

Wirtschaftsrecht

Dr. Rainer P. Lademann, Hamburg und Diplom-Kaufmann Oliver Hermes, Göttingen

Wettbewerbsbeschränkungen durch Einkaufskooperationen nach § 1 GWB

Zur Begrenzung der Handlungsspielräume von Nachfragern
durch Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite

1. Problemstellung

Spätestens mit den als kritisch beurteilten Beitritten umsatzstärkerer Handelsunternehmen zu Einkaufskooperationen rückte die Frage nach der kartellrechtlichen und wettbewerbspolitischen Bewertung von Kooperationen wieder in den Mittelpunkt der einschlägigen Diskussion¹. Mit diesen Beitrittsfällen sind zwei voneinander abhängige Problemkreise verbunden: Zum einen geht es um die Frage, ob es dabei zu einer **Wettbewerbsbeschränkung** im Sinne von § 1 GWB kommt². Zum anderen wird diskutiert, welche **Freistellungskriterien** – etwa als Arbeitsgemeinschaft oder Mittelstandskartell – Anwendung finden könnten, um die Mitgliedschaft größerer Handelsunternehmen in Einkaufskooperationen zu verhindern, ohne die Existenz der Kooperation grundsätzlich in Frage zu stellen³.

Dies zeigt, daß die Maßstabsfragen für die Anwendung von § 1 GWB auf Einkaufskooperationen keineswegs gelöst sind. Das Kernproblem besteht in der konzeptionellen Erfassung von Nachfragewettbewerb: Nur wenn auch Klarheit darüber besteht, nach welchen Kriterien Maßnahmen von Nachfragern als wettbewerblich gekennzeichnet werden können, läßt sich auch die Beschränkung des Nachfragewettbewerbs feststellen.

In concreto zeigen sich die konzeptionellen Erfassungsschwierigkeiten in den Kammergerichtsbeschlüssen HFGE⁴ und SELEX-TANIA⁵. Während die HFGE-Entscheidung noch auf der Feststellung eines von den Handlungsbedingungen der Kooperation ausgehenden **faktischen Bezugszwanges** beruhte, genügte dem Kammergericht im SELEX-TANIA-Beschluß bereits die für die Funktionsfähigkeit einer jeden Kooperation erforderliche, auch nur partielle **Vereinheitlichung des Nachfrageverhaltens**, die zur **Beschränkung der Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite** führe⁶. Der sich hier andeutende, allerdings noch nicht höchstrichterlich bestätigte Bewertungswandel könnte weitreichende Folgen für die Zulässigkeit von Einkaufskooperationen haben, da er auf ein Per-se-Verbot hinausliefe.

In diesem Beitrag soll daher die mit dem Wandel der Rechtsprechung verbundene Neuorientierung bei der konzeptionellen Erfassung von Nachfragewettbewerb daraufhin überprüft werden, ob sie eine normative Leitfunktion bei der Anwendung von § 1 GWB übernehmen kann. Im Vordergrund steht dabei eine Überprüfung der erfahrungswissenschaftlichen Begründung des konzeptionellen Wandels. Denn nur wenn dieser auch faktisch konsistent ist, kann davon ein Beitrag zur schutzzweckorientierten Regulierung des Nachfragewettbewerbs erwartet werden⁷.

2. Entwicklungslinien der kartellrechtlichen Beurteilung von Einkaufskooperationen

2.1. Einkaufskooperationen in der Rechtsprechung

Für die kartellrechtliche Beurteilung von Einkaufskooperationen gelten bislang keine verlässlichen höchstrichterlichen

Grundsätze⁸. Schwierigkeiten bereitet auf der einen Seite die Bestimmung von Wettbewerbsbeschränkungen, weil ungeklärt ist, was unter einer für § 1 GWB maßgeblichen Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit zu verstehen ist. Sieht man diese bereits in der Vereinheitlichung des Nachfrageverhaltens, so ist auf der anderen Seite noch völlig offen, ob und inwieweit eine als Kartell verbotene Einkaufskooperation der Größe ihrer Mitglieder nach noch als Mittelstandskartell i. S. v. § 5b GWB zugelassen werden kann⁹.

