

Tobias Mischitz

**Die Bedeutung
von Nachfragemacht
für die Beurteilung
von Einkaufskooperationen
im EG-Kartellrecht**



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXI
§ 1 Einführung	1
A. Einleitung und Problemstellung	1
I. Bedeutung von Einkaufskooperationen, insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen	1
II. Problemaufriss	3
B. Thematische Abgrenzung	6
 Erstes Kapitel: Grundlagen	 9
§ 2 Erscheinungsformen der Einkaufskooperation	9
A. Überblick über die unternehmerische Beschaffungspolitik	9
I. Bedeutung des Einkaufspreises	9
II. Motive für die gemeinsame Warenbeschaffung	9
B. Art und Weise der Zusammenarbeit	10
I. Intensität der Zusammenarbeit	10
II. Handlungsformen hoch entwickelter Einkaufsgemeinschaften	11
1. Eigengeschäft	12
2. Fremdgeschäft	12
III. Kooperationsgrundlage	12
1. Form	12
2. Organisation der Zusammenarbeit	13
C. Beziehungen zwischen der Einkaufsgemeinschaft und den Kooperationsmitgliedern	14
I. Notwendigkeit der Bindung der Mitgliedsunternehmen	14
II. Möglichkeiten und Ausgestaltung mitgliederschaftlicher Bindung	14
1. Einkaufsgemeinschaft in der Funktion eines weisungsgebundenen Vollzugsorgans	14
2. Einkaufsgemeinschaft in der Funktion als selbständiges Entscheidungsorgan	15
a) Faktische Bindungswirkung („Gruppeneffekt“)	15
b) Bindung durch vertragliche Maßnahmen	16
D. Gegenstand von Einkaufskooperationen	16
E. Grenzüberschreitende Einkaufskooperationstypen	17
I. Vorkommen und Attraktivität grenzüberschreitender Beschaffungstätigkeit	17

II. Charakteristika	19
III. Rechtsbeziehungen	21
§ 3 Wettbewerbspolitische Grundsatzfragen	25
A. Ökonomische Auswirkungen von Nachfragemacht	25
I. Einführung	25
II. Entwicklungen und Stand der Diskussion	26
1. Ursprünge der Nachfragemacht-Diskussion	29
2. Unzulässigkeit allgemeingültiger Schlussfolgerungen?	30
3. Mögliche Gründe für die Zurückhaltung im Umgang mit Nachfragemacht	32
a) Traditionelles Marktmachtverständnis	32
b) Mangel an Marktinformationen	33
III. Definitionsansätze	33
1. OECD	34
2. Office of Fair Trading (OFT)	36
3. Kommission	36
4. Zusammenfassung und Bewertung	39
IV. Auswirkungen von Nachfragemacht in der volkswirt- schaftlichen Theorie	40
1. Problemstellung	40
2. Marktkomplexität	42
3. Modelle zur Erfassung von Nachfragemacht	43
a) Das Monopson-Modell	43
aa) Unilaterale Marktmacht	43
(1) Monopson	43
(2) Monopson in Verbindung mit monopolisierten Verkaufsmärkten	48
(3) Oligopson	48
(4) Auswirkungen unilateraler Marktmacht im Überblick	49
bb) Bilaterale Marktmacht	50
(1) Bilaterales Monopol	50
(2) Bilaterales Monopol in Verbindung mit monopolisiertem Verkaufsmarkt	53
(3) Bilaterales Oligopol	53
(4) Konsolidierung der Oligopolmitglieder	54
(5) Auswirkungen bilateraler Marktmacht im Überblick	54
b) Das Modell der Preisdifferenzierung/-diskriminierung	55
aa) Sekundäre (nachfrageveranlasste) Preisdifferenzierung	56
(1) Voraussetzungen	57

