

## **Stellungnahme zur kartellrechtlichen Bewertung von Einkaufskooperationen durch die Horizontalleitlinien der Kommission**

Public consultation

*Die EU-Kommission gibt Behörden, Organisationen, Unternehmen und deren Repräsentanten, aber auch Bürgern die Gelegenheit eine Stellungnahme zum Entwurf der Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit abzugeben<sup>2</sup>. Die Verfasser forschen auf dem Gebiet der Nachfragemacht. Prof. Dr. Elmar Mand arbeitet an einer umfassenden rechtsvergleichenden Monographie zur kartellrechtlichen Behandlung von Nachfragemacht in den USA, der Europäischen Union und in Deutschland. Martin Malkus promoviert bei ihm über die kartellrechtliche Behandlung von Einkaufskooperationen. Die folgende Stellungnahme bezieht sich vor diesem Hintergrund ausschließlich auf den Teil der Horizontalleitlinien der die Forschungsschwerpunkte betrifft: Nachfragemacht und Einkaufskooperationen. Sie musste zudem innerhalb kürzester Zeit verfasst werden, so dass viele Punkte nur angedeutet und nicht exakt ausgearbeitet werden konnten.*

I)	Horizontalleitlinien und <i>more economic approach</i> .....	2
II)	Leitlinien versus GVO-Einkaufskooperationen .....	4
1)	Defizit der Leitlinien .....	4
2)	Verbesserungsvorschlag .....	5
a)	Vorteile von GVOen .....	5
b)	Geeignetheit einer GVO.....	5
c)	GVO als Ankerpunkt des <i>more economic approach</i> .....	6
III)	Zur ökonomischen Einordnung der Nachfragemacht .....	6
1)	Definition von Nachfragemacht .....	8
2)	Auswirkungen von Nachfragemacht .....	9
3)	Die Marktanteilsschwelle .....	11
IV)	Rechtliche Abgrenzungsfragen .....	12
1)	Wettbewerbsbeschränkung durch Einkaufskooperationen.....	12

---

<sup>1</sup> Prof. Dr. Elmar Mand, LL.M. (Yale) ist Leiter der Nachwuchsforschergruppe für Zivil- und Gesundheitsrecht an der Philipps-Universität Marburg, Martin Malkus ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Handels- und Gesellschaftsrecht bei Prof. Dr. Klöhn, LL.M. (Harvard) an der Philipps-Universität Marburg.

<sup>2</sup> Nachfolgend „Horizontalleitlinien“ bzw. „HLL“; „HLL-E“ bezeichnet den aktuellen Entwurf der Horizontalleitlinien.

2)	Abgrenzung von Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV .....	13
3)	Ungeklärtes Verhältnis zur Fusionskontrolle .....	13
4)	Unstimmigkeiten zur Vertikal-VO .....	14
V)	Zusammenfassung / Thesen .....	14

## I) Horizontalleitlinien und *more economic approach*

Die EU-Kommission hat mit den Horizontalleitlinien versucht, einen rechtlichen Rahmen für horizontale Zusammenarbeit zu schaffen, der ökonomischen Erkenntnissen stärkeres Gewicht beimisst (*more economic approach*). Die daraus resultierenden Abweichungen von bisherigen Grundvorstellungen der Wettbewerbspolitik und des Wettbewerbsrechts sind insbesondere im deutschsprachigen Raum verbreitet auf Kritik gestoßen<sup>3</sup>. Ausgehend von einem ergebnisoffenen Wettbewerbsverständnis, das die Wettbewerbsfreiheit der Marktakteure in den Mittelpunkt stellt, wird die auf bestimmte Wohlfahrtswirkungen (Konsumentenwohlfahrt) abstellende Analyse von Wettbewerbsbeschränkungen zum einen prinzipiell abgelehnt. Zum anderen wird in der Praxis vor allem auf die schwierige Operationalisierbarkeit und die drohenden Rechtsunsicherheiten eines solchen konsequentialistischen Ansatzes hingewiesen. Der EuGH hat diese Bedenken zuletzt teilweise aufgegriffen. Mehrfach hat er sich unter Hinweis darauf, dass die Wettbewerbsbestimmungen im AEUV den Wettbewerbsprozess als solchen schützen, für eine regelgeleitete Auslegung von Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgesprochen<sup>4</sup>.

Die fundamentale Kritik gegen den *more economic approach* greift unseres Erachtens nicht durch. Es ist ein Verdienst des *more economic approach*, die maßgebenden Wertungen explizit zu machen, das europäische Wettbewerbsrecht auf eine fundierte, weltweit verstandene ökonomische Grundlage zu stellen und eine tiefgehende und qualifizierte internationale Diskussion zu ermöglichen. Ernst zu nehmen sind allerdings die Bedenken mit Blick auf Rechtssicherheit und Operationalisierbarkeit. Anzuerkennen sind insbesondere die inhärenten Grenzen, mit denen ökonomische Modelle Wohlfahrtswirkungen beschreiben und vorhersagen können. Auch die Bindung an das geschriebene Recht und deren Wertungen sind bei jeder ökonomischen Analyse als feststehende Daten zu respektieren. In diesem Sinne lassen sich auch die jüngsten Aussagen des EuGH verstehen: Der EuGH hat es keineswegs abgelehnt, ökonomische Wertungen stärker zu berücksichtigen und Verstöße gegen

<sup>3</sup> Christiansen, WuW 2005, 285; Mestmäcker, WuW 2008, 6. 16; Behrens, FS H-B. Schäfer, S. 457.

