



## **8. L&A–Wettbewerbstag 2020 Wettbewerbsökonomie und Kartellrecht im Dialog**

# **Europäische Handelsallianzen – Countervailing Power und Effizienzen oder Wettbewerbsbeschränkungen?**

**16. Januar 2020**

- A. Sachverhalt**
- B. Rechtliche Grundlagen**
- C. Fallpraxis – D, EU, F**
- D. Kartellrechtliche Bewertung (Kartellverbot, Freistellung)**
- E. Verfahrensfragen**

**These 1 (Sachverhalt):**

Der Sachverhalt ist schwer greifbar, das Agieren vieler Allianzen intransparent.  
Hier bedarf es gründlicher Ermittlungen durch die Kartellbehörden  
(Sektoruntersuchungen, Kartellverfahren, Vernehmungen, Durchsuchungen).

## **I. Große Varianz von Allianzen**

### **1. Rechtsformen und vertragliche Gestaltungen**

[H-LL, Rn. 194]

- gemeinsam kontrolliertes Unternehmen oder
  - Unternehmen, an dem viele andere Unternehmen Minderheitsbeteiligungen halten
    - ... jeweils in der Form der AG (bzw. SA), der GmbH (bzw. S.a.r.l.) etc.
  - vertragliche Regelung
  - lockerere Formen der Zusammenarbeit („gemeinsame Einkaufsregelungen“).
- ### **2. Unterschiedliche Mitgliedsunternehmen (Größe, Zahl, Allianzen selbst)**
- ### **3. Funktionsweise**
- ### **4. „Targets“ (häufig eher große, multinationale Hersteller)**

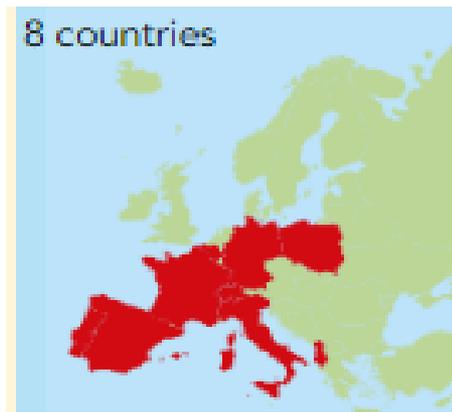
### II. Räumliche Verbreitung d. Allianzen (eig. Internetrecherchen, ohne. Gewähr)



6 Mitglieder



Präsenz in 8 Ländern



Quelle:

[https://www.researchgate.net/publication/32293620\\_8\\_Eyes\\_on\\_the\\_price\\_International\\_supermarket\\_buying\\_groups\\_in\\_Europe?fbclid=IwAR0X3IYZmugZ4qhw8aDRApD8nYv9BFwEdLrJOjwItsfvnLIAiel6Op\\_o6LIQ](https://www.researchgate.net/publication/32293620_8_Eyes_on_the_price_International_supermarket_buying_groups_in_Europe?fbclid=IwAR0X3IYZmugZ4qhw8aDRApD8nYv9BFwEdLrJOjwItsfvnLIAiel6Op_o6LIQ)

**ams**  
creating synergy

11 Mitglieder

**MIGROS**

**ICA**  
GRUPPEN

**salling** group

**BOOKER**

**hagar**

Ahold  
Delhaize

*Musgrave*

**UNIARME**

JERÓNIMO MARTINS

**K**

**Morrisons**  
Since 1899

Shareholders and members



Tätigkeit in 20 Ländern

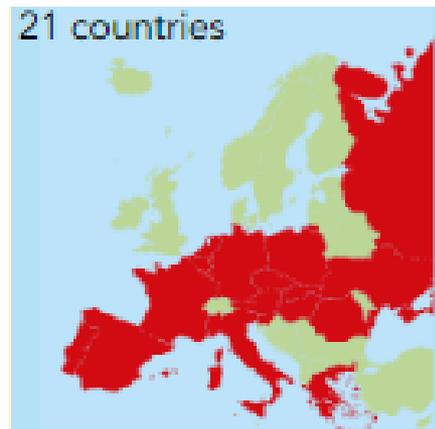
Quelle: <https://www.ams-sourcing.com/ams/shareholders-members/?fbclid=IwAR0gnzRb3DHnrSDGU8CUDjDDPkAvjo83bgy9vPkIIIFyxsdbrxpiGYF6Juw>

# COOPERNIC<sup>★</sup>

4 Mitglieder



Tätigkeit in 21 Ländern



Quelle:

[https://www.researchgate.net/publication/322936208\\_Eyes\\_on\\_the\\_price\\_International\\_supermarket\\_buying\\_groups\\_in\\_Europe?fbclid=IwAR0X3IYZmugZ4qhw8aDRApD8nYv9BFwEdLrJOjwitsfvnLIAiel6Op\\_o6LIQ](https://www.researchgate.net/publication/322936208_Eyes_on_the_price_International_supermarket_buying_groups_in_Europe?fbclid=IwAR0X3IYZmugZ4qhw8aDRApD8nYv9BFwEdLrJOjwitsfvnLIAiel6Op_o6LIQ)



