

VIII. Zusammenfassung

54 Die geschäftliche Entscheidung ist das Pendant zur Geschäftspraktik oder geschäftlichen Handlung. Eine geschäftliche Entscheidung ist jede marktbezogene Reaktion eines Verbrauchers auf eine geschäftliche Handlung eines Unternehmens. Die geschäftliche Entscheidung muss auf kein Geschäft im Sinne eines Vertragsabschlusses bezogen sein oder damit unmittelbar im Zusammenhang stehen. Der Begriff der geschäftlichen Entscheidung schließt rein kognitive Vorgänge ein. Die Umsetzung einer geschäftlichen Entscheidung in eine Handlung ist nicht erforderlich.

Die UGP-Richtlinie und das UWG schützen den Verbraucher vor allen geschäftlichen Entscheidungen, die ihre Ursache in einer unlauteren geschäftlichen Handlung eines Unternehmers haben. Die unlautere geschäftliche Handlung ist zwar nicht per se verboten. Unzulässig ist eine unlautere geschäftliche Handlung aber bereits dann, wenn sie den Durchschnittsverbraucher zu irgendeiner geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die er ohne das unlautere Moment der geschäftlichen Handlung so nicht getroffen hätte. Diese Wirkung muss im Einzelfall positiv festgestellt werden.

Dr. Alexander Eufinger, Frankfurt a. M. und Andreas Maschmer, Bern*

Durchsetzung von Vorzugsbedingungen als Missbrauch relativer Marktmacht

Zugleich Anmerkung zu OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V)

INHALT

- I. Einführung
- II. Materiell-rechtlicher Hintergrund der Entscheidung des OLG Düsseldorf
 - 1. Bedeutung der Vorschrift
 - 2. Anzapfverbot nach § 20 Abs. 2 i. V. m. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB
 - 3. Normadressaten
- III. Aktuelle Entwicklungen zur Auslegung des Anzapfverbots nach § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB
 - 1. Hintergrund des Verfahrens
 - 2. Die Entscheidung des BKartA
 - 2. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf
 - a) Grundtenor
 - b) Bestwertgleich
 - c) Partnerschaftsvergütung
 - d) Sonstige Tatbestandsvoraussetzungen
 - e) Rechtsbeschwerde
- IV. Würdigung der Entscheidung des OLG Düsseldorf
- V. Praktische Relevanz des Anzapfverbots in anderen Branchen
- VI. Fazit

I. Einführung

- 1 Das Thema „Nachfragemacht des Handels“ beschäftigt das BKartA seit geraumer Zeit. Zu diesem Themenkomplex hat die

Kartellbehörde eigens eine – im September 2104 abgeschlossene – Sektoruntersuchung durchgeführt, die zu dem wenig überraschenden Ergebnis gelangte, dass insbesondere der deutsche Lebensmitteleinzelhandel hochkonzentriert sei und die Gefahr einer weiteren Verschlechterung der Marktbedingungen drohe. Zudem seien die Unternehmen der Spitzengruppe des deutschen Lebensmittelhandels weitestgehend in der Lage, ihre starke Marktposition in den Verhandlungen mit ihren Lieferanten zu ihrem Vorteil zu nutzen. Bei diesen Verhandlungen ist jedoch die Grenze zum verbotenen Anzapfen nach § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB fließend. Marktmächtigen Unternehmen ist es hiernach verboten, ihre starke Stellung auf dem Lebensmittelmarkt dazu auszunutzen, ihre Lieferanten aufzufordern oder zu veranlassen, ihnen ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren (sog. Anzapfen). Die im Rahmen der Sektoruntersuchung gewonnenen Erkenntnisse der Problematik, konnte das BKartA nach eigener Aussage bereits im Verfahren gegen die EDEKA-Gruppe nutzen, gegen die wegen eines Verstoßes gegen das Anzapfverbot ermittelt wurde. Mit Beschluss vom 03.07.2014 stellte das BKartA daher eine Zuwiderhandlung der EDEKA-Gruppe gegen das Anzapfverbot der § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB wegen rechtswidriger Konditionengewährung im Rahmen der Sonderverhandlungen nach Übernahme der Discounterkette PLUS fest. Das BKartA betonte bei der Bekanntgabe des Beschlusses ausdrücklich die Bedeutung der Entscheidung für die Branche, verbunden mit der Hoffnung, anderen Unternehmen eine kartellrechtliche „Orientierung“ bieten zu können. Dieser Auffassung ist das OLG Düsseldorf jedoch nicht gefolgt. Vielmehr habe das BKartA zu Unrecht einen Verstoß gegen das Anzapfverbot festgestellt, da keine der vom BKartA im Beschluss als kartellrechtswidrig festgestellten Handlungen die Voraussetzungen der § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB erfüllten. Das Gericht hat damit für die Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB eine wesentliche Entscheidung getroffen, die nachfolgend dargestellt und gewürdigt werden soll.

* Dr. iur. Alexander Eufinger ist Justiziar einer Stiftung in Frankfurt a. M. und Lehrbeauftragter an der Universität Siegen sowie der Hochschule Heilbronn. Andreas Maschmer ist wissenschaftlicher Mitarbeiter des Schweizer Staatssekretariats für Wirtschaft SECO und Doktorand von Prof. Dr. Peter Krebs, Universität Siegen und von Prof. Dr. Roger Zäch, Universität Zürich im Rahmen einer Cotutelle de thèse. Der vorliegende Beitrag widerspiegelt die Meinung des Autors und nicht zwingend diejenige des SECO. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 664.

