2. Kapitel: Ökonomische Auswirkungen von Nachfragemacht

A) Einleitung

Im vorangegangen Teil hat die Arbeit eine teilweise asymmetrische Beurteilung von Angebots- und Nachfragemacht in Kommissionsäußerungen und der Rechtsprechung identifiziert: Nicht nur der vom EuGH geprägte Unternehmensbegriff im Sinne der *FENIN*-Rechtsprechung nimmt ein wirtschaftliches Nachfrageverhalten hoheitlicher oder sozialer Einrichtungen aus dem Anwendungsbereich des Kartellrechts aus. Auch die Horizontalleitlinien 2011 der Kommission zeigen, dass sie eine Beschränkung von Beschaffungsmärkten vor allem nach ihren Auswirkungen auf nachgelagerte Verkaufsmärkte beurteilt. Der im Diskussions- und Prioritätenpapier angedeutete Wandel des Schutzzwecks des Behinderungsmissbrauchs hin zur Konsumentenwohlfahrt würde einen eigensändigen Schutz vorgelagerter Beschaffungsmärkte weiter reduzieren.

Warum existieren diese Schutzlücken des Lieferanten? Ein häufig vorgebrachtes Argument, Nachfragemacht wirken zu lassen, liegt in der ökonomischen Idee, dass dadurch die Endverbraucher begünstigt würden. Eine pauschale Beurteilung von Nachfragemacht bewegt sich zwischen zwei Polen: Entweder führt Angebotsmacht zu höheren und Nachfragemacht zu niedrigeren Preisen oder das Monopson entspricht spiegelbildlich dem Monopol und führt ebenso zu höheren Preisen.

Beide schwarz-weiß Einschätzungen werden weder der ökonomischen Wirklichkeit noch der modellhaften Theorie gerecht: Eine eindeutige Aussage, wie sich Nachfragemacht auf die Endverbraucherpreise auswirkt, ist nicht möglich.[361] Es gibt allein schon zwei, sich in den Grundannahmen widersprechende Modelle, ob der mächtige Nachfrager eine größere oder eine kleinere Menge beschafft, um einen geringeren Preis zu erhalten.

Noch viel weniger als zu den statischen Wettbewerbsparametern Preis und Menge lässt sich eine Aussage zur dynamischen Marktentwicklung treffen, wie sich die Qualität der gelieferten Ware entwickeln wird und wie es um deren technologische Weiterentwicklung bestellt ist.

---

361 Vgl. Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, 2014, S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Diesen Fragen wird im folgenden Teil aus einem wirtschaftswissenschaftlichen Blickwinkel nachgegangen, um zu erforschen, auf welcher ökonomischen Grundlage sich der kartellrechtliche Schutz oder Nicht-Schutz der Lieferanten bewegt. Die diesem Abschnitt zugrundeliegende Forschungsfrage lautet: Begründen die ökonomischen Auswirkungen von Nachfragemacht die faktisch asymmetrische kartellrechtliche Beurteilung von Angebots- und Nachfragemärkten?

Im folgenden ökonomischen Teil greift die Arbeit auf den Begriff des „optimalen" bzw. „perfekten Wettbewerbs" zurück.[362] Sie verwendet damit bewusst einen Optimumbegriff, auch wenn diese perfekte Wettbewerbsintensität in der Realität nicht eintreten wird. Der optimale bzw. perfekte Wettbewerb soll als Begriff den theoretischen Eindruck verstärken, der den ökonomischen Vorhersagen über Marktauswirkungen zugrunde liegt.

Es gibt in den Wirtschaftswissenschaften zwei grundlegende theoretische Konzepte, die sich mit den Auswirkungen des Monopsons und der Nachfragemacht beschäftigen: das Monopsonmodell[363] und das Modell der Verhandlungsmacht.[364]

B) Monopsonmodell

Ein „Monopson" im klassischen Sinne meint ein Nachfragemonopol. Entgegen dieses strengen Begriffsverständnises als „alleiniger Nachfrager"[365] umfasst das Monopsonmodell jeden Nachfrager, der Monopsonwirkungen herbeiführen kann, unabhängig davon ob es neben ihm noch weitere Nachfrager gibt. Grundlage, um das Monopsonmodell anzuwenden, ist Monopsonmacht, d. h. die Fähigkeit, den Kaufpreis oder andere Wettbe-

362 Vgl. in diese Richtung auch die Verwendung verschiedener Adjektive zur Beschreibung der Wettbewerbsintensität bei *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1966, S. 15.

363 Grundlegend zum Monopsonmodell *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010.

364 Grundlegend *Inderst*, WuW 2008, 1261; *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007.

365 „Marktform, bei der ein relativ großer Nachfrager mehreren oder vielen relativ kleinen Anbietern gegenübersteht, so dass nur ein Marktteilnehmer für die Abnahme eines Gutes in Frage kommt", s. *Gabler* Wirtschaftslexikon, 1988, unter „Nachfragemonopol"; *Duden*, Fremdwörterbuch, 2010, unter „Monopson".

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werbsparameter zu beeinflussen.[366] Der Monopsonist ist kein Preisnehmer, wie ein Nachfrager im perfekten Wettbewerb, sondern kann mit einer Mengenänderung auch eine Preisänderung erreichen. Er kann mit seiner Nachfrageentscheidung unmittelbar auf das wettbewerbliche Gleichgewicht Einfluss nehmen. Im perfekten Wettbewerb liegt der Gleichgewichtspreis im Schnittpunkt zwischen Angebots- und Nachfragekurve. Der einzelne Anbieter oder Nachfrager vermag diesen Gleichgewichtspreis mit seiner individuellen Bezugsmenge nicht zu beeinflussen. Der Monopsonist hingegen wird, falls seine Angebotskurve steigt, die Nachfrage senken und auf diese Weise auch nur einen geringeren Preis bezahlen. Ebenso ist es möglich, dass der Monopsonist einen geringeren als den theoretischen und modellhaften Wettbewerbspreis vorgibt. Der Lieferant wird dann dementsprechend die Menge nach unten anpassen. Das Gleichgewicht stellt sich auf einem niedrigeren Preis- und Mengenniveau ein, so dass die allokative Effizienz leidet.[367]

I. Allgemeine Darstellung

1. Prämissen des Monopsonmodells

Dem Monopsonmodell liegen folgende Annahmen zugrunde:[368]

a) Anonymer Tausch

Der Handel zwischen Anbietern und Abnehmern erfolgt in einem anonymen Tausch. Anbieter und Nachfrager handeln nicht individuell die Ge-

366 Vgl. zu verschiedenen Definitionsansätzen von Nachfragemacht, auf deren inhaltliche Unterschiede gerade im ökonomischen Teil der Arbeit auch eingegangen wird, *Palatzke*, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2012, S. 15 ff.; vgl. auch Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, 2014, S. 16.

367 *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 5.

368 Vgl. grundlegend für das Monopsonmodell *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 41 ff.; *Harrison*, in: *Lianos/Sokol* (Hrsg.), The Global Limits of Competition Law, 2012, S. 54, 55 ff.; *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589 (2005); zusammenfassend auf Deutsch *Palatzke*, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2012, S. 57 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schäftsbedingungen aus, sondern sie richten sich nach der Marktangebots- und -nachfragekurve. Dieses Modell berücksichtigt keine bilateralen Zugeständnisse, wie beispielsweise Rabatte.[369] Existieren neben dem Monopsonisten noch weitere Nachfrager, so profitieren sie von seiner Monopsonmacht, da auch sie seine Einkaufsbedingungen erhalten. Monopsonmacht kann also den Marktpreis für ein Gut reduzieren, nicht nur den individuellen Beschaffungspreis.

b) Steigende Angebots-/Grenzkostenkurve

Weiterhin muss die Angebotskurve steigen, damit der Monopsonist mit einer geringeren nachgefragten Menge einen niedrigeren Preis erzielen kann.[370] Die Angebotsfunktion wird im Gegensatz zur Nachfragefunktion in bestimmten Branchen steigen. Die Voraussetzung einer steigenden Angebotskurve schränkt den Anwendungsbereich des Monopsons deutlich ein. In der Theorie steigt die Angebotskurve, denn je höher der Preis eines Guts liegt, desto attraktiver ist seine Produktion und desto mehr wird, letztlich auch wegen neuer Markteintritte, davon hergestellt. Sinkt hingegen der Preis eines Guts, werden sich dessen Produzenten aus dem Markt zurückziehen, so dass die Menge gleichfalls sinkt.

Die Angebotsfunktion stellt dar, wie sich Menge und Preis eines Gutes zueinander verhalten, wenn alle anderen Faktoren konstant bleiben.[371] Das „Gesetz der abnehmenden Grenzerträge“[372] begründet, warum eine Angebotsfunktion gelegentlich steigt:

Die Angebotskurve entspricht der Grenzkostenkurve.[373] Grenzkosten sind die Kosten, die anfallen, um eine zusätzliche Einheit zu erzeugen.[374] Die Kosten für die Produktion eines weiteren Gutes steigen an, wenn bei zunehmender Produktion der Grenzertrag, d. h. der Nutzen jedes weiteren Input-Faktors, abnimmt.[375] So verwenden Landwirte, um ihre Ernte zu

369 Diesen Punkt verdeutlichend *Kirkwood*, 72 Antitrust L. J. 625, 638 (2005).
370 *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589, 595 (2005).
371 Ausführlich dazu *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 93 ff.
372 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 93.
373 Genauer gesagt entspricht die Angebotskurve nur dem Teil der Grenzkostenkurve, der oberhalb der variablen Durchschnittskosten liegt, vgl. *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 376.
374 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 201.
375 *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 309.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

steigern, auch weniger fruchtbare Böden. Der Dünge- und Pflegeaufwand des Bodens wird für einen geringen Mehrertrag immer größer. Ebenso lassen sich in der industriellen Produktion kurzfristig die Kapazitäten nicht beliebig steigern, so dass sie irgendwann teuer ausgebaut werden müssen. Dann werden Lieferanten mit steigenden Grenzkosten arbeiten, so dass ebenso ihre Angebotskurve steigt.

Eine konstante oder gar sinkende Angebotskurve gibt es in Branchen, in denen mit steigender Produktion die Kosten konstant bleiben oder sinken. Gerade in der industriellen Produktion werden die Kosten langfristig abnehmen (z. B. Produktion von Automobilen), da die Industrie Größenvorteile nutzen kann, um Produktionsfaktoren günstiger einzukaufen.[376] Dann kann der Monopsonist mit einer reduzierten Nachfragemenge nicht den Preis senken. Bereits hier wird deutlich, dass sich der Anwendungsbereich des Monopsonmodells überwiegend auf die landwirtschaftliche Erzeugung beschränkt, in der die Angebotskurve der Lieferanten steigt.

c) Elastizität des Angebots

Es hängt von der Elastizität des Angebots ab, wie intensiv Monopsonmacht wirkt.[377] Die Elastizität gibt allgemein an, wie stark die Marktgegenseite auf Preisänderungen reagiert. Im Falle der Angebotselastizität beschreibt sie, wie sich die angebotene Menge infolge von Preisschwankungen ändert.[378] Die Angebotselastizität definiert sich ebenso wie die Nachfrageelastizität als prozentuale Mengenänderung geteilt durch die prozentuale Preisänderung.

Sie hängt vor allem davon ab, wie leicht sich die Lieferanten an die Nachfrage anpassen können.[379] Bei verderblichem frischem Fisch – ein Beispiel für ein unelastisches Angebot – haben die Lieferanten wenig Möglichkeit auf einen Nachfragerückgang oder eine -steigerung kurzfris-

376 Vgl. *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 396 f.
377 *OECD*, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 21.
378 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 120.
379 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 121 f. Zu weiteren Faktoren, die die Angebotselastizität beeinflussen können, wie die Angebotselastizität des gesamten Angebotsmarktes, die Anzahl der Unternehmen auf dem Markt oder der Interaktion der Nachfrager, vgl. *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 477.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tig zu reagieren.[380] Unabhängig davon, wie sich die Nachfrage und die Preise entwickeln, müssen die Lieferanten stets die gesamte Menge veräußern. Als weiteres Beispiel für ein absolut unelastisches Angebot gelten Auktionen für Produkte, die in der Vergangenheit hergestellt wurden, beispielsweise Kunst.[381] Selbst wenn das Interesse der Bieter nur mäßig ist, kann das Auktionshaus die Menge, z. B. die Zahl der Kunstwerke, nicht anpassen. Ein weiteres unelastisches Angebot sind Rohstoffe. Die Fördermenge lässt sich selbst bei einem Preisanstieg nicht ohne weiteres erhöhen.

Ein hoch elastisches Angebot hingegen führt dazu, dass bereits die kleinste Preissenkung durch die Nachfrager das Angebot versiegen lässt, während eine minimale Preissteigerung das Angebot ins Unendliche steigert.[382] Eine hohe Elastizität zeigt beispielsweise die Textilindustrie. Sämtliche Produktionsfaktoren sind reichlich beschaffbar, so dass sie bei geringen Preissteigerungen das Angebot deutlich ausweiten kann.[383] Die Monopsonmacht eines Nachfragers, also die Fähigkeit, den Preis unter das Wettbewerbsniveau zu drücken, hängt also unmittelbar von der Elastizität der Marktgegenseite ab.[384]

Auch Zeit beeinflusst die Elastizität.[385] Kurzfristig fällt es den Produzenten in der Regel schwer, ihren Produktionsinput (Arbeit, Material und Kapital) entsprechend der Preisentwicklung anzupassen. Auf lange Sicht sind sie weit besser in der Lage, neue Produktionsstätten zu errichten und Personal einzustellen bzw. bei sinkender Nachfrage Fabriken zu schließen.

Zusammenfassend lässt sich also festhalten: Je unelastischer das Angebot ist, desto stärker lässt sich Nachfragemacht ausspielen. Diese Erkenntnis entspricht spiegelbildlich dem Monopol: Der Monopolist kann bei einer vollkommen elastischen Nachfrage keine Monopolgewinne kreieren,

---

380 Bei einem solchen unelastischen Angebot ist die Elastizität kleiner als 1. Im Extremfall, dass die Elastizität 0 ist, ist die Angebotsfunktion eine senkrechte Gerade parallel zur Preisachse, vgl. *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 121.

381 *Werden*, 74 Antitrust L. J. 707, 711 (2007).

382 Die Angebotsfunktion mit unendlicher Elastizität ist eine Gerade waagrecht zur Mengenachse, die die gesamte Menge zu einem bestimmten Preis bietet, vgl. *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 121.

383 Vgl. *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 122.

384 *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 476.

385 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 122.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

denn die Abnehmer werden bei Preiserhöhungen ausweichen oder verzichten.[386]

2. Vergleich von Monopson und Monopol

Um das Funktionieren eines Monopsons besser verstehen zu können, bietet sich ein Blick auf das spiegelbildlich wirkende Monopol an:

Das Monopol führt zu einem gegenüber dem perfekten Wettbewerb überhöhten Preis bei gleichzeitig verringerter Angebotsmenge.[387] Entweder produziert der Monopolist eine bestimmte Menge, so dass die Nachfrager den Preis auf dem Markt bestimmen oder er setzt den Preis fest und die Konsumenten bestimmen entsprechend der Nachfragefunktion die Menge.[388] Immer kann der Monopolist aber den Preis beeinflussen, entweder direkt über seine Festsetzung oder indirekt über die produzierte Menge.

Der Monopolist wird, um seinen Gewinn zu maximieren, die produzierte Menge so festlegen, dass seine Grenzkosten dem Grenzerlös entsprechen.[389] Der Grenzerlös drückt aus, wie sich bei einer Steigerung der Menge um eine Einheit der Erlös ändert.[390] Jede weitere verkaufte Einheit, deren Grenzkosten den Grenzerlös übersteigen, würde den Gewinn des Monopolisten senken. Im vollständigen Wettbewerb entspricht der Grenzerlös dem Preis, da der Anbieter unter Wettbewerbsbedingungen den Preis nicht beeinflussen kann.[391] Unabhängig von der Menge kann das Unternehmen immer nur den einen Marktpreis erzielen. Das Unternehmen im vollständigen Wettbewerb wird also dort den maximalen Gewinn erzielen, wo seine Grenzkosten dem Preis, und damit dem Grenzerlös, entsprechen.[392] Die vom Monopolisten produzierte Menge ist dagegen geringer, während der entsprechende Preis auf der sinkenden Nachfragekurve höher liegt als im vollständigen Wettbewerb.

---

386 *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589, 595 (2005).
387 Vgl. grundlegend MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 161 ff.
388 MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 161.
389 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 277 ff.; *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 459 f.
390 *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 367.
391 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 279 f.
392 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 281.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das Monopson verhält sich nun spiegelbildlich zum Monopol:

Der Monopsonist legt seine Bezugsmenge so fest, dass der zusätzliche Nutzen der letzten erworbenen Einheit exakt seinen zusätzlichen Ausgaben entspricht.[393] Dieser Grenznutzen ist eine fallende Kurve, da mit jeder weiteren Einheit der zusätzliche Nutzen eines Gutes immer weiter sinkt. Der Grenznutzen entspricht der Nachfragekurve, die ebenso abfällt.[394] Die Grenzausgaben des Monopsonisten steigen hingegen an, denn je größer die beschaffte Menge ist, desto höher liegt ihr Preis. Seine Grenzausgabenkurve wird oberhalb der (steigenden) Angebotskurve liegen.[395] Der Monopsonist bestimmt seine Nachfragemenge nun am Schnittpunkt zwischen Grenzausgabenkurve und Grenznutzenkurve (Nachfragekurve). Der Preis bestimmt sich dann entsprechend der (im Monopsonmodell) darunterliegenden Angebotskurve.[396] Insofern wird deutlich, dass der Monopsonist weniger nachfragt und pro Einheit weniger bezahlt als unter Wettbewerbsbedingungen.

3. Beispielhaftes Monopson im US-amerikanischen Profisport

Der US-amerikanische Profisport steht in manchen Gestaltungen beispielhaft für einen monopsonierten Arbeitsmarkt. An ihm lassen sich Monopsonwirkungen deutlich erkennen:

Um die Verhandlungsmacht der Top-Athleten zu beschränken, haben einzelne Ligen ein *player reservation system* eingeführt. Jedes Team hat ein exklusives Zugriffsrecht auf bestimmte junge Spieler. Dieses ist zum einen ausgestaltet durch den *Rookie-draft*, d. h. eine Verlosung junger aussichtsreicher Talente in ihrer ersten Saison, die einem einzigen Team zugeordnet werden,[397] oder zum anderen durch eine territoriale Aufteilung der Spielermärkte.[398] Auf diese Weise ist jeder junge Athlet für eine gewisse Zeit zunächst nur einem einzigen Verein zugeordnet. Er ist gezwun-

393 *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 485.
394 Vgl. dazu mit Diagrammen *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 486.
395 *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 487.
396 *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 487.
397 Ausführlich zum vergleichbaren *Draft*-System in den US-Soccer-Leagues, *Mentzel*, Solidarität im professionellen Fußballsport versus europäisches Wettbewerbsrecht, 2007, S. 201 ff.
398 *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589, 604 (2005).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen, das Vertragsangebot des Vereins anzunehmen oder aus dem Profisport auszuscheiden.

Die Gehaltsfindung für den Athleten orientiert sich abstrakt an zwei theoretischen Erwägungen: Einerseits soll der Spieler im Grundgehalt gerade so viel verdienen, wie er in einer anderen nicht-sportlichen Beschäftigung erhalten würde. Damit soll der Spieler dem Profisport erhalten bleiben, da er keinen unmittelbaren Anreiz hat, eine alternative Beschäftigung aufzunehmen. Andererseits wird er Prämien erhalten, um eine individuelle Spitzenleistung im Sport anzuregen. Insgesamt wird der Spieler jedoch weniger erhalten, als wenn die nachfragenden Teams im Wettbewerb um ihn stünden. Ein Gehalt, das sich im Wettbewerb bildet, würde dem individuellen Wert des Spielers für das einzelne Team entsprechen. In einem funktionierenden Wettbewerbsumfeld würden die Prämien entsprechend dem Wertgrenzprodukt der Spieler bemessen, d. h. die leistungsbezogenen Prämien würden den Mehreinnahmen der Clubs wegen der stärkeren Leistung entsprechen. Der monopsonistische Verein wird nur niedrigere erfolgsbezogene Prämien gewähren, die nicht den eigenen gestiegenen Einkünften durch die bessere Leistung der Spieler entsprechen. Diese verordnete Vereinsbindung führt zu niedrigeren Spielergehältern, bis die Spieler ab einem bestimmten Alter oder Erfahrung der Bindung entgehen, und verlagert Produktivitätswerte von den Spielern auf die Vereine.[399]

In der Praxis kann dieses Modell der Gehaltsfindung jedoch nicht funktionieren. Den Teams fehlt das Wissen um das Grundgehalt, welches der Spieler in einer nicht sportlichen Tätigkeit erzielen könnte, und das Wissen, bis zu welcher Grenze der Spieler eine bessere Leistung wegen performanceorientierter Prämien erbringt. Diese finanziellen Schwellenwerte werden bei jedem Spieler je nach Ausbildung und persönlicher Veranlagung anders liegen. Diese Ungenauigkeit, d. h. dass die Nachfragekurve wegen fehlender Informationen die Angebotskurve nicht exakt schneiden kann, führt zu Ineffizienzen in der Produktion von sportlichen Leistungen. Die einen Athleten werden dem Profisport fernbleiben, da ihr angebotenes Grundgehalt unter möglichen Vergütungen im nicht sportlichen Bereich bleibt. Andere werden zu geringe Prämien erhalten, so dass sie zwar dem Profisport erhalten bleiben, jedoch unter ihrer eigenen Leistungsfähigkeit spielen. Langfristig führen diese Nachfragerestriktionen zu einem beschränkten Zugang zum Spielermarkt. Zu Beginn einer Karriere wird der

399 *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589, 604 f. (2005).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

junge Athlet den Aufwand und Ertrag einer Profikarriere mit einer anderen Betätigung vergleichen. Durch die monopsonistisch nach unten beeinflussten Gehälter verliert der Versuch, im Sport eine Profilaufbahn einzuschlagen, an Attraktivität. Folglich werden sich weniger junge Sportler auf das Wagnis einer Profikarriere einlassen. Dies hat langfristig zur Folge, dass die Qualität der verbleibenden Sportler sinken wird, die Wettkämpfe an Attraktivität verlieren und die Zufriedenheit der konsumierenden Zuschauer sinkt.[400]

II. Begriff der Monopsonmacht

Monopsonmacht ist die Fähigkeit, Monopsonwirkungen herbeizuführen. Ein Nachfrager hat Monopsonmacht, wenn er den Anbieter dazu drängen kann, den Preis auf ein Niveau zu reduzieren, das unter dem Wettbewerbsniveau liegt.[401]

„Preis" steht hierbei nicht zwingend für den Preis selbst, sondern kann auch andere Wettbewerbsparameter erfassen. Entscheidend ist, dass der Monopsonist bessere Einkaufsbedingungen erhält als der im Wettbewerb stehende Nachfrager. Der Monopsonist muss nicht zwingend der alleinige Nachfrager sein, er kann auch als Oligopsonist oder dominierender Nachfrager Monopsonmacht ausüben, solange er in der Lage ist, Monopsonwirkungen herbeizuführen. Dabei muss der Markt derart konzentriert sein, dass sich der Nachfrager seiner Rolle als „Preisgeber" und nicht als wettbewerblicher „Preisnehmer" bewusst ist.[402]

„Monopsonmacht" stellt terminologisch und systematisch eine Untergruppe des Begriffs „Nachfragemacht" dar: „Nachfragemacht" dient zunächst pauschal zur Abgrenzung von Angebotsmacht. Sie ist weiterhin der Überbegriff für „Monopson-" und „Verhandlungsmacht".[403]

---

400 Vgl. *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589, 606 (2005). Diese Folge ist freilich höchst umstritten, vgl. die Diskussion zur *pay-for-performance*-Vergütung von Arbeitnehmern bei *Bebchuk/Fried*, 17 Journal of Applied Corporate Finance 8 ff. (2005).

401 Vgl. zum Begriff "Buyer Power" *Ezrachi*, 8 Journal of Competition Law and Economics 47, 48 (2012); *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589 (2005).

402 *OECD*, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 26.

403 *Ezrachi*, 8 Journal of Competition Law and Economics 47, 48 (2012); *Foer*, 39 Conn. L. Rev. 1307, 1315 (2007).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Bestimmung von Monopsonmacht

Monopsonmacht ist die Fähigkeit des Beschaffers, seine Einkaufspreise über einen gewissen Zeitraum unterhalb des Wettbewerbsniveaus zu halten. Ein Preis liegt auf Wettbewerbsniveau, wenn er den Grenzkosten des Anbieters entspricht. Insofern entspricht Nachfragemacht spiegelbildlich Angebotsmacht, die mit der Fähigkeit, Preise eine gewisse Zeit über Wettbewerbsniveau zu halten, definiert ist. Weicht der Preis eines Gutes von den langfristigen Grenzkosten ab, ist mit Ineffizienzen zu rechnen.[404] Hat ein Unternehmen, egal ob Anbieter oder Nachfrager, einen solchen Preissetzungsspielraum, wird dieser als Marktmacht bezeichnet.[405] Die Arbeit beschränkt sich in diesem Teil zunächst auf den ökonomischen Begriff der Marktmacht und unterscheidet ihn vom juristischen Begriff der Marktbeherrschung, der einen gewissen Grad an Marktmacht voraussetzt.[406]

Als ökonomische Bestimmungsgröße von Angebotsmacht ist der *Lerner*-Index etabliert, der Marktmacht entsprechend der prozentualen Abweichung des Preises eines Guts von dessen langfristigen Grenzkosten für die Herstellung misst.[407] Die langfristigen Grenzkosten stehen dabei für den Preis im perfekten Wettbewerb. Je stärker der Anbieter nun in der Lage ist, den Preis zu seinen Gunsten zu beeinflussen, desto stärker ist seine Marktmacht.

Für Nachfragemacht lässt sich der *Lerner*-Index entsprechend heranziehen.[408] Im Falle des Monopsons lässt er sich auch als umgekehrte Angebotselastizität beschreiben.[409] Dementsprechend steigt die Nachfragemacht an, wenn die Angebotselastizität sinkt, und sinkt wiederum bei einem stark elastischen Angebot. Je eher sich die Lieferanten also mit einer variablen Produktion an Preisänderungen anpassen können, desto weniger Nachfragemacht hat der Abnehmer. Im Falle eines perfekt elasti-

---

404 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 14 ff.; MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 207.

405 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 53.

406 MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 222.

407 *Lerner*, 1 Review of Economic Studies 157-175 (1934); *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 54; MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 208; *Fell*, Vertikale Integration und vertikale Gegenmacht, 2001, S. 125.

408 *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 54.

409 *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 55; für das Monopol vgl. MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 209.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schen Angebots könnte der Monopsonist seine Macht nicht ausüben, da die Lieferanten bei einer minimalen Preisabweichung das Angebot verweigern würden.

Unter Berücksichtigung des Marktanteils ist der *Lerner*-Index nicht nur auf das Monopson, sondern ebenso auf das *Cournot*-Oligopson[410] bzw. mit leichten Abweichungen auf einen dominanten Nachfrager anwendbar.[411] *Blair* und *Harrison*, die Verfasser eines US-amerikanischen Standardwerks zum Monopson, schlagen einen *Buyer Power Index* vor, der Nachfragemacht entsprechend des Marktanteils, der Angebotselastizität und der Elastizität der übrigen Nachfrage bestimmt.[412]

Es handelt sich beim *Lerner*- und *Buyer Power Index* um rein theoretische Konzepte von Marktmacht. Die Indizes gehen stets von einer langfristigen Betrachtung aus, in der nur noch variable Kosten relevant sind und keine Fixkosten mehr bestehen.[413] In einer kurzfristigen Betrachtung, solange ein Unternehmen die Fixkosten noch decken muss, kann der Preis aber selbst bei perfektem Wettbewerb über den Grenzkosten liegen.[414] Auch sind die Grenzkosten eines Gutes meist nur unter praktischen Schwierigkeiten zu ermitteln.[415]

Der Alternativweg, die Grenzkosten über den Wettbewerbspreis zu bestimmen, ist genauso wenig praktikabel. Eine entsprechende Vergleichsmarktanalyse ist ebenso ein rein theoretisches Modell, um den Preis unter Wettbewerbsbedingungen herauszufinden. In der Praxis sind unterschied-

---

410 Im *Cournot*-Oligopson treffen die Oligopsonisten ihre Mengenentscheidung (Menge als strategische Variable) so, dass sie für alle Beteiligten optimal liegt. Ein Abweichen davon würde den Konkurrenten nicht mehr Gewinn bescheren. Es handelt sich um ein stabiles Gleichgewicht.

411 Vgl. MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 216 f.; *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 55 ff.

412 *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 53 ff.

413 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 54; MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 220; vgl. weiter zum nur theoretischen Wert des *Lerner*-Indizes *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 2011, S. 151 f.

414 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 54; vgl. zu sinnvollen Aufwendungen, wie für Marketing, differenzierte Produkte oder Innovation, die einen Preis über die Grenzkosten treiben, *Stucke*, 53 Boston Coll. L. Rev. 551, 580 f. (2012).

415 MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 224.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

liche Märkte nicht ohne weiteres vergleichbar.[416] Auch der Weg, den *Lerner*-Index über Nachfrageelastizitäten zu bestimmen, veranlasst in der Praxis aufwändige Schätzungen, wie beispielsweise der *SSNIP*-Test zeigt.[417]

Das ökonomische Konzept der Marktmacht bezieht sich auf eine rein faktische und wertfreie Darstellung der Marktkonzentration. Wann eine ökonomische Marktmacht in eine juristische Marktbeherrschung umschlägt, ist letztlich eine normative Frage des einer Rechtsordnung zugrundeliegenden Wettbewerbskonzepts und dessen praktischer Realisierbarkeit. Da eine ökonomische „direkte" Erfassung in der Regel an praktischen Schwierigkeiten von Kostenermittlung und mangelnder Vergleichbarkeit von Märkten scheitern wird, werden sich die Wettbewerbsbehörden eher auf den Marktanteil und andere nachfragespezifische Kriterien fokussieren.[418]

IV. Auswirkungen von Nachfragemacht nach dem Monopsonmodell

Die grundsätzliche Wirkung wurde eben schon beschrieben: Der Monopsonist beschafft eine geringere Menge zu einem geringeren Preis als unter Wettbewerbsbedingungen. Welche Vorteile kann er nun aber im Detail von den Lieferanten abschöpfen und in welchem Umfang wird er sie an die nachgelagerten Marktstufen in Richtung Konsumenten weitergeben? Dazu sind verschiedene Fallgruppen zu unterscheiden.

---

416 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 71; MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 225.

417 *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 66 f.; *Grimes*, 72 Antitrust L. J. 563, 566 (2005). Der *SSNIP*-Test (*small but significant and non-transitory increase in price*) dient als Instrument zur Abgrenzung des relevanten Markts.

418 Sich auf den Marktanteil zu fixieren, birgt freilich das Risiko einer ungenauen Marktanalyse. Da Marktmacht eben auch von der Elastizität der Marktgegenseite abhängt, kann eine marktanteilsbezogene Analyse immer nur eine erste Richtung vorgeben, vgl. *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 60.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Monopsonist und nachgelagerter Wettbewerb

Monopsonist und nachgelagerter Wettbewerb – hinter diesem Schlagwort verbirgt sich die wohl international relevanteste Fallgruppe des kartellrechtlichen Lieferantenschutzes: die Landwirtschaft.

a) Anwendungsbeispiele des Monopsonmodells in der Landwirtschaft

Landwirtschaftliche Produktion ist in der westlichen Welt ebenso wie in Entwicklungsländern von verhältnismäßig kleinen regionalen Erzeugern geprägt. Ein Blick auf die bayerischen Milchbauern zeigt etwa 32.800 Betriebe, deren 1,21 Mio. Kühe zweimal täglich gemolken werden. Der durchschnittliche bayerische Milchbauer hat 36,8 Kühe im Stall stehen.[419] Diesen vielen atomistisch kleinen Betrieben stehen in Bayern 84 milchverarbeitende Molkereien gegenüber.[420] Eine davon sind die *Milchwerke Berchtesgadener Land* in Piding, die seit Jahren einen der höchsten Milchpreise deutschlandweit zahlen.[421] Doch nicht jeder Milchbauer befindet sich im Einkaufsgebiet einer derart profitablen Molkerei. Der Markt für Rohmilch ist räumlich begrenzt.[422] Das Bundeskartellamt hat im Jahr 2012 im Rahmen der Sektoruntersuchung Milch Molkereien befragt und herausgefunden, dass deren Einzugsgebiet durchschnittlich 170 km beträgt.[423] Auf diesen engen Beschaffungsmärkten stehen den Milchbauern

---

419 Bayerisches Landesamt für Statistik, Statistisches Jahrbuch für Bayern, 2016, S. 213.

420 Bayerische Landesanstalt für Landwirtschaft, Statistik der Bayerischen Milchwirtschaft, 2016, S. 28.

421 Milchpreis für konventionelle Milch aktuell 38,75 ct/kg; Information erhältlich unter https://bergbauernmilch.de/website/media/Fairer-Milchpreis-der-Molkerei-Berchtesgadener-Land_Januar-2016.pdf (zuletzt abgerufen am 17.01.2017). Der durchschnittliche Milchpreis in Deutschland im Jahr 2015 lag bei 29 ct/kg; Informationen erhältlich unter http://www.milcherzeugerverband-bayern.de/milchauszahlungspreise-deutschland (zuletzt abgerufen am 05.02.2017).