<sup>4</sup> EuGH, Urt. v. 4.6.2009, *T-Mobile Netherlands BV u.a.*, Rs. C-8/08, Rz. 38; EuGH, Urt. v. 6.10.2009, *GlaxoSmithKline Services / Kommission*, Rs. C-501/06, Rz. 63.

Art. 101 AEUV anhand der ökonomischen Folgen einer Verhaltensweise festzustellen. Im Gegenteil: Der Gerichtshof hat wiederholt gefordert, die Analyse von Verhaltensweisen in den wirtschaftlichen Kontext einzubetten. Zudem hat der EuGH die Wohlfahrt der Konsumenten faktisch als ein, wenn auch nicht als das alleinige Ziel der Art. 101, 102 AEUV anerkannt<sup>5</sup>. Allerdings sind nach der neueren Rechtsprechung Effizienzerwägungen im Kern nicht bei der Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV, sondern im Rahmen von Abs. 3 zu berücksichtigen. Dies ermöglicht es, an einem regelgeleiteten Verständnis von Abs. 1 festzuhalten und die so bedeutsame Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich etwaiger Effizienzwirkungen (z.B. mittels Plausibilitätsvermutungen, Substantiierungslasten etc.) feiner auszutarieren.

Die Leitlinien sollten unseres Erachtens unmittelbar an diese Rechtsprechung anknüpfen, d.h. klar zwischen Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV trennen, die jeweils relevanten ökonomischen Wertungen offen legen und die aus diesen ökonomischen Wertungen letztlich abgeleiteten Regeln und Schwellenwerte nachvollziehbar erläutern. Nur so können die Leitlinien im System der Legalausnahme, nach dem die Unternehmen zur „Selbstbewertung“ der Freistellungsvoraussetzungen gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV verpflichtet sind, ihre wichtige Orientierungsfunktion voll erfüllen.

Obwohl der neue Entwurf der Horizontalleitlinien in vielen Punkten Schritte in die richtige Richtung macht, bleiben speziell im Bereich der Nachfragemacht einige Kritikpunkte bestehen:

- Bereits im Grundsätzlichen ist zu hinterfragen, ob nicht eine Gruppenfreistellungsverordnung das bessere Instrument wäre, um auf die gerade im Bereich der Einkaufskooperationen bestehenden massiven Rechtsunsicherheiten zu antworten (II.).
- Noch immer beruhen die Leitlinien auf einer nebulösen Darstellung und fehlenden Differenzierung der zugrunde liegenden ökonomischen Konzepte (III.).
- In rechtlicher Hinsicht verhindert insbesondere der fließende Übergang und der zum Teil sogar gänzlich fehlende Versuch, zwischen Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV zu unterscheiden, die praktische Handhabbarkeit der Leitlinien und belastet die Unternehmen mit erheblichen Risiken (IV.).

---

<sup>5</sup> EuGH, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Rz. 86; Urt. 16.9.2008, verb. Rechtss. C-468/06 bis C-478/06, Sot. Lélou, Rn. 52 ff. Modifikationen des Konsumentenwohlstands-Standards sind insbesondere im Bereich der Nachfragemacht möglich und geboten: So erkennt das geltende europäische Wettbewerbsrecht unseres Erachtens ein „property right“ der Anbieter gegen rein marktbedingte Wohlfahrtstransfers auf die Seite von Zwischennachfragern an.

## II) Leitlinien versus GVO-Einkaufskooperationen

### 1) Defizit der Leitlinien

Nach wie vor finden sich spezifizierende kartellrechtliche Aussagen zu Einkaufskooperationen ausschließlich in Leitlinien. Leitlinien haben den Vorteil der Flexibilität. Sie können durch die Kommission unproblematischer verändert und so den künftigen Gegebenheiten angepasst werden<sup>6</sup>. Diesen Vorzügen stehen aber gravierende Nachteile gegenüber. Leitlinien formulieren lediglich Auslegungsdirektiven. Sie sind ihrer Rechtsnatur nach Akte *sui generis*, die zwar die Kommission selbst zu binden vermögen, nicht aber die europäischen Gerichte. Auch gegenüber nationalen Gerichten und Kartellbehörden besteht allenfalls eine faktische, nicht aber eine rechtliche Bindungswirkung. Folge der fehlenden Bindungswirkung ist **Rechtsunsicherheit**<sup>7</sup>:

- Zum einen besteht die Gefahr, dass die europäischen Gerichte andere Maßstäbe anlegen oder die Auswirkungen und betroffenen Interessen anders gewichten als die Kommission in den Horizontalleitlinien. EuGH oder EuG können eine Einkaufskooperation z.B. für kartellrechtswidrig erklären, auch wenn die kooperierenden Unternehmen die Vorgaben der Horizontalleitlinien beachtet haben.
- Zum anderen entsteht Rechtsunsicherheit durch mangelnden Entscheidungseinklang innerhalb der EU: Die fehlende Bindungswirkung gegenüber den nationalen Gerichten und Behörden ermöglicht unterschiedliche Interpretationen in den einzelnen Mitgliedstaaten. Europaweit agierende Unternehmen setzen sich so erhöhter Gefahr aus und haben einen höheren Prüfungsaufwand, der bei einem einheitlichen europäischen Kartellrecht nicht wünschenswert ist.

