

Ulrich Kirschner

Die Erfassung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen



Ulrich Kirschner

Die Erfassung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen

Der sich in den 80er Jahren beschleunigende Konzentrationsprozeß insbesondere im Lebensmitteleinzelhandel hat auf den Beschaffungsmärkten des Handels den Einsatz wettbewerbsbeschränkender Praktiken durch nachfragemächtige Handelsunternehmen gefördert. Die Nachfragemacht wird in der vorliegenden interdisziplinären Untersuchung einer ökonomischen Analyse unterzogen, auf deren Grundlage eine wettbewerbspolitische Beurteilung des kartellrechtlichen Instrumentariums im Bereich der Verhaltenskontrolle erfolgt. Darauf aufbauend wird zu der kontrovers geführten Diskussion um eine Fünfte GWB-Novelle Stellung genommen.

Ulrich Kirschner wurde 1959 in Ludwigsburg geboren. Von 1979-1984 studierte er Wirtschaftswissenschaften an der Universität Hohenheim. Von 1984-1988 war er als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Ingo Schmidt an der Universität Hohenheim tätig, wo er 1988 promovierte.

Die Erfassung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen

Hohenheimer Volkswirtschaftliche Schriften

Herausgegeben von
Prof. Dr. Cay Folkers, Prof. Dr. Klaus Herdzina,
Prof. Dr. Franz Mehler †, Prof. Dr. Walter Piesch,
Prof. Dr. Ingo Schmidt, Prof. Dr. Helmut Walter,
Prof. Dr. Josua Werner

Band 8



Verlag Peter Lang

Frankfurt am Main · Bern · New York · Paris

Ulrich Kirschner

Die Erfassung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen

Eine Analyse der ökonomischen
Beurteilungskriterien und der
wettbewerbsrechtlichen Instrumente
im Bereich der Verhaltenskontrolle



Verlag Peter Lang

Frankfurt am Main · Bern · New York · Paris

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Kirschner, Ulrich:

Die Erfassung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen:
e. Analyse d. ökonom. Beurteilungskriterien u. d. wettbewerbs-
rechtl. Instrumente im Bereich d. Verhaltenskontrolle / Ulrich
Kirschner. - Frankfurt am Main ; Bern ; New York ; Paris :
Lang, 1988
(Hohenheimer Volkswirtschaftliche Schriften ; Bd. 8)
ISBN 3-631-40694-0

NE: GT

Open Access: The online version of this publication is published on
www.peterlang.com and www.econstor.eu under the international
Creative Commons License CC-BY 4.0. Learn more on how you
can use and share this work: [http://creativecommons.org/licenses/
by/4.0](http://creativecommons.org/licenses/by/4.0).



This book is available Open Access thanks to the kind support of
ZBW – Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft.

D 100

ISSN 0721-3085

ISBN 3-631-40694-0

ISBN 978-3-631-75422-1 (eBook)

© Verlag Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main 1988

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich
geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des
Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages
unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für
Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die
Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

*Für
Petra und Julia*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Fakultät Wirtschafts- und Sozialwissenschaften der Universität Hohenheim im Sommersemester 1988 als Dissertation angenommen.

Meinem Doktorvater, Herrn UProf. Dr. Ingo Schmidt, danke ich für die stetige wissenschaftliche Betreuung sowie für manche Erkenntnisse und Einsichten, die ich als sein Mitarbeiter gewinnen konnte. Herrn Prof. Dr. Lothar Vollmer und Herrn Prof. Dr. Joachim Genosko danke ich für ihre Mitwirkung am Promotionsverfahren. Wertvolle Anregungen für meine Arbeit verdanke ich einem Gespräch mit Herrn Hans-Joachim Matschuck vom Bundeskartellamt in Berlin.

Meine ehemaligen Kollegen Heinz Engelke, Stefan Elßer, Dr. Harald Lob, Dr. Heinrich Pascher, Jan B. Rittaler und Dr. Klaus Schröter sowie die Lehrstuhlsekretärinnen Frau Renate Strobel und Frau Renate Dietrich sorgten für das - dem guten Gelingen meiner Arbeit zuträgliche - angenehme "Betriebsklima".

Die Bereitschaft meiner Eltern, mir den langen Ausbildungsweg zu ermöglichen, möchte ich besonders herausstellen. Mit Dankesworten allein sind diese Anstrengungen nicht zu begleichen.

Die eigentliche Grundlage des bisher von mir Erreichten bildet aber die Kraft, die mir meine Frau und meine Tochter gegeben haben. Ihnen sei die vorliegende Arbeit gewidmet.

Stuttgart, im Juni 1988

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung.....	1
-----------------	---

Teil 1

Ökonomische Beurteilung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen

1. Kapitel: Konzeptionelle und begriffliche Grundlagen.....	5
I. Die wettbewerbspolitische Konzeption zur Beurteilung von Nachfragemacht.....	6
1. Ziele der Wettbewerbspolitik.....	7
2. Inhaltliche Ausgestaltung des Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs.....	12
a) Systematisierung von Wettbewerbsprozessen durch Wettbewerbstests.....	13
b) Erfassung von Wettbewerbsbeschränkungen.....	17
3. Wettbewerbspolitische Handlungsempfehlungen.....	24
II. Nachfragerwettbewerb und Nachfragemacht.....	26
1. Der Begriff des Nachfragerwettbewerbs.....	26
a) Traditionelle Begriffsvorstellungen.....	27
b) Der Nachfragerwettbewerb als dynamischer Prozeß...	33
2. Beschränkungen des Nachfragerwettbewerbs durch Nachfragemacht.....	38
a) Begriff und Arten der wirtschaftlichen Macht.....	38
aa) Der Begriff der wirtschaftlichen Macht.....	38
bb) Arten wirtschaftlicher Macht.....	43
b) Konzepte der Nachfragemacht.....	47
aa) Nachfragemacht als Spiegelbild von Angebots- macht.....	47
bb) Nachfragemacht als Partnermacht.....	49
cc) Umdeutung von Nachfragemacht in Angebots- macht.....	51

II

dd) Nachfragemacht als institutionelle Überlegen- heit des Handels.....	52
ee) Beurteilung der Konzepte.....	54
3. Erscheinungsformen von Nachfragemacht.....	56
III. Zusammenfassung.....	62

2. Kapitel: Die Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes im Handel.....64

I. Die sachliche Marktabgrenzung.....	65
1. Das Angebotsumstellungskonzept.....	65
a) Darstellung des Konzepts.....	65
b) Determinanten der Angebotsumstellungs- flexibilität.....	69
c) Kritik.....	72
2. Das Produktkonzept.....	74
a) Darstellung des Konzepts.....	74
b) Determinanten der Austauschbarkeit von Nachfragern.....	76
c) Kritik.....	81
3. Das Absatzmittlerkonzept.....	81
II. Die räumliche und zeitliche Marktabgrenzung.....	83
III. Zusammenfassung.....	85

3. Kapitel: Kriterien zur Erfassung von Nachfragemacht.....88

I. Strukturkriterien.....	88
1. Marktanteile.....	89
a) Marktanteile und horizontale Marktstellung von Nachfragern.....	90
b) Marktanteile und Beziehungen zu vor- und nachgelagerten Märkten.....	93
c) Zur empirischen Absicherung des Zusammenhangs zwischen Marktanteilen und Nachfragemacht.....	95
2. Marktzutrittsschranken.....	97
a) Strukturelle Marktzutrittsschranken.....	98
b) Strategische Marktzutrittsschranken.....	102

III

c) Gesetzliche Marktzutrittsschranken.....	105
3. Konglomerate Unternehmensmacht im Handel.....	110
a) Begriff und Erscheinungsformen.....	110
b) Wirkungen konglomerater Unternehmensmacht.....	113
c) Kriterien zur Erfassung konglomerater Unternehmensmacht.....	117
aa) Finanzkraft.....	117
bb) Unternehmensflexibilität.....	119
4. Käufermärkte.....	121
5. Bilaterale Abhängigkeitsverhältnisse.....	123
a) Die Auftragsgröße der Nachfrager.....	124
b) Die goodwill-bedingte Abhängigkeit.....	125
II. Verhaltenskriterien.....	128
1. Das Kriterium der Leistungsgerechtigkeit.....	128
a) Der Begriff des Leistungswettbewerbs.....	128
b) Erfassung des Nichtleistungswettbewerbs.....	132
c) Nebenleistungswettbewerb als Nichtleistungs- wettbewerb.....	136
2. Das Kriterium der Wettbewerbswirkungen.....	138
a) Vertikale Verhandlungsstrategien und ihre Wirkungen.....	139
b) Behinderungsstrategien und ihre Wirkungen.....	140
III. Ergebniskriterien.....	147
1. Marktergebnisse und Marktstellung von Nachfragern...	147
2. Marktergebnisse und Ausbeutung von Anbietern.....	149
3. Marktergebnisse im Absatzwettbewerb von Handels- unternehmen.....	152
IV. Zusammenfassung.....	155

Teil 2

Kartellrechtliche Beurteilung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen

4. Kapitel: Die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Nachfrager.....	158
I. Der Schutzzweck des § 22 GWB.....	159

IV

II.	Die Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes.....	161
	1. Die Praxis des Bundeskartellamts und des Kammergerichts.....	162
	a) Die Praxis des Bundeskartellamts.....	162
	b) Die Praxis des Kammergerichts.....	164
	2. Wettbewerbspolitische Beurteilung.....	166
III.	Die marktbeherrschende Stellung von Nachfragern.....	169
	1. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 22 Abs. 1 - 3 GWB.....	170
	2. Die Praxis des Bundeskartellamts und des Kammergerichts.....	175
	a) Die Praxis des Bundeskartellamts.....	175
	b) Die Praxis des Kammergerichts.....	179
	3. Wettbewerbspolitische Beurteilung.....	181
IV.	Die mißbräuchliche Ausübung von Nachfragemacht.....	186
	1. Der Behinderungsmißbrauch.....	186
	a) Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 GWB.....	186
	b) Die Praxis des Bundeskartellamts.....	188
	c) Wettbewerbspolitische Beurteilung.....	190
	2. Der Ausbeutungsmißbrauch.....	196
	a) Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 GWB.....	196
	b) Die Praxis des Bundeskartellamts.....	197
	c) Wettbewerbspolitische Beurteilung.....	198
V.	Zusammenfassung.....	199

5. Kapitel: Das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 und 3 GWB.....202

I.	Der Schutzzweck des § 26 Abs. 2 und 3 GWB.....	202
II.	Die Normadressaten.....	203
	1. Nachfrager mit relativer Marktmacht im Vertikalverhältnis.....	204
	2. Die Abhängigkeitsvermutung des § 26 Abs. 2 S. 3 GWB.....	208
	3. Wettbewerbspolitische Beurteilung.....	212

III.	Die Unbilligkeit einer Behinderung und das Fehlen eines sachlich gerechtfertigten Grundes für eine Diskriminierung.....	214
1.	Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 26 Abs. 2 S. 1 GWB.....	214
2.	Wettbewerbspolitische Beurteilung.....	218
IV.	Das Verbot der passiven Diskriminierung.....	219
1.	Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 26 Abs. 3 GWB.....	219
2.	Wettbewerbspolitische Beurteilung.....	223
V.	Zusammenfassung.....	224

6. Kapitel: Das Behinderungsverbot für Nachfrager mit relativer Marktmacht im Horizontalverhältnis (§ 37 a Abs. 3 GWB).....227

I.	Entstehungsgeschichte und Schutzzweck des § 37 a Abs. 3 GWB.....	227
II.	Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 37 a Abs. 3 GWB...	229
1.	Die Normadressaten.....	229
2.	Die Eingreifkriterien.....	232
III.	Die Praxis der Kartellbehörden.....	234
IV.	Wettbewerbspolitische Beurteilung.....	236
V.	Zusammenfassung.....	239

Teil 3

Möglichkeiten einer wettbewerbspolitisch adäquaten Erfassung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen

7. Kapitel: Verbesserung des kartellrechtlichen Instrumentariums zur Erfassung von Nachfragemacht durch eine Novellierung des GWB.....241

I.	Ökonomische und rechtliche Gründe für einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf.....	242
II.	Vorschläge für eine Novellierung der kartellrechtlichen Bestimmungen zur Erfassung von Nachfragemacht...	245

1. Vorschläge für eine Novellierung der materiell- rechtlichen Regelungen.....	246
a) Verbesserung der Mißbrauchsaufsicht über markt- beherrschende Nachfrager.....	246
b) Verbesserung des Behinderungs- und Diskriminie- rungsverbots des § 26 Abs. 2 und 3 GWB.....	255
c) Verbesserung des Behinderungsverbots für Nach- frager mit relativer Marktmacht im Horizontal- verhältnis (§ 37 a Abs. 3 GWB).....	257
d) Lockerung des Kontrahierungszwangs für Marken- artikelhersteller als flankierende Maßnahme.....	260
e) Exkurs: Verbesserung der Fusionskontrolle im Handel.....	265
2. Vorschläge für eine Novellierung der verfahrens- rechtlichen Regelungen.....	267
a) Verbesserungsmöglichkeiten im Bereich des Verwaltungsverfahrens.....	268
aa) Beweiserleichterung durch Zulassung anonymisierter Daten im Verwaltungs- verfahren.....	268
bb) Erweiterung der Auskunftsbefugnisse der Kartellbehörden durch Sektorenunter- suchungen.....	272
b) Verbesserungsmöglichkeiten im Bereich des Zivilverfahrens.....	275
aa) Partielle Beweislastumkehr im Zivilver- fahren.....	277
bb) Anerkennung des § 22 GWB als Schutzgesetz i.S. des § 35 GWB.....	281
III. Zusammenfassung.....	284
8. Kapitel: Möglichkeiten zur Erfassung von Nachfragemacht durch das UWG und durch Selbsthilfemaßnahmen der Wirtschaft.....	288
I. Erfassung von Nachfragemacht durch das UWG ?.....	288

VII

1. Der Schutzzweck des UWG und das Verhältnis des UWG zum GWB.....	289
2. Erfassung von Nachfragemacht durch das geltende Recht (§ 1 UWG) ?.....	292
a) Die Rechtsprechung zum sog. Anzapfen.....	293
b) Wettbewerbspolitische Beurteilung.....	296
3. Erfassung von Nachfragemacht durch eine Novellierung des UWG ?.....	304
a) Aufnahme eines allgemeinen Diskriminierungs- verbotes in das UWG.....	305
b) Erweiterung des Sanktionssystems des UWG.....	306
c) Anwendung des Sanktionssystems des UWG auf Verstöße gegen Bestimmungen des GWB.....	307
II. Erfassung von Nachfragemacht durch Selbsthilfe- maßnahmen der Wirtschaft ?.....	310
1. Inhalte und Funktionen der Selbsthilfemaßnahmen.....	310
2. Die Rechtsnatur der Selbsthilfemaßnahmen.....	314
3. Beurteilung der Selbsthilfemaßnahmen.....	318
a) Kartellrechtliche Beurteilung.....	319
b) Wettbewerbspolitische Beurteilung.....	322
4. Die Wirksamkeit der Selbsthilfemaßnahmen zur Erfassung von Nachfragemacht.....	324
III. Zusammenfassung.....	328
Schlußbemerkungen.....	331
Literaturverzeichnis.....	336

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AB	The Antitrust Bulletin
Abs.	Absatz
AER	The American Economic Review
AG	Die Aktiengesellschaft
ALJ	Antitrust Law Journal
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BauNVO	Baunutzungsverordnung
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BJE	Bell Journal of Economics and Management Science
BKartA	Bundeskartellamt
BRDr	Bundesratsdrucksache
BTDr	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DB	Der Betrieb
DBW	Die Betriebswirtschaft
d.h.	das heißt
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag
Diss.	Dissertation
EJ	The Economic Journal
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirt- schaftsgemeinschaft
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V.
Fn.	Fußnote
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HDE	Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels
HLR	Harvard Law Review
h.M.	herrschende Meinung
hrsg.	herausgegeben
IOR	Industrial Organization Review
i.S.	im Sinne
JbAV	Jahrbuch für Absatz- und Verbrauchsforschung
JbNST	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik
JEB	Journal of Economics and Business
JfS	Jahrbuch für Sozialwissenschaft
JIE	Journal of Industrial Economics
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
JLE	Journal of Law and Economics
JPole	Journal of Political Economy
JRALE	Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics

JZ	Juristen Zeitung
LG	Landgericht
LKartB	Landeskartellbehörde
LSchlG	Ladenschlußgesetz
LZ	Lebensmittelzeitung
MA	Markenartikel
MUV	Montanunionsvertrag
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MZFP	Marketing-Zeitschrift für Forschung und Praxis
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
o.J.	ohne Jahr
OLG	Oberlandesgericht
o.O.	ohne Ort
o.V.	ohne Verfasser
QJE	Quarterly Journal of Economics
Rdnr.	Randnummer
RES	Review of Economics and Statistics
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RPA	Robinson-Patman Act
S.	Seite(n)
StJLR	St.John's Law Review
Tz.	Textziffer
u.a.	und andere
u.E.	unseres Erachtens
UPLR	University of Pennsylvania Law Review
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuR	Wirtschaft und Recht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfbF	Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Verzeichnis der Abbildungen und Tabellen:

Abb. 1: Determinanten der Angebotsumstellungs- flexibilität.....	70
Abb. 2: Determinanten der Austauschbarkeit von Nachfragern.....	76
Tab. 1: Verkaufsfläche und Zahl der Ladengeschäfte im Einzelhandel.....	105
Tab. 2: Umsätze der 10 größten Unternehmen des Lebens- mittelhandels im non food-Bereich für das Jahr 1986.....	112

Einleitung

Der Handel ist seit Jahren einem tiefgreifenden Strukturwandel ausgesetzt. Die Einführung des Selbstbedienungsprinzips, die zunehmende Mobilität der Verbraucher und die Änderung der Einkaufsgewohnheiten haben zur Bildung neuer Vertriebsformen, zu einem erheblichen internen Unternehmenswachstum, zu einer steigenden Zahl von Unternehmenszusammenschlüssen, zu einer Zunahme der Bedeutung von Einkaufskooperationen und zu einem Rückgang der Zahl der Unternehmen insbesondere im Lebensmittelhandel geführt.

Die Entwicklung ist in den einzelnen Wirtschaftsbereichen des Handels unterschiedlich verlaufen. Ein Vergleich der Handels- und Gaststättenzählung von 1979 mit der von 1985 zeigt, daß die Zahl der Unternehmen im Einzelhandel um 1,9 % gesunken ist, während sie im Großhandel um 3,5 % gestiegen ist. Auch innerhalb des Einzelhandels ist kein einheitlicher Trend festzustellen. So stieg die Zahl der Unternehmen beispielsweise im Einzelhandel mit Fahrzeugen um 22,8 %, im Lebensmittelhandel war dagegen ein Rückgang um 16 % zu verzeichnen.

Im Lebensmittelhandel liegt auch ein Schwerpunkt der Zusammenschlußtätigkeit. Von 1980 bis 1987 waren die sechs größten Unternehmen an nahezu 70 % aller Zusammenschlüsse und an über 80 % des erworbenen Umsatzvolumens beteiligt. Allein im ersten Halbjahr 1987 überstieg das durch die Zusammenschlüsse erworbene Umsatzvolumen das der Jahre 1980 bis 1986 um zwei Drittel.

Durch die zunehmende Diversifikation von Unternehmen des Lebensmittelhandels in non food-Branchen deutet sich auch in diesen Wirtschaftsbereichen eine Verstärkung der bisher moderat verlaufenden Konzentrationsentwicklung an. Da echte, konkurrenzfähige Neugründungen im Lebensmittelhandel kaum stattfinden und da sich insbesondere die Lebensmittelmärkte überwiegend in einer Stagnationsphase befinden, ist eine Entschärfung des Kon-

zentrationenproblems kaum zu erwarten. Betriebsgrößenvorteile, das Verkaufsflächenwachstum und bestimmte gesetzliche Regelungen im Handel (Baunutzungsverordnung, Ladenschlußgesetz) deuten vielmehr auf eine eingeschränkte Wirksamkeit potentiellen Wettbewerbs hin.

Je nach Wahl des wettbewerbspolitischen Leitbildes, das bedauerlicherweise häufig nicht explizit genannt wird, wird die ökonomische Entwicklung im Handel unterschiedlich bewertet. Auf der einen Seite wird die Auffassung vertreten, die Konzentration im Handel sei Ausdruck ausgeprägten Wettbewerbs und wegen der Weitergabe von Rationalisierungseffekten an die Verbraucher in Form niedriger Preise wettbewerbspolitisch wünschenswert. Auf der anderen Seite ist dagegen nicht zu verkennen, daß das wettbewerbsgefährdende Potential aufgrund der steigenden Konzentration, der hohen Marktzutrittsschranken und der konglomeraten Unternehmensmacht im Handel gestiegen ist, was sich durch die Situation auf den Beschaffungsmärkten des Handels verdeutlichen läßt.

Der Konzentrationsprozeß hat in Verbindung mit der Existenz von Käufermärkten zur Folge, daß große Handelsunternehmen auf den Beschaffungsmärkten bei ihren Lieferanten Preise und Konditionen durchsetzen können bzw. zugestanden bekommen, die kleineren Handelsunternehmen nicht gewährt werden. Die daraus entstehenden Wettbewerbsvorteile für die Großbetriebsformen des Handels, die zudem auf die Absatzmärkte transferiert werden können, sind wiederum eine wesentliche Ursache für die Konzentration im Handel. Die Konzentration im Handel wird durch eine steigende Konzentration in einigen dem Handel vorgelagerten Wirtschaftsbereichen begleitet (z.B. die Ernährungsindustrie).

Die wettbewerbstheoretische, -politische und -rechtliche Bedeutung der unter den Stichworten "Konditionenspreizung", "Anzapfen" und "Nachfragemacht" bekanntgewordenen Verhaltensweisen von Handelsunternehmen auf Beschaffungsmärkten ist bis heute umstritten geblieben. Die Interpretation der bisherigen Recht-

sprechung und die Diskussion um eine 5. GWB-Novelle sind ein Beleg für den mit Vorurteilen beladenen und von Interessengegensätzen beherrschten Meinungsstreit insbesondere über

- den Begriff des Wettbewerbs auf den Beschaffungsmärkten des Handels (Nachfragerwettbewerb),
- den Begriff der Nachfragemacht,
- die Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes im Handel,
- die Ermittlung der Wettbewerbsposition von Handelsunternehmen auf Beschaffungsmärkten,
- die Frage, wann von einem Mißbrauch von Nachfragemacht gesprochen werden kann,
- die Wirksamkeit der kartellrechtlichen Instrumente zur Erfassung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen sowie
- die Notwendigkeit und gegebenenfalls konkrete Ausgestaltung einer 5. GWB-Novelle.

Das Ziel dieser interdisziplinären Untersuchung besteht daher darin, das Phänomen der Nachfragemacht im Handel einer ökonomischen und rechtlichen Analyse zu unterziehen, um daraus resultierend Möglichkeiten einer wettbewerbspolitisch adäquaten Erfassung von Nachfragemacht aufzuzeigen. Die Arbeit soll damit auch einen Beitrag zur gegenwärtigen Diskussion um die geplante Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) darstellen.

Der Einsatz von Nachfragemacht ist nicht nur im Handel, sondern auch im Verhältnis zwischen Industrieunternehmen und ihren Zulieferern sowie bei der öffentlichen Hand zu beobachten. Da sowohl hinsichtlich der marktstrukturellen Voraussetzungen als auch der Verhaltensweisen Unterschiede zum Handel bestehen, können die Ergebnisse dieser Arbeit nicht unbesehen auf jene Bereiche übertragen werden. Eine Bearbeitung des Problems der Nachfragemacht außerhalb des Handels kann an dieser Stelle nicht erfolgen. Die vorliegende Untersuchung befaßt sich im kartellrechtlichen Teil nicht mit der Strukturkontrolle gegenüber Nachfragemacht (Fusionskontrolle im Handel, Kartellverbot im Hinblick auf Einkaufskooperationen), sondern es werden aus-

schließlich Möglichkeiten der Verhaltenskontrolle analysiert.

In Anbetracht dieser Einschränkungen gestaltet sich der Gang der Untersuchung wie folgt:

In Teil 1 soll die Nachfragemacht von Handelsunternehmen einer ökonomischen Analyse unterzogen werden. Die Grundlagen dieser Analyse bilden die Entwicklung eines (modifizierten) Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs und die Klärung der Begriffe Nachfragerwettbewerb sowie Nachfragemacht (1. Kapitel). Voraussetzung für eine wirksame Erfassung von Nachfragemacht ist eine sachgerechte Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes im Handel, worauf im 2. Kapitel eingegangen werden wird. Das 3. Kapitel dient dazu, Struktur-, Verhaltens- und Ergebniskriterien zur Erfassung von Nachfragemacht zu entwickeln.

In Teil 2 dieser Untersuchung wird eine kartellrechtliche Beurteilung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen vorgenommen. Die gesetzlichen Grundlagen und die Rechtsprechung zur Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Nachfrager gemäß § 22 GWB (4. Kapitel), zum Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 und 3 GWB (5. Kapitel) und zum Behinderungsverbot für Nachfrager mit relativer Marktmacht im Horizontalverhältnis i.S. des § 37 a Abs. 3 GWB (6. Kapitel) sollen jeweils einer wettbewerbspolitischen Analyse unterzogen werden.

Im abschließenden Teil 3 dieser Arbeit sollen auf der Grundlage der in den Teilen 1 und 2 erzielten Ergebnisse Möglichkeiten einer wettbewerbspolitisch adäquaten Erfassung von Nachfragemacht dargestellt werden. Dabei werden zum einen die bisherigen Vorschläge hinsichtlich der Verbesserung des kartellrechtlichen Instrumentariums im Rahmen der 5. GWB-Novelle untersucht und um eigene Vorschläge ergänzt werden (7. Kapitel). Zum anderen ist im 8. Kapitel zu prüfen, ob und inwieweit das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und Selbsthilfemaßnahmen der Wirtschaft weitergehende oder ergänzende Instrumente zu einer wirksamen Erfassung von Nachfragemacht darstellen.

Teil 1: Ökonomische Beurteilung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen

Eine fundierte theoretische Durchdringung des Problems der Nachfragemacht von Handelsunternehmen hat bisher noch nicht stattgefunden. Vielmehr wird die Diskussion vornehmlich von interessengebundenen und ideologisch gefärbten Stellungnahmen der verschiedensten Industrie- und Handelsverbände beherrscht. Uneinigkeit und einseitige Auffassungen bestehen schon hinsichtlich der Beurteilung der wirtschaftlichen Situation im Handel. Wettbewerbspolitische Grundvorstellungen werden darüber hinaus explizit nicht genannt, was dazu führt, daß die Frage nach der Notwendigkeit und der Art des wettbewerbspolitischen Handlungsbedarfs umstritten ist.¹

Im 1. Kapitel sollen die für diese Arbeit notwendigen konzeptionellen und begrifflichen Grundlagen erarbeitet werden. Daran anschließend sollen im 2. Kapitel Fragen der Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes und im 3. Kapitel Kriterien zur Erfassung von Nachfragemacht behandelt werden.

1. Kapitel: Konzeptionelle und begriffliche Grundlagen

Im folgenden Kapitel soll zunächst die zugrundeliegende wettbewerbspolitische Konzeption dargestellt werden (Abschnitt I), um dann die Begriffe Nachfragerwettbewerb und Nachfragemacht zu erläutern (Abschnitt II).

¹ Vgl. zu den unterschiedlichen Positionen von Verbänden und Organisationen der Wirtschaft den Bericht des Bundesministers für Wirtschaft an den Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages über die Konzentration im Lebensmittelhandel, BMWI Dokumentation Nr. 271, Bonn 1986.

I. Die wettbewerbspolitische Konzeption zur Beurteilung von Nachfragemacht

Für eine adäquate wettbewerbspolitische Beurteilung der Nachfragemacht ist es unerlässlich, einen Bezugsrahmen vorzugeben, der Ziele, Grundsätze und Methoden in einen rationalen Zusammenhang zu bringen versucht. Dieser Bezugsrahmen wird als wettbewerbspolitisches Konzept oder als Leitbild bezeichnet.² In der wettbewerbspolitischen Diskussion in der Bundesrepublik Deutschland unterscheidet man zwei konkurrierende Leitbilder: das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs, das auch als wohlfahrtsökonomischer Ansatz bezeichnet wird³, und den systemtheoretischen oder neuklassischen Ansatz.⁴

Im folgenden Abschnitt soll keine ausführliche Gegenüberstellung und Diskussion dieser Ansätze erfolgen, sondern wir entscheiden uns unter Abwägung des pro und contra für das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs als Ausgangspunkt dieser

2 Vgl. allgemein zu wirtschaftspolitischen Konzeptionen Pütz, Theodor, Die wirtschaftspolitische Konzeption, in: Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen, hrsg. von Hans-Jürgen Seraphim, Berlin 1960, S. 9 ff. und zu wettbewerbspolitischen Konzeptionen Willeke, Franz-Ulrich, Grundsätze wettbewerbspolitischer Konzeptionen, Tübingen 1973.

3 Die bekanntesten Vertreter dieses Konzepts sind Kantzenbach, Erhard, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., Göttingen 1967; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht: Eine Einführung, 2. Aufl., Stuttgart 1987; Zohlhöfer, Werner, Wettbewerbspolitik im Oligopol: Erfahrungen der amerikanischen Antitrustpolitik, Tübingen 1968.

4 Hoppmann ist mit einer Vielzahl von Veröffentlichungen der herausragende Vertreter dieses Ansatzes; vgl. zuletzt Hoppmann, Erich, Marktbeherrschung und Preismissbrauch, Baden-Baden 1983; vgl. auch Hayek, Friedrich A. von, Freiburger Studien: Gesammelte Aufsätze von F.A. von Hayek, Tübingen 1969; ferner Kirzner, Israel M., Wettbewerb und Unternehmertum, Tübingen 1978; Schmidtchen, Dieter, Wettbewerbspolitik als Aufgabe: Methodologische und systemtheoretische Grundlagen für eine Neuorientierung, Baden-Baden 1978; vgl. zu einem erweiterten systemtheoretischen Ansatz Herdzina, Klaus, Möglichkeiten und Grenzen einer wirtschaftstheoretischen Fundierung der Wettbewerbspolitik, Tübingen 1988, S. 48 ff.

Untersuchung.⁵ Den Anforderungen an eine wettbewerbspolitische Konzeption entsprechend, soll im folgenden auf die Ziele der Wettbewerbspolitik, die inhaltliche Ausgestaltung des Konzepts und die wettbewerbspolitischen Handlungsempfehlungen eingegangen werden.

1. Ziele der Wettbewerbspolitik

Das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs ist aus der Kritik am neoklassischen Modell der vollständigen Konkurrenz⁶ entstanden, das nach Ansicht von Sraffa⁷, Chamberlin⁸ und Robinson⁹ auf unrealistischen Prämissen beruht. Das Vorhandensein von Unvollkommenheiten auf Märkten führe zu unerwünschten Marktergebnissen (Konzentration, Überkapazitäten). Dieser Wettbewerbspessimismus wurde von Clark¹⁰, der Marktunvollkommenheiten unter bestimmten Bedingungen positiv beurteilte, nicht geteilt. Wenn gewisse Unvollkommenheiten vorhanden seien, könne es erforderlich werden, weitere Unvollkommenheiten zuzulassen, die als "Gegengift" gegen die ursprünglichen Unvollkommenheiten wirkten und somit zu wünschenswerten Marktergebnissen führten.¹¹ 1940 hielt Clark jedoch noch am Leitbild der vollständigen Konkurrenz als wettbewerbspolitischer Norm fest.

-
- 5 Zur Kritik am systemtheoretischen Ansatz vgl. Bartling, Hartwig, Leitbilder der Wettbewerbspolitik, München 1980, S. 49 ff.; Müller, Udo, Wettbewerbspolitik, in: Handwörterbuch der Volkswirtschaft, 2. Aufl., Wiesbaden 1980, Sp. 1524 ff., 1532 f.; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 20 ff.
- 6 Vgl. dazu Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 6 ff.; Bartling, Hartwig, Leitbilder..., a.a.O., S. 12 ff.
- 7 Vgl. Sraffa, Piero, The Laws of Returns under Competitive Conditions, in: EJ 36 (1926), S. 535 ff.
- 8 Vgl. Chamberlin, Edward H., The Theory of Monopolistic Competition: A Re-orientation of the Theory of Value, 8. Aufl., Cambridge, Mass. 1962.
- 9 Vgl. Robinson, Joan, The Economics of Imperfect Competition, 2. Aufl., London 1969.
- 10 Vgl. Clark, John M., Toward a Concept of Workable Competition, in: AER 30 (1940), S. 241 ff.
- 11 Vgl. Clark, John M., Toward..., a.a.O., S. 242.

Erst mit Clarks Buch "Competition as a Dynamic Process"¹² erfolgte eine Abkehr vom Leitbild der vollständigen Konkurrenz. Clark wurde dabei stark von Schumpeters Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung¹³ beeinflusst, nach der dynamische Unternehmerpersönlichkeiten als Pioniere auftreten, indem sie neue Produkte, Produktionsverfahren, Absatzwege und Bezugsquellen erschließen. Sie erringen dadurch zwar temporäre Monopolstellungen, schaffen aber andererseits auch den Anreiz zur Imitation und fördern dadurch den wirtschaftlichen Fortschritt. Marktunvollkommenheiten sind damit "sowohl Folge initiativer als auch Voraussetzung für imitative Wettbewerbshandlungen"¹⁴.

Da nicht alle monopolistischen Elemente des Wettbewerbs als erwünscht gelten, besteht die zentrale Aufgabe des Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs darin, die erwünschten von den unerwünschten Unvollkommenheiten abzugrenzen.¹⁵ Die dafür erforderlichen Abgrenzungskriterien wurden in den USA durch die Vertreter des "workable competition" - Ansatzes¹⁶ entwickelt; die Forschungsrichtung der "Industrial Organization"¹⁷ versuchte,

12 Vgl. Clark, John M., Competition as a Dynamic Process, Washington, D.C. 1961.

13 Vgl. Schumpeter, Joseph, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, 6. Aufl., Berlin 1964; Schumpeter, Josef A., Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 5. Aufl., München 1980.

14 Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 12.

15 Vgl. Hoppmann, Erich, Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, in: Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik: Theodor Wessels zum 65. Geburtstag, hrsg. von Hans Besters, Berlin 1967, S. 145 ff., 154; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 12.

16 Vgl. Bain, Joe S., Industrial Organization, 2. Aufl., New York u.a. 1968; Caves, Richard, American Industry: Structure, Conduct, Performance, 4. Aufl., Englewood Cliffs, N.J. 1977; Mason, Edward S., The Current Status of the Monopoly Problem in the United States, in: HLR 62 (1949), S. 1265 ff.; Scherer, Frederic M., Industrial Market Structure and Economic Performance, 2. Aufl., Chicago 1980; Shepherd, William G., Public Policies Toward Business, 7. Aufl., Homewood, Ill. 1985.

17 Vgl. die Darstellung bei Böbel, Ingo, Wettbewerb und Industriestruktur: Industrial Organization-Forschung im Überblick, Berlin u.a. 1984 und Neumann, Manfred, Industrial Organization. Ein Überblick über die quantitative Forschung, in: ZfB 49 (1979), S. 645 ff.

diese Kriterien auch empirisch abzusichern. In der Bundesrepublik Deutschland war es Kantzenbach¹⁸, der ein neues Leitbild der Wettbewerbspolitik zu schaffen versuchte.

Der Wettbewerb wird im Rahmen des Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs als ein Instrument zur Erreichung übergeordneter Ziele angesehen und erhält damit den Charakter eines Zwischenziels in einer wirtschaftspolitischen Zielhierarchie.¹⁹ Die Aufstellung eines Zielkatalogs erfolgt nicht dadurch, daß Ziele im Rahmen einer Kausalanalyse hypothetisch abgeleitet werden²⁰, sondern sie werden bekenntnishaft eingeführt, indem man dem Wettbewerb bestimmte Funktionen zuweist und diese Funktionen in den Rang wettbewerbspolitischer Ziele erhebt.²¹

18 Vgl. Kantzenbach, Erhard, Die Funktionsfähigkeit..., a.a.O.

19 Vgl. Bartling, Hartwig, Leitbilder..., a.a.O., S. 5; Kantzenbach, Erhard, Die Funktionsfähigkeit..., a.a.O., S. 12 ff.; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 33 und 39.

Die Vertreter des systemtheoretischen Ansatzes lehnen es ab, in der Sicherung des Wettbewerbs ein Ziel in einer wettbewerbspolitischen Zielhierarchie zu sehen, da der Wettbewerb als historisch-offener Prozeß keinen bestimmten Zwecken diene. In einer Marktwirtschaft dürfe der Wettbewerb nicht auf konkrete Ziele ausgerichtet werden (Teleokratie), sondern es sei lediglich eine spontane Ordnung zu erhalten, die durch die Befolgung abstrakter Regeln gesichert werde (Nomokratie); vgl. Hoppmann, Erich, Fusionskontrolle, Tübingen 1982, S. 18 f., Fn. 16; Hoppmann, Erich, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität: Rivalität oder Freiheit des Wettbewerbs: Zum Problem eines wettbewerbspolitisch adäquaten Ansatzes der Wettbewerbstheorie, in: JbNSt 179 (1966), S. 286 ff., 289; Hoppmann, Erich, Workable Competition..., a.a.O., S. 149.

20 Kritisch dazu Schmidtchen, Dieter, a.a.O., insbesondere S. 25 ff.

21 Vgl. ausdrücklich Kantzenbach, Erhard, und Hermann H. Kallfass, Das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs - workable competition -, in: Handbuch des Wettbewerbs, hrsg. von Helmut Cox u.a., München 1981, S. 103 ff., 105. Zur wissenschaftstheoretischen Zulässigkeit eines solchen Vorgehens vgl. Cox, Helmut, und Harald Hübener, Wettbewerb. Eine Einführung in die Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, in: Handbuch des Wettbewerbs, hrsg. von Helmut Cox u.a., München 1981, S. 1 ff., 24 f.

In Anlehnung an Schmidt ist von folgenden **wettbewerbspolitischen Zielen** auszugehen:²²

- (1) leistungsgerechte Einkommensverteilung,
- (2) Konsumentensouveränität,
- (3) optimale Faktorallokation,
- (4) Anpassungsflexibilität,
- (5) technischer Fortschritt sowie
- (6) Gewährleistung der wirtschaftlichen Handlungs- und Entschließungsfreiheit.

Die ersten drei Wettbewerbsfunktionen bezeichnet Kantzenbach als statische Funktionen, da sie vorwiegend in den Bereich der statischen Gleichgewichtsanalyse gehören. Die vierte und fünfte Wettbewerbsfunktion werden als dynamische Funktionen bezeichnet, da sie nur in einer evolutorischen Wirtschaft auftreten.²³ Die Einbeziehung gesellschaftspolitischer Wettbewerbsfunktionen - dabei insbesondere des Freiheitsziels - war zunächst umstritten. So schloß Kantzenbach ursprünglich das Freiheitsziel aus seiner Analyse aus.²⁴ Es dürfte heute jedoch h.M. sein, daß

22 Vgl. Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 37. Zu weiteren Zielkatalogen vgl. Bain, Joe S., Industrial Organization, a.a.O., S. 13; Giersch, Herbert, Aufgaben der Strukturpolitik, in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 9 (1964), S. 61 ff., 67 ff; Herdzina, Klaus, Wettbewerbspolitik, 2. Aufl., Stuttgart 1987, S. 16 ff.; Kaysen, Carl, und Donald F. Turner, Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis, 2. Aufl., Cambridge, Mass. 1965, S. 12; Scherer, Frederic M., Industrial Market Structure..., a.a.O., S. 3 f.; Shepherd, William G., Public Policies..., a.a.O., S. 5 f.; Zohlhöfer, Werner, Wettbewerbspolitik im Oligopol..., a.a.O., S. 5 ff.

23 Vgl. Kantzenbach, Erhard, Die Funktionsfähigkeit..., a.a.O., S. 17. Kritisch zur Unterscheidung statischer und dynamischer Wettbewerbsfunktionen äußert sich Schmidbauer, Herbert, Allokation, technischer Fortschritt und Wettbewerbspolitik, Tübingen 1974, S. 44 ff.

24 Vgl. Kantzenbach, Erhard, Die Funktionsfähigkeit..., a.a.O., S. 13 f. Später folgte auch Kantzenbach dem erweiterten Zielkatalog; vgl. Kantzenbach, Erhard, Konzentration als Problem der Konkurrenzwirtschaft, in: Die Konzentration in der Wirtschaft: On Economic Concentration, hrsg. von Helmut Arndt, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin 1971, S. 159 ff. In Fn. 30 auf S. 172 weist er jedoch darauf hin, daß er mit seinem Aufsatz v.a. die Literatur wiedergebe und nicht seine eigene Auffassung.

ein wettbewerbspolitischer Zielkatalog auch die Gewährleistung der Handlungs- und Entschließungsfreiheit umfassen muß.²⁵

Der Wettbewerb ist keineswegs ein wertmäßig indifferentes Instrument zur Erreichung wirtschafts- und gesellschaftspolitischer Ziele. Vielmehr können sich bei der Realisierung der Ziele **Zielkonflikte** ergeben.²⁶ Zielkonflikte können auftreten:

- zwischen den statischen und dynamischen Wettbewerbsfunktionen innerhalb des ökonomischen Zielkatalogs;
- zwischen den ökonomischen Wettbewerbsfunktionen und dem Freiheitsziel sowie
- zwischen den Wettbewerbsfunktionen und anderen wirtschaftspolitischen wie arbeitsmarktpolitischen oder gesundheitspolitischen Zielen.²⁷

Die Lösung von Zielkonflikten ist kein ökonomisches Problem, sondern eine Wertentscheidung. Unterschiedliche wettbewerbstheoretische und -politische Positionen führen zu unterschiedlichen Zielprioritäten. So stehen für einige Vertreter des Kon-

25 Vgl. nur Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 37 und Shepherd, William G., Public Policies ..., a.a.O., S. 5 f.; anderer Auffassung sind die Vertreter der Chicago School, die lediglich die Maximierung der Konsumentenwohl- fahrt als Ziel der Wettbewerbspolitik ansehen; vgl. Schmidt, Ingo, und Jan B. Rittaler, Die Chicago School of Antitrust Analysis: Wettbewerbstheoretische und -politische Analyse eines Credos, Baden-Baden 1986.

26 Anders jedoch Hoppmann, der diese Dilemma-These mit dem Hinweis ablehnt, Wettbewerbsfreiheit und ökonomische Vorteilhaftigkeit seien zwei Seiten derselben Medaille; vgl. nur Hoppmann, Erich, Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, hrsg. von Hans K. Schneider, Berlin 1968, S. 9 ff., 21; kritisch dazu äußert sich Tolksdorf, Michael, Hoppmanns neoklassische Wettbewerbstheorie als Grundlage der Wettbewerbspolitik, in JbNSt 183 (1969), S. 61 ff., 64 ff.; vgl. auch Herdzina, Klaus, Konzept und Voraussetzungen des funktionsfähigen Wettbewerbs: Eine Auseinandersetzung mit den Hauptthesen der jüngeren Wettbewerbstheorie, Diss. Köln 1970, S. 75 f.

27 Vgl. Herdzina, Klaus, Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 37 ff.; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 81 ff.; Tolksdorf, Michael, Stand und Entwicklungstendenzen der Wettbewerbstheorie, in: WuW 30 (1980), S. 785 ff., 791 f.

zepts des funktionsfähigen Wettbewerbs das Fortschrittsziel bzw. die dynamischen Funktionen des Wettbewerbs im Vordergrund; Kantzenbach hält eine "ausschließlich wirtschaftliche Orientierung der Wettbewerbspolitik für gerechtfertigt"²⁸.

Andererseits wird die Auffassung vertreten, der Wettbewerb diene primär der Sicherung der Individualfreiheit:

"Verwirklichung und Sicherung der demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassung und der auf der Prämisse der Machtgleichheit aller Privatrechtssubjekte basierenden freiheitlichen Privatrechtsordnung gebieten im Konfliktfall grundsätzlich die Prädominanz (i.O. gesperrt, d.V.) des gesellschaftspolitischen Zielkomplexes des GWB vor ökonomischen wachstumspolitischen Zielvorstellungen."²⁹

Auf der Grundlage des dargestellten Zielkatalogs und unter Berücksichtigung möglicher Zielkonflikte sollen im nächsten Abschnitt die wettbewerbstheoretischen Grundlagen des Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs dargestellt werden.

2. Inhaltliche Ausgestaltung des Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs

Eine tendenzielle Realisierung des wettbewerbsspolitischen Zielkatalogs hat die ungehinderte Entfaltung von Wettbewerbsprozessen zur Voraussetzung. Die Aufgabe der Wettbewerbspolitik besteht somit darin, den Wettbewerb vor Beschränkungen zu schützen. Im folgenden soll zunächst eine Darstellung der Kriterien erfolgen, mit Hilfe derer Wettbewerbsprozesse beschrieben und systematisiert werden können. Im Anschluß daran sind die wettbewerbsspolitischen Ansatzpunkte zur Erfassung von Wettbewerbsbeschränkungen aufzuzeigen.

²⁸ Kantzenbach, Erhard, Die Funktionsfähigkeit..., a.a.O., S. 13.

²⁹ Säcker, Franz-Jürgen, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht, Düsseldorf o.J., S. 24.

a) Systematisierung von Wettbewerbsprozessen durch Wettbewerbstests

Die Unterscheidung der als funktionsfähig bezeichneten Ausprägungen des Wettbewerbs von den als unerwünscht angesehenen Formen wird nach dem Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs mit Hilfe sogenannter Wettbewerbstests vorgenommen³⁰, durch die Marktprozesse in Struktur-, Verhaltens- und Ergebniskriterien eingeteilt werden können.³¹

Unter der **Marktstruktur** (market structure) wird im allgemeinen der Rahmen verstanden, innerhalb dessen sich die wettbewerblichen Handlungen eines Unternehmens vollziehen. Die Marktstruktur wird beispielsweise durch die Zahl und Größenverteilung der Marktteilnehmer, den Grad der Produktheterogenität, die Höhe der Marktzutrittsschranken, die Markttransparenz sowie durch die Marktphase beschrieben.³²

30 Anders dagegen Hoppmann, der Wettbewerbstests für nicht hinreichend, wenn nicht sogar inadäquat hält. Zur Beschreibung von Wettbewerbsprozessen eigneten sich eher der Austausch- und Parallelprozeß; vgl. Hoppmann, Erich, Zum Problem..., a.a.O., S. 39; auch Vertreter der Chicago School halten die Einteilung von Marktprozessen in Struktur-, Verhaltens- und Ergebniskriterien für "untheoretical, descriptive"; Posner, Richard A., The Chicago School of Antitrust Analysis, in: UPLR 127 (1979), S. 925 ff., 928.

31 Zuweilen werden zusätzlich sogenannte basic conditions unterschieden, die die Marktstruktur determinieren; vgl. Herdzina, Klaus, Oligopolistische Interdependenz, funktionsfähiger Wettbewerb und Wettbewerbsvoraussetzungen, in: JfS 24 (1973), S. 55 ff., 71 und 74; Herdzina, Klaus, Wirtschaftliches Wachstum, Strukturwandel und Wettbewerb, Berlin 1981, S. 258; Scherer, Frederic M., Industrial Market Structure..., a.a.O., S. 4.

32 Vgl. Bain, Joe S., Industrial Organization, a.a.O., S. 7; Bartling, Hartwig, Leitbilder..., a.a.O., S. 21; Klaus, Gerd, Die Bestimmung von Marktmacht: Eine Untersuchung von Machtkriterien unter Berücksichtigung der Zusammenschlußkontrolle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1975, S. 24 f.; Scherer, Frederic M., Industrial Market Structure..., a.a.O., S. 4; Shepherd, William G., Public Policies..., a.a.O., S. 7.

Das **Marktverhalten** (market conduct oder behavior) bezeichnet die strategischen Möglichkeiten eines Unternehmens, sich den Marktgegebenheiten anzupassen. Die Kriterien beziehen sich auf die Art der eingesetzten Aktionsparameter (Preise, Konditionen), auf die Formen der Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen (Preisführerschaft, Absprachen) und auf die Formen der Auseinandersetzung mit den übrigen Wirtschaftssubjekten (Behinderung, Ausbeutung, Diskriminierung).³³

Das **Marktergebnis** (market performance) bezeichnet die ökonomischen Resultate des Markt- und Wettbewerbsprozesses und wird durch Kriterien wie die Gewinnsituation der Unternehmen, die Effizienz oder die Rate des technischen Fortschritts beschrieben.³⁴

Für die Beurteilung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs sind die Kausalbeziehungen zwischen Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis entscheidend. Die traditionellen Vertreter des workable competition-Ansatzes gehen von einer einseitigen Kausalrichtung aus, nach der die Marktstruktur das Marktver-

33 Vgl. Kayser, Carl, und Donald F. Turner, a.a.O., S. 59 f.; Klauss, Gerd, a.a.O., S. 26; Poeche, Jürgen, Workable Competition als wettbewerbspolitisches Leitbild, in: Das Konzept der "Workable Competition" in der angelsächsischen Literatur, Einleitung und Bearbeitung von Jürgen Poeche, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1970, S. 9 ff., 18; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 58 f.

34 Vgl. Bartling, Hartwig, Leitbilder..., a.a.O., S. 21; Klauss, Gerd, a.a.O., S. 29; vereinzelt wird die Auffassung vertreten, das Marktergebnis könne adäquater durch makroökonomische Kriterien wie den Beschäftigungsgrad, das Wirtschaftswachstum, die Preisniveaustabilität und das Fehlen übermäßiger Marktmacht beschrieben werden; vgl. Ferguson, C.E., A Macroeconomic Theory of Workable Competition, Durham, N.C. 1964, S. 56 ff.

halten und das Marktverhalten das Marktergebnis determiniert.³⁵

Dieser enge Strukturansatz, nach dem die Marktergebnisse ausschließlich von der Marktstruktur abhängen, ist auch bei Anhängern des workable competition-Ansatzes auf Kritik gestoßen. Scherer hält die Einbeziehung des Marktverhaltens zur Diagnose funktionsfähigen Wettbewerbs für erforderlich: "But we can do still better with a richer model that includes intermediate behavioral links."³⁶

Schließlich hat man erkannt, daß die Kausalbeziehungen zwischen Struktur, Verhalten und Ergebnis keine "Einbahnstraße" darstellen, sondern daß diese Elemente zirkular verknüpft sind:³⁷

- Das Marktverhalten beeinflusst die Marktstruktur, wenn beispielsweise durch Fusionen die Zahl der Marktteilnehmer zurückgeht.
- Das Marktergebnis hat Auswirkungen auf das Marktverhalten, wenn durch hohe Gewinne die Wettbewerbsneigung sinkt et vice versa.
- Das Marktergebnis kann die Marktstruktur beeinflussen, wenn durch hohe Gewinne Newcomer angelockt werden und dadurch die Zahl der Marktteilnehmer steigt.

35 Vgl. dazu Herdzina, Klaus, Konzept und Voraussetzungen..., a.a.O., S. 88 ff.; Klauss, Gerd, a.a.O., S. 32 ff; Sosnick, Stephan H., A Critique of Concepts of Workable Competition, in: QJE 72 (1958), S. 380 ff. Diese Vorstellung liegt auch Kantzenbachs Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität zugrunde, nach dem die Marktstruktur (Zahl der Anbieter, Grad der Marktvollkommenheit) über die Wettbewerbsintensität die Marktergebnisse (dynamische Wettbewerbsfunktionen) determiniert; vgl. Kantzenbach, Erhard, Die Funktionsfähigkeit ..., a.a.O., S. 39 ff.

36 Scherer, Frederic M., Industrial Market Structure..., a.a.O., S. 7.

37 Vgl. Baldwin, William L., The Feedback Effect of Business Conduct of Industry Structure, in: JLE 12 (1969), S. 123 ff.; Bartling, Hartwig, Leitbilder..., a.a.O., S. 26; Phillips, Almarin, A Critique of Empirical Studies of Relations between Market Structure and Profitability, in: JIE 24 (1975/76), S. 241 ff., 248; Scherer, Frederic M., Industrial Market Structure..., a.a.O., S. 5; Willeke, Franz-Ulrich, Wettbewerbspolitik, Tübingen 1980, S. 7.

Der zirkularen Verknüpfung wird insbesondere durch das **Marktphasenkonzept** Rechnung getragen. Heuss, auf den wohl die erste systematische, wettbewerbstheoretische Darstellung dieses Phänomens zurückgeht³⁸, stellt fest,

"daß alle Industrien bzw. die dazugehörigen Märkte im Laufe ihrer Entwicklung die gleichen Phasen durchlaufen, so daß von einem ganz allgemeinen Entwicklungsprozeß gesprochen werden kann"³⁹.

Je nachdem, welcher Unternehmertypus auf einem Markt vorherrschend ist, unterscheidet Heuss vier Marktphasen:⁴⁰

- In der **Experimentierungsphase** werden Produkte geschaffen (Invention) und bis zur erforderlichen Marktreife entwickelt (Innovation), wodurch der Pionierunternehmer ein prozessuales Monopol erringt.
- Gelingt es, für das neue Produkt Absatzmärkte zu erschließen, erfolgt der Übergang in die durch starke Wachstumsraten gekennzeichnete **Expansionsphase**. Gleichzeitig locken die hohen Gewinnaussichten spontan imitierende Unternehmer auf den Markt, die einen Teil der Pioniergewinne wieder "auf-fressen".
- In der **Ausreifungsphase** verlangsamt sich die Expansion der Märkte, die durch zunehmende Substitutionskonkurrenz immer

38 Vgl. Heuss, Ernst, Allgemeine Markttheorie, Tübingen und Zürich 1965. Zu früheren Darstellungen von Marktentwicklungsphasen vgl. Kuznets, Simon, Secular Movements in Production and Prices, Boston und New York 1930; Burns, Arthur F., Production Trends in the United States since 1870, New York 1934; Abramovitz, Moses, Monopolistic Selling in a Changing Economy, in: QJE 52 (1937/38), S. 191 ff.; Fabricant, Solomon, The Output of Manufacturing Industries 1899-1933, New York 1940; Hoffmann, Walther G., Wachstum und Wachstumsformen der englischen Industrielwirtschaft von 1700 bis zur Gegenwart, Jena 1940.

39 Heuss, Ernst, Allgemeine Markttheorie, a.a.O., S. 15.

40 Vgl. Heuss, Ernst, Allgemeine Markttheorie, a.a.O., S. 16 f.; andere Phaseneinteilungen nehmen Herdzina, Klaus, Marktentwicklung und Wettbewerbsverhalten, in: Industrieökonomik: Theorie und Empirie, hrsg. von Gottfried Bombach u.a., Tübingen 1985, S. 105 ff., 110 und Schwartz, Cord, Phasenkonzepte, Unternehmensverhalten und Wettbewerb: Die Klassifizierung von Phasenkonzepten zur Entwicklung einer Marktprozeßtheorie, Berlin 1977, S. 126 vor.

enger werden. Diese Marktphase wird durch den unter Druck reagierenden Unternehmer dominiert.

- Stagnierende oder abnehmende Wachstumsraten charakterisieren schließlich die **Stagnations- oder Rückbildungsphase**, in der überwiegend der konservativ-immobile Unternehmertypus vorherrscht.

Die zentrale Erkenntnis des Marktphasenkonzepts besteht darin, daß bei der Erklärung von Marktprozessen nicht von einer gegebenen Marktstruktur ausgegangen werden kann. Wirtschaftssubjekte unterwerfen sich nicht der Gesamtheit der vorgegebenen strukturellen Bedingungen, sondern versuchen, diese zu ihrem Vorteil zu verändern. Das Marktverhalten prägt damit die Marktstruktur.⁴¹ Erst in der Ausreifungsphase werden die Elemente der Marktstruktur zu Daten, die das Marktverhalten und das Marktergebnis determinieren können. Allenfalls in dieser Phase wäre eine Normierung von Wettbewerbsprozessen i.S. einer optimalen Marktstruktur möglich.⁴²

Welche Bedeutung die Wettbewerbstests für die Erfassung von Wettbewerbsbeschränkungen haben, soll im folgenden Abschnitt dargestellt werden.

b) Erfassung von Wettbewerbsbeschränkungen

Insbesondere diejenigen Vertreter des Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs, die primär eine Orientierung der Wettbewerbspolitik an ökonomischen Zielen für gerechtfertigt halten, versuchen, Marktstrukturen, Verhaltensweisen oder Marktergeb-

41 Vgl. Herdzina, Klaus, Marktentwicklung..., a.a.O., S. 114; Käufer, Erich, Neue Wettbewerbstheorie, in: Probleme der Wettbewerbstheorie und -politik, hrsg. von Gottfried Bombach u.a., Tübingen 1976, S. 199 ff., 212. Zu dieser Erkenntnis gelangt auch - allerdings ohne Bezug zum Marktphasenkonzept - Jacquemin, Alexis, Industrieökonomik: Strategie und Effizienz des modernen Unternehmens, Frankfurt/M. und New York 1986, S. 16.

42 Vgl. Heuss, Ernst, Allgemeine Markttheorie, a.a.O., S. 64; Käufer, Erich, Neue Wettbewerbstheorie, a.a.O., S. 216.

nisse zu identifizieren, die einen optimalen Zielerreichungsgrad gewährleisten. Für Kantzenbach ist eine derartige **optimale Marktstruktur** im Bereich weiter Oligopole bei mäßiger Produktheterogenität und begrenzter Markttransparenz gegeben. Bei davon abweichenden Marktstrukturen - etwa bei engen Oligopolen - steigt aufgrund der hohen parametrischen Interdependenz die Neigung und Fähigkeit der Wirtschaftssubjekte zu Wettbewerbsbeschränkungen (z.B. Absprachen).⁴³

Die Erfassung von Wettbewerbsbeschränkungen setzt demnach eine Normierung von Wettbewerbsprozessen voraus. Abweichungen von diesen Normen indizieren Wettbewerbsbeschränkungen. Von systemtheoretischer Seite wird bestritten, daß die Wettbewerbstheorie ein Modell liefern könne, das die Norm der Wettbewerbspolitik praktikabel beschreibe. Der Versuch einer positiven Umschreibung von Wettbewerbsnormen i.S. bestimmter Marktstrukturen oder Marktergebnisse bedeute eine "Anmaßung von Wissen".⁴⁴ Der Wettbewerb sei nicht simulierbar und seine konkreten Ergebnisse seien aufgrund der Komplexität des Marktsystems nicht voraus-sagbar.⁴⁵

Auch wenn man diese Kritik nicht teilt, ist festzuhalten, daß die wettbewerbstheoretischen Erkenntnisse des Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs zu gering sind, um daraus allgemein gültige, widerspruchsfreie Handlungsempfehlungen ableiten zu können.⁴⁶ So hängen das Marktverhalten und die Marktergeb-

43 Vgl. Kantzenbach, Erhard, Die Funktionsfähigkeit..., a.a.O., S. 39 ff.

44 Vgl. dazu Hayek, Friedrich A. von, Die Anmaßung von Wissen, in: ORDO 26 (1975), S. 12 ff.

45 Vgl. Hoppmann, Erich, Marktmacht und Wettbewerb (Beurteilungskriterien und Lösungsmöglichkeiten), Tübingen 1977, S. 21.

46 Vgl. Herdzina, Klaus, Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 53 ff.; auch die Vertreter des Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs sehen diese Problematik; vgl. Scherer, Frederic M., Industrial Market Structure..., a.a.O., S. 44; Zohlhöfer, Werner, Wettbewerb - Modell und Wirklichkeit, in: Wettbewerbsordnung und Wettbewerbsrealität: Festschrift für Arno Sölter zum 70. Geburtstag, hrsg. von Clemens-August Andreae und Werner Benisch, Köln u.a. 1982, S. 15 ff., 24 f.

nisse nicht nur vom Wettbewerb, sondern auch von anderen Größen wie der Geld- oder Arbeitsmarktsituation ab. Daneben bestehen unterschiedliche Ansichten darüber, welche Marktstrukturen zu funktionsfähigem Wettbewerb führen.

Auf die Formulierung konkreter wettbewerbspolitischer Normen kann verzichtet werden, wenn man das Ziel der **Wettbewerbsfreiheit** in den Vordergrund stellt. Über den Begriff der Freiheit bestehen allerdings ebenso Unklarheiten und Meinungsverschiedenheiten wie über den Begriff des Wettbewerbs. Versucht man, Freiheit positiv zu umschreiben, so kann man darunter einen Zustand der Autarkie, der Selbständigkeit, eine Möglichkeit zum Handeln⁴⁷, Freiheit zur Initiative, Freiheit zu technischem Fortschritt oder Wahlfreiheit der Marktgegenseite⁴⁸ verstehen. Daneben ist die Unterscheidung von formaler Handlungs- und materialer EntschlieÙungsfreiheit von Bedeutung: Formale Handlungsfreiheit umfaÙt lediglich Gleichheit vor dem Gesetz und Schutz vor staatlicher Willkür, während materiale EntschlieÙungsfreiheit "das Vermögen (ist), im Rahmen der formalen Freiheit und der durch die Sitte gezogenen Grenzen selbst gesteckte Ziele zu verwirklichen"⁴⁹.

Da Freiheitsbereiche einzelner Wirtschaftssubjekte nur in Relation zu Handlungsspielräumen anderer Wirtschaftssubjekte gesehen werden können, da Freiheitsbereiche sich ständig wandeln⁵⁰ und da

"die MeÙwerkzeuge, die MeÙvorschriften, die empirischen Messungen und erst recht die allgemeinverbindlichen BewertungsmaÙstäbe (fehlen), um vorherzusagen und bestimmen

47 Vgl. Herdzina, Klaus, Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 11 f.

48 Vgl. Hoppmann, Erich, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität..., a.a.O., S. 289.

49 Giersch, Herbert, Allgemeine Wirtschaftspolitik: 1. Band, Grundlagen, Wiesbaden 1960, S. 73 f.

50 Vgl. Herdzina, Klaus, Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 13; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln u.a. 1983, S. 48 f.

zu können, bei welcher Kombination von Freiheitsbeschränkungen die größte Freiheit möglich ist..."⁵¹,

kann Freiheit nur negativ als ungebührliche oder unangemessene Beschränkung der Handlungs- und Entschlußfreiheit definiert werden.

Nicht jede Freiheitsbeschränkung kann indes zum Ansatzpunkt der Wettbewerbspolitik gemacht werden. Freiheitsbeschränkungen können natürliche oder künstliche Ursachen haben.⁵² Die natürlichen Ursachen beruhen nicht auf Handlungen von Personen oder Institutionen, sondern darauf, daß der Wettbewerb seine Koordinations- und Steuerungsfunktionen nicht erfüllen kann, was häufig als Markt- oder Wettbewerbsversagen bezeichnet wird.⁵³ Die natürlichen Ursachen sind in den meisten Fällen nicht korrigierbar, d.h., sie sind keiner wettbewerbspolitischen Kausaltherapie zugänglich. Allenfalls wäre an eine Kompensationspolitik zu denken.⁵⁴ Beruht das Marktversagen allerdings auf mangelnder Informiertheit oder Mobilität der Marktteilnehmer, ist

51 Giersch, Herbert, Aufgaben der Strukturpolitik, a.a.O., S. 75.

52 Vgl. zu ähnlichen Differenzierungen Bartling, Hartwig, Leitbilder..., a.a.O., S. 46; Herdzina, Klaus, Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 89; Willeke, Franz-Ulrich, Grundsätze..., a.a.O., S. 44 f.; Willeke, Franz-Ulrich, Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 66 Fn. 44; Hoppmann hat die Bereiche, in denen der Wettbewerb nicht möglich ist, als natürliche, und die, in denen der Wettbewerb nicht erwünscht ist, als politische Ausnahmebereiche bezeichnet; vgl. Hoppmann, Erich, Zum Problem..., a.a.O., S. 32; Hoppmann, Erich, Workable Competition..., a.a.O., S. 172-174; später hat Hoppmann alle Bereiche, in denen der Wettbewerb als Koordinationsmechanismus nicht eingesetzt wird, als politische Ausnahmebereiche bezeichnet; vgl. Hoppmann, Erich, Zur ökonomischen Begründung von Ausnahmebereichen, in: JbNSt 187 (1973), S. 161 ff., 162 und 166.

53 Vgl. nur Eickhof, Norbert, Theorien des Markt- und Wettbewerbsversagens, in: Wirtschaftsdienst 66 (1986), S. 468 ff., 471 ff., der folgende Arten des Marktversagens unterscheidet: Transaktionales Marktversagen, öffentliche Güter, Koordinationshindernisse, externe Effekte, natürliche Monopole und ruinöse Konkurrenz.

54 Vgl. dazu Willeke, Franz-Ulrich, Grundsätze..., a.a.O., S. 47.

eine Kausaltherapie grundsätzlich möglich, aber nicht immer politisch erwünscht.⁵⁵

Von den natürlichen Ursachen unterscheiden sich die künstlichen Ursachen dadurch, daß letztere auf Handlungen von Personen oder Institutionen zurückzuführen sind.⁵⁶ Das Funktionieren von Wettbewerbsprozessen kann dabei entweder durch Setzung bestimmter ordnungspolitischer Rahmenbedingungen beeinträchtigt werden⁵⁷ oder durch einzelwirtschaftliche Strategien von Unternehmen oder staatlichen Institutionen.⁵⁸

Nur diese künstlichen, auf strategische Handlungen von Wirtschaftssubjekten zurückzuführenden Freiheitsbeschränkungen sollen im Hinblick auf unser Untersuchungsziel als **Wettbewerbsbeschränkungen** bezeichnet werden.⁵⁹

"Unter Wettbewerbsbeschränkungen ist begrifflich eine rechtliche oder faktische Beschränkung der wettbewerbsrelevanten Handlungs- oder Entscheidungsfreiheit in bezug auf den Einsatz eines oder mehrerer Aktionsparameter ... zu verstehen."⁶⁰

Wettbewerbsbeschränkungen können hinsichtlich ihrer Wirkungen auf die Wirtschaftsstufen und hinsichtlich der eingesetzten

55 Vgl. Willeke, Franz-Ulrich, Grundsätze..., a.a.O., S. 45.

56 In diesem Zusammenhang wird auch von "willkürlichen" Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit gesprochen; vgl. Herdzina, Klaus, Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 90; Willeke, Franz-Ulrich, Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 66.

57 In der Nachfragemacht-Diskussion wird häufig von einer einseitigen Bevorzugung der Nachfragerseite durch kartell- und gewerberechtliche Vorschriften gesprochen; vgl. nur Benisch, Werner, Marktexterne Wettbewerbsbeeinträchtigungen, in: WuW 28 (1978), S. 13 ff., 19.

58 Vgl. Willeke, Franz-Ulrich, Grundsätze..., a.a.O., S. 45 f.

59 Ähnlich Herdzina, Klaus, Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 89; anders jedoch Bartling, Hartwig, Leitbilder..., a.a.O., S. 46 und Willeke, Franz-Ulrich, Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 66 Fn. 44, die alle Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit als Wettbewerbsbeschränkungen bezeichnen.

60 Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 109.

Mittel klassifiziert werden.⁶¹ Hinsichtlich ihrer Wirkungen unterscheidet man:

- horizontale Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe, die auf demselben relevanten Markt tatsächlich oder potentiell tätig sind;
- vertikale Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Unternehmen auf vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen, die in einem tatsächlichen oder potentiellen Käufer-Verkäufer-Verhältnis stehen, sowie
- diagonale Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Unternehmen, die weder auf dem gleichen relevanten Markt tätig sind, noch in einem Käufer-Verkäufer-Verhältnis stehen.

Nach den eingesetzten Mitteln können Wettbewerbsbeschränkungen eingeteilt werden in:

- Verhandlungsstrategien, die rechtliche Beschränkungen durch Vertrag, Beschluß oder aufeinander abgestimmtes Verhalten bewirken können;
- Behinderungsstrategien, die rechtliche oder faktische Beschränkungen durch Verträge oder faktisches Marktverhalten bewirken können, sowie
- Konzentrationsstrategien, die faktische Beschränkungen durch Verminderung der Zahl der Wirtschaftssubjekte aufgrund externen oder überproportional internen Unternehmenswachstums bewirken können.

Damit zeigt sich, daß der Ansatzpunkt der Wettbewerbspolitik nicht darin bestehen sollte, konkrete Normen etwa in Form einer optimalen Marktstruktur zu formulieren, sondern es sollte umgekehrt nach Beschränkungen des Wettbewerbs gefragt werden. Die Theorie des Wettbewerbs wandelt sich dann zur Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen.⁶²

61 Vgl. dazu Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 60; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 109; Zohlhöfer, Werner, Wettbewerbspolitik im Oligopol..., a.a.O., S. 26.

62 Vgl. Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 48.

Das zentrale Problem der Wettbewerbspolitik besteht allerdings darin, Wettbewerbsbeschränkungen zu erfassen und zu beurteilen. Bei der Entscheidung darüber, ob bestimmte Verhaltensweisen die Wettbewerbsfreiheit unangemessen einschränken, ist immer ein Werturteil notwendig. Die durch das traditionelle Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs herausgearbeiteten Zusammenhänge zwischen Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis können dabei eine wertvolle Entscheidungshilfe liefern. Freilich läßt dieses analytische Instrumentarium nur Aussagen mit hohem Wahrscheinlichkeitsgrad zu, die im Einzelfall auf ihre Richtigkeit hin geprüft werden müssen.

Zur Erfassung von Wettbewerbsbeschränkungen wird üblicherweise eine Kombination von Struktur- und Verhaltenstests herangezogen⁶³, wobei je nach der Art der unternehmerischen Strategie stärker auf Strukturtests (z.B. bei der Konzentrationsstrategie) oder stärker auf Verhaltenstests (z.B. bei der Behinderungsstrategie) abgestellt wird. Marktergebnistests eignen sich nur begrenzt zur Feststellung von Wettbewerbsbeschränkungen, da

- sich operationale Kriterien zur empirischen Ermittlung bestimmter Marktergebnismerkmale nur schwer bestimmen lassen,
- bestimmte Marktergebnisse (z.B. Gewinne) nicht nur Ausdruck von Wettbewerb bzw. fehlendem Wettbewerb sein können, sondern auch durch andere Faktoren wie etwa der Situation auf Geld- oder Arbeitsmärkten beeinflusst werden können und
- sich ein Vergleich zwischen hypothetischen wettbewerblichen

63 Vgl. Kaysen, Carl, und Donald F. Turner, a.a.O., S. 60; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 76 f.

Ergebnissen und den beobachteten Wettbewerbsergebnissen nur schwer durchführen läßt.⁶⁴

3. Wettbewerbspolitische Handlungsempfehlungen

Ein wettbewerbspolitisches Konzept erfordert schließlich die Darstellung wettbewerbspolitischer Handlungsempfehlungen, die aus der inhaltlichen Ausgestaltung des Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs abgeleitet werden können. Als Ausgangspunkt kann auch hier die Sequenz Struktur, Verhalten und Ergebnis dienen⁶⁵, wobei sich der staatlichen Wettbewerbspolitik zwei Möglichkeiten eröffnen. Die Kartellbehörden können entweder kompetitive Marktstrukturen aufrechterhalten und wiederherstellen (**structure approach**) oder die Herausbildung von Wettbewerbsbeschränkungen zulassen und ex post Eingriffe in das Marktverhalten und das Marktergebnis vornehmen (**regulation approach**).⁶⁶

Die wettbewerbspolitische Praxis ist durch eine Kombination von structure und regulation approach gekennzeichnet.⁶⁷ Im Rahmen dieses kombinierten Ansatzes ist dann die Frage nach möglichen **Kontrollansätzen** zu stellen, deren Beantwortung im Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs davon abhängt, welche Auswirkungen

64 Vgl. Herdzina, Klaus, Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 54 ff.; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 76; der Marktergebnistest kann allenfalls hilfsweise zur Beseitigung von Zweifeln bei der Marktabgrenzung und/oder Feststellung der Wettbewerbsintensität herangezogen werden, wobei gute oder schlechte Marktergebnisse nur Indizcharakter haben können; vgl. dazu Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 77 f.

65 Der laissez-faire approach und der ownership approach dürfen als wettbewerbspolitische Kontrollansätze ausscheiden; vgl. Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 141 f. und 143 f.

66 Vgl. Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 142 f.; Bartling spricht in diesem Zusammenhang von ursachenadäquater und neutralisierender Wettbewerbspolitik; vgl. Bartling, Hartwig, Leitbilder..., a.a.O., S. 60 f.; ähnlich auch Scherer, Frederic M., Industrial Market Structure..., a.a.O., S. 491.

67 Vgl. Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 144 f.

bestimmte unternehmerische Strategien auf den Wettbewerb haben können.⁶⁸

Wenn unternehmerische Strategien in jedem Fall wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, so sind diese ohne Ausnahme zu verbieten (per se-Regel ohne Ausnahme). Sind unternehmerische Strategien im Hinblick auf ihre Auswirkungen dagegen ambivalent, kommen mehrere Möglichkeiten in Frage:⁶⁹

- Eine per se-Regel mit Ausnahme, wobei je nach dem Grad der Wettbewerbskonformität eine ex post-Aufsicht (wenn die Wettbewerbskonformität überwiegt) oder eine ex ante-Aufsicht (wenn die Wettbewerbsinkonformität überwiegt) unterschieden werden kann. Die Beweislast liegt in der Regel bei den Kartellbehörden.
- Eine rule of reason, durch die eine Abwägung von Vor- und Nachteilen unternehmerischer Strategien im Einzelfall vorgenommen wird. Auch die rule of reason kann danach modifiziert werden, ob sie ex post oder ex ante vorgenommen wird. Außerdem kann die Beweislast entweder bei den Kartellbehörden oder bei den betroffenen Unternehmen liegen.

Im folgenden Abschnitt sollen die Begriffe Nachfragerwettbewerb und Nachfragemacht erläutert werden.

68 Nach systemtheoretischer Vorstellung sind per se-Regeln das einzige Mittel zur Ausgestaltung einer rationalen Wettbewerbspolitik, insbesondere da sie Ermessensspielräume der Kartellbehörden ausschließen; vgl. nur Hoppmann, Erich, Fusionskontrolle, a.a.O., S. 80 ff.

69 Vgl. Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 145-147.

II. Nachfragerwettbewerb und Nachfragemacht

Der Wettbewerb wird in der wettbewerbstheoretischen und -politischen Literatur meist mit dem Anbieterwettbewerb von Industrieunternehmen gleichgesetzt, während Wettbewerbsfragen im Handel nur vereinzelt - und dabei nur auf die Absatzseite bezogen - behandelt werden.⁷⁰ Eine fundierte Analyse des Wettbewerbs auf Beschaffungsmärkten (Nachfragerwettbewerb) ist nur in Ansätzen vorhanden.⁷¹ Die Diskussion wird v.a. von juristischer Seite geführt, während eine wettbewerbstheoretische Einordnung des Nachfragerwettbewerbs weitgehend fehlt. Im Abschnitt 1 sollen zunächst die unterschiedlichen Definitionsversuche und die damit verbundenen Ansichten über die Existenz, Eigenständigkeit und Schutzwürdigkeit des Nachfragerwettbewerbs dargestellt werden, um dann eine wettbewerbstheoretische Einordnung dieses Begriffs vorzunehmen.

Nach der Klärung des Begriffs des Nachfragerwettbewerbs soll in Abschnitt 2 untersucht werden, was unter Nachfragemacht zu verstehen ist. Da sich alle Konzepte der Nachfragemacht überwiegend an den Erkenntnissen über wirtschaftliche Macht im allgemeinen und Angebotsmacht im besonderen orientieren, wird zunächst die wettbewerbstheoretische Bedeutung wirtschaftlicher Macht analysiert werden. Abschließend soll in Abschnitt 3 ein Überblick über mögliche Erscheinungsformen der Nachfragemacht von Handelsunternehmen gegeben werden.

1. Der Begriff des Nachfragerwettbewerbs

Im folgenden sollen zunächst die traditionellen Vorstellungen über den Begriff des Nachfragerwettbewerbs erläutert werden, um dann einen eigenen Definitionsversuch zu entwickeln, der auf den dynamischen Charakter des Nachfragerwettbewerbs abstellt.

⁷⁰ Vgl. Woll, Artur, Der Wettbewerb im Einzelhandel: Zur Dynamik der modernen Betriebsformen, Berlin 1964.

⁷¹ Vgl. Köhler, Helmut, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager: Eine Untersuchung zu den kartellrechtlichen Grenzen der Kooperation im Einkauf, München 1977.

a) Traditionelle Begriffsvorstellungen

Eine allgemein anerkannte Vorstellung über das Wesen des Wettbewerbs auf den Beschaffungsmärkten des Handels liegt nicht vor. Der Begriff des Nachfragerwettbewerbs wird definiert als

- das Streben von Nachfragern nach Geschäftsverbindungen mit der Marktgegenseite mit dem Ziel, durch das Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen einen Vorsprung gegenüber den Konkurrenten zu erzielen;⁷²
- die Dispositionsfreiheit der Nachfrager, die Marktbedingungen selbständig zu gestalten;⁷³
- das Streben nach möglichst günstigen Einkaufsbedingungen;⁷⁴
- die Tendenz zu einer Erhöhung oder Steigerung der von den Nachfragern zu erbringenden Gegenleistung, wobei diese Form des Nachfragerwettbewerbs (sog. leistungssteigernder Nachfragerwettbewerb) typischerweise auf Verkäufermärkten auftritt;⁷⁵
- die wechselseitige Begrenzung des Handlungsspielraums der Nachfrager durch die Existenz konkurrierender Nachfrager, auf die die Anbieter ausweichen können, wobei diese Definition

72 Vgl. Borchardt, Knut, und Wolfgang Fikentscher, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957, S. 15.

73 Vgl. Sölter, Arno, Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, 2. Aufl., Düsseldorf 1960, S. 57.

74 Vgl. Nester, Paul, Nachfragemacht und Kartellgesetz: Untersuchung am Beispiel der freiwilligen Ketten des Lebensmittelhandels in der Bundesrepublik Deutschland, Köln u.a. 1965, S. 137; Lademann, Rainer P., und Oliver Hermes, Wettbewerbsbeschränkungen durch Einkaufskooperationen nach § 1 GWB: Zur Begrenzung der Handlungsspielräume von Nachfragern durch Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite, in: BB 42 (1987), S. 838 ff., 841; Klawitter, Christian, Einkaufsgemeinschaften zwischen Kartellaufsicht und Angebotswettbewerb, in: BB 40 (1985), S. 1093 ff., 1096 und 1098.

75 Vgl. Köhler, Helmut, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager..., a.a.O., S. 42; Köhler, Helmut, Nachfragerwettbewerb und Marktbeherrschung, Tübingen 1986, S. 11 f.; Martin, Werner, Zulässigkeitsgrenzen für Einkaufskooperationen, in: WuW 34 (1984), S. 534 ff., 537; kritisch dazu Wilde, Olga, Wettbewerbsverzerrungen und Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfragemacht, Freiburg 1979, S. 45 ff.

ursprünglich nur für den Fall der Käufermärkte gelten sollte (sog. leistungserhaltender Nachfragerwettbewerb)⁷⁶, später aber auf alle Marktlagen bezogen wurde⁷⁷ oder

- der Anreiz zu einer verbesserten Ausnutzung vorhandener Handlungsspielräume der Nachfrager, um dadurch einen Vorsprung gegenüber den Konkurrenten zu erzielen⁷⁸.

Die unterschiedlichen Definitionsversuche haben dazu geführt, daß die bloße **Existenz** von Nachfragerwettbewerb bestritten wird.⁷⁹ So behauptet Plaßmann, Wettbewerb zwischen Nachfragern existiere nicht, weil Nachfragern die wettbewerbliche Rücksicht auf ihre Mitnachfrager fehle und weil Geschäftsbedingungen nur von Anbietern diktiert werden würden, welche die Nachfrager annehmen oder ablehnen könnten.⁸⁰

Sölter kommt durch Einbeziehung der Marktlage in die Analyse des Nachfragerwettbewerbs zum Ergebnis, daß bei Käufermarktsituationen kein Nachfragerwettbewerb existiere. Der für einen Käufermarkt typische Angebotsüberhang führe dazu, daß die Bedrohung eines Nachfragers durch den anderen fehle, die Nachfrager unter sich also keinem Spannungsverhältnis ausgesetzt

76 Vgl. Köhler, Helmut, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager..., a.a.O., S. 46; Martin, Werner, a.a.O., S. 537; diesen Begriff verwendet das Bundeskartellamt als Grundlage für die noch zu diskutierende Unverzichtbarkeitsdoktrin; vgl. Coop-Wandmaker, in: WuW/E BKartA 2161 ff., 2166.

77 Vgl. Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 28 f.; Wendland, Hanfried, Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Einkaufskartellen, in: WuW 33 (1983), S. 359 ff., 361; das Kammergericht in den Fällen Selex-Tania, in: WuW/E OLG 3737 ff., 3742; HPGE, in: WuW/E OLG 2745 ff., 2751; zustimmend Satzky, Horst, Nachfragewettbewerb und Nachfragewettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB, in: Wettbewerbsbeschränkung in der Nachfrage, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1985, S. 73 ff., 81 f.

78 Vgl. Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 35.

79 Vgl. die ausführliche Darstellung bei Köhler, Helmut, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager..., a.a.O., S. 22 ff.

80 Vgl. Plaßmann, Norbert, Rechtsbegriffe im Wettbewerbsrecht, in: JZ 23 (1968), S. 81 ff., 84.

seien. Auf der Nachfragerseite bestehe danach im Käufermarkt Wettbewerbsneutralität.⁸¹

Die Ansicht, daß Nachfragerwettbewerb bei latentem Angebotsüberhang ausgeschlossen sei, wird bestritten. Zwar müßten Nachfrager nicht um knappe Waren konkurrieren, sie seien jedoch bemüht, so günstig wie möglich einzukaufen, es bestehe also ein Wettbewerb um günstige Konditionen.⁸² Für die Existenz von Nachfragerwettbewerb komme es nicht auf eine bestimmte Marktlage (Verkäufer- oder Käufermarkt) an.⁸³

In der Realität liegen derart extreme Käufermärkte - wie Sölter dies unterstellt - nicht vor.⁸⁴ Darüber hinaus ist nicht auszuschließen, daß Überkapazitäten auf der Anbieterseite konjunkturelle Ursachen haben.⁸⁵ Die Korrektur des Angebotsüberhanges erfolgt dann im Zeitablauf über den Konjunkturaufschwung.⁸⁶ Der

81 Vgl. Sölter, Arno, Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, a.a.O., S. 39. Auch für Scheufele, Helmut, Behandlung der "beherrschenden Stellung" von Nachfragern im EWG-Kartellrecht, in: BB 28 (1973), Beilage 4, S. 1 ff., 9 ist Nachfragerwettbewerb nur bei einer Mangellage, also in Käufermarktsituationen, möglich; vgl. dazu auch Willeke, Franz-Ulrich, Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 31 f.; Klawitter, Christian, a.a.O., S. 1096.

82 Vgl. dazu die Ausführungen des Kammergerichts in der schon erwähnten HFGE-Entscheidung; HFGE, in: WuW/E OLG 2745 ff., 2751; Niederleithinger, Ernst, Die Verfolgung von Mißbräuchen von Angebots- und Nachfragemacht nach §§ 22, 26 Abs. 2 GWB, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1975/76, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1977, S. 65 ff., 75; Wilde, Olga, a.a.O., S. 42 f.; kritisch dazu Wendland, Hanfried, a.a.O.; vgl. auch die Diskussion bei Klawitter, Christian, a.a.O.; Martin, Werner, a.a.O.

83 Vgl. Selex-Tania, in: WuW/E OLG 3737 ff., 3741.

84 Vgl. Fikentscher, Wolfgang, Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung, in: WuW 10 (1960), S. 680 ff., 683; Kathrein, Oswald, Nachfrage im Wettbewerb, Düsseldorf 1960, S. 23; Willeke, Franz-Ulrich, Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 33.

85 Diese Vermutung äußert auch die OECD; vgl. OECD, Buying Power: The Exercise of Market Power by Dominant Buyers, Paris 1981, S. 22.

86 Vgl. Schlupe, Walter, Über den Begriff der Nachfragemacht, in: Festgabe für Henri Deschenaux, Fribourg 1977, S. 563 ff., 586; Wilde, Olga, a.a.O., S. 43; Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Nachfragewettbewerb und Marktbeherrschung im Handel, in: BB 37 (1982), S. 257 ff., 257 f.

Anbieterwettbewerb wird in gleicher Weise wie der Nachfragerwettbewerb durch das Vorliegen eines Verkäufer- oder Käufermarktes beeinflusst, d.h. im Falle des Nachfragerwettbewerbs intensiviert oder abgeschwächt. Derartige Ungleichgewichte können nur bei Fehlen von Anpassungsmechanismen zum wettbewerbspolitischen Problem werden, worauf im 3. Kapitel noch eingegangen werden wird. Allerdings ist eine säkulare Tendenz zu einer dauerhaften Käufermarktsituation im gesamten Handel nicht festzustellen.⁸⁷ Allgemeine Pauschalierungen, die sich auf einen Branchenquerschnitt beziehen⁸⁸, sind daher für die Rechtsprechung ungeeignet, die jeweils nur für den relevanten Markt festzustellen hat, ob dauerhafte Marktungleichgewichte und damit wesentliche Einflüsse auf die Wettbewerbsintensität vorliegen.⁸⁹

Eine weitere Folge der Versuche, Nachfragerwettbewerb positiv zu definieren, ist die Auffassung, **Nachfragerwettbewerb** sei kein **eigenständiges Phänomen**, sondern eine Funktion des Absatzwettbewerbs zwischen Handelsunternehmen.⁹⁰ Bestehender Absatzwettbewerb hindere die beteiligten Handelsunternehmen, auf Beschaffungsmärkten Wettbewerb zu unterlassen. Vielmehr zwingt er sie zu verschärftem Nachfragerwettbewerb. Sobald das nachfragende Handelsunternehmen dem Absatzwettbewerb ausgesetzt sei, gewinne der Nachfragerwettbewerb eine andere Qualität. Möglichst günstige Beschaffungskonditionen würden zur wichtigsten

87 Vgl. Görgens, Egon, Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel als Instrument der Strukturanpassung, in: ORDO 35 (1984), S. 231 ff., 234.

88 So aber Hansen, Knud, Probleme der Nachfragemacht aus der Sicht des Bundeskartellamtes, in: DBW 39 (1979), S. 551 ff., 552.

89 Vgl. Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Nachfragerwettbewerb ..., a.a.O., S. 258. Unklar bleibt darüber hinaus, ob sich die Käufermarkt-Verkäufermarktconstellation auf die Situation auf Beschaffungsmärkten oder auf Absatzmärkten des Handels bezieht; vgl. Görgens, Egon, a.a.O., S. 233 f.

90 Vgl. Siebeneck, Peter, Nachfragerwettbewerb - Eine Funktion des Absatzwettbewerbs: Die Verhältnisse im Lebensmittelhandel der Bundesrepublik Deutschland und West-Berlins, in: BB 40 (1985), S. 2205 ff., 2208; ähnlich Köhler, Helmut, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager..., a.a.O., S. 40.

Voraussetzung für ein erfolgreiches Bestehen im Absatzwettbewerb. Wer günstiger einkaufe, könne günstiger anbieten. Der Nachfragerwettbewerb sei in erster Linie eine Funktion des Absatzwettbewerbs.⁹¹

Demgegenüber ist das Kammergericht der Auffassung, Nachfragerwettbewerb bestehe unabhängig davon, ob der betreffende Nachfrager einem Absatzwettbewerb durch Nachfrager derselben Güter ausgesetzt sei.⁹² Auch das Bundeskartellamt geht offensichtlich von einer eigenständigen Bedeutung des Nachfragerwettbewerbs aus, wenn es behauptet, daß jeder im Einkauf zusätzlich erzielte Rabatt oder geldwerte Vorteil sich praktisch in voller Höhe auf die Ertragssituation des Nachfragers und nicht auf die Preisgestaltung im Absatzwettbewerb auswirke.⁹³

Eine zwischen diesen Extremen liegende Position wird neuerdings von Köhler vertreten. Er behauptet, daß kein notwendiger Zusammenhang zwischen Absatzwettbewerb und Nachfragerwettbewerb bestehe, der Nachfragerwettbewerb im Einzelfall bei funktionierendem Absatzwettbewerb aber an Intensität gewinnen könne. Dies sei zum einen der Fall, wenn Handelsunternehmen im Absatz mit Produkten konkurrieren würden, die sie bei demselben Anbieter bezögen (intra brand-Wettbewerb). Dieser Anbieter werde nur beschränkt zur Einräumung von Sonderkonditionen an einen Abnehmer bereit sein, da er damit rechnen müsse, daß die anderen Abnehmer ebenfalls die Gewährleistung von Sonderkonditionen fordern oder auf andere Lieferanten ausweichen würden. Zum anderen müsse ein Nachfrager, dessen Konkurrenten im Absatz bei anderen Herstellern bezögen (inter brand-Wettbewerb), damit rechnen, daß sein Fordern nach Sonderkonditionen ein Ausweichen des Herstellers auf seine Konkurrenten zur Folge habe.⁹⁴

91 Vgl. Siebeneck, Peter, Nachfragerwettbewerb..., a.a.O., S. 2207 f.

92 Vgl. HFGE, in: WuW/E OLG 2745 ff., 2751.

93 Vgl. Coop-Supermagazin, in: WuW/E BKartA 1970 ff., 1980.

94 Vgl. Köhler, Helmut, Nachfragerwettbewerb..., a.a.O., S. 44 ff.

Die **Eigenständigkeit** des Nachfragerwettbewerbs wird auch im Verhältnis zum Anbieterwettbewerb bestritten. Da bestimmte Aktionsparameter jeweils immer nur einer Marktseite zur Verfügung stünden, sei die simultane Existenz von Anbieterwettbewerb und Nachfragerwettbewerb ausgeschlossen. Unterbieten sich die Anbieter im Preis, bestünde damit also Anbieterwettbewerb, sei Nachfragerwettbewerb nicht möglich, da sich Nachfrager nicht gleichzeitig im Preis unterbieten könnten et vice versa.⁹⁵

Eine derartige wechselseitige Exklusivität der beiden Wettbewerbsformen ist in der Realität nicht vorstellbar, da Preisunterbietungen im Anbieterwettbewerb nur auf Käufermärkten, Preisüberbietungen im Nachfragerwettbewerb dagegen nur auf Verkäufermärkten anzutreffen sind. Käufer- und Verkäufermärkte können jedoch nicht gleichzeitig vorliegen.⁹⁶

Schließlich wird die **Schutzwürdigkeit** des Nachfragerwettbewerbs bestritten, da ihm Tendenzen zu einem Anstieg der Preise und zu einer Verschlechterung der Qualität, des Services sowie der Konditionen innewohnen würden, was einem wirksamen Anbieterwettbewerb entgegenwirken würde.⁹⁷ Dem ist entgegenzuhalten, daß die durch Nachfragerwettbewerb verursachten Preissteigerungen voraussetzen, daß sich die Nachfrager in ihren Preisen gegenseitig überbieten, was nur bei Verkäufermärkten denkbar ist. Auf Käufermärkten sind derartige Verhaltensweisen ausgeschlossen.

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß eine einheitliche Definition des Nachfragerwettbewerbs nicht existiert und auch nicht existieren kann, da Wettbewerb nicht positiv durch bestimmte Verhaltensweisen zu beschreiben ist.⁹⁸ Der geeignete

95 Vgl. Scheufele, Helmut, a.a.O., S. 8.

96 Vgl. Köhler, Helmut, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager..., a.a.O., S. 35; Satzky, Horst, a.a.O., S. 86.

97 Vgl. Knöpfle, Robert, Ist der Nachfragerwettbewerb ebenso schutzwürdig wie der Angebotswettbewerb?, in: BB 42 (1987), S. 1960 ff., 1961 und 1964.

98 Vgl. Herdzina, Klaus, Konzept und Voraussetzungen des funktionsfähigen Wettbewerbs..., a.a.O., S. 50 f.

Ansatzpunkt für eine begriffliche Klärung des Nachfragerwettbewerbs scheinen vielmehr die Marktprozesse im Beschaffungsbereich zu sein, worauf im folgenden eingegangen wird.

b) Der Nachfragerwettbewerb als dynamischer Prozeß

Da wir im ersten Abschnitt den (Anbieter-)Wettbewerb als dynamischen Prozeß charakterisiert haben, soll im folgenden geklärt werden, ob diese Eigenschaft auch auf den Nachfragerwettbewerb zutrifft. Köhler bestreitet, daß der (leistungserhaltende) Nachfragerwettbewerb durch innovatorische und imitatorische Phasen gekennzeichnet sei, weil der Wettbewerb den Nachfragern keine Vorteile, sondern nur vermeidbare Nachteile einbrächte. Es fehle damit der Anreiz zu Vorstoß und Verfolgung.⁹⁹

Wir sind allerdings der Auffassung, daß auch der Nachfragerwettbewerb durch innovatorische und imitatorische Prozesse gekennzeichnet ist.¹⁰⁰ Eine Innovation äußert sich nicht nur durch die Einführung neuer Produkte oder Anwendung neuer Produktionsverfahren, sondern auch in der Erschließung neuer Bezugsquellen und in der Schaffung neuer wirtschaftlicher Organisationsformen.¹⁰¹

Die Erschließung neuer Bezugsquellen im Handel umfaßt auch die neuartige Ausgestaltung von Bezugsbedingungen. Initiative Nachfrager versuchen Marktvorstöße, indem sie etwa langfristige Verträge, Preisgleitklauseln, Nebenleistungen sowie die Übernahme bisher von den Herstellern erbrachter Dienstleistungen anbieten.¹⁰²

99 Vgl. Köhler, Helmut, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager..., a.a.O., S. 44.

100 Auch Köhler hat seine frühere Auffassung dahingehend revidiert; vgl. Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 35.

101 Vgl. Kantzenbach, Erhard, Die Funktionsfähigkeit..., a.a.O., S. 33.

102 Vgl. Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Nachfragewettbewerb ..., a.a.O., S. 258.

"Innovatorischer Wettbewerb im Einzelhandel heißt ständiges Bemühen, durch irgendwelche Neuerungen beim Einkauf ... zu einem Kostenvorteil zu gelangen."¹⁰³

Auch die Schaffung neuer wirtschaftlicher Organisationsformen im Handel kann als ein Prozeß der schöpferischen Zerstörung angesehen werden.¹⁰⁴ Die Schaffung neuer Betriebsformen im Handel und das Verschwinden alter Organisationsformen - von Nieschlag als "Dynamik der Betriebsformen"¹⁰⁵ bezeichnet - ähnelt wettbewerblichen Vorstoß- und Verfolgungsphasen. Hauptsächlich durch Einsatz des Aktionsparameters Preis versuchen neue Betriebsformen¹⁰⁶ wie Verbrauchermärkte, Selbstbedienungs-Warenhäuser

103 Rhein, Eberhard, Die Theorie des unvollkommenen Wettbewerbs und ihre Anwendung auf den Wettbewerb im Einzelhandel, in: JbS 11 (1960), S. 65 ff., 72.

104 Vgl. Görgens, Egon, a.a.O., S. 240; Schenk, Hans-Otto u.a., Die Konzentration im Handel: Ursachen, Messung, Stand, Entwicklung und Auswirkungen der Konzentration im Handel und Konzentrationspolitische Konsequenzen, Berlin 1984, S. 72.

105 Vgl. Nieschlag, Robert, und Gustav Kuhn, Binnenhandel und Binnenhandelspolitik, 3. Aufl., Berlin 1980, S. 85 ff.

106 Zur Kennzeichnung von Betriebsformen vgl. Greipl, Erich, Wettbewerbssituation und -entwicklung des Einzelhandels in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1978, S. 60 ff.; Falk, Bernd R., und Jakob Wolf, Handelsbetriebslehre, 7. Aufl., München 1986, S. 186 ff.; Tietz, Bruno, Der Handelsbetrieb: Grundlagen der Unternehmenspolitik, München 1985, S. 30 ff.

Es lassen sich folgende wichtige Betriebsformen unterscheiden:

1. Betriebsformen einzelwirtschaftlichen Ursprungs

a) im Einzelhandel:

Fach- und Spezialgeschäft, Kaufhaus, Warenhaus, Kleinpreisgeschäft, Filialbetrieb, Versandhaus, Supermarkt, Verbrauchermarkt, SB-Warenhaus, Discountgeschäft

b) im Großhandel:

Cash and Carry-Handel, Zustellgroßmarkt, Sortiments- und Spezialgroßhandel, Regalgroßhandel (Rack Jobber)

2. Betriebsformen, die auf Kooperationen zurückgeführt werden können:

a) zwischen Einzelhandelsbetrieben:

Einkaufsgenossenschaften, Einkaufszentren

b) zwischen Groß- und Einzelhandelsbetrieben:
Freiwillige Ketten

c) zwischen Einzelhandel und Verbrauchern:
Konsumgenossenschaften

d) zwischen Großhandelsbetrieben:
Großhandelszentren

oder Fachdiscounter, sich einen raschen Vorsprung vor ihren Konkurrenten zu schaffen.¹⁰⁷ Der Erfolg neuer Betriebsformen lockt Imitatoren an, was zu einer Annäherung der Verhaltensweisen führt.¹⁰⁸

Sinkende Gewinnaussichten führen wieder zum Versuch, neuartige Betriebsformen zu schaffen. Die historische Entwicklung belegt dies: Auf Warenhäuser und Konsumgenossenschaften folgten die Filialbetriebe und Versandhäuser. Danach kamen Verbrauchermärkte und SB-Häuser als typische Discounter.¹⁰⁹ Gegenwärtig ist im Einzelhandel die neue Betriebsform des Fachmarktes als innovatorischer Vorstoß zu werten. Fachmärkte betreiben über ein schmales, aber tiefes Sortiment eine aggressive Preispolitik, wodurch sie in unmittelbare Konkurrenz zu Discountern treten, diese aber durch umfangreiche Serviceleistungen (insbesondere Fachberatung) zu überflügeln versuchen.¹¹⁰

Die neuen Betriebsformen des Handels suchten auch nach Möglichkeiten, neue Organisationsformen in der Beschaffung zu entwickeln.¹¹¹ Eine Konzentration des Einkaufs durch Einkaufskooperationen wie Freiwillige Ketten, Einkaufsgenossenschaften oder Großhandelszentren war die Folge.

Der "dynamische" Nachfragerwettbewerb äußert sich nicht nur in einem Wandel der institutionellen Gegebenheiten, sondern auch in Funktionsverlagerungen zwischen Industrie und Handel. Die traditionelle funktionale Trennung der Handelsstufen in den Großhandel, der lediglich Weiterverwender beliefert, und in den Einzelhandel, der an Endverbraucher absetzt, kann nicht weiter

107 Vgl. Nieschlag, Robert, und Gustav Kuhn, a.a.O., S.93.

108 Nieschlag nennt dies Assimilation; vgl. Nieschlag, Robert, und Gustav Kuhn, a.a.O., S. 94 ff.

109 Vgl. Nieschlag, Robert, und Gustav Kuhn, a.a.O., S. 97 f.

110 Vgl. Deutscher Industrie- und Handelstag, Handel im Umbruch: Grundpositionen der Binnenhandelspolitik: Wirtschaftspolitik im Einzelhandel, Bonn 1985, S. 43; Tietz, Bruno, Die Fachmärkte - ein neuer Betriebstyp des Einzelhandels, in: MZFP 3 (1981), S. 241 ff.

111 Vgl. dazu Woll, Artur, Der Wettbewerb im Einzelhandel, a.a.O., S. 133 ff.

aufrechterhalten werden.¹¹² Vielmehr nehmen Handelsunternehmen - analog zum Marktphasenverlauf - ständig Funktionserneuerungen, Funktionsausweitungen, Funktioneneinschränkungen und Funktionenverzicht vor.¹¹³

Funktionserneuerungen stellen einen typischen wettbewerblichen Vorstoß dar, indem Handelsunternehmen anderen Händlern bzw. vorgelagerten Wirtschaftsstufen neue Dienstleistungen anbieten. Funktionsausweitungen bestehen insbesondere aus Sortimentsausweitungen¹¹⁴, während umgekehrt Sortimentseinschränkungen Funktionseinschränkungen bewirken.¹¹⁵ Ein Funktionsverzicht kann schließlich im Übergang zu verstärkter Produzentenhaftung gesehen werden. Ständige Verlagerungen von Handelsfunktionen können daher ein Zeichen funktionierender Nachfragerwettbewerbs sein. Sie stellen keineswegs deshalb Wettbewerbsbeschränkungen dar, weil sie von der Norm eines bestimmten funktionsechten Handels abweichen.¹¹⁶

Dem so beschriebenen "dynamischen" Nachfragerwettbewerb können - analog zum Anbieterwettbewerb - fünf ökonomische Funktionen zugewiesen werden:

- (1) Funktionsfähiger Nachfragerwettbewerb führt dazu, daß die Anbieter für ihre Güter und Dienstleistungen die Erlöse erzielen, die der allgemeinen Wertschätzung dieser Leistungen entsprechen. Damit wird eine Ausbeutung der Anbieter ver-

112 Vgl. Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Der Selbstbedienungs-großhandel zwischen Rechtszwang und Wettbewerb, München 1986, S. 12 m.w.N.

113 Vgl. Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Der Selbstbedienungs-großhandel..., a.a.O., S. 7; ähnlich auch Wilde, Olga, a.a.O., S. 97, 103 f., 106.

114 Ein Beispiel dafür ist das Bestreben vieler Warenhaus-Unternehmen, auch Lebensmittelabteilungen aufzubauen.

115 Diese Phase scheint gegenwärtig den deutschen Einzelhandel zu kennzeichnen, in dem ein starker Trend zu Fachmärkten zu verzeichnen ist.

116 Zu diesem Problem wird ausführlich im 3. Kapitel Stellung genommen werden.

hindert und eine leistungsgerechte Einkommensverteilung gesichert.¹¹⁷

- (2) Da der Handel als Mittler zwischen Hersteller und Verbraucher fungiert, ist funktionierender Nachfragerwettbewerb die Voraussetzung dafür, daß die vom Handel aufgespürten Konsumentenpräferenzen an die Anbieter weitergegeben werden und damit für eine Zusammensetzung des laufenden Angebots an Gütern und Dienstleistungen gemäß den Käuferpräferenzen gesorgt wird.¹¹⁸
- (3) Bei wirksamem Nachfragerwettbewerb führt das Aufsuchen günstiger Einkaufsmöglichkeiten durch Handelsunternehmen dazu, daß sich die Produktion auf die leistungsfähigsten Anbieter konzentriert, was zu einer optimalen Ressourcenallokation führt.
- (4) Besteht bei einem Produkt ein Angebotsüberhang, der darauf beruhen kann, daß das Angebot schneller als die Nachfrage steigt oder das Angebot langsamer als die Nachfrage sinkt, sorgt der Nachfragerwettbewerb dafür, daß Überkapazitäten auf der Anbieterseite durch Preissenkungen des angebotenen Produktes abgebaut werden und fördert dadurch volkswirtschaftlich notwendige Anpassungsprozesse.¹¹⁹
- (5) Funktionierender Nachfragerwettbewerb beschleunigt schließlich die Entstehung, den Einsatz und die Verbreitung des technischen Fortschritts in Gestalt neuer Produkte, neuer Produktionsverfahren, neuer Bezugsquellen und neuer wirtschaftlicher Organisationsformen.

Außerdem erfüllt wirksamer Nachfragerwettbewerb eine gesellschaftspolitische Funktion. Da er der Marktgegenseite hinreichende Ausweichmöglichkeiten auf eine Vielzahl von Nachfragern sichert, sorgt funktionsfähiger Nachfragerwettbewerb für

117 Vgl. Köhler, Helmut, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager..., a.a.O., S. 50 und 53.

118 Vgl. Jürgensen, Harald u.a., Strukturwandel im Einzelhandel - Bisherige und voraussehbare Auswirkungen einer permanenten Herausforderung -, Göttingen 1980, S. 80.

119 Vgl. Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Nachfragemacht..., a.a.O., S. 258.

die Gewährleistung der Handlungs- und EntschlieÙungsfreiheit der Anbieter.

Diese Überlegungen stützen die Vorstellung, daß für den Nachfragerwettbewerb mutatis mutandis das gleiche wie für den Anbieterwettbewerb gilt. Von prinzipiellen Besonderheiten des Nachfragerwettbewerbs kann insoweit nicht gesprochen werden. Die Aufgabe der Wettbewerbspolitik muß daher auch darin bestehen, den Wettbewerb auf Beschaffungsmärkten vor Beschränkungen zu schützen.

2. Beschränkungen des Nachfragerwettbewerbs durch Nachfrage- macht

Im folgenden sollen zunächst Begriff und Arten der wirtschaftlichen Macht erläutert werden, um dann die verschiedenen Konzepte der Nachfragemacht zu analysieren.

a) Begriff und Arten der wirtschaftlichen Macht

Die folgenden Ausführungen haben das Ziel, den Begriff und die wettbewerbspolitische Bedeutung der wirtschaftlichen Macht zu untersuchen. Abschließend erfolgt ein Überblick über die verschiedenen Arten wirtschaftlicher Macht.

aa) Der Begriff der wirtschaftlichen Macht

Der Begriff der wirtschaftlichen Macht wird häufig aus soziologischen Definitionen der Macht abzuleiten versucht, von denen die von Max Weber die bekannteste ist. Macht ist danach jede Chance

"innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht"¹²⁰,

¹²⁰ Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, in: *Grundriß der Sozialökonomik*, bearb. von G. Albrecht u.a., zweite vermehrte Auflage, 1. Halbband, Tübingen 1925, S.28.

wobei

"(a)lle denkbaren Qualitäten eines Menschen und alle denkbaren Konstellationen ... jemand in die Lage versetzen (können), seinen Willen in einer gegebenen Situation durchzusetzen"¹²¹.

Auf der Grundlage dieser soziologischen Machtdefinition wird wirtschaftliche Macht als Fähigkeit eines Wirtschaftssubjektes definiert, den eigenen Willen zum Nachteil anderer durchzusetzen.¹²² Solche allgemeinen Definitionen werden zwar dem Umstand gerecht, daß wirtschaftliche Macht ein weit verbreitetes Phänomen darstellt, sie erlauben aber keine differenzierte wettbewerbspolitische Beurteilung hinsichtlich der Erwünschtheit, Zulässigkeit und Verhinderung der wirtschaftlichen Macht. Im Rahmen des von uns gewählten Konzeptes des funktionsfähigen Wettbewerbs bieten sich zwei Möglichkeiten für eine adäquate begriffliche Erfassung der wirtschaftlichen Macht an:¹²³

- Wirtschaftliche Macht kann zum einen im Sinne der traditionellen workable competition-Modelle als Fehlen funktions-

¹²¹ Weber, Max, a.a.O., S. 28 f.

¹²² Vgl. Andreae, Clemens A., Machtkonflikt und Machtkonkurrenz in der Marktwirtschaft, in: Das Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung (I): Band I: Wirtschaftliche Macht und Wettbewerb, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1966, S. 41; vgl. auch die soziologisch orientierten Analysen wirtschaftlicher Macht bei Nicolini, Hans-J., Untersuchungen zur Erfassung unternehmerischer Marktmacht, Göttingen 1978; Sambach, E., Untersuchungen zum Problem der wirtschaftlichen Macht, Diss., Frankfurt/M. 1960; Seraphim, Hans-Jürgen, Theorie der Allgemeinen Volkswirtschaftspolitik, 2. Aufl., Göttingen 1963, S. 64 ff.

¹²³ Zur Berücksichtigung der wirtschaftlichen Macht in weiteren wettbewerbspolitischen Leitbildern vgl. Bartling, Hartwig, Wirtschaftliche Macht unter wettbewerbspolitischem Aspekt, Berlin 1971; Hansen, Knud, Ökonomische Theorie und wirtschaftliche Macht, in: WuW 20 (1970), S. 655 ff.; Sohlen, Egon, Machttheorie oder Preistheorie, in: Macht und ökonomisches Gesetz, hrsg. von Hans K. Schneider u.a., Bd. II, Berlin 1973, S. 1137 ff.

fähigen Wettbewerbs definiert werden.¹²⁴ Die Schwäche dieser Definition liegt darin, daß wirtschaftliche Macht erst dann bestimmt werden kann, wenn der Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs hinreichend geklärt worden ist.

- Als zweite Möglichkeit bietet es sich daher an, wirtschaftliche Macht über den Begriff der Freiheit näher einzugrenzen:

"Wer über wirtschaftliche Macht verfügt, ist in der Lage, die Handlungsfähigkeit anderer Wirtschaftler einzuschränken, die eingeschränkte Handlungsfähigkeit anderer Wirtschaftler auszunutzen und gegebenenfalls sogar die Willensentscheidung anderer Wirtschaftler im eigenen Interesse zu beeinflussen. Im Grenzfall entscheidet der Mächtige für den Schwachen."¹²⁵

Nach dieser Definition ist Macht als die Fähigkeit eines Individuums anzusehen, den Freiheitsspielraum und damit die Handlungsalternativen eines anderen Individuums zu beschränken. Die

124 Vgl. Kaysen, Carl, und Donald F. Turner, a.a.O., S. 75: "A firm possesses market power when it can behave persistently in a manner different from the behavior that a competitive market would enforce on a firm facing otherwise similar cost and demand conditions."

125 Arndt, Helmut, Macht und Wettbewerb, in: Handbuch des Wettbewerbs, hrsg. von Helmut Cox u.a., München 1981, S. 49 ff., 51; Arndt hat in einer Reihe von Veröffentlichungen zum Thema der wirtschaftlichen Macht Stellung genommen, dabei aber oft unterschiedliche Definitionen benutzt; vgl. Arndt, Helmut, Ökonomische Theorie der Macht, in: Die Konzentration in der Wirtschaft: On Economic Concentration, hrsg. von Helmut Arndt, Bd. I, 2. Aufl., Berlin 1971, S. 99 ff.; Arndt, Helmut, Markt und Macht, Tübingen 1973; Arndt, Helmut, Kapitalismus, Sozialismus, Konzentration und Konkurrenz, Tübingen 1976; Arndt, Helmut, Power and Competition, in: Markets, Corporate Behavior and the State: International Aspects of Industrial Organization, hrsg. von Alexis P. Jacquemin und Henk W. de Jong, The Hague 1976, S. 33 ff.; Arndt, Helmut, Wirtschaftliche Macht: Tatsachen und Theorien, 2. Aufl., München 1977; Arndt, Helmut, Leistungswettbewerb als Voraussetzung der Marktwirtschaft, in: MA 43 (1981), S. 334 ff.; Arndt, Helmut, Leistungswettbewerb und ruinöse Konkurrenz in ihrem Einfluß auf Wohlfahrt und Beschäftigung: Von der Gleichgewichts- zur Prozeßanalyse, Berlin 1986.

