des Lebensmitteleinzelhandels – umso größer, je stärker seine tatsächliche Marktmacht sei.⁸⁰ Diese Marktmacht sei umso stärker, je weniger wettbewerbliche Betätigungs- und Ausweichmöglichkeiten die Wettbewerber, Lieferanten oder Abnehmer des Normadressaten hätten.⁸¹ Eine sachliche Rechtfertigung sei umso eher zu verneinen, als der Lieferant als

⁷¹ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 62 bei juris.

⁷² OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 63 bei juris.

⁷³ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 64 bei juris.

⁷⁴ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 65 bei juris.

⁷⁵ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 77 bei juris.

⁷⁶ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 77 bei juris.

⁷⁷ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 77 bei juris.

⁷⁸ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 81 bei juris.

⁷⁹ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 81 bei juris.

⁸⁰ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 81 bei juris.

⁸¹ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 81 bei juris.

kleines oder mittleres Unternehmen (und nicht als großes) Unternehmen einzustufen sei.⁸²

Als einen weiteren Gesichtspunkt für die Interessenabwägung beurteilt das OLG Düsseldorf den Grundsatz der Leistungsgerechtigkeit.⁸³ Eine sachliche Rechtfertigung eines Vorteils scheidet aber nicht schon immer dann aus, wenn der Vorteil nicht leistungsgerecht sei, ihm also keine oder keine angemessene Gegenleistung des Normadressaten gegenüberstehe.⁸⁴ Denn selbst wenn keine oder keine angemessene Gegenleistung des Normadressaten vorhanden sei, sei bei der Interessenabwägung darauf abzustellen, ob der zu beurteilende Vorteil auf einer Ausnutzung von Marktmacht beruhe. So liege es dann, wenn Nachfrager, die über eine solche Marktmacht nicht verfügten, den jeweiligen Vorteil regelmäßig unter vergleichbaren Bedingungen nicht fordern könnten.⁸⁵ Daran fehle es aber etwa beim Bestwertabgleich und der verlangten Ausgleichszahlung.⁸⁶ Der konkreten Marktmacht von EDEKA habe nämlich die Gegenmacht der Lieferanten – hier: Größe der vier Sekthersteller und Unverzichtbarkeit bestimmter Sektmarken für das Angebot von EDEKA – ausgleichend gegenüberstanden.⁸⁷ Für den Lebensmitteleinzelhandel sei ein Unternehmen bis zum Umsatzschwellenwert von 250 Mio. Euro noch als mittleres Unternehmen anzusehen.⁸⁸ Da die Sekthersteller diesen Wert deutlich überschritten, seien sie als große Unternehmen zu beurteilen. EDEKA sei als Vollsortimenter auf die Artikel der Lieferanten angewiesen.⁸⁹ Denn der Endkunde erwarte die Produkte dieser Lieferanten auf Grund der Bekanntheit der Marke im Sortiment des Lebensmitteleinzelhandels.⁹⁰ Den Gesprächen habe ein kaufmännischer Verhandlungsprozess mit Forderungen und Gegenforderungen zu Grunde gelegen, wie er typischerweise nur unter annähernd gleichstarken Verhandlungspartnern stattfinde.⁹¹ Allen vier Sektherstellern sei es gelungen, die Forderung der kompromissbereiten EDEKA erheblich zu verringern

⁸² OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 81 bei juris.

⁸³ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 82 bei juris.

⁸⁴ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 82 bei juris.

⁸⁵ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 81 bei juris.

⁸⁶ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 88 bei juris.

⁸⁷ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 95 bei juris.

⁸⁸ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 96 bei juris unter Verweis auf BGH WuW/E DE-R 984 – Konditionen Anpassung.

⁸⁹ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 97 bei juris.

⁹⁰ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 97 bei juris.

⁹¹ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 101 bei juris.

und gewichtige Gegenleistungen auszuhandeln.⁹² Es habe nach den Aussagen der Zeugen ausgewogene Verhandlungsmacht bestanden.⁹³

b) Fazit

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf hebt den Beschluss des BKartA in Sachen EDEKA nicht auf Grund der allgemeinen rechtlichen Erwägungen des BKartA insbesondere zur Überprüfung des Erfordernisses der offensichtlich fehlenden Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung auf. Vielmehr legt auch das OLG Düsseldorf diesen Prüfungsmaßstab zu Grunde und bezieht die Leistungsgerechtigkeit in die Interessenabwägung ein. Der Ansatz des OLG Düsseldorf, beim Fehlen einer (angemessenen) Gegenleistung für den Vorteil schon beim Merkmal der sachlichen Rechtfertigung (Interessenabwägung) darauf abzustellen, ob der Vorteil auf einer Ausnutzung von Marktmacht beruht, überzeugt indes nicht. Denn die Tatbestandsmerkmale „sachliche Rechtfertigung“ und „Ausnutzung der Marktstellung“ sind entsprechend dem Wortlaut von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB voneinander zu trennen und infolgedessen gesondert zu prüfen. Vielmehr ist beim Fehlen einer (angemessenen) Gegenleistung für den Vorteil zumindest regelmäßig keine sachliche Rechtfertigung des Vorteils gegeben. Erst jetzt ist nach einer Ausnutzung der Marktstellung zu fragen, also danach, ob der Normadressat den Vorteil allein auf Grund seiner Marktmacht erlangt hat.

65

Das OLG Düsseldorf hebt die Entscheidung des BKartA u. a. deswegen auf, weil es einen anderen Sachverhalt zu Grunde legt. Denn das OLG Düsseldorf stellt insbesondere maßgeblich darauf ab, dass im EDEKA-Fall wegen der herausragenden Bedeutung der Marke des Produkts der Lieferanten für einen Vollsortimenter im Hinblick auf die Nachfrageentscheidung der Verbraucher Verhandlungs- und Vertragsparität zwischen EDEKA und den Lieferanten bestanden habe. Ob dem tatsächlich so war, mag hier dahinstehen. Denn im Hinblick auf Produkte, bei denen es – wie bei Milch⁹⁴ – aus der Sicht der Verbraucher nicht auf einen bestimmten Hersteller ankommt, besteht gerade kein wirtschaftliches Gegengewicht gegenüber einem

66

⁹² OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 106 bei juris.

⁹³ OLG Düsseldorf, VI-Kart 6/14 (V) Rn. 108 bei juris.

⁹⁴ Zur Marktabgrenzung für Milch vgl. Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel des BKartA vom September 2014, S. 249 ff.

relativ marktmächtigen Lebensmitteleinzelhändler. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf ist daher für einen Sachverhalt, in dem ein Lieferant einem relativ marktmächtigen Lebensmitteleinzelhändler kein wirtschaftliches Gegengewicht entgegenzusetzen hat, ohne Bedeutung. Das OLG Düsseldorf bestätigt sogar den Ansatz des BKartA im Hinblick auf die offensichtliche Unangemessenheit von Leistung und Gegenleistung, da es die Entscheidung des BKartA unter Zugrundelegung dieses vom BKartA entwickelten Prüfungsmaßstabs beurteilt.

Überzeugend erscheint es, wenn das OLG Düsseldorf bei der Interessenabwägung u.a. auf den Umfang der Marktmacht des Nachfragers sowie auf die Größe und Marktmacht des Lieferanten abstellt.

67

IV. Tatbestandsmäßigkeit von § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB

1. Abhängigkeit (§ 20 Abs. 2, Abs. 1 GWB)

Ein Unternehmen ist von einem anderen Unternehmen abhängig im Sinne von § 20 Abs. 2, Abs. 1 GWB, wenn es zur Aufrechterhaltung seiner Wettbewerbschancen gerade auf den Geschäftsverkehr mit diesem anderen Unternehmen angewiesen ist. Diese Voraussetzungen sind im jeweiligen Einzelfall anhand der dazu entwickelten Fallgruppen zu prüfen. In dem hier zu untersuchenden Zusammenhang ist insbesondere nachfragebedingte Abhängigkeit in Betracht zu ziehen. Eine solche Abhängigkeit besteht, wenn für einen Lieferanten wegen des Umfangs der bisher an einen bestimmten Abnehmer abgesetzten Produkte keine Möglichkeit besteht, diese Produktmenge bei anderen Nachfragern abzusetzen.⁹⁵ Hierfür kommt es auf die Umstände des Einzelfalles, insbesondere die Marktgegebenheiten, und die Größenverhältnisse aus vertikaler Sicht⁹⁶ an. Abhängigkeit kann auch bei einer ohne vertragli-

68

⁹⁵ *Westermann*, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2015, § 20 GWB Rn. 49 f.

⁹⁶ BGH WRP 2016, 229 Rn. 56 – Porsche-Tuning („unternehmensbedingte Abhängigkeit“).

che Vereinbarung autonom geschaffenen Bezugskonzentration vorliegen.⁹⁷ Dieser Umstand ist außerdem bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen.⁹⁸

Die Frage, ob eine Molkerei von einem Lebensmitteleinzelhändler abhängig ist, insbesondere welche Ausweichmöglichkeiten für eine Molkerei bestehen, hat das BKartA bereits in der Sektoruntersuchung Milch⁹⁹ und der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel¹⁰⁰ eingehend geprüft. Eine Abhängigkeit im Sinne von § 20 Abs. 2, Abs. 1 GWB liegt im Verhältnis zwischen den führenden großen Lebensmitteleinzelhändlern und ihren Lieferanten insbesondere wegen der hohen Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel regelmäßig vor, so dass wegen des Verweises in § 20 Abs. 2 GWB insbesondere Preisverhandlungen zwischen einem solchen Lebensmitteleinzelhändler und seinen Lieferanten an § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB zu messen sind. Auch das BKartA nimmt in der EDEKA-Entscheidung völlig zu Recht eine Abhängigkeit einzelner Lieferanten von EDEKA an und beurteilt die Forderungen von EDEKA folgerichtig nach § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB.

69

2. Vorteil – insbesondere: äußerst niedriger Preis als Vorteil?

Das Gesetz definiert den Begriff des Vorteils nicht. Auch in den Gesetzesmaterialien finden sich hierzu keine Ausführungen. Nach einer Auffassung bedeutet Vorteil jede Besserstellung gegenüber der bisherigen Lage des Begünstigten.¹⁰¹ Dieses Verständnis entspricht dem zeitlichen Vergleichsmarktkonzept bei § 19 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 GWB.¹⁰² Nach anderer Auffassung setzt ein Vorteil objektiv eine Besserstellung gegenüber vergleichbaren Nachfragern voraus, die deutlich über die von ihm erbrachten Leistungen hinausgeht.¹⁰³ Andernfalls wäre jedes Verlangen nach einem günstigeren Preis tatbestandsmäßig, unabhängig davon, ob eine solche Verbesserung auch

70

⁹⁷ BGH WRP 2016, 229 Rn. 54 – Porsche-Tuning.