Da diese Freistellungsüberlegungen erst relevant werden, wenn ein Verstoß gegen § 1 GWB vorliegt, hängt das kartellrechtliche Schicksal der Einkaufskooperationen maßgeblich von den Kriterien zur Bestimmung von Wettbewerbsbeschränkungen ab. Hier galt als wesentliches Unzulässigkeitskriterium bislang das Bestehen **rechtlicher Bezugsverpflichtungen oder faktischer Bezugszwänge**¹⁰. Gerade diesen Verbotsgrößen können Einkaufskooperationen jedoch in der Regel leicht gerecht werden, zumal, wenn ihre ökonomische Vorteilhaftigkeit aufgrund eines **größeren Mitgliederkreises** nicht von einem **regelmäßigen** und dadurch gewissermaßen erzwungenen **Regel** über die Kooperation abhängig ist¹¹. Sieht man vom HFGE-Fall einmal ab, so fehlt es bei den übrigen Beitrittsfällen bzw. Kooperationssystemen an derartigen Bezugsverpflichtungen oder -zwängen, so daß nach diesen Kriterien kein Verstoß gegen § 1 GWB festgestellt werden kann.

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

2 Fraglich ist, ob eine kartellrechtlich unbeanstandete Kooperation dadurch unter § 1 GWB fallen kann, weil sie neue Mitglieder einer bestimmten Unternehmensgröße aufnimmt. Dazu Meier, G., Aktuelle Probleme der kartellrechtlichen Beurteilung von Handelsgenossenschaften und Einkaufsvereinigungen, DB 1983 S. 1136 f. Für Grenzen, die sich an der Art der Zusammenarbeit der Mitglieder ausrichten (faktischer Bezugszwang) plädiert Martin, W., Zulässigkeitsgrenzen für Einkaufskooperationen, WuW 1984 S. 536 f.

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

4 Vgl. KG, WuW/E OLG 2751 ff. HFGE.

5 Vgl. KG, WuW/E OLG 3737 ff. SELEX-TANIA.

6 Vgl. ebenda, 3742.

7 Vgl. zum Ziel-Mittel-Charakter und erfahrungswissenschaftlichen Berührungspunkten des Rechts Lademann, R., Die Leitbilder des funktionsfähigen und freien Wettbewerbs, DB 1985 S. 2661 ff., derselbe, Nachfragemacht von Handelsunternehmen, Göttingen 1986, S. 99 ff.

8 Siehe auch die Grundsatzklärung des BKartA, Fußnote 3. Kritisch dazu Meier, G., a.a.O., S. 1133 ff.

9 So steht eine erfahrungswissenschaftlich und wettbewerbspolitisch befriedigende Abgrenzung des Adressatenkreises nach Größe der Kooperation und der Mitglieder ebenso aus wie die Beurteilung der von Einkaufskooperationen ausgehenden Rationalisierungswirkungen.

10 Vgl. Langen, u. a., Kommentar zum Kartellgesetz, 6. Aufl., Neuwied u. Darmstadt 1982, § 1 Rn. 166.

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

Die als wettbewerbspolitisch problematisch geltenden Kooperationen größerer Handelsunternehmen in Einkaufsvereinigungen können somit von § 1 GWB nur erfaßt werden, wenn Kriterien unterhalb dieser Schwellen entwickelt werden. Vor diesem Hintergrund ist etwa die SELEX-TANIA-Entscheidung des Kammergerichts¹² zu sehen, wonach im Ergebnis nicht mehr auf die Art und Weise der Zusammenarbeit abgestellt wird, sondern schon auf die Tatsache des Zusammenwirkens selbst. Danach wird bereits in einer Vereinheitlichung des Nachfrageverhaltens, die im Gegensatz etwa zum faktischen Bezugswang für die Entstehung und Arbeitsweise einer jeden Kooperation als unvermeidlich zu betrachten ist, eine Wettbewerbsbeschränkung gesehen¹³.

Rechtlich stützt sich diese Wertung auf die durch die ZVN-Entscheidung des BGH vollzogene Erweiterung der Gegenstandstheorie, nach der es für den Nachweis einer Wettbewerbsbeschränkung i. S. von § 1 GWB ausreicht, wenn mit einem zu einem gemeinsamen Zweck geschlossenen Vertrag wettbewerbsbeschränkende Wirkungen erzielt werden sollen¹⁴. Die rechtliche Verpflichtung wird dabei durch „die gemeinsame Erwartung auf das von den gemeinsamen Zielvorstellungen her gesehen kaufmännisch vernünftige Verhalten eines jeden Vertragsbeteiligten ersetzt“¹⁵. Ohne Bestehen einer rechtlichen oder faktischen Bezugspflicht könnten somit Kooperationen danach bereits auf einer Wettbewerbsbeschränkung beruhen, ohne daß es noch auf die Art des Zusammenwirkens ankommt. In der Konsequenz läuft dieser Wandel in der Rechtsprechung darauf hinaus, Einkaufskooperationen als Per-se-Kartelle zu untersagen. Ihnen bliebe dann allenfalls die Möglichkeit einer Freistellung nach § 5b GWB.