422 Sachlich ist der Markt für Rohmilch nach konventioneller und biologischer Rohmilch zu differenzieren, vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 17.12.2008, Fall M.5046, ABl. 2009 Nr. C 75/21 – *Friesland Foods/Campina*; ausführlich Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, 2014, S. 249 ff.; Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Milch, 2012, S. 21.

423 Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Milch, 2012, S. 25. Gleichwohl geht die EU-Kommission nicht von regionalen, sondern von nationalen Märkten aus. Bei

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

häufig also nur wenige Molkereien gegenüber. Im Einkauf der Milch könnten sie also durchaus monopsonmächtig auftreten. Tatsächlich hat noch keine Molkerei in Deutschland eine kartellrechtlich relevante nachfragebeherrschende Stellung erreicht, für die nähere Zukunft ist dies, insbesondere für Nordostdeutschland, aber nicht auszuschließen.[424]

Deutlich mächtigere Molkereien als in Deutschland gibt es in den Niederlanden. Der Zusammenschluss von *Friesland* und *Campina* im Jahr 2008 führte auf dem niederländischen Beschaffungsmarkt für Rohmilch zu einem Marktanteil von 70-80 % und damit zu einer nachfragebeherrschenden Stellung.[425] Die Kommission erwog zwei Auswirkungen auf die Lieferanten:

Zum einen könnte die fusionierte Großmolkerei die Beschaffungspreise für Rohmilch erhöhen, so dass die konkurrierenden deutlich kleineren Molkereien selbst nicht mehr wirtschaftlich Rohmilch einkaufen könnten. Damit würde die Großmolkerei ihre horizontalen Mitbewerber behindern, indem sie den Markt für Rohmilchbeschaffung mittels eines erhöhten Einkaufspreises abschottete.[426]

Zum anderen könnte die Großmolkerei weniger Rohmilch abnehmen und damit niedrigere Preise gegenüber den Milchbauern auf dem vorgelagerten Beschaffungsmarkt durchsetzen. Die Molkerei würde dann weniger Milchprodukte herstellen, so dass nachgelagert auch die Konsumentenwohlfahrt leiden würde. Mit der Idee, dass eine gedrosselte Nachfrage den Beschaffungspreis senkt, folgt die Kommission stillschweigend dem Mo-

---

größeren Kapazitäten an Rohmilch kann sich auch ein längerer Transport wirtschaftlich lohnen, vgl. für die Niederlande EU-Kommission, Entscheidung vom 17.12.2008, Fall M.5046, ABl. Nr. 2009 Nr. C 75/21 – *Friesland Foods/Campina;* für Großbritannien EU-Kommission, Entscheidung 10.06.2003, Fall M.3130, ABl. 2003 Nr. C 297/25 – *Arla Foods/Express Dairies;* für Frankreich EU-Kommission, Entscheidung vom 19.09.2006, Fall M.4344, ABl. 2006 Nr. C 199/2 – *Lactalis/Nestlé (JV).*

424 Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Milch, 2012, S. 19, 123.

425 EU-Kommission, Entscheidung vom 17.12.2008, Fall M.5046, ABl. 2009 Nr. C 75/21 – *Friesland Foods/Campina.*

426 Vgl. in den USA die Strategie eines Sägewerks, mittels erhöhter Einkaufspreise den Mitbewerbern die Beschaffung zu erschweren. Der Supreme Court wendete die Grundsätze des *predatory pricing* auf die Nachfrage an: Erhöhte Einkaufspreise verstoßen gegen das Monopolisierungsverbot in Sec. 2 Sherman Act, wenn der Einkaufspreis über dem Verkaufspreis liegt, vgl. *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312, 127 S.Ct. 1069, 1076 (2007); vgl. zur *Weyerhaeuser*-Rechtsprechung S. 106.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nopsonmodell.[427] Sie erwähnt ausdrücklich einen Mengenrückgang zum Nachteil der Verbraucher ohne auf mögliche Preisvorteile einzugehen, von denen die Verbraucher profitieren könnten.[428]

b) Der vorgelagerte Beschaffungsmarkt im Monopsonmodell

Landwirtschaftliche Erzeugermärkte sind häufig regional geprägt. Der nachgelagerte Produktmarkt wird dann weiter gezogen sein, so dass dort der vorgelagerte Monopsonist funktionierendem Wettbewerb ausgesetzt ist. Auf dem nachgelagerten Produktmarkt ist der Monopsonist dann Preisnehmer im Wettbewerb.

Der Monopsonist wird die Menge, die er beschafft, so bestimmen, dass seine Grenzausgabenkurve die Grenznutzenkurve (= Nachfragekurve) schneidet.[429] Der Grenznutzen jeder weiteren Einheit ist dem Belieben des Monopsonisten entzogen, denn er richtet sich nach der Marktstruktur auf den nachgelagerten Märkten, auf denen in dieser Fallgruppe funktionierender Wettbewerb herrscht.[430]

Der Beschaffungspreis richtet sich unmittelbar nach der Menge, die der Monopsonist einkauft. Während Nachfrager im Wettbewerb als Preisnehmer stets den gleichen Einkaufspreis bezahlen, unabhängig von ihrer Beschaffungsmenge, bewegt sich der Preis für den Monopsonisten auf der Angebotskurve der Lieferanten entsprechend der Menge.

Steigt die Angebotskurve des Lieferanten, bedeutet dies nicht nur für jede weitere Einheit, die der Monopsonist beschafft, einen höheren Preis, sondern für alle Einheiten. Die Mehrausgaben für dieses eine Gut, also die Grenzausgaben, liegen im Mehrpreis für die eine Einheit plus der Preisdifferenz für alle bisher bezogenen Güter. Beim Monopsonisten übersteigen

427 Das Bundeskartellamt folgt nicht ausdrücklich, aber doch offensichtlich im Milchsektor dem Modell der Verhandlungsmacht, vgl. Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Milch, 2012, S. 85 f.

428 Im Fall verhinderte die genossenschaftliche Struktur der fusionierten Molkereien, dass sie als Nachfrager nach Rohmilch langfristig nicht den Preis gegenüber ihren Mitgliedern senken würden. Wegen dieser besonderen Mitgliederstruktur hat das Unternehmen keinen Anreiz, seine Monopsonmacht auszuüben, vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 17.12.2008, Fall M.5046, ABl. 2009 Nr. C 75/21 – *Friesland Foods/Campina.*

429 *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 487.

430 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 29.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Grenzausgaben also den Preis des einen weiteren Gutes, eben weil immer noch die Preissteigerung für alle bis dahin bezogenen Güter ins Gewicht fällt. Somit ist der Erwerb eines weiteren Gutes für den Monopsonisten teurer als für einen im Wettbewerb stehenden Nachfrager.[431] Der Wettbewerbs-Nachfrager bezahlt für jedes weitere Gut, das er einkauft, den gleichen Preis wie für die vergangenen. Seine Grenzausgabenkurve verläuft horizontal und entspricht dem Preis, denn er ist als Wettbewerbsunternehmen Preisnehmer.

c) Der nachgelagerte Verkaufsmarkt im Monopsonmodell

Der Monopsonist, der auf dem nachgelagerten Markt im Wettbewerb steht, erzielt dort für jedes – und für jedes weitere – Gut immer nur den Marktpreis. Auf dem nachgelagerten Markt ist der Monopsonist wie seine horizontalen Mitbewerber Preisnehmer. Der Preis auf einem perfekten Wettbewerbsmarkt entspricht den Grenzkosten der Anbieter, also den Kosten der letzten Einheit (Grenzeinheit).[432] Der Monopsonist trägt jedoch wegen des eben beschriebenen Mechanismus unabhängig vom tatsächlichen Einkaufspreis höhere Grenzkosten als seine Mitbewerber. Selbst bei perfektem Wettbewerb werden die Verkaufspreise gemäß dem Monopsonmodell also keinesfalls sinken. Viel eher wird der Ausstoß sinken, um die steigende Grenzkostenkurve (Angebotskurve) nicht zu hoch steigen zu lassen.[433] Der Monopsonist wird immer bemüht sein, seine Beschaffungsmenge zu reduzieren, um auch den Beschaffungspreis und die damit verbundenen Grenzkosten niedrig zu halten. Schwächt sich der Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt ab, wird der Monopsonist eher, seinen erhöhten Grenzkosten entsprechend, die Verkaufspreise erhöhen.

---

431 *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 46.

432 Vgl. zum Paradoxon, dass die Volkswirtschaft gerade im vollkommensten Zustand gewinnlos arbeiten soll *Schumpeter*, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, 1952, S. 38 f.

433 *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 47 f.; OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 29.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d) Wohlfahrtswirkungen des Monopsonmodells

Ein ausgeübtes Monopson erhöht im Modell also die Grenzkosten des Monopsonisten und damit den Verkaufspreis, zu dem er seine Ware auf dem nachgelagerten Markt mit perfektem Wettbewerb anbieten kann. Dementsprechend wird auf dem nachgelagerten Markt also der Preis konstant bleiben oder steigen und die Menge wegen des geringeren Inputs sinken.[434] Ob dies jedoch die Konsumentenwohlfahrt schwächt, ist streitig:

Eine Ansicht meint, die Auswirkungen des Monopsons auf die Konsumentenwohlfahrt seien in dieser Fallgruppe (vorgelagertes Monopson – nachgelagerter Wettbewerb) neutral.[435] Der Monopsonist könne auf dem nachgelagerten Markt als einfacher Wettbewerbsteilnehmer keinen eigenständigen Preis bilden, sondern müsse sich an das Wettbewerbsgleichgewicht anpassen. Er sei auf dem nachgelagerten Markt Preisnehmer auf Wettbewerbsniveau. Die geringere Menge, die der Monopsonist ausstoße, würde im perfekt funktionierenden Wettbewerb von den Mitbewerbern aufgefangen und ausgeglichen. Preis und Menge blieben daher trotz des vorgelagerten Monopsons unverändert.

Eine andere ökonomische Meinung kommt dennoch zu einer Schädigung der Konsumentenwohlfahrt.[436] Nachdem der Monopsonist seine Beschaffungsmenge bei den Lieferanten reduziere, verringere sich auch sein Ausstoß auf dem nachgelagerten Markt. Im funktionierenden Wettbewerb glichen die Mitbewerber diesen Rückgang aus. Sie würden mehr produzieren. Soweit sind sich die Ansichten einig. Um ihre Produktion zu erhöhen, müssen die übrigen Nachfrager auch ihre Beschaffungsmengen erhöhen. Entgegen dem klassischen Monopsonmodell gehen die Vertreter dieser Ansicht davon aus, dass nicht alle Nachfrager identische Einkaufsbedingungen erhalten. In einer lebensnahen Betrachtung würden kleine Nachfrager auf dem Beschaffungsmarkt keine dem Monopsonisten vergleichbaren Konditionen erzielen. Ihre Beschaffung sei damit weniger produktiv.[437] Entweder gäben sie sich mit einer ineffizienten Beschaffung zufrieden. Darunter würde dann die Konsumentenwohlfahrt leiden, weil die

434 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 29; *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 47 ff.

435 *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 47; Bemerkung der EU-Kommission, in: OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 258.

436 *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589, 599 f. (2005).

437 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 30.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mitbewerber den Rückgang des Ausstoßes doch nicht ausgleichen könnten. Oder die Mitbewerber benötigten einen aufwändigeren Beschaffungsprozess als der Monopsonist. Dann aber würde die übrige Herstellung der Mitbewerber einen Rückgang erleiden, da sie nunmehr ihre Leistung in den Ausgleich des Produktionsrückgangs des Monopsonisten investieren müssten. Insofern stiegen die Opportunitätskosten (die wirklichen Kosten) des betrachteten Guts, weil darin ein größerer Rückgang bei Alternativgütern eingeschlossen sei. Wegen dieser gestiegenen Opportunitätskosten sinke die Konsumentenwohlfahrt.[438]

Das Monopson, das auf dem nachgelagerten Markt einem funktionierenden Wettbewerb begegnet, führt also nicht unbestritten zu einem Rückgang der Konsumentenwohlfahrt. Einigkeit besteht jedoch darüber, dass sie wohl kaum steigt.[439]

2. Monopsonist und nachgelagerter Monopolist

In dieser Fallgruppe hat der Monopsonist auf dem vor- und nachgelagerten Markt Monopolmacht. In der Beschaffung wird er, entsprechend eines Monopsonisten, die Menge und den Preis senken.

Der Unterschied zum alleinigen, oben erläuterten, Nachfragemonopol liegt in der Veräußerung auf dem nachgelagerten Markt. Dort tritt der Monopsonist nun nicht mehr als Preisnehmer auf, sondern ist als Monopolist Preisgeber. Gleichzeitig werden die nicht vorhandenen Mitbewerber den Rückgang im Ausstoß nicht mehr ausgleichen können, so dass schon wegen des Mengenrückgangs die allokative Effizienz leidet.

Die Monopolwirkungen treten verstärkt auf, wenn der Monopolist in der Beschaffung Monopsonmacht hat. Er trägt dann höhere Grenzkosten als ein Monopolist, der im Wettbewerb einkauft. Wenn nun der Monopolist seine Ausstoßmenge im Schnittpunkt zwischen Grenzkosten- (steigend) und -ertragskurve (sinkend) bestimmt, führen höhere Grenzkosten zu verschärften Monopolwirkungen: Die Menge sinkt stärker und der Preis ist höher als im Monopol, das vorgelagert Wettbewerbsbedingungen begegnet.[440]

---

438 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 30.

439 Vgl. die Darstellung in OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 30.

440 Vgl. zu Monopolwirkungen *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 280.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In dieser Fallgruppe des marktbeherrschenden Anbieters, der Nachfragemacht erwirbt, leidet also unbestritten die Konsumenten- und Gesamtwohlfahrt.[441]

3. Bilaterales Monopol

Bei einem zweiseitigen (bilateralen) Monopol stehen sich ein Lieferant und ein Abnehmer gegenüber. Die Unternehmen müssen, um die ökonomischen Wirkungen eines zweiseitigen Monopols herbeizuführen, nicht unbedingt Monopol- und Monopsonisten sein, es genügen marktmächtige Unternehmen.[442] Zweiseitige Monopole treten beispielsweise in der hochspezialisierten Automobil-Zulieferindustrie auf, wenn Lieferanten Produkte anbieten, die nachfragerspezifisch individuell angefertigt werden. Auch kann die Monopsonmacht daher stammen, dass sich einzelne nachfragende Unternehmen zu einer Einkaufskooperation zusammengeschlossen haben mit dem Ziel, eine bestehende Monopolstellung des Lieferanten auszugleichen. Ebenso stellen Tarifverhandlungen zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden ein typisches zweiseitiges Monopol dar.

Es lässt sich nicht eindeutig vorhersagen, welche Wirkungen sich ergeben, wenn sich zwei mächtige Marktteilnehmer gegenübertreten. Wohl aber werden sich Monopol- und Monopsonmacht gegenseitig ausgleichen, wenn auch nicht soweit, dass auf dem Markt perfekte Wettbewerbsbedingungen herrschen.[443]

Nun bestehen im Fall des zweiseitigen Monopols vier Möglichkeiten, welche der beiden Machtpositionen sich durchsetzt.

a) Cournotsche Monopollösung

Der liefernde Monopolist gibt den Preis vor und der nachfragende Monopsonist nimmt die Monopolmenge ab. Dies ist die *Cournotsche* Monopollösung.[444]

---

441 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 30 f.
442 *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589, 607 (2005).
443 *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 492.
444 *Wied-Nebbeling*, Preistheorie und Industrieökonomik, 2009, S. 86; *Ott*, Grundzüge der Preistheorie, 1970, S. 204.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Cournotsche Monopsonlösung

Ebenso kann der Monopsonist den Preis vorgeben. Der Monopolist gibt dann die Monopsonmenge ab. Dies ist die *Cournotsche* Monopsonlösung.[445] Monopol- und Monopsonlösung führen, wie oben bereits als Monopol und Monopson dargestellt, zu Wohlfahrtsverlusten.[446]

c) „Ausbeutungslösung"

Darüber hinaus kann nun der Monopsonist oder Monopolist die Gegenseite ausbeuten und auf die Nullgewinnposition drängen.[447] Die ausbeutende Partei gibt dann Preis und Menge vor, die andere Partei kann dieser Option folgen oder nicht (Alles-oder-nichts-Offerte). Das Gegenüber hat keinen eigenen Spielraum mehr. Damit gelingt es aus der Sicht des Monopsonisten, die Menge zu steigern und den Preis zu senken. Während das Monopsonmodell klassischerweise von einer geringeren Menge ausgeht, sieht dieses „Ausbeutungsmodell" eine größere Menge zu einem geringeren Preis vor.

Der ausbeutende Monopsonist wird versuchen, eine möglichst große Menge zu einem möglichst geringen Preis zu erwerben. Ihm geht es um die absolute eigene Gewinnmaximierung, d. h. er möchte seinen eigenen Gewinn erhalten und zusätzlich den des Monopolisten auf sich überführen.[448] Die optimale Menge dafür liegt in der Konkurrenzmenge, also der Menge im perfekten Wettbewerb.[449]

Damit ist in dieser Ausbeutungsvariante die Allokationseffizienz gewahrt. Der Preis richtet sich nach den Durchschnittskosten des Lieferanten, nicht nach seinen Grenzkosten. Während sich im perfekten Wettbewerb der Preis nach der Angebotskurve (= Grenzkostenkurve des Lieferanten) richtet, drückt bei einer Alles-oder-nichts-Offerte der Monopsonist den Preis soweit, dass dem Anbieter kein Gewinn verbleibt. Diese Nullgewinnposition entspricht den Durchschnittskosten des Anbieters.

---

445 *Ott*, Grundzüge der Preistheorie, 1970, S. 204.
446 Vgl. auch *Wied-Nebbeling*, Preistheorie und Industrieökonomik, 2009, S. 88.
447 *Ott*, Grundzüge der Preistheorie, 1970, S. 204.
448 *Wied-Nebbeling*, Preistheorie und Industrieökonomik, 2009, S. 89.
449 *Wied-Nebbeling*, Preistheorie und Industrieökonomik, 2009, S. 89.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Durchschnittskosten bedeuten Gesamtkosten geteilt durch die Produktionsmenge.[450] Die Durchschnittskosten sinken im Monopsonmodell mit zunehmender Produktionsmenge. Sie lassen sich aufteilen in die durchschnittlichen fixen und die durchschnittlichen variablen Kosten. Zu den Fixkosten zählen diejenigen Posten, die auch anfallen, wenn das Unternehmen nichts produziert, z. B. Pacht für Fabrikgelände, Zinsaufwendungen für ein Darlehen oder Gehälter von unbefristet beschäftigten Mitarbeitern.[451] Die Fixkosten bestehen der Höhe nach unabhängig von der Produktionsmenge. Die variablen Kosten ändern sich mit der Produktionsmenge, z. B. die Rohstoffe für die Produktion oder die Stromkosten. Sie betragen *per definitionem* null, wenn die Produktionsmenge bei null liegt.[452]

Auf die Spitze getrieben kann der Monopsonist den Preis noch unter die Durchschnittskosten drücken, wenn er dem Anbieter nur noch die variablen Durchschnittskosten ersetzt.[453] Der Lieferant arbeitet dann zwar mit Verlusten, doch sind diese Verluste niedriger, als wenn er den Betrieb einstellt, und somit betriebswirtschaftlich vernünftig. Die fixen Durchschnittskosten, die auch ohne Produktion anfallen, erhält der Anbieter dann nicht mehr ersetzt. Ein Unternehmen wird den Betrieb erst dann einstellen, wenn der Preis auf kurze Sicht nicht die variablen Kosten deckt.[454] Solange das Unternehmen die variablen Kosten deckt (und einen zumindest minimalen Teil der Fixkosten), ist es günstiger, die verlustreiche Produktion fortzuführen. Deckt das Unternehmen selbst die variablen Kosten nicht mehr, sollte es den Betrieb einstellen. Dann ist es für das Unternehmen günstiger, die Verluste in Höhe der Fixkosten bei Betriebseinstellung zu tragen und sich der variablen Kosten zu entledigen. Erst wenn der Preis also unter dem Betriebsminimum, also den variablen Kosten (d. h. die Verluste entsprechen exakt den Fixkosten) liegt, sollte das Unternehmen den Betrieb einstellen.[455]

Langfristig betrachtet entspricht das Betriebsminimum den durchschnittlichen Gesamtkosten.[456] Die Fixkosten werden auf lange Sicht zu

450 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 203.
451 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 200.
452 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 200 f.
453 Vgl. *Bontrup*, Nachfragemacht in Deutschland, 2008, S. 58.
454 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 238.
455 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 238.
456 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 244.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

variablen Kosten, wenn Mietverträge und Mitarbeiter gekündigt werden können. Somit minimieren sich die Fixkosten als hinnehmbare Verluste, bis zu deren Erreichen eine verlustreiche Produktion dennoch wirtschaftlich ist. Die Durchschnittskosten als erlösbarer Preis bei Alles-oder-nichts-Offerten sind langfristig also gleichzeitig das Betriebsminimum.

In der Realität wird oft fehlendes Wissen der Nachfrager um die Kostenstruktur der Anbieter solchen Alles-oder-nichts-Offerten entgegenstehen.[457] Es gibt jedoch auch Wege, sich Wissen um die Kosten der Lieferanten anzueignen, indem man beispielsweise die Lieferantenproduktion zum Teil in den eigenen Betrieb integriert und nur noch bei Produktionsspitzen auf externe Zulieferer zurückgreift. Deren Kostenniveau kennt der Abnehmer dann aus eigener Erfahrung, aus der eigenen Produktion.

Zusammengefasst sind Alles-oder-nichts-Offerten durchaus effizient, da die Menge dem funktionierenden Wettbewerb entspricht.

d) „Verhandlungslösung“

Schließlich können Monopolist und Monopsonist zu einer Verhandlungslösung kommen. Sie können gemeinsam den höchsten Gewinn erzielen, wenn sie die Menge entsprechend der Konkurrenzmenge bestimmen und den daraus resultierenden Maximalgewinn in Verhandlungen aufteilen.[458] Der Spielraum, der sich ihnen für die Preisverhandlung bietet, liegt zwischen den beiden Ausbeutungsmodellen, in denen entweder der Monopolist oder der Monopsonist nur seine Durchschnittskosten erhält, sein Gewinn also bei null liegt. Gleichzeitig bieten sich für dieses Verhandlungsmodell noch andere, beispielsweise spieltheoretische Lösungen an.[459]

e) Zwischenergebnis

Alles-oder-nichts-Angebote sind also effizient, denn der Nachfrager wird die allokativ optimale Menge beschaffen und zu Preisen, die optimalem

---

457 *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589, 603 (2005).

458 *Wied-Nebbeling*, Preistheorie und Industrieökonomik, 2009, S. 91; *OECD*, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 35 f.

459 Näher dazu *Wied-Nebbeling*, Preistheorie und Industrieökonomik, 2009, S. 92 ff.; vgl. *Fell*, Vertikale Integration und vertikale Gegenmacht, 2001, S. 147 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wettbewerb ensprechen, veräußern. Er versucht jedoch, die Lieferantengewinne auf sich selbst zu verlagern. Auch wenn sich die Parteien nicht unbedingt auf die Konkurrenzmenge einigen, wird es dem Monopsonisten jedenfalls gelingen, wohlfahrtsökonomische Verbesserungen in Preis und Menge herbeizuführen, als wenn die Nachfrageseite keine Monopsonmacht innehätte.[460] Alles-oder-nichts-Offerten steigern also stets das Wohlfahrtsniveau gegenüber einer einseitigen Machtstellung im Markt.

f) Wettbewerbspolitisches Fördern von countervailing power?

Wenn, wie eben gezeigt, Nachfragemacht im zweiseitigen Monopol positive Wirkungen haben kann, ließe sie sich auch bewusst fördern, um Angebotsmacht auszugleichen. Sowohl Einkaufskooperationen als auch Zusammenschlüsse von Nachfragern können ein ausgleichendes Gewicht in der Beschaffung erzeugen. Ist es also ratsam, Gegenmacht (*countervailing power*) auf der Nachfrageseite wettbewerbspolitisch zu fördern? Beispielsweise könnte Gegenmacht im Missbrauchstatbestand eine marktbeherrschende Stellung relativieren oder in der Zusammenschlusskontrolle als *countervailing power defence* eine Rolle spielen.

(1) Ökonomische Idee der countervailing power

Das Modell der *countervailing power* stammt von *Galbraith* aus dem Jahr 1952.[461] Er sah vertikale Gegenmacht der Nachfrager als zentrales wettbewerbspolitisches Instrument, um Machtpositionen zu begrenzen. Er schlug vor, das Leitbild des Wettbewerbs durch eines der Gegenmacht zu ersetzen.[462] In der damaligen wirtschaftswissenschaftlichen Literatur erwies sich das Konzept als substanzarm, wird aber gerade zur Rechtfertigung

460 *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589, 607 (2005); *Fell*, Vertikale Integration und vertikale Gegenmacht, 2001, S. 146; *Scherer/Ross*, Industrial Market Structure and Economic Performance, 1990, S. 527.

461 *Galbraith*, American Capitalism, The Concept of *Countervailing power*, 1952, S. 118. Im Deutschen ist die Bezeichnung "vertikale Gegenmacht" etabliert, vgl. zum Begriff *Fell*, Vertikale Integration und vertikale Gegenmacht, 2001, S. 128 ff.

462 *Galbraith*, American Capitalism, The Concept of *Countervailing power*, 1952, S. 120; *Fell*, Vertikale Integration und vertikale Gegenmacht, 2001, S. 128.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von Nachfragemacht bis heute bemüht.[463] Ökonomisch betrachtet schränkt der erstarkte Nachfrager den Monopolisten jedenfalls in seiner Machtausübung ein.

Ein Monopolist, dem Nachfrager im Wettbewerb gegenüberstehen, wird seine Menge bis zu dem Punkt reduzieren, wo sich seine Grenzertrags- und Grenzkostenkurve schneiden. Wenn sich nun die Nachfrager in ihrem Beschaffungsverhalten koordinieren und Monopsonmacht ausüben, gelingt es ihnen, eine gegenüber dem einseitigen Monopol größere Menge zu beschaffen und niedrigere Preise zu verhandeln.[464] Die Analyse des zweiseitigen Monopols (Anbietermonopol steht Abnehmermonopson gegenüber) zeigt, dass zwar eine profitmaximierende Einigung zwischen Monopsonist und Monopolist zu einer höheren Menge führt, als wenn isoliert der eine oder der andere den Preis vorgibt.[465] Doch sind die Auswirkungen nicht mit der Effizienz des vollkommenen Wettbewerbs vergleichbar.[466]

Die Idee der *countervailing power* geht nun davon aus, dass der marktmächtige Abnehmer einerseits stark genug ist, die Monopolmacht des Anbieters auszugleichen, aber gleichzeitig zu schwach, um auf den nachgelagerten Märkten selbst Monopolpreise zu verlangen.[467]

Inwieweit der Nachfrager seine aus der Monopsonmacht resultierenden Konditionenvorteile an nachgelagerte Märkte weitergibt, hängt wiederum davon ab, ob er auf den Verkaufsmärkten einem funktionierenden Wettbewerb ausgesetzt ist.[468] Handelt er dort selbst marktmächtig, besteht kein Druck, seine Effizienzgewinne weiterzugeben.

---

463 Vgl. zur Kritik *von Ungern-Sternberg*, 14 International Journal of Industrial Organisation 507, 508 (1996); weiteren Forschungsbedarf über Auswirkungen von *countervailing power* andeutend *Inderst/Mazzarotto*, in: *Collins* (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy, 2008, S. 1953, 1977. Detailliert auf Kritik eingehend *Fell*, Vertikale Integration und vertikale Gegenmacht, 2001, S. 131 ff.; kritisch auch *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1966, S. 151 ff.

464 MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 425.

465 *Scherer/Ross*, Industrial Market Structure and Economic Performance, 1990, S. 527.

466 *Scherer/Ross*, Industrial Market Structure and Economic Performance, 1990, S. 527.

467 *Scherer/Ross*, Industrial Market Structure and Economic Performance, 1990, S. 527.

468 MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 425.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Einkaufspreis, den die Nachfrager an den monopolistischen Lieferanten bezahlen, ist unmittelbar davon abhängig, wie viele Nachfrager existieren: je weniger Nachfrager, desto größer ist ihre Verhandlungsmacht und desto niedriger liegt der Einkaufspreis. Der Verkaufspreis auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt hängt davon ab, wie intensiv dort der Wettbewerb zwischen den horizontalen Anbietern herrscht. Sind die vorgelagerten Nachfrager dort Preisnehmer, funktioniert also der Wettbewerb auf dem Verkaufsmarkt, wird dort der Preis für die Endverbraucher sinken, wenn sie in der Beschaffung verhandlungsmächtig sind.[469] Die nachgelagerten Verkaufspreise werden also nur dann sinken, wenn die Vermachtung der Nachfragerseite nicht zu einer Angebotsmacht auf den Verkaufsmärkten führt. Optimalerweise treten die mächtigen Nachfrager auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt derart ähnlich auf, dass sie völlig austauschbar sind. Dann können sie trotz ihrer geringen Zahl keine Anbietermacht ausüben. In dieser – wohl unrealistischen – Konstellation würden die Endverbraucher tatsächlich von niedrigeren Preisen profitieren.[470]

So steigt beispielsweise im Falle eines Duopols auf dem nachgelagerten Markt mit zwei perfekt austauschbaren Anbietern die Konsumentenwohlfahrt bei vorgelagerter Nachfragemacht. Doch angesichts dessen, dass nicht nur der Preis die Konsumentenwohlfahrt bestimmt, sondern auch Qualität, Auswahl und Angebotsvielfalt, gibt es weitere Voraussetzungen für eine wünschenswerte *countervailing power*, als dass alleine der Preis fällt.[471] Sobald auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt die Wettbewerbsintensität abnimmt, z. B. weil sich die Angebote individuell weiterentwickeln, werden die Verkaufspreise steigen. Die Konsumentenwohlfahrt leidet.[472] Im Falle des Duopols ist es für den monopolistischen Anbieter ohnehin vorteilhaft, nicht mit zwei, in ihrem Auftritt austauschbaren Nachfragern zu verhandeln, sondern nur einen einzigen Nachfrager zu beliefern.[473] Dieser wird dadurch auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt zu einem Monopolisten. Dann entsteht wieder ein perfektes zweiseitiges Monopol mit den oben beschriebenen negativen Auswirkungen auf die Kon-

469 *Von Ungern-Sternberg*, 14 International Journal of Industrial Organisation 507, 510 (1996).
470 *Dobson/Waterson*, 107 The Economic Journal 418, 421 (1997).
471 *Grimes*, 72 Antitrust L. J. 563, 569 (2005).
472 *Dobson/Waterson*, 107 The Economic Journal 418, 426 (1997); vgl. auch *Fell*, Vertikale Integration und vertikale Gegenmacht, 2001, S. 201.
473 *Dobson/Waterson*, 107 The Economic Journal 418, 426 (1997).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sumentenwohlfahrt. Der Lieferant wird aber einen Anteil an den Monopolgewinnen des Nachfragers auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt für sich beanspruchen können.

Soweit die Konsumentenwohlfahrt also von Nachfragemacht profitiert, liegt dies nicht daran, dass auf einem vorgelagerten Markt ein nachfragemächtiges Gegengewicht entsteht, sondern vielmehr an einem intensiven Anbieterwettbewerb auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt. Es ist also nicht die Nachfragemacht, die die vorgelagerte Monopolstellung in ihren Auswirkungen begrenzt, sondern der intensive Wettbewerb zwischen den (möglicherweise wenigen) nachgelagerten Anbietern.[474] Der intensive horizontale Wettbewerb auf dem Verkaufsmarkt bei gleichzeitiger Monopsonmacht auf dem Beschaffungsmarkt ist in den wirtschaftswissenschaftlichen Modellen zunächst eine modellhafte Annahme. Inwiefern er tatsächlich realistisch ist, ist offen.

Neben den nur zweifelhaft positiven Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt birgt eine vermachtete Marktgegenseite die Gefahr, dass sie die Macht auf weitere Märkte oder Marktstufen ausbaut. Ein Monopson wird immer bestrebt sein, sich im Einkauf auch auf andere Märkte auszudehnen, auf denen ihm kein Monopolist gegenübersteht, um sein Gewicht gegenüber unterlegenen Verhandlungspartnern in gute Einkaufsbedingungen umzumünzen.[475] Auch besteht die Gefahr, dass ein Einkaufskartell versucht, seine Beschaffungsmacht auf Verkaufsmärkte zu übertragen und diese zu monopolisieren. Es gibt verschiedene Möglichkeiten, horizontale Mitbewerber aus dem Markt zu drängen, sei es den Zugang zu Beschaffungsmärkten zu versperren, nachgelagert Kampfpreise zu verlangen oder sein Verhalten abzusprechen. Letztlich erleichtert eine Einkaufskooperation, die Einkaufsbedingungen auch für andere Beschaffungsmärkte abzusprechen oder den Verkauf zu koordinieren. Die Gefahr besteht insbesondere dann, wenn das vorgelagerte Produkt für alle nachgelagerten Produkte erforderlich ist und die geographische Ausdehnung des Beschaffungsmarktes und des Angebotsmarktes sich entsprechen.[476] In diesem Fall sind

474 *Von Ungern-Sternberg*, 14 International Journal of Industrial Organisation 507, 518 (1996); vgl. auch *Fell*, Vertikale Integration und vertikale Gegenmacht, 2001, S. 201.

475 *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589, 607 f. (2005).