⁹⁸ BGH WRP 2016, 229 Rn. 54 – Porsche-Tuning.

⁹⁹ BKartA, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Januar 2012, Sektoruntersuchung Milch (B2-19/08) Rn. 261 ff..

¹⁰⁰ Vgl. dazu Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, September 2014, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (B2-15/11), S. 259 ff..

¹⁰¹ *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 5. Aufl. 2014, § 21 GWB Rn. 64; *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 12. Aufl. 2014, § 21 GWB Rn. 59; *Neef*, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2015, § 21 GWB Rn. 43; *Wanderwitz*, WRP 2015, 162 Rn. 6.

¹⁰² *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 12. Aufl. 2014, § 19 GWB Rn. 159.

marktschwächeren Nachfragern eingeräumt würde.¹⁰⁴ Dies würde § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB überdehnen.¹⁰⁵

Da der Schutzzweck des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB sich nach hier vertretener Auffassung freilich nicht auf das Horizontalverhältnis beschränkt, sondern auch auf das Vertikalverhältnis bezieht (s. o. Rn. 29), muss der Vorteil nicht notwendig im Verhältnis zu Wettbewerbern bestehen, sondern kann sich auch allein aus dem Verhältnis des relativ marktmächtigen Nachfragers zu seinem Lieferanten ergeben. Ein Vorteil könnte demnach bereits bei Dysfunktionalität der Gegenleistung vorliegen, so dass es bei § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB zu einer Überprüfung der Austauschgerechtigkeit käme.¹⁰⁶ Angesichts des marktstrukturellen Ungleichgewichts der Vertrags- und Verhandlungspartität („Abhängigkeit“) erschiene dies durchaus gerechtfertigt.

71

Es stellt sich in dem hier näher zu untersuchenden Zusammenhang freilich die Frage, ob auch das fehlende Äquivalenzverhältnis zwischen dem vom Lieferanten angebotenen Produkt und dem vom Nachfrager dafür angebotenen Preis einen Vorteil im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB begründen kann oder ob sich das Merkmal des Vorteils lediglich auf Nebenleistungen bezieht. Kann also ein besonders günstiger Preis ein Vorteil im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB sein?

72

In der Regierungsbegründung wird zum vormaligen Begriff der sachlich ungerechtfertigten Vorzugsbedingungen in § 20 Abs. 3 GWB a. F. ausgeführt, dass dazu diejenigen Vergünstigungen gehörten, „die nicht leistungsgerecht sind, d. h. ihren Grund weder in der Menge der abgenommenen Waren oder Leistungen noch in den übernommenen Funktionen oder Serviceleistungen des Nachfragers noch in anderen betriebswirtschaftlich kalkulierbaren Gegenleistungen des Nachfragers haben, sondern auf der Ausnutzung von Marktmacht beruhen und anderen gleichartigen Nachfragern

73

¹⁰³ *Westermann*, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2015, § 19 GWB Rn. 182.

¹⁰⁴ Bejahend *Westermann*, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2015, § 19 GWB Rn. 182.

¹⁰⁵ *Westermann*, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2015, § 19 GWB Rn. 182.

¹⁰⁶ Dies bejahend *Loewenheim*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 20 GWB Rn. 118 (mit Hinweis auf Abgrenzungsschwierigkeiten gegenüber einem lediglich niedrigeren Preis); *Eufinger/Maschmer*, ZLR 2015, 37, 40; *Küstner*, WuW 2015, 1093, 1097.

nicht zugänglich sind“.¹⁰⁷ Dieser Erwägung sind allerdings zu der Frage, ob der Preis eines Produkts einen Vorteil im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB begründen kann, keine weiterführenden Anhaltspunkte zu entnehmen. Denn ihr Schwerpunkt liegt darauf, dass der Leistung des Lieferanten gar keine Leistung des Nachfragers gegenübersteht.

Die Frage, ob der Preis eines Produkts einen Vorteil im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB begründen kann, verneint das Schrifttum teilweise, da § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB keine umfassende Kontrolle der Austauschgerechtigkeit von Leistung und Gegenleistung anstrebe.¹⁰⁸ Vielmehr erfasse der Vorteilsbegriff nur Leistungen außerhalb des vereinbarten Synallagmas von Leistung und Gegenleistung. Niedrige Produktpreise, die ein Unternehmen durch besonderes Verhandlungsgeschick erziele, seien keine wettbewerbswidrige Behinderung der Wettbewerber, sondern beruhten auf der auch einem marktmächtigen Unternehmen zukommenden Vertragsfreiheit.¹⁰⁹ Anders liege es nur dann, wenn die Preise auf einem Verstoß gegen § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB beruhten (Ausbeutungsmisbrauch),¹¹⁰ auf den § 20 Abs. 2 GWB aber gerade nicht verweist. Dieser Ansatz zieht auch die historische Auslegung heran, wonach der Gesetzgeber daran anknüpfen wollte, dass der Nachfrager vom Lieferanten zusätzlich zur Lieferung des Produkts selbst Zahlungen für fiktive oder dem Nachfrager zuzuordnende Leistungen abverlange (z. B. „Eintrittsgelder“ oder „Regalmieten“).¹¹¹ Da § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB weder den Einsatz von Verhandlungsgeschick verhindern noch die Dynamik des Nachfragerwettbewerbs beim Streben nach möglichst günstigen Einkaufspreisen einschränken wolle, sei diese Norm bei der Verhandlung eines Neuabschlusses oder der Fortsetzung von Geschäftsbeziehungen regelmäßig nicht anwendbar und erfasse in erster Linie die Forderung nach einer verbessernden Abänderung bestehender Vereinbarungen.¹¹² Unter Zugrundelegung dieses Ansatzes wäre § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB auf erstmalige oder die Geschäftsbeziehung fortsetzende Preisverhandlungen für die Zukunft nicht anwendbar.

¹⁰⁷ BT Drucks. 8/2136, S. 25.

¹⁰⁸ *Rixen*, in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, § 20 GWB 2005 Rn. 317; *Säcker/Mohr*, WRP 2010, 1, 5.

¹⁰⁹ *Säcker/Mohr*, WRP 2010, 1, 5; ebenso *Köhler*, WRP 2006, 139, 142.

¹¹⁰ *Säcker/Mohr*, WRP 2010, 1, 5.

¹¹¹ *Loewenheim*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 20 GWB Rn. 118.

¹¹² *Rixen*, in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, § 20 GWB 2005 Rn. 317; *Köhler*, WRP 2006, 139, 142; *Säcker/Mohr*, WRP 2010, 1, 5.

Für die Annahme, dass auch ein besonders günstiger Preis ein Vorteil im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB sein kann, spricht indes zunächst der Wortlaut dieser Norm, der ein solches Verständnis ohne weiteres zulässt. Aber auch der Sinn und Zweck von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB, eine infolge der Marktmacht des Nachfragers gestörte Verhandlungs- und Vertragsparität zwischen Nachfrager und Lieferant wiederherzustellen (s. o. Rn. 29), legt die Einbeziehung des Preises als möglichen Vorteil nahe. So wird denn auch eine dauerhafte Preissenkung des Anbieters als möglicher Vorteil des Nachfragers gesehen.¹¹³ Dasselbe gilt für einen Preisnachlass. Ein Preisnachlass wirkt sich aber unmittelbar auf die Höhe des Preises aus. Auch das BKartA spricht in der EDEKA-Entscheidung im Hinblick auf die Angemessenheitskontrolle lediglich von Leistung und Gegenleistung. Für die Annahme, dass § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB anders als § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB keine Inhaltskontrolle von Verträgen im Hinblick auf Leistung und Gegenleistung zulässt, spricht, dass § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB überflüssig wäre, wenn er sich inhaltlich mit § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB weitgehend deckte. Hinzu kommt, dass § 20 Abs. 1 und Abs. 2 GWB für relativ marktmächtige Unternehmen als Normadressaten gerade nicht auf § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB verweist. Legt man diese Wertung des Gesetzgebers zu Grunde, führt dies – gerade im Hinblick auf den fortschreitenden Konzentrationsgrad im Lebensmitteleinzelhandel – zu einer doch sehr empfindlichen Regelungslücke bei der Begrenzung der Ausübung von Nachfragemacht insbesondere im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels (zu Möglichkeiten zur Schließung dieser Lücke vgl. E.).

75

Für beide Ansätze sprechen gute Argumente, so dass es kaum möglich ist, eine eindeutige und unangreifbare Entscheidung zu treffen. Lediglich unter Zugrundlegung des zweiten, offenbar auch vom BKartA und OLG Düsseldorf vertretenen Ansatzes, wonach ein besonders günstiger Preis einen Vorteil im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB darstellen kann, ist § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB weiter zu prüfen. Dies soll im Folgenden geschehen.