Macht eines Individuums ist dabei um so größer, je stärker der Freiheitsspielraum des Schwächeren eingeengt wird.¹²⁶

Das Wesen wirtschaftlicher Macht ist allein mit dem Hinweis auf Einschränkungen von Freiheitsbereichen nicht hinreichend beschrieben, da es nicht darauf ankommt, ob Freiheitsspielräume von Wirtschaftssubjekten überhaupt eingeschränkt sind, sondern darauf, ob Freiheitsbereiche einzelner Wirtschaftssubjekte **unangemessen** eingeschränkt werden.¹²⁷

Es ist deshalb zu untersuchen,

- ob die bloße Existenz wirtschaftlicher Macht (Machtpotential) oder erst deren Ausübung zu einer unangemessenen Beschränkung von Freiheitsbereichen führen kann und
- ob jede Art der Machtausübung bereits eine ungebührliche Freiheitsbeschränkung bedeuten kann.

Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, wirtschaftliche Macht, die nicht ausgeübt werde, existiere nicht, weil dies dem Gewinnmaximierungsprinzip widerspräche:

"A firm which had the power to increase its long-run price-cost margins, for example, and did not do so would be sacrificing income it could earn."¹²⁸

126 Diese indirekte Definition wirtschaftlicher Macht durch den Begriff der wirtschaftlichen Freiheit dürfte die in der wettbewerbstheoretischen und -politischen Literatur vorherrschende sein; vgl. Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 79, der wirtschaftliche Macht als "Beschränkung der wettbewerbsrelevanten Handlungs- und Entschließungsfreiheit" definiert; vgl. auch Hoppmann, Erich, Zum Problem ..., a.a.O., S. 16; Heuss, Ernst, Macht oder ökonomisches Gesetz, in: ZgS 128 (1972), S. 185 ff., 187; Zohlhöfer, Werner, Wettbewerb, Marktmacht und Marktbeherrschung, in: Wirtschaftsdienst 54 (1974), S. 420 ff., 421; kritisch dazu Bartling, Hartwig, Wirtschaftliche Macht..., a.a.O., S. 19.

127 Vgl. Herdzina, Klaus, Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 13; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 79 f.

128 Kaysen, Carl, und Donald F. Turner, a.a.O., S. 76.

Nicht potentielle wirtschaftliche Macht, sondern deren Ausübung berge Gefahren für den störungsfreien Ablauf von Wettbewerbsprozessen.¹²⁹

Demgegenüber sind wir der Meinung, unangemessene Einschränkungen von Freiheitsbereichen können nicht nur Folge bestimmter Verhaltensweisen, sondern auch bestimmter marktstruktureller Konstellationen sein, die zur Bildung von Machtpotentialen für einzelne Wirtschaftssubjekte führen.¹³⁰ So können hohe Konzentrationsgrade¹³¹

- die Ausübung wirtschaftlicher Macht besonders begünstigen,
- bestimmten Verhaltensweisen wirtschaftlich mächtiger Unternehmen eine neue Qualität verleihen,
- wegen ihrer abschreckenden Wirkung Freiheitsbereiche anderer unangemessen einschränken.

Welcher Zusammenhang besteht nun zwischen Wettbewerbsbeschränkungen und wirtschaftlicher Macht?¹³² Zunächst ist festzuhalten, daß nicht jede Machtausübung zu Wettbewerbsbeschränkungen führt. Durch die Entwicklung neuer Produkte und verbesserter Produktionsverfahren sowie deren Markteinführung werden Machtstellungen aufgebaut, die Voraussetzung dafür sind, daß Innovationen und Innovationen überhaupt erfolgen. Der Machtvorsprung der schöpferischen Unternehmer i.S. Schumpeters wird durch die nachfolgenden Imitatoren wieder abgebaut, was gleichfalls eine

129 Vgl. Hölzler, Heinrich, und Wolfgang Winkler, Wirtschaftliche Macht als Störfaktor von Wettbewerbsprozessen, in: Wettbewerb, Konzentration und wirtschaftliche Macht, Festschrift für Helmut Arndt zum 65. Geburtstag, hrsg. von Fritz Neumark u.a., Berlin 1976, S. 71 ff., 75 f.

130 Vgl. Cox, Helmut, und Harald Hübener, a.a.O., S. 7; Bartling, Hartwig, Wirtschaftliche Macht..., a.a.O., S. 51 ff.

131 Unter Konzentration versteht man die Verminderung der Zahl selbständiger Wirtschaftseinheiten durch externes und überproportionales internes Wachstum der Unternehmen; vgl. Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 127.

132 Wir sind nicht der Meinung, man könne auf den Begriff der wirtschaftlichen Macht verzichten, weil er bereits durch den Begriff Wettbewerbsbeschränkung belegt sei; so aber Hoppmann, Erich, Marktmacht und Wettbewerb..., a.a.O., S. 12 f.; Herdzina, Klaus, Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 87.

Voraussetzung dafür ist, daß Wettbewerbsprozesse erst in Gang kommen.¹³³ Diese nur vorübergehenden und für den Wettbewerb konstitutiven Ausprägungen wirtschaftlicher Macht werden von Arndt als temporäre Macht¹³⁴ und von Hoppmann als kompetitive Macht¹³⁵ bezeichnet. Erst wenn sich prozessuale Machtvorsprünge in dauerhafte verwandeln, wenn also permanente¹³⁶ bzw. restriktive¹³⁷ Macht vorliegt, sind Wettbewerbsbeschränkungen möglich.

Wirtschaftliche Macht kann demnach **eine** Ursache von Wettbewerbsbeschränkungen sein.¹³⁸ Die Wahrscheinlichkeit, daß aus dem Einsatz bestimmter wettbewerbsbeeinträchtigender Strategien unerwünschte Marktergebnisse resultieren, steigt mit dem Ausmaß der wirtschaftlichen Macht der betreffenden Wirtschaftssubjekte.

bb) Arten wirtschaftlicher Macht

In der Wettbewerbstheorie lassen sich 2 Arten wirtschaftlicher Macht unterscheiden: Marktmacht und Partnermacht. Wirtschaftliche Macht, die aufgrund einer überragenden Organisationsstellung auf einem genau umgrenzten Markt entsteht, die sich auf diesem Markt auswirkt und auf diesem Markt erfaßt wird, wird als **Marktmacht** bezeichnet.¹³⁹ Marktmacht ist nicht nur

133 Vgl. Arndt, Helmut, Kapitalismus..., a.a.O., S. 36 ff.

134 Vgl. Arndt, Helmut, Macht und Wettbewerb, a.a.O., S. 53 f.

135 Vgl. Hoppmann, Erich, Marktmacht und Wettbewerb..., a.a.O., S. 10 f.

136 Vgl. Arndt, Helmut, Macht und Wettbewerb, a.a.O., S. 54 ff.

137 Vgl. Hoppmann, Erich, Marktmacht und Wettbewerb..., a.a.O., S. 11.

138 Vgl. Willeke, Franz-Ulrich, Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 55.

139 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 7, Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Baden-Baden 1977, Tz. 198; Seraphim, Hans-Jürgen, a.a.O., S. 78 und 91 ff.; in juristischer Diktion wird häufig von Marktbeherrschung gesprochen; vgl. Arndt, Helmut, Macht und Wettbewerb, a.a.O., S. 55; vgl. auch Regierungsbegründung zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr VI/2520, S. 29: "Der Begriff Marktbeherrschung hebt also immer auf einen bestimmten Markt ab."

Macht im Horizontalverhältnis zwischen Konkurrenten¹⁴⁰, sie kann auch aufgrund vertikaler oder diagonaler Marktbeziehungen entstanden sein.¹⁴¹ Marktmacht ist auch nicht nur wirtschaftliche Macht, die aus einem großen Marktanteil erwächst¹⁴², sondern sie kann auch auf der Möglichkeit des Zugangs zu Absatz- oder Beschaffungsmärkten oder auf überlegener Finanzkraft beruhen.

Marktmacht kann entweder von einzelnen Wirtschaftssubjekten ausgeübt werden (Einzelmachtkonzept) oder von einer Gruppe von Wirtschaftssubjekten (Gruppenmachtkonzept).¹⁴³ Typische Erscheinungsformen der Einzelmacht sind Monopole, Teilmonopole und überragende Marktstellungen. Gruppenmacht kann mit dem Ziel der gemeinsamen Gewinnmaximierung aufgrund von sozialen Verhaltensregeln (conscious parallelism/Preisführerschaft) oder von Absprachen erfolgen.¹⁴⁴

140 So aber Arndt, Helmut, Ökonomische Theorie der Macht, a.a.O., S. 115, der marktbeherrschende Positionen auf horizontale Konzentration zurückführt.

141 Vgl. Regierungsbegründung zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr VI/2520, S. 30: "Der Entwurf rückt mit alledem ausdrücklich von der nur horizontalen Betrachtung der Marktbeherrschung ab und bezieht die vertikale und diagonale Konzentration als gleichwertige Mittel zur Erlangung oder Verstärkung marktbeherrschender Macht in die Beurteilung ein."

142 Marktmacht wird häufig unzutreffend mit Marktanteilmacht verwechselt; vgl. Bartling, Hartwig, Wirtschaftliche Macht..., a.a.O., S. 56.

143 Vgl. Kaysen, Carl, und Donald F. Turner, a.a.O., S. 104 f.; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 78 f.

144 Vgl. zu den Formen der Gruppenmacht Richter, Rudolf, Das Konkurrenzproblem im Oligopol, Berlin 1954, S. 39-58; Conscious Parallelism: The New Wave, in: JRALE 13 (1982); Fellner, William, Competition among the Few, New York 1949; Käufer, Erich, Preisführerschaft, in: Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, Bd. 6, S. 208 ff.; Kühne, Klaus-Dieter, Abgestimmtes und sogenanntes bewusstes Parallelverhalten auf Oligopolmärkten, Zürich u.a. 1978; Lampert, Heinz, Die Preisführerschaft, in: JbNST 172 (1960), S. 203 ff.; Seitz, Tycho, Preisführerschaft im Oligopol, Tübingen 1965.

Auf Arndt geht eine zweite Form wirtschaftlicher Macht zurück: die **Partnermacht**.¹⁴⁵ Partnermacht hat folgende Eigenschaften:

- Sie tritt jeweils nur zwischen **einem** Anbieter und **einem** Nachfrager auf. Das Partnermacht-konzept umfaßt also ausschließlich vertikale Machtbeziehungen, die sich allerdings - über den Ansatz von Arndt hinaus - analog auf Anbieter- und Nachfragergruppen übertragen lassen.
- Sie beruht darauf, daß der eine Marktpartner auf den anderen derart angewiesen ist, daß er dessen Weisungen folgen muß.
- Sie kann auch auftreten, wenn auf einem relevanten Markt wesentlicher Wettbewerb besteht.

Folgende Arten von Partnermacht können unterschieden werden:

- Nachfragemacht,
- Angebotsmacht,
- Finanzmacht des Kreditanbieters oder -nachfragers sowie
- Abhängigkeiten am Arbeitsmarkt.

Nach Ansicht von Arndt sind Partnermacht und Marktmacht streng voneinander zu unterscheiden. Marktmacht beziehe sich stets auf einen Markt, während Partnermacht lediglich ein Zwei-Personen- bzw. Zwei-Gruppen-Verhältnis betreffe. Daraus wird gefolgert, der Marktanteil des dominanten Unternehmens spiele für Partnermacht keine Rolle, er könne sogar geringer als der Marktanteil des abhängigen Unternehmens sein. Partnermacht äußere sich immer in der unmittelbaren Beeinflussung des Willens des abhängigen Partners, während ein marktmächtiges Unternehmen nur mittelbar die Willensentscheidung anderer Unternehmen beeinflusse.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Vgl. Arndt, Helmut, Macht und Wettbewerb, a.a.O., S. 56 ff.; Arndt, Helmut, Leistungswettbewerb als Voraussetzung der Marktwirtschaft, a.a.O., S. 340; die Partnermacht hat Arndt in früheren Veröffentlichungen als bilaterale Beherrschungs- und Abhängigkeitsverhältnisse bezeichnet; vgl. Arndt, Helmut, Ökonomische Theorie der Macht, a.a.O., S. 107, 110, 123 ff.; Arndt, Helmut, Markt und Macht, a.a.O., S. 135 ff.

¹⁴⁶ Vgl. Arndt, Helmut, Macht und Wettbewerb, a.a.O., S. 70 f.

Das Konzept der Partnermacht von Arndt stellt jedoch keinen eigenständigen Erklärungsansatz für wirtschaftliche Macht dar, da bilaterale Abhängigkeitsverhältnisse stets auf Beeinträchtigungen des (horizontalen) Wettbewerbs beruhen. Eine Abnahme der Zahl der Wirtschaftssubjekte auf einer Marktstufe führt dazu, daß die Zahl der Alternativen für die Marktgegenseite abnimmt. Somit steigt die wirtschaftliche Abhängigkeit eines Wirtschaftssubjektes mit sinkenden Ausweichmöglichkeiten auf Wirtschaftssubjekte der Marktgegenseite.¹⁴⁷ Im Ergebnis beinhaltet das Partnermacht-konzept lediglich eine andere mit dem "Alternativenkonzept" des Wettbewerbs¹⁴⁸ vergleichbare (vertikale) Betrachtungsweise desselben Phänomens.

147 Arndt weist auf diesen Zusammenhang in einer seiner Veröffentlichungen selbst hin; vgl. Arndt, Helmut, Markt und Macht, a.a.O., S. 146.

148 Vgl. Abott, Lawrence, Qualität und Wettbewerb: Ein Beitrag zur Wirtschaftstheorie, München u.a. 1958, S. 127; Clark, John M., Toward..., a.a.O., S. 243; Edwards, Corwin D., Maintaining Competition: Requisites of a Governmental Policy, Westport, Conn. 1949, S. 9; Hoppmann, Erich, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität..., a.a.O., S. 289; Lenel, Hans-Otto, Kontrolle des Entstehens und Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht, in: 25 Jahre Marktwirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland: Konzeption und Wirklichkeit, hrsg. von Dieter Cassel u.a., Stuttgart 1972, S. 77 ff., 77; Schmidt, Ingo, Zum Begriff des Preiswettbewerbs nach § 16 GWB, in: WuW 14 (1964), S. 120 ff., 126 ff.

b) Konzepte der Nachfragemacht

Der Begriff der Nachfragemacht wird in der Literatur unterschiedlich interpretiert, wobei sich vier Ansätze unterscheiden lassen:

- Nachfragemacht als Spiegelbild von Angebotsmacht,
- Nachfragemacht als Partnermacht,
- Umdeutung von Nachfragemacht in Angebotsmacht und
- Nachfragemacht als institutionelles Phänomen.

aa) Nachfragemacht als Spiegelbild von Angebotsmacht

Nach Auffassung der Monopolkommission beruht Nachfragemacht

"ebenso wie Anbietermacht auf einer Beschränkung des Wettbewerbs. Die Ursachen für die Beschränkung des Nachfragerwettbewerbs unterscheiden sich nicht grundsätzlich von denen bei Anbieterwettbewerb"¹⁴⁹.

Die Monopolkommission tritt damit all den Auffassungen entgegen, die im Wesen der Nachfragemacht etwas grundsätzlich anderes sehen als in der Angebotsmacht.¹⁵⁰ Da sich das wettbewerbs-theoretische und -rechtliche Instrumentarium, das überwiegend auf Belange der Angebotsmacht zugeschnitten ist, auf das Problem der Nachfragemacht spiegelbildlich übertragen läßt, hat

¹⁴⁹ Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 44.

¹⁵⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 45.

sich für diese Sichtweise der Begriff Spiegelbildtheorie eingebürgert.¹⁵¹

Der im Zusammenhang mit der Spiegelbildtheorie häufig anzutreffende Hinweis auf gewisse Besonderheiten der Nachfragemacht, die zu berücksichtigen seien, bezieht sich lediglich auf Modifikationen bei der rechtlichen Erfassung von Nachfragemacht wie etwa bei der Frage der Abgrenzung des relevanten Marktes oder der Eignung von Marktanteilen als Nachfragemachtindikator.¹⁵²

Für die Monopolkommission ist Nachfragemacht die Folge einer Beschränkung des Nachfragerwettbewerbs. Das Kommissionsmitglied Mittelsten Scheid tritt dieser Ansicht mit dem Hinweis entgegen, Nachfragemacht sei nicht Folge, sondern aus strukturellen Gründen Ursache einer Beschränkung des Wettbewerbs. Nachfragemacht entstehe nicht aus Wettbewerbsbeschränkungen, sondern durch ein relativ großes Einkaufspotential.¹⁵³ Diese Mindermeinung steht allerdings nur scheinbar im Widerspruch zur Auffassung der Monopolkommission¹⁵⁴, die offenbar an eine Wettbe-

151 Vgl. Jüttner-Kramny, Lioba, Das Phänomen "Nachfragemacht", in: WuW 32 (1982), S. 278 ff., 280; Wilde, Olga, a.a.O., S. 38; Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Nachfragerwettbewerb..., a.a.O., S. 259; Möhlenbruch, Dirk, Betriebswirtschaftliche Probleme einer Kontrolle der Nachfragemacht des Handels: Unter besonderer Berücksichtigung der Marktabgrenzung und des Diskriminierungsverbotes, Göttingen 1985, S. 86; Ulmer, Peter, Mehr Wettbewerb? Bemerkungen zum Nachfragemacht-Gutachten der Monopolkommission, in: WuW 28 (1978), S. 330 ff., 331 f.; Schluep, Walter, Über den Begriff der Nachfragemacht, a.a.O., S. 581; Kantzenbach, Erhard, Wirtschaftliche Ursachen und Auswirkungen der Nachfragemacht, in: Freiheit und Fairness im Wettbewerb - Chance für einen leistungsfähigen Mittelstand: Wettbewerbskongress München 1977, hrsg. vom Bayerischen Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr, München 1977, S. 125 ff., 129.

152 Vgl. Wilde, Olga, a.a.O., S. 60 f.; Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Nachfragerwettbewerb..., a.a.O., S. 259; Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, Wettbewerbsverzerrungen durch nachfragemächtige Handelsunternehmen, Köln u.a. 1980, S. 27.

153 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., S. 28 Fn. 1.

154 Es ist daher nicht vertretbar, in der Ansicht von Mittelsten Scheid ein eigenständiges Konzept der Nachfragemacht zu sehen; so aber Wilde, Olga, a.a.O., S. 59 f.

werbsbeschränkung durch Maßnahme denkt, während Mittelsten Scheid von einer Wettbewerbsbeschränkung durch Zustand ausgeht.¹⁵⁵ Ökonomisch gesehen ist diese Unterscheidung jedoch irrelevant, so daß sich im Ergebnis nach beiden Auffassungen Nachfragemacht als horizontale Beschränkung des Nachfragerwettbewerbs darstellt.

Die Kritik an der Spiegelbildtheorie richtet sich gegen die einseitige Betonung des Horizontalverhältnisses, die zu einer unvollständigen Erfassung der real existierenden Marktprozesse führe.¹⁵⁶ Allerdings räumt auch die Monopolkommission ein, daß ein Unternehmen nur dann Nachfragemacht besitze, wenn die von ihm nachgefragte Menge für den Anbieter erheblich sei oder der Anbieter nicht auf andere Nachfrager ausweichen könne.¹⁵⁷

bb) Nachfragemacht als Partnermacht

Im Gegensatz zur Spiegelbildtheorie will Arndt Nachfragemacht auf bilaterale Beherrschungs-Abhängigkeitsverhältnisse reduzieren. Nachfragemacht als typischer Tatbestand von Partnermacht sei dann gegeben, wenn ein Anbieter auf einen seiner Kunden

155 Eine Wettbewerbsbeschränkung durch Zustand beruht auf nicht kompetitiven Marktstrukturen (z.B. Monopole), während Wettbewerbsbeschränkungen durch Maßnahme auf vertraglichen Vereinbarungen beruhen (z.B. Kartelle). Diese Unterscheidung geht zurück auf Borchardt, Knut, und Wolfgang Fikentscher, a.a.O., S. 30; vgl. auch Sandrock, Otto, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München 1968, S. 231 ff.; Schmidt, Ingo, Beseitigung des Ungleichgewichts im GWB zwischen Wettbewerbsbeschränkungen durch Maßnahme und Zustand, in: ZHR 135 (1971), S. 193 ff., 193.

156 Vgl. Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 28; Kreiterling, Hans, Das Problem der Abgrenzung von Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb in der Nachfragemacht-Diskussion, Frankfurt/M. u.a. 1980, S. 20 f.; Schultes, Werner, Nachfragemacht, Nachfragekartell und überlegene Marktmacht, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1982/83, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1984, S. 1 ff., 3; Sölter, Arno, Der Januskopf des Preiswettbewerbs - Eine wettbewerbspolitische und kartellrechtliche Untersuchung über die Ambivalenz des Preisparameters am Beispiel der Absatzwirtschaft, Heidelberg 1984, S. 35.

157 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 46.

derart angewiesen sei, daß er seine Aufträge nicht verlieren könne, ohne seine wirtschaftliche Existenz zu gefährden. Nachfragemacht sei Weisungsmacht, die sich in einem Über-Unterordnungsverhältnis manifestiere und die zu einer Wandlung der Wertvorstellungen des betroffenen Anbieters führe. Da Nachfragemacht lediglich im Vertikalverhältnis zwischen einem Anbieter und einem Nachfrager auftrete, sei die Berücksichtigung horizontaler Marktprozesse etwa durch Marktanteile überflüssig.¹⁵⁸

Der Vorwurf der Einseitigkeit in der Beurteilung von Nachfragemacht kann auch Arndt gemacht werden, der nicht auf Marktverhältnisse, sondern lediglich auf isolierte Zweipersonenverhältnisse abstellt. Darüber hinaus wird bemängelt, daß Arndts Konzept es nicht erlaube, die Ursachen vertikaler Abhängigkeitsverhältnisse zu erfassen¹⁵⁹, die - wie schon erwähnt - auf eine Beeinträchtigung des (horizontalen) Nachfragerwettbewerbs zu-

158 Vgl. Arndt, Helmut, Marktmacht auf der Nachfragerseite, in: WuW 22 (1972), S. 84 ff., 84 f. und 87 f.; Arndt, Helmut, Macht und Wettbewerb, a.a.O., S. 58 f.; Arndt, Helmut, Leistungswettbewerb als Voraussetzung der Marktwirtschaft, a.a.O., S. 339; Arndt, Helmut, Hat der Leistungswettbewerb in der Bundesrepublik noch eine Chance?, in: MA 48 (1986), S. 2 ff., 3; Arndt, Helmut, Leistungswettbewerb und ruinöse Konkurrenz..., a.a.O., S. 112 f.; zustimmend Exner, Gert, Der Mißbrauch von Nachfragemacht durch das Fordern von Sonderleistungen nach deutschem Recht, München 1984, S. 4; Friesen, Juliane von, Probleme der Nachfragemacht und Möglichkeiten einer effektiven Kontrolle, in: DB 31 (1978), Beilage 6, S. 3 ff., 5; Hansen, Knud, Probleme der Nachfragemacht..., a.a.O., S. 553; Dageförde, Heinrich, Die Nachfragemacht des Handels und das Diskriminierungsverbot, Diss., Göttingen 1978, S. 9; Schenk, Hans-Otto u.a., a.a.O., S. 230 f.

159 Vgl. Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 26; Kreiterling, Hans, a.a.O., S. 55 f.; Kühne, René, Nachfragemacht zwischen Einzelhandel und Konsumgüterindustrie in der Schweiz, Bern und Stuttgart 1984, S. 75 ff.; Niestrath, Ulrich, Nachfragemacht des Handels - Begriff, Theorie, Operationalisierung, Frankfurt a.M. u.a. 1983, S. 108; Richli, Paul, Nachfragemacht und Angebotsmacht - Gemeinsamkeiten und Unterschiede, in: WuR 30 (1978), S. 1 ff., 5; Schluep, Walter, Über den Begriff der Nachfragemacht, a.a.O., S. 583; Schultes, Werner, Nachfragemacht, Nachfragekartell und überlegene Marktmacht, a.a.O., S. 3; Stranz, Helge, Entwicklung und Auswirkungen der Nachfragemacht des Handels, in: JbAV 23 (1977), S. 320 ff., 320.

rückzuführen sind. Arndts Konzept gewinnt auch nicht dadurch an Bedeutung, daß in § 26 Abs. 2 GWB auf Abhängigkeitsverhältnisse abgestellt wird.¹⁶⁰ Die bilateralen Beziehungen zwischen einzelnen Anbietern und Nachfragern werden nicht unabhängig von den Marktverhältnissen beurteilt, sondern an der generellen Marktbedeutung des dominierenden Unternehmens im Verhältnis zu dessen Mitbewerbern (relative Marktmacht) gemessen.¹⁶¹ Dies wird auch in der Gesetzesformulierung deutlich, wonach Abhängigkeit dann vorliegt, wenn ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen.

cc) Umdeutung von Nachfragemacht in Angebotsmacht

Auf einen Vorschlag von Kartte geht ein dritter Ansatz zur begrifflichen Erfassung von Nachfragemacht zurück, der Nachfragemacht in Angebotsmacht umdeuten möchte:

"Übermäßige Nachfragemacht ist in der Sprache des Gesetzes übermäßige Angebotsmacht bei einer gewerblichen Leistung, nämlich bei der Zurverfügungstellung einer bestimmten, für die liefernde Industrie unentbehrlichen Vertriebsform."¹⁶²

Die Bedeutung großer Abnehmer für die Lieferanten liegt nach diesem Ansatz weniger in ihrer Abnahmekapazität, als in der Notwendigkeit für Lieferanten, im Sortiment bestimmter Vertriebsformen vertreten zu sein. Der Ansatz von Kartte geht offenbar auf eine betriebswirtschaftliche Analyse des "Regalplatz-Wettbewerbs" zurück, nach der Nachfragemacht des Handels

160 Vgl. Arndt, Helmut, Leistungswettbewerb und ruinöse Konkurrenz..., a.a.O., S. 113 Fn. 14; Gerber, David J., The German Approach to Price Discrimination and other Forms of Business Discrimination, in: AB 27 (1982), S. 241 ff.

161 Vgl. Immenga/Mestmäcker, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar, München 1981, § 26 Rdnr. 92.

162 Kartte, Wolfgang, Der Schutz des Leistungswettbewerbs im Kartellrecht, in: WRP 22 (1976), S. 1 ff., 3; den Ansatz von Kartte verwendet Reimann zur Abgrenzung des relevanten Marktes im Handel; vgl. Reimann, Thomas, Mißbrauchsaufsicht und Diskriminierungsverbot bei Nachfragern, in: WuW 26 (1976), S. 541 ff.

als Konzentration des Regalplatz-Angebots aufgefaßt werden kann.¹⁶³

Der Regalplatz-Wettbewerb äußert sich im Bestreben der Hersteller, ihre Produkte im Regal von Händlern zu plazieren. Der Hersteller tritt als Nachfrager nach Regalplatz auf, der Händler als Anbieter des Regalplatzes. Eine Konzentration des Regalplatz-Angebots - und damit Angebotsmacht von Händlern auf Beschaffungsmärkten - ergibt sich beispielsweise dadurch, daß die Nachfrage der Hersteller nach Regalplätzen in Großbetriebsformen des Handels wegen der höheren Kundenfrequenz größer als bei kleinen und mittleren Handelsunternehmen ist.

Das Konzept von Kartte zielt auf eine bessere wettbewerbsrechtliche Erfassung der Nachfragemacht ab. Fraglich ist allerdings, ob etwa die Probleme der Marktabgrenzung dadurch gelöst werden können, daß Nachfragemacht einen anderen Namen erhält. Daneben läßt sich gegen die Eignung dieses Ansatzes auch der grundsätzliche Einwand erheben, daß Handelsunternehmen ihren Lieferanten nicht als Absatzmittler dienen, sondern günstige Einkaufsbedingungen erzielen wollen, um eigene Ziele verfolgen zu können.¹⁶⁴

dd) Nachfragemacht als institutionelle Überlegenheit des Handels

Insbesondere von Sölter wird die Auffassung vertreten, Nachfragemacht sei weniger ein einzelnen Unternehmen oder einzelnen Unternehmensgruppen zurechenbares Phänomen, sondern beruhe auf

¹⁶³ Vgl. Hansen, Peter, Regalplatzwettbewerb - Aktionsanalytische Betrachtung der Hersteller-Händlerbeziehungen, in: BFuP 21 (1969), S. 394 ff., 400; Hansen, Peter, Die handelsgerichtete Absatzpolitik der Hersteller im Wettbewerb um den Regalplatz, Berlin 1972.

¹⁶⁴ Vgl. die Kritik bei Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 22 f.; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, Heidelberg 1979, S. 34 f.; Kühne, René, a.a.O., S. 78; Schlupe, Walter, Über den Begriff der Nachfragemacht, a.a.O., S. 587; Wilde, Olga, a.a.O., S. 59.

einer "natürlichen", institutionellen Überlegenheit des Handels.¹⁶⁵ Diese Überlegenheit resultiere zum einen aus einer ordnungspolitischen Diskriminierung der Herstellerseite bzw. einer einseitigen Bevorzugung des Handels und zum anderen aus einer funktionsbedingten Überlegenheit des Handels. Eine ordnungspolitische Benachteiligung der Herstellerseite ergebe sich durch die Angebotsbezogenheit des GWB insbesondere bei der Beurteilung von Verkaufsgemeinschaften und selektiven Vertriebssystemen¹⁶⁶ und durch die Schaffung sonstiger staatlicher Rahmenbedingungen, die den Marktzutritt und den Einsatz bestimmter Aktionsparameter im Handel regulieren.¹⁶⁷ Eine funktionsbedingte Überlegenheit des Handels ergebe sich insbesondere durch das Vorliegen von Käufermärkten, durch die höhere Sortimentsflexibilität des Handels, durch die Möglichkeit von Handelsunternehmen zu diversifizieren usw.¹⁶⁸

Das Konzept von Sölter bietet in einzelnen Punkten einen Ansatzpunkt für die Erfassung von Nachfragemacht, so etwa durch den Hinweis auf Flexibilitätsunterschiede zwischen Industrie

165 Vgl. zum folgenden Sölter, Arno, Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, a.a.O., S. 19, 26, 30, 37 ff.; Sölter, Arno, Funktionsunterschiede und Funktionsbeziehungen zwischen Industrie und Handel, in: MA 30 (1968), S. 205 ff., 205 f., 218; Sölter, Arno, Ungleichgewichte zwischen Angebot und Nachfrage, in: WuW 18 (1968), S. 317 ff., 322 f.; Sölter, Arno, Nachfragefunktion, Nachfrageverhalten und Nachfragemacht, in: WRP 23 (1977), S. 445 ff., 448; Sölter, Arno, Der Januskopf des Preiswettbewerbs..., a.a.O., S. 38 ff.

166 Arndt behauptet, daß die Rechtsprechung des BGH zu § 26 Abs. 2 GWB die Anbieter dazu zwingt, Großunternehmen des Einzelhandels zu beliefern, "ob ihnen das paßt oder nicht" (S. 114). Der BGH habe damit eine einseitige Machtverteilung zugunsten von Großunternehmen des Einzelhandels geschaffen; vgl. Arndt, Helmut, Leistungswettbewerb und ruinöse Konkurrenz..., a.a.O., S. 114 f.

167 Vgl. dazu Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Der Selbstbedienungsgroßhandel..., a.a.O., S. 25 ff., die die wettbewerbspolitischen Konsequenzen des Baurechts, des Ladenschlußgesetzes und von verbraucherrechtlichen Vorschriften (insbesondere das UWG) untersuchen.

168 Die Ausführungen Sölters gipfeln in der Bemerkung, industrielle Warenmärkte seien nach der Angebotsseite hin vorwiegend polypolitisch strukturiert; vgl. Sölter, Arno, Nachfragefunktion..., a.a.O., S. 448.

und Handel. Andere Argumente Sölters sind in ihrer Allgemeinheit eher unzutreffend.¹⁶⁹ Es gibt allerdings keine empirischen Hinweise dafür, daß Nachfragemacht ein institutionelles Phänomen ist. Vielmehr muß Nachfragemacht stets als Gefährdung des Wettbewerbs durch einzelne oder eine Gruppe von Handelsunternehmen gesehen werden.¹⁷⁰

ee) Beurteilung der Konzepte

Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, daß über den Begriff der Nachfragemacht noch weitgehende Uneinigkeit besteht. Nimmt man eine Vorauswahl vor, so dürften sich die Ansätze, die auf eine institutionelle Überlegenheit des Handels abzielen und die eine Umdeutung von Nachfragemacht in Angebotsmacht vornehmen, aus den schon genannten Gründen als ungeeignet für die Erfassung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen erweisen. Übrig bleiben die Spiegelbildtheorie und das Partnermacht-Konzept, die aufgrund der monokausalen Erklärung von Nachfragemacht nur beschränkt herangezogen werden können. Die Gegensätzlichkeit dieser beiden Ansätze beruht auf unterschiedlichen Ausgangspositionen: Für die Monopolkommission ist Nachfragemacht die **Folge** einer Beschränkung des Nachfragerwettbewerbs, während für Arndt Nachfragemacht die **Ursache** einer Wettbewerbsbeschränkung darstellt.¹⁷¹ Die Unklarheit von Ursache-Wirkungs-Zusammenhängen scheint die Hauptursache für eine bis-

169 Zum Käufermarkt-Argument vgl. Abschnitt II, 1.

170 So auch Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 23 ff.; Kühne, René, a.a.O., S. 71 ff.; Schlupe, Walter, Über den Begriff der Nachfragemacht, a.a.O., S. 586.

171 Arndt verwendet im Zusammenhang mit Partnermacht nicht den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung, sondern den der Wettbewerbsentartung; vgl. Arndt, Helmut, Macht und Wettbewerb, a.a.O., S. 55.

her fehlende anerkannte Definition der Nachfragemacht zu sein.¹⁷²

Wir verzichten darauf, den Begriff der Nachfragemacht durch Herstellung von Ursache-Wirkungszusammenhängen schon definitiv einzugrenzen. Nach dem von uns gewählten Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs läßt sich Nachfragemacht analog zur Angebotsmacht¹⁷³ als Einschränkung der wettbewerbsrelevanten Handlungs- und Entschließungsfreiheit charakterisieren, wobei unangemessene Freiheitsbeschränkungen als Wettbewerbsbeschränkungen durch nachfragemächtige Handelsunternehmen bezeichnet werden sollen. Der Freiheitsaspekt - darauf wurde schon hingewiesen - erstreckt sich nicht nur auf die Freiheit in den Wettbewerbsbeziehungen zwischen Konkurrenten, sondern auch auf die Wahlfreiheit im Austauschprozeß zwischen Anbietern und Nachfragern. Insofern kann sich Nachfragemacht in einer stärkeren Verhandlungsposition von Nachfragern gegenüber Anbietern äußern und/oder in einer überragenden Marktstellung gegenüber anderen Nachfragern. Dieser Ansicht ist auch die OECD:

172 Zuordnungsschwierigkeiten treten häufig im Hinblick auf den Zusammenhang zwischen Konzentration und Nachfragemacht auf: "Die Konzentration führt zur Nachfragemacht und die Nachfragemacht beschleunigt ihrerseits den Konzentrationsprozeß"; Kantzenbach, Erhard, Wirtschaftliche Ursachen und Auswirkungen der Nachfragemacht, a.a.O., S. 135. Für die HDE sind Zusammenschlüsse die Folge von Nachfragemacht; vgl. Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels, Diskriminierung oder Leistungswettbewerb? Schwarzbuch zur Novellierung des Kartellgesetzes: Stand November 1979, Köln 1979, S. 2; vgl. auch Schenk, Hans-Otto, Theorie und Ideologie der Nachfragemacht des Handels, in: WuW 24 (1974), S. 149 ff., 155 f., für den die Herstellung von Pseudokausalitäten eine Ursache für die zunehmende Ideologisierung der Nachfragemacht-Diskussion darstellt.

173 Nur i.S. dieser Analogie sollte man von Spiegelbildtheorie sprechen; denn auch bei der Erfassung der Angebotsmacht sollten horizontale und vertikale Aspekte berücksichtigt werden. Auch die Schweizerische Kartellkommission ist der Ansicht, Nachfragemacht könne nicht einfach spiegelbildlich, sondern allenfalls analog zur Angebotsmacht betrachtet werden; vgl. Schweizerische Kartellkommission, Die Nachfragemacht und deren Missbrauch, in: Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission 11 (1976), S. 53 ff., 78.

"Buying power may be defined as the situation which exists when a firm or a group of firms, either because it has a dominant position as a purchaser of a product or a service or because it has strategic or leverage advantages as a result of its size or other characteristics, is able to obtain from a supplier more favourable terms than those available to other buyers."¹⁷⁴

Für die Erfassung von Nachfragemacht ist daher eine Untersuchung sowohl der Horizontalverhältnisse als auch der Vertikalverhältnisse erforderlich.

3. Erscheinungsformen von Nachfragemacht

Nachfragemacht von Handelsunternehmen gegenüber Herstellern äußert sich in einer Vielzahl unterschiedlicher Verhaltensweisen¹⁷⁵, wobei der unternehmerische Einfallsreichtum hinsicht-

¹⁷⁴ OECD, Buying Power..., a.a.O., S. 10.

¹⁷⁵ Zu einer Übersicht über die verschiedenen Praktiken vgl. Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels, Diskriminierung oder Leistungswettbewerb? Schwarzbuch zur Novellierung des Kartellgesetzes: Stand November 1979, a.a.O., S. 16 ff.; Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 39 ff.; Arndt, Helmut, Marktmacht auf der Nachfrageseite, a.a.O., S. 88 f.; Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1983/84, in: BTDr 10/3550, S. 24 f.; Bundeswirtschaftsministerium, Beispielkatalog von Tatbeständen, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen können, in: WRP 21 (1975), S. 24 ff.; Markenverband, in: WuW/E BKartA 1633 ff.; o.V., Sicherung des Leistungswettbewerbs: Gemeinsame Erklärung von Organisationen der gewerblichen Wirtschaft, in: WuW (1976), S. 17 f.; o.V., Sicherung des Leistungswettbewerbs: Fortschreibung der Gemeinsamen Erklärung von Organisationen der gewerblichen Wirtschaft, in: WuW 34 (1984), S. 712 ff.; OECD, Buying Power..., a.a.O., S. 22 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 75; Schultes, Werner, Erfahrungen bei der Mißbrauchsaufsicht gegenüber Nachfragemacht, in: WuW 32 (1982), S. 731 ff., 754 ff.

lich neuer Wortschöpfungen nahezu unbegrenzt zu sein scheint.¹⁷⁶

Für die ökonomische und wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Nachfragemacht ist daher eine Systematisierung der unterschiedlichen Erscheinungsformen erforderlich. Die bisher vorgenommenen Systematisierungsversuche sind als Ausgangspunkt für eine ökonomische **und** juristische Analyse von Nachfragemacht wenig geeignet.

Die Schweizerische Kartellkommission unterscheidet nach der Methode, dem Inhalt und den Sanktionen bei Nichtbefolgung der Forderungen nachfragemächtiger Handelsunternehmen¹⁷⁷, Dageförde nach dem Grad der Belastung des anbietenden Herstellers und der Einflußnahme auf sein Unternehmen¹⁷⁸ sowie Kühne nach Preisaktionsvariablen, Produktionsaktionsvariablen, Kommunikationsaktionsvariablen und Distributionsaktionsvariablen.¹⁷⁹ Diese Klassifikationen dürften sich lediglich für eine betriebswirtschaftliche Analyse von Nachfragemacht eignen.

Wilde unterscheidet die Erscheinungsformen von Nachfragemacht nach Rabattforderungen, finanziellen Zuwendungen, Bereitstellung von Arbeitskräften und einseitig von Handelsunternehmen durchgesetzten Forderungen.¹⁸⁰ Hölzler und Satzky klassifizieren nach reinen Äquivalenzstörungen, Formen des Behinderungs-

176 Die HDE unterscheidet allein 57 verschiedene Rabattarten; vgl. Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels, Diskriminierung oder Leistungswettbewerb? Schwarzbuch zur Novellierung des Kartellgesetzes, Köln 1978, S. 6 f.; Sölter, dem 200 Rabattarten bekannt sind, ist der Ansicht, daß "die Rabatthydra stets neue Köpfe (d.h. Phantasierabattbegriffe) gebiert"; Sölter, Arno, Vom atomistischen zum Allparameterwettbewerb: Das Drei-Ebenen-Konzept des Wettbewerbs, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1975/76, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1977, S. 99 ff., 113; Arndt spricht von "Skontitis" und "galoppierender Rabattitis"; vgl. Arndt, Helmut, Marktmacht auf der Nachfrageseite, a.a.O., S. 88.

177 Vgl. Schweizerische Kartellkommission, a.a.O., S. 73 f.

178 Vgl. Dageförde, Heinrich, a.a.O., S. 130 ff.

179 Vgl. Kühne, René, a.a.O., S. 96 ff.

180 Vgl. Wilde, Olga, a.a.O., S. 16 ff.

wettbewerbs und Störungen des Marktprozesses.¹⁸¹ Diese Ansätze erlauben zwar eine wettbewerbspolitische Beurteilung von Nachfragemacht, sind aber im Hinblick auf mögliche wettbewerbsbeschränkende Strategien nachfragemächtiger Handelsunternehmen nicht vollständig.

Wir wollen daher in Anlehnung an die von Schmidt vorgenommene Einteilung wettbewerbsbeeinträchtigender Strategien¹⁸² folgende Fallgruppen von Nachfragemacht unterscheiden:

- vertikale Verhandlungsstrategien,
- Behinderungsstrategien und
- Ausbeutungsstrategien.

Vertikale Verhandlungsstrategien nachfragemächtiger Handelsunternehmen äußern sich im wesentlichen in Inhaltsbindungen i.S. von § 15 GWB, d.s. Verträge, in denen ein Unternehmen seinen Vertragspartner bezüglich der Preise und Geschäftsbedingungen bindet, welche er bei seinen Verträgen mit Dritten einhalten soll.¹⁸³ Handelsunternehmen vereinbaren etwa sog. Preisfallklauseln, durch die die betr. Lieferanten dazu verpflichtet werden, sofort oder rückwirkend in die günstigeren Preise oder Zahlungsbedingungen einzutreten, die dem Handelsunternehmen von Dritten angeboten werden.¹⁸⁴ Daneben ist die Vereinbarung von Meistbegünstigungsklauseln bekannt geworden, die den betr. Lieferanten dazu verpflichten, dem begünstigten Handelsunternehmen dieselben günstigen Preise und Konditionen einzuräumen wie anderen Abnehmern des Lieferanten.¹⁸⁵

Zu den **Behinderungsstrategien** nachfragemächtiger Handelsunternehmen, mit denen primär eine Besserstellung gegenüber Konkur-

181 Vgl. Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 39 ff.

182 Vgl. Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 109 f.

183 Vgl. Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 213; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 115.

184 Vgl. Bundeswirtschaftsministerium, Beispielkatalog von Tatbeständen..., a.a.O., S. 29.

185 Vgl. Metro, in: WuW/E BKartA 1583 ff., 1583.

renten erreicht werden soll, gehören insbesondere diskriminierende Einkaufspreise, Rabatte, Skonti, Boni und sonstige Konditionen.¹⁸⁶ Häufig wird dafür auch der Begriff der Konditionspreizung verwendet.¹⁸⁷ Aus ökonomischer Sicht ist es unerheblich, ob die von den Anbietern gewährten Preisnachlässe und Vorteile bei den Zahlungsbedingungen vom begünstigten Nachfrager veranlaßt wurden (passive Diskriminierung) oder ob die Initiative von den Anbietern ausging (aktive Diskriminierung), da kein Anbieter freiwillig Preisnachlässe gewährt, sondern nur durch den Druck des Nachfragers. Allenfalls stellt die Unterscheidung ein juristisches Problem im Rahmen des Diskriminierungsverbotes nach § 26 Abs. 2 und 3 GWB dar.¹⁸⁸

Unerwähnt bleiben in der Nachfragemacht-Diskussion die von Nachfragern ausgehenden Ausschließlichkeitsbindungen i.S. von § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB.¹⁸⁹ Im Rahmen derartiger nachfragemacht-induzierter Alleinabsatzbindungen veranlaßt ein Händler seinen Lieferanten, sich dazu zu verpflichten, ausschließlich an den Händler zu liefern. Weitgehend unerwähnt bleiben auch die Fälle nachfragemachtinduzierter Liefer- und Bezugssperren, bei denen Handelsunternehmen ihre Lieferanten dazu veranlassen, nicht an Konkurrenten des betr. Händlers zu liefern¹⁹⁰ oder ihre Lieferbeziehungen mit bestimmten Lieferanten abubrechen.¹⁹¹

186 Beispiele für diskriminierende Rabatte finden sich bei Benisch, Werner, Wettbewerbsregeln gegen Rabattdiskriminierungen, in: GRUR 78 (1976), S. 448 ff., 451 ff.

187 Vgl. nur Bericht des Bundesministers für Wirtschaft an den Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages über die Konzentration im Lebensmittelhandel, a.a.O., S. 28.

188 Vgl. dazu Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 123; Möhlenbruch, Dirk, a.a.O., S. 302 ff.

189 Zur Definition vgl. Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 243.

190 So hat das Schuhversandunternehmen Reno Versandhandel GmbH in einem Rundschreiben eine Vielzahl von Schuhherstellern dazu aufgefordert, die von Reno bestellte Ware nicht an die zwei wichtigsten Konkurrenten von Reno zu liefern; vgl. Bundeskartellamt, Presseinformationen Nr. 8/86.

191 Vgl. Sack, Rolf, Zur sachlichen Rechtfertigung von Preis-, Rabatt- und Konditionendiskriminierungen, in: WRP 21 (1975), S. 385 ff., 385.

Neben den Konditionenspreizungen werden als Erscheinungsformen von Nachfragemacht am häufigsten Forderungen von Handelsunternehmen genannt, die auf Kosten der Anbieter durchgesetzt werden. Wir wollen diese Forderungen als **Ausbeutungsstrategien** bezeichnen, ohne dabei bereits ein Unwerturteil i.S. eines (Ausbeutungs-) Mißbrauchs zu unterstellen. In der Praxis läßt sich nicht unterscheiden, ob die Sonderforderungen von Handelsunternehmen primär eine Ausbeutung der Anbieter darstellen oder ob sie primär eine Verdrängung von Mitbewerbern des Handelsunternehmens zur Folge haben. Häufig dürften die den Handelsunternehmen gewährten Preisnachlässe sowohl Ausbeutungs- als auch Behinderungsstrategien darstellen.

Es lassen sich drei verschiedene Arten von Ausbeutungsstrategien unterscheiden: Bestandteile der Zahlungsbedingungen, Anzapfen und Risikoverlagerungen. Als Bestandteile von Zahlungsbedingungen äußern sich Ausbeutungsstrategien in von Nachfragern erzwungenen überhöhten Rabatten, Skonti, Boni und Provisionen sowie in überproportionalen Preisnachlässen. Einkaufsgemeinschaften fordern von Lieferanten zunehmend sog. Zentralregulierungsprovisionen¹⁹², die dann zu einer zusätzlichen Belastung für den Lieferanten werden, wenn sich der Zentralregulierer zusätzliche Zahlungsfristen einräumt. Daneben werden häufig sog. Delkredereprovisionen für die Übernahme der Ausfallhaftung gefordert.¹⁹³ Zentralregulierungs- und Delkredereprovisionen

192 Die Erfüllung von Kaufpreisforderungen aus den Lieferverträgen wird bei Zentralregulierung vom Abnehmer auf einen Dritten, den Zentralregulierer, übertragen, der die vom Lieferanten vorgelegten Rechnungen direkt begleicht. Zentralregulierungsverträge sind Geschäftsbesorgungsverträge; vgl. Bunte, Hermann-Josef, Wettbewerbswidrige Konditionen in Einkauf und Verkauf, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1983/84, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1985, S. 1 ff., 21.

193 Die Delkrederehaftung der Einkaufsgemeinschaft kann als Bürgschaft, Garantievertrag oder Schuldbeitritt zur Schuld des Mitglieds ausgestattet sein; vgl. Bunte, Hermann-Josef, Wettbewerbswidrige Konditionen in Einkauf und Verkauf, a.a.O., S. 21 f.

stellen ökonomisch lediglich besondere Rabattforderungen dar.¹⁹⁴

Unter Anzapfen versteht man Forderungen von Handelsunternehmen nach besonderen finanziellen Zuwendungen, die i.d.R. nur einmal, unabhängig von der Abnahmemenge und als Vorleistung für die Aufnahme bzw. Nichtbeendigung von Geschäftsbeziehungen von den Anbietern gezahlt werden.¹⁹⁵ Beispiele für das Anzapfen sind Eintrittsgelder, Listungsgebühren, Regalmieten, Schauferstermieten¹⁹⁶, Darlehen zu nicht marktgerechten Bedingungen, finanzielle Beteiligungen der Anbieter am Inventar und an Investitionen von Handelsunternehmen (z.B. Werbekostenzuschüsse), Bereitstellung von Personal für Regalpflege, Inventurhilfe oder Preisauszeichnung sowie Qualitätskontrollen, die von Handelsunternehmen bei den Anbietern durchgeführt werden.

Eine dritte Art von Ausbeutungsstrategien sind vertragliche Verpflichtungen von Anbietern, die zu einer Risikoverlagerung von Handelsunternehmen auf deren Lieferanten führen. Dazu gehören etwa Rücknahmeklauseln und Lieferbereitschaftsverpflichtungen.

Abschließend soll noch einmal betont werden, daß die dargestellten Erscheinungsformen von Nachfragemacht nicht per se als Mißbräuche von Nachfragemacht angesehen werden sollen. Welche Erscheinungsformen der Nachfragemacht unter welchen Vorausset-

194 Vgl. Bunte, Hermann-Josef, Wettbewerbswidrige Konditionen in Einkauf und Verkauf, a.a.O., S. 22, der die Höhe dieser Provisionen auf 2-3 % des Rechnungsbetrages oder Warenwertes schätzt.

195 Vgl. Wilde, Olga, a.a.O., S. 99 f.; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 26 ff.; Sack, Rolf, Wettbewerbsverzerrungen durch "Anzapfen", in: WRP 21 (1975), S. 261 ff., 261; das Anzapfen wird vereinzelt auch als Zugabe i.S. von § 1 Zugabeverordnung interpretiert; vgl. Stranz, Helge, Entwicklung und Auswirkungen der Nachfragemacht des Handels, a.a.O., S. 330.

196 Auch hier setzen sich vermehrt Phantasiebegriffe wie "Entlistungsverhütungsgebühr" durch.

zungen als Mißbräuche zu qualifizieren sind, wird im 3. Kapitel dargestellt werden.

III. Zusammenfassung

Das vorangegangene Kapitel diente dazu, die konzeptionellen und begrifflichen Grundlagen dieser Arbeit zu entwickeln. Als **konzeptionelle** Grundlage dient das Leitbild des funktionsfähigen Wettbewerbs, dessen Orientierungsrahmen aus einem Katalog normativ gesetzter ökonomischer und gesellschaftspolitischer Ziele besteht. Der Wettbewerb, der als Instrument zur Erreichung dieser Ziele aufgefaßt wird, läßt sich durch Marktstruktur-, -verhaltens- und -ergebniskriterien systematisieren. Aufgrund der komplexen Zusammenhänge zwischen diesen Kriterien können Wettbewerbsbeschränkungen, deren Diagnose und Therapie Aufgabe der Wettbewerbspolitik ist, nicht als Abweichungen von konkreten Normen (z.B. optimalen Marktstrukturen) ermittelt werden. Vielmehr sollten u.E. Wettbewerbsbeschränkungen als unangemessene Einschränkungen der Wettbewerbsfreiheit interpretiert werden. Für diese Diagnose bietet das durch das traditionelle Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs herausgearbeitete analytische Instrumentarium eine wertvolle Entscheidungshilfe, wobei allerdings nur Wahrscheinlichkeitsaussagen möglich sind. Zur Therapie von Wettbewerbsbeschränkungen bedient sich die staatliche Wettbewerbspolitik überwiegend sowohl der Strukturkontrolle (structure approach) als auch der Verhaltenskontrolle (regulation approach).

Die **begrifflichen** Grundlagen werden durch eine Analyse des Nachfragerwettbewerbs und der Nachfragemacht gebildet. Während der Begriff des Wettbewerbs zwischen Anbietern weitgehend geklärt ist, herrschen über den Nachfragerwettbewerb unterschiedliche begriffliche Vorstellungen, was zu divergierenden Auffassungen über Existenz, Eigenständigkeit und Schutzwürdigkeit des Nachfragerwettbewerbs geführt hat. U.E. ist als begrifflicher Ansatzpunkt die Interpretation des Nachfragerwettbewerbs als eines dynamischen Prozesses geeignet, dessen innovatorische und

imitatorische Elemente durch die Erschließung neuer Bezugsquellen, die Schaffung neuer Betriebsformen, den Wandel der Beziehungen zwischen den Marktstufen und die Veränderung von Handelsfunktionen charakterisiert werden können. Da dem Nachfragerwettbewerb analog zum Anbieterwettbewerb bestimmte Wettbewerbsfunktionen zugewiesen werden können, gilt für den Nachfragerwettbewerb mutatis mutandis das gleiche wie für den Anbieterwettbewerb. Somit kann von prinzipiellen Besonderheiten des Nachfragerwettbewerbs nicht gesprochen werden.

Auch eine Klärung des Begriffs der Nachfragemacht ist bisher nicht gelungen. Die vorliegenden Definitionsversuche stellen zu einseitig auf horizontale Wettbewerbsverhältnisse (Spiegelbildkonzept der Monopolkommission) oder auf vertikale Beziehungen (Partnermachtkonzept von Arndt) ab, besitzen nur einen eingeschränkten Erklärungswert (Konzept der Umdeutung von Nachfragemacht in Angebotsmacht) oder widersprechen der Realität (Konzept der institutionellen Überlegenheit des Handels). Nach dem von uns gewählten Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs läßt sich Nachfragemacht **analog** zur Angebotsmacht als Einschränkung der wettbewerbsrelevanten Handlungs- und Entschließungsfreiheit charakterisieren, wobei unangemessene Freiheitsbeschränkungen als Wettbewerbsbeschränkungen durch nachfragemächtige Handelsunternehmen bezeichnet werden sollen. Der Freiheitsaspekt erstreckt sich nicht nur auf die Freiheit in den Wettbewerbsbeziehungen zwischen Konkurrenten, sondern auch auf die Wahlfreiheit im Austauschprozeß zwischen Anbietern und Nachfragern. Insofern kann sich Nachfragemacht in einer stärkeren Verhandlungsposition von Nachfragern gegenüber Anbietern äußern und/oder in einer überragenden Marktstellung gegenüber anderen Nachfragern.

Im folgenden Kapitel sollen die für die Erfassung von Nachfragemacht notwendigen Konzepte zur Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes analysiert werden.

2. Kapitel: Die Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes im Handel

Auf der Grundlage des im 1. Kapitel dargestellten Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs erfordert die Erfassung von Nachfragemacht - analog zur Bestimmung von Angebotsmacht - ein zweistufiges Vorgehen:

- Auf der ersten Stufe ist der relevante Beschaffungsmarkt in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abzugrenzen.¹
- Auf der zweiten Stufe ist die Stellung der Nachfrager auf den abgegrenzten Beschaffungsmärkten zu bestimmen.

Häufig überschneiden sich die Kriterien zur Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes und zur Bestimmung der Marktstellung von Nachfragern. Es mag daher wettbewerbstheoretisch begründbar sein, wenn behauptet wird, die Verfahren der ersten und zweiten Stufe seien analytisch gesehen ein einheitlicher Vorgang und daher nicht zu trennen.² Aus Praktikabilitätsgründen wird eine Trennung dieser beiden Stufen aber unvermeidlich sein.

Die Abgrenzung relevanter Beschaffungsmärkte im Handel stellt ein noch ungelöstes Problem sowohl in der wettbewerbspolitischen Literatur als auch in der kartellbehördlichen und gerichtlichen Praxis dar. Wir halten es daher für gerechtfertigt, diesem Problemkreis ein eigenes Kapitel zu widmen. Wir beschränken uns in diesem Kapitel - der Zielsetzung von Teil 1

¹ Kritik an diesem Einzelmarktbezug äußern insbesondere diejenigen, die wirtschaftliche Macht primär als konglomerate, marktübergreifende Macht begreifen: "Competitive interaction is a continuum that cannot be adequately conceived within the context of a particular market"; Edwards, Corwin D., *The Changing Dimensions of Business Power*, in: *Das Unternehmen in der Rechtsordnung*, Festgabe H. Kronstein, hrsg. von Kurt H. Biedenkopf u.a., Karlsruhe 1967, S. 237 ff., 246.

² Vgl. Hoppmann, Erich, *Fusionskontrolle*, a.a.O., S. 51 f.; Hoppmann, Erich, *Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen: dargestellt am Beispiel der Praxis des Bundeskartellamtes bei Arzneimitteln*, Baden-Baden 1974, S. 28 f.

dieser Arbeit entsprechend - auf eine ökonomische Analyse der Marktabgrenzung. Das Vorgehen der Kartellbehörden und der Gerichte wird in Teil 2 unter Zugrundelegung der folgenden Ausführungen kritisch analysiert werden.

I. Die sachliche Marktabgrenzung

Zur Bestimmung der sachlichen Grenzen eines relevanten Beschaffungsmarktes sind drei Konzepte entwickelt worden, auf die im folgenden eingegangen werden soll:

- das Angebotsumstellungskonzept,
- das Produktkonzept und
- das Absatzmittlerkonzept.

1. Das Angebotsumstellungskonzept

Im folgenden sollen nach einer Darstellung des Angebotsumstellungskonzepts Determinanten der Angebotsumstellungsflexibilität entwickelt werden.

a) Darstellung des Konzepts

Die Grundlage des Angebotsumstellungskonzepts bildet die Spiegelbildtheorie, nach der das wettbewerbspolitische Instrumentarium zur Bestimmung von Angebotsmacht spiegelbildlich auf die Bestimmung von Nachfragemacht übertragen werden kann. Nach Ansicht der Monopolkommission, auf die das Angebotsumstellungskonzept zurückgeht, ist die Abgrenzung des relevanten Beschaf-

fungsmarktes spiegelbildlich zur Abgrenzung des relevanten Absatzmarktes vorzunehmen.³

Da die Abgrenzung des relevanten Absatzmarktes nach überwiegender Auffassung aus der Sicht der Marktgegenseite zu erfolgen hat⁴, ist für die Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes die Sichtweise der Lieferanten jenes Unternehmens entscheidend,

3 Vgl. Monopolkommission, 5. Hauptgutachten 1982/83: Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung, Baden-Baden 1984, Tz. 667; einen Überblick über die verschiedenen Konzepte zur Abgrenzung des relevanten Anbietermarktes geben Barnickel, Hans-Heinrich, Die Abgrenzung des relevanten Marktes, in: WuW 11 (1961), S. 246 ff.; Bartling, Hartwig, Leitbilder..., a.a.O., S. 92 ff.; Beckmann, Peter, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg v.d.H. u.a. 1968; Fröhlich, Peter, Die Markttabgrenzung in der Wettbewerbspolitik - Die parametrische Interdependenz als Kriterium der Abgrenzung des relevanten Marktes, Diss., Göttingen 1975; Günther, Eberhard, Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Karlsruhe 1960; Herdzina, Klaus, Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 76 ff.; Lampe, Hans-Eckhard, Wettbewerb, Wettbewerbsbeziehungen, Wettbewerbsintensität, Baden-Baden 1979, S. 52 ff.; Schmidt, Ingo, Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Mißbrauch in § 22 GWB und Art. 86 EWGV, in: WuW 15 (1965), S. 453 ff.; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 49 ff.; vgl. auch die Aufsatzsammlung Relevant Markets in Antitrust, in: JRALE 14 (1984).

4 Anders jedoch das Konzept der Wirtschaftspläne, nach dem aus der Sicht der Anbieter die Unternehmen einen relevanten Markt bilden, die in ihren Wirtschaftsplänen die Entscheidungen anderer Unternehmen berücksichtigen; vgl. Schneider, Erich, Einführung in die Wirtschaftstheorie: II. Teil: Wirtschaftspläne und wirtschaftliches Gleichgewicht in der Verkehrswirtschaft, 13. Aufl., Tübingen 1972, S. 68; eine Abgrenzung des relevanten Marktes aus der Sicht der Anbieter erfolgt auch durch betriebswirtschaftliche Konzepte der Marktsegmentierung, nach denen die Marktgrenzen durch die jeweilige Marketingstrategie eines Anbieters bestimmt werden; vgl. Albach, Horst, Zur Messung von Marktmacht und ihres Mißbrauchs, in: WuW 28 (1978), S. 537 ff., 537 f.

das Adressat eines Mißbrauchs- oder Fusionskontrollverfahrens ist.⁵

Die Abgrenzung des relevanten Absatzmarktes wird in der wettbewerbsrechtlichen Praxis anhand des auf Arndt⁶ und Abott⁷ zurückgehenden Bedarfsmarktkonzeptes vorgenommen, nach dem jene Produkte den relevanten Markt bilden, die für den Nachfrager zur Deckung eines bestimmten Bedarfs funktional gleichwertig und somit austauschbar sind.⁸ Das Bedarfsmarktkonzept kann allerdings nicht ohne Einschränkungen spiegelbildlich auf die Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes übertragen werden⁹, da die Anbieter erstens nicht von einem zu deckenden Bedarf ausgehen und es zweitens nicht auf die Wahlmöglichkeiten der Nachfrager, sondern auf die der Anbieter ankommt.¹⁰ Zur Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes ist daher nicht das Bedarfsmarktkonzept, sondern die diesem Konzept zugrundeliegende Vorstellung von den Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager (Sub-

-
- 5 Vgl. Monopolkommission, 5. Hauptgutachten, a.a.O., Tz. 667; Monopolkommission, Sondergutachten 14, Die Konzentration im Lebensmittelhandel, Baden-Baden 1985, Tz. 137; zustimmend Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 259; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 37; Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 46; Möhlenbruch, Dirk, a.a.O., S. 133.
- 6 Vgl. Arndt, Helmut, Anpassung und Gleichgewicht am Markt, in: JbNST 170 (1958), S. 217 ff., insbesondere S. 224.
- 7 Vgl. Abott, Lawrence, a.a.O., S. 94 ff.
- 8 Vgl. Bartling, Hartwig, Leitbilder..., a.a.O., S. 96; Schmidt, Ingo, Relevanter Markt..., a.a.O., S. 454 f.; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 50 f.
- 9 So aber Hölzler, Heinrich, und Holger Wissel, Die Konzentration im Lebensmittelhandel - Anmerkungen zum Sondergutachten der Monopolkommission, in: MA 47 (1985), S. 396 ff., 399; Möhlenbruch, Dirk, a.a.O., S. 133; Ulmer, Peter, Kartellrechtliche Unterschiede in der Behandlung von Angebots- und Nachfragemacht, in: Wettbewerbsbeziehungen zwischen Industrie und Handel, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1982, S. 33 ff., 40.
- 10 Vgl. Hansen, Knud, Probleme der Nachfragemacht..., a.a.O., S. 553; Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 85 f.; Knöpfle, Robert, Die Abgrenzung des relevanten Marktes bei der Anwendung des § 22 Abs. 1 GWB, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1983/84, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1985, S. 139 ff., 225; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 36.

stitutionskonzept) spiegelbildlich bzw. analog anzuwenden.¹¹

Zum relevanten Beschaffungsmarkt gehören danach alle Produkte, die aus Anbietersicht als kurzfristige Angebotsalternativen angesehen werden. Das Angebotsumstellungskonzept fragt also danach, ob und unter welchen Bedingungen ein Anbieter einem oder einer Gruppe von Nachfragern dadurch ausweichen kann, daß er seinen Produktionsapparat einem anderen Verwendungszweck widmet.¹² Entscheidend für die Ausweichmöglichkeiten eines Anbieters ist daher seine Angebotsumstellungsflexibilität.

Strittig ist, welche Anbieter für die Prüfung der Angebotsumstellungsflexibilität herangezogen werden müssen:

- Die Monopolkommission stellt analog zum Bedarfsmarktkonzept auf die Figur des "verständigen Lieferanten (oder Herstellers)" ab.¹³
- Da die Sichtweise des verständigen Lieferanten auf den Wettbewerb nivellierend wirke, weil nur Ausweichmöglichkeiten auf breiter Front zumutbar seien, ist nach Ansicht von Gröner und Köhler die Angebotsumstellungsflexibilität an der marktaktiven Spitzengruppe einer Branche zu prüfen.¹⁴
- Da die Betrachtung eines Durchschnittsanbieters aufgrund der Heterogenität der Güter nicht in Frage käme, wollen Hölzler und Satzky auf den konkreten Lieferanten abstellen.¹⁵

Für die Prüfung der Angebotsumstellungsflexibilität sind nicht abstrakte Umstellungsmöglichkeiten eines Unternehmens entscheidend, sondern welche Umstellungen im Rahmen der vorhandenen

11 Anders jedoch Knöpfle, Robert, Die Abgrenzung des relevanten Marktes..., a.a.O., S. 227 f.

12 Vgl. Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 260; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 37; Monopolkommission, 5. Hauptgutachten, a.a.O., Tz. 667; Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 49, 200.

13 Vgl. Monopolkommission, 5. Hauptgutachten, a.a.O., Tz. 669.

14 Vgl. Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 261; Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 48.

15 Vgl. Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 88.

Produktionsanlagen ohne größere Anstrengungen technisch möglich, wirtschaftlich sinnvoll und somit zumutbar sind.¹⁶ Die Ermittlung dieser Zumutbarkeitsgrenze ist nicht exakt möglich, sie liegt im Ermessen der wettbewerbspolitischen Entscheidungsträger. Der Ermessensspielraum kann allerdings durch die Entwicklung von Determinanten der Angebotsumstellungsflexibilität verkleinert werden, worauf im folgenden eingegangen werden soll.

b) Determinanten der Angebotsumstellungsflexibilität

Bei der Beantwortung der Frage, ob die Angebotsumstellungsmöglichkeiten eines Anbieters zumutbar sind, wird auf die Umstellungsdauer und auf die Umstellungskosten abgestellt. So ist nach Auffassung der Monopolkommission eine Angebotsumstellung zumutbar, wenn¹⁷

- sie kurzfristig durchführbar ist, was wohl nur möglich sein wird, wenn für die Produktion des neuen Produkts nicht erst zusätzliche Kapazitäten geschaffen werden müssen;¹⁸
- sie nicht zum Verlust des investierten Kapitals führt (sunk costs¹⁹) und
- nicht höhere Umstellungskosten sonstiger Art auftreten.

Die Umstellungskosten und die Umstellungsdauer sind allerdings noch recht grobe Maßstäbe zur Beurteilung der Angebotsumstellungsflexibilität eines Anbieters. Mittelbar werden die Umstellungskosten und die Umstellungsdauer von der "Elastizität des Betriebes"²⁰ determiniert, was nachstehende Abbildung zum Ausdruck bringt.

16 Vgl. Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 37.

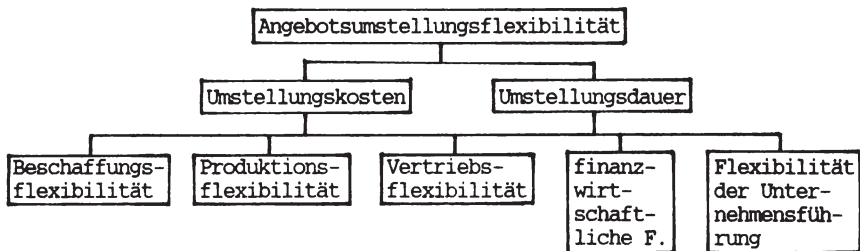
17 Vgl. Monopolkommission, 5. Hauptgutachten, a.a.O., Tz. 670.

18 Vgl. Lampe, Hans-Eckhard, a.a.O., S. 101.

19 Vgl. zum Begriff der sunk costs Baumol, William J. u.a., Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, New York u.a. 1982, S. 280 ff.

20 Riebel, Paul, Die Elastizität des Betriebes: Eine produktions- und marktwirtschaftliche Untersuchung, Köln und Opladen 1954.

Abb. 1: Determinanten der Angebotsumstellungsflexibilität



Die **Produktionsflexibilität**²¹ eines Unternehmens kann nach Ansicht der Monopolkommission durch die Kreuzelastizität des Angebots gemessen werden: Ein Gut Y zählt dann zum gleichen relevanten Markt wie ein Gut X, wenn bei einer Preisreduzierung von Gut X ein erheblicher Teil der Hersteller von Gut X kurzfristig auf die Produktion von Gut Y übergehen würde.²² Wie bei Triffin's Konzept der externen Interdependenz²³ sind numerische Werte allerdings nicht ermittelbar²⁴; das Konzept der Kreuzelastizitäten kann daher lediglich als methodischer Ausgangspunkt dienen.

21 Gutenberg spricht von betriebstechnischer bzw. fertigungstechnischer Elastizität; vgl. Gutenberg, Erich, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre: Erster Band: Die Produktion, 22. Aufl., Berlin u.a. 1976, S. 81.

22 Vgl. Monopolkommission, 5. Hauptgutachten, a.a.O., Tz. 668; auch in den US-amerikanischen Merger Guidelines von 1982 wird ein derartiges Verfahren - bezogen auf Anbietermärkte - vorgeschlagen; die Guidelines sind abgedruckt in: CCH Trade Regulation Reporter vol. 2, §§ 4500-4505; vgl. dazu auch Schmidt, Ingo, und Wolfgang Ries, Der Hirschman-Herfindahl-Index (HHI) als wettbewerbspolitisches Instrument in den neuen US-Fusionsrichtlinien 1982, in: WuW 33 (1983), S. 525 ff.

23 Vgl. Triffin, Robert, Monopolistic Competition and General Equilibrium Theory, Cambridge 1971, S. 97 ff.

24 "The cross-elasticities are particularly hopeless unknowns"; Machlup, Fritz, The Political Economy of Monopoly: Business, Labor and Government Policies, 4. Aufl., Baltimore 1967, S. 9.

Darüber hinaus hängt der Grad der Austauschbarkeit nicht nur von Preisen, sondern auch von Nicht-Preisparametern wie Qualität, Vertriebsmethode, Werbung und Service ab, was die Meßbarkeit der Substitutionsmöglichkeiten noch erschwert. Man muß sich daher auf Erfahrungswerte oder auf die Durchführung von Stichproben verlassen.²⁵

Solche Erfahrungswerte können etwa aus der Tatsache gewonnen werden, daß eine Produktionsumstellung bei Universalanlagen leichter durchzuführen ist als im Falle spezialisierter Produktionsverfahren.²⁶ Die Produktionsflexibilität wird darüber hinaus in jenen Bereichen größer sein, in denen die Fertigung keine allzu großen Aggregate erfordert. Andernfalls behindern Unteilbarkeiten der Produktionsmittel eine mögliche Produktionsumstellung.²⁷ Die Produktionsflexibilität wird in kapitalintensiven Branchen geringer sein, da das Risiko drohender Kapitalverluste bei Produktionsumstellungen größer ist.²⁸ Schließlich hängt die Produktionsflexibilität vom verfügbaren technologischen Potential zu Produktionsumstellungen ab.

Neben der Produktionsflexibilität werden die Angebotsumstellungsmöglichkeiten eines Unternehmens auch von der **Vertriebsflexibilität** determiniert.²⁹ Wenn das nach der Produktionsumstellung hergestellte Produkt nicht über die bestehenden Ver-

25 Dies gesteht auch die Monopolkommission zu; vgl. Monopolkommission, 5. Hauptgutachten, a.a.O., Tz. 669.

26 Spezialisierte Produktionsverfahren waren in den 60er Jahren in der Nahrungsmittelindustrie vorzufinden; vgl. Clasen, Sigvard, Die Flexibilität der volkswirtschaftlichen Produktionsstruktur, Göttingen 1966, S. 67.

27 Vgl. Herdzina, Klaus, Wirtschaftliches Wachstum..., a.a.O., S. 194; Streit, Manfred E., Anpassungsverhalten ökonomischer Systeme, in: Wirtschaftsdienst 61 (1981), S. 515 ff., 517 f.; insbesondere bei additiver Zusammensetzung der Fertigungsbereiche können einzelne Teilbereiche aus dem Produktionsprozeß herausgelöst werden.

28 Vgl. Clasen, Sigvard, a.a.O., S. 50 f.; Herdzina, Klaus, Wirtschaftliches Wachstum..., a.a.O., S. 194.

29 Vgl. Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 260; Lampe, Hans-Eckhard, a.a.O., S. 104; Möhlenbruch, Dirk, a.a.O., S. 135; Schlupe, Walter, a.a.O., S. 580.

triebswege abgesetzt werden kann, ist eine Umstellung der Vertriebsorganisation und das Beschreiten neuer Vertriebswege erforderlich, was die Angebotsumstellungsflexibilität beträchtlich einschränken kann.

Die Angebotsumstellungsflexibilität wird weiterhin durch die **Beschaffungsflexibilität** determiniert. Wenn für die Produktionsumstellung eine Substitution von Produktionsfaktoren erforderlich wird, kann die Angebotsumstellungsflexibilität geringer sein, wenn Unteilbarkeiten eine nur begrenzte Substitution ermöglichen oder wenn Beschaffungsprobleme auftreten.³⁰

Die Angebotsumstellungsflexibilität eines Unternehmens hängt auch von der **finanzwirtschaftlichen Flexibilität** eines Unternehmens ab, die im wesentlichen von den Finanzierungsmöglichkeiten und den Finanzierungsreserven determiniert wird.³¹

Schließlich ist auch die **Flexibilität der Unternehmensführung** für die Angebotsumstellungsflexibilität entscheidend. Voraussetzung für die Umstellungsflexibilität ist zum einen die Information über Umstellungsmöglichkeiten und zum anderen die Bereitschaft der Unternehmen, diese auch durchzuführen, was bei konservativ-immobilen Unternehmertypen weniger häufig anzutreffen sein wird.³²

c) Kritik

Das Angebotsumstellungskonzept wird v.a. von den Vertretern des noch darzustellenden Produktkonzepts kritisiert. Die Angebots-

30 Vgl. Clasen, Sigvard, a.a.O., S. 38; Graf, Gerhard, Probleme der Nachfragemacht öffentlicher Abnehmer: Unter besonderer Berücksichtigung der Vergabe fernmeldetechnischer Aufträge durch die Deutsche Bundespost, Frankfurt am Main und Bern 1981, S. 73.

31 Vgl. Gutenberg, Erich, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre: Dritter Band: Die Finanzen, 7. Aufl., Berlin u.a. 1975, S. 386 ff.

32 Vgl. Clasen, Sigvard, a.a.O., S. 41; Streit, Manfred E., a.a.O., S. 517 f.

umstellungsflexibilität lasse sich nur für jeweils einen Anbieter ermitteln, da die Möglichkeiten der Angebotsumstellung z.B. bei Einprodukt- und Mehrproduktunternehmen zu unterschiedlich seien, um daraus allgemeingültige Aussagen ableiten zu können. Das Angebotsumstellungskonzept sei daher nicht justitiabel.³³ Dagegen ist einzuwenden, daß auch bei der Abgrenzung des relevanten Absatzmarktes eine Vielzahl von Verbrauchern mit unterschiedlichen Präferenzen vorliegt. Aus Praktikabilitätsgründen wird deshalb auf den "verständigen Verbraucher" abgestellt. Ebenso muß bei der Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes auf den "verständigen Anbieter" abgestellt werden.

Weiterhin wird kritisiert, das Angebotsumstellungskonzept führe zu einer Ungleichbehandlung der Anbieterseite gegenüber der Nachfragerseite, da dem Hersteller eine Produktionsumstellung zugemutet, vom Händler eine entsprechende Sortimentsumstellung aber nicht erwartet werde.³⁴ Diese Befürchtung trifft deshalb nicht zu, weil beim Angebotsumstellungskonzept von den Umstellungsmöglichkeiten bei gegebenen Produktionsanlagen ausgegangen wird. Dies entspricht der Vorgehensweise bei der Abgrenzung relevanter Anbietermärkte, bei der von einem gegebenen Bedarf eines Verbrauchers ausgegangen wird.³⁵

Schließlich wird die enge Auffassung der Monopolkommission kritisiert, die Angebotsumstellungsmöglichkeiten eines Anbieters lediglich anhand der Produktionsflexibilität zu beurteilen.³⁶ Dieser Kritik wurde durch unsere Analyse der Determinanten der Angebotsumstellungsflexibilität im vorstehenden Abschnitt Rechnung getragen.

33 Vgl. Benisch, Werner, Bestimmung der Marktstellung bei Nachfragern, in: WuW 27 (1977), S. 619 ff., 627; Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 87.

34 Vgl. Benisch, Werner, Bestimmung der Marktstellung..., a.a.O., S. 627.

35 Vgl. Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 37.

36 Vgl. dazu Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 260; Schlupe, Walter, a.a.O., S. 580.

Zur Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes ist es allerdings erforderlich, die Ausweichmöglichkeiten eines Anbieters nicht nur anhand der Angebotsumstellungsflexibilität, sondern auch anhand der Möglichkeiten des Anbieters, auf gleichartige Nachfrager auszuweichen, zu beurteilen.³⁷ Darauf soll im folgenden Abschnitt eingegangen werden.

2. Das Produktkonzept

Im folgenden Abschnitt erfolgt zunächst eine Darstellung des Produktkonzepts. Daran anschließend wird auf Determinanten der Austauschbarkeit von Nachfragern eingegangen werden.

a) Darstellung des Konzepts

Das Produktkonzept³⁸ unterscheidet sich vom Angebotsumstellungskonzept in den jeweils gewählten Prämissen. Sind beim Angebotsumstellungskonzept die Nachfrager als Datum anzusehen, während das Angebot variabel ist, wird beim Produktkonzept von den produzierten Gütern als Datum ausgegangen, während die Nachfrageseite variabel ist. Für den Anbieter ist entscheidend, welche Nachfrager für die Abnahme bestimmter von ihm angebotener Güter zur Auswahl stehen. Dabei kommen nur solche Nachfrager in Betracht, die der Anbieter, nachdem er ihre Abnahmeverhältnisse abwägend miteinander verglichen hat, als austauschbar bewertet.³⁹

Die Ausweichmöglichkeiten der Anbieter auf verschiedene Nachfrager sind anhand der spezifischen Leistungen zu beurteilen,

37 So auch Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 261; Mestmäcker, Ernst-Joachim, Der verwaltete Wettbewerb - Eine vergleichende Untersuchung über den Schutz von Freiheit und Lauterkeit im Wettbewerbsrecht, Tübingen 1984, S. 262.

38 Auch Konzept der Marktgleichwertigkeit genannt; vgl. Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 47.

39 Das Produktkonzept wird vertreten von Benisch, Werner, Bestimmung der Marktstellung..., a.a.O., insbesondere S. 624 f.; Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 87 f.

die Handelsunternehmen ihren Lieferanten bieten. Zu dem relevanten Beschaffungsmarkt gehören die Handelsunternehmen, deren Leistungen aus der Sicht der Anbieter austauschbar sind.

Die Leistungen der Handelsunternehmen werden in der Handelsbetriebslehre als Handelsfunktionen bezeichnet. In Anlehnung an Oberparleiter lassen sich folgende Funktionen unterscheiden:⁴⁰

- Raumüberbrückung zwischen Herstellern und Endverbrauchern,
- zeitliche Überbrückung zwischen Produktion und Verbrauch,
- Überbrückung von Mengenunterschieden zwischen Produktion und Konsum,
- Verkaufsförderung durch Bildung von bedarfsgerechten Sortimenten und durch Werbung sowie
- Ersparnis von Transaktionskosten.⁴¹

Die Schwierigkeit besteht darin, daß Handelsunternehmen diese Leistungen in unterschiedlicher Weise kombinieren, was die Vergleichbarkeit der Handelsleistungen im Hinblick auf die Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes erschwert.

Bei der Beurteilung der Ausweichmöglichkeiten eines Anbieters auf verschiedene Nachfrager kommt es nicht auf individuelle Besonderheiten, sondern auf eine objektiv-generalisierende Betrachtungsweise an. Wie beim Angebotsumstellungskonzept ist daher auf die Figur eines verständigen durchschnittlichen Anbieters abzustellen.⁴²

40 Vgl. Oberparleiter, Karl, Funktionen und Risiken des Warenhandels, Wien 1930; einen Überblick über weitere Kataloge von Handelsfunktionen gibt Tietz, Bruno, Der Handelsbetrieb..., a.a.O., S. 12 ff.

41 Vgl. dazu Picot, Arnold, Transaktionskosten im Handel: Zur Notwendigkeit einer flexiblen Strukturentwicklung in der Distribution, in: BB 41 (1986), Beilage 13, S. 1 ff.; Kirchner, Christian, und Arnold Picot, Transaction Cost Analysis of Structural Changes in the Distribution System: Reflections on Institutional Developments in the Federal Republic of Germany, in: JITE 143 (1987), S. 62 ff.

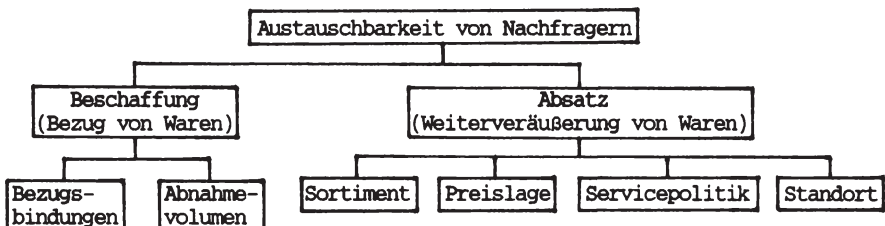
42 Vgl. Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 259; Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 88.

Schließlich muß auch beim Produktkonzept berücksichtigt werden, ob die Ausweichmöglichkeiten zumutbar sind, d.h. ob ein Ausweichen auf andere Nachfrager nicht mit erheblichen Kosten verbunden ist. Auf welche Aspekte es dabei ankommt, soll im folgenden dargestellt werden.

b) Determinanten der Austauschbarkeit von Nachfragern

Die Ausweichmöglichkeiten eines Anbieters auf andere Nachfrager sind dann zumutbar, wenn der betr. Anbieter die Leistungen, die der Handel für ihn erbringt, als gleichwertig ansieht. Die Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes wird erheblich dadurch erschwert, daß sich die Funktionen des Handels nicht nur in dem quantitativ meßbaren Bezug von Waren und deren Weiterveräußerung erschöpfen, sondern daß der Handel auch spezifische, nur qualitativ erfaßbare Leistungen abgibt, die je nach Sortiment, Service, Verkaufsförderung und Preislage der Handelsunternehmen unterschiedlich sein können.⁴³ Der folgende Versuch einer Differenzierung von Handelsleistungen kann daher nur als Anhaltspunkt für eine Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes dienen. Einen Überblick über wesentliche Determinanten der Austauschbarkeit von Nachfragern bietet folgende Abbildung:

Abb. 2: Determinanten der Austauschbarkeit von Nachfragern



⁴³ Vgl. dazu auch Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 22 ff.

Stellt man zunächst auf den **Bezug von Waren** ab, können Hersteller auf solche Nachfrager nicht ausweichen, die in ihren Lieferbeziehungen gebunden sind, was bei konzerninternem Bezug und bei Vorliegen von Bezugsbindungen der Fall ist.⁴⁴ Ausweichmöglichkeiten fehlen auch auf solche Nachfrager, die ihre Produkte über Einkaufsgemeinschaften beziehen. Die Hersteller haben faktisch nur die Wahl zwischen den verschiedenen Einkaufszentralen, nicht aber zwischen den angeschlossenen Handelsunternehmen.

Schließlich kann das Abnahmenvolumen eines Handelsunternehmens ein Kriterium für die Ausweichmöglichkeiten von Herstellern darstellen. Für einen Hersteller, der bisher große Mengen an ein Handelsunternehmen abgesetzt hat, kann es u.U. unzumutbar sein, kleinere Mengen an kleinere Handelsunternehmen zu veräußern.⁴⁵

Hinsichtlich der **Weiterveräußerung von Waren** läge es nahe, jeweils einen eigenen relevanten Beschaffungsmarkt für den Großhandel, der an andere Handelsunternehmen oder gewerbliche Verbraucher weiterveräußert, und den Einzelhandel, der an Endverbraucher liefert, zu bilden. Eine Trennung zwischen Groß- und Einzelhandelsunternehmen ist allerdings dann nicht aufrechtzuerhalten, wenn die Hersteller sowohl auf Groß- als auch auf Einzelhandelsunternehmen ausweichen können⁴⁶, was dann der Fall sein dürfte, wenn

44 Vgl. Benisch, Werner, Bestimmung der Marktstellung..., a.a.O., S. 624 f.

45 Vgl. Benisch, Werner, Bestimmung der Marktstellung..., a.a.O., S. 625.

46 Vgl. Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Der Selbstbedienungs-großhandel..., a.a.O., S. 135; Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 128; Barth, Klaus, Zur Problematik der Bestimmung des relevanten Marktes von Handelsunternehmungen, in: BB 39 (1984), S. 1457 ff., 1459 und 1461.

- der Großhandel auch Einzelhandelsfunktionen wahrnimmt⁴⁷ und
- traditionelle Kunden des Großhandels auch von (großflächigen) Einzelhandelsunternehmen beziehen.⁴⁸

Die Marktabgrenzung im Handel wird dadurch erschwert, daß Handelsunternehmen den Herstellern hinsichtlich der Gestaltung des Sortiments, der Verkaufsförderung, des Services, des Standortes⁴⁹ und der Preislage unterschiedliche Leistungen bieten. Diese Aktionsparameter werden in den verschiedenen Betriebsformen des Handels unterschiedlich eingesetzt und kombiniert. Im folgenden soll daher untersucht werden, inwieweit einzelne Betriebsformen des Handels einen eigenen relevanten Markt bilden können.⁵⁰

47 Dies gilt z.B. für die C&C-Märkte der Metro-Gruppe, die auch von Endverbrauchern frequentiert werden, was die HDE 1985 dazu veranlaßt hat, gegen einige Gesellschaften der Metro-Gruppe wegen Verstoßes gegen das UWG, die Preisangabenvorordnung und das Ladenschlußgesetz zu klagen. Die Landgerichte Bochum und Köln haben den Metro-Niederlassungen daraufhin untersagt, weiterhin als SB-Großhandelsmarkt zu werben; vgl. o.V., Landgerichte sprechen Metro Großhandelseigenschaft ab, in: WuW 36 (1986), S. 268; die Urteile wurden vom OLG Köln bestätigt; vgl. o.V., Richter gaben weitgehend dem Einzelhandel Recht, in: Handelsblatt v. 9.2.1987; vor dem OLG Hamm kam es zu einem Vergleich; vgl. o.V., Stopp für Endverbraucher, in: Handelsblatt v. 12.1.1988.

48 Vgl. Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Der Selbstbedienungsgroßhandel..., a.a.O., S. 135 f.; dieses Ergebnis wird durch empirische Untersuchungen bestätigt; vgl. Ahlert, Dieter, Relevante Absatzmärkte, Marktbeherrschung und Fusionskontrolle im Lebensmittelhandel - Der Fall Metro/Kaufhof, in: DB 40 (1987), Beil. 9, S. 1 ff., 8 ff.; nach der Entscheidung des BGH im Fall Metro-Kaufhof ist diese Frage auch höchstrichterlich geklärt; vgl. Metro-Kaufhof, in: WuW/E BGH 2231 ff.

49 Die Standortfrage ist eher ein Problem der räumlichen Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes und wird daher in Abschnitt II behandelt werden.

50 Der ständige Wandel der Betriebstypen ist jedenfalls kein Argument gegen die Abgrenzung des relevanten Marktes nach Betriebstypen, da die Marktabgrenzung zeitpunktbezogen durchgeführt werden muß; so aber Möhlenbruch, Dirk, a.a.O., S. 143 ff.

Betriebsformen können zunächst nach der **Art des Sortiments** unterschieden werden. Fachgeschäfte wie Mode-Boutiquen, Schuh- und Unterhaltungselektronikgeschäfte führen v.a. ein innovatives Sortiment, das sich vom normalen Sortiment von Supermärkten oder Billig-Sortiment von Discountgeschäften und Fachmärkten unterscheidet.⁵¹

Hersteller qualitativ hochwertiger Produkte können häufig nicht auf Handelsunternehmen, die Massengüter im Sortiment halten, ausweichen.⁵² Der Grund für die fehlenden Ausweichmöglichkeiten eines Herstellers innovativer und qualitativ hochwertiger Produkte auf Handelsunternehmen mit normalem und Billig-Sortiment liegt in den unterschiedlichen Leistungen von Fachgeschäften einerseits sowie Supermärkten, SB-Warenhäusern und Discountgeschäften andererseits. Fachgeschäfte bieten die für innovative Sortimente erforderliche Verkaufsförderung in Form von Beratung durch geschultes Personal und Kundendienstleistungen, während die Serviceleistungen gerade bei Billighändlern stark reduziert werden.

Bei der Beurteilung der Ausweichmöglichkeiten von Herstellern muß daneben der **Umfang des Sortiments** berücksichtigt werden, das Handelsunternehmen führen. Herstellern kann ein Ausweichen auf solche Händler nicht zugemutet werden, die keine vollständigen Sortimente führen (Spezialeinzelhandel, Nahrungsmittelhandwerk, Wochenmärkte)⁵³ oder die eine unterschiedliche

51 Vgl. Oehme, Wolfgang, Die Problematik vertriebsformenheterogener Sortimente, in: MZFP 7 (1985), S. 85 ff., 88.

52 Vgl. Ahlert, Dieter, Das Sondergutachten der Monopolkommission zur Konzentration im Lebensmittelhandel: Grundzüge einer kritischen Stellungnahme aus betriebswirtschaftlicher Sicht, in: MA 47 (1985), S. 536 ff., 548.

53 Vgl. o.V., Rechnung ohne Verbraucher: Eine empirische Untersuchung zur Marktabgrenzungspraxis des Kartellamts, in: LZ v. 22.8.1986, S. F6.

Sortimentsbreite aufweisen (Zustellgroßhandel vs. SB-Großhandel).⁵⁴

An dieser Stelle wird auch die Schwierigkeit deutlich, die sich bei der Marktabgrenzung ergibt. Zwar erlaubt das Kriterium Umfang des Sortiments eine Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes nach Betriebsformen mit unterschiedlicher Sortimentsbreite; wie aber sind weitere Leistungen von Handelsunternehmen zu beurteilen? Kann noch von unterschiedlichen relevanten Märkten gesprochen werden, wenn auch der SB-Großhandel Zustelldienste betreibt oder der Zustellgroßhandel die Nachteile einer geringeren Sortimentsbreite durch die Gewährung von Lieferantenkrediten ausgleicht?⁵⁵

Ähnliche Abgrenzungsprobleme ergeben sich bei Berücksichtigung der **Preislage** eines Handelsunternehmens. Fachgeschäfte können aufgrund ihres auch dauerhaft höheren Preisniveaus noch recht deutlich von den übrigen Betriebsformen des Handels mit niedrigeren Preisen abgegrenzt werden. Sonderangebote oder Dauerniedrigpreise können einen Hersteller wegen befürchteter Imageverluste davon abhalten, derartige Betriebsformen zu beliefern.⁵⁶ Die Verwendung dieses Kriteriums zur Beurteilung der Ausweichmöglichkeiten eines Herstellers birgt allerdings die Gefahr in sich, daß Unternehmen durch ihr Verhalten den relevanten Markt selbst bestimmen könnten.

54 Die Monopolkommission sieht aufgrund der im Zustellgroßhandel (3000-5000 Artikel) gegenüber dem SB-Großhandel (9000-40000 Artikel) geringeren Sortimentsbreite zwei relevante Märkte für den Zustell- und den SB-Großhandel; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 127.

55 Vgl. Barth, Klaus, a.a.O., S. 1460; Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Der Selbstbedienungsgroßhandel..., a.a.O., S. 135.

56 Dies zeigen die vielfältigen Versuche von Herstellern, ihre Absatzkanäle durch selektiven Vertrieb zu organisieren; vgl. zu diesem Problemkreis auch Ulmer, Peter, Wettbewerbsrechtliche Schranken für die Händlerwerbung mit bekannten Herstellermarken? - Zur Rufausbeutung von Markenartikeln und zur Minderung ihres Wertes durch Lockvogelstrategien, in: WRP 33 (1987), S. 299 ff.

c) Kritik

Der relevante Beschaffungsmarkt ist anhand der Ausweichmöglichkeiten der Anbieterseite abzugrenzen, die zum einen von den Möglichkeiten der Angebotsumstellung und zum anderen von der Austauschbarkeit von Nachfragern abhängen. Das Produktkonzept ist daher ergänzend zum Angebotsumstellungskonzept heranzuziehen, es stellt aber allein kein befriedigendes Konzept zur Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes dar.

Schwierigkeiten ergeben sich beim Produktkonzept bei der konkreten Bestimmung der Austauschbarkeit von Nachfragern. Nicht zugestimmt werden kann der Auffassung, die Dynamik der Betriebsformen führe dazu, daß nahezu alle Betriebsformen des Handels als für einen Hersteller austauschbar angesehen werden können.⁵⁷ Art und Umfang der Sortimente sowie Preislagen können einzelne Hersteller davon abhalten, auf bestimmte Handelsunternehmen auszuweichen. Freilich dürfen nicht schon einzelne Vertriebswege als relevanter Markt angesehen werden, weil man damit einzelnen Produzenten Vertriebswege sichern würde, was einen strukturkonservierenden und nicht einen strukturfördernden Effekt hätte.⁵⁸

3. Das Absatzmittlerkonzept

Das Absatzmittlerkonzept⁵⁹ beruht auf dem schon dargestellten Konzept der Nachfragemacht, das eine Umdeutung von Nachfragemacht in Angebotsmacht vornimmt, indem Handelsunternehmen als Anbieter bestimmter Leistungen und Hersteller als Nachfrager nach diesen Leistungen angesehen werden.⁶⁰ Die Leistungen der Handelsunternehmen bestehen darin, daß diese als Absatzmittler

57 So aber Barth, Klaus, a.a.O., S. 1461; Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Der Selbstbedienungsgroßhandel..., a.a.O., S. 135.

58 Vgl. Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 260.

59 Vertreter dieses Konzepts sind Reimann, Thomas, a.a.O. und Ulmer, Peter, Kartellrechtliche Unterschiede..., a.a.O.

60 Vgl. dazu im 1. Kapitel Abschnitt II, 2, b, cc.

für den Warenvertrieb auftreten. Hersteller sind nach diesem Konzept Nachfrager nach Absatzmittlerleistungen des Handels.⁶¹

Zur Ermittlung des relevanten Beschaffungsmarktes muß geprüft werden, ob der Bedarf eines Herstellers an Nachfrage für sein Produkt durch das Angebot verschiedener Betriebsformen des Handels gleichermaßen gedeckt wird und damit verschiedene Betriebsformen für den Hersteller austauschbar sind.⁶²

Das Absatzmittlerkonzept beinhaltet wie das Produktkonzept die Frage nach der Austauschbarkeit von Handelsunternehmen aus Sicht der Hersteller. Allerdings neigen die Vertreter des Absatzmittlerkonzepts zu einer engeren Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes. Jede Vertriebsform des Handels bildet möglicherweise einen eigenen relevanten Markt. Weitere produkt-spezifische Unterteilungen einzelner Vertriebsformen können erforderlich sein.⁶³

Das Absatzmittlerkonzept eignet sich nicht zur Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes. Es kommt zwar im Ergebnis wie das Produktkonzept zu einer Bestimmung des relevanten Marktes anhand der Austauschbarkeit von Handelsunternehmen aus Herstellersicht, es ist aber im Ansatz problematisch: Der Handel wird als Erfüllungsgehilfe der Industrie gesehen, was dem Selbstverständnis der Handelsunternehmen als selbständigen Wirtschaftssubjekten widerspricht.

Daneben führt die sehr enge Abgrenzung des relevanten Marktes dazu, daß bestimmte Vertriebswege für Hersteller gesichert werden. Schließlich widerspricht das Absatzmittlerkonzept dem Wortlaut der Vorschriften im GWB, die ausdrücklich zwischen An-

61 Vgl. Hoppmann, Erich, Behinderungsmißbrauch: Die Entwicklung von per-se Verboten für marktbeherrschende Unternehmen - dargestellt am Beispiel der Umsatzrabatte, Tübingen 1980, S. 39; Ulmer, Peter, Kartellrechtliche Unterschiede..., a.a.O., S. 43.

62 Vgl. Reimann, Thomas, a.a.O., S. 545.

63 Vgl. Reimann, Thomas, a.a.O., S. 546.

bietern und Nachfragern unterscheiden (z.B. § 26 Abs. 2 S. 3 GWB).⁶⁴

Das Absatzmittlerkonzept tendiert zu einer Vermischung der Abgrenzung relevanter Beschaffungs- und Absatzmärkte. Wenn man Leistungen, die der Handel den Herstellern anbietet, als reine Absatzleistungen der Handelsunternehmen interpretiert, entspricht der relevante Absatzmarkt dem relevanten Beschaffungsmarkt.

II. Die räumliche und zeitliche Marktabgrenzung

Ebenso wie bei der sachlichen Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes ist bei der räumlichen Abgrenzung auf die Ausweichmöglichkeiten der Anbieter abzustellen, die zum einen von der räumlichen Angebotsumstellungsflexibilität und zum anderen von der räumlichen Austauschbarkeit von Nachfragern abhängen.⁶⁵

Die Monopolkommission stellt wie bei der sachlichen Marktabgrenzung lediglich auf die räumliche Angebotsumstellungsflexibilität eines Anbieters ab:

"Die räumlichen Marktgrenzen sind somit so zu ziehen, daß sie ein Gebiet umschließen, innerhalb dessen die Anbieter ohne erhebliche Kostendifferenz an jeden beliebigen Ort liefern können."⁶⁶

In der Regel dürfte der räumlich relevante Markt nach dem Angebotsumstellungskonzept das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland umfassen. Davon gibt es allerdings einige Ausnah-

⁶⁴ Vgl. Mestmäcker, Ernst-Joachim, Der verwaltete Wettbewerb..., a.a.O., S. 264; Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 22; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 36; Schlupe, Walter, a.a.O., S. 587 f.

⁶⁵ Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 22 Rdnr. 43; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfrage-macht, a.a.O., S. 40.

⁶⁶ Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 200.

men, die nach folgenden Kriterien zu beurteilen sind: Die räumlichen Marktgrenzen sind zunächst dann enger zu ziehen, wenn die Transportkosten mit zunehmender Lieferstrecke unzumutbar ansteigen würden.⁶⁷ Dies ist z.B. bei bestimmten Produkten wie Sand, Kies, Zement und sonstigen Baustoffen der Fall, so daß z.B. der Markt für Baustoffe räumlich enger abgegrenzt werden müßte. Außerdem sind die Bestellmengen für die Höhe der Transportkosten entscheidend. Anbieter beliefern nicht räumlich weit entfernte Kleinbetriebe, deren Bestellmengen so gering sind, daß der betreffende Hersteller überproportional hohe Transportkosten hätte.⁶⁸

Daneben hängen die räumlichen Marktgrenzen von der Transportfähigkeit bestimmter Güter ab. Der Belieferungsradius kann v.a. bei leicht verderblichen Gütern wie Brot, Milch und Früchten eingeengt sein. Schließlich kann der Transportradius dann eingeschränkt sein, wenn der Hersteller über den Vertrieb des Produkts hinaus Dienstleistungen (z.B. Kundendienst) anbietet, und große Anfahrtswege zu zeitlichen Verzögerungen bei diesen Serviceleistungen führen würden.⁶⁹

Die räumlichen Marktgrenzen sind dann weiter zu ziehen, wenn die Anbieter auf Nachfrager außerhalb des Bundesgebietes ausweichen können. Die räumlichen Marktgrenzen überschreiten das Bundesgebiet auch dann, wenn die nachfragenden Handelsunternehmen von ausländischen Anbietern beliefert werden.⁷⁰

67 Vgl. Hansen, Ursula, Absatz- und Beschaffungsmarketing des Einzelhandels - Eine Aktionsanalyse, Teil 2, Göttingen 1976, S. 479; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 40.

68 Vgl. Hansen, Ursula, a.a.O., S. 479; Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 58.

69 Vgl. Henrichs, Helmut, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Licht der neueren Rechtsprechung zum Antitrustrecht, in: WuW 17 (1967), S. 255 ff., 259; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 40.

70 Vgl. Träger, Uwe Ch., Hohes Konzentrationsniveau im Lebensmittelhandel der EG - Indiz für Nachfragemacht? - Ein handels- und wettbewerbspolitischer Überblick -, in: ifo-schnelldienst 40 (1987), H. 12, S. 16 ff., 17.

Die räumliche Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes allein nach dem Angebotsumstellungskonzept kann allerdings zu unrichtigen Ergebnissen führen. Wenn ein Hersteller verschiedene Handelsunternehmen beliefert, die in jeweils verschiedenen Regionen tätig sind, umfaßt der räumlich relevante Beschaffungsmarkt nach dem Angebotsumstellungskonzept die Gesamtheit dieser Regionen. Der Hersteller ist allerdings daran interessiert, seine Produkte flächendeckend zu veräußern. Daher ist bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Beschaffungsmarktes anhand des Produktkonzepts zu fragen, welche Handelsunternehmen für den Hersteller austauschbar sind.⁷¹ An der Austauschbarkeit von Handelsunternehmen wird es dann fehlen, wenn die Nichtbelieferung eines Händlers zu regionalen Distributionslücken führen würde, was Umsatzverluste zur Folge hätte. Es ist daher nach den Regionen zu fragen, auf die sich die Vertriebsleistungen der Handelsunternehmen erstrecken.

Die zeitliche Abgrenzung relevanter Beschaffungsmärkte⁷² dürfte ohne Probleme vollzogen werden können. Zeitliche Marktschranken können insbesondere wegen der Beschaffenheit der Produkte (verderbliche oder modische Produkte) und der Beschaffenheit des Marktes (Messen und Auktionen) entstehen.⁷³

III. Zusammenfassung

Da die Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes, die die erste Stufe zur Erfassung von Nachfragemacht bildet, in hohem Maße umstritten ist, wurden im 2. Kapitel zunächst die ökonomischen Grundlagen dargestellt, während die rechtliche Behandlung

71 Vgl. Ahlert, Dieter, a.a.O., S. 549; Tietz, Bruno, Der Handelsbetrieb..., a.a.O., S. 131.

72 Vgl. zur Abgrenzung zeitlich relevanter Angebotsmärkte die kritischen Ausführungen von Ungern-Sternberg, Thomas von, Zum Begriff des "zeitlich relevanten Marktes", in: WuW 34 (1984), S. 707 ff.

73 Vgl. Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 41.

und deren wettbewerbsspolitische Beurteilung im 4. Kapitel dieser Arbeit analysiert werden sollen.

Die Abgrenzung des sachlich relevanten Beschaffungsmarktes, die im Vergleich zur räumlichen und zeitlichen Marktabgrenzung den Schwerpunkt der vorstehenden Ausführungen bildet, erfolgt in Analogie zur Abgrenzung des relevanten Anbietermarktes (Bedarfsmarktkonzept). Die Marktgrenzen sind somit danach zu bestimmen, welche Substitutionsmöglichkeiten die Marktgegenseite besitzt. Im Hinblick auf die Abgrenzung des sachlich relevanten Beschaffungsmarktes ist deshalb auf die Ausweichmöglichkeiten der Anbieter abzustellen, die zum einen durch deren kurzfristige Angebotsumstellungsmöglichkeiten (Angebotsumstellungskonzept) und zum anderen durch die Möglichkeit der Austauschbarkeit gleichartiger Nachfrager (Produktkonzept) bestimmt werden.

Bislang weitgehend ungeklärt geblieben ist die Frage, auf welche Kriterien zur Ermittlung der Angebotsumstellungsflexibilität und der Austauschbarkeit von Nachfragern abzustellen ist. Die Angebotsumstellungsflexibilität wird durch die Umstellungskosten und die Umstellungsdauer determiniert, die ihrerseits von der Produktionsflexibilität, der Vertriebsflexibilität, der Beschaffungsflexibilität, der finanzwirtschaftlichen Flexibilität und der Flexibilität der Unternehmensführung der jeweiligen Unternehmen abhängen.

Aus Sicht der Anbieter ist die Austauschbarkeit von Nachfragern dann zu bejahen, wenn die Leistungen, die der Abnehmer erbringt, durch den Anbieter als gleichwertig angesehen werden. Die Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes wird hier erheblich dadurch erschwert, daß sich die Funktionen des Handels nicht nur in dem quantitativ meßbaren Bezug von Waren und deren Weiterveräußerung erschöpfen, sondern daß der Handel auch spezifische, nur qualitativ erfaßbare Leistungen abgibt, die je nach Sortiment, Service, Verkaufsförderung und Preislage der Handelsunternehmen unterschiedlich sein können. Somit ist es insbesondere nicht möglich, den Großhandel und den Einzelhandel

als unterschiedliche sachlich relevante Märkte abzugrenzen. Auch unterschiedliche Betriebsformen des Handels bilden nicht generell getrennte Beschaffungsmärkte. Während beispielsweise bei der Beschaffung qualitativ hochwertiger Kosmetika im Vergleich zu Massengütern von unterschiedlichen Beschaffungsmärkten gesprochen werden kann, ist eine Marktabgrenzung nach der Art des Sortiments im Lebensmittelhandel nur schwer möglich. Ob der Umfang des von einem Handelsunternehmen gehaltenen Sortiments (Vollsortimenter oder Fachgeschäfte) zur Bildung unterschiedlicher relevanter Märkte führt, ist ebenfalls nicht generell zu beantworten. Im übrigen ist auf die Ausführungen im 4. Kapitel zu verweisen.

Bei der räumlichen Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes ist entsprechend zur sachlichen Marktabgrenzung nach den räumlichen Angebotsumstellungsmöglichkeiten des Anbieters und den räumlichen Ausweichmöglichkeiten auf andere Nachfrager zu fragen. Die zeitliche Marktabgrenzung birgt keine grundsätzlichen Probleme in sich.

Im nachstehenden 3. Kapitel sollen die ökonomischen Kriterien zur Erfassung von Nachfragemacht ermittelt werden.

3. Kapitel: Kriterien zur Erfassung von Nachfragemacht

Nachdem im vorangegangenen Kapitel Verfahren zur Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes analysiert worden sind, soll im folgenden untersucht werden, welche Kriterien zur Erfassung von Nachfragemacht erforderlich sind. Der nach dem Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs üblichen Einteilung entsprechend wird eine Klassifizierung nach Marktstruktur-, Marktverhaltens- und Marktergebniskriterien vorgenommen werden.

I. Strukturkriterien

Häufig wird der Strukturwandel im Handel für die Entstehung von Nachfragemacht und deren mißbräuchlicher Ausübung verantwortlich gemacht.¹ Hinter dem Strukturbegriff² verbirgt sich eine Vielzahl von Größen wie die Konzentration im Handel, die Veränderung der Betriebsformen und die Ausweitung der Kooperation im Handel.³ Diese Größen sollen zum Ausgangspunkt der folgenden Analyse gemacht werden, die das Ziel hat, strukturelle Kriterien zur Erfassung von Nachfragemacht zu entwickeln.⁴ Dabei

1 Vgl. nur Batzer, Erich, Strukturveränderungen und Wettbewerb im Handel, in: Wettbewerbsbeziehungen zwischen Industrie und Handel, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1982, S. 1 ff.

2 Vgl. dazu Herdzina, Klaus, Wirtschaftliches Wachstum..., a.a.O., S. 118 ff.

3 Vgl. Batzer, Erich, Strukturveränderungen..., a.a.O.; Weber, Erich, Zur Frage der Betriebsgröße im Einzelhandel, Meisenheim/Gl. 1971, S. 74 ff.

4 Die Verwendung von Strukturkriterien zur Bestimmung von Nachfragemacht wird von systemtheoretischer Seite kritisiert; vgl. Lademann, Rainer, Nachfragemacht von Handelsunternehmen: Analyse der Begriffs-, Erklärungs- und Rechtstatsachenprobleme, Diss., Göttingen 1986, S. 74 ff.; Wilde, Olga, a.a.O., S. 63.

soll auf folgende Kriterien eingegangen werden:⁵

- Marktanteile,
- Marktzutrittsschranken,
- konglomerate Unternehmensmacht,
- Käufermärkte und
- bilaterale Abhängigkeitsverhältnisse.

1. Marktanteile

Als eine der Hauptursachen für die Entstehung von Nachfrage-
macht wird die Konzentration im Handel genannt⁶, die in fol-
genden Erscheinungsformen auftritt:

- Rückgang der Zahl der Handelsunternehmen⁷,

5 Vgl. zu ähnlichen Darstellungen Schweizerische Kartellkommission, a.a.O., S. 79; Marx, Gerd-R., Marketing und Marktmacht, am Beispiel von Absatzwege-Systemen der Konsumgüterindustrie, Diss., Zürich 1976, S. 260 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 45; Müller, Walter, Die handels- und konkurrenzbezogenen Marketingstrategien mittelständischer Nahrungsmittelhersteller unter besonderer Berücksichtigung der branchenspezifischen Marktstrukturen und Marktwirkungen, Frankfurt am Main 1986, S. 42 ff.

6 Vgl. Berekoven, Ludwig, Die Gewinne in Industrie und Einzelhandel - Ein Ausdruck der Wettbewerbsintensität der jeweiligen Wirtschaftsstufe ?, in: JbAV 26 (1980), S. 117 ff., 127; Görgens, Egon, a.a.O., S. 231; Kühne, René, a.a.O., S. 89; Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 45 f.; OECD, Buying Power..., a.a.O., S. 17; anders jedoch Schenk, Hans-Otto u.a., a.a.O., S. 231 f.

7 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 65; die Entwicklung in den einzelnen Wirtschaftszweigen des Einzelhandels ist dabei unterschiedlich verlaufen; während die Zahl der Lebensmitteleinzelhandelsunternehmen von 1979 bis 1985 um rund 16 % abgenommen hat, ist beispielsweise die Zahl der Unternehmen im Pkw-Einzelhandel um 22,8 % gestiegen; vgl. Deutscher Industrie- und Handelstag, Konzentration im Zwielficht: Binnenhandel auf Konzentrationskurs, Bonn 1987, S. 44.

Betrachtet man die Zahl der Handelsunternehmen nach Größenklassen, hat nur die Zahl der mittleren Unternehmen abgenommen, die Zahl der kleinen und großen Handelsunternehmen hat dagegen zugenommen; vgl. Böcker, Franz, Handelskonzentration: Abnehmende Unternehmenskonzentration bei zunehmender Entscheidungskonzentration, in: MA 48 (1986), S. 284 ff., 288; Dahremöller, Axel, Konzentration im Einzelhandel: Eine Fehlinterpretation?, in: ZfB 56 (1986), S. 661 ff., 672 f.