> 10 Mitglieder

3 Assoziierte  
Mitglieder

Präsenz in 20 Ländern



Dagrofa



**ESD italia**  
Efficienza e Servizi per la Distribuzione



Superunie



NorgesGruppen



dagab

WOOLWORTHS GROUP



**Homeplus**



Quelle: <https://www.emd-ag.com/where-are-we-active/where-are-we-active.html>



2 Mitglieder  
Tätigkeit in 4 EU-Ländern



### Carrefour-Tesco

2 Mitglieder  
Tätigkeit in 10 EU-Ländern



4 Mitglieder  
Tätigkeit in 16 EU-Ländern  
(insg. 47 Länder)



### **III. Mögliche Funktionen der Allianzen**

- a. (Erleichterte) Führung der Verhandlungen mit den Markenherstellern für die Mitgliedsunternehmen
- b. Gemeinsame Entwicklung von Handelsmarkenprodukten
- c. Übernahme von Logistik- und Lagerfunktionen
- d. Verkauf von „Dienstleistungen“ (Daten zu Verkaufszahlen, Unterstützung bei multinationalen Produktplazierungen, Unterstützung bei Internationalisierungsbemühungen) an Hersteller

### **These 2 (Rechtsgrundlagen):**

Es fehlt nicht an klaren Rechtsgrundlagen (Art. 101 lit. a AEUV!), um unterstellte Wettbewerbsbeschränkungen durch ERAs abzustellen und zu sanktionieren. Sehr missverständlich ist allerdings die einschränkende Interpretation des Kartellverbots durch die Kommission in Rn. 205 f. der Horizontalleitlinien (H-LL), die Nachfragekartelle durch Einkaufskooperationen offenbar nur sehr eingeschränkt für wettbewerblich relevant hält.

### I. Europa

- Art. 101 (Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen)

*(1) Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche [...] eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, insbesondere*

*a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;*

- Art. 102 AEUV (Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen)
- FKVO (Gemeinschaftsunternehmen!)

### I. Europa – Forts.

- Kommission, Mitteilung – Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. vom 14.1.2011, C 11, S. 1 ff. (Rn. 194 ff. über Einkaufskooperationen)

*(205) Bei einer gemeinsamen Einkaufsregelung handelt es sich um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie nicht wirklich den gemeinsamen Einkauf betrifft, sondern als Mittel zur Bildung eines verschleierten Kartells für verbotene Praktiken wie Preisfestsetzung, Produktionsbeschränkung oder Marktaufteilung genutzt wird.*

*(206) Vereinbarungen, mit denen unter anderem Einkaufspreise festgesetzt werden, können eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 bezwecken. Dies gilt jedoch nicht, wenn [...]*

### II. Deutschland

- §§ 1, 2, 3 GWB (Entfallen: § 4 Abs. 2 GWB a. F.)
- §§ 18, 19, 20 GWB (Marktbeherrschende Stellung; Missbrauch marktbeherrschender Stellungen, einschl. Anzapfverbot; Missbrauch wirtschaftlicher Abhängigkeit)

Beachte: § 20 I Entw. 10.-GWB-Nov.: Entfallen des KMU-Kriteriums  
→ Erweiterung des Schutzbereichs.

- §§ 35 ff. GWB (Gemeinschaftsunternehmen)
- BKartA, Merkblatt Kooperationsmöglichkeiten von KMU, März 2007, Rn. 38 (S. 7)

### III. Frankreich

- Art. 420 -1 und 420 – 2 Code de commerce (Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung)
- Art. 442-1 Code de commerce (Verbotene Verhaltensweisen)
- Art. 442-4 Code de commerce (Antrag des Wirtschaftsministeriums beim Tribunal de commerce: Unterlassung, ggf. Feststellung der Nichtigkeit, Rückerstattung, Strafe)
- Art. 462-10 Code de commerce („Loi Macron“): Pflicht zur Notifikation der Bildung von Handelsallianzen und Pflicht der Kartellbehörde zur Prüfung.

### **These 3 (Fallpraxis):**

Wettbewerbliche Risiken von Einkaufskooperationen scheint die französische Praxis besonders ernst zu nehmen (Ergebnis allerdings noch offen), während die europäische und deutsche Praxis tendenziell Effizienzgewinne unterstellen. Als Ausnahme hervorzuheben ist der Kommissionfall Autobatterien-Recycling.

### I. Deutschland (Auswahl)

- BKartA, PM v. 28.3.2000: Einkaufskooperation Edeka/Markant aufgeben

Projekt: Gründung mehrerer GUs

Fusionskontrollrechtliche und kartellrechtliche Prüfung

Vorläufige Feststellung: Starke Nachfrager nach Fusion mit Marktanteil  $> 1/3$  für verschiedenen Produktgruppen.