76

Bei Preisverhandlungen für die Zukunft liegt ein Vorteil für den relativ marktmächtigen Nachfrager immer schon dann vor, wenn er lediglich einen Einkaufspreis anbietet, der unterhalb des Preises liegt, zu dem der Lieferant andere Unternehmen belie-

77

¹¹³ Säcker/Mohr, WRP 2010, 1, 5.

fert (wettbewerbsanaloger Preis). Es handelt sich insoweit um einen Vorteil des relativ marktmächtigen Nachfragers gegenüber seinen Wettbewerbern, also im Horizontalverhältnis. Für die Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises ist auf Grund der damit verbundenen Unwägbarkeiten der Feststellung der maßgeblichen Tatsachen ein Sicherheitszuschlag zu machen. Für § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB ist dies bereits anerkannt.¹¹⁴

Parallelen Erwägungen zu § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB steht nicht entgegen, dass § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB mangels Verweises in § 20 Abs. 1 und Abs. 2 GWB für relativ marktmächtige Unternehmen nicht gilt. Denn es kommt nicht zur – auf Grund Umkehrschlusses aus § 20 Abs. 2 GWB ausgeschlossenen – Anwendung von § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB auf relativ marktmächtige Unternehmen, sondern nur zur Heranziehung der zur Auslegung dieser Norm anerkannten Grundsätze. Diese können und sollten – unter Berücksichtigung der Tatsache, dass keine Marktbeherrschung, sondern lediglich relative Marktmacht vorliegt – auch für die Anwendung von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB herangezogen werden, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Denn § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB tritt in seiner vertikalen Schutzrichtung (s. o. Rn. 29) insbesondere neben § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB. Außerdem sind die Missbrauchstatbestände des § 19 Abs. 2 Nr. 1 bis Nr. 5 GWB nicht trennscharf voneinander abzugrenzen. Insbesondere soll § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB den Lieferanten davor schützen, dass sich die Verhandlungen nach Gegenstand oder Ergebnis zu weit von dem entfernen, was – in Anlehnung an das den Ausbeutungsmissbrauch insgesamt prägende Konzept des Als-ob-Wettbewerbs – bei machtfreiem Verhandlungsprozess Gegenstand und Ergebnis der Verhandlungen sein könnte.¹¹⁵

78

3. Ohne sachlich gerechtfertigten Grund

Das Tatbestandsmerkmal „ohne sachlich gerechtfertigten Grund“ ist zunächst mit der allgemeinen Formel von der Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB zu bestimmen.¹¹⁶ Die Amtliche Begründung¹¹⁷ zur Vorgängernorm § 20 Abs. 3 GWB a. F. stellt in erster

79

¹¹⁴ BGHZ 142, 239, 251 – Flugpreisspaltung (noch zu § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB 1998).

¹¹⁵ *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 12. Aufl. 2014, § 19 Rn. 162.

¹¹⁶ *Köhler*, in: FS Tilmann, 2003, 693, 699 u. BB 1999, 1017, 1018.

¹¹⁷ Begr. 1978, zu Art. 1 Nr. 8c.

Linie darauf ab, ob „die gewährten Vergünstigungen nicht leistungsgerecht sind, also ihren Grund weder in der Menge der abgenommenen Leistung noch in den übernommenen Funktionen oder Serviceleistungen des Nachfragers noch in anderen betriebswirtschaftlich kalkulierbaren Gegenleistungen des Nachfragers haben, sondern auf der Ausnutzung von Marktmacht beruhen und anderen gleichartigen Nachfragern nicht zugänglich sind“ (vgl. schon Rn. 73). Damit zeigt der Gesetzgeber, dass es ihm bei § 20 Abs. 3 GWB a. F. (= weitgehend inhaltsgleich § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB i. V. m. § 20 Abs. 2, Abs. 1 GWB) um eine Überprüfung der Leistungsgerechtigkeit („leistungsgerecht“) geht, die auch und gerade beim Merkmal der fehlenden sachlichen Rechtfertigung zu berücksichtigen ist. Letztlich kann es daher nur um eine Überprüfung der Angemessenheit des Inhalts des Austauschverhältnisses zwischen Nachfrager und Lieferant gehen.¹¹⁸ Damit ist die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung zu prüfen.

Die ersten drei Prüfungspunkte des BKartA in der EDEKA-Entscheidung für die sachliche Rechtfertigung einer Forderung des Nachfragers sind freilich wenig hilfreich. Der erste Prüfungspunkt – Bestehen von Leistung und Gegenleistung – ist bereits im vierten Prüfungspunkt – Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung – enthalten. Insbesondere die Punkte Nachvollziehbarkeit von Begründung und Berechnung der Forderung (des Nachfragers) sowie Begründung und Berechnung des Grundes oder der Gegenleistung für den Lieferanten sind kaum zur Abgrenzung geeignet. Ist es für den Lieferanten doch stets nachvollziehbar, dass der Nachfrager einen möglichst niedrigen Preis leisten will. Die Frage nach der Nachvollziehbarkeit der Berechnung der Forderung betrifft allein die Transparenz des Vorgehens des Nachfragers, nicht aber die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung.

Entscheidend kann es allein auf den vierten Prüfungspunkt ankommen: Danach fehlt es an einer sachlichen Rechtfertigung der Forderung eines relativ marktmächtigen Nachfrager, wenn der von ihm verlangte Vorteil, also die Höhe der Forderung im Verhältnis zum Grund oder zur Gegenleistung, *offensichtlich* nicht angemessen ist. Dies verdient uneingeschränkte Zustimmung. Denn das Erfordernis der Offensichtlichkeit berücksichtigt hinreichend die Interessen des relativ marktmächtigen Nach-

¹¹⁸ Köhler, in: FS Tilmann, 2003, 693, 700.

fragers, hart verhandeln zu dürfen und nicht stets einen Kartellrechtsverstoß fürchten zu müssen. Außerdem ermöglicht nur das Kriterium der Offensichtlichkeit mit hinreichender Sicherheit die Schlussfolgerung, dass der tatsächlich verlangte Preis lediglich auf Grund der relativen Marktmacht durchsetzbar ist. Schließlich ist nur bei einem *offensichtlichen* Fehlen der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung das Unwerturteil des Marktmachtmissbrauchs durch den Nachfrager gerechtfertigt. Auch dies ist für § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB bereits anerkannt, da hier eine *erhebliche* Abweichung vom wettbewerbsanalogen Preis erforderlich ist.¹¹⁹

Dass bei der Ermittlung des Vergleichspreises bereits ein Sicherheitszuschlag zu berücksichtigen ist, steht dem Erfordernis des offensichtlichen Fehlens der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung nicht entgegen. Denn beide Erfordernisse dienen unterschiedlichen Zwecken. Soll der Sicherheitszuschlag Unwägbarkeiten bei der Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises ausgleichen, begründet das Kriterium der Offensichtlichkeit das Unwerturteil des Missbrauchs relativer Marktmacht. Auch dies ist für § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB bereits anerkannt.¹²⁰

Für die Frage, ob die Forderung eines relativ marktmächtigen Unternehmens offensichtlich unangemessen ist im Verhältnis zur Gegenleistung, sind die Umstände des Einzelfalls maßgeblich. Hierfür kommt eine Fallgruppenbildung in Betracht, die zwischen (1) nachfragerbezogenen Umständen, (2) lieferantenbezogenen Umständen, (3) produktbezogenen Umständen, (4) vertragsbezogenen Umständen und (5) marktbezogenen Umständen unterscheidet.

a) Nachfragerbezogene Umstände, insbesondere Abwälzung eigener höherer Vertriebskosten auf die Lieferanten

Einen nachfragerbezogenen Umstand bildet der Umfang der Marktmacht des Nachfragers. Je größer diese Macht ist, umso stärkere Anforderungen sind an sein Verhalten im Wettbewerb und insbesondere seine Rücksichtnahme auf die wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten anderer Unternehmen zu stellen.

¹¹⁹ BGHZ 142, 239, 251 – Flugpreisspaltung: „deutlicher Abstand“ (noch zu § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB 1998).

¹²⁰ BGHZ 163, 282, 295 – Stadtwerke Mainz (noch zu § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB 1998).

Als nachfragerbezogene Umstände kommen hingegen von vornherein keine Umstände in Betracht, die in der Risikosphäre des relativ marktmächtigen Nachfragers liegen wie etwa Rationalisierungs- oder Sanierungsinteressen oder die Notwendigkeit einer Modernisierung der Filialen. Denn es muss ein konkreter Bezug von Leistung und Gegenleistung gegeben sein. Daher ist allein der Umfang der vom relativ marktmächtigen Unternehmen gegenüber einem Lieferanten erbrachten Leistungen (z. B. Listung oder Serviceleistungen wie Werbeaktionen) zu berücksichtigen. Danach ist die Überwälzung eigener, höherer Vertriebskosten (z. B. eines Vollsortimenters) auf die Lieferanten ein Umstand, der für die Frage der sachlichen Rechtfertigung nicht zu Gunsten eines relativ marktmächtigen Unternehmens zu berücksichtigen ist, sofern die höheren Vertriebskosten des marktmächtigen Nachfragers in keinem Zusammenhang mit der Leistung des Lieferanten stehen. Denn allgemeine höhere Vertriebskosten etwa auf Grund Vollsortiments betreffen allein die Risikosphäre des relativ marktmächtigen Nachfragers.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob auch die Höhe des Gewinns des Nachfragers einen relevanten nachfragerbezogenen Umstand darstellen kann. Zwar haben der EuGH¹²¹ und das BKartA¹²² ein Konzept der Gewinnbegrenzung in Form der Gewinnspannenbegrenzung bereits angewandt. Dieses gründet auf „angemessenen“ Kosten, „angemessener“ Verzinsung eines eingesetzten Kapitals oder „angemessenem“ Risikozuschlag. Doch widerspricht ein solches Konzept dem dynamischen Wettbewerb, so dass ihm keine weiterführenden Anhaltspunkte zu entnehmen sind.¹²³ Immerhin kann die Höhe des vom relativ marktmächtigen Nachfrager erzielten Gewinns ein Indiz für die Beurteilung der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung sein,¹²⁴ das freilich zurückhaltend und subsidiär heranzuziehen ist.¹²⁵

¹²¹ EuGH Slg. 1978, 207, 305 – United Brands.

¹²² BKartA WuW/E DE-V 722, 725 ff. – „TEAG“. Dagegen OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1239, 1243 f. – „TEAG“; vgl. zur Entwicklung dieses Konzepts z. B. *Knöpfle*, BB 1979, 1101 ff.

¹²³ *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 5. Aufl. 2014, § 19 GWB Rn. 262.

¹²⁴ BGHZ 163, 282, 290 – Stadtwerke Mainz (für § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB a. F.); *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 5. Aufl. 2014, § 19 GWB Rn. 263, 274 (für § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB).

