

Clemens Latzel<sup>\*)</sup>

## Kartellrechtlicher Schutz von Lieferanten vor Nachfragemacht

*Nicht nur Anbieter, sondern auch Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen können sehr marktmächtig werden. Sie können dann von ihren Lieferanten niedrigere Preise, unentgeltliche Zusatzleistungen oder gar eine bestimmte Unternehmenspolitik verlangen. Wann überschreiten „harte Verhandlungen“ und „wohlwollende Einflussnahmen“ die Grenzen der unternehmerischen Freiheit, wie sie Art. 102 AEUV und §§ 18 ff. GWB (i. d. F. der am 9. 6. 2017 in Kraft getretenen 9. GWB-Novelle<sup>1)</sup>) nachfragemächtigen Unternehmen ziehen?*

### Inhaltsübersicht

- I. Nachfragemacht in der Wirtschaftspraxis
- II. Entstehungsbedingungen und Auswirkungen von Nachfragemacht
  1. Entstehungsbedingungen von Nachfragemacht
    - 1.1 Nachfragemacht durch Verhandlungsmacht
    - 1.2 Machtbegünstigende Faktoren
    - 1.3 Beschränkte Kompensation durch Gegenmacht
  2. Wirtschaftliche Auswirkungen von Nachfragemacht
    - 2.1 Wirkung von Nachfragemacht auf Lieferanten
    - 2.2 Wirkung von Nachfragemacht auf Kunden
    - 2.3 Wirkung von Nachfragemacht auf Wettbewerber
- III. Kartellrechtliche Kontrolle von Nachfragemacht
  1. Die Missbrauchskontrolle im wettbewerbsrechtlichen Ordnungsrahmen
    - 1.1 Wettbewerbsverantwortung marktmächtiger Unternehmen
    - 1.2 Verhältnis von europäischer und deutscher Missbrauchskontrolle
  2. Missbrauchsverdächtige Nachfragemacht
    - 2.1 Nachfrager mit marktbeherrschender Stellung
    - 2.2 Nachfrager mit relativer Marktmacht
  3. Missbräuchliche Ausnutzung von Nachfragemacht
    - 3.1 Allgemeine Missbrauchsdefinition
    - 3.2 Horizontale und vertikale Schutzdimension des Missbrauchsverbots
      - 3.2.1 Hergebrachte Auffassung: nur horizontale Schutzdimension
      - 3.2.2 Moderne Auffassung: horizontale und vertikale Schutzdimension
      - 3.2.3 Zwischenergebnis
    - 3.3 Dogmatische Erfassung der Nachfragemacht
- IV. Behindern von Lieferanten durch Fordern ungerechtfertigter Vorteile („Anzapfen“)
  1. Aufforderung zur Gewährung eines Vorteils
  2. Sachliche Rechtfertigung des geforderten Vorteils
    - 2.1 Generelle Rechtfertigungsgründe
    - 2.2 Generelle Ausschlussgründe
      - 2.2.1 Offensichtliche Behinderung oder Diskriminierung von Wettbewerbern
      - 2.2.2 Diskriminierung von Lieferanten
      - 2.2.3 Rechtswidrige Forderung
    - 2.3 Rechtfertigung durch kalkulierbaren und angemessenen Leistungsbezug
      - 2.3.1 Strenge statt liberaler Forderungskontrolle
      - 2.3.2 Nachvollziehbare Begründung der Forderung
      - 2.3.3 Angemessenheit der Forderung

<sup>\*)</sup> Dr. iur., Privatdozent an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Der Beitrag basiert auf dem Habilitationsvortrag, den der Autor am 1. 6. 2017 vor der Juristischen Fakultät der LMU München gehalten hat. Rechtsprechung und Literatur wurden bis 1. 2. 2018 berücksichtigt.

1) BGBl I 2017, 1416.

- 2.4 Unerhebliche Aspekte
  - 2.4.1 Wirtschaftskraft von Nachfrager und Lieferant
  - 2.4.2 Erfolg einer Forderung
  - 2.4.3 Politische Erwägungen
- 2.5 Anwendungsbeispiele
  - 2.5.1 Fordern von Geschäftsdaten oder Know-how
  - 2.5.2 Fordern von Rechtstreue
  - 2.5.3 Fordern von überobligatorischer Unternehmensverantwortung und Tarifreue
- 3. Ausnutzen der Nachfragemacht
- V. Zusammenfassung

## I. Nachfragemacht in der Wirtschaftspraxis

Neben der öffentlichen Hand im Beschaffungswesen<sup>2)</sup> werden vor allem Handelsunternehmen gegenüber Lieferanten und industrielle Großunternehmen gegenüber mittelständischen Zulieferern<sup>3)</sup> marktmächtig: Die vier großen Einzelhändler Edeka, Rewe, Aldi und die Schwarz-Gruppe (Lidl, Kaufland) beherrschen ca. 85 % des Beschaffungsmarktes für Lebensmittel.<sup>4)</sup> Die Handelsunternehmen üben ihre Nachfragemacht durch Einfordern niedriger Preise<sup>5)</sup> und von Zusatzleistungen (Regalmieten, Jubiläumsprämien, Sonderrabatte bei Geschäftseröffnungen und Unternehmensübernahmen, Werbekostenzuschüsse, Stellung von Inventurpersonal etc.) aus. Große Automobilhersteller diktieren ihren Zulieferern mitunter Lieferkonditionen (vor allem niedrige Preise, drakonische Vertragsstrafen bei verspäteter Lieferung, Zulassungsgebühren zu Bieterverfahren<sup>6)</sup>) und reden ihren Zulieferern überdies in die Unternehmenspolitik hinein<sup>7)</sup> (etwa durch Vorgaben zur Compliance und Corporate Social Responsibility).

In der Praxis der unionsrechtlichen Wettbewerbsaufsicht spielt der Missbrauch von Nachfragemacht bislang eine untergeordnete Rolle.<sup>8)</sup> Das erklärt sich zum einen aus der besonderen Lage der abhängigen Lieferanten, die bei Aufdeckung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen ihrer Abnehmer um ihre eigene Existenz fürchten müssen (sog. Ross-und-Reiter-Problematik).<sup>9)</sup> Zum anderen ist der Glaube an verbrauchernützige Auswirkungen von Nachfragemacht bei der EU groß,<sup>10)</sup> während hierzulande auch auf Beschaffungsmärkten freier Wettbewerb als Selbstzweck gilt (dazu unten IV 2.4.3; zum Verhältnis von europäischer und deutscher Missbrauchskontrolle unten III 1.2).

2) Die Vergabe öffentlicher Aufträge unterliegt neben den §§ 97 ff. GWB auch dem allgemeinen Kartellrecht, soweit sich die öffentliche Hand wirtschaftlich betätigt, *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 5. Aufl., 2014, vor §§ 97 ff. GWB Rz. 121 ff., § 97 GWB Rz. 294 ff.; zum Kriterium der wirtschaftlichen Betätigung: EuGH (Gr. Kammer) v. 11. 7. 2006 – Rs C-205/03 P, EuZW 2006, 600 Rz. 25 f. – FENIN; krit. *Raeder*, Der Schutz des Lieferanten als Marktgegenseite im Kartellrecht, 2017, S. 25 ff.

3) *Eufinger/Maschmer*, wrp 2016, 561, 566; *Köhler*, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, 1979, S. 9; *Loewenheim*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampf/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Aufl., 2016, § 19 GWB Rz. 65.

4) BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (B2-15/11), 9/2014, S. 401, 406.

5) Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, BT-Drucks. 17/10365, S. 377; BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (B2-15/11), 9/2014, S. 407.

6) *Künstner*, WuW 2015, 1093, 1103: *entry fees* und Pay-to-play-Klauseln.

7) Zur Einflussnahme auf die kollektiven Arbeitsbeziehungen bei Zulieferern: *Rieble*, BB 2013, 245.

8) *Böni/Palzer*, RIW 2012, 528: „vergleichsweise stiefmütterliches Dasein“.

9) *Böni/Palzer*, RIW 2012, 528, 529.

10) Vgl. EuGH (Gr. Kammer) v. 27. 3. 2012 – Rs C-209/10, EuZW 2012, 540, Rz. 41 – Post Danmark; krit. *Raeder* (Fußn. 2), S. 64 ff.

## II. Entstehungsbedingungen und Auswirkungen von Nachfragemacht

Ökonomisch betrachtet ist Nachfragemacht kein Spiegelbild der Angebotsmacht. Vielmehr treten bei der Konzentration von Nachfragemacht andere Effekte auf, die eine besondere kartellrechtliche Einhegung erfordern (dazu anschließend III).

### 1. Entstehungsbedingungen von Nachfragemacht

Macht ist die Fähigkeit, andere zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen. Wer mehr Einfluss auf einen anderen hat als umgekehrt, hat gegenüber jenem einen positiven Machtsaldo.<sup>11)</sup> Macht und Gegenmacht heben sich indes nicht auf, sondern relativieren einander nur (dazu 1.3).

#### 1.1 Nachfragemacht durch Verhandlungsmacht

Wäre Nachfragemacht das Spiegelbild der Angebotsmacht, würden marktmächtige Nachfrager versuchen, die Preise zu drücken, indem sie ihre Nachfrage reduzieren.<sup>12)</sup> Das funktioniert indes nur auf anonymen Märkten mit standardisierten Produkten, auf denen sich ein einheitlicher Marktpreis bilden kann und niedrigere Produktionsmengen mit niedrigeren Grenzkosten (und folglich niedrigeren Preisen) einhergehen.<sup>13)</sup> Das ist in der Praxis selten.<sup>14)</sup> Außerdem verschlechtern Nachfrager durch Reduzierung der Nachfragemenge in der Regel ihre Ausgangsposition auf nachgelagerten Absatzmärkten und schneiden sich mithin ins eigene Fleisch.<sup>15)</sup>

Nachfrager wollen in der Praxis meist ihren Bedarf nicht bei möglichst vielen Lieferanten decken, sondern eigentlich nur bei demjenigen mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis.<sup>16)</sup> Dabei nehmen Nachfrager die Angebote der Lieferanten typischerweise nicht als gegeben hin, sondern nutzen ihre *Verhandlungsmacht*, um den Lieferanten Zugeständnisse abzurufen.<sup>17)</sup> Wie verhandlungsmächtig ein Nachfrager ist, hängt – neben seinem Verhandlungsgeschick – vor allem von seiner Kontrahierungsmotivation (Gewinnaussicht) und der Kontrahierungsmotivation der Marktgegenseite und diese primär von den verfügbaren Alternativen (Abbruchoptionen) ab.<sup>18)</sup> Nachfragemacht ist also keine Frage der Unternehmensgröße,<sup>19)</sup> sondern der Verhandlungsmacht<sup>20)</sup> und lässt sich deshalb mit den konventionellen Instrumenten des Mengen- oder Preiswettbewerbs nicht adäquat erfassen.<sup>21)</sup>

#### 1.2 Machtbegünstigende Faktoren

Ob Nachfrager oder Anbieter (Lieferanten) die besseren Abbruchoptionen haben und damit verhandlungsmächtiger sind, hängt maßgeblich davon ab, ob ein Angebots- oder ein Nachfrage-

11) Schweizerische Kartellkommission, zitiert nach Köhler (Fußn. 3), S. 9 (Fußn. 1).

12) Inderst, WuW 2008, 1261, 1263.

13) Inderst, WuW 2008, 1261, 1263; Thomas, ZWeR 2015, 210, 214; eingehend Raeder (Fußn. 2), S. 112 ff.

14) Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, BT-Drucks. 17/10365, S. 369.

15) Thomas, ZWeR 2015, 210, 215.

16) Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Aufl., 2018, § 19 GWB Rz. 413.

17) Inderst, WuW 2008, 1261, 1263 f.; Thomas, ZWeR 2015, 210, 215; eingehend Raeder (Fußn. 2), S. 179 ff.

18) Haucap u. a., WuW 2015, 605, 609; Inderst, WuW 2008, 1261, 1264 f.; Thomas, ZWeR 2015, 210, 215.

19) Inderst, WuW 2008, 1261, 1266; Künstler, WuW 2015, 1093, 1094.

20) Haucap u. a., WuW 2015, 605, 609, gegen BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (B2-15/11), 9/2014, S. 22.

21) Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, BT-Drucks. 17/10365, S. 369.

überhang besteht.<sup>22)</sup> Nachfrager haben besonders große Verhandlungsmacht, wenn sie leicht zwischen verschiedenen Lieferanten wechseln können – sei es, weil mehrere Lieferanten identische Produkte anbieten oder die Nachfrager ihre Bedürfnisse leicht an das Angebot anderer Lieferanten anpassen können. Lieferanten sind hingegen verhandlungsschwach, wenn sie auf einige wenige oder gar nur einen einzigen Nachfrager angewiesen sind, um ihre Produkte abzusetzen.<sup>23)</sup> Bei solchermaßen eingeschränktem Nachfragerwettbewerb können Händler mit Zugang zu besonderen Kundenkreisen (z. B. Apotheken) schon mit geringem Marktanteil sehr marktmächtig sein, wenn die Lieferanten (z. B. Arzneimittelhersteller) die Kunden (z. B. Verbraucher) nicht oder nur schwer auf anderen Wegen (z. B. über den Direktvertrieb) erreichen.<sup>24)</sup> Außerdem sind Lieferanten dann besonders abhängig von einem Abnehmer, wenn sie dessen Wegfall nur schwer kompensieren können (kostenaufwändige Produktionsumstellung<sup>25)</sup>). Folglich haben etwa hoch spezialisierte kleine und mittelständische Automobilzulieferer meist nur wenige Absatzbeziehungen, die für sie entsprechend existenziell sind.<sup>26)</sup>

### 1.3 Beschränkte Kompensation durch Gegenmacht

Durch Konzentrationsprozesse können nicht nur Lieferanten abhängiger von ihren Abnehmern, sondern auch Abnehmer abhängiger von ihren Lieferanten werden, sodass sich ihre Nachfragemacht selbst limitieren könnte (Hypothese von der Relevanz der Gegenmacht).<sup>27)</sup> Doch hat die ökonomische Analyse bilateraler Monopole und Monopsonie noch keinen anerkannten Standardansatz hervorgebracht.<sup>28)</sup> Jedenfalls dann, wenn Lieferanten einzigartige Leistungen anbieten, auf die die Nachfrager angewiesen sind (sog. *must haves* wie Markenartikel), stärkt das ihre Verhandlungsposition, insbesondere wenn getreu der One-Stop-Theorie die Auslistung von *must haves* für die Händler erhebliche wirtschaftliche Einbußen mit sich bringt, die der Marktanteil der *must haves*<sup>29)</sup> nicht widerspiegelt.<sup>30)</sup> Doch auch wenn marktmächtige Nachfrager von ihren Lieferanten abhängig werden, hebt das ihre Nachfragemacht nicht auf, sondern erschwert nur ihr Ausnutzen (dazu unten IV 3). Effektiv wird Macht vielmehr durch Wettbewerber (Konkurrenten) verringert, die der Marktgegenseite Ausweichoptionen bieten.<sup>31)</sup>

## 2. Wirtschaftliche Auswirkungen von Nachfragemacht

Nachfragemacht wirkt sich in der Wertschöpfungskette sowohl auf vorgelagerten Beschaffungsmärkten als auch auf nachgelagerten Absatzmärkten und auf Wettbewerber derselben Marktstufe aus.

22) Köhler (Fußn. 3), S. 10.

23) Köhler (Fußn. 3), S. 10.

24) Inderst, WuW 2008, 1261, 1265 f.; vgl. BGH v. 21. 2. 1995 – KVR 10/94, ZIP 1995, 1114 = NJW 1995, 2415, 2417 f. – Importarzneimittel, dazu EWiR 1995, 895 (Röbling).

25) Böni/Palzer, RIW 2012, 528, 532.

26) Böni/Palzer, RIW 2012, 528, 531; Emmerich, Kartellrecht, 13. Aufl., 2014, § 28 Rz. 17; Köhler (Fußn. 3), S. 9.

27) Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, BT-Drucks. 17/10365, S. 371; grundlegend Galbraith, *American Capitalism: The Concept of Countervailing Power*, 1952.

28) Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, BT-Drucks. 17/10365, S. 371.

29) Eine Stichprobe im Lebensmitteleinzelhandel hat nur 6 Prozent „Must-have“-Artikel ergeben, BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (B2-15/11), 9/2014, S. 404.

30) Haucap u. a., WuW 2015, 605, 610.

31) Köhler (Fußn. 3), S. 10.

