

Anmerkung der Redaktion
Zur Kartellamtspraxis unzulässigen Anzapfens

Die Entscheidung des BKartA v. 4.7.2014 gehört in eine lange Reihe von Maßnahmen zur Bekämpfung von Nachfrage-Machtmissbräuchen, die früher gern als Anzapfverbote bezeichnet und noch bis in die 80er Jahre hinein mit einem allen Ernstes so genannten Sündenregister gekämpft wurden.¹ Warum wird sie in NWiR abgedruckt? Hauptgrund ist der Beitrag zum Meinungsstreit über den gesetzlich bezweckten Schutz mittelständischer Wirtschaft und zwar im Hinblick auf die angezapften Lieferanten.

a. Doch interessieren zunächst die Abwendung vom Sündenregister alten Rechts und die Hinwendung zum marktstrukturellen Wettbewerbsdenken. Noch bis in die 80er Jahre wurde verbreitet angenommen, das Anzapfen von Lieferanten durch die sog. Discounter sei sittenwidriger Wettbewerb i.S. von § 1 UWG a.F. Um diesen Tatbestand zu konkretisieren, hatte die Hauptgemeinschaft des deutschen Einzelhandels das „Sündenregister“ veröffentlicht, damit die unzulässig erscheinenden Praktiken allgemein bekannt und bekämpft werden konnten. Die Wissenschaft hatte damals schon darauf hingewiesen, dass vielfach lediglich Formen scharfen Preiswettbewerbs vorlagen, die ohne ein Mindestmaß von Marktmacht des Anzapfenden nicht nur nicht sittenwidrig, sondern wettbewerblich erwünscht seien. Deshalb waren die sog. Vorfeldlehren entwickelt, mit denen begründet werden konnte, dass trotz allgemeinerer Geltung des Lauterkeitstatbestandes (§ 1 UWG a.F.; heute §§ 3 f.) ein besonderer Unlauterkeitsvorwurf begründet ist, wenn Wettbewerbshandlungen wegen überlegener Marktstärke einer Seite der Gegenseite aufgezwungen werden. Doch konnte diese Sicht nicht allgemein durchgesetzt werden; vielmehr wurde mit der 4. GWB-Novelle von 1980 eine spezifische Regelung zur Ausnutzung marktstarker Stellungen im Handel geschaffen, auf die der heutige § 20 Abs. 3 und Abs. 2 GWB zurückgeht.

Danach dürfen marktbeherrschende Unternehmen andere Unternehmen nicht dazu auffordern oder veranlassen, ihnen Sondervorteile zu gewähren, die sachlich nicht gerechtfertigt sind, sondern auf der Marktmacht des Veranlassers beruhen. Das gilt auch für Unternehmen, „soweit von ihnen kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager...in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen“ (§ 20 Abs. 2 S. 1 GWB).² Insofern ist heute geklärt, dass machtbedingtes Ausplündern von Lieferanten durch Discounter und andere Unternehmen mit Nachfragemacht verboten sind.

Das BKartA betont insofern nur, dass die großen Vier, nämlich Rewe, Aldi, Edeka und die Schwarz-Gruppe zusammen über ca. 85% der Marktanteile im Lebensmitteleinzelhandel verfügen, und dass Edeka insbes. bei Markenprodukten noch weiter führend ist. Ob die dafür erforderlichen Marktabgrenzungen und nachfragespezifischen Marktanteilsberechnungen genau zutreffen, kann ohne nähere Angaben nicht überprüft werden. Wohl kaum lässt sich auf eine der Marktmachtvermutungen des § 19 Abs. 3 Nr. 1 GWB abstellen, obgleich dort bei mehr als 75%igem Anteilsbesitz von 5 oder weniger Unternehmen die Beweislast für Binnenwettbewerb unter ihnen umgekehrt ist. Denn dass unter den großen Discountern intern wesentlicher Preis- und Konditionenwettbewerb besteht, ist allgemein bekannt und deshalb nicht zweifelhaft im Rahmen des Amtsermittlungsprinzips, das für das Missbrauchsverfahren

¹ Vgl. nur die Wettbewerbsregeln des Markenverbandes, veröfl. in WuW/E BKartA 1633, 1635; näher s. H. Herrmann, Interessenverbände und Wettbewerbsrecht 1984, S. 391 ff.