¹²⁵ *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 5. Aufl. 2014, § 19 GWB Rn. 274 (für § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB).

b) Lieferantenbezogene Umstände

Einen lieferantenbezogenen Umstand bildet der Umfang der Marktmacht des Lieferanten. Je größer diese ist, umso eher besteht Verhandlungs- und Vertragsparität. 87

Einen weiteren lieferantenbezogenen Umstand stellt die Größe des Lieferanten dar. Denn es macht im Hinblick auf Verhandlungs- und Vertragsparität einen wesentlichen Unterschied, ob es sich um ein kleines und mittleres Unternehmen, oder um ein großes Unternehmen handelt. Kleine und mittlere Unternehmen sind – nach der Konditionenanpassung-Entscheidung des BGH und der EDEKA-Entscheidung des OLG Düsseldorf – Lieferanten des Lebensmitteleinzelhandels mit einem Umsatz bis zu 250 Mio. Euro. 88

Spiegelbildlich zu den nachfragerbezogenen Umständen kommen als lieferantenbezogene Umstände weiterhin solche Umstände in Betracht, die in einem konkreten Bezug von Leistung und Gegenleistung stehen. So kann als lieferantenbezogener Umstand der Umfang der Leistungen des Lieferanten an den Nachfrager wie die Übertragung von Anbieter-Know-how auf den Nachfrager zu berücksichtigen sein. 89

Für die Beurteilung scheiden von vornherein Umstände aus, die allein in der Risikosphäre des Lieferanten liegen. Dazu gehören z. B. Produktivitätsverluste¹²⁶. 90

c) Produktbezogene Umstände

Als produktbezogener Umstand sind die einzelnen Eigenschaften des Produkts, insbesondere dessen wertbildende Faktoren einzubeziehen. Insbesondere Verbesserungen des Produkts sind zu Gunsten des Lieferanten in die Interessenabwägung einzustellen. Als produktbezogener Umstand fällt auch ins Gewicht, wie stark der Nachfrager darauf angewiesen ist, das Produkt zu führen, weil die Verbraucher es in hohem Maße nachfragen. Denn sämtliche dieser Umstände stärken die Verhandlungsmacht des Lieferanten. Im Hinblick auf das hier zu untersuchende Produkt Milch 91

¹²⁶ Für eine Berücksichtigung dieses Umstands *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 12. Aufl. 2014, § 19 Rn. 168.

ergibt sich insoweit freilich kein produktbezogener Umstand zu Gunsten der Lieferanten.

d) Vertragsbezogene Umstände

Im Hinblick auf vertragsbezogene Umstände ist eine Gesamtbetrachtung des Vertragswerks und die darin zum Ausdruck kommende Berücksichtigung der Interessenlage der Parteien vorzunehmen. Eine Forderung ist im Verhältnis zur Gegenleistung auf Grund vertragsbezogener Umstände regelmäßig dann offensichtlich unangemessen, wenn sie eine rückwirkende Konditionenangleichung mit entsprechender Ausgleichszahlung beinhaltet oder eine etwa gesetzlich vorgeschriebenen Höhe der Gegenleistung unterschreitet. Aber auch die Forderung einer Konditionenangleichung mit Wirkung *ex-nunc* kann im Verhältnis zur Gegenleistung offensichtlich unangemessen sein.

92

Für die hier zu untersuchende Fragestellung der Preisverhandlung für die Zukunft stellt sich – in enger Anlehnung an die EDEKA-Entscheidung des BKartA – die schwierige Frage, ob das Angebot eines relativ marktmächtigen Nachfragers, das Produkt des Lieferanten zu einem Preis XY abzunehmen, *offensichtlich* unangemessen ist. Pauschale Aussagen kommen insoweit freilich nicht in Betracht. Vielmehr stellt sich die Frage nach der Gerechtigkeitsbewertung des dispositiven Rechts.¹²⁷ Denn das dispositive Recht hat Vorbildcharakter für einen Interessenausgleich unter Bedingungen eines jedenfalls durch Wettbewerb erreichbaren Marktgleichgewichts. Die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung soll im dispositiven Recht u. a. § 138 BGB gewährleisten. Doch liegt es auf der Hand, dass dieser Maßstab der Sittenwidrigkeit nicht dazu beitragen kann, den bestehenden schwierigen Verhältnissen auf dem Markt für Milch entgegenzuwirken.

93

e) Marktbezogene Umstände

94

¹²⁷ Vgl. auch BGHZ 199, 1 Rn. 65 f. – VBL-Gegenwert = BGH WuW/E DE-R 4037 u. *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 5. Aufl. 2014, § 19 GWB Rn. 256, die für die Frage des Konditionenmissbrauchs auf eine Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB abstellen. Für Verhandlungen zur Vertragsänderung zieht Köhler § 313 Abs. 1 BGB heran, WRP 2006, 139, 143.

Als marktbezogener Umstand kommen Preisverfälle oder Kostenerhöhungen bei den Produktionskosten (Rohstoffe, Energie etc.) in Betracht, sofern sie sich konkret auf die Kosten für die Herstellung des Produkts des Lieferanten beziehen, ohne in der betrieblichen Risikosphäre des Lieferanten zu liegen, und infolgedessen in sachlichem Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung stehen. Ob als marktbezogener Umstand auch das Verhandlungsergebnis eines anderen Nachfragers zu berücksichtigen ist, wird an anderer Stelle untersucht (vgl. dazu sogleich D.).

4. Ausnutzung der Marktstellung

Der relativ marktmächtige Nachfrager muss seine Marktstellung ausnutzen. Es muss also ein kausaler Zusammenhang zwischen Marktmacht und Vorteilsgewährung bestehen.¹²⁸ Der Lieferant muss daher dem Nachfrager den Vorteil gerade auf Grund von dessen Marktmacht einräumen. Dies ist dann der Fall, wenn der Nachfrager nur deshalb einen offensichtlich unangemessenen Preis durchsetzen kann, weil er relativ marktmächtig ist. Für diesen Kausalzusammenhang sind die Umstände des Einzelfalles maßgeblich.

95

¹²⁸ *Westermann*, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2015, § 19 GWB Rn. 187.

D. Preisverhandlungen eines relativ marktmächtigen Unternehmens mit Lieferanten unter Zugrundelegung des Verhandlungsergebnisses eines anderen Unternehmens

I. Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB

Nach Art. 101 Abs. 1 AEUV sind „mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken“. Weitgehend ähnlich ist § 1 GWB formuliert. Insbesondere setzt § 1 GWB als Tathandlung ebenfalls eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise voraus.

96

1. Tathandlung

a) Vereinbarung

Eine Vereinbarung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB liegt in jeder Willensübereinstimmung zwischen mindestens zwei Parteien im Hinblick auf eine gemeinsame Zielverwirklichung.¹²⁹ Es reicht aus, wenn rechtsverbindlich der gemeinsame Wille zum Ausdruck kommt, ein bestimmtes Marktverhalten durchzuführen. Es kommt nicht darauf an, ob die Willensübereinstimmung ausdrücklich oder konkludent, schriftlich oder formlos, freiwillig oder unter Druck zu Stande kommt. Eine Vereinbarung relativ marktmächtiger Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels im Hinblick auf die Preisverhandlungen mit den Lieferanten ist jedenfalls regelmäßig nicht nachweisbar.

97

¹²⁹ EuGH Slg. 1970, 661 Rn. 112 – „ACF“; EuGH Slg. 2004, I-64 Rn. 102 – „Bayer“.

b) Aufeinander abgestimmte Verhaltensweise

aa) Abgrenzung zum zulässigen Parallelverhalten

Eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise im Sinne der Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB setzt (1) eine Abstimmung, (2) eine Verhaltensweise und (3) einen Kausalzusammenhang zwischen beiden voraus. Für eine Abstimmung ist eine willentliche Koordinierung des Verhaltens von mindestens zwei selbständigen Unternehmen erforderlich. Den Gegensatz dazu bildet das bewusste Parallelverhalten von Unternehmen. Hier bestimmen die Unternehmen ihr Verhalten in voller Selbständigkeit und damit autonom. Zu einer Abstimmung kann es nur kommen, wenn mindestens zwei Unternehmen in irgendeiner Form willentlich zusammenwirken.¹³⁰ Es bedarf also auch hier der Willensübereinstimmung (Angebot und Annahme) im Hinblick auf eine gemeinsame Zielverwirklichung (Kollusion), auch wenn die Anforderungen hieran nach Intensität (insbesondere Rechtsverbindlichkeit) und Ausdrucksform geringer als bei einer Vereinbarung sind.¹³¹ Ein lediglich einseitiges Verhalten eines Unternehmens etwa durch die Anpassung seiner Preisgestaltung an die Preisgestaltung eines anderen Unternehmens stellt danach keine Verhaltensabstimmung dar, solange dem nicht eine darauf abzielende „Fühlungnahme“ (= Kontaktaufnahme) beider Unternehmen vorausgegangen ist.¹³² Als eine solche „Fühlungnahme“ beurteilt der EuGH¹³³ jede

98

„Koordinierung zwischen Unternehmen, die zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrags im eigentlichen Sinne gediehen ist, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt“.

¹³⁰ *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, EU/Teil 1, 5. Aufl. 2014, Art. 101 AEUV Rn. 101.

¹³¹ EuGH Slg. 2009, I-4529 Rn. 23 – „T-Mobile“.

¹³² EuGH Slg. 1975, 1663 Rn. 26 – „Suiker Unie“; EuGH Slg. 1993, I-1307 Rn. 63 – „Ahlström“; EuGH Slg. 2009, I-4529 Rn. 26 – „T-Mobile“.

¹³³ EuGH Slg. 1975, 1663 Rn. 26 – „Suiker Unie“; EuGH Slg. 1993, I-1307 Rn. 63 – „Ahlström“; EuGH Slg. 2009, I-4529 Rn. 26 – „T-Mobile“.

Koordinierung und Zusammenarbeit in diesem Sinne setzen nicht die Ausarbeitung eines konkreten Plans voraus. Vielmehr sind diese Begriffe im Sinne des Grundgedankens des AEUV zu verstehen. Danach hat jeder Unternehmer selbständig zu bestimmen, welche Politik er verfolgen und welche Bedingungen er seinen Abnehmern anbieten will.¹³⁴ Im Hinblick auf die weitere Konkretisierung der Definitionsmerkmale Koordinierung und Zusammenarbeit ist auf ihre objektiven Ziele sowie den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, also die Umstände des Einzelfalles, abzustellen. Die Absicht der Beteiligten ist zwar kein notwendiges Element, kann aber Berücksichtigung finden. Auf den Eintritt wettbewerbswidriger Wirkungen auf dem Markt kommt es nicht entscheidend an.¹³⁵ Für eine Abstimmung kann bereits ein einziges Treffen genügen. Für die hier zu untersuchende Fragestellung ist es von besonderer Bedeutung, ob und ggf. inwiefern der Informationsaustausch unter Unternehmen – insbesondere die Veröffentlichung des vom Marktführer Aldi mit Lieferanten ausgehandelten Einkaufspreises für Milch in einer Fachzeitschrift wie der Lebensmittelzeitung – eine Abstimmung im Sinne der Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB begründen kann.

bb) Informationsaustausch

(1) Grundsätze

Der Informationsaustausch zwischen Unternehmen kann vor allem dann eine Abstimmung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB begründen, wenn er die strategische Ungewissheit auf dem Markt verringert. Eine Abstimmung kann auch dann gegeben sein, wenn nur *ein* Unternehmen gegenüber Wettbewerbern strategische Informationen offenlegt und die Wettbewerber sich daran orientieren.¹³⁶ Denn auch wenn nur ein einziges Unternehmen gegenüber seinen Wettbewerbern strategi-

¹³⁴ EuGH Slg. 1998, I-3111 Rn.826 – „John Deere“; Komm., Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU v. 14. Januar 2011, C 11, S. 1 Rn. 60.