II. Materiell-rechtlicher Hintergrund der Entscheidung des OLG Düsseldorf

1. Bedeutung der Vorschrift

- 2 Der Entscheidung des OLG Düsseldorf liegt ein Beschluss des BKartA¹⁾ vom 03.07.2014 zur Auslegung der § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB zu Grunde. Im Rahmen des Missbrauchs wirtschaftlicher Macht erfasst das deutsche Kartellrecht mit den Vorschriften des § 20 GWB auch einseitiges Handeln von Unternehmen unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung. Man spricht insofern von *relativer Marktmacht*. Der Hintergrund der Regelung besteht in der Überlegung, dass auch Unternehmen mit geringerer Marktstärke das Wettbewerbsgeschehen negativ beeinflussen können.²⁾ Die § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB bilden damit ein Korrektiv zur Machtposition marktstarker Unternehmen und schränken die Handlungsfreiheit dieser Unternehmen im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Anbietern oder Abnehmern ein. Dies folgt daraus, dass unter Umständen auch ein nicht marktbeherrschendes Unternehmen eine so starke Stellung auf dem Markt innehaben kann, dass von ihm spürbare Störungen des Marktgeschehens ausgehen können, wobei ein struktur- oder sozialpolitischer Schutz für KMU hiermit nicht verbunden ist.³⁾ Das GWB erkennt den unternehmerischen Freiraum bei der Preis- und Konditionenfindung sowohl für Anbieter als auch für Nachfrager durchaus an. Die Grenzen sind allerdings dort zu finden, wo die Ausübung der unternehmerischen Freiheit oder die mit ihr verfolgten Ziele bei der gebotenen, an der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes orientierten Abwägung der beteiligten Interessen nicht als gerechtfertigt erscheinen würde.⁴⁾ Die Regelung der relativen Marktmacht dient somit der Sicherung der Freiheit des Wettbewerbs als Institution durch Aufrechterhaltung des Leistungswettbewerbs und der Chancengleichheit der Wettbewerber. Gleichwohl wird durch diese Vorschrift ein Schutz der Marktteilnehmer vor den Folgen geschäftlicher Fehlentscheidungen ausdrücklich nicht bezweckt.⁵⁾
- 3 Das europäische Recht steht der Missbrauchskontrolle relativ marktstarker Unternehmen und damit der Anwendung von § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB nicht entgegen.⁶⁾ Im europäischen Recht ist hingegen selbst nicht abschließend geklärt, inwiefern Art. 102 AEUV auch Fälle des Missbrauchs im Rahmen bilateraler Abhängigkeitsverhältnisse erfasst.⁷⁾ Art. 102 AEUV verbietet auf europäischer Ebene, ebenso wie §§ 19, 20 GWB auf nationaler Ebene in Deutschland, zunächst den Missbrauch einer – absolut – marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen. Die Regelungsinhalte der europäischen und deutschen Missbrauchskontrolle sind weitgehend deckungsgleich. Allerdings sind von Art. 102 AEUV abweichende (nationale) Regelungen ausweislich Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO (EG) Nr. 1/2003 bzw. § 22 Abs. 2 S. 1 GWB zulässig.⁸⁾ Hiernach ist es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, in ihrem Hoheitsgebiet

strengere innerstaatliche Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung *einseitiger* Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden. Diese vom europäischen Gesetzgeber eingeräumte Möglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber, ebenso wie einige weitere Mitgliedsstaaten der europäischen Union,⁹⁾ genutzt und mittels der §§ 18 bis 21 GWB einen umfassenden Schutz vor dem Missbrauch von Marktmacht zu gewährleisten.¹⁰⁾

2. Anzapfverbot nach § 20 Abs. 2 i. V. m. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB

Nach der Verweisungsnorm des § 20 Abs. 2 GWB findet der für marktbeherrschende Unternehmen geltende § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unternehmen Anwendung. Verboten ist nach § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB das Ausnutzen der Marktstellung durch marktbeherrschende Unternehmen, indem es andere Unternehmen dazu auffordert oder veranlasst, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren. Unter dem Begriff des „Veranlassen“ ist vorliegend das *erfolgreiche* Einwirken auf den Lebensmittelhersteller zu verstehen.¹¹⁾ Ausreichend dürfte wohl der Abschluss eines entsprechenden Vertrages sein, sodass nicht erforderlich ist, dass die Vorteile bereits realisiert worden sind.¹²⁾ Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals des „Aufforderns“ bereitet hingegen größere Schwierigkeiten. Bei einer zu weiten Auslegung dieser Tatbestandsvoraussetzung könnten – ungewollt – auch Formen „harter Preisverhandlungen“ (sog. *hard bargaining*) vom Verbot des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB erfasst werden. Andererseits ist einer zu restriktiven Auslegung die Gefahr der unzureichenden Wirksamkeit immanent. In der Literatur wird daher gefordert, dass das marktstarke Unternehmen bei Verhandlungen gegenüber dem Vertragspartner unmissverständlich zum Ausdruck bringt, dass die genannten Forderungen nicht *mehr verhandelbar seien*.¹³⁾ Zur Tatbestandsverwirklichung ist jedoch eine Vollen- dung – im Gegensatz zum Veranlassen – nicht erforderlich.¹⁴⁾ So bewertete das BKartA bereits das Ansetzen von Sonderverhandlungen sowie die Präsentation der neuen Konditionen bzw. die schriftliche Zusendung einzelner Forderungen als Verwirklichung des Tatbestands.¹⁵⁾ „Vorteile“ i. S. d. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB liegen vor, wenn der gewünschte oder gewährte Vorteil in keinerlei Bezug zu einer konkreten Abnahmeleistung des Abnehmers steht, mithin eine *Dysfunktionalität* zur Abnahmeleistung gegeben ist.¹⁶⁾ Stehen Vergünstigungen im Rahmen des Synallagma von Leistung und Gegenleistung, stellen sie *keine* Vorteile nach § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB dar.¹⁷⁾ Schließlich müssen die Vorteile „ohne sachlich gerechtfertigten Grund“ gewährt werden. Maßstab hierfür ist eine Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB sowie der Wertungen

1) BKartA, 03.07.2014 – B2-58/09, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de.

2) BGH, 20.11.1975 – KZR 1/75, WuW/E BGH 1391, 1392 – Rossignol; BGH, 24.09.1979 – KZR 20/78, WuW/E BGH 1629, 1630 – Modellbaurartikel II.

3) BGH, 23.02.1988 – KZR 20/86, GRUR 1988, 642, 644 – Opel-Blitz; BGH, 17.03.1998 – KZR 30-96 (KG), NJW-RR 1998, 1730, 1732 – Bahnhofsbuchhandel.

4) BGH, 14.01.1997 – KZR 30/95, NJWE-WettB 1997, 161 – Zuckerrübenanlieferungsrecht II.