2.2. Konzeptionelle Hintergründe bei der Erfassung von Nachfragewettbewerb

Den konzeptionellen Hintergrund zum o. a. Bewertungswandel von Einkaufskooperationen bildet das Begrenzungskonzept des Nachfragewettbewerbs¹⁶. Danach besteht Nachfragewettbewerb, wenn die Handlungsspielräume von Nachfragern durch die Existenz von Mitnachfragern beschränkt werden, also wenn und soweit einzelne Nachfrager beim Streben nach möglichst günstigen Einkaufskonditionen auf Mitnachfrager Rücksicht nehmen müssen. Nachfragewettbewerb herrscht nach dieser Auffassung folglich dann, wenn die Marktgegenseite vor unkontrolliertem Konditionendruck geschützt ist, weil sie über Ausweichmöglichkeiten verfügt¹⁷.

In der Begrenzung der Verhaltensspielräume durch Mitnachfrager wird also das konstitutive Merkmal von Nachfragewettbewerb gesehen. Mitnachfrager würden die Durchsetzung von Konditionenverbesserungen beschränken, weil die Marktgegenseite durch Ausweichmöglichkeiten geschützt sei. Daher sei das bloße Streben nach Konditionenverbesserungen kein Indiz für Nachfragewettbewerb, weil es als originäres Verhalten von Nachfragern unabhängig von der Existenz von Mitnachfragern aufträte¹⁸.

Nachfragewettbewerb bezieht sich nach diesem Konzept also auf die Existenz von Überwechslungsmöglichkeiten eines Anbieters auf zumindest einen anderen Nachfrager. Eine Wettbewerbsbeschränkung könnte daher dann vorliegen, wenn das Verhalten kooperierender Nachfrager kausal für das Entstehen wettbewerbslich unkontrollierter Handlungsspielräume bzw. für die Beschränkung der Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite ist¹⁹.

3. Analyse erfahrungswissenschaftlicher Begründungsprobleme

3.1. Methodologische Probleme des Begrenzungskonzepts

Das Begrenzungskonzept wird teleologisch begründet: Da § 1 GWB grundsätzlich die unternehmerische Freiheit bei der Wahl der Mittel und ihres Einsatzes im Wettbewerb – d. h. im

Parallelkampf – schützen soll²⁰, bestünde die wettbewerbsliche Handlungsfreiheit darin, „das wirtschaftliche Eigeninteresse unter Berücksichtigung der Existenz von der Marktgegenseite als Alternative dienenden Mitnachfragern zu verfolgen“²¹ (Hervorhebung im Original). Offen bleibt dabei immer noch, wann sich Marktteilnehmer dieser Freiheit begeben und dadurch der Marktgegenseite Ausweichmöglichkeiten nehmen.

Die Aufhebung der Begrenzungswirkung des Nachfragewettbewerbs wird von Satzky zunächst als analytischer Begriff eingeführt²². Damit soll gewährleistet werden, daß eine subsumtionsfähige Gesamtkonzeption gefunden wird, die auf möglichst viele Fälle anwendbar ist. Auf dieser Ebene ist das Verhalten eines Nachfragers im weitesten Sinne wettbewerbslich, wenn mindestens zwei Nachfrager „nach derselben bzw. der gleichen Leistung“²³ aufeinandertreffen. Die analytische Herleitung eines Kriteriums zur Bestimmung von Wettbewerbsbeschränkungen besagt jedoch noch gar nichts darüber, wie es auf den konkreten Einzelfall anzuwenden ist. Dies setzt zusätzlich die Existenz von Subsumtionsregeln voraus. Diese Regeln müssen grundsätzlich aus dem Begrenzungskonzept selbst deduzierbar sein und nicht erst aus den Umständen des Falles heraus entwickelt werden; nur dann kann das Begrenzungskonzept als begründete Beurteilungsbasis für Wettbewerbsbeschränkung nach § 1 GWB angesehen werden. Auch aus Gründen der Rechtssicherheit²⁴ wäre dies geboten.