Diese Unsicherheiten sind für Einkaufskooperationen nicht tolerabel. Einkaufskooperationen finden sich in allen Lebensbereichen: in der weiterverarbeitenden Industrie (z.B. Automobilindustrie), im Dienstleistungssektor (z.B. Gesundheitswesen, Mobilfunk) und vor allem im (Einzel-)Handel (z.B. Elektronikhändler)<sup>8</sup>. Es handelt sich also um ein branchenübergreifendes Phänomen. Die wirtschaftliche Bedeutung und - wie öffentliche Proteste gegen zu niedrige Einkaufspreise landwirtschaftlicher Produkte zeigen – auch die politische Brisanz sind erheblich. Die rechtliche Tragweite der Thematik zeigt sich in den

---

<sup>6</sup> Vgl. Rz. 18 HLL-E.

<sup>7</sup> Geiger, EuZW 2000, 325, 328.

<sup>8</sup> Mischitz, S. 18.

Tätigkeitsberichten nationaler und europäischer Wettbewerbsbehörden<sup>9</sup>: im Jahr 2001/2002 meldeten sich z.B. allein 139 Einkaufskooperationen bei den deutschen Wettbewerbsbehörden an<sup>10</sup>.

## 2) Verbesserungsvorschlag

Um die Rechtsunsicherheit über die kartellrechtliche Behandlung von Einkaufskooperationen zu beseitigen, sollte eine *Gruppenfreistellungsverordnung zum gemeinsamen Einkauf* geschaffen werden, welche die GVOen für FuE- und Spezialisierungsvereinbarungen<sup>11</sup> ergänzt. Der Vorschlag ist nicht neu, er wurde schon vom Europäischen Parlament erhoben<sup>12</sup>. Ihn an dieser Stelle aufzugreifen und zu betonen erscheint sinnvoll.

### a) Vorteile von GVOen

GVOs sind gem. Art. 288 Abs. 2 AEUV (ex-Art. 249 II EGV) verbindlich gegenüber den europäischen Gerichten und Mitgliedsstaaten. Sie schaffen konkrete und ausdifferenzierte Regeln, die nicht mit dem Stigma einer Verwerfungskompetenz einzelstaatlicher Gerichte belastet sind. Damit tragen sie gleichzeitig zu mehr Rechtssicherheit und einheitlicher Rechtsanwendung in der ganzen EU bei - ein Ziel, das durch Leitlinien nicht erreicht wird, zumal die vorgesehenen Konsultationsmöglichkeiten mit der EU-Kommission auf behördlicher und vor allem gerichtlicher Ebene bisher nur eine enttäuschende Resonanz gefunden haben.

### b) Geeignetheit einer GVO

Gegen eine Lösung über die GVO spricht schließlich nicht, dass die Kompetenzgrundlagen dieses Regelungsinstrument lediglich zur Konkretisierung von Art. 101 Abs. 3 AEUV

<sup>9</sup> Vgl. Tätigkeitsberichte des BKartA 2007/2008 und 2005/2006.

<sup>10</sup> Vgl. Tätigkeitsberichte des BKartA 2001/2002, S. 47; Neuere verlässliche Daten fehlen aufgrund des kartellrechtlichen Systemwandels hin zur Legalausnahme.

<sup>11</sup> VO Nr. [...] der Kommission über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (ABl. L [...]); VO Nr. [...] der Kommission über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen (ABl. L [...]).

<sup>12</sup> *Europäisches Parlament*, Sitzungsdokument A5-0217/2000, Bericht über die Mitteilung der Kommission über die Wettbewerbsregeln für Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit C5-0305/2000-2000/2154 v. 29.8.2000, Rz. 3 und 5, abrufbar unter: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2000-0217+0+DOC+WORD+V0//DE&language=DE>; vgl. auch Geiger, EuZW 2000, 325, 328.

vorsehen und die trennscharfe Abgrenzung zwischen Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV Schwierigkeiten bereitet. Denn es ist statthaft, den Anwendungsbereich der GVO auch auf bestimmte Vereinbarungen zu erstrecken, die regelmäßig schon nicht wettbewerbsbeschränkend im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV sind, bei denen dies aber im Einzelfall unklar sein könnte<sup>13</sup>. Dafür sprechen Gründe der Praktikabilität und der Rechtssicherheit. Der EuGH hat bereits 1966 festgestellt, dass es unschädlich ist, wenn GVOen auch Art. 85 Abs. 1 aF (heute Art. 101 Abs. 1 AEUV) umfassen<sup>14</sup>. Die Aufnahme in eine GVO indiziere insbesondere nicht die Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens.

### c) GVO als Ankerpunkt des *more economic approach*

Neben der Gewährleistung von Rechtssicherheit durch Bindungswirkung kommt der GVO im Vergleich zur Leitlinie ein weiterer Vorteil zu. Die positive wettbewerbsrechtliche Grundentscheidung der Kommission, vermehrt Effizienzgesichtspunkte zu berücksichtigen (*more economic approach*) muss sich auf ein tragfähiges legislatorisches Fundament stützen können<sup>15</sup>. Eine GVO- Einkaufskooperationen kann dieses in Art. 101 Abs. 1 und vor allem abs. 3 AEUV angelegte Fundament verstärken.