5) So ausdrücklich BGH, 19.01.1993 – KZR 1/92, NJW 1993, 1653, 1654 – Flaschenkästen; OLG Celle, 24.02.1999 – 13 U (Kart) 162/98, WuW/E DE-R 327 – Unfallsatzwagen.

6) BKartA, 03.07.2014 – B2-58/09, S. 191; *Säcker/Mohr*, WRP 2010, 1, 25.

7) Vgl. etwa die kurze Darstellung auch unter Berücksichtigung der einschlägigen europäischen Rechtsprechung bei *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl. 2012, Art. 102 AEUV Rn. 82.

8) Vgl. hierzu auch Erwägungsgrund 8 VO (EG) Nr. 1/2003.

9) Ohne Anspruch auf Vollständigkeit, vgl. Frankreich (Artikel L.420-2 Code de Commerce), Italien (Artikel 9 Disciplina della subfornitura nelle attività produttive, Legge 18 giugno 1998, n. 192) und Österreich (§ 4 Abs. 3 Kartellgesetz).

10) Amtliche Regierungsbegründung, BT-Drs. 15/3640, S. 29.

11) *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 7), § 20 Rn. 260; *Köhler*, WRP 2006, 139, 144; *Bechtold/Bosch*, Kommentar zum GWB, 8. Aufl. 2015, § 19 Rn. 87; vgl. auch OLG Düsseldorf, 28.06.1985 – U (Kart) 10/84, WuW/E OLG 3613, 3615 – *Elternsammelbestellung von Schulbüchern*.

12) So auch *Bechtold/Bosch* (Fn. 11), § 19 Rn. 87.

13) *Köhler*, WRP 2006, 139, 144; dahingehend auch *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 7), § 20 Rn. 259.

14) *Bechtold/Bosch* (Fn. 11), § 19 Rn. 87; *Loewenheim*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 20 Rn. 124; *Köhler*, WRP 2006, 139, 144.

15) BKartA, 03.07.2014 – B2-58/09, S. 181 f.

16) *Loewenheim*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn. 14), § 20 Rn. 118; vgl. auch *Köhler*, WRP 2006, 139, 145: „Vorteile sind vermögenswerte Leistungen des Anbieters an den Nachfrager, die über das Vereinbarte hinausgehen.“

17) *Säcker/Mohr*, WRP 2010, 1, 20.

Eufinger/Maschmer, Durchsetzung v. Vorzugsbedingungen als Missbrauch relativer Marktmacht

des europäischen Wettbewerbsrechts.¹⁸⁾ Im streitgegenständlichen Verfahren wären also die Interessen des marktstarken Lebensmittelhändlers, der Mitbewerber dieses Händlers sowie des die Vorzugsbedingungen gewährenden Lebensmittelherstellers gegeneinander abzuwägen.¹⁹⁾ Die Darlegungs- und Beweislast für eine sachliche Rechtfertigung liegt stets beim Verbotsadressaten.²⁰⁾

3. Normadressaten

5 Die Regelung des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB gilt zunächst nur für marktbeherrschende Unternehmen. Nach § 18 Abs. 1 GWB ist ein Unternehmen marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerber ist, keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Allerdings schließt eine marktbeherrschende Stellung – im Gegensatz zu einem Monopol oder einem Quasi-Monopol – einen gewissen Wettbewerb nicht aus. Entscheidend ist vielmehr, dass das begünstigte Unternehmen die Gelegenheit hat, die Wettbewerbsbedingungen zu bestimmen oder wenigstens merklich zu beeinflussen und in seinem Verhalten keine Rücksicht auf diesen (Rest-)Wettbewerb nehmen muss, ohne dass ihm dies zum Schaden gereiche.²¹⁾ § 18 Abs. 4 GWB vermutet ab einem Marktanteil von mindestens 40% die Marktbeherrschung durch ein Unternehmen. Allerdings verfügt im streitgegenständlichen Verfahren keiner der vier großen Lebensmitteleinzelhändler – EDEKA, REWE, Schwarz-Gruppe oder Aldi – über einen Marktanteil von 40%, sodass die Vorschrift des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB zumindest unter dem Aspekt der Marktbeherrschung nicht einschlägig ist. Ebenfalls halten die vier großen Lebensmitteleinzelhändler auch nicht *gemeinsam* eine marktbeherrschende Stellung nach § 18 Abs. 5 GWB. Hiergegen spricht bereits der intensive Preiskampf auf dem deutschen Lebensmittelmarkt.

6 § 20 Abs. 2 GWB erstreckt den Anwendungsbereich des Anzapfverbots aber auch auf Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Verhältnis zu den von ihnen *abhängigen* Unternehmen. Durch die Regelung soll der Missbrauch von Nachfragemacht, insbesondere im Lebensmittelhandel, begrenzt werden.²²⁾ Entscheidend für die Anwendung der Vorschrift ist, ob ein Lebensmittelhersteller von einem seiner Händler abhängig i. S. d. § 20 Abs. 2 GWB ist. Hierfür kann auf die Vermutungsregel des § 20 Abs. 1 S. 2 GWB zurückgegriffen werden,²³⁾ wonach ein Anbieter einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen 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. Besondere Vergünstigungen i. S. d. § 20 Abs. 1 S. 2 GWB zeichnen sich durch ein krasses Missver-

hältnis zur Abnahmeleistung aus, d. h. es ist kein Bezug zu der konkreten Abnahmeleistung des Nachfragers ersichtlich.²⁴⁾ Erhält beispielweise ein Lebensmittelhändler ohne besonderen Anlass erhebliche Sondervergünstigungen von einem Hersteller, die einem anderen Abnehmer gerade nicht gewährt werden, dürfte neben der Vermutung des § 20 Abs. 1 S. 2 GWB allerdings ohnehin § 20 Abs. 2 GWB einschlägig sein.²⁵⁾