### I. Deutschland (Auswahl)

- BGH, Beschl. v. 23.1.2018 – KVR 3/17 – *Hochzeitsrabatte*, vorher BKartA, 2014, und OLG Düsseldorf, 18.11.2015

Vorwürfe insbes.:

Anzapfen von Lieferanten nach Übernahme von Plus durch Edeka, Bestehen auf günstigeren, Plus gewährten Konditionen, sog. „Bestwertabgleich“

Verlangen von „Partnerschaftsvergütung“ für Plus-Filialen-Modernisierung

Marktbeherrschung oder relative Marktmacht als Voraussetzung.

### I. Deutschland (Auswahl) – Forts.

- BKartA, Fallbericht v. 18.10.2019: Kein Beitritt der KGH GmbH & Co. KG (Krieger/Höffner-Gruppe) zur Möbeleinkaufskooperation VME/MHK/Union

Einstellung des Verfahrens ohne förmliche Entscheidung

Positive Erwähnung von Einkaufskooperationen („Mittelstand [wird] ermöglicht, am Markt gegen größere Wettbewerber bestehen zu können.“, vgl. § 3 GWB)

Vorläufige Feststellung: Marktanteil auf Absatzmarkt Küchen bundesweit deutlich > 15 %

### I. Deutschland (Auswahl) – Forts.

- BKartA, PM v. 21.11.2019/Fallbericht v. 9.1.2019: Bußgelder gegen deutsche Automobilhersteller wegen wettbewerbswidriger Praktiken beim Einkauf von Stahl

Absprachen über vereinheitlichte Zuschläge beim Einkauf von Stahl; Ausschaltung des Wettbewerbs im Hinblick auf diesen Preisbestandteil

Anteil der Einkaufskosten für Langstahl an Gesamtkosten Pkw < 1 %

Sonderfall: Verbraucherschaden durch höhere Preise?

### II. Europäische Fallpraxis (Auswahl)

- KOM, PM v. 4.11.2019: Kommission leitet Untersuchung möglicher Absprachen zwischen zwei französischen Einzelhändlern im Rahmen einer Einkaufsallianz ein.

Gegenstand: Allianz zwischen Casino (F) und Intermarché (F).

Vorausgegangen waren Durchsuchungen.

Fokus liegt auf möglicher Verhaltenskoordination hinsichtlich Entwicklung des Filialnetzes und der Verkaufspreise auf dem Angebotsmarkt.

Beschaffungsmarkt: Bildung von Verhandlungsmacht gegenüber Herstellern wird offenbar positiv gesehen (Vestager: „Einkaufsallianzen [...] können für niedrigere Verbraucherpreise sorgen“).

### II. Europäische Fallpraxis (Auswahl) – Forts.

- Vgl. EuGH, Ur. v. 11.7.2006 - C-205/03 P - FENIN

*(26) [Das Gericht hat] im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes [...] darauf hingewiesen, dass es das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt ist, was den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit kennzeichnet [...].*

→ Nachfragekartelle der allgemeinen Krankenkassen fallen nicht unter das Kartellverbot, weil Krankenkassen keine Unternehmen i.S.d. Art. 101 AEUV

U. a. von deutscher Rspr. (bislang) nicht nachvollzogen (offen gelassen von BGH, Beschl. v. 19.6.2007, KVR 23/98, WuW/E DE-R 2161, 2163 – *Tariftreueerklärung III.*)

### II. Europäische Fallpraxis (Auswahl) – Forts.

- KOM, Entsch. v. 8.2.2017 – Autobatterie-Recycling (AT 4000.18)

Kartell: Absprachen über Preisverhalten (Richtpreise, Höchstpreise oder pauschale Preisnachlässe, Verhandlungen mit Lieferanten) beim Einkauf von gebrauchten Bleiakkumulatoren in BE, DE, FR, NL.

Ziel der Absprachen: Verhinderung des Anstiegs oder Senken von Preisen auf Beschaffungsmarkt.

Auswirkungen auf Absatzmarkt nicht einmal angesprochen.