² BGHZ 152, 97, 109 ff.; NJW 2003, 205 „Metro/Konditionenanpassung“; Emmerich, Kartellrecht, 11. Aufl. 2008, § 29, Rdn. 80 f.

des BKartA gilt. Liegt aber wesentlicher Wettbewerb innerhalb der großen Vier vor, so kommt der Vermutungstatbestand nicht zur Anwendung.

Nicht gangbar scheint auch, anstelle der Anteilsquoten auf eine fehlende Ausweichmöglichkeit der Lieferanten auf andere Nachfrager abzustellen und dies aus der oligopolistischen Konzentration von über $\frac{3}{4}$ der Marktanteile zu folgern. Denn insofern ließe sich einwenden, dass jeder der anderen großen Vier als Ausweichkandidat in Betracht käme. Das mag für nicht zumutbar gehalten werden, dies doch aber nur dann, wenn die anderen Großen ähnlich Unzumutbares an Rabatten verlangen. Dazu ergibt sich aus der o.a. Pressemitteilung des BKartA nichts.

Man kann nur vermuten, dass dem Amt weitere Tatsachen zur Marktmacht bekannt sind, die sein Einschreiten gesetzeskonform erscheinen lassen. Sollte es zu einem gerichtlichen Verfahren kommen, so wäre eine weitere Klärung der Voraussetzungen von Nachfragemacht im Einzelhandel zu erwarten und wünschenswert.

b. Schon jetzt ist das Missbrauchsverfahren aber aufschlussreich und für die Entwicklung neuen Wirtschaftsrechts v.a. insofern interessant, als das BKartA seine Entscheidung ausdrücklich auf den Schutz der angezapften Lieferanten stützt. Bisher wurde nämlich weithin angenommen, § 20 Abs. 3 GWB diene lediglich der Bekämpfung von Machtausdehnungen auf Seiten der anzapfenden Unternehmen mit Marktmacht. Denn die Anzapfpraktiken seien geeignet, die Marktstärke durch immer weitere Einbindung und Einschüchterung der Lieferanten auch im Verhältnis der Discounter untereinander, also in horizontaler Hinsicht, zu verstärken (s.o. Fn. 1). Jetzt scheint man der vertikalen Zwecksetzung alten Rechts wieder näher zu treten, ohne allerdings in die moralisierende Diktion des Sündenregisters zurück zu verfallen.³

Im Einzelnen stellt das BKartA darauf ab, dass mittelständische Lieferanten nicht durch frei ausgehandelte Konditionen zu Vergünstigungen veranlasst worden sind, sondern dass ihnen die sog. Hochzeitsrabatte aufgrund der Nachfragemacht des Anzapfenden aufgezwungen wurden. Denn es handele sich um Sonderboni, für die zwar pauschal angeführt wird, dass ihnen Absatzvorteile aus der Fusion mit den Plus-Märkten gegenüberstehen. Aber das sei nicht hinreichend konkret belegt worden, so dass nicht etwaige economies of scale maßgebend seien, sondern angenommen werden müsse, dass die Lieferanten aufgrund ihrer Abhängigkeitssituation vom Großabnehmer zu den Boni veranlasst worden sind. Dieser vertikale Machtmissbrauch wird zwar nicht allein angeführt, sondern auch auf horizontale Effekte im Verhältnis zu kleineren Nachfragern abgestellt. Aber das Amt stellt den Schutz der Lieferanten an erste Stelle und bringt damit zu Ausdruck, dass dieser Schutzzweck erstrangig verfolgt wird.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass es seit Neustem wieder ein Anzapfverbot im Einzelhandel gibt. Ob damit allerdings erneut versucht wird, Marktstrukturpolitik zugunsten der kleinen und mittleren Lebensmittelläden zu betreiben, bleibt offen. Jedenfalls bemüht das Amt den Schutz von Tante-Emma-Läden nicht mehr wie in alten Zeiten.

³ Dazu schon o., Fn.1.