III. Aktuelle Entwicklungen zur Auslegung des Anzapfverbots nach § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB

1. Hintergrund des Verfahrens

Auf dem deutschen Markt des Lebensmittelhandels verfügt kein 7 Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung, sodass das BKartA auf der Grundlage der Vorschriften über die relative Marktmacht ein Verfahren gegenüber der EDEKA-Gruppe im Jahr 2009 eröffnete. Nach der Übernahme der rund 2.300 PLUS-Filialen von Tengelmann im Jahr 2008 forderte EDEKA Anfang 2009 von rund 500 Lieferanten aus nahezu sämtlichen Warenbereichen sogenannte „Sonderverhandlungen“ außerhalb der regulären Jahresgespräche. Im Rahmen dieser Gespräche stellte EDEKA seinen Lieferanten gegenüber fünf Forderungen auf: Erstens die Durchführung eines „Bestwertabgleichs“ mit den bisherigen Preisen von PLUS; zweitens die Zahlung eines klassischen, einmaligen Hochzeitsbonus (prozentuale Einmalzahlung hinsichtlich des Umsatzes mit PLUS in Höhe von 3-4%); drittens die Gewährung eines dauerhaften „Synergiebonus“ hinsichtlich potentieller Kosteneinsparungen auf Seiten der Lieferanten (bezugnehmend auf den Gesamtumsatzes mit EDEKA in Höhe von 0,5-1%); viertens eine Partnerschaftsvergütung betreffend der Renovierung der eigenen Filialen (teilweise 600.000 Euro auf zwei Jahre); fünftens die Zahlung eines sog. „Sortimentserweiterungsbonus“ bzw. „Distributionsbonus“ für mögliche zusätzliche Leistungen in den neuen Filialen (teilweise 600.000 Euro, teilweise 0,5%, auf zwei Jahre).²⁶⁾ Schließlich teilte EDEKA seinen Lieferanten über diese fünf Punkte hinaus mit, dass man zukünftig längere Zahlungsziele in Anspruch nehmen werde.²⁷⁾

2. Die Entscheidung des BKartA

Die Forderungen von EDEKA bewegten den Markenverband zur 8 Einlegung einer Beschwerde beim BKartA, woraufhin die Behörde, unter anderem auch gestützt durch entsprechende Hinweise²⁸⁾ aus dem vorangegangenen Fusionskontrollverfahren, den Verdacht des rechtswidrigen „Anzapfens“ nach § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 GWB als gegeben ansah. Eine daraufhin stattfindende Hausdurchsuchung in der EDEKA-Zentrale in Hamburg im April 2009 bestätigte den Verdacht, ebenso wie die anschließende Vernehmung von Zeugen. Im Juli 2013 mahnte das BKartA EDEKA ab und wandelte das als Bußgeldverfahren eingeleitete Verfahren in ein Verwaltungsverfahren um.²⁹⁾ Mit seinem Beschluss vom 03.07.2014 bestätigte das BKartA seine vorläufige

18) BGH, 08.05.2007 – KZR 9/06, WuW/E DE-R 1984 – Autoruf-Genossenschaft II; BGH, 17.03.1998 – KZR 30/96, WuW/E DE-R 134 – Bahnhofsbuchhandel; BGH, 19.03.1996 – KZR 1/95, WuW/E BGH 3058, 3063 – Pay-TV-Durchleitung; BGH, 18.01.2000 – KVR 23/98, WuW/E Verg 297 – Tarifreueerklärung II; *Markert*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Fn. 7), § 20 Rn. 263; *Säcker/Mohr*, WRP 2010, 1, 23.

19) *Eufinger/Maschmer*, ZLR 2015, 37, 40.

20) BGH, 24.09.2002 – KVR 8/01, WuW/E DE-R 984, 990 – Konditionenanpassung.

21) EuGH, 13.02.1979 – 85/76, Slg. 1979, 461 Rn. 39 – Hoffman-La Roche.

22) *Nothdurft*, in: *Langen/Bunte*, Bd. 1, 12. Aufl. 2014, § 20 Rn. 84.

23) Vgl. Regierungsbegründung zur 5. GWB-Novelle vom 30.05.1989, BT-Drs. 11/4610, S. 11; *Nothdurft*, in: *Langen/Bunte* (Fn. 22), § 20 Rn. 86; a. A. *Bechtold/Bosch* (Fn. 11), § 20 Rn. 24; *Lübbert*, in: *Wiedemann*, Hdb. KartR, 2. Aufl. 2008, § 25 Rn. 21.

24) *Loewenheim*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff* (Fn. 14), § 20 GWB Rn. 54; *Lübbert*, in: *Wiedemann* (Fn. 23), § 25 Rn. 23.

25) *Eufinger*, ZVertriebsR 2014, 37, 41.

26) BKartA, 03.07.2014 – B2-58/09, S. 8 f.

27) Gegen dieses Vorgehen stellte der Markenverband einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, dem das LG Hamburg am 20.03.2009 – 315 O 128/09 stattgab. Der von EDEKA eingelegte Widerspruch gegen diese Entscheidung wurde später wieder zurückgezogen, vgl. BKartA, 03.07.2014 – B2-58/09, S. 138.

28) Im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens hatte EDEKA dem BKartA eine Power-Point-Präsentation vorgelegt, die aufzeigte, dass die Kosten der Fusion (Kaufpreis, Restrukturierungsaufwand, etc.) auch durch von Lieferanten zu fordernden „Hochzeitsrabatten“ finanziert werden sollten, vgl. BKartA, 03.07.2014 – B2-58/09, S. 8. Die entsprechende Passage lautete: „Restrukturierungsaufwand wird aus zu verhandelnden Hochzeitsgeldern finanziert“.

29) BKartA, 03.07.2014 – B2-58/09, S. 11.

Eufinger/Maschmer, Durchsetzung v. Vorzugsbedingungen als Missbrauch relativer Marktmacht

rechtliche Einschätzung für den beispielhaft ausgewählten Produktmarkt Sekt.³⁰⁾ Als Zeugen befragt und somit betroffen auf diesem Markt waren die vier führenden deutschen Sektkellereien, namentlich die Rotkäppchen Mumm Sektkellereien GmbH, die Henkell & Co. Sektkellerei KG, die Freixenet Deutschland GmbH sowie die Sektkellerei Schloss Wachenheim AG.