### III) Zur ökonomischen Einordnung der Nachfragemacht

Inhaltliche knüpft der vorgelegte Leitlinienentwurf in vielen Punkten an die durch DOJ/FTC gemeinsam publizierten „Antitrust Guidelines for Cooperations among Competitors, 2000“<sup>16</sup> an. Bezüglich Nachfragemacht und Einkaufskooperationen findet sich allerdings ein wesentlicher Unterschied: Anders als das US-amerikanische Pedant, das ökonomisch auf dem Monopson-Modell beruht, lässt der vorliegende Leitlinienentwurf der EU-Kommission nicht eindeutig erkennen, welche ökonomischen Analysemethoden zugrunde gelegt werden.

<sup>13</sup> Fuchs, ZWeR 2005, 1, 25; Frenz, Handbuch Europarecht 2: Europäisches Kartellrecht, 2006.

<sup>14</sup> EuGH, Urt. v. 13.7.1966, Rs. 32/65, *Italien/Rat und Kommission*, Slg. 1966, 457, 483: „[zwar wäre] eine Verordnung des Rates gegenstandslos, wenn die Vereinbarungen, die zu den von ihr beschriebenen Gruppen gehören, jene Voraussetzung von vornherein nicht erfüllen könnten. Die Beschreibung einer Gruppe stellt jedoch nur einen Rahmen dar und besagt nicht, dass Vereinbarungen, die hierunter fallen oder die zwar zu der freigestellten Gruppe gehören, aber nicht sämtliche Merkmale jener Beschreibung aufweisen, notwendigerweise vom Verbot erfasst würden. Nach alledem enthält eine Gruppenfreistellung auch nicht mittelbar ein Urteil darüber, ob eine bestimmte einzelne Vereinbarung unter das Verbot fällt oder nicht.“

<sup>15</sup> Vgl. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, S. 414 ff.

<sup>16</sup> <http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>.

Eine reservierte Haltung gegenüber dem Monopson-Modell erscheint in der Tat angebracht: Spiegelbildlich zum Monopol-Modell geht es davon aus, dass ein marktmächtiger Nachfrager durch Herabsetzung der nachgefragten Menge Preissenkungen erreicht<sup>17</sup>. Dies bewirkt Ineffizienzen in Form eines Nettowohlfahrtsverlustes (*deadweight loss*) und führt in aller Regel auch zu Beeinträchtigungen der Konsumentenwohlfaht<sup>18</sup>. Diese klaren analytischen Vorhersagen gelten jedoch nur unter sehr strengen Voraussetzungen: die Angebotskurve muss einen steigenden Verlauf aufweisen (was für Dienstleistungs- und Agrarmärkte, vielfach jedoch nicht für Industriegütermärkte zutrifft), die Marktzugangsschranken des Einkaufsmarktes müssen hoch sein und der Nachfrager muss einen gewichtigen Anteil des Beschaffungsmarktes auf sich vereinigen (mind. 40 – 50 %)<sup>19</sup>. Weil bei Einkaufskooperationen die Verknappung des Einkaufs den Individualinteressen der Kooperationspartner zuwider läuft und auf der Anbieterseite ebenfalls starke Marktakteure tätig sind, die ein individuelles Abweichen von den Absprachen lukrativ erscheinen lassen, dürfte bei Einkaufskooperationen der kritische Marktanteil sogar noch höher liegen als bei einem einzigen Unternehmen. Die Voraussetzungen für eine erfolgreiche monopsonistische Einkaufsstrategie werden daher in der Praxis kaum jemals vorliegen. Hinzu kommt, dass nach allen Erfahrungen Einkaufskooperationen bessere Konditionen erzielen, wenn und weil sie ihr Einkaufsvolumen steigern (Mengenrabatte etc.). Dies lässt sich mit dem Monopson-Modell nicht erklären.

So sehr die reservierte Haltung der Kommission gegenüber dem Monopson-Modell zu begrüßen ist, so wenig überzeugt, dass die Leitlinien statt dessen keine klaren anderen Analyse Kriterien für die Bewertung der Wirkungen von Nachfragemacht auf den Einkaufsmärkten benennen: Die verwendeten Begrifflichkeiten sind vage, die ökonomischen Kriterien, anhand derer wettbewerbsschädigende und -fördernde Wirkungen von Einkaufskooperationen abzugrenzen sind, bleiben – abgesehen von bestimmten Schwellenwerten und verschiedenen Aussagen zu den nachgelagerten Verkaufsmärkten – unklar. Diese Unschärfen und die fehlende Anbindung an die existierende Rechtsprechung der europäischen und nationalen Gerichte begründen die Gefahr höchst unterschiedlicher und ökonomisch unstimmgiger Interpretationen der Leitlinien.

---

<sup>17</sup> OECD, Nachfragemacht – Die Ausübung von Marktmacht durch marktstarke Nachfrager, 1983, S. 23; Dobson/Watson/Chu, OFT Report – The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power, S. 11 ff.

<sup>18</sup> Vgl. Blair/Harrison, 86 Northwestern U. L. R. (1992) 331.

<sup>19</sup> Jacobson/Dorman, Antitrust Bull. (1991), 1, 10.