Bestätigt von EuG, 21.3.2018 – T-361/17, und EuGH, 19.3.2019 – C-312/18 P

### III. Französische Fallpraxis (Auswahl) – Forts.

- Autorité de la concurrence (2015): Avis n°15-A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution

Hinweise für Selbstevaluation der Allianzen; Betonung der Bedeutung von mehr Wettbewerb im Einzelhandel; Vorschläge an den Gesetzgeber (im Wesentlichen umgesetzt)

- Autorité de la concurrence, Eröffnungsbeschlüsse v. 16.7.2018 (Presseberichte)

Gegenstand:

Allianz Horizon von Auchan (F), Casino (F), Shiever (F) und Metro (D)  
Allianz Carrefour (F), Système U (F) und Tesco (GB)

### III. Französische Fallpraxis (Auswahl)

- Franz. Wirtschaftsministerium (DGCCRF), PM v. 22.7.2019 (N° 1354):  
Assignment du Mouvement E. LECLERC pour des pratiques commerciales abusives commises par sa centrale d'achat belge (Leclerc/Rewe)

Adressaten: Einkaufszentralen mit den Namen EURELEC TRADING, SCABEL, GALEC und ACDLEC

Vorwurf: Beschaffungsmarkt: Aufzwingen erheblicher Preissenkungen ohne jede Gegenleistung (imposer des baisses de tarifs très importantes, sans aucune contrepartie, à certains de ses fournisseurs), unter Umgehung des französischen Rechts, Androhung starker Repressalien (mesures de rétorsion fortes)

### These 4 (Bewertung im Lichte von Art. 101 AEUV)

Absprachen (auch Informationsaustausch) über Einkaufspreise wären (Hard-core-)Kartelle; echte Effizienzgewinne sind eher unwahrscheinlich; etwaige Weitergabe an Verbraucher müsste jedenfalls von Händlern bewiesen werden.

*[Hinweis 1: Es handelt sich im folgenden um Versuch d. Subsumtion unter einen hypothetischen Sachverhalt. Erforderlich sind kartellbehördliche Ermittlungen.*

*Hinweis 2: Eine Subsumtion unter Art. 102 AEUV oder §§ 19, 20 GWB entfällt aus Zeitgründen.]*

## **D. Kartellrechtliche Bewertung**

### **I. Verstoß gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender, Art. 101 AEUV**

1. Unternehmen, Unternehmensvereinigung
2. Absprache, Beschluss

### 3. Wettbewerbsbeschränkung

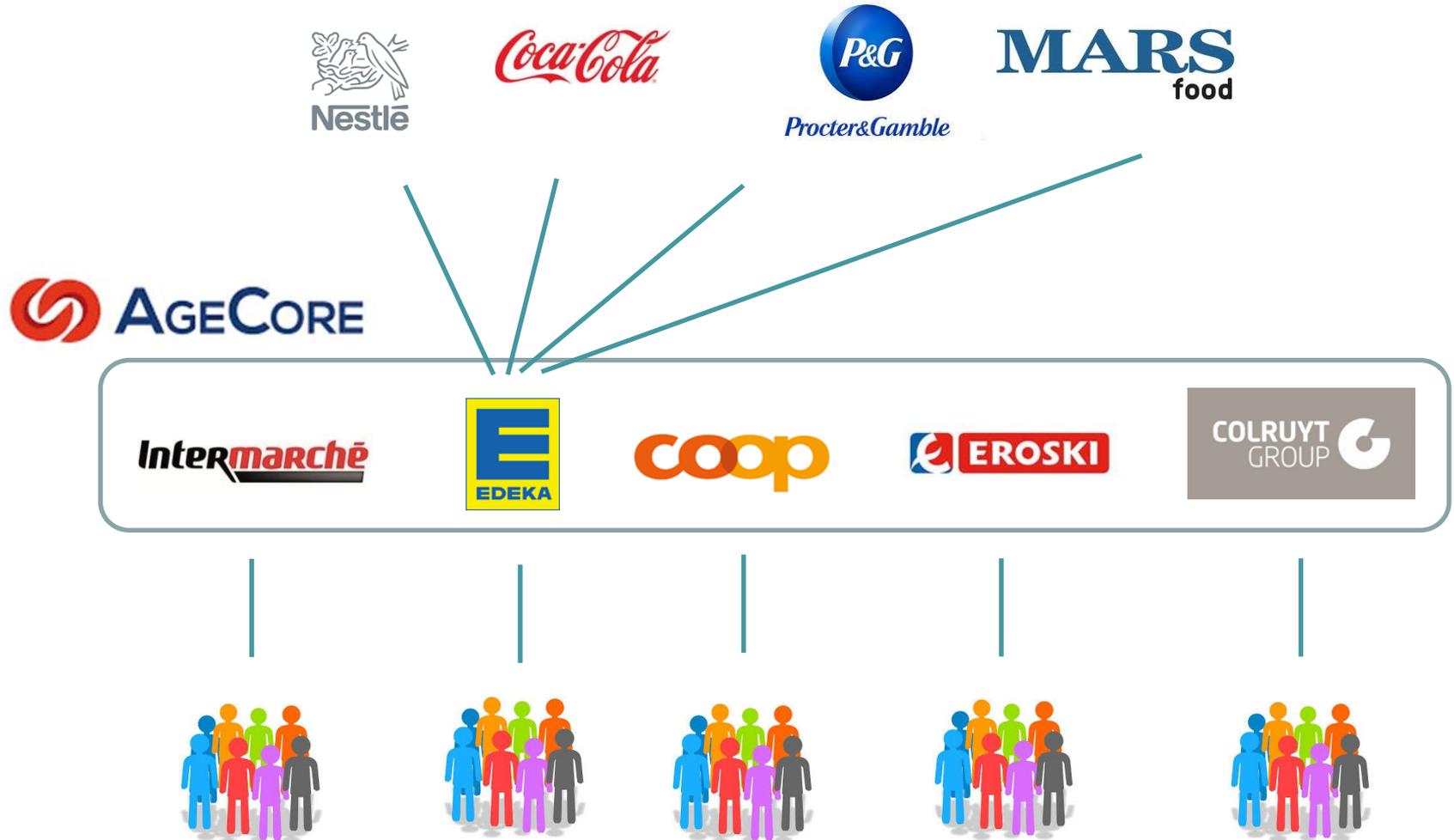
#### a. Marktabgrenzung:

(1) sachlich: Angebotsmarkt und Beschaffungsmarkt (H-LL, Rn. 197)

Beschaffungs- oder Einkaufsmarkt: Substituierbarkeit aus der Sicht des Angebots und nicht aus der Sicht der Nachfrage zu definieren.

Marktanteil (in %) entspricht dann Anteil der Einkäufe der Parteien am Gesamtabsatz des eingekauften Produkts (H-LL, Rn. 198)

(2) räumlich: lokale Absatzmärkte; lokale bis europaweite (oder darüber hinaus) Beschaffungsmärkte (betreffend große Markenhersteller)



### 3. Wettbewerbsbeschränkung

#### a. Marktabgrenzung:

##### (3) Rolle der Parteien auf diesen Märkten

(a) lokaler Angebotsmarkt: häufig, etwa in den Fällen AgeCore oder EURELEC mit jeweils nur einem nationalen LEH pro Allianz allenfalls potentielle Wettbewerber

(b) europaweiter Beschaffungsmarkt: Wettbewerber

### 3. Wettbewerbsbeschränkung – Forts.

- b. Mögliche Beschränkung auf Beschaffungsmarkt (abhängig vom individuellen Sachverhalt und der Art der Kooperation!)

*Art. 101 I lit. a AEUV: „Festsetzung der An- und Verkaufspreise“ verboten*

- Einheitliche statt individuell ausgehandelter Preise auf Beschaffungsmarkt, Einkaufssyndikat (Hardcore-Preis-Kartell)
- „Entry fee“ („Verkauf von Dienstleistungen“) als Form eines pauschalierten (einheitlichen?) Rabatts zugunsten d. Mitglieder
- Angleichung der Beschaffungspreise aufgrund Informationsaustauschs (wechselnde Allianzen; personelle Verflechtungen; Beteiligung der Allianz an individuellen Gesprächen)

### 3. Wettbewerbsbeschränkung – Forts.

#### b. Mögliche Beschränkung auf Beschaffungsmarkt – Forts.

- Beschränkung der negativen Vertragsfreiheit der Hersteller durch Erfordernis des Abschlusses mit sämtlichen Mitgliedern (Kollektive Druckausübung, vgl. äußeren und inneren Kartellzwang)
- Bezugszwang zulasten der Mitglieder

H-LL, Rn. 218: *„Die Verpflichtung, ausschließlich im Rahmen der Zusammenarbeit einzukaufen, kann in bestimmten Fällen unerlässlich sein, um das für die Erzielung von Größenvorteilen erforderliche Volumen zu erreichen. Eine solche Verpflichtung muss jedoch im Einzelfall geprüft werden.“*

- c. Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung (H-LL, Rn. 205 ff.)
- Bezweckte WB: Preiskartell, Produktionsbeschränkung, Marktaufteilung (auch auf Beschaffungsmarkt, a. A. offenbar HH-L Rn. 205)
  - Bewirkte WB: Sonstige gemeinsame Einkaufsregelungen. Geringes Risiko der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung, wenn gemeinsamer Marktanteil der Parteien auf Beschaffungs- und Absatzmarkt < 15 %.

c. Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung – Forts.

- Bewirkte WB – Forts.

Einzelfallanalyse bei > 15 %:

- Risiko des Marktverschlusses für konkurrierende Einkäufer
- Risiko der Beeinträchtigung konkurrierender Unternehmen auf Absatzmärkten (auch im Fall, dass Allianzmitglieder in verschiedenen geographischen Absatzmärkten tätig sind), sog. Wasserbetteffekt (Hersteller kompensieren sinkende Preise zugunsten der starken LEH durch steigende Preise zulasten kleiner, nicht organisierter LEH).

c. Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung – Forts.

- Bewirkte WB – Forts.

Einzelfallanalyse bei > 15 % - Forts:

(H-LL, Rn. 213 ff.)