¹³⁵ EuGH Slg. 2009, I-4529 Rn. 51 – „T-Mobile“.

¹³⁶ Komm., Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU v. 14. Januar 2011, C 11, S. 1 Rn. 62; Schlussanträge GA Kokott, EuGH Slg. 2009, I-4529 Rn. 54 – „T-Mobile Netherlands“.

sche Informationen über seine künftige Geschäftspolitik preisgibt, verringert sich dadurch für alle Beteiligten die Ungewissheit über das künftige Marktgeschehen. Dadurch entsteht die Gefahr der Verringerung des Wettbewerbs und eines kollusiven Verhaltens unter ihnen.¹³⁷ Der EuGH¹³⁸ und die Europäische Kommission¹³⁹ sehen es als wahrscheinlich an, dass die bloße Anwesenheit bei einer Sitzung, in der ein Unternehmen seine Preispläne gegenüber Wettbewerbern offenlege, auch dann eine Abstimmung darstellt, wenn es nicht ausdrücklich zu einer Preiserhöhungsvereinbarung komme. Erhalte ein Unternehmen strategische Daten von einem Wettbewerber, werde „davon ausgegangen, dass es die Informationen akzeptiert und sein Marktverhalten entsprechend anpasst, es sei denn, es erklärt ausdrücklich, dass es die Daten nicht bekommen will.“¹⁴⁰

Handelt es sich um eine einseitige Bekanntmachung eines Unternehmens, die echt öffentlich ist (z. B. Zeitung), so nimmt die Kommission¹⁴¹ zwar an, dass „im Allgemeinen“ keine Abstimmung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV besteht. Je nach Sachlage sei allerdings das Vorliegen einer Abstimmung nicht ausgeschlossen. So liege es etwa dann, wenn auf eine solche Bekanntmachung die Bekanntmachungen anderer Wettbewerber folgten. Denn die Bekanntmachungen könnten sich als „Strategie zur Verständigung über die Koordinierungsmodalitäten erweisen“.¹⁴² Dadurch, dass der Austausch strategischer Informationen die Transparenz auf dem Markt künstlich erhöhe, könne er ein koordiniertes, also aufeinander abgestimmtes Verhalten der Unternehmen im Wettbewerb fördern und wettbewerbsbeschränkende Aus-

101

¹³⁷ Komm., Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU v. 14. Januar 2011, C 11, S. 1 Rn. 62.

¹³⁸ EuGH Slg. 2009, I-4529 Rn. 59 – „T-Mobile Netherlands“.

¹³⁹ Komm., Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU v. 14. Januar 2011, C 11, S. 1 Rn. 62.

¹⁴⁰ Komm., Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU v. 14. Januar 2011, C 11, S. 1 Rn. 62; vgl. auch EuGH Slg. 1999, I-4287 Rn. 162 – Hüls u. EuGH Slg. 1999, I-4125 Rn. 121 – AnicPartecipazioni; zur Komplizenschaft durch passive Formen der Beteiligung an der Zuwiderhandlung vgl. jüngst EuGH, WuW 2016, 71 – AC-Treuhand.

¹⁴¹ Komm., Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU v. 14. Januar 2011, C 11, S. 1 Rn. 63.

¹⁴² Komm., Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU v. 14. Januar 2011, C 11, S. 1 Rn. 63.

wirkungen begründen.¹⁴³ Eine strategisch im Wettbewerb äußerst bedeutsame Information ist insbesondere die Preisgestaltung eines Unternehmens.

(2) Preisgestaltung

Ein Informationsaustausch kann – so das BKartA¹⁴⁴ in der Sektoruntersuchung Milch – insbesondere dann gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB verstoßen, wenn er einen Ausschluss des „Geheimwettbewerbs“ beim Einkaufspreis herbeiführt und damit objektiv vorhersehbar das Preisniveau stabilisiert. Größere Transparenz gerade bei dem wichtigen Wettbewerbsparameter Einkaufspreis – oftmals eines der am strengsten gehüteten Geschäftsgeheimnisse – kann nämlich ein koordiniertes Verhalten der Wettbewerber erleichtern. Vor der damit einhergehenden Beeinträchtigung des Wettbewerbs schützen Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB.¹⁴⁵ Dies gilt sowohl für Absatzmärkte wie Beschaffungsmärkte.¹⁴⁶

102

(a) Grundsätze

Aus Preisankündigungen eines Anbieters gegenüber *Abnehmern* ist grundsätzlich nicht auf eine Abstimmung mit anderen Anbietern zu schließen.¹⁴⁷ Denn Preisankündigungen gegenüber Kunden durch ein Unternehmen sind ein gewöhnliches Mittel des Wettbewerbs. Sie sind deshalb nicht von Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB erfasst.¹⁴⁸ Dies gilt selbst dann, wenn die Wettbewerber des ankündigenden Unternehmens hieraus Schlussfolgerungen für dessen zukünftiges Marktverhalten ableiten

103

¹⁴³ Komm., Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU v. 14. Januar 2011, C 11, S. 1 Rn. 65; BKartA, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Januar 2012, Sektoruntersuchung Milch (B2-19/08) Rn. 139.

¹⁴⁴ BKartA, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Januar 2012, Sektoruntersuchung Milch (B2-19/08) Rn. 139.

¹⁴⁵ BGH, WuW/E BGH 1337, 1347 – Aluminium Halbzeug; BKartA, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Januar 2012, Sektoruntersuchung Milch (B2-19/08) Rn. 139; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 277.

¹⁴⁶ BKartA, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Januar 2012, Sektoruntersuchung Milch (B2-19/08) Rn. 139.

¹⁴⁷ EuGH Slg. 1993, I-1575 Rn. 64 – „Zellstoff“; Bunte, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 12. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 82; Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 1 GWB Rn. 65; Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 75; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 277.

¹⁴⁸ BKartA, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Januar 2012, Sektoruntersuchung Milch (B2-19/08) Rn. 139 (für Molkereien).

können.¹⁴⁹ Eine Abstimmung kann indes dann gegeben sein, wenn ein Unternehmen Informationen über sonst streng geheim gehaltene Unternehmensdaten wie geplante Preisänderungen nur gegenüber Wettbewerbern unter Ausschluss von Kunden erteilt.¹⁵⁰ Ebenso kann es liegen, wenn Wettbewerber sich auf gemeinsamen Sitzungen über Preise austauschen oder gar Preise festsetzen, insbesondere wenn jede Abweichung zu melden ist.¹⁵¹ Ein wichtiges Indiz für eine Abstimmung liegt vor, wenn es zur fortgesetzten Festlegung einheitlicher Preise kommt, ohne dass dafür ein entsprechender Marktzwang besteht.¹⁵² Für die hier zu untersuchende Fragestellung ist insoweit zunächst ein Blick auf die Sektoruntersuchung Milch des BKartA zu werfen.

(b) Sektoruntersuchung Milch des BKartA in den Jahren 2008 bis 2011

Das BKartA¹⁵³ sieht in der Sektoruntersuchung Milch aus den Jahren 2008 bis 2011 zwar keinen Verstoß gegen das Kartellrecht, wenn Handelsunternehmen

104

- Daten über die aktuell angelieferte Rohmilchmenge oder Tendenzberichte zur Preisentwicklung bei Fett und Eiweiß dazu verwenden, Preiszugeständnisse bei den Molkereien einzufordern oder
- Daten über Milchauszahlungspreise der Molkereien verwenden, um Kosteneinsparungen im Interesse niedriger Herstellerabgabepreise bei den Molkereien zu verlangen.

Denn die Unternehmen machten sich hier lediglich vorhandene Informationsquellen zu Nutze, um ihre Interessen durchzusetzen.¹⁵⁴

105

Ein Marktinformationssystem, das es ermöglicht, einem Marktteilnehmer (z. B. dem Marktführer) wettbewerbsbedeutsame Informationen auf einem Markt mit homoge-

106

¹⁴⁹ *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, EG/Teil 1, 5. Aufl. 2014, Art. 101 AEUV Rn. 110.

¹⁵⁰ EuGH Slg. 1998, I-3138 Rn. 91 – „John Deere“.

¹⁵¹ EuGH Slg. 1993, I-1575 Rn. 131 – „Zellstoff“.

¹⁵² *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, EG/Teil 1, 5. Aufl. 2014, Art. 101 AEUV Rn. 118 a. E..

¹⁵³ BKartA, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Januar 2012, Sektoruntersuchung Milch (B2-19/08) Rn. 323.

¹⁵⁴ BKartA, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Januar 2012, Sektoruntersuchung Milch (B2-19/08) Rn. 324.

nen Gütern (z. B. Milch) zuzuordnen, ist aber nach Auffassung des BKartA¹⁵⁵ wettbewerbsrechtlich höchst bedenklich. Denn der Preis eines Produkts sei ein entscheidender Wettbewerbsparameter. Hätten die an dem Informationsaustausch beteiligten Unternehmen einen hinreichend großen Marktanteil, so sei eine Wettbewerbsbeschränkung durch einen Informationsaustausch wahrscheinlich.¹⁵⁶

Den Umstand, dass in Printmedien eine frühzeitige detaillierte Berichterstattung über die Ergebnisse der Vertragsverhandlungen zwischen Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels, insbesondere dessen Marktführer Aldi, und den Molkereien erfolge, und andere Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels die Ergebnisse dieser Verhandlung zum Maßstab der eigenen Vertragsverhandlungen machen, beurteilt das BKartA zwar nicht als kartellrechtswidrig, doch kommt eine gewisse Skepsis zum Ausdruck.¹⁵⁷ Das BKartA hebt insoweit nämlich hervor, dass es bei Durchsetzbarkeit solcher Forderungen des Lebensmitteleinzelhandels zu einer Angleichung der Beschaffungskonditionen komme, die wiederum wesentlicher Faktor bei der Festsetzung der Ladenverkaufspreise seien und damit zu einer Vereinheitlichung der Ladenverkaufspreise zumindest im Preiseinstiegssegment führten.¹⁵⁸

Diese Tendenz, so das BKartA, werde weiter dadurch verstärkt, dass in den Printmedien zusätzliche Angaben darüber gemacht würden, welche Folgen die Vertragsverhandlungen von Aldi für ein bestimmtes Produkt auf die Ladenverkaufspreise von Aldi haben würden. In der Vergangenheit seien diese Prognosen „sehr belastbar“ gewesen und hätten Wettbewerber von Aldi in die Lage versetzt, sich frühzeitig auf Preisveränderungen ihres Wettbewerbers nach oben (Preisanhebung) oder unten (Preissenkung) einzustellen.¹⁵⁹ Außerdem ermögliche die Printberichterstattung Wettbewerbern anders als eine systematische Beobachtung der Ladenverkaufspreise von Wettbewerbern nicht nur eine nachträgliche Anpassung der eigenen Preise, son-

¹⁵⁵ BKartA, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Januar 2012, Sektoruntersuchung Milch (B2-19/08) Rn. 130.