- 9 Das BKartA sah die von EDEKA im Rahmen von „Sonderverhandlungen“ geltend gemachten fünf Forderungen als einen Verstoß gegen das Anzapfverbot gemäß § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB an. Überdies maß das Amt dem Verfahren hinsichtlich der Reichweite des Verbots der passiven Diskriminierung eine über den Einzelfall hinausgehende grundsätzliche Bedeutung für die Einordnung von Nachfragemacht zu.³¹⁾ Die Entscheidung hätte insbesondere zur Grenzziehung zwischen grundsätzlich zulässigen „harten Verhandlungen“ auf der einen und der missbräuchlichen Ausnutzung von Marktmacht auf der anderen Seite beitragen sollen.³²⁾ Die konsequente Anwendung des Anzapfverbots sei vor dem Hintergrund der zunehmenden Konzentration im deutschen Lebensmitteleinzelhandel und der damit einhergehenden Konzentration der Nachfrage nach Markenartikeln auf wenige große Unternehmen angezeigt. Missbräuchliches „Anzapfen“ schade dem Wettbewerb insgesamt, indem den betroffenen Nachfragern und auch den übrigen im Lebensmittelhandel tätigen Unternehmen aus Angst vor zukünftigen (und dann rückwirkenden) Konditionenanpassungen (im Rahmen von Fusionen) durch die Hersteller keine besseren Einzelkonditionen mehr gewährt werden. Mittel- bis langfristig führe dies bei den Verbrauchern zu Nachteilen in Form schlechterer Produktqualität, nachlassender Innovationstätigkeit, geringerer Warenvialität sowie der Gefahr steigender Preise aufgrund einer Reduzierung der Wettbewerbsintensität.³³⁾

2. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf

a) Grundtenor

- 10 In einer bemerkenswerten Entscheidung hat das OLG Düsseldorf am 18.11.2015 die Verfügung des BKartA in *allen* Punkten aufgehoben. Damit ist die vom BKartA definierte – und gewünschte – „rote Grenze“ zwischen „harten Preisverhandlungen“ (*hard bargaining*) und der missbräuchlichen Vorteilsgewährung nach § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB zugunsten marktstarker Unternehmen verrückt worden.³⁴⁾ Nach Ansicht des Gerichts erfüllte keine der fünf von EDEKA geforderten Maßnahmen die Voraussetzungen des Anzapfverbots gemäß § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB.³⁵⁾ Selbst wenn man das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen unterstellen würde, könne die Entscheidung des BKartA keinen Bestand haben, denn zum Teil seien die vom BKartA als kartellrechtswidrig beurteilten Maßnahmen aus tatsächlicher Hinsicht nicht unzulässig und zum anderen Teil sei das beanstandete Verhalten sachlich gerechtfertigt.³⁶⁾ Allerdings betreffen die Feststellungen des OLG Düsseldorf nur die angefochtene Entscheidung und somit nur den Markt für das Produkt Sekt. Zwar kann das Anzapfverbot grundsätzlich auch

Drittmarktbeschränkungen erfassen.³⁷⁾ Allerdings beschäftigt sich die vorliegende Entscheidung nicht mit der Frage, ob die festgestellten Verhaltensweisen einen Marktmachtmisbrauch auf anderen Produktmärkten darstellen, auch nicht auf solchen, auf denen die Sekthersteller tätig sind.³⁸⁾

b) Bestwertgleich

Die Unzulässigkeit des Bestwertabgleichs begründete das BKartA insbesondere mit der Intransparenz und fehlenden Erläuterung der Herleitung und Berechnung der „Bestwert-Forderung“, sodass die Sekthersteller diese nicht hätten nachvollziehen können. Das OLG Düsseldorf stelle hingegen fest, dass den Hersteller die Herleitung und Berechnung nachvollziehbar mitgeteilt wurde.³⁹⁾ Darüber hinaus sei auch die Methodik des Bestwertabgleichs, die Heranziehung mehrere gestaffelter Stichtage nicht zu beanstanden.⁴⁰⁾ Gleiches gelte für den als unzulässig eingestuften Sortimentserweiterungsbonus.⁴¹⁾ Generell habe das BKartA nicht begründen können, inwiefern die Intransparenz einer Forderung Ausdruck von Marktmacht sein soll.⁴²⁾ Ohnehin seien vorliegend keine Anhaltspunkte ersichtlich, warum es im Lebensmitteleinzelhandel üblich sei, die Berechnungsmethode eines Sortimentserweiterungsbonus der Höhe nach zu erläutern.⁴³⁾ Hingegen fehle es bei der Verlängerung der Zahlungsziele bereits an einem einseitigen Handeln, da in den maßgeblichen Schreiben der EDEKA die Verlängerung ausdrücklich von dem Einverständnis der Hersteller abhängig gemacht und im Falle des Widerspruchs tatsächlich in Verhandlungen eingetreten werden sollte.⁴⁴⁾ Die Gewährung eines Synergiebonus wertete das BKartA als kartellrechtswidrig, da diesem offensichtlich keine Gegenleistungen gegenüberstanden. Allerdings sah das Berufungsgericht bereits eine Offensichtlichkeit als nicht gegeben an.⁴⁵⁾ So sei mit der Integration der PLUS-Filialen in das Vertriebsnetz der EDEKA eine Verringerung der Lagerstätten verbunden, mit der Folge, dass sich Möglichkeiten der Transportkostenreduktion auf Seiten der Sekthersteller ergeben würden. Überdies bestünden Möglichkeiten der Kosteneinsparungen durch fusionsbedingte Fixkostendegressionseffekte sowie schließlich auch durch den Wegfall der Werbekostenzuschüsse für PLUS.

c) Partnerschaftsvergütung

Bei der von EDEKA geforderten sog. Partnerschaftsvergütung vertrat das BKartA ebenfalls die Ansicht, dass diesen offensichtlich keine Gegenleistung gegenüberstünde. Auch hier verneinte das OLG Düsseldorf die Feststellungen der Verfolgungsbehörde mit der Begründung, dass die Schaffung einer höheren Attraktivität der alten PLUS-Filialen durch Renovierung und Modernisierung und der damit verbundenen Erwartung verbesserter Absatzchance durchaus eine rechtfertigende Gegenleistung darstellen könne.⁴⁶⁾ Inwiefern die Partnerschaftsvergütung diese Gegenleistung übersteigt, da letztere bereits über den vereinbarten Mengenrabatt am steigenden Umsatz der modernisierten Filialen partizipiere, müsse stets einzelfallbezogen entschieden werden. Schließlich spiele es vorliegend auch keine Rolle, dass die höhere Attraktivität der Filialen nicht lieferanten-, waren- oder artikelbezogen sei. Die Feststellung der Unzulässigkeit des For-

30) Neben dem Produktmarkt Sekt wurde ebenfalls der Markt für Fruchtsaft in Betracht gezogen, wobei diese Überlegungen später allerdings fallen gelassen wurden, vgl. BKartA, 03.07.2014 – B2-58/09, S. 9 f.