(aa) „Non-cost-related“ discounts.....	57
(bb) Verhandlungsmacht.....	58
(cc) Marktmacht des Lieferanten.....	59
(2) Inhalt der Verhandlungsmacht.....	60
(3) Zusammenfassung.....	60
bb) Auswirkungen auf die Wohlfahrt.....	61
(1) Positive Auswirkungen.....	61
(2) Negative Auswirkungen („waterbed effect“).....	63
cc) Auswirkungen sekundärer Preisdifferenzierung im Überblick.....	65
c) „Strategisches Verhalten“.....	66
d) Zusammenfassung und Bewertung der Analyseergebnisse.....	67
V. Modifizierung der Ergebnisse im Hinblick auf Einkaufskooperationen.....	69
1. Notwendigkeit einer institutionalisierten Beschaffungstätigkeit.....	69
2. Schmälerung des Gegengewichtspotentials aufgrund hoher Transaktionskosten.....	70
3. Fehlende (motivationsbedingte) Praxisrelevanz des Monopson- Modells.....	71
B. Konsequenzen für eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung.....	72
I. Wettbewerbspolitik der Kommission.....	72
1. Wettbewerbspolitische Ziele.....	72
a) Zusammenhang zwischen Zielbestimmung, Wettbewerbs- politik und Rechtsanwendung.....	72
b) Bedeutung und Stellenwert ökonomischer Zusammenhänge für die Rechtsanwendung.....	73
2. Wohlfahrtstheoretisches Leitbild.....	74
a) Wohlfahrtskonzepte.....	75
b) „Consumer welfare“ und „total welfare“ in der Wettbewerbspolitik der Kommission.....	78
aa) Hinweise für eine Fokussierung auf Verbraucher- interessen im engeren Sinne.....	78
bb) Hinweise für die Verfolgung gesamtwirtschaftlicher Wohlfahrtsziele.....	82
c) Stellungnahme.....	85
II. Notwendigkeit einer uneingeschränkten Berücksichtigung der ökonomischen Auswirkungen von Nachfragemacht.....	86

Zweites Kapitel: Kartellrechtliche Bewertung von Einkaufskooperationen .. 87

§ 4 Tendenzen und Entwicklungen der Rechtsanwendungspraxis	87
A. Rechtlicher Rahmen	87
B. Überblick zur bisherigen Anwendungspraxis von Kommission und EuGH	91
I. Bekanntmachungen und Entscheidungen der Kommission	91
II. Entscheidungen des EuGH.....	95
III. Zusammenfassung.....	95
§ 5 Leitlinien der Kommission über horizontale Zusammenarbeit	97
A. Einführung.....	97
I. Rechtsnatur	97
II. Zweckbestimmung.....	99
1. Orientierungsfunktion	99
2. Manifestierung des „more economic approach“ als wettbewerbspolitischen Ansatz	99
B. Konzeption und analytischer Rahmen	101
I. Grundsätze für die Bewertung nach Art. 81 Abs. 1 EG	101
1. Stufenweise Bestimmung der Wahrscheinlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung	101
a) Erste Stufe: Art der Vereinbarung.....	102
aa) Vereinbarungen, die keine Koordinierung bedingen	103
bb) Vereinbarungen, die Kernbeschränkungen enthalten	104
cc) Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern	105
b) Zweite Stufe: Marktstellung der Beteiligten	105
aa) Nachfragemacht auf dem Beschaffungsmärkten.....	106
bb) Marktmacht auf den nachgelagerten Verkaufsmärkten	106
c) Dritte Stufe: Marktkonzentration	107
aa) Gegenmacht der Lieferanten	107
bb) Marktstellung und Anzahl der Wettbewerber	107
2. Zusammenfassung.....	108
II. Grundsätze für die Bewertung nach Art. 81 Abs. 3 EG	110
C. Kritische Würdigung und dogmatische Bewertung.....	111
I. Allgemeine Kritik am Konzept der Kommission	111
1. Modifizierung des Verbotsprinzips zur Missbrauchskontrolle.....	112
2. Verlust an Trennschärfe zwischen Verbotstatbestand und Legalausnahme.....	114
3. Bedeutungsverlust des Spürbarkeitskriteriums	115
4. Erhöhte Rechtsunsicherheit	115