¹⁵⁶ BKartA, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Januar 2012, Sektoruntersuchung Milch (B2-19/08) Rn. 148.

¹⁵⁷ BKartA, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Januar 2012, Sektoruntersuchung Milch (B2-19/08) Rn. 326, 328.

¹⁵⁸ BKartA, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Januar 2012, Sektoruntersuchung Milch (B2-19/08) Rn. 326.

¹⁵⁹ BKartA, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Januar 2012, Sektoruntersuchung Milch (B2-19/08) Rn. 327.

dern eine quasi *zeitgleiche* Anpassung ihres Preiseinstiegssegments an die Ladenverkaufspreise von Aldi.¹⁶⁰ Eine gegen das Kartellrecht verstoßende „vorherige Verständigung“ der Handelsunternehmen über den Ladenverkaufspreis, untereinander oder über den jeweiligen Lieferanten, „wie dies möglicherweise in anderen Produktbereichen erfolge“, sei für Basisprodukte aus dem Bereich Molkereiprodukte aber jedenfalls nicht notwendige Voraussetzung zur Erklärung der identischen Preisgestaltung.¹⁶¹ Infolgedessen stellt das BKartA weitere Erwägungen hierzu nicht mehr an, sondern bricht die Prüfung ab.

(c) Stellungnahme

Für die kartellrechtliche Beurteilung eines Informationsaustauschs unter Wettbewerbern kommt es – wie gezeigt – auf die Umstände des Einzelfalles, insbesondere die Marktgegebenheiten, an. Diese Gegebenheiten hat das BKartA in seiner Sektoruntersuchung Milch für den Bereich Milch eingehend untersucht. Das BKartA betrachtet einen Informationsaustausch über den Einkaufspreis im Bereich Milch gerade im Hinblick auf den Einkaufspreis des Marktführers Aldi als wettbewerbsbeschränkend. Lediglich wegen des Fehlens einer Tathandlung nimmt das BKartA keinen Verstoß gegen § 1 GWB an. Denn allein aus einer identischen Preisgestaltung sei nicht auf ein Zusammenwirken („vorherige Verständigung“) der Handelsunternehmen zu schließen („nicht notwendige Voraussetzung“). Vielmehr, so die Annahme des BKartA, könne die identische Preisgestaltung auch auf anderen Gründen beruhen. Daraus ist zu entnehmen, dass das BKartA jedenfalls davon ausgeht, den Nachweis für eine Tathandlung nicht führen zu können.

109

Dieser Ansatz des BKartA erscheint allerdings – zumindest ohne weitere tatsächliche Feststellungen – wenig überzeugend. Zunächst weist das BKartA nämlich selbst darauf hin, dass eine Verständigung der Handelsunternehmen über den Ladenverkaufspreis „möglicherweise in anderen Produktbereichen“ erfolge. Offen bleibt, warum dies im Bereich Milch von vornherein ausgeschlossen sein soll. Ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung von Milch mit anderen Produktbereichen ist

110

¹⁶⁰ BKartA, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Januar 2012, Sektoruntersuchung Milch (B2-19/08) Rn. 328.

¹⁶¹ BKartA, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Januar 2012, Sektoruntersuchung Milch (B2-19/08) Rn. 328.

nicht erkennbar. Insoweit haben die Erwägungen des BKartA also keine tragfähige Grundlage. Das BKartA geht ferner davon aus, dass die identische Preisgestaltung für Milch im Lebensmitteleinzelhandel auch auf anderen Gründen als einer Tathandlung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB beruhen kann. Welche Gründe dies im Einzelnen sein könnten oder ob sie gar vorliegen, bleibt hingegen ungeprüft. Außerdem lässt es das BKartA selbst für eine „Abstimmung“ im Sinne von § 1 GWB bereits genügen, dass eine „vorherige Verständigung“ der Handelsunternehmen über den Ladenverkaufspreis über den jeweiligen *Lieferanten*, also über einen Dritten, stattfindet. So ist denn auch allgemein anerkannt, dass eine „Fühlungnahme“ nicht zwischen den Unternehmen selbst stattfinden muss, sondern auch über einen Dritten wie einen (gemeinsamen) Lieferanten zu Stande kommen kann (sog. „Hub and Spoke“).¹⁶²

Nichts anderes muss dann gelten, wenn die „Fühlungnahme“ nicht über einen Lieferanten, sondern durch Printmedien erfolgt. Insofern kann es für die kartellrechtliche Beurteilung nicht auf eine Unterscheidung nach dem Informationsmedium ankommen. Hervorzuheben ist insoweit insbesondere, dass eine Veröffentlichung des Einkaufspreises von Aldi in einer Fachzeitschrift wie der Lebensmittelzeitung jedenfalls im Wesentlichen allein gegenüber Wettbewerbern erfolgt, weil weder die Kunden von Aldi (private Endverbraucher) noch die Kunden von Wettbewerbern (private Endverbraucher) dieses Medium nicht nutzen. Hinzu kommt, dass die Darstellung des Einkaufspreises von Aldi in den Printmedien und die sich daraus ergebenden Folgen für den Ladenverkaufspreis von Aldi auf irgendeinem Weg in die Printmedien gelangen müssen. Macht Aldi selbst Angaben hierzu gegenüber Lieferanten oder Printmedien, die sodann anderen Handelsunternehmen zur Kenntnis gelangen, so könnte darin bereits eine Kontaktaufnahme („Fühlungnahme“) zu sehen sein, die andere Handelsunternehmen durch eine Angleichung ihrer Preispolitik konsentieren könnten („Stern“). Gelangen die Angaben durch einen Lieferanten ohne Wissen und Willen von Aldi in die Printmedien und orientieren sich andere Handelsunternehmen

111

¹⁶² Komm., Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU v. 14. Januar 2011, C 11, S. 1 Rn. 55; BKartA, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Januar 2012, Sektoruntersuchung Milch (B2-19/08) Rn. 328; Brief BKartA vom 13. April 2010, WuW 2010, 786, 790; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 96; Krauß, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 12. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 98; Liesegang, WuW 2012, 1036; Stöcker, WuW 2012, 935.

daran, so kann darin eine Abstimmung unter ihnen liegen. Voraussetzung für eine Abstimmung ist freilich stets eine Willensübereinstimmung zwischen Unternehmen, für die Angebot und Annahme erforderlich sind (s. o. Rn. 98).

(aa) Angebot zur Abstimmung

Im Hinblick auf sukzessive Preiserhöhungen kommt es immer wieder zu der – für diese Untersuchung höchst bedeutsamen – Konstellation, dass ein Unternehmen früh seine Preisgestaltung ankündigt und damit einen zeitlichen Spielraum für eine Entscheidung und Äußerung über ein mögliches „Mitziehen“ ermöglicht.¹⁶³ Dabei kann ein Angebot zur Abstimmung schon dann gegeben sein, wenn der Ankündigende offen lässt, ob und ggf. wie er seinerseits auf die Reaktion der Wettbewerber antwortet. Denn das Verbot abgestimmten Verhaltens soll jegliche konzertierte Verringerung des Marktrisikos, das bei Wettbewerb grundsätzlich besteht, erfassen. Deshalb kann ein Angebot zur Abstimmung grundsätzlich auch durch Erklärung an die Öffentlichkeit, also etwa in den Medien wie einer Fachzeitschrift (hier insbesondere Lebensmittelzeitung), erfolgen.¹⁶⁴ Doch ist auch zu berücksichtigen, dass es dafür vielfach einen sachlichen Grund gibt (z. B. Imagepflege, strategische Informationspolitik). Daher sind Erklärungen gegenüber der Öffentlichkeit etwa zu Preiserhöhungen grundsätzlich kein Angebot zur Abstimmung. Anders liegt es aber, wenn es nicht nur darum geht, die Öffentlichkeit zu informieren, sondern die Information Mittel für eine tatsächliche Zusammenarbeit ist.¹⁶⁵ Dies setzt freilich voraus, dass die anderen Marktteilnehmer die Erklärung als Angebot zur Abstimmung erkennen und auffassen.¹⁶⁶ So kann es etwa dann liegen, wenn die Information (unnötig) präzise und mit (unnötigem) zeitlichem Vorlauf in einer Wettbewerbssituation erfolgt, in der Grup-

112

¹⁶³ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 94.

¹⁶⁴ Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 207; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 96.

¹⁶⁵ Krauß, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 12. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 109; Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 207.

¹⁶⁶ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 96.

pensolidarität (insbesondere enges Oligopol) oder Marktzwang (Ankündigung durch marktführendes Unternehmen) besteht.¹⁶⁷

Für die Frage, ob ein Angebot zur Abstimmung vorliegt, kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an (z. B. Inhalt der Erklärung, Zeitpunkt der Erklärung, bisher praktiziertes Solidaritätsbewusstsein, auf Grund dessen sich ein Verfahren zur Preisangleichung eingebürgert hat¹⁶⁸ etc.). Für die hier zu untersuchende Fragestellung sind insoweit weitere tatsächliche Feststellungen zum konkreten Einzelfall erforderlich.

113

(bb) Annahme

Zum Abstimmungsangebot muss dessen Annahme hinzukommen, damit eine Willensübereinstimmung besteht. Hierfür ist nicht notwendig, dass der Adressat des Angebots das eigene Verhalten wie das „Mitziehen“ bei einer Preiserhöhung oder -senkung von dem Verhalten des Ankündigenden abhängig macht.¹⁶⁹ Entscheidend ist allein, ob es zu einer Verringerung der am Markt bestehenden Risiken kommt.