31) BKartA, 03.07.2014 – B2-58/09, S. 11.

32) BKartA, 03.07.2014 – B2-58/09, S. 5.

33) BKartA, 03.07.2014 – B2-58/09, S. 5.

34) Barth/Schlößer, GWR 2016, 17.

35) OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 Rn. 29.

36) OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff., Rn. 31.

37) BGH, 23.03.1982 – KZR 28/80, NJW 1982, 1759 – Meierei-Zentrale; BGH, 07.11.1960 – KZR 1/60, GRUR 1961, 142 – Molkerei-Genossenschaft; BGH, 04.11.2003 – KZR 38/02, GRUR 2004, 259 – Strom und Telefon II.

38) Vgl. OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff., Rn. 85 ff.

39) OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff., Rn. 44 ff.

40) OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff., Rn. 90 ff.

41) OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff., Rn. 52 ff.

42) OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff., Rn. 56.

43) OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff., Rn. 55.

44) OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff., Rn. 58 ff.

45) OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff., Rn. 63 ff.

46) OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff., Rn. 71 ff.

Eufinger/Maschmer, Durchsetzung v. Vorzugsbedingungen als Missbrauch relativer Marktmacht

derns besserer Konditionen während der Laufzeit geltender Jahresvereinbarungen scheiterte vorliegend bereits durch den im Rahmen der Jahresvereinbarungen für das Jahr 2009 enthaltenen Vorbehalt, wonach das Nachverhandeln der Konditionen im Rahmen der bevorstehenden Integration der PLUS-Filialen ausdrücklich erlaubt war.⁴⁷⁾ Die Darstellung des BKartA, die Forderungen seien von EDEKA als nicht verhandelbar gestellt worden, treffe in tatsächlicher Hinsicht ebenfalls nicht zu.⁴⁸⁾ Nicht nur habe der Verlauf der Sonderverhandlungen in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht den normalen Jahresverhandlungen entsprochen, sondern es sei auch *tatsächlich* verhandelt worden.

d) Sonstige Tatbestandsvoraussetzungen

- 13 Das OLG Düsseldorf führt schließlich aus, dass selbst bei Vorliegen der sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen des Anzapfverbots eine sachliche Rechtfertigung gegeben sei.⁴⁹⁾ Zwar sei im Rahmen des Anzapfverbots eine Rechtfertigung umso eher zu verneinen, als der Lieferant als kleines oder mittleres Unternehmen einzustufen ist. Handele es sich bei dem Anbieter hingegen um ein finanzkräftiges und in allen Marktsegmenten und Regionen solide verankertes Unternehmen bekannter Marken, könne von ihm erwartet werden, dass es die Forderungen nach ungerechtfertigten Vorteilen zurückweist, ohne dass dies nachteilige Folgen auf die Geschäftsbeziehungen zum Nachfrager habe.⁵⁰⁾ Bedeutung erlange im Rahmen der Interessensabwägung darüber hinaus der Grundsatz der Leistungsgerechtigkeit, wonach gewährte Vorteile nicht „leistungsgerecht“ sind, wenn sie „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“. Maßgeblich sei somit bei einem ohne Gegenleistung gewährten Vorteil, ob dieser auf einer Ausnutzung von Marktmacht beruht. Dies sei der Fall, wenn andere Nachfrager, die über eine solche Macht nicht verfügen, die entsprechenden Vorteile in der Regel unter vergleichbaren Bedingungen nicht fordern können.⁵¹⁾ Im Ergebnis seien vorliegend auch nicht die einzelnen Forderungen separat zu betrachten und einer gesonderten kartellrechtlichen Bewertung zu unterziehen. Vielmehr sei für die Sekthersteller entscheidend gewesen, welche Gegenleistungen der Gesamtforderung der EDEKA *in toto* gegenübergestanden hätten und ob das Verhältnis „aus kaufmännischer Sicht stimmig sei“.⁵²⁾ Schließlich bestehe eine sortimentsbedingte Abhängigkeit der EDEKA von den vier Sektherstellern, da diese für das maßgebliche Jahr 2009 alle Artikel in ihrem Sortiment hatten, auf die EDEKA aufgrund deren Bekanntheit als Vollsortimenter nicht hätten verzichten können.⁵³⁾ Diese Gegenmacht der Sekthersteller, die sich aus der Größe der Unternehmen (der Umsatz aller Sekthersteller lag 2010 jeweils deutlich über 250 Mio. Euro), der Unverzichtbarkeit bestimmter Sektmarken für EDEKA und dem tatsächlichen Verlauf der Sonderverhandlung ergebe, habe die Marktstärke der EDEKA derart beschränkt, dass die Forderungen nicht als missbräuchliches Verhalten im Sinne von § 19 GWB zu werten seien.⁵⁴⁾ Zu beachten ist allerdings, dass auch

eine gegenseitige Abhängigkeit nicht die Anwendbarkeit der §§ 19 f. GWB verhindert. Die marktstarken Positionen neutralisieren sich in diesem Fall nicht, sondern die beiden Unternehmen haben im Rahmen ihrer Geschäftsbeziehungen beide die Vorschriften der relativen Marktmacht zu beachten.⁵⁵⁾

e) Rechtsbeschwerde

Das OLG Düsseldorf hat die Rechtsbeschwerde gemäß § 74 Abs. 2 GWB nicht zugelassen, da einerseits keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden sei und andererseits eine Entscheidung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung des BGH nicht erforderlich sei.⁵⁶⁾ Die „Wunschvorstellung“ des BKartA das vorliegende Verfahren als Musterverfahren für den gesamten Lebensmittelhandel zur Belegung des Verbots der passiven Diskriminierung zu führen, begründe schließlich ebenfalls keinen Zulassungsgrund.