- Risiko der Kollusion durch Angleichung der Kosten

Grunds. weniger relevant bei Tätigkeit auf unterschiedlichen Absatzmärkten (Bsp.: AgeCore, EURELEC).

Aber: Je mehr LEH in Allianzen kooperieren, desto eher relativiert sich der Umstand der fehlenden Wettbewerber-eigenschaft auf Absatzmärkten (s. auch noch „Spürbarkeit“).

c. Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung – Forts.

- Bewirkte WB – Forts.

Einzelfallanalyse bei > 15 % - Forts:

- Informationsaustausch im Zusammenhang mit gemeinsamer Beschaffung erleichtert Koordinierung auf Absatzmärkten betr. Preise und Mengen.

Risiko sinkt im Fall der Sammlung und Aggregation durch Allianz, solange Daten nicht geteilt werden. Wichtig sind effektive Maßnahmen des Vertraulichkeitsschutzes; chinese walls zwischen Allianz und Mitgliedsunternehmen.

### 3. Wettbewerbsbeschränkung – Forts.

d. Weitere mögliche Beschränkung auf Absatzmarkt (abhängig von Ausgestaltung im Einzelfall!)

- Kollektive Auslistungen als Druckmittel: Beschränkung der positiven Vertragsfreiheit der Händler  
→ verringertes Sortiment u. verringerte Auswahl zulasten d. Verbraucher.
  
- Erschwerter Marktzugang zulasten von nicht in die kollektivierten Verhandlungen eingeschlossenen Lieferanten  
→ verringertes Sortiment u. verringerte Auswahl zulasten d. Verbraucher.

### 4. Zwischenstaatlichkeit

- in vielen Fällen europaweite Beschaffung
- Angebotsmärkte wohl eher lokal (stationärer Vertrieb), allerdings erscheint Eintritt in Nachbarmärkte möglich

5. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung (+), wenn
  - Parteien > 10 % Marktanteil (KOM, De-minimis-Bekanntmachung) oder
  - bezweckte WB (EuGH, Expedia, a. A. offenbar *Westrup*, WuW 2020, 1: „< 10 % Marktanteil typischerweise Effizienzgewinne“, was bei Nachfragerkartell zutreffen mag, vgl. auch KOM, De-minimis-Bekanntmachung Rn. 11 Festsetzung von Einkaufspreisen wird nicht als „Kernbeschränkung“ bezeichnet).
  - Bündel einer Vielzahl von Handelsallianzen verstärkt etwaige wettbewerbsbeschränkende Wirkung.

### 6. Möglicher Verlust von Konsumentenwohlfahrt, z. B.

- sinkende Herstellermargen (abhängig von Entwicklung des Umsatzes, Steigerung im Fall sinkender Preise möglich!), die zu einer Reduktion des Umfangs des Sortiments, der Qualität und der Innovationsanstrengungen führen könnten (nicht zwingend!)

oder

- ein etwaiger „Spiraleffekt“ (Niedrigere Preise zugunsten starker LEH → Niedrigere Angebotspreise → Mehr Kunden → Mehr Marktmacht auf Beschaffungsmarkt → Niedrigere Einkaufspreise etc. ... können langfristig zu (gesteigerter) Marktmacht auf Angebotsmarkt führen und damit zu einer Reduktion der Auswahl und Erhöhung der Preissetzungsspielräume

muss nicht bewiesen werden (was auch schwer möglich wäre).

### 6. Möglicher Verlust von Konsumentenwohlfahrt – Forts.

Missverständlich allerdings Kommission, Horizontal-LL, Rn. 27:

*„Eine Vereinbarung hat [nur?] dann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1, wenn sie eine tatsächliche oder wahrscheinliche spürbare **negative Auswirkung** auf mindestens einen Wettbewerbsparameter des Marktes (zum Beispiel Preis, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt, Innovation) hat.“* (Hervorhebung hinzugefügt)

→ „Negativer efficiency-Test“ (Mestmäcker/Schweitzer, EU-Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 3014, § 11 Rn. 31) als zusätzliche Voraussetzung der Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV?

### 6. Möglicher Verlust von Konsumentenwohlfahrt – Forts.

Richtig erscheint demgegenüber:

Anwendung des Kartellverbots muss sich auf Schutz des Wettbewerbsprozesses als solchen beschränken.

Anders als bei der Anwendung d. Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV: Verbot der Erzwingung „unangemessener Einkaufs- oder Verkaufspreise“) muss sich die Anwendung des Kartellverbots (Art. 101 Abs. 1 AEUV: Verbot der „Festsetzung von An- und Verkaufspreisen“) darauf beschränken, das Vorliegen der formalen Bedingungen f. Vertragsgerechtigkeit sicherzustellen.