## 2.1 Wirkung von Nachfragemacht auf Lieferanten

Die Ausnutzung von Nachfragemacht steht unter dem Verdacht, die Innovationsfreude und den Optimierungseifer der Lieferanten zu hemmen.<sup>32)</sup> Das unterstellt aber einen Zusammenhang von Profiten und Investitionsanreizen, der keineswegs zwingend ist.<sup>33)</sup> So kann es die Konfrontation mit einem mächtigen Nachfrager für einen Lieferanten erst recht attraktiv machen, zu investieren und Innovationen anzustreben, um selbst effizienter zu produzieren<sup>34)</sup> und die Abhängigkeit vom Nachfrager zu reduzieren, indem die eigenen Produkte zu *must haves*<sup>35)</sup> oder über andere Abnehmer abgesetzt werden.<sup>36)</sup> Nachfragemacht kann sich verstärken, wenn Lieferanten ihr nachgeben und den Abnehmern Sonderkonditionen gewähren, die jenen Wettbewerbsvorteile auf Absatzmärkten verschaffen (Spiraleffekt), wodurch sie wiederum ihre Nachfragemacht ausbauen können.<sup>37)</sup>

## 2.2 Wirkung von Nachfragemacht auf Kunden

Die Kunden nachfragemächtiger Unternehmen bewerten deren Nachfragemacht meist positiv, weil sie sich davon günstigere (End-)Preise erhoffen. So gelten etwa nachfragemächtige Einzelhändler als „Champions“ der Verbraucher, wenn sie die im Einkauf erzielten Preisvorteile an die Endkunden weitergeben,<sup>38)</sup> zumal damit auch weniger nachfragemächtige Konkurrenten unter Anpassungsdruck geraten.<sup>39)</sup> Es ist allerdings kein Naturgesetz, dass marktmächtige Unternehmen wirtschaftliche Vorteile auf Beschaffungsseite zu Preissenkungen und Qualitätssteigerungen auf Absatzseite verwenden. Dafür sorgt vor allem reger Wettbewerb zwischen den Nachfragern.<sup>40)</sup> Herrscht auf Absatzmärkten aber wenig Wettbewerb, können nachfragemächtige Unternehmen ihre Beschaffungsvorteile zur Monopolisierung der Absatzmärkte einsetzen (dazu sogleich 2.3), was dort mittel- bis langfristig zu Preissteigerungen führt<sup>41)</sup> und den Kunden Ausweichmöglichkeiten nimmt.<sup>42)</sup>

## 2.3 Wirkung von Nachfragemacht auf Wettbewerber

Wenn ein nachfragemächtiges Unternehmen seinen Lieferanten Sonderkonditionen abringen kann, wird es gegenüber konkurrierenden Nachfragern wettbewerbsfähiger, was Verdrängungseffekte begünstigt.<sup>43)</sup> Außerdem erzielen Wettbewerber kaum noch bessere Einkaufskonditionen als

32) Thomas, ZWeR 2015, 210, 239 ff.

33) Haucap u. a., WuW 2015, 605, 609; Inderst, WuW 2008, 1261, 1270; Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, BT-Drucks. 17/10365, S. 374.

34) Böni/Palzer, RIW 2012, 528, 531 f.; Inderst, WuW 2008, 1261, 1270; Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, BT-Drucks. 17/10365, S. 374.

35) Thomas, ZWeR 2015, 210, 241.

36) Lademann, WuW 2015, 716, 720.

37) Inderst, WuW 2008, 1261, 1269.

38) Zu den einzelfallabhängigen Parametern: Inderst, WuW 2008, 1261, 1269.

39) Inderst, WuW 2008, 1261, 1268; Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, BT-Drucks. 17/10365, S. 371.

40) Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, BT-Drucks. 17/10365, S. 371.

41) BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09 (Hochzeitsrabatte) – [www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2014/B2-58-09.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2014/B2-58-09.pdf) (letzter Abruf: 12. 2. 2018), Rz. 65; Thomas, ZWeR 2015, 210, 212.

42) Köbler (Fußn. 3), S. 52; Raeder (Fußn. 2), S. 195 ff.; Thomas, ZWeR 2015, 210, 219 ff.

43) Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, BT-Drucks. 17/10365, S. 373; Raeder (Fußn. 2), S. 197 ff.; Thomas, ZWeR 2015, 210, 216.

der marktmächtige „Platzhirsch“, wenn sich eine Übernahme der Wettbewerber durch den „Platzhirsch“ andeutet und die Lieferanten einem dann drohenden Bestwertabgleich vorbeugen wollen.<sup>44)</sup> „Hierdurch entsteht im Ergebnis eine Art Meistbegünstigungsklausel zugunsten der großen Nachfrager, die verbunden mit deren mengen- und umsatzbezogenen Strukturvorteilen im Regelfall zu wesentlich besseren Beschaffungskonditionen führen.“<sup>45)</sup> Ob nachfragemächtige Unternehmen die Einkaufsbedingungen für ihre Wettbewerber sogar *verschlechtern* (sog. Wasserbetteffekt), ist indes zweifelhaft.<sup>46)</sup> Insbesondere bleibt offen, warum Lieferanten gegenüber nicht-marktmächtigen Nachfragern erst dann die Preise erhöhen sollten, wenn ein marktmächtiger Nachfrager Preissenkungen für sich durchgesetzt hat.<sup>47)</sup>

### III. Kartellrechtliche Kontrolle von Nachfragemacht

Das Kartellrecht wendet sich nicht *per se* gegen Nachfragemacht, sondern nur gegen ihre missbräuchliche Ausnutzung. Art. 102 AEUV untersagt die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben. Auch ohne Binnenmarktbezug untersagt § 19 GWB die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung und § 20 GWB erstreckt das Verbot auf Unternehmen mit lediglich relativer Marktmacht. Sofern im Folgenden nicht differenziert wird, sind mit „marktmächtigen“ Unternehmen deshalb sowohl marktbeherrschende als auch relativ marktmächtige Unternehmen gemeint.

## 1. Die Missbrauchskontrolle im wettbewerbsrechtlichen Ordnungsrahmen

### 1.1 Wettbewerbsverantwortung marktmächtiger Unternehmen

Deutsche wie europäische Missbrauchskontrolle wollen nicht verhindern, dass Unternehmen durch lauterer Wettbewerb eine marktmächtige Stellung (bis hin zum Monopol bzw. Monopson) erreichen.<sup>48)</sup> Verdrängungswirkungen gelten vielmehr als Resultat erfolgreichen Leistungswettbewerbs, weil leistungsschwache Wettbewerber, die für die Kunden hinsichtlich Preisen, Auswahl, Qualität und Innovationen weniger interessant sind, bedeutungslos werden.<sup>49)</sup> Wenn eine freiheitliche Wettbewerbsordnung wirtschaftliche Machtpositionen nicht beseitigt, „so muss sie zumindest dafür Sorge tragen, dass marktbeherrschende Unternehmen ihre Macht nicht durch übermäßige Eingriffe in die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit Dritter missbrauchen können.“<sup>50)</sup> Zu diesem Zweck werden marktmächtigen Unternehmen spezifisch *missbräuchliche* Verhaltensweisen untersagt (dazu unten 3), die nicht-marktmächtigen Unternehmen durchaus offenstehen (dazu unten IV 3). Die Missbrauchsaufsicht ist eine besondere Verhaltenskontrolle gegenüber

44) BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 62 – Hochzeitsrabatte; folgend BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, juris Rz. 75 – Hochzeitsrabatte.

45) BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 62 – Hochzeitsrabatte.

46) Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, BT-Drucks. 17/10365, S. 372; *Haucap* u. a., WuW 2015, 605, 610; *Raeder* (Fußn. 2), S. 200 f.; *Thomas*, ZWeR 2015, 210, 218 f.

47) *Thomas*, ZWeR 2015, 210, 219.

48) EuGH EuZW 2012, 540, Rz. 21 – Post Danmark; anders das US-amerikanische Kartellrecht, *Raeder* (Fußn. 2), S. 85 ff.

49) EuGH EuZW 2012, 540, Rz. 22 – Post Danmark.

50) *Emmerich* (Fußn. 26), § 27 Rz. 8.

marktmächtigen Unternehmen<sup>51)</sup> und macht sie für die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs verantwortlich, der gerade ihretwegen geschwächt ist.<sup>52)</sup>

## 1.2 Verhältnis von europäischer und deutscher Missbrauchskontrolle

Deutsches und europäisches Kartellrecht finden prinzipiell nebeneinander Anwendung, soweit sich ihre Anwendungsbereiche überschneiden (Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003/EG, § 22 Abs. 1 GWB). Das unionsrechtliche Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV) setzt im Gegensatz zum deutschen Missbrauchsverbot (§§ 18 ff. GWB) die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten voraus (Art. 102 Abs. 2 AEUV).<sup>53)</sup> Das Kriterium legt der EuGH weit aus, sodass nur solche Fälle ausschließlich deutschem Kartellrecht unterliegen, die sich ausschließlich im Inland auswirken.<sup>54)</sup> Während das klassische Kartellverbot faktisch vollharmonisiert ist, darf die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle in den Mitgliedstaaten *strenger* sein als im Unionsrecht (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003/EG, vgl. § 22 Abs. 3 Satz 3 GWB).

## 2. Missbrauchsverdächtige Nachfragemacht

Nicht alle Unternehmen sind des Machtmissbrauchs verdächtig, sondern prinzipiell nur Unternehmen in marktbeherrschender Stellung (Art. 102 Satz 1 AEUV, §§ 18 f. GWB). Die deutsche Missbrauchskontrolle erfasst überdies auch solche Unternehmen, die nur hinsichtlich bestimmter Waren oder Leistungen relativ gegenüber anderen Unternehmen auf vor- oder nachgelagerten Marktstufen mächtig sind (§ 20 Abs. 1, Abs. 2 GWB). Der Missbrauchsverdacht richtet sich stets gegen mächtige Anbieter wie Nachfrager (vgl. Art. 102 Satz 1 lit. a AEUV, § 19 Abs. 2 GWB).<sup>55)</sup>

### 2.1 Nachfrager mit marktbeherrschender Stellung

Unter einer marktbeherrschenden Stellung versteht der EuGH eine wirtschaftliche Machtstellung, die ein Unternehmen in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie dem Unternehmen die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, Abnehmern und Lieferanten gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten.<sup>56)</sup> Der relevante Markt wird aus Sicht der Marktgegenseite bestimmt,<sup>57)</sup> d. h. Beschaffungsmärkte sind aus Sicht der Lieferanten und der von ihnen in einem bestimmten Gebiet angebotenen, untereinander austauschbaren Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen.<sup>58)</sup> Die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens wird ab 40 % Marktanteil vermutet (§ 18 Abs. 4 GWB). Bei Nachfragern wird die Beherrschungsschwelle aber niedriger an-

51) *Huttenlauch/Lübbig*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Aufl., 2016, Art. 102 AEUV Rz. 1.

52) EuGH EuZW 2012, 540, Rz. 23 – Post Danmark.

53) *Huttenlauch/Lübbig* (Fußn. 51), Art. 102 AEUV Rz. 9.

54) *Huttenlauch/Lübbig* (Fußn. 51), Art. 102 AEUV Rz. 299 ff.

55) *Thomas*, ZWeR 2015, 210 f.

56) EuGH v. 19. 4. 2012 – Rs C-549/10 P, EuZW 2012, 741 Rz. 38 – Tomra Systems ASA u. a.

57) BGH v. 18. 1. 2000 – KVR 23/98, ZIP 2000, 426 = NZA 2000, 327, 328 – Tariftreuerklärung Berlin.

58) BGH ZIP 2000, 426 = NZA 2000, 327, 328 – Tariftreuerklärung Berlin; OLG Düsseldorf v. 21. 5. 2014 – VI-U (Kart) 16/13, NZKart 2014, 285, 286 – Kabeleinspeisung; *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Aufl., 2016, Art. 102 AEUV Rz. 112; *Loewenheim* (Fußn. 3), § 20 GWB Rz. 12.

gesetzt.<sup>59)</sup> So erachten etwa Lebensmittellieferanten Einzelhandelsunternehmen schon ab einem Umsatzanteil von 22 % als unersetzlich.<sup>60)</sup> Weil sich Nachfragemacht weniger in Unternehmensgröße und Umsatzanteil, sondern in Verhandlungsmacht manifestiert (dazu oben II 1), ist es vorzugswürdig, marktbeherrschende Nachfragemacht einzelfallabhängig anhand marktstruktureller Aspekte zu ermitteln.<sup>61)</sup> Jedenfalls ist von marktbeherrschender Nachfragemacht auszugehen, wenn sich ein Nachfrager gegenüber seinen Lieferanten unabhängig verhalten kann, weil er für sie ein obligatorischer Vertragspartner ist.<sup>62)</sup> Im deutschen Kartellrecht kann die Frage nach der Beherrschung von Beschaffungsmärkten in der Regel dahinstehen, weil hier schon *relative* Marktmacht die nachfragerrelevanten Aspekte der Missbrauchskontrolle aktiviert.

## 2.2 Nachfrager mit relativer Marktmacht

Das deutsche Kartellrecht setzt schon relative Marktmacht gegenüber Lieferanten hinsichtlich bestimmter Waren oder Leistungen dem Missbrauchsverdacht aus (§ 20 Abs. 1, Abs. 2 GWB). Im Unterschied zur Marktbeherrschung braucht sich relative Marktmacht nicht auf einen bestimmten Beschaffungsmarkt insgesamt zu beziehen, sondern kann – ungeachtet konkurrierender Nachfrager – rein bilateral gegenüber (einem oder mehreren) Lieferanten bestehen.<sup>63)</sup> Dafür genügt, dass die Lieferanten keine ausreichende und zumutbare Möglichkeit haben, auf andere Unternehmen auszuweichen<sup>64)</sup> (§ 20 Abs. 1 Satz 1 a. E. GWB). Damit trägt das GWB der Erkenntnis Rechnung, dass Nachfragemacht im Grunde bilaterale Verhandlungsmacht ist<sup>65)</sup> (dazu oben II 1.1). Folgerichtig wird relative Marktmacht vermutet, wenn einem Nachfrager regelmäßig Sonderkonditionen gewährt werden, die bei wirksamem Nachfragerwettbewerb nicht gewährt würden<sup>66)</sup> (vgl. § 20 Abs. 1 Satz 2 GWB).

Materiell werden relativ marktmächtige Unternehmen nicht im gleichen Umfang der Missbrauchskontrolle unterstellt wie marktbeherrschende Unternehmen. Relativ marktmächtige Unternehmen unterfallen nur dem Behinderungs- und Diskriminierungsverbot (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) sowie dem Verbot der Aufforderung zur Gewährung ungerechtfertigter Vorteile (§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB: „Anzapfverbot“). Weil das „Anzapfverbot“ indes den praktischen Hauptfall des Missbrauchs von Nachfragemacht erfasst (eingehend unten IV), wird die materielle Einschränkung der Missbrauchskontrolle von relativer Nachfragemacht praktisch kaum relevant. Deshalb stellt es auch keine entscheidende Einschränkung dar, dass relativ marktmächtige Nachfrager das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot nur gegenüber *kleinen und mittleren* Lieferanten beachten müssen (§ 20 Abs. 1

59) BGH ZIP 2000, 426 = NZA 2000, 327, 330 – Tariftreuerklärung Berlin; Böni/Palzer, RIW 2012, 528, 532; Inderst, WuW 2008, 1261, 1267 f.

60) EU-Kommission v. 3. 2. 1999 – IV/M.1221, K(1999) 228 endg. = ABI 1999 L 274, S. 1 Rz. 101 – Rewe/Meinl.

61) Dazu tendiert auch BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 45 – Hochzeitsrabatte; ebenso Inderst, WuW 2008, 1261, 1268; Köbler, Nachfragerwettbewerb und Marktbeherrschung, 1986, S. 60 ff.; Thomas, ZWeR 2015, 210, 216 f.; eingehend: BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 109 ff. – Hochzeitsrabatte.

62) Böni/Palzer, RIW 2012, 528, 532 f.; Füller, Einzelmarktbeherrschung durch mehrere Unternehmen, in: Festschrift Säcker, 2011, S. 669, 671 ff.; hingegen plädiert Lademann, WuW 2015, 716, 726, für eine stärkere Trennung von Marktbeherrschung und bilateraler Abhängigkeit; ebenso noch Köbler (Fußn. 61), S. 91.

63) Loewenheim (Fußn. 3), § 20 GWB Rz. 5; Säcker/Mobr, wrp 2010, 1, 4.

64) Dazu Säcker/Mobr, wrp 2010, 1, 4; das BKartA bezieht indes – wie bei der Beherrschungsprüfung – auch hier die generelle Marktsituation ein und billigt den Ausweichmöglichkeiten nur eine „entscheidende Rolle“ zu, BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 113, 211 – Hochzeitsrabatte.

65) Thomas, ZWeR 2015, 210, 225.

66) Böni/Palzer, RIW 2012, 528, 533.



Satz 1 GWB). Das „Anzapfverbot“ (§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB) gilt nämlich auch gegenüber *großen* Lieferanten, weil § 20 Abs. 2 GWB pauschal auf „abhängige Unternehmen“ verweist und die Gesetzeshistorie die Differenzierung bestätigt.<sup>67)</sup> *De lege ferenda* bietet es sich freilich an, relativ marktmächtigen Nachfragern die Behinderung und Diskriminierung *aller* abhängiger Lieferanten zu verbieten<sup>68)</sup> (dazu unten 3.3).

### 3. Missbräuchliche Ausnutzung von Nachfragemacht

Wann missbrauchen marktmächtige (marktbeherrschende und relativ marktmächtige) Nachfrager ihre Marktmacht? Inwiefern werden Lieferanten durch das Missbrauchsverbot unmittelbar vor Nachfragemacht geschützt?

#### 3.1 Allgemeine Missbrauchsdefinition

Die missbräuchliche Ausnutzung von Marktmacht wird allgemein als Verhalten definiert, das die Struktur eines Marktes beeinflussen kann, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Präsenz des marktbeherrschenden Unternehmens geschwächt ist, und das zur Folge hat, dass der Restwettbewerb durch Mittel behindert wird, die von den Mitteln eines normalen Leistungswettbewerbs abweichen.<sup>69)</sup> Demgemäß müssen marktmächtige Unternehmen darauf achten, dass sie durch ihr Verhalten den verbliebenen Restwettbewerb nicht mit leistungswettbewerbsfremden Mitteln (weiter) beeinträchtigen.<sup>70)</sup> Mit „Leistungswettbewerb“ wird indes nicht ein bestimmtes Wirtschaftsverhalten vorgeschrieben,<sup>71)</sup> sondern wird nur der Behinderungswettbewerb *per se* für wettbewerbswidrig erklärt<sup>72)</sup> (dazu unten IV 2.2.1).