- überproportionales internes Wachstum⁸,
- Zunahme der Zahl der Zusammenschlüsse im Handel⁹ und
- Zunahme der Bedeutung von Einkaufsgemeinschaften.¹⁰

Die Konzentration im Handel läßt vermuten, daß einzelne Handelsunternehmen auf Beschaffungsmärkten über Marktanteile verfügen, die zu einem gewissen Maß an Nachfragemacht führen. Im folgenden soll die Relevanz von Marktanteilen für die Erfassung von Nachfragemacht dargestellt werden. In Anlehnung an den von uns gewählten Begriff der Nachfragemacht sind dabei zum einen die horizontale Marktstellung von Nachfragern und zum anderen die Beziehungen zu vor- und nachgelagerten Märkten zu berücksichtigen.

a) Marktanteile und horizontale Marktstellung von Nachfragern

Ein hoher **Marktanteil** eines Handelsunternehmens bzw. einer Einkaufsgemeinschaft kann mit höheren Einkaufsmengen verbunden sein, die die Erzielung günstiger Preise und Konditionen ermög-

8 Dies gilt v.a. für Aldi; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 68.

9 Vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1985/86, in: BTDr 11/554, S. 114 f.; Bisch, Jürgen, Handelslandschaft deutlich verändert - Aktuelle Strukturen des Lebensmitteleinzelhandels und des Drogeriefachhandels 1986, in: dynamik im handel 30 (1986), S. 2 ff., 10.

Im Lebensmitteleinzelhandel haben von 1980 bis August 1987 220 Zusammenschlüsse mit einem erworbenen Umsatzvolumen von 32 Mrd. DM stattgefunden, wobei sich von Januar bis August 1987 allein 42 Zusammenschlüsse mit einem erworbenen Umsatzvolumen von 20 Mrd. DM feststellen lassen; hervorzuheben ist, daß die 6 größten Lebensmitteleinzelhandelsunternehmen seit 1980 mit 149 Übernahmen (= 68 %) bei einem Umsatzvolumen von 26 Mrd. DM (= 81 %) die Zusammenschlußaktivitäten anführen; vgl. Matschuck, Hans-Joachim, Jährlich 2,3 Mrd. DM Umsatz erworben: Kartellamts-Statistik über Zusammenschlüsse im Lebensmittelhandel seit 1980, in: LZ v. 25.09.1987, S. 139 ff.

10 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 72; Olesch, Günter, und Horst Tiedtke, Die wirtschaftliche Bedeutung der Einkaufsverbände des Einzelhandels, Frankfurt 1985; Batzer, Erich u.a., Kooperation im Einzelhandel, Berlin und München 1982; Träger, Uwe Ch., Hohes Konzentrationsniveau..., a.a.O., S. 19 ff.

lichen, was zu Kostenvorteilen gegenüber kleineren und mittleren Handelsunternehmen führt.¹¹ Diese realen economies of scale in der Beschaffung¹², die zu einem überlegenen Verhaltensspielraum der großen Handelsunternehmen gegenüber ihren kleineren Konkurrenten führen, lassen sich allerdings nur schwer von nachfragemachtbedingten (sog. pekuniären) economies of scale unterscheiden.¹³

Daneben kann der Marktanteil einer Gruppe von Unternehmen als Indiz für Nachfragemacht herangezogen werden.¹⁴ Die hohe parametrische Interdependenz in engen Oligopsonen¹⁵ fördert die Tendenz zur Maximierung des gemeinsamen Gewinns aufgrund von Absprachen oder von Gruppendisziplin bzw. Preisführerschaft, was dazu führt, daß die Preise der Verkäufer nicht gegenseitig überboten, sondern niedrig gehalten werden. Zumindest die zunehmende Bedeutung der Einkaufsgemeinschaften (als eine Form

11 Vgl. Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 47; Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 78; Schweizerische Kartellkommission, a.a.O., S. 80.

12 Darauf wird in Abschnitt 2 eingegangen werden.

13 Vgl. zum Begriff der pekuniären Kostenvorteile Herdzina, Klaus, Wirtschaftliches Wachstum..., a.a.O., S. 162, 164; Shepherd, William G., Public Policies..., a.a.O., S. 76.

14 Vgl. Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 46 f.; in der neueren Industrial Organization-Literatur wird die Relevanz des gemeinsamen Marktanteils einer Gruppe von Unternehmen zunehmend bestritten. Ursächlich für das Entstehen von Marktmacht sei der individuelle Marktanteil eines Unternehmens; vgl. Shepherd, William G., The Treatment of Market Power: Antitrust, Regulation and Public Enterprise, New York und London 1975, S. 44 f. und 49; Shepherd, William G., Assessing "Predatory" Actions by Market Shares and Selectivity, in: AB 31 (1986), S. 1 ff.; Rhoades, Stephen A., Market Share as a Source of Market Power: Implications and Some Evidence, in: JEB 37 (1985), S. 343 ff.; Gale, Bradley T., Market Share and Rate of Return, in: RES 54 (1972), S. 412 ff.; Scherer, Frederic M., Stand und Perspektiven der Industrieökonomik, in: Industrieökonomik: Theorie und Empirie, hrsg. von Gottfried Bombach, Tübingen 1985, S. 3 ff., 6 f.

15 Der DIHT schließt die Bildung enger Oligopole auf Beschaffungsmärkten des Handels nicht aus; vgl. Deutscher Industrie- und Handelstag, Handel im Umbruch..., a.a.O., S. 8.

von Absprachen) läßt das Kollusionsargument auf Beschaffungsmärkten des Handels nicht unrealistisch erscheinen.

Hohe Marktanteile von Nachfragern sind auch dann ein Indiz für Nachfragemacht, wenn durch eine reduzierte Zahl von Handelsunternehmen die Wahl- bzw. Ausweichmöglichkeiten der Anbieter verringert werden und damit deren Abhängigkeit von einzelnen Handelsunternehmen bzw. einer Gruppe von Handelsunternehmen steigt.

Der Marktanteil eines Handelsunternehmens bzw. einer Gruppe von Handelsunternehmen besitzt nur eingeschränkte Aussagekraft, wenn auch die Konkurrenten über erhebliche Marktanteile verfügen. Daher ist auch der **relative Marktanteil**¹⁶ für die Erfassung von Nachfragemacht von Bedeutung, der durch das Verhältnis des Marktanteils eines Handelsunternehmens zu dem des größeren bzw. nächstkleineren Konkurrenten ausgedrückt werden kann. Derartige Teilmonopsonie bzw. Teiloligopsonie haben die wichtige Konsequenz, daß Handelsunternehmen bzw. Gruppen von Handelsunternehmen auch dann Nachfragemacht entfalten können, wenn deren Marktanteil zwar gering, der relative Marktanteil aber hoch ist.¹⁷

Da "structure may best be understood as in passage, rather than in being"¹⁸, ist für die Erfassung von Nachfragemacht eine Beobachtung der **Entwicklung der Marktanteile im Zeitablauf** notwendig.¹⁹ Insbesondere auf Märkten, die sich in der Experimen-

16 Vgl. allgemein zum Begriff der relativen Konzentration Arndt, Helmut, und Günter Ollenburger, Begriff und Arten der Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft: On Economic Concentration, hrsg. von Helmut Arndt, 1. Band, 2. Aufl., Berlin 1971, S. 3 ff., 9 ff.; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 126 f.

17 Ähnlich auch Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 85.

18 Shepherd, William G., The Treatment..., a.a.O., S. 50.

19 Berg spricht von einer dynamischen Marktanteilsanalyse; vgl. Berg, Hartmut, Zur (Un-)Brauchbarkeit des Marktanteils als Marktmachtindikator, in: WRP 32 (1986), S. 187 ff., 188; vgl. auch Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 86.

tierungs- oder Expansionsphase befinden, ist die Gefahr der Erosion von Marktanteilen und damit der Wegfall einer potentiellen Ursache von Nachfragemacht größer als in späteren Marktphasen.²⁰ Der über mehrere Zeitperioden hinweg kumulierte Marktanteil ist ein Maß für die Überlegenheit von Handelsunternehmen, die darauf beruht, daß sie sich schon längere Zeit auf einem Markt befinden und daher über größere Erfahrungen verfügen.²¹

Die Aussagefähigkeit von Marktanteilsbetrachtungen ist nur beschränkt zur Erfassung von Nachfragemacht geeignet, wenn nicht auch Marktbeziehungen zu vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen berücksichtigt werden, worauf im folgenden eingegangen werden soll.

b) Marktanteile und Beziehungen zu vor- und nachgelagerten Märkten

Bei der Bestimmung von Nachfragemacht müssen zunächst die Marktverhältnisse auf der Anbieterseite berücksichtigt und in Beziehung zur Struktur der Beschaffungsmärkte gesetzt werden. Dabei können zwei unterschiedliche Positionen vertreten werden:

- Sind die Konzentrationsgrade auf Anbietermärkten relativ geringer als die Konzentrationsgrade auf Beschaffungsmärkten, steigt die Wahrscheinlichkeit, daß die Verhaltensspielräume einzelner Nachfrager gegenüber einzelnen Anbietern und damit

20 Zur Stabilität von Marktanteilen vgl. Caves, Richard E., und Michael E. Porter, Market Structure, Oligopoly, and Stability of Market Shares, in: JIE 26 (1978), S. 289 ff.

21 Vgl. für den Fall der Angebotsmacht Monopolkommission, 5. Hauptgutachten, a.a.O., Tz. 783-785.

das Nachfragemachtpotential größer sind.²²

- Auf der anderen Seite kann die Auffassung vertreten werden, daß die Nachfragemacht gerade bei steigender Anbieterkonzentration stärker zum Tragen kommt. Je höher die Anbieterpreise über denen liegen, die sich bei funktionsfähigem Wettbewerb einstellen würden, desto eher können Nachfrager bei Anbietern Preissenkungen durchsetzen²³, wenn ihre relative Macht größer als die der Anbieter ist. Höhere Anbieterpreise sind gerade in stark konzentrierten Anbietermärkten zu erwarten, während bei annähernd atomistischer Anbietermarktstruktur Preissenkungspotentiale nur schwach ausgeprägt sind.

Schließlich kann bei der Erfassung von Nachfragemacht die Marktstruktur auf den Absatzmärkten des Handels von Bedeutung sein. Die Marktstellung von Nachfragern wird verstärkt, wenn sie auch auf ihren Absatzmärkten über wirtschaftliche Macht verfügen. Nachfragemacht kann daher zum Teil aus Machtpositionen auf Absatzmärkten abgeleitet werden²⁴; ein zwingender Zusammenhang zwischen Nachfragemacht und Absatzmacht besteht al-

²² Ähnlich, Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 44; Nistrath, Ulrich, a.a.O., S. 142 ff.; vgl. auch die amerikanische Fallstudie von Primeaux, Walter J., Entry, Exit, and Concentration in a Retail Market, in: AB 13 (1968), S. 849 ff.

Die deutsche Ernährungsindustrie gehört zu den Wirtschaftszweigen mit den geringsten Konzentrationsraten (1983: CR₃ = 4,6 %); vgl. Monopolkommission, 6. Hauptgutachten 1984/85: Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen, Baden-Baden 1986, Tz. 216; allerdings ist in einigen Teilbereichen eine erhebliche Konzentration festzustellen; vgl. Görgens, Egon, a.a.O., S. 237; Breitenacher, Michael, Entwicklung der Konzentration in ausgewählten Branchen und Produktgruppen der Ernährungsindustrie der Bundesrepublik Deutschland, Brüssel 1976.

²³ Die Monopolkommission spricht von "strukturellen Preiserhöhungsspielräumen"; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 158; diese These wird von Vertretern der Chicago School geteilt: "Where sellers are competitive, there is no way for a large buyer to extract any discount that is not cost-justified"; Bork, Robert H., The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, New York 1978, S. 389.

²⁴ Die Monopolkommission spricht von Verbundmärkten; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 53.

lerdings nicht. Eine Besonderheit des Absatzwettbewerbs im Handel besteht darin, daß auch kleinere Handelsunternehmen regional oder lokal über bedeutende Marktstellungen verfügen können. Obwohl deren Marktanteile - verglichen mit denen bundesweit operierender Handelsunternehmen - gering sind, besitzen diese Handelsunternehmen eine bedeutende Einkaufsmacht, weil den Herstellern - wollen sie ihre Produkte flächendeckend absetzen - ein Verzicht auf diese Abnehmer nur schwer möglich sein wird.

c) Zur empirischen Absicherung des Zusammenhangs zwischen Marktanteilen und Nachfragemacht

In der Bundesrepublik Deutschland sind empirische Untersuchungen über den Zusammenhang zwischen der Konzentration auf Beschaffungsmärkten des Handels und der Nachfragemacht von Handelsunternehmen nicht durchgeführt worden. Daher muß auf einige wenige z.T. sich widersprechende US-amerikanische Untersuchungen zurückgegriffen werden, die allerdings den Mangel aufweisen, nur Beziehungen zwischen der Industrie und industriellen Zulieferern zu analysieren.²⁵ Diese Untersuchungen kommen insbesondere zu folgenden Ergebnissen:

- Eine steigende Nachfragerkonzentration verringert den durchschnittlichen Gewinn der Anbieter.²⁶ Damit scheint sich die oben genannte Kollusionshypothese zu bestätigen.

²⁵ Vgl. den Überblick bei Meier, Claus, Wirkungen der Nachfragemacht unter besonderer Berücksichtigung des Lebensmittel Einzelhandels, Nürnberg 1984.

²⁶ Vgl. Brooks, Douglas G., Buyer Concentration: A Forgotten Element in Market Structure Models, in: IOR 1 (1973), S. 151 ff., 159 f.; Lustgarten, Steven H., The Impact of Buyer Concentration in Manufacturing Industries, in: RES 57 (1975), S. 125 ff., 130; LaFrance, Vincent A., The Impact of Buyer Concentration - An Extension, in: RES 61 (1979), S. 475 f., 475; McGuckin, Robert, und Heng Chen, Interactions between Buyer and Seller Concentration and Industry Price-Cost Margins, in: IOR 4 (1976), S. 123 ff., 129; Cowley, Peter R., Business Margins and Buyer/Seller Power, in: RES 68 (1986), S. 333 ff., 336 f.; anders jedoch Guth, Louis A. u.a., Buyer Concentration Ratios, in: JIE 25 (1977), S. 241 ff., 250.

- Die Nachfragemacht kommt um so stärker zum Tragen, je höher die Anbieterkonzentration und damit das Preissenkungspotential ist.²⁷ Dieses Ergebnis spricht gegen die erwähnte These, daß Nachfragemacht nur schwach konzentrierte Anbietermärkte voraussetzt.
- Je größer die relative Konzentration der Nachfrager ist, desto geringer sind die Anbietergewinne.²⁸ Dieses Ergebnis beruht auf der Vorstellung, daß Anbieter bei größerer Streuung der Nachfrager aus Geheimhaltungsgründen eher zu Preiszugeständnissen bereit sind.

Die empirischen Untersuchungen zeigen, daß hohe Marktanteile von Handelsunternehmen ein Indiz für Nachfragemacht sein können. In der Bundesrepublik Deutschland werden die Marktanteile von Handelsunternehmen allerdings als zu niedrig angesehen, um daraus auf das Entstehen von Nachfragemacht schließen zu können.²⁹ Dem kann aus folgenden Gründen nicht uneingeschränkt gefolgt werden:

- Die in manchen Statistiken ausgewiesenen Marktanteile werden als Verhältnis zwischen dem Umsatz der betr. Nachfrager zu dem Gesamtumsatz aller Unternehmen des Handels berechnet. Diese Marktanteile sind nicht mit denen zu verwechseln, die sich bei sachgerechter Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes ergeben. Dabei können durchaus höhere Marktanteile entstehen.³⁰
- Die Marktanteilsschwelle, ab der beispielsweise von Marktherrschaft im Sinne des § 22 Abs. 1 GWB gesprochen werden kann, liegt bei Nachfragemacht niedriger als bei Angebots-

27 Vgl. Brooks, Douglas G., a.a.O., S. 159 f.; Lustgarten, Steven H., a.a.O., S. 129; LaFrance, Vincent A., a.a.O., S. 475.

28 Vgl. Lustgarten, Steven H., a.a.O., S. 129; Gabel, H. Landis, The Role of Buyer Power in Oligopoly Models: An Empirical Study, in: JEB 35 (1983), S. 95 ff., 100 f.

29 Vgl. etwa Kathrein, Oswald, a.a.O., S. 41 f.; Jüttner-Kramny, Lioba, a.a.O., S. 287.

30 Ähnlich auch Böcker, Franz, a.a.O., S. 288; Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 66.

macht.³¹ Der Grund dafür liegt darin, daß die Entstehung von Nachfragemacht neben den Marktanteilen noch von anderen strukturellen Bedingungen abhängt, worauf im folgenden eingegangen werden soll.

2. Marktzutrittsschranken

Hohe Marktanteile allein sind kein Indiz für die Existenz von Nachfragemacht, da eine dominierende Stellung auf Beschaffungsmärkten durch das Auftreten potentieller Konkurrenten erodiert werden kann. Die Wahrscheinlichkeit dafür, daß ein Marktzutritt durch potentielle Konkurrenten erfolgt, hängt von der Höhe der Marktzutrittsschranken³² ab.

Es lassen sich drei Arten von Marktzutrittsschranken unterscheiden:³³

- Strukturelle Marktzutrittsschranken in Form von Produktdifferenzierungsvorteilen, Betriebsgrößenvorteilen und absoluten Kostenvorteilen;
- strategische Marktzutrittsschranken insbesondere in Form der Limitpreisstrategie, der Überkapazitätsstrategie und der Produktdifferenzierungsstrategie sowie
- gesetzliche Marktzutrittsschranken.

31 Vgl. Niederleithinger, Ernst, Die Verfolgung von Mißbräuchen..., a.a.O., S. 75; Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 89; Hansen, Knud, Probleme der Nachfragemacht..., a.a.O., S. 553.

32 Zum Begriff der Marktzutrittsschranken vgl. Bain, Joe S., Barriers to New Competition, Cambridge, Mass. 1956, S. 3; Stigler, George J., The Organization of Industry, Homewood, Ill. 1968, S. 67.

33 Vgl. zur Unterscheidung zwischen den ersten beiden Arten Scherer, Frederic M., Industrial Market Structure..., a.a.O., S. 232 ff.; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 69 f.; Schwalbach, Joachim, Markteintrittsverhalten industrieller Unternehmen, in: ZfB 56 (1986), S. 713 ff., 714.

Der Marktzutritt potentieller Konkurrenten kann schließlich durch Marktaustrittsschranken beschränkt sein³⁴, die darin bestehen, daß bestimmte Investitionen nicht wieder rückgängig gemacht werden können, auch wenn die Unternehmenstätigkeit eingestellt wird (sunk costs).³⁵ Das Ausmaß dieser irreversiblen Kosten dürfte im Handel allerdings geringer als bei vergleichbaren Investitionssummen in der Industrie sein.³⁶

a) Strukturelle Marktzutrittsschranken

Strukturelle Marktzutrittsschranken können im Handel als größenabhängige Kostenersparnisse (economies of scale), als absolute Kostenvorteile und als Produktdifferenzierungsvorteile auftreten.

Economies of scale in der Beschaffung, in der Lagerhaltung und im Absatz führen zu Kostenvorteilen etablierter Großunternehmen des Handels gegenüber potentiellen Konkurrenten, die mit suboptimalen Beschaffungs- oder Absatzmengen in den Markt eindringen wollen. Daneben kann der Marktzutritt potentieller Konkurrenten mit optimaler Betriebsgröße auf Beschaffungsmärkten einen Beschaffungspreisanstieg aufgrund des Nachfrageüberschusses und auf Absatzmärkten des Handels einen Preisverfall aufgrund des Angebotsüberschusses bewirken. In beiden Fällen werden potentielle Konkurrenten vom Marktzutritt abgehalten werden.

Größenabhängige Kostenersparnisse können im Handel auf der Beschaffungsseite auftreten, indem Transaktionskostenersparnisse (etwa durch Mengenrabatte) und Transportkostenersparnisse re-

34 Vgl. Eaton, B. Curtis, und Richard G. Lipsey, Exit Barriers are Entry Barriers: The Durability of Capital as a Barrier to Entry, in: BJE 11 (1980), S. 721 ff.

35 Vgl. zur Theorie der contestable markets Baumol, William J. u.a., a.a.O.; vgl. zur kritischen Analyse Bräulke, Michael, Contestable Markets - Wettbewerbskonzept mit Zukunft?, in: WuW 33 (1983), S. 945 ff.; Fehl, Ulrich, Das Konzept der Contestable Markets und der Marktprozeß, in: Industrieökonomik: Theorie und Empirie, hrsg. von Gottfried Bombach u.a., Tübingen 1985, S. 29 ff.

36 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 118.

alisiert werden.³⁷ Diese Größensparnisse können allerdings auch durch Nachfragemacht hervorgerufen werden, was die Interdependenzen zwischen Ursachen und Auswirkungen der Nachfragemacht verdeutlicht. Nachfragemacht kann eine Ursache für die Realisierung von pekuniären economies of scale in der Beschaffung sein, die ihrerseits als Marktzutrittsschranken Nachfragemacht bewirken können. Daneben sind economies of scale auch eine Ursache der Konzentration im Handel.³⁸

Größensparnisse lassen sich auch in der Lagerhaltung realisieren. EDV-gestützte Warenwirtschaftssysteme, die überwiegend von Großbetriebsformen des Handels genutzt werden³⁹, ermöglichen eine höhere Umschlagsgeschwindigkeit der Waren. Die daraus resultierende geringere Kapitalbindungsdauer führt zu Zinskostensparnissen.⁴⁰

Neue Technologien ermöglichen auch im Vertrieb die Realisierung von economies of scale. Der Einsatz von Scanner-Kassen ist insbesondere im großbetrieblichen Handel anzutreffen.⁴¹ Größensparnisse entstehen weiterhin dadurch, daß die Personalkosten

37 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 115; Wolf, Hans-Dieter, Wesen und empirische Bedeutung von Marktzugangsbeschränkungen im Einzelhandel unter besonderer Berücksichtigung des Ladeneinzelhandels, Diss., Frankfurt 1971, S. 131; Treis, Bartho, Größenbedingte Vor- und Nachteile mittelständischer Einzelhandelsunternehmen im Beschaffungsbereich, in: Der mittelständische Einzelhandel im Wettbewerb: Größenbedingte Vor- und Nachteile, hrsg. von Bartho Treis, München 1981, S. 43 ff., 69.

38 Vgl. nur Kathrein, Oswald, a.a.O., S. 11; Tucker, Kenneth A., Concentration and Costs in Retailing, Westmead u.a. 1978, S. 84 f.

39 Zu diesem Ergebnis kommt auch eine empirische Untersuchung der Forschungsstelle für den Handel; vgl. o.V., Auswirkungen von Warenwirtschaftssystemen, in: FfH-Mitteilungen Nr. 1 (1987), S. 1 ff., 1.

40 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 115; Schenk, Hans-Otto u.a., a.a.O., S. 101, 105.

41 Vgl. Schenk, Hans-Otto u.a., a.a.O., S. 102, die von einem Mindestumsatz von 5 Mio. DM sprechen.

mit der Verkaufsfläche unterproportional und die Umsatzerlöse überproportional steigen.⁴²

Um das Ausmaß dieser Größenvorteile zu ermitteln, müßte die optimale Betriebsgröße⁴³ im Handel bestimmt werden, was allerdings erhebliche Schwierigkeiten bereitet:⁴⁴

- Aufgrund der mangelnden Vergleichbarkeit der Leistungsabgabe unterschiedlicher Betriebsformen des Handels werden sich optimale Betriebsgrößen nur branchen- bzw. betriebsformenspezifisch ermitteln lassen.
- Kostenstrukturen sind einem ständigen Wandel unterworfen.
- Der Verlauf von Durchschnittskostenfunktionen läßt sich empirisch kaum feststellen.
- Es gibt keine einheitlichen Kriterien zur Messung der Betriebsgröße; in Frage kommen etwa der Umsatz⁴⁵, die Zahl der Beschäftigten, der Verkaufsraum und der Kapitaleinsatz.

42 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 118; nach einer amerikanischen Untersuchung führt eine Steigerung der Umsätze pro qm Verkaufsfläche um 20 % zu einer Reduzierung der Betriebskosten um 6 %; vgl. Marion, Bruce W., *The Food Retailing Industry: Market Structure, Profits, and Prices*, New York u.a. 1979, S. 58.

43 Bain versteht darunter "the smallest scale at which a plant of firm may achieve the lowest attainable unit cost"; Bain, Joe S., *Barriers...*, a.a.O., S. 53.

44 Vgl. dazu Schenk, Hans-Otto u.a., a.a.O., S. 93, 218; Tucker, Kenneth A., *Economies of Scale in Retailing: An Empirical Study of Plant Size and Cost Structure*, Westmead u.a. 1975, S. 46, 48 ff., 99; Weber, Erich, a.a.O., S. 7 ff., 61.

Diese Schwierigkeiten werden auch in einigen älteren Untersuchungen zur optimalen Betriebsgröße im Handel deutlich; vgl. Bankmann, Jörg, *Betriebsgröße und Kostenverlauf im Einzelhandel*, in: *ZfB* 22 (1952), S. 525 ff.; Behrens, Karl C., *Die Problematik der optimalen Betriebsgröße im Einzelhandel*, in: *ZfB* 22 (1952), S. 205 ff.; Hall, Margaret, und John Knapp, *Numbers of Shops and Productivity in Retail Distribution in Great Britain, the United States and Canada*, in: *EJ* 65 (1955), S. 72 ff.; Tilley, R.P.R., und R. Hicks, *Economies of Scale in Supermarkets*, in: *JIE* 19 (1970), S. 1 ff.

45 Umsatzgrößen sind insoweit problematisch, als sie sowohl die realen als auch die nachfragemachtbedingten Größensparnisse beinhalten.

Die vereinzelt durchgeführten Schätzungen der optimalen Betriebsgröße im Handel können daher nur Ansatzpunkte für relevante Größenordnungen bieten:

- Der DIHT schätzt die optimale Betriebsgröße bei Handelsunternehmen, die vorwiegend Markenartikel absetzen, auf 500 Mio. DM Jahresumsatz bei einer Verkaufsfläche von 200 - 400 qm.⁴⁶
- Für einen Vertreter eines nicht genannten bundesweit operierenden Einzelhandelsunternehmens liegt die optimale Betriebsgröße bei 9 - 10 Mrd. DM Umsatz pro Jahr.⁴⁷
- Für die Coop AG liegt die optimale Betriebsgröße bei 600 m² Verkaufsfläche.⁴⁸
- In einer in Großbritannien durchgeführten empirischen Untersuchung wird die mindestoptimale Betriebsgröße eines großen Einzelhandelsfilialunternehmens mit 2,5 Mio. £ Umsatz p.a. angegeben.⁴⁹
- Im amerikanischen Lebensmittelhandel wird die optimale Betriebsgröße auf 500.000 \$ Umsatz p.a. geschätzt.⁵⁰
- Eine aus Kanada stammende Untersuchung schätzt die optimale Betriebsgröße einer Supermarktkette mit 130 Betrieben auf 14245 sqft bzw. 160256 kan. \$ Umsatz pro Woche.⁵¹

Absolute Kostenvorteile etablierter Handelsunternehmen gegenüber potentiellen Konkurrenten bestehen insbesondere aufgrund der verbesserten Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung. Diese können zum einen darauf beruhen, daß Großunternehmen über eine

46 Vgl. Deutscher Industrie- und Handelstag, Handel im Umbruch..., a.a.O., S. 44.

47 Vgl. die Angaben bei Jürgensen, Harald u.a., a.a.O., S. 78.

48 Vgl. Coop AG, Geschäftsbericht 1986, Frankfurt am Main 1987, S. 7.

49 Vgl. Tucker, Kenneth A., Economies of Scale..., a.a.O., S. 130.

50 Vgl. Jones, Mary G., Food Retailing: A Case Study of United States Anti-Trust Policy Toward the Distributive Trades, in: International Conference on Monopolies, Mergers, and Restrictive Practices: Papers and Reports, Cambridge 1969, hrsg. von J. B. Heath, London 1971, S. 261 ff., 262.

51 Vgl. Mallen, Bruce, und Michael Haberman, Economies of Scale: A Determinant of "Overstoring and Superstoring ?", in: Canadian Association of Administrative Sciences, Annual Conference Proceedings, Kingston, Ont. 1975, Mikrofiche, S. 4-158 ff.

höhere Transparenz auf den Kreditmärkten verfügen. Zum anderen dürfte die Bonität von Großbetriebsformen des Handels bei der Beschaffung von Fremdkapital - wohl auch bedingt durch die vielfältigen Kapitalbeteiligungen der Banken bei börsennotierten Handelsunternehmen - höher ausfallen.⁵²

Die Bedeutung von **Produktdifferenzierungsvorteilen** durch Werbung als Marktzutrittsschranken konnte bisher weder theoretisch noch empirisch geklärt werden.⁵³

Ein wesentlicher Einfluß auf die Höhe der Marktzutrittsschranken geht von den jeweiligen **Marktphasen** aus. Die Aufnahmefähigkeit eines Marktes ist in der Ausreifungs- und Stagnations- bzw. Rückbildungsphase - und in derartigen Phasen dürfte sich der Handel zumindest in Teilbereichen befinden - geringer als in der Experimentierungs- und Expansionsphase. Diesem Aspekt ist bei der Beurteilung der Höhe der Marktzutrittsschranken im Handel noch zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt worden.

b) Strategische Marktzutrittsschranken

Strategische Marktzutrittsschranken werden von etablierten Unternehmen mit dem Ziel errichtet, potentielle Konkurrenten vom Marktzutritt abzuhalten, um bestehende Wettbewerbsvorteile auch längerfristig zu sichern.

52 Vgl. Schenk, Hans-Otto u.a., a.a.O., S. 108; Stranz, Helge, a.a.O., S. 329; Treis, Bartho, und Andreas Ruß, Größenbedingte Vor- und Nachteile mittelständischer Einzelhandelsunternehmen bei der Finanzierung, in: Der mittelständische Einzelhandel im Wettbewerb: Größenbedingte Vor- und Nachteile, hrsg. von Bartho Treis, München 1981, S. 155 ff., 167.

53 Vgl. Hörschgen, Hans, und Hellmut Kachel, Größenbedingte Vor- und Nachteile mittelständischer Einzelhandelsunternehmen im Absatzbereich, in: Der mittelständische Einzelhandel im Wettbewerb: Größenbedingte Vor- und Nachteile, hrsg. von Bartho Treis, München 1981, S. 77 ff., 116.

Würde ein Handelsunternehmen die **Limitpreisstrategie**⁵⁴ verfolgen, müßte es auf seinen Absatz- und Beschaffungsmärkten die Verkaufs- bzw. Einkaufspreise bis zu einer Höhe setzen, für die es sich für potentielle Konkurrenten nicht lohnt, in den Markt einzutreten. Von diesen Vorstellungen geht wohl auch die Monopolkommission aus, wenn sie behauptet, daß die Voraussetzung für das Vorliegen von Marktzutrittsschranken darin besteht, daß die etablierten Handelsunternehmen auf Absatzmärkten ihr Preisniveau dauerhaft anheben können, ohne daß profitable Marktzutrittsmöglichkeiten für Newcomer entstehen.⁵⁵ Ein empirischer Nachweis für ein solches Verhalten konnte allerdings bisher nicht erbracht werden.

Mit der **Überkapazitätsstrategie** wird beabsichtigt, den zukünftigen Kapazitätsbedarf eines Marktes vorzeitig durch zusätzliche Investitionsmaßnahmen abzudecken, die dazu führen, daß die etablierten Unternehmen bei steigender Nachfrage schneller und kostengünstiger reagieren können als die potentiellen Konkurrenten.

Insbesondere Investitionen in die Verkaufsfläche werden als ein wesentlicher Aktionsparameter des Handels gesehen.⁵⁶ Die Schaffung neuer Flächen dient v.a. der Sicherung des Standortes etablierter Handelsunternehmen.⁵⁷ Ein massierter Einsatz von Verkaufsflächen ist überwiegend bei Großbetriebsformen des Handels wie Verbrauchermärkten und SB-Warenhäusern zu beobachten.

54 Zu einem Überblick über die von Bain, Sylos-Labini und Modigliani entwickelte Limitpreistheorie vgl. Modigliani, Franco, *New Developments on the Oligopoly Front*, in: *JPoLE* 66 (1958), S. 215 ff.

55 Vgl. Monopolkommission, *Sondergutachten 14*, a.a.O., Tz. 113; kritisch dazu Ahlert, Dieter, *Das Sondergutachten...*, a.a.O., S. 542 f.

56 Vgl. *Deutscher Industrie- und Handelstag, Handel im Umbruch...*, a.a.O., S. 41; Schenk, Hans-Otto u.a., a.a.O., S. 80 ff.

57 Vgl. Batzer, Erich, *Zur Verkaufsflächen- und Beschäftigtenentwicklung im Einzelhandel*, in: *ifo-schnelldienst* 33 (1980), H. 13, S. 6 ff., 8.

ten.⁵⁸ Sie wird im Zuge von Rationalisierungsmaßnahmen durch eine verstärkte Substitution von Personal durch Verkaufsfläche begleitet.⁵⁹

Umstritten ist, ob in der Realität ein Verkaufsflächenüberhang besteht⁶⁰, der auf eine Überkapazitätsstrategie hinweist. Doch selbst wenn ein solcher Nachweis gelänge, bleibt offen, ob der Verkaufsflächenüberhang das Ergebnis einer gezielten Überkapazitätsstrategie ist oder ob er auf Fehleinschätzungen der Nachfrageentwicklung auf Absatzmärkten des Handels beruht.

Einen Überblick über die Entwicklung der Verkaufsfläche und der Zahl der Ladengeschäfte im Einzelhandel bietet folgende Tabelle:

58 Vgl. Gries, Gerhard, Beziehungen zwischen Industrie und Handel in den 80er Jahren, in: Wettbewerbsordnung und Wettbewerbsrealität, Festschrift für Arno Sölter zum 70. Geburtstag, hrsg. von Clemens-August Andreae und Werner Benisch, Köln u.a. 1982, S. 65 ff., 67; Schenk, Hans-Otto u.a., a.a.O., S. 81.

59 Vgl. Batzer, Erich, Zur Verkaufsflächen- und Beschäftigtenentwicklung..., a.a.O., S. 11 f.

60 Für den DIHT sind Verkaufsflächenüberhänge nicht feststellbar, während der BDS und der Markenverband solche für möglich halten; vgl. Bericht des Bundesministers für Wirtschaft an den Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages über die Konzentration im Lebensmittelhandel, a.a.O., S. 11; vgl. auch Batzer, Erich, Zur Verkaufsflächen- und Beschäftigtenentwicklung..., a.a.O., S. 7.

Tab. 1: Verkaufsfläche und Zahl der Ladengeschäfte im Einzelhandel

Einzelhandel	Verkaufsfläche			Zahl der Ladengeschäfte		
	1979	1985	Prozentuale Veränderung	1979	1985	Prozentuale Veränderung
	in 1000 qm					
Insgesamt	56763	65336	+15,1	338003	326766	-3,3
darunter mit: Nahrungsmitteln, Getränken, Tabakw.	12972	15145	+16,8	112936	95100	-15,8
Textilien, Bekleidung, Schuhen, Lederwaren	9617	11138	+15,8	73214	77146	+5,4
Einrichtungsgegenständen	12746	15089	+18,4	46436	48407	+4,2

Quellen: Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 1987 für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart und Mainz 1987, S. 242; Bundesarbeitsgemeinschaft der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels e.V. (BAG), Vademecum des Einzelhandels 1986, Köln 1986, S. 27; eigene Berechnungen.

c) Gesetzliche Marktzutrittsschranken

Gesetzliche Marktzutrittsschranken treten im Handel insbesondere als Nebenwirkungen der Baunutzungsverordnung (BauNVO) und des Ladenschlußgesetzes (LSchlG) auf. Mit den Novellierungen

der **Baunutzungsverordnung**⁶¹ in den Jahren 1977⁶² und 1986⁶³ sollte dem Wachstum der Großbetriebsformen des Handels an der Peripherie der Städte Einhalt geboten werden:

"1....,

2. großflächige Einzelhandelsbetriebe, die sich nach Art, Lage oder Umfang auf die Verwirklichung der Ziele der Raumordnung und Landesplanung oder auf die städtebauliche Entwicklung und Ordnung nicht nur unwesentlich auswirken können.

3. sonstige großflächige Handelsbetriebe ... sind außer in Kerngebieten nur in für sie festgesetzten Sondergebieten zulässig...

Auswirkungen ... sind bei Betrieben nach Satz 1 Nr. 2 und 3 in der Regel anzunehmen, wenn die Geschoßfläche 1200 m² überschreitet. Die Regel des Satzes 3 gilt nicht, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, daß Auswirkungen bereits bei weniger als 1200 m² Geschoßfläche vorliegen oder bei mehr als 1200 m² Geschoßfläche nicht vorliegen".⁶⁴

61 Vgl. Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Der Selbstbedienungs-großhandel..., a.a.O., S. 25 ff.; Hoffmann, Kurt, Auswirkungen der 1977 neugefaßten Baunutzungsverordnung auf die Ansiedlung von Handelsbetrieben und die räumliche Struktur des Handels, Diss., Mainz 1984; Köhler, Helmut, Nachfrage-wettbewerb..., a.a.O., S. 69; Soltwedel, Rüdiger u.a., Deregulierungspotentiale in der Bundesrepublik, Tübingen 1986, S. 37 ff.

Auch das französische Loi Royer enthält ein baunutzungsrechtliches Genehmigungsverfahren; vgl. dazu Ullrich, Hanns, Kartell- und wettbewerbsrechtliche Reaktionen auf verändertes Nachfrageverhalten des Handels in Frankreich, in: GRUR Int. 89 (1987), S. 69 ff., 72 ff.

62 Vgl. Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke (Baunutzungsverordnung - BauNVO -) i.d.F. vom 15. September 1977 (BGBl. I, S. 1763).

63 Vgl. Dritte Verordnung zur Änderung der Baunutzungsverordnung vom 19.12.1986 (BGBl. I, S. 2665); mit der dritten Novelle der BauNVO wurde die Regelvermutung von 1500 auf 1200 m² abgesenkt; durch den neu eingeführten Satz 4 wird klargestellt, daß die Regelvermutung lediglich einen Orientierungsrahmen bildet, nicht aber von einer planerischen Abwägung im Einzelfall befreit; daraus folgt, daß die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit eines Betriebes auch bei Überschreitung bzw. Unterschreitung der Regelvermutung vorliegen kann; vgl. Hoppenberg, Michael, und Max A. Köttingen, Die Änderung des § 11 III BauNutzVO, in: NJW 40 (1987), S. 1534 f.

64 Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke (Baunutzungsverordnung - BauNVO -) i.d.F. vom 1.1.1987 (BGBl. I, S. 2665).

Die Folge des § 11 Abs. 3 BauNVO besteht allerdings in einer beträchtlichen Erhöhung der Marktzutrittsschranken:

- Bereits vorhandene großflächige Handelsunternehmen besitzen gegenüber potentiellen Konkurrenten einen Standortvorteil.⁶⁵
- Großunternehmen des Handels verlagern ihre Filialen zunehmend in den innerstädtischen Bereich, was ein Ansteigen der Grundstückspreise und Mietkosten⁶⁶ zur Folge hat. Damit steigen die Marktzutrittsschranken für kleinere Handelsunternehmen.⁶⁷
- Da § 11 Abs. 3 BauNVO nach h.M. nicht für den SB-Großhandel gilt, entsteht diesem ein Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Betriebsformen des Handels.⁶⁸

65 Vgl. Ahlert, Dieter, Das Sondergutachten..., a.a.O., S. 544, 549; Picot, Arnold, a.a.O., S. 14; Tietz, Bruno, Binnenhandelspolitik, München 1986, S. 475; Stamnitz, Marlene, Ein Paragraph regiert den Handel, in: Handelsblatt v. 10.11.1986; Potucek, Vladimir, Strukturelle Problematik von Zugangsbarrieren in lokalen Einzelhandelsmärkten, in: Handelsforschung 1987, hrsg. von Volker Trommsdorff, Heidelberg 1987, S. 139 ff., 149 ff.; die Standortvorteile werden von der Monopolkommission allerdings gering eingeschätzt; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 119.

66 Nach einer Untersuchung des Instituts für Handelsforschung sind die Jahresmieten je qm Geschäftsraum für Einzelhandelsfachgeschäfte zwischen 1981 und 1985 in mittleren Verkehrslagen der Innenstädte um 16 % gestiegen, während die Steigerungsraten in den übrigen Verkehrslagen etwa 12 % betragen; vgl. o.V., Die Mietkosten der Einzelhandelsfachgeschäfte in den Jahren 1981 bis 1985, in: Mitteilungen des Instituts für Handelsforschung an der Universität zu Köln 39 (1987), S. 109 ff., 110.

67 Vgl. Schenk, Hans-Otto u.a., a.a.O., S. 124; Batzer, Erich, Räumliche Entwicklung des Einzelhandels - Probleme für die Landesentwicklungspolitik und -planung, in: ifo-schnelldienst 46 (1987), H. 32, S. 14 ff., 17.

68 Vgl. Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Der Selbstbedienungs-großhandel..., a.a.O., S. 25 ff.

Auch die Regelung der Ladenöffnungszeiten im Handel durch das **Ladenschlußgesetz**⁶⁹ wirkt marktzutrittsbeschränkend:⁷⁰

- Insbesondere kleine und mittlere Unternehmen des Facheinzelhandels, die sich durch flexible Ladenöffnungszeiten zusätzliche Wettbewerbschancen eröffnen könnten, werden vom Markt ferngehalten.⁷¹
- Handelsbetriebsformen, auf die das Ladenschlußgesetz keine Anwendung findet (Versandhandel, Großhandel) erhalten in den mit dem Einzelhandel konkurrierenden Bereichen einen ungeRechtfertigten Wettbewerbsvorteil.⁷²
- Da der Einsatz des Aktionsparameters Ladenöffnungszeit durch das Ladenschlußgesetz eingeschränkt wird, erfolgen Anpassungen an Nachfrageschwankungen über die Standort-, Flächen- und Sortimentspolitik. Der Einsatz dieser Aktionsparameter begünstigt aber Großbetriebsformen des Handels.

Am Beispiel Schwedens kann gezeigt werden, daß die Liberalisierung der Ladenöffnungszeiten zu einem verstärkten Marktzutritt geführt hat. Von 1972 bis 1982 stieg die Zahl der Einzelhandelsunternehmen um über 40 %.⁷³ Insgesamt gesehen ist zu er-

69 Das aus dem Jahre 1956 stammende LSchlG wurde zuletzt am 25.7.1986 novelliert; vgl. zum Inhalt Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung wirtschafts- und verbraucherrechtlicher Vorschriften, in: BTDr 10/4741, S. 3, 9 und 24 f.

70 Vgl. dazu und zu weiteren Kritikpunkten am LSchlG Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Der Selbstbedienungsgroßhandel..., a.a.O., S. 33 ff.; Soltwedel, Rüdiger u.a., a.a.O., S. 52 ff.; Tietz, Bruno, Binnenhandelspolitik, a.a.O., S. 482 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 202 ff.

71 Eine empirische Untersuchung bestätigt, daß sich durch eine Verlängerung der Ladenöffnungszeiten die Wettbewerbssituation des Facheinzelhandels verbessern ließe; vgl. Schmalen, Helmut, Erhöhung der Innenstadt-Attraktivität durch veränderte Ladenöffnungszeiten, in: JbAV 32 (1986), S. 392 ff., 399 ff.

72 Vgl. Gross, Albert, Wirtschaftspolitische Aspekte einer Liberalisierung der Ladenschlußregelung, in: Handelsforschung 1987, hrsg. von Volker Trommsdorff, Heidelberg 1987, S. 41 ff., 49.

73 Vgl. Glismann, Hans H., und Sighart Nehring, Ladenschluß und Ordnungspolitik, in: Handelsforschung 1987, hrsg. von Volker Trommsdorff, Heidelberg 1987, S. 27 ff., 29.

warten, daß der Wettbewerb im Einzelhandel durch die Liberalisierung der Ladenschlußregelung intensiviert wird, da die Ladenöffnungszeit als zusätzlicher Wettbewerbsparameter eingesetzt werden könnte.

Die Bedeutung des Kriteriums Marktzutrittsschranken für die Erfassung von Nachfragemacht wird durch dessen mangelnde Quantifizierbarkeit relativiert. Dies hat dazu geführt, daß die Höhe der Marktzutrittsschranken sowohl auf Beschaffungs- als auch auf Absatzmärkten des Handels unterschiedlich beurteilt wird. Es wird sowohl von hohen⁷⁴ als auch von niedrigen⁷⁵ Marktzutrittsschranken ausgegangen.

Welche Besonderheiten weisen die Marktzutrittsschranken im Handel gegenüber denen auf der Industrieseite auf? Economies of scale, absolute Kostenvorteile und Produktdifferenzierungsvorteile stellen natürlich keine Besonderheiten des Handels dar, die in der Industrie nicht anzutreffen sind. Die Tatsache, daß sich insbesondere Lebensmittelmärkte in einer Sättigungsphase befinden, läßt allerdings vermuten, daß die Aufnahme-fähigkeit der Handelsmärkte geringer ist. Die von der BauNVO und vom LSchlG ausgehenden Zutrittsbeschränkungen stellen weitere Besonderheiten von Handelsmärkten dar, da vergleichbare Restriktionen auf der Industrieseite fehlen. Schließlich dürfte insbesondere im Handel von Bedeutung sein, daß echte Neugründungen kaum zu verzeichnen sind. Potentielle Konkurrenz tritt

74 Vgl. Ahlert, Dieter, Das Sondergutachten..., a.a.O., S. 544; Deutscher Industrie- und Handelstag, Handel im Umbruch..., a.a.O., S. 44 f.; Lenel, Hans-Otto, Die Konzentration im deutschen Lebensmittelhandel - Zum Gutachten der Monopolkommission vom April 1985, in: WuW 35 (1985), S. 757 ff., 762; Schultes, Werner, Zur Fusionskontrolle im Lebensmittelhandel, in: MA 48 (1986), S. 254 ff., 262.

75 Vgl. Berekoven, Ludwig, a.a.O., S. 126; Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 70; Markert, Kurt, Zur Anwendung des GWB auf den Lebensmittelhandel - Anmerkungen zum Gutachten der Monopolkommission, in: Wettbewerbsbeschränkung in der Nachfrage, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1985, S. 61 ff., 64 f.; Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 113, 148; Schenk, Hans-Otto u.a., a.a.O., S. 263.

eher in Form bereits etablierter, auf anderen Märkten tätiger Handelsunternehmen auf.

3. Konglomerate Unternehmensmacht im Handel

In der Literatur ist bisher noch unbeachtet geblieben, daß sich dominierende Marktstellungen von Handelsunternehmen im Nachfragerwettbewerb auch auf konglomerate Unternehmensmacht zurückführen lassen (konglomerate Nachfragemacht).⁷⁶ Die Monopolkommission beläst es bei dem Hinweis

"daß die größeren Handelsunternehmen typische Erscheinungsformen konglomerater Diversifikation darstellen, deren Gesamtbedeutung im Lebensmittelmarkt sich auf ein breites Sortimentsangebot stützt".⁷⁷

Im folgenden sollen daher nach einer Begriffsbestimmung und der Darstellung von Erscheinungsformen konglomerater Unternehmensmacht im Handel die Konsequenzen für die Stellung von Handelsunternehmen im Nachfragerwettbewerb analysiert werden. Abschließend werden Kriterien zur Erfassung konglomerater Nachfragemacht entwickelt werden.

a) Begriff und Erscheinungsformen

Unter den Begriffen konglomerat, diversifizierend oder diagonal versteht man den Sachverhalt, daß Unternehmen durch internes oder externes Wachstum

- mit gleichartigen Produkten auf räumlich getrennten Märkten tätig werden (market extension),
- mit unterschiedlichen Produkten auf einheitlichen Märkten auftreten (product extension) sowie
- mit unterschiedlichen Produkten auf sachlich und/oder räumlich getrennten Märkten operieren (pure conglomerates).

⁷⁶ Auch in den USA ist das Problem von conglomerates im Handelssektor bis auf wenige Ausnahmen nicht untersucht worden; vgl. Hollander, Stanley C., Conglomerates in the Retail Trades, in: StJLR 44 (1970), S. 235 ff.

⁷⁷ Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 142.

In engem Zusammenhang mit der Diversifikation steht die Tätigkeit von Handelsunternehmen auf vor- und nachgelagerten Märkten (vertikale Integration).⁷⁸

Market extensions werden von großen Filialunternehmen des Handels durchgeführt, wenn sie durch Neueröffnung von Filialen oder durch Kauf kleinerer Filialunternehmen auf räumlichen Märkten tätig werden, die bisher nicht zu ihrem Absatzgebiet gehörten.⁷⁹ **Product extensions** liegen dann vor, wenn Handelsunternehmen durch Sortimentserweiterung ihre Produktpalette ausdehnen.

In den letzten Jahren ist zunehmend eine verstärkte Diversifikation großer Unternehmen des Lebensmittelhandels in den non food-Sektor festzustellen (Textilien, Schuhe, Sportartikel, Uhren, Schmuck, Heimwerkerbedarf und Möbel).⁸⁰ Sofern man akzeptiert, daß non food-Artikel und Lebensmittel auf sachlich getrennten relevanten Märkten angeboten und beschafft werden,

78 Zu in einzelnen Punkten abweichenden Definitionen vgl. Böhnke, Rolf, *Diversifizierte Unternehmen: Eine Untersuchung über wettbewerbliche Wirkungen, Ursachen und Ausmaß der Diversifizierung*, Berlin 1976, S. 20; Büscher, Rolf, *Diagonale Unternehmenszusammenschlüsse im amerikanischen und deutschen Recht*, Baden-Baden 1983, S. 22; Edwards, Corwin D., *The Changing Dimensions...*, a.a.O., S. 246 f.; Meinhold, Wilko, *Diversifikation, konglomerate Unternehmen und Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln u.a. 1977, S. 9 ff.; Monopolkommission, 5. Hauptgutachten, a.a.O., Tz. 710; Schmidt, Ingo, *Wettbewerbspolitik...*, a.a.O., S. 133 f.; Schumacher, Harald, *Diversifikation, Wettbewerb und Strukturflexibilität*, Göttingen 1976, S. 64 ff.; Veltrup, Bernard, *Die wettbewerbspolitische Problematik konglomerater Fusionen*, Göttingen 1975, S. 21 ff.

79 Vgl. etwa den Fall *Coop-Wandmaker*, in: WuW/E BKartA 2161 ff.

80 Vgl. Batzer, Erich, *Strukturveränderungen...*, a.a.O., S. 8; Schultes, Werner, *Probleme bei der Fusionskontrolle im Handel*, in: BAG-Nachrichten 1986, S. 8 ff., 8; Beispiele dafür sind etwa die Adolf Schaper KG, die auch Baumärkte und Einrichtungshäuser betreibt und die Coop AG, Kaufhof AG sowie die Hussel Holding AG, die Unternehmen des Schuhhandels erworben haben; vgl. Bundeskartellamt, *Tätigkeitsbericht 1985/86*, in: BTDr 11/554, S. 72 f.; für den internationalen Bereich vgl. Knee, Derek, und David Walters, *Strategy in Retailing: Theory and Application*, Oxford 1985, S. 145 ff.

die derart diversifizierten Handelsunternehmen also unterschiedliche Produkte auf sachlich getrennten Märkten anbieten und beschaffen, kann von **pure conglomerates** gesprochen werden.

Die Umsätze der 10 größten Unternehmen des Lebensmittelhandels im non food-Bereich sind der folgenden Tabelle zu entnehmen:

Tab. 2: Umsätze der 10 größten Unternehmen des Lebensmittelhandels im non food-Bereich für das Jahr 1986

Firma	Umsätze (in Mio. DM)	Anteil am gesamten non food-Umsatz des Lebensmittelhandels (in %)
Metro	11227	21,5
Karstadt	6411	12,3
Asko	4912	9,4
Hertie	4084	7,8
Horten	2548	4,9
Tengelmann	1718	3,3
Allkauf	1666	3,2
Coop	1540	3,0
Rewe	1393	2,7
Quelle	1305	2,5
Summe	36804	70,6
Übrige	15296	29,4
Insgesamt	52100	100,0

Quelle: o.V., Trend zu mehr Nonfood, in: Handelsblatt v. 21.12.1987.

Schließlich ist eine zunehmende **vertikale Integration** von Groß- und Einzelhandelsunternehmen zu beobachten⁸¹, sei es, daß Einzelhandelsunternehmen auch Großhandelsfunktionen wahrnehmen⁸²

81 Vgl. Nieschlag, Robert, und Gustav Kuhn, a.a.O., S. 50 f.; Fezer, Karl-Heinz, Die Grenzen des Selbstbedienungsgroßhandels im Leistungswettbewerb, in: BB 31 (1976), S. 705 ff., 707; vgl. auch die empirische Untersuchung von Träger, Uwe Ch., Konsumgüterhandel: Wettbewerbsdynamik verändert Funktionsprofile, in: ifo-schnelldienst 41 (1988), H. 5, S. 20 ff.

82 Dies ist dann der Fall, wenn gewerbliche Weiterverwender ihre Produkte bei Verbrauchermärkten beschaffen.

oder sich Einkaufsgemeinschaften anschließen⁸³, sei es, daß Großhandelsunternehmen auch Einzelhandelsfunktionen ausüben⁸⁴ oder sich an Einzelhandelsunternehmen beteiligen⁸⁵, sei es, daß Handelsunternehmen sowohl im Groß- als auch im Einzelhandel tätig sind.⁸⁶ Eine nennenswerte vertikale Integration des Handels und der Industrie ist dagegen in der Bundesrepublik nicht zu verzeichnen.⁸⁷

b) Wirkungen konglomerater Unternehmensmacht

Die Existenz konglomerater bzw. diversifizierender Handelsunternehmen kann einerseits direkte Auswirkungen auf die Marktstellung von Handelsunternehmen im Nachfragerwettbewerb haben, andererseits können indirekte Auswirkungen daraus resultieren, daß Handelsunternehmen auf ihren Absatzmärkten über konglomerate Macht verfügen und diese auch im Nachfragerwettbewerb einsetzen. Die Wirkungen der externen oder internen Diversifikation auf den Nachfrager- und Absatzwettbewerb des Handels sind indes - wie im Falle des Anbieterwettbewerbs der Industrie⁸⁸ - nicht eindeutig zu beurteilen.

Größere Handelsunternehmen verfügen als Folge ihrer konglomeraten Größe über erweiterte Verhaltensspielräume gegenüber

83 Vgl. etwa die Fa. Wertkauf, die Mitglied der Selex bzw. der Selex-Tania Bundeszentrale ist; vgl. zu weiteren Beispielen Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 72.

84 Ein Beispiel dafür sind die Metro-Großmärkte, die auch von privaten Letztverbrauchern frequentiert werden.

85 Vgl. dazu den Zusammenschluß Metro-Kaufhof, in: WuW/E BKartA 2060 ff. und das Vorhaben der Metro, die Hurler-Gruppe zu erwerben; vgl. Handelsblatt v. 20.11.1986.

86 Dazu gehören die Verbundgruppen Edeka, Tengelmann, Coop und Rewe; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 69.

87 Vgl. Köhler, Helmut, Nachfragerwettbewerb..., a.a.O., S. 63; vgl. aber die Coop AG, die über ihre Tochtergesellschaft Coop Industrie AG auch in der Lebensmittelindustrie tätig ist; vgl. Coop AG, Geschäftsbericht 1986, a.a.O., S. 7.

88 Vgl. dazu Büscher, Rolf, a.a.O., S. 52 ff.; Klauss, Gerd, a.a.O., S. 219 ff.; Meinhold, Wilko, a.a.O., S. 54 ff.; Schumacher, Harald, a.a.O., S. 138 ff.; Veltrup, Bernard, a.a.O., S. 42 ff.; Monopolkommission, 5. Hauptgutachten, a.a.O., Tz. 711 ff.

kleineren Handelsunternehmen. Das Auftreten auf einer Vielzahl von Absatz- und Beschaffungsmärkten führt dazu, daß diese Handelsunternehmen ihr Verhandlungsrisiko gegenüber den Lieferanten streuen können. Die größere Fähigkeit zur Risikostreuung zeigt sich auch in den schon erwähnten vertraglichen Verpflichtungen von Herstellern, die zu einer Risikoverlagerung von Handelsunternehmen auf deren Lieferanten führen (z.B. Rücknahme Klauseln oder Lieferbereitschaftsverpflichtungen).⁸⁹

Diversifikationsstrategien sind auch im Handel ein Ausdruck dafür, daß auf den Märkten, auf denen die Handelsunternehmen ursprünglich tätig waren, keine oder nur noch geringe Expansionsmöglichkeiten vorhanden sind. Die Restriktionen auf den Ursprungsmärkten können sich zum einen daraus ergeben, daß sich diese Märkte in der Stagnations- oder Rückbildungsphase befinden⁹⁰, was auf die Lebensmittelmärkte wohl zutreffen dürfte. Zum anderen kann auch eine zunehmende Vermachtung auf den Absatz- und Beschaffungsmärkten dazu führen, daß Handelsunternehmen weitere Expansionsmöglichkeiten auf anderen Märkten suchen.

Schließlich geht von den Diversifikationsstrategien ein Sogefekt insoweit aus, als bisher nicht oder nur schwach diversifizierte Handelsunternehmen zur Wahrung ihrer Wettbewerbsposition den bereits stärker diversifizierten Unternehmen folgen müssen.

Diversifizierte Handelsunternehmen besitzen aufgrund breiter Sortimente die Möglichkeit der internen Subventionierung oder Mischkalkulation, die sie in die Lage versetzen, auch längerfristig Verluste in Teilbereichen durch Gewinne aus anderen Bereichen auszugleichen. Auf den Absatzmärkten des Handels sind Verkäufe unter Einstandspreis ein instruktives Beispiel

89 Ähnlich auch Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 147; Tucker, Kenneth A., Concentration..., a.a.O., S. 85.

90 Vgl. dazu Kaufer, Erich, Neue Wettbewerbstheorie, a.a.O., S. 211; auf den Zusammenhang zwischen Diversifikation und Marktphase weist Rumelt, R.P., Strategy, Structure and Economic Performance, Boston 1974 hin.

dafür.⁹¹ Allerdings bedeutet der Einsatz breiter Sortimente den Verzicht auf die Vorteile der Spezialisierung. Der Markterfolg von Discountunternehmen (z.B. Aldi) begründet sich gerade auf einer Spezialisierungsstrategie, die auf relativ schmalen und flachen Sortimenten beruht.

Das wettbewerbsbeschränkende Potential konglomerater Handelsunternehmen kann daneben auf einer reinen Abschreckungswirkung beruhen. Schon die bloße Anwesenheit eines Konglomerates auf einem Markt kann lähmend auf die Initiative weniger diversifizierter Konkurrenten wirken, die bei Wettbewerbsvorstößen Gegenmaßnahmen des konglomeraten Unternehmens befürchten müssen. Das Abschreckungspotential konglomerater Handelsunternehmen wirkt gleichermaßen auf die potentielle Konkurrenz.⁹²

Konglomerate Handelsunternehmen gehören zum Kreis potentieller Konkurrenten für eine Vielzahl von Märkten.⁹³ Weitere Diversifikationsmaßnahmen verringern damit die Zahl der potentiellen Konkurrenten und damit deren disziplinierenden Einfluß auf den Wettbewerb auf diesen Märkten. An dieser Stelle muß auch auf eine positive Auswirkung von externen oder internen Diversifikationsmaßnahmen hingewiesen werden. Trägt der Marktzutritt eines konglomeraten Handelsunternehmens dazu bei, daß die wettbewerbliche Marktstruktur verbessert wird, kann dies zu einer Intensivierung des Wettbewerbs führen.⁹⁴

91 Vgl. zur umfangreichen Literatur nur Kirschner, Ulrich, und Harald Lob, Der Verkauf unter Einstandspreis - ein deutsch-französischer Vergleich, in: RIW 32 (1986), S. 859 ff. m.w.N.

92 Vgl. Monopolkommission, 5. Hauptgutachten, a.a.O., Tz. 718.

93 Vgl. zur Bedeutung von konglomeraten Unternehmen als potentielle Konkurrenten das supply space-Konzept von Narver, John C., Supply Space and Horizontality in Firms and Mergers, in: StJLR 44 (1970), S. 316 ff.

94 Im Falle eines konglomeraten Zusammenschlusses wird von toehold-aquisitions gesprochen; vgl. Schmidt, Ingo, Ist "Größe an sich" gefährlich ?, in: WuW 36 (1986), S. 193 ff., 193 f.

Weitere positive Auswirkungen konglomerater Unternehmenstätigkeit können in der Realisierung von Verbundvorteilen (economies of scope) und von Transaktionskostensparnissen bestehen. Verbundvorteile treten insbesondere bei der Beschaffung, bei der Finanzierung, beim Management und beim Absatz von Handelsunternehmen auf. Positiv sind Verbundvorteile allerdings nur zu beurteilen, wenn sie auf realen und nicht auf machtbedingten (pekuniären) Kostensparnissen beruhen.

Transaktionskostensparnisse können sich insbesondere bei der Information über Preise und Gütereigenschaften sowie bei den Vertragsverhandlungen ergeben. Diese Ersparnisse werden allerdings durch zusätzliche Organisationskosten relativiert, die durch die Koordinierung der verschiedenen Tätigkeitsgebiete entstehen.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß große diversifizierte Handelsunternehmen über einen überlegenen Verhaltensspielraum gegenüber kleineren, weniger diversifizierten Handelsunternehmen verfügen. Dieser Verhaltensspielraum kann allein darauf beruhen, daß Handelsunternehmen auf mehreren Märkten tätig sind. Nicht erforderlich ist dagegen, daß ein konglomerates Handelsunternehmen auch auf nur einem Markt über eine dominierende Stellung verfügt.⁹⁵ Der Einzelmarktbezug bei der Erfassung von Nachfragemacht muß daher durch eine Mehrmarkt Betrachtung ergänzt werden. Marktanteile und Marktzutrittsschranken sind bei einer Mehrmarkt Betrachtung allein keine aussagefähigen Kriterien zur Erfassung von Nachfragemacht. Daher sollen im nächsten Abschnitt Kriterien untersucht werden, die auch eine Mehrmarkt Betrachtung von Nachfragemacht ermöglichen.

95 Anders jedoch Schmidbauer, Herbert, a.a.O., S. 269.

c) Kriterien zur Erfassung konglomerater Unternehmensmacht

Zur Erfassung konglomerater Unternehmensmacht sind die Kriterien Finanzkraft und Unternehmensflexibilität heranzuziehen, wobei dem Kriterium der Finanzkraft eine zentrale Bedeutung zukommt⁹⁶, während das Kriterium der Unternehmensflexibilität aus Praktikabilitätsgründen nur hilfsweise heranzuziehen ist.

aa) Finanzkraft

Dem Kriterium der Finanzkraft wird in den wenigen Quellen, die ihm überhaupt Beachtung schenken, eine nur eingeschränkte oder nur mittelbare Bedeutung zur Erfassung von Nachfragemacht beigemessen. Allenfalls könne Finanzkraft, die zu dominierenden Stellungen auf Absatzmärkten des Handels führt, mittelbar Nachfragemacht bedingen.⁹⁷ Die Ursache dieser Unterschätzung liegt u.E. darin, daß der Einzelmarktbezug von Finanzkraft nicht durch eine Mehrmarkt Betrachtung ergänzt wird.⁹⁸ Finanzkraft kann von seinem Inhaber auf allen Märkten, auf denen er tätig ist, eingesetzt werden. Eine überragende Finanzkraft kann auch auf einzelnen Märkten zu überragenden Marktstellungen führen.

Eine hohe Finanzkraft von Handelsunternehmen ist zum einen die Voraussetzung dafür, daß Untereinstandspreisstrategien und die dafür erforderliche interne Subventionierung durchführbar werden.⁹⁹ Zum anderen sind nur Unternehmen, die über eine beträchtliche Finanzkraft verfügen, in der Lage, Diversifikationsstrategien durchzuführen.

96 So Meinhold, Wilko, a.a.O., S. 113 ff.; Monopolkommission, 5. Hauptgutachten, a.a.O., Tz. 786; anders jedoch Albach, Horst, Finanzkraft und Marktbeherrschung, Tübingen 1981, S. 77.

97 Vgl. Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 89 f.; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 48 f.

98 Ähnlich auch Monopolkommission, 5. Hauptgutachten, a.a.O., Tz. 790; anders jedoch Albach, Horst, Finanzkraft..., a.a.O., S. 6.

99 Vgl. Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 63 f.

In Anlehnung an die Monopolkommission ist bei der wettbewerbspolitischen Beurteilung der Finanzkraft wie folgt vorzugehen:¹⁰⁰

- Bestimmung der Höhe der finanziellen Mittel eines Unternehmens (absolute Finanzkraft);
- Bestimmung der finanziellen Mittel, die auf einem Markt eingesetzt werden könnten (marktbezogene Finanzkraft);
- Bestimmung des Verhältnisses der Finanzkraft eines Unternehmens zu der seiner größten Konkurrenten (wettbewerbsbezogene Finanzkraft).

Zur Ermittlung der absoluten Finanzkraft eines Unternehmens ist auf den Bestand an Zahlungsmitteln und auf den Nettozufluß von liquiden Mitteln aus dem Umsatzprozeß, welcher wohl am besten durch den cash-flow¹⁰¹ dargestellt wird, abzustellen. Der Umsatz als solcher eignet sich nur begrenzt zur Bestimmung der Finanzkraft.¹⁰²

Die marktbezogene Finanzkraft eines Unternehmens wird durch das Verhältnis der gesamten liquiden Mittel eines Unternehmens zu seinem Umsatz auf einem Einzelmarkt ausgedrückt. Diese Kennzahl

100 Vgl. Monopolkommission, 5. Hauptgutachten, a.a.O., Tz. 791 ff.; ähnlich auch Albach, Horst, Finanzkraft..., a.a.O., S. 40 ff.

101 Eine einheitliche Definition des cash flow fehlt; vgl. Wöhe, Günter, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, 16. Aufl., München 1986, S. 740, für den der cash flow als Kennziffer über den Mittelzufluß aus dem Umsatzprozeß der Jahresüberschuß zuzüglich aller nicht auszahlungswirksamen Aufwendungen abzüglich aller nicht einzahlungswirksamen Erträge ist.

Vgl. zur Höhe des cash flow im Groß- und Einzelhandel Lachner, Josef, Finanzierungsverhältnisse und -erfordernisse im Großhandel - Ergebnisse einer Analyse des Ifo-Instituts-, in: ifo-schnelldienst 40 (1987), H. 3, S. 9 ff.; Meyerhöfer, Walter, Ertragsentwicklung im Facheinzelhandel, in: ifo-schnelldienst 40 (1987), H. 3, S. 3 ff.

102 Zu weiteren Kenngrößen der Finanzkraft vgl. Albach, Horst, Finanzkraft..., a.a.O., S. 40 ff.

gibt Hinweise auf die Dauer, mit der Verkäufe unter Einstandspreis durchgeführt werden könnten.

Die wettbewerbsbezogene Finanzkraft eines Unternehmens läßt Schlüsse darüber zu, ob das betreffende Unternehmen in der Lage ist, eine verlustbringende Preispolitik gegen den stärksten Konkurrenten durchzusetzen.

bb) Unternehmensflexibilität

Grundlage der folgenden Betrachtung ist die auf Edith Penrose¹⁰³ zurückgehende ressourcenorientierte Sicht der Unternehmung, welche als "a collection of productive resources"¹⁰⁴ angesehen wird. Die produktiven Ressourcen eines Unternehmens können für mehrere unterschiedliche Einsatzmöglichkeiten verwendet werden, wobei neben der Quantität und der Diversifikation der Ressourcen insbesondere die Flexibilität der Ressourcen von Bedeutung sind.¹⁰⁵

Für den Bereich des Handels sind dabei neben der Flexibilität der finanziellen Ressourcen und der Flexibilität der Unternehmensführung v.a. die Flexibilität des Sortiments bei der Bestimmung von Marktstellungen im Absatz- und Nachfragerwettbewerb zu berücksichtigen. Der hohen Substitutionsflexibilität des Sortiments von Handelsunternehmen ist die niedrige fertigungstechnische Flexibilität von Industrieunternehmen gegenüberzustellen. Diese Flexibilitätsüberlegenheit führt dazu, daß Handelsunternehmen relativ leicht ohne größere Umsatzausfälle Auslistungen aus ihrem Sortiment vornehmen können, während die industriellen Lieferanten Produktionsumstellungen in nur begrenztem Maße vornehmen können.¹⁰⁶ Dies führt zu einem überle-

103 Vgl. Penrose, Edith T., *The Theory of the Growth of the Firm*, 5. Aufl., Oxford 1972.

104 Penrose, Edith T., a.a.O., S. 24.

105 Vgl. Veltrup, Bernhard, a.a.O., S. 86 ff.

106 Vgl. dazu auch die Ausführungen im 2. Kapitel.

genen Verhaltensspielraum von Handelsunternehmen gegenüber ihren Lieferanten.¹⁰⁷

Im Einzelfall muß das Flexibilitätsargument allerdings relativiert werden, da

- kleinere Fach- und Spezialgeschäfte eine wesentlich geringere Sortimentsflexibilität als große Handelsunternehmen besitzen;¹⁰⁸
- die Sortimentsflexibilität dann eingeschränkt wird, wenn insbesondere Fachgeschäfte von der Belieferung mit bestimmten Markenartikeln abhängig sind, eine Auslistung also zu Imageverlusten führen würde;¹⁰⁹
- Flexibilitätsunterschiede dann keine Rolle spielen, wenn Hersteller ihre Produkte direkt an den Letztverbraucher absetzen.

Weist nach alledem das Kriterium der konglomeraten Unternehmensmacht handelsspezifische Besonderheiten auf? Einerseits ist darauf hinzuweisen, daß - analog zur Sortimentsbreite im Handel - auch der Industrie aus breiteren Produktionsprogrammen Wettbewerbsvorteile erwachsen können. Liegen insoweit keine handelsspezifischen Besonderheiten vor, kann andererseits nicht bestritten werden, daß die Sortimentsbreite im Handel überwiegend quantitativ höher ist als die Breite des industriellen Produktionsprogramms. Die gesteigerten Möglichkeiten zur Mischkalkulation im Handel erhöhen damit das konglomerate Machtpotential.

Daneben kann zwar von einer generellen sortimentsbedingten Flexibilitätsüberlegenheit des Handels nicht gesprochen werden, weil Handelsunternehmen von der Belieferung insbesondere mit

¹⁰⁷ Vgl. Dageförde, Heinrich, a.a.O., S. 10 f.; Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 19; Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 142; Niestrath, Ulrich, a.a.O., S. 208 ff.; OECD, Buying Power..., a.a.O., S. 21; Sölter, Arno, Nachfragefunktion..., a.a.O., S. 448.

¹⁰⁸ Vgl. Niestrath, Ulrich, a.a.O., S. 211.

¹⁰⁹ Vgl. Kantzenbach, Erhard, Wirtschaftliche Ursachen..., a.a.O., S. 132.

Markenartikeln abhängig sein können, wodurch die Sortimentsflexibilität reduziert wird. Dem steht allerdings die Tatsache gegenüber, daß Industrieunternehmen in ihrer Vertriebsflexibilität dadurch eingeschränkt sein können, daß sie, um die Verbraucher mit ihren Produkten möglichst flächendeckend erreichen zu können, auf bestimmte Vertriebsformen des Handels angewiesen sind (sog. Nadelöhrfunktion des Handels). Im Ergebnis ist daher die Existenz einer handelsspezifischen konglomeraten Unternehmensmacht weitgehend zu bejahen.

4. Käufermärkte

Im folgenden soll in Erweiterung der Ausführungen im 1. Kapitel untersucht werden, inwieweit die Existenz von Käufermärkten ein Indiz für Nachfragemacht sein kann. Das Entstehen von Käufermärkten ist - abgesehen von konjunkturellen Schwankungen - auf den Strukturwandel im Handel zurückzuführen. Die stagnierende Verbrauchernachfrage nach Lebensmitteln, die sich in einem ständig sinkenden Ausgabenanteil der privaten Haushalte für Nahrungs- und Genußmittel ausdrückt¹¹⁰, hat im Verhältnis zwischen Industrie und Handel zu einem Angebotsüberschuß geführt.

Die Existenz von Käufer- bzw. Verkäufermärkten bringt, wie schon Clark formulierte, zunächst lediglich "the different grades of activity or urgency of sellers' and buyers' competition"¹¹¹ zum Ausdruck:

- In Käufermärkten wird der Nachfragerwettbewerb abgeschwächt und der Anbieterwettbewerb intensiviert, während

110 Dieses Phänomen ist als Engelsches Gesetz bekannt geworden; vgl. Woll, Artur, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 9. Aufl. München 1987, S. 296 ff.; der Ausgabenanteil der privaten Haushalte für Lebensmittel sank von 43,5 % im Jahre 1950 auf 25,1 % im Jahre 1984; vgl. Statistisches Bundesamt, Volkswirtschaftliche Gesamtrechnungen, Fachserie 18, Reihe S. 7, Lange Reihen, 1950 bis 1984, Wiesbaden 1985, S. 84.

111 Clark, John M., Competition as a Dynamic Process, a.a.O., S. 393.

- in Verkäufermärkten der Nachfragerwettbewerb intensiviert und der Anbieterwettbewerb abgeschwächt wird.

Die unterschiedlichen Wettbewerbsintensitäten führen dazu, daß in Käufermärkten aufgrund des latenten Angebotsüberschusses die gesamten Nachfrager niedrigere Preise und günstigere Konditionen fordern können bzw. die Anbieter eher zu Zugeständnissen bereit sind. Ob allerdings einzelne Nachfrager diese Marktlage zu besonderen Zugeständnissen ausnutzen können, ist nicht nur von der Existenz von Käufermärkten abhängig, sondern auch von anderen Faktoren wie Marktanteilen, Marktzutrittsschranken, Finanzkraft u.a.m. Käufermärkte sind allenfalls eine mittelbare Ursache dafür, daß individuelle Nachfragemachtpositionen entstehen können.

Da sich die Nachfrageschwankungen auf Käufermärkten aufgrund unterschiedlicher Produktionskapazitäten und Kostenstrukturen bei jedem Anbieter unterschiedlich auswirken, die Angebots- und Nachfrageelastizitäten also individuell verschieden sind, führt der Wettbewerb zu verschiedenen Einkaufspreisen. Vereinzelt auftretende relativ niedrige Preise sind nicht eo ipso Ausdruck einer auf die Existenz von Käufermärkten zurückzuführenden Nachfragemacht.¹¹²

Daneben können Überkapazitäten auf Seiten der Anbieter nicht nur Ergebnis des Wettbewerbsprozesses in Käufermärkten sein, sondern sie können auch die Immobilität der betreffenden Unternehmer widerspiegeln¹¹³, deren Auftreten auf Käufermärkten,

112 Vgl. Mestmäcker, Ernst-Joachim, Der verwaltete Wettbewerb..., a.a.O., S. 255 f.

113 Vgl. Oberender, Peter, Wettbewerbliche Marktprozesse und struktureller Nachfragerückgang - Zur Problematik der Zulassung von Wettbewerbsbeschränkungen -, in: ORDO 26 (1975), S. 131 ff., 136 f.; ähnlich auch Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 73.

die häufig mit Stagnationsphasen der Märkte zusammenfallen¹¹⁴, nicht unrealistisch sein wird.

Die Existenz von Käufermärkten wird erst dann wettbewerbspolitisch bedenklich, wenn

- die Überkapazitäten nicht Ursache einer konjunkturellen Nachfrageschwäche sind, die im Konjunkturaufschwung wieder abgebaut werden, und
- die wettbewerblichen Anpassungsprozesse gestört werden, die über Preissenkungsprozesse zu einem Abbau der Überkapazitäten führen (ruinöser Wettbewerb).

Die wettbewerblichen Anpassungsprozesse können aber gerade durch Wettbewerbsbeschränkungen auf Beschaffungsmärkten beeinträchtigt werden.

Abschließend ist festzustellen, daß von der bloßen Existenz von Käufermärkten nicht auf individuelle Nachfragemachtpositionen geschlossen werden kann. Käufermärkte sind somit kein eigenständiges Kriterium zur Erfassung von Nachfragemacht. Allenfalls kann die Berücksichtigung von Käufermärkten dazu führen, daß die kritische Schwelle, ab der von Nachfragemacht gesprochen werden kann, tiefer angesetzt werden muß als im Falle des Gleichgewichts von Angebot und Nachfrage.

5. Bilaterale Abhängigkeitsverhältnisse

Bereits im 1. Kapitel ist darauf hingewiesen worden, daß sich bilaterale Abhängigkeitsverhältnisse auf eine Beeinträchtigung (horizontalen) Wettbewerbs zurückführen lassen. Insofern sind die folgenden Kriterien (Auftragsgröße der Nachfrager, good-

¹¹⁴ Vgl. Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 258; die Nahrungs- und Genussmittelindustrie, die Textil-, Bekleidungs- und Schuhindustrie gehören zu den schrumpfenden Branchen der deutschen Industrie; vgl. Oppenländer, Karl H., Schrumpfende, stagnierende und expandierende Branchen der deutschen Industrie, in: ifo-schnelldienst 36 (1983), H. 12, S. 5 ff., 5 f.

will-bedingte Abhängigkeit) lediglich als Ergebnisse überragender Marktstellungen im Horizontalverhältnis zwischen Nachfragern zu interpretieren und stellen damit keine eigenständigen Erklärungsansätze zur Erfassung von Nachfragemacht dar.

a) Die Auftragsgröße der Nachfrager

Für die Verhandlungsmacht eines Nachfragers bzw. einer Gruppe von Nachfragern gegenüber den Lieferanten ist der prozentuale Beschaffungsanteil eines Nachfragers bzw. einer Gruppe von Nachfragern am Umsatz des Lieferanten entscheidend.¹¹⁵ Je höher diese Auftragsgröße ist, desto stärker ist die Verhandlungsposition des Nachfragers gegenüber dem jeweiligen Lieferanten. Ein Schwellenwert, oberhalb dessen ein Nachfrager für einen Lieferanten unentbehrlich ist, wird sich allerdings nicht feststellen lassen. Die Monopolkommission schätzt, daß Hersteller von den Nachfragern abhängig sind, wenn das Liefervolumen 6-8 % der Produktionskapazität des Anbieters erreicht¹¹⁶ bzw. wenn der Nachfrager einen Marktanteil von etwa 5 % auf sich vereint.¹¹⁷

Besondere Bedeutung erhält das Kriterium Auftragsgröße im Zusammenhang mit Einkaufsgemeinschaften¹¹⁸, deren Ziel nicht nur die Erschließung von Bezugsmöglichkeiten darstellt, sondern

115 Vgl. Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 68; Lademann, Rainer, Nachfragemacht..., a.a.O., S. 80.

116 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 69.

117 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 217.

118 Die Monopolkommission unterscheidet Einkaufskontore, die ausschließlich für Großhandelsunternehmen tätig sind, und Handelsorganisationen, die für die angeschlossenen Einzelhändler Großhandelsfunktionen wahrnehmen (Genossenschaften wie EDEKA und REWE, freiwillige Ketten wie Spar und Selex/Tania, Einkaufsverbände wie Kaufring); vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 96; Batzer, Erich u.a., a.a.O.; Olesch, Günter, und Horst Tiedtke, a.a.O.

auch die Zusammenfassung der Nachfrage, um bei Lieferanten günstigere Einkaufskonditionen auszuhandeln.¹¹⁹

Die Verhandlungsmacht der Einkaufsgemeinschaften hinsichtlich ihrer Auftragsgröße hängt davon ab, inwieweit die Lieferanten die Möglichkeit besitzen, unter Umgehung der Einkaufsgemeinschaft direkt an die angeschlossenen Handelsunternehmen zu liefern.¹²⁰ Eine Direktbelieferung ist ausgeschlossen, wenn eine Bezugsverpflichtung der der Einkaufsgemeinschaft angeschlossenen Handelsunternehmen besteht. Einkaufsgemeinschaften können aber auch bei fehlender Bezugspflicht über eine beträchtliche Verhandlungsstärke verfügen, wenn die angeschlossenen Handelsunternehmen ihre Bezüge freiwillig bei der Einkaufsgemeinschaft konzentrieren. Nach Angaben der Monopolkommission beträgt die durchschnittliche Bezugskonzentration bei der Gedelfi 30-40 %, bei der EDEKA 66,8 %, bei Selex-Tania 56 % und bei der HKG ca. 40 %.¹²¹

b) Die goodwill-bedingte Abhängigkeit

Unabhängig von der konkreten Abnahmemenge eines Nachfragers kann es für bestimmte Hersteller notwendig sein, in einer bestimmten Vertriebsform des Handels vertreten zu sein. Diese Notwendigkeit entsteht daraus, daß der goodwill einer Marke darunter leiden könnte, wenn ein Hersteller nicht in einer bestimmten Vertriebsform vertreten ist, was zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit eines Herstellers führen kann. Man spricht dann von goodwill-bedingter Abhängigkeit oder

119 Vgl. Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 10; Kreiterling, Hans, a.a.O., S. 35 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 72; Niestrath, Ulrich, a.a.O., S. 155 ff.; Sölter, Arno, Nachfragemacht..., a.a.O., S. 41; anders Kathrein, Oswald, a.a.O., S. 15.

120 Vgl. Köhler, Helmut, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager..., a.a.O., S. 154 f.

121 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 25, 38, 57, 61; vgl. auch Batzer, Erich u.a., Kooperation..., a.a.O., S. 102.

von umgekehrter sortimentsbedingter Abhängigkeit.¹²²

Eine goodwill-bedingte Abhängigkeit wird bei Herstellern bekannter Markenartikel allerdings kaum auftreten, da die Handelsunternehmen ihrerseits daran interessiert sind, die jeweiligen Produkte in ihrem Sortiment zu führen. Die Fälle, in denen Handelsunternehmen gegen die Lieferverweigerung bekannter Hersteller geklagt haben, sind ein Beleg dafür.¹²³

Hinweise auf die Relevanz der goodwill-bedingten Abhängigkeit als Kriterium zur Erfassung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen finden sich in einer Studie von Porter.¹²⁴ Die Nachfragemacht von Handelsunternehmen beruht danach auf deren Fähigkeit, einen Beitrag zur Produktdifferenzierung zu leisten. Dieser besteht darin, daß ein Händler Einfluß auf die Kaufentscheidung der Konsumenten nehmen kann, indem er zur physischen Produkteigenschaft weitere Leistungen wie Preislage, Service (Beratung, Kundendienst), Image und Art der Präsentation der Ware hinzufügt.¹²⁵

Mit steigendem Einfluß der Handelsunternehmen auf die Produktdifferenzierung steigt deren Verhandlungsmacht gegenüber Herstellern. Das Ausmaß dieser Verhandlungsmacht ist von der Art der jeweiligen Absatzkanäle, über die die Produkte vertrieben werden, abhängig. Porter unterscheidet Absatzkanäle für standardisierte Güter des täglichen Bedarfs (convenience outlets)

122 Vgl. Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 69; Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 114; Reimann, Thomas, a.a.O., S. 548.

123 Vgl. nur Metro, in: WuW/E OLG 2047 ff. und SABA-EG-Vertriebssystem II, in: WuW/E EV 1016 ff.; näheres dazu im 7. Kapitel dieser Arbeit.

124 Vgl. Porter, Michael E., *Interbrand Choice, Strategy, and Bilateral Market Power*, Cambridge, Mass. und London 1976.

125 Vgl. Porter, Michael E., *Interbrand Choice...*, a.a.O., S. 20 f.

und für Güter des nicht lebensnotwendigen Bedarfs (nonconvenience outlets).¹²⁶

Im Falle der convenience outlets ist die Verhandlungsmacht von Handelsunternehmen geringer als bei nonconvenience outlets, da bei Gütern des täglichen Bedarfs Beratungsleistungen des Händlers eine geringe Rolle spielen und da die Hersteller ihre Produkte durch Entwicklung eines Markenimages und durch Werbung häufig schon "vorverkauft" haben. Die Nachfragemacht der Händler steigt allerdings in den Fällen, in denen die Schaffung eines Markenimages nicht gelingt oder noch nicht gelungen ist und Handelsmarken vertrieben werden. Diese Ergebnisse werden durch eine empirische Untersuchung bestätigt.¹²⁷

Insgesamt muß festgehalten werden, daß bilaterale Abhängigkeitsverhältnisse allein nicht ursächlich für die Entstehung von Nachfragemacht sind. Ohne eine Betrachtung der horizontalen Marktverhältnisse besitzen diese Kriterien eine nur beschränkte Aussagekraft.

126 Vgl. Porter, Michael E., *Interbrand Choice...*, a.a.O., S. 23; vgl. auch Dirlam, Joel B., und Alfred E. Kahn, *Fair Competition: The Law and Economics of Antitrust Policy*, Westport, Conn. 1970, S. 236.

127 Vgl. Porter, Michael E., *Interbrand Choice...*, a.a.O., S. 222.

II. Verhaltenskriterien

Im folgenden sollen Kriterien zur Erfassung der Verhaltensweisen von Handelsunternehmen auf Beschaffungsmärkten hinsichtlich ihrer wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen entwickelt werden. Im Interesse der Rechtssicherheit bei der Erfassung von Nachfragemacht wäre es angebracht, generelle Kriterien zu entwickeln, die zumindest bei einigen Tatbeständen eine Einzelfallprüfung überflüssig machen. Ein solcher Versuch ist unter Bezugnahme auf den sog. Leistungswettbewerb auch unternommen worden.

1. Das Kriterium der Leistungsgerechtigkeit

Nach einer Darstellung der Versuche, den Begriff des Leistungswettbewerbs zu konkretisieren, sollen im folgenden die Schwierigkeiten aufgezeigt werden, die bei der Erfassung des Nichtleistungswettbewerbs auftreten. Abschließend ist zu den Bestrebungen Stellung zu nehmen, Formen des Nebenleistungswettbewerbs als Nichtleistungswettbewerb zu qualifizieren.

a) Der Begriff des Leistungswettbewerbs

Der Begriff des Leistungswettbewerbs wird zum einen aus ordnungspolitischer Sicht interpretiert und zum anderen aus einzelwirtschaftlicher Sicht, bei der auf die Wettbewerbsverhältnisse zwischen den Marktteilnehmern und deren Verhaltensweisen im Wettbewerb abgestellt wird.¹²⁸

¹²⁸ Vgl. zu dieser Unterscheidung Exner, Gert, a.a.O., S. 70 ff.; Dörinkel, Wolfram, Leistungswettbewerb - Rechtsbegriff oder Schlagwort?, in: DB 20 (1967), S. 1883 ff.; Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 33; Kreiterling, Hans, a.a.O., S. 67 ff.; Ohm, Hans, Definitionen des Leistungswettbewerbs und ihre Verwendungsfähigkeit für die praktische Wirtschaftspolitik, in: Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen, hrsg. von Hans-Jürgen Seraphim, Berlin 1960, S. 239 ff.

Aus ordnungspolitischer Sicht wurde Leistungswettbewerb mit vollständiger Konkurrenz gleichgesetzt:

"Vollständige Konkurrenz ... ist nicht Behinderungs- oder Schädigungswettbewerb, sondern 'Leistungswettbewerb'."¹²⁹

Daneben wird Leistungswettbewerb als Wettbewerb i.S. des GWB interpretiert: Der Ausdruck leistungsgerechter Wettbewerb

"ist ein wirtschaftspolitischer, auf Institutionenschutz gerichteter Begriff... Schutzobjekt des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist ein funktionsfähiger, wirksamer Wettbewerb, d.h. ein Wettbewerb, der seine volkswirtschaftliche Aufgabe möglichst gut erfüllt. Der Wettbewerb kann seiner Aufgabe, jeweils die beste Leistung zur Geltung zu bringen, aber nur gerecht werden, wenn seine Auslesefunktion nicht dadurch verfälscht wird, daß Unternehmen nicht leistungsgerechte Vorteile und Vorsprünge im Wettbewerb einsetzen".¹³⁰

Arndt versteht unter Leistungswettbewerb den dynamischen Wettbewerb i.S. Clarks. Er geht von den volkswirtschaftlichen Funktionen aus, die der Leistungswettbewerb erfüllen soll:¹³¹

- Anpassung des Angebots an die sich im Zeitablauf vollziehenden Bedarfsänderungen (Anpassungswettbewerb) sowie
- ständige Weiterentwicklung des Angebots und damit die Entwicklung neuer, besserer Produkte und neuer, billigerer

129 Eucken, Walter, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 5. Aufl., Tübingen 1975, S. 247.

130 Regierungsbegründung zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr VI/2520, S. 34; vgl. auch Sack, Rolf, Lauterer und leistungsgerechter Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln, in: GRUR 77 (1975), S. 297 ff., 302; Hinz, Hans W., Fortschreibung der Gemeinsamen Erklärung zur Sicherung des Leistungswettbewerbs, in: MA 47 (1985), S. 18 ff., 24; kritisch dazu Hamm, Walter, Die Bedeutung des leistungsgerechten Wettbewerbs im Rahmen der Wettbewerbsregeln, in: WuW 25 (1975), S. 115 ff., 119, der für einen Verzicht des Begriffs des Leistungswettbewerbs plädiert, weil er schon durch den Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs abgedeckt sei.

131 Vgl. Arndt, Helmut, Leistungswettbewerb als Voraussetzung..., a.a.O., S. 336; Arndt, Helmut, Leistungswettbewerb und ruinöse Konkurrenz..., a.a.O., S. 59 ff., insbesondere S. 62 f.

Produktionsverfahren (Entwicklungswettbewerb).

Vereinzelt wird der Leistungswettbewerb mit dem Verbraucherschutz in Verbindung gebracht. Der Begriff des Leistungswettbewerbs heißt dann Schutz der Leistungskontrolle der Marktgegenseite. "Verbraucherschutz und Schutz des Leistungswettbewerbs sind dann nur zwei Seiten ein und derselben Medaille".¹³²

Die Sicherung des Leistungswettbewerbs wird sodann als Verhinderung solcher Wettbewerbsverzerrungen verstanden, die zu marktbedingten Einkommensvorteilen führen:

"Eine vorausschauende Wettbewerbs- und Preispolitik wird ferner darauf zu achten haben, daß übermäßige Nachfragemacht und entsprechende Vorzugsstellungen auf der Handelsstufe nicht dazu mißbraucht werden, eine nicht leistungsgerechte Einkommensverteilung zu Lasten schwächerer industrieller Anbieter oder entsprechender Konkurrenten im Handel herbeizuführen."¹³³

Aus ordnungspolitischer Sicht wird der Leistungswettbewerb auch mit dem Gedanken des Mittelstandsschutzes in Verbindung gebracht. Aus der Begründung zum Regierungsentwurf der 2. GWB-Novelle über die Neufassung des § 28 GWB geht hervor, daß der Leistungswettbewerb vorrangig dem Schutz des Mittelstandes dient:

"Die Neufassung soll insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen dabei helfen, Wettbewerbspraktiken entge-

132 Fezer, Karl-Heinz, a.a.O., S. 706; vgl. auch Hahn, Rüdiger, Behinderungsmißbräuche marktbeherrschender Unternehmen, Frankfurt am Main u.a. 1984, S. 242; kritisch dazu Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 24 f.

133 Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von den Fraktionen der SPD, FDP eingebrachten Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 7/765, S. 4.

genzuwirken, die dem Gedanken des Leistungswettbewerbs zuwiderlaufen."¹³⁴

Aus einzelwirtschaftlicher Sicht ist der Begriff des Leistungswettbewerbs aus dem Unlauterkeitsrecht entwickelt worden. Nipperdey stellte dem Behinderungswettbewerb den Leistungswettbewerb gegenüber, den er dann verwirklicht sah, wenn die "Absatztätigkeit des eigenen Geschäftsbereiches mit Mitteln der eigenen Leistung"¹³⁵ gefördert wird.

Ulmer entwickelt den Begriff des Leistungswettbewerbs über seinen Gegenpart: den Nichtleistungswettbewerb. Der Nichtleistungswettbewerb betreffe zwar nicht den Tatbestand der Unlauterkeit, er habe aber die Wirkung, dem Handelnden nicht durch die bessere eigene Leistung, sondern durch andere Mittel einen Wettbewerbsvorteil am Markt zu verschaffen. Der Nichtleistungswettbewerb könne daher in einer Grauzone zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb angesiedelt werden.¹³⁶

Die vorangegangene Begriffsvielfalt hat gezeigt, daß eine klare und aussagekräftige Definition des Leistungswettbewerbs nicht möglich ist.¹³⁷ Der Begriff des Leistungswettbewerbs kann daher als wenig operational und justitiabel angesehen werden, um

¹³⁴ Regierungsbegründung zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr VI/2520, S. 34; vgl. auch Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 37; kritisch dazu Hamm, Walter, a.a.O., S. 120 ff.

¹³⁵ Nipperdey, H. C., Wettbewerb und Existenzvernichtung, Berlin 1930, S. 16.

¹³⁶ Vgl. Ulmer, Peter, Der Begriff "Leistungswettbewerb" und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB- und UWG-Tatbeständen, in: GRUR 79 (1977), S. 565 ff., 567 f.

¹³⁷ Vgl. Dörinkel, Wolfram, a.a.O., S. 1885; Meier, Gert, Verhaltensregeln der Wirtschaft und "Leistungswettbewerb", in: WRP 24 (1978), S. 514 ff., 516.

Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfragemacht zu erfassen.¹³⁸ Bei der Verwendung des Begriffs des Leistungswettbewerbs besteht die Gefahr, den Wettbewerb im Namen des Leistungswettbewerbs zu beschränken¹³⁹, was im folgenden belegt werden soll.

b) Erfassung des Nichtleistungswettbewerbs

Auch über die Erfassung des Nichtleistungswettbewerbs besteht keine Einigkeit. Das von Ulmer vertretene Nichtleistungskonzept stellt auf eine horizontale Betrachtungsweise ab.¹⁴⁰ Aufgabe des Nichtleistungskonzepts sei es nicht, Kriterien für ein angemessenes Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, für einen "gerechten Preis" oder einen angemessenen Rabatt zu erarbeiten. Maßgeblich sei vielmehr die Beurteilung aus der Sicht der Marktstufe des Anbieters oder Nachfragers.¹⁴¹ Verhaltensweisen nachfragemächtiger Handelsunternehmen seien dann als Mißbrauch anzusehen, wenn sie leistungsfremd seien und zu nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb führen könnten.¹⁴² Das Nicht-

138 Vgl. Dörinkel, Wolfram, a.a.O., S. 1885; Exner, Gert, a.a.O., S. 84; Hönn, Günther, Wettbewerbsregeln und die Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbs, in: GRUR 79 (1977), S. 141 ff., 143; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 26; Kurz, Rudi, und Lothar Rall, Behinderungsmissbrauch: Probleme einer ordnungskonformen Konkretisierung, Tübingen 1983, S. 67; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 260; anders jedoch Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 32.

139 Vgl. Röper, Burkhardt, Zur Verwirklichung des Leistungswettbewerbs, in: Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen, hrsg. von Hans-Jürgen Seraphim, Berlin 1960, S. 261 ff., 281; ähnlich auch Möhlenbruch, Dirk, a.a.O., S. 81.

140 Schon Böhm sah den Leistungswettbewerb nur im Horizontalverhältnis angesiedelt: "Leistungskampf kann grundsätzlich nur Parallelkampf sein"; Böhm, Franz, Wettbewerb und Monopolkampf: Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung, Berlin 1933, S. 213.

141 Vgl. Ulmer, Peter, Kartellrechtswidrige Konkurrentenbehinderung durch leistungsfremdes Verhalten marktbeherrschender Unternehmen, in: Recht und Wirtschaft heute, Festgabe für Max Kummer, Bern 1980, S. 565 ff., 579.

142 Vgl. Ulmer, Peter, Der Begriff "Leistungswettbewerb"..., a.a.O., S. 576.

leistungskonzept kann sich allerdings ebenfalls nicht der Frage entziehen, was unter Leistungsfremdheit zu verstehen ist und dürfte sich daher nicht zur Erfassung von Nachfragemacht eignen.¹⁴³

Insbesondere in der Diskussion um die Nachfragemacht von Handelsunternehmen wird auf eine vertikale Sichtweise abgestellt, indem die von Anbietern gewährten Leistungen mit den Gegenleistungen der Nachfrager verglichen werden. Von Nichtleistungswettbewerb und damit von einer wettbewerbsbeschränkenden, mißbräuchlichen Ausübung von Nachfragemacht wird gesprochen, wenn den Leistungen der Anbieter keine oder keine entsprechenden Gegenleistungen der Nachfrager gegenüberstehen. Dazu gehören Rabatte, die schon anderweitig abgegolten worden sind, Zentralregulierungsrabatte, die von einer Einkaufsgemeinschaft gefordert werden, obwohl die Mitarbeiter der Einkaufsgruppe mit den Lieferanten schon gesondert abgerechnet haben, Eintrittsgelder, Regalmieten, Schaufenstermieten u.v.m.¹⁴⁴

Die Forderung, jeder Leistung müsse eine entsprechende Gegenleistung gegenüberstehen, ist allerdings sowohl theoretisch als auch praktisch verfehlt. Wollte man die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung durch eine Kostenbetrachtung feststellen, würde dies an dem Problem der Zurechnung einzelner Kostenarten

143 Vgl. auch die Kritik von Gröner, Helmut, Nichtleistungswettbewerb und Behinderungsmißbrauch, in: Die Mißbrauchsaufsicht vor dem Hintergrund der neueren Wettbewerbstheorie, hrsg. von Burkhardt Röper, Berlin 1982, S. 79 ff., 92; Kurz, Rudi, und Lothar Rall, a.a.O., S. 68 f.

144 Vgl. Angehrn, Otto, Nachfragemacht von Handelsunternehmen als Problem der Wettbewerbsgestaltung, in: MA 36 (1974), S. 344 ff., 349 f.; Benisch, Werner, Wettbewerbsregeln..., a.a.O., S. 450 ff.; Hinz, Hans W., a.a.O., S. 23 und 26; Kartte, Wolfgang, und Klaus Müller, Zur Ordnung des Wettbewerbs zwischen Industrie und Handel, in: MA 37 (1975), S. 194 ff., 198; Ulmer, Peter, Kartellrechtliche Unterschiede..., a.a.O., S. 55; Weyhenmeyer, Hans, Unterschiedliche Behandlung bei Preisen und Konditionen, in: Freiheit und Fairneß im Wettbewerb - Chance für einen leistungsfähigen Mittelstand: Wettbewerbskongreß München 1977, hrsg. vom Bayerischen Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr, München 1977, S. 57 ff., 64 f.

und an der mangelnden Quantifizierbarkeit einzelner Leistungen scheitern.¹⁴⁵

Wer behauptet, daß einzelnen Leistungen der Anbieter (wie Eintrittsgeldern, Regalmieten oder Werbekostenzuschüssen) keine entsprechenden Gegenleistungen der Handelsunternehmen gegenüberstehen, verkennt die Tatsache, daß die Leistungen des Handels nicht nur aus Preis und Qualität bestehen. So können Eintrittsgelder Entgelte für die Zurverfügungstellung eines Vertriebsweges darstellen. Regalmieten können ein Ausgleich dafür sein, daß der betr. Händler die Waren des Anbieters besonders kundenwirksam präsentiert. Werbekostenzuschüsse schließlich können ein Entgelt dafür darstellen, daß die Händlerwerbung auch den Herstellern zugute kommt.¹⁴⁶

Werden derartige Praktiken mit dem Hinweis auf deren Leistungswidrigkeit untersagt, ohne die konkreten Wettbewerbsverhältnisse zu prüfen, kommt dies einer unzulässigen Einschränkung der Vertragsfreiheit gleich.¹⁴⁷ Der Leistungsbegriff im Austauschverhältnis zwischen Anbietern und Nachfragern hängt von den individuellen Wertungen der am Vertragsabschluß Beteiligten ab. Eine objektive Bestimmung der äquivalenten Leistung und Gegenleistung ist deshalb nicht möglich.¹⁴⁸

Zur Abgrenzung des Leistungs- vom Nichtleistungswettbewerb wird schließlich das Kriterium der Markttransparenz herangezogen. Für das Vorliegen von Leistungswettbewerb sei es erforderlich, daß

145 Vgl. Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 34 und 43.

146 Vgl. Barth, Klaus, und Dirk Möhlenbruch, Betriebswirtschaftliche Bedenken gegen eine Trennung von Haupt- und Nebenleistungen in der Diskussion zur Nachfragemacht des Handels, in: DB 36 (1983), S. 593 ff., 598 f.; Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 20 f.

147 So auch Meier, Gert, Verhaltensregeln..., a.a.O., S. 517.

148 Vgl. Meier, Gert, Verhaltensregeln..., a.a.O., S. 516 f.; Exner, Gert, a.a.O., S. 31.

"die zum Vergleich stehenden Leistungen der konkurrierenden Unternehmen frei zur Entfaltung kommen und die Abnehmer frei wählen können".¹⁴⁹

Aus vertikaler Sicht sei es erforderlich, daß auch die Vergleichbarkeit zwischen Leistung und Gegenleistung möglich sei. Nachfragemacht werde dann leistungswidrig eingesetzt, wenn sie die Vergleichbarkeit von Leistung und Gegenleistung beschränke.¹⁵⁰

Die Vielzahl der von Anbietern gewährten Sonderzuwendungen an Handelsunternehmen führe zu einer Verschleierung der tatsächlichen Preissituation, so daß bewußt die für einen wirksamen Leistungswettbewerb erforderliche Transparenz beeinträchtigt und damit der nachstoßende Wettbewerb behindert werde. Daher sei ein Abbau der Intransparenz dieses Leistungsgefüges unerläßlich.¹⁵¹

Die Forderung nach Markttransparenz i.S. einer Offenlegung von Bezugsquellen und Einkaufsbedingungen ist bedenklich. Die Geheimhaltung von Bezugsquellen und Einkaufskonditionen ist ein unverzichtbares Element freien Wettbewerbs. Eine gewisse Markt-intransparenz führt in engen Oligopolen zu einer gesteigerten Wettbewerbsintensität, da infolge der Ungewißheit über das Verhalten der Konkurrenten die Neigung zu friedlichem Parallelverhalten abnimmt.¹⁵²

Die Offenlegung von Konditionen würde den vorstoßenden Wettbewerb behindern, da die Unternehmen keinen Anreiz zur Suche nach

149 Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 14. Aufl., München 1983, Einl. UWG Rdnr. 94.

150 Vgl. Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 35.

151 Vgl. Hinz, Hans W., a.a.O., S. 26; Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 50; Kartte, Wolfgang, und Klaus Müller, a.a.O., S. 198.

152 Vgl. Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 39; Schmidt, Ingo, Markttransparenz als Voraussetzung für Wettbewerbsbeschränkungen, in: WuW 13 (1963), S. 97 ff., 101.

günstigen Bezugsquellen mehr hätten¹⁵³ und - wie das Beispiel der Preismeldestellen zeigt - zu Wettbewerbsbeschränkungen führen.¹⁵⁴

c) Nebenleistungswettbewerb als Nichtleistungswettbewerb

Eine weitere Variante stellt der Versuch dar, Formen des Nebenleistungswettbewerbs als Nichtleistungswettbewerb und damit als Mißbrauch von Nachfragemacht zu qualifizieren. Dies kommt etwa in der Gemeinsamen Erklärung von Organisationen der gewerblichen Wirtschaft zur Sicherung des Leistungswettbewerbs zum Ausdruck, nach der der Wettbewerb mit Hauptleistungen Vorrang vor übersteigertem Nebenleistungswettbewerb haben müsse.¹⁵⁵

Die Trennung von Haupt- und Nebenleistungswettbewerb ist wettbewerbspolitisch allerdings nicht zu rechtfertigen, da sie die originären Leistungen des Handels verkennt, die sich nicht nur auf Preise und Qualitäten beschränken, sondern - wie nun schon mehrfach ausgeführt worden ist - ein Leistungsbündel aus vielen Faktoren darstellen. Haupt- und Nebenleistungen stellen einen untrennbaren Bestandteil des gesamten Austauschverhältnisses zwischen Industrie und Handel dar.¹⁵⁶

Der Ausschluß des Nebenleistungswettbewerbs führt - wie das Verbot von Verhaltensweisen, die als Formen des Nichtleistungs-

153 Vgl. Exner, Gert, a.a.O., S. 51 f.; Görgens, Egon, a.a.O., S. 244; Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 39; Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 84.

154 Vgl. zur Problematik von Preismeldestellen nur Röper, Burkhardt, und Peter Erlinghagen, Wettbewerbsbeschränkung durch Marktinformation? Eine Würdigung aus wettbewerbspolitischer und kartellrechtlicher Sicht, Köln u.a. 1974; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 192 und 217 ff.

155 Vgl. Sicherung des Leistungswettbewerbs..., a.a.O., S. 17; Sack, Rolf, Lauterer und leistungsgerechter Wettbewerb..., a.a.O., S. 303.

156 Vgl. Barth, Klaus, und Dirk Möhlenbruch, a.a.O., S. 595; Exner, Gert, a.a.O., S. 34; Meier, Gert, Verhaltensregeln..., a.a.O., S. 517; Treis, Bartho, Zur Erklärung von Händlerverhalten mittels der Lehre von den Handelsfunktionen, in: GRUR 87 (1985), S. 955 ff., 961; Wilde, Olga, a.a.O., S. 104.

wettbewerbs bezeichnet werden - dazu, daß vorstoßender Wettbewerb unterbunden wird und daß Wettbewerbsbeschränkungen möglich werden.¹⁵⁷ Bestrebungen der Industrie und weiter Teile des Handels, leistungsfremde Wettbewerbspraktiken zu unterbinden, sind Versuche, "Surrogate für die abgeschaffte Preisbindung aufzubauen"¹⁵⁸.

Schließlich hat namentlich der BGH bestimmte Praktiken wie Eintrittsgelder und Schaufenstermieten untersagt, weil diese Formen des Nebenleistungswettbewerbs gegen bestimmte Funktionen des Handels verstoßen würden. Die Funktion des Handels läge darin, daß er aus dem Angebot der Hersteller jene Waren auswähle, von denen er annehme, daß sie nach Art, Preis und Qualität vom Verbraucher bevorzugt werden würden.¹⁵⁹ Funktions- und Risiko-verlagerungen seien wettbewerbsbeschränkend.¹⁶⁰

In welcher Weise Funktionen zwischen Anbietern und Nachfragern aufgeteilt werden, folgt allerdings aus dem Wettbewerb.¹⁶¹ So

157 Vgl. Gillert, Peter, Handelsfunktion und Nebenleistung: Zur rechtlichen Relevanz der Begriffe, in: BB 36 (1981), S. 702 ff., 703 f.; Görgens, Egon, a.a.O., S. 242 f.; Mestmäcker, Ernst-Joachim, Der verwaltete Wettbewerb..., a.a.O., S. 284 f.; kritisch aber Bunte, Hermann-Josef, Wettbewerbswidrige Konditionen..., a.a.O., S. 13 f.

158 Köhler, Helmut, Wohin steuert die deutsche Wettbewerbspolitik? Zu Ernst-Joachim Mestmäckers Buch "Der verwaltete Wettbewerb", in: ORDO 37 (1986), S. 275 ff., 279.

159 Vgl. die BGH-Entscheidung Eintrittsgeld, in: WuW/E BGH 1466 ff.

160 Vgl. Sicherung des Leistungswettbewerbs..., a.a.O., S. 24; Hölzler, Heinrich, und Holger Wissel, a.a.O., S. 400; Wirtz, Karl-Ernst, Der unlautere Handel mit dem Handel, in: GRUR 87 (1985), S. 15 ff., 18 ff.

161 Vgl. Barth, Klaus, und Dirk Möhlenbruch, a.a.O., S. 595; Hansen, Knud, Probleme der Nachfragemacht..., a.a.O., S. 555; Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 44; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 30; Meier, Gert, Maßnahmen des Nebenleistungswettbewerbs als unlauteres und machtmißbräuchliches Verhalten im Lebensmitteleinzelhandel, in: DB 33 (1980), S. 721 ff., 721; Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 79; Siebeneck, Peter, Zur Preisauszeichnung im Einzelhandelsbetrieb durch den Lieferanten, in: DB 30 (1977), S. 1352 ff., 1353; Treis, Bartho, Zur Erklärung von Händlerverhalten..., a.a.O., S. 957.

kann die Übernahme der Regalpflege, der Preisauszeichnung und der Inventur durch die Hersteller dann sinnvoll sein, wenn diese über unausgelastete Kapazitäten verfügen.¹⁶² Eine Festschreibung bestimmter Funktionen des Handels führt jedoch zur Erstarrung von Absatzwegen und bedeutet einen Rückfall in Zunftdenken.¹⁶³ Eine Festschreibung von Funktionen würde außerdem bedeuten, daß eine wichtige Voraussetzung für die Existenz eines dynamischen Nachfragerwettbewerbs - der ständige Funktionswandel - verloren ginge.

Abschließend bleibt festzuhalten, daß das Kriterium des Nichtleistungswettbewerbs keinen gangbaren Weg zur Beurteilung von Verhaltensweisen der Handelsunternehmen im Nachfragerwettbewerb darstellt. Dieses Urteil scheint aufgrund des unklaren Begriffs des Leistungswettbewerbs und fehlender Kriterien zur Unterscheidung von Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb gerechtfertigt. Ein per se-Verbot bestimmter Verhaltensweisen (Eintrittsgelder, Regalmieten etc.) durch deren Qualifizierung als Formen des Nichtleistungs- oder Nebenleistungswettbewerbs läßt sich wettbewerbspolitisch nicht rechtfertigen.

Damit soll allerdings nicht behauptet werden, daß das Fordern von Sonderleistungen durch Handelsunternehmen unter keinen Umständen zu Wettbewerbsbeschränkungen führen kann. Die Bedingungen für einen solchen mißbräuchlichen Einsatz von Nachfragemacht sollen im folgenden herausgearbeitet werden.

2. Das Kriterium der Wettbewerbswirkungen

Im Gegensatz zu den im vorstehenden Abschnitt dargestellten Versuchen, bestimmte Verhaltensweisen von Handelsunternehmen auf Beschaffungsmärkten anhand ihres Leistungsbezugs zu beurteilen, soll im folgenden eine Analyse von Verhaltensweisen an-

162 Vgl. Barth, Klaus, und Dirk Möhlenbruch, a.a.O., S. 596; Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 44; Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 83.