## 1) Definition von Nachfragemacht

Die Leitlinien verwenden den Begriff der Nachfragemacht in den Rz. 189 – 215 HLL-E acht Mal. Es bleibt aber Dunkel, was exakt darunter zu verstehen ist. Exemplarisch sei auf folgende Randziffern hingewiesen:

a) So heißt es in Rz. 189: „Ziel gemeinsamer Einkaufsregelungen ist in der Regel, Nachfragemacht zu schaffen, die zu niedrigeren Preisen für die Verbraucher führen kann. Nachfragemacht kann jedoch unter bestimmten Umständen auch Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben.“ Hiermit wird deutlich, dass die Kommission Nachfragemacht offenbar allein als einen analytischen Begriff ansieht, der auf verbleibende „Handlungsspielräume“ der Nachfrager gegenüber den Anbietern abstellt, ohne diese Spielräume wettbewerbsrechtlich als positiv oder negativ zu bewerten. Wie diese Handlungsspielräume entstehen und wann sie den Wettbewerb schädigen, erschließt sich dem Leser freilich nicht.

b) In Bezug auf die Abgrenzung der Einkaufsmärkte stellt die Kommission in Rz. 193 auf die „Substituierbarkeit zur Ermittlung des Wettbewerbsdrucks“ ab: „Der einzige Unterschied zur Definition der „Verkaufsmärkte“ besteht darin, dass die Substituierbarkeit aus der Sicht des Angebots und nicht der Sicht der Nachfrage zu definieren ist. Mit anderen Worten: Bei der Ermittlung des Wettbewerbsdrucks auf die Einkäufer sind die Alternativen der Anbieter ausschlaggebend.“ Diese Aussagen könnten zu Missverständnissen Anlass geben: Insbesondere darf aus der Marktabgrenzung nicht auf eine spiegelbildliche Behandlung von Angebots- und Nachfragemacht geschlossen werden (s.o.).

Nicht klar ist ferner, wie fehlende Ausweichmöglichkeiten der Anbieter (und daraus resultierende Nachfragemacht) zu bewerten ist. Zu beachten ist nämlich, dass die Ausweichmöglichkeiten der Anbieter immer relativ zum bestehenden Preisniveau zu betrachten sind. Gerade in sogenannten „Käufermärkten“, die durch Überkapazitäten geprägt sind, fehlen auf dem zunächst überhöhten Preis taugliche Ausweichmöglichkeiten der Anbieter. Diese Situation normalisiert sich, wenn sich die Angebotsmenge durch Preisrückgänge an die tatsächliche Nachfragemenge anpasst. Entsprechendes gilt, wenn sich Anbieter - z.B. durch oligopolistisch koordiniertes Verhalten – zusätzliche Preisspielräume verschaffen und diese Spielräume ausgenutzt haben. Auch hier kann aus den fehlenden Ausweichmöglichkeiten der Hersteller keinesfalls auf eine womöglich wettbewerbsrechtlich

bedenkliche Nachfragemacht geschlossen werden. Vielmehr verschwinden die Nachfrager-Spielräume, wenn sich der Marktpreis dem Wettbewerbsniveau annähert.

c) In Rz. 197 heißt es: „Verfügen die Parteien über einen erheblichen Grad an Marktmacht auf dem Einkaufsmarkt (Nachfragemacht), so besteht die Gefahr, dass sie Anbieter zwingen, die Palette oder die Qualität der angebotenen Produkte zu verringern, was wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben könnte, zum Beispiel Qualitätsrückgang, Nachlassen von Innovationsanstrengungen oder letzten Endes ein suboptimales Angebot.“ Hiermit bietet die Kommission eine Definition für den Begriff der Nachfragemacht für Zwecke der Leitlinien. Was allerdings ein „erheblicher Grad an Marktmacht auf den Einkaufsmärkten“ ist, wird nur insoweit verdeutlicht, als es sich offenbar nicht notwendig um eine Marktbeherrschung handeln muss (arg. ex Rz. 196). Nicht erörtert wird zudem, welche Rolle bilaterale Abhängigkeiten bei der Feststellung von Nachfragemacht haben können, obwohl die Kommission selbst bei Fusionsentscheidung zu deren Berücksichtigung neigt. .

## 2) Auswirkungen von Nachfragemacht

Die Leitlinien gehen auf potentielle Auswirkungen von Nachfragemacht, auf verschiedene Wettbewerbsparameter ein. Die bloße Auflistung potentieller Folgen führt bei Nachfragemacht aber insbesondere dann nicht weiter, wenn man sich vom Monopson-Modell distanziert. In diesem Fall bedarf es bestimmter, klar definierter Vorstellungen über die Wirkungszusammenhänge, wie Nachfragemacht den Wettbewerb beeinträchtigt. Pauschale Aussagen sind – wie neuere Forschungsergebnisse zeigen - nur sehr begrenzt möglich. Wenn Nachfragemacht in den Leitlinien mit bestimmten negativen Wirkungen in Verbindung gebracht wird, wohnt ihnen daher ein erhebliches Maß an Irreführungspotential inne. Dies sei an einigen Beispiel illustriert:

a) Die These, dass Nachfragemacht zu **Qualitätsverlusten** führt, ist höchst spekulativ und trifft jedenfalls nur unter sehr speziellen Bedingungen zu. So werden durch Nachfragemacht u.U. Anreize für Anbieter gesetzt, die Qualität beizubehalten oder gar zu erhöhen, um auf diese Weise den Nachfragern im Wege der damit verbundenen steigenden Kundenpräferenzen Verhandlungsmacht entgegensetzen zu können<sup>20</sup>. Zudem wird sich ein rationaler Nachfrager