#### 3.2 Horizontale und vertikale Schutzdimension des Missbrauchsverbots

Es war bislang umstritten, ob sich das kartellrechtliche Missbrauchsverbot nur insoweit gegen Marktmacht wendet, wie es der Schutz der Wettbewerber im Horizontalverhältnis erfordert, oder ob das Missbrauchsverbot auch Abnehmer und Lieferanten im Vertikalverhältnis *unmittelbar* schützt. Nach hergebrachter Auffassung zielt das Missbrauchsverbot nur auf den Schutz der Wettbewerber auf derselben Marktstufe und Unternehmen auf vor- und nachgelagerten Marktstufen werden allenfalls *reflexartig* mitgeschützt.<sup>73)</sup> Auch der BGH ging bislang von einer primär horizontalen Schutzrichtung des Missbrauchsverbots aus, die allenfalls in „besonderen Ausnahmefäl-

67) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 45 – Hochzeitsrabatte; *Säcker/Mohr*, wrp 2010, 1, 3; vgl. Beschlussempfehlung des Wirtschaftsausschusses zum Entwurf zu § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB a. F. v. 14. 11. 2007, BT-Drucks. 16/7156, S. 10; i. E. wie hier *Loewenbeim* (Fußn. 3); § 20 GWB Rz. 50; *Nothdurfi* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 221; a. A. *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 5. Aufl., 2014, § 20 GWB Rz. 61.

68) Ebenso *Füller* (Fußn. 62), S. 669, 678.

69) EuGH EuZW 2012, 741, Rz. 17 – Tomra Systems ASA u. a.; EuGH v. 6. 12. 2012 – Rs C-457/10 P, NZKart 2013, 113, Rz. 74 – AstraZeneca.

70) EuGH EuZW 2012, 540, Rz. 23 f. – Post Danmark; BGH v. 4. 3. 2008 – KVR 21/07, NJW-RR 2008, 996, Rz. 37 – Soda-Club II.

71) Dazu tendiert *Thomas*, ZWeR 2015, 210, 228.

72) *Säcker/Mohr*, wrp 2010, 1, 20.

73) *Thomas*, ZWeR 2015, 210, 236; vgl. EuGH EuZW 2012, 540, Rz. 26 – Post Danmark.

len“ auf das Vertikalverhältnis erstreckt werden könne.<sup>74)</sup> Nach der 9. GWB-Novelle ist dieses Verständnis (jedenfalls für das deutsche Kartellrecht) nicht mehr haltbar.

### 3.2.1 Hergebrachte Auffassung: nur horizontale Schutzdimension

Nach überkommener Auffassung geht es der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle nur um den Schutz der *Wettbewerber* marktmächtiger Nachfrager. Die Missbrauchskontrolle solle nur eingreifen, wenn ein bestimmtes Nachfrageverhalten zu gesamtwirtschaftlichen Verlusten führt.<sup>75)</sup> Solange der Einsatz von Nachfragemacht nur die Gewinnverteilung zwischen Lieferanten und Nachfragern verschiebe, ohne die Gesamtwohlfahrt zu schmälern, gebe es keinen Grund, kartellrechtlich einzuschreiten.<sup>76)</sup> Eine Ausbeutung von Lieferanten oder Abnehmern sei für sich genommen kein Befund, der mit dem Freiheitsparadigma des Kartellrechts kollidiere.<sup>77)</sup> Deshalb sei die Benachteiligung von Lieferanten auf Beschaffungsmärkten hinzunehmen, solange der Einsatz von Verhandlungsmacht nicht zu einer Verdrängung von Konkurrenten auf Absatzmärkten führe.<sup>78)</sup> Es dürfe nicht der Gleichlauf des Wettbewerbsschutzes auf Absatz- und Beschaffungsmärkten asymmetrisch und das Gleichgewicht zwischen Anbietern und Nachfragern zulasten der Nachfrager verschoben werden.<sup>79)</sup> Es gelte nur zu verhindern, dass marktmächtige Nachfrager sich von ihren Lieferanten Vorzugsbedingungen gewähren lassen, die andere Nachfrager nicht durchsetzen können, weil sich das negativ auf die Nachfragevielfalt und damit letztlich auf die Verbraucher auswirken soll.<sup>80)</sup>

Nach diesem Verständnis ist § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB lediglich ein Anstiftungsverbot, das die Instrumentalisierung der Lieferanten durch Einfordern ungerechtfertigter Vorteile untersagt, weil damit Konkurrenten „über Eck“ behindert werden können<sup>81)</sup> („passive Diskriminierung“<sup>82)</sup>). Der gegen den Hauptfall des Nachfragemachtmissbrauchs gerichtete § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB bezwecke aber *nicht* den Schutz der mit ungerechtfertigten Vorteilsforderungen konfrontierten Lieferanten.<sup>83)</sup> Demgemäß gelte auch das allgemeine Behinderungs- und Diskriminierungsverbot (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) *nicht* im Verhältnis des Behindernden zum unmittelbar Behinderten,<sup>84)</sup> sondern schütze nur den horizontalen Wettbewerb.<sup>85)</sup>

### 3.2.2 Moderne Auffassung: horizontale und vertikale Schutzdimension

Die hergebrachte Auffassung basiert auf einem historischen Wettbewerbsverständnis, das heute überholt ist<sup>86)</sup> und jedenfalls seit der 9. GWB-Novelle 2017 keinen normativen Boden mehr hat.

74) BGH v. 24. 9. 2002 – KVR 8/01, GRUR 2003, 80, 83 – Konditionenanpassung – im Ergebnis offengelassen.

75) *Thomas*, ZWeR 2015, 210, 230.

76) Meinungsstand dargestellt bei *Thomas*, ZWeR 2015, 210, 227.

77) *Thomas*, ZWeR 2015, 210, 230, für den der kartellrechtliche Schutz vor Ausbeutung „auf einem anderen Blatt“ steht.

78) So offenbar *Thomas*, ZWeR 2015, 210, 230.

79) *Säcker/Mohr*, wrp 2010, 1, 2 f.; zustimmend *Markert* (Fußn. 67), § 19 GWB Rz. 368.

80) *Säcker/Mohr*, wrp 2010, 1, 2 f.; *Thomas*, ZWeR 2015, 210, 243.

81) *Lübbert/Schöner*, Wiedemann, Kartellrecht, 3. Aufl., 2016, § 23 Rz. 245; *Säcker/Mohr*, wrp 2010, 1, 2.

82) *Künstner*, WuW 2015, 1093, 1094.

83) KG v. 23. 6. 1999 – Kart W 4327/99, NJW-RR 2000, 497, 498 – Schulbuchpreisbindung.

84) *Köhler* (Fußn. 3), S. 75.

85) *Wanderwitz*, wrp 2015, 162, 168.

86) Eingehend zur Entwicklung des Meinungsstandes *Raeder* (Fußn. 2), S. 220 ff.

Früher, d. h. bis zur 4. GWB-Novelle 1980, wurde das „Anzapfen“ von Lieferanten primär lauterkeitsrechtlich über § 4 Nr. 10 UWG a. F. erfasst.<sup>87)</sup> So hat es der BGH als Verstoß gegen die guten Wettbewerbssitten angesehen, wenn ein Einzelhändler als Vorbedingung für die Aufnahme der Ware des Lieferanten in sein Sortiment eine vom Einkaufspreis unabhängige Geldleistung („Eintrittsgeld“) forderte und nur Lieferanten listete, die dieses zahlten.<sup>88)</sup> Das Lauterkeitsrecht deklarierte aber damals wie heute (§ 4 Nr. 4 UWG) nur die gezielte Behinderung von *Mitbewerbern* als unlauter und erfasst deshalb Unternehmen auf vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufen mangels konkreten Wettbewerbsverhältnisses nicht (sofern sich die Unternehmen nicht an gleiche Abnehmerkreise wenden).<sup>89)</sup> Mit der Übernahme des „Anzapfverbots“ ins Kartellrecht wurde es aus seinem lauterkeitsrechtlichen Kontext gelöst und eigenständig fortentwickelt. Nach dem heutigen Wortlaut des auf die Nachfragemacht zugeschnittenen § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB ist *jeder* Einsatz von Nachfragemacht zur Erlangung sachlich ungerechtfertigter Vorteile verboten und für eine Beschränkung des Schutzes auf das Horizontalverhältnis kein Anhaltspunkt mehr gegeben.<sup>90)</sup> Zwar könnten „Vorteile“ i. S. d. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB auch relativ im Verhältnis zu konkurrierenden Nachfragern verstanden werden, doch sind „Vorteile“ bereits eine deutliche Abschwächung gegenüber den noch bis zur 7. GWB-Novelle 2005 verlangten „Vorzugsbedingungen“, die eher eine relative Betrachtung (im Verhältnis zu Konkurrenten) nahelegten, sich indes praktisch schwer feststellen ließen.<sup>91)</sup>

Auch teleologisch greift ein rein horizontales Schutzverständnis zu kurz. Zum einen setzt es nämlich voraus, dass konkurrierende Nachfrager existieren, und erfasst mithin den mächtigsten Nachfrager, den Monopsonisten, gerade nicht.<sup>92)</sup> Zum anderen dient ein rein horizontales Schutzverständnis nicht unbedingt den Verbrauchern. Ungeachtet der Frage, inwiefern das Kartellrecht überhaupt verbraucherschützende Ziele verfolgt oder ihm nicht vielmehr der Wettbewerbsschutz als Selbstzweck genügt (dazu unten IV 2.4.3), kann eine „Ausbeutungsignoranz“ des Kartellrechts nicht mit verbraucherschützenden Erwägungen gerechtfertigt werden. Ob marktmächtige Nachfrager ihre Einkaufsvorteile nämlich an die Kunden auf nachgelagerten Marktstufen (bis hin zu den Verbrauchern) weitergeben, hängt vom Wettbewerb auf den nachgelagerten Absatzmärkten ab (dazu oben II 2.2). Eine lasche Missbrauchskontrolle auf Beschaffungsmärkten kann Nachfragemacht aber schnell zu Angebotsmacht auf Absatzmärkten werden lassen<sup>93)</sup> und sich dort langfristig zum Nachteil der Verbraucher auswirken.<sup>94)</sup> Im Übrigen sind niedrige Verbraucherpreise auch für die Gesamtwohlfahrt nicht *per se* vorteilhaft, sondern kommt es auf ihre Entstehungsgründe auf vorgelagerten Wirtschaftsstufen (Leistungswettbewerb oder Ausbeutungs-/Behinderungswettbewerb) an.<sup>95)</sup>

87) *Künstner*, WuW 2015, 1093, 1094; *Wanderwitz*, wrp 2015, 162, 163; eingehend *Köhler* (Fußn. 3), S. 19 ff.

88) BGH v. 17. 12. 1976 – I ZR 77/75, GRUR 1977, 619, 621 – Eintrittsgeld.

89) *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 36. Aufl., 2018, § 4 Rz. 4.18, § 2 Rz. 102.

90) Ebenso *Köhler*, wrp 2006, 139, 140; *Künstner*, WuW 2015, 1093, 1096.

91) BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 508 – Hochzeitsrabatte; *Loewenheim* (Fußn. 3), § 19 GWB Rz. 103; *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 239 ff.; *Wanderwitz*, wrp 2015, 162, 167; a. A. *Säcker/Mohr*, wrp 2010, 1, 20.

92) So ausdrücklich KG NJW-RR 2000, 497, 498 – Schulbuchpreisbindung; deswegen abl. *Künstner*, WuW 2015, 1093, 1096; *Lettl*, WRP 2017, 641, 642; *Wanderwitz*, wrp 2015, 162, 164.

93) Eingehend *Thomas*, ZWeR 2015, 210, 218 ff.

94) BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 66 – Hochzeitsrabatte; vgl. BR-Entscheidung v. 31. 3. 2017 zur 9. GWB-Novelle, BR-Drucks. 207/17, S. 3: „Anzapfverbot“ und Dumpingpreis-Verbot haben sich zur Einhegung von Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel als wirkungslos erwiesen, was sich auch auf die Verbraucher negativ auswirkt.

95) *Lademann*, WuW 2015, 716, 728.

Schließlich würde ein symmetrischer Schutz des Wettbewerbs auf Absatz- und Beschaffungsmärkten den faktischen Besonderheiten der Nachfragemacht (dazu oben II) nicht gerecht.<sup>96)</sup> Das sieht offenbar auch der Gesetzgeber so und will mit der 9. GWB-Novelle die effektive Anwendbarkeit des „Anzapfverbots“ sicherstellen,<sup>97)</sup> indem er in § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB klarstellt: Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen „andere Unternehmen dazu auffordert, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren; hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, ob die Aufforderung für das andere Unternehmen nachvollziehbar begründet ist und ob der geforderte Vorteil in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung steht“. Die gesetzliche Fokussierung auf die Lieferantensicht lässt sich schwerlich als Ausdruck reinen Wettbewerberschutzes deuten. Welche Nachteile soll ein *Wettbewerber* haben, wenn ein marktmächtiger Nachfrager von seinen Lieferanten nicht nachvollziehbar begründete oder unverhältnismäßige Vorteile fordert?

### 3.2.3 Zwischenergebnis

Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot schützt nicht nur den Wettbewerb zwischen Nachfragern, sondern *unmittelbar* auch die Wettbewerbsfreiheit (genauer: Entscheidungsfreiheit<sup>98)</sup>) der Lieferanten, die den marktbeherrschenden sowie relativ marktmächtigen Nachfragern ausgesetzt sind.<sup>99)</sup> Mithin schützt das auf die Nachfragemacht zugeschnittene „Anzapfverbot“ des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB nicht nur Wettbewerber vor Diskriminierungen „über Eck“, sondern auch die Lieferanten *unmittelbar* vor Ausbeutung durch Nachfrager. Denn auch Lieferanten werden in ihrer Wettbewerbsfähigkeit eingeschränkt, wenn sie marktmächtigen Nachfragern ungerechtfertigte Vorteile gewähren müssen.<sup>100)</sup> Wie es *Helmut Köhler* auf den Punkt gebracht hat, kann es nicht sein, „dass ausgerechnet das Opfer des Machtmissbrauchs nicht geschützt werden soll“.<sup>101)</sup> Dieser Ansicht hat sich nun auch der BGH angeschlossen und verlangt für einen Missbrauch von Nachfragemacht nicht mehr eine Besserstellung des marktmächtigen Nachfragers gegenüber seinen Mitbewerbern, sondern erkennt den *unmittelbaren* Lieferantenschutz als eigenständigen Zweck des „Anzapfverbots“ an.<sup>102)</sup>

### 3.3 Dogmatische Erfassung der Nachfragemacht

Der Missbrauch von Marktmacht wird in drei Kategorien unterschieden:<sup>103)</sup> Ausbeutungsmissbrauch, Behinderungsmissbrauch und Strukturmissbrauch. Dabei handelt es sich allerdings nicht um Rechtskategorien. Die in der Literatur bisweilen getrennte Behandlung der Missbrauchskate-

96) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 17 – Hochzeitsrabatte: „Charakteristika wettbewerbskonformer Nachfrage [ist] Rechnung zu tragen“; *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 224: praktische statt theoretischer Symmetrie.

97) Begründung RegE zur 9. GWB-Novelle, BT-Drucks. 18/10207, S. 52.

98) *Säcker/Mohr*, wrp 2010, 1, 5.

99) Ebenso *Künstner*, WuW 2015, 1093, 1096; *Lettl*, WRP 2017, 641, 642; *Lübbert/Schöner* (Fußn. 81), § 23 Rz. 248; *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 223; generell für einen kartellrechtlichen Schutz der Marktgegenseite *Raeder*, Der Schutz des Lieferanten als Marktgegenseite im Kartellrecht, 2017.

100) BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 40 ff. – Hochzeitsrabatte; *Wanderwitz*, wrp 2015, 162, 163 f.

101) *Köhler*, wrp 2006, 139, 140; ebenso *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 223; das konzediert auch *Markert* (Fußn. 67), § 19 GWB Rz. 208, bei Bezugssperren durch „Nachfrager mit einer Monopolstellung“.

102) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 57 – Hochzeitsrabatte – noch zu § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB i. d. F. der 8. GWB-Novelle.