Mestmäcker/Schweitzer, § 11 Rn. 7: *„Durch das Verbot [wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen] sollen die für den betroffenen Markt normalen Wettbewerbsbedingungen hergestellt werden. Das sind Wettbewerbsbedingungen ohne die Mittel der Kollusion.“*

### II. Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV

#### 1. Mögliche Effizienzgewinne (abhängig von Ausgestaltung im Einzelfall)

- Kooperationen von KMU, die aufgrund der Beteiligung an der Allianz überhaupt erst die Möglichkeit erhalten, Zugang zu bestimmten Markenprodukten zu wettbewerbsfähigen Bedingungen zu erhalten (Bildung von Gegenmacht gegenüber starken Markenherstellern; Aufschließen zu Wettbewerbern auf dem Beschaffungsmarkt).

EuGH, Urt. v. 15.12.1994 - C-250/92 - *Gøttrup-Klim u. a./DLG*, Rn. 32:

*„Auf einem Markt, auf dem der Preis der Erzeugnisse von dem Auftragsvolumen abhängt, kann der Umsatz der Bezugsgenossenschaften je nach der Zahl ihrer Mitglieder ein bedeutsames Gegengewicht zu der Vertragsgestaltungsmacht der Großerzeuger bilden und einem wirksameren Wettbewerb förderlich sein.“*

## **II. Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV**

1. Mögliche Effizienzgewinne (abhängig v. Ausgestaltung im Einzelfall) – Forts.
  - Bildung von Gegenmacht, Aufschließen zu starken Wettbewerbern – Forts.
    - Aufschließen auch größerer LEH gegenüber Wettbewerbern im Internet (Amazon) erforderlich?
    - Bildung von Gegenmacht im Verhältnis zu starken Herstellern, die mit online-Direktvertrieb drohen (können)?

## **II. Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV – Forts.**

1. Mögliche Effizienzgewinne auf Beschaffungsmarkt (abhängig von Ausgestaltung im Einzelfall)

(H-LL, Rn. 217 ff.)

- Kostensenkungen, durch
  - geringere Transaktionskosten
  - geringere Transport- und Lagerkosten (Skaleneffekte)

## **II. Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV – Forts.**

### **1. Mögliche Effizienzgewinne (abhängig v. Ausgestaltung im Einzelfall) – Forts.**

- Bloß niedrigere Einkaufspreise (H-LL, Rn. 217) = mögliche Steigerung der Konsumentenwohlfahrt = Effizienzgewinne iSv Art. 101 III AEUV auch ohne Kostensenkungen (insbes. bei den Herstellern)? Bloße Umverteilung von Margen?

Kommission orientiert sich in der Praxis häufig am Ziel der Erreichung niedriger Verbraucherpreise (Konsumenten-, nicht Gesamtwohlfahrt).

EuGH, Urt. v. 4.6. 2009 - C-8/08 - *T-Mobile Netherlands BV*, Rn. 38:  
„ [Art. 101 AEUV], wie auch die übrigen Wettbewerbsregeln des Vertrags, [sind] nicht nur dazu bestimmt, die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher zu schützen, sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen.“ (Hervorh. hinzugefügt)

## **II. Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV – Forts.**

### **1. Mögliche Effizienzgewinne (abhängig v. Ausgestaltung im Einzelfall) – Forts.**

- Kostensenkungen – Forts.
  - Caveat I: Vorauss. für echte Kostensenkungen sind Erhöhung d. Abnahmevolumentens insges., gebündelte Bestellvorgänge, gemeins. Transport oder gemeins. Lagerhaltung.
  - Caveat II: Verwaltungskosten d. Allianz und zusammenarbeitsbedingte Transaktionskosten heben Einsparungen teilw. wieder auf.
  - Caveat III: Zusätzliche Verhandlungsrunden verursachen zusätzliche Transaktionskosten.

## **II. Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV – Forts.**

### **1. Mögliche Effizienzgewinne (abhängig v. Ausgestaltung im Einzelfall) – Forts.**

- Innovationen, insbesondere im Bereich der Entwicklung von Handelsmarken durch Bündelung der Nachfrage und von F&E (können unabhängig von gemeinsamem Einkauf von Markenprodukten erreicht werden – siehe sogleich Vorausss. der „Unerlässlichkeit“)

### II. Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV – Forts.

#### 1. Mögliche Effizienzgewinne (abhängig v. Ausgestaltung im Einzelfall) – Forts.

- Binnenmarktintegration (Verhinderung von Preisdiskriminierungen) als Effizienzgewinn?

Kommission betrachtet EU-Kartellrecht häufig als Instrument zur Förderung der Marktintegration, bislang allerdings eher in umgekehrter Richtung, nämlich als Verbot von Marktaufteilungen durch Vertikalvereinbarungen (grundlegend: EuGH, Urt. v. 13.7.1966 – verb. Rs. 56 und 58/64 – *Grundig/Consten*: „Ziel eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes“)

## **II. Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV – Forts.**

### **1. Mögliche Effizienzgewinne (abhängig v. Ausgestaltung im Einzelfall) – Forts.**

- Binnenmarktintegration (Verhinderung von Preisdiskriminierungen) als Effizienzgewinn? – Forts.