Hier bieten sich zwei konträre Vorgehensweisen an: Zum einen kann die Aufhebung der Begrenzungswirkung des Nachfragewettbewerbs formell bestimmt werden. Dabei käme es lediglich auf die Tatsache an, daß eine Kooperation unter Nachfragern vorliegt oder nicht. Die Wettbewerbsbeschränkung würde bereits in dem freiwilligen, nur teilweisen Verzicht auf eigenständigen Einkauf oder der damit einhergehenden Vereinheitlichung des Nachfrageverhaltens liegen. Offenbar stimmt der formelle Nachweis einer Wettbewerbsbeschränkung mit der Position Satzky überein, die zum Per-se-Verbot für Kooperationen führt²⁵.

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

12 Vgl. KG, WuW/E OLG 3742 f., SELEX-TANIA.

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

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

15 BGH, WuW/E BGH 1373, ZVN.

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

17 Vgl. ebenda, S. 80 ff.

18 Vgl. ebenda, S. 78 ff.

19 Vgl. ebenda, S. 94 f.

20 So BGH, WuW/E BGH 1337 ff., 1342 ALUMINIUM-HALBZEUG

21 Satzky, H., a.a.O., S. 93.

22 Vgl. ebenda, S. 76 f.

23 Vgl. ebenda, S. 80.

24 In Verbindung mit einer Orientierung des Rechts an echten Rechtssätzen Hoppmann, E., Volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell- und Monopolrechts, in Hoppmann, E./Mestmäcker, E. J., Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1974, S. 13 ff.

25 Siehe auch Satzky, H., a.a.O., S. 104 f. Als indirekte Absage an eine formelle Auslegung die COOP-WANDBAKER Entscheidung des KG.

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

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

3.2. Begrenzungswirkung des Nachfragewettbewerbs und Marktbezug

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

Auch wenn die Anwendung von § 1 GWB nicht voraussetzt, daß sich per Vertrag koordinierende Unternehmen Wettbewerber sind, so läuft das Begrenzungsprinzip darauf hinaus, daß ein **Konkurrenzverhältnis** unter den Nachfragern angenommen wird. Denn nur dann ist es denkbar, daß Nachfrager die Existenz von Mitnachfragern vernachlässigen können und die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite beschränkt werden. Inwieweit Einkaufskooperationen jedoch die Begrenzungswirkung des Nachfragewettbewerbs aufheben, ergibt sich nicht bereits, wie Satzky darlegt, aus dem partiellen, freiwilligen Verzicht auf eigenständiges Auftreten als Nachfrager oder einer Vereinheitlichung des Nachfrageverhaltens²⁶, sondern aus dem zugrundegelegten **Marktbezug**.

Geht man vom **Partialmarkt-konzept**²⁷ aus, nach dem sich ein Gesamtmarkt aus einer Vielzahl voneinander isolierten Teilmärkten zusammensetzt, dann wird ein Nachfrager nur von den auf dem Teilmarkt vorhandenen Mitnachfragern kontrolliert. Denkbar ist, daß die Begrenzungswirkung von Einkaufskooperationen dann aufgehoben wird, wenn alle auf dem Teilmarkt vorhandenen Mitbewerber kooperieren oder wenn diese auf dem Teilmarkt marktbeherrschend werden. Anders verhält es sich, wenn man als Maßstab das mit wesentlich geringeren logischen und faktischen Mängeln behaftete **Totalmarkt-konzept**²⁸ zugrunde legt, das von interdependent miteinander verbundenen Marktteilnehmern und Teilmärkten ausgeht. Die Begrenzungswirkung geht hier von der **Interdependenz des Gesamtsystems** aus. Danach unterliegt jeder Marktteilnehmer – ob Anbieter oder Nachfrager – einer wettbe-

werblichen Kontrolle durch andere Marktteilnehmer. Sie wäre durch Kooperationen nicht aufzuheben.

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

3.3. Begrenzungswirkungen des Nachfragewettbewerbs und Marktstruktur

3.3.1. Problem der Markt-abgrenzung

Schwierigkeiten ergeben sich zunächst daraus, daß das Begrenzungskonzept ausschließlich die **Struktur von Märkten** erfaßt. Die Struktur ergibt sich unmittelbar aus der **Abgrenzung des relevanten Marktes**. Da Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs zu bestimmen sind, wäre der Markt aus der Sicht der Marktgegenseite abzugrenzen. Der relevante Markt müßte demnach so abgegrenzt werden, daß er alle **Ausweichmöglichkeiten der Anbieter** umfaßt²⁹.