103) *Emmerich* (Fußn. 26), § 10 Rz. 2 f.

gorien hat vor allem darstellerische Gründe,<sup>104)</sup> die gerade bei einer auf § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB beschränkten Erfassung der Nachfragemacht<sup>105)</sup> ebenso verengte Schlussfolgerungen begünstigt.<sup>106)</sup> Es ist zwar ein klassischer Fall des Missbrauchs von Nachfragemacht, wenn der marktmächtige Nachfrager Lieferanten auffordert, ihm ohne sachlichen Grund Vorteile zu gewähren. Der dagegen gerichtete § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB regelt den Schutz der Lieferanten aber nicht abschließend.<sup>107)</sup>

Marktmächtige Nachfrager unterliegen nicht nur dem „Anzapfverbot“ (§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB), sondern auch dem Behinderungs- und Diskriminierungsverbot (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB). Behinderung i. S. d. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB meint jegliche Beeinträchtigung von Wettbewerbsmöglichkeiten, d. h. der Möglichkeit zu Geschäftsabschlüssen mit Dritten;<sup>108)</sup> eine Abgrenzung zur Diskriminierung ist kaum möglich.<sup>109)</sup> Der Unterschied zwischen § 19 Abs. 2 Nr. 5 und Nr. 1 GWB besteht gerade *nicht* darin, dass bei Nr. 5 noch eine Veranlassungshandlung des Nachfragers hinzutrete, die die Wettbewerbsbeeinträchtigung – in Gestalt der Vorteilsgewährung – dem Lieferanten nicht mehr zurechenbar mache.<sup>110)</sup> Vielmehr sind die Nachfrager selbst Täter i. S. d. Nr. 1, wenn sie ihre Lieferanten behindern oder diskriminieren. Das Fordern von ungerechtfertigten Vorteilen (§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB) ist nur ein Unterfall des Behinderens von Lieferanten,<sup>111)</sup> weil „ein anderes Unternehmen“ i. S. d. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB auch ein solches der Marktgegenseite sein kann.<sup>112)</sup> Deshalb bietet es sich an, die Nachfragemacht auch über § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB zu erfassen<sup>113)</sup> und in Nr. 5 nur eine Erstreckung des Missbrauchsverbots auf das Versuchsstadium (*Fordern* von ungerechtfertigten Vorteilen) zu sehen,<sup>114)</sup> keinen Anstiftungstatbestand. Mit dieser Einordnung korrespondiert, dass § 20 Abs. 1 und Abs. 2 GWB das Missbrauchsverbot gerade nur hinsichtlich der Regelbeispiele des § 19 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 5 GWB auf relativ marktmächtige Unternehmen erstrecken. Unionsrechtlich wird der Missbrauch von Nachfragemacht ohnehin einheitlich über die Generalklausel des Art. 102 Satz 1 AEUV erfasst.<sup>115)</sup>

Folglich dürfen marktmächtige, d. h. marktbeherrschende (§ 18 GWB) und relativ marktmächtige Nachfrager (§ 20 Abs. 1, 2 GWB) ihre Nachfragemacht nicht einsetzen, um Lieferanten zu behindern oder zu diskriminieren (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB), insbesondere nicht, indem sie von ihnen ungerechtfertigte Vorteile fordern (§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB). Solange § 20 Abs. 1 GWB nach der Größe der Lieferanten differenziert (dazu oben 2.2), reicht der speziellere Tatbestand weiter als der allgemeine: relativ marktmächtige Unternehmen dürfen große Lieferanten behindern, aber nicht durch Fordern ungerechtfertigter Vorteile.

104) Erhellend *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 113 f.

105) Etwa *Wanderwitz*, wrp 2015, 162, 166.

106) Etwa *Lübbert/Schöner* (Fußn. 81), § 23 Rz. 245; *Wanderwitz*, wrp 2015, 162, 163.

107) *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 213, 274.

108) *Loewenbeim* (Fußn. 3), § 19 GWB Rz. 15 f.

109) *Loewenbeim* (Fußn. 3), § 19 GWB Rz. 15, der deshalb eine Unterscheidung für überflüssig hält.

110) So aber *Wanderwitz*, wrp 2015, 162, 164.

111) *Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 9. Aufl., 2016, Rz. 1248; *Emmerich* (Fußn. 26), § 27 Rz. 67; in diese Richtung auch *Markert* (Fußn. 67), § 19 GWB Rz. 211 und *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 421; a. A. noch *Köhler* (Fußn. 3), S. 73, 79, vor allem wegen der seinerzeit differenzierten Rechtsfolgen; *Säcker/Mohr*, wrp 2010, 1, 5: „Anzapfverbot“ knüpft nicht an Begehungsformen des Behinderungs- und Diskriminierungsverbots an.

112) A. A. *Wanderwitz*, wrp 2015, 162, 168.

113) Die Gemeinsamkeiten von § 19 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 5 GWB betont auch der BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 16 f., 92 – Hochzeitsrabatte.

114) Vgl. BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17 – Hochzeitsrabatte, Rz. 29, „schon im Vorfeld einer Vereinbarung“ ungerechtfertigte Vorteile verhindern, Rz. 64: „Versuch“ der Beeinflussung.

115) *Thomas*, ZWeR 2015, 210, 225.

#### IV. Behindern von Lieferanten durch Fordern ungerechtfertigter Vorteile („Anzapfen“)

Im Folgenden wird der Hauptfall des Behinderns von Lieferanten, nämlich durch Fordern ungerechtfertigter Vorteile (§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB) näher untersucht. Die Grenze zwischen legitimem Verhandeln und illegitimem Machtmissbrauch zieht maßgeblich die sachliche Rechtfertigung der gestellten Forderungen<sup>116)</sup> (dazu 2). Vorgelagert ist die Aufforderung zur Vorteilsgewährung (dazu 1) und nachgelagert die konkrete Ausnutzung der Nachfragemacht (dazu 3) zu prüfen.<sup>117)</sup>

##### 1. Aufforderung zur Gewährung eines Vorteils

Unter einem „Vorteil“ i. S. d. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB werden jegliche Verbesserungen gefasst, die mit einem Geschäft irgendwie in Verbindung stehen,<sup>118)</sup> vor allem Leistungen, die den wirtschaftlichen Status quo des Nachfragers verbessern,<sup>119)</sup> etwa indem sie über das vereinbarte Leistungsprogramm hinausgehen.<sup>120)</sup> Eine Besserstellung gegenüber Wettbewerbern ist nach moderner Auffassung nicht erforderlich<sup>121)</sup> (dazu oben III 3.2.2).

Freilich umfasst die kartellrechtlich geschützte Wettbewerbsfreiheit auch das aktive Einwirken auf die Anbieterseite, um möglichst günstige Geschäfte abzuschließen.<sup>122)</sup> Deshalb ist nicht jeder fromme Wunsch relevant,<sup>123)</sup> sondern nur ernsthafte, nicht aber notwendig endgültige Forderungen.<sup>124)</sup> Auch verhandelbare Extremforderungen in einer ersten Verhandlungsrunde, die für folgende Verhandlungen einen Anker setzen sollen, erfüllen bereits den Tatbestand.<sup>125)</sup> Mit der 9. GWB-Novelle wurde die Tatbestandsalternative des *Veranlassens* zur Vorteilsgewährung zu Recht gestrichen, weil die Tatbestandsalternative des Aufforderns ohnehin niedrigere Anforderungen hat, weil sie keinen Erfolg voraussetzt<sup>126)</sup> (dazu auch noch 2.4.2). Wie weit „hartes Verhandeln“ im Einzelnen gehen darf, ist eine Frage der sachlichen Rechtfertigung<sup>127)</sup> (dazu sogleich 2).

Die Initiative zur Vorteilsgewährung muss vom marktmächtigen Nachfrager ausgehen (durch Auffordern des Lieferanten), was aus objektiver Adressatensicht unter Gesamtwürdigung der Umstände zu beurteilen ist.<sup>128)</sup> Wenn der Lieferant von sich aus, also unaufgefordert dem marktmächtigen Nachfrager ungerechtfertigte Vorteile anbietet, muss sie der Nachfrager nicht zurück-

116) *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 228, 244; *Wanderwitz*, wrp 2015, 162, 165.

117) Hingegen prüft der BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 26, 28, 39 ff. – Hochzeitsrabatte, nur zweistufig: 1. Marktmacht des Nachfragers, 2. sachliche Rechtfertigung der Forderung (einschl. der hier nach Aufforderung, Rechtfertigung und Ausnutzen separierten Aspekte).

118) *Lübbert/Schöner* (Fußn. 81), § 23 Rz. 250.

119) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 53 – Hochzeitsrabatte; *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 240; *Wanderwitz*, wrp 2015, 162, 167; krit. *BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09*, Fußn. 41, Rz. 260 – Hochzeitsrabatte.

120) *Köhler*, wrp 2006, 139, 141 f.; hingegen sehen *Säcker/Mohr*, wrp 2010, 1, 5, *ausschließlich* im Überschreiten des vereinbarten Synallagmas einen „Vorteil“.

121) Ebenso nun BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 54 ff. – Hochzeitsrabatte.

122) *Markert* (Fußn. 67), § 19 GWB Rz. 206.

123) *Säcker/Mohr*, wrp 2010, 1, 23.

124) *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 229 ff.; enger *Köhler*, wrp 2006, 139, 144, der sich an das Stellen von AGB i. S. d. § 305 Abs. 1 BGB anlehnt.

125) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 30, 65 – Hochzeitsrabatte; liberaler *Eufinger/Maschmer*, wrp 2016, 561, 566.

126) Begründung RegE zur 9. GWB-Novelle, BT-Drucks. 18/10207, S. 52.

127) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 66 – Hochzeitsrabatte.

128) OLG Düsseldorf v. 18. 11. 2015 – VI-Kart 6/14 (V), NZKart 2015, 541, 543 – Hochzeitsrabatte; *Markert* (Fußn. 67), § 19 GWB Rz. 373.

weisen.<sup>129)</sup> Obzwar die Marktmacht des Nachfragers den Lieferanten – gleichsam in vorausweisendem Gehorsam – überhaupt erst zu seinem Angebot bewegt haben wird, verlangt „Auffordern“ ein aktives Tätigwerden des Nachfragers (Verhaltenskontrolle). „Ehrfurcht“ der Lieferanten vor der Marktmacht ihres Abnehmers kann selbigem nicht als mittelbare Veranlassung zugerechnet werden, ohne von der Verhaltens- zur Ergebniskontrolle überzugehen. Allerdings kann der Nachfrager missbräuchlich anmutende Initiativangebote seiner Lieferanten ablehnen, um spätere Nachweisprobleme zu vermeiden. Das marktmächtige Unternehmen muss nämlich im Zweifel beweisen, dass eine ungerechtfertigte Vorteilsgewährung *nicht* abhängigkeitsinduziert war.<sup>130)</sup>

## 2. Sachliche Rechtfertigung des geforderten Vorteils

Kern des Verbots des Marktmachtmissbrauchs ist eine Interessenabwägung, die beim Behinderungs- und Diskriminierungsverbot am Merkmal der Unbilligkeit i. S. d. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB festgemacht wird und beim Unterfall der Vorteilsforderung am sachlichen Rechtfertigungsgrund i. S. d. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB.<sup>131)</sup> Die Maßstäbe sind in beiden Fällen gleich:<sup>132)</sup> Primäres Interesse des marktmächtigen Unternehmens ist seine unternehmerische Freiheit,<sup>133)</sup> während Wettbewerber und die Marktgegenseite an möglichst freier Betätigung im Wettbewerb, d. h. vor allem an einem freien, chancengleichen Marktzugang interessiert sind.<sup>134)</sup> Um die Abwägung praktikabel zu machen, bietet sich folgendes Prüfungsschema an:

1. Ist die Forderung generell gerechtfertigt?
2. Ist die Forderung generell ungerechtfertigt?
3. Hat der geforderte Vorteil substantiierten Bezug zur Leistung und ist dieser angemessen?

© RWS Verlag GmbH

### 2.1 Generelle Rechtfertigungsgründe

Stets gerechtfertigt sind rechtlich vollständig determinierte Verhaltensweisen und mithin auch rechtlich zwingende Forderungen.<sup>135)</sup> Einem Unternehmen wird sein Verhalten schon nicht als eigenes zugerechnet, soweit es gesetzlich determiniert ist.<sup>136)</sup> Indes rechtfertigt bloß staatliche Veranlassung oder Förderung bestimmter Verhaltensweisen (z. B. durch Steuer- oder Haftungsvorteile) eine Forderung nicht *per se*.<sup>137)</sup>

**Beispiel:** Wenn ein marktmächtiges Unternehmen einen abhängigen Lieferanten bei der Ausführung eines Auftrags einschaltet und deshalb dafür haftet, dass der Lieferant seinen Arbeitnehmern gesetzliche Mindestlöhne zahlt (§ 14 AEntG, § 13 MiLoG), ist die an den Lieferanten gerichtete Forderung, den Arbeitnehmern die Mindestlöhne tatsächlich zu bezahlen, stets gerechtfertigt. Die Forderung nach einer entsprechenden Haftungsfreistellung im Innenver-

129) Vgl. Köhler, wrp 2006, 139, 144; Markert (Fußn. 67), § 19 GWB Rz. 374.

130) Säcker/Mobr, wrp 2010, 1, 24.

131) Loewenbeim (Fußn. 3), § 19 GWB Rz. 47.

132) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 17 – Hochzeitsrabatte.

133) BGH v. 24. 6. 2003 – KZR 32/01, NJW-RR 2003, 1348, 1349 – Schülertransporte.

134) BGH ZIP 1995, 1114 = NJW 1995, 2415, 2418 – Importarzneimittel.

135) BGH ZIP 2000, 426 = NZA 2000, 327, 331 – Tarifreueerklärung Berlin.

136) Emmerich (Fußn. 26), § 9 Rz. 6.

137) Emmerich (Fußn. 26), § 9 Rz. 6.

hältnis ist hingegen nicht gesetzlich determiniert und deshalb zumindest nicht *generell* gerechtfertigt.

## 2.2 Generelle Ausschlussgründe

Stets ungerechtfertigt sind Forderungen, die offensichtlich auf die Behinderung oder Diskriminierung von Wettbewerbern gerichtet sind, Lieferanten diskriminieren, an sich rechtswidrig oder auf rechtswidrige Vereinbarungen gerichtet sind.

### 2.2.1 Offensichtliche Behinderung oder Diskriminierung von Wettbewerbern

Ungerechtfertigt sind Forderungen in jedem Fall, wenn sie offensichtlich den Marktzugang für Wettbewerber des marktmächtigen Nachfragers erschweren sollen (Absicherungsmechanismen).<sup>138)</sup> Dazu zählen neben dem klassischen Boykottaufwurf i. S. d. § 21 Abs. 1 GWB<sup>139)</sup> alle Leistungsausschlussklauseln (Exklusivbindungen,<sup>140)</sup> diskriminierende Bezugssperren) und Differenzierungsklauseln, durch die der marktmächtige Nachfrager offensichtlich eine Besserstellung gegenüber seinen Konkurrenten erreichen und ihre Wettbewerbsfähigkeit auf dem Absatzmarkt schwächen will.<sup>141)</sup> Generell ungerechtfertigt sind auch Meistbegünstigungsklauseln (Bestwertableich).<sup>142)</sup> Die Forderung nach Gleichbehandlung mit allen Konkurrenten behindert selbige nämlich ebenfalls,<sup>143)</sup> weil sie dadurch um ihre individuellen Verhandlungsvorteile gebracht werden sollen.

**Beispiel:**<sup>144)</sup> Amazon wurde verdächtigt, seine beherrschende Stellung auf den Märkten für den Einzelhandelsvertrieb von E-Books missbraucht zu haben. Amazon hatte in E-Book-Vertriebsverträgen unter anderem Meistbegünstigungsklauseln verwendet, wonach die Verlage Amazon darüber zu informieren hatten, wenn sie dessen Wettbewerbern andere, insbesondere günstigere Konditionen anboten; die Verlage mussten Amazon mindestens die gleichen Konditionen einräumen. Die EU-Kommission befürchtete, die Klauseln könnten zu weniger Wettbewerb auf dem europäischen E-Book-Markt und damit zu einer geringeren Auswahl, weniger Innovation und höheren Preisen für die Verbraucher führen. Die Kommission hat im Mai 2017 eine Selbstverpflichtung von Amazon gem. Art. 9 VO 1/2003/EG für verbindlich erklärt, wonach Amazon verspricht, fortan von Verlagen keine Meistbegünstigung mehr zu verlangen.

### 2.2.2 Diskriminierung von Lieferanten

Wie marktmächtige Anbieter genießen auch marktmächtige Nachfrager prinzipiell Beschaffungsfreiheit<sup>145)</sup> und müssen nicht alle verfügbaren Lieferanten anteilmäßig berücksichtigen.

138) EuGH v. 13. 2. 1979 – Rs 85/76, NJW 1979, 2460 – La Roche; EuGH EuZW 2012, 540, Rz. 42 – Post Danmark; Köhler (Fußn. 3), S. 57; *Wanderwitz*, wrp 2015, 162, 166.

139) *Köhler* (Fußn. 3), S. 84 f.

140) Insoweit gegen pauschale Missbräuchlichkeit *Köhler* (Fußn. 3), S. 84.

141) *Säcker/Mohr*, wrp 2010, 1, 21.

142) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 73 – Hochzeitsrabatte; *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 273; a. A. *Säcker/Mohr*, wrp 2010, 1, 23.

143) Ebenso *Köhler*, wrp 2006, 139, 141 f.

144) EU-Kommission, PM v. 4. 5. 2017 – IP/17/1223.

145) *Markert* (Fußn. 67), § 19 GWB Rz. 209; *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 413.



gen.<sup>146)</sup> Nachfrager dürfen ihren Bedarf beim günstigsten Lieferanten befriedigen und damit notwendig alle anderen diskriminieren.<sup>147)</sup> Die unterschiedliche Durchsetzung von Sonderkonditionen gegenüber verschiedenen Lieferanten gilt „in aller Regel als zulässiges Ergebnis des Anbieterwettbewerbs und nicht als Ausdruck einer leistungsfremden Diskriminierung durch den Nachfrager.“<sup>148)</sup> Demgemäß ist auch die Drohung mit dem Abbruch der Geschäftsbeziehung keine unzulässige Diskriminierung des betreffenden Lieferanten,<sup>149)</sup> sofern die Grenzen des Vertragsrechts beachtet werden (anschließend 2.2.3).