<sup>20</sup> Vgl. auch BKartA, Hintergrundpapier des Arbeitskreises Kartellrecht v. 18.9.2008 – „Nachfragemacht im Kartellrecht – Stand und Perspektiven“, S. 5.

nur dann auf Qualitätseinbußen einlassen, wenn dies seine Absatzchancen nicht beeinträchtigt. Bei hinreichender Rückbindung an die Kundenpräferenzen, die insbesondere durch intensiven Wettbewerb auf den nachgelagerten Verkaufsmärkten sichergestellt wird, drohen deshalb kaum wettbewerbliche Probleme. Vielmehr wird der Nachfrager sehr sorgsam darauf bedacht sein, den Preis-Qualitäts-Mix anzubieten, den seine Kunden wünschen. Ein etwaiger Wunsch, z.B. von Markenartikelherstellern, ausschließlich Produkte höherer Qualität anzubieten, erscheint demgegenüber wettbewerblich nicht schützenswert.

b) Soweit die Leitlinien **Innovationsverluste** als wesentliche Gefahr der Nachfragemacht benennen, bewegen sie sich ebenfalls auf höchst unsicherem Terrain. Bis heute ist es nicht gelungen, die Innovationswirkungen vollkommenen und durch Marktmacht eingeschränkten Wettbewerbs in einem analytisch belastbaren Modell abzubilden<sup>21</sup>. Dies gilt auch für Nachfragemacht. Nachfragemacht mag die Anreize zur Innovation zwar schmälern, wenn man davon ausgeht, dass ein Unternehmen bei vollkommenem Wettbewerb durch eine erfolgreiche Innovation sehr viel gewinnen kann, während Nachfragemacht einen etwaigen Vorsprungs-Gewinn verhindert oder schnell erodiert. Ebenso ließe sich argumentieren, dass den Anbietern nicht genügend finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, um innovativ tätig zu sein, wenn die Nachfrager die Preise auf die Grenzkosten drücken oder sogar Quasi-Renten der Anbieter abschöpfen. Diese Zusammenhänge sind zumindest in dieser Einseitigkeit aber zweifelhaft. So kann Innovation auch das Potential haben, Nachfragemacht zurückzudrängen, z.B. wenn ein sog. *must-stock* Produkt entsteht. Auch können marktstarke Nachfrager Investitionen in innovative Produkte absichern, indem sie Mindestabnahmemengen garantieren und damit Hold-up-Probleme minimieren.<sup>22</sup>

c) Auf der anderen Seite greift der neue Leitlinien-Entwurf den sog. „**Wasserbetteffekt**“ nicht mehr explizit auf, obwohl die Möglichkeit eines solchen Effekts jüngst auch ökonomisch belastbar aufgezeigt werden konnte<sup>23</sup>. Nach diesem Modell verschlechtert die Ausweitung der Verhandlungsmacht eines großen Abnehmers die Verhandlungsposition kleinerer Nachfrager, die nunmehr u.U. höhere Preise zahlen müssen. Denn der Anbieter wird die hohen Rabatte für nachfragemächtige Kunden unter bestimmten Umständen durch

<sup>21</sup> MK-Kerber/Schwalbe, Einl., Rn. 1025, 1051, 1089.

<sup>22</sup> vgl. Vgl. Inderst, Roman/Wey, Christian, Buyer Power and supplier incentives, 51 European Economic Review 647 – 667 (2007); Inderst, Roman/Wey, Christian, Countervailing Power and Dynamic Efficiency, Working Paper 2007 (abrufbar unter: [http://www.wiwi.uni-frankfurt.de/profs/inderst/Competition\\_Policy/countervailing\\_power\\_07.pdf](http://www.wiwi.uni-frankfurt.de/profs/inderst/Competition_Policy/countervailing_power_07.pdf)).

<sup>23</sup> Inderst/Valletti, Buyer power and the waterbed effect, mimeo. Inderst, Int. J. of Industrial Organization 2007, Vol. 25, Issue 5, p. 908; Dobson/Inderst, ECLR 28, 393.

Preiserhöhungen bei kleineren Kunden kompensieren können. Mögen auch die Bedingungen für das Auftreten eines solchen Wasserbetteffekts sehr streng sein und die empirischen Untersuchungen dagegen sprechen, dass es sich um ein verbreitetes Phänomen handelt, so verwundert es doch, dass die Leitlinien den Wasserbetteffekt nicht mehr erwähnen. Immerhin zeigt die jüngste amerikanische Diskussion, dass ein solcher Effekt unter einem Konsumentenwohlstandsstandard möglicherweise ein, wenn nicht der einzige wettbewerbsrechtlich tragfähige Angriffspunkt gegen die Marktmacht großer Einzelhandelskonzerne sein kann.