163 Vgl. Gröner, Helmut, Nichtleistungswettbewerb..., a.a.O., S. 93.

hand ihrer Wettbewerbswirkungen durchgeführt werden. Dazu sind zunächst die im 1. Kapitel entwickelten Erscheinungsformen der Nachfragemacht heranzuziehen, die in vertikale Verhandlungsstrategien, Behinderungsstrategien und Ausbeutungsstrategien eingeteilt worden sind. Diese Fallgruppen sollen im folgenden - mit Ausnahme der Ausbeutungsstrategien¹⁶⁴ - auf ihre Eignung zur Beeinträchtigung des Wettbewerbs als anonymen Kontroll- und Steuerungsmechanismus (Gedanke des Institutionsschutzes) und zur Beeinträchtigung der wettbewerblichen Handlungs- und Entschließungsfreiheit einzelner Marktteilnehmer (Gedanke des Individualschutzes) untersucht werden.¹⁶⁵

a) Vertikale Verhandlungsstrategien und ihre Wirkungen

Im Rahmen vertikaler Verhandlungsstrategien sind insbesondere die Meistbegünstigungsklauseln zu nennen, die in verschiedenen Ausprägungen vereinbart werden. Sie umfassen die Verpflichtung eines Lieferanten gegenüber seinem Abnehmer

- einem Dritten keine besseren Preise und Konditionen einzuräumen als dem Vertragspartner oder
- dem Vertragspartner automatisch diesselben günstigen Preise und Konditionen wie Dritten zuzugestehen.¹⁶⁶

Die Verpflichtung, einem Dritten keine besseren Preise und Konditionen einzuräumen als dem Vertragspartner, bedeutet für den Lieferanten eine rechtliche Bindung bei der Gestaltung von Preisen und Konditionen, die zu einer unangemessenen Einschränkung der Handlungs- und Entschließungsfreiheit des Lieferanten führt.

164 Da es bei Ausbeutungsstrategien insbesondere um die Höhe von Preisen und Konditionen geht - damit also Ergebniskriterien angesprochen werden - wird eine wettbewerbspolitische Analyse dieser Fallgruppe in Abschnitt III vorgenommen werden.

165 Zum Gedanke des Individual- und Institutionsschutzes vgl. nur Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 81 ff.

166 Vgl. Sucker, Michael, Die Beurteilung von Meistbegünstigungsklauseln nach § 15 GWB, in: DB 29 (1976), S. 181 ff., 181; Apel, Jürgen, Meistbegünstigungsklauseln und Wettbewerb, in: DB 29 (1976), S. 2193 ff., 2193.

Die automatische Weitergabe von an Dritte gewährte Vorzugsbedingungen an den Vertragspartner stellt für den Lieferanten zwar keine rechtliche Bindung, wohl aber eine wirtschaftliche Bindung dar. Mit der Weitergabe von Vorzugsbedingungen kann für den Lieferanten ein wirtschaftlicher Nachteil verbunden sein, der ihn dazu veranlaßt, von einer Gewährung von Vorzugsbedingungen an Dritte Abstand zu nehmen.¹⁶⁷

Neben der Beschränkung der Handlungs- und Entschließungsfreiheit der betroffenen Lieferanten beeinträchtigen Meistbegünstigungsklauseln auch den Wettbewerb als Institution. Der Zweck einer Meistbegünstigungsklausel besteht in dem Bemühen des Abnehmers, gegenüber seinen Konkurrenten nicht schlechter gestellt zu werden. Ein Netz von Meistbegünstigungsklauseln würde jede Preis- und Konditionendiskriminierung unmöglich machen, wodurch die Möglichkeiten zu verstoßendem Wettbewerb in Form geheimer Preiszugeständnisse beeinträchtigt werden würden.¹⁶⁸

Meistbegünstigungsklauseln können daher per se als wettbewerbsbeschränkend angesehen werden.¹⁶⁹ Der Hinweis auf positive Auswirkungen von Meistbegünstigungsklauseln auf den Wettbewerb, wenn diese von kleineren Handelsunternehmen ausgehen¹⁷⁰, ist verfehlt, da ein Lieferant aufgrund der mit Meistbegünstigungsklauseln verbundenen wirtschaftlichen Nachteile nur mit nachfragemächtigen Handelsunternehmen derartige Vereinbarungen treffen wird.

b) Behinderungsstrategien und ihre Wirkungen

Für das weitere Vorgehen ist es zunächst erforderlich, eine begriffliche Klarstellung vorzunehmen. Unbestritten ist, daß

167 Vgl. Sucker, Michael, a.a.O., S. 182.

168 Vgl. Apel, Jürgen, a.a.O., S. 2195; Sucker, Michael, a.a.O., S. 182; Wilde, Olga, a.a.O., S. 117.

169 So auch Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 192.

170 Vgl. Apel, Jürgen, a.a.O., S. 2195 f.

Rabatte, Skonti und Boni als Preisnachlässe anzusehen sind. Darüber hinaus stellen aber auch Eintrittsgelder, Regalmieten, Werbekostenzuschüsse etc. sowie geldwerte Leistungen eines Lieferanten etwa in Form der Bereitstellung von Arbeitskräften Preisnachlässe dar.¹⁷¹ Ökonomisch gesehen ist es unbeachtlich, ob sich die Verhandlungsmacht eines Handelsunternehmens darin äußert, daß es von einem Lieferanten einen 5 %igen Preisnachlaß, einen um 5 % höheren Rabatt oder ein entsprechendes Eintrittsgeld zugestanden bekommt.¹⁷²

Diese Preisnachlässe können zum einen - analog zur Fallgruppe der Kampfpreisunterbietung - als Versuch von Handelsunternehmen interpretiert werden, Konkurrenten durch eine ruinöse Preisunterbietung im Einkauf zu verdrängen. Für derartige Strategien gibt es allerdings empirisch keine Anhaltspunkte. Zum anderen - dies trifft eher den Kern unserer Untersuchung - können diese Preisnachlässe unter dem Aspekt der Preisdifferenzierung gesehen werden.

Unter Preisdifferenzierung¹⁷³ versteht man allgemein sowohl die unterschiedliche Behandlung gleicher Tatbestände¹⁷⁴, als auch

171 Vgl. Exner, Gert, a.a.O., S. 35 ff.; Gillert, Peter, Handelsfunktion..., a.a.O., S. 704; Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 75.

172 Anders jedoch Ulmer, Peter, Mehr Wettbewerb..., a.a.O., S. 334; Bunte, Hermann-Josef, Wettbewerbspolitische und wettbewerbsrechtliche Probleme der Konditionenspreizung, in: Wettbewerbsbeschränkung in der Nachfrage, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1985, S. 117 ff., 126.

173 In Anlehnung an den angelsächsischen Begriff "price discrimination" wird auch von Preisdiskriminierung gesprochen. Die Begriffe Preisdifferenzierung und Preisdiskriminierung sollen im folgenden synonym verwendet werden.

174 Es wird dabei von Preisdiskriminierung im engeren juristischen Sinn gesprochen; vgl. Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 122.

die Gleichbehandlung unterschiedlicher Tatbestände.¹⁷⁵ Im Hinblick auf unser Untersuchungsziel sind die Fälle von Belang, in denen ein Nachfrager seinen Lieferanten dazu veranlaßt, ihm im Vergleich zu den Konkurrenten des Nachfragers niedrigere Einkaufspreise, günstigere Konditionen oder besondere, anderen Nachfragern nicht gewährte Vergünstigungen zu gewähren (sog. nachfrageinduzierte Preisdifferenzierung).¹⁷⁶

Die Wirkungen der Preisdifferenzierung sind indes nicht eindeutig zu beurteilen. Hinsichtlich der betroffenen Wirtschaftsstufen ist zwischen den Auswirkungen auf den Anbieterwettbewerb (zwischen Lieferanten), den Nachfragerwettbewerb und den Absatzwettbewerb (zwischen Handelsunternehmen) zu unterscheiden.

Preisdifferenzierungen führen im Anbieterwettbewerb zu einer Beeinträchtigung der Handlungs- und Entschlußfreiheit der Anbieter, die wirtschaftlich zu Preiszugeständnissen an Handelsunternehmen nicht in der Lage sind. Langfristig gesehen kann daraus eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs als Institution resultieren, wenn durch das Ausscheiden dieser Anbieter der Konzentrationsgrad auf Anbietermärkten erhöht wird. Eine Zunahme der Konzentration wird auch zu verzeichnen sein, wenn sich Anbieter zusammenschließen oder im Verkauf kooperieren, um im Wettbewerb mit ihren Konkurrenten bestehen zu können.¹⁷⁷ Schließlich können Preiszugeständnisse an große Handelsunternehmen Marktzutrittsschranken für potentielle Anbieter dar-

175 Vgl. zu Begriff und Arten der Preisdifferenzierung Edwards, Corwin D., *The Price Discrimination Law: A Review of Experience*, Washington D.C. 1959; Philips, Louis, *The Economics of Price Discrimination*, Cambridge u.a. 1983; Schultes, Werner, *Preisdifferenzierung unter wettbewerbspolitischen Aspekt*, Köln u.a. 1963; Skiba, Günther, *Preisdiskriminierung und Wettbewerbspolitik*, Frankfurt a.M. 1971; Weiß, Heinz-Dieter, *Preisdifferenzierung und funktionsfähiger Wettbewerb: Eine Untersuchung zur Frage der wettbewerbspolitischen Begründung von Diskriminierungsverboten*, Hamburg 1972.

176 Vgl. Weiß, Heinz-Dieter, a.a.O., S. 64 f.; Wilde, Olga, a.a.O., S. 89.

177 Vgl. Jüttner-Kramny, Lioba, a.a.O., S. 284.

stellen, die derartige Sondervergünstigungen nicht gewähren könnten.¹⁷⁸

Diesen negativen Auswirkungen von Preisdifferenzierungen auf den Anbieterwettbewerb müssen die positiven Auswirkungen gegenüber gestellt werden. Versteckte Preisdifferenzierungen sind - darauf ist schon hingewiesen worden - auf oligopolistischen Anbietermärkten ein wesentliches Wettbewerbsselement, deren Beseitigung zu einer Abnahme der Wettbewerbsintensität führen würde. Insbesondere die Monopolkommission spricht von positiven Auswirkungen von Preisdifferenzierungen, wenn sie Ausdruck struktureller Anpassungsprozesse sind.¹⁷⁹ Überkapazitäten auf der Anbieterseite führen zu einem "Wettlauf der Hersteller um Deckungsbeiträge"¹⁸⁰. Damit kann der Anstoß zur Gewährung niedriger Preise und günstiger Konditionen auch von einzelnen Anbietern kommen, die sich dadurch einen Zuwachs an Kapazitätsauslastung erhoffen.¹⁸¹ Diskriminierende Preisstrukturen fördern damit den volkswirtschaftlich wünschenswerten Strukturwandel.

Auch im Nachfragerwettbewerb können Preisdifferenzierungen zu einer Beeinträchtigung der Handlungs- und Entschließungsfreiheit kleinerer Handelsunternehmen führen, denen keine Sonder Vorteile gewährt werden. Deren Ausscheiden aus dem Markt kann langfristig zu einer Zunahme der Konzentration im Handel führen.¹⁸² Dieser Konzentrationsprozeß wird dadurch verstärkt, daß kleinere Handelsunternehmen im Einkauf kooperieren bzw. sich größeren Nachfragern anschließen, um durch Bündelung der Nachfrage ebenfalls in den Genuß von Sondervergünstigungen zu gelangen.

178 Vgl. OECD, *Buying Power...*, a.a.O., S. 34.

179 Vgl. Monopolkommission, *Sondergutachten 14*, a.a.O., Tz. 151 ff.

180 Monopolkommission, *Sondergutachten 14*, a.a.O., Tz. 151.

181 Vgl. auch Görgens, *Egon*, a.a.O., S. 242.

182 Vgl. Monopolkommission, *Sondergutachten 14*, a.a.O., Tz. 156; Weiß, *Heinz-Dieter*, a.a.O., S. 141.

Preisdifferenzierungen können allerdings auch Ausdruck dynamischen Nachfragerwettbewerbs sein, wenn neue Betriebsformen des Handels unter Ausnutzung von economies of scale in der Beschaffung günstigere Einkaufsmöglichkeiten zugestanden bekommen.¹⁸³

Preisdifferenzierungen im Einkauf haben schließlich auch Auswirkungen auf den Absatzwettbewerb zwischen Handelsunternehmen, der entweder intensiviert oder abgeschwächt werden kann. Die im Einkauf erlangten Vorteile können in Form niedrigerer Preise an die Verbraucher weitergegeben werden. Kurzfristig können preispolitische Maßnahmen, wie der Verkauf unter Einstandspreis, zwar zu einer Belebung des Absatzwettbewerbs führen, langfristig gesehen besteht aber die Gefahr, daß dadurch schwächere Handelsunternehmen verdrängt werden. Dann sinkt auch die Bereitschaft der verbliebenen Unternehmen, ihre Produkte unter Einstandspreis anzubieten.¹⁸⁴

Es zeigt sich, daß Preisdifferenzierungen in ihren Auswirkungen auf den Wettbewerb ambivalent sind. Bei der Beurteilung der Preisdifferenzierung im Zusammenhang mit dem Gedanken des Individual- und Institutionsschutzes treten Zielkonflikte auf¹⁸⁵, die sich nur im Einzelfall durch eine Ermessensentscheidung lösen lassen. Diese kann allerdings durch die Herausarbeitung gewisser Gesetzmäßigkeiten erleichtert werden.

Erstens steigt das wettbewerbsbeschränkende Potential von Preisdifferenzierungen mit zunehmender Nachfragemacht der Handelsunternehmen.¹⁸⁶ Negative Auswirkungen auf den Wettbewerb

183 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 154; OECD, Buying Power..., a.a.O., S. 35 f.; Weiß, Heinz-Dieter, a.a.O., S. 102 f.

184 Vgl. Angehrn, Otto, a.a.O., S. 355; Jüttner-Kramny, Lioba, a.a.O., S. 282 f.; Möhlenbruch, Dirk, a.a.O., S. 43 f.; Niestrath, Ulrich, a.a.O., S. 276; OECD, Buying Power..., a.a.O., S. 40 ff.

185 Vgl. dazu allgemein Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 123 f.

186 Vgl. Edwards, Corwin D., The Price Discrimination Law..., a.a.O., S. 642; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 122; Skiba, Günther, a.a.O., S. 92.

sind insbesondere dann zu erwarten, wenn Preiszugeständnisse von Handelsunternehmen gefordert werden, die über dominierende Marktstellungen auf Beschaffungsmärkten verfügen. Die Erfassung dieser Marktstellungen erfolgt durch die in Abschnitt I entwickelten Strukturkriterien.

Zweitens steigt das Gefährdungspotential von Preisdiskriminierungen mit der Dauer und der Verbreitung solcher Praktiken. Dauerhafte, systematische Preisdifferenzierungen sind eher als temporäre Preisdifferenzierungen dazu geeignet, Wettbewerbsbeschränkungen zu bewirken.¹⁸⁷ Allerdings wird eine Unterscheidung von dauerhaften und temporären Preisdifferenzierungen in der Praxis nur schwer möglich sein.

Preisdifferenzierungen stellen nach einer verbreiteten Auffassung dann kein wettbewerbspolitisches Problem dar, wenn die Preisunterschiede lediglich Kostenunterschiede auf der Herstellerseite widerspiegeln.¹⁸⁸ Das Kostenargument eignet sich allerdings nicht zur Abgrenzung positiver und negativer Wirkungen von Preisdifferenzierungen auf den Wettbewerb. Zum einen sind dafür Schwierigkeiten bei der praktischen Kostenermittlung verantwortlich (Problem der Zurechnung von Gemeinkosten).¹⁸⁹ Zum anderen basiert die Preisgestaltung eines

187 Die Monopolkommission hält dauerhafte, systematische Preisdifferenzierungen auch dann für bedenklich, wenn sie von nicht marktbeherrschenden Unternehmen praktiziert werden; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 159; vgl. auch Scherer, Frederic M., *Industrial Market Structure...*, a.a.O., S. 323 ff.

188 Vgl. nur Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 150; OECD, *Buying Power...*, a.a.O., S. 30 f.

189 Diese Schwierigkeiten haben dazu geführt, daß die nach dem Robinson-Patman Act mögliche Kostenrechtfertigung von Preisdiskriminierungen praktisch keine Rolle spielt; vgl. Hollander, Stanley C., und Mary J. Sheffet, *The Robinson-Patman Act: Boon or Bane for Retailers?*, in: AB 31 (1986), S. 759 ff., 764 f.; Rowe, Frederick M., *Political Objectives and Economic Effects of the Robinson-Patman Act: A Conspicuous U.S. Antitrust Policy Failure*, in: ZgS 136 (1980), S. 499 ff., 504; Schulte-Braucks, Reinhard, *Die Diskussion um die Reform des Robinson-Patman Act in den U.S.A.*, in: WRP 23 (1977), S. 472 ff., 473.

Unternehmens nicht nur auf den Kosten, sondern sie ist auch von der jeweiligen Wettbewerbssituation abhängig.

"Only a monopolist has the economic power to charge prices which are based solely on his costs, without having to consider competitive forces."¹⁹⁰

Auch das von systemtheoretischer Seite vorgeschlagene Kriterium der Marktspaltung bietet für unsere Fragestellung keinen geeigneten Ansatzpunkt. Nach dieser Ansicht sind Preisdifferenzierungen dann wettbewerbsbeschränkend, wenn es den betreffenden Unternehmen gelingt, den Markt willkürlich zu spalten, um dadurch den Hochpreissektor von dem Niedrigpreissektor abzuschirmen.¹⁹¹ Das Problem verlagert sich dabei allerdings auf die Erfassung der Willkürlichkeit der Marktspaltung.¹⁹²

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß Verhaltensweisen von Handelsunternehmen auf Beschaffungsmärkten hinsichtlich ihrer Wettbewerbswirkungen ambivalenten Charakter besitzen. Es ist daher nicht zulässig, bestimmte Verhaltensweisen wie das Fordern von Eintrittsgeldern, Regalmieten etc. als leistungswidrig und damit generell als wettbewerbsbeschränkend zu bezeichnen. Ob die Ausübung von Nachfragemacht wettbewerbsbeschränkend ist, kann nur anhand einer einzelfallbezogenen Wirkungsanalyse beurteilt werden.

Im folgenden Abschnitt soll untersucht werden, ob und inwieweit eine Beurteilung von Nachfragemacht durch Ergebniskriterien möglich ist.

190 Rowe, Frederic M., *Political Objectives...*, a.a.O., S. 504; ähnlich auch van den Bergh, Roger, *Nachfragemacht und Preiswettbewerb - Eine ökonomische und juristische, rechtsvergleichende Analyse*, in: WRP 29 (1983), S. 7 ff. und 79 ff., 80; Skiba, Günther, a.a.O., S. 120 ff.

191 Vgl. Hoppmann, Erich, *Marktmacht und Wettbewerb...*, a.a.O., S. 19 ff.; Wilde, Olga, a.a.O., S. 92 ff.

192 Vgl. auch die Kritik bei Exner, Gert, a.a.O., S. 47 f.; Kurz, Rudi, und Lothar Rall, a.a.O., S. 90.

III. Ergebniskriterien

Nachdem im letzten Abschnitt bestimmte Verhaltensweisen nachfragemächtiger Handelsunternehmen analysiert worden sind, soll im folgenden untersucht werden, ob und inwieweit anhand bestimmter Marktergebnisse auf die Entstehung und wettbewerbsbeschränkende Ausübung von Nachfragemacht geschlossen werden kann. Im Hinblick auf unser Untersuchungsziel ist dabei nicht nur die Preishöhe, sondern auch die Höhe von Rabatten, Skonti, Boni sowie die Höhe von Eintrittsgeldern, Schaufenstermieten etc. von Bedeutung. Es lassen sich drei Aspekte unterscheiden:

- Marktergebnisse und Marktstellung von Nachfragern,
- Marktergebnisse und Ausbeutung von Anbietern sowie
- Marktergebnisse im Absatzwettbewerb von Handelsunternehmen.

1. Marktergebnisse und Marktstellung von Nachfragern

Die Monopolkommission hat in ihrem Gutachten zur Konzentration im Lebensmittelhandel¹⁹³ das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung von Nachfragern von der Preishöhe abhängig gemacht:

"Voraussetzung für eine Marktbeherrschung auf der Nachfragerseite ist vielmehr, daß der betreffende Nachfrager in der Lage ist, einen Einkaufspreis durchzusetzen, der unter dem Marktpreis bei wirksamem Wettbewerb liegt. Dies kann er jedoch nur, wenn er einen so hohen Marktanteil hat, daß seine individuelle Nachfragezurückhaltung zu einem spürbaren Rückgang der Gesamtnachfrage auf dem relevanten Markt führt. Anstelle des Einzelmarktbeherrschers kann auch eine Mehrzahl von Nachfragern eine koordinierte Strategie der Nachfragezurückhaltung betreiben."¹⁹⁴

Diese Vorstellung ist in mehrfacher Hinsicht zu kritisieren. Das von der Monopolkommission verwandte preistheoretische Mo-

193 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O.

194 Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 212; ähnlich auch Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, Wettbewerbspolitik, Bonn 1986, S. 29.

dell des Monopsons bzw. Oligopsons¹⁹⁵ besitzt nur begrenzte Aussagekraft, weil es sich um eine statische Gleichgewichtsanalyse handelt und einziges Beurteilungskriterium die Zahl der Anbieter und Nachfrager ist.¹⁹⁶ Eine derartige Modellbetrachtung ließe sich nur rechtfertigen, wenn man Nachfragerwettbewerb mit dem Leitbild der vollständigen Konkurrenz gleichsetzen würde, was im 1. Kapitel ausdrücklich als unzulässig angesehen worden ist.

Die Annahme, daß Handelsunternehmen durch Reduzierung ihrer Nachfrage eine Preissenkung erzwingen, ist nicht unproblematisch.¹⁹⁷ Ein solches Verhalten ist bei Verkäufermarktsituationen sinnvoll, weil der Nachfrageüberschuß durch eine Kaufzurückhaltung abgebaut werden kann, woraus Preissenkungen resultieren. Bei Käufermärkten wäre es "töricht", Nachfrage zu begrenzen, um dadurch Preiszugeständnisse zu erhalten.¹⁹⁸ Allerdings ist es denkbar, daß eine Nachfragezurückhaltung zu weiteren Preissenkungen führt, weil sich der Angebotsüberschuß erhöht.

Die Schlußfolgerung der Monopolkommission gilt nur für Märkte mit einheitlichem Preis. In der Realität sind aber differenzierte Preise anzutreffen. Wenn Nachfragern eine Marktspaltung

195 Vgl. zur Monopson- und Oligopsontheorie sowie zur Theorie des bilateralen Monopols Brandt, Karl, Preistheorie, Ludwigshafen am Rhein 1959, S. 81 f., 90 f., 102 ff., 126 ff.; Woll, Artur, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, a.a.O., S. 231 ff.

196 Vgl. allgemein zur Kritik an preistheoretischen Modellen zur Erfassung von Nachfragemacht OECD, Buying Power..., a.a.O., S. 27 ff.

197 Vgl. Arndt, Helmut, Ökonomischer Maßstab und rechtlicher Ansatz der Monopolkommission, in: Wettbewerbsbeschränkung in der Nachfrage, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1985, S. 49 ff., 51; Benisch, Werner, "Spiegelbild" mit Verzerrungen - Unterschiedliche Maßstäbe für Angebots- und Nachfragewettbewerb nach dem Gutachten der Monopolkommission über die Konzentration im Lebensmittelhandel, in: Wettbewerbsbeschränkung in der Nachfrage, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1985, S. 107 ff., 111; Hölzler, Heinrich, und Holger Wissel, a.a.O., S. 398.

198 Vgl. Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 83 f.

durch Preisdifferenzierung gelingt, braucht der Absatz der Lieferanten nicht zurückzugehen; er kann sogar steigen.¹⁹⁹

Schließlich setzt die Ansicht der Monopolkommission voraus, daß es möglich ist, vergleichbare Märkte bei wirksamem Wettbewerb zu ermitteln.²⁰⁰ Zur Problematik einer solchen Als-ob-Betrachtung sei auf die Ausführungen im folgenden Abschnitt verwiesen.

Abschließend bleibt festzuhalten, daß allein von der Preishöhe im Nachfragerwettbewerb nicht auf die Marktstellung von Nachfragern geschlossen werden kann. Dies ist nur mit Hilfe der in Abschnitt I entwickelten Strukturkriterien möglich.

2. Marktergebnisse und Ausbeutung von Anbietern

Im Mittelpunkt der Diskussion um die Nachfragemacht von Handelsunternehmen steht der Vorwurf, die Durchsetzung mißbräuchlich niedriger Einkaufspreise²⁰¹, überhöhte Rabattforderungen sowie das Fordern von Eintrittsgeldern, Schaufenstermieten und die unentgeltliche Bereitstellung von Arbeitskräften²⁰² führe zu einer wettbewerbsbeschränkenden Ausbeutung von Anbietern durch nachfragemächtige Handelsunternehmen.

Analog zu dem bei der Erfassung von Angebotsmacht entwickelten Als-ob-Konzept²⁰³ sind Einkaufspreise dann mißbräuchlich und

199 Vgl. Lenel, Hans-Otto, Die Konzentration..., a.a.O., S. 760.

200 Vgl. Köhler, Helmut, Nachfragerwettbewerb..., a.a.O., S. 82; Lenel, Hans-Otto, Die Konzentration..., a.a.O., S. 759.

201 Vgl. Schmidt, Ingo, Relevanter Markt..., a.a.O., S. 490 f.; Benisch, Werner, Marktvergleich zur Feststellung mißbräuchlicher Preise, in: WuW 24 (1974), S. 801 ff., 803.

202 Vgl. Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 96; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 50 ff.; Kreiterling, Hans, a.a.O., S. 154 ff.; Wilde, Olga, a.a.O., S. 86 ff.

203 Das Als-ob-Konzept geht auf Miksch und Eucken zurück; vgl. Miksch, Leonhard, Wettbewerb als Aufgabe, 2. Aufl., Bad Godesberg 1947, S. 101; Eucken, Walter, a.a.O., S. 297; grundlegend dazu Schmidt, Ingo, Relevanter Markt..., a.a.O., S. 471 ff.; Albach, Horst, Zur Messung..., a.a.O., S. 543 ff.

damit wettbewerbsbeschränkend, wenn sie erheblich von den Preisen abweichen, die sich bei funktionsfähigem Nachfragerwettbewerb ergeben hätten. Zur Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises werden üblicherweise Vergleichsmarktkonzepte herangezogen.²⁰⁴ Beim räumlichen und zeitlichen Vergleichsmarktkonzept werden die Preise eines Unternehmens für gleiche Güter auf zwei räumlich bzw. zeitlich getrennten Märkten miteinander verglichen, von denen einer durch funktionfähigen Wettbewerb gekennzeichnet sein muß. Beim sachlichen Vergleichsmarktkonzept werden die Preise eines Unternehmens für gleiche Güter auf zwei sachlich getrennten Märkten verglichen, oder es erfolgt ein Vergleich mit den Preisen, die andere Unternehmen für die gleichen Güter fordern.

Auch die Vergleichsmarktkonzepte können zur Ermittlung mißbräuchlich niedriger Einkaufspreise herangezogen werden. Umstritten ist allerdings, ob die Schwierigkeiten bei der Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises mit denen zu vergleichen sind, die sich auf der Anbieterseite ergeben oder ob sich eine Vergleichsmarktkonstruktion im Falle der Nachfragemacht leichter durchführen läßt.

Für die Monopolkommission ist die Feststellung zu niedriger Preise als Indiz für Nachfragemacht mit ebenso großen Problemen verbunden wie auf der Anbieterseite. Sie hält daher ein wettbewerbsrechtliches Einschreiten nur in außergewöhnlichen Einzelfällen für gerechtfertigt.²⁰⁵

Andere Autoren sind dagegen der Auffassung, der wettbewerbsanaloge Preis ließe sich auf Beschaffungsmärkten leichter bestimm-

204 Vgl. Herdzina, Klaus, Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 57 ff.; Schmidt, Ingo, Relevanter Markt..., a.a.O., S. 482 ff.; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 268 ff.

205 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 204.

men.²⁰⁶ Ein Einkaufspreismißbrauch ließe sich zumeist nur gegenüber bestimmten Lieferanten feststellen, während Anbieter mißbräuchliche Preise gegenüber der gesamten Marktgegenseite (den Verbrauchern) festsetzten. Wegen der differenzierten Preissituation ("so viele Lieferanten, so viele Preise")²⁰⁷ und der Verbreitung der betroffenen Güter (v.a. Massenprodukte) dürfte sich der Preis mit anderen auf dem gleichen Markt feststellbaren Preisen relativ leicht vergleichen lassen. Zudem sei ein Rückgriff auf die Preislisten der Hersteller möglich, wodurch eine Vergleichsmarktkonstruktion mit komplizierter Zuschlagssystematik entfalle. Für Ulmer genügt bereits eine spürbare und nicht erhebliche Abweichung vom wettbewerbsanalogen Preis, um einen Einkaufspreismißbrauch zu begründen.²⁰⁸

Die These, daß schon aus tatsächlichen Gründen leichter Vergleichsmärkte zu finden sind, ist allerdings problematisch. Sie läßt außer acht, daß angesichts der Heterogenität der Produkte und der unterschiedlichen Abhängigkeitsverhältnisse in den Beziehungen zwischen Handel und Industrie ein allgemeines Vergleichsniveau nur schwer zu konzipieren ist.²⁰⁹

Empirische Untersuchungen zeigen, daß einige Hersteller freiwillig zu Preiszugeständnissen bereit sind, um dadurch ihre Wettbewerbsposition gegenüber den Konsumenten zu verbessern und durch hohe und kontinuierlich vertriebene Absatzmengen zusätzliche Kostendegressionseffekte zu erzielen.²¹⁰ Niedrige Einkaufspreise können dann nicht als Ausbeutung von Anbietern be-

206 Vgl. Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 95 f.; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 51; Ulmer, Peter, Mehr Wettbewerb?..., a.a.O., S. 336.

207 Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 51.

208 Vgl. Ulmer, Peter, Mehr Wettbewerb?..., a.a.O., S. 337; kritisch dazu Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 54.

209 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 22 Rdnr. 176; ähnlich auch Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 94.

210 Vgl. Täger, Uwe Ch., Hohes Konzentrationsniveau..., a.a.O., S. 21 f.

zeichnet werden.

Die Ermittlung von Wettbewerbsbeschränkungen durch mißbräuchliche Preise und Konditionen im Nachfragerwettbewerb dürfte nur in Ausnahmefällen einen adäquaten Ansatz zur Erfassung von Nachfragemacht darstellen. Von systemtheoretischer Seite werden Ergebniskriterien vollständig abgelehnt, da die "richtige" Höhe von Preisen und Konditionen nicht ex ante bestimmbar sei, sondern sich erst aus dem Wettbewerbsprozeß ergäbe.²¹¹ Auch wenn man diese Kritik nicht teilt,

"da auf nicht-kompetitiven Märkten ... der Wettbewerb als Such- und Entdeckungsverfahren zum bloßen Aufspüren von (nicht nachweisbaren) Machtmißbräuchen und illegalen Absprachen degeneriert ist"²¹²,

bleiben die praktischen Probleme bei der Ermittlung des wettbewersanalogen Preises mit Hilfe der Vergleichsmarktmethode. Will man auch den Einsatz von Nichtpreisparametern mit Hilfe des Als-ob-Konzepts beurteilen, indem etwa bei Eintrittsgeldern danach gefragt wird, ob sie auch bei funktionsfähigem Nachfragerwettbewerb gefordert werden würden, ist eine Vergleichsmarktkonstruktion noch schwieriger durchzuführen.

3. Marktergebnisse im Absatzwettbewerb von Handelsunternehmen

Der Einsatz von Nachfragemacht auf Beschaffungsmärkten des Handels - darauf wurde schon bei der Darstellung der Strukturkriterien hingewiesen - ist auch hinsichtlich der Auswirkungen auf den Absatzwettbewerb von Handelsunternehmen zu beurteilen. Im Zusammenhang mit Ergebniskriterien ist hierbei insbesondere die Höhe der Endverbraucherpreise von Bedeutung. Vereinzelt wird

211 Vgl. Baur, Jürgen F., Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, Tübingen 1972, S. 47 f.; Hoppmann, Erich, Preiskontrolle und Als-Ob-Konzept - Eine Bemerkung zur Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, Tübingen 1974; Hoppmann, Erich, Mißbrauch der Mißbrauchsaufsicht, in: Mitteilungen der List-Gesellschaft 8 (1975/76), S. 155 ff., 171 f.; Wilde, Olga, a.a.O., S. 66 f.

212 Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 271.

die Auffassung vertreten, der Einsatz von Nachfragemacht sei dann positiv zu beurteilen, wenn die im Einkauf erzielten Vorteile in Form niedrigerer Preise an die Verbraucher weitergegeben werden.²¹³

Eine solche Sichtweise ist allerdings aus mehreren Gründen problematisch. Nachfragemächtige Handelsunternehmen müssen die im Einkauf erzielten Vorteile nicht in jedem Fall in Form niedrigerer Preise an die Verbraucher weitergeben, sondern sie können auch zu einem verstärkten Einsatz von Nichtpreisparametern führen. Verbraucher profitieren dann etwa von einem erweiterten Serviceangebot.

Daneben ist bei der Weitergabe von Kostenvorteilen an die Verbraucher zwischen einer kurz- und langfristigen Betrachtungsweise zu unterscheiden. Die kurzfristig niedrigen Preise im Verkauf können auch Ausdruck eines Verdrängungswettbewerbs sein. Nach dem Ausscheiden von Konkurrenten, die eine Niedrigpreisstrategie wirtschaftlich nicht durchhalten können, besteht langfristig die Gefahr eines wieder ansteigenden Preisniveaus.²¹⁴ Die unbestrittene Zunahme der Konzentration im Handel läßt diese Gefahr nicht als bloße theoretische Spekulation erscheinen.

Das Argument, daß Nachfragemacht dann positiv zu beurteilen sei, wenn die erlangten Einkaufsvorteile an die Verbraucher weitergegeben werden, vernachlässigt den Anspruch der Anbieter auf Schutz vor Ausbeutung. Eine Verletzung dieses Anspruches wird nicht dadurch geheilt, daß die Verbraucher an der Aus-

213 Vgl. Angehrn, Otto, a.a.O., S. 355; Weizsäcker, C. Christian v., Muß der Leistungswettbewerb geschützt werden?, in: WuW 37 (1987), S. 706 ff., 706.

214 Vgl. OECD, Buying Power..., a.a.O., S. 40 ff.; Wilde Olga, a.a.O., S. 67; eine amerikanische Untersuchung aus dem Jahre 1986 kommt zum Ergebnis, daß bei hoher Konzentration im Handel Unternehmen mit hohen individuellen Marktanteilen relativ hohe Endverbraucherpreise aufweisen; vgl. Cotterill, Ronald W., Market Power in the Retail Food Industry: Evidence from Vermont, in: RES 68 (1986), S. 379 ff., 386.

beutung partizipieren.

Schließlich ist der empirische Nachweis über den Kausalzusammenhang zwischen der Erlangung von Einkaufsvorteilen und niedrigen Verkaufspreisen nur schwer zu führen. Für die Bundesrepublik Deutschland liegen derartige Untersuchungen nicht vor. In Großbritannien hat das Office of Fair Trading im Jahre 1985 eine Studie über diese Zusammenhänge veröffentlicht²¹⁵, deren Ergebnisse hier kurz dargestellt werden sollen.

Auf der Basis einer Stichprobe von 350 in unterschiedlichen Regionen angesiedelten Einzelhandelsgeschäften und 20 Produktgruppen ermittelte das Office of Fair Trading über einen Zeitraum von 2 Wochen hinweg unterschiedliche Einkaufs- und Verkaufspreise. Sie kommt dabei zu folgenden Ergebnissen:

- Große Filialunternehmen haben generell niedrigere Einkaufs- und Verkaufspreise als die restlichen Einzelhandelsunternehmen zu verzeichnen. Der Einkaufspreisunterschied beträgt durchschnittlich 15,5 %.
- Die durchschnittliche Bruttohandelsspanne (d.h. der Unterschied zwischen Einkaufs- und Verkaufspreisen) weist bei allen Betriebsformen des Handels etwa diesselbe Höhe auf. Sie beträgt bei den großen Filialunternehmen 15,0 %, bei den genossenschaftlich organisierten Handelsunternehmen 11,3 % und bei den unabhängigen Einzelhandelsunternehmen 13,7 %. Bei Handelsmarken sind diese Unterschiede noch geringer: Große Filialisten 13,1 %, Genossenschaften 10 % und Unabhängige 13,8 %.

Daraus folgert das Office of Fair Trading, daß niedrige Einkaufspreise generell in Form niedriger Verkaufspreise an die Verbraucher weitergegeben werden. Die Ursache dafür sieht das Office in dem noch sehr starken Wettbewerb auf der Absatzseite

²¹⁵ Vgl. Office of Fair Trading, Competition and Retailing: A Study to Up-Date Information in the 1981 Report of the Monopolies and Mergers Commission Discounts to Retailers, o.O. 1985, insbesondere S. 55 ff.

des Handels.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, daß sich Ergebniskriterien nur beschränkt zur Erfassung von Nachfragemacht eignen. Sie sollten daher nur in Ausnahmefällen - etwa wenn die Analyse von Struktur- und Verhaltenskriterien keine eindeutigen Ergebnisse liefert - zur Erfassung von Nachfragemacht herangezogen werden.

IV. Zusammenfassung

Das Ziel dieses Kapitels bestand darin, Kriterien zur Erfassung von Nachfragemacht zu entwickeln. Die im Rahmen der **Marktstrukturbetrachtung** erfolgende Analyse von **Marktanteilen** hat ergeben, daß hohe Marktanteile eines oder einer Gruppe von Handelsunternehmen auch auf Beschaffungsmärkten ein Machtindiz darstellen. Die Marktanteilsbetrachtung muß allerdings durch eine Untersuchung der Konzentrationsgrade auf den Anbietermärkten und auf den Absatzmärkten des Handels erweitert werden. Industrieökonomische Untersuchungen bestätigen die Interdependenzen zwischen den einzelnen Marktstufen. Da die Marktanteile im Handel bisher vergleichsweise gering sind, muß die Betrachtung durch die Untersuchung weiterer Strukturkriterien ergänzt werden.

Marktzutrittsschranken stellen ein weiteres Indiz für überraschende Stellungen von Handelsunternehmen auf Beschaffungsmärkten dar. Dabei kann unterschieden werden zwischen strukturellen (economies of scale in der Beschaffung, in der Lagerhaltung und im Absatz sowie absolute Kostenvorteile), strategischen (Überkapazitätsstrategie in Form der Verkaufsflächenexpansion) und gesetzlichen (Baunutzungsverordnung, Ladenschlußgesetz) Schranken. Insbesondere die Lebensmittelmärkte, die sich überwiegend in einer Stagnationsphase befinden, weisen eine nur eingeschränkte Wirksamkeit des potentiellen Wettbewerbs auf.

Ein wesentlicher, bisher nur wenig beachteter Aspekt im Hinblick auf die Erfassung von Nachfragemacht besteht in der **kon-**

glomeraten Macht einzelner Handelsunternehmen, die ihren Ausdruck insbesondere in der räumlichen Expansion von Handelsunternehmen und in der Diversifizierung von Lebensmittelhändlern in den non food-Bereich findet. Kriterien zur Erfassung dieser konglomeraten Macht sind die absolute und relative Finanzkraft und die im Vergleich zur Produktionsflexibilität von Industrieunternehmen überlegene Sortimentsflexibilität von Handelsunternehmen. In methodischer Hinsicht ist eine Ergänzung der Einzelmarkt Betrachtung um eine Mehrmarkt Betrachtung erforderlich.

Aus der bloßen Existenz von **Käufermärkten** kann nicht auf individuelle Nachfragemachtpositionen geschlossen werden. Käufermärkte sind somit kein eigenständiges Kriterium zur Erfassung von Nachfragemacht. Allenfalls kann die Berücksichtigung von Käufermärkten dazu führen, daß die kritische Schwelle, ab der von Nachfragemacht gesprochen werden kann, tiefer angesetzt werden muß als im Falle des Gleichgewichts von Angebot und Nachfrage.

Zum Abschluß der Strukturbetrachtung ist es möglich, die bisherigen Kriterien durch eine Untersuchung **bilateraler Abhängigkeitsverhältnisse** (Auftragsgröße und good will-bedingte Abhängigkeit) zu ergänzen.

Hinsichtlich der **Verhaltenskriterien** zur Beurteilung bestimmter Strategien von Handelsunternehmen auf Beschaffungsmärkten wird häufig auf die Grundsätze des **Leistungswettbewerbs** Bezug genommen. Da der Begriff des Leistungswettbewerbs wenig operational und justitiabel ist, Kriterien zur Unterscheidung von Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb fehlen und sich eine Qualifizierung des Nebenleistungswettbewerbs als Nichtleistungswettbewerb wettbewerbspolitisch nicht rechtfertigen läßt, stellt dieses Kriterium keinen gangbaren Weg zur Beurteilung von Verhaltensweisen der Handelsunternehmen im Nachfragerwettbewerb dar.

Eine Analyse der **Wettbewerbswirkungen** von Verhaltensweisen von

Handelsunternehmen auf Beschaffungsmärkten hat gezeigt, daß sie einen ambivalenten Charakter besitzen. Ob die Ausübung von Nachfragemacht wettbewerbsbeschränkend ist, kann daher nur anhand einer einzelfallbezogenen Wirkungsanalyse beurteilt werden, wobei insbesondere zu untersuchen ist, ob die Handlungs- und Entschließungsfreiheit der Anbieter unangemessen beeinträchtigt wird, ob bestimmte Praktiken von Handelsunternehmen einen Marktschließungseffekt für Anbieter bedeuten, inwieweit die Wettbewerbssituation konkurrierender Nachfrager beeinträchtigt wird und welche Auswirkungen auf den Absatzwettbewerb im Handel zu erwarten sind. Die Wahrscheinlichkeit von Wettbewerbsbeschränkungen steigt dabei mit dem Ausmaß an Nachfragemacht sowie mit der Dauer und der Verbreitung der Praktiken.

Ergebniskriterien eignen sich nur beschränkt zur Erfassung von Nachfragemacht, da nicht eindeutig von der Preishöhe auf Beschaffungsmärkten auf die Marktstellung von Nachfragern geschlossen werden kann, niedrige Einkaufspreise nicht generell eine Ausbeutung von Anbietern indizieren und die aus dem Einsatz von Nachfragemacht resultierenden niedrigen Preise auf den Absatzmärkten des Handels allenfalls kurzfristig von Bedeutung sind. Sie sollten daher nur hilfsweise - etwa wenn die Analyse von Struktur- und Verhaltenskriterien keine eindeutigen Ergebnisse liefert - zur Erfassung von Nachfragemacht herangezogen werden.

Im folgenden Teil 2 dieser Arbeit sollen die kartellrechtlichen Instrumente zur Erfassung von Nachfragemacht dargestellt und auf der Grundlage der bisherigen Ausführungen einer wettbewerbspolitischen Beurteilung unterzogen werden.

Teil 2: Kartellrechtliche Beurteilung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen

Im folgenden sollen die kartellrechtlichen Instrumente zur Erfassung von Nachfragemacht dargestellt und anhand der in Teil 1 dieser Arbeit entwickelten ökonomischen Kriterien einer wettbewerbspolitischen Beurteilung unterzogen werden. Die wettbewerbsbeschränkende Ausübung von Nachfragemacht kann erfaßt werden durch

- die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Nachfrager nach § 22 GWB,
- das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs. 2 und 3 GWB sowie
- das Behinderungsverbot für Nachfrager mit relativer Marktmacht im Horizontalverhältnis nach § 37 a Abs. 3 GWB.¹

4. Kapitel: Die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Nachfrager

Die Kartellbehörde hat nach § 22 Abs. 4 i.V. mit Abs. 5 GWB gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen das Recht, ein mißbräuchliches Verhalten zu untersagen und Verträge für unwirksam zu erklären, soweit diese Unternehmen ihre marktbeherrschende

1 Daneben können für von Nachfragern veranlaßte Ausschließlichkeitsbindungen § 18 GWB und für vertikale Verhandlungsstrategien von Nachfragern (insbes. Meistbegünstigungsklauseln) § 15 GWB herangezogen werden.

Auf die Darstellung dieser Normen kann verzichtet werden, da sie entweder praktisch keine Rolle spielen (§ 18 GWB) oder die Rechtslage weitgehend geklärt ist (§ 15 GWB). Meistbegünstigungsklauseln sind nach § 15 GWB nichtig: vgl. dazu die Fälle Metro, in: WuW/E BKartA 1583 ff. und Garant, in: WuW/E BGH 1787 ff.; vgl. auch Apel, Jürgen, a.a.O.; Beuthien, Volker, Sind auch leistungsbezogene Meistbegünstigungsklauseln nichtig ?, in: DB 33 (1980), S. 2021 ff.; Bunte, Hermann-Josef, Die kartellrechtliche Beurteilung von Meistbegünstigungsklauseln, in: WRP 26 (1980), S. 466 ff.; Sucker, Michael, a.a.O.

Stellung auf dem relevanten Markt mißbräuchlich ausnutzen. Dies erfordert ein dreistufiges Vorgehen:²

- Zunächst ist der relevante Markt in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abzugrenzen.
- Daran schließt sich die Feststellung marktbeherrschender Stellungen von Einzelunternehmen (§ 22 Abs. 1 GWB) bzw. einer Gruppe von Unternehmen (§ 22 Abs. 2 GWB) an, die durch die Marktbeherrschungsvermutungen des § 22 Abs. 3 GWB konkretisiert werden kann.
- Zuletzt ist ein möglicher Mißbrauch dieser marktbeherrschenden Stellungen zu prüfen (§ 22 Abs. 4 GWB).

Aus dieser Vorgehensweise ergibt sich der Aufbau des folgenden Kapitels, das mit einer Erläuterung des Schutzzweckes von § 22 GWB eingeleitet werden soll.

I. Der Schutzzweck des § 22 GWB

Der Schutzzweck des § 22 GWB besteht darin, die fehlende Kontrolle marktbeherrschender Unternehmen durch den Wettbewerb als anonymen Kontroll- und Steuerungsmechanismus durch eine korrektive Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörden zu ersetzen.³ Dadurch sollen nach h. M. auf der gleichen Wirtschaftsstufe etablierte Unternehmen vor Behinderungen und potentielle Konkurrenten vor Marktzugangsbeschränkungen, Marktteilnehmer vor- und nachgelagerter Wirtschaftsstufen in ihrer Bewegungsfreiheit sowie Wirtschaftssubjekte auf Drittmärkten vor dem mißbräuch-

² Vgl. Emmerich, Volker, Kartellrecht, 4. Aufl., München 1982, S. 154 ff.; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 291 ff.; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 158.

³ Vgl. Schmidt, Ingo, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht: Eine vergleichende Untersuchung und kritische Analyse der Rechtsprechung gegenüber Tatbeständen des externen und internen Unternehmenswachstums sowie des Behinderungswettbewerbs, Berlin 1973, S. 188 f.; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 227 f.

lichen Einsatz wirtschaftlicher Macht seitens marktbeherrschender Unternehmen geschützt werden.⁴

Der Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB können nicht nur marktbeherrschende Anbieter, sondern auch marktbeherrschende Nachfrager unterzogen werden. Dies ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut des § 22 Abs. 1 GWB ("Anbieter oder Nachfrager") und zum anderen aus der Entstehungsgeschichte des § 22 GWB:

"Die allgemeine Formulierung des Absatzes 1 erfaßt eine marktbeherrschende Stellung sowohl auf der Angebotsseite als auch auf der Nachfrageseite. Ein Unternehmen kann auch in seiner Eigenschaft als Käufer den Markt beherrschen, so wenn etwa nur ein Unternehmen als einziger oder wesentlicher Abnehmer bestimmter Waren in Erscheinung tritt."⁵

Obwohl § 22 GWB damit auch auf Fälle der Nachfragemacht von Handelsunternehmen anwendbar ist, hat das Bundeskartellamt bisher nur einen Beschluß zur mißbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung als Nachfrager gefaßt.⁶ Die umfangreichere Rechtsprechung zur Fusionskontrolle im Handel wird im folgenden insofern von Bedeutung sein, als einzelne Fallentscheidungen Aufschluß über die Praxis des Bundeskartellamtes und der Gerichte zur Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes und zur Ermittlung marktbeherrschender Stellungen von

4 Vgl. Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 295; Immenga/Mestmäcker, § 22 Rdnr. 11 m.w.N.

5 Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 1158 - 2. Wahlperiode -, S. 39.

6 Vgl. Metro-Eintrittsvergütung, in: WuW/E BKartA 2092 ff.

Nachfragern geben.⁷ Bei der Beurteilung dieser Fallpraxis sind wegen der unterschiedlichen Intentionen der Mißbrauchsaufsicht und der Fusionskontrolle jedoch gewisse Besonderheiten zu berücksichtigen, die insbesondere darin bestehen, daß bei der Mißbrauchsaufsicht eine stärkere Betonung aktuellen Marktverhaltens erforderlich ist, während bei der Fusionskontrolle zukünftige Marktstrukturen von größerer Bedeutung sind.⁸

II. Die Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes

Der Ermittlung marktbeherrschender Stellungen von Nachfragern hat nach allgemeiner Auffassung die Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes in sachlicher, räumlicher und zeitlicher

⁷ Dazu gehören die Fälle Coop-Supermagazin, in: WuW/E BKarta 1970 ff., OLG 2970 ff. und BGH 2077 ff. (das Kammergericht und der Bundesgerichtshof nehmen in diesem Fall lediglich zu Fortsetzungsfeststellungsanträgen nach § 70 Abs. 2 S. 2 GWB Stellung);

Coop-Wandmaker, in: WuW/E BKarta 2161 ff. und OLG 3917 ff.; Hüssel-Mara, in: WuW/E BKarta 1897 ff., OLG 3577 ff. und BGH 2337 ff. (der Bundesgerichtshof hat die Beschlüsse des Bundeskartellamts und des Kammergerichts aufgehoben, weil der vorliegende Zusammenschluß die Toleranzklausel des § 24 Abs. 8 Nr. 1 GWB erfülle);

Metro-Kaufhof, in: WuW/E BKarta 2060 ff., OLG 3367 ff. und BGH 2231 ff. (das Kammergericht und der Bundesgerichtshof nehmen in diesem Fall zur Marktbeherrschung von Nachfragern keine Stellung); im Anschluß an die BGH-Entscheidung im Fall Metro-Kaufhof hat das Bundeskartellamt seine Bedenken gegen diesen Zusammenschluß zurückgenommen, da eine marktbeherrschende Stellung der Metro aufgrund der fehlenden Unverzichtbarkeit der Metro nicht mehr festzustellen sei; vgl. Presseinformation des Bundeskartellamts, abgedruckt in: WuW 37 (1987), S. 303;

die übrigen Entscheidungen zur Fusionskontrolle im Handel beziehen sich nur auf die Absatzseite im Handel; vgl. Anzag-Holdermann, in: WuW/E BKarta 1747 ff.;

Coop Schleswig-Holstein - Deutscher Supermarkt, in: WuW/E BKarta 2114 ff., OLG 3591 ff. und BGH 2389 ff. (der BGH hat die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes wegen formaler Mängel aufgehoben);

Rewe-Florimex, in: WuW/E BKarta 1876 ff. und OLG 2862 ff.;

Zum bösen Wolf, in: WuW/E BKarta 2022 ff. und OLG 3213 ff.

⁸ Vgl. dazu Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 532 ff.; Immenga/Mestmäcker, § 24 Rdnr. 13; Autenrieth, Karlheinz, Mehr Rechtssicherheit bei der Fusionskontrolle ?, in: DB 34 (1981), S. 1025 ff., 1026.

Hinsicht vorauszugehen. Im folgenden soll nach einer Darstellung der diesbezüglichen Praxis des Bundeskartellamts und des Kammergerichts eine wettbewerbspolitische Beurteilung anhand der im 2. Kapitel gewonnen Erkenntnisse vorgenommen werden.

1. Die Praxis des Bundeskartellamts und des Kammergerichts

a) Die Praxis des Bundeskartellamts

Das Bundeskartellamt hat erstmals im Fall Hussel-Mara⁹ zur Abgrenzung relevanter Beschaffungsmärkte im Handel Stellung genommen. Als sachlich relevanter Markt sei der Markt für Kosmetika, Parfüms, Duftwasser und Körperpflegemittel der oberen Preislage (Exklusivartikel) zugrundezulegen. Den räumlich relevanten Markt bilde der bundesweite Markt für Exklusivartikel auf der Handelsstufe. Diese Vorgehensweise wird vom Bundeskartellamt wie folgt begründet:¹⁰

- Die Exklusivartikel seien aus der Sicht der Händler und Verbraucher austauschbar und würden sich von anderen Kosmetikerzeugnissen durch eine spezielle Werbepaxis, durch ihre exklusive Distribution, durch die Bedienungs- und Beratungsintensität sowie durch einen gewissen Mindestkomfort beim Verkauf abheben.
- Aus der Sicht der Hersteller könne das Angebot an Exklusivartikeln nicht in einem unternehmerisch und wettbewerblich vertretbaren Zeitraum umgestellt werden, da diese Markenartikel durch einen spezifischen Werbeaufwand, langjähriges Marketing und typische Duftnoten gekennzeichnet seien.
- Die Hersteller könnten darüber hinaus auch ihren Vertrieb nicht auf andere Absatzkanäle umstellen, da die Exklusivartikel ausschließlich über ein Depotsystem vertrieben wür-

⁹ Vgl. Hussel-Mara, in: WuW/E BKartA 1897 ff.; in diesem Fall ging es um den Erwerb sämtlicher Anteile am Gesellschaftskapital der Mara Kosmetik-, Parfümerie- und Drogerie - GmbH durch die Hussel Holding AG von der Röhm GmbH Chemische Fabrik.

¹⁰ Vgl. Hussel-Mara, in: WuW/E BKartA 1897 ff., 1903.

den, welches der Ausschließlichkeit des Vertriebs und der Überwachung der Preisempfehlung diene.

Daraus wird ersichtlich, daß die auf eine Produktgruppe (Exklusivartikel) bezogenen Marktgrenzen sowohl auf der Absatz- als auch auf der Beschaffungsseite identisch sind. Da die Ausführungen des Bundeskartellamtes eine klare Trennung zwischen der Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes und der Abgrenzung des relevanten Absatzmarktes vermissen lassen, bleibt offen, ob die Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes aus der Sicht der Marktgegenseite oder aus der Sicht der gleichen Marktseite erfolgt.

Von größerer Bedeutung als das Vorgehen des Bundeskartellamtes bei der Marktabgrenzung im non food-Bereich ist die Marktabgrenzungspraxis im Lebensmittelhandel. In den Fällen Coop-Supermagazin, Metro-Kaufhof, Metro-Eintrittsvergütung und Coop-Wandmaker wird der sachlich relevante Beschaffungsmarkt mit jeweils gleichlautenden Begründungen durch das Sortiment an Nahrungs- und Genußmitteln einschließlich des typischen Randsortiments (Wasch-, Putz-, Reinigungs- und Körperpflegemittel) gebildet.¹¹

Die Nachfrage des Handels nach bestimmten Waren richte sich nicht nach der Austauschbarkeit einzelner Erzeugnisse aus der Sicht seiner Kunden, sondern werde von den Absatzmöglichkeiten und der Handelsspanne für bestimmte Produkte beeinflusst. Insofern sei aus der Sicht eines nachfragenden Handelsunternehmens der Kreis der zum sachlich relevanten Markt gehörenden Waren erheblich weiter zu ziehen als aus der Sicht der Kunden. Für die Beurteilung der Marktstellung von Handelsunternehmen als Nachfrager komme es nicht auf die Anteile an, die ein Nachfrager oder eine Gruppe von Nachfragern an der Gesamtnachfrage

11 Vgl. Coop-Supermagazin, in: WuW/E BKartA 1970 ff., 1976 f.; Metro-Kaufhof, in: WuW/E BKartA 2060 ff., 2061 f.; Metro-Eintrittsvergütung, in: WuW/E BKartA 2092 ff., 2093; Coop-Wandmaker, in: WuW/E BKartA 2161 ff., 2164 f.

nach einzelnen Produkten oder eng begrenzten Produktgruppen auf sich vereinige. Die Marktstärke eines Nachfragers werde vielmehr durch das Absatzpotential bestimmt, das ein Handelsunternehmen seinen Lieferanten erschließen könne. Quantitativ werde dieses Absatzpotential durch den gesamten Wareneinkauf eines Handelsunternehmens in einem Warenwirtschaftsbereich - hier dem typischen Sortiment des Lebensmittelhandels - bestimmt.

Über diese Ausführungen hinaus stellt das Bundeskartellamt im Fall Coop-Wandmaker fest, daß bei der Bestimmung des sachlich relevanten Beschaffungsmarktes auf die Sicht der betroffenen Marktgegenseite abzustellen sei, welche im Falle des Lebensmittelhandels die Lebensmittelindustrie darstelle.¹² Sowohl nach dem Angebotsumstellungskonzept als auch nach dem Konzept der Marktgleichwertigkeit¹³ sei von einem einheitlichen sachlichen Markt für das food-Sortiment auszugehen, da die Hersteller bei allen Produkten der gleichen Struktur von Nachfragern begegnen und alle Produkte über dieselben Absatzkanäle vertreiben würden.

b) Die Praxis des Kammergerichts

Das Kammergericht hat im Fall Hussel-Mara¹⁴ betont, daß es bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Beschaffungsmarktes auf die Sicht der Marktgegenseite ankomme. Die Ausweichmöglichkeiten eines Herstellers seien dabei sowohl nach dem Angebotsumstellungskonzept als auch nach dem Produktkonzept zu beurteilen.

Hinsichtlich des Angebotsumstellungskonzepts stellt das Kammergericht fest, daß sowohl eine Produktions- als auch eine Vertriebsumstellung für die Hersteller von Exklusivkosmetika unzu-

¹² Vgl. Coop-Wandmaker, in: WuW/E BKartA 2161 ff., 2164.

¹³ Das Konzept der Marktgleichwertigkeit wird auch als Produktkonzept bezeichnet.

¹⁴ Vgl. Hussel-Mara, in: WuW/E OLG 3577 ff.; in diesem Beschluß hat das Kammergericht die Beschwerde der Verfahrensbeteiligten zurückgewiesen.

mutbar wäre. Eine Produktionsumstellung ließe sich zwar technisch realisieren, sie wäre aber deshalb nicht zumutbar, weil die Hersteller für diese Produkte keine angemessenen Absatzmöglichkeiten hätten. Eine Vertriebsumstellung auf weniger exklusive Verkaufsstätten sei deshalb nicht realisierbar, weil die Hersteller die Preise für Exklusivartikel erheblich senken müßten, woraus Umsatzverluste resultieren würden. Auch ein Ausweichen der Hersteller auf andere Nachfrager (Produktkonzept) komme nicht in Frage, da wegen des exklusiven Vertriebs von Exklusivkosmetika über ein Depotsystem andere Nachfrager mit gleichwertigen Handels- und Vertriebsleistungen fehlten. Als Ausweichmöglichkeiten entfielen Drogerien, Verbrauchermärkte, Kaufhäuser, Reformhäuser, Kosmetikstudios und Apotheken. Zum sachlich relevanten Markt gehörten daher in Übereinstimmung mit der Feststellung des Bundeskartellamts die genannten Exklusivartikel der Kosmetikbranche. Da die Hüssel-Gruppe bundesweit nachfrage, umfasse der räumlich relevante Beschaffungsmarkt das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.¹⁵

Das Kammergericht hat sich im Fall Coop-Wandmaker gegen die Praxis des Bundeskartellamts bei der Abgrenzung relevanter Beschaffungsmärkte im Lebensmittelhandel ausgesprochen.¹⁶ Das Bundeskartellamt setze sich in Widerspruch zu dem anerkannten Grundsatz, daß der Markt nicht aus dem Blickwinkel des Unternehmens abzugrenzen sei, dessen Marktstärke untersucht werde, sondern aus dem der Marktgegenseite. Werde die Marktmacht eines Nachfragers geprüft, sei daher die Sicht der Anbieter maßgebend. Dabei seien - spiegelbildlich - dieselben Grundsätze anzuwenden, die für den Angebotsmarkt entwickelt worden wären.

¹⁵ Kritisch dazu Heidenhain, Martin, Die Abgrenzung räumlich relevanter Nachfragemärkte in der Fusionskontrolle: Anmerkungen zum Beschluß des Kammergerichts vom 24.4.1985 im Verfahren "Hüssel/Mara", in: AG 32 (1987), S. 117 ff., der von einem weltweiten Beschaffungsmarkt ausgeht, weil auf dem Markt für Exklusivkosmetik nahezu ausschließlich ausländische Anbieter tätig seien.

¹⁶ Vgl. Coop-Wandmaker, in: WuW/E OLG 3917 ff., 3927 ff.; vgl. zu diesem Fall auch Kirschner, Ulrich, Fusionskontrolle im Lebensmitteleinzelhandel: Anmerkungen zum Fall Coop-Wandmaker, in: WuW 37 (1987), S. 789 ff.

Bei der Abgrenzung von Beschaffungsmärkten seien alle Erzeugnisse zu berücksichtigen, die der Lieferant anbieten oder unter zumutbaren Bedingungen anbieten könnte (Angebotsumstellungskonzept). Da kein Lebensmittelhersteller über eine tatsächliche oder potentielle Produktpalette verfüge, die sämtliche vom Lebensmittelhandel nachgefragten Artikel oder auch nur einen wesentlichen Teil davon umfasse, sondern eine Spezialisierung auf Produkte bzw. Produktgruppen üblich sei, scheidet die Bildung eines Sortimentsmarktes aus. Es seien vielmehr Einzelmärkte nach Maßgabe identischer und verwandter Produkte abzugrenzen.

Daneben sei entscheidend, ob der Lieferant seinen (Absatz-)Bedarf unter zumutbaren Bedingungen decken könne (Produktkonzept). Im Gegensatz zu den Ausführungen des Bundeskartellamts ist das Kammergericht der Auffassung, daß auch die Gastronomie und gewerbliche Weiterverarbeiter zumutbare Ausweichmöglichkeiten für die Lebensmittelhersteller darstellten. Mit der an die Absatzmöglichkeiten des Lieferanten anknüpfenden Betrachtung sei es ferner unvereinbar, Exporte außer Betracht zu lassen, die für den Anbieter ebenfalls eine Absatzalternative darstellen könnten.

2. Wettbewerbspolitische Beurteilung

Die Darstellung der kartellbehördlichen und gerichtlichen Praxis zur Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes im Handel wirft zwei Fragen auf:

- Welche Sichtweise ist hinsichtlich der Abgrenzung relevanter Beschaffungsmärkte zu wählen (gleiche Marktseite oder Marktgegenseite)?
- Welche Güter bilden einen eigenen relevanten Beschaffungsmarkt (Produkte, Produktgruppen oder Sortimente)?

Das Bundeskartellamt bezieht alle Produkte in einen relevanten Beschaffungsmarkt ein, die aus der Sicht der nachfragenden Han-

delsunternehmen als Vertriebsalternativen angesehen werden. Der relevante Beschaffungsmarkt ist allerdings - darauf wurde schon im 2. Kapitel hingewiesen - aus der Sicht der Marktgegenseite, hier also der Anbieterseite, abzugrenzen.¹⁷ Das Bundeskartellamt hat diese Kritik im Fall Coop-Wandmaker zwar aufgenommen, gleichzeitig aber an den Formulierungen aus früheren Beschlüssen festgehalten, die eindeutig darauf hinweisen, daß eine Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes aus der Sicht der gleichen Marktseite vorgenommen wird. Nach dem Beschluß des Kammergerichts im Fall Coop-Wandmaker dürfte nun feststehen, daß die Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes aus der Sicht der Marktgegenseite zu erfolgen hat, im Falle des Lebensmittelhandels also aus der Sicht der Lebensmittelindustrie.

Die Ausführungen im 2. Kapitel dieser Arbeit haben ergeben, daß für die Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes die Ausweichmöglichkeiten der Anbieter entscheidend sind, die durch deren Angebotsumstellungsmöglichkeiten und durch deren Fähigkeit, auf andere Nachfrager auszuweichen, determiniert werden. Sowohl das Bundeskartellamt als auch das Kammergericht bestätigen die Anwendbarkeit des Angebotsumstellungskonzepts und des Produktkonzepts.¹⁸

Unzutreffend ist allerdings die Behauptung des Bundeskartellamts, zum relevanten Beschaffungsmarkt im Lebensmittelhandel gehöre das gesamte Lebensmittelsortiment einschließlich des

17 Darauf hat zutreffend das Kammergericht hingewiesen; vgl. Coop-Wandmaker, in: WuW/E OLG 3917 ff., 3927; vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 137; Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 52; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, Kommentar zum Kartellgesetz: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Erläuterungen für die Praxis unter Einbeziehung des EG-Kartellrechts, 6. Aufl., Neuwied und Darmstadt 1982, § 22 Rdnr. 23.

18 Vgl. Coop-Wandmaker, in: WuW/E BKartA 2161 ff., 2164, und OLG 3917 ff., 3927 f.; Hussel-Mara, in: WuW/E OLG 3577 ff., 3585.

typischen Randsortiments.¹⁹ Prüft man die Angebotsumstellungsmöglichkeiten eines Lebensmittelherstellers, ist zunächst festzuhalten, daß kein Anbieter das gesamte Sortiment des Lebensmittelhandels oder auch nur wesentliche Teile davon produziert.²⁰ Aus dieser Feststellung ergibt sich dann die Frage, inwieweit ein Hersteller einem Nachfrager oder einer Gruppe von Nachfragern dadurch ausweichen kann, daß er seine Produktion und/oder seinen Vertrieb auf andere Produkte umstellt. Sicher ist, daß diese Umstellungsmöglichkeiten nicht für alle Produkte eines Lebensmittelsortiments zumutbar sind, sondern daß dafür nur einzelne Produktgruppen in Frage kommen. Das Kammergericht weist zutreffend darauf hin, daß die Bildung eines Sortimentmarktes ausscheide und vielmehr Einzelmärkte nach Maßgabe identischer und verwandter Produktgruppen abzugrenzen seien.²¹ Aus dem Angebotsumstellungskonzept kann daher der Schluß gezogen werden, daß sich der Umfang der zum relevanten Markt gehörenden Güter auf Produktgruppen beschränkt.

Auch bei einer Ermittlung des relevanten Beschaffungsmarktes nach dem Produktkonzept kann man zu keinem anderen Ergebnis kommen. Das Bundeskartellamt behauptet, daß die Mehrzahl der Lebensmittelproduzenten ihre Sortimente einheitlich über den Lebensmittelsortimentshandel absetzen und stets der gleichen Struktur von Nachfragern begegnen würden, woraus gefolgert wird, daß die Lebensmittelhersteller auf alle Nachfrager des gesamten Lebensmittelsortimentshandels ausweichen könnten. Daher gehöre das gesamte über diese Nachfrager absetzbare Sortiment zum sachlich relevanten Beschaffungsmarkt.²²

19 Vgl. auch die Kritik von Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 261.

20 Darauf weist zutreffend das Kammergericht hin; vgl. Coop-Wandmaker, in: WuW/E OLG 3917 ff., 3927.

21 Vgl. Coop-Wandmaker, in: WuW/E OLG 3917 ff., 3927; Monopolkommission, 5. Hauptgutachten, a.a.O., Tz. 692 f.; das Bundeskartellamt hat eine derartige Abgrenzung nach Produktgruppen im Fall Hussel-Mara vorgenommen; vgl. Hussel-Mara, in: WuW/E BKartA 1897 ff.; Beispiele für solche nicht gegeneinander austauschbaren Produktgruppen sind: Molkereiprodukte, Konserven, Getränke und Backwaren.

22 Vgl. Coop-Wandmaker, in: WuW/E BKartA 2161 ff., 2164 f.

Dies entspricht allerdings nicht der Realität.²³ Bei produktgruppenbezogener Marktabgrenzung können die nach dem Produktkonzept zu bestimmenden Ausweichmöglichkeiten der Hersteller auf andere Nachfrager im Einzelfall weiter oder enger sein als dies das Bundeskartellamt unterstellt. Die Ausweichmöglichkeiten sind weiter, d.h. sie gehen über den Lebensmittelhandel hinaus, im Falle der zum Randsortiment gehörenden Kosmetika, die auch über Drogerien, Apotheken und Kaufhäuser vertrieben werden. Für Getränke bilden neben dem Lebensmittelhandel auch die Gastronomie und Getränkeabholmärkte zumutbare Ausweichmöglichkeiten. Die Ausweichmöglichkeiten der Hersteller können insbesondere im non food-Bereich enger sein. Anbieter qualitativ hochwertiger, beratungsintensiver Güter, die selektiv vertrieben werden, kann ein Ausweichen auf solche Nachfrager nicht zugemutet werden, deren Serviceleistungen stark reduziert sind (Discounter, Verbrauchermärkte). Im Lebensmittelhandel dürften in der Regel Ausweichmöglichkeiten auf sämtliche Nachfrager bestehen, wengleich im Einzelfall solche Nachfrager keine Alternative darstellen können, die dem Anbieter wegen der Sortimentsbreite, der Preishöhe, des Standortes oder des Einkaufskomforts keine adäquaten Vertriebsleistungen anbieten. Auch nach dem Produktkonzept ist daher eine sachgerechte Abgrenzung relevanter Beschaffungsmärkte nur nach Produktgruppen möglich.

III. Die marktbeherrschende Stellung von Nachfragern

Im folgenden Abschnitt sollen zunächst die Marktbeherrschungstatbestände des § 22 Abs. 1 - 3 GWB auf ihre Anwendbarkeit hinsichtlich der Nachfragemacht von Handelsunternehmen untersucht werden. Der anschließenden Darstellung der Praxis des Bundeskartellamts und des Kammergerichts bei der Ermittlung markt-

²³ Vgl. auch Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 54; Berg, Hartmut, Thesen des Bundeskartellamtes zur "Nachfragemacht" im Lebensmittelhandel: Eine kritische Analyse, in: ORDO 37 (1986), S. 183 ff., 195 f.

beherrschender Stellungen von Nachfragern folgt eine wettbewerbspolitische Beurteilung dieser Fallpraxis.

1. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 22 Abs. 1 - 3 GWB

Die Tatbestandsmerkmale des § 22 Abs. 1 GWB betreffen die Marktbeherrschung von Einzelunternehmen. Ein Unternehmen ist marktbeherrschend, wenn es ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist (§ 22 Abs. 1 Nr. 1 GWB) oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat, wobei neben dem Marktanteil insbesondere die Finanzkraft, der Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen sowie Marktzutrittsschranken zu berücksichtigen sind (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB).

Die 1. Alternative des § 22 Abs. 1 Nr. 1 GWB dürfte für die Ermittlung marktbeherrschender Stellungen von Nachfragern im Handel ohne Bedeutung sein, da bisher keine Fälle bekannt sind, in denen ein Handelsunternehmen auf Beschaffungsmärkten über ein Monopson verfügt.²⁴ Von größerer Bedeutung sind im Hinblick auf unseren Untersuchungsgegenstand § 22 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt. GWB und die durch die Zweite GWB-Novelle neu in das Gesetz aufgenommene Nr. 2 des § 22 Abs. 1 GWB, wobei umstritten ist, ob § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB eine niedrigere Eingriffsschwelle

²⁴ Marktbeherrschende Stellungen von Nachfragern außerhalb des Handels resultieren insbesondere aus gesetzlich begründeten Monopsonstellungen; vgl. zum Monopson der Molkereigenossenschaften i.R. des alten Milch- und Fettgesetzes die Fälle Molkereigenossenschaft, in: WuW/E BGH 407 ff., 409 f. und Werkmilchabzug, in: WuW/E BGH 613 ff., 616; zum Vergütungsmonopol der kassenärztlichen Vereinigungen den Fall Vergütungen der Krankenhäuser für ambulante ärztliche Sachleistungen, in: WuW/E OLG 1976 ff., 1977; zum Monopson der Deutschen Bundespost den Fall Errichtung von Fernmeldetürmen, in: WuW/E OLG 2274 ff., 2277.

aufweist und damit in einem Alternativverhältnis zu § 22 Abs. 1 Nr. 1 GWB steht.²⁵

Schließt man sich der wohl h.M. an, daß § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB eine niedrigere Eingriffsschwelle aufweist, dürfte diesem Marktbeherrschungstatbestand die größte Bedeutung bei der Ermittlung marktbeherrschender Stellungen einzelner Nachfrager zukommen.²⁶ Die Ermittlung einer überragenden Marktstellung von Nachfragern erfordert eine Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände²⁷ unter Berücksichtigung der in § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB aufgeführten Marktstrukturmerkmale.²⁸

25 Der Bundesgerichtshof bejaht dies: "... das Vorliegen von ... wesentlichem Wettbewerb ... (schließt) das Bestehen einer überragenden Marktstellung der Betroffenen nicht aus"; Valium, in: WuW/E BGH 1445 ff., 1449; vgl. auch Vitamin-B-12, in: WuW/E BGH 1435 ff., 1439; Kfz-Kupplungen, in: WuW/E BGH 1501 ff., 1504; zustimmend Emmerich, Volker, Kartellrecht, a.a.O., S. 167; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 43; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 22 Rdnr. 46; Rittner, Fritz, Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1985, S. 326 f.; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 307 f.

Für eine materielle Identität der beiden Marktbeherrschungstatbestände spricht allerdings die Entstehungsgeschichte des § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB: der Gesetzgeber wollte lediglich die Praktikabilität des Marktbeherrschungsbegriffs erhöhen; vgl. Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von den Fraktionen der SPD, FDP eingebrachten Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 7/765, S. 5; gegen ein Alternativverhältnis auch Lübbert, Hans-Dieter, Der Begriff der überragenden Marktstellung in § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidungspraxis, in: WuW 27 (1977), S. 559 ff., 568.

26 So auch Hansen, Knud, Probleme der Nachfragemacht..., a.a.O., S. 557; Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 89; Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 59.

27 Für den Fall der Angebotsmacht vgl. Valium, in: WuW/E BGH 1445 ff., 1449; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 311.

28 In den bisher entschiedenen Fällen zur Nachfragemacht außerhalb des Handelsbereichs steht das Marktanteilkriterium im Vordergrund; vgl. Allgemeine Ortskrankenkasse, in: WuW/E OLG 307 ff., 309; Theaterplätze, in: WuW/E LG/AG 277 ff., 281; Verbandszeitschrift, in: WuW/E BGH 1205 ff., 1208.

Zur Ermittlung marktbeherrschender Stellungen von Nachfragern ist die Frage zu klären, ob § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB auch eine Berücksichtigung der Marktverhältnisse auf der Marktgegenseite (Anbieterseite) vorsieht. Der Wortlaut des § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB ("Verhältnis zu seinen Wettbewerbern") spricht für eine ausschließliche Berücksichtigung des Horizontalverhältnisses zwischen Nachfragern.²⁹ Jedoch hängen u.E. die Verhaltensspielräume der einzelnen Nachfrager auch von den Marktverhältnissen auf der Anbieterseite ab.³⁰ So wurde im 3. Kapitel³¹ darauf hingewiesen, daß das Ausmaß der Konzentration auf Anbietermärkten die Handlungsspielräume der Nachfrager gegenüber ihren Konkurrenten beeinflussen kann.

Daneben ist es u.E. auch erforderlich, die Marktverhältnisse auf der Absatzseite des Handels zu berücksichtigen. Nachfrager, die als Anbieter auf Absatzmärkten des Handels über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, können derartige Machtpositionen auf Beschaffungsmärkte transferieren. Bei der Ermittlung der Marktbeherrschung von Nachfragern sind daher neben dem Horizontalverhältnis zwischen konkurrierenden Nachfragern auch die Verhältnisse auf vor- und nachgelagerten Märkten zu berücksichtigen.

Als marktbeherrschend kann nach **§ 22 Abs. 2 GWB** auch eine Gruppe von Nachfragern angesehen werden, soweit zwischen ihnen

29 Vgl. Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 45 ff.; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 22 Rdnr. 59; vereinzelt wird die entgegengesetzte Auffassung vertreten, bei der Ermittlung marktbeherrschender Stellungen von Nachfragern sei ausschließlich auf das Vertikalverhältnis zwischen Nachfragern und Anbietern abzustellen; vgl. Ramrath, Stephan, Die "überragende Marktstellung" als Merkmal der Fusionskontrolle - Marktmachtkonzept versus Ressourcentheorie - Überlegungen zum geltenden Recht und seinen Entwicklungsmöglichkeiten, Köln u.a. 1978, S. 65 f.

30 So auch Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 316 f.; neuerdings auch Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 71.

31 Vgl. 3. Kapitel, Abschnitt I, 1, b und c.

wesentlicher Wettbewerb nicht besteht (sog. Innenverhältnis) und soweit sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 GWB erfüllen (sog. Außenverhältnis).³² Sehr umstritten ist allerdings, unter welchen Bedingungen im Innenverhältnis des Oligopols wesentlicher Wettbewerb fehlt. Da Marktstrukturkriterien für diese Feststellung nicht ausreichen, müssen ergänzend Verhaltenskriterien herangezogen werden (Marktprozeßtest).³³ Das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs im Innenverhältnis ist dabei hinsichtlich der Art und Intensität der eingesetzten Aktionsparameter zu ermitteln, wobei drei Auffassungen vertreten werden:

- Das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs wird bereits dann bejaht, wenn ein als besonders wichtig eingeschätzter Aktionsparameter (z.B. der Preis) nicht eingesetzt wird (Parametertheorie).³⁴
- Im Gegensatz dazu wird erst dann von dem Fehlen wesentlichen Wettbewerbs ausgegangen, wenn außer dem Preiswettbewerb auch der Nichtpreiswettbewerb ausgeschaltet ist; denn auch jeweils für sich betrachtet wenig wirksame Formen des Wettbewerbs ("Mosaikteilchen") können in ihrer Summe einen noch wirksamen Wettbewerb ergeben (Mosaiktheorie).³⁵
- Wir sind demgegenüber mit der h.M. der Auffassung, daß eine Gruppe von Unternehmen dann marktbeherrschend ist, wenn sie

32 Nach h.M. schließen sich die Tatbestände des § 22 Abs. 2 GWB und des § 22 Abs. 1 GWB gegenseitig aus; vgl. nur Blei- und Silberhütte Braubach, in: WuW/E OLG 2234 ff., 2235; anders jedoch das Bundeskartellamt im Fall Coop-Supermagazin, in dem die 6 führenden Nachfrager des Lebensmittelhandels sowohl in ihrer Gesamtheit als auch jeweils einzeln als marktbeherrschend angesehen werden; vgl. Coop-Supermagazin, in: WuW/E BKartA 1970 ff., 1981 f.; kritisch dazu Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 263; eine Anwendung beider Marktbeherrschungstatbestände kommt wohl nur bei Vorliegen enger Teiloligopsonen in Betracht.

33 Vgl. Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 22 Rdnr. 70.

34 Vgl. nur Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1968, in: BTDR V/4236, S. 19; Valium, in: WuW/E OLG 2053 ff., 2057; vgl. zur Parametertheorie auch Immenga/Mestmäcker, § 22 Rdnr. 48 ff.

35 Vgl. dazu Fensterglas VI, in: WuW/E BGH 907 ff., 915; Blei- und Silberhütte Braubach, in: WuW/E OLG 2234 ff., 2238 f.; Sandrock, Otto, a.a.O., S. 385.

durch gleichförmiges Marktverhalten nach außen hin einheitlich auftritt, so daß Dritten ein Ausweichen unmöglich wird.³⁶ Die Prüfung dieses Gruppeneffekts erfordert eine Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände, die sowohl die Marktstrukturverhältnisse als auch das Marktverhalten umfaßt. Die Prüfung des Innen- und Außenverhältnisses fällt damit weitgehend zusammen.

Die Ermittlung marktbeherrschender Stellungen soll durch die Legalvermutungen des § 22 Abs. 3 GWB, die mit der Zweiten GWB-Novelle in das Gesetz aufgenommen worden sind, erleichtert werden.³⁷ Die Marktbeherrschungsvermutungen werden mit Hilfe von Konzentrationsraten konkretisiert (CR₁ = 33,3%, CR₃ = 50%, CR₅ = 66,6%).³⁸ Umstritten ist die Rechtsnatur der Vermutungen. Die h.M. sieht in den Vermutungstatbeständen Aufgreifkriterien i.V. mit einer materiellen Beweislastregel, falls nach einer Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände eine marktbeherr-

36 Vgl. Emmerich, Volker, Kartellrecht, a.a.O., S. 171 f.; Schmidt, Ingo, Relevanter Markt..., a.a.O., S. 469 f.; Immenga/Mestmäcker, § 22 Rdnr. 79; Monopolkommission, Sondergutachten 1, Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle, Baden-Baden 1975, Tz. 29; in diese Richtung geht wohl auch der BGH im Fall Texaco-Zerssen, in: WuW/E BGH 2025 ff., 2027.

37 Vgl. zur Entstehungsgeschichte der Vermutungen Braun, Thomas, Die Marktbeherrschungsvermutungen und die Amtsuntersuchungspflicht des Bundeskartellamtes, München 1986, S. 30 ff.

38 Zum Verhältnis der Monopol- und Oligopolvermutung vgl. Immenga, Ulrich, und Reinhard Schulte-Braucks, Zum Verhältnis der Monopol- und der Oligopolvermutung in § 22 Abs. 3 GWB: Kritische Anmerkungen zur Entscheidung des Kammergerichts in der Sache "Blei- und Silberhütte Braubach" vom 16.1.1980, in: BB 36 (1981), S. 149 ff.

schende Stellung eines Unternehmens weder ausgeschlossen noch bejaht werden kann (sog. non liquet).³⁹

Die Höhe der in § 22 Abs. 3 GWB genannten Marktanteile läßt vermuten, daß die Marktbeherrschungsvermutungen lediglich auf Fälle von Angebotsmacht zugeschnitten worden sind.⁴⁰ Daraus kann nur gefolgert werden, daß marktbeherrschende Stellungen von Nachfragern schon bei niedrigeren Marktanteilen vermutet werden können⁴¹, nicht aber, daß Marktanteile zur Erfassung von Nachfragemacht keine oder eine nur untergeordnete Rolle spielen.⁴²

2. Die Praxis des Bundeskartellamts und des Kammergerichts

a) Die Praxis des Bundeskartellamts

Das Bundeskartellamt hat im Fall Hussel-Mara eine marktbeherrschende Stellung der Hussel-Gruppe bejaht, weil sie keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sei und gegenüber ihren Konkurrenten über eine überragende Marktstellung verfüge.⁴³

39 Vgl. nur Immenga/Mestmäcker, § 22 Rdnr. 22 m.w.N.; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 22 Rdnr. 73; Klöckner-Becorit, in: WuW/E BGH 1749 ff., 1754; anders jedoch der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages, der in § 22 Abs. 3 GWB lediglich Aufgreifstatbestände gesehen hat; vgl. Stellungnahme des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 25. Mai 1973 zu dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 7/765, S. 14 ff., 14; zustimmend Wirz, Hanns B., Die vermutete Marktbeherrschung, in: WuW 25 (1975), S. 611 ff.

40 Vgl. Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 324; Hansen, Knud, Probleme der Nachfragemacht..., a.a.O., S. 556; Niederleithinger, Ernst, Die Verfolgung von Mißbräuchen..., a.a.O., S. 75.

41 So auch Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 317; Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 89.

42 So aber Jüttner-Kramny, Lioba, a.a.O., S. 287; Niederleithinger, Ernst, Die Verfolgung von Mißbräuchen..., a.a.O., S. 75; Schultes, Werner, Erfahrungen bei der Mißbrauchsaufsicht..., a.a.O., S. 740.

43 Vgl. Hussel-Mara, in: WuW/E BKartA 1897 ff., 1904 ff.

Das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs nach § 22 Abs. 1 Nr. 1 GWB wird wie folgt begründet:

- Die Hüssel-Gruppe sei gemessen an ihrem Marktanteil das mit Abstand größte Unternehmen auf dem relevanten Beschaffungsmarkt.
- Ein Preiswettbewerb und ein wesentlicher Konditionenwettbewerb finde auf diesem Nachfragermarkt nicht statt.
- Die Höhe der der Hüssel-Gruppe gewährten Nachlässe im Einkauf verschaffe ihr einen Vorsprung an finanziellen Ressourcen, was zu einem erhöhten Verhaltensspielraum im Wettbewerb, zu Entmutigungseffekten bei den Konkurrenten und zu erhöhten Marktzutrittsschranken führe.
- Aufgrund der bundesweiten Absatzorganisation der Hüssel-Gruppe, die zu einer außerordentlichen Verhaltensflexibilität führe, unterbleibe vorstoßender Nachfragerwettbewerb der Konkurrenten.
- Der hervorragende Zugang zu den Absatzmärkten mache die Hüssel-Gruppe für die Hersteller unverzichtbar, da Ausweichmöglichkeiten auf andere Händler (Fachgeschäfte, Kaufhäuser) aufgrund der Produktbesonderheiten (Exklusivartikel) fehlten.

Daneben verfüge die Hüssel-Gruppe gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB über eine überragende Marktstellung. Neben den nach § 22 Abs. 1 Nr. 1 GWB genannten Kriterien seien dafür insbesondere das Ausmaß der Diversifikation der Hüssel-Gruppe entscheidend, welche über Depots nahezu aller Hersteller von Exklusivartikeln in ihren Filialen verfüge, während die Konkurrenten nur Depots einzelner Marken führten.

In den Fällen Coop-Supermagazin, Metro-Kaufhof, Metro-Eintrittsvergütung und Coop-Wandmaker hat das Bundeskartellamt eine marktbeherrschende Stellung der sechs größten Nachfrager

des Lebensmittelhandels (Edeka, Coop, Rewe, Aldi, Tengelmann und Metro) gemäß § 22 Abs. 2 GWB festgestellt.⁴⁴

Der Markt für das Lebensmittelsortiment einschließlich des typischen Randsortiments befinde sich in einer anhaltenden Käufermarktsituation, bei der funktionierender Nachfragerwettbewerb dann bestehe, wenn der einzelne Nachfrager bei seinen Entscheidungen die Existenz von weiteren Nachfragern berücksichtigen müsse.⁴⁵ Die Existenz einer Vielzahl von Nachfragern führe dazu, daß die Anbieter hinreichende Ausweichmöglichkeiten besäßen, wodurch der Spielraum des einzelnen Nachfragers gegenüber den Anbietern eingeschränkt werde. Es komme daher darauf an, ob die Hersteller einzelnen Nachfragern dadurch ausweichen könnten, daß sie ihren Warenabsatz auf andere Nachfrager verlagerten. Nachfragerwettbewerb bestehe dann nicht mehr, wenn einzelne Nachfrager aufgrund ihres Nachfragevolumens oder im Einzelfall auch aufgrund anderer Faktoren für den Hersteller ein derart bedeutendes Absatzpotential darstellten, daß ein Ausweichen auf andere Nachfrager nicht oder nur unter Inkaufnahme erheblicher wirtschaftlicher Nachteile möglich sei. Derartige Nachfrager seien für die überwiegende Zahl der Hersteller unverzichtbar (sog. **Unverzichtbarkeitsdoktrin**).⁴⁶

Die Unverzichtbarkeit der oben genannten Gruppe von Nachfragern begründet das Bundeskartellamt wie folgt:

- Die sechs führenden Nachfrager des Lebensmittelhandels verfügten über beachtliche Nachfragevolumina, die 39,8 % (im

44 Vgl. Coop-Supermagazin, in: WuW/E BKartA 1970 ff., 1978 ff.; Metro-Kaufhof, in: WuW/E BKartA 2060 ff., 2063 ff.; Metro-Eintrittsvergütung, in: WuW/E BKartA 2092 ff., 2093; Coop-Wandmaker, in: WuW/E BKartA 2161 ff., 2165 ff.

45 Wesentlicher Nachfragerwettbewerb fehlt also nicht schon deshalb, weil sich die Nachfrager nicht gegenseitig im Preis überbieten.

46 Vgl. auch Schultes, Werner, Nachfragemacht..., a.a.O., S. 4 ff.; Held, Stefan, Praxis der Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB und des Diskriminierungsverbots nach § 26 Abs. 2 GWB 1980/81, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1980/81, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1982, S. 25 ff., 39.

Fall Coop-Supermagazin), 45,5 % (im Fall Metro-Kaufhof) und 35,8 % (im Fall Coop-Wandmaker) betragen.⁴⁷

- Der Abstand des kleinsten Unternehmens der Spitzengruppe zu den größten Nachfragern außerhalb des Oligopsons (Schaper, Allkauf, Kaufhof/Kaufhalle, Karstadt, Deutscher Supermarkt) sei erheblich.⁴⁸
- Die abgehobene Marktstellung des Oligopsons und seiner Mitglieder ergebe sich auch aus der Tatsache, daß - außer den beiden Kaufhauskonzernen (Karstadt, Kaufhof) - allein die Unternehmen der Spitzengruppe bundesweit vertreten seien.
- In den Fällen Metro-Kaufhof und Metro-Eintrittsvergütung sei darüber hinaus von Bedeutung, daß die Metro eine marktbeherrschende Stellung als Anbieter im Cash & Carry-Großhandel inne habe.⁴⁹
- Eine marktbeherrschende Stellung des Oligopsons ergebe sich auch durch seinen Vorsprung bei den Einkaufskonditionen. Die Oligopson-Mitglieder erhielten Sondervergünstigungen im Einkauf, die anderen Nachfragern außerhalb der Spitzengruppe nicht gewährt würden. Sie lägen im Durchschnitt um mindestens 2,5 % besser als die der folgenden Größenklassen.⁵⁰
- Die herausragende Stellung der führenden Unternehmen beruhe schließlich auf ihrer Fähigkeit, den Warenbedarf auf höher-

47 Richtigerweise müßten die Marktanteile des Oligopsons noch höher liegen, da die Kooperationsgruppen Edeka und Rewe nur mit ihren zentral beeinflussten Nachfragevolumina erfaßt sind, nicht aber mit den Anteilen der Großhandelsgenossenschaften.

48 Im Fall Coop-Wandmaker ist das Nachfragevolumen der Coop deutlich größer als das gesamte Nachfragevolumen der vier nächstgrößten, nicht mehr dem Oligopson zuzurechnenden Unternehmen; vgl. Coop-Wandmaker, in: WuW/E BKartA 2161 ff., 2167. Nach dem Beteiligungserwerb von Asko an Schaper und Massa im Jahre 1987 hat Asko allerdings zur Spitzengruppe im Lebensmittelhandel aufgeschlossen.

49 Vgl. Metro-Kaufhof, in: WuW/E BKartA 2060 ff., 2064; Metro-Eintrittsvergütung, in: WuW/E BKartA 2092 ff., 2093.

50 Dieses Ergebnis beruht auf empirischen Ermittlungen des Bundeskartellamts aufgrund des Auflagenbeschlusses des Kammergerichts vom 17.7.1985; die Metro wird bei diesen Ermittlungen nicht der Spitzengruppe, sondern den folgenden Größenklassen zugerechnet.

wertigen Beschaffungswegen (Eigenproduktion, Eigenimport, eigene Handelsmarken) zu decken.

b) Die Praxis des Kammergerichts

Das Kammergericht hat im Fall Hussel-Mara die Beschwerde der Hussel-Gruppe gegen die Entscheidung des Bundeskartellamts zurückgewiesen.⁵¹ Eine beherrschende Stellung der Hussel-Gruppe auf dem relevanten Beschaffungsmarkt ergebe sich allerdings nur nach § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB, nicht aber nach § 22 Abs. 1 Nr. 1 GWB.⁵² Entgegen den Ausführungen des Bundeskartellamts, das das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs insbesondere mit der Unverzichtbarkeit der Hussel-Gruppe für die Anbieter begründet hat, ist das Kammergericht der Auffassung, daß das Kriterium der Unverzichtbarkeit, das offensichtlich an den in § 26 Abs. 2 S. 2 GWB normierten Begriff der Abhängigkeit angelehnt worden sei, zu einer Aufgabe des dem § 22 Abs. 1 Nr. 1 GWB zugrundeliegenden Marktkonzepts führen würde.

Die Hussel-Gruppe besitze aber gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB eine marktbeherrschende Stellung als Nachfrager, die sich nach Ansicht des Kammergerichts daraus ergebe, daß

- die Hussel-Gruppe aufgrund ihres bundesweiten Filialnetzes, das sie in die Lage versetze, ihre Nachfrage für eine Vielzahl von Filialen zu bündeln, eine wesentlich stärkere Stellung gegenüber den Herstellern habe als kleinere Konkurrenten und
- die Erlangung günstigerer Konditionen im Einkauf zu einer Stärkung der Finanzkraft der Hussel-Gruppe führe, woraus ein Drohpotential gegen aktuelle und potentielle Konkurrenten resultiere.

Das Kammergericht hat im Fall Coop-Wandmaker die marktbeherrschende Stellung der Coop verneint und die Ausführungen des

⁵¹ Vgl. Hussel-Mara, in: WuW/E OLG 3577 ff.

⁵² Vgl. Hussel-Mara, in: WuW/E OLG 3577 ff., 3589 f.

Bundeskartellamts mit folgenden Argumenten kritisiert:⁵³

- Das Kammergericht hält die sog. Unverzichtbarkeitstheorie des Bundeskartellamtes für bedenklich. Es sei verfehlt, einzelne bilaterale Geschäftsbeziehungen zu untersuchen und dort bestehende Machtverhältnisse zur Grundlage der erforderlichen Entscheidung zu machen. Hierauf laufe es aber hinaus, wenn das Amt individuelle Bezugsanteile zum Gradmesser für die Ausweichmöglichkeiten der gesamten Marktgegenseite erhebe.
- Daß Mitglieder der Spitzengruppe über höherwertige Beschaffungswege (Eigenproduktion, Eigenimporte, Handelsmarken) verfügen würden, reiche nicht aus, um die behauptete Nachfragemacht zu belegen. Auf dem inländischen Nachfragemarkt nach Lebensmitteln würden Eigenproduktion und Eigenimport gerade nicht bewirken, daß die Bedeutung des Nachfragers steige, der diese Beschaffungswege nutze. Die Tatsache, daß die Verbreitung von Handelsmarken den Markterfolg der Hersteller von Markenartikeln beeinträchtigen könne, sei nicht geeignet, eine besondere Machtposition der Inhaber von Handelsmarken gegenüber der gesamten Marktgegenseite zu belegen.
- Ein signifikanter Vorsprung der Spitzengruppe ergebe sich ferner nicht aus ihrer bundesweiten Präsenz als Anbieter. Einmal könnten nicht nur sie, sondern auch die Kaufhauskonzerne und die Metro auf Ubiquität verweisen. Zum anderen hätten Wettbewerber außerhalb der Spitzengruppe regional bedeutsame Stellungen inne und würden eine Ausweitung ihres Tätigkeitsfeldes betreiben.
- Als Indiz für eine überragende Marktstellung der Spitzengruppe verblieben damit allein ihr Marktanteil und der nicht unbeträchtliche Abstand zu den Wettbewerbern. Marktanteile könnten in diesem Fall allerdings nicht zur Beurteilung der Marktstärke der Spitzengruppe herangezogen werden, da sie vom Bundeskartellamt methodisch fehlerhaft ermittelt und zu hoch angesetzt worden seien und ihre Berechnung nicht nachvollziehbar sei. Daß es sich hierbei um einen für den Markterfolg bedeutsamen Vorsprung handele, werde durch den Konditionen-

53 Vgl. Coop-Wandmaker, in: WuW/E OLG 3917 ff., 3929 ff.

vergleich eher widerlegt als bestätigt. Das Zahlenwerk lasse jedenfalls erkennen, daß ein einheitlicher, deutlicher Konditionenvorsprung der führenden Unternehmen vor allen anderen Wettbewerbern nicht bestehe.

- Wesentlicher Nachfragerwettbewerb bestehe auch deshalb, weil die Einzelheiten der Geschäftsbeziehungen geheim gehalten und kooperative Maßnahmen unterbleiben würden. Kooperative Maßnahmen seien zweifelhaft, weil sich die Nachfrager als Wettbewerber auf dem Absatzmarkt gegenüberstünden und schon deshalb darauf bedacht sein müßten, einen etwaigen Vorsprung nicht einzubüßen. Das behauptete Fehlen von Ausweichmöglichkeiten sei daher nicht erwiesen.

3. Wettbewerbspolitische Beurteilung

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß die Marktherrschaft von Nachfragern sowohl mit Struktur- als auch mit Verhaltens- und Ergebniskriterien ermittelt wird. Das Bundeskartellamt legt seinen Betrachtungen die Unverzichtbarkeitsdoktrin zugrunde. Dem diesem Konzept zugrunde liegenden Gedanken, die Unverzichtbarkeit eines Nachfragers oder einer Gruppe von Nachfragern dann zu bejahen, wenn den Anbietern ausreichende Ausweichmöglichkeiten auf andere Nachfrager fehlen, ist zuzustimmen. Da vertikale Abhängigkeitsverhältnisse stets auf eine Beeinträchtigung (horizontalen) Nachfragerwettbewerbs zurückzuführen sind, wählt das Bundeskartellamt mit der Unverzichtbarkeitsdoktrin lediglich eine andere dem "Alternativenkonzept" des Wettbewerbs⁵⁴ entsprechende Betrachtungsebene. Insofern ist die Kritik an der Unverzichtbarkeitsdoktrin, der

⁵⁴ Vgl. dazu Hoppmann, Erich, Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, a.a.O., S. 15; Schmidt, Ingo, Zum Begriff des Preiswettbewerbs nach § 16 GWB, a.a.O., 126 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

Marktbezug bei der Bestimmung der Marktbeherrschung werde aufgegeben⁵⁵, unzutreffend.

Fraglich ist allerdings, ob das Bundeskartellamt diesen Interdependenzen zwischen der (horizontalen) Wettbewerbssituation und den (vertikalen) Abhängigkeitsverhältnissen in seinen Beschlüssen ausreichend Rechnung trägt. Die Marktbeherrschung von Nachfragern wird vom Bundeskartellamt nahezu ausschließlich auf die Höhe der Bezugsanteile der Spitzengruppe der Lebensmittelhändler bei ihren Lieferanten zurückgeführt. Bezugsanteile als Ausdruck vertikaler Abhängigkeitsverhältnisse besitzen jedoch ohne die Berücksichtigung horizontaler Wettbewerbsverhältnisse eine nur eingeschränkte Aussagekraft. Diesen Umstand hat das Bundeskartellamt nicht genügend berücksichtigt.

Darüber hinaus wird kritisiert, daß die Unverzichtbarkeitsdoktrin zu einer Erstarrung von Vertriebswegen führe. Wenn das Bundeskartellamt behauptete, daß ein Ausweichen der Hersteller auf kleinere Nachfrager wegen der unterschiedlichen betriebswirtschaftlichen Ausgangslage nicht zumutbar sei, werde diesen Herstellern damit das Recht zugestanden, ihre bisherige Vertriebspolitik beizubehalten. Eine auf dieser Argumentation basierende kartellbehördliche Entscheidung habe damit zur Folge, daß ein Merkmal dynamischen Wettbewerbs, die Flexibilität der Vertriebswege, eingeschränkt werde.⁵⁶

Der Verwendung von Strukturkriterien bei der Bestimmung der Marktbeherrschung von Nachfragern ist grundsätzlich zuzustimmen. Hohe Marktanteile sowie hohe Marktzutrittsschranken sind auch Indizien für Nachfragemacht. Es hat sich allerdings gezeigt, daß die Marktanteile der Spitzengruppe des Lebensmittel-

55 Vgl. Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Nachfragewettbewerb ..., a.a.O., S. 262 f.; Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb ..., a.a.O., S. 76; Mestmäcker, Ernst-Joachim, Der verwaltete Wettbewerb..., a.a.O., S. 265; Emmerich, Volker, Fusionskontrolle 1986/87, in: AG 32 (1987), S. 357 ff., 360.

56 Vgl. Berg, Hartmut, Thesen des Bundeskartellamtes..., a.a.O., S. 191 f.; Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 76 f.

handels zu niedrig sind, um daraus eine marktbeherrschende Stellung einzelner Nachfrager oder einer Gruppe von Nachfragern abzuleiten.⁵⁷ Dennoch sind marktbeherrschende Stellungen aus folgenden Gründen nicht auszuschließen:

- Bei sachgerechter, produktgruppenbezogener Marktabgrenzung können die festgestellten Marktanteile im Einzelfall höher liegen.
- Hohe Marktzutrittsschranken im Handel i.V. mit stagnierenden Märkten zumindest im Lebensmittelhandel deuten auf eine eingeschränkte Wirksamkeit potentiellen Wettbewerbs hin.
- Im Falle von Teiloligopsonen - und um solche handelt es sich hier - werden marktbeherrschende Stellungen schon bei niedrigeren Marktanteilen erreicht als bei symmetrischen Oligopsonen.⁵⁸
- Große Handelsunternehmen weisen einen hohen Diversifikationsgrad auf⁵⁹, so daß der Unternehmensflexibilität und der Finanzkraft bei der Bestimmung dieser konglomeraten Handelsmacht Aufmerksamkeit geschenkt werden sollte; die Sortimentsflexibilität von Handelsunternehmen ist im allgemeinen höher als die Produktionsflexibilität von Industrieunternehmen.
- Der Zugang zu höherwertigen Beschaffungswegen (Eigenproduktion, Eigenimporte⁶⁰ und Handelsmarken) kann Handelsunternehmen eine marktstarke Position verschaffen.⁶¹

57 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 147; Berg, Hartmut, Thesen des Bundeskartellamtes..., a.a.O., S. 198.

58 Fellner bemerkt dazu, daß die Mitglieder eines Teiloligopols "can force the small firms to behave as if they were comparatively weak partners in a full (not partial) finishing oligopoly"; Fellner, William, a.a.O., S. 140; ähnlich auch das Kammergericht im Fall Rewe-Florimex, in: WuW/E OLG 2862 ff., 2863 f.

59 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 142.

60 Vgl. dazu die Untersuchung von Knoblich, Hans, Importbeziehungen deutscher Handelsunternehmen - Ergebnisse einer empirischen Untersuchung -, in: ZfbF 32 (1980), S. 1084 ff.

61 Das Kammergericht irrt sich, wenn es darin keinen Ausdruck höherer Marktstärke sieht; da das Preisniveau von Handelsmarken i.a. niedriger als bei Markenartikeln ist, werden die Hersteller von Markenartikeln zur Erhaltung der Konkurrenzfähigkeit ihrer Waren eher zu Preiszugeständnissen bereit sein.

- Die Ermittlung marktbeherrschender Stellungen von Nachfragern erfordert schließlich auch eine Berücksichtigung der Situation auf den Absatzmärkten des Handels⁶² sowie der Wettbewerbsverhältnisse in der Lebensmittelindustrie.

Zur Beurteilung der Marktstellung von Nachfragern können daneben Verhaltenskriterien herangezogen werden. Neben der Analyse der Art und Intensität des Preis- und Konditionenwettbewerbs ist die Frage von Bedeutung, ob Konditionen geheim gehalten werden (Geheimwettbewerb).⁶³ Der Auffassung des Kammergerichts im Fall Coop-Wandmaker, wesentlicher Nachfragewettbewerb bestehe auch deshalb, weil die Unternehmen der Spitzengruppe des Lebensmittelhandels nicht kooperieren würden, kann nicht zugestimmt werden, da das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs im Innenverhältnis des Oligopsons nicht nur auf formellen Absprachen, sondern auch auf gleichförmigem Verhalten beruhen kann.

Die Verwendung von Ergebniskriterien zur Ermittlung der Marktbeherrschung von Nachfragern ist problematisch. So kann weder allein aus der Tatsache, daß Nachfrager Vorzugsbedingungen durchsetzen noch aus der Höhe der Einkaufskonditionen auf die Existenz von Marktbeherrschung geschlossen werden, da die Einkaufskonditionen durch unterschiedliche Faktoren beeinflußt werden können. Niedrige Einkaufspreise können auch Ergebnis funktionsfähigen Anbieterwettbewerbs sein.

Nach der Entscheidung des Kammergerichts im Fall Coop-Wandmaker ist es für das Bundeskartellamt nahezu unmöglich geworden, Handelsunternehmen eine marktbeherrschende Stellung als einzel-

62 Vgl. Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 97; Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 145 f.; dieses Kriterium gilt allerdings nicht für Fälle des Direktvertriebs von Herstellern; vgl. Berg, Hartmut, Thesen des Bundeskartellamtes..., a.a.O., S. 194.

63 Vgl. Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 95.

ner Nachfrager oder als Gruppe von Nachfragern nachzuweisen.⁶⁴ Es ist bedauerlich, daß es das Bundeskartellamt unterlassen hat, Rechtsbeschwerde gegen den Beschluß des Kammergerichts im Fall Coop-Wandmaker einzulegen, um damit eine höchstrichterliche Klärung der umstrittenen Fragen zu erlangen. Insbesondere wäre durch den BGH zu klären gewesen, ob es zulässig ist, den in § 26 Abs. 2 GWB enthaltenen Abhängigkeitsbegriff zur Bestimmung der Marktbeherrschung in § 22 GWB heranzuziehen. Die daraus resultierende Rechtsunsicherheit hat nicht nur Konsequenzen für die Fusionskontrolle im Handel⁶⁵, sondern auch für die Praxis der Mißbrauchsaufsicht gegenüber marktbeherrschenden Nachfragern, worauf im folgenden Abschnitt eingegangen werden soll.

⁶⁴ Das Bundeskartellamt will aus diesem Grunde die Bildung von Einkaufskooperationen großzügiger behandeln, wohl um die Bildung horizontaler Gegenmacht zu fördern; vgl. o.V., Bundeskartellamt schraubt Aufsicht über Handelskonzentration zurück, in: WuW 37 (1987), S. 364.

⁶⁵ Vgl. die spektakulären Fusionsfälle Asko/Schaper und Asko/Massa aus dem Jahre 1987.

IV. Die mißbräuchliche Ausübung von Nachfragemacht

Nach der Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes und der Ermittlung der Marktbeherrschung von Nachfragern ist nun zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen Verhaltensweisen von Handelsunternehmen im Nachfragerwettbewerb einen Mißbrauch i.S. des § 22 Abs. 4 GWB darstellen. Üblicherweise wird dabei zwischen dem Behinderungs- und dem Ausbeutungsmißbrauch unterschieden.

1. Der Behinderungsmißbrauch

Nach einer Darstellung der Anwendbarkeit des § 22 Abs. 4 GWB auf Behinderungsmißbräuche marktbeherrschender Nachfrager soll im folgenden auf die bisher einzige Entscheidung, den Fall Metro-Eintrittsvergütung⁶⁶, eingegangen werden.⁶⁷ Abschließend erfolgt eine wettbewerbspolitische Beurteilung dieses Falles.

a) Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 GWB

Mit der Vierten GWB-Novelle erfolgte eine Konkretisierung des Behinderungsmißbrauchs durch die Regelbeispiele des § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 GWB, wonach ein Mißbrauch insbesondere dann vorliegt, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise

⁶⁶ Vgl. Metro-Eintrittsvergütung, in: WuW/E BKartA 2092 ff.

⁶⁷ Vgl. zur Anwendung des Art. 86 EWGV auf die mißbräuchliche Ausübung von Nachfragemacht die Fälle EUROFIMA, in: Europäische Kommission, Dritter Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel und Luxemburg 1974, S. 62 f.; GEMA, in: WuW/E EV 331 ff.; SABAM II, in: WuW/E EWG/MUV 311 ff.; SACEM, in: WuW/E EWG/MUV 481 ff.

ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt.⁶⁸

Die Zielsetzung dieser gesetzlichen Neuregelung umschreibt der Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages wie folgt:

"Entsprechend der Zielsetzung der Mißbrauchsaufsicht, den noch bestehenden Restwettbewerb auf den betroffenen Märkten zu sichern, greift der Tatbestand des Behinderungsmißbrauchs in Nummer 1 nicht erst dann ein, wenn eine Beeinträchtigung der Marktstrukturen durch die beanstandeten Verhaltensweisen bereits eingetreten ist. Vielmehr kommt es darauf an, präventiv gegen ein Verhalten von Marktbeherrschern vorzugehen, das erfahrungsgemäß nach Art und Ausmaß, insbesondere wegen der in der Ausnutzung von Marktmacht generell liegenden Risiken für den Wettbewerb, eine weitere Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen für andere Unternehmen als naheliegend erscheinen läßt. Bei der Prüfung, ob ein sachlich gerechtfertigter Grund vorliegt, sind unter vorrangiger Berücksichtigung der auf die Sicherung von Wettbewerbsstrukturen ausgerichteten Zielsetzung der Mißbrauchsaufsicht die Interessen der betroffenen Wettbewerber mit denen des marktbeherrschenden Unternehmens abzuwägen."⁶⁹

Durch § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 GWB können Behinderungsmißbräuche marktbeherrschender Nachfrager sowohl in Richtung Marktgegenseite (gegenüber den Lieferanten) als auch in Richtung konkurrierender Nachfrager erfaßt werden.⁷⁰ Dabei ist insbesondere an Sachverhalte zu denken, bei denen ein Nachfrager oder eine

68 Zur Entstehungsgeschichte vgl. Markert, Kurt, Die Wettbewerberbehinderung im GWB nach der vierten Kartellnovelle, Heidelberg 1982, S. 29 ff.; Immenga/Mestmäcker, § 22 Rdnr. 108; Friedrich, Manfred, Die neuen Mißbrauchstatbestände in der 4. Novelle zum GWB (§§ 22 und 37 a Abs. 3), in: BB 35 (1980), S. 1553 ff., 1554 f.

69 Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/3690, S. 25.

70 Vgl. Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 57; anders jedoch das Bundeskartellamt, das der Auffassung ist, daß ein Geschäftsabschluß eines Nachfragers mit der Anbieterseite und die Erzielung besonders günstiger Einkaufsbedingungen nicht zu Lasten der Konkurrenten des betreffenden Nachfragers gehe; vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1978, in: BTDr 8/2980, S. 36.