Missbräuchlich ist aber die unterschiedliche Behandlung gleichartiger Lieferanten (Diskriminierung etwa durch Bezugssperren<sup>150)</sup>) und zwar nicht nur, wenn damit der Nachfragerwettbewerb leistungsfremd verzerrt wird,<sup>151)</sup> sondern auch, wenn ausschließlich Lieferanten behindert werden (zur vertikalen Schutzdimension oben III 3.2.2). Die Lieferantendiskriminierung ist missbräuchlich, wenn der marktmächtige Nachfrager Lieferanten schikaniert, indem er etwa eine langjährige Lieferbeziehung überraschend kurzfristig beendet.<sup>152)</sup> Ebenso ist die Diskriminierung eines Lieferanten missbräuchlich, wenn der marktmächtige Nachfrager damit den Marktzugang für einen Lieferanten verschließt und ihn damit (mangels Alternativen) in seiner Existenz bedroht.<sup>153)</sup>

**Beispiel:** Wenn ein marktbeherrschender Großhändler die Geschäftsbeziehung zu einem Lieferanten einstellt, weil die anderen Lieferanten darauf drängen, ist das Interesse des Großhändlers an der Aufrechterhaltung guter geschäftlicher Kontakte zu den übrigen Lieferanten zwar prinzipiell berechtigt, rechtfertigt aber den Abbruch der Geschäftsbeziehung zum diskriminierten Lieferanten nicht, weil das Interesse des Großhändlers im Kern auf eine Behinderung des freien Wettbewerbs gerichtet ist.<sup>154)</sup>

Die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen nimmt mit der Marktmacht zu, d. h. je marktmächtiger ein Nachfrager ist und je weniger Ausweichmöglichkeiten die Lieferanten haben, desto mehr muss der Nachfrager ihre wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten respektieren.<sup>155)</sup> Weil kartellrechtswidrige Lieferantendiskriminierung auf eine Kontrahierungspflicht für Nachfrager hinausläuft, muss ein Bezugszwang die Ausnahme bleiben.<sup>156)</sup> Nur Monopsonisten und Quasi-Monopsonisten dürfen vergleichbare Lieferanten nicht ohne zwingende Gründe unterschiedlich behandeln und können daher bei wirtschaftlich bedeutsamen Aufträgen faktisch zu einer Ausschreibung verpflichtet sein.<sup>157)</sup>

**Beispiel:** Wenn ein Monopsonist einen wirtschaftlich bedeutsamen Auftrag mit sehr langer Laufzeit an einen einzelnen Lieferanten vergibt, kann das für andere Lieferanten eine fakti-

146) *Loewenheim* (Fußn. 3), § 19 GWB Rz. 66.

147) *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 413.

148) *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 421; ebenso *Köhler* (Fußn. 3), S. 76 f.

149) *Markert* (Fußn. 67), § 19 GWB Rz. 210; *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 245.

150) *Markert* (Fußn. 67), § 19 GWB Rz. 207.

151) So aber *Markert* (Fußn. 67), § 19 GWB Rz. 206.

152) *Köhler* (Fußn. 3), S. 77.

153) BGH ZIP 1995, 1114 = NJW 1995, 2415, 2418 – Importarzneimittel.

154) BGH ZIP 1995, 1114 = NJW 1995, 2415, 2417 – Importarzneimittel.

155) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 17 – Hochzeitsrabatte; *Lettl*, WRP 2017, 641, 646.

156) *Markert* (Fußn. 67), § 19 GWB Rz. 205.

157) *Markert* (Fußn. 67), § 19 GWB Rz. 208.

sche Marktabschottung bedeuten.<sup>158)</sup> Dann ist der Monopsonist kartellrechtlich zu einer Verkürzung der Vertragslaufzeit oder einer Ausschreibung des Auftrags gezwungen.<sup>159)</sup>

Diskriminierend und damit generell missbräuchlich verhält sich ein marktmächtiger Nachfrager außerdem, wenn er solche Konditionen fordert, die die Struktur des Anbietermarktes gezielt manipulieren.<sup>160)</sup>

**Beispiel:** Das Land Berlin hatte von Bauunternehmen gefordert, Berliner Tarifverträgen anzuwenden. Damit sollte der Berliner Markt illegitim von Konkurrenz abgeschottet werden, weil die nicht- oder anderstarifgebundenen Bauunternehmen (vor allem von außerhalb) damit etwaige Preisvorteile einbüßten.<sup>161)</sup>

### 2.2.3 Rechtswidrige Forderung

Generell missbräuchlich sind Forderungen *unabhängig von ihrem Inhalt*, wenn sie auf rechtswidrige Art und Weise an abhängige Lieferanten gerichtet werden. Das Handlungsinteresse marktmächtiger Unternehmen wird nur im Rahmen der übrigen Rechtsordnung geschützt.<sup>162)</sup> Daran scheitern vor allem Forderungen, deren Modalitäten unlauter i. S. d. UWG sind,<sup>163)</sup> etwa wenn Lieferanten mit dem Abbruch der Lieferbeziehungen oder anderen Nachteilen aggressiv i. S. d. § 4a Abs. 1 UWG bedroht werden. Gleiches gilt für Forderungsmodalitäten, die die Schwellen der arglistigen Täuschung oder widerrechtlichen Drohung (§ 123 BGB) oder der Nötigung (§ 240 StGB) überschreiten. Der Übergang zur einzelfallabhängigen Rechtfertigung (dazu unten 2.3) ist fließend, soweit die Rechtswidrigkeit der Forderung von der Zweck-Mittel-Relation abhängt.

Außerdem stets missbräuchlich sind Forderungen, die *wegen ihres Inhalts* rechtswidrig sind. Einer weiteren Abwägung bedarf es in diesen Fällen nicht.<sup>164)</sup> Prinzipiell ist es zwar für die kartellrechtliche Beurteilung von Marktverhalten unerheblich, ob das Verhalten mit der übrigen Rechtsordnung vereinbar ist oder nicht.<sup>165)</sup> Deshalb können sich marktbeherrschende Unternehmen nicht vom Missbrauchsvorwurf befreien, indem sie auf die *Rechtmäßigkeit* ihres Verhaltens verweisen,<sup>166)</sup> sofern die Rechtsordnung ihr Verhalten nicht vollständig determiniert (dazu oben 2.1). Das heißt aber nicht, dass *rechtswidriges* Verhalten marktmächtiger Unternehmen nicht auch missbräuchlich ist. Damit kann zwar das Kartellrecht (vor allem wegen seiner hoheitlichen Durchsetzungsmechanismen) zur Effektivierung durchsetzungsschwacher Rechtsgebiete instrumentalisiert werden,<sup>167)</sup> doch ist eine Subsidiarität kartellrechtlicher Durchsetzungsmechanismen kein Rechtsgrundsatz.<sup>168)</sup> Das Kartellrecht stellt marktmächtige Unternehmen unter besondere Verhaltensaufsicht und zwingt

158) *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 414.

159) *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 417.

160) Vgl. *Köhler* (Fußn. 3), S. 57.

161) BGH ZIP 2000, 426 = NZA 2000, 327, 330 – Tariftreuerklärung Berlin.

162) *Loewenheim* (Fußn. 3), § 19 GWB Rz. 20; *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 193.

163) *Köhler* (Fußn. 3), S. 55 f., 75; *Markert* (Fußn. 67), § 19 GWB Rz. 213 f.; *Wiedemann*, in: Wiedemann, Kartellrecht, 3. Aufl., 2016, § 23 Rz. 57.

164) Insoweit auch *Franck*, ZWeR 2016, 137, 154.

165) EuGH NZKart 2013, 113, Rz. 132 – *AstraZeneca*.

166) EuGH NZKart 2013, 113 Rz. 134 – *AstraZeneca*.

167) Dagegen *Franck*, ZWeR 2016, 137, 141 ff.; *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 5. Aufl., 2014, § 19 GWB Rz. 85.

168) Tendenziell a. A. *Franck*, ZWeR 2016, 137, 143.

sie damit auch zur Treue gegenüber solchem Recht, das sonst weniger Beachtung erfährt (zum Einfordern von Rechtstreue gegenüber Lieferanten unten 2.5.2).<sup>169)</sup>

Der einseitige Vertragsbruch ist missbräuchlich, sofern er rechtswidrig ist.<sup>170)</sup> Schon die Androhung rechtswidrigen Verhaltens kann einen Missbrauch von Marktmacht darstellen, wenn etwa ein Energieversorger entgegen § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB einseitig die Einstellung der Energieversorgung androht.<sup>171)</sup> Die Möglichkeit eines individuell-zivilrechtlichen Vorgehens durch den Lieferanten macht die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht gerade wegen der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Lieferanten nicht entbehrlich.<sup>172)</sup> Hingegen ist *pacta sunt servanda* keine „Friedensgarantie“, sondern impliziert stets die Möglichkeit zur einvernehmlichen Vertragsänderung (§ 311 Abs. 1 BGB), zur Anpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) oder zur außerordentlichen Kündigung (§ 314 BGB), wovon auch abhängige Lieferanten nicht *per se* geschützt sind.<sup>173)</sup> Die Forderung nach Anpassung einer laufenden Geschäftsbeziehung (also Abschluss eines Änderungsvertrages) ist nicht an sich missbräuchlich und etwa nur unter den Voraussetzungen des § 313 BGB zulässig,<sup>174)</sup> sondern nur missbräuchlich, wenn der Nachfrager seine Forderung nicht mit angemessenen leistungsbezogenen Gründen substantiiert rechtfertigen kann (dazu unten c)). Das wird etwa bei der Forderung nach einer *rückwirkenden* Vertragsanpassung kaum gelingen,<sup>175)</sup> ist aber möglich, wenn der Vertrag ohnehin eine Nachverhandlungsklausel hat<sup>176)</sup> und es für die rückwirkende Forderung leistungsbezogene Gründe gibt.<sup>177)</sup> Demgemäß wird auch in der Begründung zum Regierungsentwurf der 9. GWB-Novelle eine Rechtfertigung nur dann für regelmäßig ausgeschlossen gehalten, „wenn *jenseits der zivilrechtlichen Möglichkeiten* in bestehende Vertragsbeziehungen eingegriffen oder eine rückwirkende Konditionenanpassung vorgenommen werden soll“.<sup>178)</sup>

Missbräuchlich da rechtswidrig ist ferner der Versuch der Anstiftung zu *kartellrechtswidrigem* Verhalten (§ 21 Abs. 2 GWB).<sup>179)</sup> Das betrifft etwa die Forderung von Bezugssperren gegenüber anderen Abnehmern<sup>180)</sup> oder die (an Abnehmer gerichtete) Forderung von Mindestverkaufspreisen im Gegenzug für Preisnachlässe.<sup>181)</sup> Aus § 21 Abs. 2 GWB folgt im Umkehrschluss aber nicht, dass die (versuchte) Anstiftung zu *anderweitig* rechtswidrigem Verhalten nicht auch missbräuchlich sein kann, denn das Missbrauchsverbot unterstellt marktmächtige Unternehmen gerade wegen ihrer Marktmacht strengeren Verhaltensanforderungen als andere Unternehmen (dazu oben III 1.1),

169) Differenzierend danach, ob die Rechtsnormen konkrete Vorgaben für die Anbieter-Nachfrager-Beziehung machen oder nicht *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 202 ff.

170) *Köhler* (Fußn. 3), S. 56 f.; *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 264; undifferenziert *Lettl*, wrp 2017, 641, 647, der überdies das Fordern eines „vertragswidrigen Vorteils“ als „offensichtlich missverhältnismäßig“ ansieht.

171) *Wiedemann* (Fußn. 163), § 23 Rz. 57.

172) *Köhler* (Fußn. 3), S. 57.

173) In diese Richtung aber BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 480 ff. – Hochzeitsrabatte; *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 264; *Säcker/Mohr*, wrp 2010, 1, 16, 21.

174) So aber *Säcker/Mohr*, wrp 2010, 1, 21; ähnlich *Köhler* (Fußn. 3), S. 57, 100; *Köhler*, wrp 2006, 139, 143.

175) BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 485 ff. – Hochzeitsrabatte; *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 264: unwiderlegliche Vermutung.

176) Vgl. BGH v. 15. 11. 2016 – KVZ 1/16, NZKart 2017, 36, Rz. 17 – Hochzeitsrabatte; krit. *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 266.

177) Vgl. BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 70 – Hochzeitsrabatte.

178) BT-Drucks. 18/10207, S. 52 – Hervorh. durch Verf.

179) *Markert* (Fußn. 67), § 21 GWB Rz. 52.

180) *Markert* (Fußn. 67), § 21 GWB Rz. 60.

181) OLG Celle v. 7. 4. 2016 – 13 U 124/15 (Kart), NZKart 2016, 288.

für die nur § 21 Abs. 2 GWB gilt. Zum Schutz des Leistungswettbewerbs ist deshalb nicht nur der Versuch der Anstiftung zu einem Verbrechen rechtswidrig (§ 30 Abs. 1 StGB) und daher missbräuchlich, sondern alle Forderungen, die auf rechtswidriges Verhalten des Lieferanten gerichtet sind. Dazu zählen nicht nur die Forderung nach strafbarem oder ordnungswidrigem Verhalten (etwa Missachtung von Arbeitsschutzvorschriften), sondern auch Forderungen, die, wenn sie als Vertragsklausel vereinbart würden, rechtswidrig wären (etwa wegen Verstoß gegen § 4 Nr. 4 UWG<sup>182</sup>) oder AGB-Recht<sup>183</sup>). Deswegen ist auch die Forderung nach Unterschreitung zwingender gesetzlicher Vergütungsregeln (einschließlich Zahlungsfristen, § 271a BGB) stets ebenso missbräuchlich<sup>184</sup> wie die Forderung, einem bestimmten Arbeitgeberverband beizutreten (Verpflichtung gem. Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG i. V. m. § 134 BGB nichtig).<sup>185</sup>

### 2.3 Rechtfertigung durch kalkulierbaren und angemessenen Leistungsbezug

Unterfällt die Forderung eines marktmächtigen Nachfragers weder einem generellen Rechtfertigungsgrund noch einem generellen Ausschlussgrund, hängt ihre Rechtfertigung davon ab, ob der Nachfrager für die Forderung einen Leistungsbezug substantiiert (transparent) darlegen kann und die Forderung zur Leistung in einem angemessenen Verhältnis steht. Erfüllt eine Forderung eine dieser Maßgaben nicht, ist sie stets *ungerechtfertigt*,<sup>186</sup> nur bedeutet das nicht zwangsläufig eine missbräuchliche *Ausnutzung* der Nachfragemacht (dazu unten 3).

#### 2.3.1 Strenge statt liberaler Forderungskontrolle

Inwiefern (rechtmäßige) Forderungen wegen ihres Inhalts missbräuchlich sein können, ist umstritten: Das BKartA erachtet eine Vorteilsforderung nur dann als sachlich gerechtfertigt, wenn sie leistungsbezogen (lieferanten-, warengruppen- oder artikelbezogen) und angemessen ist;<sup>187</sup> außerdem muss der Vorteil für den Lieferanten kalkulatorisch nachvollziehbar sein.<sup>188</sup> Nach liberaleren Ansichten können Vorteile auch ohne Leistungsbezug gerechtfertigt sein,<sup>189</sup> wenn der Nachfrager dafür Gründe anführen kann, die zumindest nicht gegen den Leistungswettbewerb gerichtet sind.<sup>190</sup> Die Schwelle des erlaubten „harten Verhandeln“ sei im Nachfragewettbewerb höher zu legen als im Anbieterwettbewerb.<sup>191</sup> Marktmächtige Nachfrager dürften deshalb auch Forderungen stellen, die auf „schützenswerten dynamischen Prozessen, wie etwa besonderen Investitionen des Nachfragers in den Ausbau seiner eigenen Vertriebswege“, beruhen.<sup>192</sup>

182) *Markert* (Fußn. 67), § 19 GWB Rz. 379.

183) BGH v. 6. 11. 2013 – KZR 58/11, NZKart 2014, 31, Rz. 65 – VBL-Gegenwert; *Köhler* (Fußn. 3), S. 56.

184) *Wanderwitz*, wrp 2015, 162, 166 f.

185) BAG v. 10. 12. 2002 – 1 AZR 96/02, NZA 2003, 734, 740 f.

186) A. A. *Lettl*, WRP 2017, 641, 646: Merkmale des § 19 Abs. 2 Nr. 5 Halbs. 2 GWB n. F. haben nur Indizcharakter; zu § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB i. d. F. der 8. GWB-Novelle geht der BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 24 – Hochzeitsrabatte, von einer bloßen Vermutung der fehlenden Rechtfertigung aus.

187) BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 264 – Hochzeitsrabatte; BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (B2-15/11), 9/2014, S. 412.

188) BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (B2-15/11), 9/2014, S. 412.

189) OLG Düsseldorf NZKart 2015, 541, 544 – Hochzeitsrabatte; *Markert* (Fußn. 67), § 19 GWB Rz. 214.

190) Vgl. *Markert* (Fußn. 67), § 19 GWB Rz. 214.

191) *Loewenheim* (Fußn. 3), § 19 GWB Rz. 107.

192) *Thomas*, ZWeR 2015, 210, 228.