IV. Würdigung der Entscheidung des OLG Düsseldorf

Aus Sicht des Wettbewerbsrechts ist nicht jedes wirtschaftlich durchsetzbare Verhandlungsergebnis auch zulässig. So sind besonders günstige, nur auf der Marktstärke des Abnehmers beruhende Konditionen, die keinen Bezug zur konkreten Abnahmeerleistung haben, nicht statthaft. Dies ist der Fall, wenn die entsprechenden Vorteile dem marktmächtigen Nachfragern einzig und allein aufgrund seiner starken Stellung am Markt gewährt werden und dabei weder durch die Menge der abgenommenen Waren oder Leistungen noch in den übernommenen Funktionen sowie Serviceleistungen des Nachfragers begründet sind. Allerdings verbietet sich nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf eine voreilige Feststellung des Verstoßes gegen das Anzapfverbot nach § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB, ist doch auf der Grundlage einer umfassenden Interessenabwägung zu beurteilen, ob ein solcher Verstoß vorliegt. Dabei ist die Verpflichtung des Normadressaten zur Rücksichtnahme auf die wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten anderer Unternehmen umso größer, je stärker seine tatsächliche Marktmacht ist. Umgekehrt sind große Unternehmen weniger schutzbedürftig als kleine und mittlere Unternehmen, wobei die Marktmacht des Normadressaten durch eine Gegenmacht relativiert oder beseitigt werden kann. Vermissen lässt die Entscheidung des OLG Düsseldorfs allerdings die Auseinandersetzung mit des als Indiz qualifizierten Entgegenkommens des marktstarken Unternehmens und der damit einhergehenden Missbrauchsgefahr. Können marktstarke Nachfrager davon ausgehen, dass jedes Entgegenkommen ihrerseits als erfolgreiche Verhandlungsführung des abhängigen Unternehmens gewertet werden kann, würde bereits das Ansetzen übertrieben hoher Preise die Anwendung der vorliegenden Vorschriften ausschließen und ihnen somit die praktische Wirksamkeit rauben.

Zudem verdeutlicht die Entscheidung, dass sowohl marktstarke Unternehmen als auch deren Lieferanten bei antagonistischen Vertragsverhandlungen in einem Dilemma stecken.⁵⁷⁾ So sollte nach Auffassung des BKartA bereits die Forderung nach Sonderkonditionen ohne konkrete Gegenleistung oder die fehlende Signalisierung entsprechender Verhandlungsbereitschaft eine Aufforderung i. S. d. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 GWB darstellen.⁵⁸⁾ Diese

47) OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff., Rn. 74 ff.

48) OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff., Rn. 92 ff.

49) OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff., Rn. 99 ff.

50) OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff., Rn. 99.

51) Vgl. *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 7), § 19 Rn. 378.

52) OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff., Rn. 106.

53) OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff., Rn. 121 f.

54) OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff., Rn. 108 ff.

55) *Westermann*, in: MüKo GWB, 2. Aufl. 2015, § 20 Rn. 26.

56) OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff., Rn. 160.

57) Vgl. hierzu *Eufinger/Maschmer*, AJP forthcoming.

58) BKartA, 03.07.2014 – B2-58/09, S. 181 f.

behördliche Sichtweise übersieht, dass es im Wirtschaftsleben durchaus üblich ist, in Verhandlungen durch ein stark kompetitives Verhalten das Beste für die jeweilige Seite zu erreichen. Bei sog. distributiven Verhandlungen ist die Verhandlungsmasse unveränderlich und jeder zusätzliche Gewinn der einen Verhandlungspartei führt somit zu einem Verlust der anderen Seite.⁵⁹⁾ Verhandeln Hersteller und Händler im Lebensmitteldetailhandel die entsprechenden Einkaufskonditionen, handelt es sich in der Regel um eine fixe Verhandlungsmasse. Dies hat zur Folge, dass die optimale Durchsetzung der eigenen Verhandlungsposition oberste Priorität genießt, da eine Vergrößerung der Verhandlungsmasse nicht möglich ist.⁶⁰⁾ Insbesondere das Beharren auf der eigenen Position sowie unangemessene Drohungen und negative Emotionen sind charakteristisch für distributive Verhandlungen.⁶¹⁾ Wenn also im streitgegenständlichen Verfahren den Lebensmittelherstellern in einem Erstgespräch seitens der Lieferanten Forderungen nach einer durch den Bestwertabgleich ermittelten Preisanpassung und Ausgleichszahlung präsentiert werden, ist dies lediglich Ausfluss einer kompetitiven Verhandlungsstrategie. Ob daher bereits die Aussage des marktmächtigen Unternehmens, die genannten Forderungen seien nicht „mehr verhandelbar“, zur Tatbestandsverwirklichung ausreicht, erscheint zweifelhaft. Vielmehr ist die Androhung derartiger negativer Folgen einer distributiven Verhandlungsführung durchaus immanent. Dies dürfte insbesondere gelten, wenn solche Forderungen in einem Erstgespräch gestellt werden, bei dem die Parteien regelmäßig davon ausgehen, dass der Verhandlungspartner ohnehin nicht vollumfänglich auf dieses Angebot eingehen wird. Vielmehr geht der Verhandlungspartner im Sinne der „Ankerheuristik“⁶²⁾ davon aus, dass sein genanntes Angebot letztlich nur Auswirkungen auf das Gegenangebot der anderen Seite haben wird. Nachdem die Sekthersteller mit den Forderungen der EDEKA konfrontiert worden sind, haben sie in den anschließenden Verhandlungen erhebliche Gegenforderungen gestellt und dadurch sogar gewichtige zusätzliche Gegenleistungen aushandeln können.⁶³⁾ Ohnehin ist es im (Lebensmittel-)Detailhandel üblich, Sonderverhandlungen mit einer Preisanpassung an den jeweils ermittelten niedrigsten Branchenpreis – aus Sicht der Gegenseite die Maximalforderung – zu eröffnen, anschließend über wechselseitig verlangte Konditionen und Gegenforderungen zu verhandeln und in der Regel durch gegenseitiges Nachgeben ein für beide Seiten akzeptables Ergebnis zu erzielen. Dies entspricht jedenfalls den üblichen Gepflogenheiten der Branche.⁶⁴⁾ Derartige Verhandlungen sind also von einem Wechselspiel gegenseitigen Forderns und Nachgebens geprägt.⁶⁵⁾ Im Sinne der „Ankerheuristik“ haben beide Seiten Angebote und Gegenangebote gemacht, Kompromisse geschlossen und sich am Ende in der Mitte getroffen.⁶⁶⁾ Dieses Verhalten ist keineswegs kartellrechtswidrig, sondern Ausfluss einer erfolgreichen Verhandlungsführung. Ein Missbrauch von Nachfragemacht dürfte erst vorliegen, wenn ein marktstarkes Unternehmen seinem Lieferanten eine (tatsächlich) nicht mehr

verhandelbare Kondition nennt und das von ihm abhängige Unternehmen auf diese Kondition eingehen muss, da es andernfalls mit erheblichen wirtschaftlichen Verwerfungen rechnen muss und der Abnehmer trotzdem zu *keinerlei* Zugeständnissen bereit ist.