476 *Ezrachi*, 8 Journal of Competition Law and Economics 47, 51 f. (2012); OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 37.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die in der Einkaufskooperation vereinigten Nachfrager identisch mit den nachgelagerten Anbietern. Das erleichtert ein koordiniertes Verhalten.

(2) Countervailing power in der Praxis

Wie stehen nun die Wettbewerbsbehörden und Gerichte zu *countervailing power*?

i) Bundeskartellamt

Das Bundeskartellamt äußert in mehreren Stellungnahmen, dass Nachfragemacht entstehende oder bestehende Angebotsmacht wirksam beschränken könne.[477] Gleichzeitig weist es aber darauf hin, dass Gegenmacht nicht ohne weiteres Wettbewerbsbedingungen schaffe und insbesondere keine horizontalen Ungleichgewichte auszugleichen vermöge.[478] Auch decke sich Angebots- und Nachfragemacht in sachlicher Hinsicht nicht unbedingt. Ein mächtiger Nachfrager gleiche womöglich nur sektorspezifisch einen starken Anbieter aus.[479] Zudem litten die übrigen, nicht marktmächtigen Nachfrager verstärkt, wenn sie sich horizontal und vertikal mit einem Marktbeherrscher auseinandersetzen müssten. Sie hätten zu befürchten, von dem (horizontal) nachfragemächtigen Mitbewerber aus dem Beschaffungsmarkt gedrängt zu werden und von dem (vertikal) angebotsmächtigen Lieferanten verschlechterte Einkaufsbedingungen hinnehmen zu müssen.

Für die Voraussetzungen von *countervailing power* verweisen die Äußerungen des Bundeskartellamts auf die verschiedenen Kriterien von Verhandlungsmacht, wie beispielsweise Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite oder eine Drohung mit Eigenproduktion.[480]

---

477 Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, 2014, S. 12; Bundeskartellamt, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 2012, S. 33 f.; Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 8.

478 Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 8.

479 ICN, Merger Guidelines Workbook, 2006, S. 42.

480 Vgl. dazu Bundeskartellamt, Beschluss vom 22.12.2009, Az. B9-84/09 (S. 62) – *Webasto/Edscha*.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In jüngerer Zeit setzte sich das Bundeskartellamt im Bereich der Automobil-Zulieferindustrie für Cabrio-Dachsysteme aus Stahl mit ausgleichender Nachfragemacht auseinander. Relevant wurde die Frage bei der Fusion *Webasto/Edscha*[481] und dem untersagten Zusammenschluss von *Magna/Karmann*.[482] Ursprünglich gab es vier Lieferanten/Zulieferer für Stahl-Cabriodächer: *Edscha*, *Webasto*, *Magna* und *Karmann*. In der ersten Entscheidung 2009 wurde die Fusion von *Webasto* und *Edscha* von vier auf drei Anbieter freigegeben. In einer späteren Entscheidung 2010 untersagte das Bundeskartellamt die Übernahme der insolventen *Karmann* durch *Magna*. Der Anbietermarkt hätte sich zu einem Duopol verengt. Die Nachfrageseite auf dem Markt für Stahl-Cabriodächer war oligopolistisch geprägt. Auf die sechs großen Nachfrager-/Herstellergruppen[483] entfielen 78 % der weltweiten Cabrioproduktion.[484] Das Bundeskartellamt äußerte ausdrücklich, dass sich die oligopolistischen Strukturen auf Anbieter- und Nachfragerseite in diesem Einzelfall nicht auf wettbewerblich unbedenkliche Weise ausgleichen würden, da die nachfragende Autoherstellerindustrie nur für wenige großvolumige Aufträge ein entsprechendes Verhandlungsgewicht habe.[485] Die überwiegenden Aufträge würden nur geringe Stückzahlen erreichen, so dass die abnehmenden Hersteller keine den Anbietern gleichwertige Macht aufbringen könnten.

Darüber hinaus äußerte das Bundeskartellamt eine generelle Skepsis hinsichtlich *countervailing power*. Es deutete an, dass Verhandlungsergebnisse zwischen verhandlungs- und marktmächtigen Parteien zu einer ineffizienten Ressourcenallokation führen könnten.[486] Damit meinte das Bundeskartellamt wohl, dass es gerade im modellhaften zweiseitigen Monopol nicht unbedingt zu einer für die Konsumenten vorteilhaften Alles-oder-nichts-Lösung komme, sondern durchaus eine Seite Monopol- bzw. Mo-

481 Bundeskartellamt, Beschluss vom 22.12.2009, Az. B9-84/09 – *Webasto/Edscha.*
482 Bundeskartellamt, Beschluss vom 21.05.2010, Az. B9-13/10 – *Magna/Karmann*.
483 Die größten Herstellergruppen sind *BMW* (*BMW*, *Mini*, *Rolls-Royce*), *VW* (*VW*, *Audi*, *Lamborghini*, *Bentley*, *Porsche*), *GM* (*Opel*, *Chevrolet*, *Cadillac*, *Pontiac*), *Daimler* (*Mercedes-Benz*, *Smart*, *Maybach*), *PSA* (*Peugeot*, *Citroen*) und *Ford*.
484 Bundeskartellamt, Beschluss vom 22.12.2009, Az. B9-84/09 (S. 26) – *Webasto/Edscha.*
485 Bundeskartellamt, Beschluss vom 22.12.2009, Az. B9-84/09 (S. 62) – *Webasto/Edscha.*
486 Bundeskartellamt, Beschluss vom 22.12.2009, Az. B9-84/09 (S. 64) – *Webasto/Edscha;* Bundeskartellamt, Beschluss vom 21.05.2010, Az. B9-13/10 (S. 85) – *Magna/Karmann.*

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nopsonwirkungen herbeiführen könne. Dann stiegen die Absatzpreise und die Beschaffungsmengen sänken. Diese Gefahren würden, wie das Bundeskartellamt notierte, nicht durch *countervailing power* vermindert oder ausgeglichen, sondern erst durch sie geschaffen.[487]

Auch bezweifelte das Bundeskartellamt, dass eine geduldete Vermachtung in der Realität tatsächlich funktionierenden Wettbewerb ersetzen könne. Viel eher würden die Nachfrager nicht genug Wissen haben und die Verhandlungen nicht ausreichend transparent ablaufen, als dass die Nachfrager tatsächlich Preis und Mengen wirksam kontrollieren könnten.[488] Die Automobilhersteller wären beispielsweise darüber hinaus nicht in der Lage gewesen, selbst Stahl-Cabriodächer herzustellen. Sie seien also auf die Innovationen und Technologien der Zulieferer angewiesen gewesen.[489] Somit wären Drohungen der Nachfrager, die Produktion selbst vorzunehmen, mangels Kompetenz ins Leere gelaufen. Eine Verweigerung der Nachfrage wäre aus Reputationsgründen wohl nicht möglich gewesen, da die Endverbraucher nach Cabrios mit Stahldächern gefragt hätten. Hinsichtlich der Innovationsfunktion des Wettbewerbs könne das Nachfrageoligopol der Cabriohersteller also kein Argument für eine vermachtete Anbieterstruktur sein.

ii) Bundesgerichtshof

Der BGH erkennt nur unter engen Voraussetzungen an, dass Nachfragemacht entstehende Angebotsmacht relativieren kann: Seiner Rechtsprechung in *Klöckner/Becorit* zufolge braucht es dafür eine an marktstrategischen Überlegungen ausgerichtete Nachfrageentscheidung.[490] Erst wenn ein Nachfrager nicht mehr an den Wettbewerbsparametern, wie Preis, Qualität, Zuverlässigkeit oder Kompetenz, seine Beschaffungsentschei-

487 Bundeskartellamt, Beschluss vom 22.12.2009, Az. B9-84/09 (S. 64) – *Webasto/Edscha;* Bundeskartellamt, Beschluss vom 21.05.2010, Az. B9-13/10 (S. 85) – *Magna/Karmann.*

488 Bundeskartellamt, Beschluss vom 22.12.2009, Az. B9-84/09 (S. 64) – *Webasto/Edscha;* Bundeskartellamt, Beschluss vom 21.05.2010, Az. B9-13/10 (S. 85) – *Magna/Karmann.*

489 Bundeskartellamt, Beschluss vom 22.12.2009, Az. B9-84/09 (S. 62 f.) – *Webasto/Edscha.*

490 BGH, Beschluss vom 02.12.1980, Az. KVR 1/80, BGHZ 79, 62 – *Klöckner/Becorit.*

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dung ausrichte, sondern an marktstrukturellen Überlegungen, langfristig eine ausgeglichene Wettbewerbsstruktur zu erhalten, und dadurch möglicherweise auf individuelle Kostenvorteile verzichte, könne Nachfragemacht entstehende Angebotsmacht ausgleichen.[491]

Diese nationale Haltung liest sich sehr restriktiv, Nachfragemacht als Begrenzung von Angebotsmacht zu verstehen. Gerade der BGH hat mit der Voraussetzung der „marktstrategischen Nachfrageentscheidung" eine Hürde geschaffen, die ein privatwirtschaftliches Unternehmen nicht ohne weiteres wird nehmen können, solange es eigennützig und gewinnorientiert handelt.[492] Der Nachfrager müsse ihm günstige Angebote langfristig um bestimmter marktstruktureller Ziele willen zurückstellen.[493] In der Regel wird es sich ein rational handelndes Unternehmen nicht leisten können, sich in seiner Beschaffung weniger nach Wettbewerbsparametern als mehr nach marktstrukturellen Überlegungen zu richten.[494] Zwar sind gerade in der Zulieferindustrie Mehrpartnerstrategien gängig, die darauf gerichtet sind, die Angebotsvielfalt zu erhalten, um sich als Nachfrager nicht von einzelnen Lieferanten abhängig zu machen und im Falle eines Streiks oder einer Betriebsstörung auf andere Lieferanten ausweichen zu können.[495] In diesen Mehrpartnerstrategien fällt dann die betriebswirtschaftlich und marktstrukturell sinnvolle Beschaffungsentscheidung zusammen. Auch öffentliche Unternehmen, die dem Vergaberecht unterliegen, werden nur in Ausnahmefällen das preisgünstigste Angebot ablehnen, um auf Anbieterseite den Wettbewerb zu fördern. Nach § 97 Abs. 5 GWB ist der Zuschlag im Vergabeverfahren auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Der Nachweis, eine wettbewerbliche Marktstruktur erhalten zu wollen und damit einen auftragsbezogenen Sekundärzweck zu verfolgen, wird im Einzelfall kaum zu führen sein.

---

491 BGH, Beschluss vom 02.12.1980, Az. KVR 1/80, BGHZ 79, 62 (Rn. 29) – *Klöckner/Becorit*; vgl. auch Bundeskartellamt, Beschluss vom 21.05.2010, Az. B9-13/10 (S. 98 f.) – *Magna/Karmann.*

492 So hat beispielsweise *Tetra Pak* als Nachfrager von Getränkekartons daran mitgewirkt, dass einige aktuelle Lieferanten von Getränkekartons sich in dieser Position erst entwickelt haben, vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 25.11.1998, Fall M.1225, ABl. 1999 Nr. L 254/9, Rn. 89 – *Enso/Stora*.

493 BGH, Beschluss vom 02.12.1980, Az. KVR 1/80, BGHZ 79, 62 (Rn. 29) – *Klöckner/Becorit.*

494 Monopolkommission, Hauptgutachten 1984/85, Rn. 498.

495 *Nordemann*, Gegenmacht und Fusionskontrolle, 1996, S. 89 f.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dem ist hinzuzufügen, dass eine „marktstrategische Nachfrageentscheidung“ wettbewerbsfeindlich ist. Sie führt zu einem Schutz nicht leistungsfähiger Wettbewerber, die unter funktionierenden Wettbewerbsbedingungen aus dem Markt ausscheiden müssten. Private Unternehmen und die öffentliche Hand sollten sich gerade entsprechend der angebotenen Wettbewerbsparameter entscheiden. Der funktionierende Wettbewerb wird dazu führen, dass die Macht eines jeden Marktteilnehmers, auch der größeren, begrenzt bleibt. Eine wettbewerbswidrige „marktstrategische Nachfrageentscheidung“ braucht es hingegen nicht. Eine unternehmerisch gegen Vermachtung getroffene Nachfrageentscheidung, wie die Mehrpartnerstrategie, erfolgt rational im eigenen langfristigen privaten Interesse. Mittelbar mag sie marktstrategisch wirken. Doch sollte dies nicht der Maßstab betriebswirtschaftlicher Entscheidungen sein. Der BGH hat in *Klöckner/Becorit* den deutschen Wettbewerb mit seiner Entscheidung gestärkt. Er hat mit der irrationalen „marktstrategischen Nachfrageentscheidung“ die Hürde so hoch gelegt, dass selbst marktmächtige Nachfrager in der Regel eine bestehende Angebotsmacht nicht ausgleichen können. Folglich hat sich der BGH für Wettbewerbsstrukturen auf der Marktgegenseite und gegen eine Vermachtung entschieden.

iii) EU-Kommission

Die EU-Kommission geht in ihren Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse intensiv auf *countervailing power* ein.[496] Dabei beschränkt sie sich aber auf die einzelnen Erscheinungsformen von *countervailing power* als Verhandlungsmacht, wie z. B. anzudrohen, den Lieferanten zu wechseln, sich in den Beschaffungsmarkt selbst vertikal zu integrieren oder einen Marktzutritt im vorgelagerten Markt zu fördern.[497]

Sämtliche institutionellen Äußerungen zu *countervailing power* bleiben auffallend allgemein. Sie beschränken sich oft darauf, die allgemeinen Kriterien für Verhandlungsmacht wiederzugeben. Ab wie vielen Nachfragern nun den Anbietern tatsächlich Ausweichmöglichkeiten fehlen oder wann eine Drohung der Nachfrager glaubwürdig ist, erläutern sie nicht.

---

496 EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. 2004 Nr. C 31/05 (Rn. 64 ff.).

497 EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. 2004 Nr. C 31/05 (Rn. 65).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auch gehen sie nicht auf die ökonomischen oder wettbewerbspolitischen Gefahren einer bewusst geduldeten Vermachtung einzelner Marktstufen ein.

Nur in einzelnen Entscheidungen finden sich konkrete Hinweise. Beispielsweise ist die Drohung eines Nachfragers mit einem Anbieterwechsel gegenüber Markenherstellern nur dann glaubwürdig, wenn andere vergleichbare Marken existieren und diese auch freie Kapazitäten anbieten.[498] In *Nestlé/Perrier* hat sich die Kommission damit auseinandergesetzt, ob die Nachfragemacht des Lebensmitteleinzelhandels konkret ausreicht, um die Angebotsmacht von Marken-Wasserherstellern auszugleichen, und dies verneint.[499] Die Konzentration auf der Nachfrageseite sei weit weniger ausgeprägt als auf der Angebotsseite. Insbesondere bestehe bei den wenigen verbliebenen Mineralwasser-Herstellern die Gefahr eines wettbewerbsfeindlichen Parallelverhaltens.[500] Meist beschränkt sich die Kommission aber eben auf pauschale Wertungen, in denen sie den Nachfragern hinreichende Verhandlungsmacht unterstellt.[501]

iv) EuGH

Der EuGH sieht in Einzelfällen bei landwirtschaftlichen Genossenschaften, dass ein bedeutsames Gegengewicht zur Vertragsgestaltungsmacht von Großbeziehern einem wirksamen Wettbewerb förderlich sein kann.[502]

v) Stellungnahme zum wettbewerbspolitischen Fördern von Gegenmacht

Es ist davor zu warnen, Nachfragemacht zu fördern, um Anbietermacht auszugleichen. Diese Warnung richtet sich gegen die grundsätzlich positive Sicht, vor allem der EU-Kommission auf Einkaufsvereinbarungen und

498 EU-Kommission, Entscheidung vom 31.01.2001, Fall M.2097, ABl. 2002 Nr. L 57/1, Rn. 89 – *SCA/Metsä Tissue*.
499 EU-Kommission, Entscheidung vom 22.07.1992, Fall M. 190, ABl. 1992 Nr. L 356/1, Rn. 77 ff. – *Nestlé/Perrier*.
500 EU-Kommission, Entscheidung vom 22.07.1992, Fall M. 190, ABl. 1992 Nr. L 356/1, Rn. 78 – *Nestlé/Perrier*.
501 *Nordemann*, Gegenmacht und Fusionskontrolle, 1996, S. 46.
502 EuGH, Entscheidung vom 15.12.1994, Rs. C-250/92, *DLG*, Slg. 1994, I-5641 (Tz. 32).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zusammenschlüsse zwischen Nachfragern.[503] Wie schon dargestellt, haben zweiseitige Monopole positivere Wohlfahrtswirkungen als einseitige Machtpositionen im Markt. Aber auch zweiseitige Monopole werden nie einem funktionierenden Wettbewerb vergleichbare Wirkungen schaffen können. Sie bleiben gegenüber Wettbewerbsbedingungen immer nur zweite Wahl. Die bislang möglicherweise positiven Wohlfahrtsauswirkungen berücksichtigen alleine die Wettbewerbsparameter Preis und Menge. Dynamische Gesichtspunkte, wie Qualität, Innovation oder Vielfalt, blendet die Bewertung von zweiseitigen Monopolen völlig aus.

Zum einen besteht bei Nachfragekartellen zur Bekämpfung von Angebotsmonopolen die Gefahr, dass Anreize, ein Monopol zu errichten, verloren gehen.[504] Entstand das Monopol aus einem überlegenen Produkt heraus, würde ein ausgleichendes Monopson die Belohnung dieses technischen Fortschritts entziehen. Die Monopolgewinne waren in diesem Fall der Anreiz, sich durch einen Innovations- oder Qualitätsvorsprung eine überragende Marktstellung zu erarbeiten. Diese Monopolgewinne dann zu beschränken, könnte langfristig die dynamische Effizienz reduzieren.

Zum anderen vernachlässigt eine zu berücksichtigende *countervailing power* den horizontalen Schutz der Mitbewerber vor Behinderungen durch den marktstarken Anbieter. Selbst wenn der starke Nachfrager statische Preis- und Mengenwirkungen gegenüber einem Monopol positiv beeinflussen könnte, kann sein Auftreten dynamische Wettbewerbsparameter nicht fördern.[505] Forschung und Entwicklung von Technologien erfolgen vor allem aus dem horizontalen Druck, sich gegenüber seinen Mitbewerbern durchzusetzen. Eine Nachfragekonzentration zementiert jedoch auch die Macht auf der Anbieterebene. Dort wird der horizontale Wettbewerbsdruck erlahmen.

So können gerade die langfristigen Auswirkungen eines kurzfristig wohlfahrtsfördernden Gegengewichts in der Nachfrage negativ sein. Letztlich wird ein funktionierender Wettbewerb auf beiden Seiten des Marktes stets effizienter sein als zweiseitige Monopole.

503 Vgl. dazu S. 54.
504 Dazu *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589, 608 f. (2005).
505 *Nordemann*, Gegenmacht und Fusionskontrolle, 1996, S. 174.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4. Oligopson

In einem Oligopson konkurrieren wenige große Nachfrager um die Lieferanten, wie beispielsweise Einkaufskartelle in Form einiger weniger Kaffeeexporteure um die Ernte der Kaffeebauern in Entwicklungsländern.[506] Um verstehen zu können, welche Auswirkungen das Oligopson auf die Wohlfahrt hat, geht die Arbeit zunächst auf das Oligopol unter Anbietern ein und überträgt es dann spiegelbildlich auf die Nachfrageseite.

a) Vergleich mit dem Oligopol

In einem Oligopol konkurrieren horizontal einige wenige Anbieter um die Gegenseite. Es zeichnet sich durch eine oligopolistische Reaktionsverbundenheit (strategische Interdependenz) aus, d. h. soweit ein Oligopolist einen Verhaltensparameter – Preis, Menge, Qualität – variiert, hat dies unmittelbare Auswirkungen auf das gesamte Marktgefüge, somit auch auf die übrigen Oligopolisten.[507]

Ein Oligopol hat mit einem Kartell gemeinsam, dass sich die Mitglieder parallel verhalten. Im Oligopol beruht das Parallelverhalten jedoch auf den Wettbewerbskräften, während es im Kartell abgesprochen ist.[508]

Ein Oligopol unterscheidet sich vom Monopol darin, dass mehrere Unternehmen auf einer Marktstufe stehen, nicht mehr nur ein einziges. Dennoch hat das Verhalten jedes Oligopol-Unternehmens noch einen spürbaren Einfluss auf den Markt. Es herrscht also kein perfekter Wettbewerb, in dem die Marktteilnehmer Preis- und Mengennehmer wären. Jede Preis- oder Mengenänderung eines Unternehmens hat spürbare Auswirkungen auf die anderen Unternehmen. Jeder Marktteilnehmer weiß, dass er mit einer Preissenkung sämtliche Nachfrage (bei homogenen Gütern) auf sich vereinigen kann, aber auch dass sich die übrigen Oligopolanbieter dieser Marktstruktur ebenso bewusst sind. Bei Entscheidungen über Preis und Menge muss sich jedes Unternehmen über diese strategische Interdepen-

---

506 Vgl. *Lopez/You*, 41 Journal of Development Economics 275, 276 (1993).

507 Vgl. zum Begriff *Enchelmaier*, Europäische Wettbewerbspolitik im Oligopol, 1997, S. 27. Vgl. zum ökonomischen Funktionieren eines Oligopols und seinen Auswirkungen *Shapiro*, in: *Schmalensee/Willig* (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, 1989, S. 329.

508 *Enchelmaier*, Europäische Wettbewerbspolitik im Oligopol, 1997, S. 27.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

denz im Klaren sein.[509] Um diesen Entscheidungsrahmen in einem reinen idealtypischen Oligopol zu analysieren, bedienen sich Ökonomen der Spieltheorie.[510] Die Arbeit geht darauf nicht näher ein, sondern blickt gleich auf die Wohlfahrtswirkungen.

Die Auswirkungen eines Oligopols sind verglichen mit perfektem Wettbewerb negativ. Einzig in der Marktstruktur des Preiswettbewerbs mit homogenen Gütern kommt das *Bertrand*-Modell zu Auswirkungen wie bei funktionierendem Wettbewerb.[511] Ein Preiswettbewerb mit homogenen Gütern funktioniert auf Märkten, auf denen die Mengenentscheidung fixiert ist, aber die Preisgestaltung flexibel, z. B. bei Zement, Beton oder Getreide.[512] Jedes Oligopolunternehmen wird einen Preis verlangen, der seinen Grenzkosten entspricht (wie im perfekten Wettbewerb). Bei einem niedrigeren Preis würde das preisgünstigere Unternehmen zwar alle Nachfrage auf sich vereinigen können, würde aber wegen des Preises unterhalb der eigenen Grenzkosten mit Verlusten arbeiten. Bei einem Preis über den Grenzkosten könnten die konkurrierenden Oligopolunternehmen den Preis bis zu den Grenzkosten unterbieten und alle Nachfrage auf sich vereinigen. Dieses sog. *Nash*-Gleichgewicht, bei dem sich ein Abweichen von den Grenzkosten für keinen Spieler lohnen würde, führt also zu Preisen und Mengen wie im perfekten Wettbewerb.

In den übrigen Marktformen (Mengenwettbewerb mit homogenen Gütern, Preis- und Mengenwettbewerb mit differenzierten Gütern) produzieren die Oligopolunternehmen weniger als im perfekten Wettbewerb und verlangen dafür einen Preis über den Grenzkosten.[513] Die Auswirkungen solcher Oligopole liegen also zwischen Monopolwirkungen und funktionierendem Wettbewerb: Die Konsumentenwohlfahrt leidet also wegen der nicht optimalen Allokation.

---

509 *Scherer/Ross*, Industrial Market Structure and Economic Performance, 1990, S. 199.

510 Vgl. dazu ausführlich MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 181 ff.

511 MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 188; *Fell*, Vertikale Integration und vertikale Gegenmacht, 2001, S. 38.

512 MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 187.

513 MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 201; das weite Oligopol mit beschränkter Produkthomogenität und Markttransparenz als die optimale Wettbewerbsintensität ansehend *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1966, S. 138.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Produktionseffizienz ist wohl gewahrt, da jedes Oligopolunternehmen im (eingeschränkten) Wettbewerb versuchen wird, so effizient wie möglich zu arbeiten, um keinen Nachteil gegenüber den Mitbewerbern zu haben.[514]

Hinsichtlich der dynamischen Effizienz könnte das Oligopol Vorteile gegenüber den anderen Marktformen aufweisen. Die Oligopolunternehmen stehen ausreichend im Wettbewerb, dass sie einen Anreiz haben, sich durch Innovationen von ihren Mitbewerbern abzusetzen. Die Anreize für Innovationen bestehen im Oligopol also ebenso wie im funktionierenden Wettbewerb. Gleichzeitig haben Oligopolunternehmen aber größere finanzielle Spielräume und Mittel für Ausgaben in Forschung und Entwicklung als Wettbewerbs-Unternehmen.[515] Unternehmen im perfekten Wettbewerb stehen häufig in einem ruinösen Wettbewerb, der kaum Investitionen in einen technischen Fortschritt zulässt.[516] Insofern könnte das Oligopol die Marktform sein, die der dynamischen Effizienz am meisten dient.[517]

b) Spiegelbildliche Betrachtung des Oligopsons

Übertragen auf die Nachfrageseite ergeben sich folgende Erkenntnisse für das Oligopson:

Das Oligopson wirkt spiegelbildlich zum Oligopol.

Es konkurrieren einige wenige bedeutende Nachfrager um die Anbieterseite. Ebenso wie im Oligopol kann jeder Oligopsonist mit seiner Nachfrageentscheidung unmittelbar die Marktverhältnisse beeinflussen, so dass die übrigen Nachfrager darauf mit Preis- oder Mengenanpassungen reagieren. Die Wohlfahrtswirkungen gehen in Richtung eines Monopsons, also dass die Nachfrager insgesamt weniger Güter beschaffen zu einem geringeren Preis.[518] Darunter leidet die Allokationseffizienz. Einzig wiederum im Fall des Preiswettbewerbs bei homogenen Gütern (*Bertrand*-Modell)

514 MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 201.
515 MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 202.
516 *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 57; *Walter*, Enge Oligopole und Wettbewerbspolitik, 2001, S. 153; *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1966, S. 102.
517 In diese Richtung MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 202; *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 57; *Scherer/Ross*, Industrial Market Structure and Economic Performance, 1990, S. 630 ff.
518 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 50.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werden sich vollkommene Wettbewerbswirkungen ergeben.[519] Zahlt ein Oligopsonist einen höheren Beschaffungspreis als den Grenzwert (entsprechend seiner Nachfragekurve), wird er zwar eine größere Beschaffungsmenge auf sich vereinigen können, wird aber gleichzeitig wegen der nachgelagert niedrigeren Preise Verluste erwirtschaften. Bezahlt er nun einen Beschaffungspreis unterhalb des Grenzwertes, werden die Lieferanten auf die übrigen Oligopsonisten ausweichen, die höhere Preise bezahlen. Insofern werden in diesem Modell die Auswirkungen des Oligopsons funktionierendem Wettbewerb entsprechen.

Gleichzeitig berücksichtigt dieses ökonomische Konzept des Oligopsons aber nicht, dass für die meisten Güter ein Angebotsüberhang besteht und die Nachfrage knapp ist. Wegen dieses Überhanges unterstützen Anbieter ihren Vertrieb häufig mit verdeckten Rabatten. Der Anbieter wird diese nicht preisgeben, um das Preisniveau zu den übrigen Nachfragern nicht zu gefährden. Auch der Abnehmer wird den Rabatt nicht bekanntmachen, um seinen persönlichen Wettbewerbsvorteil nicht zu riskieren. Insofern stößt die spiegelbildliche Übertragung des Angebots- auf das Nachfrageoligopol in diesen faktischen Abweichungen an seine Grenzen.

Zusammenfassend hat das Oligopson unter der Voraussetzung, dass auf dem nachgelagerten Markt perfekter Wettbewerb herrscht oder es Endabnehmer ist, monopsonähnliche Wirkungen in abgeschwächter Form.[520] Die nachgefragte Menge ist niedriger als im vollkommenen Wettbewerb, wenn auch nicht so niedrig wie im Monopson. Der Beschaffungspreis ist dementsprechend (bei steigender Angebotskurve) auch niedriger. Im Einzelnen richten sich die Wohlfahrtsverluste nach der Elastizität des Angebots: Je geringer die Angebotselastizität ist, also je steiler die Angebotskurve steigt, desto größer ist der aus Nachfragemacht entstehende Wohlfahrtsverlust.[521] Sind die Oligopsonisten hingegen auf dem nachgelagerten Markt wiederum Oligopol- oder Monopolisten, also angebotsmächtig, ver-

519 *Dobson/Waterson/Chu*, The welfare consequences of the exercise of buyer power, 1998, S. 50.

520 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 50; *Ezrachi*, 8 Journal of Competition Law and Economics 47, 49 (2012).

521 *Dobson*, Buyer power and its impact on competition in the food retail distribution sector of the European Union, 1999, S. 11; *Dobson/Waterson/Chu*, The welfare consequences of the exercise of buyer power, 1998, S. 13.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stärkt dies die Wohlfahrtsverluste auf der Nachfrager- und Anbieterebene.[522]

Vergleichbar zum zweiseitigen Monopol kann auch ein Oligopson Angebotsmacht ausgleichen und damit die Wohlfahrt verbessern. Das Oligopson bildet dann ein Gegengewicht zu einem Monopol oder Oligopol auf der Angebotsseite. Doch wie auch die Wohlfahrtswirkungen des Oligopols wirtschaftswissenschaftlich nicht abschließend geklärt sind, kann nicht mit Sicherheit gesagt werden, dass ausgleichende Oligopsonmacht ein effizienzsteigerndes wünschenswertes Instrument ist.[523] Diese Idee, eine Vermachtung einzelner Marktstufen mit Gegenmacht auszugleichen, statt den Wettbewerb zu fördern, begegnet hier den gleichen Bedenken, wie oben im zweiseitigen Monopol.

Darüber hinaus haben Oligopsonisten den Anreiz, die Oligopson- in Richtung Monopsonwirkungen zu steigern, indem sie ihre Preis- und Mengenpolitik absprechen.[524] Ohne wettbewerbswidrige Vereinbarung im Mengenwettbewerb lässt jede zusätzliche Nachfrage eines Oligopsonisten den Beschaffungspreis nicht nur für ihn, sondern auch für die übrigen Oligopsonisten steigen. So wie ein Oligopsonist seine Beschaffungsmenge erhöht (und damit der Allokationseffizienz dient), werden die übrigen Oligopsonisten ihre Beschaffungsmenge senken, um den Preisanstieg auszugleichen. Daher haben die Oligopsonisten den Anreiz, ihre Beschaffung abzusprechen und entsprechend eines Monopsonisten die gemeinsame Einkaufsmenge zu reduzieren, um auch den Preis zu senken.

Auch im Falle des Oligopsons bestätigt sich die Regel, dass, je größer die Machtkonzentration auf der Nachfragerseite ist, desto deutlicher werden sich Monopsonwirkungen zeigen. Desto stärker fallen dann auch die Wohlfahrtsverluste aus.

5. Nachfragekartell

Eine weitere Form des Monopsons ist die Kooperation von Nachfragern, um eine stärkere Machtposition in der Beschaffung zu erreichen. Diese

---

522 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 50.

523 Auf diese Unsicherheiten aufmerksam machend *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 141.

524 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 31; *Scherer/Ross*, Industrial Market Structure and Economic Performance, 1990, S. 226.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zusammenarbeit lässt sich als Nachfragekartell, Einkaufskooperation, Einkaufsvereinbarung oder Nachfragebündelung bezeichnen. Solche Kooperationen können bis zur Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens reichen.

a) Funktionsweise eines Nachfragekartells

Ökonomisch bezweckt die Absprache zwischen Wettbewerbern in der Regel, einem Monopolisten/Monopsonisten vergleichbare Gewinne zu erzielen.[525] Auch spieltheoretisch lässt sich nachweisen, dass Unternehmen, die erfolgreich zusammenarbeiten, Preis und Menge ihrer Produkte entsprechend eines Monopolisten festlegen können.[526] Die Einkaufskooperation koordiniert die Nachfrage, kontrolliert die Beschaffungsmenge und verhindert eine preistreibende Zusatznachfrage der übrigen Einkäufer.

Das klassische Anbieterkartell ist ständig der Gefahr ausgesetzt, dass einzelne Kartellanten die Vereinbarung hintergehen, um zusätzliche Gewinne zu erwirtschaften.[527] Abtrünnige Kartellanten unterbieten den vereinbarten Preis, überschreiten Quotenregelungen oder halten sich nicht an Gebietsabsprachen. Diesen Gefahren ist auch das spiegelbildliche Nachfragekartell ausgesetzt, wenn dem Monopsonmodell (geringere Menge, geringerer Preis) gefolgt wird. Im Monopsonmodell erhalten alle Nachfrager die gleichen Einkaufsbedingungen. Es kennt keine Diskriminierung der einzelnen Marktteilnehmer. Somit ist es für den einzelnen Nachfragekartellanten gewinnträchtig, sich außerhalb des Kartells weitere Einheiten vereinbarungswidrig zu beschaffen. Er bezahlt den Preis des Kartells, kann dafür aber eine größere Menge als die übrigen kartellierten Nachfrager vermarkten. Dies führt dazu, dass die gesamte Nachfragemenge steigt und damit auch der Einkaufspreis für das Nachfragekartell. Das Hintergehen einzelner Kartellanten schadet also den Profiten des gesamten Nachfragekartells.