Beide Ansichten haben Nachteile. Mit dem vom BKartA geforderten Leistungsbezug gehen nicht nur Abgrenzungsprobleme einher (dazu sogleich 2.3.2), sondern wird auch der Wettbewerb auf etablierte, nämlich betriebswirtschaftlich kalkulierbare Kategorien beschränkt und damit die Offenheit des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren gefährdet.<sup>193)</sup> Die liberalen Ansichten führen hingegen dazu, dass marktmächtige Nachfrager nur irgendwie plausibel machen müssen, warum der Lieferant auf ihre Forderung eingehen könnte.<sup>194)</sup> In diesem Sinne meinte etwa der BGH noch 2002, ein Lieferant könnte eine Forderung eines Nachfragers nach Konditionenanpassung nicht als Zumutung, sondern als angemessene Reaktion auf eine größere Absatzmenge ansehen, die er sogar rückwirkend akzeptieren könnte, wenn er Wert auf eine langfristige Aufrechterhaltung und Stärkung seiner Vertragsbeziehungen zu dem Nachfrager lege.<sup>195)</sup>

Wenn sich marktmächtige Nachfrager mit allgemeinen Plausibilitätserwägungen aus dem Missbrauchsverdacht „herausreden“ können und – wie nicht-marktmächtige Unternehmen – alles fordern und durchsetzen dürfen, was ihre Verhandlungsmacht hergibt, gerät die Missbrauchskontrolle von Nachfragemacht ineffektiv.<sup>196)</sup> Der vom BKartA verlangte strenge Leistungsbezug von geforderten Vorteilen samt Kalkulierbarkeit für den Lieferanten und Angemessenheit schützt hingegen den abhängigen Lieferanten effektiver vor missbräuchlichen Forderungen marktmächtiger Nachfrager.<sup>197)</sup> Wenn die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle die marktmächtigen Nachfrager zu streng ökonomisch nachvollziehbarer Gestaltung ihrer Geschäftsbeziehungen diszipliniert, reduziert sie die Verhandlungsmasse und mit ihr auch die Druckausübungsmöglichkeiten marktmächtiger Nachfrager gegenüber abhängigen Lieferanten.<sup>198)</sup> Demgemäß geht nun auch der BGH davon aus, dass leistungsbezogene („leistungsgerechte“) Forderungen stets gerechtfertigt sind und Forderungen ohne Leistungsbezug die widerlegliche Vermutung begründen, ungerechtfertigt zu sein<sup>199)</sup> (zur Widerlegung unten 3).

Der Gesetzgeber hat sich mit der 9. GWB-Novelle für eine weitere Effektuierung des Missbrauchsverbots (und damit auch des Lieferantenschutzes) entschieden. Nach § 19 Abs. 2 Nr. 5 Halbs. 2 GWB n. F. beurteilt sich die Rechtfertigung einer Forderung insbesondere danach, ob die Forderung für den Lieferanten „nachvollziehbar begründet ist und ob der geforderte Vorteil in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung steht“. Nur wenn der Lieferant „den Grund und gegebenenfalls auch die Berechnung“ einer Forderung nachvollziehen kann, kann er überhaupt ihre sachliche Rechtfertigung prüfen.<sup>200)</sup> „Dazu ist eine hinreichende Transparenz hinsichtlich des geforderten Vorteils und des genannten Grunds bzw. der aus Sicht des Auffordernden bestehenden Gegenleistung für die Forderung notwendig.“<sup>201)</sup> Damit wird die vom BKartA geforderte Nachvollziehbarkeits- und Angemessenheitskontrolle (dazu sogleich 2.3.2 bzw. 2.3.3) Gesetz.

193) *Fuchs* (Fußn. 167), § 19 GWB Rz. 28.

194) BGH GRUR 2003, 80, 83 – Konditionenanpassung.

195) BGH GRUR 2003, 80, 83 f. – Konditionenanpassung.

196) BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 274 – Hochzeitsrabatte; *Eufinger/Maschmer*, wrp 2016, 561, 566: „Freiraum marktstarker Unternehmen spürbar erweitert“; vgl. *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 259 ff.

197) *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 259.

198) *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 257, 259.

199) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 18 – Hochzeitsrabatte – zu § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB i. d. F. der 8. GWB-Novelle.

200) Begründung RegE zur 9. GWB-Novelle, BT-Drucks. 18/10207, S. 52.

201) Begründung RegE zur 9. GWB-Novelle, BT-Drucks. 18/10207, S. 52; a. A. *Lettl*, WRP 2017, 641, 646: fehlende Transparenz führt nicht zwangsläufig zu ungerechtfertigter Forderung.

### 2.3.2 Nachvollziehbare Begründung der Forderung

Eine Forderung ist nachvollziehbar begründet, wenn sie für den Lieferanten wirtschaftlich kalkulierbar ist.<sup>202)</sup> Bei Forderungen zu Beginn einer Geschäftsbeziehung ist dafür vor allem auf *marktbezogene* Umstände abzustellen und bei Forderungen in laufenden Geschäftsbeziehungen vor allem auf *leistungsbezogene* Gründe.<sup>203)</sup> Freilich wird ein abhängiger Lieferant in seiner Wettbewerbsfreiheit durch Forderungen marktmächtiger Nachfrager unabhängig davon eingeschränkt, ob er die Begründung, die der Nachfrager für seine Forderung liefert, betriebswirtschaftlich nachvollziehen kann oder nicht.<sup>204)</sup> Wenn aber der Nachfrager seine Forderung *substantiiert* mit markt- oder leistungsbezogenen Fakten rechtfertigen muss und nicht (mehr) nur mit Plausibilitätserwägungen ins Blaue hinein, kann der Lieferant sich besser gegen willkürliche Forderungen schützen, indem er auf deren Rechtswidrigkeit hinweist.<sup>205)</sup>

An der betriebswirtschaftlichen Kalkulierbarkeit einer Forderung fehlt es, wenn der marktmächtige Nachfrager von seinem Lieferanten einen Vorteil fordert, für den er seinem Lieferanten im Gegenzug keinen oder nur einen ideellen Vorteil in Aussicht stellen kann. Der BGH hält einen Leistungsbezug für nicht gegeben, wenn die Forderung „weder in der Menge der abgenommenen Waren oder Leistungen noch in den übernommenen Funktionen, Serviceleistungen oder anderen betriebswirtschaftlich kalkulierbaren Gegenleistungen des Nachfragers“ gründet.<sup>206)</sup> Im Moment der Aufforderung muss für den Lieferanten eine „gesicherte und leistungsgerechte Gegenleistung“ objektiv erkennbar sein.<sup>207)</sup> Demgemäß ist etwa die pauschale Behauptung, dass sich Produkte des Lieferanten in renovierten Filialen besser verkaufen, nicht hinreichend substantiiert;<sup>208)</sup> anders kann es bei einem Werbekostenzuschuss sein.<sup>209)</sup> Ebenso lässt sich ein „Hochzeitsrabatt“, „Synergiebonus“ oder eine „Partnerschaftsvergütung“ nach Übernahme eines Wettbewerbers nicht schlicht damit begründen, dass die Übernahme auch den Interessen der Lieferanten diene.<sup>210)</sup> Der Missbrauchsschutz verkommt allerdings zur bloßen Formulierungszensur, wenn Rechtfertigungsmuster ohne Markt- oder Leistungsbezug pauschal verboten werden (etwa Forderung nach rückwirkenden Konditionen Anpassungen<sup>211)</sup> oder nach Leistungen „ohne die ihnen zugeordnete“ Gegenleistung<sup>212)</sup>, denn sie lassen sich leicht umgehen durch Umgestaltung zu Preisanpassungsforderungen.<sup>213)</sup> Entscheidend ist, dass die Forderung auf Marktgegebenheiten oder der (geänderten) Wirtschaftlichkeit von Leistung oder Gegenleistung basiert, die für den Lieferanten objektiv erkennbar sind.<sup>214)</sup> Dazu einige Beispiele:

202) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 18 – Hochzeitsrabatte: Forderung muss „betriebswirtschaftlich kalkulierbare Gegenleistung des Nachfragers“ gegenüberstehen; BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 266 – Hochzeitsrabatte: „Berechnung“ der Forderung, ihres Grundes „bzw.“ der Gegenleistung muss für den Lieferanten nachvollziehbar sein.

203) Zur Differenzierung zwischen erstmaliger Aufnahme und Fortsetzung von Geschäftsbeziehungen Köhler, wrp 2006, 139, 142; weiter ausdifferenzierend Lettl, WRP 2017, 641, 646 ff.

204) Wanderwitz, wrp 2015, 162, 166.

205) BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 265 – Hochzeitsrabatte; Nothdurft (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 259.

206) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 18 – Hochzeitsrabatte.

207) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 91 – Hochzeitsrabatte.

208) BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 434 ff. – Hochzeitsrabatte; bestätigt durch BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 98 – Hochzeitsrabatte.

209) Nothdurft (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 270.

210) BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 384 ff., 517 ff. – Hochzeitsrabatte; bestätigt durch BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 91 ff. – Hochzeitsrabatte.

211) Dafür Wanderwitz, wrp 2015, 162, 166.

212) Köhler (Fußn. 3), S. 89.

213) Zur Umgehungsproblematik eingehend Säcker/Mohr, wrp 2010, 1, 5 ff.

214) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 91 – Hochzeitsrabatte.

So kann der Marktpreis eines Produkts nicht nur wegen marktüblicher Konjunktur- oder Kapazitätsschwankungen fallen, sondern auch, weil das Produkt das Ende seines Lebenszyklus erreicht hat.<sup>215)</sup> Leistungsbezogene Rechtfertigungsgründe können alle Umstände sein, die beim Lieferanten zu einer Effizienzsteigerung führen (bessere Leistung zum gleichen Preis, geringerer Preis bei gleicher Leistung).<sup>216)</sup>

**Beispiel:** Wenn durch größere Abnahmemengen dem Lieferanten Kostenvorteile entstehen, darf der Nachfrager eine Preissenkung (oder unentgeltliche Zusatzleistungen) fordern,<sup>217)</sup> muss aber die Einsparungen substantiiert darlegen. Die Forderung einer generellen, produktübergreifenden Preissenkung wegen gesteigerter Gesamtabnahmemenge ist nicht hinreichend substantiiert.<sup>218)</sup>

Forderungen können auch damit gerechtfertigt werden, dass sich die Gegenleistung des Nachfragers verbessert hat und der Lieferant davon *nachweislich* profitiert.<sup>219)</sup> Die Gegenleistung eines Nachfragers muss dabei keineswegs monetärer Art sein, sondern kann auch in anderen Vorteilen bestehen,<sup>220)</sup> sofern sie für den Lieferanten kalkulierbar sind.

**Beispiel:** Nicht nur Listungsgebühren für die zusätzliche Listung bestimmter Artikel sind leistungsbezogen,<sup>221)</sup> sondern auch pauschale Listungsgebühren können eine wirtschaftliche Gegenleistung des Nachfragers (z. B. dessen Vertriebsleistung) honorieren und für den Lieferanten einen kalkulierbaren Mehrwert bieten.<sup>222)</sup> Nicht kalkulierbar sind indes pauschale Listungsgebühren ohne konkrete Listungsversprechen.<sup>223)</sup> Gestiegene Absatz- und Vertriebskosten kann der marktmächtige Nachfrager an seine Lieferanten nur dann weitergeben, wenn für sie damit kalkulierbare Vorteile verbunden sind<sup>224)</sup> und außerdem dadurch das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung des gesamten Konditionenpakets nicht offensichtlich unangemessen gerät (dazu unten 2.3.3).

Eine Unterscheidung von Leistungs- und Nebenleistungsaspekten ist unnötig,<sup>225)</sup> weil die „Verpackung“ des vom Nachfrager für die Gesamtleistung stets angestrebten günstigsten Preises („Prämien“, „Boni“, „Erstattungen“, verlängerte Zahlungsfristen, Skonti etc.) bloße Vertragslyrik und nicht *per se* wettbewerbswidrig ist,<sup>226)</sup> solange der Nachfrager dem Lieferanten eine transparente Kalkulation liefert. Deswegen ist es unschädlich, wenn der geforderte Vorteil sich nicht auf die Kernleistung des Lieferanten (etwa Warenlieferung) bezieht, sondern völlig andere Leistungen (etwa Service- oder Logistikleistungen) betrifft.<sup>227)</sup> Fordert der Nachfrager eine solche Erweiterung

215) Vgl. *Lademann*, WuW 2015, 716, 726.

216) *Lademann*, WuW 2015, 716, 726: Effizienzgewinne kein Ausdruck von Nachfragemacht.

217) *Thomas*, ZWeR 2015, 210, 226.

218) BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 335 ff. – Hochzeitsrabatte.

219) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 91 – Hochzeitsrabatte; vgl. *Thomas*, ZWeR 2015, 210, 228.

220) Vgl. *Köhler* (Fußn. 61), S. 14.

221) *Künstler*, WuW 2015, 1093, 1101.

222) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 91, 97 – Hochzeitsrabatte; *Köhler* (Fußn. 61), S. 19; das BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 469 – Hochzeitsrabatte, verlangt einen Bezug zum Preis des konkret zu listenden Produkts.

223) BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 464 ff. – Hochzeitsrabatte.

224) *Lettl*, WRP 2017, 641, 647.

225) *Köhler* (Fußn. 61), S. 21.

226) *Säcker/Mobr*, wrp 2010, 1, 6 f.

227) *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 269.

der Geschäftsbeziehung, ohne dass der Lieferant dafür eine (zusätzliche) Gegenleistung erhalten soll, fordert der Nachfrager implizit auch eine Preissenkung und muss diese mit markt- oder leistungsbezogenen Gründen rechtfertigen, sodass sie der Lieferant betriebswirtschaftlich nachvollziehen kann. Die Beweislast liegt insofern beim Nachfrager.<sup>228)</sup>

**Beispiel:** Wenn ein marktmächtiger Automobilhersteller von seinem Lieferanten künftig nicht nur Autoteile *geliefert*, sondern ohne Aufpreis auch *montiert* haben will, fordert er implizit eine Preissenkung und muss markt- oder leistungsbezogene Umstände (etwa gesunkene Marktpreise für die Autoteile, nicht: Anstieg der eigenen Personalkosten) substantiiert darlegen, um seine Forderung rechtfertigen zu können. Eine anlasslose Mehrleistungsforderung ohne angemessene Kompensation steht marktmächtigen Nachfragern nicht zu.<sup>229)</sup>

### 2.3.3 Angemessenheit der Forderung

Es ist grundsätzlich wettbewerbskonform, dass jeder Nachfrager den günstigsten Preis erreichen will.<sup>230)</sup> Vor einer Angemessenheitskontrolle schrecken viele zurück, weil die Frage nach dem angemessenen („gerechten“) Preis als unbeantwortbar gilt, weswegen sie auch bei der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle nicht gestellt werden dürfe.<sup>231)</sup> Will man den Einsatz von Marktmacht zum Preisdrücken nicht pauschal vom Missbrauchsverdacht ausnehmen, bleibt aber nur die Kontrolle der Preise auf Angemessenheit. Demgemäß fordert § 19 Abs. 2 Nr. 5 Halbs. 2 GWB seit der 9. GWB-Novelle ausdrücklich, dass sich die sachliche Rechtfertigung einer Forderung insbesondere auch danach richtet, „ob der geforderte Vorteil in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung steht“. Es geht aber nicht darum, *jedem* Lieferanten das Recht auf einen Preis oberhalb seiner Grenzkosten einzuräumen,<sup>232)</sup> sondern nur solchen Lieferanten ein rechtliches Argument an die Hand zu geben,<sup>233)</sup> die *marktmächtigen Nachfragern gegenüberstehen*. Um die Angemessenheitsfrage zu entschärfen, ist erst ein „offensichtliches Missverhältnis“ von Forderung und Forderungsgrund unangemessen.<sup>234)</sup> Im Kern geht es also nicht um eine umfassende kartellrechtliche Kontrolle des Wirtschaftslebens auf Austauschgerechtigkeit, sondern es werden nur die Forderungen *marktmächtiger* Unternehmen auf *offensichtliche* Unangemessenheit kontrolliert. Übermäßiger Wirtschaftskontrolle ist außerdem dadurch zu begegnen, dass gegenüber kleinen und mittelgroßen Lieferanten die Angemessenheit strenger zu prüfen ist als gegenüber großen Lieferanten;<sup>235)</sup> gegenüber großen Lieferanten kann es außerdem am Ausnutzen der Marktmacht fehlen (dazu unten 3).

228) BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 405 – Hochzeitsrabatte; *Eufinger/Maschmer*, wrp 2016, 561, 563; *Köhler*, wrp 2006, 139, 144.

229) *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 269.

230) *Säcker/Mohr*, wrp 2010, 1, 3.

231) Etwa *Thomas*, ZWeR 2015, 210, 236; ähnlich auch noch BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 262 – Hochzeitsrabatte.

232) Dagegen *Thomas*, ZWeR 2015, 210, 237.

233) *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 234, 257, 259: Berufen auf das Recht erleichtert „Diskreditierung“ generischer Forderungen.

234) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 19 – Hochzeitsrabatte; Begründung RegE zur 9. GWB-Novelle, BT-Drucks. 18/10207, S. 52; BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 267 – Hochzeitsrabatte; *Künstler*, WuW 2015, 1093, 1098, 1102; für einen Sicherheitszuschlag *Lettl*, WRP 2017, 641, 646.

235) *Säcker/Mohr*, wrp 2010, 1, 24.