Die Abgrenzung von Partialmärkten unterliegt jedoch erfahrungswissenschaftlich zwei wesentlichen Einwänden: Einmal läßt sich die Markt-abgrenzung nur objektivieren, da die **Interdependenzen** von Teilmärkten zum Gesamtmarkt letztlich willkürlich **vernachlässigt** werden³⁰. Dadurch kann es zu einer erheblichen Fehleinschätzung der tatsächlichen Begrenzungswirkungen kommen. In der Regel wird nämlich bereits die Begrenzungswirkung unterschätzt, die vom **Substitutionswettbewerb** (sofern er nicht bereits im Teilmarkt erfaßt wurde) oder von **Marktzutritten** neuer Mitbewerber ausgehen kann³¹. Betrachtet man etwa die Nachfrage nach gleichartigen Distributionsleistungen des Handels als einen relevanten Partialmarkt, dann wäre mit Blick auf Einkaufskooperationen im Bereich des Lebensmittelsortimenteinzehandels zu fragen, ob die Marktgegenseite in der Lage wäre, Kooperationen auch durch Belieferung **anderer Distributionskanäle** (Gastronomie/Großverbraucher, Nahrungsmittelhandel und Spezialhandel, Direktvertrieb) auszuweichen. Ferner wäre für die Beurteilung des Nachfragewettbewerbs im Lebensmittelhandel die Frage entscheidend, ob der relevante Markt sachlich nach **Produktgruppen** abgegrenzt wurde oder nicht. Es ist offenkundig, daß sich hierdurch völlig unterschiedliche Bewertungsgrundlagen für die Bestimmung von Wettbewerbsbeschränkungen ergeben.

Der zweite Einwand bezieht sich auf die **mangelnde Validität** der Marktstruktur für die Beurteilung der tatsächlich vorhandenen Begrenzungswirkungen im Nachfragewettbewerb (Ausweichmöglichkeiten, Rücksicht auf Mitnachfrager) **innerhalb des Teilmarktes**. So erlaubt die Marktstruktur keinen sicheren Rückschluß auf das Ausmaß der Verhaltenskontrolle durch Mitnachfrager auf dem relevanten Markt. Selbst bei stark

26 Satzky räumt selbst ein, daß auf der Ebene einer analytischen Bestimmung von Nachfragewettbewerb selbst noch im Fall der monopsonistischen Konkurrenz noch wettbewerbliche Kontrolle vorhanden ist. Vgl. Satzky, H., a.a.O., S. 80 f.

27 Dazu Hoppmann, E., Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, Baden-Baden 1974, S. 28 ff., Lademann, R., Schutzzweck- und Rechtsstatensprobleme bei der Untersagung von Verkäufen unter dem Einstandspreis nach § 37 a Abs. 3 GWB, DB 1984 S. 761, derselbe, Leitbilder, a.a.O., S. 2661, Treis, B./Lademann, R., Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes im Lebensmitteleinzelhandel, Göttingen 1986, S. 5 ff.

28 Vgl. Hoppmann, E., Abgrenzung, a.a.O., S. 28 ff., Lademann, R., Schutzzweck, a.a.O., S. 761 f.

29 Zum Bedarfsmarkt-konzept vgl. Möschel, W., in Immenga/Mestmäcker, GWB-Kommentar, München 1981, § 22, Rn. 23 ff.

30 Ebenso Baum, H., Der relevante Markt als Problem der Wettbewerbspolitik, WuW 1980 S. 401 ff.

31 Meist wird aus Schutzzwecküberlegungen heraus ein engerer Marktbezug vertreten. Dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 1982/83, S. 23 ff., insbesondere S. 195 ff.