Um dies zu verhindern, muss ein Nachfragekartell sich über die Preisgestaltung verständigen und das Hintergehen des Nachfragekartells muss

525 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 293 f. Vgl. zu verschiedenen Fallgruppen von Nachfragekartellen *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 30 f.

526 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 300.

527 *Kerber*, Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht, 1989, S. 341.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

härtere Sanktionen nach sich ziehen, als dass es profitabel sein könnte.[528] Je weniger Nachfrager es gibt, je transparenter die Preise und je einheitlicher das Beschaffungsprodukt, desto leichter lässt sich ein funktionierendes Nachfragekartell schmieden.[529] Das Nachfragekartell ist umso lukrativer, je geringer die Elastizität des Angebots und je schwieriger ein Markteintritt ist. Eine geringere Angebotselastizität bedeutet bereits eine größere Nachfragemacht, da die Lieferanten sich dann nicht flexibel an die Nachfrageveränderung anpassen können.[530] Weil die Lieferanten ihre gesamte Menge, z. B. rohen verderblichen Fisch, veräußern müssen, werden bei sinkender Nachfrage kurzfristig auch die Preise stark sinken. Das Nachfragekartell muss die Beschaffungsmenge nur minimal senken, um bereits große Preiszugeständnisse erwarten zu können. Der Markteintritt für einen potentiellen Nachfragewettbewerber ist wegen der großen Gewinnerwartung zwar attraktiv. Sobald jedoch ein weiterer Nachfrager erschiene, würde sich mit dessen Beschaffungsmenge auch der Einkaufspreis entsprechend erhöhen.[531]

b) Exkurs: Das Nachfragekartell nach dem Modell der Verhandlungsmacht

Bereits hier ist auf das Modell der Verhandlungsmacht vorzugreifen. Kennzeichen dieses Verhandlungsmodells ist es, dass die monopsonistischen Nachfrager die Beschaffungsmenge eher steigern werden und wegen der Mengensteigerung die Einkaufspreise sinken. Diesem Modell zufolge wird ein Nachfragekartell eher stabiler bestehen als ein Anbieterkartell.[532] Während das Anbieterkartell, wie eben ausgeführt, wegen einzelner Kartellanten, die die Absprachen hintergehen, um einen Zusatzgewinn zu erwirtschaften, ständig vom Zerfall bedroht ist, kennt ein Nachfragekartell

528 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 31; *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 51 f.

529 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 31 mit der Parallele zu einem funktionierendem Anbieterkartell und Oligopolisten; *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 49 f.; *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 476 f.

530 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 121 f.; *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 476 f.

531 *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 52.

532 *Kerber*, Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht, 1989, S. 342.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

diese Gefahren im Verhandlungsmodell nicht. Der einzelne Kartellant hat keine Veranlassung, neben dem Kartell eine weitere Menge zu beziehen, weil er nie dem Kartell vergleichbare Einkaufsbedingungen erhalten würde.[533] Für jeden Nachfragekartellanten ist es am profitabelsten, sich die Güter im Rahmen der Einkaufskooperation zu beschaffen. Alleine würde er nie vergleichbare Einkaufsbedingungen erzielen, während jede zusätzliche Beschaffung die Nachfragemacht der Kooperation weiter erhöht. Unter diesem Gesichtspunkt der inneren Stabilität ist ein Nachfragekartell für den Wettbewerb gefährlicher als ein Anbieterkartell.

c) Die ökonomischen Auswirkungen des Nachfragekartells

Die ökonomischen Auswirkungen eines Nachfragekartells entsprechen denen eines Monopsons, d. h. die Einkaufskooperation senkt die Menge, so dass entsprechend die Beschaffungspreise sinken.[534] Die Auswirkungen dieser Nachfragebündelung erschöpfen sich jedoch nicht in vertikaler Richtung, Preis und Menge der Güter unter das Wettbewerbsniveau zu senken. Vielmehr kann sich die Nachfragebündelung auch horizontal gegen Mitbewerber richten, beispielsweise indem die in der Kooperation vereinigten Nachfrager Druck auf die Lieferantenseite ausüben, die übrigen nachfragenden Mitbewerber nicht zu beliefern.[535] Auf diese Weise führt Monopsonmacht dazu, Mitbewerber von Beschaffungsmärkten auszuschließen und die Nachfragemacht auf die Angebotsseite auszudehnen.

Die vermeintlich positiven Auswirkungen sind zumindest im Monopsonmodell zweifelhaft. Es wird argumentiert, dass Einkaufskooperationen kleinen und mittleren Nachfragern vergleichbare Einkaufskonditionen ver-

---

533 *Kerber*, Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht, 1989, S. 341 f.; vgl. auch Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/*Nordemann*, Kartellrecht, 2016, Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 90; in diese Richtung auch *Fikentscher*, WuW 1960, 680, 684; vgl. zum unterschiedlichen Wirken von Anbieter- und Nachfragerkartell oben S. 60.

534 *Ezrachi*, 8 Journal of Competition Law and Economics 47, 49 (2012); *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 48.

535 Mehrere in einer Einkaufskooperation verbundene Kinobetreiber übten Druck auf Filmverleiher aus, ihnen exklusive Vorführrechte zu gewähren in den Orten, in denen es noch mitbewerbende Kinos gab, *United States v. Crescent Amusement Co.*, 323 U.S. 173 (1945); vgl. *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 35 f.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schafften, wie sie starke Wettbewerber allein wegen ihrer Größenvorteile ohnehin genössen.[536] Diese Auswirkungen lassen sich mit dem Monopsonmodell nicht belegen. Ihm zufolge erhalten alle Nachfrager den gleichen Preis unabhängig von der beschafften Menge. Das Monopsonmodell kennt keine diskriminierende Preispolitik zwischen den Nachfragern. In dieser Annahme mag eine Schwäche des Monopsonmodells liegen. Um die Wohlfahrtswirkungen ökonomisch darstellen zu können, ist jedoch auf die vorhandenen theoretischen Modelle zurückzugreifen.

Weiterhin wird vorgebracht, dass eine gebündelte Nachfrage für Lieferanten auch positive Auswirkungen haben könne. Die Anbieter könnten eine größere Menge auf den einzelnen Nachfrager absetzen und ihre Transaktionskosten sänken durch eine günstigere Lagerhaltung, Vermarktung, Abrechnung und Transport.[537] Diese reinen Kostenvorteile gleichen jedoch nicht allokative Ineffizienzen aus, die den Konsumenten durch die Mengenreduktion entstehen.

Auch könnten Nachfragekartelle als Gegengewicht kleiner und mittlerer Abnehmer gegenüber marktmächtigen Anbietern dienen.[538] Auf den Gesichtspunkt der Gegenmacht ist die Arbeit bereits oben eingegangen.[539] Es ist ins Gedächtnis zu rufen, dass Gegengewichten auf dem Markt stets die Gefahr innewohnt, dass sie ihre Macht auf weitere Marktstufen ausdehnen bzw. ihre horizontalen Mitbewerber behindern.[540] Eine konsequente Wettbewerbspolitik geht dahin, eine Entmachtung zu fördern statt weitere vermeintlich ausgleichende Machtpositionen zu dulden.

---

536 Vgl. Langen/Bunte/*Krauß*, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 1, Rn. 214.

537 *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793, 796 mit dem Hinweis auf die *economies of scale*; *Inderst*, WuW 2008, 1261, 1266; *Ruppelt*, Einkaufskooperationen im Europäischen und Deutschen Kartellrecht, 2008, S. 11.

538 Vgl. *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793, 794, 796, der von der „Entmachtung im Vertikalverhältnis“ spricht.

539 Vgl. S. 134.

540 Vgl. die ausführliche Darstellung auf S. 137.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d) Kritik an den Horizontalleitlinien 2011 der Kommission

Die Kommission geht in ihren Horizontalleitlinien 2011 ausführlich darauf ein, wie sie Einkaufskooperationen rechtlich bewertet.[541]

Einkaufsvereinbarungen stellen regelmäßig Vereinbarungen im Sinne des Art. 101 AEUV zwischen Unternehmen dar, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.[542] Die Kommission beurteilt das Tatbestandsmerkmal der wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Wesentlichen nach der Marktmacht der beteiligten Unternehmen:[543] Es gebe keine absolute Schwelle, bei deren Überschreiten davon ausgegangen werden kann, dass eine gemeinsame Einkaufsregelung Marktmacht begründe, so dass sie wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV habe. In den meisten Fällen sei es jedoch unwahrscheinlich, dass Marktmacht bestünde, wenn die Parteien der gemeinsamen Einkaufsregelung sowohl auf den Einkaufsmärkten als auch auf den Verkaufsmärkten einen gemeinsamen Marktanteil von nicht mehr als 15 % hätten.[544]

Die Spürbarkeitsschwelle ist bei Einkaufsvereinbarungen nicht eigenständig zu prüfen. Wenn Unternehmen die Marktanteilsschwelle der Horizontalleitlinien für eine Wettbewerbsbeschränkung erreichen, überschreiten sie gleichzeitig auch die Schranken der *de minimis*-Bekanntmachung,

---

541 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/01, Rn. 194 ff.; vgl. dazu bereits S. 54.

542 Insbesondere die deutsche Literatur vertritt, dass Einkaufsvereinbarungen bereits eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, denn spiegelbildlich zur Preisfestsetzung auf Angebotsmärkten, sei auch eine Preisfestsetzung auf Nachfragemärkten ein *hardcore*-Kartell nach Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV, *Dittrich*, Horizontale Rationalisierungskooperationen kleinerer und mittlerer Unternehmen, 2009, S. 284; Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 101 Abs. 1, Rn. 235. Die EU-Kommission erkennt Einkaufsvereinbarungen nicht *per se* als wettbewerbsschädigend an, sondern verlangt eine Wirkungsanalyse im Einzelfall, vgl. EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/01, Rn. 205 f. Auch der EuGH geht nicht für jede Einkaufsvereinbarung von einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung aus, EuGH, Urteil vom 15.12.1994, Rs. C-250/92, *Gottrup-Klim*, Slg. 1994, I-5641 (Tz. 30 ff.).

543 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/01, Rn. 208.

544 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 208.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die niedriger liegen.[545] Eine Einkaufsvereinbarung, die eine Wettbewerbsbeschränkung enthält und spürbar wirkt, wird auch den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen, denn dieser würde sich ohne die Einkaufsvereinbarung anders entwickeln.[546] Nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ist eine Rechtfertigung möglich, wenn die Kooperation wirtschaftlich nützlich und unerlässlich ist, die Verbraucher angemessen an den Effizienzgewinnen beteiligt werden und der Wettbewerb nicht ausgeschaltet wird.

Es gibt Stimmen im juristischen Schrifttum, nach denen die Verbraucher angemessen an den Effizienzgewinnen beteiligt werden, wenn auf den Verkaufsmärkten intensiver Wettbewerb herrscht.[547] Das mag im Modell der Verhandlungsmacht zutreffen. Das Monopsonmodell zeigt aber, dass unabhängig von Wettbewerb auf nachgelagerten Märkten bereits die Beschränkung des Beschaffungsmarktes zu allokativen Ineffizienzen führt. Die Grenzkosten, die den Preis auf dem Verkaufsmarkt bestimmen, liegen für den Monopsonisten höher als für andere im Wettbewerb stehende Nachfrager. Auf nachgelagerten Märkten ist daher nicht mit Preissenkungen zu rechnen.

Im deutschen Recht finden sich seit der 7. GWB-Novelle keine Sondervorschriften mehr für Einkaufsvereinbarungen. Im Zuge der Harmonisierung und Angleichung an das Unionsrecht sind zahlreiche Sondertatbestände aufgehoben worden. Einzig § 3 GWB (Mittelstandskartelle) spielt für Freistellungszwecke noch eine Rolle, soweit die Zwischenstaatlichkeitsklausel nicht gegeben ist. Gleichwohl ging der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle davon aus, dass Einkaufsvereinbarungen in der Regel spürbare Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten hätten

---

545 *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793, 805; Wiedemann/*Schroeder*, Kartellrecht, 2008, § 8, Rn. 93 f.; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 2: Europäisches Kartellrecht, 2006, Rn. 1051.

546 EU-Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages, ABl. 2004 Nr. C 101/81, Rn. 85; *Ruppelt*, Einkaufskooperationen im Europäischen und Deutschen Kartellrecht, 2009, S. 69 f.; Begründung zum Regierungsentwurf der 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640 vom 12.08.2004, S. 26 f.

547 *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793, 806 mit dem Hinweis, dass bei einem betriebswirtschaftlich rationalen Verhalten grundsätzlich die Nachfrager die Einkaufsvorteile weitergeben werden, um ihre Position auf den Verkaufsmärkten zu stärken. So für den Lebensmitteleinzelhandel auch Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2005/2006, BT-Drucks. 16/5710 vom 15.06.2007, S. 137.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und somit ohnehin den Wertungen des Unionsrechts unterlägen.[548] Einkaufsgemeinschaften seien in der Regel über große regionale Räume hin tätig und würden daher grenzüberschreitend wirken. Insoweit seien dann im deutschen Recht die Wertungen der Horizontalleitlinien der Kommission maßgeblich. Auch außerhalb des Anwendungsbereiches von Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003 beabsichtigt das Bundeskartellamt, den Schwellenwerten der Leitlinien zu folgen, selbst wenn es rechtlich nicht daran gebunden ist.[549]

Das Bundeskartellamt beurteilt die Auswirkungen von Nachfragekartellen auf den Wettbewerb kritischer als die EU-Kommission.[550] Es widerspricht ihr, soweit sie die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen von Einkaufskooperationen anhand der Auswirkungen auf dem Absatzmarkt misst, statt isoliert auf den Beschaffungsmarkt zu blicken.[551] Die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen von Einkaufskooperationen gegenüber Lieferanten bleiben von effizienzsteigernden Verhaltensweisen zu Gunsten von Konsumenten zunächst unberührt. Das Bundeskartellamt folgt der Kommission im Ergebnis, da es bis zu einem gemeinsamen Marktanteil der Unternehmen von 15 % eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV oder § 2 GWB annimmt.[552] Mit diesen Aussagen gliedert das Bundeskartellamt die Anwendung des Unionsrechts in den nationalen Tatbestand ein. Gleichzeitig äußert es aber, dass es dem kartellrechtlichen Schutzzweck, die Verbraucherwohlfahrt zu fördern, nicht uneingeschränkt folge, sondern weiter an der Freiheit zum wettbewerblichen Handeln festhalte.[553]

548 Begründung des Regierungsentwurfes zur 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640 vom 12.08.2004, S. 26 f.

549 Bundeskartellamt, Merkblatt über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen, 2007, Rn. 38; *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793, 796; *Wecker*, Marktbeherrschung, gemeinsamer Einkauf und vertikale Beschränkungen als kartellrechtliche Probleme im deutschen Einzelhandel, 2010, S. 106.

550 Zur früheren Praxis einer Freistellung nach § 4 GWB a. F.; vgl. Langen/Bunte/*Braun*, Deutsches Kartellrecht, 2014, Nach § 2, Rn. 151 ff.

551 Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 10.

552 Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 10; Bundeskartellamt, Merkblatt über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen, 2007, Rn. 38; Bundeskartellamt, Bagatellbekanntmachung, 2007, Rn. 14.

553 Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 10.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Oben wurde bereits anhand einzelner Fallgruppen gezeigt, inwiefern die Horizontalleitlinien einen asymmetrischen Schutz des Lieferanten begründen.[554] Nun werden sie einer ökonomischen Analyse unterzogen. Folgende Punkte haben sich oben als problematisch erwiesen:

(1) Beurteilung von Einkaufskooperationen nach der Stellung der Parteien auf den Verkaufsmärkten

Die Horizontalleitlinien beurteilen die wettbewerbsbeschränkende Wirkung von Einkaufskooperationen nach der Stellung der Parteien auf den Verkaufsmärkten.

Die Kommission meint,[555]

> im Allgemeinen ist es […] weniger wahrscheinlich, dass gemeinsame Einkaufsregelungen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben, wenn die Parteien auf den Verkaufsmärkten nicht über Marktmacht verfügen.

Gerade das Monopsonmodell zeigt jedoch, dass Beschaffungs- und Angebotsmärkte nicht kombiniert betrachtet werden dürfen, sondern auch isoliert auf einem einzelnen Beschaffungsmarkt wettbewerbsbeschränkende Wirkungen eintreten können. Für die Kommission ist das maßgebliche Argument, welches dafür streitet, Einkaufskooperationen grundsätzlich positiv zu bewerten, dass die erzielten niedrigeren Einkaufspreise an die Verbraucher weitergegeben werden.[556] Es hat sich in der allgemeinen Darstellung des Monopsonmodells bereits gezeigt, dass ein Monopsonist (und damit auch das Nachfragekartell) keinesfalls auf einem nachgelagerten Verkaufsmarkt zu geringeren Preisen anbieten wird; der Grund liegt darin, dass sich der Verkaufspreis nach den Grenzkosten richtet. Die Grenzkosten des Monopsonisten, der mit der Beschaffungsmenge unmittelbar den Einkaufspreis beeinflusst, liegen aber höher als bei preisnehmenden Nachfragern. Allerdings kann es nach dem Modell der Verhandlungsmacht (größere Beschaffungsmenge, niedrigerer Preis) durchaus dazu kommen, dass unter bestimmten Voraussetzungen Nachfrager, die auf dem Ver-

554 Vgl. dazu S. 54.

555 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 204.

556 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 201.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kaufsmarkt funktionierendem Wettbewerb ausgesetzt sind, ihre Einkaufsvorteile auf einem nachgelagerten Markt weitergeben.[557]

Die Kommission gibt nicht klar an, welchem ökonomischen Modell sie folgt.[558] So verbleiben generell angesichts der Horizontalleitlinien Zweifel, ob diese überhaupt der Umsetzung des *more economic approach* dienen.[559] Ein klarstellender Hinweis dazu fehlt, auch wenn sie immer wieder in den einzelnen Kooperationsformen auf notwendige Effizienzgewinne eingehen. Im Rahmen der Einkaufsvereinbarungen scheint die Kommission dem Monopsonmodell zu folgen:[560]

> Verfügen die Parteien über einen erheblichen Grad an Marktmacht auf dem Einkaufsmarkt (Nachfragemacht), so besteht die Gefahr, dass sie die Anbieter zwingen, die Palette oder die Qualität der angebotenen Produkte zu verringern […].

Hier geht die Kommission davon aus, dass der Monopsonist die Beschaffungsmenge reduziere und damit den Preis senke. Allerdings wird im Monopsonmodell dann der Preis auf dem nachgelagerten Angebotsmarkt keinesfalls sinken. Die Kommission meint, der Monopsonist könne die steigenden Grenzkosten durch Größenvorteile in der Beschaffung ausgleichen, da vor allem seine Transaktionskosten sänken.[561] Diese Schlussfolgerung übersieht aber, dass die Preisbildung auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt nur von den Grenzkosten allein abhängt. Wenn der tatsächliche Beschaffungspreis sinkt und auch die Transaktionskosten sinken, führt dies zunächst nur zu niedrigeren Durchschnittskosten des Monopsonisten. Die geringeren Durchschnittskosten verbleiben aber als zusätzlicher Gewinn bei ihm.[562] Herrscht auf dem nachgelagerten Markt Wettbewerb, wird sich der Verkaufspreis nach dem Wettbewerbsniveau richten. Ist der Monopsonist auf dem nachgelagerten Markt angebotsmächtig, wird dort der Preis eher steigen.

---

557 Vgl. dazu S. 194.

558 Kritisch auch *Mand/Malkus*, Stellungnahme zur kartellrechtlichen Bewertung von Einkaufskooperationen durch die Horizontalleitlinien der Kommission, 2010, S. 6 f.

559 Liebscher/Flohr/Petsche/*Flohr/Schulz*, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, 2012, § 15, Rn. 53.

560 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 202.

561 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 257.

562 *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 46 f.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(2) Höhere Hürden für eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Einkauf als im Verkauf[563]

Hinsichtlich dieses Punktes lässt sich ökonomisch nicht kritisieren, dass die Festsetzung von Einkaufspreisen nicht *per se* eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung sei, sondern nur wenn sich Lieferant und Einkaufskooperation nicht im Wege eines Liefervertrages über den Einkaufspreis einigten.[564] Gleichwohl ist darauf aufmerksam zu machen, dass die Kommission mit ihrer strengen Linie der *per se*-Kartellrechtswidrigkeit von Preisabsprachen der Anbieter und ihrem milderen auswirkungsbezogenen Ansatz bei solchen der Nachfrager, Wettbewerbsbeschränkungen von Anbietern und Nachfragern unterschiedlich behandelt.[565] Zudem lässt sie jede Erklärung oder Erläuterung dieser Ungleichbehandlung vermissen.

Aus ökonomischer Sicht besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass ein Kartell zwischen Nachfragern weniger gefährlich und wettbewerbsbeschränkend ist als ein Kartell unter Anbietern. Die Wirkungen des Monopols auf die Nachfrageseite entsprechen spiegelbildlich den Wirkungen des Monopsons auf die Anbieter. Der Grund, Angebots- und Beschaffungsmärkte asymmetrisch zu schützen, kann also nicht ökonomischer Natur sein, sondern muss sich aus einer politischen Wertung ergeben. Zumindest soweit die Kommission dem Monopsonmodell folgt – das den Horizontalleitlinien anscheinend zugrunde liegt – ist es mit ökonomischen Argumenten nicht zu erklären, dass sie ihre Wettbewerbspolitik auf die Konsumentenwohlfahrt fokussiert.

Unter dem Modell der Verhandlungsmacht können zwar durchaus Einkaufsvorteile an die Konsumenten weitergereicht werden. Doch bleibt dann immer noch die Gefahr, stabile Nachfragekartelle langfristig zu fördern. Wie oben gezeigt, besteht nach dem Modell der Verhandlungsmacht kein ökonomischer Anreiz, ein Nachfragekartell zu hintergehen oder aus

563 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 205 f.; vgl. zu diesen Asymmetrien bereits S. 55.

564 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 206.

565 Vgl. auch die Kritik bei *Ezrachi*, 8 Journal of Competition Law and Economics 47, 60 ff. (2012).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ihm auszusteigen.[566] Das Nachfragekartell wird eher stabiler als ein Angebotskartell bestehen. Es besteht daher kein Anlass, es milder zu beurteilen.

(3) 15 %-Schwelle des Marktanteils für wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen

Erst ab einem gemeinsamen Marktanteil der Parteien von mehr als 15 % sowohl auf dem Einkaufs- als auch auf den Verkaufsmärkten ist es wahrscheinlich, dass eine Einkaufsvereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat.[567]

Auch mit diesem Kriterium nimmt die Kommission Einkaufs- und Verkaufsmärkte gemeinsam in den Blick, um ein Nachfragekartell zu beurteilen. Unabhängig davon, ob 15 % eine zutreffende Schwelle ist oder nicht, sollte dann doch ein Marktanteil von 15 % auf dem Beschaffungsmarkt genügen. Einige Randnummern vorher in den Horizontalleitlinien stellt die Kommission klar, dass sich Beschaffungsmärkte spiegelbildlich zu Angebotsmärkten abgrenzen: maßgeblich sei die Substituierbarkeit aus Sicht des Angebots. Es komme, mit anderen Worten, auf die Alternativen der Anbieter an.[568] Den relevanten Beschaffungsmarkt ermittelt die Kommission also isoliert aus Sicht der Anbieter. Die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen müssen nun aber nicht nur auf dem relevanten Markt eintreten, sondern auch auf einem nachgelagerten, davon oftmals völlig unabhängigen Markt.

Die Kommission erkennt durchaus die Möglichkeit, dass ein Nachfrager nur auf dem Beschaffungsmarkt mächtig ist, nicht aber auf einem Verkaufsmarkt. Jedoch finden sich zu dieser Fallkonstellation keine offiziellen Äußerungen oder Stellungnahmen. Sie erwähnt in einem Beitrag zu einem OECD-Forum als Beispiel die Fusion von *Sovion* und *Südfleisch*.[569] Es stellte sich in der Entscheidung die Frage, ob diese beiden Unternehmen der Fleischbranche, die auch Schlachthäuser betrieben, durch den Zu-

---

566 Vgl. zum unterschiedlichen Wirken von Anbieter- und Nachfragerkartell S. 60.

567 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 208; vgl. zu diesen Asymmetrien bereits S. 59.

568 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 198.

569 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 256 f.; EU-Kommission, Entscheidung vom 21.12.2005, Fall M. 3968 – *Sovion/Südfleisch*.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sammenschluss Nachfragemacht gegenüber den Schlachtvieh liefernden Bauern erwerben würden. Die Kommission verneinte die Nachfragemacht von *Sovion/Südfleisch*, da ausreichende Alternativkapazitäten für Schlachtvieh, vor allem im benachbarten Österreich zur Verfügung standen. Die Erläuterung der Kommission in diesem OECD-Beitrag beschränkt sich darauf, dieses Beispiel zu schildern. Weitere abstrakte Äußerungen, die grundsätzlich erkennen lassen, wie die Kommission mit Einkaufskooperationen auf engen Beschaffungsmärkten und weiten Absatzmärkten umgeht, sind nicht ersichtlich. In einer solchen Marktsituation ist es aber möglich, dass die Parteien auf dem Absatzmarkt deutlich weniger als 15 % Marktanteil halten, auf dem Beschaffungsmarkt deutlich mehr. Dann passt auch die Überlegung der Kommission, Nachfragemacht entsprechend des Marktanteils auf den nachgelagerten Verkaufsmärkten abzuleiten, nicht mehr. So formuliert sie in demselben Beitrag zum OECD-Forum über Nachfragemacht:[570]

> Where an undertaking has a large share of a downstream market, it can be expected to be taking a corresponding share of upstream supply.

Die kritischen Fälle sind jedoch gerade die, dass das Unternehmen auf dem Beschaffungsmarkt nachfragemächtig ist, aber nicht unbedingt auf dem Absatzmarkt. Diese beschaffungsmarktbeschränkende Konstellation scheint offensichtlich durch das konsumentenorientierte Raster der Kommission zu fallen. In den Horizontalleitlinien jedenfalls sieht sie vor, dass ein solcher Fall nicht automatisch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen habe, sondern die Einkaufsregelung anhand ihrer Auswirkungen auf den Markt im Einzelfall geprüft werden müsse.[571] Eine deutlichere Stellungnahme zu Gunsten unbeschränkter Beschaffungsmärkte wäre ökonomisch notwendig und wettbewerbspolitisch wünschenswert.

Würde die Kommission nun konsequent Nachfragemacht spiegelbildlich zur Angebotsmacht behandeln, dann läge der relevante Marktanteil

---

570 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 256; vgl. die Übersetzung des Autors:

> Wenn ein Unternehmen einen großen Marktanteil auf einem nachgelagerten Markt hat, kann erwartet werden, dass es einen entsprechenden Anteil auf dem vorgelagerten Markt innehat.

571 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 209.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

für Nachfragemacht je nach Vereinbarung bei 20 % (Produktionsvereinbarung), 15 % (Vermarktungsvereinbarung) oder 10 % (Informationsvereinbarung mit Verweis auf die *de minimis*-Bekanntmachung).[572] Ein einfaches Spiegeln der Marktanteilsschwelle von Angebots- auf Nachfragemärkte ist nicht unbedingt sinnvoll. Sowohl eine höhere als auch eine niedrigere Schwelle für Nachfragemärkte lassen sich begründen:

Bei Einführung der Schwelle für Angebotsmacht ging man von den Anbietern gegenüberstehenden Letztverbrauchermärkten aus, also einer atomistisch geprägten Abnehmerschar.[573] Es mag zwar auch auf manchen Angebotsmärkten eine atomistisch geprägte Lieferantenstruktur geben, charakteristisch ist das aber nicht. Vielmehr sind auch klassische, unter Nachfragemacht leidende Märkte, wie die Lebensmittelindustrie oder die Automobil-Zulieferbranche, zum Teil von bedeutenden und marktstarken Lieferanten gekennzeichnet.[574] Mit dieser Überlegung müsste die Schwelle, ab der Nachfrager marktbeherrschend sind, eher höher liegen, weil zu einem gewissen Grade die Nachfragemacht von der ebenfalls konzentrierten Angebotsseite ausgeglichen würde.[575]

In Richtung einer höheren Schwelle von 25 % argumentiert auch ein ökonomisches Diskussionspapier des britischen Office of Fair Trading.[576] Die Autoren beziehen sich auf Erwägungsgrund Nr. 32 der FKVO. Demnach bestehe ein Indiz, dass eine Fusion den Wettbewerb nicht behindere, wenn der Marktanteil der beteiligten Parteien 25 % nicht überschreite. Eine Einkaufskooperation könne nun den Wettbewerb nicht stärker beschränken als eine Fusion, so ihr Argument.

---

572 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 Nr. C 11/1, Rn. 169, 240, 88; EU-Kommission, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 81 Abs. 1 EGV nicht spürbar beschränken (*de minimis*), ABl. 2001 Nr. C 368/13, Rn. 7.

573 *Kerber*, Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht, 1989, S. 345.

574 In der Lebensmittelbranche beispielsweise die *must-stock*-Produkte von *Nestle* und *Coca-Cola*. Im Zuliefergeschäft beispielsweise die wenigen Hersteller von Stahl-Cabriodächern; vgl. dazu Bundeskartellamt, Beschluss vom 22.12.2009, Az. B9-84/09 – *Webasto/Edscha* und Bundeskartellamt, Beschluss vom 21.05.2010, Az. B9-13/10 – *Magna/Karmann*.

575 Mit diesem Argument *Kerber*, Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht, 1989, S. 345, der jedoch generell Zweifel daran hegt, dass sich Nachfragemacht an Marktanteilen messen lässt.

576 *Majumdar/Neubecker/Akgun/Baldauf*, The competition effects of buyer groups, 2007, S. 27.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gleichwohl gehen die Überlegungen eher in die andere Richtung, dass Nachfragemacht schon ab einer deutlich niedrigeren Schwelle wettbewerbsbeschränkende Wirkungen entfalten könne.[577] Strukturell arbeiten die Lieferanten spezialisierter als ihre Abnehmer. Damit ist ihr Bestand schon gefährdet, wenn nur ein vergleichsweise kleiner Teil der Nachfrage wegfällt. Sie können meist nicht ohne größeren Aufwand auf andere Nachfrager ausweichen oder Absatzeinbrüche mit anderen Produktionssparten ausgleichen.

Abschließend ist also festzuhalten, dass Einkaufskooperationen, so positiv der Begriff klingen mag, dem Monopsonmodell zufolge die Konsumenten- wie auch Gesamtwohlfahrt negativ beeinträchtigen.

6. Nachfragemächtiges Unternehmen und Kritik an der FENIN-Rechtsprechung

Ein reines Monopson, d. h. nur ein einziger Nachfrager, kommt in der Realität selten vor. Häufiger sind dagegen Märkte, auf denen mehrere Nachfrager konkurrieren, von denen einer oder mehrere nachfragemächtig sind.

a) Ökonomische Auswirkungen eines nachfragemächtigen Unternehmens

Auch auf diese Marktsituation ist das Monopsonmodell anwendbar. Die ökonomischen Wirkungen des nachfragemächtigen Unternehmens, das noch weitere Nachfrager neben sich hat, entsprechen denen des Monopsons. Voraussetzung ist nur, dass der Nachfrager in der Lage ist, den Marktpreis eines Guts zu beeinflussen.[578] Er ist dann also kein Preisnehmer.

Dem monopsonmächtigen Nachfrager wird es gelingen, den Preis unter die Angebots-/Grenzkostenkurve der Anbieter zu drücken, indem er seine Beschaffungsmenge reduziert. Wie hoch der Preisabschlag im Einzelnen sein wird, hängt von der Elastizität des Angebots ab und damit vom Grad der Monopsonmacht.

---

577 *Foer*, 39 Conn. L. Rev. 1307, 1313 (2007); *Dobson*, 72 Antitrust L. J. 529, 535 (2005); Monopolkommission, Sondergutachten 1977, Rn. 200.

578 *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 2009, S. 485, 489 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Kritik an FENIN-Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff

Rechtlich misst sich das Verhalten nachfragemächtiger Unternehmen am Missbrauch einer nachfragebeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV/§§ 18 ff. GWB. In Deutschland wie in Europa verbietet das Kartellrecht nur Unternehmen den Missbrauch einer nachfragebeherrschenden Stellung. Der Unternehmensbegriff eröffnet den personellen Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts.

Bereits in den Fallgruppen der asymmetrischen Marktbeurteilung ging die Arbeit auf den Unternehmensbegriff im Lichte der *FENIN*-Rechtsprechung des EuGH ein.[579] Dort befasste sie sich mehr mit den Folgen der europäischen Rechtsprechung auf den deutschen Unternehmensbegriff. An dieser Stelle setzt sie sich nun inhaltlich mit der *FENIN*-Rechtsprechung auseinander, insbesondere aus ökonomischer Sicht. Schließlich bezog sich der Generalanwalt, als er öffentliche Nachfrager, die Güter nicht wirtschaftlich weitervertreiben, aus dem Unternehmensbegriff ausklammerte, überwiegend auf ökonomische Argumente.[580]

Knapp zusammengefasst sagt *FENIN* Folgendes aus:

Die Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand erfolge nur dann unternehmerisch, wenn auch die Verwendung der nachgefragten Produkte einer wirtschaftlichen und nicht einer hoheitlichen Tätigkeit zugeordnet werden könne.[581] Eine wirtschaftliche Tätigkeit liege erst dann vor, wenn die Güter und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten würden. Eine unternehmerische Nachfragetätigkeit hänge demnach akzessorisch mit dem Anbieten von Waren oder Dienstleistungen zusammen.