Gruppe von Nachfragern mit der Verweigerung oder dem Abbruch von Geschäftsbeziehungen mit den Lieferanten drohen, wenn die Forderungen nach Gewährung von Sondervergünstigungen nicht erfüllt werden, sowie an solche Sachverhalte, bei denen ein marktbeherrschender Nachfrager für sich Sondervergünstigungen erzwingt und gleichzeitig Maßnahmen ergreift, um die Gewährung gleicher Vergünstigungen an Konkurrenten zu verhindern (z.B. Meistbegünstigungsklauseln).⁷¹

Die Anwendungsschwierigkeiten des § 22 GWB zeigen sich darin, daß bisher erst eine Entscheidung zur mißbräuchlichen Ausübung von Nachfragemacht vorliegt, welche im folgenden dargestellt werden soll.

b) Die Praxis des Bundeskartellamts

Das Bundeskartellamt hatte in der Entscheidung Metro-Eintrittsvergütung⁷² vom Jahre 1983 der Einkaufsgesellschaft des Metro-Konzerns (MIKG) untersagt, von ihren Lieferanten für die Aufnahme neuer Artikel in das Sortiment und für die Eröffnung von Metro-Anschlußhäusern⁷³ die Zahlung von Geldbeträgen sowie die Einräumung von Rabatten und zusätzlichen Zahlungszielen zu fordern. Das Bundeskartellamt sah in der Forderung nach Gewährung derartiger Eintrittsvergütungen einen Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung als Nachfrager i.S. von § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 GWB.

Die Forderung nach Gewährung besonderer Vergünstigungen behindere den Wettbewerb zwischen Lieferanten von Nahrungs- und Genußmitteln. Dies ergebe sich aus der beträchtlichen Höhe der Eintrittsvergütungen, aus der Ungleichbehandlung gegenüber sol-

71 Vgl. Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 342 f.; Emmerich, Volker, Kartellrecht, a.a.O., S. 183; Niederleithinger, Ernst, Die Verfolgung von Mißbräuchen..., a.a.O., S. 76 f.

72 Vgl. Metro-Eintrittsvergütung, in: WuW/E BKartA 2092 ff.

73 D.s. Handelsbetriebe, für die die Einkaufsgesellschaft des Metro-Konzerns Einkaufsfunktionen wahrnimmt.

chen Lieferanten, die keine Eintrittsvergütungen leisten müßten, und aus den Marktzutrittsschranken zum Absatz über den Metro-Konzern, die sich aus dem Vorleistungscharakter der Eintrittsvergütungen ergäben.

Aus der Höhe der geforderten Geldzahlungen und aus der erheblichen Bedeutung, die der Metro-Konzern für den Absatz von food-Erzeugnissen habe, folge, daß die Wettbewerbsmöglichkeiten der Lieferanten in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise beeinträchtigt werden würden.

Ein sachlich gerechtfertigter Grund für die Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der Lieferanten sei nicht ersichtlich. Die hier gebotene Interessenabwägung führe dazu, daß das Interesse an einem Verhalten zurücktreten müsse, das den für die Ordnungsfunktion des Wettbewerbs wesentlichen Leistungsvergleich zu zerstören geeignet sei. Das Bundeskartellamt hält dieses Ergebnis für begründet, weil

- ein zeitlicher Zusammenhang zwischen der Verpflichtung zur Gewährung von Eintrittsvergütungen und den eigentlichen Verhandlungen über Preise und Konditionen fehle,
- die von der MIKG geforderten Zuwendungen in keiner Beziehung zum Umfang des Lieferauftrags stünden,
- den Eintrittsvergütungen keine Gegenleistung der MIKG gegenüberstünden,
- es sich bei den Eintrittsvergütungen nicht um verkehrsübliche Konditionen handle und
- Eintrittsvergütungen auch gegen § 1 UWG verstießen, was eine sachliche Rechtfertigung ebenfalls nicht ermögliche.

Daneben würden auch für die Konkurrenten des Metro-Konzerns die Wettbewerbsmöglichkeiten in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise beeinträchtigt. Der Metro-Konzern sei gegenüber kleineren und mittleren C&C-Großhandelsunternehmen, die Eintrittsvergütungen nicht fordern könnten, in der Lage, die im Einkauf erzielten Vorteile als Anbieter im Preiswettbewerb oder zu weiteren Investitionen einzusetzen.

Hilfsweise argumentiert das Bundeskartellamt, daß der Metro-Konzern auch dann Adressat des § 22 Abs. 4 GWB sei, wenn ihm keine marktbeherrschende Stellung als Nachfrager nachzuweisen sei, da er eine überragende Marktstellung als Anbieter auf dem C&C-Großhandelsmarkt besitze. Diese mißbrauche die MIKG dadurch, daß sie als Nachfrager i.S. von § 22 Abs. 4 GWB die Wettbewerbsmöglichkeiten von Unternehmen der Marktgegen- und der Marktnebeneseite durch das Fordern von Eintrittsvergütungen ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtige. Die Kartellbehörden könnten auch mißbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen auf anderen als den beherrschten Märkten untersagen, wenn ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen der beherrschenden Stellung als Anbieter und der Stellung auf dem Beschaffungsmarkt bestehe. Diese Voraussetzung sei gegeben. Im folgenden soll diese Entscheidung einer wettbewerbspolitischen Beurteilung unterzogen werden.

c) Wettbewerbspolitische Beurteilung

Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, daß sich das Bundeskartellamt bei der nach § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 GWB gebotenen Interessenabwägung am Maßstab des Leistungswettbewerbs orientiert.⁷⁴ Dieser Vorgehensweise kann nicht gefolgt werden.⁷⁵

⁷⁴ Das Bundeskartellamt hat an anderer Stelle ausdrücklich darauf hingewiesen, daß das Anzapfen, wozu auch die Forderung nach Gewährung von Eintrittsgeldern gehöre, zu einer Verfälschung des Leistungswettbewerbs führe; vgl. Markenverband, in: WuW/E BKartA 1633 ff., 1636 f.; vgl. auch Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1978, in: BTDr 8/2980, S. 36.

⁷⁵ Vgl. - allerdings für Fälle der Angebotsmacht - Markert, Kurt, Die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, in: Handbuch des Wettbewerbs, hrsg. von Helmut Cox u.a., München 1981, S. 297 ff., 310 f.; Emmerich, Volker, Kartellrecht, a.a.O., S. 180; Immenga/Mestmäcker, § 22 Rdnr. 103 f.; Schmidt, Karsten, Vierte Kartellrechtsnovelle zwischen Effektivitäts- und Legitimationsproblemen, in: ZRP 12 (1979), S. 38 ff., 44.

Aus wettbewerbspolitischen Gründen ist es verfehlt, in der Forderung nach Gewährung von Eintrittsgeldern grundsätzlich einen Mißbrauch zu sehen.⁷⁶ Auch in den Händen marktbeherrschender Nachfrager können Eintrittsvergütungen - wie die Monopolkommission zutreffend bemerkt - ein "Handeln im Wettbewerb"⁷⁷ darstellen. Die geringe Operationalität und Justitiabilität der Begriffe Leistungs-, Nichtleistungs- und Nebenleistungswettbewerb, das Fehlen von Abgrenzungskriterien zwischen Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb sowie die mangelnde Bestimmbarkeit von Leistung und Gegenleistung⁷⁸ führen darüber hinaus zu zweifelhaften wettbewerbspolitischen Schlußfolgerungen.⁷⁹

So kann es für die Beurteilung von Verhaltensweisen auf Beschaffungsmärkten nicht darauf ankommen, ob Eintrittsvergütungen Gegenstand regulärer Preisverhandlungen sind oder nicht.⁸⁰ Die damit angesprochene höhere Markttransparenz aufgrund des fehlenden zeitlichen Zusammenhangs zwischen Haupt- und Nebenleistung muß nicht zu Wettbewerbsbeschränkungen führen, sondern kann Ausdruck funktionierenden Geheimwettbewerbs sein.⁸¹ Außer-

76 Anders jedoch Ulmer, der Eintrittsgelder als typisch leistungsfremde Vergütungen bezeichnet; vgl. Ulmer, Peter, Die neuen Vorschriften gegen Diskriminierung und unbillige Behinderung (§ 26 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3, § 37 a Abs. 3 GWB), in: WuW 30 (1980), S. 474 ff., 483.

77 Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 170.

78 Vgl. dazu die Ausführungen im 3. Kapitel, Abschnitt II dieser Arbeit.

79 Niederleithinger spricht von einer "Sackgasse", in die man sich durch die Bezugnahme auf den Leistungswettbewerb hineinbegeben habe; vgl. Niederleithinger, Ernst, Probleme der Mißbrauchsaufsicht aus der Sicht des Bundeskartellamtes, in: Die Mißbrauchsaufsicht vor dem Hintergrund der Entwicklungen der neueren Wettbewerbstheorie, hrsg. von Burkhardt Röper, Berlin 1982, S. 65 ff., 74 f.; vgl. auch Tessin, Claus, Behinderungsmißbrauch marktbeherrschender Unternehmen - Neuere Entwicklungen im deutschen und EWG-Kartellrecht -, in: GRUR 82 (1980), S. 482 ff., 485.

80 Vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 170.

81 Vgl. dazu die Ausführungen im 3. Kapitel, Abschnitt II dieser Arbeit. Die prinzipielle Vorteilhaftigkeit des Geheimwettbewerbs ist auch höchstrichterlich anerkannt; vgl. Aluminium-Halbzeug, in: WuW/E BGH 1337 ff., 1342; Rauchtabak, in: WuW/E BGH 1923 ff., 1925.

dem ist ein Verhalten nicht schon deshalb mißbräuchlich, weil man es als Maßnahme des Nebenleistungswettbewerbs bezeichnet.⁸² Ein Verbot eines derartigen Verhaltens kann zu Beschränkungen des dynamischen Nachfragerwettbewerbs führen.

Daneben erscheint es problematisch, Eintrittsvergütungen deshalb als mißbräuchlich zu qualifizieren, weil ihnen keine entsprechenden Gegenleistungen gegenüberstehen. Sicherlich ist - wie das Bundeskartellamt bemerkt - die Abnahme und der Weiterverkauf von Waren keine entgeltfähige Gegenleistung für Eintrittsvergütungen. Das Fordern von Eintrittsvergütungen kann aber ein Entgelt für die erstmalige Belieferung von Artikeln oder für die Neueröffnung von Geschäftsräumen sein. Eintrittsgelder vergüten dann das Absatzrisiko, das Handelsunternehmen bei der Neuaufnahme von Artikeln bzw. bei der Neueröffnung von Betriebsstätten zu tragen haben.⁸³ Prinzipiell sind solche Verhaltensweisen zulässig, auch wenn sie zu einer Funktionsverschiebung bzw. Risikoverlagerung zwischen Industrie und Handel führen, indem Anbieter zur Entrichtung von Leistungen aufgefordert werden, die bisher Angelegenheit des Handels gewesen sind.⁸⁴ Derartige Funktionsverschiebungen können Ausdruck dynamischen Wettbewerbs sein.

Zuzustimmen ist der Auffassung des Bundeskartellamts, daß eine sachliche Rechtfertigung solcher Verhaltensweisen nicht möglich ist, die nach dem UWG verboten sind. Das Bundeskartellamt be ruft sich im Fall Metro-Eintrittsvergütung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, der im Fall Eintrittsgeld⁸⁵ die Forderung eines Eintrittsgeldes als gegen § 1 UWG ver-

82 So aber auch das Kammergericht, wenn es ausführt, daß die Hauptleistungen möglichst durch Ausschluß von Nebenleistungswettbewerb vergleichbar zu machen seien; vgl. Fertigungsfutter, in: WuW/E OLG 2403 ff., 2409; ähnlich auch im Fall Milchaustauschfuttermittel, in: WuW/E OLG 3124 ff., 3130.

83 Vgl. Barth, Klaus, und Dirk Möhlenbruch, a.a.O., S. 599; Lademann, Rainer, Nachfragemacht..., a.a.O., S. 155 f.

84 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 170.

85 Vgl. Eintrittsgeld, in: WuW/E BGH 1466 ff.

stoßend untersagt hat. Die Bezugnahme auf diese Entscheidung ist allerdings als problematisch anzusehen.

Der Bundesgerichtshof sieht die Unzulässigkeit der Forderung eines Eintrittsgeldes darin, daß der Händler mit einem derartigen Verhalten der im Allgemeininteresse liegenden Funktion des Handels zuwiderhandele, die darin bestehe, aus dem Angebot der Hersteller jene Waren auszuwählen, von denen angenommen werden könne, daß sie nach Art, Preis und Qualität vom Verbraucher bevorzugt werden würden.⁸⁶

Schon im 3. Kapitel wurde darauf hingewiesen, daß die Funktionstheorie des Bundesgerichtshofes⁸⁷ zu einer Erstarrung von Absatzwegen und zu einer Einschränkung dynamischen Nachfragerwettbewerbs führt, da sich die Funktionsaufteilung zwischen Industrie und Handel aus dem Wettbewerb ergibt.⁸⁸ Das Fordern von Eintrittsgeldern ist daher u.E. nicht deshalb als sittenwidrig anzusehen, weil ein Verstoß gegen Handelsfunktionen vorliegt, sondern weil Eintrittsgelder eine Marktzutrittssperre für Hersteller bedeuten und eine Behinderung der konkurrierenden Handelsunternehmen bewirken können.⁸⁹

86 Vgl. Eintrittsgeld, in: WuW/E BGH 1466 ff., 1466; vgl. zur Orientierung an den Handelsfunktionen auch die Fälle Regalkosten, in: WuW/E OLG 1373 ff., 1374; Globus, in: WuW/E OLG 1837 ff.; Schaufensteraktion, in: WuW/E BGH 1485 ff.

87 Vgl. zur Entstehungsgeschichte Meier, Gert, Maßnahmen des Nebenleistungswettbewerbs..., a.a.O., S. 723 f.

88 Vgl. 3. Kapitel, Abschnitt II und die dort angegebene Literatur; der BGH hat seine Funktionstheorie in zwei neueren Fällen allerdings eingeschränkt; Maßnahmen des Nebenleistungswettbewerbs stellten nur im Falle des sittenwidrigen Einsatzes von Nachfragemacht einen Verstoß gegen Handelsfunktionen dar; vgl. Globus-Handelshof, in: WuW/E BGH 1939 ff.; Markenverband-Deschauer, in: WuW/E BGH 1943 ff.; vgl. auch die Anmerkungen zu diesen Urteilen von Meier, Gert, Anmerkung zu den Urteilen des BGH vom 22.4.1982 und 9.6.1982, in: DB 35 (1982), S. 2178 f.

89 So zutreffend das OLG Frankfurt, allerdings unter Berufung auf den Leistungswettbewerb; vgl. Eintrittsgelder, in: WuW/E OLG 1589 ff., 1591.

Die Bezugnahme auf die konkreten Wettbewerbswirkungen von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen erscheint uns der geeignete Ansatzpunkt zur Beurteilung der Mißbräuchlichkeit von Eintrittsvergütungen.⁹⁰ Derartige Wettbewerbswirkungen lassen sich durch einen Marktstrukturtest konkretisieren, indem beispielsweise auf die Zahl der Marktteilnehmer, die Marktzutrittsschranken oder auf die Finanzkraft abgestellt wird. Um Veränderungen der Marktstruktur beurteilen zu können, wäre als Referenzgröße eine optimale Marktstruktur erforderlich (Als-ob-Marktstruktur).⁹¹ Auf der Grundlage des von uns gewählten Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs sind aber - um mangels allgemein akzeptierter optimaler Marktstrukturen nicht auf jegliche kartellbehördlichen Eingriffe verzichten zu müssen - Tendenzaussagen ausreichend, die auf wettbewerbsbeschränkende Wirkungen von Verhaltensweisen mit hohem Wahrscheinlichkeitsgrad hinweisen. Für den Nachweis der Wettbewerbswirkungen bestimmter Verhaltensweisen sollte eine vernünftige Wahrscheinlichkeit der zu erwartenden Wettbewerbsbeeinträchtigungen ausreichen.

Das Bundeskartellamt weist im Fall Metro-Eintrittsvergütung auf solche Wettbewerbswirkungen selbst hin. Das Fordern von Eintrittsgeldern durch marktbeherrschende Nachfrager kann als Mißbrauch i.S. des § 22 Abs. 4 GWB angesehen werden, weil dadurch

- der Anbieterwettbewerb beeinträchtigt wird, indem die zur Gewährung von Eintrittsgeldern gezwungenen Anbieter gegenüber ihren Konkurrenten Wettbewerbsnachteile in Kauf nehmen müssen und indem der Marktzugang der Anbieter zu nachgelagerten Märkten beschränkt wird;

90 Wir schließen uns damit der sog. Theorie der beweglichen Schranken an; vgl. Möschel, Wernhard, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, a.a.O., S. 332; Markert, Kurt, *Die Wettbewerberbehinderung...*, a.a.O., S. 40 f.; Emmerich, Volker, *Kartellrecht*, a.a.O., S. 179 f.; Niederleithinger, Ernst, *Probleme der Mißbrauchsaufsicht...*, a.a.O., S. 74; kritisch dazu Hahn, Rüdiger, a.a.O., S. 243.

91 So Gröner, Helmut, *Nichtleistungswettbewerb...*, a.a.O., S. 86.

- der Nachfragerwettbewerb beschränkt wird, indem kleinere Nachfrager, die derartige Sondervergünstigungen nicht erlangen können, Wettbewerbsnachteile erleiden müssen;
- der Absatzwettbewerb beschränkt wird, indem die im Beschaffungsbereich erzielten Vorteile über den Preiswettbewerb oder durch zusätzliche Investitionen zu einer Verstärkung marktbeherrschender Stellungen auf Absatzmärkten führen.

Für die Erfassung von Nachfragemacht von erheblicher Bedeutung dürfte die Vorgehensweise des Bundeskartellamts sein, mißbräuchliche Verhaltensweisen auch auf anderen als den beherrschten Märkten zu untersagen. Dieser anerkannte Grundsatz⁹² erlaubt es, Verhaltensweisen von Unternehmen auf Märkten zu erfassen, auf denen eine marktbeherrschende Stellung zwar nicht besteht, aber sich auswirkt. Damit kann den bestehenden Interdependenzen zwischen dem Nachfragerwettbewerb und dem Absatzwettbewerb Rechnung getragen werden.

Im Ergebnis ist daher der Untersagung des Bundeskartellamts im Fall Metro-Eintrittsvergütung zuzustimmen. Zur Begründung dieser Entscheidung ist es allerdings verfehlt, auf Kriterien des Leistungswettbewerbs abzustellen. Ausschlaggebend sind die Wettbewerbswirkungen, die das Fordern von Eintrittsvergütungen durch marktbeherrschende Nachfrager hervorrufen. Daß es bisher nur zu einer Entscheidung im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht gegenüber Nachfragern gekommen ist, liegt neben den Schwierigkeiten bei der Abgrenzung relevanter Beschaffungsmärkte und bei

92 Vgl. Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr IV/2564, S. 15; Mestmäcker, Ernst-Joachim, Mißbrauch der Nachfragemacht und Möglichkeiten ihrer kartellrechtlichen Kontrolle, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1976/77, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1978, S. 15 ff., 16; Molkereigenossenschaft, in: WuW/E BGH 407 ff., 410; Handpreisauszeichner, in: WuW/E OLG 995 ff., 999; Milchautschfuttermittel, in: WuW/E OLG 3124 ff., 3129.

der Ermittlung der Marktbeherrschung von Nachfragern⁹³ an der geringen Operationalität des Mißbrauchsbegriffs und an dem Fehlen aussagefähiger materieller Kriterien zur Abgrenzung wettbewerbsimmanenter von machtbedingten Verhaltensweisen.⁹⁴ Eine ähnliche Problematik beinhaltet die Erfassung des Ausbeutungsmißbrauchs von Nachfragern, worauf im folgenden eingegangen werden soll.

2. Der Ausbeutungsmißbrauch

Nachdem im letzten Abschnitt der Behinderungsmißbrauch marktbeherrschender Nachfrager analysiert worden ist, soll im folgenden der Ausbeutungsmißbrauch nach der Darstellung der Tatbestandsvoraussetzungen und der kartellrechtlichen Praxis einer wettbewerbspolitischen Beurteilung unterzogen werden.

a) Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 2

GWB

Ein Ausbeutungsmißbrauch liegt gemäß § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 GWB dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Die gesetzliche Neuregelung bedeutet keine Änderung gegenüber der bisherigen Praxis zur Preismißbrauchsaufsicht. Sie dient lediglich der Verdeutlichung der für eine Preismißbrauchsaufsicht

⁹³ Für Schultes sind die Nachweisschwierigkeiten bei der Ermittlung der Marktbeherrschung von Nachfragern der alleinige Grund für die geringen Erfolgsaussichten der Mißbrauchsaufsicht gegenüber Nachfragern; vgl. Schultes, Werner, Erfahrungen bei der Mißbrauchsaufsicht..., a.a.O., S. 740.

⁹⁴ Vgl. dazu allgemein Emmerich, Volker, Kartellrecht, a.a.O., S. 176; Markert, Kurt, Die Mißbrauchsaufsicht..., a.a.O., S. 310; Niederleithinger, Ernst, Probleme der Mißbrauchsaufsicht..., a.a.O., S. 70.

erforderlichen Kriterien und Maßstäbe:⁹⁵

- Aufnahme des Als-ob-Wettbewerbsprinzips in das Gesetz,
- Konkretisierung des Als-ob-Maßstabes durch das sachliche und räumliche Vergleichsmarktkonzept,
- Feststellung eines Ausbeutungsmißbrauchs schon bei hoher Wahrscheinlichkeit einer Abweichung vom Als-ob-Preis, wobei umstritten ist, ob Sicherheitszuschläge noch legitim sind.

Dem Wortlaut des § 22 Abs. 4 GWB ("Anbieter oder Nachfrager") ist zu entnehmen, daß eine Preismißbrauchsaufsicht auch gegenüber Preisen und Konditionen marktbeherrschender Nachfrager möglich ist.⁹⁶ Im Falle der Nachfragemacht ist ein Preis dann als mißbräuchlich niedrig anzusehen, wenn er von dem Preis abweicht, der sich bei wirksamem Nachfragerwettbewerb einstellen würde.

b) Die Praxis des Bundeskartellamts

Ein kartellbehördliches Verfahren hinsichtlich eines Ausbeutungsmißbrauchs durch marktbeherrschende Nachfrager ist bisher noch nicht eingeleitet worden⁹⁷, obwohl der Fall Metro-Eintrittsvergütung auch unter diesem Aspekt hätte beurteilt werden können. Da die Gewährung eines niedrigeren Preises ökonomisch gesehen der Zahlung eines Eintrittsgeldes durch einen Hersteller entspricht, ließe sich ein Ausbeutungsmißbrauch prinzipiell auch hinsichtlich der Konditionenforderungen von Nachfragern feststellen. Die Kartellbehörden stünden damit aber vor erheb-

95 Vgl. dazu Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/3690, S. 25; Friedrich, Manfred, a.a.O., S. 1555; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 291.

96 Vgl. ausdrücklich Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 22 Rdnr. 97; Schmidt, Ingo, Relevanter Markt..., a.a.O., S. 490 f.; die Vorschrift des § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 GWB betrifft dagegen nur Sachverhalte von Angebotsmacht; vgl. Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 341.

97 Vgl. aber das Urteil des EuGH im Fall Ausstrahlung von Kinofilmen durch Fernsehen, in: WuW/E EWG/MUV 686 f.

lichen Nachweisproblemen, da sich ein Konditionenmißbrauch noch schwerer nachweisen ließe als ein Preismißbrauch. Auch in Zukunft ist daher kein kartellbehördliches Verfahren in diesem Bereich zu erwarten.

c) Wettbewerbspolitische Beurteilung

Die Vorbehalte gegenüber einer Korrektur von Marktergebnissen durch die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Nachfrager wurden schon im 3. Kapitel dieser Arbeit deutlich gemacht:⁹⁸

- Schwierigkeiten bei der Ermittlung eines allgemeinen Vergleichsniveaus und
- Nachweisprobleme bei der Feststellung, ob zu niedrige Einkaufspreise auf Nachfragemacht oder auf freiwilligen Preiszugeständnissen von Anbietern beruhen.

Darüber hinaus hält es das Bundeskartellamt für problematisch, Überlegungen zum Schutz der Endverbraucher vor einer Ausbeutung durch marktbeherrschende Unternehmen auf das Verhältnis zwischen Industrie und Handel zu übertragen, da der Wettbewerb keine Veranstaltung sei, die jeder Wirtschaftsstufe Existenz und ein "auskömmliches" Einkommen garantiere.⁹⁹ Dem ist allerdings entgegenzuhalten, daß auch andere Wirtschaftsstufen nach § 22 GWB einen Anspruch auf Schutz vor Ausbeutung haben.

Ein weiterer Einwand gegen eine Mißbrauchsaufsicht über die Einkaufspreise marktbeherrschender Nachfrager bezieht sich auf die Folgen einer Untersagungsverfügung nach § 22 Abs. 5 GWB. Ist ein Ausbeutungsmißbrauch durch einen marktbeherrschenden Nachfrager festgestellt worden, muß dieser Nachfrager seine Einkaufspreise anheben. Aufgrund dessen ist zu erwarten, daß der Nachfrager seine Geschäftsbeziehungen mit dem ausgebeuteten Anbieter abbricht und seine Bezüge auf andere Lieferanten verlagert. Um dies zu verhindern, müßte die Kartellbehörde flan-

98 Vgl. 3. Kapitel, Abschnitt III, 2 dieser Arbeit.

99 Vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1978, in: BTDr 8/2980, S. 34.

kierend einen Bezugswang anordnen. Dies widerspricht aber dem Wortlaut des § 22 Abs. 5 GWB, nach dem die Kartellbehörde ein mißbräuchliches Verhalten untersagen, aber nicht ein Gebot zu einem positiven Tun aussprechen darf.¹⁰⁰

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, daß eine Mißbrauchsaufsicht über Preise marktbeherrschender Nachfrager nur in Ausnahmefällen zur Anwendung kommen sollte, etwa dann, wenn Beschaffungsmärkte derartige Vermachtungserscheinungen aufweisen, daß strukturelle und verhaltensorientierte Eingriffe erfolglos bleiben.¹⁰¹ Auch im Rahmen der Erfassung des Ausbeutungsmißbrauchs ist die fehlende Rechtsprechungspraxis auf die mangelnde Operationalität und Justitiabilität des Mißbrauchsbegriffs zurückzuführen.¹⁰²

V. Zusammenfassung

Im 4. Kapitel wurde als erstes Instrument der Verhaltenskontrolle gegenüber Nachfragemacht die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Nachfrager gemäß § 22 GWB nach einer Darstellung der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen sowie der kartellbehördlichen und gerichtlichen Fallpraxis einer wettbewerbspolitischen Analyse unterzogen.

Diese Analyse hat hinsichtlich der **Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes** ergeben, daß die Sichtweise der Marktgegenseite und nicht die der gleichen Marktseite entscheidend ist. Im Falle relevanter Beschaffungsmärkte im Handel ist damit die Sichtweise der industriellen Anbieter von Bedeutung. Außerdem

100 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 22 Rdnr. 174; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 58; Niederleithinger, Ernst, Die Verfolgung von Mißbräuchen..., a.a.O., S. 76.

101 Vgl. i.E. auch Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 347 f.; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 51.

102 Vgl. nur Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 290.

ergibt sich aus einer sachgerechten Interpretation des Angebotsumstellungs- und des Produktkonzepts, daß der relevante Beschaffungsmarkt im Lebensmittelhandel nicht das Sortiment an Nahrungs- und Genußmitteln einschließlich des typischen Randsortiments, sondern einzelne Produkte bzw. Produktgruppen umfaßt.

Der Nachweis der **Marktbeherrschung von Nachfragern** wird erheblich dadurch erschwert, daß die Marktanteile einzelner Handelsunternehmen bzw. einer Gruppe von Handelsunternehmen zu niedrig sind, um daraus auf überragende Marktstellungen zu schließen. Um das Fehlen wesentlichen Nachfragerwettbewerbs dennoch nachweisen zu können, hat das Bundeskartellamt die Unverzichtbarkeitsdoktrin entwickelt. Der in diesem Konzept enthaltene Grundgedanke, (vertikale) Abhängigkeitsverhältnisse auf eine Beeinträchtigung (horizontalen) Wettbewerbs zurückzuführen, bedeutet keine Aufgabe des Marktbezuges bei der Bestimmung der Marktbeherrschung von Nachfragern, sondern spiegelt lediglich eine andere Betrachtungsweise wider. Allerdings trägt das Bundeskartellamt den Interdependenzen zwischen (vertikalen) Abhängigkeitsverhältnissen und der Beeinträchtigung (horizontalen) Nachfragerwettbewerbs nicht genügend Rechnung, wenn es bei der Ermittlung marktbeherrschender Stellungen von Nachfragern lediglich auf individuelle Bezugsanteile abstellt.

Nachfrager können aber deshalb über überragende Marktstellungen verfügen, weil - was insbesondere auf den Lebensmittelhandel zutrifft - hohe Marktzutrittsschranken in späten Marktphasen vorliegen und die Sortimentsflexibilität die Produktionsflexibilität der Hersteller übersteigen kann. Darüber hinaus ist es erforderlich, die Wettbewerbsverhältnisse auf den Anbietermärkten und auf den Absatzmärkten des Handels zu berücksichtigen. Ein Rückschluß von Marktergebnissen auf die Existenz wesentlichen Nachfragerwettbewerbs ist problematisch.

Zum **Behinderungsmißbrauch** marktbeherrschender Nachfrager liegt bislang erst eine Entscheidung des Bundeskartellamts vor. Im

Fall Metro-Eintrittsvergütung wurde die Forderung nach Gewährung von Eintrittsgeldern insbesondere wegen ihrer Leistungswidrigkeit als Mißbrauch i.S. des § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 GWB angesehen. Wegen der wettbewerbspolitischen Problematik des Begriffs des Leistungswettbewerbs ist u.E. eine Bezugnahme auf die konkreten Wettbewerbswirkungen derartiger Praktiken der geeigneteren Ansatzpunkt.

Hinsichtlich eines **Ausbeutungsmißbrauchs** marktbeherrschender Nachfrager liegt keine Entscheidung vor, obwohl der Fall Metro-Eintrittsvergütung auch unter diesem Aspekt hätte geprüft werden können. Wegen der praktischen Schwierigkeiten beim Nachweis eines Konditionenmißbrauchs durch Nachfrager sind auch in Zukunft keine Entscheidungen in diesem Bereich zu erwarten.

Im folgenden Kapitel soll ein weiteres Instrument zur Erfassung von Nachfragemacht, das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 und 3 GWB, beurteilt werden.

5. Kapitel: Das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 und 3 GWB

Die wohl wichtigste Vorschrift zur Erfassung von Nachfragemacht stellt das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 und 3 GWB dar. Die Bedeutung dieser Vorschrift steht in Widerspruch zur spärlichen Fallpraxis hinsichtlich der Nachfragemacht im Handel. Das Bundeskartellamt hat bisher nur einige Verfahren eingeleitet, die aber wieder eingestellt wurden.¹ Im folgenden sollen nach einer Darstellung des Schutzzwecks des § 26 Abs. 2 und 3 GWB die Tatbestandsvoraussetzungen einer wettbewerbspolitischen Beurteilung unterzogen werden, woraus sich auch Hinweise auf die Anwendungsdefizite gegenüber der Erfassung von Nachfragemacht ergeben werden.

I. Der Schutzzweck des § 26 Abs. 2 und 3 GWB

Das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 und 3 GWB dient zum einen der Sicherung des Individualschutzes i.S. einer Gleichheit der Marktchancen gleichartiger Unternehmen gegenüber den Normadressaten dieser Vorschrift und zum anderen dem Institutionsschutz i.S. der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs als anonymen Kontroll- und Steuerungsmechanismus.² Dieser doppelte Schutzzweck ergibt sich einerseits daraus, daß § 26 Abs. 2 GWB als ein konkretisierender Unterfall des allgemeinen Mißbrauchstatbestandes i.S. des § 22 GWB gesehen wird³,

1 Vgl. die Hinweise in Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1975, in: BTDr 7/5390, S. 76; Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1976, in: BTDr 8/704, S. 69; Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1977, in: BTDr 8/1925, S. 63; Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1978, in: BTDr 8/2980, S. 77; Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1981/82, in: BTDr 10/243, S. 32, 69.

2 Vgl. Emmerich, Volker, Kartellrecht, a.a.O., S. 196 f.; Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 69; Schmidt, Ingo, US-amerikanische..., a.a.O., S. 289; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 244; auch der Robinson-Patman Act enthält diesen doppelten Schutzzweck; vgl. Edwards, Corwin D., The Price Discrimination Law..., a.a.O., S. 29 f.

3 Vgl. Sportartikelmesse II, in: WuW/E BGH 1027 ff.

andererseits aus dem in der Rechtsprechung entwickelten einheitlichen Bewertungsmaßstab der Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB⁴, der eine Abwägung von Individual- und Institutionenschutz erforderlich macht. Die §§ 22 und 26 Abs. 2 und 3 GWB weisen insofern eine Schutzzweckkongruenz auf.

Die Bedeutung des § 26 Abs. 2 und 3 GWB - bislang allerdings nur für Fälle der Angebotsmacht - beruht auf seinem Charakter als Schutzgesetz i.S. des § 35 GWB⁵, aus dem sich zugunsten der unbillig behinderten und ungerechtfertigt unterschiedlich behandelten Unternehmen Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche ableiten lassen.⁶ Im Gegensatz dazu ist § 22 GWB nach h.M. kein Schutzgesetz.⁷ Ein weiterer Unterschied zu § 22 GWB besteht in einer erheblichen Erweiterung des Normadressatenkreises, worauf im folgenden eingegangen werden soll.

II. Die Normadressaten

Der Regelung des § 26 Abs. 2 GWB unterliegen erstens marktbeherrschende Unternehmen, zweitens legalisierte Kartelle i.S. der §§ 2 bis 8, 99 Abs. 2, § 100 Abs.1 und 7 sowie §§ 102 bis 103 GWB, drittens preisbindende Unternehmen i.S. der §§ 16, 100 Abs. 3 und § 103 Abs. 1 Nr. 3 GWB und viertens Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen abhängig sind (sog. relative Marktmacht im Verti-

4 Ständige Rechtsprechung des BGH seit Treuhandbüro, in: WuW/E BGH 502 ff.

5 Vgl. zum Begriff des Schutzgesetzes auch § 823 Abs. 2 BGB.

6 Vgl. Emmerich, Volker, Kartellrecht, a.a.O., S. 224; Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 299 ff.; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 419 f.; Gummi-Strümpfe, in: WuW/E BGH 442 ff., 448; Registrierkassen, in: WuW/E BGH 1238 ff., 1245; Rossignol, in: WuW/E BGH 1391 ff., 1391.

7 Anders aber Emmerich, Volker, Kartellrecht, a.a.O., S. 334; Immenga/Mestmäcker, § 35 Rdnr. 13; näheres zu diesem Problemkreis im 7. Kapitel dieser Arbeit.

kalverhältnis⁸). Dieser Normadressatenkreis gilt mit Ausnahme preisbindender Unternehmen auch für § 26 Abs. 3 GWB.

Im Hinblick auf unseren Untersuchungsgegenstand kommt dem Abhängigkeitstatbestand des § 26 Abs. 2 S. 2 GWB und der durch die Vierte GWB-Novelle eingeführten Abhängigkeitsvermutung des § 26 Abs. 2 S. 3 GWB besondere Bedeutung zu, worauf im folgenden eingegangen werden soll.⁹

1. Nachfrager mit relativer Marktmacht im Vertikalverhältnis

Mit der Zweiten GWB-Novelle wurde der Normadressatenkreis des § 26 Abs. 2 GWB durch Einführung des Abhängigkeitstatbestandes auf Fälle relativer Marktmacht im Vertikalverhältnis erweitert. § 26 Abs. 2 S. 1 GWB gilt daher auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen¹⁰, soweit von ihnen Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen

8 Vgl. zum Begriff der relativen Marktmacht Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 92; Sack, Rolf, Zum erweiterten Adressatenkreis des Diskriminierungsverbots, in: GRUR 77 (1975), S. 511 ff., 511; in Anlehnung an die Thesen der Chicago School verneint Heuchert die ökonomische Legitimation des Abhängigkeitstatbestandes; vgl. Heuchert, Karsten, Die Normadressaten des § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB - Eine ökonomische Analyse des Rechts, Heidelberg 1987.

9 Hinsichtlich der marktbeherrschenden Unternehmen sei auf die Ausführungen im 4. Kapitel verwiesen; nach § 1 GWB verbotene Einkaufsgemeinschaften gehören nicht zum Normadressatenkreis; seit der Zweiten GWB-Novelle hat der Gesetzgeber verbotene Kartelle aus dem Anwendungsbereich des § 26 Abs. 2 S. 1 GWB herausgenommen; vgl. Regierungsbegründung zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr VI/2520, S. 34; preisbindende Unternehmen sind für Fälle der Nachfragemacht ohne Belang.

10 Der Begriff Vereinigungen von Unternehmen dürfte insbesondere für solche Einkaufsgemeinschaften von Bedeutung sein, deren kartellrechtlicher Charakter zweifelhaft ist (Genossenschaften); legalisierte bzw. verbotene Kartelle sind nicht unter diesen Begriff zu subsumieren, da sie bereits Normadressaten des § 26 Abs. 2 S. 1 GWB sind bzw. nicht zu diesem Normadressatenkreis gehören; vgl. dazu Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 111; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 62 f.; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 26 Rdnr. 73 und 90.

Leistungen in der Weise abhängig sind, daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. Sowohl aus dem Wortlaut ("Anbieter oder Nachfrager") als auch aus der Entstehungsgeschichte des § 26 Abs. 2 S. 2 GWB ergibt sich, daß der Abhängigkeitstatbestand auch eine bessere Erfassung der Nachfragemacht zum Zweck hat:

"Eine vorausschauende Wettbewerbs- und Preispolitik wird ferner darauf zu achten haben, daß übermäßige Nachfragemacht und entsprechende Vorzugsstellungen auf der Handelsstufe nicht dazu mißbraucht werden, eine nicht leistungsgerechte Einkommensverteilung zu Lasten schwächerer industrieller Anbieter oder entsprechender Konkurrenten im Handel herbeizuführen."¹¹

Trotz dieser gegenüber § 22 GWB erheblichen Erweiterung des Normadressatenkreises beinhaltet § 26 Abs. 2 GWB kein allgemeines Diskriminierungsverbot.¹² Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, daß diskriminierende und behindernde Verhaltensweisen von Handelsunternehmen auf Beschaffungsmärkten auch positive Auswirkungen auf den Nachfragerwettbewerb haben können. Die Wahrscheinlichkeit für negative Wettbewerbswirkungen nimmt dagegen mit steigender Nachfragemacht zu.¹³

In der Literatur und in der Rechtsprechung haben sich eine Systematisierung des Abhängigkeitstatbestandes in folgende Fall-

11 Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von den Fraktionen der SPD, FDP eingebrachten Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 7/765, S. 4.

12 Der Robinson-Patman Act verbietet dagegen unabhängig von der Marktstärke des diskriminierenden Unternehmens Diskriminierungen, soweit sie geeignet sind, den Wettbewerb wesentlich zu beschränken (sec. 2 (a) und (f) RPA); bestimmte Diskriminierungsformen (Provisionen, Verkaufshilfen, Entgelte für Verkaufsleistungen) sind sogar unabhängig von ihren Wettbewerbswirkungen verboten (sec. 2 (c) bis (e) RPA); vgl. nur Mestmäcker, Ernst-Joachim, Der verwaltete Wettbewerb..., a.a.O., S. 109 f.

13 Vgl. dazu auch die ökonomische Begründung im 3. Kapitel, Abschnitt II dieser Arbeit.

gruppen durchgesetzt:¹⁴

- Sortimentsbedingte Abhängigkeit,
- unternehmensbedingte Abhängigkeit,
- mangelbedingte Abhängigkeit und
- nachfragebedingte Abhängigkeit.¹⁵

Da die ersten drei Formen der Abhängigkeit nur Anbietermacht betreffen, soll im folgenden lediglich auf die nachfragebedingte Abhängigkeit eingegangen werden.

Das Vorliegen einer nachfragebedingten Abhängigkeit setzt voraus, daß Anbieter einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen¹⁶ im Verhältnis zu den relativ marktstarken Nachfragern keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten auf andere Nachfrager haben. Die Frage nach den ausreichenden Absatzalternativen der Anbieter ist mit Hilfe objektiver Kriterien zu beantworten.¹⁷ Eine derartige Abhängigkeit kann aus der Notwendigkeit eines Herstellers resultieren, in einer bestimmten Vertriebsform des Handels vertreten zu sein, weil das Fehlen einer Ware im Sortiment dieser Handelsunternehmen zu einem Imageverlust der Marke des Herstellers führt (sog. goodwill-bedingte Abhängigkeit).¹⁸ Eine Abhängigkeit eines Herstellers ist allerdings nicht schon dann zu bejahen, wenn dem

14 Vgl. Emmerich, Volker, Kartellrecht, a.a.O., S. 201 ff.; Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 116 ff.; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 26 Rdnr. 102 ff.; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 394 ff.; Fischötter, Werner, Zum erweiterten Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs. 2 GWB, in: WuW 24 (1974), S. 379 ff., 381 ff.; Revell Plastics, in: WuW/E BGH 1620 ff., 1622.

15 Vgl. zu diesem Begriff Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 114; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 63; Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 130.

16 Der damit angesprochene relevante Markt ist grundsätzlich nach den gleichen Kriterien abzugrenzen wie im Rahmen des § 22 GWB.

17 Vgl. dazu allgemein Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 104; Rossignol, in: WuW/E BGH 1391 ff., 1393; Nordmende, in: WuW/E BGH 1567 ff., 1568; Modellbauartikel II, in: WuW/E BGH 1629 ff., 1630.

18 Vgl. dazu die Ausführungen im 3. Kapitel dieser Arbeit.

Hersteller der Abbruch von Lieferbeziehungen droht, da eine auf diese Normadressatenvoraussetzung gestützte kartellbehördliche Untersagungsverfügung zu einer Erstarrung bestehender Vertriebswege führen kann.¹⁹

Daneben ist zu prüfen, ob aufgrund individueller Besonderheiten die Ausweichmöglichkeiten der Anbieter trotz der Existenz ausreichender Absatzalternativen nicht zumutbar sind²⁰, wobei ausschließlich darauf abzustellen ist, welche individuellen wirtschaftlichen Belastungen und Risiken sich für den Anbieter ergäben, wenn er auf andere Nachfrager ausweichen würde.²¹ Maßgeblich dafür sind die Dauer und Intensität der jeweiligen Geschäftsbeziehungen und dabei insbesondere der Anteil des Nachfragers am Absatz des Anbieters.²² Ab welcher Höhe dieses Anteils von Abhängigkeit gesprochen werden kann, läßt sich generell nicht festlegen und nur im Einzelfall beurteilen.²³

19 Bei der Abhängigkeitsprüfung ist daher eine dynamische Betrachtung erforderlich, die die Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse und der jeweiligen Unternehmenspolitik im Zeitablauf berücksichtigt; vgl. Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 114; SABA, in: WuW/E OLG 1548 ff., 1550.

20 Anders jedoch Sack, Rolf, Zum erweiterten Adressatenkreis..., a.a.O., S. 511 und Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 65, für die es letztlich nur auf die Zumutbarkeit der Ausweichmöglichkeiten ankommt.

21 Vgl. Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 113; Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 106; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 68; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 26 Rdnr. 95; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 394.

22 Im Fall HFGE hat das Bundeskartellamt die Gefahr gesehen, daß die Lieferanten der HFGE angesichts des großen Nachfragepotentials und der aufgrund des gemeinsamen Einkaufs durchgesetzten Sondervorteile in ein Abhängigkeitsverhältnis gegenüber der HFGE geraten; vgl. HFGE, in: WuW/E BKartA 1963 ff., 1970.

23 In den bisher - außerhalb des Handels - entschiedenen Fällen waren relativ hohe Anteile maßgebend: 50 % im Fall Sehhilfen, in: WuW/E BGH 1423 ff., 1425; 21 % im Fall Düsseldorfer Volksbühne, in: WuW/E OLG 2071 ff., 2072.

Die Praxis der Kartellbehörden und Gerichte ist zu gering, um daraus Ansatzpunkte zur Erfassung der nachfragebedingten Abhängigkeit abzuleiten.²⁴ Die praktischen Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Abhängigkeit eines Anbieters von einem Nachfrager oder einer Gruppe von Nachfragern haben dazu geführt, daß der Gesetzgeber mit der Vierten GWB-Novelle eine Legalvermutung hinsichtlich eines vertikalen Abhängigkeitsverhältnisses eingeführt hat, worauf im folgenden Abschnitt eingegangen werden soll.

2. Die Abhängigkeitsvermutung des § 26 Abs. 2 S. 3 GWB

Gemäß § 26 Abs. 2 S. 3 GWB wird für das Untersagungsverfahren nach § 37 a Abs. 2 GWB²⁵ vermutet, daß ein Anbieter von einem Nachfrager abhängig ist, wenn dieser Nachfrager bei ihm zusätzlich zu den verkehrsüblichen Preisnachlässen oder sonstigen Leistungsentgelten regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt, die gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden. Die Intention des Gesetzgebers bestand darin, die Feststellung der relativen Marktmacht eines Nachfragers gegenüber einem Anbieter zu erleichtern, wodurch einer größeren Gleichwertigkeit bei der Anwendung des § 26 Abs. 2 GWB gegenüber beiden Marktseiten Rechnung getragen werden sollte. Es sollen insbesondere solche Sondervergünstigungen erfaßt werden, die wie Eintrittsgelder,

²⁴ Das Bundeskartellamt hatte gegen das Versandhausunternehmen Neckermann, das von seinen Lieferanten anlässlich eines Jubiläumsverkaufs einen Zusatzrabatt gefordert hatte, ein Verfahren eingeleitet. Die Ermittlungen haben den Verdacht der Abhängigkeit der Lieferanten allerdings nicht bestätigt, da nur ein Teil der Lieferanten angesprochen wurde und sich von diesen nur 25 % zur Zahlung eines Zusatzrabatts bereitgefunden haben; vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1975, in: BTDr 7/5390, S. 76; eine nachfragebedingte Abhängigkeit wurde bei einem Abschleppunternehmen festgestellt, das viele Jahre für die Polizei tätig war und durch diese Zusammenarbeit Ansehen und einen guten Ruf genoß; vgl. Abschleppdienste, in: WuW/E OLG 2495 ff., 2496.

²⁵ Die Vermutungen gelten mit diesem ausdrücklichen Hinweis nicht für das Zivil- und Bußgeldverfahren.

keinen ersichtlichen Bezug zu der konkreten Abnahmeleistung des Nachfragers haben.²⁶

Hinsichtlich der Rechtsnatur der Legalvermutung ist umstritten, ob § 26 Abs. 2 S. 3 GWB

- der Kartellbehörde lediglich das Aufgreifen eines Falles zur Durchführung eines Ermittlungsverfahrens ermöglichen soll (Aufgreiffunktion)²⁷ oder
- ob darüber hinaus auch eine materielle Beweislastverteilung in der Hinsicht vorgesehen ist, daß sich erst im Falle des non liquet, also dann, wenn keine Umstände festgestellt werden, die eine Abhängigkeit begründen oder widerlegen, die materiell-rechtliche Funktion der Vermutung auswirkt. (Doppelfunktion = Aufgreif- und Beweislastfunktion).²⁸

Für eine Funktion der Legalvermutung als bloßer Aufgreiftatbestand sprechen zunächst die Gesetzesmaterialien. Bei § 26 Abs.

26 Vgl. Regierungsbegründung zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/2136, S. 24.

27 Vgl. Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 127; Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 137 ff.; Köhler, Helmut, Die Abhängigkeitsvermutung des § 26 II 3 GWB - Taugliches Mittel zur Erfassung von Nachfragemacht ?, in: DB 35 (1982), S. 313 ff., 314; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 26 Rdnr. 115; Mestmäcker, Ernst-Joachim, Der verwaltete Wettbewerb..., a.a.O., S. 278 f.; Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 174.

28 Vgl. Emmerich, Volker, Kartellrecht, a.a.O., S. 207; Loewenheim, Ulrich, Aktuelle Probleme des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots, in: WRP 28 (1982), S. 190 ff., 194; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 401; Schultes, Werner, Erfahrungen bei der Mißbrauchsaufsicht..., a.a.O., S. 743; noch enger Ulmer, Peter, Kartellrechtliche Unterschiede..., a.a.O., S. 51, für den nur die Beweislastfunktion gilt.

Im Robinson-Patman Act ist die Beweislastverteilung eindeutig geregelt. Dort haben die diskriminierenden Unternehmen den Beweis darüber zu führen, daß Preisdifferenzierungen durch Kostenunterschiede gerechtfertigt sind, daß ein niedriger Preis gewährt wurde, um in den niedrigeren Preis eines Konkurrenten einzutreten (meeting competition defense) oder daß die Preisdifferenzierungen durch besondere Marktverhältnisse oder die Eigenart der Produkte gerechtfertigt sind; vgl. Mestmäcker, Ernst-Joachim, Der verwaltete Wettbewerb..., a.a.O., S. 109.

2 S. 3 GWB handele es sich nicht um eine Vermutung im zivilrechtlichen Sinne, sondern um einen Aufgreiftatbestand, durch den die Kartellbehörde zur Überprüfung der Abhängigkeit im Sinne des § 26 Abs. 2 S. 2 GWB veranlaßt werden solle. Eine Umkehr der Beweislast sei nicht vorgesehen.²⁹ Daneben wird für eine Aufgreiffunktion plädiert, weil die Doppelfunktion gegen die ratio legis des § 26 Abs. 2 S. 2 GWB verstieße, indem der Anwendungsbereich des Behinderungs- und Diskriminierungsverbotes übermäßig weit in Richtung auf ein allgemeines Diskriminierungsverbot ausgedehnt werden würde.³⁰

Für eine Doppelfunktion des § 26 Abs. 2 S.3 GWB spricht dagegen die Tatsache, daß auch die Vermutungstatbestände der §§ 22 Abs. 3 und 23 a GWB nach h. M. eine Doppelfunktion aufweisen, die auch für § 26 Abs. 2 S. 3 GWB gelten müsse.³¹ Wollte man die Vermutung auf einen reinen Aufgreiftatbestand beschränken, hätte sich an der vor der Novellierung bestehenden ineffizienten Situation kaum etwas geändert; denn bereits vor Einführung des § 26 Abs. 2 S. 3 GWB hatte die Kartellbehörde die Möglichkeit, in Ermittlungen einzutreten und ein Verfahren einzuleiten.³² Somit kann die Rechtsnatur des § 26 Abs. 2 S. 3 GWB nur in der angesprochenen Doppelfunktion gesehen werden.

Neben der Rechtsnatur ist die Anwendung der Vermutungsvoraussetzungen umstritten, die sich als wenig operational und justitiabel erweisen. Die Abhängigkeit durch Gewährung besonderer Vergünstigungen wird durch eine Vielzahl miteinander verflochtener Kriterien umschrieben. Es muß sich um solche Vergünstigungen handeln, die zusätzlich zu den verkehrsüblichen Preis-

29 Vgl. Regierungsbegründung zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/2136, S. 16 und 24.

30 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 140.

31 Vgl. Emmerich, Volker, Kartellrecht, a.a.O., S. 207; Ulmer, Peter, Die neuen Vorschriften..., a.a.O., S. 480.

32 Vgl. Loewenheim, Ulrich, Aktuelle Probleme..., a.a.O., S. 194; Schultes, Werner, Erfahrungen bei der Mißbrauchsaufsicht..., a.a.O., S. 743.

nachlassen oder sonstigen Leistungsentgelten regelmäßig erlangt und gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden.

Problematisch ist zunächst die Abgrenzung der Preisnachlässe³³ oder sonstiger Leistungsentgelte³⁴ von den besonderen Vergünstigungen. Aus der Entstehungsgeschichte zur Vierten GWB-Novelle ergibt sich, daß durch § 26 Abs. 2 S. 3 GWB insbesondere solche Sondervergünstigungen erfaßt werden sollen, die "keinen ersichtlichen Bezug zu der konkreten Abnahmeleistung des Nachfragers haben"³⁵. Besondere Vergünstigungen sind daher Preisnachlässe ohne Leistungsbezug.³⁶ Entgelt und Leistung müssen jedoch nicht der Höhe nach in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen³⁷, da anderenfalls die Unbilligkeitsprüfung bzw. die Prüfung der sachlichen Rechtfertigung vorweggenommen werden würde. Als Beispiele derartiger besonderer Vergünstigungen werden die gegen § 1 UWG verstoßenden und in den Selbsthilfekatalogen der Wirtschaft³⁸ aufgeführten Verhaltensweisen genannt (Eintrittsgelder, Schaufenstermieten etc.).³⁹

33 Vgl. auch den Begriff des Preisnachlasses i.S. des § 1 Abs. 2 RabattG.

34 Zum Begriff des Leistungsentgeltes in § 3 Abs. 1 GWB vgl. Immenga/Mestmäcker, § 3 Rdnr. 42 ff.

35 Regierungsbegründung zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/2136, S. 24.

36 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 143; Köhler, Helmut, Die Abhängigkeitsvermutung..., a.a.O., S. 316.

37 So aber Ulmer, Peter, Die neuen Vorschriften..., a.a.O., S. 483, für den ungewöhnlich niedrige Einkaufspreise besondere Vergünstigungen darstellen; zustimmend Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 26 Rdnr. 123.

38 Vgl. Bundeswirtschaftsministerium, Beispielkatalog von Tatbeständen, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen können, in: WRP 21 (1975), S. 24 ff.; o.V., Sicherung des Leistungswettbewerbs: Gemeinsame Erklärung von Organisationen der gewerblichen Wirtschaft, in: WuW 26 (1976), S. 17 f.; o.V., Sicherung des Leistungswettbewerbs: Fortschreibung der Gemeinsamen Erklärung von Organisationen der gewerblichen Wirtschaft, in: WuW 34 (1984), S. 712 ff.; Markenverband, in: WuW/E BKartA 1633 ff.

39 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 145; Schultes, Werner, Erfahrungen bei der Mißbrauchsaufsicht..., a.a.O., S. 743.

An das Merkmal der Verkehrsüblichkeit sind im allgemeinen keine besonders strengen Maßstäbe zu richten. Auch neue, noch nicht allgemein durchgesetzte Formen von Preisnachlässen können verkehrsüblich sein.⁴⁰ Fraglich ist indes, ob auch solche Preisnachlässe oder Leistungsentgelte verkehrsüblich sind, die zwar offiziell nicht anerkannt sind, von vielen Anbietern aber dennoch gewährt werden (Eintrittsgelder, Preisauszeichnungen, Regalpflege).⁴¹

Die Sondervergünstigungen müssen daneben regelmäßig, d.h. "über einen längeren Zeitraum in mehrmals wiederholten Fällen"⁴² erlangt werden. Sie dürfen gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden, wobei diesem Kriterium diesselbe grobe Filterfunktion zukommt wie dem Tatbestand des gleichartigen Unternehmens üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehrs i.S. des § 26 Abs. 2 S. 2 GWB.⁴³

3. Wettbewerbspolitische Beurteilung

Insbesondere die mit der Vierten GWB-Novelle eingeführte Legalvermutung des § 26 Abs. 2 S. 3 GWB ist auf verbreitete Kritik gestoßen⁴⁴, welche sich auf die wettbewerbspolitische Aussagekraft und die Praktikabilität der Vermutung bezieht. Aus wett-

40 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 142; Köhler, Helmut, Die Abhängigkeitsvermutung..., a.a.O., S. 316.

41 Für die Verkehrsüblichkeit solcher Preisnachlässe sprechen sich Köhler, Helmut, Die Abhängigkeitsvermutung..., a.a.O., S. 316 und Möhlenbruch, Dirk, a.a.O., S. 283 aus.

42 Regierungsbegründung zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/2136, S. 24.

43 Vgl. Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 115 ff.; Köhler, Helmut, Die Abhängigkeitsvermutung..., a.a.O., S. 317; Markert, Kurt, Die Wettbewerberbehinderung..., a.a.O., S. 14; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 402.

44 Vgl. Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 127; Köhler, Helmut, Die Abhängigkeitsvermutung..., a.a.O., S. 318; Loewenheim, Ulrich, Aktuelle Probleme..., a.a.O., S. 193 f.; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 251, 263 f.; Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 174.

bewerbspolitischer Sicht enthält § 26 Abs. 2 S. 3 GWB einen Rückschluß von einem bestimmten Marktergebnis (Erzielung besonderer Vergünstigungen) auf die Marktstruktur (Abhängigkeit) sowie einen Vergleich von Marktergebnissen (Vergleich der Preisnachlässe mit denen, die anderen Nachfragern gewährt werden). Dieser Rückschluß ist einerseits deshalb problematisch, weil die Gewährung von Vorzugsbedingungen auf Nachfragemacht, funktionsfähigen Nachfragerwettbewerb oder Anbieterwettbewerb beruhen kann, eine eindeutige Identifizierung von Abhängigkeitspositionen mithin nicht möglich ist.⁴⁵ Andererseits kann ein Lieferant auch dann von einem Abnehmer abhängig sein, wenn er keine Sondervergünstigungen gewährt.⁴⁶ Die Unsicherheit darüber, ob aus der Gewährung besonderer Vergünstigungen auf eine Abhängigkeit eines Anbieters geschlossen werden kann oder ob sie das Resultat funktionierender Anbieterwettbewerbs sind, spricht allerdings gerade dafür, aus der Legalvermutung eine Beweislastumkehr im Falle des non liquet abzuleiten.⁴⁷ Mißt man der Vermutung lediglich eine Aufgreiffunktion bei, gestaltet sich das Auskunftersuchen der Kartellbehörden als nahezu unlösbar.

Die Praktikabilität der Vorschrift leidet erheblich darunter, die Preisnachlässe oder sonstigen Leistungsentgelte von den besonderen Vergünstigungen abgrenzen zu müssen. Der Hinweis, besonderen Vergünstigungen fehle der Leistungsbezug, ist zu unscharf, da sich Handelsleistungen nicht nur aus quantitativen Elementen (Preise, Konditionen), sondern auch aus nur schwer bestimmbaren qualitativen Elementen (Service, Qualität, Stand-

45 Vgl. Möhlenbruch, Dirk, a.a.O., S. 273; Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 174; anders jedoch Ulmer, Peter, Die neuen Vorschriften..., a.a.O., S. 484, für den sich nach allgemeiner Lebenserfahrung und kaufmännischer Vernunft aus der regelmäßigen Gewährung von Sondervergünstigungen eine Abhängigkeitsposition ergibt.

46 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 139; Köhler, Helmut, Die Abhängigkeitsvermutung..., a.a.O., S. 314; Möhlenbruch, Dirk, a.a.O., S. 272.

47 Anders jedoch Köhler, Helmut, Die Abhängigkeitsvermutung..., a.a.O., S. 314; Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 174.

ort) zusammensetzen.⁴⁸ Aufgrund der dargelegten Schwächen des § 26 Abs. 2 S. 3 GWB hat sich die von Möschel geäußerte Vermutung, die praktische Bedeutung dieser Vorschrift werde gering bleiben⁴⁹, bis heute bestätigt.

III. Die Unbilligkeit einer Behinderung und das Fehlen eines sachlich gerechtfertigten Grundes für eine Diskriminierung

Nach der Darstellung des Normadressatenkreises des § 26 Abs. 2 GWB ist nun zu untersuchen, inwieweit Behinderungen und Diskriminierungen dieser Normadressaten unbillig bzw. ohne sachlich gerechtfertigten Grund sind. Nach einer Darstellung der im Rahmen von § 26 Abs. 2 S. 1 GWB üblichen Vorgehensweise sollen die Möglichkeiten zur Erfassung von Nachfragemacht einer wettbewerbspolitischen Beurteilung unterzogen werden.

1. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 26 Abs. 2 S. 1 GWB

Die Normadressaten des § 26 Abs. 2 GWB dürfen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln. Die Feststellung dieser Tatbestände erfordert ein zweistufiges Vorgehen:⁵⁰

- Auf der ersten Stufe ist zu prüfen, ob Verhaltensweisen nachfragemächtiger Handelsunternehmen eine Behinderung oder Diskriminierung darstellen.
- Auf der zweiten Stufe gilt es festzustellen, ob die Behinderung unbillig ist oder die Diskriminierung ohne sachlich gerechtfertigten Grund durchgeführt worden ist.

48 Ähnlich Loewenheim, Ulrich, Aktuelle Probleme..., a.a.O., S. 194.

49 Vgl. Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 401.

50 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 181.

Obwohl eine Behinderung primär auf die Beeinträchtigung von Konkurrenten der Normadressaten abzielt und sich eine Diskriminierung primär gegen tatsächliche und potentielle Abnehmer und Lieferanten der Normadressaten richtet, ist eine klare Trennung der beiden Tatbestände nicht möglich, weil sich häufig Überschneidungen ergeben.⁵¹ Eine Diskriminierung etwa in Form von Preisnachlässen, die ein Anbieter einem Nachfrager gewährt, bedeutet häufig gleichzeitig eine Behinderung von Konkurrenten des diskriminierenden Handelsunternehmens. Weitere Fallgruppen für Behinderungen und Diskriminierungen sind Bezugssperren durch Abbruch bestehender oder Nichtaufnahme neuer Geschäftsbeziehungen⁵² sowie Ausschließlichkeitsbindungen, die eine Belieferung anderer Nachfrager verhindern sollen.

Aufgrund der engen Verflechtung der beiden Tatbestände lassen sich die Unbilligkeit einer Behinderung und das Fehlen eines sachlich gerechtfertigten Grundes für eine Diskriminierung nach denselben Kriterien beurteilen.⁵³ Die Beurteilung der Unbilligkeit einer Behinderung und des Fehlens eines sachlich gerechtfertigten Grundes für eine Diskriminierung erfolgt nach ständiger Rechtsprechung nach dem Maßstab der Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB.⁵⁴ Die Interessenabwägung hat in zwei Schritten zu erfolgen. Nach einer Feststellung der

51 Vgl. Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 26 Rdnr. 154.

52 Vgl. dazu die Fälle Errichtung von Fernmeldetürmen, in: WuW/E OLG 2274 ff.; Gummistrümpfe, in: WuW/E BGH 442 ff.; Uhrenoptiker, in: WuW/E BGH 675 ff.; Sehhilfen, in: WuW/E BGH 1423 ff.; Rinderbesamung I, in: WuW/E BGH 647 ff.

53 Vgl. Emmerich, Volker, Kartellrecht, a.a.O., S. 210 f.; Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 181 f.; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 405; Lukes, Rudolf, Die Problematik der umfassenden Interessenabwägung in § 26 Abs. 2 GWB, in: BB 41 (1986), S. 2074 ff., 2075; Asbach-Fachgroßhändlervertrag, in: WuW/E BGH 1429 ff., 1431; Faßbierpflegekette, in: WuW/E BGH 1530 ff., 1531; anders jedoch Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 74 und Rittner, Fritz, a.a.O., S. 340, die für eine klare Trennung der beiden Tatbestandsvoraussetzungen eintreten.

54 Vgl. erstmals Treuhandbüro, in: WuW/E BGH 502 ff., 508.

Interessen der Beteiligten sind diese gegeneinander abzuwägen.⁵⁵

Auf der Seite der behindernden oder diskriminierenden Unternehmen sind im Hinblick auf unseren Untersuchungsgegenstand die Interessen an solchen Verhaltensweisen nicht abwägungsfähig, deren Durchsetzung gegen § 1 UWG verstoßen würde (Eintrittsgelder, Schaufenstermieten).⁵⁶ Auf der Seite der behinderten oder diskriminierten Unternehmen kommen etwa das Interesse an der Marktzutrittsfreiheit oder an der Chancengleichheit bei der wettbewerblichen Betätigung in Betracht.⁵⁷

Das entscheidende Problem bei der Abwägung der gegenseitigen Interessen sind die dabei anzulegenden Wertungsmaßstäbe. Die Formel der Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB ist als solche kein Abwägungskriterium, sondern bringt lediglich zum Ausdruck, daß das generelle Ziel des GWB auch für § 26 Abs. 2 GWB gelten soll.⁵⁸

Die Wertung des § 26 Abs. 2 GWB läßt sich aber durch andere Vorschriften konkretisieren. So ist ein Behinderungsmißbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen i.S. des § 22 Abs. 4 GWB in der Regel auch eine unbillige Behinderung.⁵⁹ Daneben werden

55 Vgl. dazu Lukes, Rudolf, a.a.O., S. 2077, der auf die häufig fehlende Erkennbarkeit einer Trennung zwischen der Interessenfeststellung einerseits und der Interessenbewertung andererseits hinweist; vgl. dazu die Fälle Registrierkassen, in: WuW/E BGH 1238 ff., 1243; Neue Osnabrücker Zeitung, in: WuW/E BGH 1783 ff., 1784 ff.

56 Vgl. Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 122; Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 198; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 89 f.; Lukes, Rudolf, a.a.O., S. 2079.

57 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 199; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 77; Nordmende, in: WuW/E BGH 1567 ff., 1569.

58 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 203; Lukes, Rudolf, a.a.O., S. 2080.

59 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 204; Markert, Kurt, Die Wettbewerberbehinderung..., a.a.O., S. 22.

nach § 1 UWG verbotene Verhaltensweisen von Handelsunternehmen auf Beschaffungsmärkten (Eintrittsgelder, Schaufenstermieten etc.) als unbillig angesehen.⁶⁰ Aufgrund der im 4. Kapitel erläuterten Bedenken gegen diese Entscheidungspraxis ist einer per se-Unbilligkeit von nach § 1 UWG verbotenen Verhaltensweisen nicht uneingeschränkt zu folgen. Dem erhöhten Gefährdungspotential solcher Verhaltensweisen in den Händen der Normadressaten des § 26 Abs. 2 GWB kann aber dadurch Rechnung getragen werden, daß eine nach § 1 UWG verbotene Verhaltensweise bei der Interessenabwägung nicht gebilligt werden kann, ohne daß dadurch der Bereich der Interessenabwägung schon ausgeschöpft wäre.⁶¹

Als weiteres Abwägungskriterium wird der Maßstab des Leistungswettbewerbs herangezogen. Insbesondere Ulmer vertritt die Auffassung, daß ein nicht leistungsbezogenes Wettbewerbsverhalten marktbeherrschender Unternehmen, soweit dadurch andere Unternehmen behindert werden würden und der Restwettbewerb auf den betreffenden Märkten gefährdet werde, unbillig sei.⁶² Für eine solche Bezugnahme auf den Leistungswettbewerb sprechen zwar die Existenz des mit der Vierten GWB-Novelle eingeführten § 26 Abs. 3 GWB, das Vorgehen auch der Gerichte bei der Anwendung des § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 GWB sowie der auf die Grundsätze des leistungsgerechten Wettbewerbs abstellende Wortlaut des § 28 Abs. 2 GWB. Die mangelnde Operationalität und Justitiabilität des Begriffs des Leistungswettbewerbs lassen diesen Ansatz allerdings für die konkrete Rechtsanwendung ebenso wie bei der Konkretisierung des Behinderungsmißbrauchs im Rahmen des § 22 Abs. 4 GWB als wenig brauchbar erscheinen.⁶³ Kartellbehörden

60 Vgl. Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 122; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 74 f.; Sack, Rolf, Zur sachlichen Rechtfertigung..., a.a.O., S. 388.

61 So Lukes, Rudolf, a.a.O., S. 2076; Markert, Kurt, Die Wettbewerberbehinderung..., a.a.O., S. 19.

62 Vgl. Ulmer, Peter, Der Begriff "Leistungswettbewerb"..., a.a.O., S. 576; Ulmer, Peter, Kartellrechtswidrige Konkurrenzbehinderung..., a.a.O., S. 569 ff.

63 Vgl. dazu die Ausführungen im 4. Kapitel dieser Arbeit.

und Gerichte haben im Rahmen des § 26 Abs. 2 GWB weitgehend an der einzelfallbezogenen Interessenabwägung festgehalten.⁶⁴ Neuerdings scheint sich allerdings eine Trendwende zu einer verstärkten Berücksichtigung der Grundsätze des Leistungswettbewerbs abzuzeichnen.⁶⁵

2. Wettbewerbspolitische Beurteilung

Verhaltensweisen nachfragemächtiger Handelsunternehmen sind hinsichtlich ihrer Wettbewerbswirkungen derart ambivalent, daß im Rahmen der Interessenabwägung nach § 26 Abs. 2 GWB nur eine einzelfallbezogene Beurteilung in Frage kommt, welche zu berücksichtigen hat, daß auch marktstarken Nachfragern nicht verwehrt werden kann, für sich die günstigsten Bedingungen von Anbietern zu erreichen. Nicht jedes "hard bargaining" darf als unbillige Behinderung bezeichnet werden.⁶⁶ Erst wenn die Nachfrager Mittel einsetzen, durch die andere Nachfrager daran gehindert werden, ähnliche Sondervergünstigungen zu erreichen (Meistbegünstigungsklauseln, Ausschließlichkeitsbindungen), ist eine hohe Wahrscheinlichkeit für die Unbilligkeit einer Behinderung oder das Fehlen eines sachlich gerechtfertigten Grundes für eine Diskriminierung gegeben.⁶⁷

Bei der Interessenabwägung ist daneben die konkrete Marktstärke des jeweiligen Nachfragers zu berücksichtigen. Der Rechtfertigungsspielraum für Behinderungen und Diskriminierungen ist dabei umso enger, je mehr das betr. Unternehmen über Nach-

64 Vgl. Rama-Mädchen, in: WuW/E OLG 1983 ff., 1987; Fertigfutter, in: WuW/E BKartA 1817 ff., 1820 ff.; Markert, Kurt, Die Wettbewerberbehinderung..., a.a.O., S. 18.

65 "Dabei steht in den Fällen der Preisunterbietung ... für das Merkmal der Unbilligkeit nach § 26 Abs. 2 GWB ... die Abgrenzung zum Leistungswettbewerb im Vordergrund"; Abwehrblatt II, in: WuW/E BGH 2195 ff., 2199.

66 Vgl. Loewenheim, Ulrich, Aktuelle Probleme..., a.a.O., S. 194.

67 Ähnlich auch Hansen, Knud, Probleme der Nachfragemacht..., a.a.O., S. 551 ff.; Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 279; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 78 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 211 ff.

fragemacht verfügt.⁶⁸ Für die Interessenabwägung nach § 26 Abs. 2 GWB ist für den Sachverhalt der Nachfragemacht auch eine Berücksichtigung des Institutionsschutzgedankens erforderlich. Die Prüfung der Unbilligkeit eines Verhaltens von Nachfragern hat auch die Wirkungen auf den Wettbewerb als Institution zu beinhalten.⁶⁹

Die geringe Fallpraxis im Hinblick auf die Erfassung von Nachfragemacht nach § 26 Abs. 2 GWB hat im Rahmen der Vierten GWB-Novelle zur Einführung des § 26 Abs. 3 GWB geführt, welcher im folgenden einer kritischen Analyse unterzogen werden soll.

IV. Das Verbot der passiven Diskriminierung

Die Anwendungsschwierigkeiten des § 26 Abs. 2 GWB auf Fälle der Nachfragemacht haben den Gesetzgeber dazu veranlaßt, das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot mit der Vierten GWB-Novelle auch auf solche Sachverhalte auszudehnen, in denen ein Nachfrager oder eine Gruppe von Nachfragern ihre Lieferanten zu einem diskriminierenden Verhalten veranlassen (passive Diskriminierung). Die Regelung des § 26 Abs. 3 GWB soll im folgenden einer kritischen Analyse unterzogen werden.

1. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 26 Abs. 3 GWB

Nach § 26 Abs. 3 GWB dürfen die Normadressaten des § 26 Abs. 2 GWB⁷⁰ ihre Marktstellung nicht dazu ausnutzen, andere Unter-

⁶⁸ Vgl. Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 26 Rdnr. 164; Markert, Kurt, Die Wettbewerberbehinderung..., a.a.O., S. 21; Sack, Rolf, Zur sachlichen Rechtfertigung..., a.a.O., S. 389; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 263 und die Fälle Uhrenoptiker, in: WuW/E BGH 675 ff., 678; Asbach-Fachgroßhändlervertrag, in: WuW/E BGH 1429 ff., 1432.

⁶⁹ In der Rechtsprechung zur Behinderung und Diskriminierung durch Anbieter ist der Institutionsschutzgedanke weitgehend unberücksichtigt geblieben; vgl. Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 263.

⁷⁰ Preisbindende Unternehmen gehören nicht zum Normadressatenkreis, da § 26 Abs. 3 GWB ausschließlich Verhaltensweisen nachfragemächtiger Unternehmen erfaßt.

nehmen im Geschäftsverkehr zu veranlassen, ihnen ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorzugsbedingungen zu gewähren.⁷¹ Die Bundesregierung beabsichtigte mit dieser Vorschrift die

"Erfassung auch solcher Diskriminierungen, die zwar nach außen hin durch den Anbieter erfolgen, ihm in Wirklichkeit aber nicht zurechenbar sind, weil sie von dem marktstarken Nachfrager erzwungen werden".⁷²

Die Regelungsbedürftigkeit der von Nachfragern veranlaßten Diskriminierung ist umstritten. Die von einem Nachfrager verursachte Diskriminierung kann zwar nicht durch den Tatbestand der unterschiedlichen Behandlung in § 26 Abs. 2 S. 1 GWB erfaßt werden, weil der bevorzugte Nachfrager selbst keine Diskriminierung begeht.⁷³ Die passive Diskriminierung erfüllt aber den Tatbestand der mittelbaren Behinderung der Konkurrenten markt-mächtiger Nachfrager, denen vergleichbare Vorzugsbedingungen nicht gewährt werden.⁷⁴ Insoweit wäre eine Erfassung der passiven Diskriminierung über § 26 Abs. 2 GWB möglich, wodurch das Regelungsbedürfnis für § 26 Abs. 3 GWB entfielen.⁷⁵ Da der Nachweis der mittelbaren Behinderung mit großen Schwierigkeiten verbunden wäre, wird der Vorteil des § 26 Abs. 3 GWB darin ge-

71 Auch sec. 2 (f) RPA enthält ein solches Verbot der passiven Diskriminierung: "It shall be unlawful for any person ... knowingly to induce or receive a discrimination in price which is prohibited by this section"; § 26 Abs. 3 GWB ist insofern enger, als er die Veranlassung zur Gewährung diskriminierender Vorteile erfaßt, während es nach sec. 2 (f) RPA genügt, wenn der Nachfrager sie wissend empfängt; andererseits geht § 26 Abs. 3 GWB weiter, weil sec. 2 (f) RPA voraussetzt, daß der Anbieter selbst verbotswidrig diskriminiert.

72 Regierungsbegründung zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/2136, S. 25.

73 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 322; Regierungsbegründung zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/2136, S. 16.

74 Vgl. Regierungsbegründung zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/2136, S. 25.

75 So die Monopolkommission in ihrer Kritik am Referentenentwurf; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 24.

sehen, daß es auf eine Feststellung der mittelbaren Behinderung nicht mehr ankäme.⁷⁶

Auch die Schutzrichtung des § 26 Abs. 3 GWB ist umstritten. Auf der einen Seite wird die Schutzrichtung auf das Horizontalverhältnis des marktmächtigen Nachfragers zu seinen schwächeren Konkurrenten beschränkt, wobei sich der Schutz der Anbieter vor einer Ausbeutung durch Nachfrager nur als Reflex ergibt.⁷⁷ Auf der anderen Seite vertritt namentlich der Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages die Auffassung, daß § 26 Abs. 3 GWB nur die Lieferanten der marktmächtigen Nachfrager vor Ausbeutung schütze:

"Die Änderungen zu § 26 Abs. 2 und Abs. 3 betreffen ausschließlich das in § 37 a Abs. 3 gerade nicht einbezogene Diskriminierungsverbot im Vertikalverhältnis."⁷⁸

Wir sind demgegenüber der Auffassung, daß § 26 Abs. 3 GWB die Berücksichtigung des Horizontal- und Vertikalverhältnisses umfaßt, was sich aus den für diese Norm typischen Sachverhalten des Anzapfens (Eintrittsgelder etc.) ergibt, welche auch hinsichtlich der betroffenen Anbieter ein Schutzproblem darstellen.⁷⁹

Hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen stellte die Bundesregierung fest:

⁷⁶ Vgl. Emmerich, Volker, Kartellrecht, a.a.O., S. 222; Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 322; Möhlenbruch, Dirk, a.a.O., S. 304 f.; Regierungsbegründung zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/2136, S. 25.

⁷⁷ Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 326; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfrage-macht, a.a.O., S. 95; Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 173.

⁷⁸ Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/3690, S. 29.

⁷⁹ Vgl. auch Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 417.

"Zu den sachlich ungerechtfertigten Vorzugsbedingungen gehören die Vergünstigungen, 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 nicht zugänglich sind. Vorzugsbedingungen sind also diejenigen besonderen Vorteile, die zusätzlich zu den leistungsbedingten Nachlässen und sonstigen Leistungsentgelten von dem Nachfrager auf Grund seiner überlegenen Marktstellung bei dem Anbieter mit der Absicht durchgesetzt werden, sich damit im Wettbewerb eine weder markt- noch leistungsbedingte Vorzugsstellung gegenüber den marktschwächeren Konkurrenten zu verschaffen."⁸⁰

Die Ermittlung des Fehlens einer sachlichen Rechtfertigung der Vorzugsbedingungen erfolgt nach denselben Grundsätzen wie in § 26 Abs. 2 GWB⁸¹, wobei nach dem Wortlaut der Regierungsbegründung vermutet werden kann, daß die Feststellung des Vorliegens von Vorzugsbedingungen und des Fehlens einer sachlichen Rechtfertigung zusammenfallen.⁸² Der Tatbestand der Veranlassung stellt klar, daß nur ein erfolgreiches Einwirken des Nachfragers auf seinen Lieferanten, das zur Gewährung von Vorzugsbedingungen führt, und nicht die freiwillige Gewährung von Vorzugsbedingungen unter § 26 Abs. 3 GWB zu subsumieren ist.⁸³ In der Praxis wird diese Unterscheidung allerdings kaum durchführbar sein, wenn man an Sachverhalte denkt, bei denen ein Anbieter (freiwillig?) Vorzugsbedingungen gewährt, um Geschäftsbeziehungen mit Nachfragern aufnehmen bzw. erhalten zu können.

80 Regierungsbegründung zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/2136, S. 25; zustimmend Schultes, Werner, Erfahrungen bei der Mißbrauchsaufsicht..., a.a.O., S. 744 f.

81 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 336.

82 Dies schließt Ulmer aus dem besonderen Charakter bestimmter Vorzugsbedingungen; vgl. Ulmer, Peter, Die neuen Vorschriften..., a.a.O., S. 479; Möhlenbruch, Dirk, a.a.O., S. 307.

83 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 333; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 416 f.; Ulmer, Peter, Die neuen Vorschriften..., a.a.O., S. 479.

Auch § 26 Abs. 3 GWB hat bisher eine nur geringe praktische Bedeutung erlangt.⁸⁴ Auf die Ursachen soll in der folgenden wettbewerbspolitischen Beurteilung eingegangen werden.

2. Wettbewerbspolitische Beurteilung

Da § 26 Abs. 3 GWB an ähnlich schwer zu konkretisierende Tatbestandsvoraussetzungen anknüpft wie § 26 Abs. 2 GWB, dürfte die Erfassung von Nachfragemacht nicht wesentlich erleichtert werden.⁸⁵ Der bei der Ermittlung der Vorzugsbedingungen wieder auftretende Bezug zum Begriff des Leistungswettbewerbs ist aus den schon genannten Gründen wettbewerbspolitisch problematisch und erschwert die Rechtsanwendung.⁸⁶

Die weitgehende inhaltliche Übereinstimmung der Begriffe der besonderen Vergünstigungen in § 26 Abs. 2 S. 3 GWB und der Vorzugsbedingungen in § 26 Abs. 3 GWB birgt die Gefahr eines Zirkelschlusses in sich: Ein Nachfrager, der besondere Vergünstigungen erlangt, ist Normadressat des § 26 Abs. 2 S. 3 GWB und begeht gleichzeitig eine sachlich nicht gerechtfertigte

84 Das Bundeskartellamt hatte nach § 26 Abs. 3 GWB gegen die Abrechnungsgesellschaft eines SB-Warenhausunternehmens, das von seinen Lieferanten zusätzlich zu den üblichen Preisnachlässen eine prozentuale Provision für die Übernahme der Delkredere-Haftung gefordert und die Fortführung der Lieferbeziehungen von der Bereitschaft zur Zahlung abhängig gemacht hatte, ein Verfahren eingeleitet. Da von einer fehlenden sachlichen Rechtfertigung dieser Vorzugsbedingungen auszugehen war, hatte die Abrechnungsgesellschaft ihr Vorhaben aufgegeben; vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1981/82, in: BTDr 10/243, S. 69; das Bundeskartellamt vermutet, daß die von den Einkaufskooperationen Selex, Tania, HKG und den Einkaufsgenossenschaften der Edeka und der Rewe von ihren Lieferanten geforderten Provisionszahlungen sachlich nicht gerechtfertigte Vorzugsbedingungen i.S. des § 26 Abs. 3 GWB darstellen; vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1981/82, in: BTDr 10/243, S. 32.

85 Vgl. Loewenheim, Ulrich, Aktuelle Probleme..., a.a.O., S. 195.

86 Anders jedoch Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 94 f.

passive Diskriminierung, weil er Vorzugsbedingungen durchsetzt.⁸⁷

Ein Grund für die geringe Fallpraxis zu § 26 Abs. 3 GWB liegt darin, daß ein Hersteller durch eine auf § 26 Abs. 3 GWB gestützte Untersagung kaum Vorteile zu erwarten hätte. Da eine Bezugspflicht für marktstarke Handelsunternehmen gesetzlich nicht vorgesehen ist, droht dem Hersteller im Falle einer erfolgreichen kartellbehördlichen Untersagungsverfügung ebenso der Abbruch der Geschäftsbeziehungen mit dem marktstarken Nachfrager wie im Falle der Verweigerung der Gewährung von Vorzugsbedingungen.

In engem Zusammenhang damit steht das sog. Roß-und-Reiter-Problem.⁸⁸ Die Anbieter sind wegen der drohenden Gefahr des Abbruchs der Geschäftsbeziehungen häufig nicht bereit, den Kartellbehörden in konkreten Verdachtsmomenten Informationen oder sogar Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Aufgrund dessen werden die Anwendungsdefizite des § 26 Abs. 2 und 3 GWB auch in Zukunft bestehen bleiben.

V. Zusammenfassung

Auch das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB ermöglicht eine Verhaltenskontrolle gegenüber Nachfragemacht, wenn von den betr. Nachfragern Anbieter in der Weise abhängig sind, daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Nachfrager auszuweichen, nicht bestehen (nachfragebedingte Abhängigkeit) und wenn diesen Nachfragern eine unbil-

87 Vgl. Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 127; Möhlenbruch, Dirk, a.a.O., S. 311 f.; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 415; Schmidt, Karsten, Vierte Kartellrechtsnovelle..., a.a.O., S. 44; anders jedoch Immenga/ Mestmäcker, § 26 Rdnr. 325.

88 Vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1983/84, in: BTDr 10/3550, S. 24; Riechmann, Volkhard, Fünf Jahre 4. Kartellgesetz-Novelle - Eine Bestandsaufnahme zur Rechtsprechungs- und Verwaltungspraxis, in: WRP 31 (1985), S. 323 ff., 326; Schultes, Werner, Erfahrungen bei der Mißbrauchsaufsicht..., a.a.O., S. 741.

lige Behinderung oder eine sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung nachzuweisen ist. Trotz der mit dem Ziel einer verbesserten Erfassung von Nachfragemacht durch die Vierte GWB-Novelle in das Gesetz aufgenommenen Bestimmungen der § 26 Abs. 2 S. 3 GWB und § 26 Abs. 3 GWB liegt bisher keine Entscheidung zum Behinderungs- und Diskriminierungsverbot gegenüber Nachfragern vor.

Im Hinblick auf die Abhängigkeitsvermutung des § 26 Abs. 2 S. 3 GWB beruhen die Anwendungsdefizite auf der unklaren Rechtsnatur der Legalvermutung (Aufgreiffunktion oder materielle Beweislastregel) und auf der Vielzahl miteinander verflochtener Tatbestandsmerkmale. Darüber hinaus ist diese Vorschrift wettbewerbspolitisch problematisch, weil sie einen Rückschluß von einem bestimmten Marktergebnis (Erzielung besonderer Vergünstigungen) auf die Marktstruktur (Abhängigkeit) sowie einen Vergleich von Marktergebnissen (Vergleich der Preisnachlässe mit denen, die anderen Nachfragern gewährt werden) enthält. Schließlich leidet die Praktikabilität der Vorschrift unter der Bezugnahme auf den Begriff des Leistungswettbewerbs.

Auch das Verbot der passiven Diskriminierung des § 26 Abs. 3 GWB enthält ähnlich schwer zu konkretisierende Tatbestandsmerkmale. Der bei der Ermittlung der Vorzugsbedingungen wieder auftretende Bezug zum Begriff des Leistungswettbewerbs ist wettbewerbspolitisch problematisch und erschwert die Rechtsanwendung.

Insgesamt gesehen dürfte die Hauptursache für das Anwendungsdefizit im Bereich des Behinderungs- und Diskriminierungsverbots aber das Roß-und-Reiter-Problem sein. Wegen der drohenden Gefahr des Abbruchs von Geschäftsbeziehungen mit ihren Abnehmern sind die Anbieter häufig nicht bereit, den Kartellbehörden in konkreten Verdachtsmomenten Informationen zur Verfügung zu stellen oder die zivilrechtlichen Klagemöglichkeiten in Anspruch zu nehmen.

Zum Abschluß des 2. Teils dieser Arbeit soll im folgenden Kapitel die Bestimmung des § 37 a Abs. 3 GWB einer kritischen Analyse unterzogen werden.

6. Kapitel: Das Behinderungsverbot für Nachfrager mit relativer Marktmacht im Horizontalverhältnis (§ 37 a Abs. 3 GWB)

Die wohl umstrittenste Vorschrift zur Erfassung von Nachfragemacht ist der durch die Vierte GWB-Novelle in das Gesetz aufgenommene § 37 a Abs. 3 GWB. Nach einer Darstellung der Entstehungsgeschichte und des Schutzzweckes sowie der Tatbestandsvoraussetzungen des § 37 a Abs. 3 GWB soll die Praxis der Kartellbehörden bei der Auslegung dieser Vorschrift analysiert werden. Abschließend werden die gesetzliche Regelung und die kartellbehördliche Praxis einer wettbewerbspolitischen Beurteilung unterzogen werden.

I. Entstehungsgeschichte und Schutzzweck des § 37 a Abs. 3 GWB

Die Entstehungsgeschichte des § 37 a Abs. 3 GWB macht deutlich, daß diese Vorschrift aus einem politischen Kompromiß entstanden ist, dem sehr unterschiedliche Vorstellungen zugrunde lagen.¹ Lange Zeit blieb offen, ob die geplante schärfere Kontrolle leistungswidriger Praktiken durch eine Erweiterung des § 26 Abs. 2 GWB, durch einen § 6 d UWG² oder durch eine neue kartellbehördliche Eingriffsnorm - eben § 37 a Abs. 3 GWB - realisiert werden sollte. Bemerkenswert ist auch, daß § 37 a Abs. 3 GWB im Regierungsentwurf nicht enthalten war, sondern erst in

¹ Vgl. dazu Markert, Kurt, Die Wettbewerberbehinderung..., a.a.O., S. 47; Rittner, Fritz, a.a.O., S. 351; Ulmer, Peter, Die neuen Vorschriften..., a.a.O., S. 485 f.; Schäfer, Karl, § 37 a Abs. 3 GWB und die Berücksichtigung marktstarker Konkurrenten des "Normadressaten", München 1986, S. 7 ff.

² Durch den neuen § 6 d UWG sollte klargestellt werden, daß die Sittenwidrigkeit eines diskriminierenden oder behindernden Verhaltens auch durch seine negativen Marktwirkungen mitbegründet werden kann; vgl. dazu Kraft, Alfons, Wettbewerbsrecht und Diskriminierungsverbot, in: Recht und Wirtschaft heute, Festgabe für Max Kummer, Bern 1980, S. 389 ff., 392 ff.

den Ausschlußberatungen in das Gesetz aufgenommen worden ist.³

Nach § 37 a Abs. 3 GWB kann die Kartellbehörde einem Unternehmen, das auf Grund seiner gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegenen Marktmacht in der Lage ist, die Marktverhältnisse wesentlich zu beeinflussen, ein Verhalten untersagen, das diese Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert und geeignet ist, den Wettbewerb nachhaltig zu beeinträchtigen.

Der Schutzzweck des § 37 a Abs. 3 GWB ist den Ausführungen des Wirtschaftsausschusses zu entnehmen:

"Während § 22 Abs. 4 an den 'absoluten' Marktmachtbegriffen ... anknüpft und § 26 Abs. 2 Satz 2 zusätzlich auf dem Kriterium der 'relativen' Machtüberlegenheit im Vertikalverhältnis zwischen verschiedenen Wirtschaftsstufen beruht, führt § 37 a Abs. 3 erstmals einen 'relativen' Marktmachtbegriff ein, der nur auf das Horizontalverhältnis zwischen Wettbewerbern auf der gleichen Wirtschaftsstufe ausgerichtet ist. Insoweit schließt die neue Vorschrift eine 'Schutzlücke' des Kartellgesetzes."⁴

Obwohl der Gesetzgeber hinsichtlich der unter § 37 a Abs. 3 GWB zu subsumierenden Fallgruppen lediglich an den systematischen und gezielten Einsatz aggressiver Preis- und Rabattpraktiken gegenüber kleinen und mittleren Konkurrenten gedacht hatte⁵, erfaßt diese Vorschrift auch Verhaltensweisen nachfragemäch-

3 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/3690, S. 9 f.

4 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/3690, S. 29; vgl. auch Immenga/Mestmäcker, § 37 a Rdnr. 7 e.

5 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/3690, S. 30.

tiger Handelsunternehmen.⁶ Die Forderung von Nachfragern nach Gewährung besonderer Vergünstigungen kann eine mittelbare Behinderung der Konkurrenten des nachfragemächtigen Handelsunternehmens darstellen.

II. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 37 a Abs. 3 GWB

Der Wortlaut des § 37 a Abs. 3 GWB weist auf enge Parallelen zu den §§ 22 und 26 Abs. 2 GWB hin, so daß im folgenden nur die Tatbestandsvoraussetzungen eingehend behandelt werden, die ausschließlich für § 37 a Abs. 3 GWB von Bedeutung sind.⁷

1. Die Normadressaten

Die Zugehörigkeit zum Normadressatenkreis des § 37 a Abs. 3 GWB ist an zwei Voraussetzungen geknüpft:

- Das betreffende Unternehmen muß gegenüber seinen kleinen und mittleren Konkurrenten über eine überlegene Marktmacht verfügen und darüber hinaus
- in der Lage sein, die Marktverhältnisse wesentlich zu beeinflussen.

Eine Besonderheit des § 37 a Abs. 3 GWB besteht darin, daß die konkrete Marktstärke des Normadressaten nicht im Verhältnis zu allen Konkurrenten, sondern lediglich gegenüber den kleinen und mittleren Wettbewerbern gemessen wird. Nach Ansicht des Wirtschaftsausschusses gelten für diesen Begriff die gleichen Erwägungen wie für den Begriff der kleinen und mittleren Unterneh-

⁶ Vgl. Friedrich, Manfred, a.a.O., S. 1557; Immenga/Mestmäcker, § 37 a Rdnr. 7 h; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 426; Emmerich, Volker, Kartellrecht, a.a.O., S. 227.

⁷ Vgl. im übrigen Westen, Heinz, Unbillige Behinderung von Wettbewerbern durch Verkäufe unter Einstandspreis, Berlin 1987, S. 66 ff.

men i.S. des § 5 b GWB.⁸ Den Gesetzesmaterialien zu § 5 b GWB sind eindeutige Hinweise auf den Begriff der kleinen und mittleren Unternehmen allerdings nicht zu entnehmen. Der Wirtschaftsausschuß bemerkt hierzu lediglich, daß der Begriff der kleinen und mittleren Unternehmen

"sowohl eine Relation, die sich aus der Stellung der betreffenden Unternehmen im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern ergibt, als auch eine absolute Grenze, für die aus den Umsatzzahlen in den §§ 22 ff. Anhaltspunkte ... hergeleitet werden können"⁹,

enthält.¹⁰ Nach überwiegender Auffassung ist der Kreis der kleinen und mittleren Wettbewerber als Relation zu bestimmen.¹¹

Bei der Beurteilung der Marktstellung des betreffenden Unternehmens im Verhältnis zu seinen kleinen und mittleren Wettbewerbern steht analog zu § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB eine Ressourcenbetrachtung im Vordergrund. Auch hinsichtlich der Abgrenzung

8 Vgl. Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/3690, S. 30; nach Ansicht der Monopolkommission ist dieser Rückgriff wenig hilfreich, da die Normzwecke zu unterschiedlich sind; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 183.

9 Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von den Fraktionen der SPD, FDP eingebrachten Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 7/765, S. 3.

10 Den Ausführungen des Wirtschaftsausschusses wird eine Umsatzgrenze von 250 Mio. DM entnommen; vgl. Markert, Kurt, Die Wettbewerberbehinderung..., a.a.O., S. 48; Friedrich, Manfred, a.a.O., S. 1557; Ulmer fordert eine Umsatzgrenze von 500 Mio. DM; vgl. Ulmer, Peter, Die neuen Vorschriften..., a.a.O., S. 488; gegen jegliche quantitative Kriterien Rittner, Fritz, a.a.O., S. 352; Mestmäcker, Ernst-Joachim, Der verwaltete Wettbewerb..., a.a.O., S. 234; Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 183.

11 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 37 a Rdnr. 7 e; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 37 a Rdnr. 13; Schäfer, Karl, a.a.O., S. 61.

des relevanten Beschaffungsmarktes ist auf § 22 GWB zu verweisen.¹²

Zum Normadressatenkreis des § 37 a Abs. 3 GWB gehören nur diejenigen Unternehmen mit überlegener Marktmacht gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern, die in der Lage sind, die Marktverhältnisse wesentlich zu beeinträchtigen.¹³ Mit dieser Tatbestandsvoraussetzung wird verhindert, daß sich die Vorschrift zu einem primären Individualschutz für kleine und mittlere Unternehmen verengt.¹⁴ Anlaß zu Unklarheiten bietet aufgrund der unterschiedlichen Normzwecke die sprachliche Anlehnung an § 1 GWB, wenngleich § 37 a Abs. 3 GWB nicht nur eine

12 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 37 a Rdnr. 7 c; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 37 a Rdnr. 11; Markert, Kurt, Die Wettbewerberbehinderung..., a.a.O., S. 49; Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 182; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/3690, S. 29 f.

13 Mestmäcker spricht von einem Spannungsverhältnis, das sich daraus ergebe, daß die erste Normadressatenvoraussetzung (gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen) lediglich eine Partialmarkt Betrachtung erforderlich mache, während das Kriterium der wesentlichen Beeinträchtigung der Marktverhältnisse auf eine Gesamtmarkt Betrachtung abstelle; vgl. Mestmäcker, Ernst-Joachim, Der verwaltete Wettbewerb..., a.a.O., S. 234.

14 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 37 a Rdnr. 7 c; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/3690, S. 30.

spürbare, sondern eine wesentliche Beeinflussung der Marktverhältnisse voraussetzt.¹⁵

2. Die Eingreifkriterien

Die Kartellbehörde kann den Normadressaten des § 37 a Abs. 3 GWB ein Verhalten untersagen, das deren Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert und geeignet ist, den Wettbewerb nachhaltig zu beeinträchtigen. Hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der unbilligen Behinderung kann auf die Ausführungen zu § 26 Abs. 2 S. 1 GWB verwiesen werden.¹⁶ Eine Besonderheit gegenüber der nach § 26 Abs. 2 GWB erforderlichen Interessenabwägung ergibt sich nur insoweit, als der Kreis der Abwägungsbeteiligten auf die behinderten kleinen und mittleren

¹⁵ Vgl. Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 37 a Rdnr. 14; Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/3690, S. 30.

Nach Ansicht von Markert kann für die Beurteilung der Wesentlichkeit an die für die §§ 5 b und 18 Abs. 1 lit. c GWB geltenden Maßstäbe angeknüpft werden, nach denen kleine und mittlere Unternehmen, gegenüber denen eine bilaterale Überlegenheit besteht, einen Marktanteil von mindestens 5 % haben müssen; vgl. Markert, Kurt, Die Wettbewerberbehinderung..., a.a.O., S. 50 f.

Der Wirtschaftsausschuß hält dagegen in seiner Stellungnahme zu § 5 b GWB einen Marktanteil von 10-15 % für erforderlich; vgl. Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von den Fraktionen der SPD, FDP eingebrachten Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 7/765, S. 3 f.; gegen Mindestmarktanteile Mestmäcker, Ernst-Joachim, Der verwaltete Wettbewerb..., a.a.O., S. 235.

¹⁶ Vgl. Gamm, Otto-Friedrich Frhr. von, Das Verbot einer unbilligen Behinderung und einer sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung: Ein Beitrag zum Spannungsverhältnis von GWB und UWG, in: NJW 33 (1980), S. 2489 ff., 2494; Immenga/Mestmäcker, § 37 a Rdnr. 7 f.; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 37 a Rdnr. 16; Markert, Kurt, Die Wettbewerberbehinderung..., a.a.O., S. 52; Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/3690, S. 30.

Wettbewerber und auf das behindernde, relativ marktstarke Unternehmen beschränkt ist.

Das zweite Eingriffsmerkmal des § 37 a Abs. 3 GWB - die Eignung zur nachhaltigen Wettbewerbsbeeinträchtigung - zielt darauf ab, die Untersagung horizontaler Behinderungsmißbräuche durch marktstarke Unternehmen von erheblicheren Marktfolgen abhängig zu machen als im Falle der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen.¹⁷ Dies ist dem Wortlaut des § 37 a Abs. 3 GWB zu entnehmen, in dem auf nachhaltige Wettbewerbsbeeinträchtigungen abgestellt wird, während § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 GWB lediglich erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen voraussetzt. Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung ist dann nachhaltig, wenn von einer Behinderung nach Art, Ausmaß und zeitlicher Dauer eine nicht nur unerhebliche und vorübergehende Gefährdung des Wettbewerbs ausgeht.¹⁸

Umstritten ist, in welchem Verhältnis die beiden Eingreifskriterien zueinander stehen. Zum einen wird die Auffassung vertreten, die beiden Merkmale seien nicht trennbar, da die Eignung eines Verhaltens zur nachhaltigen Wettbewerbsbeeinträchtigung bereits bei der Prüfung der Unbilligkeit berücksichtigt werden müsse.¹⁹ Zum anderen wird eine Trennung der beiden Tatbestandsmerkmale damit begründet, daß die Prüfung der Unbilligkeit einer Behinderung gegenüber den kleinen und mittleren Wettbewerbern zu erfolgen habe, während das Kriterium der Eignung zur nachhaltigen Wettbewerbsbeeinträchtigung eine Gesamtmarktbeurteilung erfordere.²⁰

17 Vgl. Ulmer, Peter, Die neuen Vorschriften..., a.a.O., S. 490 f.

18 Vgl. Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/3690, S. 30.

19 Vgl. Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 427; Ulmer, Peter, Die neuen Vorschriften..., a.a.O., S. 490.

20 Vgl. Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 37 a Rdnr. 17; Markert, Kurt, Die Wettbewerberbehinderung..., a.a.O., S. 57; Schäfer, Karl, a.a.O., S. 89 f.

III. Die Praxis der Kartellbehörden

Obwohl § 37 a Abs. 3 GWB auch auf Sachverhalte der Nachfragemacht von Handelsunternehmen anwendbar ist, sind bisher lediglich Entscheidungen zu Verkäufen unter Einstandspreisen ergangen.²¹ Wenn im folgenden dennoch eine Analyse dieser Fälle erfolgt, so dient dies dem Zweck, die Auslegungsschwierigkeiten hinsichtlich des § 37 a Abs. 3 GWB aufzuzeigen. Die Fallanalyse läßt sich auch durch einen sachlichen Zusammenhang zwischen der Nachfragemacht von Handelsunternehmen und Verkäufen unter Einstandspreisen rechtfertigen: Der Einsatz von Verkäufen unter Einstandspreisen setzt ausreichende finanzielle Ressourcen voraus, die u.U. durch die Ausübung von Nachfragemacht erlangt werden können.

Im Fall Coop Bremen hat das Bundeskartellamt der Coop AG durch Beschluß vom 5.5.1983 untersagt, in der Region Bremen bestimmte Lebensmittelerzeugnisse unter ihren jeweiligen Einkaufspreisen zu verkaufen. Zuvor hatte schon die Landeskartellbehörde Bayern durch die Verfügung vom 14.5.1982 dem SB-Warenhaus Kaufmarkt untersagt, bestimmte Lebensmittelprodukte unter oder zum je-

²¹ Vgl. Coop Bremen, in: WuW/E BKartA 2029 ff.; das Verfahren ruht, da man die Wirksamkeit des Berliner Gelöbnisses abwarten will;

wegen systematischer Verkäufe unter Einstandspreis hatte das Bundeskartellamt im Jahre 1985 ein Verfahren gegen die Alfred Massa GmbH nach § 37 a Abs. 3 GWB eingeleitet, das aber eingestellt wurde, nachdem Massa erklärt hatte, das beanstandete Verhalten künftig nicht mehr zu praktizieren; vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1985/86, in: BTDR 11/554, S. 82;

vgl. daneben Kaufmarkt, in: WuW/E LKartB 223 ff.; im Einklang mit dem OLG München hat der Bundesgerichtshof die Untersagungsverfügung der LKartB Bayern wegen mangelnder Bestimmtheit aufgehoben; vgl. Kaufmarkt, in: WuW/E OLG 2942 ff. und BGH 2073 ff.;

im Fall Kathreiner haben die LKartB Bayern und das OLG München einen Anfangsverdacht einer Verletzung des § 37 a Abs. 3 GWB wegen des Verkaufs unter Einstandspreis geäußert; vgl. Kathreiner, in: WuW/E OLG 3949 ff.; vgl. dazu auch einen früheren Beschluß des OLG München; vgl. Wertkauf, in: WuW/E OLG 2738 ff.

weils geltenden Einkaufspreis anzubieten oder zu verkaufen.

In beiden Fällen wird davon ausgegangen, daß die betreffenden Unternehmen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt gegenüber ihren kleinen und mittleren Konkurrenten über eine überlegene Marktmacht verfügen und in der Lage sind, die Marktverhältnisse wesentlich zu beeinflussen.²² Unerheblich sei es, daß auf dem relevanten Markt auch andere Großunternehmen vertreten seien, da die überlegene Marktmacht nur gegenüber den kleinen und mittleren Wettbewerbern bestehen müsse. Sowohl das Bundeskartellamt als auch die Landeskartellbehörde Bayern stellen dabei auf die Relation zwischen dem marktmächtigen Unternehmen und den kleinen und mittleren Konkurrenten ab. Die absolute Höhe der Marktanteile sei unerheblich.²³ Die Bestimmung der überlegenen Marktmacht der betreffenden Unternehmen erfolgt im Wege einer Ressourcenbetrachtung anhand des Marktanteils, der Finanzkraft, des Zugangs zu Absatz- und Beschaffungsmärkten und der Sortimentsbreite.²⁴

Das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörde Bayern sehen in dem Verhalten der betreffenden Unternehmen eine unbillige Behinderung kleiner und mittlerer Konkurrenten, welches geeignet ist, den Wettbewerb nachhaltig zu beeinträchtigen.²⁵ In seiner Begründung orientiert sich das Bundeskartellamt am Begriff des Leistungswettbewerbs:

"Bei der Abgrenzung der gegenseitigen Interessen ist von erheblicher Bedeutung, ob das Verhalten des über überlegene Marktmacht im Verhältnis zu kleinen und mittleren Wettbewerbern verfügenden Normadressaten dem Leistungswettbewerb, der gerade auch durch § 37 a Abs.

22 Vgl. Coop Bremen, in: WuW/E BKartA 2029 ff., 2031 ff.; Kaufmarkt, in: WuW/E LKartB 223 ff., 224 ff.

23 Vgl. Coop Bremen, in: WuW/E BKartA 2029 ff., 2031; Kaufmarkt, in: WuW/E LKartB 223 ff., 224 f.

24 Vgl. Coop Bremen, in: WuW/E BKartA 2029 ff., 2032 f.; Kaufmarkt, in: WuW/E LKartB 223 ff., 224 f.

25 Vgl. Coop Bremen, in: WuW/E BKartA 2029 ff., 2035 ff.; Kaufmarkt, in: WuW/E LKartB 223 ff., 226 ff.

3 GWB verstärkt gesichert werden soll ... oder dem Nichtleistungswettbewerb zuzuordnen ist."²⁶

Der Bereich des Leistungswettbewerbs werde verlassen, wenn marktmächtige Unternehmen durch Einsatz von Gewinnen aus den betroffenen, aus anderen Warenbereichen oder aus anderen Regionen einen erheblichen Teil des Sortiments systematisch unter ihren Einkaufspreisen verkaufen würden. Eine Mischkalkulation dieser Art sei ein leistungswidriges Wettbewerbsverhalten, welches die Existenz der kleinen und mittleren Konkurrenten der Coop AG bedrohe und damit geeignet sei, den Wettbewerb nachhaltig zu beeinträchtigen.²⁷

Auch die bayerische Landeskartellbehörde bewertet die Unbilligkeit von Verkäufen unter Einstandspreis als Verstoß gegen die Grundsätze des Leistungswettbewerbs. Die Existenz von Leistungswettbewerb setze voraus, daß die Marktgegenseite (Verbraucher) zwischen den angebotenen Leistungen der miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen wählen könnte. Diese Auswahlmöglichkeiten würden durch systematische und dauerhafte Verkäufe unter Einstandspreis verfälscht werden, weil

- die erforderliche Kostendeckung finanzielle Ressourcen voraussetze, die nur aufgrund von Marktmacht erlangt werden könnten, und
- Verkäufe unter Einstandspreis über die wahre Preiswürdigkeit des gesamten Sortiments eines Handelsunternehmens hinwegtäuschten.²⁸

IV. Wettbewerbspolitische Beurteilung

Die Regelung des § 37 a Abs. 3 GWB und die Praxis der Kartellbehörden ist auf verbreitete Kritik gestoßen. Die mehrfache Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, tatbestandliche Überschneidungen bei der Prüfung der Unbilligkeit und der nachhal-

²⁶ Coop Bremen, in: WuW/E BKartA 2029 ff., 2036 f.

²⁷ Vgl. Coop Bremen, in: WuW/E BKartA 2029 ff., 2037.

²⁸ Vgl. Kaufmarkt, in: WuW/E LKartB 223 ff., 226 ff.

tigen Beeinträchtigung des Wettbewerbs sowie die mangelnde Bestimmtheit der auf der Grundlage von § 37 a Abs. 3 GWB ergangenen Untersagungsverfügungen beeinträchtigen die Justitiabilität des § 37 a Abs. 3 GWB erheblich.²⁹ Das OLG München hatte sogar die Verfassungsmäßigkeit dieser Norm in Frage gestellt:

"Es erscheint dem Senat nicht unzweifelhaft, ob diese Vorschrift - angesichts ihrer auch unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Kartellrechts sehr weitgehenden Unbestimmtheit - mit dem Grundgesetz noch vereinbar ist."³⁰

Der Bundesgerichtshof sieht allerdings keinen Verstoß gegen die rechtsstaatlichen Grundsätze der Normenklarheit und Justitiabilität, wenn die Norm unbestimmte, auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe enthalte.³¹ Auch das Bundesverfassungsgericht hat keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 37 a Abs. 3 GWB erhoben:

"Rechtsstaatlich zulässig ist insbesondere die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffes der 'unbilligen Behinderung'. Das Bundesverfassungsgericht hat gerade für den Bereich des Wirtschafts- und Wettbewerbsrechts die Notwendigkeit der Verwendung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen anerkannt."³²

Die Bezugnahme der Kartellbehörden in den Fällen Coop Bremen und Kaufmarkt auf die Grundsätze des Leistungswettbewerbs bei

²⁹ Vgl. Möschel, Wernhard, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, a.a.O., S. 423; Möschel, Wernhard, *Anforderungen an eine kartellbehördliche Mißbrauchsverfügung bei Verkäufen unter Einstandspreis*, in: BB 41 (1986), S. 1785 ff.; Markert, Kurt, *Die Wettbewerberbehinderung...*, a.a.O., S. 47; Riechmann, Volkhard, a.a.O., S. 325.

³⁰ Kaufmarkt, in: WuW/E OLG 2942 ff., 2943; ähnlich auch Monopolkommission, *Sondergutachten 14*, a.a.O., Tz. 181; vgl. auch Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, *Eingabe betr. den Entwurf eines 4. Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, in: GRUR 82 (1980), S. 163 ff., 164: "Die Vorschrift läuft auf eine verfassungsrechtlich bedenkliche Generalklausel zum behördlichen Eingriff hinaus."

³¹ Vgl. Kaufmarkt, in: WuW/E BGH 2073 ff., 2074.

³² Vgl. *Beschluß des BVerfG vom 1. April 1987*, in: WuW/E VG 320.

der Prüfung der Unbilligkeit eines Verhaltens ist aus denselben Gründen zu kritisieren, welche bereits bei der wettbewerbspolitischen Beurteilung der §§ 22 und 26 Abs. 2 und 3 GWB maßgebend gewesen sind.³³ Die Entscheidungen zu § 37 a Abs. 3 GWB zeigen, "daß man sich der Norm bedient, um einen wettbewerbslichen Freiraum für mittelständische Handelsunternehmen zu schaffen"³⁴, was vom Gesetzgeber nicht intendiert war. Wie bei der Beurteilung der Unbilligkeit im Rahmen des § 26 Abs. 2 und 3 GWB ist auch § 37 a Abs. 3 GWB wettbewerbsbezogen auszulegen, indem im Einzelfall die konkreten Wettbewerbswirkungen eines bestimmten Verhaltens untersucht werden.³⁵

Insgesamt gesehen überwiegen die kritischen Stimmen zu § 37 a Abs. 3 GWB, wenngleich wir nicht die extremen Auffassungen teilen, diese Norm eigne sich zu einer "behördlich verfügten Beschränkung des Wettbewerbs"³⁶, führe zu einer "Omnipräsenz von Überwachungsbehörden"³⁷ und überschreite den "ordnungspolitische(n) Rubikon"³⁸.

Berechtigt ist dagegen die Kritik an § 37 a Abs. 3 GWB wegen der bloßen Ausgestaltung als Untersagungstatbestand.³⁹ Auch die Stellung des § 37 a Abs. 3 GWB im Gesetz ist als verunglückt

33 So auch Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Der Selbstbedienungsgroßhandel..., a.a.O., S. 141; Markert, Kurt, Die Wettbewerberbehinderung..., a.a.O., S. 54; Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 185; Schäfer, Karl, a.a.O., S. 106 f.; anders jedoch Streit, Michael, Der Verlustpreisverkauf im Einzelhandel als Form des unzulässigen Nichtleistungswettbewerbs, in: MA 49 (1987), S. 404 ff.