beschränkten Ausweichmöglichkeiten ist intensiver Wettbewerb denkbar. Selbst im engen Oligopol würde ein intensiver Parametereinsatz „unter Berücksichtigung der Existenz einer Alternative für die Marktgegenseite“³² erfolgen. Zutreffend stellt daher Satzky fest, daß „die Existenz mindestens eines Mitnachfragers, der für die Marktgegenseite als Ausweichmöglichkeit in Betracht kommt, . . . den Verhaltensspielraum eines Nachfragers“ begrenzt und ihn dazu zwingt, „beim Einsatz seiner Aktionsparameter den oder die Mitnachfrager zu berücksichtigen“³³. Fraglich ist daher, ob bereits die **Verminderung** von Ausweichmöglichkeiten faktisch zur Aufhebung der Begrenzungswirkung führt, da die kooperierenden Nachfrager zumindest solange die Maßnahmen der übriggebliebenen Mitnachfrager zu berücksichtigen haben, wie sie selbst nicht **marktbeherrschend** sind. Damit ist die Frage nach der Marktstellung der Kooperation angesprochen. Im Gegensatz zu einer formalen Auslegung des Begrenzungskonzepts dürfte eine materielle Würdigung ergeben, daß eine Kooperation mit nur geringen Anteilen am gesamten Einkaufsvolumen eines Teilmarktes die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite nur marginal beschränken kann und daher keine Beschränkung des Nachfragewettbewerbs anzunehmen wäre.

3.3.2. Qualitative Faktoren von Begrenzungswirkungen

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

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

Außerdem werden die **qualitativen Ausweichmöglichkeiten** völlig außer acht gelassen. Der quantitativen Verringerung der Ausweichmöglichkeiten kann durchaus eine qualitative Verbesserung der Marktzugangsmöglichkeiten für die Marktgegenseite gegenüberstehen. So kann eine Kooperation von Nachfragern für die Marktgegenseite vor allem die qualitativen Ausweichmöglichkeiten erhöhen, wenn sie neben einer starken Spitzengruppe zusätzlich gleichartige Distributionsmöglichkeiten eröffnet. Dieser Fall ist etwa im Lebensmittelhandel gegeben, wo Kooperationen neben national anbietenden, filialisierten Großbetriebsformen zusätzliche Ausweichmöglichkeiten für eine bundesweite Markterschließung durch die Marktgegenseite eröffnen.

Außerdem vernachlässigt das Begrenzungskonzept durch seine Beschränkung auf die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite, daß die Kontrolle der Handlungsspielräume nicht nur durch Ausweichmöglichkeiten der Anbieter erfolgt. Vielmehr sind Nachfrager beim Streben nach günstigeren Einkaufskonditionen auch dann beschränkt, wenn sie selbst nicht über Ausweichmöglichkeiten verfügen. Das Begrenzungskonzept vernachlässigt also die wettbewerbliche Kontrolle von Nachfragern, die von **wechselseitig begrenzten Ausweichmöglichkeiten** beider Marktseiten ausgehen kann. So wird etwa eine Einkaufskooperation gegenüber der Marktgegenseite solange Konditionenforderungen nicht durchsetzen können, wie sie auf eine Belieferung aufgrund der Marktgeltung eines Produkts (z. B. bei führenden Markenartikeln) angewiesen ist oder wegen eines durch Transportkosten oder Verderblichkeit räumlich beschränkten Beschaffungsmarktes beschränkte Ausweichmöglichkeiten hat. Je geringer die Überwechslungsspielräume eines Nachfragers auf Unternehmen der Marktgegenseite sind, desto mehr wird er die Existenz und das Verhalten von Mitnachfragern berücksichtigen müssen. Nicht nur Wahlmöglichkeiten der Marktgegenseite, sondern auch begrenzte Beweglichkeit der Nachfrager sind folglich zu berücksichtigen, wenn man Begrenzungswirkungen des Nachfragewettbewerbs bestimmen will³⁴.

3.4. Marktverhalten und Begrenzungswirkung

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

In diesem Zusammenhang wurde sowohl im **Streben nach günstigeren Konditionen**³⁵ als auch im **gegenseitigen Überbieten**³⁶ unter Nachfragern ein Indikator für bestehenden Nachfragewettbewerb gesehen. Gegenseitiges Überbieten ist als Indiz von Nachfragewettbewerb abzulehnen, weil danach nur im Verkäufermarkt Begrenzungswirkungen sichtbar wären, während im Marktgleichgewicht und im Verkäufermarkt Nachfragewettbewerb generell zu verneinen wäre. Im übrigen sind Einflüsse der **Marktlage** auf das Nachfrageverhalten nicht nur kartellrechtlich völlig irrelevant³⁷, sondern auch erfahrungswissenschaftlich ungeeignet, Verhaltensspielräume von Nachfragern bei komplexen Marktverhältnissen zu bestimmen.