### 3) Die Marktanteilsschwelle

Die doppelte 15%-Marktanteilsschwelle wurde ebenfalls beibehalten, trotz der weiten Kritik, auf die sie gestoßen ist<sup>24</sup>. Wenn auch die Bestimmung der Marktanteile auf den Einkaufs- und Verkaufsmärkten nicht immer leicht zu bestimmen ist, erfüllt sie als Richtwert eine wichtige Funktion. Sie dient der Orientierung der Unternehmen und schafft so Rechtssicherheit. Die Höhe der Schwelle erscheint aus unserer Sicht gut gewählt, um als grobes Raster Fehler 1. und 2. Ordnung zu minimieren.

Besonders zu betonen ist allerdings, dass es sich nicht um eine starre Grenze handeln kann. Vielmehr sind die konkreten Schwellenwerte richtigerweise im Lichte der konkret im Raum stehenden, angeblich wettbewerbsschädigenden Verhaltensweisen zu bestimmen. Bei vielen potentiell negativen Auswirkungen von Nachfragemacht sind weitaus höhere Marktanteile erforderlich. Zu begrüßen ist es deshalb, dass Rz. 203 HLL-E betont, dass bei höheren Marktanteilen keinerlei Vermutung für eine Wettbewerbswidrigkeit besteht. Viele Kommentatoren sind hiervon in der Vergangenheit ausgegangen. Andererseits geben die Leitlinien aufgrund fehlender konkreter Aussagen zum Inhalt und den Wirkungen von Nachfragemacht nicht zu erkennen, wie konkret die Schwellenwerte zu präzisieren sind. Ist schon die Genese der Schwellenhöhe nicht transparent, kann der Anwender die Schwelle schwerlich bei unterschiedlichen im Raum stehenden Vorwürfen eines „wettbewerbsbeeinträchtigenden Verhaltens“ anpassen.

---

<sup>24</sup> *Europäisches Parlament, a.a.O. (Fn. 12), Rz. 11.*

#### IV) Rechtliche Abgrenzungsfragen

##### 1) Wettbewerbsbeschränkung durch Einkaufskooperationen

Die Leitlinien differenzieren im Rahmen des Art. 101 Abs. 1 AEUV zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen entfalten schon ihrer Art nach in aller Regel derart negative Wirkungen auf den Wettbewerb, dass sie – ggf. nach einem „quick look“ – als per se tatbestandsmäßig i.S.v. Abs. 1 anzusehen sind. Bei bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen sind dagegen die wettbewerbsschädigenden Wirkungen unter Beachtung des gesamten wirtschaftlichen und regulatorischen Rahmens näher zu analysieren. Insoweit knüpfen die Leitlinien an die Rechtsprechung des EuGH an<sup>25</sup>. Leider bieten sie aber wenig Hilfestellung, horizontale Wettbewerbsbeschränkungen von Nachfragern in diese Kategorien einzuordnen. Überdies gehen sie nicht näher auf die Rechtsprechung des EuGH<sup>26</sup> ein, die sich - auch und gerade in Entscheidungen zu Einkaufskooperationen<sup>27</sup> - bei horizontalen Absprachen besonders auf das Selbständigkeitspostulat stützt. Die Nichteinbindung dieser Rechtsprechung vergrößert die ohnehin schon bestehende Rechtsunsicherheit<sup>28</sup>.

In Rz. 201 HLL-E findet sich der Hinweis, dass die Festsetzung von Einkaufspreisen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung sein kann. Dies wird mit zwei Fundstellen belegt, in denen es jedoch um Wettbewerbsbeschränkungen der Anbieterseite ging. Zudem fügen die Leitlinien sogleich hinzu, dass Preisabsprachen von Einkaufskooperationen gerade keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken. Diese Aussagen werfen mehr Fragen auf, als sie beantworten. Offenbar gehen die Leitlinien von einer Art *ancillary restraints* Theorie (Immanenztheorie) aus, wonach die Preisabsprache zum Kennzeichen einer Einkaufskooperation gehört und notwendig sein kann, um die Wettbewerbsvorteile einer solchen Kooperation wirksam werden zu lassen. Dies verlagert das analytische Problem aber lediglich auf die nächste Frage, was eine Einkaufskooperation ist und welche ihrer wettbewerblich erwünschten Wirkungen dazu führen kann, dass typische „hardcore Kartellabsprachen“ nicht mehr als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen gelten: Eine bloße Absprache von Höchstpreisen konkurrierender Nachfrager kann sicher noch keine

<sup>25</sup> EuGH, Urt. v. 13.7.1966, 56/64 und 58/64, *Consten und Grundig/Kommission*, Slg. 1955, 322, 390; EuGH, Urt. v. 4.6.2009, *T-Mobile Netherlands BV u.a.*, Rs. C-8/08, Rz. 29.

<sup>26</sup> vgl. EuGH, Urt. v. 14.7.1972, Rs. 48/69, *ICI/Kommission*, Slg. 1972, 619, 662 ff.; EuGH, Urt. v. 16.12.1975, Rs. 172/80, *Suiker Unie*, Slg. 1975, 1663, 1942, 1965 f.; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 1 GWB, Rn 154.

<sup>27</sup> EuGH, Urt. v. 25.3.1981, Rs. C-61/80, *Coöperatieve Stremsel- en Kleursel-fabriek/Kommission*, Slg. 1981, 00851, Rz. 12 ff.

EuGH, Urt. v. 15.12.1994, Rs. C-250/92, *Gøttrup-Klim*, Slg. 1994, I-05641, Rz. 35 ff.