34 Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 190; vgl. auch Gröner, Helmut, und Helmut Köhler, Der Selbstbedienungsgroßhandel..., a.a.O., S. 141.

35 So auch Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 185.

36 Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 32.

37 Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 423.

38 Markert, Kurt, Die Wettbewerberbehinderung..., a.a.O., S. 47.

39 Vgl. Ulmer, Peter, Die neuen Vorschriften..., a.a.O., S. 491.

anzusehen.⁴⁰ Die tatbestandlichen Parallelen zur Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und zum Behinderungs- und Diskriminierungsverbot lassen eine Zuordnung des § 37 a Abs. 3 GWB zu § 22 GWB oder zu § 26 Abs. 2 und 3 GWB angebracht erscheinen.

V. Zusammenfassung

§ 37 a Abs. 3 GWB wurde im Zuge der Vierten GWB-Novelle in das Gesetz mit dem Ziel aufgenommen, durch die Erfassung relativer Marktmacht im Horizontalverhältnis eine bis dahin bestehende Schutzlücke zu schließen. Normadressaten dieser Vorschrift sind Unternehmen, die aufgrund ihrer gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegenen Marktmacht in der Lage sind, die Wettbewerbsverhältnisse wesentlich zu beeinflussen, wobei zur Beurteilung der Marktstellung dieser Unternehmen in Analogie zu § 22 Abs. 1 GWB eine Ressourcenbetrachtung vorzunehmen ist.

Die Kartellbehörde kann den Normadressaten ein Verhalten untersagen, das deren Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert und geeignet ist, den Wettbewerb nachhaltig zu beeinträchtigen. Die Prüfung der Unbilligkeit der Behinderung erfolgt nach den von der Rechtsprechung zu § 26 Abs. 2 GWB entwickelten Grundsätzen.

Die Regelung ist aufgrund ihres Kompromißcharakters, der mehrfachen Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und wegen der Überschneidungen der Tatbestandsvoraussetzungen auf verbreitete Kritik gestoßen. Die Justitiabilität und Operationalität der Vorschrift wird auch durch die Bezugnahme auf die Grundsätze des Leistungswettbewerbs bei der Prüfung der Unbilligkeit der

⁴⁰ Vgl. Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, a.a.O., S. 163; Schmidt, Karsten, Wettbewerbsgesetzgebung und Rechtssystem: Zum Wert systematischen und rechtsdogmatischen Denkens bei der Gestaltung des GWB, in: Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht: Zur Diskussion um die Novellierung des GWB, hrsg. von Herbert Helmrich, Köln u.a. 1987, S. 19 ff., 26.

Behinderung eingeschränkt. Die wenigen Entscheidungen zu § 37 a Abs. 3 GWB zu Verkäufen unter Einstandspreisen belegen dies. Die bloße Ausgestaltung als Untersagungstatbestand mindert die Effizienz dieser Vorschrift erheblich. Schließlich dürfte das Anwendungsdefizit des § 37 a Abs. 3 GWB auch auf das Roß-und-Reiter-Problem zurückzuführen sein.

Im folgenden Teil 3 dieser Arbeit sollen auf der Grundlage der bisherigen Erkenntnisse Möglichkeiten einer wettbewerbspolitisch adäquaten Erfassung von Nachfragemacht untersucht werden.

Teil 3: Möglichkeiten einer wettbewerbspolitisch adäquaten Erfassung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen

Nachdem in Teil 2 dieser Arbeit das kartellrechtliche Instrumentarium zur Erfassung von Nachfragemacht dargestellt und einer wettbewerbspolitischen Beurteilung unterzogen worden ist, sollen nunmehr auf der Grundlage der bisher gewonnenen Erkenntnisse Möglichkeiten einer wettbewerbspolitisch adäquaten Erfassung von Nachfragemacht eruiert werden. Ein erster Ansatzpunkt besteht darin, das kartellrechtliche Instrumentarium durch eine Novellierung des GWB zu verbessern (7. Kapitel). Daneben ist zu prüfen, inwieweit das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und die Selbsthilfemaßnahmen der Wirtschaft ergänzende oder weitergehende Möglichkeiten zur Erfassung von Nachfragemacht bieten (8. Kapitel).

7. Kapitel: Verbesserung des kartellrechtlichen Instrumentariums zur Erfassung von Nachfragemacht durch eine Novellierung des GWB

Augenscheinliche Mängel des kartellrechtlichen Instrumentariums, dem auch in den 80er Jahren anhaltenden Strukturwandel im Handel und der damit verbundenen Verschlechterung der Wettbewerbssituation wirksam zu begegnen, haben zu einer umfangreichen Diskussion darüber geführt, ob und gegebenenfalls wie diese Probleme durch eine Novellierung des GWB entschärft werden können. Im folgenden sollen zunächst die ökonomischen und rechtlichen Gründe für einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf geprüft werden. Im Anschluß daran werden die bisherigen Vorschläge für eine Novellierung der kartellrechtlichen Bestimmungen zur Erfassung von Nachfragemacht im Bereich der Verhaltenskontrolle auf der Grundlage der in Teil 1 und Teil 2 dieser Arbeit gewonnenen Erkenntnisse kritisch analysiert und um eigene Vorschläge ergänzt werden.

I. Ökonomische und rechtliche Gründe für einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf

Die Novellierungsgegner sehen in der in Teil 1 dieser Arbeit aufgezeigten Veränderung der Marktstrukturen und des Marktverhaltens keine generelle Vermachtung der Handelsmärkte und Beeinträchtigung ihrer Funktionsfähigkeit. Der Strukturwandel sei Ausdruck einer umfassenden Rationalisierung der gesamten Lebensmitteldistribution.¹ Der Einzelhandel sei im Gegenteil durch ausgeprägten Wettbewerb gekennzeichnet.² Die Konzentration im Handel sei Symptom gestiegenen Wettbewerbs und wegen der Weitergabe der Rationalisierungseffekte an die Verbraucher in Form niedriger Preise wettbewerbspolitisch wünschenswert zu beurteilen.³ Wegen niedriger Marktzutrittsschranken bestehe die Hoffnung, daß die Machtkonzentration im Handel langfristig wieder erodiert werde.⁴ Auch auf den Beschaffungsmärkten des Handels herrsche scharfer Wettbewerb.⁵ Die Konzentration senke die Transaktionskosten hinsichtlich der Konditionenvereinbarungen zwischen Industrie und Handel.⁶

Die Anklänge an das Gedankengut der Chicago School sind unverkennbar. Richtig ist dabei, daß der Strukturwandel im Handel auch Ausdruck dynamischen Wettbewerbs sein **kann** und damit auf der Grundlage des von uns gewählten Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs positiv zu beurteilen ist. Insoweit kann von

1 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 221.

2 So die Bundesarbeitsgemeinschaft der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels (BAG); vgl. o.V., "Selbst im Lebensmittelhandel keine dramatische Lage", in: Handelsblatt v. 16.11.1987; Emmerich, Volker, Fusionskontrolle 1986/87, a.a.O., S. 367.

3 Vgl. Weizsäcker, C. Christian von, a.a.O., S. 706 ff.

4 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 112 ff.; ähnlich Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, a.a.O., S. 28.

5 Vgl. Möschel, Wernhard, 30 Jahre Kartellgesetz - erneuter Prüfungs- und Handlungsbedarf ?, in: Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht: Zur Diskussion um die Novellierung des GWB, hrsg. von Herbert Helmrich, Köln u.a. 1987, S. 3 ff., 14; Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, a.a.O., S. 29.

6 Vgl. Weizsäcker, C. Christian von, a.a.O., S. 706 ff.

einer generellen Vermachtung der Handelsmärkte nicht gesprochen werden. Andererseits ist unverkennbar, daß das wettbewerbsbeschränkende Potential aufgrund der steigenden Konzentration, der hohen Marktzutrittsschranken und der konglomeraten Unternehmensmacht im Handel gestiegen ist. Die Wahrscheinlichkeit zu Wettbewerbsbeschränkungen in Einzelfällen hat damit zugenommen. Im Hinblick auf unseren Untersuchungsgegenstand führt die Entwicklung der Marktstrukturen und Verhaltensweisen im Handel zu einer Steigerung des Nachfragemachtpotentials und zu einer erhöhten Wahrscheinlichkeit, daß dieses auch eingesetzt und mißbraucht wird.⁷

Aus ökonomischer Sicht gibt die gegenwärtige Entwicklung des Wettbewerbs im Handel daher Anlaß zu prüfen, ob das bestehende gesetzliche Instrumentarium dieser Entwicklung Rechnung tragen kann oder ob eine Novellierung des GWB im Bereich der Verhaltenskontrolle erforderlich ist. Die Novellierungsgegner sind der Auffassung, daß die bisherigen gesetzlichen Vorschriften ausreichend seien und eine Novellierung des GWB wegen der Ge-

⁷ Nur ein Beispiel dafür ist die Fa. Asko, die im Anschluß an die Übernahme der Schaper KG von ihren Lieferanten die Gewährung sog. "Hochzeitsgeschenke" und "Number-one-Rabatte" sowie rückwirkende Konditionenanpassungen forderte; vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1985/86, in: BTDr 11/554, S. 22; auch der Anstieg der Beschaffungsvolumina der fünf größten Einkaufszentralen zwischen 1982 und 1984 um durchschnittlich 34 % führt zu einer beträchtlichen Erhöhung des Nachfragemachtpotentials; vgl. Monopolkommission, 6. Hauptgutachten 1984/85, a.a.O., S. 104; prinzipiell gegen die Herstellung derartiger Kausalbeziehungen Schenk, Hans-Otto u.a., a.a.O., S. 231; Böcker, Franz, a.a.O., S. 288.

fahr einer Überregulierung des Wettbewerbs abzulehnen sei.⁸

Die Mängel des kartellrechtlichen Instrumentariums zur Erfassung von Nachfragemacht sind bereits in Teil 2 dieser Arbeit aufgezeigt worden. Wir sind daher der Auffassung, daß sowohl die ökonomischen Rahmenbedingungen als auch die Mängel des

8 Vgl. Geberth, Rolf, und Thomas Janicki, Kartellrecht zwischen Kontinuität und Anpassung, in: WuW 37 (1987), S. 447 ff., 463; Hölzler, Heinrich, und Holger Wissel, a.a.O., S. 401; Markert, Kurt, Brauchen wir eine Kartellnovelle?, in: WuW 38 (1988), S. 181 ff., 182; Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 226; Schlecht, Otto, Ein neuer Ordnungsrahmen für dynamischen Wettbewerb?, in: Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht: Zur Diskussion um die Novellierung des GWB, hrsg. von Herbert Helmrich, Köln u.a. 1987, S. 35 ff., 46; Weizsäcker, C. Christian von, a.a.O., S. 708 f.; Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, a.a.O., S. 32 und von der Verbändeseite der BDI; vgl. o.V., Trotz der Konzentration im Handel kein Bedarf für eine erneuerte Kartellnovelle, in: Handelsblatt v. 3./4.7.1987; die BAG; vgl. o.V., "Kein Anlaß für eine Novelle", in: Handelsblatt v. 22.9.1987; die Arbeitsgemeinschaft selbständiger Unternehmer (ASU); vgl. o.V., Der Novellierungszweck darf nicht der Schutz vor dem Wettbewerb sein, in: Handelsblatt v. 24./25.7.1987.

kartellrechtlichen Instrumentariums für die Novellierung einzelner Bestimmungen des GWB sprechen.⁹

II. Vorschläge für eine Novellierung der kartellrechtlichen Bestimmungen zur Erfassung von Nachfragemacht

Im folgenden Abschnitt sollen die bisherigen Vorschläge für eine Novellierung der kartellrechtlichen Bestimmungen zur Er-

⁹ Vgl. Ulmer, Peter, Brauchen wir eine Kartellgesetznovelle? Probleme der Nachfragemacht und der Fusionskontrolle im Handel, in: MA 49 (1987), S. 326 ff.; von der Verbändeseite der DIHT; vgl. Deutscher Industrie- und Handelstag, Konzentration im Zwielficht, a.a.O.; das Handwerk; vgl. o.V., Novellierung des Kartellrechts notwendig, in: Deutsches Handwerksblatt H. 11 (1987), S. 5; die HDE; vgl. o.V., Die Preis- und Konditionendiskriminierung effektiver bekämpfen, in: Handelsblatt v. 5.8.1987; der Hauptverband des Deutschen Lebensmittel-Einzelhandels (HVL); vgl. o.V., Bestes Ergebnis seit Beginn der 80er Jahre erzielt, in: Handelsblatt v. 20.5.1987; der Markenverband; vgl. o.V., Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Vorschläge des Markenverbandes, in: MA 49 (1987), S. 199; Rüschen, Gerhard, Markenartikelindustrie, Handelskonzentration und Wettbewerbskontrolle, in: Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht: Zur Diskussion um die Novellierung des GWB, hrsg. von Herbert Helmrich, Köln u.a. 1987, S. 95 ff., 101; aus dem politischen Bereich Wissmann, Matthias, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - Bewährtes bewahren, Anpassungserfordernisse vollziehen, in: Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht: Zur Diskussion um die Novellierung des GWB, hrsg. von Herbert Helmrich, Köln u.a. 1987, S. 73 ff., 78 für die CDU/CSU-Bundestagsfraktion; Hauser, Hansheinz, Mehr Leistungswettbewerb durch GWB-Novellierung, in: Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht: Zur Diskussion um die Novellierung des GWB, hrsg. von Herbert Helmrich, Köln u.a. 1987, S. 85 ff., 87 für den Diskussionskreis Mittelstand der CDU/CSU-Bundestagsfraktion; o.V., Jaumann: Es geht nicht um einen Schutzzaun für den Mittelstand, in: Handelsblatt v. 14./15.8.1987 für die bayerische Landesregierung; die Bundesländer Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz haben in den Bundesrat einen Gesetzes- bzw. einen Entschließungsantrag zur Novellierung des GWB eingebracht; vgl. Gesetzesantrag des Landes Baden-Württemberg: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BRDr 563/87; Antrag des Landes Rheinland-Pfalz: Entschließung des Bundesrates zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), in: BRDr 576/87; die Bundesregierung hat mit der Einrichtung der Arbeitsgruppe "Wettbewerbsrecht" beim Bundesminister für Wirtschaft immerhin einen Prüfungsbedarf dokumentiert.

fassung von Nachfragemacht einer kritischen Analyse unterzogen und um eigene Vorschläge ergänzt werden. Neben der Verbesserung der materiell-rechtlichen Regelungen muß geprüft werden, inwieweit ein Regelungsfortschritt auch durch eine Novellierung verfahrensrechtlicher Bestimmungen im GWB erzielt werden kann.

1. Vorschläge für eine Novellierung der materiell-rechtlichen Regelungen

Einen ersten Ansatzpunkt zur Verbesserung des kartellrechtlichen Instrumentariums zur Erfassung von Nachfragemacht bietet eine Novellierung des § 22 GWB. Die im Rahmen dieser Vorschrift erhobenen Forderungen zielen zwar auf eine Verbesserung der Fusionskontrolle im Handel ab. Änderungen des Marktbeherrschungstatbestandes haben aber auch unmittelbare Auswirkungen auf die Mißbrauchsaufsicht gegenüber Nachfragern. Die sich aus diesem Berührungspunkt ergebenden Konsequenzen für die Fusionskontrolle im Handel werden in einem Exkurs am Ende dieses Abschnitts dargestellt werden. Während Novellierungsvorschläge zu § 26 Abs. 2 und 3 GWB weitgehend fehlen, besteht Einigkeit über eine Neufassung des § 37 a Abs. 3 GWB. Die geforderte Lockerung des Kontrahierungszwangs für Markenartikelhersteller steht zwar nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit unserem Untersuchungsgegenstand. Sie ist aber als flankierende Maßnahme zu bewerten.

a) Verbesserung der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Nachfrager

Die aufgezeigten Schwierigkeiten bei der Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes im Handel haben zu der Forderung geführt, in § 22 GWB eine Legaldefinition des **relevanten Beschaffungsmarktes** aufzunehmen oder eine Klarstellung zumindest durch einen entsprechenden Hinweis in der Regierungsbegründung zu er-

reichen. Den sachlich relevanten Markt bilde dabei das von einem Handelsunternehmen nachgefragte Sortiment.¹⁰

Gegen einen diesbezüglichen Regelungsbedarf sprechen zwei Gründe:

- Erstens ist die Abgrenzung des sachlich relevanten Beschaffungsmarktes nach Sortimenten nicht sachgerecht.¹¹
- Zweitens beruhen die Schwierigkeiten bei der Marktabgrenzung nicht auf einer unklaren Gesetzesformulierung, sondern stellen ein Problem der Rechtsprechung dar.

Maßgeblich auf die CDU/CSU-Bundestagsfraktion zurückzuführen ist der Vorschlag, den Besonderheiten des Wettbewerbs im Handel durch eine **Neudefinition des Marktbeherrschungstatbestandes** Rechnung zu tragen.¹² Nach einem Formulierungsvorschlag von Ulmer sollte ein neuer § 22 Abs. 1 Nr. 3 GWB folgenden Wortlaut aufweisen:

"Marktbeherrschend ist auch ein Handelsunternehmen, wenn eine für den Wettbewerb auf dem Markt erhebliche Zahl von Anbietern der zu seinem Sortiment gehörenden Waren von ihm in der Weise abhängig ist, daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Handelsunternehmen auszuweichen, nicht bestehen."¹³

Grundlage dieses Vorschlags ist die Unverzichtbarkeitsthese des Bundeskartellamts. Der Kritik an dieser These wird insoweit

10 So der Markenverband; vgl. o.V., Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen..., a.a.O., S. 199; Deutscher Industrie- und Handelstag, Konzentration im Zwielficht, a.a.O., S. 31.

11 Vgl. dazu das 4. Kapitel dieser Arbeit.

12 Vgl. Ulmer, Peter, Brauchen wir eine Kartellgesetznovelle?, a.a.O., S. 334; Wissmann, Matthias, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen..., a.a.O., S. 80; diese Forderung wird auch von der Bundesvereinigung der Deutschen Ernährungsindustrie erhoben; vgl. o.V., Einführung neuer Vermutungskriterien für die Marktbeherrschung im Handel, in: Handelsblatt v. 4.11.1987; schon früher Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 103; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 100.

13 Ulmer, Peter, Muß der Leistungswettbewerb geschützt werden?, in: WuW 37 (1987), S. 701 ff., 704 f.

Rechnung getragen, als nicht auf einzelne Lieferbeziehungen abgestellt wird, sondern - nach dem Vorbild des § 18 Abs. 1 lit. a GWB - auf die Unverzichtbarkeit eines Nachfragers für eine Vielzahl gleichartiger Anbieter.¹⁴

Einen derartigen Vorschlag mit nahezu identischen Formulierungen - allerdings ohne Bezug auf den Handel - enthielt schon der Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums vom 15.10.1968.¹⁵ Im darauf folgenden Referentenentwurf vom 20.3.1970 ist diese Regelung aus rechtssystematischen Gründen allerdings dem § 26 Abs. 2 GWB zugeordnet worden.¹⁶ Für die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Nachfrager würde eine derartige Regelung keinen Fortschritt bedeuten, da der Abhängigkeitstatbestand bereits in § 26 Abs. 2 GWB geregelt ist.¹⁷

Ulmers Vorschlag stößt jedoch deshalb auf unsere Bedenken, weil die Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes in Anlehnung an das Sortimentkonzept des Bundeskartellamts erfolgen soll ("der zu seinem Sortiment gehörenden Waren"). Ein derartiges Vorgehen wäre - wie schon mehrfach erläutert - nicht sachgerecht.

Schließlich leistet eine allein auf den Handel abstellende Marktbeherrschungsdefinition einer materiellen Sektoralisierung

14 Vgl. Ulmer, Peter, Brauchen wir eine Kartellgesetznovelle ?, a.a.O., S. 334.

15 Abgedruckt bei Benisch, Werner, Die Erweiterung des Diskriminierungsverbots in der Kartellgesetznovelle, in: WuW 21 (1971), S. 887 ff., 888; vgl. auch Schmidt, Ingo, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 375.

16 Zustimmend Benisch, Werner, Die Erweiterung des Diskriminierungsverbots..., a.a.O., S. 888; anders jedoch Schmidt, Ingo, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 375.

17 Vgl. zur Bedeutung dieses Vorschlags für die Fusionskontrolle im Handel den Exkurs am Ende dieses Abschnitts.

des GWB Vorschub¹⁸, deren Auswirkungen auf zukünftige Novellierungen nicht abzuschätzen sind.

Eine Ergänzung des Marktbeherrschungstatbestandes könnte allerdings dann erforderlich werden, wenn man den Marktbeherrschungstatbestand in § 22 GWB ausschließlich **konkurrentenbezogen** interpretiert.¹⁹ Nachfrager wären danach nur dann marktbeherrschend, wenn sie über überlegene Verhaltensspielräume gegenüber ihren Konkurrenten verfügten. Im 4. Kapitel dieser Arbeit wurde jedoch darauf hingewiesen, daß die Verhaltensspielräume von Nachfragern auch von den Wettbewerbsverhältnissen auf der Anbieterseite und von denen auf den Absatzmärkten des Handels abhängen et vice versa.²⁰ Zur Ermittlung der Marktbeherrschung von Nachfragern sollten daher auch die Wettbewerbsverhältnisse auf den vor- und nachgelagerten Märkten berücksichtigt werden.

Bereits im 3. Kapitel dieser Arbeit wurde dargelegt, daß überlegene Verhaltensspielräume von Handelsunternehmen auch auf dem Einsatz konglomerater Unternehmensmacht im Handel beruhen können. Diesem Aspekt wurde in der Rechtsprechung bisher zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt. § 22 Abs. 1 GWB sollte daher um entsprechende Formulierungen ergänzt werden. Dabei sollte erstens

18 Vgl. Möschel, Wernhard, 30 Jahre Kartellgesetz..., a.a.O., S. 11; Jens, Uwe, Aktive Wettbewerbspolitik als Voraussetzung einer dezentralen marktwirtschaftlichen Ordnung, in: Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht: Zur Diskussion um die Novellierung des GWB, hrsg. von Herbert Helmrich, Köln u.a. 1987, S. 49 ff., 56; Schlecht, Otto, Neuorientierung in der deutschen Wettbewerbspolitik?, in: Neuorientierung des Wettbewerbschutzes: Jubiläumsschrift 25 Jahre FIW, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1986, S. 35 ff., 41; Hinrichs, Wolfgang, Marktmacht oder Leistungswettbewerb für den Einzelhandel?, in: MA 49 (1987), S. 224 ff., 232.

19 Vgl. dazu das 4. Kapitel dieser Arbeit und Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 103; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 45 ff.; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 22 Rdnr. 59.

20 So auch Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 316 f.; Köhler, Helmut, Nachfragewettbewerb..., a.a.O., S. 71.

berücksichtigt werden, daß konglomeraten Handelsunternehmen überlegene Verhaltensspielräume daraus erwachsen können, daß sie auf einer Vielzahl von Einzelmärkten tätig sind. Dieser Vorschlag beseitigt den Marktbezug bei der Ermittlung der Marktbeherrschung nicht, sondern ergänzt ihn um eine Mehrmarkt-betrachtung.

Zweitens ist es erforderlich, der Flexibilitätsüberlegenheit des Handels gegenüber der Industrie dadurch Rechnung zu tragen, daß als weiteres Marktbeherrschungskriterium die Sortiments- bzw. Produktionsumstellungsmöglichkeiten in § 22 Abs. 1 GWB aufgenommen werden. Die Finanzkraft als weiteres Kriterium zur Erfassung konglomerater Unternehmensmacht ist in dieser Vorschrift bereits enthalten.

§ 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB sollte daher folgende Fassung erhalten:

2. eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern *oder gegenüber einer für den Markt erheblichen Zahl von Anbietern oder Nachfragern* überragende Marktstellung hat; hierbei sind außer seinem Marktanteil insbesondere seine Finanzkraft, sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, *die Fähigkeit, sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen*, Verflechtungen mit anderen Unternehmen, rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen sowie *seine überlegene Marktmacht auf mehreren Märkten* zu berücksichtigen.

Im übrigen gewährt die für die Bestimmung von Angebotsmacht übliche Ressourcenbetrachtung ausreichende Möglichkeiten zur Ermittlung marktbeherrschender Stellungen von Nachfragern. Weitergehende Änderungen des Marktbeherrschungstatbestandes in § 22 Abs. 1 und 2 GWB sind mithin nicht angebracht.

Die dargelegten Vorschläge sollten durch eine **Absenkung der Vermutungsgrenzen in § 22 Abs. 3 GWB** speziell für Handelsunter-

nehmen ergänzt werden.²¹ Dies läßt sich ökonomisch nur rechtfertigen, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, daß Handelsunternehmen bereits bei niedrigeren Marktanteilen als Industrieunternehmen marktbeherrschende Stellungen erreichen. Im 3. Kapitel dieser Arbeit ist gezeigt worden, daß die Besonderheiten der Beschaffungsmärkte im Handel (höhere Marktzutrittsschranken, Sortimentsbreite, Sortimentsflexibilität und Nadelöhrfunktion des Handels als Ausdrucksformen konglomerater Unternehmensmacht sowie die Möglichkeit der Existenz von Käufermärkten) diese Annahme rechtfertigen.²²

Mit dem Hinweis auf die schlechten Erfahrungen insbesondere mit den Vermutungsregeln des § 23 a GWB wird eine Absenkung der Marktanteilsgrenzen in § 22 Abs. 3 GWB abgelehnt.²³ Den Vermutungstatbeständen des § 23 a GWB wird zum einen eine eingeschränkte Indizwirkung bescheinigt. Trotz Vorliegens der Vermutungsvoraussetzungen hätten nähere Prüfungen häufig ergeben, daß eine Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht zu verzeichnen gewesen wäre.²⁴ Zum anderen wird kritisiert, daß die Vermutungskriterien bei der Ermittlung der Marktbeherrschung nur einen geringen Stellenwert besäßen. Kartellbehörden und Gerichte würden erst am Ende ihrer Prüfungen

21 So der Markenverband; vgl. o.V., Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen..., a.a.O., S. 199 und die Bundesvereinigung der Deutschen Ernährungsindustrie; vgl. o.V., Einführung neuer Vermutungskriterien für die Marktbeherrschung im Handel, in: Handelsblatt v. 4.11.1987.

22 A.A. aber Lademann, Rainer, Besonderheiten im Wettbewerb des Handels. Realität oder Ideologie?, Göttingen 1988, S. 8 ff.

23 Grundsätzlich ablehnend Deutscher Industrie- und Handelstag, Konzentration im Zwielficht, a.a.O., S. 31 f.; Geberth, Rolf, und Thomas Janicki, a.a.O., S. 461; die HDE; vgl. o.V., Die Preis- und Konditionendiskriminierung effektiver bekämpfen, in: Handelsblatt v. 5.8.1987; gegen ein alleiniges Arbeiten mit Vermutungen Ulmer, Peter, Brauchen wir eine Kartellgesetznovelle ?, a.a.O., S. 331; vereinzelt wird sogar die Abschaffung des § 23 a GWB gefordert; vgl. Harms, Wolfgang, Reparaturnovelle für das GWB, in: Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht: Zur Diskussion um die Novellierung des GWB, hrsg. von Herbert Helmrich, Köln u.a. 1987, S. 137 ff., 139.

24 Vgl. Markert, Kurt, Die Fusionskontrollpraxis des Bundeskartellamtes im Wandel ?, in: AG 31 (1986), S. 173 ff., 176 ff.

hilfsweise oder sogar nur beiläufig auf die Vermutungen eingehen.²⁵

Diese Kritik spricht u.E. nicht generell gegen die Verwendung von Vermutungskriterien zur Ermittlung marktbeherrschender Stellungen. Aus der eingeschränkten Indizwirkung der Vermutungen kann lediglich gefolgert werden, daß allein aus der Höhe der Marktanteile nicht auf Marktbeherrschung geschlossen werden kann. Andere Kriterien (wie Marktzutrittsschranken, Finanzkraft) müssen daneben zur Beurteilung herangezogen werden. Der geringe Stellenwert, der den Vermutungen bei kartellbehördlichen und gerichtlichen Entscheidungen zukommt, ist ein Problem der Rechtsanwendung und beruht nicht auf gesetzlichen Unzulänglichkeiten.

Die Einführung spezieller Vermutungstatbestände für den Handel hätte vielmehr den Vorteil einer erheblichen Signalwirkung für die Rechtsprechung. Mit dieser Regelung wäre auch den kritischen Stimmen Rechnung getragen, die eine materielle Sektoralisierung des GWB befürchten. Spezielle Vermutungskriterien für den Handel wären dann lediglich als Regeln zur Berücksichtigung branchenspezifischer Besonderheiten zu betrachten, wie das bei der Pressefusionskontrolle mit Hilfe der Nicht-Anwendung der sog. Anschlußklausel i.S. des § 24 Abs. 8 Nr. 2 GWB geregelt ist.

Im folgenden soll ausschließlich ein Formulierungsvorschlag für die Vermutungstatbestände hinsichtlich der Marktbeherrschung von Nachfragern unterbreitet werden. Ob auch auf den Absatzmärkten des Handels marktbeherrschende Stellungen bei niedrigeren Marktanteilen angenommen werden können, ist von handelspe-

²⁵ Vgl. Ulmer, Peter, Brauchen wir eine Kartellgesetznovelle ?, a.a.O., S. 331; Niederleithinger, Ernst, Praxis der Fusionskontrolle und der Mißbrauchsaufsicht 1985/86, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1985/86, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1987, S. 21 ff., 50; ein Beispiel dafür ist der Fall Metro-Kaufhof, in: WuW/E OLG 3367 ff., 3382.

zifischen Besonderheiten auf den Absatzmärkten abhängig.²⁶ Die Prüfung dieser Frage ist aber nicht Gegenstand unserer Untersuchung.

Die neuen Vermutungstatbestände für die Marktbeherrschung von Handelsunternehmen auf Beschaffungsmärkten werden durch Marktanteile und nicht durch individuelle Bezugsanteile konkretisiert.²⁷ Nach § 22 Abs. 3 Nr. 1 GWB wird folgende Nr. 2 eingefügt:²⁸

2. ein Handelsunternehmen auf dem Markt, auf dem es als Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen tätig ist, marktbeherrschend im Sinne des Absatzes 1 ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens 20 vom Hundert hat.

§ 22 Abs. 3 Nr. 2 GWB wird Nr. 3. Die entsprechende Oligopsonvermutung für die Marktbeherrschung einer Gruppe von Nachfragern sollte wie folgt lauten (§ 22 Abs. 3 Nr. 4 GWB):

26 Diese bejahend Ulmer, Peter, Brauchen wir eine Kartellgesetznovelle ?, a.a.O., S. 332.

27 Die Bundesvereinigung der Deutschen Ernährungsindustrie macht dagegen den Vorschlag, daß Marktbeherrschung von nachfragenden Handelsunternehmen dann vermutet werden sollte, wenn der Nachfrager mind. 6 % des jeweiligen Umsatzes einer für den Wettbewerb erheblichen Zahl von Anbietern der zu einem Sortiment gehörenden Waren auf sich vereinigt; vgl. o.V., Einführung neuer Vermutungskriterien für die Marktbeherrschung im Handel, in: Handelsblatt v. 4.11.1987; dieser Vorschlag ist aus drei Gründen problematisch:

- Wenn ein Nachfrager bei einem Anbieter 6 % des Umsatzes erreicht, wird der betr. Nachfrager seine Bezüge bei dem Lieferanten einstellen, um sich vom Verdacht der Marktbeherrschung freizusprechen;
- es besteht eine Tendenz zu einer Konzentration der Nachfrage auf große Anbieter, da bei diesen infolge der hohen Umsätze die 6 %-Schwelle später erreicht wird;
- die Bezüge werden auf einen oder sehr wenige Anbieter konzentriert, da dann das Kriterium einer für den Wettbewerb erheblichen Zahl von Anbietern fehlt.

28 Die konkreten Marktanteilswerte werden gegenüber der bisherigen Regelung um rund 40 % gesenkt.

4. die Voraussetzungen des Absatzes 2 vorliegen, wenn für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen

a) drei oder weniger Handelsunternehmen i.S. der Nr. 2 zusammen einen Marktanteil von 30 vom Hundert oder mehr haben oder

b) fünf oder weniger Handelsunternehmen i.S. der Nr. 2 zusammen einen Marktanteil von 40 vom Hundert oder mehr haben.

Es erscheint außerdem erforderlich, in § 22 Abs. 3 GWB einen Vermutungstatbestand zur Erfassung konglomerater Unternehmensmacht im Handel aufzunehmen. Der Marktbezug bei der Ermittlung marktbeherrschender Stellungen soll dabei nicht aufgegeben, sondern - ähnlich dem für die Fusionskontrolle geltenden § 23 a Abs. 1 Nr. 1 lit. b GWB - um eine Mehrmarkt Betrachtung ergänzt werden. Erreicht ein Handelsunternehmen als Anbieter oder Nachfrager auf 2 oder mehr Absatz- oder Beschaffungsmärkten erhebliche Marktanteile, kann vermutet werden, daß diesem Unternehmen daraus ein überragender Verhaltensspielraum erwächst. Die Schwelle der Marktbeherrschung wird dabei jeweils bei niedrigeren Marktanteilen erreicht als im Falle der bisher üblichen Einzelmarkt Betrachtung.

Ausdruck konglomerater Unternehmensmacht ist daneben die Finanzkraft eines Handelsunternehmens, die aus Vereinfachungsgründen anhand der Umsatzerlöse gemessen wird. Der Vermutungstatbestand sollte als neuer § 22 Abs. 3 Nr. 5 GWB folgenden Wortlaut aufweisen:

5. Es wird vermutet, daß ein Handelsunternehmen auch dann marktbeherrschend ist, wenn es im letzten Geschäftsjahr Umsatzerlöse von mindestens fünf Milliarden Deutscher Mark erzielte²⁹ und auf zwei oder mehr Märkten, auf denen es als An-

²⁹ Damit könnten die Unternehmen der Spitzengruppe des Lebensmittelhandels (Aldi, Coop AG, RHG Leibbrand oHG, Asko, Metro, Tengelmann) erfaßt werden, die sich im Jahre 1986 mit jeweiligen Umsätzen von über 10 Mrd. DM von den nächst größeren Unternehmen (3 Mrd. DM Umsätze und weniger) deutlich absetzten; zu den Zahlenangaben vgl. o.V., Verschiebungen im Lebensmitteleinzelhandel, in: Handelsblatt v. 7.10.1987.

bieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen tätig ist, über einen Marktanteil von 15 vom Hundert verfügt.

Im folgenden Abschnitt sollen die Änderungsmöglichkeiten im Bereich des Behinderungs- und Diskriminierungsverbots des § 26 Abs. 2 und 3 GWB dargestellt werden.

b) Verbesserung des Behinderungs- und Diskriminierungsverbots des § 26 Abs. 2 und 3 GWB

Novellierungsvorschläge zu § 26 Abs. 2 und 3 GWB fehlen weitgehend. Eine Erweiterung des Normadressatenkreises auf sämtliche Unternehmen (allgemeines Diskriminierungsverbot)³⁰ wird heute nicht mehr ernsthaft gefordert.

Aufgrund der geringen Praktikabilität und der wettbewerbspolitischen Problematik des Vermutungstatbestandes des § 26 Abs. 2 S. 3 GWB (Rückschluß von Marktergebnissen auf die Marktstruktur sowie Marktergebnisvergleich³¹) sollte die Vorschrift ersatzlos

³⁰ So noch die HDE im Jahre 1978; vgl. Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels, Diskriminierung oder Leistungswettbewerb? Schwarzbuch zur Novellierung des Kartellgesetzes, a.a.O., S. 1; aus neuerer Zeit Schenk, Hans-Otto u.a., a.a.O., S. 275; ausländische Erfahrungen dokumentieren die Problematik eines allgemeinen Diskriminierungsverbots:

- Die Konzentration im Handel konnte nicht aufgehalten werden; vgl. Kerber, Markus, Die französische Wettbewerbspolitik gegenüber Nachfragemacht, in: RIW 33 (1987), S. 100 ff., 106; Lob, Harald, Die Entwicklung der französischen Wettbewerbspolitik bis zur Verordnung Nr. 86-1243 vom 01. Dezember 1986: Eine exemplarische Untersuchung der Erfassung der Behinderungsstrategie auf der Grundlage des Konzepts eines wirksamen Wettbewerbs, Frankfurt am Main u.a. 1988, S. 151; Ullrich, Hanns, a.a.O., S. 69 am Beispiel Frankreichs und Rowe, Frederick M., a.a.O., S. 501; Hollander, Stanley C., und Mary J. Sheffet, a.a.O., S. 759 am Beispiel der USA;
- Tendenz zu Preisstarrheit und kollusivem Verhalten; vgl. Shniderman, Harry L., The Robinson-Patman Act: A Critical Appraisal, in: ALJ 55 (1986), S. 149 ff., 152; Rowe, Frederick M., a.a.O., S. 501.

³¹ Vgl. dazu das 5. Kapitel dieser Arbeit.

gestrichen werden.³² Da die Regelung seit ihrer Einführung im Jahre 1980 bedeutungslos geblieben ist, wäre damit keine Verminderung der kartellbehördlichen Eingriffsmöglichkeiten verbunden.

Eine inhaltliche Umgestaltung des passiven Diskriminierungsverbots des § 26 Abs. 3 GWB wird bislang abgelehnt.³³ Wie im 5. Kapitel dieser Arbeit ausgeführt wurde, ist der in § 26 Abs. 3 GWB enthaltene Begriff der Vorzugsbedingungen durch die Bezugnahme auf die Grundsätze des Leistungswettbewerbs wettbewerbspolitisch problematisch und erschwert aufgrund seiner fehlenden Praktikabilität die Rechtsanwendung. Der Begriff der Vorzugsbedingungen in § 26 Abs. 3 S. 1 GWB ist daher durch eine Formulierung zu ersetzen, die auf die Eingriffsvoraussetzungen des § 26 Abs. 2 S. 1 GWB verweist:

Marktbeherrschende Unternehmen ... dürfen ihre Marktstellung nicht dazu ausnutzen, andere Unternehmen im Geschäftsverkehr zu einem Verhalten zu veranlassen, das zu einer unmittelbaren oder mittelbaren unterschiedlichen Behandlung der Wettbewerber ohne sachlich gerechtfertigten Grund führt.

32 Daher sollte auch von dem Vorschlag abgesehen werden, die Abhängigkeitsvermutung auch für das Zivilverfahren gelten zu lassen; vgl. Harms, Wolfgang, Reparaturnovelle für das GWB, a.a.O., S. 155 und bereits vor der 4. GWB-Novelle Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/2136, S. 35 f., 35; nach der gegenwärtigen Rechtslage kann der in den Vermutungen enthaltene Gedanke ohnehin in Form eines Anscheinsbeweises in zivilrechtlichen Schadensersatzprozessen verwendet werden; vgl. dazu Ulmer, Peter, Die neuen Vorschriften..., a.a.O., S. 482; Köhler, Helmut, Die Abhängigkeitsvermutung des § 26 II 3 GWB..., a.a.O., S. 315 f.; Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 137; Kouker, Ludwig, Die zivilrechtliche Relevanz kartellrechtlicher Vermutungstatbestände, in: GRUR 88 (1986), S. 31 ff., 31.

33 Vgl. Deutscher Industrie- und Handelstag, Handel im Umbruch..., a.a.O., S. 23; Ulmer, Peter, Brauchen wir eine Kartellgesetznovelle?, a.a.O., S. 335 sowie die HDE; vgl. o.V., Die Preis- und Konditionendiskriminierung effektiver bekämpfen, in: Handelsblatt v. 5.8.1987.

Im Gegensatz zu § 26 Abs. 2 und 3 GWB bilden Änderungsvorschläge zu § 37 a Abs. 3 GWB den Hauptgegenstand der Novellierungsforderungen im Bereich der Verhaltenskontrolle, worauf im folgenden eingegangen werden soll.

c) Verbesserung des Behinderungsverbots für Nachfrager mit relativer Marktmacht im Horizontalverhältnis (§ 37 a Abs. 3 GWB)

Die fehlende Operationalität und Justitiabilität des § 37 a Abs. 3 GWB haben zu der nahezu einhelligen³⁴ Forderung geführt, diese Vorschrift zu **streichen** und in einer **vereinfachten Fassung als Verbotstatbestand** in § 26 GWB als neuen Abs. 4 zu integrieren.³⁵

Strittig ist, welche der kumulativen Tatbestandsvoraussetzungen gestrichen werden sollen, um eine vereinfachte Fassung des § 37 a Abs. 3 GWB zu erhalten. Für Möschel kommt nur die Streichung

³⁴ Eine Ausnahme stellt Hölzler dar: "Eine kartellrechtliche Fehlgeburt ... sollte man nicht noch mit Hörnern versehen"; Diskussionsbeitrag von Hölzler in: Gerlach, Ekkehard, Nutzen und Gefahren einer Novelle zu § 37 a Abs. 3 GWB: Bericht über die gleichlautende Podiumsdiskussion des FIW am 8. Juli 1987 in Berlin, Köln 1987, S. 27.

³⁵ So die Bundesvereinigung der Deutschen Ernährungsindustrie; vgl. o.V., Einführung neuer Vermutungskriterien für die Marktbeherrschung im Handel, in: Handelsblatt v. 4.11.1987; der DIHT; vgl. Deutscher Industrie- und Handelstag, Konzentration im Zwielficht, a.a.O., S. 27 f.; Geberth, Rolf, und Thomas Janicki, a.a.O., S. 459; Harms, Wolfgang, Reparaturnovelle für das GWB, a.a.O., S. 156; die HDE; vgl. o.V., Die Preis- und Konditionendiskriminierung effektiver bekämpfen, in: Handelsblatt v. 5.8.1987; Kreuzer, Karl, Wettbewerb um jeden Preis? Zur Problematik des Verkaufs zu Verlustpreisen im Einzelhandel, in: WRP 31 (1985), S. 467 ff., 478; der Markenverband; vgl. o.V., Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen..., a.a.O., S. 199; Schmidt, Karsten, Wettbewerbsgesetzgebung und Rechtssystem..., a.a.O., S. 27; Ulmer, Peter, Brauchen wir eine Kartellgesetznovelle?, a.a.O., S. 335; Diskussionsbeitrag von Weyhenmeyer in: Gerlach, Ekkehard, Nutzen und Gefahren einer Novelle zu § 37 a Abs. 3 GWB: Bericht über die gleichlautende Podiumsdiskussion des FIW am 8. Juli 1987 in Berlin, Köln 1987, S. 28; Wissmann, Matthias, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen..., a.a.O., S. 79.

des Kriteriums der nachhaltigen Wettbewerbsbeeinträchtigung in Frage, da es ohnehin bei der Feststellung der unbilligen Behinderung geprüft werden müsse.³⁶ Ulmer ist darüber hinaus für die Streichung des Tatbestandes der wesentlichen Beeinflussung der Marktverhältnisse. Er schlägt folgende Formulierung des neuen § 26 Abs. 4 GWB vor:

"Unternehmen, die gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen eine überragende Marktstellung haben, dürfen diese Wettbewerber weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern."³⁷

Durch den Wegfall des Kriteriums der wesentlichen Beeinflussung der Marktverhältnisse und damit der Gesamtmarkt Betrachtung ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, daß sich die neue Vorschrift zu einem Individualschutz für kleine und mittlere Unternehmen verengt.³⁸ Insgesamt gesehen dürfte durch diese überwiegend kosmetischen Korrekturen kein wesentlicher Praktikabilitätsfortschritt erreicht werden.³⁹

Erfolgversprechender dürfte dagegen die mit diesem Vorschlag verbundene Umwandlung des Untersagungstatbestandes des § 37 a Abs. 3 GWB in einen Verbotstatbestand sein⁴⁰, wodurch erreicht

36 Vgl. Möschel, Wernhard, Gefahren einer erweiterten Kontrolle marktstarker Unternehmen (§ 37 a Abs. 3 GWB), in: BB 42 (1987), S. 2104 ff., 2105 f.; vgl. auch Gesetzesantrag des Landes Baden-Württemberg: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BRDr 563/ 87, S. 3.

37 Ulmer, Peter, Brauchen wir eine Kartellgesetznovelle ?, a.a.O., S. 335; ähnlich auch der Markenverband; vgl. o.V., Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen..., a.a.O., S. 199; die HDE; vgl. o.V., Die Preis- und Konditionendiskriminierung effektiver bekämpfen, in: Handelsblatt v. 5.8.1987.

38 Vgl. Möschel, Wernhard, Gefahren einer erweiterten Kontrolle marktstarker Unternehmen..., a.a.O., S. 2105.

39 Skeptisch auch Weyhenmeyer in: Gerlach, Ekkehard, Nutzen und Gefahren einer Novelle zu § 37 a Abs. 3 GWB: Bericht über die gleichlautende Podiumsdiskussion des FIW am 8. Juli 1987 in Berlin, Köln 1987, S. 28; Möschel, Wernhard, Gefahren einer erweiterten Kontrolle marktstarker Unternehmen..., a.a.O., S. 2105.

40 A.A. aber Möschel, Wernhard, Gefahren einer erweiterten Kontrolle marktstarker Unternehmen..., a.a.O., S. 2105.

wird, daß die Betroffenen künftig Ansprüche auf Schadensersatz und Unterlassung gemäß § 35 GWB geltend machen können. Damit wäre ein kleiner Schritt zur Entschärfung des Roß-und-Reiter-Problems gemacht, jedenfalls insoweit, als es auf der bisher fehlenden Möglichkeit zu Zivilklagen zurückzuführen war.⁴¹

Daß eine Vereinfachung des § 37 a Abs. 3 GWB und die Umwandlung in einen Verbotstatbestand keinen wesentlichen Regelungsfortschritt mit sich bringen würden, vermuten wohl auch diejenigen, die zusätzlich eine Konkretisierung des § 37 a Abs. 3 GWB durch **Regelbeispiele** fordern.⁴² Nach einem Formulierungsvorschlag des Markenverbandes sollte der neue § 26 Abs. 4 S. 2 GWB folgenden Wortlaut haben:

"Eine unbillige Behinderung im Sinne des Satzes 1 liegt insbesondere dann vor, wenn Waren an den letzten Verbraucher unter dem Einkaufspreis angeboten werden oder Unternehmen eine Konditionenspreizung anbieten, fordern oder gewähren, die in keinem Zusammenhang mit den Abnahmeleistungen steht."⁴³

Wenngleich nicht verkannt werden darf, daß Regelbeispiele die Beweislast der Kartellbehörden im Untersagungsverfahren und der privaten Kläger im Zivilverfahren erleichtern können⁴⁴, ist dieser Vorschlag abzulehnen. Verkäufe unter dem Einkaufspreis und die Konditionenspreizung, auch wenn sie in keinem Zusammenhang mit den Abnahmeleistungen steht, stellen auch in den Hän-

41 Näheres dazu und zu weiteren verfahrensrechtlichen Fragen in Abschnitt II, 2 dieses Kapitels.

42 Vgl. Harms, Wolfgang, Reparaturnovelle für das GWB, a.a.O., S. 156; Kramm (LKartB Bayern) in: Gerlach, Ekkehard, Nutzen und Gefahren einer Novelle zu § 37 a Abs. 3 GWB: Bericht über die gleichlautende Podiumsdiskussion des FIW am 8. Juli 1987 in Berlin, Köln 1987, S. 29; Kreuzer, Karl, Wettbewerb um jeden Preis?, a.a.O., S. 478; der Markenverband; vgl. o.V., Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen..., a.a.O., S. 199; Gesetzesantrag des Landes Baden-Württemberg: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BRDr 563/ 87, S. 3.

43 o.V., Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen..., a.a.O., S. 199.

44 Vgl. dazu allgemein Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 147.

den marktstarker Unternehmen per se keine unbilligen Behinderungen dar.⁴⁵ Der in der neuen Vorschrift erwähnte Zusammenhang zwischen Konditionen und der Abnahmeleistung wäre zudem nicht operational und justitiabel, da sich Leistungen und Gegenleistungen aufgrund der Tatsache, daß Handelsleistungen auch qualitative Elemente enthalten, nur schwer bestimmen lassen würden.

Die Erwähnung von Verkäufen unter dem Einstandspreis als Regelbeispiel würde schließlich zu keiner wesentlichen Lösung der mit derartigen Strategien verbundenen wettbewerbspolitischen Probleme führen. Die betroffenen Handelsunternehmen würden ihre Waren gerade zum oder nahe über dem Einkaufspreis anbieten, was nahezu diesselben Effekte hätte wie Verkäufe knapp unter dem Einkaufspreis.⁴⁶ Außerdem können gesetzliche Regelbeispiele jederzeit unterlaufen werden, indem andere Formen der Behinderung gewählt werden. Eine Konkretisierung des § 37 a Abs. 3 GWB durch Regelbeispiele ist daher abzulehnen.

Abschließend ist im folgenden Abschnitt zu untersuchen, inwieweit das Problem der Nachfragemacht durch eine Lockerung des Kontrahierungszwangs für Markenartikelhersteller entschärft werden kann.

d) Lockerung des Kontrahierungszwangs für Markenartikelhersteller als flankierende Maßnahme

Die praktisch wichtigste Fallgruppe des § 26 Abs. 2 GWB stellen Lieferverweigerungen von Herstellern dar, d.i. der Ausschluß solcher Abnehmer von der Belieferung, die beispielsweise bestimmte qualitative (z.B. Qualität der Verkaufsräume) oder quantitative (z.B. Erzielung eines Mindestumsatzes) Voraus-

45 So auch Ulmer, Peter, Brauchen wir eine Kartellgesetznovelle ?, a.a.O., S. 335; kritisch auch Möschel, Wernhard, Gefahren einer erweiterten Kontrolle marktstarker Unternehmen..., a.a.O., S. 2105.

46 Vgl. Deutscher Industrie- und Handelstag, Konzentration im Zwielficht, a.a.O., S. 28.

setzungen nicht erfüllen (selektiver Vertrieb).⁴⁷ Derartige Lieferverweigerungen unterliegen dem Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB, wenn

- der betr. Hersteller Normadressat des § 26 Abs. 2 GWB ist, was insbesondere dann der Fall ist, wenn der Abnehmer auf das Führen der Ware des Herstellers in seinem Sortiment angewiesen ist, um auf seinem Absatzmarkt keine Wettbewerbsnachteile zu erleiden (sortimentsbedingte Abhängigkeit)⁴⁸ und
- die Lieferverweigerung eine unbillige Behinderung darstellt, welche insbesondere dann angenommen werden kann, wenn Hersteller eine quantitative Selektion ihrer Abnehmer betreiben.⁴⁹

Ist ein Verstoß gegen das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot zu bejahen, läßt sich aus § 35 GWB i.V. mit § 26 Abs. 2 GWB ein Anspruch auf Belieferung ableiten. Die Existenz eines derartigen **Kontrahierungszwangs** ist im Rahmen der Novellierungsdiskussion auf verbreitete Kritik gestoßen:

- Die betroffenen Hersteller würden dazu gezwungen, auch nachfragemächtige Handelsunternehmen zu beliefern, wodurch der

47 Grundlegend Belke, Rolf, Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen: Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht, Tübingen 1966; Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 219 ff.; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 412 f.; Langness, Hermann, Der Kontrahierungszwang des selektiv vertreibenden Markenartikelherstellers gegenüber SB-Großhandel und SB-Warenhaus aufgrund § 26 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 GWB, Diss., Hamburg 1982.

48 Vgl. dazu und zum Unterfall der Spitzengruppenabhängigkeit die Fälle Rossignol, in: WuW/E BGH 1391 ff., 1394; Nordmende, in: WuW/E BGH 1567 ff., 1569; Modellbauartikel II, in: WuW/E BGH 1629 ff., 1631; Plaza-SB-Warenhaus, in: WuW/E BGH 1635 ff., 1636; robbe Modellsport, in: WuW/E BGH 1671 ff., 1673; Allkauf-Saba, in: WuW/E BGH 1814 ff., 1817.

49 Vgl. dazu die Fälle SB-Verbrauchermarkt, in: WuW/E BGH 1793 ff., 1796; Allkauf-Saba, in: WuW/E OLG 2217 ff., 2220.

machtbedingte Strukturwandel zu Lasten des Fachhandels beschleunigt werde.⁵⁰

- Der Lieferzwang führe zu einer unterschiedlichen Behandlung von Industrie und Handel, da ein entsprechender Bezugswang für Handelsunternehmen aufgrund der bisherigen Rechtsprechung fehle.⁵¹
- Durch den Belieferungszwang werde die Verbreitung von Lockvogelstrategien im Handel gefördert.⁵²

Es wird daher gefordert, den Kontrahierungszwang für Hersteller zu lockern bzw. zu beseitigen⁵³, wobei die bisherigen Meinungen über das Ausmaß der Lockerung divergieren. Ulmer will den Kontrahierungszwang, soweit er sich aus der sortimentsbedingten Abhängigkeit ergibt, dadurch beseitigen, indem in § 26 Abs. 2 S. 2 GWB ein Vorbehalt zugunsten der für Vertriebsbindungen

50 Vgl. Ulmer, Peter, Brauchen wir eine Kartellgesetznovelle ?, a.a.O., S. 331; Deutscher Industrie- und Handelstag, Konzentration im Zwielficht, a.a.O., S. 26 f.; Bunte, Hermann-Josef, Zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts 1985/86, in: WuW 37 (1987), S. 982 ff., 994; vgl. auch die Kritik an der Lieferpflicht auf der Grundlage des wettbewerbstheoretischen Konzepts der Chicago School von Heuchert, Karsten, a.a.O., S. 95, 110, 125.

51 Vgl. Ahlert, Dieter, Das Sondergutachten der Monopolkommission..., a.a.O., S. 555; Arndt, Helmut, Ökonomischer Maßstab und rechtlicher Ansatz der Monopolkommission, a.a.O., S. 55; Benisch, Werner, "Spiegelbild" mit Verzerrungen..., a.a.O., S. 115; Sölter, Arno, Vom Leistungswettbewerb zum Verdrängungswettbewerb: Zur ordnungspolitischen Krise der Absatzwirtschaft - Problemanalyse und Lösungsmöglichkeiten, in: DB 36 (1983), S. 1241 ff., 1241; Ulmer, Peter, Brauchen wir eine Kartellgesetznovelle ?, a.a.O., S. 331; auch der BGH ist der Auffassung, daß aus § 26 Abs. 2 GWB i.V. mit § 35 GWB kein unmittelbarer Bezugswang abgeleitet werden könne; vgl. Krankentransporte, in: WuW/E BGH 2399 ff., 2404 ff.

52 Vgl. Antrag des Landes Rheinland-Pfalz: Entschließung des Bundesrates zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), in: BRDr 576/87, S. 3.

53 Vgl. Harms, Wolfgang, Reparaturnovelle für das GWB, a.a.O., S. 157 f.; die HDE; vgl. o.V., Die Preis- und Konditionen-diskriminierung effektiver bekämpfen, in: Handelsblatt v. 5.8.1987; der Markenverband; vgl. o.V., Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen..., a.a.O., S. 199; Wissmann, Matthias, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen..., a.a.O., S. 79.

geltenden Regelungen des § 18 GWB aufgenommen werden soll.⁵⁴

Weitergehend ist ein Vorschlag des Markenverbandes, der den Kontrahierungszwang auch im Falle der mangelbedingten Abhängigkeit⁵⁵ ausgeschlossen sehen will, indem der Abhängigkeitstatbestand des § 26 Abs. 2 S. 2 GWB auf die Diskriminierung bei Preisen, Konditionen und Rabatten beschränkt wird.⁵⁶

Noch weitergehend sind schließlich die Vorschläge, die auf eine Begrenzung des Normadressatenkreises des § 26 Abs. 2 GWB auf marktbeherrschende Hersteller⁵⁷ oder auf eine Herauslösung des Kontrahierungszwangs aus dem Verbotsbereich des § 26 Abs. 2 GWB und seine Überführung in den Bereich der Mißbrauchsaufsicht⁵⁸ abzielen.⁵⁹

Fraglich ist, ob überhaupt ein Regelungsbedürfnis besteht, da die Klagen der Handelsunternehmen auf Belieferung keineswegs

54 Vgl. Ulmer, Peter, Brauchen wir eine Kartellgesetznovelle ?, a.a.O., S. 331; eine derartige Regelung hätte zur Folge, daß selektive Vertriebssysteme einer weniger strengen Prüfung hinsichtlich der Unbilligkeit unterliegen würden (vgl. dazu Immenga/Mestmäcker, § 18 Rdnr. 182 ff.) und zivilrechtliche Ansprüche auf Belieferung nicht mehr geltend gemacht werden könnten, da § 18 GWB nach h.M. kein Schutzgesetz gemäß § 35 GWB darstellt (vgl. Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 256; Immenga/Mestmäcker, § 18 Rdnr. 264 ff. m.w.N.).

55 Mangelbedingte Liefer Sperren liegen dann vor, wenn eine Selektion der Abnehmer und Reduzierung des Lieferumfangs deshalb erfolgt, weil der betr. Hersteller mit den vorhandenen Kapazitäten nicht alle Lieferwünsche erfüllen kann; vgl. dazu die Fälle AGIP II, in: WuW/E OLG 1499 ff. und Polyester-Grundstoffe, in: WuW/E BGH 1345 ff.

56 Vgl. o.V., Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen..., a.a.O., S. 199.

57 So die HDE; vgl. o.V., Die Preis- und Konditionendiskriminierung effektiver bekämpfen, in: Handelsblatt v. 5.8.1987.

58 Vgl. Benisch, Werner, "Spiegelbild" mit Verzerrungen..., a.a.O., S. 115; damit bestünde kein zivilrechtlicher Anspruch auf Belieferung mehr.

59 Ein moderater Vorschlag stammt von Harms, der die Belieferungsansprüche auf angemessene Anpassungs- oder Auslauf fristen begrenzen will; vgl. Harms, Wolfgang, Reparaturnovelle für das GWB, a.a.O., S. 158.

immer erfolgreich waren⁶⁰ und sich seit der BGH-Entscheidung im Fall Technics eine restriktivere Haltung zum Belieferungszwang abzeichnet.⁶¹ Da die bisherigen Entscheidungen zum Kontrahierungszwang v.a. die Branchen Unterhaltungselektronik und Kosmetik betrafen, wäre für den Lebensmittelhandel kein Fortschritt im Hinblick auf die Lösung des Konzentrationsproblems zu erreichen.

Mit der Abschaffung des Kontrahierungszwangs wäre auch deshalb nichts gewonnen, weil die Hersteller nachfragemächtige Handelsunternehmen auch ohne das Bestehen eines Kontrahierungszwangs beliefern würden, da viele Hersteller aus ökonomischen Gründen im Sortiment dieser Händler vertreten sein müssen. Vielmehr bestünde die Gefahr, daß ohne den Kontrahierungszwang das seit 1973 geltende Verbot der Preisbindung der 2. Hand umgangen wer-

60 Eine Lieferverpflichtung wurde beispielsweise **abgelehnt** in den Fällen Dental-Versand, in: WuW/E OLG 3899 ff.; Metro-Irisette, in: WuW/E OLG 2997 ff.; Modellbauartikel III, in: WuW/E BGH 1995 ff.; Revell Plastics, in: WuW/E BGH 1620 ff.; Technics, in: WuW/E BGH 2125 ff.; Blaupunkt, in: WuW/E OLG 4047 ff.;

eine Lieferpflicht wurde **bejaht** in den Fällen Märklin, in: WuW/E OLG 3501 ff.; Rossignol, in: WuW/E BGH 1391 ff.; SB-Verbrauchermarkt, in: WuW/E BGH 1793 ff.; adidas, in: WuW/E BGH 1885 ff.; Saba-Primus, in: WuW/E OLG 3784 ff.; Remissionsquote, in: WuW/E OLG 4038 ff.

61 Eine Abhängigkeit sei nur anzunehmen, wenn der Händler von der Belieferung mit **allen** Marken einer Spitzengruppe von Herstellern abhängig sei, was eine "nur in Ausnahmefällen anzunehmende Sondersituation" darstelle; vgl. Technics, in: WuW/E BGH 2125 ff., 2128; die bisherige Praxis ging dahin, eine Abhängigkeit schon dann zu bejahen, wenn ein Händler auf die Markenware **eines oder mehrerer** zur Spitzengruppe gehörenden Lieferanten angewiesen ist; vgl. Markert, Kurt, Der gegenwärtige Stand der Rechtsprechung zur Anwendung des § 26 Abs. 2 GWB auf Vertriebsselektionen von Markenartikelherstellern, in: Selektiver Vertrieb und SB-Warenhäuser: Der Beitrag des Kartellrechts für den Zugang neuer Handelsformen zum Markenartikelvertrieb - Eine Zwischenbilanz -, hrsg. von Ulrich Immenga u.a., Frankfurt/M. 1982, S. 23 ff., 30.

den würde.⁶² Nach alledem besteht kein Anlaß, einer Gesetzesänderung, die auf eine Lockerung oder sogar Abschaffung des Kontrahierungszwangs abzielt, zuzustimmen.⁶³

Im folgenden sollen die Konsequenzen der in Abschnitt a) dargelegten Novellierungsvorschläge zur Marktbeherrschung von Nachfragern für die Fusionskontrolle im Handel analysiert werden.

e) Exkurs: Verbesserung der Fusionskontrolle im Handel

Im Abschnitt a) wurde darauf hingewiesen, daß der Vorschlag von Ulmer, die Marktbeherrschung von Nachfragern im Handel durch vertikale Abhängigkeitsverhältnisse zu definieren, für die Mißbrauchsaufsicht i.S. des § 22 GWB keinen Regelungsfortschritt bedeuten würde, da der Abhängigkeitstatbestand bereits in § 26 Abs. 2 GWB geregelt ist.

Im Hinblick auf die Fusionskontrolle würde der Vorschlag von Ulmer jedoch eine indirekte Abkopplung von der Marktbeherrschung für den Bereich des Handels zur Folge haben. Das Eingreifkriterium für die Fusionskontrolle würde damit faktisch abgesenkt werden, wodurch eine weitere Verstärkung der Konzentration im Handel vermieden werden könnte. Eine derartige Absenkung des Eingreifkriteriums der Fusionskontrolle würde be-

62 Mit der Einführung des § 26 Abs. 2 S. 2 GWB beabsichtigte der Gesetzgeber, dem Bestreben von Markenartikelherstellern Grenzen zu setzen, durch selektiven Vertrieb die Einhaltung der empfohlenen Verkaufspreise sicherzustellen; vgl. Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von den Fraktionen der SPD, FDP eingebrachten Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 7/765, S. 10; die Vorschläge zur Abschaffung des Kontrahierungszwangs werden durch die gleichzeitige Forderung nach Abschaffung des Preisbindungsverbots enttarnt; vgl. Sölter, Arno, Vom Leistungswettbewerb zum Verdängungswettbewerb..., a.a.O., S. 1243.

63 So auch Geberth, Rolf, und Thomas Janicki, a.a.O., S. 460; Markert, Kurt, Haben das Preisbindungsverbot und der Kontrahierungszwang für Markenartikel die Konzentration im Handel gefördert?, in: WuW 35 (1985), S. 845 ff., 847; Markert, Kurt, Brauchen wir eine Kartellnovelle?, a.a.O., S. 184; Schlecht, Otto, Ein neuer Ordnungsrahmen für dynamischen Wettbewerb?, a.a.O., S. 44.

wirken, daß der Spitzengruppe der Unternehmen im Lebensmittelhandel (Aldi, Coop, Rewe, Asko, Metro und Tengelmann) ein weiteres externes Wachstum verwehrt werden könnte.

Fraglich ist indes, ob eine allein auf den Handel bezogene Marktbeherrschungsdefinition nicht einer materiellen Sektoralisierung des GWB Vorschub leistet. Eine Rechtfertigung mit dem Hinweis auf die Pressefusionskontrolle⁶⁴ ist nicht ohne weiteres möglich. Im Pressebereich ist das Problem der Aufrechterhaltung der Meinungsvielfalt auf eng abgegrenzten räumlichen Märkten (systematischer Aufkauf von Lokalzeitungen durch den Springer-Konzern) mit Hilfe der Nicht-Anwendbarkeit der Anschlußklausel des § 24 Abs. 8 Nr. 2 GWB (Mindestumsatz von 4 bzw. 50 Mio. DM) gelöst worden, ohne daß das Eingreifkriterium der Fusionskontrolle geändert worden ist.

Eine Gemeinsamkeit zwischen der Presse- und der Handelsfusionskontrolle besteht allerdings darin, daß auch auf den Absatzmärkten des Handels eine enge räumliche Marktabgrenzung notwendig ist. Im Hinblick auf die Versorgung der Verbraucher können damit bereits Kleinstfusionen ein wettbewerbspolitisches Problem darstellen. Eine adäquate Lösung dieses Problems kann jedoch nicht in einer auf den Handel bezogenen Nicht-Anwendbarkeit der Anschlußklausel des § 24 Abs. 8 Nr. 2 GWB bestehen, da eine derartige Regelung die Kartellbehörden angesichts der Vielzahl lokaler Handelsmärkte vor unlösbare praktische Hindernisse stellen würde. Eine wirksame Kontrolle auch kleinerer Fusionen im Handel ist daher nur durch eine Absenkung des Eingreifkriteriums möglich.

Nach der Darstellung der Novellierungsvorschläge hinsichtlich der materiell-rechtlichen Regelungen sollen im folgenden Abschnitt Änderungsmöglichkeiten der verfahrensrechtlichen Bestimmungen untersucht werden.

⁶⁴ Vgl. zu den diesbezüglichen Regelungen in den §§ 23 Abs. 1 S. 7 und 24 Abs. 9 GWB Möschel, Wernhard, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, a.a.O., S. 512; Immenga/Mestmäcker, § 24 Rdnr. 135 f.

2. Vorschläge für eine Novellierung der verfahrensrechtlichen Regelungen

Im Gegensatz zu den im letzten Abschnitt dargelegten Änderungsvorschlägen zu den materiell-rechtlichen Regelungen des GWB sind Vorschläge zu einer Verbesserung der verfahrensrechtlichen Regelungen⁶⁵ im Rahmen der gegenwärtigen Novellierungsdiskussion nur am Rande anzutreffen. Vor dem Hintergrund des Roß-und-Reiter-Problems ist allerdings nicht auszuschließen, daß die Novellierung einzelner verfahrensrechtlicher Regelungen einen Beitrag zu einer verbesserten Erfassung von Nachfragemacht leisten kann. Die Scheu mancher Hersteller, den Kartellbehörden und Gerichten Roß und Reiter zu nennen, beruht nicht nur auf der Angst vor Repressalien der jeweiligen Abnehmer⁶⁶, sondern ist auch darauf zurückzuführen, daß der Ausgang des Verwaltungsverfahrens oder des Zivilverfahrens für die Betroffenen in einigen Fällen aus verfahrensrechtlichen Gründen wenig erfolgversprechend ist.⁶⁷ Außerdem dient ein verbessertes verfahrensrechtliches Instrumentarium einer effektiveren Durchsetzung der materiell-rechtlichen Bestimmungen des Kartellrechts. Im folgenden soll daher über Verbesserungsmöglichkeiten in den Berei-

65 Das Sanktionssystem des GWB ist im Unterschied zu dem des UWG dreispurig aufgebaut; vgl. dazu Emmerich, Volker, Kartellrecht, a.a.O., S. 333 ff.; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 697 ff.; Rittner, Fritz, a.a.O., S. 401 ff.; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 162 f.; neben dem kartellbehördlichen Bußgeldverfahren (§§ 38, 39 GWB) und dem kartellbehördlichen Verwaltungsverfahren (insbesondere das Untersagungsverfahren nach § 37 a GWB und das Mißbrauchsverfahren v.a. nach § 22 GWB) sind private Schadensersatz- und Unterlassungsklagen möglich; zivilrechtliche Ansprüche können nur bei Verletzung einer Vorschrift oder rechtskräftigen Verfügung geltend gemacht werden, die den Schutz eines anderen bezweckt (Schutzgesetz i.S. des § 35 GWB).

66 Ein ausreichender Schutz des Klägers vor heimlichen oder offenen Repressalien des Beklagten durch § 38 Abs. 1 Ziff. 9 GWB ist wegen des Nachweisproblems kaum möglich; die Vorschrift findet in der Praxis daher kaum Anwendung; vgl. Immenga/Mestmäcker, § 38 Rdnr. 110.

67 Ähnlich Steindorff, Ernst, Gesetzgeberische Möglichkeiten zu verbesserter Durchsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: ZHR 138 (1974), S. 504 ff., 526.

chen des Verwaltungsverfahrens und des Zivilverfahrens nachgedacht werden, wobei kein Anspruch auf Vollständigkeit der Vorschläge erhoben wird.

a) Verbesserungsmöglichkeiten im Bereich des Verwaltungsverfahrens

Im folgenden sollen zwei Verbesserungsmöglichkeiten im Bereich des Verwaltungsverfahrens diskutiert werden:

- Die im Rahmen der gegenwärtigen Novellierungsdiskussion geforderte Beweiserleichterung durch Zulassung anonymisierter Daten und
- die schon früher erhobene Forderung nach Erweiterung der Auskunftsbefugnisse der Kartellbehörden durch das Recht zur Durchführung von Sektorenuntersuchungen.

aa) Beweiserleichterung durch Zulassung anonymisierter Daten im Verwaltungsverfahren

Der Fall Coop-Wandmaker⁶⁸ hat folgendes verfahrensrechtliche Problem deutlich werden lassen:⁶⁹ Durch einen Auskunftsbeschluss des Kammergerichts veranlaßt, hat das Bundeskartellamt im Beschwerdeverfahren zusätzlich Daten zu Marktanteilen, Bezugsanteilen, Angebotsanteilen und Konditionen ermittelt und diese in aggregierter Form dem Kammergericht vorgelegt. Die Beschwerdeführer haben die Richtigkeit dieser Berechnungen angezweifelt und eine Offenlegung der Einzeldaten gefordert, was vom Bundeskartellamt mit dem Hinweis auf die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen abgelehnt worden ist. Das Kammergericht hat daraufhin die Verwertung derartiger anonymisierter Daten in der vorliegenden Entscheidung abgelehnt.⁷⁰

68 Vgl. Coop-Wandmaker, in: WuW/E OLG 3917 ff.

69 Vgl. Coop-Wandmaker, in: WuW/E OLG 3917 ff., 3929 ff.

70 Vgl. schon den Fall Hussel-Mara, in: WuW/E OLG 3577 ff., 3589.

Diese Vorgehensweise ist der Anlaß für die Forderung, die Beweiswürdigung im Beschwerdeverfahren durch die Verwendung anonymisierter Daten zu erleichtern.⁷¹ Unbestreitbar ist, daß die Kartellbehörde gemäß § 71 Abs. 2 S. 2 GWB die Zustimmung zur Einsicht in ihre Unterlagen versagen kann, soweit dies zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen geboten ist.⁷² Fraglich ist indes, ob diese Unterlagen der Entscheidung des Beschwerdegerichts zugrundegelegt werden dürfen.

Das Kammergericht verneint die Verwertbarkeit anonymisierter Daten als Beweismittel mit dem Hinweis auf § 70 Abs. 1 S. 2 GWB, nach dem der Beschluß des Beschwerdegerichts nur auf Tatsachen und Beweismittel gestützt werden darf, zu denen sich die Verfahrensbeteiligten äußern konnten.⁷³ Das Bundeskartellamt ist demgegenüber der Auffassung, daß die Verwendung anonymisierter Daten durch die **Einsichtnahme des Kammergerichts** in die geheimen Unterlagen möglich sei.⁷⁴ Trage das Kammergericht die Erkenntnisse dieser Einsichtnahme den Verfahrensbeteiligten ihrem Inhalt nach, also in anonymisierter Form vor, könnten diese Erkenntnisse gemäß § 71 Abs. 2 S. 3 GWB⁷⁵ als Beweismittel verwendet werden. Nach Ansicht des Kammergerichts verstieße ein derartiges Vorgehen gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs des Art. 103 Abs. 1 Grundgesetz und widerspräche der Regelung des § 70 Abs. 1 S. 2 GWB, aus der sich allein die pro-

71 Vgl. Ulmer, Peter, Brauchen wir eine Kartellgesetznovelle ?, a.a.O., S. 335; Deutscher Industrie- und Handelstag, Konzentration im Zwielficht, a.a.O., S. 31; die Bundesvereinigung der Deutschen Ernährungsindustrie; vgl. o.V., Einführung neuer Vermutungskriterien für die Marktbeherrschung im Handel, in: Handelsblatt v. 4.11.1987; schon früher OECD, Buying Power..., a.a.O., S. 95.

72 Vgl. dazu Wieckmann, Hans-Joachim, Akteneinsicht und Wahrung von Geschäftsgeheimnissen im Kartellverwaltungsverfahren, in: WuW 33 (1983), S. 13 ff., 15 ff.

73 Vgl. Coop-Wandmaker, in: WuW/E OLG 3917 ff., 3930.

74 Vgl. Coop-Wandmaker, in: WuW/E OLG 3917 ff., 3929.

75 Zum Verwertungsverbot des § 71 Abs. 2 S. 3 GWB vgl. Wieckmann, Hans-Joachim, a.a.O., S. 18; Immenga/Mestmäcker, § 71 Rdnr. 11.

zessualen Auswirkungen der Geheimhaltung von Unterlagen er-
gäben.⁷⁶

Als Alternative schlägt das Bundeskartellamt die Einschaltung eines **unparteiischen Sachverständigen** vor, welcher die Richtigkeit der Berechnungen zu prüfen habe, wenn man aggregierte Daten nicht als Beweis gelten lasse.⁷⁷ Auch dagegen wendet sich das Kammergericht. Ein Sachverständiger müsse die Grundlagen seines Gutachtens so weit offenlegen, daß es die Beteiligten und das Gericht auf Schlüssigkeit und Richtigkeit hin überprüfen könnten. Entbände man ihn von dieser Verpflichtung - was aus Geheimhaltungsgründen gerade notwendig wäre - übertrüge man ihm praktisch die Entscheidung des Verfahrens. Dies bedeute eine unzumutbare Einschränkung der Verfahrensrechte der Beteiligten.⁷⁸

De lege lata sind die Ausführungen des Kammergerichts wohl nicht zu bezweifeln. Fraglich ist indes, ob das Kammergericht den Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Rahmen des § 70 Abs. 1 S. 2 GWB nicht zu eng auslegt. Erfolgt eine Güterabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der ordnungsgemäßen

76 Vgl. Coop-Wandmaker, in: WuW/E OLG 3917 ff., 3930 f.; ähnlich auch Berg, Christine, Geschäftsgeheimnisse, Akteneinsicht und Drittbeteiligung im Kartellverwaltungs- und -beschwerdeverfahren, Diss., Berlin 1984, S. 61.

77 Vgl. Coop-Wandmaker, in: WuW/E OLG 3917 ff., 3929; Deutscher Industrie- und Handelstag, Konzentration im Zwielficht, a.a.O., S. 31; Schultz, Klaus-Peter, Geschäftsgeheimnisse in Kartellverwaltungssachen - zugleich eine Anmerkung zu dem Beschluß des Kammergerichts v. 5. November 1986 -, in: Computer und Recht 3 (1987), S. 489 ff.; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 71 Rdnr. 9; Werner, Rosemarie, Der Konflikt zwischen Geheimnisschutz und Sachaufklärung im Kartellverfahren, in: Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht: Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes, hrsg. von Otto Friedrich Freiherr von Gamm u.a., Köln u.a. 1988, S. 821 ff., 834 ff.

78 Vgl. Coop-Wandmaker, in: WuW/E OLG 3917 ff., 3931; so auch Wieckmann, Hans-Joachim, a.a.O., S. 24; Rosener, Wolfgang, Tatsächliche Ermittlungen und Erfahrungssätze im Kartellverwaltungs-Gerichtsverfahren, in: WuW 34 (1984), S. 687 ff., 693.

Durchführung eines kartellbehördlichen Untersagungsverfahrens und dem Geheimhaltungsinteresse der Verfahrensbeteiligten, ist eine Einschränkung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs nicht prinzipiell ausgeschlossen.⁷⁹ Jedenfalls in den Fällen, in denen die materiell richtige Entscheidung eines Falles nicht allein und ausschließlich von der Verwertbarkeit von Geschäftsgeheimnissen abhängt, sollte die Verwendung anonymisierter Daten als zusätzliches Beweismittel zur Klärung strittiger Fragen und ihre Überprüfung durch einen Sachverständigen zugelassen werden. Damit wird dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ausreichend Rechnung getragen. Die Einschaltung eines Sachverständigen bewirkt dann keine unzumutbare Einschränkung der Verfahrensrechte der Beteiligten, weil der Ausgang des Verfahrens nicht allein und ausschließlich von dem Vortrag des Sachverständigen abhängt.

Schließlich würde eine generelle Nichtzulassung anonymisierter Daten im Beschwerdeverfahren eine Einschränkung der Auskunftsbefugnisse der Kartellbehörden nach § 46 GWB bewirken. Es bestünde die Gefahr, daß Unternehmen die Auskunft mit der Begründung verweigern könnten, die geforderten Daten seien nicht verfahrensrelevant, weil sie im Beschwerdeverfahren nicht verwertet werden könnten.⁸⁰ Das kartellbehördliche Auskunftsverlangen wäre damit überflüssig, wenn die geheimen Unterlagen nicht in anonymisierter Form der Entscheidung des Beschwerdegerichts zugrundegelegt werden könnten.

§ 71 Abs. 2 GWB sollte daher um folgenden Satz 4 ergänzt werden:

Der Inhalt dieser Unterlagen gilt als vorgetragen, wenn er in aggregierter Form vorgelegt und durch einen gerichtlich verei-

⁷⁹ Vgl. Schultz, Klaus-Peter, a.a.O., S. 493 ff.

⁸⁰ Vgl. dazu den Fall Auskunftspflicht von Mitgliedern eines Oligopols - keine Berufung auf Geheimnisschutz, in: WuW/E OLG 3721 ff., 3725.

digten Sachverständigen auf seine Richtigkeit hin überprüft worden ist.

Im folgenden soll untersucht werden, inwieweit ein verfahrensrechtlicher Regelungsfortschritt durch eine Erweiterung der Auskunftsbefugnisse der Kartellbehörden erzielt werden kann.

bb) Erweiterung der Auskunftsbefugnisse der Kartellbehörden durch Sektorenuntersuchungen

Die in § 46 GWB geregelten Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden⁸¹ stellen nach allgemeiner Auffassung ein geeignetes Mittel zur Entschärfung des Roß-und-Reiter-Problems dar, da Auskunftsverpflichtungen eine Vielzahl von Wettbewerbern treffen würden und diese damit vor individuellen Reaktionen der Marktgegenseite weitgehend sicher seien.⁸² Novellierungsvorschläge werden in diesem Bereich somit nicht vorgelegt. Dennoch eignet sich das Auskunftsrecht der Kartellbehörden nur beschränkt zur umfassenden Aufklärung eines Sachverhalts.⁸³ Die den Kartellbehörden nach § 46 GWB zustehenden Befugnisse reichen nur soweit, als sie zur Erfüllung der den Kartellbehörden übertragenen Aufgaben erforderlich sind (§ 46 Abs. 1 S. 1 GWB). Voraussetzung eines Auskunftsbeschlusses ist, daß ein mit vertretbaren Argumenten belegbarer Verdacht hinsichtlich eines

81 Den Kartellbehörden stehen nach § 46 GWB ein Auskunftsrecht, ein Einsichts- und Prüfungsrecht sowie ein Durchsuchungsrecht zu; daneben bedienen sich die Kartellbehörden sog. formloser Auskunftsersuchen; vgl. dazu Reuter, Alexander, Informale Auskunftsbiten der Kartellbehörden - Praxis contra legem ?, in: WuW 36 (1986), S. 93 ff.; zu den rechtsstaatlichen Anforderungen an das Auskunftsverlangen Lupberger, Dirk R., Auskunfts- und Prüfungsverfahren der Kartellbehörden gegen Unternehmen und verfassungsrechtlicher Datenschutz, Köln u.a. 1987.

82 Vgl. Schultes, Werner, Erfahrungen bei der Mißbrauchsaufsicht..., a.a.O., S. 753.

83 Vgl. allgemein Braun, Thomas, a.a.O., S. 109 ff.; OECD, Buying Power..., a.a.O., S. 95.

Tatbestandes besteht, aufgrund dessen die Behörde zum Eingreifen berechtigt ist.⁸⁴

Eine vollständige Erfassung der Wettbewerbsverhältnisse in bestimmten Branchen ist durch das Auskunftsverlangen der Kartellbehörden nur unzureichend möglich. Dieses Problem wird im Zusammenhang mit der Wettbewerbssituation im Handel offenkundig. Beispielsweise wäre es notwendig, die in der Literatur dargestellten Besonderheiten des Nachfragerwettbewerbs empirisch zu prüfen und die Erkenntnisse dieser Untersuchungen entsprechenden Verfahren zugrunde zu legen. Außerdem stünde dem Gesetzgeber durch ein umfassendes Auskunftsrecht der Kartellbehörden im Hinblick auf Novellierungsvorhaben eine weitere Informationsquelle zur Verfügung. Schließlich könnte die Gefahr von Wettbewerbsbeschränkungen durch die mit der erhöhten Publizität verbundenen Abschreckungswirkung reduziert werden.

Ein derartiges umfassendes Auskunftsverlangen ist durch § 46 GWB allerdings nicht legitimiert, da diese Vorschrift den Kartellbehörden kein allgemeines Enquête-Recht gewährt.⁸⁵ Es erscheint daher angebracht, den Kartellbehörden nach dem Vorbild eines früheren Vorschlags der Monopolkommission das **Recht zur**

84 Vgl. Schultes, Werner, Erfahrungen bei der Mißbrauchsaufsicht..., a.a.O., S. 751 ff.; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 692 f.; Immenga/Mestmäcker, § 46 Rdnr. 14 ff.; Albrecht, Wolfgang, Auskunftsersuchen im Verfahren nach § 22 ff. GWB, in: WuW 32 (1982), S. 836 ff., 837; Metro-Kaufhof, in: WuW/E OLG 2433 ff., 2435 ff.; allerdings muß die Kartellbehörde kein vollständig materiell-rechtliches Konzept und keine abschliessende Beweiswürdigung (wie im Untersagungsverfahren) vorlegen.

85 Vgl. Albrecht, Wolfgang, a.a.O., S. 836; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 692; Immenga/Mestmäcker, § 46 Rdnr. 4.

Durchführung von Sektorenuntersuchungen einzuräumen.⁸⁶ In das GWB sollte als neuer § 46 a GWB folgender Passus aufgenommen werden:

Lassen in einem Wirtschaftszweig die Entwicklung der Marktstrukturen oder bestimmte Verhaltensweisen der Marktteilnehmer vermuten, daß der Wettbewerb in dem betreffenden Wirtschaftszweig gegenwärtig beschränkt ist oder mit hoher Wahrscheinlichkeit zukünftig beschränkt sein wird, so können die Kartellbehörden beschließen, eine allgemeine Untersuchung dieses Wirtschaftszweigs durchzuführen. Im Rahmen dieser Untersuchung sind sie berechtigt, von den diesem Wirtschaftszweig angehörenden Unternehmen alle Auskünfte zu verlangen, die zur Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse in diesem Wirtschaftszweig erforderlich sind.

Im Unterschied zu dem Vorschlag der Monopolkommission⁸⁷ enthält die vorliegende Fassung des § 46 a GWB keinen Hinweis auf Marktergebniskriterien ("Preisbewegungen"), die nach dem von uns verwandten Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs nur in Ausnahmefällen ein Indiz für die Existenz von Wettbewerbsbeschränkungen sein können. Die Entwicklung von Marktstrukturen und Verhaltensweisen stellen einen geeigneteren Ansatz dar. Schließlich halten wir es für erforderlich, daß die Kartellbehörden zur Durchführung von Sektorenuntersuchungen auch dann berechtigt sind, wenn der Wettbewerb in dem betreffenden Wirtschaftszweig zwar nicht gegenwärtig beschränkt ist, aber zu-

⁸⁶ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 1, a.a.O., Tz. 71 und wiederum ergänzt im Hinblick auf das Problem der Nachfragemacht Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 23; bejahend Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 102 f.; Vorbild dieses Vorschlags ist Art. 12 der VO Nr. 17 des Ministerrats der EG vom 6.2.1962; vgl. dazu Mestmäcker, Ernst-Joachim, Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1974, S. 609 ff. und Jansen, Bernd, Ermittlungsbefugnisse der EG-Kommission nach der Verordnung Nr. 17, Referat anlässlich der FIW-Informationstagung am 22. und 23. September 1987 in Brüssel, Köln 1987.

⁸⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 1, a.a.O., Tz. 72 und Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 23.

künftig beschränkt sein könnte. Damit kann der Wettbewerbssituation im Handel Rechnung getragen werden.

Wie das zivilrechtliche Verfahren für die Entschärfung des Roß- und-Reiter-Problems und für eine effektivere Durchsetzung des Kartellrechts nutzbar gemacht werden kann, soll im folgenden Abschnitt dargestellt werden.

b) Verbesserungsmöglichkeiten im Bereich des Zivilverfahrens

Rechtsvergleichende Untersuchungen insbesondere im Hinblick auf das US-amerikanische Antitrustrecht zeigen, daß das Instrument der Zivilklage im Kartellrecht eine Intensivierung der Rechtsdurchsetzung, eine Förderung der Rechtsfortbildung und eine Mobilisierung des Selbsthilfewillens der Betroffenen bewirken kann.⁸⁸ Änderungen im Bereich des Zivilverfahrens sind daher immer wieder Gegenstand früherer Novellierungsvorschläge gewesen. Im Hinblick auf unseren Untersuchungsgegenstand sollen

88 Vgl. Linder, Ludwig, Privatklage und Schadensersatz im Kartellrecht: Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und amerikanischen Recht, Baden-Baden 1980, S. 37 ff.; Steindorff, Ernst, a.a.O.; Möschel, Wernhard, Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen: Eine vergleichende Untersuchung zum Recht der USA, Großbritanniens, der EWG und der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1974, S. 211; Immenga/Mestmäcker, § 35 Rdnr. 12 ff.; allerdings sind mit dem Instrument der Privatklage auch Nachteile wie die zunehmende Arbeitsbelastung der Gerichte und Mißbrauchsgefahren verbunden; vgl. dazu Linder, Ludwig, a.a.O., S. 59 ff.

zwei Vorschläge herausgegriffen werden:⁸⁹

- Die aktuelle Forderung nach einer partiellen Beweislastumkehr im Rahmen des neuen § 26 Abs. 4 GWB (§ 37 a Abs. 3 GWB a.F.) und
- die frühere Forderung nach Anerkennung des § 22 GWB als Schutzgesetz i.S. des § 35 GWB.

⁸⁹ Weitere Vorschläge, die aus Platzgründen hier nicht untersucht werden können, sind:

- Erlaß von Schadensersatzverfügungen zugunsten Privater durch die Kartellbehörden; vgl. Steindorff, Ernst, a.a.O., S. 526 f.; Linder, Ludwig, a.a.O., S. 148 ff.;
- Erhöhung des Schadensersatzes nach dem Vorbild der US-amerikanischen treble damage suits; vgl. Schmidt, Ingo, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 389 f.; kritisch Schmidt, Karsten, Kartellverfahrensrecht - Kartellverwaltungsrecht - Bürgerliches Recht: Kartellrechtspflege nach deutschem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln u.a. 1977, S. 329 ff.;
- Ausweitung der Verbandsklagebefugnis gemäß § 35 Abs. 3 GWB nach dem Vorbild des § 13 UWG (Verbandsklagebefugnis auch dann, wenn kein Verbandsmitglied rechtserheblich betroffen ist); vgl. Immenga/Mestmäcker, § 35 Rdnr. 109; Schmidt, Ingo, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 390; Schmidt, Karsten, Aufgaben und Leistungsgrenzen der Gesetzgebung im Kartelldeliktsrecht: Eine rechtspolitische Studie zu den außerstrafrechtlichen Sanktionen im GWB, Baden-Baden 1978, S. 46; Linder, Ludwig, a.a.O., S. 132 ff.; Wolf, Manfred, Die Klagebefugnis der Verbände: Ausnahme oder allgemeines Prinzip?, Tübingen 1971, S. 24; Urbanczyk, Reinhard, Zur Verbandsklage im Zivilprozeß, Köln u.a. 1981, S. 74 f.;
- Private Antragsrechte zur Einleitung eines Mißbrauchsverfahrens (Ergänzung des § 51 GWB); vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 1, a.a.O., Tz. 64; Schmidt, Karsten, Aufgaben und Leistungsgrenzen der Gesetzgebung im Kartelldeliktsrecht..., a.a.O., S. 90; Schmidt, Ingo, Hauptprobleme der vierten GWB-Novelle, in: Wirtschaftsdienst 58 (1978), S. 71 ff., 76.

aa) Partielle Beweislastumkehr im Zivilverfahren

Für die Frage der Beweislast⁹⁰ in kartellrechtlichen Zivilverfahren⁹¹ gilt folgender Grundsatz:

"Wer im Wege der Unterlassungs- oder Schadensersatzklage gegen einen GWB-Verstoß vorgeht, muß alle Tatsachen beibringen und im Streitfall beweisen, aus denen sich der Verstoß ergibt."⁹²

Im Zivilverfahren beispielsweise nach § 26 Abs. 2 und 3 GWB i.V. mit § 35 Abs. 1 GWB trägt das diskriminierte oder behinderte Unternehmen als Kläger die Beweislast für das Vorliegen der Normadressatenvoraussetzungen und für den Tatbestand des gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehrs. Der Kläger muß darüber hinaus auch das Vorliegen einer unbilligen Behinderung nachweisen, während die sachliche Rechtfertigung der Diskriminierung durch den Beklagten dargelegt werden muß.⁹³

90 Gemeint ist hier die **subjektive oder formelle** Beweislast, die die Frage beantwortet, welche Partei ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal beweisen muß; davon zu unterscheiden ist die sog. **objektive oder materielle** Beweislast, die regelt, zu wessen Nachteil es ausschlägt, wenn eine Tatsachenbehauptung im Prozeß unbewiesen geblieben ist, das Gericht sich also weder vom Bestehen noch vom Nichtbestehen eines Sachverhalts hat überzeugen können; vgl. dazu Prütting, Hanns, Gegenwartsprobleme der Beweislast: Eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht, München 1983, S. 6; Musielak, Hans-Joachim, und Max Stadler, Grundfragen des Beweisrechts: Beweisaufnahme - Beweismwürdigung - Beweislast, München 1984, S. 102 ff.

91 Die Beweislast im Untersagungsverfahren nach § 26 Abs. 2 und 3 GWB trägt grundsätzlich die Kartellbehörde (Amtsermittlungsprinzip gemäß § 54 Abs. 1 GWB); vgl. Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 296; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 418; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 54 Rdnr. 1.

92 Schmidt, Karsten, Aufgaben und Leistungsgrenzen der Gesetzgebung im Kartelldeliktsrecht..., a.a.O., S. 111.

93 Vgl. Nordmende, in: WuW/E BGH 1567 ff., 1570; Vermittlungsprovision für Flugpassagen, in: WuW/E BGH 1200 ff., 1202; Rinderbesamung II, in: WuW/E BGH 863 ff., 869 f.; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 405 f.; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 26 Rdnr. 203; anders jedoch Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 306 und 343.

Die beschriebene Darlegungslast des privaten Klägers, dem die umfassenderen Auskunftsrechte der Kartellbehörden gemäß § 46 GWB nicht zustehen, könnte dazu führen, daß von einer Klage Abstand genommen wird. Dieses Problem mag Ulmer dazu bewogen haben, im Zuge der Integrierung des zu vereinfachenden § 37 a Abs. 3 GWB in § 26 GWB als neuen Absatz 4 eine partielle Beweislastumkehr zu fordern. Es solle zwar keine generelle Beweislastumkehr, aber eine **Beweislastumkehr bei Unternehmensinterna** erfolgen, während der Nachweis der sonstigen Verstoßvorsatzungen Sache des Klägers bleibe.⁹⁴ Im Falle von Verkäufen unter dem Einstandspreis solle der Kläger zwar den Nachweis erbringen, daß sein Einstandspreis der betreffenden Ware über dem Verkaufspreis des Beklagten liege, der Beklagte hätte aber den Beweis darüber zu führen, daß der niedrigere Verkaufspreis durch Sonderkonditionen seines Lieferanten gerechtfertigt sei.⁹⁵

Harms möchte diese Regelung als Satz 2 in den neuen § 26 Abs. 4 GWB aufnehmen:

"Wenn ein Angebots- oder Abgabepreis niedriger ist als der Preis, zu dem einem Wettbewerber dieselbe Ware oder Leistung von demselben oder einem vergleichbaren Unternehmen angeboten oder abgegeben wurde, ist im Zweifel anzunehmen, daß er unter den Selbstkosten liegt."⁹⁶

Auch hier ist allerdings fraglich, ob überhaupt ein Regelungs-

94 Vgl. Ulmer, Peter, Brauchen wir eine Kartellgesetznovelle ?, a.a.O., S. 335; Beweiserleichterungen ließen sich allerdings auch dadurch erreichen, daß Verstöße oder Verhaltensweisen, die zu rechtskräftigen Verfügungen oder Urteilen in Untersuchungsverfahren geführt haben, als prima facie-Beweis (Anscheinsbeweis) in Zivilverfahren verwendet werden können; vgl. dazu den früheren Vorschlag von Schmidt, Ingo, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 389 f.; kritisch aber Schmidt, Karsten, Aufgaben und Leistungsgrenzen der Gesetzgebung im Kartelldeliktsrecht..., a.a.O., S. 115.

95 Vgl. Ulmer, Peter, Brauchen wir eine Kartellgesetznovelle ?, a.a.O., S. 335.

96 Harms, Wolfgang, Reparaturnovelle für das GWB, a.a.O., S. 157.

bedürfnis besteht. Nach verbreiteter Ansicht stellt das heutige Zivilprozeßrecht bereits in Rechnung, daß die reguläre Beweislastverteilung nur insoweit gilt, als die darzulegenden Tatsachen zum Wissenskreis des Klägers gehören.⁹⁷ Den Beklagten trifft die Beweislast damit hinsichtlich aller Tatsachen, die dem Kläger objektiv nicht zugänglich sind, wozu beispielsweise auch die Unternehmensinterna des Beklagten gehören.

Nun könnte man daran denken, diese Beweislastgrundsätze lediglich zur Klarstellung im GWB zu normieren. Dagegen spricht allerdings, daß sich im Einzelfall nur schwer nachweisen läßt, welche Tatsachen zum Wissenskreis des Klägers gehören und welche ihm objektiv verborgen bleiben, weil sie Geschäftsgeheimnisse des Beklagten darstellen.⁹⁸

Schließlich sprechen wettbewerbpolitische Gründe gegen derartige Regelungen. Dies wird besonders deutlich an Vorschlägen, Beweiserleichterungen dadurch zu schaffen, daß Lieferanten zur

97 Vgl. Rinderbesamung II, in: WuW/E BGH 863 ff., 869 f.; Schmidt, Karsten, Aufgaben und Leistungsgrenzen der Gesetzgebung im Kartelldeliktsrecht..., a.a.O., S. 113; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 406; auch in UWG-Prozessen gilt, daß die Beweislast dann den Beklagten trifft, wenn der Kläger keine Möglichkeit hat, den Sachverhalt von sich aus aufzuklären, der Beklagte dagegen leicht zur Aufklärung beitragen kann; vgl. Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG Rdnr. 362; zu diesbezüglichen Regelungen im amerikanischen Antitrustrecht vgl. Steindorff, Ernst, a.a.O., S. 512.

98 An diesen Abgrenzungsschwierigkeiten setzt auch die rechtswissenschaftliche Kritik derartiger Sphärentheorien an, welche nach h.M. abgelehnt werden; Prütting, Hanns, a.a.O., S. 215 ff.; Musielak, Hans-Joachim, und Max Stadler, a.a.O., S. 127 ff.

Offenlegung von Konditionen verpflichtet werden.⁹⁹ Derartige Regelungen hätten den Charakter staatlich verordneter Preismeldestellen, die vorstoßenden Wettbewerb unmöglich machen und zu einer Erstarrung des Preis- und Konditionengefüges führen würden. Außerdem würde die Kartellbehörden die Überprüfung der Einhaltung der offengelegten Konditionen vor nahezu unlösbare praktische Probleme stellen. Eine gesetzliche Verpflichtung zur Einhaltung der offengelegten Konditionen würde eine staatliche Preiskontrolle bewirken. Schließlich bedeutet Preis- und Konditionentransparenz, daß nachfragemächtige Handelsunternehmen - ohne dies formal zu vereinbaren - gegenüber ihren Lieferanten eine Meistbegünstigungsklausel¹⁰⁰ durchsetzen könnten.

Nach alledem ist sowohl eine gesetzliche Normierung der Beweislastumkehr bei Unternehmensinterna als auch eine Verpflichtung der Lieferanten zur Offenlegung von Konditionen abzulehnen.¹⁰¹ Im nächsten Abschnitt soll untersucht werden, welcher Regelungsfortschritt durch die Anerkennung von § 22 GWB als Schutzgesetz i.S. des § 35 GWB erreicht werden kann.

99 So der Hauptverband des Deutschen Lebensmittel-Einzelhandels (HVL); vgl. o.V., Bestes Ergebnis seit Beginn der 80er Jahre erzielt, in: Handelsblatt v. 20.5.1987; Sölter, Arno, Vom Leistungswettbewerb zum Verdrängungswettbewerb..., a.a.O., S. 1243, der die Forderung nach Bildung sog. Konditioneninformationsstellen erhebt; das Land Baden-Württemberg bezeugt mit der Offenlegung von Konditionen, die Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden zu erleichtern (§ 46 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F.); vgl. Gesetzesantrag des Landes Baden-Württemberg: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BRDR 563/87, S. 8 f.

100 Derartige Forderungen werden von dem HVL auch ernsthaft erhoben; vgl. o.V., Bestes Ergebnis seit Beginn der 80er Jahre erzielt, in: Handelsblatt v. 20.5.1987.

101 So auch Deutscher Industrie- und Handelstag, Konzentration im Zwielficht, a.a.O., S. 29 f.; Geberth, Rolf, und Thomas Janicki, a.a.O., S. 455; Möschel, Wernhard, Gefahren einer erweiterten Kontrolle marktstarker Unternehmen..., a.a.O., S. 2106.

bb) Anerkennung des § 22 GWB als Schutzgesetz i.S. des § 35 GWB

Die Ausgestaltung des Untersagungstatbestandes des § 37 a Abs. 3 GWB als Verbotstatbestand wird - wie gezeigt - nahezu einheitlich gefordert. Es erscheint daher naheliegend, auch § 22 GWB als Schutzgesetz i.S. des § 35 GWB anzuerkennen, wodurch die von einem Mißbrauch marktbeherrschender Unternehmen Betroffenen Ansprüche auf Schadensersatz und Unterlassung geltend machen könnten. Mit einer derartigen Ausweitung privater Klagebefugnisse ist zu erwarten, daß die Roß-und-Reiter-Problematik entschärft wird und die Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB effektiver durchgesetzt werden kann.

Die wiederholt erhobene Forderung nach Anerkennung des § 22 GWB als Schutzgesetz i.S. der § 35 GWB¹⁰² stößt bei der h.M. auf Ablehnung. Im Gegensatz zu § 26 Abs. 2 GWB besitzt § 22 GWB keinen Schutzgesetzcharakter, da gemäß § 35 GWB zivilrechtliche Ansprüche nur geltend gemacht werden können, wenn die betr. Norm ein bestimmtes Ge- oder Verbot enthält, den Schutz eines bestimmten Personenkreises umfaßt und sich gegen eine bestimmte Art der Schädigung eines im Gesetz festgelegten Rechtsgutes oder Individualinteresses richtet.¹⁰³

Die Verneinung des Schutzgesetzcharakters des § 22 GWB wird mit folgenden Argumenten begründet: § 22 GWB schütze **erstens** nicht einen bestimmten Personenkreis, sondern bezwecke lediglich den

102 Vgl. Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 101; Immenga/Mestmäcker, § 35 Rdnr. 48 ff.; Jörißen, Hermann, Die Schutzgesetzseigenschaft des § 22 GWB i.S.d. § 35 GWB, Gelsenkirchen 1983; Monopolkommission, Sondergutachten 1, a.a.O., Tz. 65; Möschel, Wernhard, Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen..., a.a.O., S. 210; Schmidt, Karsten, Aufgaben und Leistungsgrenzen der Gesetzgebung im Kartelldeliktsrecht..., a.a.O., S. 76; Schmidt, Ingo, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 390; Vollmer, Lothar, Wettbewerbsrechtliche Mehrerlösabschöpfung nach der UWG- und GWB-Novelle, in: DB 32 (1979), S. 2213 ff., 2216.

103 Vgl. Krankenhaus-Zusatzversicherung, in: WuW/E BGH 1361 ff., 1364.

Schutz des Wettbewerbs als Institution.¹⁰⁴ Heute ist allerdings geklärt, daß der Schutzzweck des GWB und damit auch des § 22 GWB sowohl den Individual- als auch den Institutionsschutz umfaßt.¹⁰⁵

Zweitens seien für die Anerkennung des Schutzgesetzcharakters die sich aus einer Norm ergebenden Rechtsfolgen entscheidend. Während sich die Verbotsfolgen (Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 35 GWB) im Falle des § 26 Abs. 2 GWB unmittelbar aus dem Gesetz selbst ergäben (sog. ipso iure-Verbot), enthalte § 22 GWB lediglich ein Verbot kraft Verfahrens. Vor die Sanktionsfähigkeit dieses Verbots werde ein kartellbehördliches Verwaltungsverfahren geschaltet. Erst ein Verstoß gegen eine daraus resultierende Untersagungsverfügung begründe Schadensersatzansprüche (sog. Schutzverfügungen i.S. des § 35 GWB).¹⁰⁶ Die Erforderlichkeit eines kartellbehördlichen Verwaltungsverfahrens wird mit der Unbestimmtheit des Mißbrauchstatbestandes begründet.¹⁰⁷

Dem ist allerdings entgegenzuhalten, daß die Tatbestände des § 26 Abs. 2 GWB ähnlich unbestimmt sind wie des § 22 GWB.¹⁰⁸ Daneben erscheint es nicht gerechtfertigt, zivilrechtliche Sanktionen erst bei Verstößen gegen Untersagungsverfügungen zu

104 Vgl. Goll, Hans, § 22 GWB ein Schutzgesetz ?, in: WuW 26 (1976), S. 291 ff., 294 und 296.

105 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 35 Rdnr. 52; Jörißen, Hermann, a.a.O., S. 97 ff.; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 82.

106 Vgl. Schmidt, Karsten, Kartellverfahrensrecht..., a.a.O., S. 142 und 145 ff.

107 Vgl. Schmidt, Karsten, Kartellverfahrensrecht..., a.a.O., S. 158 ff.; ähnlich Goll, Hans, a.a.O., S. 294.

108 Vgl. Jörißen, Hermann, a.a.O., S. 39; Müller, Hans-Ulrich, Nochmals: § 22 GWB ein Schutzgesetz ?, in: WuW 27 (1977), S. 92 ff., 94; Vollmer, Lothar, Wettbewerbsrechtliche Mehrerlösabschöpfung..., a.a.O., S. 2217.

gestatten, da derartige Verstöße die Ausnahme bleiben werden.¹⁰⁹

Eine Anerkennung des Schutzgesetzcharakters des § 22 GWB sei **drittens** nicht notwendig, da § 26 Abs. 2 und 3 GWB eine ausreichende Ergänzung im Hinblick auf eine wirksame Mißbrauchsaufsicht darstelle.¹¹⁰ Hinsichtlich unseres Untersuchungsgegenstandes ist zwar richtig, daß Verhaltensweisen nachfragemächtiger Handelsunternehmen überwiegend sowohl durch § 22 GWB als auch durch § 26 Abs. 2 und 3 GWB erfaßt werden können. Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß die Eingriffsschwelle des § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 GWB im Vergleich zu der des § 26 Abs. 2 S. 1 GWB herabgesetzt ist.¹¹¹ Dies hat zur Folge, daß eine Regelungslücke in der Weise entstehen könnte, daß bestimmte Verhaltensweisen zwar nach § 22 GWB mißbräuchlich sind, diese aber nicht gleichzeitig dem Verbot des § 26 Abs. 2 und 3 GWB unterliegen.

109 Vgl. Schmidt, Karsten, Kartellverfahrensrecht..., a.a.O., S. 298 f.; auch die Regelungen des § 35 Abs. 2 GWB (Schadensersatzpflicht bei Verstößen gegen eine kartellbehördliche oder gerichtliche Verfügung auch für den Zeitraum zwischen Erlaß und Eintritt der Unanfechtbarkeit der Verfügung) und des § 37 b GWB (Mehrerlösabschöpfung) sind zur Schließung der Sanktionslücke im Rahmen des § 22 GWB nicht geeignet.

110 Vgl. Goll, Hans, a.a.O., S. 295; Schmidt, Karsten, Aufgaben und Leistungsgrenzen der Gesetzgebung im Kartelldeliktsrecht..., a.a.O., S. 74; Gummistrümpfe, in: WuW/E BGH 442 ff., 448.

111 Dies ist indirekt den Ausführungen des Wirtschaftsausschusses zur 4. GWB-Novelle zu entnehmen: Die Anforderungen an den Nachweis der in § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 GWB umschriebenen mißbräuchlichen Verhaltensweisen seien geringer als beim Begriff der unbilligen Behinderung in § 37 a Abs. 3 GWB; für den Begriff der unbilligen Behinderung in § 37 a Abs. 3 GWB gelten die von der Rechtsprechung zum entsprechenden Begriff des § 26 Abs. 2 S. 1 GWB entwickelten Grundsätze; vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTD 8/3690, S. 30.

Nach alledem sollte die Anerkennung von § 22 GWB als Schutzgesetz i.S. des § 35 GWB nicht versagt werden, zumal die Parallelvorschrift des Art. 86 EWGV als Schutzgesetz anerkannt ist.¹¹² Nach § 22 Abs. 6 GWB sollte folgender Abs. 7 angefügt werden:¹¹³

§ 22 ist Schutzgesetz i.S. des § 35 Abs. 1 GWB.

III. Zusammenfassung

Die in Teil 1 dieser Arbeit aufgezeigten Veränderungen der Strukturen und Verhaltensweisen auf den Beschaffungsmärkten des Handels sowie die in Teil 2 dargestellten Mängel des kartellrechtlichen Instrumentariums erfordern im Hinblick auf eine wettbewerbspolitisch adäquate Erfassung von Nachfragemacht die Neuregelung einzelner Bestimmungen des GWB. Dabei ist es notwendig, sowohl den materiell-rechtlichen Gehalt einzelner Normen zu verbessern als auch verfahrensrechtliche Änderungen vorzunehmen, um dadurch das Ros-und-Reiter-Problem zu entschärfen und eine wirksamere Durchsetzung des Kartellrechts zu gewährleisten.

Im Rahmen der **Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Nachfrager i.S. des § 22 GWB** ist eine wirksamere Erfassung von Nachfragemacht durch eine Ergänzung des Marktbeherrschungstatbestandes zu erwarten. In § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB ist klarzustellen:

¹¹² Vgl. SABAM II, in: WuW/E EWG/MUV 311 ff., 312 f.; Giuseppe Sacchi, in: WuW/E EWG/MUV 337 f., 338; BMW-Importe, in: WuW/E BGH 1643 ff., 1643 f.

¹¹³ Vgl. auch einen früheren Vorschlag von Schmidt, der alle Vorschriften des GWB als Schutzgesetze anerkennen wollte (§ 35 Abs. 1 S. 2 GWB); vgl. Schmidt, Ingo, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 390; vgl. auch den engeren Vorschlag von K. Schmidt, der die Mißbrauchsaufsicht nur mit partiellen Verbotssanktionen (Unterlassung) und einem begrenzten Kreis von Anspruchsberechtigten (Verbände) ausstatten will; vgl. Schmidt, Karsten, Aufgaben und Leistungsgrenzen der Gesetzgebung im Kartelldeliktsrecht..., a.a.O., S. 89; eine weitere Alternative bestünde auch darin, § 22 GWB nach dem Vorbild des Art. 86 EWGV als Verbotstatbestand zu formulieren.

len, daß Marktbeherrschung nicht nur konkurrentenbezogen, sondern auch unter Berücksichtigung der Wettbewerbsverhältnisse auf vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen zu interpretieren ist. Außerdem sollte der konglomeraten Unternehmensmacht im Handel durch eine Erweiterung der Marktbeherrschungskriterien um die Umstellungsflexibilität und um eine Mehrmarkt Betrachtung Rechnung getragen werden. Diese Vorschläge sollten um eine speziell auf den Handel bezogene Absenkung der Marktanteils- werte in § 22 Abs. 3 GWB und um die Aufnahme eines Vermutungst- atbestandes für konglomerate Unternehmensmacht ergänzt werden.

Von den Vorschlägen, in § 22 Abs. 1 GWB eine Legaldefinition der Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes im Handel und eine modifizierte Fassung der Unverzichtbarkeitsdoktrin des Bundeskartellamts aufzunehmen, sollte abgesehen werden.

Wesentliche Änderungen des **Behinderungs- und Diskriminierungs- verbots des § 26 Abs. 2 und 3 GWB** erscheinen nicht angebracht. Die wenig operationale, wettbewerbspolitisch problematische und praktisch bedeutungslose Abhängigkeitsvermutung des § 26 Abs. 2 S. 3 GWB sollte ersatzlos gestrichen werden. Daneben ist der Begriff der Vorzugsbedingungen in § 26 Abs. 3 GWB durch eine Formulierung zu ersetzen, die sich an die Eingriffsvorausset- zungen des § 26 Abs. 2 S. 1 GWB anlehnt.

Die Vorschrift des **§ 37 a Abs. 3 GWB** ist zu streichen und in einer vereinfachten Fassung als Verbotstatbestand in § 26 GWB als neuen Abs. 4 zu integrieren. Die Aufnahme von Regelbeispie- len hinsichtlich des Verkaufs unter Einstandspreisen und der Konditionenspreizung ist aus wettbewerbspolitischen Gründen abzulehnen.

Die geforderte **Lockerung des Kontrahierungszwangs** für Markenar- tikelhersteller sollte wegen des zweifelhaften Regelungsbedürf- nisses, der geringen praktischen Wirksamkeit und der Gefahr einer Umgehung des Preisbindungsverbots nicht in den Novellie- rungskatalog aufgenommen werden.

Im Hinblick auf die **Fusionskontrolle im Handel** würde eine Neudefinition des Marktbeherrschungstatbestandes durch die Berücksichtigung vertikaler Abhängigkeitsverhältnisse eine indirekte Abkopplung von der Marktbeherrschung für den Bereich des Handels zur Folge haben. Das Eingreifkriterium für die Fusionskontrolle würde damit faktisch abgesenkt werden, wodurch eine weitere Verstärkung der Konzentration im Handel vermieden werden könnte.