II. Bewertung und eigene Stellungnahme	117
1. Keine Abwägung von wirtschaftlich vorteilhaften und nachteiligen Wirkungen im Rahmen des Art. 81 Abs. 1 EG	119
2. Ansätze einer „rule of reason“	120
3. Berechtigung des Marktmachtkriteriums	122
a) Relevante Rechtsprechung zu Art. 81 Abs. 1 EG	123
b) Schlussanträge des Generalanwalts in der Sache GOETTRUP-KLIM	124
c) Bisherige Zurückhaltung der Gerichte bei „komplexen wirtschaftlichen Zusammenhängen“	125
aa) Sachkompetenz der Kommission bei wirtschaftlichen Fragen	125
bb) Die TETRA LAVAL-Entscheidung als Beitrag für eine zukünftig erweiterte Kontrolldichte der Gerichte	128
4. Verbleibende Zweifel am wirtschaftsanalytischen Ansatz der Kommission	130
D. Eigener Vorschlag für eine Interpretation der Leitlinien bei der Anwendung von Art. 81 EG unter Berücksichtigung der Ergebnisse der ökonomischen Analyse	132
§ 6 Wettbewerbsbeschränkungen in der bisherigen Ent- scheidungspraxis der Kommission	135
A. Einführung und Grundlagen	135
B. Beschränkungen der Handlungs- und Entschließungsfreiheit	140
I. Beschränkungen zwischen Kooperationsmitgliedern	140
1. Verhaltenssteuerung der Beteiligten	140
2. Freiwilliger (zwangloser) gemeinsamer Warenbezug	141
II. Beschränkungen zu Lasten Dritter	144
1. Konkurrenten der Kooperationsmitglieder beim Warenbezug	144
2. Unternehmen der Marktgegenseite	146
a) Verhaltenssteuerung der Beteiligten	146
b) Freiwilliger (zwangloser) gemeinsamer Warenbezug	148
C. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung	151
D. Zwischenergebnis	153
§ 7 Wettbewerbsbeschränkungen unter Berücksichtigung des „more economic approach“	155
A. Gemeinsamer Einkauf von Unternehmen, die nicht auf dem Absatzmarkt konkurrieren	155

I. Grundsatz: Eingeschränkte Anwendbarkeit von Art. 81	
Abs. 1 EG	155
1. Abkehr von der traditionellen Entscheidungspraxis zu Bezugsverpflichtungen?.....	156
2. Vorgaben der Rechtsprechung.....	158
II. Ausnahme: „sehr starke Marktstellung“ auf den Einkaufsmärkten..	159
1. Versuch einer quantitativen Bestimmung.....	160
2. Versuch einer qualitativen Bestimmung	162
a) Vergleich: Nachfragemacht – „sehr starke Stellung“	162
aa) Gemeinsamkeiten aufgrund des Kontextes.....	162
bb) Unterschiede in den Auswirkungen.....	163
(1) Gründe für die Nichtberücksichtigung von Wettbewerbsbeschränkungen bei Konkurrenten auf den Beschaffungsmärkten.....	166
(2) Gründe für die Nichtberücksichtigung von Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Lieferanten.....	168
(3) Mögliche Ausprägungen der Wettbewerbs- beschränkungen auf Verkaufsmärkten	170
b) Zwischenergebnis	172
B. Gemeinsamer Einkauf von auf dem Absatzmarkt konkurrierenden Unternehmen	175
I. Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfragemacht.....	175
1. Wettbewerbsbeschränkungen auf den Einkaufsmärkten	176
a) Leistungsverluste der Anbieter aufgrund starker Nachfragemacht.....	176
aa) Irrelevanz aufgrund hoher Angebotselastizität.....	178
bb) Irrelevanz aufgrund schwerpunktmäßigen Schutzes des Wettbewerbs auf Handelsmärkten.....	179
b) Versperren des Marktzugangs für konkurrierende Einkäufer...	179
2. Wettbewerbsbeschränkungen auf den Verkaufsmärkten	180
a) Bedeutung der Marktstrukturen auf den Verkaufsmärkten.....	180
aa) Entscheidung über die Wettbewerbsförderlichkeit von Nachfragemacht.....	180
bb) Begründung/Verstärkung gemeinsamer Macht auf Verkaufsmärkten („Spiraleffekt“)	181
b) Abschottung von Wettbewerbern	184
c) Kostensteigerung für Wettbewerber („waterbed effect“)	185
II. Marktmacht auf den Verkaufsmärkten	187
1. Verhaltensabstimmung beim individuellen Verkauf.....	187