Die Angemessenheit wird im Vergleich mit den Konditionen festgestellt, die nicht-marktmächtige Nachfrager erzielen.<sup>236)</sup> Unangemessen sind solche Vorteile, die ein nicht-marktmächtiges Unternehmen unter vergleichbaren Bedingungen in einem machtfreien Verhandlungsprozess in der Regel nicht durchsetzen könnte<sup>237)</sup> (Konzept des Als-ob-Wettbewerbs<sup>238)</sup>). Um das festzustellen, dürfen in Anlehnung an § 19 Abs. 2 Nr. 2 Halbs. 2 GWB Verhaltensweisen anderer Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb berücksichtigt werden. Die Schwächen dieses Vergleichsmarktkonzepts sind bekannt<sup>239)</sup> und wettbewerbskonforme Konditionen sind bei Beschaffungsmärkten mit sehr individuellen Lieferbeziehungen mitunter schwerer zu ermitteln als auf Angebotsmärkten.<sup>240)</sup> Ermittlungsungenauigkeiten ist dadurch zu begegnen, dass – in Anlehnung an § 19 Abs. 2 Nr. 2 Halbs. 1 GWB – die in Rede stehenden Konditionen von wettbewerbskonformen Konditionen mit *hoher Wahrscheinlichkeit* abweichen müssen und der Unterschied *erheblich* ist.<sup>241)</sup>

Das heißt nicht, dass jede Kondition, die nicht-marktmächtige Nachfrager erzielen, automatisch als angemessen gilt und sie marktmächtige Nachfrager deshalb bedenkenlos fordern können. Das liefe auf einen marktweiten Bestpreisabgleich hinaus, der Wettbewerber unzulässig behinderte (dazu oben 2.2.1), indem er dem marktmächtigen Nachfrager ein Gesamtpaket erlaubte, das ein einzelner nicht-marktmächtiger Wettbewerber niemals erzielen könnte.<sup>242)</sup> Stattdessen ist eine offensichtliche Unangemessenheit durch Gesamtbetrachtung aller wirtschaftlich kalkulierbaren Leistungen des Lieferanten und Gegenleistungen des Nachfragers festzustellen, soweit sie Teil eines Forderungspakets sind,<sup>243)</sup> „denn die ungünstige Wirkung einer Klausel kann durch die günstige Wirkung anderer Konditionen oder durch die Preisgestaltung ausgeglichen werden“.<sup>244)</sup> Ein Vorteil ist nicht schon dann ungerechtfertigt, „wenn ihm keine direkte zuzuordnende Gegenleistung entspricht“.<sup>245)</sup> Vielmehr ist davon auszugehen, „dass ein Kaufmann die Vorteilhaftigkeit oder Rentabilität eines Geschäfts auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller von ihm zu erbringenden Leistungen und von seinem Geschäftspartner gewährten Gegenleistungen beurteilen wird“.<sup>246)</sup> Folglich können auch Dumping-Preise für einzelne Produkte gerechtfertigt sein, wenn das Konditionenpaket insgesamt nicht das Niveau unterschreitet, das nicht-marktmächtige Nachfrager erreichen können. Ist das Preisniveau ohnehin niedrig, kann indes jede weitere Forderung nach Preissenkungen oder unentgeltlichen Mehr- und Zusatzleistungen das „Fass zum Überlaufen“ bringen.<sup>247)</sup> Unangemessen können außerdem auch Mehrfachforderungen sein, die auf

236) Köbler (Fußn. 3), S. 52.

237) OLG Düsseldorf NZKart 2015, 541, 543 – Hochzeitsrabatte; Markert (Fußn. 67), § 19 GWB Rz. 378; Nothdurft (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 246, 250.

238) Loewenheim (Fußn. 3), § 19 GWB Rz. 69; ebenso bereits Köbler (Fußn. 3), S. 51

239) Nur Loewenheim (Fußn. 3), § 19 GWB Rz. 70 ff.

240) Köbler (Fußn. 3), S. 51 ff.

241) BGH v. 6. 11. 1984 – KVR 13/83, NJW 1986, 846, 847 – Favorit; Köbler (Fußn. 3), S. 54.

242) Vgl. BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 73 – Hochzeitsrabatte.

243) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 22 – Hochzeitsrabatte: Gesamtpaket muss bei Aufforderung jedenfalls „objektiv erkennbar“ sein.

244) BGH NJW 1986, 846, 847 – Favorit; bestätigt durch BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 21 – Hochzeitsrabatte; ebenso OLG Düsseldorf NZKart 2015, 541, 544 – Hochzeitsrabatte; Köbler (Fußn. 61), S. 24; Lettl, wip 2017, 641, 648; a. A. Nothdurft (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 236: effektiver Ausbeutungsschutz verlangt (isolierte) Kontrolle jeder Einzelforderung.

245) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 17 – Hochzeitsrabatte.

246) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 21 – Hochzeitsrabatte.

247) Für eine kumulierte Betrachtung auch BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 22 – Hochzeitsrabatte; a. A. Nothdurft (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 236.

denselben Sachgrund (transparent und kalkulierbar) rekurren, ihn aber umfänglich überstrapazieren.<sup>248)</sup>

## 2.4 Unerhebliche Aspekte

Auch wenn die genannten Aspekte für die Rechtfertigungsprüfung einer Forderung nicht abschließend sind, sind die folgenden Aspekte jedenfalls unerheblich.

### 2.4.1 Wirtschaftskraft von Nachfrager und Lieferant

Die wirtschaftliche Situation des *Nachfragers* ist für die Rechtfertigung seiner Forderung unerheblich. Er darf deshalb nicht ohne Rücksicht auf die oben genannten Anforderungen „Überlebensrabatte“ fordern, bloß weil auch seine Lieferanten Interesse an seinem Fortbestehen hätten.<sup>249)</sup> Es wird ohnehin selten der Fall sein, dass ein insolvenzbedrohtes Unternehmen noch relativ marktmächtig i. S. d. § 20 Abs. 1, Abs. 2 GWB ist,<sup>250)</sup> droht ihm doch – wenn der Lieferant seinen Forderungen nicht nachgibt – selbst der wirtschaftliche Untergang. Wenn ein noch marktmächtiger, aber insolvenzbedrohter Nachfrager zu seiner Rettung von seinen Lieferanten Rabatte und verlängerte Zahlungsfristen verlangt, die weder mit markt- noch leistungsbezogenen Gründen substantiiert gerechtfertigt werden können und auch nicht der Angemessenheitskontrolle standhalten, ist das missbräuchlich. Einen Insolvenzvorbekanntnis kennt die Missbrauchskontrolle nicht. Vielmehr ist es dem Leistungswettbewerb immanent, auch als marktmächtiger Nachfrager scheitern zu können.<sup>251)</sup>

Aus denselben Erwägungen ist auch eine prekäre wirtschaftliche Situation des *Lieferanten* bei der Interessenabwägung nicht zu berücksichtigen.<sup>252)</sup> Nur wenn einem abhängigen Lieferanten durch eine Bezugssperre der Zugang zum Absatzmarkt gänzlich abgeschnitten wird und er deshalb in Existenznot gerät, kann das einen Belieferungsanspruch begründen (dazu oben 2.2.2). Im Übrigen sind die Gründe, aus denen ein Lieferant von einem Nachfrager abhängig geworden ist, unerheblich. Zwar kann ein Lieferant selbstverschuldet (etwa wegen Ineffizienz) in Abhängigkeit zu einem Nachfrager geraten, doch verliert der Lieferant dadurch nicht seinen kartellrechtlichen Ausbeutungsschutz.<sup>253)</sup> Ungeachtet aller praktischen Ursachenermittlungsprobleme<sup>254)</sup> verzögert das Missbrauchsverbot nur die Rückkopplung zwischen eigenem Fehlverhalten und marktwirtschaftlicher „Sanktion“. Auch der abhängigste Lieferant darf von seinem Abnehmer in den Ruin getrieben werden, aber nur durch angemessene Konditionen.

248) BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 473 – Hochzeitsrabatte; hingegen geht *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 260, von einem generellen Doppelverwertungsverbot von Forderungsgründen aus.

249) Dafür aber *Säcker/Mohr*, wrp 2010, 1, 24.

250) Ebenso *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 264.

251) I. E. ebenso *Köhler*, wrp 2006, 139, 143, der Ereignisse aus der Risikosphäre des Nachfragers nicht als ausreichend für einen Vertragsanpassungsanspruch aus § 313 BGB ansieht.

252) *Köhler* (Fußn. 3), S. 54; *Lettl*, wrp 2017, 641, 647.

253) A. A. *Thomas*, ZWeR 2015, 210, 227 f.

254) *Thomas*, ZWeR 2015, 210, 228, will Nachfragemacht vom Missbrauchsverbot ausnehmen, wenn sie auf „schützenswerten dynamischen Prozessen“ beruht, und verlangt damit eine positive Definition von Leistungswettbewerb, die gerade nicht gegeben werden kann (dazu oben III 3.1).

### 2.4.2 Erfolg einer Forderung

Nach der Begründung zum Regierungsentwurf der 9. GWB-Novelle sei es nicht ausgeschlossen, „dass im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung im Einzelfall zu berücksichtigen sein kann, wie sich die Aufforderung letztlich in den Verhandlungsergebnissen niedergeschlagen hat“.<sup>255)</sup> Freilich wird sich im Einzelfall nur schwer feststellen lassen, welche Forderung sich inwiefern (für welches Entgegenkommen an anderer Stelle?) im Verhandlungsergebnis niedergeschlagen hat.<sup>256)</sup> Um dieses Nachweisproblem auszuschalten, hat der Gesetzgeber gerade das Gewährenlassen von Vorteilen um das bloße Fordern ergänzt und mit der 9. GWB-Novelle das Gewährenlassen ganz gestrichen. Der Erfolg einer Forderung ist schon deshalb für ihre sachliche Rechtfertigung unerheblich, weil der Erfolg sowohl für die Rechtfertigung (Zustimmung des Lieferanten)<sup>257)</sup> als auch gegen sie (manifeste Machtmissbrauch)<sup>258)</sup> sprechen kann.

### 2.4.3 Politische Erwägungen

Schließlich sind politische Erwägungen, gleich ob sozial oder ökonomisch motiviert, für die sachliche Rechtfertigung einer Forderung unerheblich.<sup>259)</sup> Auch die marktmächtige öffentliche Hand kann Einschränkungen der Freiheit des Wettbewerbs nicht mit Gemeinwohlzielen (etwa Umweltschutz, Arbeitnehmerschutz) legitimieren.<sup>260)</sup> Vor allem die Interessen, der an der Geschäftsbeziehung unbeteiligten Endverbraucher, spielen für die Beurteilung des Missbrauchs von Marktmacht keine Rolle.<sup>261)</sup> Erst recht ist es keine notwendige Voraussetzung für den Missbrauch von Marktmacht, dass dadurch Verbraucher geschädigt werden<sup>262)</sup> – das setzt nur das Regelbeispiel in Art. 102 Satz 2 lit b AEUV voraus, dessen Verbraucherbegriff überdies als Pauschalverweis auf jede Art von Abnehmern zu lesen ist.<sup>263)</sup> Für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verlangt der EuGH deshalb nicht, dass den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen ist, sondern dass der Wettbewerb beschränkt wurde.<sup>264)</sup> Das geltende Kartellrecht basiert auf der Vorstellung, dass funktionierender Wettbewerb reflexartig auch den Verbrauchern zugutekommt, verfolgt aber nicht primär verbraucherschützende Zwecke.<sup>265)</sup>

255) BT-Drucks. 18/10207, S. 52.

256) Exemplarisch BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 32 – Hochzeitsrabatte.

257) Dazu tendiert BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 31 – Hochzeitsrabatte: Verhandlungsergebnis für Rechtfertigung nur bedeutsam, „wenn es zuverlässig darauf schließen lässt, dass der geforderte Vorteil schon im Zeitpunkt der Aufforderung des Normadressaten leistungsgerecht war“.

258) Nach BKartA v. 3. 7. 2014 – B2-58/09, Fußn. 41, Rz. 527 – Hochzeitsrabatte, indiziert der Erfolg einer Forderung den Zusammenhang zwischen der Marktmacht des Nachfragers und ihrer missbräuchlichen Ausnutzung.

259) *Loewenheim* (Fußn. 3), § 19 GWB Rz. 21.

260) BGH ZIP 2000, 426 = NZA 2000, 327, 331 – Tariftreuerklärung Berlin – für die Vermeidung von Arbeitslosigkeit.

261) *Loewenheim* (Fußn. 3), § 19 GWB Rz. 19; a. A. die frühere EU-Wettbewerbskommissarin *Neelie Kroes* v. 23. 9. 2005 – Rede 05/537 – [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-05-537\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-537_en.htm) (letzter Abruf: 12. 2. 2018): „I like aggressive competition – including by dominant companies – and I don't care if it may hurt competitors – as long as it ultimately benefits consumers“; *Thomas*, ZWeR 2015, 210, 243.

262) Gegen abweichende Tendenzen der EU-Kommission *Raeder* (Fußn. 2), S. 64 ff.

263) *Böni/Palzer*, RIW 2012, 528, 530; *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Stand: 4/2015, Art. 102 AEUV Rz. 348; weitergehend *Raeder* (Fußn. 2), S. 297 ff.: „Verbraucher“ ist (jede) Marktgegenseite.

264) EuGH v. 15. 3. 2007 – Rs C-95/04 P, EuZW 2007, 306, Rz. 106 f. – British Airways.

265) Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, BT-Drucks. 17/10365, S. 378; *Böni/Palzer*, RIW 2012, 528, 530 f.; *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 41; *Raeder* (Fußn. 2), S. 64 ff.

## 2.5 Anwendungsbeispiele

### 2.5.1 Fordern von Geschäftsdaten oder Know-how

Marktmächtige Nachfrager verlangen mitunter von ihren abhängigen Lieferanten Auskunft über deren Geschäftsdaten (vor allem Gewinnmargen) oder technisches Know-how, um ihre Verhandlungsmacht noch weiter zu steigern<sup>266)</sup> und glaubhaft mit vertikaler Integration oder der Weitergabe des Wissens an andere Lieferanten drohen zu können.<sup>267)</sup> Das Fordern von Geschäftsdaten und Know-how soll generell ungerechtfertigt sein, weil Art. 12 GG den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen umfasst<sup>268)</sup> und der Lieferant nicht gezwungen werden dürfe, den Ast abzusägen, auf dem er sitzt.<sup>269)</sup> Geschäftsdaten und Know-how können allerdings durchaus rechtswirksam zum Gegenstand der Geschäftsbeziehung gemacht werden, weshalb eine darauf gerichtete Forderung eines marktmächtigen Nachfragers nicht *per se* rechtswidrig und deswegen missbräuchlich ist. Entscheidend ist hier wie auch sonst, ob das Geschäft für den Lieferanten kalkulierbar ist und das wirtschaftliche Austauschverhältnis nicht offensichtlich unverhältnismäßig gerät (dazu oben 2.3). Wenn der Nachfrager als Gegenleistung nur den Verzicht auf einen rechtmäßig möglichen Abbruch der Geschäftsbeziehung anbietet, handelt es sich um eine implizite Preissenkung (um den Wert der geforderten Information), für die der Nachfrager markt- oder leistungsbezogene Gründe substantiiert darlegen muss und die das Gesamtpaket von Leistung und Gegenleistung nicht offensichtlich unangemessen machen darf.

### 2.5.2 Fordern von Rechtstreue

Gerechtfertigt ist regelmäßig die Forderung, dass die Lieferanten die für sie ohnehin geltenden gesetzlichen oder kollektiv- und individualvertraglichen Vorgaben einhalten.<sup>270)</sup> Insoweit genießen die Lieferanten keine Wettbewerbsfreiheit.<sup>271)</sup> Das Fordern von Rechtstreue kann indes schikanöse Züge annehmen, wenn der sachliche Rahmen der Geschäftsbeziehung<sup>272)</sup> überschritten wird. Ob etwa der Lieferant seine Steuern korrekt zahlt, liegt in aller Regel außerhalb der Geschäftsbeziehung, sofern Geschäfte mit „Steuersündern“ für den marktmächtigen Nachfrager nicht nachweislich zu wirtschaftlichen Nachteilen führen (etwa Verbraucherboykott), die eine Forderung nach Steuerrechtstreue (für einen Preisaufschlag) rechtfertigen.

### 2.5.3 Fordern von überobligatorischer Unternehmensverantwortung und Tariftreue

Je stärker emotionale und soziale Umstände das Verbraucherverhalten beeinflussen, desto mehr verlangen Verbraucher von nachfragemächtigen Unternehmen, dass sie ihre Nachfragemacht etwa für menschengerechte Arbeitsbedingungen bei ihren Lieferanten (vor allem in der Dritten Welt) oder die Verbesserung der Wirtschaftsbedingungen von heimischen Produzenten (etwa Milch-

266) Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, BT-Drucks. 17/10365, S. 370 f.

267) *Notburft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 271.

268) BVerfG v. 14. 3. 2006 – 1 BvR 2087/03 u. a., NVwZ 2006, 1041, Rz. 81 ff.

269) *Notburft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 271: „mit seltener Eindeutigkeit“ missbräuchlich.

270) BGH ZIP 2000, 426 = NZA 2000, 327, 330 – Tariftreueerklärung Berlin.

271) *Ackermann*, Corporate Social Responsibility und Kartellrecht, in: Hilty/Henning-Bodewig, Corporate Social Responsibility, 2014, S. 147, 150.

272) Vgl. *Notburft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 203, der nur Verstöße gegen Normen, die die Anbieter-Nachfrager-Beziehung regeln, als missbräuchlich erachtet.

bauern) einsetzen.<sup>273)</sup> Marktbeherrschende Unternehmen können daher ein großes Interesse daran haben, dass ihre Lieferanten moralisch-ethisch einwandfrei produzieren und ihre Mitarbeiter „anständig“ bezahlen, damit schlechte Berichterstattung über Lieferanten nicht auf den marktmächtigen Nachfrager zurückfällt.