Im Bereich des Verfahrensrechts sollten Beweiserleichterungen durch **Zulassung anonymisierter Daten im Beschwerdeverfahren** geschaffen werden. Dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs wird durch Einschaltung eines unparteiischen Sachverständigen Rechnung getragen, der geheimhaltungsbedürftige und daher aggregierte Daten auf Richtigkeit und Schlüssigkeit jedenfalls dann überprüfen kann, wenn der Ausgang des Verfahrens nicht allein von der Verwertbarkeit dieser Daten abhängt.

Daneben ist eine wirksamere Durchsetzbarkeit der kartellrechtlichen Vorschriften durch eine Erweiterung der Auskunftsbefugnisse der Kartellbehörden zu erreichen. Das entsprechende Recht auf die Durchführung von **Sektorenuntersuchungen** sollte in einem neuen § 46 a GWB geregelt werden.

Im kartellrechtlichen Zivilverfahren wird im Zusammenhang mit der Neufassung des § 37 a Abs. 3 GWB eine partielle **Beweislastumkehr** (zugunsten des Klägers) bei **Unternehmensinterna** gefordert. Da das geltende Recht diesem Umstand bereits Rechnung trägt und eine gesetzliche Klarstellung Abgrenzungsprobleme mit sich bringen würde, ist hier kein Regelungsbedürfnis zu sehen. Die in Verbindung mit diesem Vorschlag geforderte Offenlegung von Konditionen begegnet erheblichen wettbewerbspolitischen Bedenken.

Die geplante Ausgestaltung des § 37 a Abs. 3 GWB als Verbotsstatbestand läßt es naheliegend erscheinen, auch **§ 22 GWB als**

Schutzgesetz i.S. des § 35 GWB anzuerkennen. Die sich daraus ergebenden zivilrechtlichen Klagemöglichkeiten würden einen Beitrag zur Entschärfung des Roß-und-Reiter-Problems und zu einer wirksameren Durchsetzung der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Nachfrager leisten.

Im folgenden Kapitel soll untersucht werden, ob und inwieweit das UWG und die Selbsthilfemaßnahmen der Wirtschaft weitergehende oder ergänzende Möglichkeiten zur Erfassung von Nachfragemacht bieten.

8. Kapitel: Möglichkeiten zur Erfassung von Nachfragemacht durch das UWG und durch Selbsthilfemaßnahmen der Wirtschaft

Nachdem im letzten Kapitel Vorschläge für eine wettbewerbspolitisch adäquate Erfassung von Nachfragemacht durch eine Novellierung des GWB diskutiert worden sind, soll zum Abschluß dieser Arbeit untersucht werden, ob und inwieweit eine ergänzende oder weitergehende Erfassung von Nachfragemacht durch andere als kartellrechtliche Maßnahmen möglich ist, wozu zum einen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und zum anderen die Selbsthilfemaßnahmen der Wirtschaft gehören.

I. Erfassung von Nachfragemacht durch das UWG ?

Es ist unbestritten, daß Verhaltensweisen von Handelsunternehmen auf Beschaffungsmärkten auch durch das UWG erfaßt werden können.¹ Fraglich ist indes, ob das UWG eine gegenüber dem GWB weitergehende Erfassung von Nachfragemacht ermöglicht. Nach einer für das weitere Verständnis erforderlichen Darstellung des Schutzzwecks des UWG und des Verhältnisses des UWG zum GWB soll im folgenden untersucht werden, ob und inwieweit eine weitergehende Erfassung von Nachfragemacht durch das **geltende** Recht möglich ist. Abschließend ist auf Novellierungsvorschläge im Hinblick auf eine adäquate Erfassung von Nachfragemacht durch das UWG einzugehen.

¹ Allerdings wird darauf hingewiesen, daß über § 1 UWG nur eine mittelbare Erfassung von Nachfragemacht möglich sei, weil zwischen den Lieferanten und den Abnehmern das erforderliche Wettbewerbsverhältnis fehle; die Unlauterkeit von Anzapfpraktiken könne sich daher nur aus einer Behinderung von Konkurrenten ergeben; vgl. Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG Rdnr. 729; Immenga/Mestmäcker, § 26 Rdnr. 318; a.A. das OLG Frankfurt, für das ein Wettbewerbsverhältnis auch zwischen Unternehmen auf verschiedenen Wirtschaftsstufen möglich ist; vgl. Eintrittsgelder, in: WuW/E OLG 1589 ff., 1590.

1. Der Schutzzweck des UWG und das Verhältnis des UWG zum GWB

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, das im Jahre 1896 in Kraft getreten ist, ist seit der 1. Novelle von 1909, durch die die Generalklausel des § 1 UWG in das Gesetz aufgenommen wurde, mehrfach novelliert worden.² Diese Novellen waren sichtbarer Ausdruck eines Schutzzweckwandels hinsichtlich des geschützten Personenkreises (Schutzsubjekt) und hinsichtlich der geschützten Rechtsgüter (Schutzobjekt).

In Bezug auf das **Schutzsubjekt** bezweckte das UWG ursprünglich ausschließlich den Schutz der Mitbewerber vor unlauteren Wettbewerbspraktiken. Seit den 30er Jahren geht die h.M. jedoch davon aus, daß das UWG nicht nur einzelne Mitbewerber, sondern auch die sonstigen Marktbeteiligten wie Verbraucher und Lieferanten sowie die Allgemeinheit i.S. eines diesen Gruppeninteressen übergeordneten Allgemeininteresses schützt.³ Das UWG

2 Die letzte Novelle stammt aus dem Jahre 1986; vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung wirtschafts- und verbraucherrechtlicher Vorschriften, in: BTDr 10/4741, den der Deutsche Bundestag am 27.6.1986 angenommen hat; vgl. dazu Lehmann, Michael, Die UWG-Neuregelungen 1987 - Erläuterungen und Kritik, in: GRUR 89 (1987), S. 199 ff.; Sack, Rolf, Die UWG-Novelle 1986, in: BB 41 (1986), S. 2205 ff.

3 Vgl. Baumbach/Hefermehl, Einl UWG Rdnr. 40; Emmerich, Volker, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 2. Aufl., München 1987, S. 17 ff.; Gamm, Otto-Friedrich Frhr. v., a.a.O., S. 2490; Möschel, Wernhard, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz: Marktbeherrschung, unlauterer Wettbewerb und Sanierungsfusionen im Pressebereich, Tübingen 1978, S. 133; Rittner, Fritz, a.a.O., S. 5; das Verbraucherinteresse wird z.T. mit dem Allgemeininteresse gleichgesetzt; vgl. die Urteile des BGH in den Fällen Markenbenzin, in: GRUR 68 (1966), S. 45 ff., 46 und Tauchkühler, in: GRUR 72 (1970), S. 422 ff., 424.

ist dagegen kein spezielles strukturpolitisches Gesetz zum Schutz des Mittelstandes.⁴

Mit der Erweiterung des geschützten Personenkreises ging ein verändertes Verständnis des **Schutzobjektes** einher. Stand ursprünglich der Schutz der Persönlichkeit der durch unlautere Handlungen verletzten Konkurrenten⁵ bzw. der Schutz des Unternehmens als Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs⁶ im Vordergrund, so hat sich diese individualistische Auffassung zu einer institutionsorientierten gewandelt. Die h.M. ist heute der Auffassung, Schutzgut des UWG sei der Wettbewerb. Die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Wettbewerbsordnung bzw. der Schutz des lautereren Wettbewerbs durch Verhinderung unlauteren Verhaltens schließt den Schutz der o.a. Individualinteressen ein.⁷

Der Wandel des Schutzzwecks des UWG zum Schutzobjekt Wettbewerb und die daraus resultierende begriffliche Übereinstimmung mit dem Schutzobjekt des GWB hat zu unterschiedlichen Interpretationen des **Verhältnisses zwischen UWG und GWB** geführt. Eine äl-

⁴ Vgl. Emmerich, Volker, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, a.a.O., S. 57; Knöpfle, Robert, Die marktbezogene Unlauterkeit, Tübingen 1983, S. 36 ff.; Lehmann, Michael, Wettbewerbsrecht, Strukturpolitik und Mittelstandsschutz, in: GRUR 79 (1977), S. 580 ff. und 633 ff., 637; der BGH hatte sich früher für eine mittelstandsschützende Funktion des UWG ausgesprochen; vgl. SUWA, in: GRUR 59 (1957), S. 365 ff., 367; er hat diese Auffassung im Fall Kleenex revidiert; vgl. Kleenex, in: GRUR 67 (1965), S. 489 ff., 491; neuerdings auch Braun-Tengelmann, in: WuW/E BGH 2039 ff., 2043; a.A. aber Sack, Rolf, Wettbewerbsverzerrungen..., a.a.O., S. 262 f.; Sambuc, Thomas, Monopolisierung als UWG-Tatbestand, in: GRUR 83 (1981), S. 796 ff., 797.

⁵ Vgl. nur Fikentscher, Wolfgang, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz: Die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsordnung, München und Berlin 1958, S. 228 f.

⁶ Vgl. Godin, Hans Freiherr v., Wettbewerbsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nebst Warenzeichenverletzungen, Zugabeverordnung und Rabattgesetz, 2. Aufl., Berlin und New York 1974, U § 1 Rdnr. 15 f.

⁷ Vgl. Baumbach/Hefermehl, Einl UWG Rdnr. 47 ff.; Emmerich, Volker, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, a.a.O., S. 16; Möschel, Wernhard, Pressekonzentration..., a.a.O., S. 134.

tere, vereinzelt auch heute noch vertretene Auffassung sieht das UWG und das GWB in einem "antinomischen Spannungsverhältnis"⁸. Die Vertreter dieser "Trennungsthese" betonen die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte, die der Gesetzgeber gewählt hat:

"Das UWG will den Mitbewerber vor unlauteren und deshalb wettbewerbsschädlichen Verhaltensweisen schützen, das GWB die Existenz und Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs als Steuerungsinstrument der Wirtschaftsordnung bewahren, ohne daß die Verhaltensweisen unlauter sein müßten. Das UWG schützt die Qualität, das GWB die Quantität des Wettbewerbs."⁹

Die h.M. geht heute von einer rechtlichen Gesamtordnung des Wettbewerbs durch das UWG und das GWB aus. Als Teilregelungen eines einheitlichen Wettbewerbsrechts dienen beide Gesetze dem gemeinsamen Zweck der Sicherung der Wettbewerbsordnung, sie gehen in der Verfolgung dieses Ziels aber unterschiedliche Wege.¹⁰ Das GWB schützt die Freiheit des Wettbewerbs gegen

-
- 8 Koenigs, Folkmar, Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, in: NJW 14 (1961), S. 1041 ff., 1042 mit Hinweis auf Fikentscher, Wolfgang, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz..., a.a.O., S. 207 ff.; der Wandel des Schutzzwecks des UWG wird von den Vertretern der Trennungsthese nur teilweise nachvollzogen. Der Wettbewerb als Schutzobjekt wird zwar akzeptiert, hinsichtlich des geschützten Personenkreises (Schutzsubjekt) wird aber an der konkurrentenbezogenen Betrachtungsweise festgehalten.
- 9 Kraft, Alfons, Gemeinschaftsschädliche Wirtschaftsstörungen als unlauterer Wettbewerb?, in: GRUR 82 (1980), S. 966 ff., 967; ähnlich auch Knöpfle, Robert, Die marktbezogene Unlauterkeit, a.a.O., S. 8 ff., der die Existenz eines identischen Wettbewerbsbegriffs im UWG und GWB bestreitet.
- 10 Vgl. Baudenbacher, Carl, Machtbedingte Wettbewerbsstörungen als Unlauterkeitstatbestände: Zugleich Beitrag zum Verhältnis von UWG und GWB, in: GRUR 83 (1981), S. 19 ff., 26 f.; Baumbach/Hefermehl, Allg Rdnr. 86; Hirtz, Bernd, Die Relevanz der Marktmacht bei der Anwendung des UWG, in: GRUR 82 (1980), S. 93 ff., 94; Lehmann, Michael, Wettbewerbsrecht..., a.a.O., S. 586; Mestmäcker, Ernst-Joachim, Der verwaltete Wettbewerb..., a.a.O., S. 58; Möschel, Wernhard, Pressekonzentration..., a.a.O., S. 151; Sambuc, Thomas, a.a.O., S. 799; Tilmann, Winfried, Über das Verhältnis von GWB und UWG, in: GRUR 81 (1979), S. 825 ff., 825.

Beschränkungen und das UWG die Lauterkeit des Wettbewerbs vor unlauteren Wettbewerbsmethoden.¹¹

Die Konsequenz dieser Auffassung ist eine zunehmende Annäherung des UWG und des GWB ("Konvergenzthese"), welche zu komplexen Wechselwirkungen zwischen beiden Gesetzen führt.¹² Ausdruck dieser Konvergenz sind insbesondere folgende Überlegungen:

- Das GWB schützt nur den lautereren Wettbewerb, so daß Verträge über die Unterlassung unlauteren Wettbewerbs nicht gegen das Kartellverbot verstoßen.¹³
- Aspekte des Leistungswettbewerbs bestimmen sowohl die Auslegung von GWB-Vorschriften (§§ 22, 26 Abs. 2 und 3, 37 a Abs. 3, 28 Abs. 2 GWB) als auch von UWG-Normen (§ 1 UWG).¹⁴
- Schließlich erlangen aus dem GWB entnommene Beurteilungskriterien wie Wettbewerbswirkungen und Marktmacht eine zunehmende Bedeutung auch bei der Auslegung des Begriffs der guten Sitten im Rahmen des § 1 UWG.

Nach diesen einführenden Bemerkungen soll im folgenden untersucht werden, ob und inwieweit das geltende Recht eine weitergehende oder ergänzende Erfassung von Nachfragemacht ermöglicht.

2. Erfassung von Nachfragemacht durch das geltende Recht (§ 1 UWG) ?

Im folgenden soll untersucht werden, ob bereits das geltende Recht eine gegenüber dem GWB weitergehende Erfassung von Nach-

11 Vgl. Baumbach/Hefermehl, Allg Rdnr. 86; Lehmann, Michael, Wettbewerbsrecht..., a.a.O., S. 586; Rittner, Fritz, a.a.O., S. 13.

12 Vgl. Baumbach/Hefermehl, Allg Rdnr. 90; Emmerich, Volker, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, a.a.O., S. 55.

13 Vgl. Emmerich, Volker, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, a.a.O., S. 56; ähnlich auch Laboruntersuchungen, in: WuW/E OLG 1687 ff., 1692.

14 Vgl. Hahn, Rüdiger, a.a.O., S. 42 ff.; Ulmer, Peter, Der Begriff "Leistungswettbewerb"..., a.a.O., S. 566 f.; Ulmer, Peter, Kartellrechtswidrige Konkurrentenbehinderung..., a.a.O., S. 577 f.

fragemacht ermöglicht. Dazu soll zunächst die Rechtsprechung hinsichtlich des sog. Anzapfens untersucht und daran anschließend einer wettbewerbspolitischen Beurteilung unterzogen werden.

a) Die Rechtsprechung zum sog. Anzapfen

Die Rechtsprechung hat bisher in mehreren Fällen zur Sittenwidrigkeit¹⁵ des Anzapfens Stellung genommen. Als Verstoß gegen § 1 UWG werden folgende Verhaltensweisen von Handelsunternehmen gegenüber ihren Lieferanten angesehen:¹⁶

- die Forderung eines Verbrauchermarktes nach Beteiligung seiner Lieferanten an den Regalkosten¹⁷,
- die Forderung eines Verbrauchermarktes nach Gewährung von Eintrittsgeldern¹⁸,
- die Forderung eines Händlers nach Gewährung von Geldzuwendungen für Inserate in seiner Jubiläumszeitschrift¹⁹ sowie
- die Verlagerung der Einzelpreisauszeichnung auf Lieferanten durch einen marktmächtigen Einzelhändler.²⁰

Der BGH hat dagegen in der Forderung eines Handelsunternehmens nach Gewährung eines Eröffnungsrabatts aus Anlaß der Neueröffnung von Filialen keinen Verstoß gegen § 1 UWG gesehen.²¹

15 Vgl. zum Begriff der Sittenwidrigkeit in § 1 UWG nur Hirtz, Bernd, Der Rechtsbegriff "Gute Sitten" in § 1 UWG, in: GRUR 88 (1986), S. 110 ff. m.w.N.

16 Der in diesem Zusammenhang häufig zitierte Fall Schaufensteraktion, in: WuW/E BGH 1485 ff. bezieht sich nicht auf den Tatbestand der Nachfragemacht, sondern auf eine Werbemaßnahme eines Herstellers.

17 Vgl. Regalkosten, in: WuW/E OLG 1373 ff.

18 Vgl. Eintrittsgelder, in: WuW/E OLG 1589 ff.; die Revision der Kl. blieb ohne Erfolg; vgl. Eintrittsgeld, in: WuW/E BGH 1466 ff.

19 Vgl. Jubiläumszeitung, in: WuW/E OLG 1795 ff.

20 Vgl. Globus, in: WuW/E OLG 1837 ff.; zustimmend im Hauptverfahren der BGH; vgl. Globus-Handelshof, in: WuW/E BGH 1939 ff.

21 Vgl. Markenverband-Deschauer, in: WuW/E BGH 1943 ff.

Die Sittenwidrigkeit derartiger Anzapfpraktiken wird von den Gerichten mit folgenden Argumenten begründet: Das OLG Düsseldorf sieht in der Forderung eines Händlers nach Beteiligung seiner Lieferanten an den Regalkosten ebenso eine **Nötigung** der betr. Lieferanten, wie das OLG Hamm in der Forderung nach Werbekostenzuschüssen und das OLG Frankfurt in der Forderung von Eintrittsgeldern, weil infolge einer Nichterfüllung dieser Forderungen geschäftliche Nachteile für den Lieferanten drohten.²² Der BGH kann dagegen – was die Forderung von Eintrittsgeldern anbelangt – keine Nötigung der Lieferanten feststellen. Die Ablehnung einer Geschäftsverbindung bei Nichtannahme der gestellten Bedingungen gehöre im Geschäftsleben zu den üblichen Verhaltensweisen.²³

Die Forderung nach Gewährung von Eintrittsgeldern verstößt nach Ansicht des OLG Frankfurt gegen das **Irreführungsverbot** des § 3 UWG. Die Täuschung des Verbrauchers läge darin, daß entgegen dessen Erwartung, ihm werde ein Produkt mit Rücksicht auf Preiswürdigkeit und Qualität angeboten, der Händler eine Ware anböte, die er nur aufgrund der Zahlung eines Eintrittsgeldes in sein Sortiment aufgenommen habe.²⁴ Das OLG Düsseldorf hat dagegen hinsichtlich der Forderung nach Gewährung von Regalkostenzuschüssen einen Verstoß gegen § 3 UWG verneint, weil der betreffende Händler den Verkehr nicht über die Freiheit seiner Auswahl täusche.²⁵

Die größte Aufmerksamkeit fand der BGH mit seiner in der Eintrittsgeld-Entscheidung entwickelten **Funktionstheorie**. Die Forderung nach Gewährung eines Eintrittsgeldes verstößt danach gegen § 1 UWG, weil der Einzelhändler seiner im Allgemein-

22 Vgl. Regalkosten, in: WuW/E OLG 1373 ff., 1374; Jubiläumszeitung, in: WuW/E OLG 1795 ff., 1796; Eintrittsgelder, in: WuW/E OLG 1589 ff., 1590 f.

23 Vgl. Eintrittsgeld, in: WuW/E BGH 1466 ff., 1466; Markenverband-Deschauer, in: WuW/E BGH 1943 ff., 1946.

24 Vgl. Eintrittsgelder, in: WuW/E OLG 1589 ff., 1592 f.

25 Vgl. Regalkosten, in: WuW/E OLG 1373 ff., 1376.

interesse liegenden Funktion innerhalb der Wirtschaftsordnung zuwiderhandele.²⁶

"Die Funktion des Handels liegt vor allem darin, daß er aus dem Angebot der Hersteller jene Waren auswählt, von denen er annimmt, daß sie nach Art, Preis und Qualität vom Verbraucher bevorzugt würden, wenn dieser selbst die Auswahl treffen würde ...

Dieser Funktion und diesen Erwartungen handelt ein Einzelhändler zuwider, wenn er die Aufnahme einer Ware in sein Sortiment von einer besonderen finanziellen Zuwendung abhängig macht. Denn damit erklärt er, er sei nicht bereit, die Angebote aller konkurrierenden Hersteller objektiv im Hinblick auf Qualität und Preis zu prüfen, sondern er werde ohne Rücksicht auf diese Kriterien nur solche Waren in die Auswahl einbeziehen, deren Anbieter bereit seien, ihm eine Sonderzuwendung zu zahlen."²⁷

In einzelnen Entscheidungen werden auch die **Wettbewerbswirkungen** des Anzapfens berücksichtigt. So ist das OLG Düsseldorf der Ansicht, der durch die Erlangung von Regalkostenzuschüssen erreichte Wettbewerbsvorsprung insbesondere größerer Handelsunternehmen führe zu einer Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs zu Lasten der kleinen und mittleren Konkurrenten.²⁸ Nach Auffassung des OLG Frankfurt bewirkten Eintrittsgelder Markttrittsschranken für die Hersteller, führten zu einer Benachteiligung der Mitbewerber, die keine Eintrittsgelder fordern könnten, und benachteiligten die Verbraucher, da sich die Angebotspalette der Händler verkürze.²⁹

Gefahren für einen lautereren Wettbewerb können auch aus der drohenden **Nachahmungsgefahr** der Anzapfpraktiken resultieren. Die rechtliche Zulässigkeit von Eintrittsgeldern würde "zu erhebli-

26 Das OLG Saarbrücken schließt sich der Argumentation des BGH an, stellt aber neben den volkswirtschaftlich orientierten Funktionsbegriff des BGH einen Funktionsbegriff, der auf die betriebswirtschaftlich legitimierte Arbeitsaufteilung innerhalb der Warendistribution abzielt; vgl. Globus, in: WuW/E OLG 1837 ff., 1838 f.

27 Eintrittsgeld, in: WuW/E BGH 1466 ff., 1466 f.

28 Vgl. Regalkosten, in: WuW/E OLG 1373 ff., 1375 f.

29 Vgl. Eintrittsgelder, in: WuW/E OLG 1589 ff., 1591.

chen Nachteilen für das allgemeine Interesse an optimaler Güterversorgung führen"³⁰.

Schließlich wird zur Beurteilung von Anzapfpraktiken die Frage nach dem Verhältnis von **Leistung und Gegenleistung** gestellt. Das OLG Düsseldorf behauptet, daß Leistung und Gegenleistung verschleiert werden würden, da der betreffende Verbrauchermarkt den Lieferanten für die Forderung von Regalkostenzuschüssen keine Gegenleistung verspreche.³¹ In den Fällen Jubiläumszeitung und Globus stehen der Forderung nach Werbekostenzuschüssen bzw. nach Preisauszeichnung keine vollwertigen Gegenleistungen der Händler gegenüber.³²

In zwei Entscheidungen aus den 80er Jahren hat der BGH seine ursprüngliche auf die Funktionstheorie gestützte Argumentation geändert. Die Verlagerung der Preisauszeichnung auf die Lieferanten und die Forderung nach Gewährung eines Eröffnungsrabatts seien nur dann sittenwidrig, wenn sie durch den Einsatz von **Nachfragemacht** durchgesetzt werden könnten.³³

Die Vielzahl und der Wandel der Kriterien zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit von Anzapfpraktiken sollen im folgenden Abschnitt einer wettbewerbspolitischen Beurteilung unterzogen werden.

b) Wettbewerbspolitische Beurteilung

Hinsichtlich eines Nötigungseffektes des Anzapfens besteht weitgehende Übereinstimmung darüber, daß die Ablehnung eines

³⁰ Eintrittsgeld, in: WuW/E BGH 1466 ff., 1467; vgl. auch ähnliche Begründungen in den Fällen Jubiläumszeitung, in: WuW/E OLG 1795 ff., 1797; Regalkosten, in: WuW/E OLG 1373 ff., 1375.

³¹ Vgl. Regalkosten, in: WuW/E OLG 1373 ff., 1375.

³² Vgl. Jubiläumszeitung, in: WuW/E OLG 1795 ff., 1797; Globus, in: WuW/E OLG 1837 ff., 1839 f.; zustimmend auch der BGH im Fall Globus-Handelshof, in: WuW/E BGH 1939 ff., 1941.

³³ Vgl. Globus-Handelshof, in: WuW/E BGH 1939 ff., 1941; Markenverband-Deschauer, in: WuW/E BGH 1943 ff., 1946.

Geschäftsabschlusses bei Nichtannahme der gestellten Bedingungen im Geschäftsleben ein übliches Verhalten darstellt und daher nicht sittenwidrig ist.³⁴ Derartige Praktiken bekommen allerdings dann eine andere wettbewerbsrechtliche Qualität, wenn sie durch Einsatz von Nachfragemacht durchgesetzt werden. Ein Nötigungseffekt ergibt sich dann aus der Tatsache, daß der betr. Anbieter in seiner Handlungs- und Entschließungsfreiheit dadurch unangemessen beeinträchtigt wird, daß er dem Druck aufgrund der überragenden Marktstellung seines Abnehmers nicht ausweichen kann.³⁵

Unterschiedliche Ansichten bestehen über die durch Anzapfpraktiken bewirkte Irreführung der Verbraucher. Das Meinungsspektrum reicht von einer generellen Verneinung der Irreführung³⁶ über eine differenzierte Beurteilung je nach der Art des Anzapfens³⁷ bis zu einer generellen Bejahung der Irreführung durch Anzapfpraktiken³⁸. Schließt man sich der differenzierenden Auffassung an, stellt die Forderung nach Gewährung von Schaufenster- oder Regalmieten keine Irreführung der Verbraucher

34 Vgl. Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 21; Knöpfle, Robert, Die marktbezogene Unlauterkeit, a.a.O., S. 88 f.; Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG Rdnr. 731; Eintrittsgeld, in: WuW/E BGH 1466 ff., 1466; Markenverband-Deschauer, in: WuW/E BGH 1943 ff., 1946; a.A. allerdings Sack, der im Zusammentreffen des ausgeübten Drucks und dem Fordern atypischer Vergünstigungen einen Verstoß gegen § 1 UWG sieht; vgl. Sack, Rolf, Wettbewerbsverzerrungen..., a.a.O., S. 261 f.

35 Die Sittenwidrigkeit ergibt sich allerdings nicht aus dem durch Einsatz von Nachfragemacht resultierenden Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung (Marktergebnisse !); so aber Loewenheim, Ulrich, "Eintrittsgelder" und Sittenwidrigkeit: Bemerkungen zum Urteil des OLG Frankfurt vom 6. Mai 1975, in: GRUR 78 (1976), S. 224 ff., 227.

36 Vgl. Herrmann, Harald, Anzapfverbote im Einzelhandel und privatrechtlicher Verbraucherschutz - Zum Umfang wirtschaftsrechtlicher Schutzzwecke im Recht unerlaubter Handlungen -, in: GRUR 84 (1982), S. 395 ff., 396 f.

37 Vgl. Sack, Rolf, Wettbewerbsverzerrungen..., a.a.O., S. 265 f.

38 Vgl. Franzen, Hans, und Karl H. Giessen, Einzelhandel und Nachfragemacht - UWG-Rechtsprechung zu Eintrittsgeld, kostenloser Preisauszeichnung und Schaufenstermiete, in: BB 33 (1978), S. 1642 ff., 1645; Meier, Gert, Maßnahmen des Nebenleistungswettbewerbs..., a.a.O., S. 726.

i.S. der §§ 1 und 3 UWG dar, da ein Verstoß gegen diese Vorschriften nur dann vorliegt, wenn ein Händler irreführende Angaben über Preis, Qualität, Herkunft oder Herstellungsart macht. Der Kunde hat jedoch keinen Anspruch auf Mitteilung von Betriebsinterna wie etwa Einkaufsvorteilen in Form von Schaufenster- oder Regalmieten. Im Falle der Forderung nach Bereitstellung herstellereigenen Verkaufspersonals ist dagegen eine Irreführung der Verbraucher anzunehmen. Der Kunde erwartet vom Händler eine Beratung aus seiner Sicht. In dieser Erwartung wird er getäuscht, wenn er von herstellereigenem Personal beraten wird, ohne daß dies für das Publikum zu erkennen ist.³⁹

Die vom BGH entwickelte Funktionstheorie wurde bereits an anderer Stelle kritisiert.⁴⁰ Nach den neueren Entscheidungen des BGH⁴¹ dürfte sie für die wettbewerbspolitische Beurteilung von Anzapfpraktiken keine Rolle mehr spielen.⁴² Auch auf die Problematik der Beurteilung des Anzapfens durch einen Vergleich von Leistung und Gegenleistung wurde schon hingewiesen.⁴³ Eine objektive Bestimmung von Leistung und Gegenleistung ist nicht möglich, weil Handelsleistungen nicht nur quantitative, sondern auch schwer meßbare qualitative Elemente enthalten.

Nach Köhler verbleibt für die Beurteilung der Unlauterkeit des Anzapfens nur die Möglichkeit eines Verstoßes gegen die kaufmännische Moral, die aus öffentlichen Verlautbarungen der be-

39 Auf die damit verbundenen Beweisschwierigkeiten weist Meier, Gert, Maßnahmen des Nebenleistungswettbewerbs..., a.a.O., S. 726 hin.

40 Vgl. 3. Kapitel, Abschnitt II und Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG Rdnr. 731; Emmerich, Volker, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, a.a.O., S. 106 f.; Knöpfle, Robert, Die marktbezogene Unlauterkeit, a.a.O., S. 83 ff.; Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 138.

41 Vgl. Globus-Handelshof, in: WuW/E BGH 1939 ff.; Markenverband-Deschauer, in: WuW/E BGH 1943 ff.

42 So auch Meier, Gert, Anmerkung zu den Urteilen..., a.a.O.

43 Vgl. 3. Kapitel, Abschnitt II.

teiligten Wirtschaftskreise abzulesen sei.⁴⁴ Die Bedeutung der damit angesprochenen Selbsthilfekataloge der Wirtschaft als Auslegungsrichtlinien für die Prüfung der Sittenwidrigkeit des Anzapfens nach § 1 UWG ist umstritten. Auf der einen Seite wird den Selbsthilfekatalogen zwar keine maßgebende Entscheidungsfunktion zugemessen, sie werden aber unter Berufung auf die Rechtsprechung als Indiz für das Anstandsgefühl eines verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden interpretiert.⁴⁵ Auf der anderen Seite wird die vollständige wettbewerbsrechtliche Irrelevanz der Selbsthilfekataloge zutreffend damit begründet, daß nicht alle Beteiligten die Wertungen der Kataloge tragen und ihre Berücksichtigung durch die Gerichte die Gefahr einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung⁴⁶ von Selbsthilfe Maßnahmen beinhaltet.⁴⁷ Mit dem Abstellen auf die kaufmännische Moral unter Berücksichtigung der Selbsthilfekataloge der Wirtschaft kann die Unlauterkeit des Anzapfens daher nicht begründet werden.

Nach alledem stehen für die Beurteilung der Unlauterkeit des Anzapfens die Untersuchung der konkreten Wirkungen derartiger Praktiken auf den Wettbewerb und die Frage, welche Bedeutung dem Ausmaß an Nachfragemacht dabei zukommt, im Vordergrund. Die prinzipielle Zulässigkeit der Berücksichtigung von Marktfolgen

44 Vgl. Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 30 f.; kritisch dazu Mestmäcker, Ernst-Joachim, Der verwaltete Wettbewerb..., a.a.O., S. 91.

45 Vgl. Franzen, Hans, und Karl H. Giessen, Einzelhandel und Nachfragemacht..., a.a.O., S. 1645; Hölzler, Heinrich, und Horst Satzky, a.a.O., S. 139; die Entscheidungen des OLG Frankfurt und des BGH werden zutreffend in dieser Hinsicht interpretiert; vgl. Eintrittsgelder, in: WuW/E OLG 1589 ff., 1592; Eintrittsgeld, in: WuW/E BGH 1466 ff., 1467.

46 Vgl. dazu Abschnitt II dieses Kapitels.

47 Vgl. Gillert, Peter, Die rechtliche Bewertung des sogenannten Anzapfens nach § 1 UWG: Zugleich ein kritischer Beitrag zum Leistungswettbewerb sowie zum funktionsgerechten Wettbewerb, Mainz 1980, S. 63 ff.; Kroitzsch, Hermann, Wirtschaftspolitische Entscheidungen durch Wettbewerbsregeln oder durch die UWG-Rechtsprechung, in: BB 32 (1977), S. 220 ff., 223 ff.; Meier, Gert, zur Sicherung des Leistungswettbewerbs, in: BB 32 (1977), S. 720 ff., 721; Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 244.

im Rahmen des § 1 UWG steht außer Zweifel.⁴⁸ Die heute h.M. geht davon aus, daß sich die Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung auch aus ihren Marktfolgen ergeben kann.⁴⁹ Dies ist auch höchststrichterlich anerkannt. Der BGH stellt bei der Beurteilung unlauteren Verhaltens nach § 1 UWG darauf ab, ob der Bestand des Wettbewerbs aufgehoben oder ernstlich beeinträchtigt wird⁵⁰, ob ein Verhalten zu einer gemeinschaftsschädigenden Störung des Wettbewerbs⁵¹, zu einer gemeinschaftsschädlichen Störung der Wirtschaftsordnung⁵², zu einer Verfremdung des Leistungswettbewerbs⁵³ oder zu einer erheblichen Verfälschung des Leistungswettbewerbs⁵⁴ führt.

48 Der Ableitung der Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung aus ihren Marktfolgen wird mit dem Hinweis auf die **wirtschaftspolitische Neutralität des UWG** entgegengetreten. Mit dem Abstellen auf die Marktwirkungen von Wettbewerbshandlungen werde der Wertungsbereich des § 1 UWG überschritten und mit dem des GWB vermennt. Das Unwerturteil des UWG knüpfe nicht an den Erfolg wettbewerblichen Vorgehens an, sondern an das Verhalten selbst. Die Beurteilung der Unlauterkeit eines bestimmten Verhaltens habe sich nicht an den möglichen Auswirkungen auf den Wettbewerb i.S. des GWB zu orientieren, sondern an den Auswirkungen auf die "Sauberkeit des Wirtschaftslebens". Das UWG sei insoweit wirtschaftspolitisch neutral; vgl. Gamm, Otto-Friedrich Frhr. v., a.a.O., S. 2490 f.; Kraft, Alfons, Gemeinschaftsschädliche Wirtschaftsstörungen..., a.a.O., S. 966 ff.; Knöpfle, Robert, Die marktbezogene Unlauterkeit, a.a.O., S. 51 ff.

49 Vgl. Emmerich, Volker, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, a.a.O., S. 19; Mestmäcker, Ernst-Joachim, Der verwaltete Wettbewerb..., a.a.O., S. 72 ff.; Hirtz, Bernd, Die Relevanz der Marktmacht..., a.a.O., S. 94 f.; Sack, Rolf, § 1 UWG und Wirtschaftspolitik, in: WRP 20 (1974), S. 247 ff., 247; Möschel, Wernhard, Pressekonzentration..., a.a.O., S. 136; Baudenbacher, Carl, Machtbedingte Wettbewerbsstörungen..., a.a.O., S. 20.

50 Vgl. SUWA, in: GRUR 59 (1957), S. 365 ff., 367; Kleenex, in: GRUR 67 (1965), S. 489 ff., 493.

51 Vgl. Stuttgarter Wochenblatt I, in: GRUR 71 (1969), S. 287 f., 288; Verkauf unter Einstandspreis, in: WuW/E BGH 1579 ff., 1580; ADAC-Rechtsschutzversicherung, in: WuW/E BGH 1992 f., 1993.

52 Vgl. Stuttgarter Wochenblatt II, in: GRUR 73 (1971), S. 477 ff., 488.

53 Vgl. WAZ-Anzeiger, in: GRUR 79 (1977), S. 668 ff., 670.

54 Vgl. Schaufensteraktion, in: WuW/E BGH 1485 ff., 1488.

Umstritten ist allerdings, ob negative Marktwirkungen **ausschließlich** die Sittenwidrigkeit eines Verhaltens begründen können oder ob ein Verstoß gegen die guten Sitten nur dann vorliegen kann, wenn die Marktwirkungen in Verbindung mit anderen Unlauterkeitskriterien (Irreführung, Nötigung) zur Beurteilung herangezogen werden.⁵⁵

Fraglich ist, inwieweit die Berücksichtigung von Marktfolgen in § 1 UWG eine gegenüber dem GWB weitergehende Kontrollmöglichkeit von Nachfragemacht bietet. Auch bei der Beurteilung von Behinderungspraktiken gemäß §§ 22, 26 Abs. 2 und 3 sowie 37 a Abs. 3 GWB werden die Wettbewerbswirkungen von Verhaltensweisen geprüft. Im Gegensatz zu § 1 UWG setzt das kartellrechtliche Unwerturteil allerdings eine höhere Machtschwelle der betreffenden Unternehmen voraus. Ulmer sieht darin einen Ansatzpunkt, leistungswidrige Wettbewerbspraktiken präventiv bereits im **Vorfeld**, d.h. unterhalb der Machtschwelle der §§ 22, 26 Abs. 2 und 3 sowie 37 a Abs. 3 GWB zu erfassen. Damit verbunden ist eine differenzierende Anwendung von § 1 UWG je nach der Marktstärke

55 Der von Raiser geprägte Tatbestand der **"marktbezogenen Unlauterkeit"**, der als eigenständige Fallgruppe neben die Tatbestände der konkurrentenbezogenen und der verbraucherbezogenen Unlauterkeit gestellt wird, geht davon aus, daß sich die Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung **allein** aus ihren Marktfolgen ergeben kann; vgl. Raiser, Ludwig, Marktbezogene Unlauterkeit, in: GRUR Int. 75 (1973), S. 443 ff., 443 und 445; vgl. auch Sambuc, der die Monopolisierung als neuen Tatbestand der marktbezogenen Unlauterkeit in die Diskussion bringt; vgl. Sambuc, Thomas, a.a.O., S. 801; auch Hefermehl geht von einer eigenständigen Fallgruppe der Marktstörung aus, die dann vorliegt, "wenn eine nicht leistungsgerechte Wettbewerbsmaßnahme geeignet ist, durch die Beseitigung der Freiheit von Angebot und Nachfrage den Bestand des Wettbewerbs zu gefährden und die Mitbewerber zu verdrängen"; Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG Rdnr. 691. Die Herausarbeitung einer eigenen Fallgruppe der marktbezogenen Unlauterkeit wird als wenig fruchtbar angesehen; vgl. Möschel, Wernhard, Pressekonzentration..., a.a.O., S. 136; Hirtz, Bernd, Die Relevanz der Marktmacht..., a.a.O., S. 95; Kraft, Alfons, Gemeinschaftsschädliche Wirtschaftsstörungen..., a.a.O., S. 967; Mestmäcker, Ernst-Joachim, Der verwaltete Wettbewerb..., a.a.O., S. 73 f.

der betreffenden Unternehmen.⁵⁶ Überträgt man den Gedanken der Vorfeldthese auf unseren Untersuchungsgegenstand, könnten Verhaltensweisen von Handelsunternehmen auf Beschaffungsmärkten, die aufgrund fehlender Nachfragemacht keinen Verstoß gegen die §§ 22, 26 Abs. 2 und 3 sowie 37 a Abs. 3 GWB darstellen, über § 1 UWG erfaßt werden, wodurch der Bereich der Verhaltenskontrolle gegenüber Nachfragemacht erheblich erweitert werden könnte. Die Zulässigkeit einer derartigen Vorgehensweise soll im folgenden unter juristischen und ökonomischen Aspekten beleuchtet werden.

Unter **juristischen** Aspekten ist die Anwendbarkeit der Vorfeldthese grundsätzlich möglich, da die §§ 22, 26 Abs. 2 und 3 sowie 37 a Abs. 3 GWB auf der einen und § 1 UWG auf der anderen Seite gleichrangig nebeneinander stehen und anwendbar sind.⁵⁷ Dies bedeutet allerdings nicht, daß § 1 UWG in jedem Fall im Vorfeld des § 26 Abs. 2 GWB anwendbar ist. Wird die Unbilligkeit nach § 26 Abs. 2 GWB verneint, liegt auch keine nach § 1

⁵⁶ Vgl. Ulmer, Peter, Der Begriff "Leistungswettbewerb"... , a.a.O., S. 577; für die Vorfeldthese auch Sack, Rolf, Lauterer und leistungsgerechter Wettbewerb..., a.a.O., S. 301 f.; Lehmann, Michael, Wettbewerbsrecht..., a.a.O., S. 640 f.; Tilmann, Winfried, a.a.O., S. 828; Sambuc, Thomas, a.a.O., S. 799 ff.; zustimmend auch Möschel, Wernhard, Pressekonzentration..., a.a.O., S. 157 f., allerdings unter Ablehnung der Bezugnahme auf die Grundsätze des Leistungswettbewerbs, durch die kein Praktikabilitätsfortschritt erreicht werden könne.

⁵⁷ Vgl. auch Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG Rdnr. 691 e-k; Gamm, Otto-Friedrich Frhr. v., a.a.O., S. 2492; Möschel, Wernhard, Pressekonzentration..., a.a.O., S. 154; grundlegend für das Verhältnis zwischen § 26 Abs. 2 GWB und § 1 UWG die BGH-Entscheidung im Fall Verbandszeitschrift, in: WuW/E BGH 1205 ff., 1210; diese Entscheidung wird häufig auch unter dem Namen "Feld und Wald I" zitiert; den Ausführungen des BGH ist nicht zu entnehmen, daß § 26 Abs. 2 GWB im Verhältnis zu § 1 UWG als *lex specialis* zu betrachten ist (so aber Raiser, Ludwig, a.a.O., S. 446) oder daß § 26 Abs. 2 GWB abschließend geregelt ist (so aber Baudenbacher, Carl, Machtbedingte Wettbewerbsstörungen..., a.a.O., S. 25; vgl. auch Hirtz, Bernd, Die Relevanz der Marktmacht..., a.a.O., S. 95 ff.; Mestmäcker, Ernst-Joachim, Medienkonzentration und Meinungsvielfalt: Eine vergleichende wirtschaftsrechtliche Untersuchung im Auftrage des Bundesministers des Innern, Baden-Baden 1978, S. 159 ff.).

UWG unlautere Behinderung **unter dem Gesichtspunkt der Gefährdung des Wettbewerbsbestandes** vor, da eine derartige Erweiterung des Verbotsrahmens die Einführung eines allgemeinen Diskriminierungsverbotes bedeuten würde, was vom Gesetzgeber nicht intendiert war. Behinderungen können durch § 1 UWG nur insoweit im Vorfeld der entsprechenden GWB-Vorschrift erfasst werden, als derartige Praktiken aufgrund eigenständiger Kriterien als unlauter qualifiziert werden können, welche der kartellrechtlichen Wertung nicht widersprechen (z.B. Irreführung der Verbraucher).⁵⁸

Der Versuch, weitergehende Möglichkeiten zur Erfassung von Nachfragemacht dadurch zu schaffen, Verhaltensweisen von Handelsunternehmen auf Beschaffungsmärkten unter Umgehung der höheren Machtschwelle der entsprechenden GWB-Vorschriften mit Hilfe von § 1 UWG allein aufgrund der Wettbewerbswirkungen derartiger Praktiken zu untersagen, ist somit nicht zulässig. "Auf den bloßen Behinderungseffekt allein läßt sich das Unlauterkeitsurteil nicht stützen."⁵⁹ Eine weitergehende Erfassung von Nachfragemacht ist nur insoweit möglich, als das lauterkeitsrechtliche Unwerturteil auf eigenständigen, den GWB-Vorschriften nicht widersprechenden Kriterien beruht. Wie die Ausführungen im vorstehenden Abschnitt dieser Arbeit gezeigt haben, sind die Gerichte in den 70er Jahren diesen Weg gegangen. Anzapfpraktiken können deshalb unlauter sein, weil sie eine Nötigung der Hersteller, eine Irreführung der Verbraucher oder einen Verstoß gegen die Handelsfunktionen darstellen. Dies sind allesamt typische lauterkeitsrechtliche Kriterien.

58 In diesem Sinne auch Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG Rdnr. 691 e; Knöpfle, Robert, Die marktbezogene Unlauterkeit, a.a.O., S. 22 f.; Herrmann, Harald, a.a.O., S. 398 f.; Gamm, Otto-Friedrich Frhr. v., a.a.O., S. 2492 f.; Emmerich, Volker, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, a.a.O., S. 59; Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 23.

59 Köhler, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, a.a.O., S. 23.

Außer juristischen sprechen auch **ökonomische** Gründe gegen eine Erfassung von Nachfragemacht - unter dem Aspekt der Gefährdung des Wettbewerbsbestandes - unterhalb der Machtschwelle der entsprechenden GWB-Vorschriften. Wie den Ausführungen des 3. Kapitels dieser Arbeit zu entnehmen ist, stellen Anzapfpraktiken nur in den Händen nachfragemächtiger Handelsunternehmen eine Bedrohung für den Wettbewerb dar. Insofern würde eine allein auf Wettbewerbswirkungen gestützte Untersagung nach § 1 UWG zu einer Gefährdung des funktionsfähigen Nachfragerwettbewerbs führen.

Die Wahrscheinlichkeit einer Gefährdung des Wettbewerbsbestandes steigt dagegen mit zunehmender Nachfragemacht der betreffenden Unternehmen. Daher ist bei der Prüfung der Unlauterkeit von Anzapfpraktiken die konkrete Marktstärke der Unternehmen zu berücksichtigen. Diesen Weg ist der BGH in den beiden aus den 80er Jahren stammenden Entscheidungen auch gegangen. Anzapfpraktiken sind danach sittenwidrig, wenn sie durch den Einsatz von Nachfragemacht durchgesetzt werden können.⁶⁰ Abschließend bleibt daher festzuhalten, daß de lege lata eine weitergehende Erfassung von Nachfragemacht durch das UWG nur in engen Grenzen (Irreführung der Verbraucher bei bestimmten Anzapfpraktiken, Nötigung in Verbindung mit Nachfragemacht) möglich ist.

3. Erfassung von Nachfragemacht durch eine Novellierung des UWG ?

Da das geltende Recht kaum weitergehende Möglichkeiten zur Erfassung von Nachfragemacht bietet, ist nun zu untersuchen, wel-

⁶⁰ Vgl. Globus-Handelshof, in: WuW/E BGH 1939 ff., 1941; Markenverband-Deschauer, in: WuW/E BGH 1943 ff., 1946; kritisch aber Knöpfle, Robert, Die marktbezogene Unlauterkeit, a.a.O., S. 96, für den sich dadurch kein Fortschritt ergeben habe, weil das Problem der Nachfragemacht noch weitgehend ungeklärt sei; prinzipiell gegen die Berücksichtigung von Marktmacht in § 1 UWG spricht sich Hirtz aus, da das UWG von einer Gleichbehandlung aller Wettbewerber ausgehe und nicht nach Größe oder Marktmacht differenziere; vgl. Hirtz, Bernd, Die Relevanz der Marktmacht..., a.a.O., S. 96.

che Alternativen de lege ferenda dafür in Frage kommen. Denkbar wären dabei

- die Aufnahme eines allgemeinen Diskriminierungsverbotes in das UWG,
- die Erweiterung des Sanktionssystems des UWG sowie
- die Anwendung des Sanktionssystems des UWG auf Verstöße gegen Bestimmungen des GWB.

a) Aufnahme eines allgemeinen Diskriminierungsverbotes in das UWG

Als Alternative zu § 37 a Abs. 3 GWB haben das Bundeswirtschaftsministerium in Übereinstimmung mit dem Justizministerium in den Diskussionen um die Vierte GWB-Novelle vorgeschlagen, ein allgemeines Diskriminierungs- und Behinderungsverbot in Form eines Unterlassungstatbestandes in das UWG aufzunehmen.⁶¹ Der neue § 6 d UWG sollte lauten:

"Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs andere Gewerbetreibende unbillig behindert oder Anbieter oder Abnehmer von Waren ... ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandelt, kann auch dann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wenn sich die Sittenwidrigkeit der Wettbewerbsbehandlung aus ihren Auswirkungen auf den Wettbewerb ergibt."⁶²

Die wettbewerbspolitischen Bedenken gegen ein derartiges allgemeines Diskriminierungsverbot wurden bereits im vorangegangenen Kapitel artikuliert, so daß die dortigen Ausführungen auch gegen den Vorschlag eines neuen § 6 d UWG verwandt werden können. Auf die Einführung eines allgemeinen Diskriminierungsverbotes in das UWG ist daher zutreffend verzichtet worden.

⁶¹ Auch der Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages hatte einen solchen Vorschlag erwogen; vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/3690, S. 29.

⁶² Abgedruckt bei Kraft, Alfons, Wettbewerbsrecht..., a.a.O., S. 392, allerdings mit mehreren semantischen Alternativvorschlägen.

b) Erweiterung des Sanktionssystems des UWG

Das zweispurig aufgebaute Sanktionssystem des UWG unterscheidet strafrechtliche und privatrechtliche Instrumente.⁶³ Das privatrechtliche Instrumentarium beinhaltet Abwehransprüche (§§ 1, 3 und 16 UWG) sowie Schadensersatzansprüche (§§ 1, 13 Abs. 2, 14 und 16 Abs. 2 UWG). Diese Ansprüche können der unmittelbar von unlauteren Handlungen Verletzte, Mitbewerber, Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen (§ 13 Abs. 1 UWG) sowie Verbraucherverbände (§ 13 Abs. 1 a UWG) geltend machen. Gegenüber dem privatrechtlichen ist das strafrechtliche Instrumentarium praktisch unbedeutend.

Das Sanktionssystem des UWG wird in vielen Fällen als unzureichend angesehen. Faktische Macht- und Abhängigkeitsverhältnisse sowie das Kostenrisiko der betreffenden Unternehmen führen dazu, daß von der Klagebefugnis nur unzureichend Gebrauch gemacht wird. Dieses Vollzugsdefizit soll insbesondere durch die Erweiterung der Behördenbefugnisse beseitigt werden, wobei sich drei Vorschläge unterscheiden lassen:⁶⁴

- Nach dem Vorbild des § 90 GWB sollen die in UWG-Streitsachen tätigen Zivilgerichte die Möglichkeit haben, die Kartellbehörden zu unterrichten, wenn eine Anwendung sowohl von Vorschriften des UWG als auch von Bestimmungen des GWB in Betracht kommt (Beteiligung der Kartellbehörden an UWG-Verfahren).⁶⁵
- Durch einen neuen § 22 a GWB sollen den Kartellbehörden im Verwaltungsverfahren zusätzliche Kompetenzen in der Weise

63 Vgl. Baumbach/Hefermehl, Einl UWG Rdnr. 240 ff.; Emmerich, Volker, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, a.a.O., S. 294 ff.; Rittner, Fritz, a.a.O., S. 92 ff.; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 165 ff.

64 Vgl. dazu Kreuzer, Karl, Behördenbefugnisse in Unlauterkeitssachen?, in: WRP 25 (1979), S. 255 ff., 258 ff.

65 Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, in: BTDr 8/2145, S. 7, 8 und 30 f. sowie erneut durch den Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, in: BTDr 9/1707, S. 9 und 32 ff.

verschafft werden, daß auch alle Formen des unlauteren Wettbewerbs, selbst wenn nur Verbraucher davon betroffen sind, untersagt werden können.⁶⁶

- Durch einen neuen § 13 Abs. 1 c UWG sollen die Unterlassungsansprüche des UWG auch durch das Bundeskartellamt geltend gemacht werden können, sofern dies zur Wahrnehmung des öffentlichen Interesses notwendig ist und es sich um Fragen von grundsätzlicher Bedeutung handelt.⁶⁷

Diese Vorschläge sind aufgrund der unzureichenden Personalausstattung der Kartellbehörden und der mit einer Erweiterung derselben verbundenen Gefahr einer "Aufblähung" des Beamtenapparates bisher allerdings nicht realisiert worden.⁶⁸

c) Anwendung des Sanktionssystems des UWG auf Verstöße gegen Bestimmungen des GWB

Das Sanktionssystem des GWB ist im Unterschied zu dem des UWG dreispurig aufgebaut.⁶⁹ Vergleicht man die Sanktionssysteme des UWG und des GWB, ist festzuhalten, daß das UWG aufgrund seines primär zivilrechtlichen Charakters umfassendere Klagemöglichkeiten gegen Wettbewerbsverstöße als das GWB bietet. Im Hinblick auf die im vorstehenden Kapitel dargelegten Vorteile eines erweiterten zivilrechtlichen Instrumentariums zur Entschärfung des Roß-und-Reiter-Problems ist im folgenden zu untersuchen, inwieweit ein Verstoß gegen Bestimmungen des GWB automatisch, d.h., ohne daß weitere Umstände vorliegen müssen,

66 Vgl. Schmidt, Ingo, Hauptprobleme der vierten GWB-Novelle, a.a.O., S. 75.

67 Vgl. dazu Diskussionskreis "Mittelstand" der CDU/CSU-Bundestagsfraktion und Mittelstandsvereinigung der CDU/CSU, Entwurf eines Neuen Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, abgedruckt in: WRP 23 (1977), S. 686 f., 687.

68 Vgl. auch die Kritik von Kreuzer, Karl, Behördenbefugnisse..., a.a.O., S. 262.

69 Vgl. dazu Emmerich, Volker, Kartellrecht, a.a.O., S. 333 ff.; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 697 ff.; Rittner, Fritz, a.a.O., S. 401 ff.; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 162 f.

unlauter i.S. des § 1 UWG ist. Welche Konsequenzen würden sich daraus ergeben, das Sanktionssystem des UWG auch bei Verstößen gegen Bestimmungen des GWB nutzbar zu machen?⁷⁰

Zunächst würde das breitere Sanktionsinstrumentarium des UWG eine Erweiterung des Kreises der Klagebefugten nach dem GWB bewirken, indem beispielsweise auch Verbraucherverbänden ein Klagerecht gegen GWB-Verstöße zustehen würde. Außerdem wäre ein privater Rechtsschutz auch gegenüber Verstößen gegen solche Bestimmungen des GWB möglich, die keine Schutzgesetze i.S. des § 35 GWB darstellen. Im Hinblick auf unseren Untersuchungsgegenstand würden zivilrechtliche Klagebefugnisse im Rahmen der §§ 22 und 37 a Abs. 3 GWB eine erweiternde Erfassung von Nachfragemacht über den verfahrensrechtlichen Weg ermöglichen und die im 7. Kapitel dieser Arbeit gemachten Vorschläge ergänzen.

Die Begründung eines Verstoßes gegen die guten Sitten i.S. des § 1 UWG durch einen Verstoß gegen eine Vorschrift des GWB kann auf 2 Ansätze gestützt werden:

- Nach dem **Vorsprungsgedanken** kann der Versuch eines Unternehmens, sich durch Verletzung einer der Vorschriften des GWB einen Vorsprung vor seinen Konkurrenten zu schaffen, den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs i.S. des § 1 UWG erfüllen.⁷¹
- Die auf Schrickler zurückgehende **Normzwecktheorie** beinhaltet die Vorstellung, daß die guten Sitten verletzt, wer eine Norm

⁷⁰ Vgl. zu dieser Fragestellung auch Wrage, Heidi, UWG-Sanktionen bei GWB-Verstößen?, Heidelberg 1984.

⁷¹ Vgl. Emmerich, Volker, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, a.a.O., S. 292; Immenga/Mestmäcker, § 35 Rdnr. 116; Sack, Rolf, Der Verkauf unter Selbstkosten im Einzelhandel, in: WRP 29 (1983), S. 63 ff., 67; Sack, Rolf, Die lückenfüllende Funktion der Sittenwidrigkeitsklauseln, in: WRP 31 (1985), S. 1 ff., 9 f.; zurückhaltend Möschel, Wernhard, Pressekonzentration..., a.a.O., S. 156; ablehnend Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG Rdnr. 691; Mestmäcker, Ernst-Joachim, Der verwaltete Wettbewerb..., a.a.O., S. 129.

übertritt, die im Schutzzweck mit dem UWG übereinstimmt.⁷² Da eine Schutzzweckidentität zwischen UWG und GWB vorliegt, wäre bei Verstößen gegen das GWB eine Haftung aus dem UWG zu bejahen.

Gegen die Anwendbarkeit des zivilrechtlichen Instrumentariums des UWG auf Verstöße gegen Bestimmungen des GWB wird der Einwand erhoben, die Realisierung des Vorsprungsgedankens und der Normzwecktheorie würde eine Aushöhlung des § 35 GWB bedeuten.⁷³ Verstöße gegen das GWB könnten daher nur einen Verstoß gegen das UWG begründen, wenn die Vorschrift des GWB Schutzgesetz i.S. des § 35 GWB ist. Dies ist auch höchstrichterlich anerkannt:

"Die Verletzung [einer] wettbewerbsbezogenen Verbotsnorm [hier § 15 GWB; Anm. d. V.] ist wettbewerbswidrig, ohne daß es noch darauf ankommt, ob weitere wettbewerbswidrige Umstände vorliegen."⁷⁴

Nach geltendem Recht sind diese Einwände zwar berechtigt. Im Falle einer Anerkennung des § 22 GWB - und möglicherweise aller Bestimmungen des GWB - als Schutzgesetz i.S. des § 35 GWB würden diese Bedenken allerdings gegenstandslos. Aus den im 7. Kapitel dieser Arbeit genannten Gründen sollten Verstöße gegen Bestimmungen des GWB daher automatisch unlauter i.S. des § 1 UWG sein und damit zivilrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

72 Vgl. Schricker, Gerhard, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß: Rechtsvergleichende Untersuchung zur wettbewerbsrechtlichen Haftung bei Verletzung außerwettbewerbsrechtlicher Normen, München 1970, S. 250 ff.

73 Vgl. Mees, Hans-Kurt, Normwidrigkeit und § 1 UWG, in: WRP 31 (1985), S. 373 ff., 376; Mestmäcker, Ernst-Joachim, Der verwaltete Wettbewerb..., a.a.O., S. 126; Möschel, Wernhard, Pressekonzentration..., a.a.O., S. 157; Wrage, Heidi, a.a.O., S. 57 und 73.

74 4 zum Preis von 3, in: WuW/E BGH 1519 f., 1520.

II. Erfassung von Nachfragemacht durch Selbsthilfemaßnahmen der Wirtschaft ?

Als ein weiteres Instrument zur Erfassung von Nachfragemacht werden Vereinbarungen zwischen Unternehmen angesehen, welche das Wettbewerbsverhalten auf Nachfragemärkten regeln sollen. Zu diesen Selbsthilfemaßnahmen der Wirtschaft⁷⁵ zählen

- die Gemeinsame Erklärung von Organisationen der gewerblichen Wirtschaft vom 6.11.1975⁷⁶ und deren Fortschreibung am 25.6.1984⁷⁷,
- die Wettbewerbsregeln des Markenverbandes vom 10.5.1976⁷⁸,
- das "Berliner Gelöbniß" vom 14.10.1983⁷⁹ sowie
- die beim DIHT am 1.1.1986 eingerichtete Schlichtungsstelle zur Sicherung des Leistungswettbewerbs⁸⁰.

Im folgenden sollen diese Selbsthilfemaßnahmen nach einer Darstellung ihrer Inhalte, ihrer Funktionen und ihrer Rechtsnatur einer Beurteilung unter kartellrechtlichen und wettbewerbspolitischen Aspekten unterzogen werden. Ob und inwieweit die Selbsthilfemaßnahmen ein adäquates Instrument zu einer weitergehenden oder ergänzenden Erfassung von Nachfragemacht darstellen, wird am Ende dieses Abschnitts durch eine Untersuchung der Wirksamkeit der Selbsthilfemaßnahmen beantwortet werden.

1. Inhalte und Funktionen der Selbsthilfemaßnahmen

Eine Initialwirkung für die Aufstellung von Selbsthilfekatalogen der Wirtschaft zur Sicherung des Leistungswettbewerbs im

75 Zu den Selbsthilfemaßnahmen gehören nicht die Bildung von Kooperationen durch Hersteller oder Händler zur Bildung von Gegenmacht, wovon aber Arndt ausgeht; vgl. Arndt, Helmut, Leistungswettbewerb als Voraussetzung der Marktwirtschaft, a.a.O., S. 339.

76 Abgedruckt in: WuW 26 (1976), S. 17 f.

77 Abgedruckt in: WuW 34 (1984), S. 713 ff.

78 Vgl. Markenverband, in: WuW/E BKartA 1633 ff.

79 Vgl. o.V., Verzicht auf systematischen Verkauf unter Einstandspreis, in: WuW 33 (1983), S. 843.

80 Vgl. o.V., Schlichtungsstelle zur Sicherung des Leistungswettbewerbs eingerichtet, in: WuW 36 (1986), S. 92.

Handel ging von dem sog. "**Sündenregister**" des Bundeswirtschaftsministeriums aus dem Jahre 1974⁸¹ aus. Dieser Katalog will insbesondere solche Wettbewerbsverzerrungen erfassen, die zu machtbedingten Einkommensvorteilen führen. Dazu gehören die aus der UWG-Rechtsprechung bekannten Anzapfpraktiken wie das Fordern von Eintrittsgeldern, Regalmieten, Werbekostenzuschüssen etc. Im Schreiben an die Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft äußerte Staatssekretär Dr. Schlecht den Wunsch,

"daß die Verbände selbst die erforderlichen Initiativen ergreifen, um derartige Praktiken zu Lasten kleiner und mittlerer Unternehmen in Zukunft zu vermeiden"⁸².

Die Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft haben die Initiative des Bundeswirtschaftsministeriums aufgegriffen und im Jahre 1975 - unter weitgehender Übernahme der im Sündenregister aufgeführten Tatbestände - die **Gemeinsame Erklärung** verabschiedet.⁸³ Das Ziel dieser Erklärung besteht darin, "im Wege der Selbsthilfe der Wirtschaft Störungen des Leistungswettbewerbs zu vermeiden und zu verhindern"⁸⁴. Die Gemeinsame Erklärung wurde im Jahre 1984 durch die Aufnahme weiterer wettbewerbsverzerrender Praktiken (insbesondere die Rabattspreizung und der Verkauf unter dem Einkaufspreis) fortgeschrieben.⁸⁵

Wesentliche Teile der Gemeinsamen Erklärung wurden 1976 vom Markenverband als **Wettbewerbsregeln** angemeldet und vom Bundeskartellamt in das Register für Wettbewerbsregeln eingetragen.⁸⁶

81 Abgedruckt in: WRP 21 (1975), S. 24 ff.

82 Bundeswirtschaftsministerium, Beispielkatalog von Tatbeständen..., a.a.O., S. 24.

83 Vgl. o.V., Sicherung des Leistungswettbewerbs: Gemeinsame Erklärung..., a.a.O.; zur Entstehungsgeschichte Meier, Gert, "Orderly marketing" - Veränderung der Struktur des deutschen Wettbewerbsrechts?, in: WRP 25 (1979), S. 593 ff., 594 f.

84 O.V., Sicherung des Leistungswettbewerbs: Gemeinsame Erklärung..., a.a.O., S. 17.

85 Vgl. o.V., Sicherung des Leistungswettbewerbs: Fortschreibung der Gemeinsamen Erklärung..., a.a.O.; vgl. auch Hinz, Hans W., a.a.O.

86 Vgl. Markenverband, in: WuW/E BKartA 1633 ff.

"Sie sollen auch dazu beitragen, den Mißbrauch von Marktmacht gegenüber Mitbewerbern und Marktbeteiligten anderer Wirtschaftsstufen zu verhindern."⁸⁷

Führende Unternehmen des Lebensmittelhandels haben dem Präsidenten des Bundeskartellamts in einem Gespräch am 14.10.1983 zugesagt (sog. **Berliner Gelöbnis**), von einem systematischen, marktstrategischen Verkauf unter Einstandspreis in Zukunft Abstand zu nehmen. Die an dem Gespräch teilnehmenden Hersteller ermahnte der Präsident, die übermäßige Konditionenspreizung und Machtrabatte abzubauen.⁸⁸

Im Jahre 1986 wurde beim DIHT eine **Schlichtungsstelle** zur Sicherung des Leistungswettbewerbs errichtet, die sich auf Beschwerden von Unternehmen mit Tatbeständen der Gemeinsamen Erklärung befaßt. Ziel der Schlichtungsstelle ist es, für die beteiligten Unternehmen die Möglichkeit einer vertraulichen Aussprache zu eröffnen und damit auf freiwilliger Basis die Selbsthilfebemühungen der Wirtschaft zu stärken. Die Schlichtungsstelle hat die Aufgabe, als Anlaufstelle für Beschwerden zu dienen und das Zustandekommen eines Gesprächs zwischen den Beteiligten zu fördern.⁸⁹ Außerdem obliegt der Schlichtungsstelle die Überwachung des Berliner Gelöbnisses, welche ihr vom Bundeskartellamt abgetreten worden ist.⁹⁰

Die Initiative des Staates zur Bildung von Selbsthilfemaßnahmen (wie im Falle der Gemeinsamen Erklärung) und seine aktive Beteiligung an den Selbsthilfemaßnahmen (wie im Falle des Berliner Gelöbnisses) bedeuten ein neues Regulierungspotential un-

87 Markenverband, in: WuW/E BKartA 1633 ff., 1633.

88 Vgl. o.V., Verzicht auf systematischen Verkauf unter Einstandspreis, a.a.O., S. 843.

89 Vgl. o.V., Grundsätze von Verbänden der Industrie und des Handels für die Errichtung und Arbeitsweise einer Schlichtungsstelle zur Sicherung des Leistungswettbewerbs, in: WuW 36 (1986), S. 216.

90 Vgl. Baudenbacher, Carl, Wettbewerbspolitik durch "soft law" - Drei Jahre Berliner Gelöbnis, in: WuW 36 (1986), S. 941 ff., 955.

terhalb der Schwelle hoheitlicher Herrschaftsausübung.⁹¹ Das Oberziel dieser Einflußnahme ist die Herbeiführung eines Interessenausgleichs zwischen den beteiligten Unternehmen. Die Tätigkeit des Staates geht hier über reine öffentliche Appelle (moral suasion) hinaus.

Die **Funktionen** dieser Selbsthilfemaßnahmen - herausgestellt insbesondere von deren Befürwortern - lassen sich im einzelnen wie folgt zusammenstellen:

- Selbsthilfemaßnahmen ermöglichen wegen des zeitlichen Vorsprungs gegenüber gesetzlichen Maßnahmen eine raschere Durchsetzung staatlicher Ziele.⁹²
- Sie bieten eine größere Flexibilität als gesetzliche Regelungen, da die Inhalte der Kataloge laufend an sich wandelnde Umweltbedingungen angepaßt werden können.⁹³
- Sie ermöglichen eine Konkretisierung und Verfeinerung der entsprechenden gesetzlichen Vorschriften (§ 26 Abs. 2 und 3, § 37 a Abs. 3 GWB).⁹⁴

91 In der Politischen Ökonomie wird diese Art staatlicher Politik unter dem Stichwort "Neokorporatismus" diskutiert und kritisiert; vgl. Himmelmann, Gerhard, Öffentliche Bindung durch neokorporatistische Verhandlungssysteme ?, in: Öffentliche Bindung von Unternehmen: Beiträge zur Regulierungsdebatte: Gert von Eyern zum 80. Geburtstag gewidmet, hrsg. von Theo Thiemeyer u.a., Baden-Baden 1983, S. 55 ff.; Heinze, Rolf, Verbandepolitik und "Neokorporatismus": Zur politischen Soziologie organisierter Interessen, Opladen 1981.

92 Vgl. Baudenbacher, Carl, Wettbewerbspolitik durch "soft law"..., a.a.O., S. 945.

93 Vgl. Baudenbacher, Carl, Wettbewerbspolitik durch "soft law"..., a.a.O., S. 946; Söhn, Stefan, Allgemeinverbindlicherklärung von Wettbewerbsregeln: Möglichkeiten und Grenzen einer Reformierung der Vorschriften über Wettbewerbsregeln nach den §§ 28 ff. GWB, München 1983, S. 55.

94 Vgl. Sack, Rolf, Lauterer und leistungsgerechter Wettbewerb..., a.a.O., S. 303; Söhn, Stefan, a.a.O., S. 53.

- Im Gegensatz zu gesetzlichen Regelungen sind Selbsthilfemaßnahmen speziell auf Branchenbesonderheiten zugeschnitten.⁹⁵
- Durch die Aufstellung von Verbandskatalogen läßt sich eine gesetzliche Regelung der Tatbestände vermeiden.⁹⁶
- Selbsthilfemaßnahmen fördern die Bildung von Gegenmacht, indem sie kleinen und mittleren Unternehmen ein einheitliches Auftreten gegenüber ihren größeren Konkurrenten ermöglichen⁹⁷ (horizontale Gegenmacht) oder indem ein einheitliches Auftreten gegenüber der Marktgegenseite möglich wird⁹⁸ (vertikale Gegenmacht).

2. Die Rechtsnatur der Selbsthilfemaßnahmen

Die Erörterung der Rechtsnatur der Selbsthilfemaßnahmen ist insbesondere im Hinblick auf deren kartellrechtliche Beurteilung notwendig. Während die Rechtsnatur der Wettbewerbsregeln des Markenverbandes eindeutig zu bestimmen ist, ist die Rechtsnatur der Gemeinsamen Erklärung und des Berliner Gelöbnisses umstritten. Die Rechtsnatur der Schlichtungsstelle ist bisher noch nicht erörtert worden.

95 Vgl. Jaumann, Anton, Zur Thematik des Wettbewerbskongresses München 1977, in: Freiheit und Fairneß im Wettbewerb - Chance für einen leistungsfähigen Mittelstand: Wettbewerbskongreß München 1977, hrsg. vom Bayerischen Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr, München 1977, S. 11 ff., 31; Söhn, Stefan, a.a.O., S. 53.

96 Vgl. Baudenbacher, Carl, Wettbewerbspolitik durch "soft law"..., a.a.O., S. 945; Meier, Gert, "Orderly marketing"..., a.a.O., S. 595; Kartte, Wolfgang, Aktuelle Probleme des Wettbewerbs in der Konsumgüterwirtschaft, in: MA 46 (1984), S. 232 ff., 238; Benisch, Werner, Wettbewerbsregeln..., a.a.O., S. 453; Hinz, Hans W., a.a.O., S. 23; Gries, Gerhard, Wettbewerbsregeln - ungenutzte Chance ?, in: Freiheit und Fairneß im Wettbewerb - Chance für einen leistungsfähigen Mittelstand: Wettbewerbskongreß München 1977, hrsg. vom Bayerischen Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr, München 1977, S. 257 ff., 270.

97 Vgl. Emmerich, Volker, Kartellrecht, a.a.O., S. 93; kritisch aber Hamm, Walter, a.a.O., S. 132; Hönn, Günther, a.a.O., S. 146 f.

98 Vgl. Meier, Gert, Verhaltensregeln der Wirtschaft..., a.a.O., S. 515; Hönn, Günther, a.a.O., S. 147; kritisch Schuhmacher, Wolfgang, Nachfragemacht und Gegengewichtsprinzip, in: ZHR 140 (1976), S. 317 ff., 336 f.

Die **Wettbewerbsregeln** des Markenverbandes sind durch die §§ 28 ff. GWB⁹⁹ legitimiert. Gemäß § 28 Abs. 1 GWB können Wirtschafts- und Berufsvereinigungen für ihren Bereich Wettbewerbsregeln aufstellen. Wettbewerbsregeln sind Bestimmungen, die das Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb zu dem Zweck regeln, einem den Grundsätzen des lautereren oder der Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbs¹⁰⁰ zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken und ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen (§ 28 Abs. 2 GWB).

Bei den Kartellbehörden kann die Anerkennung von Wettbewerbsregeln beantragt werden (§ 28 Abs. 3 GWB).¹⁰¹ Nur für diese anerkannten Wettbewerbsregeln gilt, daß Vereinbarungen, in denen sich die Beteiligten zur Einhaltung der Regeln verpflichten, keine Verträge oder Beschlüsse i.S. des § 1 GWB darstellen (§ 29 GWB).

-
- 99 Vgl. zur Entstehungsgeschichte Immenga/Mestmäcker, § 28 Rdnr. 1 ff.; Emmerich, Volker, Kartellrecht, a.a.O., S. 87 f.
- 100 Die Grundsätze des Leistungswettbewerbs sind durch die 2. GWB-Novelle in § 28 GWB aufgenommen worden, wodurch der jahrelange Streit über die Interpretation des § 28 Abs. 2 GWB hinsichtlich des Beurteilungsmaßstabs für die Eintragung von Wettbewerbsregeln weitgehend beendet worden ist; vgl. dazu Immenga/Mestmäcker, § 28 Rdnr. 8 ff.; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 200 ff.; Emmerich, Volker, Kartellrecht, a.a.O., S. 89 ff.; Mestmäcker, Ernst-Joachim, Der verwaltete Wettbewerb..., a.a.O., S. 20 ff.; Sack, Rolf, Lauterer und leistungsgerechter Wettbewerb..., a.a.O., S. 298 ff.; Söhn, Stefan, a.a.O., S. 11 ff.
- 101 Anstelle der Anerkennung von Wettbewerbsregeln war vor 1985 die Eintragung von Wettbewerbsregeln in das Register für Wettbewerbsregeln auf Antrag vorgesehen; durch das Gesetz zur Bereinigung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 27.2.1985 (vgl. BGBl. I 1985, S. 457 ff.) ist die Verordnung über das Verfahren bei der Eintragung von Wettbewerbsregeln und über das Register für Wettbewerbsregeln aufgehoben worden; damit wurden in den § 28 ff. GWB alle Formulierungen, die sich auf die Eintragung von Wettbewerbsregeln bezogen, durch die Formulierung Anerkennung von Wettbewerbsregeln ersetzt.

Der Antrag auf Anerkennung von Wettbewerbsregeln kann von den Kartellbehörden abgelehnt werden, wenn eine derartige Regel Bestimmungen des GWB, des UWG oder seiner Nebengesetze verletzt (§ 31 Abs. 1 GWB). Aus diesen Gründen ist auch eine nachträgliche Rücknahme oder ein Widerruf der Anerkennung möglich (§ 31 Abs. 3 GWB).

Bei der Bestimmung der Rechtsnatur des **Berliner Gelöbnisses** ist zwischen den Vereinbarungen des Bundeskartellamts mit den Handelsunternehmen einerseits und den Herstellern andererseits zu differenzieren. Die Vereinbarungen zwischen dem Bundeskartellamt und den beteiligten Handelsunternehmen sind ein zwischen staatlichen und privaten Akteuren geschlossenes gentlemen's agreement ohne Rechtsfolgewillen. Sie sind mit dem aus dem Völkerrecht bekannten "soft law" vergleichbar:

"Als 'soft law' (weiches Recht) bezeichnet man im Völkerrecht durch Völkerrechtssubjekte geschaffene Normen, denen keine Rechtsverbindlichkeit zukommt, die sich aber von Nichtrecht durch eine spezifische Rechtsnähe unterscheiden."¹⁰²

Die spezifische Rechtsnähe des Berliner Gelöbnisses ergibt sich daraus, daß die Vereinbarungen als Versuch anzusehen sind, § 37 a Abs. 3 GWB zu konkretisieren. Da sich das Gelöbnis auf Verhaltensweisen beziehe, die grundsätzlich auch nach § 37 a Abs. 3 GWB verbotbar wären, wird das Berliner Gelöbnis als informelles Verwaltungshandeln qualifiziert.¹⁰³ Für die Monopolkommission stellt das Berliner Gelöbnis dagegen ein staatlich inspiriertes Selbstbeschränkungsabkommen dar, da die am Gelöbnis beteiligten Handelsunternehmen nicht sämtlich Normadressaten

102 Baudenbacher, Carl, Wettbewerbspolitik durch "soft law"..., a.a.O., S. 942 f.

103 Vgl. Baudenbacher, Carl, Wettbewerbspolitik durch "soft law"..., a.a.O., S. 953; Bunte, Hermann-Josef, Wettbewerbspolitische und wettbewerbsrechtliche Probleme der Konditionenspreizung, a.a.O., S. 128; wohl auch Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1983/84, in: BTD 10/3550, S. 26.

des § 37 a Abs. 3 GWB seien und somit eine Tatbestandsvoraussetzung dieser Norm nicht vorläge.¹⁰⁴

Die Vereinbarungen zwischen dem Bundeskartellamt und den Herstellern stellen dagegen kein soft law und damit kein informelles Verwaltungshandeln, sondern lediglich ein staatlich inspiriertes Selbstbeschränkungsabkommen dar, da ihnen eine spezifische Rechtsnähe fehlt.¹⁰⁵

Im Unterschied zum Berliner Gelöbnis sind die **Gemeinsame Erklärung** und ihre Fortschreibung keine öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen, da sie nicht mit dem Staat als Partner abgeschlossen worden sind. Sie erhalten aber einen gewissen hoheitlichen Charakter dadurch, daß sie auf ausdrücklichen Wunsch des Staates¹⁰⁶ zustande gekommen sind. Staatlich initiierte Selbstbeschränkungsabkommen sind Teil einer umfassenden staatlichen Wirtschaftsplanung zum Schutze des Wettbewerbs, die neben gesetzlichen und administrativen Akten auch die Initiative zur Bildung von Selbsthilfemaßnahmen der Wirtschaft umfaßt.¹⁰⁷ Die Gemeinsame Erklärung und deren Fortschreibung erhalten Normcharakter auch insoweit, als Verhaltensregeln nicht nur für die Verfasser der Erklärungen, sondern auch für Dritte aufgestellt

104 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 196.

105 Vgl. Baudenbacher, Carl, Wettbewerbspolitik durch "soft law"..., a.a.O., S. 953.

106 Vgl. Bundeswirtschaftsministerium, Beispielkatalog von Tatbeständen..., a.a.O., S. 24; Stellungnahme der Bundesregierung zum Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1975 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet (§ 50 GWB), in: BTDr 7/5390, S. IV.

107 Vgl. dazu ausführlich Horstmann, Wolfgang, Selbstbeschränkungsabkommen und Kartellverbot: Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 1 GWB durch wirtschaftslenkende Maßnahmen, Frankfurt/M. und Bern 1977, S. 131 ff.; Kaiser, Joseph H., Industrielle Absprachen im öffentlichen Interesse, in: NJW 24 (1971), S. 585 ff., 586; Markert, Kurt, Kartelle als Mittel staatlicher Wirtschaftsplanung, in: Planung IV: Planung international, hrsg. von Joseph H. Kaiser, Baden-Baden 1970, S. 191 ff.

werden.¹⁰⁸ Schließlich können diese Regeln auch dadurch Rechtscharakter erhalten, daß sie als Auslegungsrichtlinien für die Bestimmung der Sittenwidrigkeit des Anzapfens nach § 1 UWG herangezogen werden.

Die Rechtsnatur der **Schlichtungsstelle** zur Sicherung des Leistungswettbewerbs ist noch ungeklärt. Sie stellt kein Schiedsgericht i.S. der §§ 1025 ff. ZPO und auch keinen Schiedsvertrag gemäß § 91 GWB¹⁰⁹ dar. Sie ist wohl am ehesten mit den Einigungsstellen nach § 27 a UWG vergleichbar. Im Unterschied zu diesen Einigungsstellen sind die formalen Anforderungen an das Verfahren bei der Schlichtungsstelle allerdings wesentlich geringer.¹¹⁰

3. Beurteilung der Selbsthilfemaßnahmen

Im folgenden Abschnitt sollen die dargestellten Selbsthilfemaßnahmen der Wirtschaft einer kartellrechtlichen und wettbewerbspolitischen Beurteilung unterzogen werden.¹¹¹

108 "Die Unternehmen und Organisationen der Wirtschaft werden aufgerufen, diese Grundsätze in der Praxis zu verwirklichen"; o.V., Sicherung des Leistungswettbewerbs: Gemeinsame Erklärung..., a.a.O., S. 17; vgl. auch Meier, Gert, Regelungsverantwortung des Staates und Subsidiaritätsprinzip im Wettbewerbsrecht, in: BB 38 (1983), S. 1229 ff., 1231 f.

109 Vgl. dazu Vollmer, Lothar, Kartell-Schiedsklauseln in internationalen Wirtschaftsverträgen, in: GRUR Int. 88 (1986), S. 589 ff.

110 Die Einigungsstellen werden auf Verpflichtung der Landesregierungen bei den Industrie- und Handelskammern errichtet; außerdem gelten gewisse Verfahrensvorschriften; vgl. dazu Baumbach/Hefermehl, § 27 a Rdnr. 2 ff.

111 Die Selbsthilfemaßnahmen lassen sich auch unter verfassungsrechtlichen Aspekten beurteilen, was den Rahmen dieser Arbeit allerdings erheblich überschreiten würde; vgl. zu diesem Problemkreis Meier, Gert, Regelungsverantwortung des Staates..., a.a.O.; Hinz, Hans W., a.a.O., S. 24; Söhn, Stefan, a.a.O., S. 113 ff.; Gröner, Helmut, Nichtleistungswettbewerb..., a.a.O., S. 94 f.

a) Kartellrechtliche Beurteilung

Die kartellrechtliche Unbedenklichkeit der Selbsthilfemaßnahmen ergibt sich nach Ansicht ihrer Befürworter aus dem Charakter als öffentlich-rechtliche Vereinbarungen. Auf hoheitliches Handeln sei das GWB nicht anwendbar.¹¹² Selbst wenn man die Rechtsnatur der Selbsthilfemaßnahmen als hoheitliches Handeln qualifiziert - was allenfalls auf das Berliner Gelöbnis zutreffen könnte¹¹³ - ist dieser Auffassung entgegenzutreten. Den Interpretationen des § 98 Abs. 1 GWB ist zu entnehmen, daß die Rechtsnatur der Beziehungen der öffentlichen Hand zu ihren Vertragspartnern strikt von den Wettbewerbsbeziehungen der öffentlichen Hand gegenüber ihren privaten Konkurrenten zu trennen ist. In letztere Beziehungen muß auch das GWB eingreifen können.¹¹⁴ Auf die Selbsthilfemaßnahmen übertragen, bedeutet dieser Grundsatz, daß sich das hoheitliche Handeln ausschließlich auf die Einrichtung und Überwachung der Vereinbarungen bezieht. Die Regelungen in den Selbsthilfekatalogen selbst besitzen demgegenüber hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die Wettbewerbsbeziehungen zwischen den an den Vereinbarungen Beteiligten und den Nichtbeteiligten rein privatrechtlichen Charakter.

Ein weiterer Auslegungsgrundsatz des § 98 Abs. 1 GWB besteht darin, daß die Übertragung staatlicher Aufgaben auf öffentliche Unternehmen keine Durchbrechung des GWB rechtfertigt.¹¹⁵ Eine Übertragung staatlicher Aufgaben auf private Unternehmen - wie im Falle der Selbsthilfemaßnahmen - rechtfertigt damit erst

112 Vgl. Baudenbacher, Carl, Wettbewerbspolitik durch "soft law"..., a.a.O., S. 954 f.; kartellrechtliche Relevanz erhielten Selbsthilfemaßnahmen erst dann, wenn Absprachen zu deren verbindlicher Einhaltung getroffen würden; vgl. Schlarmann, Josef, Die kartellrechtliche Behandlung von Selbstbeschränkungsabkommen, in: NJW 24 (1971), S. 1394 f., 1394.

113 Vgl. dazu die Ausführungen in Abschnitt 2.

114 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 1 Rdnr. 36 und § 98 Abs. 1 Rdnr. 14; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 72.

115 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 98 Abs. 1 Rdnr. 38.

recht keine Durchbrechung des GWB. Nach alledem ist festzuhalten, daß das GWB auf Selbsthilfemaßnahmen uneingeschränkt anwendbar ist.

Die Gemeinsame Erklärung, deren Fortschreibung, das Berliner Gelöbnis und die Schlichtungsstelle zur Sicherung des Leistungswettbewerbs stellen daher einen Verstoß gegen das Kartellverbot des § 1 GWB dar:¹¹⁶

- Zunächst handelt es sich bei den Selbsthilfemaßnahmen nicht um Verträge, sondern um Beschlüsse¹¹⁷, die - wie sich aus dem Wortlaut des § 1 GWB ergibt - auch unter das Kartellverbot fallen können. Ein Problem könnte allerdings daraus entstehen, daß - wie bei der Gemeinsamen Erklärung - der Beschluß von Dachverbänden gefaßt wird. § 1 GWB kann nur dann eingreifen, wenn die Unternehmen als Angehörige der Unterverbände durch den Beschluß in ihrem Marktverhalten betroffen werden.¹¹⁸ Dies ist hier der Fall.
- Ein weiteres Problem könnte daraus resultieren, daß die Vereinbarungen keinen rechtlichen Bindungswillen beinhalten¹¹⁹ und somit keine Beschlüsse i.S. des § 1 GWB darstellen. Dies

116 So auch Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 196; Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 248; anders jedoch Baudenbacher, Carl, Wettbewerbspolitik durch "soft law"..., a.a.O., S. 954 unter Berufung auf die Besonderheit der Rechtsnatur des Berliner Gelöbnisses; die Gefahr der Kartellbildung durch Wirtschaftsverbände wird auch in der allgemeinen verbandspolitischen Diskussion gesehen; vgl. Leßmann, Herbert, Die öffentlichen Aufgaben und Funktionen privatrechtlicher Wirtschaftsverbände: Sozialer Befund, rechtliche Einordnung und Kontrolle, Köln u.a. 1976, S. 82 f.; außerdem wäre in diesem Zusammenhang zu prüfen, ob die Initiativen des Bundeswirtschaftsministeriums und des Bundeskartellamts einen Verstoß gegen das Empfehlungsverbot des § 38 Abs. 1 Nr. 10 GWB darstellen.

117 Vgl. zum Begriff des Beschlusses Immenga/Mestmäcker, § 1 Rdnr. 140 f.

118 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 1 Rdnr. 147.

119 Die an der Gemeinsamen Erklärung beteiligten Verbände gehen davon aus, daß die Vereinbarungen "unabhängig von einer rechtlichen Wertung" gelten sollen; o.V., Sicherung des Leistungswettbewerbs: Gemeinsame Erklärung..., a.a.O., S. 17; vgl. dazu auch Meier, Gert, "Orderly marketing"..., a.a.O., S. 595.

ist für den Begriff des Beschlusses in § 1 GWB auch nicht entscheidend; ein "natürlicher Bindungswille", der schon aus einer moralischen Verpflichtung der Beteiligten resultieren kann, ist ausreichend.¹²⁰ Im Zweifel würde zudem das Verbot des aufeinander abgestimmten Verhaltens i.S. des § 25 Abs. 1 GWB zur Anwendung kommen.

- Fraglich ist, ob die Selbsthilfemaßnahmen zur Beeinflussung der Marktverhältnisse geeignet sind, was deshalb zweifelhaft sein kann, weil sich die Unternehmen kaum an die vereinbarten Abreden halten. Entscheidend für die Erfüllung dieser Tatbestandsvoraussetzung ist allerdings die objektive Eignung zur Beeinflussung der Marktverhältnisse; ob die erwarteten Wettbewerbswirkungen tatsächlich eintreten, ist unerheblich.¹²¹
- Das Kartellverbot könnte auch deshalb nicht greifen, weil Absprachen über die Unterlassung unlauteren Wettbewerbs oder kartellrechtswidrigen Wettbewerbs nicht unter § 1 GWB fallen.¹²² Die in den Selbsthilfekatalogen enthaltenen Tatbestände sind aber nicht per se unlauter oder verstoßen per se gegen die §§ 22, 26 Abs. 2 und 3 sowie 37 a Abs. 3 GWB. Ein Verstoß gegen die entsprechenden Bestimmungen des UWG und des GWB kann nur bei Vorliegen von Nachfragemacht angenommen werden. Diese Beschränkung des Normadressatenkreises ist in den Katalogen nicht enthalten, so daß § 1 GWB anzuwenden ist.
- Auch die Tätigkeit der Schlichtungsstelle ist kartellrechtlich problematisch. Grundsätzlich sind Vergleiche zwischen streitenden Parteien unter § 1 GWB zu subsumieren, wenn dieser Vergleich das Wettbewerbsverhalten der Beteiligten begrenzt.¹²³ Betrifft der Vergleich allerdings Sachverhalte, die nach dem GWB oder UWG verboten sind, liegt kein Verstoß gegen § 1 GWB vor.¹²⁴ Im Einzelfall dürfte die Schlichtungs-

120 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 1 Rdnr. 123 f.

121 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 1 Rdnr. 349; Felibase, in: WuW/E OLG 1738 ff., 1740.

122 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 1 Rdnr. 224 ff.

123 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 1 Rdnr. 177.

124 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 1 Rdnr. 179; Heilquelle, in: WuW/E BGH 1385 ff., 1387.

stelle daher erst tätig werden, wenn eine gerichtliche Klärung der Sachverhalte vorläge.

Aus der Sicht der beteiligten Unternehmen sind vor diesem Hintergrund die Bemühungen der Wirtschaftsverbände verständlich, Selbsthilfekataloge als Wettbewerbsregeln zu formulieren und diese durch die Kartellbehörden anerkennen zu lassen. Ist die Klippe des § 31 Abs. 1 GWB umgangen, nach der die Kartellbehörde den Antrag auf Anerkennung von Wettbewerbsregeln und Vereinbarungen zu deren Einhaltung ablehnen kann, wenn gesetzliche Vorschriften verletzt werden, sind Wettbewerbsregeln kartellrechtlich unbedenklich. Das Bundeskartellamt hat dem Markenverband und rund 30 weiteren Verbänden derartige Unbedenklichkeitsbescheinigungen ausgestellt, obwohl die mit den übrigen Selbsthilfekatalogen weitgehend inhaltsgleichen Wettbewerbsregeln aus den oben genannten Gründen als Kartelle zu identifizieren sind. Die Gefahr eines Mißbrauchs von Wettbewerbsregeln als Kartellersatz¹²⁵ dürfte sich damit bestätigt haben.

b) Wettbewerbspolitische Beurteilung

Unter wettbewerbspolitischen Aspekten ist zunächst die Bewertung der in den Selbsthilfekatalogen aufgezählten Tatbestände zu kritisieren. Wie schon im 3. Kapitel ausgeführt worden ist, stellen die Forderungen nach Gewährung von Eintrittsgeldern, Schaufenstermieten etc. per se keine wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen dar. Erst ihr Einsatz durch nachfragemächtige Handelsunternehmen kann zu Wettbewerbsbeschränkungen und zur Unlauterkeit führen. Diese Ambivalenz von Anzapfpraktiken wird durch die Selbsthilfekataloge ignoriert. Eine gleichmäßige Anwendung der Selbsthilfemaßnahmen auf marktstarke und marktschwache Unternehmen wäre mit der Einführung eines allgemeinen

¹²⁵ Vgl. Hamm, Walter, a.a.O., S. 116; Meier, Gert, Verhaltensregeln der Wirtschaft..., a.a.O., S. 518.

Diskriminierungsverbots gleichzusetzen und wettbewerbspolitisch daher bedenklich.¹²⁶

Die Selbsthilfemaßnahmen bergen darüber hinaus die Gefahr einer Beschränkung des wettbewerbspolitisch notwendigen Geheimwettbewerbs in sich. Das Ziel des Berliner Gelöbnisses wird auch darin gesehen, Konditionensysteme zu vereinfachen und sie transparenter zu machen.¹²⁷ Benisch fordert im Falle von Wettbewerbsregeln gegen Rabattdiskriminierungen die "Nennung von Höchstbeträgen und Toleranzen in Zahlen oder Prozentsätzen"¹²⁸. Damit tendieren die Selbsthilfemaßnahmen zur Bildung von Konditionenmeldestellen. Die Offenlegung von Konditionen beeinträchtigt aber vorstoßenden Nachfragerwettbewerb und einen wirksamen Anbieterwettbewerb - ein Phänomen, das aus der Diskussion um die Preismeldestellen seit langem bekannt ist.¹²⁹

Die im Handel insbesondere auf Beschaffungsmärkten zu beobachtende Verlagerung des Preiswettbewerbs auf den Nichtpreiswettbewerb ist Ausdruck einer erhöhten oligopolistischen Interdependenz. Vor diesem Hintergrund ist die durch die Selbsthilfemaßnahmen erfolgende negative Bewertung derartiger Verhaltensweisen als Versuch zu werten, den noch bestehenden Restwettbewerb auf den Beschaffungsmärkten des Handels einzuschränken. Dies ist nach Ansicht Mestmäckers eine "alte Kartellerfahrung"¹³⁰: Erweisen sich partielle Wettbewerbsbeschränkungen als wenig wirksam, besteht eine Tendenz zu einer Ausweitung der re-

126 Ähnlich auch Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 194; Hönn, Günther, a.a.O., S. 146; Baur, Jürgen F., Wettbewerbsregeln und Außenseiter - Überlegungen zu einer erweiterten Verbindlichkeit von Wettbewerbsregeln, in: ZHR 141 (1977), S. 293 ff., 304; Sack, Rolf, Lauterer und leistungsgerechter Wettbewerb..., a.a.O., S. 303; Kroitzsch, Hermann, a.a.O., S. 223.

127 Vgl. die Hinweise bei Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1983/84, in: BTD 10/3550, S. 26.

128 Benisch, Werner, Wettbewerbsregeln..., a.a.O., S. 453.

129 Vgl. Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 11, 192, 217 ff.

130 Mestmäcker, Ernst-Joachim, Der verwaltete Wettbewerb..., a.a.O., S. 18.

gulierten Aktionsparameter auf bisher nicht erfaßte.¹³¹ Selbsthilfemaßnahmen der Wirtschaft sind unter wettbewerbspolitischen Aspekten daher als bedenklich anzusehen.

Die kartellrechtliche und wettbewerbspolitische Problematik der Selbsthilfemaßnahmen verliert allerdings etwas an Bedeutung, wenn man deren eingeschränkte Wirksamkeit berücksichtigt, worauf im folgenden Abschnitt eingegangen werden soll.

4. Die Wirksamkeit der Selbsthilfemaßnahmen zur Erfassung von Nachfragemacht

Die Selbsthilfemaßnahmen der Wirtschaft haben in der Praxis nicht die Wirkungen gezeigt, die man erwartet hatte. Eine nennenswerte Verbreitung von Wettbewerbsregeln, die das Verhalten von Unternehmen auf Beschaffungsmärkten regeln sollen, ist nur in der Ernährungsindustrie festzustellen. Im Handel fehlen derartige Regeln.¹³² Diese Wettbewerbsregeln und die übrigen Selbsthilfemaßnahmen stellen bisher nicht mehr als good will-Erklärungen dar.¹³³ Die Schlichtungsstelle hat bisher nur in fünf Fällen ihre Tätigkeit aufgenommen.¹³⁴

131 Die Fortschreibung der Gemeinsamen Erklärung ist ein Beispiel dafür.

132 Vgl. den Überblick bei Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1985/86, in: BTDr 11/554, S. 156 ff.

133 Vgl. Schultes, Werner, Erfahrungen bei der Mißbrauchsaufsicht..., a.a.O., S. 737; Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels, Diskriminierung oder Leistungswettbewerb? Schwarzbuch zur Novellierung des Kartellgesetzes: Stand November 1979, a.a.O., S. 5; Monopolkommission, Sondergutachten 14, a.a.O., Tz. 195; Baudenbacher, Carl, Wettbewerbspolitik durch "soft law"..., a.a.O., S. 946.

134 Vgl. Gerlach, Ekkehard, a.a.O., S. 13; laut Presseberichten hat die Bundesarbeitsgemeinschaft der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels (BAG) die Schlichtungsstelle mit der Bitte angerufen, zu klären, ob die Fa. Asko durch die Forderung nach Gewährung von Sonderrabatten gegen die Gemeinsame Erklärung verstoße; vgl. o.V., Einzelhandel rechnet 1987 mit über 3 Prozent Umsatzwachstum, in: Handelsblatt v. 11.6.1987.

Die Gründe für die geringe Wirksamkeit der Selbsthilfemaßnahmen liegen darin, daß sich marktbeherrschende Unternehmen kaum freiwillig den Selbsthilfekatalogen unterwerfen werden.¹³⁵ Sanktionsmöglichkeiten bei Verletzung von Wettbewerbsregeln bestehen ohne zusätzliche verbandsrechtliche Regelungen i.S. des § 29 GWB ohnehin nicht.¹³⁶ Daneben dürfte die Interessenlage insbesondere im Handel zu unterschiedlich sein. Große Handelsunternehmen sind im allgemeinen gegen die Aufstellung von Wettbewerbsregeln, weil sie von Anzapfpraktiken profitieren, während die kleineren Unternehmen derartige Regeln eher befürworten werden.¹³⁷

Das entscheidende Problem von Selbsthilfemaßnahmen besteht aber darin, daß die Regelwerke durch **Außenseiter** unterlaufen werden können, wodurch die Nichteinhaltung der Regeln durch die beteiligten Unternehmen aus Konkurrenzgründen gefördert wird.¹³⁸ Derartige Außenseiter sind zum einen unter den Unternehmen bzw. Verbänden zu finden, die sich nicht an den Vereinbarungen zur Bildung von Selbsthilfekatalogen beteiligen (sog. verbandsexterne Außenseiter).¹³⁹ Zum anderen befinden sich auch innerhalb der an den Vereinbarungen beteiligten Verbände Unternehmen, die sich nicht an die Regeln halten (sog. verbandsinterne Außenseiter). Das Auftreten dieser Außenseiter ist möglich, weil z.B.

135 Vgl. Emmerich, Volker, Kartellrecht, a.a.O., S. 93; Hamm, Walter, a.a.O., S. 118 f.; Immenga/Mestmäcker, § 28 Rdnr. 68.

136 Vgl. Schultes, Werner, Erfahrungen bei der Mißbrauchsaufsicht..., a.a.O., S. 737.

137 Vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1978, in: BTDR 8/2980, S. 38.

138 Vgl. Schultes, Werner, Erfahrungen bei der Mißbrauchsaufsicht..., a.a.O., S. 737; Baur, Jürgen F., Wettbewerbsregeln und Außenseiter..., a.a.O., S. 296 ff.; Hansen, Knud, Probleme der Nachfragemacht..., a.a.O., S. 556; Hamm, Walter, a.a.O., S. 132; Söhn, Stefan, a.a.O., S. 24 ff.; Möhlenbruch, Dirk, a.a.O., S. 104 f.; Friesen, Juliane von, a.a.O., S. 16.

139 Die Bundesvereinigung der SB-Warenhäuser und der Bundesverband des SB-Großhandels haben ihre Zustimmung zur Gemeinsamen Erklärung zunächst verweigert, diese aber nach der Fortschreibung der Gemeinsamen Erklärung gegeben; vgl. Hinz, Hans W., a.a.O., S. 24.

Wettbewerbsregeln nicht bereits durch deren Aufstellung und auch nicht durch deren Anerkennung durch die Kartellbehörden für die einzelnen Unternehmen verbindlich werden, sondern erst durch einen besonderen Rechtsakt (vgl. § 29 GWB), der sich nach Verbandsrecht richtet.¹⁴⁰ Fehlt eine solche Vereinbarung zur Einhaltung von Wettbewerbsregeln, kann ein abweichendes Verhalten von Außenseitern nicht sanktioniert werden.

Zur Lösung des Außenseiterproblems wurde daher insbesondere in den 70er Jahren die **Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Wettbewerbsregeln** vorgeschlagen.¹⁴¹ Durch eine gesetzliche Ermächtigung des Bundeswirtschaftsministers oder des Bundeskartellamts sollten Außenseiter an Wettbewerbsregeln gebunden werden können.¹⁴²

Der Vorschlag einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Wettbewerbsregeln ist auf verbreitete Kritik gestoßen. Prinzipiell verstärkt eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung die bereits gegenüber Wettbewerbsregeln und anderen Selbsthilfemaßnahmen geäußerten Bedenken. Darüber hinaus reduziert die Aus-

140 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 29 Rdnr. 6 und 25; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 209; Baur, Jürgen F., Wettbewerbsregeln und Außenseiter..., a.a.O., S. 297 f.; der Hinweis auf das Verbandsrecht ist insbesondere für die Fragen von Bedeutung, ob Mehrheitsbeschlüsse möglich sind und inwieweit Beschlüsse in Spitzenverbänden auch für einzelne Unternehmen gelten.

141 Vgl. Söhn, Stefan, a.a.O., S. 56 ff.; zeitweise auch die Bundesregierung; vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zum Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1976 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet (§ 50 GWB), in: BTDr 8/704, S. IV; Benisch, Werner, Wettbewerbsregeln..., a.a.O., S. 448; Stahlmann, Jürgen, Ungebrochene Konzentration im Groß- und Außenhandel, in: WuW 29 (1979), S. 530 ff., 532; Friesen, Juliane von, a.a.O., S. 17 ff.

142 Umstritten sind die Beteiligungs- und Rechtsschutzmöglichkeiten von Außenseitern im Verfahren der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Wettbewerbsregeln sowie die Sanktionsmöglichkeiten bei Verstößen gegen die Allgemeinverbindlichkeitserklärung; vgl. dazu Söhn, Stefan, a.a.O., S. 236 ff. und 272 ff.; Baur, Jürgen F., Wettbewerbsregeln und Außenseiter..., a.a.O., S. 308 ff.; Friesen, Juliane von, a.a.O., S. 17 f.

dehnung der Verbindlichkeit von Wettbewerbsregeln auf Außenseiter die Wettbewerbsintensität auf den Beschaffungsmärkten des Handels sowie auf den Anbietermärkten der Hersteller, da das die Wirksamkeit von Selbsthilfemaßnahmen einschränkende Korrektiv der Außenseiter entfällt. Vorstoßender "Außenseiterwettbewerb" wird daher unmöglich.¹⁴³

Wird der Geltungsbereich allgemeinverbindlicher Wettbewerbsregeln auf die jeweilige Marktgegenseite ausgedehnt, ist eine Abstimmung unter den jeweiligen Verbänden der einzelnen Wirtschaftsstufen erforderlich. Dadurch werden solche Verbände begünstigt, die möglichst vollständig organisierbar sind. Kommt eine Abstimmung der unterschiedlichen Interessen zustande, besteht darüber hinaus die Gefahr einer Bildung "marktübergreifender Wettbewerbsbeschränkungen"¹⁴⁴. Schließlich werden gegen eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht.¹⁴⁵

Aufgrund dieser Bedenken ist der Vorschlag einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Wettbewerbsregeln nicht realisiert worden und steht auch heute nicht mehr ernsthaft zur Diskussion.¹⁴⁶ Dies gilt auch für alternative Vorschläge wie

143 Vgl. auch Baur, Jürgen F., Wettbewerbsregeln und Außenseiter..., a.a.O., S. 303 ff.; Immenga/Mestmäcker, § 29 Rdnr. 45; Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 241.

144 Monopolkommission, Sondergutachten 7, a.a.O., Tz. 243; zustimmend Friesen, Juliane von, a.a.O., S. 20; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 204.

145 Vgl. Burchardi, Wolrad E., und Andreas Wolf, Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Wettbewerbsregeln aus rechtlicher Sicht, in: WuW 27 (1977), S. 743 ff.; Hönn, Günther, a.a.O., S. 147; Merkel, Rudolf, Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Wettbewerbsregeln der Wirtschaftsverbände: Einwände und Gegenvorschlag, in: BB 32 (1977), S. 473 ff., 473; Meier, Gert, Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Wettbewerbsregeln - ein Fortschritt ?, in: ZRP 10 (1977), S. 105 ff., 107; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 204.

146 Eine Ausnahme stellen der Markenverband (vgl. Rüschen, Gerhard, a.a.O., S. 220) und der Vorsitzende des Diskussionskreises Mittelstand der CDU/CSU-Bundestagsfraktion dar (vgl. Hauser, Hansheinz, a.a.O., S. 93).

- die Ergänzung von § 1 UWG um den Begriff des leistungsgerechten Wettbewerbs (sog. zivilrechtliche Lösung des Außenseiterproblems)¹⁴⁷,
- die Aufstellung und der Erlaß von Wettbewerbsregeln durch den Bundeswirtschaftsminister¹⁴⁸,
- das Einschreiten der Kartellbehörden bei Verstößen gegen Wettbewerbsregeln¹⁴⁹ sowie
- die automatische Unlauterkeit gemäß § 1 UWG bei einem Verstoß gegen eingetragene Wettbewerbsregeln¹⁵⁰.

Als Fazit bleibt festzuhalten, daß die Selbsthilfemaßnahmen der Wirtschaft kein geeignetes Instrument zur Erfassung von Nachfragemacht darstellen.

III. Zusammenfassung

Den Ausführungen dieses Kapitels kann entnommen werden, daß eine ergänzende oder weitergehende Erfassung von Nachfragemacht durch das UWG und durch die Selbsthilfemaßnahmen der Wirtschaft nur in engen Grenzen möglich ist.

Den Entscheidungen der Gerichte zur Sittenwidrigkeit des Anzapfens nach § 1 UWG ist zu entnehmen, daß de lege lata eine ergänzende Erfassung von Nachfragemacht durch das UWG nur insofern möglich ist, als den betr. Unternehmen eine Nötigung der Lieferanten oder eine Irreführung der Verbraucher nachzuweisen ist und diese Unternehmen über Nachfragemacht verfügen. Außerdem kann ein Verstoß gegen § 1 UWG angenommen werden, wenn die

147 Vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU: Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, in: BTDr 8/1670, S. 2, 4 und 8 f.; auch ein erneuter Gesetzentwurf enthält diesen Vorschlag; vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU: Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, in: BTDr 9/665, S. 2, 4 und 8 f.; die Vorschläge wurden von Merkel, Rudolf, a.a.O., S. 474 übernommen.

148 Vgl. Friesen, Juliane von, a.a.O., S. 20 f.

149 Vgl. Jaumann, Anton, a.a.O., S. 32.

150 Vgl. Mees, Hans-Kurt, a.a.O., S. 374.

Anzapfpraktiken zu negativen Marktfolgen führen, wobei der Nachweis negativer Wettbewerbswirkungen an das Vorliegen von Nachfragemacht geknüpft ist. Eine Erfassung von Anzapfpraktiken unterhalb der Machtschwelle der entsprechenden Bestimmungen des GWB (Vorfeldthese) ist wettbewerbspolitisch nicht gerechtfertigt.

Eine verbesserte Erfassung von Nachfragemacht durch eine Novellierung des UWG ist gegenwärtig nicht zu erwarten, obwohl durch einige Vorschläge (Beteiligung der Kartellbehörden an UWG-Verfahren, kartellbehördliche Untersagungsbefugnis bei Verstößen gegen § 1 UWG, kartellbehördliche Unterlassungsansprüche nach dem UWG) ein Regelungsfortschritt zu erzielen wäre. Als Alternative zur Anerkennung des § 22 GWB als Schutzgesetz sollte u.E. in Betracht gezogen werden, Verstöße gegen Bestimmungen des GWB automatisch als unlauter zu qualifizieren, wodurch sich für die Betroffenen zivilrechtliche Klagemöglichkeiten auch dann eröffnen würden, wenn eine Vorschrift des GWB verletzt wird, die nicht als Schutzgesetz anerkannt ist.

Die **Selbsthilfemaßnahmen der Wirtschaft** eignen sich wegen ihrer kartellrechtlichen und wettbewerbspolitischen Problematik nur begrenzt zur Erfassung von Nachfragemacht. In kartellrechtlicher Hinsicht ist ein Verstoß gegen das Kartellverbot des § 1 GWB nicht auszuschließen. In wettbewerbspolitischer Hinsicht tragen die Selbsthilfekataloge der Ambivalenz von Anzapfpraktiken im Hinblick auf ihre Wettbewerbswirkungen nicht genügend Rechnung. Außerdem geht von den Selbsthilfemaßnahmen die Gefahr einer Beschränkung des Geheimwettbewerbs und des Nichtpreiswettbewerbs auf den Beschaffungsmärkten des Handels aus.

Den Selbsthilfemaßnahmen kann wegen ihres geringen Verbreitungsgrades und wegen der Tatsache, daß sie lediglich unverbindliche Absichtserklärungen darstellen, eine nur geringe Wirksamkeit bescheinigt werden. Die Ursachen dafür liegen darin, daß Sanktionsmöglichkeiten bei Verstößen gegen die Vereinbarungen fehlen, die Interessenlage der beteiligten Verbände

und Unternehmen zu unterschiedlich ist und das Auftreten von Außenseitern die Stabilität der Vereinbarungen beeinträchtigt. U.E. sollte daher auf eine staatliche Förderung der Selbsthilfemaßnahmen oder gar auf eine staatliche Beteiligung an ihnen verzichtet werden.

Schlußbemerkungen

Die Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

(1) Der Wettbewerb zwischen Handelsunternehmen auf Beschaffungsmärkten (Nachfragerwettbewerb) ist als dynamischer Prozeß zu interpretieren. Im Hinblick auf die Erfüllung der Wettbewerbsfunktionen gilt für den Nachfragerwettbewerb mutatis mutandis das gleiche wie für den Anbieterwettbewerb.

(2) Nachfragemacht kann sich in einer stärkeren Verhandlungsposition von Nachfragern gegenüber Anbietern und in einer übertragenden Marktstellung gegenüber anderen Nachfragern äußern, wobei zwischen dieser vertikalen und horizontalen Betrachtungsweise Interdependenzen bestehen.

(3) Die Abgrenzung des sachlich relevanten Beschaffungsmarktes erfolgt in Analogie zur Abgrenzung des relevanten Anbietermarktes (Bedarfsmarktkonzept). Es ist deshalb auf die Ausweichmöglichkeiten der Anbieter abzustellen, die zum einen durch deren kurzfristige Angebotsumstellungsmöglichkeiten (Angebotsumstellungskonzept) und zum anderen durch die Möglichkeit der Austauschbarkeit gleichartiger Nachfrager (Produktkonzept) bestimmt werden.

(4) Die im Rahmen der Marktstrukturbetrachtung erfolgende Analyse von Marktanteilen hat ergeben, daß hohe Marktanteile eines oder einer Gruppe von Handelsunternehmen auch auf Beschaffungsmärkten ein Machtindiz darstellen. Die Marktanteilsbetrachtung muß allerdings durch eine Untersuchung der Konzentrationsgrade auf den Anbietermärkten und auf den Absatzmärkten des Handels erweitert werden. Da die Marktanteile im Handel bisher vergleichsweise gering sind, muß die Betrachtung durch die Untersuchung weiterer Strukturkriterien ergänzt werden.