Der EuGH schloss sich im Urteil dem Vortrag der Kommission an, die meinte, gerade das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen sei kennzeichnend für eine wirtschaftliche Tätigkeit und somit für ein Unternehmen.[582] Deswegen sei der Einkauf nicht von der Verwendung der Güter zu trennen. Der EuGH bestätigte diese Ansicht, indem er ausführte, der wirtschaftliche oder nicht wirtschaftliche Charakter der Verwendung bestim-

579 Vgl. zum Unternehmensbegriff bereits S. 28.
580 GA *Maduro*, Schlussanträge vom 10.11.2005, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 64, 66).
581 EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 25).
582 EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 24).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

me zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit.[583] Das Gericht lieferte keine nähere Begründung, sondern verwies für das die wirtschaftliche Tätigkeit bestimmende Anbieten von Waren auf die eigene Rechtsprechung.[584] Doch auch in den beiden Urteilen, auf die der EuGH verwies, findet sich keine nähere Begründung, davon abgesehen, dass die Urteile jeweils vom „Anbieten" durch öffentliche Unternehmen sprechen. Eine Nachfragetätigkeit war angesichts der gegebenen Sachverhalte nicht einschlägig, so dass sich die Urteile im jeweiligen Einzelfall auf das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen beschränken konnten.[585]

Generalanwalt *Maduro* bot in seinen Schlussanträgen zwei Argumente, warum das Anbieten die wirtschaftliche Tätigkeit und damit die Unternehmenseigenschaft bestimmen sollte, und zwar auch für die Nachfragetätigkeit:[586]

1. Die einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit dienenden Einkäufe seien mit der Endnachfrage der Verbraucher vergleichbar und daher dem Wettbewerbsrecht entzogen.
2. Das Ergebnis, dass ein Einkauf, um eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit zu erfüllen, dem Wettbewerbsrecht entzogen sei, stehe in Einklang mit der wirtschaftlichen Theorie, dass ein Nachfragemonopol den Wettbewerb kaum gefährde.

(1) Vergleich staatlicher Nachfrage mit dem Einkaufsverhalten der Endverbraucher

Dieser Vergleich der staatlichen Nachfrage mit dem Einkaufsverhalten der Endverbraucher ist in zwei Gesichtspunkte zu zerlegen: Das einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit dienende Einkaufsverhalten sei der Endnachfra-

583 EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 26).

584 EuGH, Urteil vom 18.06.1998, Rs. C-35/96, *Kommission/Italien*, Slg. 1998, I-3851 (Tz. 36). Dieses Urteil verweist weiter auf EuGH, Urteil vom 16.06.1987, Rs. C-118/85, *Kommission/Italien*, Slg. 1987, 2599 (Tz. 7).

585 Angebot von Dienstleistungen, Zollformalitäten bei der Ein- und Ausfuhr zu erledigen, vgl. EuGH, Urteil vom 18.06.1998, Rs. C-35/96, *Kommission/Italien*, Slg. 1998, I-3851 und Angebot von Gütern und Dienstleistungen im Bereich von Tabakwaren, vgl. EuGH, Urteil vom 16.06.1987, Rs. C-118/85, *Kommission/Italien*, Slg. 1987, 2599 (Tz. 7).

586 GA *Maduro*, Schlussanträge vom 10.11.2005, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 64, 66).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ge der Verbraucher vergleichbar und das Einkaufsverhalten der Endverbraucher sei dem Wettbewerbsrecht entzogen.

Die Arbeit geht zunächst auf letzteren Gesichtspunkt ein:

> *Warum ist das Nachfrageverhalten der Endverbraucher dem Kartellrecht entzogen?*

Zum einen, heißt es, als Privatperson den eigenen Lebensbedarf zu decken, sei keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Wettbewerbsregeln. Die Teilnahme am Marktgeschehen diene dann allein dem privaten Verbrauch.[587] Zum anderen gingen von privater Nachfrage ohnehin keine relevanten Wettbewerbsbeschränkungen aus.[588]

Im Ergebnis ist dieser allgemeinen Meinung zuzustimmen, dass die Endnachfrage der Verbraucher dem Wettbewerbsrecht entzogen sei. Doch sind beide Argumente zweifelhaft.

Die Nachfrage privater Endverbraucher kann nur dann am Kartellrecht gemessen werden, wenn private Endverbraucher Unternehmen im Sinne des Kartellrechts sind. Ein Unternehmen im wettbewerbsrechtlichen Sinne ist jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.[589] Auch natürliche Personen, wie Kaufleute oder Freiberufler, können also Unternehmen sein.

Fraglich ist also allein, ob ein privater Endverbraucher eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Der EuGH definiert in ständiger Rechtsprechung die wirtschaftliche Tätigkeit als

> eine Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt *anzubieten*.[590]

---

587 Allg. M., beispielsweise von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Schröter*, Europäisches Unionsrecht, 2015, Vorbem. zu Art. 101 bis 105 AEUV, Rn. 71; Langen/Bunte/*Hengst*, Europäisches Kartellrecht, 2014, Art. 101, Rn. 15; *Roth*, in: FS *Bechtold*, 2006, S. 393, 403.

588 Langen/Bunte/*Hengst*, Europäisches Kartellrecht, 2014, Art. 101, Rn. 14; Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Kartellrecht, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 43; *Roth*, in: FS *Bechtold*, 2006, S. 393, 403; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, § 9, Rn. 41.

589 EuGH, Urteil vom 16.03.2004, Rs. C-264/01, *AOK Bundesverband*, Slg. 2004, I-2493 (Tz. 46); EuGH, Urteil vom 23.04.1991, Rs. C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg. 1991, I-1979 (Tz. 21); EuGH, Urteil vom 22.01.2002, Rs. C-218/00, *Cisal*, Slg. 2002, I-691 (Tz. 22).

590 EuGH, Urteil vom 12.09.2000, Rs. C-180/98, *Pavlov*, Slg. 2000, I-6451 (Tz. 75); EuGH, Urteil vom 25.10.2001, Rs. C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg. 2001,

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dies ist eben auch das Argument, warum in *FENIN* die Nachfrage allein keine wirtschaftliche Tätigkeit begründen kann, sondern stets ein akzessorisch wirtschaftliches Anbieten nötig ist. Der EuGH-Rechtsprechung zufolge ist es also konsequent, dass auch die Nachfrage privater Endverbraucher keine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt. Aber eben nicht, weil die Nachfrage privat erfolgt, sondern weil Nachfrage an sich schon keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der EuGH-Definition begründet. Es ist also inkonsequent, einerseits die Akzessorietät von Angebot und Nachfrage in der *FENIN*-Rechtsprechung für falsch zu halten, und gleichzeitig an der EuGH-Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit keine Kritik zu üben. Schließlich ist diese Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit Grundlage des *FENIN*-Unternehmensbegriffs.

Diese Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit ist jedoch zu eng. Schon aus dem Wortlaut in Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV und Art. 102 S. 2 lit. a AEUV sowie dem Ziel der europäischen Wettbewerbsregeln geht hervor, dass das Kartellrecht den Angebots- und ebenso den Nachfragewettbewerb schützt.[591] Dieser gleichwertige Schutz lässt sich aber nur verwirklichen, wenn Anbieter und Nachfrager als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts handeln. Dazu müssten Angebot und Nachfrage unabhängig voneinander unter den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit subsumierbar sein. Nur dann sind Lieferanten auf Beschaffungsmärkten vor Wettbewerbsbeschränkungen der Nachfrager, die nicht akzessorisch auch Anbieter sind, geschützt. Der EuGH hat in *British Airways* selbst das Schutzkonzept der funktionierenden Wettbewerbsprozesse bestätigt, als er auf die geschützte Struktur des Wettbewerbs hinwies.[592] Dieses lässt sich aber nur umsetzen, wenn auch eine wirtschaftliche Tätigkeit alleine in der Nachfrage liegen kann.

I-8089 (Tz. 19) und ausdrücklich bestätigt in EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 25).

591 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 106); EuGH, Urteil vom 12.09.2000, Rs. C-180/98, *Pavlov*, Slg. 2000, I-6451 (Tz. 79-82); EuGH, Urteil vom 28.03.1985, Rs. C-298/83, *CICCE*, Slg. 1985, 1105 (Tz. 21 ff.); zu den Zielen der europäischen Wettbewerbsregeln, insbesondere dem Erhalt des unverfälschten Wettbewerbs, vgl. *Drexl*, in: *von Bogdandy/Bast* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, S. 905, 908 ff.; vgl. zum Schutz des Nachfragewettbewerbs S. 218.

592 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 106).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Überzeugender ist eine andere Begründung, warum die private Nachfrage nicht von kartellrechtlichen Normen erfasst ist. Worin liegt der Schutzzweck der kartellrechtlichen Normen? Sie sollen, wie ex-Art. 3 lit. g EGV zeigt, die Märkte offenhalten und den Wettbewerbsprozess schützen. Letztlich bringt das Kartellrecht die kollidierenden grundrechtlichen wettbewerblichen Freiheitspositionen in Ausgleich. Die privaten Nachfrager sind aber nicht Träger der Wettbewerbsfreiheit. Die Wettbewerbsfreiheit findet ihre Grundlage in Art. 12 i.V.m. 2 Abs. 1 GG. Sie erfasst aber eben nur die berufliche und gewerbliche Tätigkeit, nicht das private Handeln. Das Handeln der privaten Endverbraucher ist hingegen von Art. 2 Abs. 1 GG, der Allgemeinen Handlungsfreiheit, geschützt. Die kartellrechtlichen Verbotstatbestände stellen keine Schranke für Privatpersonen dar und können ihr potentiell wettbewerbsbeschränkendes Verhalten nicht beschränken.

Das in der Literatur vorgetragene Argument, die Wettbewerbsregeln dienten dem Schutz der Endverbraucher und daher seien die Regeln auf sie nicht anwendbar, ist verkürzt.[593] Zwar ist der Schutzzweck der kartellrechtlichen Normen keineswegs gesichert. Doch selbst wenn die Wettbewerbsregeln dem Schutz der Endverbraucher dienen, verhindert dies nicht, dass sie auf Wettbewerbsbeschränkungen durch Endverbraucher nicht anwendbar sind. Vielmehr kann es der Schutzzweck gerade gebieten, gegen wettbewerbsbeschränkendes Verhalten einzelner Verbraucher einzuschreiten. Die Verbraucher sind keine homogene Gruppe. Ihre Freiheitspositionen wären untereinander in Ausgleich zu bringen. Nur sind die Freiheitspositionen der Endverbraucher eben nicht durch die Wettbewerbsfreiheit geschützt. Allein aus diesem Grund findet das Kartellrecht auf sie keine Anwendung. Im Lauterkeitsrecht, das in § 1 S. 1 UWG seinen Schutzzweck ausdrücklich bestimmt – Schutz der Mitbewerber, Verbraucher und der sonstigen Marktteilnehmer – käme wohl niemand auf die Idee, dass das Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen (§ 3 UWG) nicht auf konkurrierende Unternehmen anwendbar wäre, nur weil sie vom Schutzzweck der Norm erfasst sind.

Schließlich unterstützt auch das in der Literatur nicht erwähnte Wortlautargument die Position, dass ein „Unternehmen“ nur ein geschäftliches

593 Mit diesem Argument Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Kartellrecht, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 43; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 2: Europäisches Kartellrecht, 2006, Rn. 349; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, § 9, Rn. 41.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Handeln erfasst, nicht aber privates. Der allgemeine Sprachgebrauch versteht unter „Unternehmen“ einen wirtschaftlichen Betrieb und keinen privaten Konsum.

> *Warum hat der EuGH seine Definition einer wirtschaftlichen Tätigkeit nur auf das Anbieten beschränkt?*

In der Regel wird die Definition des EuGH ausreichen, denn abgesehen von der (inzwischen mehrfach bestätigten) *FENIN*-Rechtsprechung gibt es keine relevanten Fälle auf europäischer Ebene, in denen ein Nachfrager, der nicht auch akzessorisch Anbieter ist, den Nachfragewettbewerb beschränkt. Wohl will der EuGH mit dieser Definition den privaten Endverbraucher aus dem Anwendungsbereich des Kartellrechts ausschließen.[594]

Doch ist das Definitionsmerkmal des „Anbietens“ nicht geeignet, die Nachfrage privater Endverbraucher auszuschließen, ohne gleichzeitig nicht auch zuzulassen, dass isoliert nachfragende Unternehmen den Wettbewerb auf Beschaffungsmärkten beschränken. Geeigneter wäre eine Definition der *wirtschaftlichen Tätigkeit* als

> eine Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen mit der Marktgegenseite auszutauschen, ohne dabei privater Endverbraucher zu sein.

Diese um das negative Tatbestandsmerkmal des privaten Endverbrauchers erweiterte Definition beschränkt sich nicht nur auf das Anbieten, sondern auf jeden Austausch.

Eine vergleichbare Wirkung hätte es, die „wirtschaftliche Tätigkeit“ durch eine „gewerbliche oder selbständig berufliche Tätigkeit“ zu ersetzen. Auf diese Weise wäre eine private Nachfrage ebenso ausgeschlossen wie auch das Handeln von Arbeitnehmern. Doch zum einen würde die „gewerbliche oder selbständig berufliche Tätigkeit“ wieder auf die Angebotsseite abstellen und eine isolierte nicht akzessorische Nachfrage zumindest begrifflich nicht erfassen. Zum anderen setzt die gewerbliche Tätigkeit eine Gewinnerzielungsabsicht voraus. Diese ist aber gerade für ein unternehmerisches Handeln keine zwingende Voraussetzung. Auch gemeinnützige Institutionen, die sozial oder ideell handeln, können dennoch unternehmerisch nachfragen.[595] Die von Privatpersonen gegründete Einkaufsgemeinschaft übt hingegen eine wirtschaftliche Tätigkeit aus, da sie

---

594 *Roth*, in: FS *Bechtold*, 2006, S. 393, 397 f.

595 von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Klotz*, Europäisches Unionsrecht, 2015, Art. 106 AEUV, Rn. 18; MüKo/*Herrmann*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 960 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht privater Endverbraucher ist, sondern mit Gewinnerzielungsabsicht gewerblich handelt.[596]

Eine andere Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit, auf die *Roth* hinweist, reicht hingegen nicht aus, die private Endnachfrage auszuschließen. Demnach bedeute eine wirtschaftliche Tätigkeit alleine eine entgeltliche und marktbezogene Tätigkeit.[597] Die private Nachfrage der Endverbraucher erfolgt entgeltlich, weil sie in der Regel für die Leistung bezahlen, d. h. eine Gegenleistung erbringen. Auch ist die Nachfrage marktbezogen, da sich im Wege von Angebot und Nachfrage eine Einigung unter Marktbedingungen findet. Ebenso wie Unternehmen um die Marktgegenseite und um die besten Geschäftsbedingungen im Wettbewerb stehen, versuchen Verbraucher, eine möglichst große Menge zu einem niedrigen Preis zu erwerben; zumindest der modelltypische Verbraucher. Auch zeigt sich die Marktbezogenheit privater Nachfrage beim Erwerb knapper Güter. Ebenso wie andere unternehmerische Marktakteure versuchen die Verbraucher, den Wettkampf um knappe Angebote für sich zu entscheiden. Also ist festzuhalten, dass die private Endnachfrage nach dieser Definition (entgeltlich und marktbezogen) sehr wohl eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt.[598]

---

596 von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Schröter*, Europäisches Unionsrecht, 2015, Vorbem. zu den Art. 101 bis 105 AEUV, Rn. 71.

597 *Roth*, in: FS *Bechtold*, 2006, S. 393, 395 mit Hinweis auf den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit in Art. 1 des Protokolls Nr. 22 zum Vertrag über den europäischen Wirtschaftsraum. Für eine ähnliche Definition, die die wirtschaftliche Tätigkeit als marktbezogenes Verhalten versteht, s. *Stockenhuber*, Europäisches Kartellrecht, 1999, S. 6. Von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Schröter*, Europäisches Unionsrecht, 2015, Vorbem. zu den Art. 101 bis 105 AEUV, Rn. 67 meint hingegen, eine wirtschaftliche Tätigkeit müsse keinen unmittelbaren Marktbezug aufweisen. Immenga/*Mestmäcker/Schweitzer*, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 106 Abs. 1 AEUV, Rn. 9 gehen zur Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit auf einen hypothetischen Wettbewerbstest ein. Demnach sei eine Tätigkeit dann wirtschaftlich, wenn sie (hypothetisch) von einem privaten Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt werden könnte. Doch ist auch dieses hypothetische Kriterium nicht geeignet, die Nachfrage privater Endverbraucher auszuschließen. Auch private Nachfrage könnte hypothetisch im Rahmen privater Einkaufskooperationen mit Gewinnerzielungsabsicht bestritten werden.

598 *Roth*, in: FS *Bechtold*, 2006, S. 393, 403; von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Schröter*, Europäisches Unionsrecht, 2015, Vorbem. zu den Art. 101 bis 105 AEUV, Rn. 71.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Daran zeigt sich, dass die wirtschaftliche Tätigkeit nicht als Abgrenzungskriterium von privater und unternehmerischer Nachfrage dienen kann, wenn sie als Anbieten oder entgeltliches und marktbezogenes Handeln verstanden wird. Die private Endnachfrage lässt sich also nur aus dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff als negatives Tatbestandsmerkmal in der Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit ausschließen.

Einen radikalen Weg schlagen *Fikentscher*, *Hacker* und *Podszun* ein. Sie wollen im Kartellrecht auf den Unternehmensbegriff völlig verzichten und den Adressaten individualisieren.[599] Ihr Anliegen ist vor allem, das Gebaren der Finanzindustrie mit teils automatisierten jedenfalls hochfrequenzigen Entscheidungen kartellrechtlich zu erfassen. Dies kann aus ihrer Sicht nur gelingen, wenn der einzelne Handelnde für sein Verhalten verantwortlich ist. Unternehmerisches Handeln könne sich dann nicht in losen Gesellschaftsstrukturen und undurchsichtigen Anteilsverhältnissen verlieren.[600] Ein symmetrischer Schutz des Lieferanten lässt sich zwar nicht unmittelbar damit begründen, dass der Entscheidungsträger nicht zu ermitteln ist. Dennoch würde ein persönlicher Adressat – vergleichbar mit „*every person*" in Sec. 2 Sherman Act – auf den ersten Blick die definitorische Enge des Unternehmensbegriffs überwinden.

Wie oben herausgearbeitet,[601] basiert die Verengung des „Unternehmens" auf ein wirtschaftliches Anbieten auf dem Verständnis der „wirtschaftlichen Tätigkeit", die selbst nur das wirtschaftliche Anbieten erfasst. Auch ein verallgemeinerter Adressat der kartellrechtlichen Normen müsste aber wirtschaftlich, geschäftlich oder beruflich tätig sein, um die private Nachfrage auszuschließen. Damit würde dann weiterhin die enge Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit gelten. Auf den ersten Blick ist der Gedanke, auch aus Gründen eines gleichberechtigten Schutzansatzes auf den Unternehmensbegriff gänzlich zu verzichten, reizvoll. Dennoch erweitert auch dieser Ansatz nicht die definitorische Enge der wirtschaftlichen Tätigkeit.

> *Ist das einer nicht wirtschaftlichen Tätigkeit dienende Einkaufsverhalten mit der Endnachfrage der Verbraucher vergleichbar?*

In dieser Frage liegt das Argument des Generalanwalts *Maduro*, dass Unternehmen, die keine wirtschaftliche Anbietertätigkeit ausüben, keine Un-

599 *Fikentscher/Hacker/Podszun*, Fair Economy, 2013, S. 68 f.
600 *Fikentscher/Hacker/Podszun*, Fair Economy, 2013, S. 69.
601 Vgl. oben S. 166.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ternehmen im Sinne der Missbrauchskontrolle seien.[602] Dass *Maduro* von einer „nicht wirtschaftlichen Tätigkeit" spricht, während die Arbeit sich auf die „nicht wirtschaftliche Anbieter-Tätigkeit" beschränkt, liegt am oben erläuterten kritikwürdigen Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit. Der EuGH versteht unter einer wirtschaftlichen Tätigkeit nur das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem Markt, nicht aber die Nachfrage. Aus Sicht des EuGH ist diese Aussage also konsequent, da sowohl der nicht anbietende Nachfrager als auch der Endverbraucher keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.

Sachlich ergeben sich jedoch große Unterschiede zwischen dem Einkaufsverhalten von Endverbrauchern und wirtschaftlich nachfragenden Unternehmen. Offensichtlich dient die Nachfrage von Endverbrauchern dem Konsum der Güter und Dienstleistungen, während wirtschaftlich nachfragende Unternehmen die Waren im Wege ihrer hoheitlichen, sozialen oder solidarischen Aufgabenerfüllung verwenden. Sie erreichen eine Wertschöpfung, sei es im sozialen oder hoheitlichen Bereich.[603] Die Nachfrage kommt jedenfalls der Gesellschaft zugute und verschwindet nicht im Verbrauch.

Auch sind Endverbraucher typischerweise eine atomistisch kleine Schar von Einzelindividuen, die keine Marktmacht aufweisen. Anbieter haben gegenüber Endverbrauchern eine unbeschränkte Auswahl an potentiellen Abnehmern.[604] Die wirtschaftlich nachfragenden Unternehmen sind dagegen oft auf hochspezialisierten Märkten tätig, auf denen sie Monopsonmacht erworben haben, beispielsweise für medizinische Hilfsmittel, Polizei- und Feuerwehrautos oder Rüstungstechnik. Die potentielle Gefahr für Wettbewerbsbeschränkungen ist bei diesen wirtschaftlichen Nachfragern also wesentlich höher.[605] Zwar können auch private Nachfrager ein wettbewerbsrechtlich relevantes Gewicht erreichen, beispielsweise bei einem Verbraucher-Boykott oder Käuferstreik,[606] dies werden jedoch eher Ausnahmeerscheinungen bleiben.

602 GA *Maduro*, Schlussanträge vom 10.11.2005, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 64).
603 Frankfurter Kommentar/*Roth/Ackermann*, Kartellrecht, Band 2, 2009, Grundfragen Art. 81 Abs. 1, Rn. 47; *Roth*, in: FS *Bechtold*, 2006, S. 393, 404.
604 Vgl. *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793, 798.
605 MüKo/*Herrmann*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 995.
606 Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, GWB, 2014, § 1, Rn. 24.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Insofern ist die wirtschaftliche Nachfrage keineswegs mit der Nachfrage privater Endverbraucher vergleichbar.

(2) Aus ökonomischer Sicht gefährdet ein Monopson nicht den Wettbewerb

Das zweite Argument, das nach Aussage des Generalanwalts *Maduro* dafür spricht, dass ausschließlich das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen die wirtschaftliche Tätigkeit und damit den Unternehmensbegriff bestimmen sollte, ist ökonomischer Natur. Er meint, der Einkauf sei, wenn er mit der Erfüllung nichtwirtschaftlicher Aufgaben zusammenhängt, dem Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts entzogen. Dieses Ergebnis stehe in Einklang mit der wirtschaftlichen Theorie, nach der das Bestehen eines Nachfragemonopols den Wettbewerb kaum gefährde, weil es sich nicht zwangsläufig auf den nachgelagerten Markt auswirke. Zudem habe ein Nachfragemonopolist kein Interesse daran, seine Lieferanten so unter Druck zu setzen, dass sie aus dem vorgelagerten Markt ausschieden.[607]

Der EuGH geht in seinem Urteil zwar nicht auf die Argumentation des Generalanwalts im Einzelnen ein, sondern billigt knapp das Urteil des EuG mit Hinweis auf die eigene Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff.[608] Gleichwohl verwirft er diese These des Generalanwalts, dass Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs weniger schädlich seien als solche des Angebotswettbewerbs, aber auch nicht.

Zur ökonomischen Argumentation des Generalanwalts ist – gegliedert nach seinen Aussagen – Folgendes zu bemerken:

> „Dieses Ergebnis steht im Einklang mit der wirtschaftlichen Theorie, nach der das Bestehen eines Nachfragemonopols den Wettbewerb kaum gefährdet, […]"[609]

Zunächst stellt sich die Frage nach der Tragweite dieser Aussage: Meint der Generalanwalt, dass generell ein Nachfragemonopol den Wettbewerb kaum gefährde oder nur die Fallgruppe des nichtwirtschaftlich anbietenden Nachfragers? Sprachlich gibt es keinen Zweifel, dass sich diese Aus-

---

607 GA *Maduro*, Schlussanträge vom 10.11.2005, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 66).

608 EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 25).

609 GA *Maduro*, Schlussanträge vom 10.11.2005, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 66).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sage über den *FENIN*-Sachverhalt hinaus auf das gesamte Nachfragemonopol bezieht. Der grundsätzliche Schutz des Nachfragewettbewerbs auf Beschaffungsmärkten ist aber im Wortlaut des Art. 102 AEUV unmissverständlich angelegt und in der Rechtsprechung verankert.[610] Daher wäre ein solches, allein die Anbietervielfalt schützendes Wettbewerbskonzept, kaum mit dem geltenden Recht der Missbrauchskontrolle vereinbar.[611]

Ebenso unklar bleibt, nach welcher wirtschaftlichen Theorie er das Nachfragemonopol beurteilen wird. Folgt er dem Monopsonmodell oder dem Modell der Verhandlungsmacht?

Auch zeigt das Wort „kaum" schon sprachlich auf, dass der Wettbewerb wohl doch gefährdet sein könnte. Eine etwas differenziertere Betrachtung der ökonomischen Auswirkungen eines Nachfragekartells hätte man sich also gewünscht.

> „[…] weil es sich nicht zwangsläufig auf den nachgelagerten Markt auswirkt."[612]

Die Aussage, das Nachfragemonopol wirke sich nicht zwangsläufig auf den nachgelagerten Markt aus, verzerrt das Regel-Ausnahme-Verhältnis. Korrekt ist vielmehr, dass sich das Nachfragemonopol grundsätzlich auf den nachgelagerten Markt auswirken wird.

Dazu gibt es Ausnahmen, die jedoch nicht das Regel-Ausnahme-Verhältnis beeinflussen. Im zweiseitigen Monopol oder zweiseitigen Oligopol, das in der Realität eher auftreten wird, führen Alles-oder-nichts-Angebote des Monopsonisten/Oligopsonisten in der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie zu einer allokationseffizienten Menge.[613] Ist nun der Monopsonist/Oligopsonist auf dem nachgelagerten Markt Preisnehmer, wird dort der Preis funktionierendem Wettbewerb entsprechen. Menge und Preis auf dem nachgelagerten Markt entsprechen also Wettbewerbsbedingungen. Unklar sind jedoch die insbesondere langfristigen Auswirkungen auf die dynamische Effizienz. So leiden die Lieferanten gerade bei Alles-

---

610 EuGH, Urteil vom 15.03.2007, Rs. C-95/04, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 (Tz. 106); EuGH, Urteil vom 12.09.2000, Rs. C-180/98, *Pavlov*, Slg. 2000, I-6451 (Tz. 79-82); EuGH, Urteil vom 28.03.1985, Rs. C-298/83, *CICCE*, Slg. 1985, 1105 (Tz. 21 ff.).

611 Vgl. *Roth*, in: FS *Bechtold*, 2006, S. 393, 404.

612 GA *Maduro*, Schlussanträge vom 10.11.2005, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 66).

613 Dazu auch *Scherer/Ross*, Industrial Market Structure and Economic Performance, 1990, S. 527 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

oder-nichts-Angeboten unter dem starken Preisdiktat des Monopsonisten. Auch besteht bei kurzfristig positiv erscheinenden Machtpositionen stets die Gefahr, dass sie sich auf andere Marktstufen ausbreiten oder im Falle einer Einkaufskooperation wettbewerbsbeschränkende Absprachen auf anderen Märkten erleichtern.

In der Regel wird sich also ein Nachfragemonopol negativ auf den nachgelagerten Markt auswirken. Das einfache Nachfragemonopol, dessen Modell zum Teil abgeschwächt auch für das Oligopson, Nachfragekartell oder die nachfragebeherrschende Stellung gilt, entspricht in seinen Auswirkungen dem Anbietermonopol.[614] Auf dem nachgelagerten Markt sinkt wegen der niedrigeren Menge und des höheren Preises die Allokationseffizienz. Wie sich die dynamische Effizienz verhält, ist unklar, wohl aber wird sie negative Einflüsse durch die Nachfragemacht erfahren. Herrscht auf dem nachgelagerten Markt Wettbewerb, wird der Verkaufspreis sich weiterhin auf diesem Wettbewerbsniveau befinden, es leidet aber dennoch die Allokationseffizienz wegen der geringeren Menge. Es wird den übrigen Anbietern nicht ohne Einbußen, insbesondere bei den Opportunitätskosten, gelingen, den vom Monopsonisten verursachten Mengenrückgang auszugleichen. Jedenfalls wird der Verkaufspreis aber nicht sinken. Die Vorteile im Einkauf maximieren also den Gewinn des Nachfragemonopolisten.[615]

Auch ist die Aussage, das Nachfragemonopol wirke sich nicht zwangsläufig auf den nachgelagerten Markt aus, inkonsequent. Es ist kein Argument ersichtlich, dass für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Nachfragemonopols allein die nachgelagerten Märkte relevant sein sollten. Ein ökonomischer Maßstab geht von weitestgehend spiegelbildlichen Wirkungen des Monopsons zum Monopol aus. Dann wären ebenso die Auswirkungen auf den Beschaffungsmarkt zu untersuchen.

Der Generalanwalt gibt vor, dass seine Position, die wirtschaftliche Tätigkeit entsprechend dem Anbieten zu definieren, mit der ökonomischen Theorie in Einklang steht. Gleichzeitig erwähnt er aber nur die ökonomischen Auswirkungen für nachgelagerte Märkte. Dass die ökonomische Theorie möglicherweise noch ganz andere, weitergehende Auswirkungen des Nachfragemonopols kennt, erwähnt er nicht. Insofern ist dieses ökono-

---

614 Vgl. ausführlich dazu *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 41 ff.; vgl. zum spiegelbildlichen Wirken von Monopol und Monopson S. 118.

615 Dazu mit umfangreicher Begründung *Blair/Harrison*, Monopsony in Law and Economics, 2010, S. 45 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mische Argument methodisch unvollständig und, wie eben gezeigt, sachlich verzerrt.

> „Zudem hat ein Unternehmen, das ein Nachfragemonopol innehat, kein Interesse daran, seine Lieferanten so unter Druck zu setzen, dass diese aus dem vorgelagerten Markt verdrängt werden."[616]

Diese Aussage ist als solche richtig, denn der Nachfragemonopolist wird versuchen, seine eigene Machtposition zu erhalten. Seine eigene Nachfragemacht ist umso größer, je zersplitterter die Anbieterseite ist. Eine Vermachtung der Anbieter liegt nicht in seinem Interesse, weil er sonst angesichts der aufkommenden *countervailing power* um seine Monopsonvorteile fürchten müsste.

Doch begründet dieses Argument nicht, dass ein Nachfragemonopol den Wettbewerb kaum gefährdet. Zum einen sagt es nur, dass der Monopsonist kein Interesse daran habe, dass Anbieter aus dem Markt ausschieden. Es sagt nicht, dass er deswegen seine wettbewerbsschädliche Monopsonmacht nicht ausüben werde. Schon mangels vollständiger Information weiß der Nachfrager, aber oft auch der Lieferant nicht, wann die kritischen Kostenschwellen erreicht sind.[617] Er wird hinreichenden Druck ausüben und so die Profitabilität der Anbieter entsprechend seiner eigenen Nachfragemacht mindern, sie sogar mit Verlusten arbeiten lassen.[618] Nach der ökonomischen Theorie werden die Lieferanten kurzfristig erst dann aus dem Markt ausscheiden, wenn sie ihre variablen Durchschnittskosten nicht mehr erlösen können.[619] Bis zu diesem Punkt arbeiten sie mit Verlusten in Höhe der fixen Durchschnittskosten. Da diese fixen Kosten aber auch anfallen, wenn sie den Betrieb einstellen, ist es für Lieferanten verlustminimierend, die Produktion aufrechtzuerhalten, solange sie zumindest die variablen Durchschnittskosten decken können. Ein Verbleiben am Markt verursacht dann weniger Verluste als ein Ausscheiden. Dennoch ist die Lage der Anbieter gegenüber einem Nachfragemonopolisten nicht komfortabel, selbst wenn sie kurzfristig im Markt bleiben. Langfristig werden die Lieferanten ihre verlustreiche Produktion umstellen und wenig profitable Märkte verlassen. Die Konzentration auf der Nachfrageseite wird da-

---

616 GA *Maduro*, Schlussanträge vom 10.11.2005, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 66).

617 *Foer*, 39 Conn. L. Rev. 1307, 1325 (2007).

618 Vgl. *Bontrup*, Nachfragemacht in Deutschland, 2008, S. 58.

619 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 238; vgl. zum Betriebsminimum bereits S. 132.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

her langfristig auch zu einer Vermachtung der Angebotsseite führen.[620] Dass (kurzfristig) die Lieferantenvielfalt bestehen bleiben wird, ist also kein Kennzeichen eines funktionierenden Wettbewerbs und insbesondere keines fehlender Druckausübung durch Nachfragemonopolisten.

Vielmehr sollten die Auswirkungen eines Nachfragemonopols auf die einzelnen Wettbewerbsparameter Preis, Menge und Dynamik untersucht werden. Dort sind dann auch die eindeutig negativen Auswirkungen erkennbar.

Generalanwalt *Maduro* verweist in seinen Schlussanträgen auf zwei Quellen, um zu belegen, dass der Monopsonist kein Interesse am Ausscheiden der Anbieter hat.[621] Diese belegen seine These aber nur zum Teil.