Das Streben nach günstigeren Konditionen kann dagegen nicht ohne weiteres als Merkmal von Nachfragewettbewerb abgelehnt werden: Zwar ist Satzky zuzustimmen, daß die Durchsetzung von Konditionenverbesserungen auch unabhängig von der Existenz von Mitnachfragern angestrebt wird und daher als **originäres Nachfrageverhalten** bezeichnet werden kann³⁸. Wurde aber eine Abgrenzung des sachlich relevanten Teilmarktes vorgenommen, so kann dem **Konditionenstreben** jedoch durchaus eine **Indikatorfunktion** zukommen: Es spiegelt unter der Prämisse einer zutreffenden **Marktabgrenzung** die **Intensität des Nachfragewettbewerbs** und damit die wettbewerbliche Interdependenz zwischen den Nachfragern auf dem Teilmarkt wider, auch wenn ein Teil dieser Intensität auf originärem Nachfrageverhalten beruht. Wäre dies nicht der Fall, wäre der Markt falsch abgegrenzt worden und die Nachfrager keine Wettbewerber. Über die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite sagt das Kriterium allerdings nichts aus.

Somit ist originäres Nachfrageverhalten **ohne Marktbezug** für die Beurteilung des Nachfragewettbewerbs in der Tat irrelevant. Das Streben nach Konditionenvorteilen ist allerdings lediglich eine mögliche Verhaltensweise von Nachfragern. Der Begriff ‚Nachfrager‘ täuscht darüber hinweg, daß Unternehmen als Ganzes im Wettbewerb stehen. Das dem Sanktionssystem Markt adäquate und wohl auch immanente Verhalten ist das **Streben nach Gewinn** und nicht das Streben nach Konditionenverbesserungen³⁹. Konditionenverbesserungen können zwar instrumentelle Bedeutung für das Gewinnstreben erlangen, sind aber keineswegs notwendige Bedingung dafür. Sie können diesen Stellenwert allerdings erhalten, wenn ein Markt andere Formen der Erzielung oder Sicherung von Wettbewerbspositionen nicht oder nur beschränkt zuläßt.

32 Satzky, H., a.a.O., S. 81.

33 Ebenda, S. 80.

34 Analog zu Bestimmung von Nachfragemacht; vgl. dazu mit ähnlichem Ergebnis Niestraht, U., Nachfragemacht des Handels, Frankfurt, Bern, New York 1983, S. 108 ff.

35 So etwa Nester, P., Nachfragemacht und Kartellgesetz, 1965, S. 137.

36 Dies verbirgt sich implizit hinter der Auffassung, Nachfrager würden im Käufermarkt nicht um den Erhalt der Ware konkurrieren. So etwa BKartA, WuWE 2166, COOP-WANDMAKER, später KG, WuWE OLG 2751, HFGE.

37 Dies ergibt sich bereits aus der Überlegung, daß kartellrechtlich nur reguliert werden kann, was dem Einfluß der Marktteilnehmer unterliegt. Siehe Hoppmann, E., Marktmacht und Wettbewerb, Tübingen 1977, S. 13, Lademann, R., Nachfragemacht, a.a.O., S. 273 ff.

38 Vgl. Satzky, H., a.a.O., S. 78 f.

39 Mit weiteren Nachweisen Schmidchen, D., Wettbewerbspolitik als Aufgabe, Baden-Baden 1978, S. 111 ff.

Ein Beispiel für diese Konstellation sind die Wettbewerbsverhältnisse im Lebensmittelhandel. Gerade im Bereich der Distribution problemloser Massengüter, d. h. vor allem im Sortimentseinzelhandel⁴⁰, sind die Sortimente vielfach vergleichbar oder weitgehend identisch. Ist wie im Lebensmittelhandel von einer engen Interdependenz des Absatz- und Nachfragewettbewerbs⁴¹ auszugehen, kann kein Nachfrager Mitnachfrager unberücksichtigt lassen, wenn er nicht bei den Konditionen ins Hintertreffen geraten will. Gerade hieran zeigt sich, daß fehlende Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite, selbst aus Gründen der Marktlage, keineswegs zur Aufhebung der wettbewerblichen Kontrolle auf der Nachfrageseite führen müssen. Stehen Nachfrager, die bei gleichen Anbietern beziehen, außerdem im Absatzwettbewerb miteinander, so werden Lieferanten Konditionenforderungen umso weniger nachkommen, je mehr sie befürchten müssen, daß Mitnachfrager, um im Absatzwettbewerb nicht benachteiligt zu sein, dieselben Konditionen fordern oder auf andere Anbieter ausweichen⁴². Daher ist im Lebensmittelhandel von erheblichen Begrenzungswirkungen im Nachfragewettbewerb auszugehen.