(5) Marktzutrittsschranken stellen ein weiteres Indiz für übertragende Stellungen von Handelsunternehmen auf Beschaffungsmärkten dar. Dabei kann unterschieden werden zwischen strukturellen (economies of scale in der Beschaffung, in der Lagerhaltung und im Absatz sowie absolute Kostenvorteile), strategischen (Über-

kapazitätsstrategie in Form der Verkaufsflächenexpansion) und gesetzlichen (Baunutzungsverordnung, Ladenschlußgesetz) Schranken. Insbesondere die Lebensmittelmärkte, die sich überwiegend in einer Stagnationsphase befinden, weisen eine nur eingeschränkte Wirksamkeit des potentiellen Wettbewerbs auf.

(6) Ein wesentlicher, bisher nur wenig beachteter Aspekt im Hinblick auf die Erfassung von Nachfragemacht besteht in der konglomeraten Macht einzelner Handelsunternehmen, die ihren Ausdruck insbesondere in der räumlichen Expansion von Handelsunternehmen und in der Diversifizierung von Lebensmittelhändlern in den non food-Bereich findet. Kriterien zur Erfassung dieser konglomeraten Macht sind die absolute und relative Finanzkraft und die im Vergleich zur Produktionsflexibilität von Industrieunternehmen überlegene Sortimentsflexibilität von Handelsunternehmen. In methodischer Hinsicht ist eine Ergänzung der Einzelmarkt Betrachtung um eine Mehrmarkt Betrachtung erforderlich.

(7) Aus der bloßen Existenz von Käufermärkten kann nicht auf individuelle Nachfragemachtpositionen geschlossen werden. Allenfalls kann die Berücksichtigung von Käufermärkten dazu führen, daß die kritische Schwelle, ab der von Nachfragemacht gesprochen werden kann, tiefer angesetzt werden muß als im Falle des Gleichgewichts von Angebot und Nachfrage.

(8) Eine Analyse der Wettbewerbswirkungen von Verhaltensweisen von Handelsunternehmen auf Beschaffungsmärkten hat gezeigt, daß sie einen ambivalenten Charakter besitzen. Ob die Ausübung von Nachfragemacht wettbewerbsbeschränkend ist, kann daher nur anhand einer einzelfallbezogenen Wirkungsanalyse beurteilt werden, wobei insbesondere zu untersuchen ist, ob die Handlungs- und Entschließungsfreiheit der Anbieter unangemessen beeinträchtigt wird, ob bestimmte Praktiken von Handelsunternehmen einen Marktschließungseffekt für Anbieter bedeuten, inwieweit die Wettbewerbssituation konkurrierender Nachfrager beeinträchtigt wird und welche Auswirkungen auf den Absatzwettbewerb im Handel zu erwarten sind. Die Wahrscheinlichkeit von Wettbewerbsbeschränkungen steigt dabei mit dem Ausmaß an Nachfragemacht sowie mit der Dauer und der Verbreitung der Praktiken.

(9) Ergebniskriterien eignen sich nur beschränkt zur Erfassung von Nachfragemacht, da nicht eindeutig von der Preishöhe auf Beschaffungsmärkten auf die Marktstellung von Nachfragern geschlossen werden kann, niedrige Einkaufspreise nicht generell eine Ausbeutung von Anbietern indizieren und die aus dem Einsatz von Nachfragemacht resultierenden niedrigen Preise auf den Absatzmärkten des Handels allenfalls kurzfristig von Bedeutung sind.

(10) Der Nachweis der Marktbeherrschung von Nachfragern wird erheblich dadurch erschwert, daß die Marktanteile einzelner Handelsunternehmen bzw. einer Gruppe von Handelsunternehmen zu niedrig sind, um daraus auf überragende Marktstellungen zu schließen. Um das Fehlen wesentlichen Nachfragerwettbewerbs dennoch nachweisen zu können, hat das Bundeskartellamt die Unverzichtbarkeitsdoktrin entwickelt. Der in diesem Konzept enthaltene Grundgedanke, (vertikale) Abhängigkeitsverhältnisse auf eine Beeinträchtigung (horizontalen) Wettbewerbs zurückzuführen, bedeutet keine Aufgabe des Marktbezuges bei der Bestimmung der Marktbeherrschung von Nachfragern, sondern spiegelt lediglich eine andere Betrachtungsweise wider. Allerdings trägt das Bundeskartellamt den Interdependenzen zwischen (vertikalen) Abhängigkeitsverhältnissen und der Beeinträchtigung (horizontalen) Nachfragerwettbewerbs nicht genügend Rechnung, wenn es bei der Ermittlung marktbeherrschender Stellungen von Nachfragern lediglich auf individuelle Bezugsanteile abstellt.

(11) Nachfrager können aber deshalb über überragende Marktstellungen verfügen, weil - was insbesondere auf den Lebensmittelhandel zutrifft - hohe Marktzutrittsschranken in späten Marktphasen vorliegen und die Sortimentsflexibilität die Produktionsflexibilität der Hersteller übersteigen kann. Darüber hinaus ist es erforderlich, die Wettbewerbsverhältnisse auf den Anbietermärkten und auf den Absatzmärkten des Handels zu berücksichtigen. Ein Rückschluß von Marktergebnissen auf die Existenz wesentlichen Nachfragerwettbewerbs ist problematisch.

(12) Zum Behinderungsmißbrauch marktbeherrschender Nachfrager liegt bislang erst eine Entscheidung des Bundeskartellamts vor. Im Fall Metro-Eintrittsvergütung wurde die Forderung nach Ge-

währung von Eintrittsgeldern insbesondere wegen ihrer Leistungswidrigkeit als Mißbrauch i.S. des § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 GWB angesehen. Wegen der wettbewerbspolitischen Problematik des Begriffs des Leistungswettbewerbs ist u.E. eine Bezugnahme auf die konkreten Wettbewerbswirkungen derartiger Praktiken der geeignete Ansatzpunkt.

(13) Die Abhängigkeitsvermutung des § 26 Abs. 2 S. 3 GWB und das Verbot der passiven Diskriminierung des § 26 Abs. 3 GWB sind wenig operational und justitiabel und erweisen sich als wettbewerbspolitisch problematisch. Insgesamt gesehen dürfte die Hauptursache für das Anwendungsdefizit im Rahmen des § 26 Abs. 2 und 3 GWB das Roß-und-Reiter-Problem sein.

(14) § 37 a Abs. 3 GWB ist aufgrund seines Kompromißcharakters, der mehrfachen Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und wegen der Überschneidungen der Tatbestandsvoraussetzungen auf verbreitete Kritik gestoßen. Die Justitiabilität und Operationalität der Vorschrift wird auch durch die Bezugnahme auf die Grundsätze des Leistungswettbewerbs bei der Prüfung der Unbilligkeit der Behinderung eingeschränkt. Die wenigen Entscheidungen zu Verkäufen unter Einstandspreisen belegen dies. Die bloße Ausgestaltung als Untersagungstatbestand mindert die Effizienz dieser Vorschrift erheblich. Schließlich dürfte das Anwendungsdefizit des § 37 a Abs. 3 GWB auch auf das Roß-und-Reiter-Problem zurückzuführen sein.

(15) Im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Nachfrager i.S. des § 22 GWB ist eine wirksamere Erfassung von Nachfragemacht durch eine Ergänzung des Marktbeherrschungstatbestandes zu erwarten. In § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB ist klarzustellen, daß Marktbeherrschung nicht nur konkurrentenbezogen, sondern auch unter Berücksichtigung der Wettbewerbsverhältnisse auf vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen zu interpretieren ist. Außerdem sollte der konglomeraten Unternehmensmacht im Handel durch eine Erweiterung der Marktbeherrschungskriterien um die Umstellungsflexibilität und um eine Mehrmarkt Betrachtung Rechnung getragen werden. Diese Vorschläge sollten um eine speziell auf den Handel bezogene Absenkung der Marktanteilswerte in § 22 Abs. 3 GWB und um die Aufnahme eines Vermutungstatbe-

standes für konglomerate Unternehmensmacht ergänzt werden.

(16) Die wenig operationale, wettbewerbspolitisch problematische und praktisch bedeutungslose Abhängigkeitsvermutung des § 26 Abs. 2 S. 3 GWB sollte ersatzlos gestrichen werden. Daneben ist der Begriff der Vorzugsbedingungen in § 26 Abs. 3 GWB durch eine Formulierung zu ersetzen, die sich an die Eingriffsvoraussetzungen des § 26 Abs. 2 S. 1 GWB anlehnt.

(17) Die Vorschrift des § 37 a Abs. 3 GWB ist zu streichen und in einer vereinfachten Fassung als Verbotstatbestand in § 26 GWB als neuer Abs. 4 zu integrieren.

(18) Im Hinblick auf die Fusionskontrolle im Handel würde eine Neudefinition des Marktbeherrschungstatbestandes durch die Berücksichtigung vertikaler Abhängigkeitsverhältnisse eine indirekte Abkopplung von der Marktbeherrschung für den Bereich des Handels zur Folge haben. Das Eingreifkriterium für die Fusionskontrolle würde damit faktisch abgesenkt werden, wodurch eine weitere Verstärkung der Konzentration im Handel vermieden werden könnte.

(19) Im Bereich des Verfahrensrechts sollten Beweiserleichterungen durch Zulassung anonymisierter Daten im Beschwerdeverfahren geschaffen werden.

(20) Daneben ist eine wirksamere Durchsetzbarkeit der kartellrechtlichen Vorschriften durch eine Erweiterung der Auskunftsbefugnisse der Kartellbehörden zu erreichen.

(21) Die geplante Ausgestaltung des § 37 a Abs. 3 GWB als Verbotstatbestand läßt es naheliegend erscheinen, auch § 22 GWB als Schutzgesetz i.S. des § 35 GWB anzuerkennen.

(22) Eine ergänzende oder weitergehende Erfassung von Nachfragemacht durch das UWG und durch die Selbsthilfemaßnahmen der Wirtschaft ist nur in engen Grenzen möglich.

LITERATURVERZEICHNIS**1. Monographien, Beiträge in Sammelwerken und in Zeitschriften**

- ABOTT, Lawrence, Qualität und Wettbewerb: Ein Beitrag zur Wirtschaftstheorie, München u.a. 1958
- ABRAMOVITZ, Moses, Monopolistic Selling in a Changing Economy, in: QJE 52 (1937/38), S. 191 ff.
- AHLERT, Dieter, Das Sondergutachten der Monopolkommission zur Konzentration im Lebensmittelhandel: Grundzüge einer kritischen Stellungnahme aus betriebswirtschaftlicher Sicht, in: MA 47 (1985), S. 536 ff.
- AHLERT, Dieter, Relevante Absatzmärkte, Marktbeherrschung und Fusionskontrolle im Lebensmittelhandel - Der Fall Metro/Kaufhof, in: DB 40 (1987), Beil. 9, S. 1 ff.
- ALBACH, Horst, Zur Messung von Marktmacht und ihres Mißbrauchs, in: WuW 28 (1978), S. 537 ff.
- ALBACH, Horst, Finanzkraft und Marktbeherrschung, Tübingen 1981
- ALBRECHT, Wolfgang, Auskunftersuchen im Verfahren nach § 22 ff. GWB, in: WuW 32 (1982), S. 836 ff.
- ANDREAE, Clemens A., Machtkonflikt und Machtkonkurrenz in der Marktwirtschaft, in: Das Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung (I): Band I: Wirtschaftliche Macht und Wettbewerb, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1966
- ANGEHRN, Otto, Nachfragemacht von Handelsunternehmen als Problem der Wettbewerbsgestaltung, in: MA 36 (1974), S. 344 ff.
- APEL, Jürgen, Meistbegünstigungsklauseln und Wettbewerb, in: DB 29 (1976), S. 2193 ff.
- ARNDT, Helmut, Anpassung und Gleichgewicht am Markt, in: JbNST 170 (1958), S. 217 ff.
- ARNDT, Helmut, Ökonomische Theorie der Macht, in: Die Konzentration in der Wirtschaft: On Economic Concentration, hrsg. von Helmut Arndt, Bd. I, 2. Aufl., Berlin 1971, S. 99 ff.
- ARNDT, Helmut, Marktmacht auf der Nachfragerseite, in: WuW 22 (1972), S. 84 ff.
- ARNDT, Helmut, Markt und Macht, Tübingen 1973

- ARNDT, Helmut, Kapitalismus, Sozialismus, Konzentration und Konkurrenz, Tübingen 1976
- ARNDT, Helmut, Power and Competition, in: Markets, Corporate Behavior and the State: International Aspects of Industrial Organization, hrsg. von Alexis P. Jacquemin und Henk W. de Jong, The Hague 1976, S. 33 ff.
- ARNDT, Helmut, Wirtschaftliche Macht: Tatsachen und Theorien, 2. Aufl., München 1977
- ARNDT, Helmut, Leistungswettbewerb als Voraussetzung der Marktwirtschaft, in: MA 43 (1981), S. 334 ff.
- ARNDT, Helmut, Macht und Wettbewerb, in: Handbuch des Wettbewerbs, hrsg. von Helmut Cox u.a., München 1981, S. 49 ff.
- ARNDT, Helmut, Ökonomischer Maßstab und rechtlicher Ansatz der Monopolkommission, in: Wettbewerbsbeschränkung in der Nachfrage, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1985, S. 49 ff.
- ARNDT, Helmut, Leistungswettbewerb und ruinöse Konkurrenz in ihrem Einfluß auf Wohlfahrt und Beschäftigung: Von der Gleichgewichts- zur Prozeßanalyse, Berlin 1986
- ARNDT, Helmut, Hat der Leistungswettbewerb in der Bundesrepublik noch eine Chance?, in: MA 48 (1986), S. 2 ff.
- ARNDT, Helmut, und Günter OLLENBURG, Begriff und Arten der Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft: On Economic Concentration, hrsg. von Helmut Arndt, 1. Band, 2. Aufl., Berlin 1971, S. 3 ff.
- AUTENRIETH, Karlheinz, Mehr Rechtssicherheit bei der Fusionskontrolle ?, in: DB 34 (1981), S. 1025 ff.
- BAIN, Joe S., Barriers to New Competition, Cambridge, Mass. 1956
- BAIN, Joe S., Industrial Organization, 2. Aufl., New York u.a. 1968
- BALDWIN, William L., The Feedback Effect of Business Conduct of Industry Structure, in: JLE 12 (1969), S. 123 ff.
- BANKMANN, Jörg, Betriebsgröße und Kostenverlauf im Einzelhandel, in: ZfB 22 (1952), S. 525 ff.
- BARNICKEL, Hans-Heinrich, Die Abgrenzung des relevanten Marktes, in: WuW 11 (1961), S. 246 ff.
- BARTH, Klaus, Zur Problematik der Bestimmung des relevanten Marktes von Handelsunternehmungen, in: BB 39 (1984), S. 1457 ff.

- BARTH, Klaus, und Dirk MÖHLENBRUCH, Betriebswirtschaftliche Bedenken gegen eine Trennung von Haupt- und Nebenleistungen in der Diskussion zur Nachfragemacht des Handels, in: DB 36 (1983), S. 593 ff.
- BARTLING, Hartwig, Wirtschaftliche Macht unter wettbewerbspolitischen Aspekt, Berlin 1971
- BARTLING, Hartwig, Leitbilder der Wettbewerbspolitik, München 1980
- BATZER, Erich, Zur Verkaufsflächen- und Beschäftigtenentwicklung im Einzelhandel, in: ifo-schnelldienst 33 (1980), H. 13, S. 6 ff.
- BATZER, Erich, Strukturveränderungen und Wettbewerb im Handel, in: Wettbewerbsbeziehungen zwischen Industrie und Handel, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1982, S. 1 ff.
- BATZER, Erich, Räumliche Entwicklung des Einzelhandels - Probleme für die Landesentwicklungspolitik und -planung, in: ifo-schnelldienst 46 (1987), H. 32, S. 14 ff.
- BATZER, Erich u.a., Kooperation im Einzelhandel, Berlin und München 1982
- BAUDENBACHER, Carl, Machtbedingte Wettbewerbsstörungen als Unlauterkeitstatbestände: Zugleich Beitrag zum Verhältnis von UWG und GWB, in: GRUR 83 (1981), S. 19 ff.
- BAUDENBACHER, Carl, Wettbewerbspolitik durch "soft law" - Drei Jahre Berliner Gelöbnis, in: WuW 36 (1986), S. 941 ff.
- BAUMBACH/HEFERMEHL, Wettbewerbsrecht, 14. Aufl., München 1983
- BAUMOL, William J. u.a., Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, New York u.a. 1982
- BAUR, Jürgen F., Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, Tübingen 1972
- BAUR, Jürgen F., Wettbewerbsregeln und Außenseiter - Überlegungen zu einer erweiterten Verbindlichkeit von Wettbewerbsregeln, in: ZHR 141 (1977), S. 293 ff.
- BECKMANN, Peter, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg v.d.H. u.a. 1968
- BEHRENS, Karl C., Die Problematik der optimalen Betriebsgröße im Einzelhandel, in: Zfb 22 (1952), S. 205 ff.

- BELKE, Rolf**, Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen: Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht, Tübingen 1966
- BENISCH, Werner**, Die Erweiterung des Diskriminierungsverbots in der Kartellgesetznovelle, in: WuW 21 (1971), S. 887 ff.
- BENISCH, Werner**, Marktvergleich zur Feststellung mißbräuchlicher Preise, in: WuW 24 (1974), S. 801 ff.
- BENISCH, Werner**, Wettbewerbsregeln gegen Rabattdiskriminierungen, in: GRUR 78 (1976), S. 448 ff.
- BENISCH, Werner**, Bestimmung der Marktstellung bei Nachfragern, in: WuW 27 (1977), S. 619 ff.
- BENISCH, Werner**, Marktexterne Wettbewerbsbeeinträchtigungen, in: WuW 28 (1978), S. 13 ff.
- BENISCH, Werner**, "Spiegelbild" mit Verzerrungen - Unterschiedliche Maßstäbe für Angebots- und Nachfragewettbewerb nach dem Gutachten der Monopolkommission über die Konzentration im Lebensmittelhandel, in: Wettbewerbsbeschränkung in der Nachfrage, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1985, S. 107 ff.
- BEREKOVEN, Ludwig**, Die Gewinne in Industrie und Einzelhandel - Ein Ausdruck der Wettbewerbsintensität der jeweiligen Wirtschaftsstufe ?, in: JbAV 26 (1980), S. 117 ff.
- BERG, Christine**, Geschäftsgeheimnisse, Akteneinsicht und Drittbeteiligung im Kartellverwaltungs- und -beschwerdeverfahren, Diss., Berlin 1984
- BERG, Hartmut**, Thesen des Bundeskartellamtes zur "Nachfragemacht" im Lebensmittelhandel: Eine kritische Analyse, in: ORDO 37 (1986), S. 183 ff.
- BERG, Hartmut**, Zur (Un-)Brauchbarkeit des Marktanteils als Marktmachtindikator, in: WRP 32 (1986), S. 187 ff.
- VAN DEN BERGH, Roger**, Nachfragemacht und Preiswettbewerb - Eine ökonomische und juristische, rechtsvergleichende Analyse, in: WRP 29 (1983), S. 7 ff. und 79 ff.
- BEUTHIEN, Volker**, Sind auch leistungsbezogene Meistbegünstigungsklauseln nichtig ?, in: DB 33 (1980), S. 2021 ff.
- BISCH, Jürgen**, Handelslandschaft deutlich verändert - Aktuelle Strukturen des Lebensmitteleinzelhandels und des Drogeriefachhandels 1986, in: dynamik im handel 30 (1986), S. 2 ff.
- BÖBEL, Ingo**, Wettbewerb und Industriestruktur: Industrial Organization-Forschung im Überblick, Berlin u.a. 1984

- BÖCKER, Franz, Handelskonzentration: Abnehmende Unternehmenskonzentration bei zunehmender Entscheidungskonzentration, in: MA 48 (1986), S. 284 ff.
- BÖHM, Franz, Wettbewerb und Monopolkampf: Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung, Berlin 1933
- BÖHNKE, Rolf, Diversifizierte Unternehmen: Eine Untersuchung über wettbewerbliche Wirkungen, Ursachen und Ausmaß der Diversifizierung, Berlin 1976
- BORCHARDT, Knut, und Wolfgang FIKENTSCHER, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957
- BORK, Robert H., The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, New York 1978
- BRANDT, Karl, Preistheorie, Ludwigshafen am Rhein 1959
- BRAULKE, Michael, Contestable Markets - Wettbewerbskonzept mit Zukunft?, in: WuW 33 (1983), S. 945 ff.
- BRAUN, Thomas, Die Marktbeherrschungsvermutungen und die Amtsuntersuchungspflicht des Bundeskartellamtes, München 1986
- BREITENACHER, Michael, Entwicklung der Konzentration in ausgewählten Branchen und Produktgruppen der Ernährungsindustrie der Bundesrepublik Deutschland, Brüssel 1976
- BROOKS, Douglas G., Buyer Concentration: A Forgotten Element in Market Structure Models, in: IOR 1 (1973), S. 151 ff.
- BÜSCHER, Rolf, Diagonale Unternehmenszusammenschlüsse im amerikanischen und deutschen Recht, Baden-Baden 1983
- BUNTE, Hermann-Josef, Die kartellrechtliche Beurteilung von Meistbegünstigungsklauseln, in: WRP 26 (1980), S. 466 ff.
- BUNTE, Hermann-Josef, Wettbewerbswidrige Konditionen in Einkauf und Verkauf, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1983/84, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1985, S. 1 ff.
- BUNTE, Hermann-Josef, Wettbewerbspolitische und wettbewerbsrechtliche Probleme der Konditionenspreizung, in: Wettbewerbsbeschränkung in der Nachfrage, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1985, S. 117 ff.
- BUNTE, Hermann-Josef, Zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1985/86, in: WuW 37 (1987), S. 982 ff.
- BURCHARDI, Wolrad E., und Andreas WOLF, Allgemeinverbindlicherklärung von Wettbewerbsregeln aus rechtlicher Sicht, in: WuW 27 (1977), S. 743 ff.

- BURNS, Arthur F., *Production Trends in the United States since 1870*, New York 1934
- CAVES, Richard, *American Industry: Structure, Conduct, Performance*, 4. Aufl., Englewood Cliffs, N.J. 1977
- CAVES, Richard E., und Michael E. PORTER, *Market Structure, Oligopoly, and Stability of Market Shares*, in: JIE 26 (1978), S. 289 ff.
- CHAMBERLIN, Edward H., *The Theory of Monopolistic Competition: A Re-orientation of the Theory of Value*, 8. Aufl., Cambridge, Mass. 1962
- CLARK, John M., *Toward a Concept of Workable Competition*, in: AER 30 (1940), S. 241 ff.
- CLARK, John M., *Competition as a Dynamic Process*, Washington, D.C. 1961
- CLASEN, Sigvard, *Die Flexibilität der volkswirtschaftlichen Produktionsstruktur*, Göttingen 1966
- Conscious Parallelism: *The New Wave*, in: JRALE 13 (1982)
- COTTERILL, Ronald W., *Market Power in the Retail Food Industry: Evidence from Vermont*, in: RES 68 (1986), S. 379 ff.
- COWLEY, Peter R., *Business Margins and Buyer/Seller Power*, in: RES 68 (1986), S. 333 ff.
- COX, Helmut, und Harald HÜBENER, *Wettbewerb. Eine Einführung in die Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik*, in: *Handbuch des Wettbewerbs*, hrsg. von Helmut Cox u.a., München 1981, S. 1 ff.
- DAGEFÖRDE, Heinrich, *Die Nachfragemacht des Handels und das Diskriminierungsverbot*, Diss. Göttingen 1978
- DAHREMÖLLER, Axel, *Konzentration im Einzelhandel: Eine Fehlinterpretation?*, in: ZfB 56 (1986), S. 661 ff.
- DEUTSCHER INDUSTRIE- UND HANDELSTAG, *Handel im Umbruch: Grundpositionen der Binnenhandelspolitik: Wirtschaftspolitik im Einzelhandel*, Bonn 1985
- DEUTSCHER INDUSTRIE- UND HANDELSTAG, *Konzentration im Zwielicht: Binnenhandel auf Konzentrationskurs*, Bonn 1987
- DIRLAM, Joel B., und Alfred E. KAHN, *Fair Competition: The Law and Economics of Antitrust Policy*, Westport, Conn. 1970
- DÖRINKEL, Wolfram, *Leistungswettbewerb - Rechtsbegriff oder Schlagwort?*, in: DB 20 (1967), S. 1883 ff.

- EATON, B. Curtis, und Richard G. LIPSEY, Exit Barriers are Entry Barriers: The Durability of Capital as a Barrier to Entry, in: BJE 11 (1980), S. 721 ff.
- EDWARDS, Corwin D., Maintaining Competition: Requisites of a Governmental Policy, Westport, Conn. 1949
- EDWARDS, Corwin D., The Price Discrimination Law: A Review of Experience, Washington D.C. 1959
- EDWARDS, Corwin D., The Changing Dimensions of Business Power, in: Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe H. Kronstein, hrsg. von Kurt H. Biedenkopf u.a., Karlsruhe 1967, S. 237 ff.
- EICKHOF, Norbert, Theorien des Markt- und Wettbewerbsversagens, in: Wirtschaftsdienst 66 (1986), S. 468 ff.
- EMMERICH, Volker, Kartellrecht, 4. Aufl., München 1982
- EMMERICH, Volker, Fusionskontrolle 1986/87, in: AG 32 (1987), S. 357 ff.
- EMMERICH, Volker, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 2. Aufl., München 1987
- EUCKEN, Walter, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 5. Aufl., Tübingen 1975
- EXNER, Gert, Der Mißbrauch von Nachfragemacht durch das Fordern von Sonderleistungen nach deutschem Recht, München 1984
- FABRICANT, Solomon, The Output of Manufacturing Industries 1899-1933, New York 1940
- FALK, Bernd R., und Jakob WOLF, Handelsbetriebslehre, 7. Aufl., München 1986
- FEHL, Ulrich, Das Konzept der Contestable Markets und der Marktprozeß, in: Industrieökonomik: Theorie und Empirie, hrsg. von Gottfried Bombach u.a., Tübingen 1985, S. 29 ff.
- FELLNER, William, Competition among the Few, New York 1949
- FERGUSON, C.E., A Macroeconomic Theory of Workable Competition, Durham, N.C. 1964
- FEZER, Karl-Heinz, Die Grenzen des Selbstbedienungsgroßhandels im Leistungswettbewerb, in: BB 31 (1976), S. 705 ff.
- FIKENTSCHER, Wolfgang, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz: Die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsordnung, München und Berlin 1958

- FIKENTSCHER, Wolfgang, Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung, in: WuW 10 (1960), S. 680 ff.
- FISCHÖTTER, Werner, Zum erweiterten Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs. 2 GWB, in: WuW 24 (1974), S. 379 ff.
- FRANZEN, Hans, und Karl H. GIESSEN, Einzelhandel und Nachfragemacht - UWG-Rechtsprechung zu Eintrittsgeld, kostenloser Preisauszeichnung und Schaufenstermiete, in: BB 33 (1978), S. 1642 ff.
- FRIEDRICH, Manfred, Die neuen Mißbrauchstatbestände in der 4. Novelle zum GWB (§§ 22 und 37 a Abs. 3), in: BB 35 (1980), S. 1553 ff.
- FRIESEN, Juliane von, Probleme der Nachfragemacht und Möglichkeiten einer effektiven Kontrolle, in: DB 31 (1978), Beilage 6, S. 3 ff.
- FRÖHLICH, Peter, Die Marktabgrenzung in der Wettbewerbspolitik - Die parametrische Interdependenz als Kriterium der Abgrenzung des relevanten Marktes, Diss. Göttingen 1975
- GABEL, H. Landis, The Role of Buyer Power in Oligopoly Models: An Empirical Study, in: JEB 35 (1983), S. 95 ff.
- GALE, Bradley T., Market Share and Rate of Return, in: RES 54 (1972), S. 412 ff.
- GAMM, Otto-Friedrich Frhr. von, Das Verbot einer unbilligen Behinderung und einer sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung: Ein Beitrag zum Spannungsverhältnis von GWB und UWG, in: NJW 33 (1980), S. 2489 ff.
- GEBERTH, Rolf, und Thomas JANICKI, Kartellrecht zwischen Kontinuität und Anpassung, in: WuW 37 (1987), S. 447 ff.
- GERBER, David J., The German Approach to Price Discrimination and other Forms of Business Discrimination, in: AB 27 (1982), S. 241 ff.
- GERLACH, Ekkehard, Nutzen und Gefahren einer Novelle zu § 37 a Abs. 3 GWB: Bericht über die gleichlautende Podiumsdiskussion des FIW am 8. Juli 1987 in Berlin, Köln 1987
- GIERSCH, Herbert, Allgemeine Wirtschaftspolitik: 1. Band, Grundlagen, Wiesbaden 1960
- GIERSCH, Herbert, Aufgaben der Strukturpolitik, in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 9 (1964), S. 61 ff.

- GILLERT, Peter, Die rechtliche Bewertung des sogenannten Anzapfens nach § 1 UWG: Zugleich ein kritischer Beitrag zum Leistungswettbewerb sowie zum funktionsgerechten Wettbewerb, Mainz 1980
- GILLERT, Peter, Handelsfunktion und Nebenleistung: Zur rechtlichen Relevanz der Begriffe, in: BB 36 (1981), S. 702 ff.
- GLISMANN, Hans H., und Sighart NEHRING, Ladenschluß und Ordnungspolitik, in: Handelsforschung 1987, hrsg. von Volker Trommsdorff, Heidelberg 1987, S. 27 ff.
- GODIN, Hans Freiherr v., Wettbewerbsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nebst Warenzeichenverletzungen, Zugabeverordnung und Rabattgesetz, 2. Aufl., Berlin und New York 1974
- GÖRGENS, Egon, Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel als Instrument der Strukturanpassung, in: ORDO 35 (1984), S. 231 ff.
- GOLL, Hans, § 22 GWB ein Schutzgesetz ?, in: WuW 26 (1976), S. 291 ff.
- GRAF, Gerhard, Probleme der Nachfragemacht öffentlicher Abnehmer: Unter besonderer Berücksichtigung der Vergabe fernmeldetechnischer Aufträge durch die Deutsche Bundespost, Frankfurt am Main und Bern 1981
- GREIPL, Erich, Wettbewerbssituation und -entwicklung des Einzelhandels in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1978
- GRIES, Gerhard, Wettbewerbsregeln - ungenutzte Chance ?, in: Freiheit und Fairneß im Wettbewerb - Chance für einen leistungsfähigen Mittelstand: Wettbewerbskongreß München 1977, hrsg. vom Bayerischen Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr, München 1977, S. 257 ff.
- GRIES, Gerhard, Beziehungen zwischen Industrie und Handel in den 80er Jahren, in: Wettbewerbsordnung und Wettbewerbsrealität, Festschrift für Arno Sölter zum 70. Geburtstag, hrsg. von Clemens-August Andreae und Werner Benisch, Köln u.a. 1982, S. 65 ff.
- GRÖNER, Helmut, Nichtleistungswettbewerb und Behinderungsmissbrauch, in: Die Mißbrauchsaufsicht vor dem Hintergrund der neueren Wettbewerbstheorie, hrsg. von Burkhardt Röper, Berlin 1982, S. 79 ff.
- GRÖNER, Helmut, und Helmut KÖHLER, Nachfragewettbewerb und Marktbeherrschung im Handel, in: BB 37 (1982), S. 257 ff.
- GRÖNER, Helmut, und Helmut KÖHLER, Der Selbstbedienungsgroßhandel zwischen Rechtszwang und Wettbewerb, München 1986

- GROSS, Albert, Wirtschaftspolitische Aspekte einer Liberalisierung der Ladenschlußregelung, in: Handelsforschung 1987, hrsg. von Volker Trommsdorff, Heidelberg 1987, S. 41 ff.
- GÜNTHER, Eberhard, Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Karlsruhe 1960
- GUTENBERG, Erich, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre: Erster Band: Die Produktion, 22. Aufl., Berlin u.a. 1976
- GUTENBERG, Erich, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre: Dritter Band: Die Finanzen, 7. Aufl., Berlin u.a. 1975
- GUTH, Louis A. u.a., Buyer Concentration Ratios, in: JIE 25 (1977), S. 241 ff.
- HAHN, Rüdiger, Behinderungsmißbräuche marktbeherrschender Unternehmen, Frankfurt am Main u.a. 1984
- HALL, Margaret, und John KNAPP, Numbers of Shops and Productivity in Retail Disribution in Great Britain, the United States and Canada, in: EJ 65 (1955), S. 72 ff.
- HAMM, Walter, Die Bedeutung des leistungsgerechten Wettbewerbs im Rahmen der Wettbewerbsregeln, in: WuW 25 (1975), S. 115 ff.
- HANSEN, Knud, Ökonomische Theorie und wirtschaftliche Macht, in: WuW 20 (1970), S. 655 ff.
- HANSEN, Knud, Probleme der Nachfragemacht aus der Sicht des Bundeskartellamtes, in: DBW 39 (1979), S. 551 ff.
- HANSEN, Peter, Regalplatzwettbewerb - Aktionsanalytische Betrachtung der Hersteller-Händlerbeziehungen, in: BFuP 21 (1969), S. 394 ff.
- HANSEN, Peter, Die handelsgerichtete Absatzpolitik der Hersteller im Wettbewerb um den Regalplatz, Berlin 1972
- HANSEN, Ursula, Absatz- und Beschaffungsmarketing des Einzelhandels - Eine Aktionsanalyse, Teil 2, Göttingen 1976
- HARMS, Wolfgang, Reparaturnovelle für das GWB, in: Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht: Zur Diskussion um die Novellierung des GWB, hrsg. von Herbert Helmrich, Köln u.a. 1987, S. 137 ff.
- HAUPTGEMEINSCHAFT DES DEUTSCHEN EINZELHANDELS, Diskriminierung oder Leistungswettbewerb ? Schwarzbuch zur Novellierung des Kartellgesetzes, Köln 1978
- HAUPTGEMEINSCHAFT DES DEUTSCHEN EINZELHANDELS, Diskriminierung oder Leistungswettbewerb? Schwarzbuch zur Novellierung des Kartellgesetzes: Stand November 1979, Köln 1979

- HAUSER, Hansheinz, Mehr Leistungswettbewerb durch GWB-Novellierung, in: Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht: Zur Diskussion um die Novellierung des GWB, hrsg. von Herbert Helmrich, Köln u.a. 1987, S. 85 ff.
- HAYEK, Friedrich A. von, Freiburger Studien: Gesammelte Aufsätze von F.A. von Hayek, Tübingen 1969
- HAYEK, Friedrich A. von, Die Anmaßung von Wissen, in: ORDO 26 (1975), S. 12 ff.
- HEIDENHAIN, Martin, Die Abgrenzung räumlich relevanter Nachfragemärkte in der Fusionskontrolle: Anmerkungen zum Beschluß des Kammergerichts vom 24.4.1985 im Verfahren "Hussel/Mara", in: AG 32 (1987), S. 117 ff.
- HEINZE, Rolf, Verbändepolitik und "Neokorporatismus": Zur politischen Soziologie organisierter Interessen, Opladen 1981
- HELD, Stefan, Praxis der Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB und des Diskriminierungsverbots nach § 26 Abs. 2 GWB 1980/81, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1980/81, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1982, S. 25 ff.
- HENRICHS, Helmut, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Licht der neueren Rechtsprechung zum Antitrustrecht, in: WuW 17 (1967), S. 255 ff.
- HERDZINA, Klaus, Konzept und Voraussetzungen des funktionsfähigen Wettbewerbs: Eine Auseinandersetzung mit den Hauptthesen der jüngeren Wettbewerbstheorie, Diss. Köln 1970
- HERDZINA, Klaus, Oligopolistische Interdependenz, funktionsfähiger Wettbewerb und Wettbewerbsvoraussetzungen, in: JfS 24 (1973), S. 55 ff.
- HERDZINA, Klaus, Wirtschaftliches Wachstum, Strukturwandel und Wettbewerb, Berlin 1981
- HERDZINA, Klaus, Marktentwicklung und Wettbewerbsverhalten, in: Industrieökonomik: Theorie und Empirie, hrsg. von Gottfried Bombach u.a., Tübingen 1985, S. 105 ff.
- HERDZINA, Klaus, Wettbewerbspolitik, 2. Aufl., Stuttgart 1987
- HERDZINA, Klaus, Möglichkeiten und Grenzen einer wirtschaftstheoretischen Fundierung der Wettbewerbspolitik, Tübingen 1988
- HERRMANN, Harald, Anzapfverbote im Einzelhandel und privatrechtlicher Verbraucherschutz - Zum Umfang wirtschaftsrechtlicher Schutzzwecke im Recht unerlaubter Handlungen-, in: GRUR 84 (1982), S. 395 ff.

- HEUCHERT, Karsten, Die Normadressaten des § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB - Eine ökonomische Analyse des Rechts, Heidelberg 1987
- HEUSS, Ernst, Allgemeine Markttheorie, Tübingen und Zürich 1965
- HEUSS, Ernst, Macht oder ökonomisches Gesetz, in: ZgS 128 (1972), S. 185 ff.
- HIMMELMANN, Gerhard, Öffentliche Bindung durch neokorporatistische Verhandlungssysteme?, in: Öffentliche Bindung von Unternehmen: Beiträge zur Regulierungsdebatte: Gert von Eynern zum 80. Geburtstag gewidmet, hrsg. von Theo Thiemeyer u.a., Baden-Baden 1983, S. 55 ff.
- HINRICHS, Wolfgang, Marktmacht oder Leistungswettbewerb für den Einzelhandel ?, in: MA 49 (1987), S. 224 ff.
- HINZ, Hans W., Fortschreibung der Gemeinsamen Erklärung zur Sicherung des Leistungswettbewerbs, in: MA 47 (1985), S. 18 ff.
- HIRTZ, Bernd, Die Relevanz der Marktmacht bei der Anwendung des UWG, in: GRUR 82 (1980), S. 93 ff.
- HIRTZ, Bernd, Der Rechtsbegriff "Gute Sitten" in § 1 UWG, in: GRUR 88 (1986), S. 110 ff.
- HÖLZLER, Heinrich, und Horst SATZKY, Wettbewerbsverzerrungen durch nachfragemächtige Handelsunternehmen, Köln u.a. 1980
- HÖLZLER, Heinrich, und Wolfgang WINKLER, Wirtschaftliche Macht als Störfaktor von Wettbewerbsprozessen, in: Wettbewerb, Konzentration und wirtschaftliche Macht, Festschrift für Helmut Arndt zum 65. Geburtstag, hrsg. von Fritz Neumark u.a., Berlin 1976, S. 71 ff.
- HÖLZLER, Heinrich, und Holger WISSEL, Die Konzentration im Lebensmittelhandel - Anmerkungen zum Sondergutachten der Monopolkommission, in: MA 47 (1985), S. 396 ff.
- HÖNN, Günther, Wettbewerbsregeln und die Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbs, in: GRUR 79 (1977), S. 141 ff.
- HÖRSCHGEN, Hans, und Hellmut KACHEL, Größenbedingte Vor- und Nachteile mittelständischer Einzelhandelsunternehmen im Absatzbereich, in: Der mittelständische Einzelhandel im Wettbewerb: Größenbedingte Vor- und Nachteile, hrsg. von Bartho Treis, München 1981, S. 77 ff.
- HOFFMANN, Kurt, Auswirkungen der 1977 neugefaßten Baunutzungsverordnung auf die Ansiedlung von Handelsbetrieben und die räumliche Struktur des Handels, Diss., Mainz 1984

- HOFFMANN, Walther G., Wachstum und Wachstumsformen der englischen Industriewirtschaft von 1700 bis zur Gegenwart, Jena 1940
- HOLLANDER, Stanley C., Conglomerates in the Retail Trades, in: StJLR 44 (1970), S. 235 ff.
- HOLLANDER, Stanley C., und Mary J. SHEFFET, The Robinson-Patman Act: Boon or Bane for Retailers?, in: AB 31 (1986), S. 759 ff.
- HOPPENBERG, Michael, und Max A. KÖTTGEN, Die Änderung des § 11 III BauNutzVO, in: NJW 40 (1987), S. 1534 f.
- HOPPMANN, Erich, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität: Rivalität oder Freiheit des Wettbewerbs: Zum Problem eines wettbewerbspolitisch adäquaten Ansatzes der Wettbewerbstheorie, in: JbNSt 179 (1966), S. 286 ff.
- HOPPMANN, Erich, Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, in: Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik: Theodor Wessels zum 65. Geburtstag, hrsg. von Hans Besters, Berlin 1967, S. 145 ff.
- HOPPMANN, Erich, Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, hrsg. von Hans K. Schneider, Berlin 1968, S. 9 ff.
- HOPPMANN, Erich, Zur ökonomischen Begründung von Ausnahmebereichen, in: JbNSt 187 (1973), S. 161 ff.
- HOPPMANN, Erich, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen: dargestellt am Beispiel der Praxis des Bundeskartellamtes bei Arzneimitteln, Baden-Baden 1974
- HOPPMANN, Erich, Preiskontrolle und Als-Ob-Konzept - Eine Bemerkung zur Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, Tübingen 1974
- HOPPMANN, Erich, Mißbrauch der Mißbrauchsaufsicht, in: Mitteilungen der List-Gesellschaft 8 (1975/76), S. 155 ff.
- HOPPMANN, Erich, Marktmacht und Wettbewerb (Beurteilungskriterien und Lösungsmöglichkeiten), Tübingen 1977
- HOPPMANN, Erich, Behinderungsmißbrauch: Die Entwicklung von per-se Verboten für marktbeherrschende Unternehmen - dargestellt am Beispiel der Umsatzrabatte, Tübingen 1980
- HOPPMANN, Erich, Fusionskontrolle, Tübingen 1982

- HOPPMANN, Erich, Marktbeherrschung und Preismißbrauch, Baden-Baden 1983
- HORSTMANN, Wolfgang, Selbstbeschränkungsabkommen und Kartellverbot: Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 1 GWB durch wirtschaftslenkende Maßnahmen, Frankfurt/M. und Bern 1977
- IMMENGA/MESTMÄCKER, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar, München 1981
- IMMENGA, Ulrich, und Reinhard SCHULTE-BRAUCKS, Zum Verhältnis der Monopol- und der Oligopolvermutung in § 22 Abs. 3 GWB: Kritische Anmerkungen zur Entscheidung des Kammergerichts in der Sache "Blei- und Silberhütte Braubach" vom 16.1.1980, in: BB 36 (1981), S. 149 ff.
- JACQUEMIN, Alexis, Industrieökonomik: Strategie und Effizienz des modernen Unternehmens, Frankfurt/M. und New York 1986
- JANSEN, Bernd, Ermittlungsbefugnisse der EG-Kommission nach der Verordnung Nr. 17, Referat anlässlich der FIW-Informationstagung am 22. und 23. September 1987 in Brüssel, Köln 1987
- JAUMANN, Anton, Zur Thematik des Wettbewerbskongresses München 1977, in: Freiheit und Fairneß im Wettbewerb - Chance für einen leistungsfähigen Mittelstand: Wettbewerbskongreß München 1977, hrsg. vom Bayerischen Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr, München 1977, S. 11 ff.
- JENS, Uwe, Aktive Wettbewerbspolitik als Voraussetzung einer dezentralen marktwirtschaftlichen Ordnung, in: Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht: Zur Diskussion um die Novellierung des GWB, hrsg. von Herbert Helmrich, Köln u.a. 1987, S. 49 ff.
- JÖRISSEN, Hermann, Die Schutzgesetzeigenschaft des § 22 GWB i.S.d. § 35 GWB, Gelsenkirchen 1983
- JONES, Mary G., Food Retailing: A Case Study of United States Anti-Trust Policy Toward the Distributive Trades, in: International Conference on Monopolies, Mergers, and Restrictive Practices: Papers and Reports, Cambridge 1969, hrsg. von J. B. Heath, London 1971, S. 261 ff.
- JÜRGENSEN, Harald u.a., Strukturwandel im Einzelhandel - Bisherige und voraussehbare Auswirkungen einer permanenten Herausforderung -, Göttingen 1980
- JÜTTNER-KRAMNY, Lioba, Das Phänomen "Nachfragemacht", in: WuW 32 (1982), S. 278 ff.
- KAISER, Joseph H., Industrielle Absprachen im öffentlichen Interesse, in: NJW 24 (1971), S. 585 ff.

- KANTZENBACH, Erhard, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., Göttingen 1967
- KANTZENBACH, Erhard, Konzentration als Problem der Konkurrenzwirtschaft, in: Die Konzentration in der Wirtschaft: On Economic Concentration, hrsg. von Helmut Arndt, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin 1971, S. 159 ff.
- KANTZENBACH, Erhard, Wirtschaftliche Ursachen und Auswirkungen der Nachfragemacht, in: Freiheit und Fairneß im Wettbewerb - Chance für einen leistungsfähigen Mittelstand: Wettbewerbskongreß München 1977, hrsg. vom Bayerischen Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr, München 1977, S. 125 ff.
- KANTZENBACH, Erhard, und Hermann H. KALLFASS, Das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs - workable competition -, in: Handbuch des Wettbewerbs, hrsg. von Helmut Cox u.a., München 1981, S. 103 ff.
- KARTTE, Wolfgang, Der Schutz des Leistungswettbewerbs im Kartellrecht, in: WRP 22 (1976), S. 1 ff.
- KARTTE, Wolfgang, Aktuelle Probleme des Wettbewerbs in der Konsumgüterwirtschaft, in: MA 46 (1984), S. 232 ff.
- KARTTE, Wolfgang, und Klaus MÜLLER, Zur Ordnung des Wettbewerbs zwischen Industrie und Handel, in: MA 37 (1975), S. 194 ff.
- KATHREIN, Oswald, Nachfrage im Wettbewerb, Düsseldorf 1960
- KAUFER, Erich, Neue Wettbewerbstheorie, in: Probleme der Wettbewerbstheorie und -politik, hrsg. von Gottfried Bombach u.a., Tübingen 1976, S. 199 ff.
- KAUFER, Erich, Preisführerschaft, in: Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, Bd. 6, S. 208 ff.
- KAYSEN, Carl, und Donald F. TURNER, Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis, 2. Aufl., Cambridge, Mass. 1965
- KERBER, Markus, Die französische Wettbewerbspolitik gegenüber Nachfragemacht, in: RIW 33 (1987), S. 100 ff.
- KIRCHNER, Christian, und Arnold PICOT, Transaction Cost Analysis of Structural Changes in the Distribution System: Reflections on Institutional Developments in the Federal Republic of Germany, in: JITE 143 (1987), S. 62 ff.
- KIRSCHNER, Ulrich, Fusionskontrolle im Lebensmitteleinzelhandel: Anmerkungen zum Fall Coop-Wandmaker, in: WuW 37 (1987), S. 789 ff.

- KIRSCHNER, Ulrich, und Harald LOB, Der Verkauf unter Einstandspreis - ein deutsch-französischer Vergleich, in: RIW 32 (1986), S. 859 ff.
- KIRZNER, Israel M., Wettbewerb und Unternehmertum, Tübingen 1978
- KLAUSS, Gerd, Die Bestimmung von Marktmacht: Eine Untersuchung von Machtkriterien unter Berücksichtigung der Zusammenschlußkontrolle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1975
- KLAWITTER, Christian, Einkaufsgemeinschaften zwischen Kartellaufsicht und Angebotswettbewerb, in: BB 40 (1985), S. 1093 ff.
- KNEE, Derek, und David WALTERS, Strategy in Retailing: Theory and Application, Oxford 1985
- KNOBLICH, Hans, Importbeziehungen deutscher Handelsunternehmen - Ergebnisse einer empirischen Untersuchung -, in: ZfbF 32 (1980), S. 1084 ff.
- KNÖPFLE, Robert, Die marktbezogene Unlauterkeit, Tübingen 1983
- KNÖPFLE, Robert, Die Abgrenzung des relevanten Marktes bei der Anwendung des § 22 Abs. 1 GWB, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1983/84, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1985, S. 139 ff.
- KNÖPFLE, Robert, Ist der Nachfragewettbewerb ebenso schutzwürdig wie der Angebotswettbewerb ?, in: BB 42 (1987), S. 1960 ff.
- KÖHLER, Helmut, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager: Eine Untersuchung zu den kartellrechtlichen Grenzen der Kooperation im Einkauf, München 1977
- KÖHLER, Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, Heidelberg 1979
- KÖHLER, Helmut, Die Abhängigkeitsvermutung des § 26 II 3 GWB - Taugliches Mittel zur Erfassung von Nachfragemacht ?, in: DB 35 (1982), S. 313 ff.
- KÖHLER, Helmut, Nachfragewettbewerb und Marktbeherrschung, Tübingen 1986
- KÖHLER, Helmut, Wohin steuert die deutsche Wettbewerbspolitik ? Zu Ernst-Joachim Mestmäckers Buch "Der verwaltete Wettbewerb", in: ORDO 37 (1986), S. 275 ff.
- KOENIGS, Folkmar, Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, in: NJW 14 (1961), S. 1041 ff.

- KOUKER, Ludwig, Die zivilrechtliche Relevanz kartellrechtlicher Vermutungstatbestände, in: GRUR 88 (1986), S. 31 ff.
- KRAFT, Alfons, Gemeinschaftsschädliche Wirtschaftsstörungen als unlauterer Wettbewerb ?, in: GRUR 82 (1980), S. 966 ff.
- KRAFT, Alfons, Wettbewerbsrecht und Diskriminierungsverbot, in: Recht und Wirtschaft heute, Festgabe für Max Kummer, Bern 1980, S. 389 ff.
- KREITERLING, Hans, Das Problem der Abgrenzung von Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb in der Nachfragemacht-Diskussion, Frankfurt/M. u.a. 1980
- KREUZER, Karl, Behördenbefugnisse in Unlauterkeitssachen?, in: WRP 25 (1979), S. 255 ff.
- KREUZER, Karl, Wettbewerb um jeden Preis ? Zur Problematik des Verkaufs zu Verlustpreisen im Einzelhandel, in: WRP 31 (1985), S. 467 ff.
- KROITZSCH, Hermann, Wirtschaftspolitische Entscheidungen durch Wettbewerbsregeln oder durch die UWG-Rechtsprechung, in: BB 32 (1977), S. 220 ff.
- KÜHNE, Klaus-Dieter, Abgestimmtes und sogenanntes bewußtes Parallelverhalten auf Oligopolmärkten, Zürich u.a. 1978
- KÜHNE, René, Nachfragemacht zwischen Einzelhandel und Konsumgüterindustrie in der Schweiz, Bern und Stuttgart 1984
- KURZ, Rudi, und Lothar RALL, Behinderungsmißbrauch: Probleme einer ordnungskonformen Konkretisierung, Tübingen 1983
- KUZNETS, Simon, Secular Movements in Production and Prices, Boston und New York 1930
- LACHNER, Josef, Finanzierungsverhältnisse und -erfordernisse im Großhandel - Ergebnisse einer Analyse des Ifo-Instituts -, in: ifo-schnelldienst 40 (1987), H. 3, S. 9 ff.
- LADEMANN, Rainer, Nachfragemacht von Handelsunternehmen: Analyse der Begriffs-, Erklärungs- und Rechtsstatsachenprobleme, Diss., Göttingen 1986
- LADEMANN, Rainer, Besonderheiten im Wettbewerb des Handels. Realität oder Ideologie?, Göttingen 1988
- LADEMANN, Rainer P., und Oliver HERMES, Wettbewerbsbeschränkungen durch Einkaufskooperationen nach § 1 GWB: Zur Begrenzung der Handlungsspielräume von Nachfragern durch Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite, in: BB 42 (1987), S. 838 ff.

- LAFRANCE, Vincent A., The Impact of Buyer Concentration - An Extension, in: RES 61 (1979), S. 475 f.
- LAMPE, Hans-Eckhard, Wettbewerb, Wettbewerbsbeziehungen, Wettbewerbsintensität, Baden-Baden 1979
- LAMPERT, Heinz, Die Preisführerschaft, in: JbNSt 172 (1960), S. 203 ff.
- LANGEN/NIEDERLEITHINGER/RITTER/SCHMIDT, Kommentar zum Kartellgesetz: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Erläuterungen für die Praxis unter Einbeziehung des EG-Kartellrechts, 6. Aufl., Neuwied und Darmstadt 1982
- LANGNESS, Hermann, Der Kontrahierungszwang des selektiv vertreibenden Markenartikelherstellers gegenüber SB-Großhandel und SB-Warenhaus aufgrund § 26 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 GWB, Diss., Hamburg 1982
- LEHMANN, Michael, Wettbewerbsrecht, Strukturpolitik und Mittelstandsschutz, in: GRUR 79 (1977), S. 580 ff. und 633 ff.
- LEHMANN, Michael, Die UWG-Neuregelungen 1987 - Erläuterungen und Kritik, in: GRUR 89 (1987), S. 199 ff.
- LENEL, Hans-Otto, Kontrolle des Entstehens und Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht, in: 25 Jahre Marktwirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland: Konzeption und Wirklichkeit, hrsg. von Dieter Cassel u.a., Stuttgart 1972, S. 77 ff.
- LENEL, Hans-Otto, Die Konzentration im deutschen Lebensmittelhandel - Zum Gutachten der Monopolkommission vom April 1985, in: WuW 35 (1985), S. 757 ff.
- LESSMANN, Herbert, Die öffentlichen Aufgaben und Funktionen privatrechtlicher Wirtschaftsverbände: Sozialer Befund, rechtliche Einordnung und Kontrolle, Köln u.a. 1976
- LINDER, Ludwig, Privatklage und Schadensersatz im Kartellrecht: Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und amerikanischen Recht, Baden-Baden 1980
- LOB, Harald, Die Entwicklung der französischen Wettbewerbspolitik bis zur Verordnung Nr. 86-1243 vom 01. Dezember 1986: Eine exemplarische Untersuchung der Erfassung der Behinderungsstrategie auf der Grundlage des Konzepts eines wirksamen Wettbewerbs, Frankfurt am Main u.a. 1988
- LOEWENHEIM, Ulrich, "Eintrittsgelder" und Sittenwidrigkeit: Bemerkungen zum Urteil des OLG Frankfurt vom 6. Mai 1975, in: GRUR 78 (1976), S. 224 ff.
- LOEWENHEIM, Ulrich, Aktuelle Probleme des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots, in: WRP 28 (1982), S. 190 ff.

- LÜBBERT, Hans-Dieter, Der Begriff der überragenden Marktstellung in § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidungspraxis, in: WuW 27 (1977), S. 559 ff.
- LUKES, Rudolf, Die Problematik der umfassenden Interessenabwägung in § 26 Abs. 2 GWB, in: BB 41 (1986), S. 2074 ff.
- LUPBERGER, Dirk R., Auskunfts- und Prüfungsverfahren der Kartellbehörden gegen Unternehmen und verfassungsrechtlicher Datenschutz, Köln u.a. 1987
- LUSTGARTEN, Steven H., The Impact of Buyer Concentration in Manufacturing Industries, in: RES 57 (1975), S. 125 ff.
- MACHLUP, Fritz, The Political Economy of Monopoly: Business, Labor and Government Policies, 4. Aufl., Baltimore 1967
- MALLEN, Bruce, und Michael HABERMAN, Economies of Scale: A Determinant of "Overstoring and Superstoring ?", in: Canadian Association of Administrative Sciences, Annual Conference Proceedings, Kingston, Ont. 1975, Mikrofiche, S. 4-158 ff.
- MARION, Bruce W., The Food Retailing Industry: Market Structure, Profits, and Prices, New York u.a. 1979
- MARKERT, Kurt, Kartelle als Mittel staatlicher Wirtschaftsplanung, in: Planung IV: Planung international, hrsg. von Joseph H. Kaiser, Baden-Baden 1970, S. 191 ff.
- MARKERT, Kurt, Die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, in: Handbuch des Wettbewerbs, hrsg. von Helmut Cox u.a., München 1981, S. 297 ff.
- MARKERT, Kurt, Der gegenwärtige Stand der Rechtsprechung zur Anwendung des § 26 Abs. 2 GWB auf Vertriebsselektionen von Markenartikelherstellern, in: Selektiver Vertrieb und SB-Warenhäuser: Der Beitrag des Kartellrechts für den Zugang neuer Handelsformen zum Markenartikelvertrieb - Eine Zwischenbilanz -, hrsg. von Ulrich Immenga u.a., Frankfurt/M. 1982, S. 23 ff.
- MARKERT, Kurt, Die Wettbewerberbehinderung im GWB nach der vierten Kartellnovelle, Heidelberg 1982
- MARKERT, Kurt, Zur Anwendung des GWB auf den Lebensmittelhandel - Anmerkungen zum Gutachten der Monopolkommission, in: Wettbewerbsbeschränkung in der Nachfrage, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1985, S. 61 ff.
- MARKERT, Kurt, Haben das Preisbindungsverbot und der Kontrahierungszwang für Markenartikel die Konzentration im Handel gefördert ?, in: WuW 35 (1985), S. 845 ff.

- MARKERT, Kurt, Die Fusionskontrollpraxis des Bundeskartellamtes im Wandel ?, in: AG 31 (1986), S. 173 ff.
- MARKERT, Kurt, Brauchen wir eine Kartellnovelle?, in: WuW 38 (1988), S. 181 ff.
- MARTIN, Werner, Zulässigkeitsgrenzen für Einkaufskooperationen, in: WuW 34 (1984), S. 534 ff.
- MARX, Gerd-R., Marketing und Marktmacht, am Beispiel von Absatzwege-Systemen der Konsumgüterindustrie, Diss., Zürich 1976
- MASON, Edward S., The Current Status of the Monopoly Problem in the United States, in: HLR 62 (1949), S. 1265 ff.
- MCGUCKIN, Robert, und Heng CHEN, Interactions between Buyer and Seller Concentration and Industry Price-Cost Margins, in: IOR 4 (1976), S. 123 ff.
- MEES, Hans-Kurt, Normwidrigkeit und § 1 UWG, in: WRP 31 (1985), S. 373 ff.
- MEIER, Claus, Wirkungen der Nachfragemacht unter besonderer Berücksichtigung des Lebensmitteleinzelhandels, Nürnberg 1984
- MEIER, Gert, Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Wettbewerbsregeln - ein Fortschritt ?, in: ZRP 10 (1977), S. 105 ff.
- MEIER, Gert, Zur Sicherung des Leistungswettbewerbs, in: BB 32 (1977), S. 720 ff.
- MEIER, Gert, Verhaltensregeln der Wirtschaft und "Leistungswettbewerb", in: WRP 24 (1978), S. 514 ff.
- MEIER, Gert, "Orderly marketing" - Veränderung der Struktur des deutschen Wettbewerbsrechts ?, in: WRP 25 (1979), S. 593 ff.
- MEIER, Gert, Maßnahmen des Nebenleistungswettbewerbs als unlauteres und machtmisbräuchliches Verhalten im Lebensmittel-einzelhandel, in: DB 33 (1980), S. 721 ff.
- MEIER, Gert, Anmerkung zu den Urteilen des BGH vom 22.4.1982 und 9.6.1982, in: DB 35 (1982), S. 2178 f.
- MEIER, Gert, Regelungsverantwortung des Staates und Subsidiaritätsprinzip im Wettbewerbsrecht, in: BB 38 (1983), S. 1229 ff.
- MEINHOLD, Wilko, Diversifikation, konglomerate Unternehmen und Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln u.a. 1977

- MERKEL, Rudolf, Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Wettbewerbsregeln der Wirtschaftsverbände: Einwände und Gegenvorschlag, in: BB 32 (1977), S. 473 ff.
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim, Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1974
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim, Medienkonzentration und Meinungsvielfalt: Eine vergleichende wirtschaftsrechtliche Untersuchung im Auftrage des Bundesministers des Innern, Baden-Baden 1978
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim, Mißbrauch der Nachfragemacht und Möglichkeiten ihrer kartellrechtlichen Kontrolle, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1976/77, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1978, S. 15 ff.
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim, Der verwaltete Wettbewerb - Eine vergleichende Untersuchung über den Schutz von Freiheit und Lauterkeit im Wettbewerbsrecht, Tübingen 1984
- MEYERHÖFER, Walter, Ertragsentwicklung im Facheinzelhandel, in: ifo-schnelldienst 40 (1987), H. 3, S. 3 ff.
- MIKSCH, Leonhard, Wettbewerb als Aufgabe, 2. Aufl., Bad Godesberg 1947
- MODIGLIANI, Franco, New Developments on the Oligopoly Front, in: JPolE 66 (1958), S. 215 ff.
- MÖHLENBRUCH, Dirk, Betriebswirtschaftliche Probleme einer Kontrolle der Nachfragemacht des Handels: Unter besonderer Berücksichtigung der Marktabgrenzung und des Diskriminierungsverbotes, Göttingen 1985
- MÖSCHEL, Wernhard, Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen: Eine vergleichende Untersuchung zum Recht der USA, Großbritanniens, der EWG und der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1974
- MÖSCHEL, Wernhard, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz: Marktbeherrschung, unlauterer Wettbewerb und Sanierungsfusionen im Pressebereich, Tübingen 1978
- MÖSCHEL, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln u.a. 1983
- MÖSCHEL, Wernhard, Anforderungen an eine kartellbehördliche Mißbrauchsverfügung bei Verkäufen unter Einstandspreis, in: BB 41 (1986), S. 1785 ff.
- MÖSCHEL, Wernhard, Gefahren einer erweiterten Kontrolle marktstarker Unternehmen (§ 37 a Abs. 3 GWB), in: BB 42 (1987), S. 2104 ff.

- MÖSCHEL, Wernhard, 30 Jahre Kartellgesetz - erneuter Prüfungs- und Handlungsbedarf ?, in: Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht: Zur Diskussion um die Novellierung des GWB, hrsg. von Herbert Helmrich, Köln u.a. 1987, S. 3 ff.
- MÜLLER, Hans-Ulrich, Nochmals: § 22 GWB ein Schutzgesetz ?, in: WuW 27 (1977), S. 92 ff.
- MÜLLER, Udo, Wettbewerbspolitik, in: Handwörterbuch der Volkswirtschaft, 2. Aufl., Wiesbaden 1980, Sp. 1524 ff.
- MÜLLER, Walter, Die handels- und konkurrentenbezogenen Marketingstrategien mittelständischer Nahrungsmittelhersteller unter besonderer Berücksichtigung der branchenspezifischen Marktstrukturen und Marktwirkungen, Frankfurt am Main 1986
- MUSIELAK, Hans-Joachim, und Max STADLER, Grundfragen des Beweisrechts: Beweisaufnahme - Beweiswürdigung - Beweislast, München 1984
- NARVER, John C., Supply Space and Horizontality in Firms and Mergers, in: StJLR 44 (1970), S. 316 ff.
- NESTER, Paul, Nachfragemacht und Kartellgesetz: Untersuchung am Beispiel der freiwilligen Ketten des Lebensmittelhandels in der Bundesrepublik Deutschland, Köln u.a. 1965
- NEUMANN, Manfred, Industrial Organization. Ein Überblick über die quantitative Forschung, in: ZfB 49 (1979), S. 645 ff.
- NICOLINI, Hans-J., Untersuchungen zur Erfassung unternehmerischer Marktmacht, Göttingen 1978
- NIEDERLEITHINGER, Ernst, Die Verfolgung von Mißbräuchen von Angebots- und Nachfragemacht nach §§ 22, 26 Abs. 2 GWB, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1975/76, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1977, S. 65 ff.
- NIEDERLEITHINGER, Ernst, Probleme der Mißbrauchsaufsicht aus der Sicht des Bundeskartellamtes, in: Die Mißbrauchsaufsicht vor dem Hintergrund der Entwicklungen der neueren Wettbewerbstheorie, hrsg. von Burkhardt Röper, Berlin 1982, S. 65 ff.
- NIEDERLEITHINGER, Ernst, Praxis der Fusionskontrolle und der Mißbrauchsaufsicht 1985/86, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1985/86, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1987, S. 21 ff.
- NIESCHLAG, Robert, und Gustav KUHN, Binnenhandel und Binnenhandelspolitik, 3. Aufl., Berlin 1980
- NIESTRATH, Ulrich, Nachfragemacht des Handels - Begriff, Theorie, Operationalisierung, Frankfurt a.M. u.a. 1983

- NIPPERDEY, H. C., Wettbewerb und Existenzvernichtung, Berlin 1930
- OBERENDER, Peter, Wettbewerbliche Marktprozesse und struktureller Nachfragerückgang - Zur Problematik der Zulassung von Wettbewerbsbeschränkungen -, in: ORDO 26 (1975), S. 131 ff.
- OBERPARLEITER, Karl, Funktionen und Risiken des Warenhandels, Wien 1930
- OEHME, Wolfgang, Die Problematik vertriebsformenheterogener Sortimente, in: MZFP 7 (1985), S. 85 ff.
- OHM, Hans, Definitionen des Leistungswettbewerbs und ihre Verwendungsfähigkeit für die praktische Wirtschaftspolitik, in: Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen, hrsg. von Hans-Jürgen Seraphim, Berlin 1960, S. 239 ff.
- OLESCH, Günter, und Horst TIEDTKE, Die wirtschaftliche Bedeutung der Einkaufsverbände des Einzelhandels, Frankfurt 1985
- OPPENLÄNDER, Karl H., Schrumpfende, stagnierende und expandierende Branchen der deutschen Industrie, in: ifo-schnelldienst 36 (1983), H. 12, S. 5 ff.
- PENROSE, Edith T., The Theory of the Growth of the Firm, 5. Aufl., Oxford 1972
- PHILLIPS, Almarin, A Critique of Empirical Studies of Relations between Market Structure and Profitability, in: JIE 24 (1975/76), S. 241 ff.
- PHILIPS, Louis, The Economics of Price Discrimination, Cambridge u.a. 1983
- PICOT, Arnold, Transaktionskosten im Handel: Zur Notwendigkeit einer flexiblen Strukturentwicklung in der Distribution, in: BB 41 (1986), Beilage 13, S. 1 ff.
- PLASSMANN, Norbert, Rechtsbegriffe im Wettbewerbsrecht, in: JZ 23 (1968), S. 81 ff.
- POECHE, Jürgen, Workable Competition als wettbewerbspolitisches Leitbild, in: Das Konzept der "Workable Competition" in der angelsächsischen Literatur, Einleitung und Bearbeitung von Jürgen Poeche, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1970, S. 9 ff.
- PORTER, Michael E., Interbrand Choice, Strategy, and Bilateral Market Power, Cambridge, Mass. und London 1976
- POSNER, Richard A., The Chicago School of Antitrust Analysis, in: UPLR 127 (1979), S. 925 ff.

- POTUCEK, Vladimir, Strukturelle Problematik von Zugangsbarrieren in lokalen Einzelhandelsmärkten, in: Handelsforschung 1987, hrsg. von Volker Trommsdorff, Heidelberg 1987, S. 139 ff.
- PRIMEAUX, Walter J., Entry, Exit, and Concentration in a Retail Market, in: AB 13 (1968), S. 849 ff.
- PRÜTTING, Hanns, Gegenwartsprobleme der Beweislast: Eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht, München 1983
- PÜTZ, Theodor, Die wirtschaftspolitische Konzeption, in: Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen, hrsg. von Hans-Jürgen Seraphim, Berlin 1960, S. 9 ff.
- RAISER, Ludwig, Marktbezogene Unlauterkeit, in: GRUR Int. 75 (1973), S. 443 ff.
- RAMRATH, Stephan, Die "überragende Marktstellung" als Merkmal der Fusionskontrolle - Marktmachtkonzept versus Ressourcentheorie - Überlegungen zum geltenden Recht und seinen Entwicklungsmöglichkeiten, Köln u.a. 1978
- REIMANN, Thomas, Mißbrauchsaufsicht und Diskriminierungsverbot bei Nachfragern, in: WuW 26 (1976), S. 541 ff.
- Relevant Markets in Antitrust, in: JRALE 14 (1984)
- REUTER, Alexander, Informale Auskunftsbitten der Kartellbehörden - Praxis contra legem ?, in: WuW 36 (1986), S. 93 ff.
- RHEIN, Eberhard, Die Theorie des unvollkommenen Wettbewerbs und ihre Anwendung auf den Wettbewerb im Einzelhandel, in: JbS 11 (1960), S. 65 ff.
- RHOADES, Stephen A., Market Share as a Source of Market Power: Implications and Some Evidence, in: JEB 37 (1985), S. 343 ff.
- RICHLI, Paul, Nachfragemacht und Angebotsmacht - Gemeinsamkeiten und Unterschiede, in: WuR 30 (1978), S. 1 ff.
- RICHTER, Rudolf, Das Konkurrenzproblem im Oligopol, Berlin 1954
- RIEBEL, Paul, Die Elastizität des Betriebes: Eine produktions- und marktwirtschaftliche Untersuchung, Köln und Opladen 1954
- RIECHMANN, Volkhard, Fünf Jahre 4. Kartellgesetz-Novelle - Eine Bestandsaufnahme zur Rechtsprechungs- und Verwaltungspraxis, in: WRP 31 (1985), S. 323 ff.
- RITTNER, Fritz, Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1985

- ROBINSON, Joan, The Economics of Imperfect Competition, 2. Aufl., London 1969
- RÖPER, Burkhardt, Zur Verwirklichung des Leistungswettbewerbs, in: Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen, hrsg. von Hans-Jürgen Seraphim, Berlin 1960, S. 261 ff.
- RÖPER, Burkhardt, und Peter ERLINGHAGEN, Wettbewerbsbeschränkung durch Marktinformation ? Eine Würdigung aus wettbewerbspolitischer und kartellrechtlicher Sicht, Köln u.a. 1974
- ROSENER, Wolfgang, Tatsächliche Ermittlungen und Erfahrungssätze im Kartellverwaltungs-Gerichtsverfahren, in: WuW 34 (1984), S. 687 ff.
- ROWE, Frederick M., Political Objectives and Economic Effects of the Robinson-Patman Act: A Conspicuous U.S. Antitrust Policy Failure, in: ZgS 136 (1980), S. 499 ff.
- RÜSCHEN, Gerhard, Markenartikelindustrie, Handelskonzentration und Wettbewerbskontrolle, in: Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht: Zur Diskussion um die Novellierung des GWB, hrsg. von Herbert Helmrich, Köln u.a. 1987, S. 95 ff.
- RUMELT, R.P., Strategy, Structure and Economic Performance, Boston 1974
- SACK, Rolf, § 1 UWG und Wirtschaftspolitik, in: WRP 20 (1974), S. 247 ff.
- SACK, Rolf, Lauterer und leistungsgerechter Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln, in: GRUR 77 (1975), S. 297 ff.
- SACK, Rolf, Zum erweiterten Adressatenkreis des Diskriminierungsverbots, in: GRUR 77 (1975), S. 511 ff.
- SACK, Rolf, Wettbewerbsverzerrungen durch "Anzapfen", in: WRP 21 (1975), S. 261 ff.
- SACK, Rolf, Zur sachlichen Rechtfertigung von Preis-, Rabatt- und Konditionendiskriminierungen, in: WRP 21 (1975), S. 385 ff.
- SACK, Rolf, Der Verkauf unter Selbstkosten im Einzelhandel, in: WRP 29 (1983), S. 63 ff.
- SACK, Rolf, Die lückenfüllende Funktion der Sittenwidrigkeitsklauseln, in: WRP 31 (1985), S. 1 ff.
- SACK, Rolf, Die UWG-Novelle 1986, in: BB 41 (1986), S. 2205 ff.

- SÄCKER, Franz-Jürgen, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht, Düsseldorf o.J.
- SAMBACH, E., Untersuchungen zum Problem der wirtschaftlichen Macht, Diss., Frankfurt/M. 1960
- SAMBUC, Thomas, Monopolisierung als UWG-Tatbestand, in: GRUR 83 (1981), S. 796 ff.
- SANDROCK, Otto, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München 1968
- SATZKY, Horst, Nachfragewettbewerb und Nachfragewettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB, in: Wettbewerbsbeschränkung in der Nachfrage, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1985, S. 73 ff.
- SCHÄFER, Karl, § 37 a Abs. 3 GWB und die Berücksichtigung marktstarker Konkurrenten des "Normadressaten", München 1986
- SCHENK, Hans-Otto, Theorie und Ideologie der Nachfragemacht des Handels, in: WuW 24 (1974), S. 149 ff.
- SCHENK, Hans-Otto u.a., Die Konzentration im Handel: Ursachen, Messung, Stand, Entwicklung und Auswirkungen der Konzentration im Handel und Konzentrationspolitische Konsequenzen, Berlin 1984
- SCHERER, Frederic M., Industrial Market Structure and Economic Performance, 2. Aufl., Chicago 1980
- SCHERER, Frederic M., Stand und Perspektiven der Industrieökonomik, in: Industrieökonomik: Theorie und Empirie, hrsg. von Gottfried Bombach, Tübingen 1985, S. 3 ff.
- SCHEUFELE, Helmut, Behandlung der "beherrschenden Stellung" von Nachfragern im EWG-Kartellrecht, in: BB 28 (1973), Beilage 4, S. 1 ff.
- SCHLARMANN, Josef, Die kartellrechtliche Behandlung von Selbstbeschränkungsabkommen, in: NJW 24 (1971), S. 1394 f.
- SCHLECHT, Otto, Neuorientierung in der deutschen Wettbewerbspolitik ?, in: Neuorientierung des Wettbewerbsschutzes: Jubiläumsschrift 25 Jahre FIW, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1986, S. 35 ff.
- SCHLECHT, Otto, Ein neuer Ordnungsrahmen für dynamischen Wettbewerb ?, in: Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht: Zur Diskussion um die Novellierung des GWB, hrsg. von Herbert Helmrich, Köln u.a. 1987, S. 35 ff.

- SCHLUEP, Walter, Über den Begriff der Nachfragemacht, in: Festgabe für Henri Deschenaux, Fribourg 1977, S. 563 ff.
- SCHMALEN, Helmut, Erhöhung der Innenstadt-Attraktivität durch veränderte Ladenöffnungszeiten, in: JbAV 32 (1986), S. 392 ff.
- SCHMIDBAUER, Herbert, Allokation, technischer Fortschritt und Wettbewerbspolitik, Tübingen 1974
- SCHMIDT, Ingo, Markttransparenz als Voraussetzung für Wettbewerbsbeschränkungen, in: WuW 13 (1963), S. 97 ff.
- SCHMIDT, Ingo, Zum Begriff des Preiswettbewerbs nach § 16 GWB, in: WuW 14 (1964), S. 120 ff.
- SCHMIDT, Ingo, Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Mißbrauch in § 22 GWB und Art. 86 EWGV, in: WuW 15 (1965), S. 453 ff.
- SCHMIDT, Ingo, Beseitigung des Ungleichgewichts im GWB zwischen Wettbewerbsbeschränkungen durch Maßnahme und Zustand, in: ZHR 135 (1971), S. 193 ff.
- SCHMIDT, Ingo, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht: Eine vergleichende Untersuchung und kritische Analyse der Rechtsprechung gegenüber Tatbeständen des externen und internen Unternehmenswachstums sowie des Behinderungswettbewerbs, Berlin 1973
- SCHMIDT, Ingo, Hauptprobleme der vierten GWB-Novelle, in: Wirtschaftsdienst 58 (1978), S. 71 ff.
- SCHMIDT, Ingo, Ist "Größe an sich" gefährlich ?, in: WuW 36 (1986), S. 193 ff.
- SCHMIDT, Ingo, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht: Eine Einführung, 2. Aufl., Stuttgart 1987
- SCHMIDT, Ingo, und Wolfgang RIES, Der Hirschman-Herfindahl-Index (HHI) als wettbewerbspolitisches Instrument in den neuen US-Fusionsrichtlinien 1982, in: WuW 33 (1983), S. 525 ff.
- SCHMIDT, Ingo, und Jan B. RITTALER, Die Chicago School of Antitrust Analysis: Wettbewerbstheoretische und -politische Analyse eines Credos, Baden-Baden 1986
- SCHMIDT, Karsten, Kartellverfahrensrecht - Kartellverwaltungsrecht - Bürgerliches Recht: Kartellrechtspflege nach deutschem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln u.a. 1977

- SCHMIDT, Karsten, Aufgaben und Leistungsgrenzen der Gesetzgebung im Kartelldeliktsrecht: Eine rechtspolitische Studie zu den außerstrafrechtlichen Sanktionen im GWB, Baden-Baden 1978
- SCHMIDT, Karsten, Vierte Kartellrechtsnovelle zwischen Effektivitäts- und Legitimationsproblemen, in: ZRP 12 (1979), S. 38 ff.
- SCHMIDT, Karsten, Wettbewerbsgesetzgebung und Rechtssystem: Zum Wert systematischen und rechtsdogmatischen Denkens bei der Gestaltung des GWB, in: Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht: Zur Diskussion um die Novellierung des GWB, hrsg. von Herbert Helmrich, Köln u.a. 1987, S. 19 ff.
- SCHMIDTCHEN, Dieter, Wettbewerbspolitik als Aufgabe: Methodologische und systemtheoretische Grundlagen für eine Neuorientierung, Baden-Baden 1978
- SCHNEIDER, Erich, Einführung in die Wirtschaftstheorie: II. Teil: Wirtschaftspläne und wirtschaftliches Gleichgewicht in der Verkehrswirtschaft, 13. Aufl., Tübingen 1972
- SCHRICKER, Gerhard, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß: Rechtsvergleichende Untersuchung zur wettbewerbsrechtlichen Haftung bei Verletzung außerwettbewerbsrechtlicher Normen, München 1970
- SCHUHMACHER, Wolfgang, Nachfragemacht und Gegengewichtsprinzip, in: ZHR 140 (1976), S. 317 ff.
- SCHULTE-BRAUCKS, Reinhard, Die Diskussion um die Reform des Robinson-Patman Act in den U.S.A., in: WRP 23 (1977), S. 472 ff.
- SCHULTES, Werner, Preisdifferenzierung unter wettbewerbspolitischen Aspekt, Köln u.a. 1963
- SCHULTES, Werner, Erfahrungen bei der Mißbrauchsaufsicht gegenüber Nachfragemacht, in: WuW 32 (1982), S. 731 ff.
- SCHULTES, Werner, Nachfragemacht, Nachfragekartell und Überlegene Marktmacht, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1982/83, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1984, S. 1 ff.
- SCHULTES, Werner, Zur Fusionskontrolle im Lebensmittelhandel, in: MA 48 (1986), S. 254 ff.
- SCHULTES, Werner, Probleme bei der Fusionskontrolle im Handel, in: BAG-Nachrichten 1986, S. 8 ff.
- SCHULTZ, Klaus-Peter, Geschäftsgeheimnisse in Kartellverwaltungssachen - zugleich eine Anmerkung zu dem Beschluß des Kammergerichts v. 5. November 1986 -, in: Computer und Recht 3 (1987), S. 489 ff.

- SCHUMACHER, Harald, Diversifikation, Wettbewerb und Strukturflexibilität, Göttingen 1976
- SCHUMPETER, Joseph, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, 6. Aufl., Berlin 1964
- SCHUMPETER, Josef A., Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 5. Aufl., München 1980
- SCHWALBACH, Joachim, Markteintrittsverhalten industrieller Unternehmen, in: ZfB 56 (1986), S. 713 ff.
- SCHWARTAU, Cord, Phasenkonzepte, Unternehmensverhalten und Wettbewerb: Die Klassifizierung von Phasenkonzepten zur Entwicklung einer Marktprozeßtheorie, Berlin 1977
- SEITZ, Tycho, Preisführerschaft im Oligopol, Tübingen 1965
- SERAPHIM, Hans-Jürgen, Theorie der Allgemeinen Volkswirtschaftspolitik, 2. Aufl., Göttingen 1963
- SHEPHERD, William G., The Treatment of Market Power: Antitrust, Regulation and Public Enterprise, New York und London 1975
- SHEPHERD, William G., Public Policies Toward Business, 7. Aufl., Homewood, Ill. 1985
- SHEPHERD, William G., Assessing "Predatory" Actions by Market Shares and Selectivity, in: AB 31 (1986), S. 1 ff.
- SHNIDERMAN, Harry L., The Robinson-Patman Act: A Critical Appraisal, in: ALJ 55 (1986), S. 149 ff.
- SIEBENECK, Peter, Zur Preisauszeichnung im Einzelhandelsbetrieb durch den Lieferanten, in: DB 30 (1977), S. 1352 ff.
- SIEBENECK, Peter, Nachfragewettbewerb - Eine Funktion des Absatzwettbewerbs: Die Verhältnisse im Lebensmittelhandel der Bundesrepublik Deutschland und West-Berlins, in: BB 40 (1985), S. 2205 ff.
- SKIBA, Günther, Preisdiskriminierung und Wettbewerbspolitik, Frankfurt a.M. 1971
- SÖHN, Stefan, Allgemeinverbindlicherklärung von Wettbewerbsregeln: Möglichkeiten und Grenzen einer Reformierung der Vorschriften über Wettbewerbsregeln nach den §§ 28 ff. GWB, München 1983
- SÖLTER, Arno, Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, 2. Aufl., Düsseldorf 1960

- SÖLTER, Arno, Funktionsunterschiede und Funktionsbeziehungen zwischen Industrie und Handel, in: MA 30 (1968), S. 205 ff.
- SÖLTER, Arno, Ungleichgewichte zwischen Angebot und Nachfrage, in: WuW 18 (1968), S. 317 ff.
- SÖLTER, Arno, Nachfragefunktion, Nachfrageverhalten und Nachfragemacht, in: WRP 23 (1977), S. 445 ff.
- SÖLTER, Arno, Vom atomistischen zum Allparameterwettbewerb: Das Drei-Ebenen-Konzept des Wettbewerbs, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1975/76, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1977, S. 99 ff.
- SÖLTER, Arno, Vom Leistungswettbewerb zum Verdrängungswettbewerb: Zur ordnungspolitischen Krise der Absatzwirtschaft - Problemanalyse und Lösungsmöglichkeiten, in: DB 36 (1983), S. 1241 ff.
- SÖLTER, Arno, Der Januskopf des Preiswettbewerbs - Eine wettbewerbspolitische und kartellrechtliche Untersuchung über die Ambivalenz des Preisparameters am Beispiel der Absatzwirtschaft, Heidelberg 1984
- SOHMEN, Egon, Machttheorie oder Preistheorie, in: Macht und ökonomisches Gesetz, hrsg. von Hans K. Schneider u.a., Bd. II, Berlin 1973, S. 1137 ff.
- SOLTWEDEL, Rüdiger u.a., Deregulierungspotentiale in der Bundesrepublik, Tübingen 1986
- SOSNICK, Stephan H., A Critique of Concepts of Workable Competition, in: QJE 72 (1958), S. 380 ff.
- SRAFFA, Piero, The Laws of Returns under Competitive Conditions, in: EJ 36 (1926), S. 535 ff.
- STAHLMANN, Jürgen, Ungebrochene Konzentration im Groß- und Außenhandel, in: WuW 29 (1979), S. 530 ff.
- STEINDORFF, Ernst, Gesetzgeberische Möglichkeiten zu verbesserter Durchsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: ZHR 138 (1974), S. 504 ff.
- STIGLER, George J., The Organization of Industry, Homewood, Ill. 1968
- STRANZ, Helge, Entwicklung und Auswirkungen der Nachfragemacht des Handels, in: JBAV 23 (1977), S. 320 ff.
- STREIT, Manfred E., Anpassungsverhalten ökonomischer Systeme, in: Wirtschaftsdienst 61 (1981), S. 515 ff.

- STREIT, Michael, Der Verlustpreisverkauf im Einzelhandel als Form des unzulässigen Nichtleistungswettbewerbs, in: MA 49 (1987), S. 404 ff.
- SUCKER, Michael, Die Beurteilung von Meistbegünstigungsklauseln nach § 15 GWB, in: DB 29 (1976), S. 181 ff.
- TÄGER, Uwe Ch., Hohes Konzentrationsniveau im Lebensmittelhandel der EG - Indiz für Nachfragemacht ? - Ein handels- und wettbewerbspolitischer Überblick -, in: ifo-schnelldienst 40 (1987), H. 12, S. 16 ff.
- TÄGER, Uwe Ch., Konsumgüterhandel: Wettbewerbsdynamik verändert Funktionsprofile, in: ifo-schnelldienst 41 (1988), H. 5, S. 20 ff.
- TESSIN, Claus, Behinderungsmißbrauch marktbeherrschender Unternehmen - Neuere Entwicklungen im deutschen und EWG-Kartellrecht -, in: GRUR 82 (1980), S. 482 ff.
- TIETZ, Bruno, Die Fachmärkte - ein neuer Betriebstyp des Einzelhandels, in: MZFP 3 (1981), S. 241 ff.
- TIETZ, Bruno, Der Handelsbetrieb: Grundlagen der Unternehmenspolitik, München 1985
- TIETZ, Bruno, Binnenhandelspolitik, München 1986
- TILLEY, R.P.R., und R. HICKS, Economies of Scale in Supermarkets, in: JIE 19 (1970), S. 1 ff.
- TILMANN, Winfried, Über das Verhältnis von GWB und UWG, in: GRUR 81 (1979), S. 825 ff.
- TREIS, Bartho, Größenbedingte Vor- und Nachteile mittelständischer Einzelhandelsunternehmen im Beschaffungsbereich, in: Der mittelständische Einzelhandel im Wettbewerb: Größenbedingte Vor- und Nachteile, hrsg. von Bartho Treis, München 1981, S. 43 ff.
- TREIS, Bartho, Zur Erklärung von Händlerverhalten mittels der Lehre von den Handelsfunktionen, in: GRUR 87 (1985), S. 955 ff.
- TREIS, Bartho, und Andreas RUSS, Größenbedingte Vor- und Nachteile mittelständischer Einzelhandelsunternehmen bei der Finanzierung, in: Der mittelständische Einzelhandel im Wettbewerb: Größenbedingte Vor- und Nachteile, hrsg. von Bartho Treis, München 1981, S. 155 ff.
- TRIFFIN, Robert, Monopolistic Competition and General Equilibrium Theory, Cambridge 1971

- TOLKSDORF, Michael, Hoppmanns neoklassische Wettbewerbstheorie als Grundlage der Wettbewerbspolitik, in JbNST 183 (1969), S. 61 ff.
- TOLKSDORF, Michael, Stand und Entwicklungstendenzen der Wettbewerbstheorie, in: WuW 30 (1980), S. 785 ff.
- TUCKER, Kenneth A., Economies of Scale in Retailing: An Empirical Study of Plant Size and Cost Structure, Westmead u.a. 1975
- TUCKER, Kenneth A., Concentration and Costs in Retailing, Westmead u.a. 1978
- ULLRICH, Hanns, Kartell- und wettbewerbsrechtliche Reaktionen auf verändertes Nachfrageverhalten des Handels in Frankreich, in: GRUR Int. 89 (1987), S. 69 ff.
- ULMER, Peter, Der Begriff "Leistungswettbewerb" und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB- und UWG-Tatbeständen, in: GRUR 79 (1977), S. 565 ff.
- ULMER, Peter, Mehr Wettbewerb? Bemerkungen zum Nachfragemacht-Gutachten der Monopolkommission, in: WuW 28 (1978), S. 330 ff.
- ULMER, Peter, Die neuen Vorschriften gegen Diskriminierung und unbillige Behinderung (§ 26 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3, § 37 a Abs. 3 GWB), in: WuW 30 (1980), S. 474 ff.
- ULMER, Peter, Kartellrechtswidrige Konkurrentenbehinderung durch leistungsfremdes Verhalten marktbeherrschender Unternehmen, in: Recht und Wirtschaft heute, Festgabe für Max Kummer, Bern 1980, S. 565 ff.
- ULMER, Peter, Kartellrechtliche Unterschiede in der Behandlung von Angebots- und Nachfragemacht, in: Wettbewerbsbeziehungen zwischen Industrie und Handel, hrsg. vom FIW, Köln u.a. 1982, S. 33 ff.
- ULMER, Peter, Brauchen wir eine Kartellgesetznovelle ? Probleme der Nachfragemacht und der Fusionskontrolle im Handel, in: MA 49 (1987), S. 326 ff.
- ULMER, Peter, Muß der Leistungswettbewerb geschützt werden ?, in: WuW 37 (1987), S. 701 ff.
- ULMER, Peter, Wettbewerbsrechtliche Schranken für die Händlerwerbung mit bekannten Herstellermarken? - Zur Rufausbeutung von Markenartikeln und zur Minderung ihres Werbewerts durch Lockvogelstrategien von Handelsunternehmen, in: WRP 33 (1987), S. 299 ff.
- UNGERN-STERNBERG, Thomas von, Zum Begriff des "zeitlich relevanten Marktes", in: WuW 34 (1984), S. 707 ff.

- URBANCZYK, Reinhard, Zur Verbandsklage im Zivilprozeß, Köln u.a. 1981
- VELTRUP, Bernard, Die wettbewerbspolitische Problematik konglomerater Fusionen, Göttingen 1975
- VOLLMER, Lothar, Wettbewerbsrechtliche Mehrerlösabschöpfung nach der UWG- und GWB-Novelle, in: DB 32 (1979), S. 2213 ff.
- VOLLMER, Lothar, Kartell-Schiedsklauseln in internationalen Wirtschaftsverträgen, in: GRUR Int. 88 (1986), S. 589 ff.
- WEBER, Erich, Zur Frage der Betriebsgröße im Einzelhandel, Meisenheim/Gl. 1971
- WEBER, Max, Wirtschaft und Gesellschaft, in: Grundriß der Sozialökonomik, bearb. von G. Albrecht u.a., zweite vermehrte Auflage, 1. Halbband, Tübingen 1925
- WEISS, Heinz-Dieter, Preisdifferenzierung und funktionsfähiger Wettbewerb: Eine Untersuchung zur Frage der wettbewerbspolitischen Begründung von Diskriminierungsverboten, Hamburg 1972
- WEIZSÄCKER, C. Christian v., Muß der Leistungswettbewerb geschützt werden ?, in: WuW 37 (1987), S. 706 ff.
- WENDLAND, Hanfried, Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Einkaufskartellen, in: WuW 33 (1983), S. 359 ff.
- WERNER, Rosemarie, Der Konflikt zwischen Geheimnisschutz und Sachaufklärung im Kartellverfahren, in: Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht: Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes, hrsg. von Otto Friedrich Freiherr von Gamm u.a., Köln u.a. 1988, S. 821 ff.
- WESTEN, Heinz, Unbillige Behinderung von Wettbewerbern durch Verkäufe unter Einstandspreis, Berlin 1987
- WEYHENMEYER, Hans, Unterschiedliche Behandlung bei Preisen und Konditionen, in: Freiheit und Fairneß im Wettbewerb - Chance für einen leistungsfähigen Mittelstand: Wettbewerbskongreß München 1977, hrsg. vom Bayerischen Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr, München 1977, S. 57 ff.
- WIECKMANN, Hans-Joachim, Akteneinsicht und Wahrung von Geschäftsgeheimnissen im Kartellverwaltungsverfahren, in: WuW 33 (1983), S. 13 ff.
- WILDE, Olga, Wettbewerbsverzerrungen und Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfragermacht, Freiburg 1979

- WILLEKE, Franz-Ulrich, Grundsätze wettbewerbspolitischer Konzeptionen, Tübingen 1973
- WILLEKE, Franz-Ulrich, Wettbewerbspolitik, Tübingen 1980
- WIRTZ, Karl-Ernst, Der unlautere Handel mit dem Handel, in: GRUR 87 (1985), S. 15 ff.
- WIRZ, Hanns B., Die vermutete Marktbeherrschung, in: WuW 25 (1975), S. 611 ff.
- WISSMANN, Matthias, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - Bewährtes bewahren, Anpassungserfordernisse vollziehen, in: Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht: Zur Diskussion um die Novellierung des GWB, hrsg. von Herbert Helmrich, Köln u.a. 1987, S. 73 ff.
- WÖHE, Günter, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, 16. Aufl., München 1986
- WOLF, Hans-Dieter, Wesen und empirische Bedeutung von Marktzugangsbeschränkungen im Einzelhandel unter besonderer Berücksichtigung des Ladeneinzelhandels, Diss., Frankfurt 1971
- WOLF, Manfred, Die Klagebefugnis der Verbände: Ausnahme oder allgemeines Prinzip ?, Tübingen 1971
- WOLL, Artur, Der Wettbewerb im Einzelhandel: Zur Dynamik der modernen Vertriebsformen, Berlin 1964
- WOLL, Artur, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 9. Aufl., München 1987
- WRAGE, Heidi, UWG-Sanktionen bei GWB-Verstößen ?, Heidelberg 1984
- ZOHLNHÖFER, Werner, Wettbewerbspolitik im Oligopol: Erfahrungen der amerikanischen Antitrustpolitik, Tübingen 1968
- ZOHLNHÖFER, Werner, Wettbewerb, Marktmacht und Marktbeherrschung, in: Wirtschaftsdienst 54 (1974), S. 420 ff.
- ZOHLNHÖFER, Werner, Wettbewerb - Modell und Wirklichkeit, in: Wettbewerbsordnung und Wettbewerbsrealität: Festschrift für Arno Sölter zum 70. Geburtstag, hrsg. von Clemens-August Andreae und Werner Benisch, Köln u.a. 1982, S. 15 ff.

2. Amtliche Publikationen:

- Bericht des Bundesministers für Wirtschaft an den Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages über die Konzentration im Lebensmittelhandel, BMWI Dokumentation Nr. 271, Bonn 1986
- Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1968, in: BTDr V/4236
- Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1975, in: BTDr 7/5390
- Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1976, in: BTDr 8/704
- Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1977, in: BTDr 8/1925
- Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1978, in: BTDr 8/2980
- Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1981/82, in: BTDr 10/243
- Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1983/84, in: BTDr 10/3550
- Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1985/86, in: BTDr 11/554
- Bundeswirtschaftsministerium, Beispielkatalog von Tatbeständen, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen können, in: WRP 21 (1975), S. 24 ff.
- Monopolkommission, 5. Hauptgutachten 1982/83: Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung, Baden-Baden 1984
- Monopolkommission, 6. Hauptgutachten 1984/85: Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen, Baden-Baden 1986
- Monopolkommission, Sondergutachten 1, Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle, Baden-Baden 1975
- Monopolkommission, Sondergutachten 7, Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Baden-Baden 1977
- Monopolkommission, Sondergutachten 14, Die Konzentration im Lebensmittelhandel, Baden-Baden 1985
- OECD, Buying Power: The Exercise of Market Power by Dominant Buyers, Paris 1981
- Office of Fair Trading, Competition and Retailing: A Study to Up-Date Information in the 1981 Report of the Monopolies and Mergers Commission Discounts to Retailers, o.O. 1985

- Schweizerische Kartellkommission, Die Nachfragemacht und deren Missbrauch, in: Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission 11 (1976), S. 53 ff.
- Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 1987 für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart und Mainz 1987
- Statistisches Bundesamt, Volkswirtschaftliche Gesamtrechnungen, Fachserie 18, Reihe S. 7, Lange Reihen, 1950 bis 1984, Wiesbaden 1985
- Stellungnahme der Bundesregierung zum Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1975 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet (§ 50 GWB), in: BTDr 7/5390, S. I ff.
- Stellungnahme der Bundesregierung zum Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1976 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet (§ 50 GWB), in: BTDr 8/704, S. I ff.
- Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, Wettbewerbspolitik, Bonn 1986

3. Gesetzentwürfe und Begründungen:

- Antrag des Landes Rheinland-Pfalz: Entschließung des Bundesrates zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), in: BRDr 576/87
- Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/3690
- Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, in: BTDr 8/2145
- Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, in: BTDr 9/1707
- Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung wirtschafts- und verbraucherrechtlicher Vorschriften, in: BTDr 10/4741
- Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU: Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, in: BTDr 8/1670

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU: Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, in: BTDr 9/665

Gestzesantrag des Landes Baden-Württemberg: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BRDr 563/87

Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 1158 - 2. Wahlperiode -

Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr IV/2564

Regierungsbegründung zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr VI/2520

Regierungsbegründung zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/2136

Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 8/2136, S. 35 f.

Stellungnahme des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 25. Mai 1973 zu dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 7/765, S. 14 ff.

Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von den Fraktionen der SPD, FDP eingebrachten Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BTDr 7/765

4. Presseinformationen, Zeitungsartikel, Aufsätze ohne namentlich genannten Autor und sonstige Publikationen:

Bundesarbeitsgemeinschaft der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels e.V. (BAG), Vademecum des Einzelhandels 1986, Köln 1986

Bundeskartellamt, Presseinformationen Nr. 8/86

Coop AG, Geschäftsbericht 1986, Frankfurt am Main 1987

Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Eingabe betr. den Entwurf eines 4. Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: GRUR 82 (1980), S. 163 ff.

- Diskussionskreis "Mittelstand" der CDU/CSU-Bundestagsfraktion und Mittelstandsvereinigung der CDU/CSU, Entwurf eines Neuen Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, abgedruckt in: WRP 23 (1977), S. 686 f.
- MATSCHUCK, Hans-Joachim, Jährlich 2,3 Mrd. DM Umsatz erworben: Kartellamts-Statistik über Zusammenschlüsse im Lebensmittelhandel seit 1980, in: LZ v. 25.09.1987, S. 139 ff.
- o.V., Auswirkungen von Warenwirtschaftssystemen, in: FfH-Mitteilungen Nr. 1 (1987), S. 1 ff.
- o.V., Bestes Ergebnis seit Beginn der 80er Jahre erzielt, in: Handelsblatt v. 20.5.1987
- o.V., Bundeskartellamt schraubt Aufsicht über Handelskonzentrationen zurück, in: WuW 37 (1987), S. 364
- o.V., Einführung neuer Vermutungskriterien für die Marktbeherrschung im Handel, in: Handelsblatt v. 4.11.1987
- o.V., Einzelhandel rechnet 1987 mit über 3 Prozent Umsatzwachstum, in: Handelsblatt v. 11.6.1987
- o.V., Grundsätze von Verbänden der Industrie und des Handels für die Errichtung und Arbeitsweise einer Schlichtungsstelle zur Sicherung des Leistungswettbewerbs, in: WuW 36 (1986), S. 216
- o.V., Jaumann: Es geht nicht um einen Schutzzaun für den Mittelstand, in: Handelsblatt v. 14./15.8.1987
- o.V., "Kein Anlaß für eine Novelle", in: Handelsblatt v. 22.9.1987
- o.V., Landgerichte sprechen Metro Großhandelseigenschaft ab, in: WuW 36 (1986), S. 268
- o.V., Die Mietkosten der Einzelhandelsfachgeschäfte in den Jahren 1981 bis 1985, in: Mitteilungen des Instituts für Handelsforschung an der Universität zu Köln 39 (1987), S. 109 ff.
- o.V., Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Vorschläge des Markenverbandes, in: MA 49 (1987), S. 199
- o.V., Novellierung des Kartellrechts notwendig, in: Deutsches Handwerksblatt H. 11 (1987), S. 5
- o.V., Der Novellierungszweck darf nicht der Schutz vor dem Wettbewerb sein, in: Handelsblatt v. 24./25.7.1987

- o.V., Die Preis- und Konditionendiskriminierung effektiver bekämpfen, in: Handelsblatt v. 5.8.1987
- o.V., Rechnung ohne Verbraucher: Eine empirische Untersuchung zur Marktabgrenzungspraxis des Kartellamts, in: LZ v. 22.8.1986, S. F6
- o.V., Richter gaben weitgehend dem Einzelhandel Recht, in: Handelsblatt v. 9.2.1987
- o.V., Schlichtungsstelle zur Sicherung des Leistungswettbewerbs eingerichtet, in: WuW 36 (1986), S. 92
- o.V., "Selbst im Lebensmittelhandel keine dramatische Lage", in: Handelsblatt v. 16.11.1987
- o.V., Sicherung des Leistungswettbewerbs: Gemeinsame Erklärung von Organisationen der gewerblichen Wirtschaft, in: WuW 26 (1976), S. 17 f.
- o.V., Sicherung des Leistungswettbewerbs: Fortschreibung der Gemeinsamen Erklärung von Organisationen der gewerblichen Wirtschaft, in: WuW 34 (1984), S. 712 ff.
- o.V., Stopp für Endverbraucher, in: Handelsblatt v. 12.1.1988
- o.V., Trend zu mehr Nonfood, in: Handelsblatt v. 21.12.1987
- o.V., Trotz der Konzentration im Handel kein Bedarf für eine erneute Kartellnovelle, in: Handelsblatt v. 3./4.7.1987
- o.V., Verschiebungen im Lebensmitteleinzelhandel, in: Handelsblatt v. 7.10.1987
- o.V., Verzicht auf systematischen Verkauf unter Einstandspreis, in: WuW 33 (1983), S. 843
- Stamnitz, Marlene, Ein Paragraph regiert den Handel, in: Handelsblatt v. 10.11.1986

5. Verzeichnis der zitierten Fälle:

- Abschleppdienste, in: WuW/E OLG 2495 ff.
- Abwehrblatt II, in: WuW/E BGH 2195 ff.
- ADAC-Rechtsschutzversicherung, in: WuW/E BGH 1992 f.
- adidas, in: WuW/E BGH 1885 ff.
- AGIP II, in: WuW/E OLG 1499 ff.
- Allgemeine Ortskrankenkasse, in: WuW/E OLG 307 ff.

- Allkauf-Saba, in: WuW/E OLG 2217 ff. und BGH 1814 ff.
- Aluminium-Halbzeug, in: WuW/E BGH 1337 ff.
- Anzag-Holdermann, in: WuW/E BKartA 1747 ff.
- Asbach-Fachgroßhändlervertrag, in: WuW/E BGH 1429 ff.
- Auskunftspflicht von Mitgliedern eines Oligopols - keine Berufung auf Geheimnisschutz, in: WuW/E OLG 3721 ff.
- Ausstrahlung von Kinofilmen durch Fernsehen, in: WuW/E EWG/MUV 686 f.
- Beschluß des BVerfG vom 1. April 1987, in: WuW/E VG 320
- Blaupunkt, in: WuW/E OLG 4047 ff.
- Blei- und Silberhütte Braubach, in: WuW/E OLG 2234 ff.
- BMW-Importe, in: WuW/E BGH 1643 ff.
- Braun-Tengelmann, in: WuW/E BGH 2039 ff.
- Coop Bremen, in: WuW/E BKartA 2029 ff.
- Coop Schleswig-Holstein - Deutscher Supermarkt, in: WuW/E BKartA 2114 ff., OLG 3591 ff. und BGH 2389 ff.
- Coop-Supermagazin, in: WuW/E BKartA 1970 ff., OLG 2970 ff. und BGH 2077 ff.
- Coop-Wandmaker, in: WuW/E BKartA 2161 ff. und OLG 3917 ff.
- Dental-Versand, in: WuW/E OLG 3899 ff.
- Düsseldorfer Volksbühne, in: WuW/E OLG 2071 ff.
- Eintrittsgeld, in: WuW/E BGH 1466 ff.
- Eintrittsgelder, in: WuW/E OLG 1589 ff.
- Errichtung von Fernmeldeturmen, in: WuW/E OLG 2274 ff.
- EUROFIMA, in: Europäische Kommission, Dritter Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel und Luxemburg 1974, S. 62 f.
- Faßbierpflegekette, in: WuW/E BGH 1530 ff.
- Feltbase, in: WuW/E OLG 1738 ff.
- Fensterglas VI, in: WuW/E BGH 907 ff.
- Fertigfutter, in: WuW/E BKartA 1817 ff. und OLG 2403 ff.

- Garant, in: WuW/E BGH 1787 ff.
- GEMA, in: WuW/E EV 331 ff.
- Giuseppe Sacchi, in: WuW/E EWG/MUV 337 f.
- Globus, in: WuW/E OLG 1837 ff.
- Globus-Handelshof, in: WuW/E BGH 1939 ff.
- Gummistrümpfe, in: WuW/E BGH 442 ff.
- Handpreisauszeichner, in: WuW/E OLG 995 ff.
- Heilquelle, in: WuW/E BGH 1385 ff.
- HFGE, in: WuW/E BKartA 1870 ff., 1963 ff. und OLG 2745 ff.
- Hussel-Mara, in: WuW/E BKartA 1897 ff., OLG 3577 ff. und BGH 2337 ff.
- Jubiläumszeitung, in: WuW/E OLG 1795 ff.
- Kathreiner, in: WuW/E OLG 3949 ff.
- Kaufmarkt, in: WuW/E LKartB 223 ff., OLG 2942 ff. und BGH 2073 ff.
- Kfz-Kupplungen, in: WuW/E BGH 1501 ff.
- Kleenex, in: GRUR 67 (1965), S. 489 ff.
- Klöckner-Becorit, in: WuW/E BGH 1749 ff.
- Krankenhaus-Zusatzversicherung, in: WuW/E BGH 1361 ff.
- Krankentransporte, in: WuW/E BGH 2399 ff.
- Laboruntersuchungen, in: WuW/E OLG 1687 ff.
- Märklin, in: WuW/E OLG 3501 ff.
- Markenbenzin, in: GRUR 68 (1966), S. 45 ff.
- Markenverband, in: WuW/E BKartA 1633 ff.
- Markenverband-Deschauer, in: WuW/E BGH 1943 ff.
- Metro, in: WuW/E BKartA 1583 ff.
- Metro-Eintrittsvergütung, in: WuW/E BKartA 2092 ff.
- Metro-Irisette, in: WuW/E OLG 2997 ff.

- Metro-Kaufhof, in: WuW/E BKartA 2060 ff., OLG 3367 ff. und BGH 2231 ff.
- Milchaustauschfuttermittel, in: WuW/E OLG 3124 ff.
- Modellbauartikel II, in: WuW/E BGH 1629 ff.
- Modellbauartikel III, in: WuW/E BGH 1995 ff.
- Molkereigenossenschaft, in: WuW/E BGH 407 ff.
- Neue Osnabrücker Zeitung, in: WuW/E BGH 1783 ff.
- Nordmende, in: WuW/E BGH 1567 ff.
- Plaza-SB-Warenhaus, in: WuW/E BGH 1635 ff.
- Polyester-Grundstoffe, in: WuW/E BGH 1345 ff.
- Rauchtabak, in: WuW/E BGH 1923 ff.
- Rama-Mädchen, in: WuW/E OLG 1983 ff.
- Regalkosten, in: WuW/E OLG 1373 ff.
- Registrierkassen, in: WuW/E BGH 1238 ff.
- Remissionsquote, in: WuW/E OLG 4038 ff.
- Revell Plastics, in: WuW/E BGH 1620 ff.
- Rewe, in: WuW/E OLG 2961 ff.
- Rewe-Florimex, in: WuW/E BKartA 1876 ff. und OLG 2862 ff.
- Rinderbesamung I, in: WuW/E BGH 647 ff.
- Rinderbesamung II, in: WuW/E BGH 863 ff.
- robbe Modellsport, in: WuW/E BGH 1671 ff.
- Rossignol, in: WuW/E BGH 1391 ff.
- SABA, in: WuW/E OLG 1548 ff.
- SABA-EG-Vertriebssystem II, in: WuW/E EV 1016 ff.
- Saba-Primus, in: WuW/E OLG 3784 ff.
- SABAM II, in: WuW/E EWG/MUV 311 ff.
- SACEM, in: WuW/E EWG/MUV 481 ff.
- SB-Verbrauchermarkt, in: WuW/E BGH 1793 ff.

- Schaufensteraktion, in: WuW/E BGH 1485 ff.
- Sehhilfen, in: WuW/E BGH 1423 ff.
- Selex-Tania, in: WuW/E BKartA 2191 ff. und OLG 3737 ff.
- Sportartikelmesse II, in: WuW/E BGH 1027 ff.
- Stuttgarter Wochenblatt I, in: GRUR 71 (1969), S. 287 f.
- Stuttgarter Wochenblatt II, in: GRUR 73 (1971), S. 477 ff.
- SUWA, in: GRUR 59 (1957), S. 365 ff.
- Tauchkühler, in: GRUR 72 (1970), S. 422 ff.
- Technics, in: WuW/E BGH 2125 ff.
- Texaco-Zerissen, in: WuW/E BGH 2025 ff.
- Theaterplätze, in: WuW/E LG/AG 277 ff.
- Treuhandbüro, in: WuW/E BGH 502 ff.
- Uhrenoptiker, in: WuW/E BGH 675 ff.
- Valium, in: WuW/E OLG 2053 ff. und BGH 1445 ff.
- Verbandszeitschrift, in: WuW/E BGH 1205 ff.
- Vergütungen der Krankenhäuser für ambulante ärztliche Sachleistungen, in: WuW/E OLG 1976 ff.
- Verkauf unter Einstandspreis, in: WuW/E BGH 1579 ff.
- Vermittlungsprovision für Flugpassagen, in: WuW/E BGH 1200 ff.
- 4 zum Preis von 3, in: WuW/E BGH 1519 f.
- Vitamin-B-12, in: WuW/E BGH 1435 ff.
- Volksbühne II, in: WuW/E BGH 1142 ff.
- WAZ-Anzeiger, in: GRUR 79 (1977), S. 668 ff.
- Werkmilchabzug, in: WuW/E BGH 613 ff.
- Wertkauf, in: WuW/E OLG 2738 ff.
- Zum bösen Wolf, in: WuW/E BKartA 2022 ff. und OLG 3213 ff.

HOHENHEIMER VOLKSWIRTSCHAFTLICHE SCHRIFTEN

- Band 1 Walter Deffaa: Anonymisierte Befragungen mit zufallsverschlüsselten Antworten. Die Randomized-Response-Technik (RRT). Methodische Grundlagen, Modelle und Anwendungen. 1982.
- Band 2 Thomas Michael Baum: Staatsverschuldung und Stabilisierungspolitik in der Demokratie. Zur neoinstitutionalistischen Kritik der keynesianischen Fiskalpolitik. 1982.
- Band 3 Klaus Schröter: Die wettbewerbspolitische Behandlung der leitungsgebundenen Energiewirtschaft. Dargestellt am Beispiel der Fernwärmewirtschaft der Bundesrepublik Deutschland. 1986.
- Band 4 Hugo Mann: Theorie und Politik der Steuerreform in der Demokratie. 1987.
- Band 5 Max Christoph Wewel: Intervallarimetische Dependenzanalyse in der Ökonometrie. Ein konjekturaler Ansatz. 1987.
- Band 6 Heinrich Pascher: Die U.S.-amerikanische Deregulation Policy im Luftverkehrs- und Bankenbereich. 1987.
- Band 7 Harald Lob: Die Entwicklung der französischen Wettbewerbspolitik bis zur Verordnung Nr. 86-1243 vom 01. Dezember 1986. Eine exemplarische Untersuchung der Erfassung der Behinderungsstrategie auf der Grundlage des Konzepts eines wirksamen Wettbewerbs. 1988.
- Band 8 Ulrich Kirschner: Die Erfassung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen. Eine Analyse der ökonomischen Beurteilungskriterien und der wettbewerbsrechtlichen Instrumente im Bereich der Verhaltenskontrolle. 1988.
- Band 9 Friedhelm Herb: Marktwirtschaftliche Innovationspolitik. 1988.