114

Die Unternehmen beseitigen *prima facie* dann die mit dem Selbständigkeitspostulat verbundene Ungewissheit über ihr künftiges Verhalten im Wettbewerb, wenn sie auf die Ankündigung eines anderen Unternehmens zu einer Preissenkung oder -erhöhung vor ihrer Durchführung mit einer entsprechenden Ankündigung reagieren.¹⁷⁰ Die Annahme eines Abstimmungsangebots kann ferner durch Erklärung eines anderen Unternehmens über sein künftiges Marktverhalten erfolgen.¹⁷¹ In Betracht kommt aber auch eine konkludente Annahme, die allerdings zeitlich vor der tatsächlichen Durchführung des von einem anderen Unternehmen Angekündigten erfolgen müsste.¹⁷² Auch insoweit kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an. Für die hier zu

115

¹⁶⁷ Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 207.

¹⁶⁸ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 96; a. A. Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 1 GWB Rn. 66.

¹⁶⁹ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 95.

¹⁷⁰ Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 207.

¹⁷¹ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 95.

¹⁷² Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 95.

untersuchende Fragestellung sind insoweit weitere tatsächliche Feststellungen erforderlich. Zu berücksichtigen ist insoweit jedenfalls der Ansatz der Kommission, wonach die Kenntnis von strategischen Daten eines Unternehmens die Vermutung begründet, dass Wettbewerber dieses Unternehmens die Information akzeptieren und ihr Marktverhalten entsprechend anpassen.¹⁷³ Es ist dann Sache der Unternehmen, diese Vermutung zu widerlegen.

(cc) Abstimmung über den Markt?

Auch und gerade für die hier zu untersuchende Fragestellung ist von Bedeutung, dass eine Abstimmung im Sinne der Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB möglicherweise auch schon allein auf Grund einer durch bloßes Marktverhalten erfolgenden Koordination vorliegen könnte. Denn da diese Normen keine dem Marktverhalten vorausgehende Abstimmungshandlung verlangen, lässt ihr Wortlaut eine solche Auslegung zu.¹⁷⁴ Sie setzt aber voraus, dass für das Verhalten wie eine sukzessive Preiserhöhung kein Risiko auf Grund Wettbewerbs besteht (vgl. auch die Definition des EuGH zur Fühlungnahme oben unter Rn. 98).¹⁷⁵ Daher darf etwa bei Erhöhung eigener Verkaufspreise auf ein oberhalb des Wettbewerbspreises liegendes Niveau nicht die wettbewerbliche Gefahr einer erheblichen Absatzeinbuße bestehen.

116

Ein „Nachziehen“ der Wettbewerber bei der Preisgestaltung ist insbesondere auf oligopolistischen Märkten nicht den bei funktionierendem Wettbewerb bestehenden Risiken ausgesetzt.¹⁷⁶ Dies scheint sich in der Sektoruntersuchung Kraftstoffe des BKartA aus dem Jahr 2011 zu bestätigen. Hier kam es auf den Märkten für Otto- und Dieselmotoren regelmäßig zu übereinstimmenden Preiserhöhungen der Oligopolisten. Auf diesen Märkten boten nur wenige Unternehmen an und bestand große Transparenz im Hinblick auf die Preisgestaltung, so dass die Preissenkung eines der Oligopolisten rasch zur „Bestrafung“ durch ein „Nachziehen“ der anderen führen

117

¹⁷³ Komm., Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU v. 14. Januar 2011, C 11, S. 1 Rn. 62; vgl. auch EuGH Slg. 1999, I-4287 Rn. 162 – Hüls u. EuGH Slg. 1999, I-4125 Rn. 121 – AnicPartecipazioni.

¹⁷⁴ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 97.

¹⁷⁵ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 97.

konnte. Da bei einem solchen mehrmaligen gleichförmigen Verhalten Zufall als Begründung nicht in Betracht kommt, könnte ein abgestimmtes Verhalten anzunehmen sein. Parallele Erwägungen sind für den Lebensmitteleinzelhandel anzustellen, da auch hier eine oligopolistische Marktstruktur besteht.

Doch würde die Annahme einer Abstimmung auf Grund bloßen Marktverhaltens ein Verbot von Preiserhöhungen im Oligopol und damit einen staatlichen Eingriff in die Preisbildung im Wettbewerb statuieren.¹⁷⁷ Außerdem fehlt es hier an der vom EuGH geforderten „Fühlungnahme“.¹⁷⁸ Deshalb sprechen die besseren Gründe dafür, ein ohne weitere Kommunikation erfolgendes Marktverhalten wie ohne vorherige Ankündigung erfolgende sukzessive Preiserhöhungen auch bei einem Oligopol nicht als Abstimmung im Sinne der Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB zu beurteilen.¹⁷⁹

118

(d) Beweis

Zum Beweis einer Abstimmung kommen im Zivilprozess alle dafür vorgesehenen Beweismittel in Betracht. Hierzu gehört insbesondere der Zeugenbeweis, also etwa die Vernehmung eines Redakteurs der Fachzeitschrift, in der das Ergebnis der Preisverhandlungen eines Unternehmens mit Lieferanten mitgeteilt ist. Diesen könnte das Gericht dazu hören, von wem er welche Angaben erhalten hat. Allerdings ersetzt die Benennung eines Zeugen nicht eigenen substantiierten Sachvortrag. Es gilt das Verbot der Ausforschung. Daher muss hinreichender Sachvortrag zu der behaupteten Tatsache erfolgen (z. B. wäre es unzulässig, statt eines bestimmten Papiers Einsicht in die gesamten Geschäftsunterlagen eines Jahres zu verlangen).¹⁸⁰ Demgegenüber erscheint die Durchführung eines Verwaltungsverfahrens durch das BKartA vorteil-

119

¹⁷⁶ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 98.

¹⁷⁷ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 100; Jungermann, Kollektive Marktbeherrschung durch interdependentes Parallelverhalten und deren Missbrauch, S. 42 f.

¹⁷⁸ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 100.

¹⁷⁹ Krauß, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 12. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 100; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 100 unter ausdrücklicher Aufgabe der gegenteiligen Ansicht, vertreten in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 Teil 1, 3. Aufl., § 1 GWB Rn. 103 bis 106 und ZHR 154 (1990), 470 ff.

¹⁸⁰ Prütting, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 7. Aufl. 2015, § 148 ZPO Rn. 8.

haft, da dem BKartA hierbei Eingriffsbefugnisse (vgl. etwa §§ 57 bis 59 GWB) zur Verfügung stehen.

Mangels konkreter Beweismittel muss der Beweis einer Abstimmung durch Indizien erfolgen. Nehmen mehrere Unternehmen gemeinsam Preisänderungen vor, besteht der Verdacht einer Abstimmung, wenn es auf Grund konkreter Umstände ausgeschlossen ist, dass es sich um eine Reaktion auf Grund der Marktgegebenheiten durch die Erhöhung/Senkung der Preise durch ein Unternehmen handelt.¹⁸¹ So kann es liegen, wenn die Änderung zeitgleich und in gleicher Höhe trotz unterschiedlicher Märkte, Kostenstrukturen oder Kapazitätsauslastung erfolgt, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund wie eine Steuererhöhung gegeben ist.

120

cc) Bezugnahme auf das Verhandlungsergebnis eines anderen Unternehmens

Solange keine Koordinierung und Zusammenarbeit zwischen Unternehmen im Hinblick auf Preisverhandlungen mit Lieferanten – ggf. über Dritte – vorliegt, scheidet ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB aus. Allein die Bezugnahme auf das Verhandlungsergebnis eines anderen Unternehmens bei eigenen Preisverhandlungen vermag keine Abstimmung im Sinne dieser Regelungen zu begründen, weil sie für sich gesehen keinen Willen zur Annahme des etwaigen Angebots zum Ausdruck bringt, sondern bloßes eigenständiges Verhandeln unter Zugrundelegung von Marktkenntnissen darstellt. Zur Begründung eines Annahmewillens müssen daher weitere Umstände hinzutreten.

121

2. Fazit

Die Veröffentlichung eines mit Lieferanten ausgehandelten Preises durch ein Unternehmen in einer Fachzeitschrift kann ein Angebot zur Abstimmung im Sinne der Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB darstellen. Hierfür kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an. Eine Abstimmung liegt erst dann vor, wenn zum Angebot zur Abstimmung die Annahme des Angebots durch mindestens ein anderes Unternehmen hinzutritt. Auch hierfür sind die Umstände des Einzelfalles maßgeblich, so dass ein

122

¹⁸¹ Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 230.

pauschales Ergebnis für die hier zu untersuchende Fragestellung nicht in Betracht kommt. Allein die Bezugnahme auf das Verhandlungsergebnis eines anderen Unternehmens bei eigenen Preisverhandlungen vermag keine Abstimmung zu begründen.

II. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB

Für die Preisverhandlungen eines relativ marktmächtigen Unternehmens mit einem Lieferanten gelten die unter C. entwickelten Grundsätze. An einem sachlichen Grund für das Fordern eines Vorteils wegen offensichtlicher Unangemessenheit von Leistung und Gegenleistung kann es insoweit vor allem dann fehlen, wenn sich der relativ marktmächtige Nachfrager das Verhandlungsergebnis eines anderen Unternehmens, insbesondere eines anderen relativ marktmächtigen Unternehmens (hier: Marktführer Aldi), in dem Sinne zu eigen macht, dass er auf das Verhandlungsergebnis des anderen Unternehmens Bezug nimmt und lediglich denselben oder gar nur einen noch niedrigeren Preis anbietet; dies gilt umso mehr, wenn der relativ marktmächtige Nachfrager dabei versucht, allein in seinem eigenen Risikobereich liegende, eigene höhere Vertriebskosten etwa auf Grund Vollsortiments auf den Lieferanten abzuwälzen. Denn auch dadurch kommt es zu einer Beeinträchtigung des Lieferanten im Wettbewerb, die der Nachfrager nur wegen seiner Marktmacht durchsetzen kann. Dementsprechend wird folgerichtig vertreten, dass bei dem derzeitigen Stand im Lebensmitteleinzelhandel ein per-se-Verbot des Konditionenabgleichs nach dem Günstigkeitsprinzip bei einem Unternehmenszusammenschluss besteht, auch wenn er sich nur auf die Zukunft bezieht.¹⁸² Außerdem fehle eine sachliche Rechtfertigung für eine Meistbegünstigungsklausel.¹⁸³ Dies liegt ganz auf der Linie der EDEKA-Entscheidung des BKartA.