Wenn ein marktmächtiger Nachfrager von seinen Lieferanten verlangt, dass sie keine Produkte aus Kinderarbeit einsetzen oder ihren Mitarbeitern bestimmte übergesetzliche Arbeitsbedingungen (etwa nach bestimmten, nicht allgemeinverbindlichen Tarifverträgen) gewähren, ist das nicht *per se* ein Missbrauch von Marktmacht<sup>274)</sup> etwa wegen unzulässigen Übergriffs in die Unternehmenspolitik des Lieferanten.<sup>275)</sup> „Übergriffe“ in die Unternehmenspolitik anderer Unternehmen sind nicht *per se* verboten und ist Art. 12 Abs. 1 GG insoweit auch nicht unmittelbar drittschützend. Soweit keine gesetzlichen Verbote greifen, kann sich jedes Unternehmen in seine Unternehmenspolitik von anderen Unternehmen hineinreden lassen. Das Kartellrecht zieht erst dort eine Grenze, wo die geforderte Unternehmenspolitik keinen Markt- oder Leistungsbezug hat, für den Lieferanten nicht wirtschaftlich kalkulierbar ist oder zur Gegenleistung in offensichtlich unangemessenem Verhältnis steht. Wenn die Lieferanten lediglich mit der Fortsetzung der Geschäftsbeziehung „belohnt“ werden, handelt es sich um eine implizite Preissenkung (die Lieferanten schulden künftig mehr, bekommen aber nicht mehr), die mit markt- oder leistungsbezogenen Gründen substantiiert zu rechtfertigen ist.

Nur wenn die Forderung rechtswidrig ist, ist sie *per se* missbräuchlich. Das ist bei der Forderung, einem bestimmten Arbeitgeberverband beizutreten, wegen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit der Fall (dazu oben 2.2.3), aber nicht bei der Forderung nach Anwendung bestimmter Tarifverträge. Zwar wird davon ausgegangen, dass die Anwendung von für den Lieferanten nicht geltenden Tarifverträgen ihm gegenüber bei normalen Marktbedingungen vertraglich nicht durchsetzbar wäre, doch ist eine darauf gerichtete Forderung deswegen nicht missbräuchlich.<sup>276)</sup> Nur eine offenkundige Manipulation des Lieferantenmarktes ist wegen Diskriminierung der nicht oder anderweitig tarifgebundenen Lieferanten generell missbräuchlich (dazu oben 2.2.2). Ansonsten kann im Einzelfall der wirtschaftliche Druck für den marktmächtigen Nachfrager so groß werden, dass er von seinen Lieferanten die Anwendung eines bestimmten Tarifvertrags aus leistungsbezogenen Gründen berechtigt verlangen kann (bei entsprechender Kompensation).

### 3. Ausnutzen der Nachfragemacht

Nicht jede ungerechtfertigte Forderung ist missbräuchlich. Sie muss zusätzlich auf der Ausnutzung von Marktmacht beruhen.<sup>277)</sup> Das Ausnutzungserfordernis ist – auch wenn das der Wortlaut von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB bis zur 9. GWB-Novelle nahelegte – kein Spezifikum des „Anzapfverbots“, sondern Merkmal des gesamten Missbrauchstatbestands (Art. 102 Satz 1 AEUV, § 19 Abs. 1 GWB).<sup>278)</sup> Demgemäß stellt das Tilgen des Ausnutzungserfordernisses aus § 19 Abs. 2

273) Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (B2-15/11), 9/2014, S. 395.

274) Eingehend zu den kartellrechtlichen Grenzen der Corporate Social Responsibility Ackermann (Fußn. 271), S. 147 ff.

275) So aber Rieble, Unternehmerischer Marktmachteinsatz zur tarifpolitischen Lenkung von Kunden/Lieferanten, in: ders./Junker/Giesen, Kartellrecht und Arbeitsmarkt, 2010, S. 103 Rz. 45 f.

276) So aber Serr, Privative Tarifreue, 2013, S. 144.

277) OLG Düsseldorf NZKart 2015, 541, 544 – Hochzeitsrabatte; insoweit aufgehoben durch BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 84 ff. – Hochzeitsrabatte.

278) Fuchs (Fußn. 167), § 19 GWB Rz. 82b; Nothdurft (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 243.

Nr. 5 GWB im Zuge der 9. GWB-Novelle nur klar, dass zwischen der Marktmacht und der Forderung des Nachfragers ein über die allgemeinen Regeln hinausgehender Ursachenzusammenhang *nicht* bestehen muss.<sup>279)</sup> Damit hat sich die Frage erledigt, ob „Ausnutzen“ im Rahmen von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB verlange, dass die Vorteilsgewährung „Auswirkung der eigenen Machtstellung“ sei<sup>280)</sup> und die Forderung gewissermaßen im Bewusstsein der eigenen Marktmacht erfolgt sein müsse.<sup>281)</sup>

Für einen Beruhenszusammenhang ist das Bewusstsein der eigenen Marktmacht nicht erforderlich, weil der EuGH jegliche subjektive Missbrauchskomponente ablehnt.<sup>282)</sup> Es genügt, wenn die Marktmacht für die wettbewerbsschädlichen *Folgen* des Missbrauchs mitursächlich ist, d. h. verstärkend gewirkt hat (normative Kausalität).<sup>283)</sup> Eine besondere Druckausübung seitens des marktmächtigen Unternehmens (etwa durch Androhen empfindlicher Sanktionen) ist dafür nicht erforderlich.<sup>284)</sup> Deswegen können gerade solche Verhaltensweisen als missbräuchlich untersagt werden, die nicht-marktmächtigen Unternehmen nicht nur hypothetisch offenstehen, sondern die sie trotz ihrer geringen Durchsetzungskraft tatsächlich an den Tag legen<sup>285)</sup> (dazu 2.3.3). Marktmächtige Nachfrager haben weniger Beschaffungsfreiheit als nicht-marktmächtige Nachfrager, um den ohnehin schon eingeschränkten Wettbewerb zu schützen (dazu oben III 1.1).

Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass marktmächtige Nachfrager durch ungerechtfertigte Forderungen ihre Nachfragemacht ausnutzen. Eine ungerechtfertigte Forderung lässt nämlich vermuten, dass das fordernde Unternehmen erwartet, „den sachlich nicht gerechtfertigten Vorteil schon aufgrund seiner überlegenen Marktmacht ganz oder zumindest teilweise durchzusetzen“.<sup>286)</sup> Ein Nachfrager nutzt seine Marktmacht nur dann *nicht* aus, wenn seine Lieferanten – trotz ihrer Abhängigkeit – hinreichend Gegenmacht besitzen.<sup>287)</sup> Vor allem von großen Lieferanten wird erwartet, dass sie die Forderung ungerechtfertigter Vorteile seitens marktmächtiger Abnehmer zurückweisen, ohne deswegen Nachteile für ihre Geschäftsbeziehung befürchten zu müssen.<sup>288)</sup> Allerdings ist bloße Größe kein sicherer Indikator für (Gegen-)Macht und gilt das „Anzapfverbot“ deshalb zu Recht auch gegenüber großen Lieferanten<sup>289)</sup> (dazu oben III 2.2). Kleine wie große Lieferanten können eine starke Verhandlungsposition bei *gleichzeitiger* Abhängigkeit vom marktmächtigen Nachfrager haben, wenn sie „Must-have“-Produkte anbieten, auf die der Nachfrager angewiesen ist, sodass sich die Lieferanten dessen ungerechtfertigten Forderungen in besonnener

279) Begründung RegE zur 9. GWB-Novelle, BT-Drucks. 18/10207, S. 52.

280) *Markert* (Fußn. 67), § 19 GWB Rz. 375.

281) *Künstler*, WuW 2015, 1093, 1100 f.

282) EuGH EuZW 2012, 741, Rz. 21 – Tomra Systems ASA u. a.; EuGH NZKart 2013, 113, Rz. 74 – AstraZeneca; hingegen will *Lettl*, WRP 2017, 641, 647, individuelle Erkennbarkeit des Missbrauchs für den Nachfrager berücksichtigen.

283) *Fuchs* (Fußn. 167), § 19 GWB Rz. 82b; *Köhler*, wrp 2006, 139, 141; *Loewenheim* (Fußn. 3), § 19 GWB Rz. 14; *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 243, 211.

284) *Köhler*, wrp 2006, 139, 141.

285) *Huttenlauch/Lübbig* (Fußn. 51), Art. 102 AEUV Rz. 5; *Wanderwitz*, wrp 2015, 162, 165; a. A. *Eufinger*, ZVertriebsR 2014, 206, 208: Vorteile dürfen nicht-marktmächtigen Unternehmen nicht zugänglich sein.

286) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 17 – Hochzeitsrabatte, der indes die Vermutung auf die sachliche Rechtfertigung einer Forderung bezieht und das Ausnutzen nicht eigenständig prüft (Rz. 85 f.).

287) OLG Düsseldorf NZKart 2015, 541, 544 f. – Hochzeitsrabatte; insoweit aufgehoben durch BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 26, 44 ff. – Hochzeitsrabatte.

288) OLG Düsseldorf NZKart 2015, 541, 544 – Hochzeitsrabatte.

289) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 45 – Hochzeitsrabatte.

Selbstbehauptung widersetzen können.<sup>290</sup> Der BGH meint, dass Gegenmacht der Lieferanten dem Nachfrager bereits seine Marktmacht und folglich auch Adressateneigenschaft nehme<sup>291</sup> und schließt damit *wechselseitige* Abhängigkeitsverhältnisse vom Missbrauchsverbot aus. Indes heben sich Macht und Gegenmacht nicht stets wechselseitig auf (dazu oben II 1.3). Deshalb können Lieferanten nach hier vertretener Auffassung durchaus abhängig sein und zugleich Gegenmacht haben,<sup>292</sup> die im Einzelfall<sup>293</sup> den Nachfrager vom Vorwurf des *Ausnutzens* seiner Marktmacht entlastet.

Schließlich ist für einen Beruhenszusammenhang nicht erforderlich, dass der Vorteil ohne die marktbeherrschende Stellung nicht gewährt worden wäre und mithin die Marktmacht den Missbrauch überhaupt erst ermöglicht hat (objektive Kausalität). Wer strenge Kausalität von geforderten Konditionen und Marktmacht verlangt,<sup>294</sup> verschiebt die Abgrenzung von legitimem Leistungswettbewerb und illegitimem Marktmachtmissbrauch nur vom Tatbestandsmerkmal der sachlichen Rechtfertigung auf das Tatbestandsmerkmal des Ausnutzens.<sup>295</sup> Weil ein positiver Kausalitätsnachweis (schon wegen der Defizite des Vergleichsmarktkonzepts) regelmäßig schwer zu erbringen ist,<sup>296</sup> verwässert ein Erfordernis strikter Kausalität unweigerlich das Missbrauchsverbot. Das kann man politisch gutheißen, wenn marktmächtigen Unternehmen prinzipiell nicht weniger erlaubt sein soll, als nicht-marktmächtige Unternehmen faktisch durchsetzen können, und marktmächtige Unternehmen für rechtswidrige Forderungen auch nicht schärfer (nämlich mit den Mitteln des Kartellrechts) sanktioniert werden sollen als nicht-marktmächtige Unternehmen.<sup>297</sup> Um zu verhindern, dass das kartellrechtliche Missbrauchsverbot (für marktmächtige Unternehmen) zum universellen Sanktionsmechanismus für Rechtsverstöße wird, ist eine streng kausale Beziehung zwischen Marktmacht und Forderung sicherlich eine wirksame Einschränkung,<sup>298</sup> doch läge es insofern näher, von dem Grundsatz abzurücken, dass rechtswidrige Forderungen automatisch missbräuchlich sind (dazu oben 2.2.3). Dann wäre etwa die marktmächtige Aufforderung zur Missachtung von Arbeitsschutzvorschriften und Mindestlöhnen – bei kalkulierbarer und angemessener Gegenleistung – kartellrechtlich unbedenklich.<sup>299</sup>

## V. Zusammenfassung

1. Nachfragemacht ist kein Spiegelbild der Angebotsmacht. Nachfragemacht meint Verhandlungsmacht, die sich vor allem danach richtet, wie leicht alternative Geschäftspartner gefunden werden können.

290) OLG Düsseldorf NZKart 2015, 541, 544 – Hochzeitsrabatte; insoweit aufgehoben durch BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 46 ff. – Hochzeitsrabatte, u. a. mangels Unverzichtbarkeit bestimmter Sektmarken im Einzelhandel.

291) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 26, 44 ff. – Hochzeitsrabatte.

292) Ebenso *Eufinger/Maschmer*, wrp 2016, 561, 565.

293) Der BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, Rz. 47 f. – Hochzeitsrabatte, stellt sehr hohe Anforderungen an adäquate Gegenmacht.

294) Für die Fälle des Konditionenmissbrauchs: *Franck*, ZWeR 2016, 137, 139, 151 ff.; in diese Richtung auch *Lübbert/Schöner* (Fußn. 81), § 23 Rz. 256 f.

295) Entsprechend taucht bei *Franck*, ZWeR 2016, 137, 160 f., dort auch das Kriterium der „Markt(wert)relevanz“ auf.

296) *Loewenheim* (Fußn. 3), § 19 GWB Rz. 14, 112; die Beweisprobleme verdeutlichen sich im Bemühen von *Franck*, ZWeR 2016, 137, 155 ff., marktmachtbedingte von intransparenzbedingten Konditionenforderungen abzugrenzen.

297) So *Franck*, ZWeR 2016, 137, 153.

298) *Franck*, ZWeR 2016, 137, 159.

299) Dazu tendiert *Nothdurft* (Fußn. 16), § 19 GWB Rz. 202 ff.

2. Als marktbeherrschend können Nachfrager bereits dann angesehen werden, wenn sie sich gegenüber ihren Lieferanten unabhängig verhalten können – das Verhältnis zu Wettbewerbern und Abnehmern ist insofern unerheblich.
3. Mit der 9. GWB-Novelle ist nunmehr geklärt, dass das kartellrechtliche Missbrauchsverbot abhängige Lieferanten auch unmittelbar vor missbräuchlicher Ausnutzung von Nachfragemacht (Ausbeutung) schützt, ohne dass es auf die Behinderung von Wettbewerbern ankommt. Das „Anzapfverbot“ des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB schützt nicht nur den Wettbewerb im Horizontalverhältnis, sondern auch unmittelbar die Lieferanten im Vertikalverhältnis. Dieser Ansicht hat sich nun auch der BGH angeschlossen.
4. Dogmatisch ist der Missbrauch von Nachfragemacht unter § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (Behinderung und Diskriminierung anderer Unternehmen) zu fassen. Das „Anzapfverbot“ des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB bildet dazu den Hauptunterfall und stellt klar, dass abhängige Lieferanten schon durch das bloße Fordern ungerechtfertigter Vorteilen behindert werden können.
5. Die sachliche Rechtfertigung von Forderungen gegenüber abhängigen Lieferanten ist durch eine Interessenabwägung zu ermitteln. Generell gerechtfertigt sind rechtlich vollständig determinierte Forderungen. Generell ungerechtfertigt sind Forderungen, die auf eine offensichtliche Behinderung oder Diskriminierung von Wettbewerbern oder Lieferanten oder auf rechtswidrige Vertragsklauseln gerichtet sind oder mit rechtswidrigen Mitteln durchgesetzt werden. Ansonsten sind Forderungen gerechtfertigt, wenn sie aus Sicht des Lieferanten nachvollziehbar mit markt- oder leistungsbezogenen Argumenten substantiiert begründet, d. h. vor allem betriebswirtschaftlich kalkulierbar sind und das wirtschaftliche Austauschverhältnis zwischen den Geschäftspartnern insgesamt nicht offensichtlich unverhältnismäßig machen.
6. Fordern marktmächtige Nachfrager von ihren abhängigen Lieferanten Geschäftsdaten, Know-how, Rechtstreue oder überobligatorischer Unternehmensverantwortung (z. B. Tariftreue) kann das sachlich gerechtfertigt sein, wenn der Nachfrager für diese Forderungen kalkulierbare wirtschaftliche Gründe anführt und die Forderungen das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zwischen den Geschäftspartnern nicht insgesamt unangemessen machen.
7. Unternehmen nutzen ihre Nachfragemacht durch ungerechtfertigte Forderungen gegenüber abhängigen Lieferanten ausnahmsweise dann nicht verbotswidrig aus, wenn die Lieferanten selbst hinreichend (verhandlungs-)mächtig sind, um sich den Forderungen zu widersetzen.



**Abstract*****Protection of suppliers through competition law***

*Competition law prohibits the abuse of market power by suppliers against purchasers and vice versa. This article focuses on the abuse of purchaser power against suppliers. Purchaser power means bargaining power. Bargaining power particularly depends on sufficient possibilities of switching to other suppliers. The ninth amendment of the German “Act against Restraints of Competition” now clarified that the prohibition of abuse of market power (a dominant position or relative market power) also protects suppliers directly against the power of purchasers. The German Federal Court of Justice has recently adopted this view as well. In former times, only the obstruction of competitors was prohibited – suppliers were at best only indirectly protected from exploitation.*

*In German and European competition law, the abuse of purchaser power is one dimension of impeding other undertakings. The most important case is the prohibition of exploitation by unfair trading practices, which clarifies that suppliers can be impeded simply by unjustifiably demanding benefits. Generally justified are demands that are completely determined by law. Generally unjustified are demands that are targeted at an obvious obstruction or discrimination of competitors or illegal contracts. In all other cases demands are justified, if they are calculable from the supplier’s point of view with reasonable arguments concerning the market or the benefit. Furthermore, demands must not cause an inappropriate exchange relationship between the trading partners. For instance, when dominant purchasers demand from suppliers business data, know how, compliance or corporate social responsibility they must have calculable economic reasons for these demands. The relationship between purchaser and supplier must retain the character of an exchange. Exceptionally, purchasers do not abuse their power through unjustified demands, when suppliers themselves are sufficiently powerful.*