Die erste Quelle, *Scherer* und *Ross,* äußert sich zu dieser Problemstellung gar nicht, sondern befasst sich in ihrer Darstellung vor allem mit positiven Wettbewerbswirkungen, wenn Nachfragemacht als Gegengewicht zu Angebotsmacht auftritt.[622] Ein *countervailing power*-Argument spielt aber im vorliegenden *FENIN*-Sachverhalt keine Rolle. In diesem Fall war die Lieferantenstruktur zersplittert. *FENIN* selbst ist der Verband der Hersteller von medizinischen Geräten. Lieferanten waren aber die jeweiligen Hersteller selbst. Insofern ist die Idee, dass die staatlichen Einrichtungen des Gesundheitssystems die Angebotsmacht der Hersteller ausgleichen, nicht zutreffend.

Auch lässt sich die Fallgruppe der wohlfahrtsfördernden *countervailing power* nicht generalisieren und als wohlfahrtsfördernde Wirkung eines Nachfragemonopols allgemein verstehen. Eine konsumentenwohlfahrtsfördernde Wirkung kann nur unter engen Bedingungen eintreten, nämlich dass der Nachfrager mächtig genug ist, den Preis, den der Monopolist verlangt, zu begrenzen, aber gleichzeitig auf dem nachgelagerten Angebotsmarkt keine Monopolpreise verlangen kann, sondern optimalerweise an den Wettbewerbspreis gebunden ist.[623]

---

620 *Scheffler*, EuZW 2006, 600, 602.

621 GA *Maduro*, Schlussanträge vom 10.11.2005, Rs. C-205/03, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 (Tz. 66, Fn. 68).

622 *Scherer/Ross*, Industrial Market Structure and Economic Performance, 1990, S. 517 ff.

623 *Scherer/Ross*, Industrial Market Structure and Economic Performance, 1990, S. 527.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die zweite Quelle, *Noll*, bestätigt zwar, dass ein Nachfragemonopolist ein Interesse daran habe, dass die Lieferanten dem Markt erhalten blieben. Im Falle eines Alles-oder-nichts-Angebots, also im zweiseitigen Monopol, brauche der Nachfrager verschiedene Anbieter, um sie untereinander ausspielen zu können und deren *Ricardo*- oder quasi-Renten abzuschöpfen.[624] Auch dies ist aber nur eine Ausnahmeerscheinung zum Grundsatz, dass[625]

> monopoly power almost always causes inefficiency and always harms at least some consumers; the effects of monopsony are basically the same.

Noll macht sich in diesem, vom Generalanwalt zitierten Aufsatz, gerade dafür stark, das Monopson spiegelbildlich zum Monopol zu behandeln. Selbst für den Fall, dass Nachfragemacht kurzfristig positive Wirkungen zeigen könnte, verweist *Noll* auf die Gefahr sich ausbreitender Machtstellungen im Wettbewerb und die unklaren langfristigen Auswirkungen auf Innovation.[626] Er ist sicherlich kein Verfechter der These, wie *Maduro* meint, Lieferanten vor nichtwirtschaftlich anbietenden Nachfragern schutzlos zu stellen.

c) Zwischenergebnis

Abschließend ist also festzuhalten, dass die massive Kritik der deutschen Rechtswissenschaft an *FENIN* berechtigt ist. In Anbetracht der Zielsetzung des Unionsrechts, ein System des unverfälschten und wirksamen Wettbewerbs nach Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 51 EUV i.V.m. Protokoll Nr. 27 zu errichten, ist es nicht sinnvoll, die staatliche Nachfrage zu nicht wirtschaftlichen Verwendungen aus dem Anwendungsbereich des Kartellrechts auszuklammern. *FENIN* mag sozialpolitische Ursachen haben und möglicherweise hat sich der EuGH die eine oder andere Hintertür im Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit eines Unternehmens offengehalten.[627] Doch hält das Urteil weder ökonomischen noch normativen Grundsätzen stand.

---

624 *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589, 621 (2005).
625 *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589, 623 (2005).
626 *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589, 607 ff. (2005).
627 *Roth*, in: FS *Bechtold*, 2006, S. 393, 398.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C) Modell der Verhandlungsmacht

I. Allgemeine Darstellung

Das Modell der Verhandlungsmacht ist neben dem Monopsonmodell das zweite ökonomische Modell, um die Auswirkungen von Nachfragemacht zu beurteilen.[628] Es ist weniger starr in seinen Grundannahmen, sondern ermöglicht eine individuelle Bewertung der einzelnen Marktverhältnisse am Maßstab der Verhandlungsmacht.

1. Vergleich mit dem Monopsonmodell

Um die beiden Modelle vergleichen zu können, folgen hier erneut die Grundannahmen des Monopsonmodells.[629] Ihm liegen anonyme Märkte zugrunde, auf denen das nachfragemächtige Unternehmen die Beschaffungsmenge reduziert und damit den Einkaufspreis senkt. Wirtschaftstheoretisch konsequent wird der Preis auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt dennoch nicht sinken, so dass Nachfragemacht in der Regel negative Wohlfahrtswirkungen zeigt. Angesichts des Monopsonmodells wäre Nachfrage- und Angebotsmacht spiegelbildlich zu behandeln.

2. Grundlagen des Modells der Verhandlungsmacht in der marktwirtschaftlichen Realität.

Das Modell der Verhandlungsmacht orientiert sich hingegen stärker an der ökonomischen Realität der meisten Märkte, vor allem der Handelsmärkte.

Im deutschen Lebensmitteleinzelhandel lässt sich beispielsweise an drei Stufen die zunehmende Vermachtung der Handelsebenen erkennen.[630]

---

628 Grundlegend *Inderst*, WuW 2008, 1261 und *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007.

629 Vgl. ausführlich zum Monopsonmodell S. 113.

630 Vgl. zur Entwicklung des Einzelhandels in Deutschland, *Wecker*, Marktbeherrschung, gemeinsamer Einkauf und vertikale Beschränkung als kartellrechtliche Probleme im deutschen Einzelhandel, 2010, S. 34 ff.; vgl. zur Vermachtung der Handelsebenen in jüngerer Zeit Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, 2014, S. 9 ff.; vgl. zur ähnlichen Entwicklung in den USA *Inderst/Mazzarotto*, in: *Collins* (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy,

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Während in den 1950er-Jahren noch kleinere Bedienungsgeschäfte den Alltag dominierten, traten in den 1960er-Jahren die ersten Supermärkte und später Discounter in Erscheinung. Ihr Konzept bot günstigere Preise dank Selbstbedienung und ein ausgeweitetes Sortiment. Die Tendenz ging zu wenigen großen und umsatzstarken Handelsunternehmen mit großflächigen Verkaufsstätten. Seit längerem schließen sich Handelskonzerne zu immer stärkeren Einkaufsgenossenschaften zusammen.[631] Gleichzeitig bieten Hypermärkte ein umfangreiches Angebot über das gesamte Einzelhandelssortiment. Da die Umsatzentwicklung der vergangenen und prognostiziert auch der nächsten Jahre rückläufig ist, kann ein Lebensmittelhändler nur auf Kosten der Mitbewerber wachsen.[632] Der Verdrängungswettbewerb verschärft sich.

Die Geschäftspartner legen in ihren individuellen Handelsbeziehungen nicht wie im Monopsonmodell ausschließlich die jeweiligen Kostenfunktionen zugrunde. Nicht zwingend erhalten daher alle Nachfrager identische Einkaufsbedingungen, sondern die Parteien behandeln sich unterschiedlich bzw. diskriminieren sich.[633] Auch bezahlen Nachfrager nicht unbedingt für jedes einzelne Gut einer Gesamtmenge den gleichen Preis. Gerade Lieferverträge im Handel sind sehr kreativ in der Rabattgestaltung. Häufig sind Mengenrabatte gestaffelt oder erfassen nicht die gesamte Menge eines Guts bzw. erfassen produktübergreifend den Gesamtabsatz zwischen Lieferant und Nachfrager. Auch wird mit einer größeren Beschaffungsmenge der Einkaufspreis sinken. Abgesehen von Kostenvorteilen bei größeren Mengen wegen geringerer Transaktions-, Lager- und Lieferkosten wird ein mächtiger Nachfrager Preisvorteile erzielen können, die sich durch reine Kosteneinsparungen nicht erklären lassen, sondern nur mit einer gestiegenen Verhandlungsmacht.[634]

2008, S. 1953, 1957; vgl. zur Lage in Indonesien *Wahyuningtyas/Nugroho*, 8 (2) Business Rev. 58 (2014).

631 Beispielsweise die *MARKANT Handels und Service GmbH*, die für *Kaufland*, *Tengelmann*, *tegut*, *dm*, *Müller*, *Rossmann* und andere bekannte Einzelhändler einkauft.

632 *Warich*, Umstrukturierung im Lebensmitteleinzelhandel am Beispiel der Handelskonzerne REWE und EDEKA, 2011, S. 7.

633 *Ezrachi/de Jong*, ECLR 257 (2012); *Inderst*, WuW 2008, 1261, 1264; *Noll*, 72 Antitrust L. J. 589, 594 (2005); vgl. auch Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, 2014, S. 316.

634 *Dobson/Inderst*, ECLR 393, 394 (2007); MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 425.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Daher geht das Modell der Verhandlungsmacht davon aus, dass der Nachfrager die Beschaffungsmenge eher erhöhe, statt reduziere, um einen günstigeren Preis zu erhalten. Gerade für den Handel ist das Argument einleuchtend, dass ein Händler, wenn er einen günstigen Einkaufspreis verhandelt, eine möglichst große Menge abnimmt, statt sie zu reduzieren.[635] Die großen Lebensmittelketten haben kein Interesse daran, ihre Einkaufsvolumina zu senken, um bessere Bedingungen zu erhalten, das Gegenteil ist der Fall.

3. Definition von Verhandlungsmacht

Was bedeutet nun der Begriff „Verhandlungsmacht" und wie verhält er sich zu den anderen Machtpositionen wie „Nachfragemacht" und „Monopsonmacht"?

Einige Wirtschaftswissenschaftler verstehen Verhandlungsmacht als die Fähigkeit, dem Lieferanten Zugeständnisse aus einer Drohung heraus abzuringen, dass ihm sonst Kosten auferlegt oder Zugeständnisse verweigert würden.[636] Der Nachfrager reduziere die Beschaffungsmenge also nicht tatsächlich (wie im Monopsonmodell), sondern drohe nur damit.

Diese Ansicht versteht Verhandlungsmacht als ein Gegengewicht zu Angebotsmacht.[637] Dieser Definition zufolge kann ein Nachfrager seine Verhandlungsmacht nicht ausüben, wenn die Lieferanten im Wettbewerb stehen. Diese Autoren grenzen dann Monopsonmacht und Verhandlungsmacht am Merkmal der vermachteten Lieferantenseite ab: Monopsonmacht liege vor, wenn unter den Lieferanten funktionierender Wettbewerb herrsche, während Verhandlungsmacht als *countervailing power* immer schon Machtpositionen auf Anbieterseite voraussetze.[638]

Ausgangspunkt dieser Ansicht, dass Verhandlungsmacht mit *countervailing power* gleichzusetzen sei, ist die Preisgestaltung des Lieferanten. Es soll einem Anbieter nicht möglich sein, zu Preisen unterhalb der eige-

635 *Foer*, 39 Conn. L. Rev. 1307, 1315 (2007).

636 *Ezrachi/de Jong*, ECLR 257 f. (2012); *Chen*, Defining buyer power, 2008, S. 6; OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 26; *Kirkwood*, 72 Antitrust L. J. 625, 638 f. (2005).

637 *Chen*, Defining buyer power, 2008, S. 4; OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 21.

638 *Chen*, Defining buyer power, 2008, S. 6; *Kirkwood*, 72 Antitrust L. J. 625, 640 (2005).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen Grenzkosten, also unterhalb des Wettbewerbspreises, anzubieten. Wenn Lieferanten einem Nachfragebeherrscher einen Rabatt gewähren, zeige das nur, dass die frühere Preisgestaltung über den Grenzkosten lag. Damit war der Lieferant, wenn er zu Preisen oberhalb der eigenen Grenzkosten anbieten konnte, marktbeherrschend.

Theoretisch mag der Schluss von einer durch den Nachfrager erreichten Preissenkung auf existierende Angebotsmacht konsequent sein. Doch gerade die typischen Märkte, auf denen Verhandlungsmacht auftritt, wie der Lebensmitteleinzelhandel, die Landwirtschaft, die KFZ-Zulieferindustrie oder auch der Arbeitsmarkt zeigen, dass in der Regel eher die atomistisch geprägten Anbieter großen Abnehmern gegenüberstehen.[639] Auf solchen Märkten mag es im Einzelfall tatsächlich hoch spezialisierte Anbieter, z. B. für Cabriodächer aus Stahl,[640] geben, die Angebotsmacht ausüben können. In der Regel werden die Nachfrager einen Rabatt aber ohne entgegenstehende Angebotsmacht erzielen können. Der starke Nachfrager senkt den Beschaffungspreis dann nicht auf das Grenzkostenniveau, sondern darunter.

Insofern vermag die pauschale Aussage *„[Bargaining power] is countervailing power"*[641] nicht zu überzeugen.

Überzeugend ist hingegen die Herangehensweise von *Inderst*. Er vermeidet eine schlagwortartige Definition und beschreibt Verhandlungsmacht nach ihren Wirkungen, also „den individuell ausgehandelten Vorzugskonditionen […], was […] eher zu einer Mengenausweitung statt einer Mengenreduktion führt." [642]

Diese Definition vermeidet, Verhandlungsmacht auf die Drohung des Nachfragers zu reduzieren, dass er seine Beschaffungsmenge senke.[643] Vielmehr kann er auch, um seiner Verhandlungsmacht Ausdruck zu verleihen, tatsächlich bei einzelnen Lieferanten die Menge reduzieren oder

639 Vgl. dazu auch *Grimes*, 72 Antitrust L. J. 563, 574 (2005).

640 Bundeskartellamt, Beschluss vom 21.05.2010, Az. B9-13/10 – *Magna/Karmann*; Bundeskartellamt, Beschluss vom 22.12.2009, Az. B9-84/09 – *Webasto/Edscha.*

641 *Chen*, Defining buyer power, 2008, S. 4; OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 21.

642 *Inderst*, WuW 2008, 1261, 1264; mit einem weiten Verständnis von Verhandlungsmacht auch *Inderst/Mazzarotto*, in: *Collins* (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy, 2008, S. 1953, 1954.

643 Mit diesem Verständnis *Ezrachi/de Jong*, ECLR 257 f. (2012); *Chen*, Defining buyer power, 2008, S. 6; OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 26; *Kirkwood*, 72 Antitrust L. J. 625, 638 f. (2005).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ganz auf eine Belieferung verzichten. Auch verzichtet diese Definition auf die wenig hilfreiche Feststellung, dass Verhandlungsmacht zwingend auch Gegenmacht bedeutet. Aus obigen Gründen ist eben auch eine Verhandlungsmacht gegenüber einer wettbewerblich geprägten (atomistischen) Anbieterschar möglich.

Systematisch ist der Begriff „Verhandlungsmacht" neben „Monopsonmacht" einzuordnen. Beide Begriffe schließen sich aus, da sie mit steigender bzw. sinkender Beschaffungsmenge entgegengesetzte Auswirkungen zeigen. Beide Machtformen sind Teil des Überbegriffs „Nachfragemacht".[644]

4. Ermittlung von Verhandlungsmacht

Anders als das Monopsonmodell spricht sich das Modell der Verhandlungsmacht nicht für eine spiegelbildliche Bewertung von Angebots- und Nachfragemacht aus. Wie oben beim Monopsonmodell erörtert, gibt es Zweifel, ob sich die Marktanteilsschwellen für Angebotsmacht und ihre Auswirkungen auf die Wohlfahrt uniform auf Nachfragemacht übertragen lassen. So fehle es schon an einem nachgewiesenen robusten Zusammenhang zwischen Nachfragemacht und ihrer Auswirkung auf die Konsumentenwohlfahrt.[645]

Das Modell der Verhandlungsmacht arbeitet daher mit einer individuellen Analyse der Verhandlungssituation, aus der sich fallspezifisch die Auswirkungen auf die Wohlfahrt ableiten lassen. Das Konzept enthält klare und eindeutige Vorhersagen, wann sich Nachfragemacht positiv oder negativ auswirkt. Aber die Frage, ob ein Abnehmer nachfragemächtig ist, beurteilt es fallspezifisch unabhängig von pauschalen Schwellenwerten.

Ein Nachfrager ist verhandlungsmächtig, wenn ihn der Abbruch der Verhandlungen weniger beeinträchtigt als den Lieferanten.[646] Dies bemisst sich nach der jeweils besten Alternative zum Vertragsabschluss der

644 *Ezrachi*, 8 Journal of Competition Law and Economics 47, 48 (2012); *Foer*, 39 Conn. L. Rev. 1307, 1315 (2007).

645 *Inderst*, WuW 2008, 1261, 1262.

646 Vgl. zur Bestimmung von Verhandlungsmacht *Inderst*, WuW 2008, 1261, 1264; *Inderst/Mazzarotto*, in: *Collins* (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy, 2008, S. 1953, 1955; *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 7.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

beiden Vertragsparteien. Für einen Händler als Nachfrager kann diese beste Alternative beispielsweise in einem Lieferantenwechsel oder einer Sortimentsumstellung liegen, für den Lieferanten möglicherweise in einer Angebotsreduktion, -umstellung oder im Absatz bei einem anderen Händler. Die Verhandlungstheorie bezeichnet die Gewinne, die bei Verwirklichung der besten Alternative entstehen, als Abbruchsoption (*outside options*) oder als Drohpunkt. Je höher der Wert der jeweiligen Abbruchsoption ist, desto höher ist die Verhandlungs- bzw. Nachfragemacht der Partei. Gleichzeitig gibt die Abbruchsoption auch den Gewinnanteil vor, den jede Partei verwirklichen möchte. Weder Lieferant noch Nachfrager werden sich mit weniger Gewinn zufrieden geben, als sie in einem alternativen Geschäft erreichen könnten.

Um nun Nachfragemacht auf Basis von Verhandlungsmacht zu bestimmen, ist auf die individuelle Abhängigkeit des Lieferanten vom Nachfrager zu achten.[647] Sie beurteilt sich nach dem absolutem Marktanteil des Nachfragers auf dem Beschaffungsmarkt, aber vor allem auch nach dem relativen Umsatzanteil für den Lieferanten. Auch ist zu berücksichtigen, inwieweit der Nachfrager bereit ist, die Ware von alternativen Lieferanten zu beziehen. In der Gegenrichtung ist der Lieferant weniger abhängig vom Nachfrager, wenn alternative Nachfrager bereitstehen oder er ohne größere Schwierigkeiten alternative Absatzwege erschließen kann. Je wertvoller nun die Handlungsalternative (*outside option*/Drohpunkt) einer Partei ist, desto glaubwürdiger kann sie damit drohen, einen Vertragsabschluss verweigern zu können, und desto stärker ist also auch ihre Verhandlungsmacht.

a) Marktanteil

Marktmacht und das Modell der Verhandlungsmacht schließen sich nicht gegenseitig aus. Marktmacht ist ein wesentliches Kriterium, um Verhandlungsmacht ermitteln zu können. Doch geht Verhandlungsmacht über reine Marktmacht hinaus. Sie berücksichtigt auch individuelle Faktoren. Anders als Angebotsmacht lässt sich Nachfragemacht nicht nach standardi-

---

647 Bundeskartellamt, Beschluss vom 28.10.2010, Az. B2-52/10 (S. 102) – *EDEKA/trinkgut*; vgl. in der Literatur *Ezrachi/de Jong*, ECLR 258 (2012); *Dobson/Inderst*, ECLR 393 (2007); vgl. weiterhin OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 22.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sierten pauschalen Maßstäben beurteilen.[648] Eine fallspezifische Untersuchung muss auf die individuelle Verhandlungsmacht der Parteien eingehen.

Das Modell der Verhandlungsmacht baut auf den gängigen und justitiablen Verfahren der Marktmachtermittlung insoweit auf, als es weiterhin Märkte abgrenzt und den Anteil des Unternehmens auf den relevanten Märkten ermittelt.[649] Darüber hinaus berücksichtigt es individuelle Fallkonstellationen stärker als bloß pauschale Schwellenwerte spiegelbildlich zur Angebotsmacht.

Der Marktanteil hilft als Indiz in dreifacher Hinsicht, um Verhandlungsmacht nachzuweisen.

(1) Absolute Größe des Nachfragers

Unabhängig vom Marktanteil begünstigt absolute Größe eines Nachfragers seine Verhandlungsmacht. Je größer er ist, für desto mehr Lieferanten kommt er als Abnehmer in Betracht und desto weniger ist er in der Regel von einem einzelnen Anbieter abhängig. Immer wieder braucht es einen Mindestumsatz, um überhaupt von Anbietern beliefert zu werden. Gerade im Handel verzichten Anbieter auf eine oft unrentable Belieferung kleiner Nachfrager. Dies begünstigt unter anderem auch, dass kleine Nachfrager ihre Beschaffung in Einkaufskooperationen bündeln, um überhaupt Zugang zu Lieferanten zu erhalten.

Scheitert ein Geschäft, muss ein großer Nachfrager verhältnismäßig niedrigere Fix- und Transaktionskosten tragen als ein kleiner Nachfrager. Ein Lieferantenwechsel ist stets mit spezifischen Fixkosten verbunden. Ein großes Unternehmen kann diese Kosten auf eine größere Menge umlegen als ein kleinerer Käufer, so dass für den kleineren Käufer die Abbruchsoption allein schon wegen der Fixkosten typischerweise einen niedrigeren Wert hat.[650]

---

648 So *Inderst*, WuW 2008, 1261, 1268, aber zweifelhaft, da auch Angebotsmacht nicht allein vom Marktanteil abhängt.

649 *Inderst*, WuW 2008, 1261, 1265.

650 *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 9 f.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Darüber hinaus ist die Drohung eines großen Nachfragers, die Beschaffung vertikal in das eigene Unternehmen zu integrieren, glaubwürdiger.[651] Ein großes Unternehmen bringt vertieftes Wissen mit und bietet personelle und finanzielle Ressourcen, eine vertikale Integration auch mit dem Risiko ihres Scheiterns umzusetzen. Soweit der Nachfrager die Beschaffungsproduktion nicht selbst übernehmen möchte, kann ein großes Unternehmen auf Grund seines umfangreicheren Einflusses leichter den Markteintritt weiterer Lieferanten fördern oder finanziell unterstützen. Allein wegen eines größeren Beschaffungsvolumens ist ein potentieller Markteintritt erfolgsversprechender und eine damit verbundene Drohung glaubwürdiger.

Zudem wird es dem Lieferanten eines großen Nachfragers kaum möglich sein, seine Menge im Falle eines gescheiterten Geschäftsabschlusses alternativ abzusetzen. Angenommen mit zunehmender Menge steigen die Grenzkosten an, dann fällt es ihm mit größerer Menge immer schwerer, Preise zu erlösen, die er wegen seiner verhältnismäßig hohen Grenzkosten verlangen müsste. Der Drohpunkt des Nachfragers ist also größer, je größer sein Beschaffungsvolumen ist.

Das GWB schließt in seiner ab 2013 geltenden Fassung (8. GWB-Novelle) große Unternehmen aus dem Schutzbereich der passiven Diskriminierung durch marktstarke Nachfrager in § 20 Abs. 3 S. 2 GWB a. F. aus. Das Gesetz folgt dem Bild, dass sich große Lieferanten besser gegen missbräuchliche Nachfragemacht wehren können als kleine und mittlere Unternehmen. In diesem Sinne ergänzte § 20 Abs. 3 S. 2 GWB das Verbot der passiven Diskriminierung, das nicht nur marktbeherrschende Unternehmen trifft, sondern eben auch marktstarke Unternehmen, von denen kleine oder mittlere Unternehmen abhängig sind. Diese Einschränkung auf kleine und mittlere Unternehmen wurde mit der 5. GWB-Novelle von 1989 eingeführt. Der Gesetzgeber wollte abhängige Unternehmen nur noch dann schützen, wenn sie von kleiner oder mittlerer Größe waren.[652] Im Zuge der Preismissbrauchsnovelle (2007) wurde der Adressatenkreis zwischenzeitlich bewusst auf alle abhängigen Unternehmen erweitert, also potentiell auch auf Großunternehmen. Diese Erweiterung war nur bis Ende 2012 befristet und wurde im Zuge der 8. GWB-Novelle nicht verlängert oder wei-

651 *Inderst/Mazzarotto*, in: *Collins* (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy, 2008, S. 1953, 1958.

652 Langen/Bunte/*Nothdurft*, Deutsches Kartellrecht, 2014, § 20, Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tergeführt.[653] Seit Juli 2013 gilt das Verbot der passiven Diskriminierung also wieder nur für marktbeherrschende Unternehmen gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen. Das GWB folgte damit auch dem Ansatz, dass gegenüber großen Unternehmen keine Nachfragemacht ausgeübt werden kann.[654] Das wird häufig richtig sein, gleichwohl hängt Nachfragemacht nicht unbedingt von der Größe des Anbieters bzw. Lieferanten ab.

(2) Anteil des Nachfragers an einem spezifischen Absatzmarkt

Unabhängig von der absoluten Größe eines Nachfragers spielt auch sein Anteil am nachgelagerten Absatzmarkt eine Rolle.[655] Der Schluss von absoluter Größe auf Verhandlungsmacht ist also nicht zwingend.[656] Größe mag Verhandlungsmacht begünstigen, sie ist aber nicht unerlässlich.

So kann ein kleiner Nachfrager verhandlungsmächtig sein, wenn er auf regional abgrenzbaren Absatzmärkten eine beherrschende Stellung hat.[657] Als sog. Türsteher oder *gate-keeper* ist ein Geschäftsabschluss mit ihm für

---

653 Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852 vom 31.05.2012, S. 21.

654 So ausdrücklich Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852 vom 31.05.2012, S. 21:

> Aus der kartellbehördlichen Praxis gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass Großunternehmen im besonderen Maße vor der Aufforderung oder Veranlassung zur Gewährung von Vorteilen geschützt werden müssten.

655 *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 10.

656 *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 12.

657 Vgl. Kommission, Entscheidung vom 20.11.1996, Fall M.784, ABl. 1997 Nr. L 110, Rn. 133, 150 – *Kesko/Tuko*; *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 10, 14; *Inderst/Mazzarotto*, in: *Collins* (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy, 2008, S. 1953, 1960; vgl. auch *Scherer/Ross*, Industrial Market Structure and Economic Performance, 1990, S. 528 mit dem Beispiel der großen staatlichen Nachfrage nach Zement. Die gesamte gebündelte staatliche US-amerikanische Nachfrage nach Zement konnte jedoch wegen der Transparenz der Ausschreibungen nur minimale Preiszugeständnisse erreichen, während kleinere private Nachfrager geheime Zugeständnisse erreichen konnten, von den die übrigen Zementhersteller keine Kenntnis hatten; vgl. zum Beispiel des Lebensmittelhandels bereits S. 62.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Lieferanten unerlässlich, um auf diesem räumlich begrenzten Verkaufsmarkt überhaupt vertreten zu sein, auch wenn sein gesamtes Beschaffungsvolumen kaum ins Gewicht fällt. Um seine Verhandlungsmacht zu beurteilen, ist weniger sein Marktanteil auf dem Beschaffungsmarkt relevant, als vielmehr der auf dem nachgelagerten Produktmarkt.[658]

(3) Relativer Anteil des Nachfragers am gesamten Absatzvolumen eines Lieferanten

Weiterhin spielt der relative Marktanteil, also der Anteil des Nachfragers am Absatzvolumen des Lieferanten, eine wichtige Rolle für Verhandlungsmacht. Unabhängig vom absoluten Marktanteil und der absoluten Größe wird ein Lieferant das Absatzvolumen eines für ihn bedeutenden Nachfragers nicht ohne weiteres ersetzen können. Die Nachfrage der großen europäischen und amerikanischen Lebensmitteleinzelhandelsketten macht beispielsweise jeweils zwischen 10 und 30 % am Gesamtabsatz eines Lieferanten aus.[659] Gleichzeitig ist aber der Anteil des einzelnen Lieferanten am Absatz des Nachfragers verschwindend gering. *Procter&Gamble* ist beispielsweise der größte Lieferant von *Wal Mart* in den USA. Ihre Produkte haben bei *Wal Mart* einen Umsatzanteil von 2 %. Gleichzeitig hat *Wal Mart* einen Nachfrageanteil bei *Procter&Gamble* von 18 %.[660] Der Lieferant wird den Lebensmittelhändler also nicht ohne weiteres als Kunden ersetzen können. Er ist auf seine Nachfrage angewiesen. Der Nachfrager ist hingegen wegen seiner breiten Produktpalette und seines umfangreichen Sortiments in der Regel nicht von der Belieferung durch einen einzelnen spezialisierten Produzenten abhängig.[661] Auch können die Einzelhändler ohne größeren Aufwand ihr Sortiment umstellen, während dem Lieferanten nicht ohne Weiteres eine Produktionsumstellung

658 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 42.

659 Vgl. *Dobson*, 72 Antitrust L. J. 529, 537 (2005), der sich auf Marktuntersuchungen aus dem Jahr 2000 stützt.

660 Vgl. *Bianco*, The Bully of Bentonville, How the high cost of Wal Mart's everyday low prices is hurting America, 2006, S. 183.

661 Für unverzichtbare Erstmarken (z. B. *Coca-Cola*) geht das Bundeskartellamt von einer gegenseitigen Abhängigkeit zwischen Lieferant und Handelsunternehmen aus, vgl. Bundeskartellamt, Beschluss vom 28.10.2010, Az. B2-52/10 (S. 135 f.) – *EDEKA/trinkgut*.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

möglich ist.[662] Die Lieferanten sind also von den Nachfragern wesentlich abhängiger als umgekehrt. Diese strukturellen Nachteile der Anbieterseite sind bei der Bewertung von Marktanteilen zu berücksichtigen.

Ebenso kann auch ein kleiner, aber bedeutender Markenhersteller, der einem großen Beschaffer gegenübersteht, verhandlungsmächtig auftreten. Wenn nun der Nachfrager die Produkte des Lieferanten nicht ohne große Einbußen ersetzen kann, weil der Lieferant beispielsweise unabdingbare , sog. *must-stock*-Produkte bietet, hat der Nachfrager nur eine niedrige Abbruchsoption.

Der BGH hat beispielsweise in der Entscheidung *Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge* wegen des relativen Anteiles der nachfragenden kommunalen Einkaufskooperation am Umsatz der liefernden Handelsunternehmen von deutlich unter 10 % eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs verneint.[663] Die EU-Kommission geht im Lebensmittelhandel davon aus, dass ab einem Umsatzanteil von etwa 22 % ein Abnehmer nur unter schwersten wirtschaftlichen Verlusten oder gar nicht mehr ersetzt werden könne.[664] Die Kommission hat diesen Wert ermittelt, indem sie Lebensmittelhersteller befragt hat. Gestützt wird dieser Wert von den Angaben der sich zusammenschließenden Lebensmitteleinzelhändler, die meinten, ein Lieferant müsse Umsatzrückgänge von bis zu 20 % verkraften können.[665]

Der relative Anteil des Nachfragers am Umsatz des Lieferanten ist aber eben nicht das einzige Indiz für Verhandlungsmacht. Gerade wenn in Zusammenschlussverfahren die graduelle Zunahme von Nachfragemacht relevant ist, kann dieser relative Wert irreführend sein.[666] Dann sind auch die übrigen Ursachen und Merkmale von Verhandlungsmacht mitzuberücksichtigen.

---

662 EU-Kommission, Entscheidung vom 03.02.1999, Fall M.1221, ABl. 1999 Nr. L 274, Rn. 103 – *Rewe/Meinl*; *Foer*, 39 Conn. L. Rev. 1307, 1313 (2007).

663 BGH, Urteil vom 12.11.2002, Az. KZR 11/01, BGHZ 152, 347 (Rn. 29 f.) – *Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge*.

664 EU-Kommission, Entscheidung vom 03.02.1999, Fall M.1221, ABl. 1999 Nr. L 274, Rn. 101 – *Rewe/Meinl*; vgl. zu ähnlichen Werten in den USA *Grimes*, 72 Antitrust L. J. 563, 580 (2005).

665 EU-Kommission, Entscheidung vom 03.02.1999, Fall M.1221, ABl. 1999 Nr. L 274, Rn. 101 – *Rewe/Meinl*.

666 *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 11.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Absatzalternativen

Ein weiteres Kriterium, um Verhandlungsmacht und Abbruchsoption aus Lieferantensicht zu bestimmen, sind alternative Absatzwege.[667] Diese umfassen zum einen neue Vertriebswege, die der Lieferant in zumutbarer Weise erschließen kann, und zum anderen zusätzliche Kapazitäten in bereits bestehenden Vertriebswegen.[668] Im Extremfall, in dem der Nachfrager für bestimmte regionale Absatzmärkte als *gate-keeper* fungiert, bestehen, beispielsweise im Lebensmittelhandel, keine Absatzalternativen innerhalb des Einzelhandels. Wenn der Einzelhandel als Absatzweg versperrt ist, kann ein Produzent möglicherweise auf den Spezialhandel, Großhandel, Gastronomie, Drogerie oder den Export ausweichen. Der Lebensmitteleinzelhandel ist jedoch mit in der Regel mindestens 50 % Anteil der wichtigste Absatzkanal für die Hersteller.[669]

c) Drohpotential

Ein weiteres Indiz für Verhandlungsmacht ist das in einer Partei, typischerweise im Nachfrager, liegende Potential, einen Abbruch oder ein Scheitern der Geschäftsbeziehung anzudrohen.