Krit. zum Ziel der Binnenmarktintegration aus ökonomischer Sicht  
z. B. *Massimo Motta*, Competition Policy, 2004, S. 23 (zit. nach  
Mestmäcker/Schweitzer, § 11 Rn. 14 Fn. 19: “[Market integration] is a  
political objective which is not necessarily consistent with economic  
welfare. EU competition law de facto prohibits price discrimination  
across national borders. There is no economic rationale for such a  
different treatment.”

### 2. Unerlässlichkeit

### 3. Verbraucherbeteiligung

Hängt von Wettbewerb auf dem Angebotsmarkt ab (H-LL, Rn. 219).  
Dieser dürfte in verschiedenen Ländern und auf verschiedenen lokalen  
Märkten unterschiedlich sein.

In D möglicherweise aufgrund Preisdrucks durch starke Discounter und  
Rivalität zwischen Edeka und Rewe größer als in anderen Staaten.

### 4. Kein Ausschluss des Wettbewerbs

### **These 5 (Verfahren):**

Neuer Anspruch auf Negativattest dürfte sich nur geringfügig auswirken;  
Untersuchung durch Kommission (statt durch nationale Behörden) dürfte den  
Allianzen eher nützen als schaden; Einführung einer Notifikations- und  
Prüfungspflicht (vgl. F) de lege ferenda und behördliche  
Rückerstattungsverfügungen gemäß § 32 Abs. 2a GWB sind zu erwägen;  
Alternativ sind starke Hersteller auf den Zivilrechtsweg zu verweisen.

**I. Negativatteste (Art. 10 VO 1/2003, § 32c GWB)**

§ 32c IV GWB-Entw. 10. GWB-Novelle:

*„Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen haben gegenüber dem Bundeskartellamt einen Anspruch auf eine Entscheidung nach Absatz 1, wenn sie im Hinblick auf eine Zusammenarbeit mit Wettbewerbern ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an einer solchen Entscheidung haben. Das Bundeskartellamt soll innerhalb von sechs Monaten über einen Antrag nach Satz 1 entscheiden.“*

Formalisierte Verfahren → formalisierte Drittbeteiligung (Markenhersteller?)

## **II. Sperrung nationaler Verfahren durch Kommissionsverfahren**

Art. 16 Abs. 2 VO 1/2003:

*„Wenn Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten nach Artikel 81 oder 82 des Vertrags über Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen zu befinden haben, die bereits Gegenstand einer Entscheidung der Kommission sind, dürfen sie keine Entscheidungen treffen, die der von der Kommission erlassenen Entscheidung zuwiderlaufen würden.“*

Welche Reichweite hat Art. 16? Absatz- und Beschaffungsmärkte?

### **III. Notifikationspflicht gemäß Art. 462-10 Code de commerce**

*Doit être communiqué à l'Autorité de la concurrence, à titre d'information, au moins quatre mois avant sa mise en œuvre, tout accord entre des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail de produits de grande consommation, ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale de référencement ou d'achat d'entreprises de commerce de détail, visant à négocier de manière groupée l'achat ou le référencement de produits ou la vente de services aux fournisseurs.*

Pflicht zur Notifikation (Handelsunternehmen) und Pflicht zur Prüfung (Kartellbehörde)

#### **IV. Rückerstattungsanordnungen gemäß § 32 Abs. 2a GWB**

*In der Abstellungsverfügung“ kann die Kartellbehörde eine Rückerstattung der aus dem kartellrechtswidrigen Verhalten erwirtschafteten Vorteile anordnen.*

Vgl. DGCCRF-Antrag beim Tribunal de commerce de Paris auf Grundlage von Art. 442-4 Code de commerce

„Stadtwerke Uelzen-Rechtsprechung“

Bislang nur in Fällen des Ausbeutungsmisbrauchs durch Energieversorger relevant geworden.

## **V. Privater Rechtsschutz**

Anspruch auf Unterlassung, Beseitigung (inkl. Zahlungsanspruch) gemäß § 33 GWB und Schadensersatz (verschuldensunabhängig) gemäß §§ 33, 33a GWB wegen unterstellten Verstoßes gegen Kartellverbot oder Missbrauchsverbot.

Stand alone: Theoretisch auch ohne vorherige Verfügung der Kartellbehörden möglich, aber langwierig. Einstweiliger Rechtsschutz möglich.



**Danke für Ihr Interesse und Ihre  
Aufmerksamkeit!**

Prof. Dr. Florian Bien

Lehrstuhl für globales Wirtschaftsrecht,  
internationale Schiedsgerichtsbarkeit und  
Bürgerliches Recht, Universität Würzburg

[bien@jura.uni-wuerzburg.de](mailto:bien@jura.uni-wuerzburg.de)