V. Praktische Relevanz des Anzapfverbots in anderen Branchen

Die Vorschriften der relativen Marktmacht und insbesondere des Anzapfverbots haben vor allem in jenen Branchen Bedeutung, in denen wenige marktstarke Nachfrager einer Vielzahl von kleinen und mittleren Anbietern gegenüberstehen. Ein prominentes Beispiel einer vergleichbaren Marktsituation zeigt sich im Automobilsektor. Aufgrund der stets zunehmenden Spezialisierung und spezifischen Ausrichtung von Zulieferunternehmen in nahezu sämtlichen Industriebereichen nimmt die Bedeutung der relativen Marktmacht jedoch branchenübergreifend stetig zu. Allerdings führt eine Ausrichtung eines Anbieters auf einen Nachfrager häufig nicht nur zu einer nachfragebedingten Abhängigkeit. Zugleich kann hiermit auch eine gewisse Abhängigkeit des Nachfragers einhergehen, wenn auch für diesen ein Wechsel zu einem anderen Anbieter oder die Umstellung seiner Geschäftstätigkeit mit großen Schwierigkeiten verbunden ist. Viele kleine Automobilzulieferer sollten sich trotz dieser Entscheidung des OLG Düsseldorf nicht entmutigen lassen, da nur solche Verhandlungsergebnisse gerechtfertigt sind, die der Automobilhersteller in der Regel unter vergleichbaren Bedingungen hätte fordern können., sodass die Forderung ungerechtfertigter Preisnachlässe – unter Ausnutzung der Marktmacht – weiterhin verboten bleiben. Hieran hat auch die Entscheidung des OLG Düsseldorf nichts geändert.

VI. Fazit

Der Verfahrensgang in Sachen EDEKA zeigt eindrücklich die Schwierigkeiten bei der Anwendung der Vorschriften des Anzapfverbots nach § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB. Während das BKartA im Rahmen seines Untersagungsbeschlusses aus dem Sommer 2014 durch die von EDEKA gestellten Forderungen dessen Tatbestandsvoraussetzungen als gegeben ansah, verneinte das OLG Düsseldorf nicht nur die meisten Feststellungen des Amtes, sondern sah überdies für einen Grossteil der einzelnen Forderungen einen sachlichen Rechtfertigungsgrund als gegeben an. Insbesondere die vom marktstarken Unternehmen ergriffene Verhandlungsführung wurde von Exekutive und Judikative gänzlich unterschiedlich bewertet. Dies macht es für marktstarke (Lebensmittel-)Detailhändler ausgesprochen schwierig, bei Vertragsverhandlungen die Grenze des *hard bargaining* nicht zu überschreiten und kein von ihm abhängiges Unternehmen dazu aufzufordern oder zu veranlassen, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren. Die vom BKartA mit dem Verfahren angestrebte Signalwirkung für den gesamten Lebensmitteleinzelhandel hinsichtlich des Verbots der passiven Diskriminierung konnte folglich nicht erreicht werden. Im Gegenteil wurde unter Zugrundelegung einer ökonomischen Betrachtung der komplexen Verhandlungen der Freiraum marktstarker Unternehmen spürbar erweitert und die angestrebte Grenzziehung zwischen kartellrechtlich zulässigen „harten Verhandlungen“ auf der einen und der missbräuchlichen Ausnutzung von Nachfragemacht auf der anderen Seite zugunsten marktstarker Unternehmen verschoben.

59) Barisch, Optimierung von Verhandlungsteams, 2010, S. 9.

60) Vgl. Raiffa/Richardson/Metcalf, 2002, S. 96: „Distributive negotiation is about getting a bigger price for oneself.“

61) Barisch, Optimierung von Verhandlungsteams, 2010, S. 9.

62) Gemäß der Heuristik bilden Entscheider Urteile über ihnen nicht sicher bekannte Sachverhalte, indem sie von ihnen bekannten Informationen ausgehen (Anchoring), von diesen aus jedoch unzureichende Anpassungen (Insufficient Adjustment) vornehmen. Anchoring führt dann dazu, dass auch irrelevante Informationen die Urteilsbildung eines Entscheiders beeinflussen können; vgl. Gabler Wirtschaftslexikon.

63) OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff., Rn. 92.

64) OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff., Rn. 70.

65) OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff., Rn. 97.

66) OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff., Rn. 94 f.

WRP AUTOREN

**Dr. Alexander Eufinger**

Jahrgang 1983; 2003-2006 Ausbildung zum Bankkaufmann; 2006-2011 Studium des Deutschen und Europäischen Wirtschaftsrechts an der Universität Siegen; 2011-2014 wiss. Mit. am Lehrstuhl von Prof. Dr. Krebs an der Universität Siegen; 2014-2015 Jurist bei Gleiss Lutz in Stuttgart, seit 2015 Justiziar einer Stiftung des öffentl. Rechts, in Frankfurt a. M.

**Dipl. iur. oec. Andreas Maschemer**

Jahrgang 1985; Studium des Faches „Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht“ (Diplom) an der Universität Siegen; 2012 wiss. Mit. Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, Köln; 2012-2013 wiss. Mit. Lehrstuhl Prof. Dr. Peter Krebs, Universität Siegen; seit 2013 wiss. Mit. des Schweizer Staatssekretariats für Wirtschaft SECO, Bern. Doktorand von Prof. Dr. Peter Krebs und Prof. Dr. Roger Zäch, Zürich.