4. Grundlinien einer materiellen Interpretation des Begrenzungskonzepts

4.1. Voraussetzungen

Eine materielle Interpretation des Begrenzungskonzepts setzt daher zunächst voraus, die Beschränkung des Nachfragewettbewerbs von solchen Wirkungen zu trennen, die lediglich Folge der Marktlage (Verkäufer- oder Käufermarkt) bzw. der konjunkturellen Situation sind⁴³. Dies bereitet immer dann Schwierigkeiten, wenn Kooperationen in einer Käufermarktsituation zusätzlichen Konditionendruck hervorgerufen⁴⁴. So sind die Ausweichmöglichkeiten im Käufermarkt zwar begrenzt, nicht aber, wie gezeigt, zwangsläufig die wettbewerbliche Kontrolle im Nachfragewettbewerb.

Ebenso müßte scharf abgegrenzt werden, ob die von Einkaufskooperationen erzielten Konditionenvorteile nicht aus Leistungen resultieren, die die Mitglieder ohne die Kooperation allein nicht hätten erbringen können und insoweit keine Wettbewerbsbeschränkung darstellen können. Dies trifft etwa auf das Delkredere- und Inkassogeschäft, aber auch auf Börsenveranstaltungen und Verbundwerbeaktionen von Einkaufskooperationen zu⁴⁵. Vor allem in Verbindung mit zuvor genannten Gedanken können die den Einkaufskooperationen gewährten Konditionenvorteile auch ein Indikator für das Bestehen absatzwirtschaftlicher Synergieeffekte oder eines gegenseitigen Unterbietens durch die Anbieterseite sein⁴⁶.

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

4.2. Indikatoren für Begrenzungswirkungen im Nachfragewettbewerb

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

- Produktions- oder Absatzwegefähigkeit der Anbieter, insbesondere
- Stand und Entwicklung der Exportquote im Vergleich zum Stand und zur Entwicklung des Inlandsatzes;

- Bedeutung einer Kooperation für die Verbesserung der Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite gegenüber einer Spitzengruppe von Nachfragern;
- Art und Weise des kooperativen Zusammenwirkens (Bestehen rechtlicher oder faktischer Bezugswänge);
- Geringe Bedeutung vertikaler Absatzsysteme (Vertrags-händler-, Franchisesysteme etc.).

Auf die Rücksichtnahme von Nachfragern auf Mitnachfrager könnte zurückgeschlossen werden, wenn

- Mitglieder von Kooperationen keinen rechtlichen Verpflichtungen oder faktischen Bezugswängen unterliegen;
- Geheimwettbewerb besteht;
- die Marktzutrittschranken auf dem betrachteten Markt niedrig sind;
- die Marktaustrittsbarrieren auf dem betrachteten Markt hoch sind;
- Nachfrager auf ihrer Absatzseite im Wettbewerb miteinander stehen;
- begrenzte Ausweichmöglichkeiten der Nachfrageseite bestehen.

5. Ergebnis

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

40 Vgl. zur Wettbewerbssituation im Lebensmittelhandel Greipl, E., Wettbewerbssituation des Einzelhandels in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1978, Oehler, W., Szenenwechsel im Einzelhandel 1963-1980, Köln 1980, Monopolkommission, Sondergutachten 14, Baden-Baden 1985.

41 Hierzu Siebeneck, P., Nachfragewettbewerb - Eine Funktion des Absatzwettbewerbs, BB 1985, S. 2207 ff., Lademann, R., Nachfragemacht, a.a.O., S. 241 ff., 264 ff.

42 So Köhler, H., Nachfragewettbewerb und Marktbeherrschung, Tübingen 1986, S. 42 ff.

43 Vgl. Fußnote 37.

44 Dazu Lademann, R., Begrenzungswirkungen des Nachfragewettbewerbs, DB 1987 S. 725-727.

45 Die Wertung, diese Geschäftsarten seien nur von akzessorischer, uneigenständiger Bedeutung und dienen nur der Durchsetzung besserer Konditionen, erscheint willkürlich, weil sich die Konditionenwirkungen faktisch nicht von Vorteilen für die Marktgegenseite trennen lassen. Daher können sie auch Folge der Wahrnehmung ökonomischer Vorteile durch die Marktgegenseite sein. Dazu Lademann R., Begrenzungswirkungen, DB 1987 S. 727.

46 Vgl. ebenda, S. 727.