123

Danach darf ein relativ marktmächtiges Unternehmen das Preisverhandlungsergebnis eines anderen Unternehmens nicht zum Gegenstand der eigenen Preisverhandlungen mit Lieferanten machen. Insofern handelt es sich um einen marktbezogenen Umstand für die Angemessenheitskontrolle. Ein Vorteil im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB liegt also auch dann vor, wenn der Nachfrager lediglich eine Gleichbehandlung in

124

¹⁸² Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 12. Aufl. 2014, § 19 Rn. 175.

¹⁸³ Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 12. Aufl. 2014, § 19 Rn. 180.

den Konditionen gegenüber anderen konkurrierenden Nachfragern verlangt.¹⁸⁴ Eine sachliche Rechtfertigung für ein Sich-zu-eigen-machen des Verhandlungsergebnisses eines anderen Nachfragers besteht nicht, weil sie in keinem Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung steht. Dies ist von erheblicher praktischer Bedeutung nicht nur für den ausgehandelten Preis eines anderen relativ marktmächtigen Nachfragers (vgl. Formulierung des Gutachtenauftrags unter B.). Vielmehr zeigt die Erfahrung, dass Lieferanten – warum auch immer – hin und wieder sogar kleineren Nachfragern vergleichsweise günstigere Konditionen einräumen als großen Nachfragern.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Köhler, WRP 2006, 139, 141 f.; a. A. Rixen, Frankfurter Kommentar Kartellrecht, § 20 GWB 2005 Rn. 316.

¹⁸⁵ Vgl. z. B. den Sachverhalt von BGH WRP 2002, 1436 – Konditionenanpassung.

E. Vorschlag de lege ferenda

Die angestellten Überlegungen zeigen, dass das derzeit geltende Kartellrecht die gestörte Verhandlungs- und Vertragsparität zwischen marktmächtigen Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels und den Lieferanten von Lebensmitteln nicht beseitigt. Dies gilt insbesondere unter Zugrundelegung der weit verbreiteten Auffassung, die § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB sehr eng auslegt. Daher erscheint es geboten, sich Gedanken darüber zu machen, wie diese Regelungslücke sachgemäß und interessengerecht geschlossen werden kann.

125

Es besteht der Grundsatz der Verhandlungsfreiheit. Eingriffe in die Verhandlungsfreiheit müssen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Dies gilt insbesondere für Preisverhandlungen, bei denen staatliche Eingriffe die Ausnahme bleiben müssen. Umgekehrt greift der Gesetzgeber des deutschen Kartellrechts mit verschiedenen Regelungen in die Preisgestaltungsfreiheit der Unternehmen ein:

126

Ein besonders strenger Eingriff findet sich für Unternehmen der öffentlichen Versorgung mit Wasser. Denn sie missbrauchen ihre Marktstellung nach § 31 Abs. 3, Abs. 4 Nr. 3 HS 1 GWB schon dann, wenn sie Entgelte fordern, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten.¹⁸⁶ Der Gesetzgeber erkennt nur die Kosten an, die bei einer rationellen Betriebsführung anfallen (§ 31 Abs. 4 Nr. 3 HS 2 GWB). Ein so weitgehender Eingriff in die Preisgestaltungsfreiheit erscheint im Lebensmitteleinzelhandel freilich nicht geboten. § 20 GWB verweist noch nicht einmal auf § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB. Außerdem unterscheidet sich die Marktstellung der – lediglich relativ marktmächtigen – Lebensmitteleinzelhändler erheblich von der (monopolistischen) Marktstellung eines Unternehmens der öffentlichen Versorgung mit Wasser.

127

Aus § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB ergibt sich, dass über § 31 GWB hinaus aus sachlichen Gründen und in bestimmten Grenzen ein Eingriff in die Preisgestaltungsfreiheit geboten sein kann. Besondere Bedeutung misst der Gesetzgeber dabei dem Angebot von Lebensmitteln im Sinne des § 2 Abs. 2 des Le-

128

¹⁸⁶ Vgl. dazu zuletzt BGH, WuW/E DE-R 4871 – Wasserpreise Calw II.

bensmittel- und Futtermittelgesetzbuchs bei, da für sie die Verbotseinschränkung des § 20 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 GWB durch das Merkmal „nicht nur gelegentlich“ nicht gilt (§ 20 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB; vgl. auch die Privilegierung der Erzeuger durch das Agrarmarktstrukturgesetz). Für solche Lebensmittel gelten also im Hinblick auf Angebote unter Einstandspreis strengere Anforderungen als für andere Produkte. Damit zeigt der Gesetzgeber mit § 20 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB, dass Lebensmitteln im Sinne des § 2 Abs. 2 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuchs größere Bedeutung zukommt, als anderen Produkten.

Hinzu kommt, dass § 28 GWB landwirtschaftliche Erzeugerbetriebe und Vereinigungen von solchen Erzeugerbetrieben bei landwirtschaftlichen Erzeugnissen (vgl. § 28 Abs. 3 GWB) im Hinblick auf die Anwendung von § 1 GWB privilegiert. Damit will der Gesetzgeber den besonderen Verhältnissen im Agrarsektor (Länge der Produktionsdauer, Ungewissheit des Produktionserfolgs, Art der Produktion mit engen Grenzen für eine Produktionsumstellung) Rechnung tragen, indem er anerkennt, dass in diesem Bereich marktstabilisierende Maßnahmen auch durch Selbsthilfe der Landwirtschaft erforderlich sein können.¹⁸⁷ Denn die Gegebenheiten des Produktionsprozesses machen es Landwirten unmöglich, ihr Verhalten am Markt nach dem Marktpreis auszurichten. Auch dies zeigt deutlich, dass die Landwirtschaft im Bereich des deutschen Kartellrechts privilegiert ist.

129

Die soeben genannten Wertungen des GWB (Rn. 128 und 129), der fortgeschrittene Konzentrationsgrad im Lebensmitteleinzelhandel sowie der Marktaustritt oder der Zwang zahlreicher Molkereien zur Umstrukturierung wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten gerade auf Grund dieser Marktstruktur rechtfertigen es, als Gesetzgeber auf den nicht mehr funktionierenden Wettbewerb in diesem Bereich zu reagieren und auch im Bereich des Anzapfverbots strengere Anforderungen im Hinblick auf Lebensmittel zu stellen. Dies liegt ganz auf der Linie des Ansatzes des BKartA, im Lebensmitteleinzelhandel das Anzapfverbot „konsequent“ anzuwenden.

130

¹⁸⁷ *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 28 GWB Rn. 11.

Legt man die Auffassung im Schrifttum zu Grunde, dass § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB einen sehr viel engeren Anwendungsbereich als § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB hat, der – anders als § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB – eine Kontrolle der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung zulässt, könnte man im Hinblick auf die Nachfragemacht relativ marktmächtiger Unternehmen eine Kontrolle von Leistung und Gegenleistung im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB auch dadurch erreichen, dass § 20 Abs. 2 GWB einen Satz 2 erhält, der für abhängige Unternehmen, die Lebensmittel im Sinne des § 2 Abs. 2 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuchs anbieten, auf § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB verweist. § 20 Abs. 2 GWB müsste dann folgenden Wortlaut haben:

131

„§ 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 5 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unternehmen. § 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 2 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unternehmen, die Lebensmittel im Sinne des § 2 Absatz 2 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuchs anbieten.“

Außerdem könnte § 20 Abs. 2 GWB um einen Satz 3 ergänzt werden etwa mit folgendem Inhalt:

132

„Es ist zu vermuten, dass es an einer sachlichen Rechtfertigung der Forderung eines relativ marktmächtigen Unternehmens im Sinne von § 20 Absatz 2 Satz 1, Absatz 1 fehlt und dieses Unternehmen seine Marktstellung ausnutzt, wenn es bei seinen Verhandlungen mit einem von ihm abhängigen Unternehmen über die Lieferung von Lebensmitteln im Sinne des § 2 Absatz 2 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuchs

1. eine Forderung stellt, die offensichtlich nicht in einem angemessenen Verhältnis zum Grund oder zur Gegenleistung steht, oder
2. sich das Verhandlungsergebnis eines anderen Unternehmens für das jeweilige Produkt zu eigen macht.“

Ein solches Sich-zu-eigen- machen des Verhandlungsergebnisses eines anderen Unternehmens kann vor allem dann vorliegen, wenn der Nachfrager auf das Verhandlungsergebnis eines anderen Unternehmens Bezug nimmt und lediglich denselben oder gar nur einen noch niedrigeren Preis anbietet.

133

Schließlich wäre daran zu denken, dass die Molkereien – vom Anwendungsbereich des GWB ausgenommene – Verkaufsgemeinschaften bilden, damit ein ausreichendes wirtschaftliches Gegengewicht zu den Nachfragern im Lebensmitteleinzelhandel besteht – ganz ähnlich, wie es das OLG Düsseldorf in der EDEKA-Entscheidung für bestimmte Sekthersteller annimmt. Dass Bedarf besteht, solche Verkaufsgemeinschaften im Agrarbereich kartellrechtlich zu privilegieren, belegen bestimmte Maßnahmen wie das Agrarmarktstrukturgesetz oder jüngst die Leitlinien zum wettbewerbskonformen Verkauf von Olivenöl, Rindfleisch und Kulturpflanzen.¹⁸⁸ Aus diesen Leitlinien geht hervor, wie Ausnahmenvorschriften für die Landwirtschaft anzuwenden sind. Die Leitlinien sollen Orientierungshilfe beim wettbewerbskonformen gemeinsamen Verkauf von Olivenöl, Rindfleisch und Kulturpflanzen geben. Sie sehen drei effizienzbasierte Ausnahmeregelungen vor, auf deren Grundlage die Erzeuger von Olivenöl, Rindfleisch und Kulturpflanzen ihre Produkte unter bestimmten Voraussetzungen über anerkannte Organisationen gemeinsam verkaufen sowie Preise, Mengen und andere Vertragsbedingungen festsetzen dürfen. An ein ähnliches Vorgehen ist im Bereich der Milch zu denken.

134

¹⁸⁸ ABl. EU C Nr. 431 vom 22. Dezember 2015, S. 1.