Es gibt wirtschaftswissenschaftliche Stimmen, die Verhandlungsmacht von Monopsonmacht entsprechend einer Drohung abgrenzen: Der Monopsonist beschaffe weniger, während der verhandlungsmächtige Nachfrager damit drohe, weniger zu beschaffen.[670] Diese Abgrenzung ist jedoch eher eine Faustformel, denn Drohpotential ist nur ein Indiz unter mehreren, das für Verhandlungsmacht spricht. Freilich hängt das Drohpotential auch unmittelbar von den übrigen Indizien ab, wie der Größe des Nachfragers oder des Markt- und Umsatzanteiles.

---

667 *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 12.

668 Bundeskartellamt, Beschluss vom 28.10.2010, Az. B2-52/10 (S. 104 f.) – *EDEKA/trinkgut*.

669 EU-Kommission, Entscheidung vom 03.02.1999, Fall M.1221, ABl. 1999 Nr. L 274, Rn. 79 – *Rewe/Meinl*.

670 *Ezrachi/de Jong*, ECLR 257 f. (2012); *Chen*, Defining buyer power, 2008, S. 6; OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 26; *Kirkwood*, 72 Antitrust L. J. 625, 638 f. (2005).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das Drohpotential des Nachfragers ist größer als das des Anbieters, wenn der Nachfrager ohne nennenswerte Kosten auf andere gleichwertige Anbieter ausweichen, er die Produktion selbst ohne größere versunkene Kosten übernehmen oder er potentiell neue Lieferanten ermuntern kann, in den Beschaffungsmarkt einzutreten. Diese einzelnen Kriterien werden wiederum von zunehmender absoluter Größe des Nachfragers positiv beeinflusst.

Daneben sind aber auch fallspezifische Parameter von Bedeutung, wie potentielle Handelsmarken des Nachfragers. Stellt der Nachfrager dem Lieferanten in Aussicht, Produkte zukünftig nicht mehr unter einer Marke, sondern nurmehr unter der Handelsmarke des Nachfragers abzunehmen, wird dies dauerhaft die Verhandlungsposition des Lieferanten schwächen.

Eine Drohung kann so weit reichen, dass der Nachfrager, beispielsweise in der Zulieferindustrie, die Produktion selbst übernimmt und sie vertikal in sein Unternehmen integriert. Auch ist nur eine Teilintegrierung möglich. Dann ist die hauseigene Produktion ausgelastet, während die Lieferanten nur noch Nachfragespitzen bedienen können. Die Nachfrager verschaffen sich auf diese Weise ein Wissen um die Kosten der Produktion, was wiederum die eigene Verhandlungsposition stärkt.[671] Generell wird jede Partei versuchen, zusätzliche Informationen über die Marktgegenseite zu erlangen, um ihren tatsächlichen Drohpunkt zu erkennen.[672]

d) Sonstiges

Schließlich gibt es noch weitere Indizien, die verdeutlichen, wie Verhandlungsmacht in einer bilateralen Beziehung verteilt ist.

Je intensiver der Wettbewerb auf Lieferantenebene funktioniert, je austauschbarer und zahlreicher also die Lieferanten im Wettbewerb um die Nachfrager stehen, desto höher liegt der Drohpunkt der Nachfrager. Auch spielt die finanzielle Ausstattung der Unternehmen eine Rolle, den Wegfall von Geschäftsbeziehungen über einen längeren Zeitraum durchzustehen. Viele Lieferanten sind finanziell schlecht ausgestattet, so dass es ih-

---

671 Vgl. dazu *Scherer/Ross*, Industrial Market Structure and Economic Performance, 1990, S. 530 f.

672 Vgl. OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 42; vgl. zur Bedeutung von Informationen über die Kostenstruktur der Gegenseite *Inderst/Mazzarotto*, in: *Collins* (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy, 2008, S. 1953, 1956 f.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen nicht möglich sein wird, die Zeit, während sie einen neuen Abnehmer suchen, zu überbrücken. Das erhöht die Abhängigkeit vom bestehenden Abnehmer und seinen Drohpunkt. Schließlich wird die geduldigere Partei den größeren Vorteil aus den Verhandlungen ziehen, wenn die andere Seite von ihr abhängig ist.[673] Gerade wenn das Einkaufsvolumen einen großen Anteil an der Produktion des Lieferanten ausmacht, für den Nachfrager aber nur einen geringen Anteil hat und zudem der Lieferant aus wirtschaftlichen Gründen an einem Vertragsabschluss interessiert ist, beeinflusst die Geduld das Verhandlungsergebnis zu Gunsten des Nachfragers.

II. Auswirkungen

Während das Monopsonmodell Nachfragemacht als in allen Varianten wohlfahrtsschädlich analysiert, betrachtet das Modell der Verhandlungsmacht sie differenzierter. Allokativ kann Verhandlungsmacht kurzfristig effizient sein abhängig von komplexen Marktgegebenheiten, auf die dynamische Effizienz wirkt sie wohl langfristig schädlich.

1. Allokative Effizienz

Zunächst ist der Begriff der Allokationseffizienz zu klären. Er meint, dass die in einer Volkswirtschaft vorhandenen Ressourcen so genutzt werden, dass die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Mitglieder einer Gesellschaft optimal befriedigt werden.[674] Das ist dann der Fall, wenn durch einen anderen Einsatz der Ressourcen oder eine andere Verteilung der Güter weder die Gesellschaft insgesamt noch einzelne Individuen besser gestellt sein können, ohne dass gleichzeitig andere Verluste hinnehmen müssen.[675]

Eine effiziente Allokation bedeutet ein Maximum an Gesamtwohlfahrt, da in einem solchen Markt die Parteien alle Tauschgewinne realisiert haben.[676] Sie besteht, wenn der Preis im Schnittpunkt von Angebots- und

673 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 42.
674 MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 133; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 4 ff.
675 MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 133; *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 249.
676 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nachfragekurve liegt. Dann haben sich die Parteien auf den Gleichgewichtspreis geeinigt. Die Gesamtwohlfahrt enthält die Produzenten- und Konsumentenrente. Die Konsumentenrente steigt an, wenn für die Endverbraucher entweder die Menge bei gleichbleibendem Preis steigt oder der Preis für die unveränderte Menge sinkt. Die Konsumentenrente ist der für die EU-Kommission relevante Maßstab für Wettbewerbsbeschränkungen.

Der maßgebliche Faktor, der den Preis auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt bestimmt und somit über die Konsumentenwohlfahrt mitentscheidet, sind die Grenzkosten der Nachfrager. Grenzkosten sind Kosten, die entstehen, wenn ein Unternehmen eine zusätzliche Einheit produziert oder anschafft.[677]

Das bereits beschriebene Monopsonmodell weist unter engen Prämissen nach, dass der Monopsonist keinesfalls niedrigere Grenzkosten haben wird als ein wettbewerblicher Nachfrager. Daher werden die Preise auf dem nachgelagerten Markt nicht sinken, eher steigen. Der Monopsonist beeinflusst mit seiner nachgefragten Menge unmittelbar den Preis, und zwar nicht nur den Preis für das zusätzliche Gut, sondern den Preis für alle nachgefragten Güter. Da das Monopsonmodell von einer steigenden Angebotskurve ausgeht[678], steigt mit jeder zusätzlich nachgefragten Einheit der Gesamtpreis der Beschaffung. Insofern unterliegt der Monopsonist steigenden Grenzkosten. Der im Wettbewerb stehende Nachfrager als Preisnehmer zahlt hingegen immer den gleichen Einkaufspreis, da seine Beschaffungsmenge den Marktpreis nicht beeinflusst.

Das Modell der Verhandlungsmacht löst sich von den strengen Vorgaben der Kostenfunktion und sieht, anders als die steigende Angebotskurve, dass mit einer individuell größeren Menge zwar nicht der Marktpreis sinkt, aber der tatsächlich ausgehandelte individuelle Einkaufspreis. Dementsprechend hat der verhandlungsstarke Nachfrager sinkende Grenzkosten zu tragen. Wenn die Grenzkosten nun wirklich sinken und der Nachfrager auf dem nachgelagerten Markt im Wettbewerb steht, können dort die Endverbraucherpreise sinken, so dass die Konsumentenwohlfahrt steigt.

---

677 *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2010, S. 50.

678 Im Allgemeinen werden die Grenzkosten mit zunehmender Menge steigen, da zusätzliche teure Inputs für eine größere Menge erforderlich werden, vgl. *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 6.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Niedrige Grenzkosten

Ob der verhandlungsstarke Nachfrager aber tatsächlich geringere Grenzkosten trägt, hängt von der individuellen Vertragsgestaltung ab.

Betreffen die Zugeständnisse des Lieferanten die „Nebenkosten" wie Gebühren, Listungsgebühren oder Regalmieten, sinken die Grenzkosten nicht. Diese versteckten Rabatte dienen gerade dazu, den Preis auf dem nachgelagerten Markt hochzuhalten und das exakte Kostenniveau vor den Mitbewerbern zu verschleiern. Der Nachfrager hat keinen unmittelbaren Anreiz, diese heimlichen Einkaufsvorteile weiterzugeben.[679] Diese Zugeständnisse reduzieren zunächst nur seine Fixkosten, nicht die preisbestimmenden Grenzkosten. Nur langfristig könnten die Nachfrager diese Rabatte an die Endverbraucher weitergeben, abhängig davon wie wettbewerbsintensiv der Verkaufsmarkt ist und ob die Mitbewerber ähnliche Vorteile haben.[680]

Es ist auch nicht unbedingt im Interesse des verhandlungsstarken Nachfragers, einen möglichst geringen Einkaufspreis zu erzielen. Niedrige Einkaufspreise (und dadurch niedrige Grenzkosten) führen zu einem intensiven Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt.[681] Das bedeutet wiederum nur eine geringe Gewinnmarge für den Nachfrager. Hingegen schwächen höhere Einkaufspreise, die die Kosten des Nachfragers (und wohl auch der übrigen Nachfrager) erhöhen, den Wettbewerb dort.

b) Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt

Je intensiver der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt geführt wird, desto deutlicher werden sich Vorteile im Einkaufspreis bemerkbar machen.[682] Desto stärker sind aber auch die Mitbewerber veranlasst, ihr Angebot anzupassen und dem Wettbewerbsdruck nachzugeben.

---

679 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 38 f.; *Inderst/Valetti*, 59 The Journal of Industrial Economics 1, 2 (2011).

680 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 39.

681 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 39.

682 *Ezrachi*, 8 Journal of Competition Law and Economics 47, 51 (2012); *Inderst*, WuW 2008, 1261, 1268; *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 14.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Spiraleffekt

Die Mitbewerber auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt werden jedoch nur soweit dem Wettbewerbsdruck des Preisführers nachgeben können, als sie selbst verbesserte Einkaufsbedingungen erhalten. Sind sie jedoch ein nicht ebenso verhandlungsmächtiger Nachfrager, werden sie dem nachgelagerten Wettbewerb nicht dauerhaft standhalten können. Dieses langfristig wettbewerbsschädigende Phänomen bezeichnet der Spiraleffekt:

Die günstigen Einkaufskonditionen verbessern den Auftritt des Nachfragers auf dem Verkaufsmarkt und lassen dort seine Marktmacht steigen. Dies führt wiederum zu einem größeren Nachfragepotential und weiter verstärkter Nachfragemacht. Die Spirale von Nachfragemacht lässt die Angebotsmacht steigen und diese wiederum die Nachfragemacht.[683] Der Spiraleffekt führt kurzfristig also dazu, dass der marktmächtige Nachfrager seine Vorzugskonditionen an die Abnehmer weitergibt, um sich nachgelagert Wettbewerbsvorteile zu erarbeiten. Langfristig zeigt der Spiraleffekt jedoch auf dem nachgelagerten Markt negative Wirkungen: Wettbewerber scheiden aus dem Markt aus, ein Marktzutritt ist wegen der geringen Gewinnspannen nicht attraktiv und eine schleichende Monopolisierung setzt sich in Gang. Sofern aus dem Markt scheidende Wettbewerber nicht durch neue Markteintritte ausgeglichen werden, leidet der Wettbewerb auf dem Verkaufsmarkt. Die im Einkauf verhandlungsstarken Anbieter haben dann keinen Anlass mehr, ihre Einkaufsvorteile an die Konsumenten weiterzugeben.[684]

Ob der Spiraleffekt tatsächlich in diesem Ausmaß besteht, ist zweifelhaft. Er setzt Marktbedingungen voraus, die nicht ohne weiteres gegeben sind. Das Angebot der Lieferanten müsste gleichbleiben, obwohl die Verkaufserlöse der Lieferanten sinken. Während der Preis also sinkt, muss die Ware in Vielfalt und Qualität auf konstantem Niveau bleiben. Auch müssten die übrigen Nachfrager ihre individuellen Einkaufskonditionen behalten. Zudem müsste das Sortiment der übrigen Nachfrager unverändert

683 *Ezrachi*, 8 Journal of Competition Law and Economics 47, 52 (2012); *Zeise*, in: *Schulte* (Hrsg.), Handbuch Fusionskontrolle, 2010, Rn. 1387; *Inderst*, WuW 2008, 1261, 1269; *Kirkwood*, 72 Antitrust L. J. 625, 648 f. (2005); schon als Potenzierung von Nachfragemacht angedeutet bei *Köhler*, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, 1979, S. 11.

684 *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 15; *Kirkwood*, 72 Antitrust L. J. 625, 648 f. (2005).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bleiben, da sich ansonsten der Wettbewerb nicht mehr nur über den Preis realisiert. Schließlich wird der Spiraleffekt umso größer sein, je intensiver der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt funktioniert. Der Spiraleffekt kann daher in bestimmten Situationen auftreten. Er ist aber wegen seiner engen ökonomischen Voraussetzungen weniger präsent, als seine häufige Erwähnung in der Literatur vermuten lässt.[685]

Die Wettbewerbsbehörden ziehen gerne den Spiraleffekt heran, um die negativen Auswirkungen gesteigerter Nachfragemacht zu illustrieren.

Die Kommission stellt in der Entscheidung *Rewe/Meinl* klar, dass die Verbraucher kurzfristig von der Phase intensiven Verdrängungswettbewerbs auf dem Absatzmarkt profitieren könnten, langfristig würden die marktstarken Unternehmen aber eine Marktstruktur erreichen, in der sie auf die Endverbraucher keine Rücksicht mehr nehmen müssten.[686]

Das Bundeskartellamt beschreibt in *Edeka/Tengelmann* den Spiraleffekt allgemein für den Lebensmitteleinzelhandel.[687] Der Zusammenhang von immer größerem Abnahmevolumen und immer besseren Einkaufskonditionen bei einem gleichzeitig verbesserten Auftritt auf dem Handelsmarkt ermögliche aggressive Marktstrategien, die kleine Wettbewerber verdrängen würden.

Die Wettbewerbsbehörden stehen mit diesen Äußerungen, dass im Lebensmitteleinzelhandel der Spiraleffekt wirkt, im Verdacht, ineffizient arbeitende Wettbewerber künstlich im Markt zu halten, statt den Wettbewerbsprozess mit seinem Ausleseverfahren wirken zu lassen.[688] Das Kartellrecht, das den Wettbewerb als solches schützt, ist stets dem Vorwurf ausgesetzt, den Wettbewerber statt des Wettbewerbs zu schützen. Ein Ausscheiden kleiner und ineffizient arbeitender Marktteilnehmer ist dem Wettbewerb immanent und begründet seine wohlfahrtssteigernde Wirkung. Große und effizient arbeitende Unternehmen haben allein wegen ihrer Größe schon Kosten- und damit Wettbewerbsvorteile gegenüber kleinen Mitbewerbern.

---

685 *Inderst*, WuW 2008, 1261, 1268.

686 EU-Kommission, Entscheidung vom 03.02.1999, Fall M.1221, ABl. 1999 Nr. L 274, Rn. 73 – *Rewe/Meinl*.

687 Bundeskartellamt, Beschluss vom 30.06.2008, Az. B2-333/07 (S. 103) – *Edeka/Tengelmann*.

688 *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 15.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zwar kennt zumindest das deutsche Kartellrecht einen gleichzeitigen Schutz des Wettbewerbs als Institution und der wettbewerblichen Handlungsfreiheit der individuellen Marktteilnehmer. Doch gewährt dieses Freiheitsrecht keine individuelle Bestandsgarantie, sondern nur die Chance, am Markt teilzunehmen. Das Bestehen am Markt hängt alleine vom unternehmerischen Geschick des Einzelnen ab. Insofern schützen die Wettbewerbsbehörden unterlegene Marktteilnehmer nicht vor dem Leistungswettbewerb mit ihren großen Konkurrenten. Sie schützen jedoch den Wettbewerb als Prozess vor rechtswidrigen verdrängenden Methoden, die nicht dem Leistungswettbewerb entsprechen.

Ein pauschales Argumentieren der Wettbewerbsbehörden mit dem Spiraleffekt vermag daher in der Tat, ineffiziente Wettbewerber zu schützen. Auf den Lebensmitteleinzelhandel bezogen, in dem ein äußerst preisbezogener Wettbewerb herrscht, scheint ein tatsächlicher Spiraleffekt nicht ausgeschlossen.

d) Wasserbetteffekt

Der Wasserbetteffekt bedeutet, dass, wie sich die Einkaufskonditionen des einen verbessern, sie sich für die anderen verschlechtern. Er zeigt sich in horizontaler Richtung zu Lasten der übrigen nicht verhandlungsstarken Nachfrager.[689] Der Lieferant wird versuchen, die Zugeständnisse, die er gegenüber den verhandlungsstarken Nachfragern geben musste, gegenüber den übrigen Nachfragern wieder auszugleichen.[690] Im Ergebnis führen dann niedrigere Einkaufspreise für starke Nachfrager zu höheren Einkaufspreisen für schwache Nachfrager. Ist der Wasserbetteffekt stark genug ausgeprägt, werden die kleinen Nachfrager ihre höheren Grenzkosten an die Endverbraucher in Form höherer Preise weitergeben müssen. Dabei spielt es für ein Auftreten des Wasserbetteffekts keine Rolle, ob der Nach-

689 *Inderst/Valetti*, 59 The Journal of Industrial Economics 1 (2011); *Inderst*, WuW 2008, 1261, 1270; OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 50 ff.; *Foer*, 39 Conn. L. Rev. 1307, 1326 (2007); *Dobson/Inderst*, ECLR 393 (2007); vgl. auch Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 4.

690 *Ezrachi*, 8 Journal of Competition Law and Economics 47, 52 (2012); *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793, 797; *Zeise*, Nachfragemacht und Kartellrecht – Tagungsbericht des Bundeskartellamtes, WuW 2008, 1291, 1292; *Foer*, 39 Conn. L. Rev. 1307, 1326 (2007); *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 15.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

frager seine Verhandlungsmacht durch einen Zusammenschluss erfährt oder durch organisches und internes Wachstum wegen effizienteren Arbeitens.[691]

Wie wirkt sich der Wasserbetteffekt auf die Konsumentenwohlfahrt aus? Ist, unter den genannten Bedingungen, der verhandlungsstarke Nachfrager in der Lage, die Preise auf dem nachgelagerten Markt zu senken, befinden sich die vom Wasserbetteffekt betroffenen Mitbewerber im Dilemma: Einerseits müssten sie ihre verschlechterten Einkaufsbedingungen in Form höherer Preise weiterreichen, andererseits müssten sie sich dem Wettbewerbsdruck beugen und ihre Preise senken, um sich dem Marktbeherrscher anzupassen. Je stärker nun bereits eine Preisdiskriminierung zwischen den Nachfragern besteht, desto größer wird der Wasserbetteffekt ausfallen, so dass sich die Mitbewerber mit größerer Wahrscheinlichkeit gezwungen sehen, nachgelagert die Preise zu erhöhen.[692] Im Ergebnis wird dann die Konsumentenwohlfahrt unter dem Wasserbetteffekt eher leiden.[693]

Ein Rückgang der Konsumentenwohlfahrt ist dagegen nicht mehr so eindeutig, wenn die Märkte sich dynamisch entwickeln, z. B. die Zahl der Konsumenten, die von den gesunkenen Preisen profitiert, steigt, während die Konsumenten, die höhere Preise bezahlen, weniger werden.[694] Niedrigere Preise ziehen weitere Endverbraucher an, so dass sich der Gesamtmarkt vergrößern kann. Der Zuwachs des großen nachgelagerten Anbieters erfolgt nicht unbedingt auf Kosten der Kleinen. Dann sind selbst bei einem mäßigen Wasserbetteffekt negative Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt fraglich.[695]

Auch beschränkt sich der Wasserbetteffekt nicht auf den Preis. Statistische Daten der britischen Wettbewerbsbehörde aus einer Untersuchung des Lebensmittelsektors zeigen, dass nur wenige Lieferanten tatsächlich

691 *Inderst/Valetti*, 59 The Journal of Industrial Economics 1, 12 (2011) sieht jedoch, dass ein mächtiger Nachfrager durch Zusammenschluss die Wohlfahrt reduziert, während der effizient arbeitende mächtige Nachfrager unter Umständen die Wohlfahrt steigert.

692 *Dobson/Inderst*, ECLR 393, 398 (2007).

693 *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 16.

694 Competition Commission, Appendix 5.4, The waterbed effect in supplier pricing, 2008, S. 9.

695 Competition Commission, Appendix 5.4, The waterbed effect in supplier pricing, 2008, S. 10.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Preis für kleinere Nachfrager bei steigender Beschaffung eines großen erhöhen.[696] Die überwältigende Mehrheit von 93 % der Lieferanten auf dem britischen Lebensmittelsektor verneint einen Wasserbetteffekt hinsichtlich des Preises.[697] Vielmehr ist entsprechend dieser Marktbefragung zu erwarten, dass zeitweise die kleineren Nachfrager nur eine geringere Menge bzw. einen schlechteren Service erhalten.

Ökonomisch lässt sich der Wasserbetteffekt mit Verhandlungsmacht selbst erklären. Wie die nachfragemächtigen Unternehmen – auch im Wege des Spiraleffekts – wachsen und ihre Verhandlungsmacht weiter ausbauen, so verlieren die nicht nachfragemächtigen Unternehmen an Verhandlungsmacht.[698] Zumindest setzt aber auch auf Lieferantenebene ein Konzentrationsprozess ein. Die niedrigeren Beschaffungspreise verringern die Profitabilität der Lieferanten. Langfristige Folge bei den Lieferanten sind Bemühungen, rationeller und effizienter zu arbeiten. Die Zahl der Lieferanten wird dadurch zurückgehen. Manche werden den Markt verlassen, andere sich zusammenschließen.[699] Dadurch steigt die Verhandlungsmacht der verbleibenden wenigen Lieferanten gegenüber den Nachfragern wieder an, so dass auch die Beschaffungspreise steigen. Doch werden deswegen die langfristigen Folgen auf die Konsumentenwohlfahrt nicht etwa neutral sein. Da es weniger Lieferanten gibt, leiden die Auswahl und Vielfalt des Angebots. Gleichzeitig ergeben sich bei weniger Anbietern wohl negative Folgen auf dynamische Wettbewerbsparameter, wie Qualität und Innovation.

Auch auf dem nachgelagerten Anbietermarkt führt der Wasserbetteffekt zu einer Konzentration der Anbieter auf Kosten der nicht mehr wettbewerbsfähigen Mitbewerber. Sie werden unter dem Druck der verschlechterten Einkaufsbedingungen und des gleichzeitig verschärften nachgelagerten Wettbewerbs einen Marktaustritt erwägen.

---

696 Competition Commission, Appendix 5.4, The waterbed effect in supplier pricing, 2008, S. 9; vgl. dazu grundlegend Competition Commission, Market Investigation into the Supply of Groceries in the UK, 2008.

697 Competition Commission, Appendix 5.4, The waterbed effect in supplier pricing, 2008, S. 10.

698 *Inderst/Valetti*, 59 The Journal of Industrial Economics 1, 2 (2011); *OECD*, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 24; *Inderst/Wey*, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, 2007, S. 16.

699 *Inderst/Mazzarotto*, in: *Collins* (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy, 2008, S. 1953, 1966.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gegen diesen modellhaften Wasserbetteffekt werden drei Kritikpunkte vorgetragen. Zum einen sei ungewiss, dass sich die Preise für die Konsumenten tatsächlich erhöhten. Schließlich werde der erhöhte Wettbewerbsdruck, der vom marktstarken Nachfrager auf dem Endkundenmarkt ausgehe, den Preisanstieg wegen höherer Stückkosten kompensieren.[700] Erst recht wird dies dann aber beschleunigen, dass die nachfrageschwachen Mitbewerber aus dem Markt ausscheiden, wenn sie im verschärften Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt nicht mithalten können. Folge ist dann eine Vermachtung des nachgelagerten Anbietermarktes, auf dem die dann beherrschenden Unternehmen keinen Anlass haben, Einkaufsvorteile weiterhin an die Endverbraucher weiterzureichen.

Zum anderen sei zweifelhaft, ob es überhaupt im wirtschaftlichen Interesse des Lieferanten liege, die Preise für die übrigen nicht nachfragemächtigen Nachfrager zu erhöhen. Vielmehr könne der Lieferant auch die Preise gegenüber den übrigen Nachfragern auf ein niedrigeres Niveau senken, damit sie sich im Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt behaupten könnten und im Markt verblieben.[701] Ein solches Lieferantenverhalten ließe die nachgefragte Menge steigen.[702] Dieser Ansicht steht jedoch das Modell der Verhandlungsmacht entgegen. Es sagt aus, dass mit steigender Menge der Lieferant günstigere Preise gewähren werde. Die niedrigeren Preise sind der Anreiz, mehr Ware zu beschaffen. Sobald der Lieferant ohne Mengensteigerung bessere Bedingungen gewährt, gerät er in den Sog, dass der Nachfrager für eine geringere Menge noch weniger bezahlen möchte. Gerade in den individuell geprägten Handelsbeziehungen ist ein solches unternehmerisches Verhalten eher unwahrscheinlich. Ebenso unwahrscheinlich ist es, dass ein einzelner Lieferant seine greifbaren Gewinnerwartungen opfert, um langfristig eine profitable Marktstruktur, die von Wettbewerb geprägt ist, aufrechtzuerhalten.[703]

Schließlich wird gegen den Wasserbetteffekt vorgebracht, die übrigen Nachfrager würden auch für sich die Vorzugsbedingungen des starken Nachfragers verlangen.[704] Die Diskriminierung der Marktteilnehmer ist je-

700 *Inderst*, WuW 2008, 1261, 1270; Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht, 2008, S. 4.
701 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 23; *Dobson/Inderst*, ECLR 393, 399 (2007).
702 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 23.
703 *Dobson/Inderst*, ECLR 393, 399 (2007).
704 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 50.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

doch gerade Grundlage des Modells der Verhandlungsmacht. Würden die Lieferanten ihren Abnehmern nicht unterschiedliche Bedingungen gewähren, würde sich der einheitliche Preis entsprechend der Kostenfunktion wie im Monopsonmodell bilden: Auf einer steigenden Angebotskurve würde eine größere Menge einen höheren Preis bedeuten. Der Lieferant könnte nur im Einzelfall individuell niedrigere Preise für eine größere Menge einräumen, wenn er seine steigenden Grenzkosten auf die übrigen Nachfrager umlegte. Zudem verhindern gerade im Handel Exklusivvereinbarungen, dass die übrigen Nachfrager die Einkaufsbedingungen der Mitbewerber überhaupt kennen. Es existiert ein vertragliches Geflecht aus verschiedensten Rabatten und Preisformen.[705] Die Vertragsparteien versuchen ganz bewusst, möglichst kreative Bezugsbedingungen zu finden, um die klaren Wettbewerbsparameter wie Preis und Menge zu verschleiern und einen Vergleich zu den Einkaufsbedingungen der Mitbewerber zu verhindern.

Zusammenfassend lässt sich ein Wasserbetteffekt im ökonomischen Modell erklären. Gleichzeitig sprechen zahlreiche Gesichtspunkte zumindest gegen negative Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt. Die statistischen Daten vom britischen Lebensmittelmarkt zeigen sogar, dass hinsichtlich des Preises ein Wasserbetteffekt nicht nachweisbar ist.

e) Zwischenergebnis

Nach dem Modell der Verhandlungsmacht profitieren Endverbraucher unter bestimmten Voraussetzungen durchaus von vorgelagerter Nachfragemacht in Form niedrigerer Preise. Der Spiraleffekt, der zu einer schleichenden Vermachtung auch des nachgelagerten Angebotsmarktes führt, kann diese positiven Auswirkungen langfristig jedoch beschränken und sie sogar in ihr Gegenteil von höheren Verkaufspreisen umkehren. Der umstrittene Wasserbetteffekt stellt selbst kurzfristig eine reduzierte Konsumentenwohlfahrt bei verhandlungsstarker Nachfragemacht dar. Wie sich Nachfragemacht auf dynamische Wettbewerbsparameter, wie Innovation und Qualität, auswirkt, untersucht die Arbeit im übernächsten Abschnitt.[706]

---

705 Competition Commission, Appendix 5.4, The waterbed effect in supplier pricing, 2008, S. 3.

706 Vgl. oben S. 204.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

f) Stellungnahme zu gesellschaftlichen Kosten von Nachfragemacht

Endverbraucher können durchaus von verhandlungsmächtigen Nachfragern profitieren. Nachfragemacht kann nach der ökonomischen Lehre in manchen Situationen effizienzsteigernd wirken. Auffällig ist jedoch, dass auf den typischen Anwendungsfeldern von Nachfragemacht weitere gesellschaftliche Kosten entstehen:

In der landwirtschaftlichen Produktion ist es nicht nur den Milchbauern kaum möglich, für ihre Produkte Preise zu erlösen, die die Betriebskosten decken. Der Staat fängt diese Einkommensausfälle mit (wettbewerbspolitisch fragwürdigen) Subventionszahlungen auf, zumindest in der westlichen Welt. Staatliche Subventionen verlangen aber einen Verwaltungsaufwand, stehen in der Gefahr, Märkte zu verzerren, und sind daher wohl ein ineffizientes Instrument, um Steuermittel auszugeben.[707] In Entwicklungsländern, deren Landwirtschaft von der Nachfragemacht westlicher Unternehmen in noch stärkerem Maße betroffen ist, kann der Staat solche Ausgleichszahlungen nicht leisten. Es erscheint möglich, dass die westliche konsumierende Gesellschaft Effizienzgewinne und niedrigere Endverbraucherpreise auf Kosten der produzierenden Länder, typischerweise der Entwicklungsländer, realisiert.

In einem zweiten klassischen Bereich der Nachfragemacht, dem Arbeitsmarkt, ereignet sich ähnliches. Löhne von Arbeitnehmern, die von ihrer Arbeit nicht leben können, werden aus staatlichen Mitteln aufgestockt.[708] Typischerweise trifft das Arbeiter aus unteren Einkommensschichten mit nur geringer Qualifikation. Sie haben keine Verhandlungsmacht gegenüber ihrem Arbeitgeber, sie haben kein Alleinstellungsmerkmal auf Grund ihrer Qualifikation, ihrer Bildung oder ihres handwerklichen Geschicks. Sie sind beliebig austauschbar. Entsprechend des Modells der Verhandlungsmacht sind sie nicht in der Lage, eine bessere Bezahlung durchzusetzen. Hinzu kommt, dass die Arbeitgeber von ungelernten Hilfskräften häufig produzierende Betriebe sind, die ihrerseits am Anfang einer nachfragestarken Wertschöpfungskette stehen.

---

707 Vgl. auch *Grimes*, 72 Antitrust L. J. 563, 574 f. (2005).

708 Vgl. zur Nachfragemacht eines nachfragestarken Unternehmens gegenüber den eigenen Mitarbeitern am Beispiel von *Wal Mart USA*, *Grimes*, 72 Antitrust L. J. 563, 574 f. (2005); vgl. zum Arbeiter als nicht von Effizienzen profitierendem Verbraucher *Nihoul*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 219, 226.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ökonomisch sind diese staatlichen Transferzahlungen kaum in Modellen über Nachfragemacht zu berücksichtigen, faktisch sind sie nicht zu leugnen. So sie aber aus staatlichen Mitteln und damit unter anderem aus Steuermitteln der Endverbraucher fließen, zahlen diese einen hohen Preis für möglicherweise sinkende Preise. Denkt man Nachfragemacht über ein ökonomisches Modell hinaus bis an den Anfang der Wertschöpfungskette, wo der Endverbraucher als Lieferant seiner Arbeitskraft agiert, wird deutlich, dass selbst sinkende Preise für Endverbraucher keinen Effizienzgewinn bedeuten müssen.

2. Produktive Effizienz

Die produktive Effizienz behandelt den Einsatz von Produktionsfaktoren, Inputs und Gütern. Eine Produktion verläuft dann effizient, wenn bei gegebenem Input ein maximaler Output erreicht wird.[709] Eine effiziente Produktion ist in der Regel gegeben, solange alle daran Beteiligten, auch unternehmensintern, das Ziel der Gewinnmaximierung verfolgen.[710] Insbesondere unter dem Druck von Nachfragemacht wird es den liefernden Unternehmen nicht mehr möglich sein, Ressourcen zu verschwenden. Vielmehr sieht der Lieferant starke Anreize, seine eigenen Kosten zu senken und effizienter sowie profitabler zu arbeiten. Das erhöht seinen eigenen Drohpunkt in den Verhandlungen und stärkt somit die eigene Verhandlungsmacht.