<sup>28</sup> Vgl. oben II), 1) Rechtsunsicherheit.

Einkaufskooperation darstellen und ist daher als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung verboten. Im Übrigen bleibt vieles unklar: Eine gewisse institutionelle Verstetigung und Verfestigung der Kooperation, die legitime Funktionen erfüllt, ist unerlässlich, um von einer Einkaufskooperationen zu sprechen (statt von einem Nachfrager-Kartell/*naked restraint*). Da es schwierig ist, angesichts der Vielzahl von Kooperationsformen abschließende Kriterien zu nennen, wäre es insoweit hilfreich, wenn die Leitlinien wenigstens klarer auf die legitimen Funktionen von Einkaufskooperationen eingingen (niedrigere Transaktionskosten, Skalenerträge, Absenkung monopolistisch oder oligopolistisch überhöhter Angebotspreise, ggf. Verbesserung der Wettbewerbschancen kleinerer Wettbewerber etc.).

## 2) Abgrenzung von Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV

Die alte HLL sah sich der Kritik ausgesetzt, dass sie eine genaue dogmatische Verortung im Rahmen der Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV vermissen lies<sup>29</sup>. Der HLL-E bemüht sich um sauberere Dogmatik. Dennoch sorgt Rz. 203 HLL-E wie auch die bisherige Rz. 130 HLL für eine Vermengung von Verbot und Freistellung.

Die Frage der richtigen Einordnung ist keine rein dogmatische Spielerei, sondern hat große praktische Bedeutung: nach der Beweislastregel des Art. 2 VO 1/2003 hat die Behörde, die den entsprechenden Vorwurf der Wettbewerbsbeschränkung erhebt, die Beweislast für eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV. Demgegenüber liegt die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV bei dem Unternehmen, das sich auf die Freistellungsbestimmung beruft<sup>30</sup>. Explizitere Aussagen zur grundsätzlichen Zuordnung zu Abs. 1 und Abs. 3 und vor allem zu den Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast wären daher wünschenswert.

## 3) Ungeklärtes Verhältnis zur Fusionskontrolle

Als ebenso ungeklärt erweist sich das Verhältnis horizontaler Vereinbarungen zur Fusionskontrolle, ist doch die Abgrenzung zum Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen bei

<sup>29</sup> Ruppelt, S. 56 f.; Mischitz, S. 114 ff.; allgemein zu den Aufweichungstendenzen zwischen Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV Reymann, Immanente Schranken des europäischen Kartellverbots 2003.

<sup>30</sup> Leupold/Weidenbach, WuW 2006, 1003, 1007.

zunehmender Intensivierung der Kooperationsformen oft schwierig, wie die Kommission selbst zugibt (vgl. Rz. 30 HLL-E).

#### 4) Unstimmigkeiten zur Vertikal-VO

Das Verhältnis horizontaler zu vertikalen Vereinbarungen wird durch Rz. 190 f. HLL-E erläutert. Zunächst sind die horizontalen Vereinbarungen zu prüfen, anschließend die vertikalen Vereinbarungen anhand der Gruppenfreistellungsverordnung und der Leitlinien für vertikale Beschränkungen. Die Regelungen entsprechen den Rz. 117 f. HLL. Die Forderung des Europäischen Parlaments an die Kommission, diejenigen Bestimmungen klarer zu fassen, nach denen entschieden wird, ob die horizontalen oder vertikalen Leitlinien gelten<sup>31</sup>, wurden daher nicht aufgegriffen. Unseres Erachtens liegt das gravierendere Problem im unzureichenden materiellen Zusammenspiel zwischen Leitlinien und Vertikal-VO. Nach Art. 2 Abs. 2 der Vertikal-GVO<sup>32</sup> werden nur solche Kooperationen von der Verordnung freigestellt, in denen keines der Mitglieder einen jährlichen Gesamtumsatz von 50 Mio. EUR erwirtschaftet. Diese Schwelle dürfte bei den meisten Einkaufskooperationen, insbesondere im Handel, bei weitem überschritten sein, so dass stets eine Einzelfallüberprüfung nötig ist. Die Vertikal-GVO verliert somit weitgehend ihre Funktion, Rechtssicherheit zu bieten und benachteiligt damit Einkaufskooperationen – die oft von kleineren Wettbewerbern geschlossen werden, um Nachteile gegenüber den größeren Wettbewerbern auszugleichen – gegenüber ihren großen Wettbewerbern.

#### V) Zusammenfassung / Thesen

Die Horizontalleitlinien mögen durch den Entwurf weitreichende Änderungen im Bereich der „Vereinbarungen über Normen“ erfahren haben, die Regelungen zu „Einkaufsvereinbarungen“ wurden aber stiefmütterlich behandelt. Diesbezüglich finden sich nur marginale Änderungen. Die bisherige Kritik behält damit im Kern weiterhin Gültigkeit. Diese zielt sowohl auf die Rechtsnatur der Horizontalleitlinien und als auch auf die Ausgestaltung der Horizontalleitlinien in ökonomischer sowie in rechtlicher Hinsicht.

<sup>31</sup> *Europäisches Parlament, a.a.O. (Fn. 12), Rz. 8.*

<sup>32</sup> Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Abs. 3 AEUV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 102 v. 23.4.2010, S. 2)