a)	Zusammenhang zwischen Verhaltensabstimmung und Marktmacht.....	187
b)	Kostenangleichung als Indiz der Verhaltensabstimmung.....	190
2.	Kostenangleichung beim individuellen Verkauf.....	193
a)	Erforderliches Maß.....	194
b)	Möglichkeiten der Vermeidung von Marktmacht trotz Kostenangleichung	195
III.	Zusammenfassung und Bewertung	196
C.	Hinreichend negative Marktwirkungen	197
I.	Quantitative Voraussetzung	198
1.	„15%-Regelung“	198
a)	Kritik.....	198
aa)	Überblick	198
bb)	Willkürlichkeit der Marktanteilsschwellen	199
cc)	„Marktmacht“ versus „Spürbarkeit der Vereinbarung“	200
b)	Zwischenergebnis	204
2.	Quantifizierung von Nachfragemacht in Fusionskontrollverfahren.....	205
a)	SPAR/DANSK SUPERMARKET	205
b)	CARREFOUR/PROMODÈS und REWE/MEINL	206
aa)	Kritik	208
bb)	Bewertung und eigene Stellungnahme	208
3.	Quantifizierung der von Einkaufskooperationen ausgehenden Nachfragemacht.....	210
a)	Voraussetzungen zur Übertragung der Fusionskontroll- praxis auf Einkaufskooperationen.....	211
b)	20%-Schwelle als Richtwert in konzentrierten Anbieter- märkten für die Existenz „starker Nachfragemacht“	213
4.	Fazit zur Wahl des Marktanteilsschwellenwertes.....	213
II.	Qualitative Voraussetzungen.....	215
1.	Gegenmacht	215
a)	Grundlagen des Gegengewichtsgedankens.....	216
aa)	Kritik	217
bb)	Zusammenfassung.....	218
b)	Berücksichtigung von Gegenmachtspekten durch Kommission und EuGH	219
c)	Bewertung und Erklärungsversuch der Kommissionspraxis	223
aa)	Notwendigkeit originärer Macht als Gegenmacht?	223

bb)	Maßgeblichkeit horizontaler Marktwirkungen gegenwärtiger Marktmacht im Vertikalverhältnis zur Erzielung eines Nachteilsausgleichs	224
cc)	Schlussfolgerung	227
dd)	Stellenwert bei der Beurteilung von Einkaufsvereinbarungen	227
2.	Marktkonzentration	228
a)	Ausdruck des Nachteilsausgleichs	228
b)	Stellenwert der Marktkonzentration im Rahmen einer Gesamtabwägung	229
3.	Zwischenergebnis	230
III.	Abhängigkeit der Wettbewerbsbeschränkung von den relevanten Märkten	231
1.	Marktabgrenzung	231
a)	Bestimmung der Einkaufsmärkte	231
aa)	Relevanter Produktmarkt	234
bb)	Räumlich relevanter Markt	235
b)	Bestimmung der Verkaufsmärkte	237
aa)	Relevanter Produktmarkt	237
bb)	Räumlich relevanter Markt	237
IV.	Vereinbarungen als Ursache für Wettbewerbsbeschränkungen	238
1.	Ausgestaltung und Vorkommen der aus horizontalen Vereinbarungen resultierenden vertikalen Vereinbarungen	239
2.	Fehlende Unterscheidungshilfen zur Identifizierung vertikaler Vereinbarungen zwischen der Einkaufsvereinigung und deren Mitgliedern	241
D.	Gemeinsamer Einkauf als Mittel zur Verschleierung eines Kartells ..	242

§ 8	Voraussetzungen und Möglichkeiten der Freistellung vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG	245
A.	Freistellung horizontaler Beschränkungen nach Art. 81 Abs. 3 EG ..	245
I.	Allgemeine Bemerkungen	245
II.	Voraussetzungen für die Freistellung einer Einkaufsvereinbarung ..	246
1.	Statische Effizienzgewinne als Grundlage einer verbesserten Warenverteilung	246
a)	Größenvorteile	246
b)	Verbundvorteile	248
c)	Realisierung des Warenbezugs durch Teilnahme an der Einkaufsvereinigung	248
d)	(Nachfrage-)Machtbedingte Kosteneinsparungen	249

2. Verbraucherbeteiligung	252
3. Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung	254
4. Kein Ausschluss wesentlichen Wettbewerbs	259
a) Abgrenzung zur Marktbeherrschung	259
b) Indizwirkung nachfrageseitig veranlasster Beschränkungen („unilateral restraints“)	261
B. Freistellung vertikaler Beschränkungen nach der GVO (EG) Nr. 2790/1999	263
I. Freistellungsmöglichkeit für Einzelhandels-Verbundgruppen gem. Art. 2 Abs. 2 GVO	264
1. Kritik	266
a) Überbewertung der Umsatzschwelle	266
b) Schlechterstellung von Vereinigungen des Dienst- leistungsgewerbes	267
2. Bewertung und eigene Stellungnahme	267
II. Typische Beschränkungen	268
1. Beschränkungen in Vereinbarungen zwischen der Einkaufsvereinigung und den Mitgliedern	268
2. Beschränkungen in Vereinbarungen zwischen der Einkaufsvereinigung und den Lieferanten	269
 Drittes Kapitel: Endergebnis	 271
 § 9 Zusammenfassung	 271
 § 10 Abschließende Bewertung und Ausblick	 279
 Literaturverzeichnis	 281