Die Auswirkungen der Produktionseffizienz auf die Konsumentenwohlfahrt sind entweder positiv, wenn das produktive Arbeiten sich positiv auf die Allokationseffizienz auswirkt und die Konsumentenwohlfahrt dadurch erhöht. Die Auswirkungen der Produktionseffizienz auf die Konsumentenwohlfahrt können aber auch negativ sein, wenn sich der Lieferant selbst die Produktionsvorteile einverleibt. Dann steigt zwar der Gesamtwohlfahrtsstandard, nicht jedoch die Konsumentenwohlfahrt. Angesichts eines verhandlungsstarken Nachfragers wird es aber wohl eher dazu kommen, dass der Lieferant seine Produktionsvorteile weiterreicht. Ob der Nachfra-

709 Dazu ausführlich MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 134; vgl. weiterhin *Parret*, in: *Zimmer* (Hrsg.), Goals of Competition Law, 2012, S. 61, 68; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 8.

710 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ger dann diese Vorteile an die Endverbraucher weitergibt, ist jedoch eine andere, bereits oben angesprochene, Frage.

3. Dynamische Effizienz

a) Begriff der dynamischen Effizienz

Während die Allokations- und Produktionseffizienz allein statische Parameter erfassen, versucht die dynamische Effizienz Veränderungen in Forschung und Entwicklung, der Qualität, Innovation oder Marktstrukturen über Zeiträume abzubilden.[711] Innovationsökonomisch ist es schwierig festzustellen, wann dynamische Effizienz gegeben ist, da Forschungs- und Entwicklungserfolge kaum zu prognostizieren und zu bewerten sind. Daher ist der Begriff der dynamischen Effizienz noch nicht derart ausgereift und eingeführt wie der der allokativen und produktiven Effizienz.[712] Es fehlt auch ein klares Kriterium, um einen innovatorischen Fortschritt zu erfassen. Die Investitionen eines Unternehmens in Forschung und Entwicklung können zwar ein Indiz für eine hohe dynamische Effizienz sein, verlässlich nachweisen können sie sie allerdings nicht.[713]

b) Positive Auswirkungen auf dynamische Wettbewerbsparameter

Die gängigen Bewertungen von Nachfragemacht auf Innovationen folgen dem Muster, dass der Druck auf die Gewinnspanne der Anbieter deren

---

711 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 9. Dazu grundlegend MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 104 ff., 135. Schon *Schumpeter* begrüßte 1942 das Zeitalter, in dem sich Ökonomen nicht mehr nur auf den Preis in der Konkurrenz fixieren, sondern ebenso Qualität und Service als dynamische Parameter im Auge haben, vgl. *Schumpeter*, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 1946, S. 139 f.

712 MüKo/*Kerber/Schwalbe*, EuWettbR, 2015, Einl., Rn. 135; vgl. auch *Stucke*, 53 Boston Coll. L. Rev. 551, 583 (2012).

713 Vgl. *Kerber*, in: *Drexl/Kerber/Podszun*, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 173, 185.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Anreize beschränkt, zu investieren und zu entwickeln. Darunter leiden dann die Gesamt- und Konsumentenwohlfahrt.[714]

Diese pauschale Einschätzung zeigt jedoch zwei Schwächen: Zum einen stammen die Anreize des Lieferanten, in Produkt- und Prozessinnovationen zu investieren, eher aus der Zusammensetzung seiner Gewinne als aus ihrer absoluten Höhe.[715] Die niedrigeren absoluten Gewinne beschränken eher den potentiellen Wettbewerb, denn sie lassen einen Markteintritt unattraktiv erscheinen. Zum anderen stammen die Investitionsanreize aus dem Bemühen der Lieferanten, ihre Produktionsgrenzkosten zu reduzieren und gleichzeitig eine möglichst große Menge herzustellen.[716] Aus dieser gestiegenen Produktionsmenge zu gleichzeitig niedrigeren Produktionskosten folgt dann eine verbesserte Konsumentenrente. Daher ist es verfrüht, von geringeren absoluten Profiten der Lieferanten auf geringere Anreize für Investition und Innovation zu schließen.[717] Gerade wenn es den Lieferanten gelingt, ihre Produktionsgrenzkosten zu senken, können nachgelagerte Verbraucher von niedrigeren Preisen profitieren, sind doch die Grenzkosten die für die Preisbildung maßgebliche Einheit.

Lieferanten, die von verhandlungsmächtigen Nachfragern abhängig sind, haben also Anreize, verstärkt in Innovationen zu investieren, um der Abhängigkeit zu entgehen oder sie zu mindern. Je kostengünstiger die eigene Produktion des Lieferanten ist, d. h. je niedriger die eigenen Grenzkosten liegen, oder je attraktiver das Produkt erscheint, desto geringer ist

---

714 Beispielsweise im F.T.C.-Report 2001:

> Even if consumers receive some benefits in the short run when retailers use their bargaining leverage to negotiate a lower price, they could be adversely affected by the exercise of buyer power in the longer run, […] if the suppliers respond by under-investing in innovation or production.

Vgl. Federal Trade Commission, Report on the federal trade commission workshop on slotting allowances and other marketing practices in the grocery industry, 2001, S. 57; vgl. ebenso *Ezrachi*, 8 Journal of Competition Law and Economics 47, 53 (2012); *Grimes*, 72 Antitrust L. J. 563, 575 (2005); *Kirkwood*, 72 Antitrust L. J. 625, 650 f. (2005).

715 *Inderst/Mazzarotto*, in: *Collins* (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy, 2008, S. 1953, 1971; *Inderst/Wey*, Buyer Power and Supplier Incentives, 2003, S. 19.

716 *Inderst/Wey*, Countervailing Power and Upstream Innovation, 2005, S. 4; *Inderst/Wey*, Buyer Power and Supplier Incentives, 2003, S. 19; *Inderst/Wey*, 34 RAND Journal of Economics 1, 12 (2003).

717 *Inderst/Wey*, Countervailing Power and Dynamic Efficiency, 2010, S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Verhandlungsmacht des Nachfragers.[718] Ebenso könnten eigene innovative Produkte sich im besten Falle zu sog. *must-stock*-Produkten entwickeln, die die Verhandlungsmacht zugunsten der Lieferanten verschieben.

Interessanterweise können neben den starken auch die schwachen Nachfrager, entgegen dem Wasserbetteffekt, von dem Rationalisierungs- und Kostensenkungsdruck, unter dem der Lieferant steht, profitieren. Gelingt es dem Lieferanten, seine eigenen Grenzkosten zu senken, können auch kleinere Nachfrager verbesserte Einkaufsbedingungen verhandeln.[719] Ebenso profitieren kleine Nachfrager auch von qualitativ verbesserten Produkten, die auf Druck des verhandlungsstarken Nachfragers entstehen.

Darüber hinaus haben starke Nachfrager die Kompetenz und Ressourcen, um mit Lieferanten frühzeitig in der Produktentwicklung zusammenzuarbeiten und auf diese Weise die gesamte Innovationskraft des vorgelagerten Beschaffungsmarktes zu stärken.[720] Die Drohung eines Nachfragers, die vorgelagerte Leistung in das eigene Unternehmen ganz oder teilweise zu integrieren, kann unter innovatorischen Gesichtspunkten ein Segen sein, da sich der Nachfrager auf diese Weise selbst Wissen und Techniken der Lieferanten aneignet. Gleichzeitig fließen in Forschung und Entwicklung dann die Erkenntnisse der vor- und nachgelagerten Ebene ein, die zumindest im Falle der nur Teilintegration weiterhin im Wettbewerb zueinander stehen.

Schließlich wird das Drohpotential starker Nachfrager die Lieferanten darin disziplinieren, deren Qualitätserwartungen einzuhalten. Ein marktstarker Nachfrager, der Qualität einfordert, zeigt wegen der bilateralen Abhängigkeitsverhältnisse mehr Durchsetzungskraft als viele kleine Nachfrager, auf die der Lieferant im Falle sinkender Qualität ohne größere eigene Einbußen verzichten kann.[721]

Es gibt theoretische Modelle, beispielsweise wie die oben zitierten von *Inderst* und *Wey*,[722] die den faktischen Befund erklären, dass größere Nachfrager die Anbieter innovatorisch auf Trab halten. Die Erkenntnis

718 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 54; *Inderst/Wey*, Countervailing Power and Upstream Innovation, 2005, S. 4.

719 *Inderst/Wey*, Countervailing Power and Dynamic Efficiency, 2010, S. 22.

720 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 12.

721 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 12.

722 *Inderst/Wey*, Countervailing Power and Dynamic Efficiency, 2010, S. 5 ff.; *Inderst/Wey*, Countervailing Power and Upstream Innovation, 2005, S. 6 ff.; vgl. auch *Inderst/Mazzarotto*, in: *Collins* (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy, 2008, S. 1953, 1970 f.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

selbst liefert beispielsweise die englische Wettbewerbsbehörde, die Competition Commission. Sie kam in einer Marktuntersuchung des britischen Lebensmittelsektors zu dem Ergebnis, dass Nachfragemacht nicht unbedingt zu einem Rückgang der dynamischen Effizienz führe.[723] Dies bestätigten auch eine Befragung der Marktteilnehmer und eine empirische Untersuchung.

c) Negative Auswirkungen auf dynamische Wettbewerbsparameter

Jedoch lässt sich auch ein negatives Muster von Nachfragemacht auf eine dynamische Marktentwicklung erkennen. Es lässt sich beobachten, dass Lieferanten weniger Anreize haben, in Vielfalt und Qualität ihrer Produkte zu investieren.

(1) Produktvielfalt

Nachfragemacht führt zu einem Rückgang in der Vielfalt der angebotenen Produkte. *Inderst* und *Shaffer* haben ein ökonomisches Modell entwickelt, das zeigt, wie die Angebotsvielfalt bei einem Zusammenschluss unter Nachfragern abnimmt.[724] Nach Teilen der ökonomischen Literatur wird das Verhandlungsmodell dadurch charakterisiert, dass der Nachfrager damit droht, keine weiteren Waren seines Verhandlungspartners mehr abzunehmen.[725] Diese Aussicht wirke umso bedrohlicher, je abhängiger der Lieferant vom Nachfrager ist. *Inderst* und *Shaffer* gehen nun davon aus, dass, insbesondere nach einer Fusion unter Nachfragern, der neu entstandene Beschaffer in der Tat einige Lieferbeziehungen aufkündige.[726] Diese Strategie könne dazu führen, dass Nachfrager für bestimmte Produkte nur noch einen einzigen Lieferanten hätten (*single-source-strategy*). Dadurch, dass Nachfrager tatsächlich einige Lieferanten auslisteten und eben nicht

723 Competition Commission, Market Investigation into the Supply of Groceries in the UK, 2008, S. 162; Competition Commission, Appendix 9.2, Supplier profitability and investment in innovation, 2008, S. 6 ff.
724 *Inderst/Shaffer*, 117 The Economic Journal 45, 47 ff. (2007).
725 OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, S. 26; *Kirkwood*, 72 Antitrust L. J. 625, 638 f. (2005).
726 *Inderst/Shaffer*, 117 The Economic Journal 45, 46 (2007).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nur damit drohten, leide die Produktvielfalt unmittelbar. Jeder Lieferant werde versuchen, dass er derjenige sei, der auch in Zukunft noch liefere. So werde er bereits im Voraus ein Produkt anbieten, welches die durchschnittlichen Bedürfnisse der Märkte, auf denen es angeboten werde, befriedige; aber eben nur die durchschnittlichen. Gerade wenn die sich zusammenschließenden Nachfrager ihre jeweiligen Waren auf sich nicht überlappenden Märkten anböten, gingen individuelle, auf lokale Räume abgestimmte, Angebote zurück.

Darüber hinaus leide die Produktvielfalt in Form des potentiellen Wettbewerbs unter der Nachfragemacht, da Anreize, in einen Markteintritt zu investieren, nicht gegeben seien.[727] Eher würden sich die verbleibenden Anbieter aus dem Markt zurückziehen oder ihr Angebot modifizieren.

(2) Qualität

Nachfragemacht wirkt sich auch negativ auf die Qualität der angebotenen Produkte aus. Sind Investitionen in Forschung und Entwicklung erforderlich, um die Qualität der Produkte zu verbessern, wird Nachfragemacht diese Investitionsanreize mindern und damit die Wohlfahrt schädigen.[728] Auch wenn die Qualitätseinbußen nicht quantifizierbar sind, so beeinträchtigen sie doch die Endverbraucher unmittelbar und wiegen mögliche Preiseinsparungen wieder auf.[729]

Qualität ist ein langfristiger dynamischer Wettbewerbsparameter, der in Zusammenhang mit fehlender Innovationskraft steht. Ein Qualitätsverlust muss nicht unbedingt bedeuten, dass ein Produkt im Sinne des Gewährleistungsrechts mangelhaft ist. Das wäre ein offenkundiger Qualitätsverlust. Vielmehr kann die Qualität aber auch schleichend Schaden nehmen, wenn den Lieferanten Anreize fehlen, in fortlaufende Innovationen zu investieren, ihre Produktionsanlagen zu erneuern oder die Rohstoffqualität

727 *Inderst/Shaffer*, 117 The Economic Journal 45, 60 (2007). Zu einem bewussten Verschließen des Anbieter- oder Nachfragermarktes vgl. *Inderst/Mazzarotto*, in: *Collins* (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy, 2008, S. 1953, 1968 f.

728 Mit Begründung anhand eines ökonomischen Modells, vgl. *Battigalli/Fumagalli/Polo*, 61 Research in Economics 45, 47 (2007).

729 *Ezrachi/de Jong*, ECLR 257, 259 (2012); einen modellhaften Rückgang der Konsumentenwohlfahrt durch dynamische Qualitätseinbußen selbst bei geringen Verkaufspreisen belegend *Battigalli/Fumagalli/Polo*, 61 Research in Economics 45, 47 (2007).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aufrechtzuerhalten. Auch bereits im Risiko eines Fehlers liegt ein Qualitätsverlust, der sich gar nicht unbedingt realisieren braucht. Damit begründen schon Einsparungen bei der Wareneingangs- und -ausgangskontrolle, der Produktsicherheit oder der Qualitätskontrolle einen Verlust an dynamischer Effizienz. Ebenso können Motivationsprobleme zu einer Qualitätsminderung im Sinne eines sorglosen Arbeitens führen. Die Aussicht, keine oder nur minimale Gewinne zu erzielen, mindert den Anreiz, sich um herausragende Qualität zu bemühen. Daher ist Qualität ein weiter Begriff, der sich nicht zwingend im Produkt selbst verkörpert, sondern bereits eine sorgfältige Forschung, Entwicklung und Herstellung miterfasst.

Qualitätsverluste lassen sich in zwei Kategorien einteilen: unerkannte Einbußen und vereinbarte Einbußen.[730] Die unerkannten Qualitätseinbußen können vor allem dann auftreten, wenn der Nachfrager keine Möglichkeit hat, die Ware zu überprüfen und die mangelnde Qualität zu erkennen. Hat er diese Möglichkeit der Qualitätsprüfung, kann der Lieferant entsprechend dem Wasserbetteffekt immer noch die Qualität gegenüber den übrigen Nachfragern senken, um so wiederum zu einem Ausgleich zu gelangen.

Vereinbarte Einbußen sind denkbar, wenn der Nachfrager auf seinem Verkaufsmarkt selbst unter intensivem Wettbewerbsdruck steht. Um seine Beschaffungskosten zu senken, könnte er verleitet sein, Qualitätseinbußen in Absprache mit den Lieferanten in Kauf zu nehmen.[731] Der intensive Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt war bis dahin stets das Versprechen dafür, dass der Nachfrager Einkaufsvorteile weitergeben würde. Nun wird aus einer dynamischen Perspektive erkennbar, dass selbst bei Preisvorteilen für Endverbraucher die Qualität möglicherweise sinkt, zumindest aber unter Druck steht.

Gleichwohl spielen für die dynamische Entwicklung auch markenstrategische Entscheidungen eine Rolle. Ist der Lieferant Inhaber einer eingeführten, möglicherweise renommierten und wertvollen Marke, wird er versuchen, den Anspruch der Marke an Qualität aufrechtzuerhalten. Ein Qualitätsrückgang würde seine eigene Verhandlungsposition gegenüber den Nachfragern schwächen und den Preisdruck erhöhen.[732] Handels- und Eigenmarken, deren Inhaber die Nachfrager selbst sind, verkörpern dagegen eher preisgünstige und nicht unbedingt hoch angesehene Produkte. Der

730 *Ezrachi/de Jong*, ECLR 257, 259 (2012).
731 *Ezrachi/de Jong*, ECLR 257, 259 (2012).
732 *Ezrachi/de Jong*, ECLR 257, 259 (2012).

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lieferant hat kein eigenes Interesse daran, den Wert der Marke zu fördern durch eigenes innovatorisches Arbeiten. Auch gibt der Nachfrager die Gestaltung der Produkte vor, so dass ein Bemühen des Lieferanten, sich durch individuelle Produkte von den Mitbewerbern abzusetzen, im Keim der Eigenmarke erstickt wird. Gleichzeitig steht der Lieferant von Handelsmarken einem besonders verhandlungsstarken Nachfrager gegenüber. Der Nachfrager kann den Hersteller der Produkte, die unter einer Handelsmarke vertrieben werden, je nach Art des Produkts ohne größeren Aufwand austauschen.[733] Insbesondere kann der Lieferant einer Handelsmarke sich keinen persönlichen guten Ruf bei nachgelagerten Endverbrauchern aufbauen, was seine eigene Verhandlungsposition verstärken würde.

Die Diskussion um sinkende Qualität bei starker Nachfragemacht beschränkt sich nicht auf den Lebensmittelsektor. Auch private häusliche Pflegedienste sind als Lieferant ihrer Pflegeleistung von der Nachfragemacht der Krankenkassen betroffen. In England, beispielsweise, haben sich 600 Pflegedienstleister mit einem Appell an die Öffentlichkeit gewandt:[734] Der *NHS* (*National Health Service*) habe die Vergütung der privaten Pflegedienstleister so stark reduziert, dass die Qualität der Pflege darunter leide. Ungeachtet dessen, dass dieser Appell möglicherweise nur eigene Erstattungsansprüche unterstreichen soll, besteht in dieser Situation tatsächlich die Gefahr eines Qualitätsverlustes. Dann ist nicht der Nachfrager in Form des Gesundheitssystems der Leidtragende, sondern der Patient.

Auch deuten entsprechende Analysen der Automobil-Zulieferindustrie darauf hin, dass Qualitätsprobleme in der Autoproduktion immer wieder auf aggressive Spar- und Rabattvorgaben der nachfragenden Konzerne zurückzuführen sind. Wegen häufiger Lieferantenwechsel verzichtete beispielsweise der Zulieferer *Delphi* auf eine spezifisch auf *General Motors* zugeschnittene Fertigungsanlage.[735] Gerade die amerikanischen Autobauer standen lange Jahre in offenem Konflikt zu ihren Zulieferern, der sich in minimalem Informationsaustausch und immer wieder ausgeschriebenen Aufträgen zeigte. Qualitätsprobleme waren die Folge. *BMW* hingegen lin-

733 Vgl. Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, 2014, S. 115.

734 *Timmins*, Care Homes say NHS driving down prices, Financial Times, 10.06.2011.

735 *Müller*, Böckler Impuls, 2009, 5.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dert den Preisdruck auf seine Zulieferer, um innovativere und qualitätsvolle Produkte und Ideen zu erhalten.[736]

d) Plädoyer für den Schutz des Wettbewerbsprozesses

Wie eben gezeigt, kann die Wirtschaftswissenschaft kein eindeutiges Bild zeichnen, wann und unter welchen Voraussetzungen sich Nachfragemacht positiv oder negativ auf die dynamische Effizienz und in der Folge auch auf die Konsumentenwohlfahrt auswirkt. Es gibt zahlreiche Modelle, die unter engen Vorgaben zu einer klaren und belegten Aussage gelangen. Insgesamt bleibt jedoch der Eindruck, dass die ökonomischen Auswirkungen von Nachfragemacht auf die dynamische Effizienz noch nicht hinreichend geklärt sind. Bislang haben sich die Modelle auf den Anreiz des Lieferanten beschränkt, in Qualität und Vielfalt zu investieren. So brauchen theoretische Modelle einen Maßstab, an dem sie Auswirkungen ablesen können. Aus der reinen Investitionssumme lässt sich aber ein innovatorischer Fortschritt nicht zwingend bestimmen.[737]

Diese nur vage Vorhersehbarkeit, wie Investitionsanreize sich im dynamischen Bereich auswirken, stellt die größte Schwäche des kartellrechtlichen Effizienzkonzeptes dar. Statt einer unsicheren Vorhersage, wie sich dynamische Parameter entwickeln, zu folgen, verspricht der Schutz des Wettbewerbsprozesses, dass sich innovatorische Konzepte am Markt durchsetzen.

Innovationen sind in der Rechtswissenschaft ein wertneutraler Begriff.[738] Ob sie sich als positiv oder negativ erweisen, wird sich erst *ex post* herausstellen.[739] Im Wettbewerb wird die Marktgegenseite Innovationen evaluieren, indem sie sie am Markt sich durchsetzen oder scheitern lässt.[740] Insofern ist der Ansatz, kartellrechtswidriges Verhalten auch nach den Wirkungen auf die dynamische Effizienz zu beurteilen, nur einge-

736 Frankfurter Allgemeine Zeitung, 27.12.2012, S. 16.

737 Vgl. in Bezug auf gewerbliche Schutzrechte *Drexl*, in: *Drexl* (Hrsg.), Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, 2008, S. 27, 51.

738 *Eichelberger*, in: *Hilty/Jaeger/Lamping* (Hrsg.), Herausforderung Innovation, 2012, S. 45, 48.

739 *Drexl*, 8 Journal of Competition Law and Economics 507, 512 (2012); *Drexl,* 76 Antitrust L. J. 677, 697 (2010).

740 *Neef*, in: *Hilty/Jaeger/Lamping* (Hrsg.), Herausforderung Innovation, 2012, S. 65, 70.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schränkt sinnvoll. Diese Auswirkungen werden sich – zumindest auf Basis der herkömmlichen innovationsökonomischen Modelle – nicht mit Sicherheit, sondern immer nur stark vereinfacht und modellhaft, darstellen lassen. Diesem Ansatz ist daher der Schutz des Wettbewerbsprozesses vorzuziehen. Solange eine funktionierende Marktgegenseite unabhängig und frei über eine Auswahl entscheiden kann, werden positiv-innovative Produkte und Dienstleistungen im Markt bleiben, andere scheiden aus. Daher ist die Marktgegenseite vor Vermachtung (z. B. im Wege von *countervailing power*) und Abhängigkeiten (z. B. durch starke Verhandlungsmacht) zu bewahren.

Selbst soweit ein starker Nachfrager seine Lieferanten innovatorisch auf Trab hält und sie dazu bringt, ihre eigenen Produktionsgrenzkosten zu senken, ist dies kein anderer Befund als funktionierender Wettbewerb. Dort liegt der Marktpreis auf Höhe dieser Grenzkosten. D. h. jeder Lieferant, der sich einen Vorteil im Wettbewerb verschaffen möchte, wird versuchen, seine eigenen Grenzkosten (durch innovatorische und kostengünstigere Stoffe und Prozesse) zu mindern. Auf Anbieter-/Lieferantenebene birgt Nachfragemacht gegenüber einem Wettbewerbsprozess also keine Vorteile. Vielmehr aber fehlt nun auf Nachfragerseite der evaluierende Auswahlprozess, der die innovatorischen Lieferantenerzeugnisse sich durchsetzen lässt. Der starke Nachfrager wird eine Auswahlentscheidung treffen. Er kann sich jedoch trotz seiner Größe irren. Eine wettbewerblich geprägte Marktgegenseite kann sich in ihrer Auswahl hingegen nicht irren, da sich eine einzelne Unternehmensentscheidung nicht auf das Marktgleichgewicht auswirkt. Der Nachfrager, der jedoch einer *single-source-strategy* folgt, muss *ex ante* eine Entscheidung treffen. Wie soll in dieser Situation gewährleistet sein, dass sich tatsächlich die am besten geeignete Idee in dieser einen Entscheidung durchsetzt?

Der Wettbewerbsprozess entfaltet innovationsfördernde und -hemmende Wirkung.[741] Der Wettbewerb fördert Innovationen, indem darin der Weg liegt, dass sich einzelne Marktteilnehmer einen Vorteil verschaffen und ihren eigenen Gewinn maximieren. Eine unternehmerische Forschung und Entwicklung wird immer darauf gerichtet sein, den eigenen Gewinn zu maximieren und die Wettbewerbsposition auszubauen. Gleichermaßen hemmt und beschränkt der Wettbewerb auch Innovationen, da diese auch

741 Vgl. allgemein auf das Recht bezogen *Eichelberger*, in: *Hilty/Jaeger/Lamping* (Hrsg.), Herausforderung Innovation, 2012, S. 45, 51.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mehr schaden als nutzen können. Eine grenzenlose, nicht angemessen regulierte Innovation führt in ein Marktversagen.[742] Auch unter dieser innovationshemmenden Wirkung des Wettbewerbsprozesses ist der einseitige Blick auf eine möglichst hohe dynamische Effizienz nicht unbedingt zielführend. So die Rechtsordnung versucht ist, innovatorische Anreize für Investitionen in Vielfalt und Qualität zu setzen, gerät sie in einen „Zeitkonflikt", da sie Zukünftiges regelt, bevor es überhaupt Wirklichkeit geworden ist.[743] Eine Wettbewerbspolitik, die Märkte – zumindest hinsichtlich von Innovationen – auf ökonomisch unsicherer Grundlage gestalten möchte, läuft Gefahr, falsche Anreize zu setzen.

Auch gewerbliche Schutzrechte, die ein zeitlich befristetes Ausschließlichkeitsrecht geben, führen nur dann zu dynamischer Effizienz, wenn das Wettbewerbsrecht die Märkte offenhält und weiterhin der Rechtsinhaber im Wettbewerb um bessere Produkte steht.[744] In der vorliegenden Marktsituation, aus Lieferantenperspektive, geht es zwar nicht um die Innovationskraft des Monopolisten, Marktbeherrschers oder des Inhabers des Ausschließlichkeitsrechts, sondern gerade um sein Gegenüber; sozusagen um Innovationen auf der Marktgegenseite des Monopolisten.[745] Doch keinesfalls lässt sich dann die vermeintliche Innovationskraft der Lieferanten mit einer dem Monopolisten vergleichbaren Finanzkraft erklären.

Das Kartellrecht sollte also vorsichtig damit sein, Anreize zur Vermachtung von Märkten zu setzen, um Innovationen zu fördern.[746] Anreize zu Innovationen finden die Marktteilnehmer in ihrem eigenen Gewinnstreben. Das Kartellrecht sollte allein den Rahmen eines solchen Wettbewerbs sichern. Ein bewusstes Fördern von Nachfragemacht ist daher, zumindest nach einem innovatorischen Maßstab, abzulehnen.

---

742 *Eichelberger*, in: *Hilty/Jaeger/Lamping* (Hrsg.), Herausforderung Innovation, 2012, S. 45, 51.

743 Vgl. zum Begriff des Zeitkonflikts *Hiller*, Der Zeitkonflikt in der Risikogesellschaft, 1993, S. 45 ff.

744 *Drexl*, in: *Drexl* (Hrsg.), Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, 2008, S. 27, 36.

745 Zur kontroversen Diskussion, wie sich Monopolmacht auf dynamische Effizienz auswirkt, vgl. m.w.N. *Drexl*, in: *Drexl* (Hrsg.), Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, 2008, S. 27, 40 ff.

746 *Drexl*, in: *Drexl* (Hrsg.), Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, 2008, S. 27, 40, der statt des Konzepts der dynamischen Effizienz eines des prozessorientierten "dynamischen Wettbewerbs" vorschlägt.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

D) Zusammenfassung des ökonomischen Teils

Dem ökonomischen Teil der Arbeit lag folgende Forschungsfrage zugrunde: Können die ökonomischen Auswirkungen von Nachfragemacht die faktisch asymmetrische kartellrechtliche Beurteilung von Angebots- und Nachfragemärkten begründen?

Folgende Erkenntnisse lassen sich zusammenfassen:

1. Es gibt zwei gegensätzliche ökonomische Modelle, die die Auswirkungen von Nachfragemacht auf die Marktbeteiligten beschreiben: das Monopsonmodell und das Modell der Verhandlungsmacht.
2. Das Monopsonmodell geht davon aus, dass Lieferant und Nachfrager Preis und Menge entsprechend der Angebots- und Nachfragefunktion festsetzen. Um einen niedrigeren Preis zu erhalten, wird der Nachfrager die Beschaffungsmenge reduzieren. Die Preise auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt werden nicht sinken, sondern eher steigen, da die Grenzkosten des Monopsonisten, die den Preis maßgeblich beeinflussen, höher liegen als unter Wettbewerbsbedingungen.
3. Das Monopsonmodell bewertet Nachfragemacht exakt spiegelbildlich zu Angebotsmacht. Die Auswirkungen des Monopsons auf die Wohlfahrt sind daher ebenso schädlich wie jene des Monopols.
4. Das Monopsonmodell ist eher auf Märkte anwendbar, auf denen standardisierte Produkte gehandelt werden und auf denen sich die Parteien anonym gegenübertreten. Dort sieht dann ein festes Regelwerk die Bildung eines einheitlichen Preises vor, wie beispielsweise auf Agrarmärkten, auf denen eine Vielzahl kleiner Erzeuger einigen wenigen großen Abnehmern gegenübersteht. Auch erklärt das Monopsonmodell, wie Arbeitgeber, die ein Alleinstellungsmerkmal aufweisen, die Zahl der Beschäftigten reduzieren und gleichzeitig den Lohn der verbleibenden Mitarbeiter senken kann.
5. Das Modell der Verhandlungsmacht richtet sich weniger strikt nach der Angebots- und Nachfragefunktion, als dass es versucht, die ökonomische Realität zu erfassen. Darin wird ein verhandlungsstarker Nachfrager eher mehr Güter erwerben, um einen günstigeren Preis zu erzielen. Die erzielten Beschaffungsvorteile wird der verhandlungsstarke Nachfrager unter bestimmten Voraussetzungen an nachgelagerte Marktstufen weitergeben, wenn er auf dem nachgelagerten Markt in intensivem Wettbewerb steht. Das Modell der Verhandlungsmacht erklärt einen für die Konsumentenwohlfahrt langfristig schädlichen Spiraleffekt und einen auch kurzfristig schädlichen Wasserbetteffekt. Dar-

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unter leiden dann zunächst die horizontalen Mitbewerber, mittelbar aber auch die Endverbraucher. Inwieweit und unter welchen Umständen diese Effekte eintreten, ist nicht abschließend geklärt. Die Innovationsbereitschaft auf Lieferantenebene wird eher nachlassen, ebenso werden Qualität und Vielfalt der Produkte leiden. Ein Modell erkennt aber auch positive innovatorische Bemühungen des unter Druck stehenden Lieferanten, seine Prozesse und Arbeitsabläufe zu optimieren, um die eigenen Grenzkosten zu senken.

6. Das Modell der Verhandlungsmacht bewertet Nachfragemacht nicht spiegelbildlich zu Angebotsmacht, sondern legt einen individuellen Maßstab an. Es ermittelt Verhandlungsmacht in bilateralen Beziehungen entsprechend dem jeweiligen Drohpunkt der Parteien. Einerseits ist Nachfragemacht weniger schädlich als Angebotsmacht, da die Konsumenten durchaus von niedrigeren Preisen profitieren können. Andererseits neigt Nachfragemacht dazu, sich auf Angebotsmärkte auszubreiten und horizontale Mitbewerber zu verdrängen, so dass sie darin Angebotsmacht ähnelt.
7. Das Modell der Verhandlungsmacht ist vor allem auf Märkte anwendbar, auf denen sich Lieferant und Nachfrager individuell gegenübertreten. Die ihm zugrundeliegenden zahlreichen Modelle verweisen vor allem auf Beziehungen im Handel und in der industriellen Produktion.
8. Die Idee, Angebotsmacht mit Nachfragemacht im Wege von *countervailing power* auszugleichen und auf diese Weise Monopolwirkungen zu neutralisieren, mag preisbezogene Argumente für sich haben. Zum einen kann *countervailing power* zwar einseitige Machtpositionen abmildern, selbst aber nie Wettbewerbsbedingungen herstellen. Zum anderen geraten vor allem die horizontalen Mitbewerber, von denen der wesentliche Impuls für Innovationen ausgeht, unter Druck des erstarkten Konkurrenten.

Letztlich wird es wegen der Vielzahl der ökonomischen Modelle und ihren strengen Voraussetzungen vom normativen Kompass des Betrachters abhängen, ob er Nachfragemacht spiegelbildlich oder großzügiger als Angebotsmacht beurteilt. Sieht der Betrachter den Schutzzweck des Kartellrechts darin, unmittelbar die Endverbraucher in ihrer Wohlfahrt zu stärken, werden potentiell und kurzfristig positive Auswirkungen auf die nachgelagerten Konsumenten zu einer positiven Einschätzung von Nachfragemacht führen. Fühlt sich der Betrachter eher dem Schutz des Wettbewerbsprozesses und damit der nur mittelbaren Steigerung der Konsumentenwohlfahrt verpflichtet, wird er einen „zumindest spiegelbildlichen“

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Maßstab an Nachfragemacht anlegen. Dieser Weg versucht, eine Vermachtung von Märkten zu verhindern. Die Ökonomie kann eine normative Entscheidung über den Schutzzweck des Kartellrechts also nicht ersetzen.

https://doi.org/10.5771/9783845280332-111 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY