



2. Beschlussabteilung
Aktenzeichen: B2-58/09

Öffentliche Version!

B E S C H L U S S

In dem Verwaltungsverfahren

1. EDEKA Zentrale AG & Co. KG, Hamburg

- Beteiligte zu 1. -

Verfahrensbevollmächtigte zu 1.:

White & Case LLP
Herrn RA Dr. Bories Ahrens
Herrn RA Dr. Justus Herrlinger
Valentinskamp 70 / EMPORIO
20355 Hamburg

2. REWE Zentralfinanz eG, Köln

- Beigeladene zu 1. -

Verfahrensbevollmächtigte:

Taylor Wessing
Herrn RA Dr. Michael Dietrich
Benrather Straße 15
40213 Düsseldorf

3. Markenverband e.V., Berlin

- Beigeladene zu 2. -

Herrn Dr. Andreas Gayk
Unter den Linden 42
10117 Berlin

wegen nachträglicher Feststellung einer Zuwiderhandlung nach § 32 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hat die 2. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes am 03.07.2014 beschlossen:

- I. Es wird festgestellt, dass die EDEKA Zentrale AG & Co. KG, Hamburg, im Jahr 2009 im Zuge der von EDEKA verlangten „Sonderverhandlungen“ nach Übernahme von rund 2.300 Filialen der Discountschiene „Plus“ vom Wettbewerber Tengelmann gegenüber der Rotkäppchen Mumm Sektkellereien GmbH, der Henkell & Co. Sektkellerei KG, der Freixenet Deutschland GmbH und der Sektkellerei Schloss Wachenheim AG rechtswidrige Konditionenforderungen erhoben hat (Verstoß gegen § 20 Abs. 3 GWB (2007), nunmehr § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB – „Anzapfverbot“). Rechtswidrig waren die nachfolgend genannten Verhaltensweisen der EDEKA bei der Berechnung bzw. der Begründung der Forderungen – sowohl jeweils einzeln als auch ihrer Gesamtheit betrachtet:
- (1) die Heranziehung mehrerer zeitlich gestaffelter Stichtage für einen Abgleich der Konditionen von EDEKA und Plus und der sich daraus ergebende mehrfache Konditionenabgleich der zu verschiedenen Zeitpunkten jeweils geltenden Konditionen, hier im Rahmen des „Bestwertabgleichs“;
 - (2) die Auswahl von Stichtagen für den Vergleich der Konditionen von EDEKA und Plus, die deutlich vor dem Vollzug des Zusammenschlusses und dem Beginn der Sonderverhandlungen lagen, hier im Rahmen des „Bestwertabgleichs“;
 - (3) die intransparente und für die Lieferanten nicht nachvollziehbare Darstellung und Begründung von Forderungen, hier im Rahmen des „Bestwertabgleichs“ und des „Sortimentserweiterungsbonus“;
 - (4) die Forderung rückwirkender Zahlungen und rückwirkender Anpassungen von Konditionen, hier im Rahmen sämtlicher Sonderkonditionen;
 - (5) die einseitige Festlegung und Umsetzung neuer Konditionen, hier im Rahmen der „Anpassung der Zahlungsziele“;
 - (6) das sog. „Rosinenpicken“, d.h. die Forderung einer Anpassung der EDEKA-Konditionen an einzelne, günstigere Konditionenbestandteile von Plus ohne Berücksichtigung des Gesamtkonditionenpakets, hier im Rahmen des „Bestwertabgleichs“ und der „Anpassung der Zahlungsziele“;
 - (7) die Forderung von Zahlungen, denen offensichtlich keine Gegenleistungen gegenüberstanden, hier im Rahmen des „Synergiebonus“ und der „Partnerschaftsvergütung“;

- (8) die Forderung von Zahlungen ohne nachvollziehbaren warenwirtschaftlichen Bezug, hier im Rahmen des „Sortimentserweiterungsbonus“;
- (9) die Forderung besserer Konditionen von den Lieferanten während der Laufzeit geltender Jahresvereinbarungen, hier im Rahmen sämtlicher Sonderkonditionen.

II. Die Gebühr für diese Entscheidung wird auf [...] **Euro** festgesetzt.

GRÜNDE

Die 2. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes stellt mit dem vorliegenden Beschluss gemäß § 32 Abs. 3 GWB nachträglich fest, dass die EDEKA mit den oben genannten und im Folgenden noch näher bestimmten Verhaltensweisen gegen das Verbot des § 20 Abs. 3 GWB (2007), nunmehr § 19, Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB¹, verstoßen hat.

Darüber hinaus hat EDEKA nach vorläufiger Auffassung der Beschlussabteilung auch dadurch gegen das Anzapfverbot verstoßen, dass bei der Berechnung und Forderung des Bestwertabgleichs gegenüber verschiedenen Lieferanten die bei einzelnen, identischen Artikeln festgestellten Differenzen entweder schrittweise auf vergleichbare Sorten, preisgleiche Artikel, Sondergrößen und schließlich das gesamte Restsortiment eines Lieferanten oder auf dessen Gesamtsortiment übertragen wurden. Diese Vorgehensweise wurde jedoch bei den tatsächlichen Forderungen gegenüber den hier betrachteten vier Sektherstellern nicht umgesetzt und ist nicht Gegenstand dieser Verfügung.

Nach vorläufiger Auffassung der Beschlussabteilung wären die oben genannten Verhaltensweisen bei der Berechnung bzw. der Begründung von Forderungen überwiegend auch dann missbräuchlich gewesen, wenn EDEKA diese im Rahmen von normalen Jahresgesprächen aufgestellt hätte.

¹ Soweit das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) im Folgenden ohne weiteren Zusatz zitiert wird, handelt es sich um die Fassung der 8. Novelle (veröffentlicht im BGBl. I 2013, S. 1750 ff.). Alte Fassungen des GWB werden hingegen jeweils unter Angabe des Jahres des Inkrafttretens der betreffenden Novelle zitiert (z. B. § 20 Abs. 3 GWB (2005) für die Fassung der 7. Novelle). Allerdings wird aus Gründen der besseren Verständlichkeit auf alte Fassungen des § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB wie auch anderer Regelungen des GWB nachfolgend nur Bezug genommen, soweit es auf deren (abweichenden) Wortlaut ankommt. Im Übrigen werden die jetzt geltenden Paragraphen angegeben.

ZUSAMMENFASSUNG

Ende 2008 übernahm EDEKA rd. 2.300 Filialen der Discountschiene „Plus“ vom Wettbewerber Tengermann mit dem Ziel, diese Filialen in die eigene Discountschiene „Netto“ (rd. 2000 Filialen) zu integrieren. In den ersten Monaten des Jahres 2009 führte EDEKA daraufhin mit rd. 500 Lieferanten aus nahezu sämtlichen Warenbereichen sogenannte „Sonderverhandlungen“ und forderte rückwirkend zum 01. Januar 2009 einen „Bestwertabgleich“ mit den bisherigen „Plus“-Preisen, eine „Anpassung der Zahlungsziele“, die Zahlung eines dauerhaften „Synergiebonus“ für potenzielle Kosteneinsparungen auf Seiten der Lieferanten, die Zahlung einer „Partnerschaftsvergütung“ für die Renovierung der Filialen, sowie die Zahlung eines „Sortimentserweiterungsbonus“ für mögliche zusätzliche Listungen in den neuen Filialen.

Aufgrund einer entsprechenden Beschwerde des Markenverbandes sowie von Hinweisen aus dem vorangegangenen Fusionskontrollverfahren, dass EDEKA die Übernahme mit Zahlungen der Lieferanten finanzieren wollte, sah die 2. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes den Verdacht eines Verstoßes gegen das Verbot der Forderung von Vorteilen ohne sachlich gerechtfertigten Grund (nunmehr § 19, Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB) als gegeben an und durchsuchte im April 2009 die EDEKA-Zentrale in Hamburg. Die Auswertung der Asservate sowie die Vernehmung von Zeugen aus dem beispielhaft ausgewählten Produktmarkt Sekt bestätigten diesen Verdacht für mehrere Verhaltensweisen der EDEKA bei der Berechnung oder der Begründung der genannten Forderungen. Im Juli 2013 wurde der EDEKA die vorläufige rechtliche Einschätzung der Beschlussabteilung übersandt (Abmahnung). Zwischen Oktober 2013 und Februar 2014 haben die EDEKA sowie die Beigeladenen REWE und Markenverband zu dieser Abmahnung umfassend Stellung genommen.

Zur Beurteilung der Frage, ob ein Lieferant zum Zeitpunkt der Forderungen von der EDEKA abhängig war, überprüfte die Beschlussabteilung im vorliegenden Verfahren die allgemeine Marktstellung der EDEKA auf den Absatzmärkten und den Beschaffungsmärkten des LEH in Deutschland, die konkrete Marktsituation auf dem Beschaffungsmarkt Sekt sowie die individuellen bilateralen Beziehungen zwischen den vier befragten Lieferanten und der EDEKA. Vor dem Hintergrund dieser umfassenden Analyse bewertete die Beschlussabteilung, inwieweit für die Lieferanten ausreichende und zumutbare Möglichkeiten bestanden, auf andere Unternehmen auszuweichen. Im Ergebnis stellte die Beschlussabteilung für jeden der vier ausgewählten Lieferanten eine Abhängigkeit von der EDEKA fest.

Zur Beurteilung der Frage, ob bzw. inwieweit die Forderungen der EDEKA einen Vorteil ohne sachlich gerechtfertigten Grund darstellten, untersuchte die Beschlussabteilung jede einzelne der fünf genannten Forderungen, überprüfte die konkret gegenüber den beispielhaft als abhängig identifizierten Lieferanten aufgestellten Forderungen und nahm eine kartellrechtliche Bewertung der Begründung und Berechnung jeder einzelnen Forderung im Hinblick auf ihre sachliche Rechtfertigung vor. Darüber hinaus wurden der Zeitpunkt der Forderungen und die Rückwirkung der Forderungen einer kartellrechtlichen Bewertung unterzogen. Im Ergebnis stellte die Beschlussabteilung fest, dass die im Entscheidungstenor genannten Verhaltensweisen sowohl einzeln als auch in ihrer Gesamtheit rechtswidrig waren.

Nach Auffassung der Beschlussabteilung trägt das vorliegende Verfahren dazu bei, die erforderliche Grenze zwischen – kartellrechtlich zulässigen – „harten Verhandlungen“ auf der einen und der missbräuchlichen Ausnutzung von Nachfragemacht auf der anderen Seite zu ziehen. Vor dem Hintergrund der zunehmenden Konzentration im deutschen Lebensmitteleinzelhandel (LEH) und der damit verbundenen Verengung der Nachfrage nach Markenartikeln auf wenige große LEH-Unternehmen ist eine konsequente Anwendung des Anzapfverbots notwendig. Die Prüfung und Bewertung der Tatbestandsmerkmale „Abhängigkeit“ und „Vorteil ohne sachlich gerechtfertigten Grund“ muss dabei stets unter umfassender Berücksichtigung der individuellen Marktgegebenheiten erfolgen. Ein missbräuchliches „Anzapfen“ schadet nicht nur den unmittelbar betroffenen Lieferanten, sondern auch den kleineren und mittleren LEH-Unternehmen, deren Konditionen sich im Vergleich zu ihren großen Wettbewerbern unmittelbar weiter verschlechtern und denen von den Lieferanten (aus Angst vor weiteren Konditionenanpassungen im Falle einer späteren Übernahme) auch zukünftig keine besseren Einzelkonditionen mehr gewährt werden. Für die Verbraucher ergeben sich aus einem missbräuchlichen Anzapfen mittel- und langfristig die Nachteile schlechterer Produktqualität, nachlassender Innovationsfähigkeit und geringerer Vielfalt sowie die Gefahr steigender Preise bei einer Reduzierung der Wettbewerbsintensität im deutschen LEH. Dass die Abgrenzung unzulässiger Forderungen marktmächtiger Unternehmen auch in anderen EU-Ländern von großer aktueller Bedeutung ist, zeigen nicht zuletzt die verschiedenen europäischen Initiativen zu dieser Thematik.

Da mit dem vorliegenden Verfahren zu den Tatbestandsmerkmalen „Abhängigkeit“ und „Vorteil ohne sachlich gerechtfertigten Grund“ eine Vielzahl von Fragen erstmalig im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens nach § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB überprüft wurde und die Beschlussabteilung dem Verfahren zudem eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zumisst, wurde das zunächst als Ordnungswidrigkeitenverfahren eingeleitete Verfahren als Verwaltungsverfahren weitergeführt und mit einer Feststellungsentscheidung nach § 32 Abs. 3 GWB abgeschlossen.

I.) SACHVERHALT

A) Verfahrensgang

- 1 Mit Entscheidung vom 30.06.2008 hat die 2. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes das am 28.12.2007 angemeldete Zusammenschlussvorhaben zwischen der EDEKA Zentrale AG & Co. KG (EDEKA Zentrale), Hamburg, und der Tengelmann Warenhandelsgesellschaft KG, Mülheim a. d. Ruhr, (Tengelmann) unter aufschiebenden Bedingungen freigegeben (B2-333/07). Der Zusammenschluss wurde nach Erfüllung der Bedingungen im Dezember 2008 vollzogen.² EDEKA übernahm durch den Zusammenschluss einen wesentlichen Teil des vormals zu Tengelmann gehörenden Discountgeschäfts unter der Marke „Plus“ und brachte diesen in ein Gemeinschaftsunternehmen mit Tengelmann ein. An diesem Gemeinschaftsunternehmen hält EDEKA einen Anteil von durchgerechnet 85 % und Tengelmann einen Anteil von durchgerechnet 15 %. Ziel des Zusammenschlusses war die Integration der insgesamt rd. 2.300 übernommenen „Plus“-Märkte in die EDEKA-eigene Discountschiene „Netto“ (rd. 2.000 Filialen).
- 2 Im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens EDEKA/Tengelmann hatte die EDEKA nach entsprechender Aufforderung durch das Bundeskartellamt eine Power-Point-Präsentation zur „Außerordentlichen Aufsichtsratssitzung, 14.11.2007, Thema Entscheidung zur Zusammenarbeit mit Familie Haub“ vorgelegt.³ Aus dieser Präsentation ergab sich, dass die EDEKA Zentrale die Kosten der Fusion (Kaufpreis, Restrukturierungsaufwand, etc.) auch aus von den Lieferanten eingeforderten „Hochzeitsrabatten“ (Begrüßungsgeld, Aufgeld, Erträge aus Bestwertermittlung, etc.) finanzieren wollte.
- 3 Mit Schreiben vom 20.02.2009 übersandte der Markenverband dem Bundeskartellamt eine Beschwerde gegen das Vorgehen der EDEKA Zentrale nach Übernahme der Plus-Filialen.⁴ Konkret trug der Markenverband vor, dass EDEKA von den Lieferanten zunächst eine Offenlegung der historischen Plus-Konditionen gefordert und anschließend begonnen hat, *„unter erheblicher Druckausübung und unter konkreter Androhung von Sanktionen, Forderungen für die Beteiligung der Lieferanten an den Kosten der Übernahme von Plus zu präsentieren“*. Im Einzelnen schilderte der Markenverband die (teilweise) kumulative Forderung von fünf Sonderkonditionen:

² Das entsprechende Schreiben des Verfahrensbevollmächtigten der EDEKA, RA Dr. Börries Ahrens, ist auf den 07.01.2009 datiert (Bl. 172 d. Verfahrensakte).

³ Bl. 173 ff. d. Verfahrensakte.

⁴ Bl. 195 f. d. Verfahrensakte.

- „Synergiebonus“ (gerechnet auf den Gesamtumsatz mit EDEKA in Höhe von 0,5 – 1 %);
 - Klassischer „Hochzeitsbonus“ (prozentuale Einmalzahlung gerechnet auf den Umsatz mit Plus in Höhe von 3 – 4 %);
 - „Distributionsbonus“ (teilweise 600.000 Euro, teilweise 0,5 %, auf zwei Jahre, Honorierung der Sortimentserweiterung durch die Übernahme);
 - „Partnerschaftsbonus“ (teilweise 600.000 Euro, Einmalzahlung für den anstehenden Umbau der Plus-Filialen, auf zwei Jahre);
 - „Bestpreisanpassung“ (Angleichung an - z.T. historisch bessere - Plus-Konditionen, teilweise verbunden mit prozentualen Aufschlägen, teilweise rückwirkend).
- 4 Nach Aussage des Markenverbandes erreichten die Forderungen ein Volumen von teilweise mehr als 10 % des mit der gesamten EDEKA-Gruppe getätigten Umsatzes eines Lieferanten. In einem Gespräch der Beschlussabteilung mit dem Markenverband sowie Vertretern verschiedener Lieferanten aus unterschiedlichen Warenbereichen am 20.03.2009 im Bundeskartellamt wurden die seitens des Markenverbandes vorgetragenen Punkte bestätigt.⁵
- 5 Zeitgleich zu seiner Beschwerde beim Bundeskartellamt hatte der Markenverband am 20.03.2009 beim Landgericht Hamburg eine einstweilige Verfügung gegen EDEKA beantragt, mit der dieser untersagt werden sollte, ihre Lieferanten zur Einräumung längerer Zahlungsziele aufzufordern bzw. die Einräumung längerer Zahlungsziele durch die Lieferanten zu erzwingen.⁶ Mit Beschluss vom 23.03.2009 gab das Landgericht Hamburg diesem Antrag statt. Die EDEKA legte zunächst Widerspruch gegen den Beschluss ein, nahm diesen jedoch später zurück.⁷
- 6 Aufgrund der Beschwerde des Markenverbandes sowie der aus dem vorangegangenen Fusionskontrollverfahren bekannten Strategie der EDEKA, „*Restrukturierungsaufwand wird aus zu verhandelnden Hochzeitsgeldern finanziert*“⁸, sah die Beschlussabteilung den Verdacht eines Verstoßes gegen § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB als gegeben an und leitete ein Bußgeldverfahren ein. Auf Grundlage des Durchsuchungsbeschlusses des Amtsgerichts Bonn vom 21.04.2009⁹ hat das Bundeskartellamt am 29.04.2009 die Geschäftsräume der

⁵ Bl. 197 ff. d. Verfahrensakte.

⁶ Bl. 218 ff. d. Verfahrensakte.

⁷ Bl. 237 ff. d. Verfahrensakte.

⁸ Bl. 183 d. Verfahrensakte.

⁹ Bl. 441 ff. d. Verfahrensakte.

EDEKA Zentrale in Hamburg durchsucht und zahlreiche Asservate mitgenommen bzw. vorläufig sichergestellt.¹⁰

- 7 Der im Mai 2009 von EDEKA beantragten Akteneinsicht wurde durch Übersendung von Kopien einzelner Asservate sowie durch Übersendung einer CD-ROM mit sämtlichen, gescannten Asservaten stattgegeben.¹¹ Die gewünschte Übersendung einer elektronischen Kopie sämtlicher im Rahmen der Durchsuchung vorläufig sichergestellten elektronischen Dateien (IT-Asservate) wurde von der Beschlussabteilung abgelehnt.¹²
- 8 Mit Schreiben vom 29.06.2009¹³ erläuterte der Verfahrensbevollmächtigte der EDEKA Zentrale, Rechtsanwalt Dr. Börries Ahrens, Vorbereitung und Ablauf der Sonderverhandlungen sowie die Rolle der von der Durchsuchung betroffenen Personen und übersandte eine Festplatte mit den nach Einschätzung der EDEKA für den Sachverhalt relevanten Dateien nebst einer Suchwortliste.
- 9 Mit Schreiben vom 13.10.2009¹⁴ nahm RA Dr. Ahrens zur Normadressatenstellung der Edeka i.S.v. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB Stellung und legte ergänzend mit Schreiben vom 30.11.2009¹⁵ den empirischen Teil eines im Auftrag der EDEKA von ESMT Competition Analysis erstellten Gutachtens zur (nur eingeschränkten) Bedeutung der Umsatzquote als Kriterium für Abhängigkeit vor.
- 10 Die Sichtung der umfangreichen Asservate durch die Beschlussabteilung ergab, dass EDEKA gegenüber mehr als 500 Lieferanten aus einer Vielzahl von Warengruppen im Rahmen der Sonderverhandlungen Forderungen erhoben hatte.¹⁶ Da die Verhandlungen einerseits sehr umfangreich und sehr komplex waren, andererseits jedoch für die jeweils betroffenen Produkte nach einem sehr ähnlichen Muster abgelaufen waren, entschied die Beschlussabteilung, sich bei den weiteren Ermittlungen und Bewertungen auf einzelne Produktmärkte zu konzentrieren. Aufgrund der Datenlage und der Marktbedingungen erschien hierfür insbesondere der Produktmarkt „Sekt“ geeignet.¹⁷ Daneben wurde ergänzend eine Untersuchung des Produktmarkts „Fruchtsaft“ in Betracht gezogen. Zwischen November 2010 und Juni 2011 vernahm die Be-

¹⁰ Vgl. die Durchsuchungsprotokolle und Asservatenverzeichnisse Bl. 453 ff. d. Verfahrensakte.

¹¹ Bl. 609 d. Verfahrensakte.

¹² Siehe Schreiben vom 18.05.2009, Bl. 594 f. der Verfahrensakte.

¹³ Bl. 631 ff. d. Verfahrensakte.

¹⁴ Bl. 674 ff. d. Verfahrensakte.

¹⁵ Bl. 696 d. Verfahrensakte.

¹⁶ Vgl. Ass. 46, Bl. 48 sowie „Übersicht Meldeblätter aus den Asservaten 20 und 21“ (Bl. 1259 ff. d. Verfahrensakte).

¹⁷ Vgl. Aktenvermerk vom 02.11.2010, Bl. 732 f. d. Verfahrensakte.

schlussabteilung daraufhin verschiedene Hersteller als Zeugen, um ihre Erkenntnisse zu den Marktbedingungen, zum Lieferverhältnis sowie zu Ablauf und Inhalt der Sonderverhandlungen für einen konkreten Produktmarkt und konkrete bilaterale Lieferbeziehungen zu vervollständigen. In der Zeugenvorladung wurde den betreffenden Herstellern zudem aufgegeben, der Beschlussabteilung Unterlagen über die Sonderverhandlungen sowie über die Jahresgespräche 2008 vorzulegen.¹⁸

- 11 Im Laufe des weiteren Verfahrens konzentrierte sich die Beschlussabteilung dann zunächst auf den Produktmarkt Sekt. Unter Berücksichtigung der Asservate, der Zeugenaussagen sowie erster Erkenntnisse aus der Sektoruntersuchung LEH prüfte die Beschlussabteilung, inwieweit die beispielhaft als Zeugen befragten Sekthersteller zum Zeitpunkt der Sonderverhandlungen von der EDEKA abhängig waren. Hierzu wurden insbesondere die Marktbedeutung der EDEKA auf den Beschaffungs- und Absatzmärkten, die Strukturen und Bedingungen des Beispielmarktes Sekt/Schaumwein sowie die bilateralen Lieferbeziehungen der einzelnen Lieferanten zur EDEKA analysiert. Anschließend überprüfte die Beschlussabteilung die fünf seitens der EDEKA 2009 von den Lieferanten geforderten Sonderkonditionen („Bestwertabgleich“, „Anpassung der Zahlungsziele“, „Synergiebonus“, „Partnerschaftsvergütung“ und „Sortimentserweiterungsbonus“) unter besonderer Berücksichtigung ihrer Berechnung und Begründung gegenüber den Lieferanten auf das Vorliegen eines sachlich gerechtfertigten Grundes und damit auf ihre Vereinbarkeit mit § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB.
- 12 Angesichts des Umfangs und der Komplexität dieser Ermittlungen und der Darstellung der Ergebnisse auf der einen Seite und der Repräsentativität der Sekt-Verhandlungen auf der anderen Seite hat die Beschlussabteilung auf die ursprünglich beabsichtigte Ausweitung des Verfahrens auf weitere Produktmärkte verzichtet.¹⁹
- 13 Am 16.07.2013 hat die Beschlussabteilung auf der Grundlage einer entsprechenden Durchsicht entschieden, dass auf eine Herausgabe bzw. Beschlagnahme der vorläufig sichergestellten IT-Asservate verzichtet wird und diese vollständig gelöscht werden, da sich hieraus kein – über die

¹⁸ Vgl. Vernehmungsprotokoll vom 18.11.2011 Eckes Granini Deutschland GmbH nebst Anlagen, Bl. 795 ff. d. Verfahrensakte; Vernehmungsprotokoll vom 23.02.2011 Henkell & Co. Sektkellerei KG nebst Anlagen, Bl. 940 ff. d. Verfahrensakte; Vernehmungsprotokoll vom 30.03.2011 Rotkäppchen Mumm Sektkellereien GmbH nebst Anlagen, Bl. 1034 ff. d. Verfahrensakte; Vernehmungsprotokoll vom 6.04.2011 Freixenet Deutschland GmbH nebst Anlagen, Bl. 1111 ff. d. Verfahrensakte; Vernehmungsprotokoll vom 14.06.2011 Sektkellerei Schloss Wachenheim AG nebst Anlagen, Bl. 1213 ff. d. Verfahrensakte.

¹⁹ Vgl. Aktenvermerk vom 22.11.2012, Bl. 1256 d. Verfahrensakte.

vorhandenen Papierasservate und die von EDEKA per Festplatte übersandten IT-Asservate hinausgehender – Erkenntnisgewinn für das Verfahren ergibt.²⁰

- 14 Darüber hinaus hat die Beschlussabteilung am 16.07.2013 entschieden, das ursprünglich als Bußgeldverfahren eingeleitete Verfahren in ein Verwaltungsverfahren überzuleiten.²¹ Während es im Hinblick auf die Missbräuchlichkeit einzelner von der EDEKA erhobener Forderungen - insbesondere zum Bestwertabgleich - schon eine höchstrichterliche Rechtsprechung gibt, sind andere Forderungen erstmalig Gegenstand eines Missbrauchsverfahrens nach § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB. Zudem hat die Reichweite des Verbots der passiven Diskriminierung im vorliegenden Fall eine über den Einzelfall hinausgehende grundsätzliche Bedeutung für die Einordnung von Nachfragemacht in den kartellrechtlichen Kontext. Vor diesem Hintergrund hält die Beschlussabteilung die Durchführung eines Verwaltungsverfahrens für die geeignetere Verfahrensart, um eine kartellrechtliche Einordnung vorzunehmen und diese allen betroffenen Marktteilnehmern zu vermitteln.
- 15 Mit Schreiben vom 24.07.2013 hat die Beschlussabteilung der EDEKA ihre vorläufige kartellrechtliche Einschätzung in Form einer Abmahnung mitgeteilt und der EDEKA Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 20.09.2013 gegeben.²² Mit Schreiben vom 01.08.2013 hat RA Dr. Ahrens Antrag auf Einsicht in die Verfahrensakte gestellt, die am 15.08.2013 gewährt wurde.²³ Auf telefonisch und per E-Mail geäußerte Rückfragen der Verfahrensbevollmächtigten zur Akteneinsicht gewährte die Beschlussabteilung darüber hinaus per Schreiben vom 04.09.2013, vom 12.09.2013 und vom 18.09.2013 Einsicht in weitere - zuvor geschwärzte - Aktenbestandteile. Nach einer Verlängerung der ursprünglichen Stellungnahmefrist um zwei Wochen hat die EDEKA mit Schreiben vom 04.10.2013 fristgerecht zur Abmahnung der Beschlussabteilung Stellung genommen.²⁴
- 16 Die EDEKA trägt in ihrer Stellungnahme vor, dass verschiedene Anwendungsvoraussetzungen des § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 1, 2 GWB im vorliegenden Fall nicht erfüllt sind. Nach Auffassung der EDEKA sind für die Frage der Abhängigkeit nicht die in der Abmahnung angeführten, verschiedenen Kriterien für Verhandlungsmacht oder ggfs. Marktbeherrschung, sondern allein die fehlenden Ausweichmöglichkeiten eines Lieferanten entscheidend. Dabei müssten lt. EDEKA die Ausweichmöglichkeiten lediglich ausreichend sein, um den betreffenden Lie-

²⁰ Vgl. Beratungsvermerk vom 16.07.2013, Bl. 1273 f. d. Verfahrensakte.

²¹ Vgl. Beratungsvermerk vom 16.07.2013, Bl. 1273 f. d. Verfahrensakte.

²² Bl. 1284 ff. d. Verfahrensakte.

²³ Bl. 1596 ff. d. Verfahrensakte.

feranten vor einer existentiellen Bedrohung oder dem (unverschuldeten) Verlust seiner Wettbewerbsfähigkeit zu bewahren. Die beispielhaft untersuchten Sekthersteller verfügen nach Einschätzung der EDEKA bereits aufgrund ihres bestehenden Auslandsgeschäfts über ausreichende Ausweichmöglichkeiten. Darüber hinaus habe die Beschlussabteilung nicht dargelegt, dass bzw. in welchem Ausmaß sich Auslistungen durch EDEKA in der Vergangenheit negativ auf die (Gesamt-)Umsätze der Hersteller ausgewirkt hätten.

- 17 Zur Frage der Forderung von Vorteilen ohne sachlich gerechtfertigten Grund trägt die EDEKA zunächst vor, dass das Vorliegen eines „Vorteils“ nur im Horizontalverhältnis zu anderen LEH-Unternehmen zu prüfen sei und dass für einen möglichen Verstoß gegen das Anzapfverbot zu ermitteln wäre, ob EDEKA die Sekthersteller tatsächlich am Ende der Verhandlungen zur Gewährung sachlich nicht gerechtfertigter Vorteile veranlasst hat. Die konkreten Forderungen waren nach Auffassung der EDEKA in ihrer Gesamthöhe im Verhältnis zu den betroffenen Volumina der Hersteller und dem Aufwand der EDEKA angemessen. Zu den einzelnen Forderungen trägt EDEKA vor, dass die Angleichung von Konditionen und Zahlungszielen sachlich notwendig war, den sonstigen Forderungen konkrete und prognostizierbare Vorteile der Lieferanten gegenüberstanden und im Übrigen keine Forderungen rückwirkend erhoben wurden.
- 18 Mit Schreiben vom 31.07.2013 hat der Verfahrensbevollmächtigte der REWE-Zentralfinanz eG, Rechtsanwalt Dr. Michael Dietrich, für die REWE Beiladung zum Verfahren sowie Akteneinsicht gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB, §§ 29, 30 VwVfG beantragt.²⁵ Mit Schreiben vom 21.08.2013 hat RA Dr. Ahrens für die EDEKA zum Beiladungsantrag der REWE ablehnend Stellung genommen und dies insbesondere mit Zweifeln an einer erheblichen Interessenberührung begründet.²⁶ Da nach Auffassung der Beschlussabteilung die REWE als direkte Wettbewerberin der EDEKA von den im vorliegenden Verfahren behandelten Fragestellungen unmittelbar betroffen ist und darüber hinaus über umfangreiche Kenntnisse der relevanten Marktverhältnisse verfügt, hat die Beschlussabteilung die REWE mit Beschluss vom 18.09.2013 zu dem Verfahren beigeladen.²⁷ Per Schreiben vom 19.09.2013 wurde der REWE – wie vorab telefonisch besprochen – Akteneinsicht in eine um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Kopie der Abmahnung gewährt.²⁸ Mit Schreiben vom 29.10.2013 wurde der REWE zudem im Rahmen der Aktenein-

²⁴ Bl. 2464 ff. d. Verfahrensakte.

²⁵ Bl. 1691 ff. d. Verfahrensakte.

²⁶ Bl. 1840 ff. d. Verfahrensakte.

²⁷ Bl. 1989 ff. d. Verfahrensakte.

²⁸ Bl. 2008 ff. d. Verfahrensakte.

sicht eine um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Fassung der Stellungnahme der EDEKA übersandt.²⁹

- 19 Per Schreiben vom 24.09.2013 hat Herr Dr. Andreas Gayk für den Markenverband e.V. Beiladung zum Verfahren und Akteneinsicht beantragt.³⁰ Die EDEKA hat am 11.10.2013 zu diesem Beiladungsantrag ablehnend Stellung genommen.³¹ Die REWE hat am 15.10.2013 ablehnend Stellung genommen. Sowohl die EDEKA als auch die REWE bezweifeln, dass eine Interessenberührung des Markenverbandes bzw. seiner Mitglieder vorliegt und dass der Markenverband noch einen Beitrag zur Sachverhaltsaufklärung leisten kann und will. Die Beschlussabteilung hat den Markenverband per Beschluss vom 17.10.2013 dennoch zum Verfahren beigelegt, da nach ihrer Auffassung sowohl der Markenverband selbst als Interessenvertreter zahlreicher Lieferanten und damit der Marktgegenseite als auch seine Mitglieder unmittelbar von den wesentlichen Fragen des Verfahrens betroffen sind. Darüber hinaus erwartete die Beschlussabteilung, dass der Markenverband aufgrund seiner umfangreichen Kenntnisse der Marktverhältnisse und der Verhandlungssituationen einen Beitrag zur weiteren kartellrechtlichen Beurteilung und zur öffentlichen Diskussion über die hier relevanten Fragen leisten kann.³² Mit Schreiben vom 17.10.2013 hat die Beschlussabteilung dem Markenverband Einsicht in die um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Version der Abmahnung gewährt.³³ Mit Schreiben vom 20.11.2013 wurde dem Markenverband im Rahmen der Akteneinsicht die um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Version der Stellungnahme der EDEKA übersandt.³⁴
- 20 Mit Schreiben vom 11.12.2013 hat der Markenverband zur Abmahnung der Beschlussabteilung Stellung genommen.³⁵ Der Markenverband unterstützt weitestgehend das Konzept der Beschlussabteilung für die Bewertung der Abhängigkeit, vertritt eine weite Auslegung der übrigen Tatbestandsmerkmale des Anzapfverbots und erläutert, welche Kriterien nach seiner Auffassung für das Bestehen einer sachlichen Rechtfertigung besonders relevant sind.
- 21 Mit Schreiben vom 17.12.2013 hat RA Dr. Dietrich für die REWE zum Abmahnschreiben der Beschlussabteilung Stellung genommen.³⁶ In der Stellungnahme der REWE werden insbesondere das Konzept der Abhängigkeit als fehlerhaft, die Vorgehensweise bei der Ermittlung des

²⁹ Bl. 2704 ff. d. Verfahrensakte.

³⁰ Bl. 2213 ff. d. Verfahrensakte.

³¹ Bl. 2220 ff. d. Verfahrensakte.

³² Bl. 2230 ff. d. Verfahrensakte.

³³ Bl. 2254 ff. d. Verfahrensakte.

³⁴ Bl. 2709 ff. d. Verfahrensakte.

³⁵ Bl. 2787 ff. d. Verfahrensakte.

³⁶ Bl. 2797 ff. d. Verfahrensakte.

Sachverhalts als unvollständig und einseitig und die Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes für Schaumwein als fehlerhaft kritisiert. Daneben äußert REWE die Befürchtung, dass die von der Beschlussabteilung entwickelten Prüfkriterien für die sachliche Rechtfertigung von Forderungen, die REWE als ungeeignet und unbestimmt ansieht, grundsätzliche Bedeutung erhalten und zu „*willkürlichen Eingriffen in die Vertragsfreiheit der Parteien*“ führen könnten.

- 22 Per Schreiben vom 19.12.2013 hat die Beschlussabteilung die Stellungnahme des Markenverbandes an EDEKA und REWE sowie die Stellungnahme der REWE an EDEKA und den Markenverband übersandt.³⁷
- 23 REWE hat telefonisch mitgeteilt, keine weitere Stellungnahme abgeben zu wollen, jedoch für Rückfragen der Beschlussabteilung zur Verfügung zu stehen. EDEKA hat mit Schreiben vom 17.02.2014 eine Kommentierung zur Stellungnahme des Markenverbandes übersandt.³⁸ Die in dieser Kommentierung enthaltenen Kritikpunkte der EDEKA wurden im vorliegenden Beschluss insoweit berücksichtigt, als sie gegenüber der EDEKA-Stellungnahme neue Aspekte enthielten und die zugrundeliegenden Argumente des Markenverbandes im Beschluss aufgegriffen wurden.
- 24 Die Kommentierung der EDEKA zur Stellungnahme des Markenverbandes wurde dem Markenverband und der REWE per Schreiben vom 20.02.2014 übersandt.³⁹

B) Beteiligte Unternehmen

1.) EDEKA Gruppe

- 25 Die EDEKA Gruppe umfasst die EDEKA Zentrale AG & Co KG (EDEKA Zentrale), die sieben Regionalgesellschaften mit ihren Regiebetrieben / Filialen, die den neun regionalen EDEKA Genossenschaften angehörenden Einzelhändler sowie den Discountfilialisten Netto. Die EDEKA Zentrale hält eine Beteiligung von 50 % an den sieben Regionalgesellschaften, während die übrigen 50 % der Regionalgesellschaften jeweils von einer oder mehreren regionalen EDEKA Genossenschaften gehalten werden. Die EDEKA Zentrale steht wiederum im Eigentum der neun regionalen Genossenschaften. Die Netto Markendiscout GmbH & Co. KG („Netto“) wird

³⁷ Bl. 3034 ff. d. Verfahrensakte.

³⁸ Bl. 3046 ff. d. Verfahrensakte.

³⁹ Bl. 3054 ff. d. Verfahrensakte.

als Tochterunternehmen unmittelbar von der EDEKA Zentrale kontrolliert. Darüber hinaus betreibt die EDEKA Gruppe den EDEKA-Großhandel, das EDEKA Fruchtkontor, eine Wein- und Sektkellerei, eigene Fleisch- und Backwerke sowie eine eigene Safftherstellung.

- 26 Die geschäftspolitische und strategische Führung der EDEKA Gruppe liegt bei der EDEKA Zentrale. Die EDEKA Zentrale nimmt Steuerungsfunktionen in der EDEKA Gruppe wahr und erbringt Dienstleistungen für die regionalen Handelsgesellschaften. Hierzu zählen unter anderem die Bereiche Wareneinkauf, Zentralregulierung, Delkredere, Eigenmarken- und Qualitätsmanagement, Marketing, Standorterschließung, Verkaufsflächenkonzepte, sowie Sortiments- und Preispolitik.
- 27 Die EDEKA Gruppe verfügt heute über ein deutschlandweites Vertriebsnetz mit insgesamt knapp 12.000 Lebensmittelmärkten.⁴⁰ Über 6.000 dieser Märkte werden von insgesamt rd. 4.000 selbständigen Kaufleuten, den EDEKA-Genossen, betrieben. Von den verbleibenden knapp 6.000 Märkten sind ca. 1.500 sogenannte Regiebetriebe (Filialen), die von den Regionalgesellschaften betrieben werden und ca. 4.500 Märkte der Discountschiene Netto. Während die Zahl der Regiebetriebe seit 2008 leicht rückläufig ist, ist die Zahl der Discountmärkte - auch nach der Übernahme der Plus-Märkte - leicht angestiegen.
- 28 Zum Vertriebsnetz der EDEKA Gruppe gehören SB-Warenhäuser, Verbrauchermärkte, Supermärkte sowie Discountmärkte, sodass die EDEKA Gruppe in allen Vertriebsschienen des Lebensmitteleinzelhandels (LEH) vertreten ist.
- 29 Neben den Lebensmittelmärkten umfasst die EDEKA Gruppe außerdem gut 300 Getränkemarkte⁴¹ und über 2.000 Bäckereien und ist damit auch in verschiedenen Bereichen des Fachhandels tätig. Im Großhandel ist die EDEKA über ihre Regionalgesellschaften, die die EDEKA-Einzelhändler beliefern, und über derzeit 132 Cash+Carry-Märkte sowie 21 Zustelllager für Großkunden aus Gastronomie, Hotellerie oder Großküchen vertreten.

⁴⁰ Vgl. hierzu und zum Folgenden: www.edeka-gruppe.de/Unternehmen/media/edeka_gruppe/gruppe/gruppenprofil/unternehmensfuehrung_1/vorstand/downloads_1/pdf_1/EDEKA-Gruppe_Jahresbericht-2010.pdf; Neunzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2010/2011, S. 422 f. sowie Trade Dimensions: Top-Firmen 2014 Der Lebensmittelhandel in Deutschland Food/Nonfood, VII, 139.

⁴¹ EDEKA Rhein-Ruhr hat im Jahre 2005 Anteile an der TOP-Getränkegruppe erworben (B2-193/05) und im Jahre 2008 deren vollständigen Erwerb sowie den Erwerb einer Beteiligung an der LSC Logistik & Service Company Einzelhandels GmbH, Kamen, angemeldet. Das Vorhaben wurde von der Beschlussabteilung freigegeben (B2-196/08). Im Februar 2009 hatte die EDEKA den Erwerb von 18 Getränkeabholmärkten von der trinkauf-Getränkemarkte GmbH & Co. KG und der trinkauf-Getränkefachmärkte GmbH & Co. Immobilienverwaltungs KG angemeldet. Das Vorhaben wurde von der Beschlussabteilung freigegeben (B2-39/09). Im Jahr 2011 hat EDEKA Rhein-Ruhr die trinkgut Deutsche Getränke Holding GmbH mit ca. 200 Märkten übernommen. Das Vorhaben wurde unter Nebenbestimmungen freigegeben (B2-52/10).

30 Durch den Betrieb eines eigenen Großhandels bzw. insbesondere durch die Übernahme des Getränkiefachgroßhändlers „trinkgut“ im Jahr 2010 ist EDEKA auch auf dieser Distributionsstufe vertreten und konnte sich zudem in einem für Getränkehersteller wichtigen alternativen Vertriebskanal etablieren.

31 Der Gesamtumsatz der EDEKA Gruppe hat sich nach den der Beschlussabteilung vorliegenden Zahlen in den vergangenen Jahren wie folgt entwickelt:

	Netto-Umsätze EDEKA-Gruppe
2000	21.508 Mio. Euro
2005	33.663 Mio. Euro
2007	32.783 Mio. Euro
2008	33.755 Mio. Euro
2009	38.956 Mio. Euro
2010	40.092 Mio. Euro
2011	42.088 Mio. Euro
2012	44.046 Mio. Euro
2013	44.999 Mio. Euro

32 Die Umsätze der EDEKA Gruppe im Einzelhandel wurden zuletzt zu 53 % von den selbständigen Einzelhändlern, zu 27 % im Discountgeschäft, zu 19 % von den Regiebetrieben und zu 2 % von den Backwarenfilialen erwirtschaftet. Der Anteil des Food-Umsatzes am Gesamtumsatz ist seit dem Jahr 2000 geringfügig gestiegen und liegt heute bei rd. 90 %. Die EDEKA Gruppe ist ausschließlich in Deutschland tätig.

33 Die Umsätze der selbständigen Einzelhändler (SEHs) der EDEKA werden nach der Praxis des Bundeskartellamtes den Umsätzen der EDEKA Gruppe zugerechnet. Wesentliche Bestandteile des durch das Nebeneinander von Regiebetrieben und selbständigen Einzelhändlern geprägten Vertriebsschienenkonzepts der EDEKA sind ein einheitlicher Marktauftritt, Bezugsverpflichtungen, einheitliche und gemeinsame Werbung sowie Gebietsabsprachen. Auch die Überprüfung exemplarisch vorgelegter Verträge zwischen einer Regionalgesellschaft und den von ihr belieferten SEHs im Rahmen des Verfahrens EDEKA/Tengelmann hat die Auffassung der Beschlussabteilung bestätigt, dass zwischen diesen Unternehmen kein funktionsfähiger Wettbewerb stattfindet, sondern dass sie bei der Marktanteilsbetrachtung und bei der Gesamtbeurteilung als wettbewerblich einheitlich am Markt auftretendes Unternehmen zu berücksich-

tigen sind.⁴² Die Anwendung der Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB auf die EDEKA Gruppe hat die Beschlussabteilung allerdings bislang offengelassen.

- 34 Das starke Wachstum der EDEKA insbesondere seit 2005 beruhte zum Teil auf internem Wachstum, vor allem aber auf der Übernahme der Spar sowie des Discount-Unternehmens Netto im Jahr 2005 und der Übernahme eines wesentlichen Teil der Plus-Märkte von Tengelmänn im Jahr 2008. EDEKA konnte mit diesen Übernahmen mehrere Unternehmen, die früher selbst der LEH-Spitzengruppe angehörten, in das eigene Unternehmen integrieren. Die Expansionsstrategie der EDEKA zeigt sich jedoch nicht nur in den „großen“ Übernahmen seit 2005, sondern wird auch durch zahlreiche kleinere Erwerbsvorgänge der letzten Jahre belegt, mit denen die EDEKA ihre Wettbewerbsposition im Lebensmitteleinzelhandel sukzessive stärken konnte.⁴³
- 35 Der Anteil der Handelsmarken bei EDEKA liegt (über alle Warengruppen hinweg) mit 20 – 30 % zwar deutlich unter dem Handelsmarkenanteil von (reinen) Discountern, wurde in jüngster Zeit jedoch kontinuierlich gesteigert. Darüber hinaus hat EDEKA seit 2006 eine gezielte Handelsmarkenstrategie entwickelt und verfolgt, wodurch zum einen mit der Dachmarke „EDEKA“ ein unmittelbarer Bezug zum Handelsunternehmen hergestellt und zum anderen das gesamte Qualitäts- und Preisspektrum wichtiger Produktbereiche durch Handelsmarken abgebildet wurde.⁴⁴
- 36 Die EDEKA Gruppe hat sich darüber hinaus in den vergangenen Jahren insbesondere durch Beteiligungen an Lebensmittelherstellern bzw. Handwerksbetrieben in den Bereichen alkoholfreie Getränke, Fleischwaren und Backwaren vertikal integriert.⁴⁵ Die EDEKA-eigene Weinkellerei besteht bereits seit 1939 und ist mittlerweile die zweitgrößte Kellerei Deutschlands.
- 37 Die Beschaffung derjenigen Waren, die einer zentralen Abrechnung unterliegen, erfolgt für die gesamte EDEKA Gruppe durch die EDEKA Zentrale bzw. die EDEKA-Zentralhandelsgesell-

⁴² Vgl. B2-333/07 „EDEKA/Tengelmänn“, Beschluss vom 30.06.2008, S. 20 ff. (www.bundeskartellamt.de). Auch die Monopolkommission teilt diese Auffassung und geht „sowohl auf den Angebots- als auch auf den Beschaffungsmärkten von einer wettbewerblichen Einheit aus.“ (Neunzehntes Hauptgutachten 2010/2011, S. 423).

⁴³ Allein zwischen 2005 und 2010 haben Unternehmen der EDEKA Gruppe insgesamt 16 Zusammenschlussvorhaben beim Bundeskartellamt angemeldet und vollzogen, die den Lebensmitteleinzelhandel bzw. den Lebensmittelgroßhandel sowie sämtliche Vertriebslinien und Vertriebsformate betrafen. Zu diesen „kleineren“ Übernahmen zählten u.a. „Top-Getränke“ (B9-195/05, B2-39/09), „Real-Märkte“ (B9-109/07, B2-20/08, B2-86/09), „trinkauf“ (B2-39/09), „Minipreis“ (B2-45/09), Lupus C&C“ (B2-51/10), „trinkgut“ (B2-52/10) und „Kaiser’s-Märkte“ (B2-92/10). Andere Erwerbsvorgänge waren beim Bundeskartellamt angemeldet bzw. angefragt, scheiterten aber aufgrund wettbewerblicher Bedenken.

⁴⁴ Vgl. auch www.edeka.de

⁴⁵ Zu nennen sind hier u.a. die Fusionsfälle „Schwarzwald-Sprudel“ (B9-64/07), „Lutz Fleischwaren“ (B9-64/07), „Bäckerhaus Ecker“ (B2-88/10), „Schäfer’s Brot“ (B2-122/10) oder „Elro“ (B2-105/12).

schaft (EZHG). Dieses mit den „nationalen Lieferanten“ verhandelte Beschaffungsvolumen macht den überwiegenden Teil des EDEKA-Gesamtbeschaffungsvolumens aus. Im Jahr 2012 wurden lt. Presseberichten rd. 250 bislang regionale Lieferanten von EDEKA zusätzlich auf die nationale Verhandlungsebene gehoben, wodurch die Bedeutung der zentralen Warenbeschaffung weiter gestiegen ist.⁴⁶ Von diesem gebündelten Einkauf durch die EDEKA-Zentrale profitieren nicht nur die EDEKA-Filialen und das Discountgeschäft, sondern auch die den Genossenschaften angehörenden Einzelhändler sowie die Kooperationspartner der EDEKA.

- 38 In den hier relevanten Jahren 2008 und 2009 führte EDEKA die Warenbeschaffung auch für ihre damaligen Kooperationspartner Globus, Budnikowsky, Netto Stavenhagen, Stroetmann, Handelshof, Minipreis, Feneberg und Lüning durch, wodurch sich das gesamte Beschaffungsvolumen der EDEKA Gruppe und die damit verbundene Verhandlungsmacht zusätzlich erhöhten. In der Zwischenzeit wurden die Kooperationen mit Globus, Budnikowsky und Handelshof beendet; seit 2011 ist Frey & Kissel als neuer Kooperationspartner hinzugekommen.
- 39 Auf internationaler Ebene kooperiert die EDEKA seit 2005 zusammen mit der französischen ITM Entreprises-Gruppe (Intermarché) und der Eroski-Gruppe aus Spanien über die Allianz Alidis / Agenor. Funktion der Allianz ist u.a. die europaweite Vermarktung vertrieblicher Leistungen für Markenartikel.

2.) REWE

Die REWE Group umfasst eine Vielzahl von Unternehmen, die in Deutschland und im europäischen Ausland vornehmlich im Einzel- und Großhandel, insbesondere mit Lebensmitteln, tätig sind. Ferner betreiben Unternehmen der REWE Group Fachmärkte (Baumärkte, Gartencenter und Elektronik-Fachhandel, Drogeriemärkte), Produktionsbetriebe (Fleisch- und Brotverarbeitung) und sind in der Tourismus-Branche tätig (Reiseveranstalter und Reisevertrieb). Im LEH-Bereich betreibt die REWE Group Einzelhandelsmärkte unter den Bezeichnungen „REWE“ und „toom“ sowie Discountmärkte unter der Bezeichnung „Penny“.

Die im vorliegenden Verfahren beigeladene REWE Zentralfinanz eG („RZF“) ist neben der REWE-Zentral AG eine der beiden Muttergesellschaften der REWE Group. RZF reguliert die Rechnungen der Lieferanten für Waren und Dienstleistungen an die Unternehmen der REWE-

⁴⁶ Vgl. Lebensmittelzeitung (LZ) 6/2012 vom 10.02.2012, S. 1 und S. 4.

Group und übernimmt für die Lieferantenforderungen das Delkredere in Form der Schuldmitübernahme.

Im LEH-Bereich ist REWE der engste Wettbewerber von EDEKA und – neben der Schwarz-Gruppe – einer der drei großen Kunden der Hersteller von Markenprodukten.

Es ist gängige Praxis der Beschlussabteilung, die LEH-Unternehmen der REWE und ihre selbständigen Einzelhändler (SEH) als wettbewerbliche Einheit zu betrachten. Die Anwendung der Verbundklausel (§ 36 Abs. 2 GWB) wurde bislang offengelassen, die Unternehmen werden aber im Rahmen der Gesamtbetrachtung in das Wettbewerbspotenzial der REWE einbezogen.

Die Netto-Umsätze der REWE (inkl. REWE Dortmund) haben sich in den vergangenen Jahren wie folgt entwickelt:⁴⁷

	Netto-Umsätze REWE
2000	25.405 Mio. Euro
2005	28.396 Mio. Euro
2007	29.365 Mio. Euro
2008	31.582 Mio. Euro
2009	33.098 Mio. Euro
2010	34.416 Mio. Euro
2011	32.709 Mio. Euro
2012	33.917 Mio. Euro
2013	34.129 Mio. Euro

Wesentliche Kooperationspartner der REWE sind die REWE Dortmund Großhandel eG, die coop eG, Kiel sowie die Dohle Handelsgruppe. Auf internationaler Ebene ist REWE Mitglied der Einkaufskooperation Core (Nachfolger von Coopernic).

⁴⁷ Vgl. Neunzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2010/2011, S. 425, sowie Trade Dimensions, a.a.O., VII, 498.

3.) Markenverband

Der Markenverband ist ein rechtsfähiger Verein mit derzeit knapp 400 Mitgliedsunternehmen aus der Markenwirtschaft, darunter über 200 Hersteller von Markenartikeln, die in Deutschland über den LEH vertrieben werden. Auch die vier hier beispielhaft untersuchten Sekthersteller sind Mitglieder des Markenverbandes. Der Markenverband vertritt die Interessen seiner Mitglieder in allen Fragen, die sich aus der Herstellung und dem Absatz von Markenartikeln ergeben - insbesondere gegenüber den Kunden der Markenartikelhersteller. Mit seiner Beschwerde im März 2009 hat der Markenverband maßgeblich zur Einleitung des vorliegenden Verfahrens beigetragen.

II.) RECHTLICHE WÜRDIGUNG

A) Schutzzweck und Entwicklung der Norm

40 Nach § 19 Abs. 1 GWB ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen verboten. Ein solcher Missbrauch liegt gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen seine Marktstellung dazu ausnutzt, andere Unternehmen dazu aufzufordern oder zu veranlassen, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren. Dieses Verbot gilt nach § 20 Abs. 2 GWB auch für Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen im Verhältnis zu von ihnen abhängigen Unternehmen.

41 Die Vorschrift wurde – in einer anderen Formulierung – erstmals durch die 4. GWB-Novelle 1980 (damals in § 26 Abs. 3 GWB) als Sonderregelung für den Fall der sogenannten „passiven Diskriminierung“ zur weiteren Kontrolle der Nachfragemacht eingeführt und sollte eine bis dahin bestehende „Schutzlücke“ schließen.⁴⁸ Hintergrund war die Tatsache, dass die Diskriminierung von Wettbewerbern des (marktstarken) Nachfragers in den betreffenden Fällen zwar nach außen hin durch den Anbieter (Lieferanten) erfolgt, ihm aber in Wirklichkeit nicht zugerechnet werden kann, weil sie von dem marktstarken Nachfrager erzwungen wird (daher auch „passive Diskriminierung“). Nach herrschender Meinung zielte die Norm somit ursprünglich in erster Linie

⁴⁸ Vgl. hierzu und zum Folgenden Loewenheim in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 20 (2005), Rz. 113 sowie Nothdurft in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1 Deutsches Kartellrecht, 12. Aufl., § 19, Rz. 150 ff.

auf die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen auf der Nachfragestufe und allenfalls nachrangig auch auf den Schutz der Anbieter.⁴⁹

42 Nach der neueren Kommentarliteratur ist es jedoch nicht angemessen, die von der Macht- ausübung direkt betroffenen Lieferanten (bzw. die „Opfer des Machtmissbrauchs“⁵⁰) aus dem Schutzbereich der Norm auszuklammern, zumal nur die Lieferanten, nicht aber die Wettbe- werber des marktstarken Handelsunternehmens über die volle Konditionentransparenz ver- fügen.⁵¹ Dies muss insbesondere vor dem Hintergrund der seit Jahren andauernden Diskussion über das Problem der zunehmenden Nachfragemacht von Unternehmen des Lebensmittel- einzelhandels gegenüber den Herstellern sowie in Anbetracht der zuletzt eingeführten Ände- rungen der Norm gelten.⁵² Der BGH hatte diese Frage in seiner Entscheidung „Konditionenanpassung“ zu § 20 Abs. 3 GWB (1998) offengelassen, gleichzeitig aber auf die Schutzbedürftigkeit abhängiger Lieferanten hingewiesen.⁵³

43 Durch die 7. GWB-Novelle 2005 wurde die Norm in zweifacher Hinsicht erweitert: Erstens wird seit Inkrafttreten dieser Fassung neben dem „Veranlassen“ nun auch bereits die „Aufforderung“ zur Vorteilsgewährung von der Norm erfasst. Zweitens wurde der ursprüngliche Begriff der „Vorzugsbedingung“ durch den (allgemeineren) Begriff des „Vorteils“ ersetzt. Während der Ein- bezug der „Aufforderung“ klar auf eine erleichterte Anwendbarkeit der Norm abzielte, ist in der Literatur umstritten, ob der neue Begriff „Vorteil“ zu einer wesentlichen Ausweitung des Anwen- dungsbereichs geführt hat oder nicht. Für eine solche Ausweitung spricht jedenfalls die Argu- mentation, dass die Feststellung einer „Vorzugsbedingung“ bislang nur im horizontalen Quer- vergleich mit den Wettbewerbern des Normadressaten erfolgen konnte und (nach der ursprüng- lichen Regierungsbegründung) die subjektive Absicht des Normadressaten, sich eine unge- rechtfertigte Stellung im Wettbewerb zu verschaffen, beinhalten musste.⁵⁴ Bei weiter Auslegung

⁴⁹ Für eine enge Auslegung des Schutzzwecks vgl. u.a. Säcker/Mohr: „*Forderung und Durchsetzung ungerechtfertigter Vorteile – Eine Analyse des § 20 Abs. 3 GWB*“, in: WRP 2010, S. 1 und S. 25.

⁵⁰ Siehe Köhler: „*Zur Kontrolle der Nachfragemacht nach dem neuen GWB und dem neuen UWG*“, in: WRP 2/2006, S. 140.

⁵¹ So Nothdurft in: Langen/Bunte, a.a.O., § 19, Rz. 153; ähnlich Westermann in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 2 GWB, § 20 (2005), Rz. 119: „*Die auf der Marktgegenseite tätigen Lieferanten dürften daneben jedoch jedenfalls als Reflexwirkung mit in den Schutzbereich einzubeziehen sein.*“; ebenso Köhler, a.a.O., S. 139 f.

⁵² Vgl. auch die Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle vom 30.11.2011, S. 22 (abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Stellungnahmen/2011-12-06_Stellungnahme_Bundeskartellamt_Referentenentwurf_8_GWB-Novelle.pdf) sowie die Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Regierungsentwurf vom 22.06.2012, S. 25, in denen auch das BKartA die Lieferanten als Schutzobjekt des § 20 Abs. 3 GWB sieht (abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Stellungnahmen/2012-06-22_Bundeskartellamt_Stellungnahme_Regierungsentwurf_8_GWB-Novelle.pdf)

⁵³ BGH, Beschl. v. 24.09.2002 – KVR 8/01, WuW/E DE-R 984 (990).

⁵⁴ Vgl. hierzu und zum Folgenden: Nothdurft in: Langen/Bunte, a.a.O., § 19, Rz. 158 f.

des neuen Begriffs „Vorteil“ wird hingegen sogar die Auffassung vertreten, dass ein solcher *„nunmehr schlicht jede objektive Besserstellung des Normadressaten gegenüber dem bisherigen status quo vor der Aufforderung oder Veranlassung“* erfasst. Damit würde das Tatbestandsmerkmal des „Vorteils“ keine wesentliche Beschränkung des Anwendungsbereichs der Norm mehr darstellen und die eigentliche wettbewerbliche Bewertung der Forderung bei der Prüfung des „sachlich gerechtfertigten Grundes“ erfolgen.

- 44 Mit der sogenannten „Preismissbrauchsnovelle“ im Jahr 2007 wurde schließlich anstelle des bisherigen Verweises auf § 20 Abs. 2 GWB (2005), wonach das Verbot nur in Bezug auf kleine und mittlere abhängige Unternehmen galt, ein neuer § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB (2007) eingeführt. Danach galt das Verbot allgemein *„[...] im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unternehmen“*.⁵⁵ Die Gesetzesbegründung zur Preismissbrauchsnovelle stellt klar, dass sämtliche Unternehmen unabhängig von ihrer Größe vor der Forderung von Vorteilen zu schützen seien, wenn sie von dem fordernden Unternehmen abhängig sind⁵⁶ und betont damit den (auch) vertikalen Schutzzweck der Norm. Die Erweiterung der Norm auf alle abhängigen Unternehmen war zunächst befristet bis zum 31.12.2012.
- 45 Mit der am 30.06.2013 in Kraft getretenen 8. GWB-Novelle wurde die Norm in ihrer weiten Fassung nun jedoch ohne zeitliche Beschränkung in § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB verankert. Damit erfasst die Vorschrift grundsätzlich alle abhängigen Unternehmen unabhängig von ihrer Größe und schränkt die Handlungsfreiheit der Normadressaten entsprechend ein.
- 46 EDEKA und REWE bezweifeln in ihren Stellungnahmen grundsätzlich den (auch) vertikalen Schutzzweck des Anzapfverbots und fordern, den Begriff des Vorteils ausschließlich an einer nachgewiesenen oder ausdrücklich geforderten Besserstellung gegenüber Wettbewerbern festzumachen. Die entsprechenden Kritikpunkte werden unten bei der konkreten Prüfung des Tatbestandsmerkmals „Vorteile“ im vorliegenden Fall erfasst.
- 47 REWE kritisiert darüber hinaus grundsätzlich, dass die Beschlussabteilung von einem strukturellen Ungleichgewicht zu Lasten der Industrie ausgehe und einseitig zu Lasten der

⁵⁵ „Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittel-einzelhandels“, BGBl. I 2007, S. 2966. Die Einschränkung auf „kleine und mittlere Unternehmen“ bestand allerdings erst aufgrund einer entsprechenden Neufassung im Zuge der 5. GWB-Novelle im Jahr 1989.

⁵⁶ Vgl. BT-Drucksache 16/7156, S. 10.

EDEKA ermittelt habe.⁵⁷ Darüber hinaus äußert REWE die Befürchtung, dass die von der Beschlussabteilung erfolgte Anwendung des Anzapfverbots die „*ohnehin bestehenden Grauzonen nochmals deutlich vergrößert*“ und zu willkürlichen Eingriffen in die Vertragsfreiheit bzw. zu einer dauerhaften Angemessenheits- und Verhaltenskontrolle führt.⁵⁸ Im weiteren Text der Stellungnahme kritisiert REWE dann jedoch auch ausführlich die von der Beschlussabteilung konkret formulierten und geprüften Kriterien für die Prüfung der Tatbestandsmerkmale des Anzapfverbots.

48 Der Markenverband vertritt in seiner Stellungnahme die Auffassung, dass die „*Richtigkeitsgewähr*“ der Vertragsfreiheit, die bei rationaler Entscheidungsfindung zu einer Verhältnismäßigkeit von Leistung und Gegenleistung führt, „*in Machtkonstellationen aufgehoben ist*“, sodass die strengeren Grenzen der passiven Diskriminierung gerechtfertigt sind.⁵⁹

49 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Anzapfverbot – wie auch die übrigen Missbrauchsvorschriften des GWB – die unternehmerische Handlungsfreiheit marktbeherrschender oder marktstarker Unternehmen einschränkt. Die Vorschrift stellt insofern ein Korrektiv zur Machtposition der betreffenden Unternehmen und damit eine Ausnahme von der Regel dar. Für ein LEH-Unternehmen, das als Normadressat vom Anzapfverbot erfasst wird, gibt es hinsichtlich der Zulässigkeit von „harten Verhandlungen“ Grenzen, die für andere LEH-Unternehmen nicht gelten. Ein Verstoß gegen das Anzapfverbot liegt jedoch erst dann vor, wenn - zusätzlich zur Erfüllung der Normadressateneigenschaft - ohne sachlich gerechtfertigten Grund ein Vorteil gefordert wird. Wenn sämtliche Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind, ist dann nach dem Willen des Gesetzgebers allerdings der Eingriff der Wettbewerbsbehörde erforderlich.

B) Schadenstheorie

50 Die Wettbewerbsbedingungen an der Schnittstelle zwischen Herstellern und dem Lebensmittel-einzelhandel haben sich in den letzten Jahren stark verändert. Die Beschlussabteilung hält in-soweit eine konsequente Anwendung des § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. 20 Abs. 2 GWB, der die Ausnutzung einer Abhängigkeitssituation durch das Fordern von Vorteilen ohne sachlich gerechtfertigten Grund verbietet, für erforderlich und angemessen.

⁵⁷ Vgl. Bl. 2799 d. Verfahrensakte.

⁵⁸ Vgl. Bl. 2800 und Bl. 2859 d. Verfahrensakte.

⁵⁹ Vgl. Bl. 2792 d. Verfahrensakte.

- 51 Die Marktstruktur des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland hat in den vergangenen Jahren eine starke Konzentration erfahren. Im Jahr 1999 verfügten noch acht große Handelsketten (EDEKA, REWE, Schwarz-Gruppe, ALDI, Metro, Tengelmann, WalMart und Spar) gemeinsam über einen Marktanteil von 70 %. Durch die Übernahme von Spar/Netto durch EDEKA im Jahr 2005 und das Ausscheiden von WalMart (Übernahme durch Metro) reduzierte sich die Zahl der großen LEH-Unternehmen bereits auf sechs. Aufgrund der Veräußerung des Discount-Geschäfts von Tengelmann und der internen Entwicklung des Metro-Konzerns haben diese beiden Unternehmen an Bedeutung für den Einzelhandel mit Lebensmitteln verloren. Gleichzeitig konnten insbesondere EDEKA und REWE ihre Marktanteile durch externes und internes Wachstum kontinuierlich erhöhen. Im Jahr 2010 verfügten die vier verbleibenden großen LEH-Unternehmen (EDEKA, REWE, Schwarz-Gruppe und Aldi) absatzseitig bereits über einen gemeinsamen Marktanteil von rd. 85 %.
- 52 Angesichts der immer noch starken Handelsmarken-Ausrichtung von ALDI stehen insbesondere den Herstellern von Markenartikeln – innerhalb des Vertriebskanals LEH - nur noch drei große Abnehmer mit nationalen Filialnetzen gegenüber, wobei EDEKA der mit Abstand größte Nachfrager ist. Von den verbliebenen kleineren LEHs stellen viele für die Hersteller keine echte Absatzalternative mehr dar, da sie über Einkaufskooperationen an REWE oder EDEKA gebunden sind und nicht mehr eigenständig verhandeln.
- 53 Die Marktstrukturen auf der Herstellerseite sind je nach Produktmarkt sehr unterschiedlich ausgebildet. Teilweise sind die Märkte hochkonzentriert, teilweise durch eine überwiegend mittelständische, breite Anbieterstruktur gekennzeichnet. Bei der kartellrechtlichen Bewertung der Machtverhältnisse zwischen den beiden Marktstufen gibt es keinen eindeutigen und pauschal gültigen Zusammenhang zwischen der Unternehmensgröße der nachfragenden Handelsunternehmen auf der einen Seite und der Lieferanten auf der anderen Seite. Im Ergebnis sind die Machtverhältnisse einzelmarktbezogen zu analysieren und hängen von den jeweiligen Marktbedingungen sowie der Marktbedeutung und den Ausweichmöglichkeiten der Verhandlungspartner ab.
- 54 Harte Verhandlungen zwischen Herstellern und Händlern sind im Lebensmitteleinzelhandel - und auch in anderen Wirtschaftsbereichen - üblich und im Rahmen einer Missbrauchsaufsicht nicht ohne Weiteres zu beanstanden. Dies gilt auch dann, wenn sich die mengen- und umsatzbezogenen Strukturvorteile großer, nachfragestarker Handelsunternehmen in den Verhand-

lungen mit den Lieferanten niederschlagen. Im vorliegenden Fall ist nach Auffassung der Beschlussabteilung die Grenze zulässigen Verhaltens jedoch überschritten.

- 55 In früheren Verfahren sowie zahlreichen Gesprächen haben verschiedene kleinere LEH-Unternehmen gegenüber der Beschlussabteilung immer wieder deutlich gemacht, dass ihr Überleben als eigenständiger Anbieter und Nachfrager auf dem LEH-Markt essentiell von der Erzielung wettbewerbsfähiger Beschaffungskonditionen abhängt. Dies ist unmittelbar einleuchtend, da die Beschaffungskosten den weit überwiegenden Teil der Gesamtkosten des Einzelhandels ausmachen. Die Forderung von Sonderkonditionen durch ein nachfragemächtiges LEH-Unternehmen wie die EDEKA hat vor diesem Hintergrund nicht nur für die Lieferanten, sondern auch für die kleineren Handelsunternehmen sowohl unmittelbare als auch mittelbare Nachteile.
- 56 EDEKA hatte ausweislich der bei dem Unternehmen vorgefundenen Asservate ein System für den Bestwertabgleich entwickelt, das nicht nur einen vermeintlichen Konditionenunterschied für Einzelartikel zum Zeitpunkt der Fusion abgleicht. Das System ging weit darüber hinaus. Der Konditionenvorteil wurde als Zusatzforderung für viele Lieferanten zusätzlich auf andere Artikel des betroffenen Produktmarktes und sogar schrittweise auf das gesamte bei EDEKA gelistete Sortiment der betroffenen Hersteller ausgedehnt. Die betroffenen Lieferanten sahen sich damit einer Forderung gegenüber, die nicht nur ein Rosinenpicken darstellte, sondern die vermeintliche Besserstellung eines kleineren LEH-Unternehmens bei Einzelkonditionen ohne sachliche Rechtfertigung sogar mehrfach sanktionierte. Der Bestwertabgleich wurde darüber hinaus auf der Grundlage mehrerer, in der Vergangenheit liegender Stichtage erhoben. Mit dieser weiteren Maßnahme wurde eine unternehmens- oder marktstrategisch begründbare Besser- oder Gleichstellung kleinerer Wettbewerber bei Einzelkonditionen dauerhaft verhindert.
- 57 Die Forderung der EDEKA nach einer Verlängerung von Zahlungszielen für das gesamte von EDEKA beschaffte Sortiment in den Fällen, in denen Plus zuvor längere Zahlungsziele eingeräumt wurden, ging in dieselbe Richtung. Auch hier wurden einzelne Konditionenbestandteile - unabhängig vom restlichen Konditionenpaket – herausgegriffen und damit ein neues Gesamtpaket gefordert, das besser war als die beiden einzelnen Konditionenpakete zuvor. Hinzu kam, dass das längere Zahlungsziel für das Plus-Beschaffungsvolumen für die Lieferanten eine völlig andere finanzielle Bedeutung hatte als ein längeres Zahlungsziel für das - im Durchschnitt zehnmal größere – neue Gesamtbeschaffungsvolumen von EDEKA und Plus. Mit dieser Maßnahme wurde ebenfalls dauerhaft verhindert, dass Hersteller kleineren Unternehmen des Le-

bensmitteleinzelhandels günstigere Einzelkonditionen innerhalb eines Konditionenpakets gewähren. „Stützungsmaßnahmen“ zugunsten kleinerer Handelsunternehmen – im Sinne eines „Lieferantenkredits“ – werden durch eine solche Vorgehensweise sanktioniert, und zwar unter missbräuchlicher Ausnutzung von Nachfragemacht.

58 Die ohnehin bestehenden Mengenvorteile der EDEKA wurden durch die Nachverhandlungen weiter verstärkt, indem das Unternehmen zusätzliche Sonderkonditionen forderte („Synergiebonus“, „Partnerschaftsvergütung“, „Sortimentserweiterungsbonus“), die nach Auffassung der Beschlussabteilung sachlich nicht gerechtfertigt waren und seitens der EDEKA nur aufgrund ihrer starken Marktposition gefordert werden konnten. Die Sogwirkung zulasten der Wettbewerber wurde auf diese Weise weiter verstärkt.

59 Durch die Kombination von rückwirkenden Forderungen, einem Konditionenabgleich auf Basis mehrerer in der Vergangenheit liegender Vergleichsstichtage, dem Herausgreifen von Konditionenbestandteilen im Wege des Rosinenpickens, einseitigen, unbegründeten Zusatzforderungen und einer Umrechnung der Forderungen auf das gesamte eigene Beschaffungsvolumen forderte EDEKA bei den Sonderverhandlungen von den Lieferanten letztlich ein mehrfach optimiertes Konditionenpaket, das nicht nur deutlich besser war als das bisherige EDEKA-Paket, sondern auch deutlich besser als das bisherige Plus-Paket.

60 Durch die Forderung und Gewährung von Sonderkonditionen geraten nicht nur die Lieferanten sondern auch die anderen LEH-Unternehmen unmittelbar und mittelbar unter Druck. Dies gilt insbesondere, wenn - wie im vorliegenden Fall - die Forderungen auf den Gesamtumsatz des Erwerbers und damit das Zehnfache des eigentlich von der Übernahme betroffenen Umsatzes bezogen werden. Denn die Zahlung von Einmalbeträgen oder die dauerhafte Verschlechterung ihrer Konditionen kann bei den Lieferanten kurzfristig zu entsprechenden Ausgleichsforderungen gegenüber anderen, kleineren LEH-Unternehmen führen, die dadurch ihrerseits unter zusätzlichen Wettbewerbsdruck ihrer großen Konkurrenten geraten.

61 Ein großes LEH-Unternehmen wie die EDEKA verbessert durch die weitere Optimierung seiner Beschaffungskonditionen darüber hinaus auch seine Wettbewerbsfähigkeit und seine Wettbewerbsposition auf den Absatzmärkten. Es kommt zu einer für das Unternehmen positive Rückkopplung zwischen der fortschreitenden Konzentration der Nachfrage auf den Beschaffungsmärkten und der Marktposition auf den Absatzmärkten. Die Gefahr besteht in immer stärker werdenden Konzentrations- und Machtspiralen bei Lebensmitteleinzelhandelsunternehmen.

- 62 Kleinere LEH-Unternehmen haben zudem gegenüber der Beschlussabteilung immer wieder dargestellt, dass ihnen – anders als in der Vergangenheit – von den Herstellern in den Jahresgesprächen grundsätzlich kaum noch bessere Einzelkonditionen eingeräumt würden, da die Hersteller im Falle einer Übernahme oder einer Einkaufskooperation und der damit verbundenen Offenlegung von Konditionen die Forderung eines gezielten Bestwertabgleichs auf der Basis einzelner Konditionenunterschiede fürchteten. Denn die Hersteller könnten es sich nicht leisten, einzelne bessere Konditionen für einen kleinen Händler auf das gesamte Beschaffungsvolumen einer EDEKA oder auch einer REWE zu übertragen – unter Beibehaltung aller sonstigen Vorzugskonditionen der großen Abnehmer. Hierdurch entsteht im Ergebnis eine Art Meistbegünstigungsklausel zugunsten der großen Nachfrager, die verbunden mit deren mengen- und umsatzbezogenen Strukturvorteilen im Regelfall zu wesentlich besseren Beschaffungskonditionen führen. Dementsprechend versuchen zunehmend kleinere Wettbewerber, im Wege von Beschaffungskooperationen an den guten Beschaffungskonditionen der Marktführer EDEKA und REWE zu partizipieren. Dies führt – auch aufgrund der zunehmend konzentrativen Struktur der Kooperationsverträge – zu einer weiteren Unterstützung des Konsolidierungsprozesses im deutschen Lebensmitteleinzelhandel.
- 63 Die Beschlussabteilung hat nicht zuletzt im vorliegenden Verfahren festgestellt, dass die beschriebene „Schutzreaktion“ der Hersteller in der Praxis auch tatsächlich umgesetzt wird. Dies zeigt insbesondere die Tatsache, dass EDEKA im Rahmen ihres Bestwertabgleichs nur noch bei einem Teil der von den Sonderverhandlungen betroffenen Lieferanten Einzelartikel identifizieren konnte, bei denen Plus in der Vergangenheit noch bessere Preise erhalten hatte. Hierin liegt – neben der Veränderung der Marktstruktur – auch ein wichtiger Unterschied zur Marktsituation, die der Entscheidung „Konditionenanpassung“ des BGH zugrunde lag. Dort reichte der Metro offenbar noch ein „reiner“ Konditionenabgleich – ohne weitere Sonderforderungen – aus.⁶⁰
- 64 Die gefährdeten Wettbewerbsprozesse sollen durch das geltende Recht geschützt werden, und zwar in alle Richtungen. Dieses Leitbild lässt sich gut am Beispiel der Nachfragemacht in der Missbrauchsaufsicht und der Kartellverfolgung verdeutlichen. Sowohl Art. 102 AEUV als auch §§ 19, 20 GWB verbieten in gleicher Weise nicht nur die Erzwingung unangemessener Verkaufspreise und –bedingungen, sondern auch die Erzwingung unangemessener Einkaufspreise

⁶⁰ Siehe BGH Beschl. v. 24.09.2002 – KVR 8/01, WuW/E DE-R, 984.

und –bedingungen. Art. 101 AEUV und § 1 GWB verbieten die unmittelbare Festsetzung von Verkaufspreisen ebenso wie die Festsetzung von Einkaufspreisen.

65 Das für die Ausübung von Nachfragemacht zuweilen vorgetragene Argument, dass erzielte Einkaufsvorteile bei funktionierendem Wettbewerb auf den Absatzmärkten automatisch auch den Verbrauchern zugutekommen, trifft nach Auffassung der Beschlussabteilung nicht zu. Insbesondere bei stark konzentrierten Marktstrukturen – EDEKA ist nicht nur national sondern auch in vielen regionalen Absatzmärkten Marktführer - ist zu erwarten, dass die erzielten Einkaufsvorteile nicht oder nur teilweise an den Verbraucher weitergegeben werden. Dies gilt auch, wenn der Wettbewerb grundsätzlich (noch) funktioniert und das durchschnittliche Verbraucherpreisniveau niedriger ist als in einigen anderen Ländern. Letztendlich spiegelt sich in dieser Bewertung die ökonomische Grundtatsache wider, dass in wettbewerblicher Hinsicht von einer besonders nachteiligen Gesamtsituation in der Wertschöpfungskette ausgegangen werden muss, wenn signifikante Nachfragemacht des Handels mit signifikanter Angebotsmacht des Handels auf Absatzmärkten einhergeht. Diese Einschätzung wird im vorliegenden Fall dadurch bestätigt, dass die EDEKA das Ziel hatte, die mit den verfahrensgegenständlichen Konditionenforderungen erzielten Vorteile in erster Linie zur Finanzierung des externen Unternehmenswachstums einzusetzen.

66 Bei der Frage, welche Auswirkungen die Erzielung von Einkaufsvorteilen durch die Ausübung von Nachfragemacht für die Verbraucher haben, sind neben den kurzfristigen zudem auch die mittel- bis langfristigen Entwicklungen zu beachten. Das wirtschaftstheoretische Konzept der Konsumentwohlfahrt umfasst nicht nur die statische, eindimensionale Analyse im Hinblick auf Preise und Mengen. Mittelfristig ist für die Verbraucher vielmehr auch zu berücksichtigen, welche negativen Auswirkungen die Ausübung von Nachfragemacht auf Produktqualität und Produktinnovationen sowie auf die zunehmende Konzentration von Handels- aber auch Herstellermärkten haben kann.

67 Dass eine Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Verhaltensweisen von marktstarken Handelsunternehmen bei der Beschaffung ihrer Waren in der bestehenden Marktsituation erforderlich ist, zeigt auch die aktuelle politische Diskussion über die Definition von unfairen Handelspraktiken auf nationaler und europäischer Ebene:

68 Bereits im November 2011 hat eine EU-Expertenplattform für B2B-Vertragspraktiken Grundsätze und Beispiele für faire und unfaire Praktiken in den vertikalen Beziehungen entlang der

Lebensmittelversorgungskette formuliert, die inzwischen von verschiedenen europäischen Hersteller- und Handelsverbänden bzw. Unternehmen aus diesen Marktstufen unterzeichnet wurden.⁶¹ In der Beispielliste werden als unfaire Praktiken u.a. außervertragliche einseitige und rückwirkende Änderungen von Preisen, die unbillige Übertragung unternehmerischer Risiken, unverhältnismäßige Listungsgebühren oder auch die Forderung sachlich nicht gerechtfertigter Vorteile in Verbindung mit Auslistungsandrohung genannt. Auch im Grünbuch der Europäischen Kommission vom 31.01.2013 werden entsprechende „Arten unlauterer Handelspraktiken“ definiert.⁶² Beide Dokumente beinhalten Forderungen, die im Rahmen „normaler“ Verhandlungen gestellt werden können. Unzulässige Forderungen im Zusammenhang mit Bestwertabgleichen, wie sie typischerweise nur nach Fusionen gestellt werden, sind in diesen Listen bislang nicht berücksichtigt.

69 Das vorliegende Verfahren zeigt, dass die EDEKA mit einem wesentlichen Teil der in den Sonderverhandlungen erhobenen Forderungen im Jahr 2009 auch gegen die oben genannten allgemeinen Grundsätze verstoßen hat, obwohl die EDEKA-Zentrale die europäische Initiative unterstützt und deren Grundsätze für das eigene Unternehmen bereits anerkannt hat.⁶³

70 Die allgemeinen Grundsätze über unfair practices sind allerdings aus sich heraus wenig geeignet, die Bandbreite missbräuchlichen Verhaltens für die Verhandlungen zwischen Handel und Lieferanten ausreichend konkret abzustecken. Es ist daher Aufgabe der Wettbewerbsbehörden, für konkrete Fallkonstellationen festzustellen, ob bzw. wo die Grenze des kartellrechtlich zulässigen Verhaltens überschritten wurde. Der Beschlussabteilung ist bewusst, dass in einem komplexen und individuellen Einzelfall nur ein Teil der möglichen Fallkonstellationen missbräuchlichen Verhaltens erfasst werden kann. Sie hält die Feststellung einzelner klarer Verstöße im vorliegenden Fall jedoch für notwendig, sachgerecht und zielführend.

C) Feststellungsinteresse

71 Obwohl die Forderungen der EDEKA bereits im Jahr 2009 aufgestellt wurden und der eigentliche Verstoß damit beendet ist, besteht im vorliegenden Fall ein (nachträgliches) Feststellungsinteresse im Sinne von § 32 Abs. 3 GWB. Nach der Kommentarliteratur⁶⁴ ist ein be-

⁶¹ Abrufbar unter http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/food/files/competitiveness/good_practices_en.pdf (nur in englischer Sprache verfügbar)

⁶² Abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0037:FIN:DE:PDF>

⁶³ Siehe www.supplychaininitiative.eu.

⁶⁴ Siehe Keßler in: Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 2 GWB, § 32, Rz. 58.

rechtigtes (Feststellungs-) Interesse zum einen dann gegeben, wenn die Gefahr einer Wiederholung droht, weil „*der Betroffene trotz Aufgabe seines Verhaltens dessen rechtliche Zulässigkeit betont*“. Zum anderen liegt ein Feststellungsinteresse auch in solchen Fällen vor, in denen die „*Klärung der Rechtslage im öffentlichen Interesse eines funktionsfähigen Wettbewerbs, insbesondere zur Vermeidung von Nachahmungsmaßnahmen Dritter, geboten erscheint*.“ Im vorliegenden Fall bestehen sowohl eine Wiederholungsgefahr seitens der EDEKA als auch eine grundsätzliche wettbewerbsrechtliche Bedeutung der hier untersuchten Fragen zur Forderung sachlich nicht gerechtfertigter Vorteile gegenüber abhängigen Unternehmen.

- 72 In der Vergangenheit hat sich das Bundeskartellamt bereits mehrfach mit möglichen Verstößen der EDEKA gegen das Verbot nach § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB (in der jeweils geltenden Fassung) befasst. Nach der Übernahme der Spar/Netto-Märkte im Jahr 2005 forderte EDEKA zunächst eine rückwärtige Konditionenanpassung und später eine Partnerschaftsvergütung. Beide Forderungen wurden aufgrund entsprechender Bedenken der zuständigen Beschlussabteilung aufgegeben bzw. angepasst.⁶⁵ Auch im Rahmen der Werbekampagne „100 Jahre EDEKA“ im Jahr 2006 ging die Beschlussabteilung Hinweisen auf einen möglichen Verstoß nach.⁶⁶ Aus den Asservaten im aktuellen Verfahren ergibt sich zudem, dass die Sonderverhandlungen der EDEKA im Anschluss an die Übernahme der Spar/Netto-Märkte bereits als „Vorlage“ für die Sonderverhandlungen im Rahmen der Plus-Übernahme dienten.⁶⁷
- 73 Nach den Sonderverhandlungen der EDEKA im Jahr 2009 ergaben sich bereits Ende 2010 aus den Jahresgesprächen für 2011 erste Anhaltspunkte für die erneute Fortsetzung des kartellrechtswidrigen Verhaltens durch EDEKA, da – nach Aussage einiger Lieferanten - unter neuer Bezeichnung die Fortschreibung von ursprünglich auf zwei Jahre befristeten Sonderkonditionen gefordert wurde. Auch nach der Übernahme der trinkgut-Märkte im Frühjahr 2011 hat EDEKA laut Presseberichten eine Anpassung an die guten Konditionen von trinkgut für die gesamte EDEKA-Gruppe gefordert.⁶⁸ Im Jahr 2012 soll EDEKA im Rahmen der nationalen Bündelung von bisher regional verhandelten Lieferanten einen internen Bestwertabgleich bei über 250 Herstellern vorgenommen und einen zusätzlichen Bonus für die „gesteigerte Marktbedeutung“ bzw. die „größere Marktdurchdringung“ gefordert haben.⁶⁹

⁶⁵ Vgl. B9-1/05-75.

⁶⁶ Vgl. B9-1/06-81.

⁶⁷ Vgl. z.B. Ass. 122, Bl. 1, das eine Gegenüberstellung der jeweiligen Forderungen enthält („Vergleich SPAR/NETTO vs. PLUS-Deal“).

⁶⁸ Vgl. LZ 6/2012 vom 10.02.2012, S. 1 und S. 4.

⁶⁹ Vgl. LZ 6/2012 vom 10.02.2012, S. 1 und S. 4.

- 74 Es ist vor diesem Hintergrund sehr wahrscheinlich, dass die EDEKA aktuell bzw. in Zukunft in weiteren Fällen ihre Marktstellung dazu ausnutzen wird, von abhängigen Lieferanten die Gewährung von Vorteilen ohne sachlich gerechtfertigten Grund zu fordern, sodass ein erneuter Verstoß gegen § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Nr. 2 GWB droht. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund der seit Jahren zu beobachtenden und von EDEKA selbst bestätigten Expansionsstrategie⁷⁰ und der damit weiter zunehmenden Marktbedeutung der EDEKA.
- 75 Neben den die EDEKA betreffenden Fällen wird in den Medien zudem immer wieder über Fälle berichtet, in denen andere große deutsche Handelsunternehmen gegenüber (möglicherweise) abhängigen Lieferanten Vorteile fordern, denen möglicherweise keine sachliche Rechtfertigung gegenübersteht. So soll beispielsweise REWE im Jahr 2012 von ihren Marken- und Eigenmarkenherstellern einen Bonus von 2 bis 2,5 % auf das getätigte Umsatzvolumen gefordert haben, um die Sanierung von Penny zu unterstützen.⁷¹ Ebenso wurden Forderungen der REWE für eine Teilnahme an der REWE-Nachhaltigkeitswoche oder nach Vereinbarung einer Sonderzahlung für den Fall eines erhöhten Aktionsanteils („RSB Plus“) laut Presseberichten von einigen Lieferanten als überzogen kritisiert.⁷² Berichte über eine (vorübergehende) Auslistung des Bier-Herstellers Krombacher deuteten darauf hin, dass Kaufland bzw. Globus von diesem und anderen Herstellern Werbekostenzuschüsse forderten, die die Hersteller als nicht sachgerecht bewerteten.⁷³ Über den Drogeriefilialisten Rossmann wurde berichtet, dass dieser seine Lieferanten zu „freiwilligen“ Beiträgen zum Unternehmensjubiläum aufforderte. Hinzu kommen verschiedenste, überwiegend anonyme Beschwerden einzelner Hersteller über die Verhaltensweisen einzelner großer Handelsunternehmen, die dem Bundeskartellamt telefonisch, schriftlich oder per E-Mail immer wieder zugehen. Auch wenn der Beschlussabteilung die Hintergründe der jeweils dargestellten Verhaltensweisen im Einzelfall häufig nicht bekannt werden, belegen die Zahl und die Kontinuität der Beschwerden bzw. Hinweise die grundsätzliche Erforderlichkeit und Bedeutung der Sachverhaltsaufklärung und kartellrechtlichen Beurteilung im vorliegenden Verfahren.
- 76 In der Einleitung ihrer Stellungnahme weist die EDEKA darauf hin, dass ein Feststellungsinteresse aus ihrer Sicht zweifelhaft ist, da die *„dafür erforderliche Wiederholungsgefahr [...] angesichts des speziellen zugrundeliegenden Sachverhalts nicht erkennbar“* ist.⁷⁴ An anderer

⁷⁰ Vgl. z.B. „Markus Mosa – Wir sind top unterwegs“, Handelsrundschau vom 06.12.2012, S. 14.

⁷¹ Vgl. LZ 21/2012 vom 25.05.2012, S. 1 und S. 3. Als Gegenleistung sollten den Lieferanten hier Aktionen und die Teilnahme bei Sonderhandzetteln angeboten werden.

⁷² Vgl. LZ 35/2012 vom 31.08.2012, S. 1 und S. 35.

⁷³ Vgl. z.B. Die Welt vom 15.08.2012, S. 11 „Krombacher fliegt aus dem nächsten Regal“.

⁷⁴ Siehe Bl. 2465 d. Verfahrensakte.

Stelle äußert EDEKA die Erwartung, dass das Bundeskartellamt weitere Fusionen oder Einkaufskooperationen unter Beteiligung der großen LEHs sehr kritisch beurteilen wird, sodass Hersteller keine weiteren Bestwertabgleiche befürchten müssten.⁷⁵

- 77 Dass das Problem der Nachfragemacht und insbesondere das Thema unzulässiger Einkaufspraktiken von grundsätzlicher Bedeutung sind, zeigen schließlich auch die zahlreichen Initiativen auf deutscher und europäischer Ebene, in denen über die Einführung eines Verhaltenskodex, ein per-se-Verbot unzulässiger Einkaufspraktiken, die Einrichtung einer Beschwerdestelle bzw. eines Ombudsmanns, die Einrichtung einer Transparenzstelle oder auch Auskunftsansprüche von Verbänden diskutiert wird.⁷⁶ Das Bundeskartellamt ist in verschiedene Initiativen zu dieser Frage eingebunden und erhält regelmäßig Anfragen zur praktischen Anwendung seiner nationalen Möglichkeiten, im Einzelfall unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle gegen missbräuchliche Verhaltensweisen von Nachfragern vorzugehen.⁷⁷ Auch vor diesem Hintergrund ist die grundsätzliche Abgrenzung und Feststellung einzelner, gegen § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Nr. 2 GWB verstoßender Forderungen in einem konkreten Verfahren sinnvoll und erforderlich.

D) Auswahl eines Beschaffungsmarktes und einzelner betroffener Lieferanten

- 78 Für die Beurteilung der Sonderverhandlungen der EDEKA im Rahmen von § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Nr. 2 GWB wurden insbesondere Daten und Unterlagen aus den Asservaten 20/21, 46, 65, 97 und 109 – 111 ausgewertet, die die Vorbereitung, die wesentliche Korrespondenz sowie die (z.T. vorläufigen) Ergebnisse der Sonderverhandlungen enthalten. Die Asservate 109 - 111 umfassen Übersichten und weitere Unterlagen (E-Mails, Briefe, Gesprächsvermerke, etc.) zu den Sonderverhandlungen mit insgesamt 83 Lieferanten aus verschiedenen Warenbereichen. Asservat 97 beinhaltet ausschließlich Unterlagen zu Sonderverhandlungen mit Sektherstellern, Asservat 65 enthält ausschließlich Unterlagen zu Sonderverhandlungen für die Warenbereiche TKK/Eis/Geflügel, Konserven und Fleisch und Wurstwaren. In Asservat 46 finden sich Informationen zur detaillierten Vorbereitung von 394 Sonderverhandlungen. Die Asservate 20 und 21 enthalten schließlich 525 verschiedene „Meldeblätter“ für „abgeschlossene“ Liefe-

⁷⁵ Vgl. Bl. 2488 d. Verfahrensakte.

⁷⁶ Vgl. z.B. die Darstellung der Monopolkommission im 19. Hauptgutachten, S. 462 ff. Am 31.01.2013 hat die Europäische Kommission ein „Grünbuch über unlautere Handelspraktiken in der B2B-Lieferkette für Lebensmittel und Nicht-Lebensmittel in Europa“ vorgelegt, mit dem insbesondere wesentliche Probleme der Nachfragemacht des Handels dargestellt und alle interessierten Parteien zu einer Stellungnahme aufgefordert wurden (COM (2013) 37 final). Im September 2013 wurde eine Zusammenfassung aller Stellungnahmen veröffentlicht.

⁷⁷ So z.B. im Rahmen eines Gesprächs mit der GD Binnenmarkt zum weiteren Vorgehen der Europäischen Kommission gegen „unfair practices“ im „food sector“, das der Vorbereitung des o.g. Grünbuchs diente.

ranten ab dem 01.04.2009 (einschließlich Non-Food), die zu diesem Zeitpunkt z.T. jedoch (noch) ohne Ergebnis bzw. mit Ergebnis „0“ abgeschlossen waren.⁷⁸

- 79 Die exakte Zahl der Lieferanten, gegenüber denen EDEKA im Rahmen der Sonderverhandlungen tatsächlich Forderungen gestellt bzw. Gespräche geführt und abgeschlossen hat, lässt sich anhand der Asservate nicht eindeutig feststellen. Gemäß der Übersicht, die zur Vorbereitung der Sonderverhandlungen erstellt wurde, plante die EDEKA offenbar Verhandlungen mit knapp 400 Lieferanten aus dem Food-Bereich.⁷⁹ Nach den ab dem 01.04.2009 erstellten Meldeblättern wurden mit über 500 Lieferanten Verhandlungen geführt (einschließlich Non-Food).⁸⁰ Die von der Beschlussabteilung erstellte Übersicht über die (vorläufigen) Ergebnisse der Verhandlungen (lt. Meldeblättern) zeigt, dass die EDEKA insbesondere auch gegenüber großen Herstellern von Markenprodukten Forderungen erhoben und durchgesetzt hat.
- 80 Aufgrund der unten dargestellten Strategie ist davon auszugehen, dass die Verhandlungen mit allen Lieferanten geführt wurden bzw. geführt werden sollten, die bei Netto oder Plus gelistet waren.⁸¹ Mit Lieferanten, die lediglich im Vollsortiment von EDEKA gelistet waren, wurden nach den bisher vorliegenden Erkenntnissen keine Sonderverhandlungen geführt. Die Forderungen haben sich insofern nicht an sämtliche Lieferanten, mit denen EDEKA im relevanten Zeitraum Lieferbeziehungen unterhielt, gerichtet, betrafen aber gemäß den vorliegenden Unterlagen in jedem Fall einen großen Teil der EDEKA-Lieferanten und damit auch einen wesentlichen Teil des gesamten EDEKA-Beschaffungsvolumens.
- 81 Für die hier zu beurteilende Frage, ob EDEKA von ihr abhängige Unternehmen aufgefordert hat, ihr ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren, kommt es auf die Zahl der insgesamt aufgeforderten Unternehmen bzw. den Anteil des insgesamt betroffenen Beschaffungsvolumens der EDEKA nicht an. Vielmehr wäre bereits eine entsprechende Forderung gegenüber einem einzelnen (abhängigen) Lieferanten für die Feststellung eines Verstoßes gegen § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Nr. 2 GWB ausreichend.

⁷⁸ Sowohl in Ass. 46 als auch in den Ass. 20/21 werden einzelne Lieferanten mehrfach aufgeführt (z.B. „Dr. Oetker – Frische“, „Dr. Oetker – Tiefkühl“ und „Dr. Oetker – Nahrungsmittel“), sodass die Zahl der betroffenen Lieferanten leicht unterhalb der hier genannten Zahl der vorbereiteten bzw. dokumentierten Sonderverhandlungen liegt.

⁷⁹ Siehe Ass. 46 Bl. 48 ff. („Übersicht Ziele Plus Sonderverhandlungen“), identisch: Ass. 121 Bl. 1 ff.

⁸⁰ Vgl. „Übersicht Meldeblätter aus den Asservaten 20 und 21“, Bl. 1259 ff. d. Verfahrensakte.

⁸¹ In dem vorstehend genannten Gutachten der ESMT CA, das für EDEKA erstellt wurde, wurden Daten von 237 Lieferanten zugrundegelegt.

- 82 Angesichts des Umfangs der sichergestellten Asservate, der Vielzahl der zu überprüfenden Einzelfragen und der flächendeckend einheitlichen Strategie der EDEKA hat die Beschlussabteilung aus Gründen der Verfahrensökonomie entschieden, sich bei den Auswertungen und Ermittlungen beispielhaft auf einzelne Beschaffungsmärkte zu konzentrieren.⁸²
- 83 Für die Auswahl der Beispiel-Beschaffungsmärkte war entscheidend, dass es sich einerseits um für die kartellrechtliche Beurteilung geeignete Märkte handelt und dass andererseits aussagekräftige Unterlagen zu diesen Märkten in den Asservaten enthalten sind.
- 84 Die Beschlussabteilung führte ihre weiteren Ermittlungen und Auswertungen zunächst für den Beschaffungsmarkt „Sekt“ durch. Dieser Markt erschien u.a. deshalb als gut geeignet, da die Konzentration der Hersteller (also der Marktgegenseite) hier mit vier größeren und weiteren kleineren Anbietern weder außergewöhnlich stark noch besonders schwach ist. Alternative Vertriebswege sind mit Gastronomie und Fachhandel vorhanden, sodass geprüft werden konnte, ob das Vorhandensein alternativer Vertriebskanäle gegen eine Abhängigkeit i.S.d. § 20 Abs. 2 GWB spricht. Sowohl die grundsätzliche sachliche und räumliche Marktabgrenzung als auch die Bedeutung der verschiedenen Vertriebswege sind im Sektmarkt ausreichend klar zu bestimmen. Desweiteren spielen im Sektmarkt die Handelsmarken nur eine untergeordnete Rolle, sodass die damit verbundenen besonderen Fragestellungen weitgehend ausgeblendet werden konnten (Abhängigkeit der Hersteller von einzelnen Aufträgen des Handels, Marktabgrenzung, Vergleichbarkeit, Datenverfügbarkeit, etc.). Deutsche Einzelhandelsunternehmen sind darüber hinaus selbst nicht in der Sektherstellung tätig, sodass auch die besondere Problematik der vertikalen Integration vorliegend nicht besteht. Die Existenz der EDEKA-Weinkellerei, in der auch einzelne Sekt-Artikel gelagert werden, spielt nach Auffassung der Beschlussabteilung für die hier vorzunehmende Beurteilung des Sektmarktes keine wesentliche Rolle. Die geringe Bedeutung der Handelsmarken und der vertikalen Integration auf dem Sektmarkt dürften sich insbesondere bei der Frage der Abhängigkeit einzelner Hersteller eher zugunsten der EDEKA auswirken, sodass bei der Betrachtung dieses Marktes insgesamt keine (zulasten der EDEKA) ergebnisverzerrenden Besonderheiten zu erwarten waren.
- 85 Die bei der EDEKA Zentrale sichergestellten Asservate enthalten zu den größeren Sektherstellern umfangreiche Vorbereitungsdokumente und Korrespondenz, die die Sonderverhandlungen nach der Plus-Übernahme betreffen, sodass die Beschlussabteilung hier von einer guten Datenlage ausgehen konnte. Aus den Asservaten wurde zudem deutlich, dass die Ver-

⁸² Vgl. Aktenvermerk vom 02.11.2010, Bl. 732 f. d. Verfahrensakte.

handlungen der EDEKA mit den großen Sektherstellern hinsichtlich ihres Inhalts und ihres Ablaufs als typisch für die zahlreichen Sonderverhandlungen mit anderen Herstellern von Markenprodukten angesehen werden können.

86 Nach einer ersten Sichtung der relevanten Asservate hat die Beschlussabteilung zur Vervollständigung ihrer Informationen die vier größten betroffenen Sekthersteller zu Zeugenvernehmungen geladen und detailliert zum Sektkmarkt allgemein, zur Marktbedeutung ihres Unternehmens, zu ihrem Verhältnis zur EDEKA sowie zum konkreten Ablauf von Jahresverhandlungen und den Sonderverhandlungen nach der Plus-Übernahme befragt. Darüber hinaus wurden die betreffenden Unternehmen aufgefordert, ihre Umsätze für verschiedene Produktsegmente, Vertriebslinien und LEH-Unternehmen anzugeben sowie Unterlagen zu den Jahresverhandlungen und Sonderverhandlungen mit der EDEKA für 2009/2010 vorzulegen. Aufgrund der von einigen Unternehmen vorgetragenen Sorge, nach einer entsprechenden Aussage mit Sanktionsmaßnahmen der EDEKA konfrontiert zu werden („Ross-und-Reiter-Problematik“) wählte die Beschlussabteilung bewusst die vier größten Sekthersteller aus und teilte diesen Unternehmen jeweils mit, dass auch ihre Hauptwettbewerber befragt würden. Angesichts des zeitlichen und sachlichen Aufwands für Vorbereitung, Durchführung und Nachbearbeitung der Vernehmungen und angesichts der fundierten Erkenntnisse, die bereits aus den ersten Vernehmungen gewonnen werden konnten, hielt die Beschlussabteilung die Befragung dieser vier Sekthersteller für ausreichend und angemessen.

87 Vor diesem Hintergrund wurden die Frage der Abhängigkeit und anschließend die Frage der sachlichen Rechtfertigung der Forderungen beispielhaft für den Beschaffungsmarkt Sekt und innerhalb dieses Beschaffungsmarktes für die vier größten Sekthersteller in Deutschland geprüft: Rotkäppchen-Mumm Sektkellereien GmbH („Rotkäppchen-Mumm“), Henkell & Co. Sektkellerei KG („Henkell“), Freixenet Deutschland GmbH („Freixenet“) und Sektkellerei Schloss Wachenheim AG („Schloss Wachenheim“).⁸³

⁸³ In den Stellungnahmen der EDEKA, der REWE sowie des Markenverbandes wurden weder die Konzentration des Verfahrens auf einen Produktmarkt noch die beispielhafte Auswahl des Produktmarktes Sekt oder die Befragung der vier größten Sekthersteller in Frage gestellt,

E) Abhängige Unternehmen

1.) Der Begriff der Abhängigkeit in § 20 Abs. 2 GWB

88 Die Regelung des § 20 Abs. 3 S. 2 GWB (2007), wonach das Verbot der Aufforderung oder der Veranlassung zur Gewährung von Vorteilen ohne sachlich gerechtfertigten Grund auch in Bezug auf abhängige Unternehmen galt, wurde im Zuge der 8. GWB-Novelle – abgesehen vom Verweis auf den nunmehr einschlägigen § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 GWB – wortgleich in § 20 Abs. 2 GWB übernommen. Eine Änderung des § 20 Abs. 3 S. 2 GWB (2007) zugrunde liegenden Begriffs der Abhängigkeit ist damit nicht verbunden. Dieser entspricht grundsätzlich dem Abhängigkeitsbegriff in § 20 Abs. 2 Satz 1 GWB (2007) - bzw. im heutigen § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB: „[...] soweit von ihnen [...] Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen (relative Marktmacht)“. Die Begriffe „Abhängigkeit“ und „relative Marktmacht“ werden hier gleichgesetzt, d.h. sobald ein Hersteller von einem Nachfrager abhängig ist, verfügt der Nachfrager (zumindest) gegenüber diesem Hersteller über relative Marktmacht. Der Unterschied gegenüber den von § 19 Abs. 1 erfassten marktbeherrschenden Unternehmen besteht darin, dass relative Marktmacht nicht generell auf einem bestimmten Markt besteht, sondern jeweils lediglich bilateral gegenüber bestimmten Marktpartnern.⁸⁴ § 20 Abs. 2 Satz 2 GWB (2007) – bzw. § 20 Abs. 1 Satz 2 GWB - enthält zusätzlich die Vermutung, „dass ein Anbieter einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen von einem Nachfrager abhängig im Sinne des Satzes 1 ist, wenn dieser Nachfrager bei ihm zusätzlich zu den verkehrsüblichen Preisnachlässen oder sonstigen Leistungsentgelten regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt, die gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden“.

89 In der Kommentarliteratur⁸⁵ zu § 20 Abs. 2 Satz 1 GWB (2007) wird darauf hingewiesen, dass Abhängigkeit von einem marktstarken Unternehmen gerade auch dann bestehen kann, wenn letzteres mit anderen Unternehmen in einem lebhaften Wettbewerbsverhältnis steht. Für die Frage der Abhängigkeit kommt es danach vielmehr darauf an, ob „für die Teilnehmer der Marktgegenseite der Geschäftsverkehr gerade mit diesem Unternehmen zur Aufrechterhaltung ihrer Wettbewerbschancen erforderlich ist“. Ob ausreichende Ausweichmöglichkeiten bestehen, hängt dabei insbesondere von der Marktbedeutung des potenziellen Normadressaten ab, „die

⁸⁴ Vgl. Nothdurft in: Langen/Bunte, a.a.O., § 20, Rz. 12.

⁸⁵ Vgl. hierzu und zum Folgenden: Westermann in: Münchener Kommentar, a.a.O., § 20, Rz. 29 ff.

sich aus seinem Marktanteil, seinem allgemeinen Ansehen aus Sicht der Verbraucher, der Qualität und der Preise sowie der Substituierbarkeit seiner Produkte sowie aus seinen Werbemaßnahmen ergeben.“ Inwieweit bestehende Ausweichmöglichkeiten auch zumutbar sind, hängt danach wiederum von der individuellen Situation des vermeintlich abhängigen Unternehmens und seiner subjektiven Interessenlage ab. Die Abhängigkeit eines Unternehmens wird nach der Kommentarliteratur jedenfalls nicht durch eine eventuell bestehende Gegenmacht gegenüber dem Normadressaten neutralisiert.⁸⁶

90 In der Kommentarliteratur⁸⁷ zu § 20 Abs. 2 Satz 2 GWB (2007) wird insbesondere auf die vielfältige Kritik an dieser Abhängigkeitsvermutung und die Probleme bei ihrer praktischen Anwendung verwiesen. Hierzu gehört u.a. die schwierige Bewertung der Fragen, welche Vergünstigungen üblicherweise gewährt werden, ob die dem betreffenden Nachfrager gewährten Vergünstigungen darüber hinausgehen und ob sie ihn gegenüber gleichartigen Nachfragern besser stellen. Abgesehen von der Tatsache, dass die zwischen einem Anbieter und einem Nachfrager „regelmäßig“ vereinbarten Konditionen (insbesondere im LEH) zu den am besten gehüteten Geschäftsgeheimnissen zählen, wird in der Literatur kritisiert, dass die Frage des Leistungsbezugs bzw. der Verhältnismäßigkeit einer Vergünstigung erst im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung zu untersuchen ist.⁸⁸

91 Die in der Literatur üblicherweise unterschiedenen Formen der Abhängigkeit (sortimentsbedingt wg. Spitzenstellungsabhängigkeit, sortimentsbedingt wg. Spitzengruppenabhängigkeit, unternehmensbedingt und mangelbedingt) wurden in erster Linie für Fälle entwickelt, in denen ein marktstarker Hersteller einem abhängigen Händler gegenübersteht und sind nicht ohne weiteres auf Fälle von Nachfragemacht übertragbar. In seiner Entscheidung „Importarzneimittel“ aus dem Jahr 1995 hat der BGH allerdings eine Spitzengruppenabhängigkeit der Anbieter reimportierter Arzneimittel von führenden Pharmagroßhändlern festgestellt.⁸⁹ In der neueren Literatur wird zunehmend auch der – vorliegend relevante - Begriff der „nachfragebedingten Abhängigkeit“ verwendet. Hier wird u.a. die Konstellation erwähnt, dass es dem Anbieter *„wegen des Umfangs der bisher an einen bestimmten Abnehmer abgesetzten Waren nicht möglich ist, diese*

⁸⁶ Vgl. z.B. Markert in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 4. Aufl., § 20, Rz. 60: *„Ebenso wie im Falle der Marktbeherrschung schließt auch in den Fällen des § 20 Abs. 2 das Vorhandensein einer gleichartigen Marktstellung auf der Marktgegenseite die für die Erfüllung der Normadressatenvoraussetzungen erforderliche Macht nicht von vornherein aus.“*

⁸⁷ Vgl. zum Folgenden Westermann in: Münchener Kommentar, a.a.O., § 20, Rz. 52 ff.

⁸⁸ Die aufwendige empirische Überprüfung besonderer Preisnachlässe oder Vergünstigungen und der hierfür maßgeblichen Faktoren ist u.a. Gegenstand der laufenden Sektoruntersuchung LEH.

⁸⁹ BGH, Beschluss v. 21.02.1995 – KVR 10/94, WUW/E BGH 2990, 2994 („Importarzneimittel“).

*Warenmenge bei anderen Nachfragern unterzubringen.*⁹⁰ Die potenziellen Ausweichmöglichkeiten eines Herstellers auf andere Produkte oder den Export sollten danach bereits im Rahmen der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung und nicht im Rahmen der Abhängigkeitsprüfung berücksichtigt werden.

92 Auch in der für den vorliegenden Fall besonders relevanten Entscheidung „Konditionen-anpassung“ hat der BGH lediglich festgestellt, dass Abhängigkeit insbesondere dann besteht, wenn *„keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, bestehen.“* Der BGH hält hier auch die Heranziehung bestimmter Grenzwerte für die Lieferanteile eines Herstellers mit einem Händler für zulässig, *„bei deren Überschreiten eine Abhängigkeit des Lieferanten von dem nachfragestarken Unternehmen – widerleglich – vermutet wird.“*⁹¹ Allerdings müsse ein solcher Grenzwert unter Betrachtung der Verhältnisse auf dem konkreten Markt in plausibler Weise hergeleitet werden. Letzteres umfasse auch das Ansehen und die Bedeutung des einzelnen Anbieters und seiner Produkte, die ggfs. zu einer Unverzichtbarkeit für den Händler führen könnte. In einem solchen Fall könnten unter Umständen *„selbst bei einer Absatzquote von deutlich mehr als 10 % ausreichende und zumutbare Möglichkeiten für den Anbieter bestehen, seine Produkte auf anderen Wegen als über die Metro-Gruppe abzusetzen.“* Das Eingehen eines Lieferanten auf die Forderungen des Händlers bzw. die Leistung von ausgehandelten Ausgleichszahlungen ist hingegen nach Auffassung des BGH kein Beleg für die Abhängigkeit eines Lieferanten.

93 In der neueren Kommentarliteratur wird zum Teil darauf hingewiesen, dass eine alleinige Fokussierung auf bilaterale Absatz- und Bezugsquoten für die Prüfung eines Abhängigkeitsverhältnisses nicht ausreichend ist, bislang jedoch noch kein umfassendes alternatives Messsystem existiert. Zur Anwendbarkeit der Norm sei es daher sachgerecht, *„relative Nachfrage-macht anhand eines deutlich erweiterten Satzes von Parametern zu betrachten, deren Gesamtbetrachtung es noch am ehesten zulässt, das bilaterale Kräfteverhältnis auf das Vorliegen einer Abhängigkeit hin zu überprüfen.“*⁹²

⁹⁰ Vgl. Westermann in: Münchener Kommentar, a.a.O., § 20, Rz 49 und Rz. 50.

⁹¹ BGH Beschl. v. 24.09.2002 – KVR 8/01, WuW/E DE-R 984. Das BKartA hatte in der zugrundeliegenden Entscheidung ab einer Lieferquote von 7,5 % eine Abhängigkeit des Lieferanten angenommen (ohne Berücksichtigung alternativer Vertriebswege).

⁹² Siehe Nothdurft in: Langen/Bunte, a.a.O., 12. Aufl., § 20 GWB. Rz. 60 ff.

- 94 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Kriterium der „Abhängigkeit“ in § 20 Abs. 2 GWB ebenso wie in der vorausgegangenen Fassung des § 20 Abs. 3 S. 2 GWB (2007) lediglich die „Gefährdungslage“ beschreibt, in der ein Verstoß möglich ist. Insofern stehen bei der Beurteilung der Abhängigkeit bzw. der Normadressateneigenschaft die tatsächlichen Marktstrukturen und Marktbedingungen und daraus resultierend die Ausweichmöglichkeiten eines Nachfragers im Vordergrund. Die Frage, ob in der Vergangenheit gegenüber einem Lieferanten Sanktionen (z.B. in Form von Auslistungen) eingesetzt wurden oder ob im Rahmen der Sonderverhandlungen Forderungen ausgesprochen bzw. durchgesetzt wurden, kann im Rahmen der Abhängigkeitsprüfung ergänzend herangezogen werden, ist jedoch keine Voraussetzung für das Vorliegen einer Abhängigkeit.
- 95 Die EDEKA äußert sich in ihrer Stellungnahme ausführlich und grundsätzlich zum Kriterium der Abhängigkeit, das nach ihrer Auffassung ausschließlich anhand der Frage der ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten und nicht anhand sonstiger Kriterien zu prüfen ist.⁹³ EDEKA erläutert zunächst, dass ein Hersteller im Falle einer Auslistung durch ein LEH-Unternehmen im Normalfall nicht sein gesamtes Geschäftsvolumen mit diesem Abnehmer verliert, sondern nur einen Teil dessen, da auch der Abnehmer auf bestimmte Artikel des Herstellers nicht verzichten kann. Darüber hinaus mache die genossenschaftliche Struktur der EDEKA eine Totalauslistung unmöglich. Als Maßstab für die Frage der Ausweichmöglichkeiten seien insofern die tatsächlichen „Teilauslistungen“ in der Vergangenheit heranzuziehen. Die EDEKA-Stellungnahme erkennt allerdings bereits an, dass dieser Ansatz auch der Abmahnung zugrundeliegt.⁹⁴
- 96 Für das Vorhandensein von „ausreichenden Ausweichmöglichkeiten“ ist es nach Darstellung der EDEKA nicht erforderlich, dass der Lieferant mit seinem verlorenen Geschäftsvolumen vollständig ausweichen kann und damit den Status quo aufrechterhält.⁹⁵ In der Stellungnahme heißt es unter Bezugnahme auf den Gesetzeswortlaut: *„Demnach wären Ausweichmöglichkeiten nicht ausreichend und ein Unternehmen u.U. abhängig, wenn die Reduzierung des Geschäfts mit einem Partner im Ergebnis dazu führt, dass das Unternehmen ‚nicht mehr kann‘.“*⁹⁶

⁹³ Vgl. Bl. 2468 ff. d. Verfahrensakte.

⁹⁴ Vgl. Bl. 2472 d. Verfahrensakte.

⁹⁵ Vgl. Bl. 2473 d. Verfahrensakte.

⁹⁶ Siehe Bl. 2474 d. Verfahrensakte.

- 97 Während der ersten Aussage (kein vollständiges Ausweichen erforderlich) grundsätzlich zuzustimmen ist, muss der zweiten Schlussfolgerung der EDEKA widersprochen werden: Das Kriterium der Abhängigkeit hätte nach dieser Lesart in der kartellrechtlichen Praxis keine Relevanz mehr bzw. würde nur solche Hersteller schützen, die sich so stark auf einen einzigen Abnehmer ausgerichtet haben, dass bereits eine teilweise Auslistung ihre wirtschaftliche Existenz gefährdet. Bereits die in der EDEKA-Stellungnahme genannten Urteile machen jedoch deutlich, dass nur effiziente bzw. wettbewerbsfähige Unternehmen „*unter den kartellrechtlichen Schutzmantel der Abhängigkeit kommen [können]*“.⁹⁷
- 98 Zur Frage der Zumutbarkeit von Ausweichmöglichkeiten weist EDEKA in ihrer Stellungnahme darauf hin, dass „*die eventuell abhängige Partei Anstrengungen und Investitionen unternehmen muss, um ein Ausweichen zu ermöglichen.*“⁹⁸ Diese Feststellung steht in keinem Widerspruch zu den in der Abmahnung getroffenen Aussagen.
- 99 Auch die REWE legt einen Schwerpunkt ihrer Stellungnahme auf das Kriterium der Abhängigkeit. Den grundsätzlichen Ausführungen der REWE zur Abgrenzung der Begriffe „Abhängigkeit“, „Nachfragemacht“, „marktstarke Stellung“ und „Verhandlungsmacht“ und dem daraus resultierenden Vorwurf eines „*verfehlten Prüfungskonzepts*“⁹⁹ vermag die Beschlussabteilung nicht zu folgen. Im Ergebnis ist jedenfalls nicht nachvollziehbar, weshalb die für die Prüfung von Nachfragemacht entwickelten Kriterien zur Prüfung der Abhängigkeit ungeeignet sein sollen, wenn doch gleichzeitig Abhängigkeit eine Folge von Nachfragemacht sein kann, wie die REWE selbst feststellt.¹⁰⁰ Mit anderen Worten: Wenn ein LEH-Unternehmen auf einem Produktmarkt insgesamt über Nachfragemacht verfügt, besteht in jedem Fall eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass Anbieter auf diesem Produktmarkt von dem betreffenden LEH-Unternehmen abhängig sind, weil keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen. Umgekehrt deutet die individuelle / bilaterale Abhängigkeit eines Anbieters von einem LEH-Unternehmen nicht notwendigerweise auf das Vorliegen von (genereller) Nachfragemacht hin.

⁹⁷ Siehe Bl. 2474 d. Verfahrensakte.

⁹⁸ Siehe Bl. 2475 d. Verfahrensakte.

⁹⁹ Vgl. Bl. 2802 ff. d. Verfahrensakte.

¹⁰⁰ Vgl. Bl. 2803 d. Verfahrensakte. REWE nimmt hier Bezug auf eine vom HDE finanzierte Studie des DICE, die die Bedeutung der Verhandlungstheorie für die Bestimmung von Nachfragemacht erläutert. Die Studie nennt u.a. die Unternehmensgröße, die Handelsmarkenstrategie und die Marktstellung auf dem Endkundenmarkt als wichtige Kriterien für die Beurteilung der Nachfragemacht eines Händlers. Aus der Studie lässt sich allerdings nicht entnehmen, dass die Frage der Nachfragemacht anders zu beurteilen sein soll als die Frage der Abhängigkeit. (Vgl. Haucap et al.: „*Die Bestimmung von Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel: Theoretische Grundlagen und empirischer Nachweis*“, zwischenzeitlich veröffentlicht als „Ordnungspolitische Perspektiven“ Nr. 49, September 2013.)

100 Der Markenverband weist zu diesem Punkt darauf hin, dass es für die Frage der sortimentsbedingten Abhängigkeit eines Markenherstellers zunächst darauf ankommt, für welches Geschäftsmodell sich der Hersteller entscheiden hat. *„Wenn er die Entscheidung getroffen hat, national distribuierte Markenartikel herzustellen, bemisst sich die Frage der Abhängigkeit von einem Händler danach, ob ohne diesen Händler ein national distribuiertes Markenartikel überhaupt denkbar ist.“*¹⁰¹ In ihrer Kommentierung dieser Stellungnahme widerspricht die EDEKA der Übertragung der sortimentsbedingten Abhängigkeit auf die Herstellerseite und wirft dem Markenverband eine *„bewusste Verkennung der wirtschaftlichen und wettbewerblichen Verhältnisse“*¹⁰² vor. Nach Einschätzung der Beschlussabteilung unterstützt die Argumentation des Markenverbandes jedoch zumindest die Auffassung, dass eine Abhängigkeit jedenfalls dann nicht selbstverschuldet ist, wenn sie insbesondere aus einer starken Konzentration auf LEH-Ebene und der starken Marktposition des betreffenden LEH-Unternehmens resultiert.

101 Zusammenfassend hält die Beschlussabteilung im Rahmen der Abhängigkeitsprüfung eine - auch vom BGH geforderte - umfassende Bewertung der Marktgegebenheiten für zwingend erforderlich. Zur Durchführung dieser umfassenden Bewertung hat die Beschlussabteilung einen Kriterienkatalog entwickelt, der eine objektive und zugleich einzelfallbezogene Prüfung ermöglicht.

2.) Gutachten der EDEKA zum Begriff der Abhängigkeit

102 Im vorliegenden Verfahren hatte RA Dr. Ahrens mit Schreiben vom 13.10.2009 für EDEKA dargestellt, dass die Abhängigkeit eines Lieferanten von einem Handelsunternehmen nicht allein anhand der jeweiligen Umsatzquote festgestellt werden könne, sondern dass (auch) die Ausweichmöglichkeiten bzw. Absatzalternativen des Lieferanten auf dem betreffenden Markt sowie die wechselseitigen Beziehungen zwischen den Handelsparteien zu berücksichtigen seien.¹⁰³ Bei der Berechnung der Umsatzquote sei zudem nicht auf den nationalen, sondern auf den weltweiten Gesamtumsatz eines Lieferanten (bzw. seiner Unternehmensgruppe) abzustellen.

¹⁰¹ Siehe Bl. 2788 d. Verfahrensakte.

¹⁰² Siehe Bl. 3047 f. d. Verfahrensakte.

¹⁰³ Bl. 674 ff. sowie Bl. 696 ff. d. Verfahrensakte

- 103 RA Dr. Ahrens fasst in seinem Schreiben darüber hinaus ein im Auftrag der EDEKA erstelltes Gutachten der ESMT CA vom 02.10.2009 zum Thema „*Die Umsatzquote als Kriterium für Abhängigkeit*“ zusammen, dessen empirischer Teil der 2. Beschlussabteilung mit Schreiben vom 30.11.2009 übersandt wurde.¹⁰⁴ Ergebnis des Gutachtens war zum einen, dass kein statistisch signifikanter Einfluss der Umsatzquote eines Lieferanten mit der EDEKA¹⁰⁵ auf die „Durchsetzungsquote“ von EDEKA in den Sonderverhandlungen mit diesem Lieferanten¹⁰⁶ bestehe. Zum zweiten stellte das Gutachten keinen eindeutigen Zusammenhang zwischen der Umsatzquote und der Netto-Handelsspanne der EDEKA bei einzelnen Lieferanten fest.¹⁰⁷ Zusammenfassend stützt das Gutachten damit die Aussage der EDEKA, dass die Verhandlungsmacht eines Händlers (ausgedrückt durch Durchsetzungsquote bzw. Handelsspanne) nicht allein von der Umsatzquote des Lieferanten mit diesem Händler abhängt.
- 104 Auch REWE weist in ihrer Stellungnahme darauf hin, dass das Eingehen eines Lieferanten auf Forderungen des Händlers grundsätzlich nicht auf die Abhängigkeit des Lieferanten schließen lässt.¹⁰⁸ Vielmehr sei eine individuelle Durchsetzungsquote die „*erheblich hinter den internen Zielvorgaben zurück bleibt oder diese nur geringfügig überschreitet*“ ein Indiz für ausreichende Handlungsspielräume des Lieferanten. REWE schließt sich auch dem EDEKA-Argument der Handelsspanne an und fordert, die Margen von Herstellern und Handel für den relevanten Produktmarkt zu erheben und miteinander zu vergleichen.¹⁰⁹
- 105 Angesichts der fehlenden Berechnungsgrundlagen und der fehlenden Rohdaten konnten die Beschlussabteilung und die ökonomische Grundsatzabteilung des Bundeskartellamtes keine abschließende Bewertung des Gutachtens vornehmen. Der Ansatz und die verwendeten Methoden (Regressionsanalyse, Mittelwert-Test) erscheinen grundsätzlich geeignet, die im Gut-

¹⁰⁴ Der theoretische Teil sowie die Anhänge des Gutachtens liegen dem Bundeskartellamt nicht vor.

¹⁰⁵ Die Umsatzquote wurde berechnet als Quotient zwischen dem Beschaffungsvolumen der EDEKA (inkl. Plus) mit diesem Lieferanten und dem Gesamtumsatz des Lieferanten in Deutschland. Die durchschnittliche Umsatzquote lag nach diesen Berechnungen für „EDEKA-Lieferanten“ bei rd. [...] % und für „Netto-Lieferanten“ bei rd. [...] %. Bei Berechnung der Gesamtumsätze der Lieferanten waren allerdings teilweise auch Exporte der Lieferanten enthalten und rückwirkende Rabatte noch nicht abgezogen. Zudem wurden keine Eigenmarken berücksichtigt. Unklar ist aus Sicht der Beschlussabteilung auch, wie die Trennung zwischen „EDEKA-Lieferanten“ und „Netto-Lieferanten“ erfolgte bzw. welche Umsätze der Lieferanten jeweils berücksichtigt wurden. Eine alternative Berechnung führte ESMT auf Basis der Absatzwerte durch. (Vgl. Gutachten S. 4 – 10.)

¹⁰⁶ Die „Durchsetzungsquote“ wurde berechnet als Quotient zwischen der Summe der Ergebnisse der Sonderverhandlungen und der Summe der Forderungen in den Sonderverhandlungen. Die durchschnittliche Durchsetzungsquote lag danach bei [...] % für „EDEKA-Lieferanten“ und bei [...] % für „Netto-Lieferanten“. Die zugrundegelegte Stichprobe bestand aus 237 Beobachtungen. (Vgl. Gutachten S. 10 – 12).

¹⁰⁷ Die Netto-Handelsspanne der EDEKA wurde dabei berechnet als Brutto-Handelsspanne minus Distributionskosten auf Warenbereichsebene (Vgl. Gutachten S. 25).

¹⁰⁸ Vgl. Bl. 2815 f. d. Verfahrensakte.

¹⁰⁹ Vgl. Bl. 2816 d. Verfahrensakte.

achten gestellte empirische Frage zu überprüfen. Die Berechnung der Liefer- bzw. Umsatzquote ist überwiegend nachvollziehbar, auch wenn der Beschlussabteilung die von ESMT zugrundegelegten Lieferantendaten und deren Herkunft bzw. Berechnung nicht bekannt sind bzw. ESMT selbst hier teilweise Ungenauigkeiten eingeräumt hat.

- 106 Die Verwendung von Durchsetzungsgrad und Handelsspanne als mögliche Indikatoren für Verhandlungsmacht ist zwar aus Sicht der EDEKA und der REWE verständlich, erlaubt nach Auffassung der Beschlussabteilung jedoch keine objektive Bewertung der Machtposition der EDEKA gegenüber ihren Lieferanten. So kann insbesondere eine „Durchsetzungsquote“ von unter 100 % - also die Tatsache, dass EDEKA ihre ursprünglichen Forderungen im Einzelfall nicht in vollem Umfang durchsetzen konnte – kaum als Zeichen für geringe Verhandlungsmacht der EDEKA angesehen werden. Vielmehr muss die Tatsache, dass EDEKA überhaupt eine Forderung (ohne sachliche Rechtfertigung) gegenüber einem Lieferanten durchsetzen konnte, gerade als Auswirkung einer kartellrechtlich relevanten Abhängigkeit gewertet werden. Hierbei ist außerdem zu berücksichtigen, dass die EDEKA im vorliegenden Fall selbst ihre Forderungen bewusst zu hoch angesetzt hatte und letztlich (nur) das intern gesetzte „Limit“ erreichen wollte.
- 107 Ebenso kann eine niedrigere Handelsspanne oder Marge der EDEKA bei einem Lieferanten nicht als Beleg für eine geringe Verhandlungsmacht der EDEKA gegenüber diesem Lieferanten gesehen werden, zumal die Handelsspanne für einzelne Artikel (eines Lieferanten) sehr unterschiedlich ausfallen kann und von zahlreichen verschiedenen Faktoren wie beispielsweise der Kostenstruktur oder der Preissensitivität des jeweiligen Artikels abhängt. Darüber hinaus haben u.a. die Ermittlungen im Rahmen der Sektoruntersuchung LEH gezeigt, dass eine Vergleichbarkeit von Herstellermargen und Händlermargen aufgrund unterschiedlicher Berechnungsgrundlagen und Bewertungsmaßstäben nicht gegeben ist. Ein Margenvergleich zwischen Händler und Hersteller wäre zudem nach Auffassung der Beschlussabteilung kein geeignetes Mittel, um den Begriff der Abhängigkeit in § 20 Abs. 2 GWB auszufüllen.
- 108 Die zusammenfassende Aussage des ESMT-Gutachtens, dass nicht von einem einfachen Zusammenhang zwischen dem Umsatzanteil eines Herstellers und dem Ausmaß an Verhandlungsmacht (nach der dort vorgenommenen Definition) ausgegangen werden kann, ist plausibel. Auch die Beschlussabteilung sieht die Umsatzquote eines Herstellers mit einem Handelsunternehmen zwar als ein wichtiges, aber nicht als hinreichendes Kriterium für die Bewertung der Abhängigkeit an, sondern führt nachfolgend eine differenzierte Analyse unter Berücksichti-

gung der Marktbedeutung der EDEKA sowie verschiedener produktmarkt- und unternehmensbezogener Kriterien durch.

3.) Kriterien zur Beurteilung der Abhängigkeit im vorliegenden Verfahren

109 Unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung in Zusammenschau mit der dargestellten (Kommentar-) Literatur sowie den Erkenntnissen der Beschlussabteilung aus anderen Verfahren¹¹⁰ sowie zahlreichen informellen Gesprächen hat die Beschlussabteilung für die Frage der Abhängigkeit eines Lieferanten von der EDEKA im vorliegenden Fall einen Kriterienkatalog entwickelt, der – wie vom BGH und der Kommentarliteratur gefordert – eine umfassende Analyse der Marktbedeutung des potenziellen Normadressaten, der Marktverhältnisse auf dem konkret betroffenen Markt sowie der bilateralen Beziehungen einschließlich der Ausweichmöglichkeiten der einzelnen Lieferanten ermöglicht:

110 Generelle Marktposition der EDEKA auf der Absatzseite:

- Über welche Marktanteile verfügt die EDEKA auf dem (deutschen) Gesamtmarkt? Über welche Marktanteile verfügt die EDEKA auf einzelnen regionalen Absatzmärkten?
- Welche Rolle spielt das bundesweite Vertriebsnetz der EDEKA und ihre starke Präsenz in sämtlichen Vertriebslinien?
- Welche Auswirkungen haben die Handelsmarkenstrategie und die zunehmende vertikale Integration der EDEKA auf ihre absatzseitige Marktposition?
- Wie sind der Bekanntheitsgrad und die Medienpräsenz der EDEKA zu bewerten?
- Wie hat sich die absatzseitige Marktposition der EDEKA in den vergangenen Jahren entwickelt?

Generelle Marktposition der EDEKA auf der Beschaffungsseite:

- Über welche Marktanteile verfügt EDEKA auf dem (deutschen) Beschaffungsmarkt? Über welche Marktanteile verfügt die EDEKA auf einzelnen produktbezogenen Beschaffungsmärkten?
- Wie hoch sind die Umsatzanteile einzelner Hersteller mit der EDEKA?
- Inwieweit hat die EDEKA für einen Hersteller eine sogenannte Flaschenhals-Position für die (deutschlandweite) Vermarktung seiner Produkte?

¹¹⁰ Mit der Frage von Nachfragemacht auf Beschaffungsmärkten des LEH hat sich das Bundeskartellamt u.a. in den Verfahren B2-333/07 (EDEKA/Tengelmann), B2-52/10 (EDEKA/trinkgut), B2-106/11 (REWE/Wasgau) sowie B2 15/11 (Sektoruntersuchung LEH) intensiv auseinandergesetzt.

- Welche Bedeutung haben die Handelsmarkenstrategie und die vertikale Integration der EDEKA für ihre beschaffungsseitige Marktposition?
- Welche Rolle spielt die Präsenz der EDEKA im Groß- und Fachhandel?
- Wie sind die Einkaufskooperationen der EDEKA zu bewerten?
- Wie hat sich die beschaffungsseitige Marktposition der EDEKA in den vergangenen Jahren entwickelt?

Marktposition der EDEKA auf dem betroffenen Beschaffungsmarkt:

- Wie ist der betroffene Markt auf der Herstellerseite strukturiert? Wie sind die Marktanteile der Anbieter auf diesem Markt verteilt?
- Welche Besonderheiten gelten für den betrachteten Beschaffungsmarkt? Welche Ausweichmöglichkeiten hat der Handel? Welche Rolle spielen Werbeaktionen des Handels? Welche Rolle spielt das Saisongeschäft? Wie groß ist die Markentreue der Kunden?
- Welche Stellung hat die EDEKA als Abnehmer auf dem Beschaffungsmarkt? Welche Möglichkeiten haben die Hersteller, auf andere LEH-Unternehmen als Abnehmer auszuweichen? Welche Aufnahmekapazitäten bestehen ggfs. bei anderen LEH-Unternehmen? Hat es in der Vergangenheit Auslistungen gegeben?
- Welche Bedeutung hat der LEH insgesamt als Abnehmer auf diesem Beschaffungsmarkt? Welche Bedeutung haben die anderen Vertriebswege (Großabnehmer, Großhandel, Fachhandel, Export)? Welche Aufnahmekapazität haben ggfs. diese alternativen Vertriebswege? Wie hat sich die Bedeutung dieser alternativen Vertriebswege entwickelt?
- Welche Möglichkeiten haben die Hersteller, auf die Herstellung anderer Produkte oder auf die Herstellung von Handelsmarken auszuweichen? Haben solche Umstellungen in der Vergangenheit stattgefunden?

Bilaterale Marktpositionen der EDEKA auf dem betroffenen Beschaffungsmarkt:

- Welchen Anteil macht der Umsatz des Lieferanten mit der EDEKA am Gesamtumsatz des Lieferanten aus?
- Welchen Anteil macht der Umsatz des Lieferanten im betroffenen Produktbereich mit der EDEKA am Gesamtumsatz des Lieferanten in diesem Produktbereich aus?
- Welchen Anteil macht das Beschaffungsvolumen der EDEKA mit dem Lieferanten am Gesamtbeschaffungsvolumen der EDEKA aus?

- Welchen Anteil macht das Beschaffungsvolumen der EDEKA mit dem Lieferanten im betroffenen Produktbereich am Gesamtbeschaffungsvolumen der EDEKA in diesem Produktbereich aus?
- Über welchen Marktanteil verfügt der Lieferant auf dem betroffenen Markt?
- Welche Rolle spielt ggfs. die Konzernzugehörigkeit eines Lieferanten?
- Wurde der betreffende Lieferant in der Vergangenheit von der EDEKA mit Sanktionen belegt und welche Auswirkungen waren damit verbunden?

111 Nach Auffassung von EDEKA und REWE kommt es für die Frage der Abhängigkeit allein darauf an, ob – gemäß dem Gesetzeswortlaut - ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten bestehen. Hierbei sei „*der individuell-subjektive Maßstab objektiv zu bestimmen*“.¹¹¹ Das Kriterium der Ausweichmöglichkeiten werde in der Abmahnung jedoch nicht überzeugend geprüft. Die übrigen in der Abmahnung aufgeführten Kriterien wie die allgemeine Marktbedeutung der EDEKA oder die Wettbewerbsintensität unter den Sektherstellern („*unspezifisches Bündel*“)¹¹² seien für die Beurteilung der Abhängigkeit „*irrelevant oder jedenfalls nachrangig*“.¹¹³

112 Laut REWE verstößt die „*Beurteilung von Abhängigkeitsverhältnissen anhand einer undifferenzierten und keinem erkennbaren Sachzusammenhang folgenden Gesamtabwägung [...] gegen das Bestimmtheitsgebot und den Gesetzeswortlaut*“.¹¹⁴ Die von der Beschlussabteilung vorgenommene Gesamtbetrachtung könne allenfalls zur „*Kennzeichnung von Verhandlungsmacht*“¹¹⁵ dienen bzw. entspreche im Wesentlichen dem „*Konzept der Nachfragemacht im Rahmen der Anwendung der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktstarken Stellung*“.¹¹⁶ Laut REWE ist jedoch der „*von der B2 durch die Auswahl der ‚Fragen‘ implizierte Zusammenhang zwischen Nachfragemacht und nachfragebedingter Abhängigkeit [...] nicht erkennbar, weswegen die weit überwiegende Anzahl der Kriterien zur Bestimmung von Abhängigkeitsverhältnissen untauglich ist*“.¹¹⁷

¹¹¹ Siehe Bl. 2475 d. Verfahrensakte.

¹¹² Siehe Bl. 2474 d. Verfahrensakte.

¹¹³ Siehe Bl. 2469 d. Verfahrensakte.

¹¹⁴ Siehe Bl. 2802 d. Verfahrensakte.

¹¹⁵ Siehe Bl. 2468 d. Verfahrensakte.

¹¹⁶ Siehe Bl. 2801 f. d. Verfahrensakte.

¹¹⁷ Siehe Bl. 2802 d. Verfahrensakte.

113 Die Stellungnahmen der EDEKA und der REWE verkennen, dass bereits der Gesetzeswortlaut das Bestehen von Abhängigkeit mit dem Vorliegen relativer Marktmacht gleichsetzt. Es ist insofern sachgerecht, die für die allgemeine Prüfung von Marktmacht bzw. Nachfragemacht entwickelten Kriterien auf den vorliegenden Fall zu übertragen und eine – im Übrigen in sämtlichen kartellrechtlichen Verfahren übliche und erforderliche – Gesamtbetrachtung der konkreten Marktsituation vorzunehmen. Nur vor dem Hintergrund einer derartigen Gesamtbetrachtung können letztlich auch die Ausweichmöglichkeiten und damit die mögliche Abhängigkeitssituation eines Lieferanten angemessen beurteilt werden.

Eine von der Marktsituation losgelöste, abstrakte Betrachtung der „*ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten auf andere Unternehmen*“ wäre nicht nur nicht sachgerecht, sie wäre auch praktisch unmöglich. So ist beispielsweise nicht vorstellbar, wie die Ausweichmöglichkeiten der Hersteller unter Ausblendung der Marktbedeutung der EDEKA, der Wettbewerbsintensität unter den Herstellern oder der Besonderheiten des Produktmarktes beurteilt werden sollten. Auch die Produktionsumstellungsflexibilität oder ein Ausweichen auf andere Vertriebswege könnten bei einer derart verkürzten Betrachtung allenfalls begrenzt berücksichtigt werden.¹¹⁸ Nur eine – wie von der Beschlussabteilung vorgenommene - umfassende Betrachtung der individuellen Marktsituation und der Outside Options ermöglicht hingegen eine fundierte Bewertung der Normadressateneigenschaft und entspricht damit den Anforderungen des BGH.

Auch der Vorwurf der REWE, dass die „*Vermengung unterschiedlicher, letztlich irrelevanter Einzelkriterien ohne Gewichtung*“ zu einer „*willkürlichen Beurteilung vermeintlicher Abhängigkeitsverhältnisse*“ sowie einer „*pauschalen Abhängigkeitsvermutung zu Lasten der großen Handelsunternehmen des LEH*“ führen und damit der Forderung des BGH nach einer unternehmensbezogenen Prüfung „*anhand der Verhältnisse auf dem konkret betroffenen Markt*“ widerspreche, läuft ins Leere. Denn mit dem mehrstufigen Katalog von Kriterien bis hin zu konkreten bilateralen Verhältnissen kommt die Beschlussabteilung gerade dieser Forderung des BGH nach. Inwieweit ausgerechnet die Formulierung einer Vielzahl von markt- und unternehmensbezogenen Kriterien für die Prüfung einer Abhängigkeit zu willkürlichen Entscheidungen und größerer Unsicherheit führen soll, ist nicht nachvollziehbar.

¹¹⁸ An anderer Stelle führen sowohl EDEKA als auch REWE selbst die konkreten Gegebenheiten des Produktmarktes, die Unverzichtbarkeit bestimmter Sektmarken, die Existenz von Handelsmarkten sowie die Exportmöglichkeiten als Argumente gegen das Vorliegen einer Abhängigkeit an.

Nach Auffassung des Markenverbandes kommt es für die Frage der unternehmensbedingten Abhängigkeit auf die relative Umsatzbedeutung des Händlers für den Hersteller an sowie auf die Umstände, die die Beschlussabteilung in ihrem Kriterienkatalog benennt.¹¹⁹ Handelsmarken sind nach Darstellung des Markenverbandes grundsätzlich keine relevante Absatzalternative für Markenhersteller, „da es sich hier um ein vollständig anderes Geschäftsmodell handelt“. Das internationale – jedoch nicht grenzüberschreitende - Geschäft eines Herstellers über Tochtergesellschaften im Ausland sagt nach Auffassung des Markenverbandes nichts über dessen Möglichkeiten, der Nachfragemacht in Deutschland auszuweichen, aus. Daneben stelle auch ein vermehrter Export keine Ausweichmöglichkeit für den Hersteller dar, wenn der relevante Markt national abzugrenzen sei und der Hersteller seine Produkte in Deutschland vertreiben wolle. Schließlich führt auch die Situation einer gegenseitigen Abhängigkeit von Hersteller und Händler nach Darstellung des Markenverbandes nicht zur Verneinung der Abhängigkeit des Herstellers sondern lediglich zu zwei separat zu bewertenden Sachverhalten.

Die Beschlussabteilung hält die Bewertung der Gesamtumstände des Falles entgegen der Kritik von REWE und EDEKA für erforderlich und sachgerecht und hält insofern an der Prüfung der genannten Kriterien fest. Die Prüfung erfolgt dabei nach objektiven Maßstäben mit Blick auf die letztlich konkret zu beurteilende, bilaterale Situation. Die Frage der ausreichenden bzw. zumutbaren Ausweichmöglichkeiten spielt hierbei eine entscheidende Rolle.

4.) Abhängigkeit einzelner Lieferanten von der EDEKA

114 Bei der nachfolgenden Analyse der Marktbedeutung der EDEKA und der Abhängigkeit einzelner Lieferanten stellt die Beschlussabteilung in erster Linie auf die jeweilige Marktsituation und die jeweiligen Marktbedingungen zum Zeitpunkt des Verstoßes ab und verwendet – soweit verfügbar - die entsprechenden Daten aus dem Jahr 2008. Darüber hinaus hat die Beschlussabteilung jedoch auch die Entwicklung der Marktbedeutung der EDEKA sowie die Marktsituation in den Folgejahren berücksichtigt.

¹¹⁹ Vgl. Bl. 2789 f. d. Verfahrensakte.

4.1.) Generelle Marktposition der EDEKA im deutschen LEH

4.1.1.) Marktposition der EDEKA auf der Absatzseite

- 115 Während die EDEKA schon seit vielen Jahren zur Spitzengruppe des deutschen Lebensmittel-einzelhandels gehörte, ist das Unternehmen seit der Übernahme von Spar und Netto im Jahr 2005 der mit Abstand größte Lebensmitteleinzelhändler in Deutschland. Die führende Marktposition der EDEKA auf der Absatzseite ergibt sich dabei nicht nur aus ihren Marktanteilen, sondern auch aus verschiedenen Zusatzfaktoren.
- 116 Im Verfahren EDEKA/Tengelmann ermittelte die 2. Beschlussabteilung für das vor der Fusionsanmeldung liegende Jahr 2006 absatzseitig einen bundesweiten „Marktanteil“ der EDEKA in Höhe von 20 – 25 % bzw. (unter Einbezug der Plus-Märkte, deren Übernahme angemeldet war) von 25 – 35 %. Die Marktanteile der nachfolgenden Wettbewerber Schwarz-Gruppe, Aldi, REWE und Metro lagen damals in einer Bandbreite zwischen 20 % und 5 %; die Marktanteile der kleineren – regional tätigen – Wettbewerber betragen jeweils deutlich unter 5 %.¹²⁰ Auf einzelnen, in verschiedenen Verfahren überprüften regionalen Absatzmärkten lagen die Marktanteile der EDEKA im relevanten Zeitraum teilweise schon über 50 %.¹²¹
- 117 Auch die EDEKA selbst schätzte ihren eigenen Marktanteil (auf der Basis von AC-Nielsen-Daten) vor der Plus-Übernahme im Jahr 2007 auf [20 – 25 %] (inkl. Drogeriemärkte) und nach der Plus-Übernahme im Jahr 2008 auf [25 – 30 %].¹²² Die Wettbewerber REWE, Marktant und Aldi wurden danach auf [20 – 25 %], [15 – 20 %] und [15 – 20 %] geschätzt.
- 118 Nach den Ermittlungen in der Sektoruntersuchung LEH verfügte EDEKA im Jahr 2010 über einen bundesweiten Umsatzanteil von 25 - 30 %, die Schwarz-Gruppe über 20 – 25 % und REWE über 15 – 20 %.
- 119 Ursache der starken Marktstellung von EDEKA auf den Absatzmärkten sind nicht nur die bundesweit und regional hohen Marktanteile des Unternehmens. Auch die Tatsache, dass bei knapp 12.000 von insgesamt rd. 40.000 fast jede dritte Verkaufsstätte des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland zur EDEKA Gruppe gehört, zeigt, dass insbesondere ein Markenhersteller, der seine Produkte bundesweit in den Medien bewirbt und bundesweit die Endkunden

¹²⁰ Vgl. B2-333/07 „EDEKA/Tengelmann“, a.a.O., S. 70.

¹²¹ Vgl. B2-333/07 „EDEKA/Tengelmann“, a.a.O., S. 52 f.

¹²² Vgl. PPP „EDEKA Controlling Allianzrat 26. Februar 2009“, IT-Ass. 4, S. 16.

erreichen will, auf eine Listung bei EDEKA nicht verzichten kann. Dies gilt nicht nur für eine Platzierung von Markenartikeln im Vollsortiment, sondern auch im Discountbereich. Eine EDEKA-interne Darstellung zeigt, dass EDEKA im Jahr 2008 in [90 – 100 %] und Netto Marken-Discount (ohne Plus) in [50 – 60 %] der insgesamt 429 Landkreise und kreisfreien Städte Deutschlands vertreten war.¹²³ Die Gesamt-Verkaufsfläche der EDEKA-Gruppe ist dabei allein von 2004 bis 2007 um 25 % auf knapp 8 Mio. qm gestiegen. Im Jahr 2010 betrug die Gesamt-Verkaufsfläche der EDEKA-Gruppe bereits [9 – 10 Mio. qm]. Für die weitere Expansion bis 2010 erwartete EDEKA im Jahr 2008 die Eröffnung von 1000 neuen Märkten.¹²⁴ Sowohl hinsichtlich der Gesamt-Verkaufsfläche als auch in Bezug auf die Zahl der Filialen liegt EDEKA damit deutlich vor ihren Hauptwettbewerbern Schwarz-Gruppe und REWE. Zudem hat EDEKA ihre Medienwerbung in den vergangenen Jahren stark ausgeweitet, sodass nicht nur die Präsenz, sondern auch der Bekanntheitsgrad des Unternehmens bei den Verbrauchern weiter gestiegen ist.

- 120 Die Handels- bzw. Eigenmarkenstrategie der EDEKA stellt – neben dem oben dargestellten internen und externen Wachstum des Unternehmens – einen weiteren wichtigen Baustein bei der Absicherung bzw. Stärkung seiner Marktposition auf der Absatzseite dar. Die Bedeutung von Handelsmarken variiert zwischen verschiedenen Produktgruppen z.T. erheblich, ist aber in den vergangenen Jahren insgesamt gestiegen.¹²⁵ EDEKA hat seit 2008 eine wesentliche Neuausrichtung ihrer Eigenmarkenstrategie vorgenommen, die u.a. zu einer Unterscheidung zwischen „Basismarken“ (als Alternative zum Discounter-Artikel) und „Differenzierungsmarken“ (Qualität mit Zusatznutzen) geführt hat. EDEKA selbst formuliert ihre Eigenmarkenstrategie wie folgt: *„Alle Eigenmarken der EDEKA Zentrale AG & Co. KG dienen insgesamt dazu, den EDEKA Einzelhandel wettbewerbsfähiger zu machen. Dabei sollen diese Eigenmarken sowohl andere Handelsmarkenprodukte als auch Markenprodukte als auch Produkte in Industrieausstattung substituieren können (idealerweise mit besserem Preis-/Leistungsverhältnis) als auch eine Abrundung unseres Sortiments mit innovativen Produkten leisten, um den Anspruch echter Vielfalt erfüllen zu können.“*¹²⁶ Absatzseitig konnte EDEKA sich durch den verstärkten Einsatz von Eigenmarken nicht nur im Wettbewerb mit den Discountern im Preiseinstiegssegment stärker positionieren, sondern hat auch bei höherpreisigen (Marken-)Artikeln für die Verbraucher eine Alternative geschaffen und gleichzeitig für eine stärkere Identifizierung mit dem Unternehmen und damit Kundenbindung gesorgt.

¹²³ Vgl. PPP „Verhandlungsstrategie 2009 NVT-Klausur, 14. August 2008“, IT-Ass. 3, S. 37.

¹²⁴ Vgl. PPP „Verhandlungsstrategie 2009 NVT-Klausur, 14. August 2008“, IT-Ass. 3, S. 34. f.

¹²⁵ Vgl. hierzu und zum Folgenden auch Monopolkommission, a.a.O., S. 418.

¹²⁶ Siehe Antwort der EDEKA Zentrale zum Fragebogen der Sektoruntersuchung LEH vom 14.09.2011, S. 16 f..

- 121 Auch durch die oben dargestellte vertikale Integration der EDEKA in verschiedenen Produktionsbereichen konnte das Unternehmen seine Marktposition auf der Absatzseite stetig verbessern. Durch eine Übernahme von Produktionsunternehmen sichert EDEKA nicht nur ihre Beschaffung zu günstigen Konditionen dauerhaft ab, sondern kann gleichzeitig mit dem Hinweis auf „eigene Herstellung“ in den betroffenen Produktmärkten eine starke Kundenbindung erzielen.
- 122 Die deutliche und kontinuierliche Verbesserung der Marktposition der EDEKA seit 2005 hinsichtlich Umsatzanteil, Verkaufsfläche, Kundenbindung, Handelsmarkenstrategie und vertikaler Integration in den vergangenen Jahren ist ebenfalls ein wichtiger Faktor bei der Beurteilung ihrer wettbewerblichen Stellung auf den Absatzmärkten, da sowohl für Verbraucher als auch für Wettbewerber die „Erfolgsstory“ und die damit verbundenen Zukunftsperspektiven eines LEH-Unternehmens eine bedeutende Rolle spielen.¹²⁷

4.1.2.) Marktposition der EDEKA auf der Beschaffungsseite

- 123 Die Marktbedeutung der EDEKA auf den Beschaffungsmärkten ergibt sich insbesondere aus ihren LEH-Beschaffungsanteilen insgesamt bzw. in einzelnen Warengruppen, ihren Marktanteilen auf einzelnen Beschaffungsmärkten, den Umsatzanteilen der Hersteller sowie verschiedenen weiteren Faktoren.

Gesamtbeschaffung durch Unternehmen des LEH

- 124 Nach bisheriger Auswertung der ersten Abfrage zur Sektoruntersuchung LEH lag der LEH-Beschaffungsanteil der EDEKA (einschließlich Kooperationspartner) bei einer warengruppenübergreifenden, bundesweiten Betrachtung des Lebensmitteleinzelhandels (Food + Nonfood I) in den Jahren 2008 bis 2010 bei [25 - 30 %].¹²⁸ Der gemeinsame Anteil der für diesen Zeitpunkt einzubeziehenden Kooperationspartner Globus und Netto Stavenhagen machte dabei jeweils rd. [0 - 5 %] aus. Die entsprechenden LEH-Beschaffungsanteile der nachfolgenden Wettbewerber fielen nach dieser Auswertung deutlich geringer aus: Die Schwarz-Gruppe erreichte einen LEH-Beschaffungsanteil von [20 - 25 %], REWE (einschließlich Kooperationspartner) lag

¹²⁷ Zur Bedeutung dieser und anderer Faktoren für Lieferanten vgl. den nachfolgenden Abschnitt.

¹²⁸ Vgl. zu diesen und sämtlichen nachfolgend genannten vorläufigen Ergebnissen der Sektoruntersuchung LEH den „Anlagenband Sektoruntersuchung-LEH“, der die betreffenden Auszüge aus dem Verfahren enthält.

danach bei einem LEH-Beschaffungsanteil von [15 - 20 %] und Aldi erreichte einen LEH-Beschaffungsanteil von [15 - 20 %].

Beschaffung innerhalb von Warengruppen durch Unternehmen des LEH

- 125 Bei der Betrachtung einzelner Warengruppen hat die bisherige Auswertung der Sektoruntersuchung LEH gezeigt, dass die LEH-Beschaffungsanteile der EDEKA (und auch der übrigen LEH-Unternehmen) zwar je nach Warengruppe leicht variieren, die Rangordnung der großen LEH-Unternehmen jedoch in fast allen relevanten Warengruppen gleich bleibt. Danach erreichte EDEKA (einschließlich Kooperationspartner) im Jahr 2010 beispielsweise in der Warengruppe „Feinkost, Würzen, Convenience“ einen LEH-Beschaffungsanteil von [35 - 40 %], bei „Tiefkühlkost“ [25 - 30 %], bei „Grundnahrungsmittel“ [35 - 40 %], bei „Süßwaren, Dauerbackwaren“ [25 - 30 %] und bei „Wein, Sekt, Spirituosen“ [25 - 30 %]. Lediglich in der Warengruppe „Frühstück, Baby, sonstige Nahrung“ lag EDEKA mit einem LEH-Beschaffungsanteil von [15 - 20 %] deutlich unter dem Gesamtwert und auch hinter den Wettbewerbern Schwarz-Gruppe und REWE.
- 126 Auch im Verfahren „EDEKA/Tengelmann“ hatte die 2. Beschlussabteilung beispielhaft und näherungsweise für verschiedene Warengruppen (u.a. Molkereiprodukte, Feinkost, Tiefkühlkost, Konserven, Grundnahrungsmittel) LEH-Beschaffungsanteile der EDEKA (ohne Plus und ohne Kooperationspartner) zwischen 10 % und 40 % ermittelt.¹²⁹ Bei der Warengruppe „Wein, Sekt, Spirituosen und weitere alkoholische Getränke“ lag der LEH-Beschaffungsanteil der EDEKA danach bei 25 – 30 %.¹³⁰
- 127 Bei sämtlichen oben dargestellten LEH-Beschaffungsanteilen hat die Beschlussabteilung (zugunsten der EDEKA) eine gemeinsame Betrachtung von Hersteller- und Handelsmarken zugrundegelegt. Bei separater Betrachtung von Herstellermarken fällt der LEH-Beschaffungsanteil der EDEKA deutlich höher aus. Die Gesamtbetrachtung über alle Warengruppen ergibt hier einen LEH-Beschaffungsanteil der EDEKA alleine (ohne Kooperationspartner) von [30 – 35 %] in den Jahren 2008 bis 2010.

¹²⁹ Vgl. B2-333/07, a.a.O., S. 105 ff.

¹³⁰ Vgl. B2-333/07, a.a.O., S. 124.

Einzelne Beschaffungsmärkte unter Berücksichtigung alternativer Vertriebswege

- 128 Nach dem Bedarfsmarktkonzept sind die Beschaffungsmärkte sachlich in einzelne Beschaffungs-Produktmärkte zu unterteilen, die in der Regel deutlich enger abzugrenzen sind als die zum Teil näherungsweise herangezogenen Warengruppen. Auf diesen Beschaffungsmärkten sind neben dem Lebensmitteleinzelhandel grundsätzlich auch die Absätze der Hersteller über sogenannte „alternative Vertriebswege“ zu berücksichtigen. Hierzu gehören insbesondere Großhandel, Großabnehmer, Fachhandel oder Direktvertrieb. Die alternativen Vertriebswege sind für die Frage der Abhängigkeit eines Herstellers von einem LEH-Unternehmen von Bedeutung, ihr Anteil am Beschaffungsmarktvolumen kann jedoch für verschiedene Produktmärkte sehr unterschiedlich ausfallen, sodass hier jeweils eine produktmarktspezifische Betrachtung stattfinden muss. Gleiches gilt für die Bedeutung des Exports in verschiedenen Produktmärkten, sofern er im Rahmen der Abhängigkeitsprüfung zu berücksichtigen ist.
- 129 Im Rahmen der Sektoruntersuchung LEH hat die Beschlussabteilung beispielhaft und vorläufig sieben Beschaffungs-Produktmärkte abgegrenzt, deren Marktvolumina unter Berücksichtigung sämtlicher alternativer Vertriebswege vollständig ermittelt und für diese die Beschaffungsanteile der einzelnen LEH-Unternehmen bei Herstellern und Händlern abgefragt. Nach dem bisherigen Stand der Auswertung der Sektoruntersuchung LEH liegt der Anteil der alternativen Vertriebswege im Produktmarkt „Schaumwein“ bei rd. 14 % (inkl. Export bei rd. 17 %), im Produktmarkt „Tiefkühlpizza“ bei rd. 2 % (inkl. Export bei rd. 25 %), im Produktmarkt „Röstkaffee“ bei rd. 24 % (inkl. Export bei rd. 30 %), im Produktmarkt „Konfitüre“ bei rd. 6 % (inkl. Export bei rd. 21 %), im Produktmarkt „Ketchup“ bei rd. 25 % (inkl. Export bei rd. 36 %), im Produktmarkt „Milch“ bei rd. 7 % (inkl. Export bei rd. 16 %) und im Produktmarkt „Gekühlte Milchkaffeegetränke“ bei rd. 3 % (inkl. Export bei rd. 11 %).
- 130 Unter Einbezug der alternativen Vertriebswege ergeben sich für die EDEKA (ohne Kooperationspartner) Beschaffungsmarktanteile von 15 – 20 % (Schaumwein), 20 – 25 % (Tiefkühlpizza), 15 – 20 % (Röstkaffee), 15 – 20 % (Ketchup), 20 – 25 % (Konfitüre), 20 – 25 % (Milch) bzw. 15 – 20 % (Gekühlte Milchkaffeegetränke). In sechs der sieben untersuchten Märkte ist EDEKA das LEH-Unternehmen mit dem höchsten Anteil an der Gesamtbeschaffung, gefolgt von REWE als dem zweitgrößten Nachfrager.

Bilaterale Lieferbeziehungen

Ein weiteres Kriterium für die Beurteilung der beschaffungsseitigen Marktposition eines LEH-Unternehmens sind die Umsatzquoten einzelner Hersteller mit diesem Unternehmen. Sofern hierbei der Gesamtumsatz eines Herstellers zugrundegelegt wird, erfolgt automatisch ein Einbezug der alternativen Vertriebswege. Die Befragung der Sekthersteller im Rahmen der Zeugenvernehmungen hat (unter Einbezug der alternativen Vertriebswege) für das Jahr 2008 Umsatzquoten der Hersteller mit EDEKA zwischen [10 – 40 %] ergeben. Diese Zahlen werden auch von den bisherigen Ergebnissen der Sektoruntersuchung LEH gestützt. Im Verfahren EDEKA/Tengelmann hatte die Beschlussabteilung für verschiedene Warengruppen mittlere EDEKA-Umsatzanteile der Lieferanten zwischen 18 und 40 % ermittelt.¹³¹ Im oben bereits erwähnten ESMT-Gutachten zur Frage der Abhängigkeit wurden die Umsatzquoten von 237 Lieferanten berechnet und daraus für verschiedene Warengruppen der EDEKA Mittelwerte gebildet. Für „EDEKA-Lieferanten“ ergaben sich dabei in den verschiedenen Lebensmittel-Warengruppen mittlere Umsatzquoten zwischen 16,1 % und 25,8 %.¹³²

Weitere Faktoren

- 131 Die verstärkte und gezielte Handelsmarkenstrategie der EDEKA führt beschaffungsseitig zu einer größeren Unabhängigkeit der EDEKA in den betroffenen Produktbereichen und damit zu einer erheblich verbesserten Verhandlungsposition der EDEKA gegenüber den Herstellern der betroffenen Produkte. Da die Handelsmarken in den vergangenen Jahren vermehrt auch im höherpreisigen Segment eingesetzt wurden, treten diese verstärkt in Wettbewerb zu den B- und C-Marken, teilweise auch zu den A-Marken der etablierten Hersteller und können diese im Einzelfall sogar ersetzen, was eine mögliche „Gegenmacht“ der betroffenen Hersteller deutlich schwächt. Insbesondere können die Handelsunternehmen in bestimmten Konstellationen durch den Einsatz von Handelsmarken über praktisch alle Preissegmente des Sortiments hinweg zusätzlichen Druck auf einen Markenhersteller ausüben, der es diesem grundsätzlich erschwert, seine Preisvorstellungen gegenüber dem nachfragenden Handel durchzusetzen. Die Handelsunternehmen – sofern sie ein entsprechend differenziertes Angebot an Handelsmarken führen – verfügen über differenzierte Preisstrategien, aufgrund derer sie mit ihren jeweiligen Handels-

¹³¹ Vgl. B2-333/07, a.a.O., S. 108 ff.

¹³² Vgl. ESMT-Gutachten, a.a.O., S. 7. Unklar ist, ob bei dieser Berechnung auch die Umsätze der betreffenden Lieferanten mit Netto einbezogen wurden, da für „Netto-Lieferanten“ eine separate Berechnung mit niedrigeren Umsatzquoten erfolgte. Bei getrennter Berechnung beider Umsatzquoten wären die genannten Umsatzquoten systematisch zu niedrig angesetzt.

markenprodukten gezielt vergleichbare Markenartikel unterbieten und damit wettbewerblich angreifen.

¹³² Gleiches gilt letztlich für die vertikale Integration der EDEKA in einzelnen Produktionsbereichen. Auch hier macht sich die EDEKA von den etablierten Herstellern zunehmend unabhängig und tritt letztlich als Wettbewerber dieser Hersteller auf, wodurch ihre eigene Verhandlungsposition deutlich gestärkt wird.

¹³³ Als Kopf einer Einkaufskooperation bündelt die EDEKA nicht nur das Einkaufsvolumen der Kooperationspartner und erzielt damit höhere Beschaffungsmengen. Insbesondere bei Kooperationen, die langfristig bestehen oder mit Beteiligungen oder Zusatzvereinbarungen verbunden sind, wird die Position der Kooperationspartner als alternative Abnehmer für die Hersteller deutlich geschwächt.¹³³ Zum Zeitpunkt der Sonderverhandlungen galt dies insbesondere für die damaligen EDEKA-Kooperationspartner Globus und Netto Stavenhagen.¹³⁴

¹³⁴ Auch auf den Beschaffungsmärkten, d.h. im Verhältnis zu den Lieferanten spielen schließlich die bisherige Entwicklung und die damit verbundene Zukunftsperspektive der EDEKA eine wichtige Rolle für deren Marktposition. Aufgrund ihres starken Wachstums und ihrer auf verschiedenen Faktoren beruhenden, insgesamt gestiegenen Marktbedeutung in den letzten Jahren ist jedem Hersteller von LEH-Produkten bewusst, dass er auf die EDEKA als Abnehmer nicht verzichten kann, wenn er langfristig am Markt überleben will.

4.1.3.) Zwischenergebnis

¹³⁵ Vor dem Hintergrund der starken Marktposition der EDEKA auf Absatzmärkten und Beschaffungsmärkten hat das Unternehmen für die Hersteller einer Vielzahl von typischen (Marken-) Produkten des Lebensmitteleinzelhandels - zumindest gemeinsam mit ihren größten Wettbewerbern REWE und der Schwarz-Gruppe - die Funktion eines „Türstehers“ bzw. eines „Flaschenhalses“. Die Hersteller dieser Produkte sind auf einen Vertrieb (auch) über EDEKA angewiesen, wenn sie die Endkunden bundesweit flächendeckend erreichen wollen. Eine entsprechend hohe Verkehrsdurchsetzung ist insbesondere für die Hersteller von Markenproduk-

¹³³ Im Rahmen der ersten Abfragestufe der Sektoruntersuchung LEH hatte eine Vielzahl von Herstellern angegeben, dass es für die Nachfragemacht von LEH-Unternehmen aus ihrer Sicht keinen Unterschied macht, ob diese in einer Einkaufskooperation verbunden oder ob sie fusioniert sind (vgl. Anlagenband „Sektoruntersuchung LEH“).

¹³⁴ Zur wettbewerblichen Einordnung dieser beiden Kooperationspartner im Jahr 2008 vgl. B2-333/07, a.a.O., S. 24 f.

ten erforderlich, die ihre Produkte bundesweit bewerben und ihre Investitionen in Produktentwicklung und Markenimage amortisieren müssen.

- 136 Neben der starken Stellung der EDEKA auf den Absatz- und Beschaffungsmärkten wird ihre Position gegenüber den Herstellern durch ihre Handelsmarkenstrategie, die vertikale Integration in verschiedenen Produktionsbereichen, die Kooperation mit kleineren LEH-Unternehmen und die langjährige „Erfolgsstory“ des Unternehmens zusätzlich verstärkt.
- 137 REWE widerspricht in ihrer Stellungnahme der Aussage, dass die großen LEH-Unternehmen „gemeinsam und über alle Produktgruppen hinweg eine Türsteher-Position auf dem Beschaffungsmarkt“ haben.¹³⁵ Die seitens REWE hierzu vorgetragenen Argumente werden – soweit relevant - im Rahmen der produktmarkt- bzw. unternehmensbezogenen Betrachtung ausführlich gewürdigt. An der allgemeinen Feststellung, dass eine Vielzahl von Markenherstellern auf den Vertrieb über die großen LEH-Unternehmen angewiesen ist, ändert dies jedoch nichts.¹³⁶

4.2.) Marktposition der EDEKA auf dem Beschaffungsmarkt Schaumwein/Sekt

- 138 Im Rahmen der ersten Abfragestufe der Sektoruntersuchung LEH wurden insgesamt sieben Beschaffungsmärkte vorläufig abgegrenzt, die sich jeweils an den relevanten räumlichen und sachlichen Beschaffungsmarkt im Verhältnis von nachfragendem Lebensmittelhandel zur herstellenden Industrie annähern.¹³⁷ Zu jedem Beschaffungsmarkt wurden sowohl die LEH-Unternehmen als auch die ermittelten Hersteller im Rahmen einer Vollerhebung befragt. Die Fragen an die Hersteller betrafen u.a. die Umsätze mit einzelnen LEH-Unternehmen, die Bedeutung alternativer Vertriebswege und des Exports sowie die Rolle der Handelsmarken und die individuellen Ausweichmöglichkeiten.¹³⁸ Die abgefragten und bereits ausgewerteten Daten geben insofern einen fundierten Einblick in die Strukturen und Besonderheiten der jeweiligen Märkte und sind daher im vorliegenden Verfahren als Grundlage für die individuelle Prüfung von Abhängigkeiten einzelner Lieferanten gut geeignet.

¹³⁵ Vgl. Bl. 2810 ff. d. Verfahrensakte.

¹³⁶ Auch im Fusionskontrollverfahren EDEKA/trinkgut (B2-52/10) hatten die Ermittlungen bereits zu dem Ergebnis geführt, dass die drei großen LEH-Unternehmen zumindest gemeinsam für zahlreiche Hersteller von Herstellermarken unverzichtbar sind (S. 132 ff.), vgl. www.bundeskartellamt.de.

¹³⁷ Die so definierten Produktmärkte stellen keine abschließende Marktabgrenzung für die relevanten Beschaffungsmärkte dar und sind insofern nicht bindend für zukünftige Verfahren des Bundeskartellamtes.

¹³⁸ Vgl. Fragebogen I Hersteller – Produktmarkt Schaumwein, Anlagenband „Sektoruntersuchung LEH“.

4.2.1.) Abgrenzung und Volumen des Beschaffungsmarktes

139 Bei der Abgrenzung relevanter Beschaffungsmärkte ist grundsätzlich auch das für Angebotsmärkte entwickelte Bedarfsmarktkonzept anzuwenden. Ausgehend vom deutschen Lebensmitteleinzelhandel bilden dessen Lieferanten die relevante Marktgegenseite – ihre Bedarfsdeckung besteht im Absatz ihrer Produkte an den Lebensmitteleinzelhandel und an die alternativen Abnehmergruppen. Für den Beschaffungsmarkt Schaumwein ergeben die bisherigen Auswertungen der Sektoruntersuchung LEH folgendes Bild:

4.2.1.1.) Sachliche Marktabgrenzung

140 Nach den Ergebnissen der Sektoruntersuchung LEH wird ein eigener sachlicher Beschaffungsmarkt unter dem Oberbegriff „Schaumwein“ für die Erzeugnisse Schaumwein, Qualitätsschaumwein, aromatischer Qualitätsschaumwein, Schaumwein mit zugesetzter Kohlensäure, Perlwein sowie Perlwein mit zugesetzter Kohlensäure abgegrenzt.¹³⁹, und zwar unabhängig von der geografischen Herkunftsbezeichnung wie z.B. Champagner (Frankreich), Asti (Italien) oder Cava (Spanien). Allen genannten Schaumweinarten gemeinsam ist, dass sie eine Veredelungsstufe von Wein (eines sog. Sektgrundweines) durch eine zweite alkoholische Gärung darstellen. Dabei kann das Gärverfahren in der traditionellen Flaschengärung oder im Tankgärverfahren erfolgen.

141 Von dem Beschaffungsmarkt für Wein lassen sich die „Schaumweine“ aufgrund ihres unterschiedlichen Herstellungsprozesses mit einer zweiten alkoholischen Gärung bei Schaumwein eindeutig abgrenzen. Die kleinen Winzer, die ebenfalls den Lebensmitteleinzelhandel beliefern, lassen den Sekt teilweise in Lohnherstellung durch andere Sekthersteller produzieren, teilweise werden eigene Sektmarken hergestellt, diese aber nur in sehr geringen Mengen („Winzersekte“). Grund für hierfür ist, dass trotz einer theoretisch gegebenen Flexibilität, die zur Sektherstellung verwendeten Anlagen auch für die Herstellung von Wein oder auch Saft zu nutzen, aufgrund der spezifischen Produktionsabläufe (Produktionsplanung, Vergärungsprozesse, Vorrathaltung) keine kurzfristigen Möglichkeiten einer geänderten Mengen oder Produktplanung bestehen.¹⁴⁰

¹³⁹ Für die Definition der einzelnen Schaumweinerzeugnisse wird auf Anhang XI b der Verordnung (EG) Nr. 491/2009 des Rates vom 25. Mai 2009 (ABl. L 154 v. 17.6.2009, S. 39 ff.) Bezug genommen.

¹⁴⁰ Vgl. Zeugenbefragung Henkell, Bl. 940 ff. d. Verfahrensakte.

- 142 Die hier vorgenommene weite Einbeziehung verschiedener Schaumweinarten und Perlweinarten in einen einheitlichen Beschaffungsmarkt unter dem Oberbegriff „Schaumwein“ fasst Schaumweinarten zusammen, die sich voneinander zum einen hinsichtlich ihres Alkoholgehalts, ihres Überdrucks sowie ihrer Zusatzstoffe (zugesetzte statt natürlicher Kohlensäure) und zum anderen auch in Bezug auf ihre Herkunft und ihren Preis unterscheiden. Daher käme aus Sicht der Beschlussabteilung auch eine engere Unterteilung in separate Beschaffungsmärkte, z.B. nach Preis oder Herkunft, in Frage. Auch die Abgrenzung eines eigenen sachlichen Marktes für Perlwein, der anknüpfend an seinen geringeren Druck anders besteuert wird, könnte sachgerecht sein. Vor dem Hintergrund jedoch, dass innerhalb der verschiedenen hier zusammengefassten Schaumwein- und Perlweinkategorien in Deutschland der qualitativ höhere Qualitätsschaumwein („Sekt“) den weitaus größten Teil ausmacht (nach Verbandsangaben etwa 99 % des Marktes¹⁴¹), hat die eher weite Marktabgrenzung keinen entscheidenden Einfluss auf die ermittelten Marktergebnisse.
- 143 Nicht entschieden wurde bislang, ob die Beschaffung von alkoholfreiem Sekt aufgrund des abweichenden Herstellungsprozesse (Entzug des Alkohols auf weniger als 0,5 %¹⁴²) von dem Beschaffungsmarkt für Schaumwein sachlich abgegrenzt werden muss. Bei einem Umsatzanteil von geschätzt weniger als 3 % in Deutschland¹⁴³ würde sich eine Einbeziehung dieses Segments in die Marktbetrachtung allerdings auch nicht spürbar auf die Ermittlungsergebnisse auswirken.
- 144 Mixgetränke auf Schaumweinbasis wären nur dann in das Marktvolumen einzubeziehen, wenn sie tatsächlich eine Ausweichmöglichkeit für die Sekthersteller darstellen würden. Selbst wenn dies der Fall sein sollte kann auch hier davon ausgegangen werden, dass der Umsatz mit Mixgetränken im hier betrachteten Zeitraum das Marktvolumen nicht spürbar vergrößern würde.
- 145 Im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung von Beschaffungsmärkten ist in jedem Einzelfall zu entscheiden, inwieweit die Beschaffung von Handelsmarken und die Beschaffung von Herstellermarken einem einheitlichen Beschaffungsmarkt zuzuordnen sind. Nach den Ergebnissen der Sektoruntersuchung LEH spricht bei Schaumwein vieles für die Annahme getrennter Beschaffungsmärkte: Obwohl einerseits eine technische Umstellungsflexibilität gegeben ist, exis-

¹⁴¹ Vgl. Gesprächsvermerk vom 31.08.2011, Anlagenband „Sektoruntersuchung LEH“.

¹⁴² Vgl. § 47 Abs. 1 Nr. 2 Weinverordnung 1995

¹⁴³ Vgl. LZ vom 12.10.2012, S. 35, "Prickelt ohne Promille": Zitiert wird Herr Peter O. Claußen, Marketingdirektor der Rotkäppchen Mumm Sektkellereien GmbH, die auch alkoholfreien Sekt herstellt. Dieser schätzt den Marktanteil von alkoholfreiem Sekt für das Jahr 2010 auf 2,1% und für das Jahr 2011 auf 3,7%.

tieren andererseits verschiedene nicht technische Hindernisse für die Unternehmen, die eine Umstellung in der Praxis als nicht zumutbar erscheinen lassen. Hierzu gehören die Bedeutung und die Werterhaltung der eigenen Marke, die hohen Qualitätsunterschiede, unterschiedliche Gärverfahren, die stabilen Lieferverhältnisse zwischen Handel und Hersteller von Handelsmarken sowie die erforderlichen Investitionen, die für den Aufbau von Vertrieb und Marketing bzw. für die Produktion größerer Mengen erforderlich werden. Von den 24 befragten Unternehmen produzieren 21 Unternehmen ganz oder ganz überwiegend entweder Herstellermarken oder Handelsmarken; wirtschaftliche Anreize für eine Umstellung sind hier offensichtlich nicht gegeben. Der Anteil der Handelsmarken bei Schaumwein beträgt nach den Ergebnissen der Sektoruntersuchung 11 – 12 %. Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens wird - soweit möglich - jeweils eine alternative Betrachtung des Marktes für Herstellermarken sowie des Gesamtmarktes vorgenommen.

- 146 Zur Ermittlung des Marktvolumens für den Beschaffungsmarkt Schaumwein/Sekt werden - entsprechend dem Bedarfsmarktkonzept - neben den Umsätzen der Sekthersteller mit dem deutschen LEH auch sämtliche Umsätze der Hersteller in anderen Vertriebsstufen wie Fachhandel, Direktabsatz, Großhandel und Großabnehmern berücksichtigt.¹⁴⁴ Um die Bedeutung des Exports als Absatzkanal näher zu beleuchten, werden die Strukturdaten mit und ohne Exportanteil dargestellt. Aufgrund der geringen Bedeutung der Exporte ändert sich hierdurch nichts an der kartellrechtlichen Beurteilung.
- 147 Hersteller von Schaumwein, die keine Lieferbeziehungen zum LEH haben, sondern ihre Produkte ab Hof verkaufen oder allein den Fachhandel beliefern, sind nach Auffassung der Beschlussabteilung nicht als relevante Marktgegenseite des LEH in Deutschland zu qualifizieren, sodass ihre Umsätze nicht in das Marktvolumen einbezogen werden. Die Ermittlungen der Sektoruntersuchung LEH haben ergeben, dass der Anteil der Schaumwein-Hersteller, die nicht den LEH beliefern, insgesamt nur rd. 1,6 % des gesamten Marktvolumens ausmacht, sodass sich die Ergebnisse der Berechnungen durch den Einbezug dieser Umsätze im vorliegenden Fall nicht wesentlich verändern würden.
- 148 Nach Einschätzung von REWE sind bei der sachlichen Marktabgrenzung Herstellermarken und Handelsmarken zusammenzufassen und sowohl alkoholfreier Sekt als auch weinhaltige Misch-

¹⁴⁴ In ihrer Entscheidung „REWE/Meinl“ (IV/M.1221) sah die Europäische Kommission hingegen starke Anhaltspunkte dafür, dass der Beschaffungsmarkt nach Absatzkanälen zu unterscheiden ist: *„Eine kurzfristige und problemlose Substitution eines verloren gegangenen LEH-Kunden durch Absatz über andere Absatzwege ist nach den Ermittlungen der Kommission in den meisten Produktgruppen nicht möglich. [...] Dies deutet darauf hin, dass – jedenfalls in bestimmten Produktgruppen – von einem reinen LEH-Beschaffungsmarkt auszugehen ist.“* (Rz. 80). Im Ergebnis wurde diese Frage jedoch offengelassen.

getränke auf Schaumweinbasis einzubeziehen.¹⁴⁵ Darüber hinaus kritisiert die REWE, dass die Beschlussabteilung ihre Analyse „aus nicht nachvollziehbaren Gründen [...] auf den Angebotsmarkt für Sekt im Handel [verengt], anstatt den gesamten Beschaffungsmarkt für Schaumwein zu untersuchen.“ Weiter heißt es „Entsprechend lassen die Ausführungen Feststellungen zu allen anderen Schaumweinprodukten und Vertriebswegen außerhalb des LEH gänzlich vermissen.“¹⁴⁶

149 Wie bereits dargestellt, hat die Beschlussabteilung im Rahmen der Sektoruntersuchung jedoch sämtliche Hersteller von Schaumwein befragt und deren Antworten ausgewertet. Bei der sachlichen Marktabgrenzung wurden danach sämtliche Schaumwein-Umsätze derjenigen Hersteller berücksichtigt, die (auch) den LEH beliefern. Die Umsätze dieser Hersteller in alternativen Vertriebswegen waren dabei vollständig einbezogen. Im vorliegenden Verfahren hat die Beschlussabteilung darüber hinaus alternative Betrachtungen von Herstellermarken- bzw. Gesamtmarkt durchgeführt sowie Sicherheitszuschläge für Randbereiche (alkoholfreier Sekt, Mixgetränke) berücksichtigt.

4.2.1.2.) Räumliche Marktabgrenzung

150 In räumlicher Hinsicht ist das Bundeskartellamt für den Lebensmitteleinzelhandel in der Vergangenheit in ständiger Praxis von nationalen Beschaffungsmärkten ausgegangen, ohne dass es hierfür näherer Ermittlungen bedurft hätte. Bei den Fällen, in denen Entscheidungen des Bundeskartellamtes in diesem Bereich gerichtlich überprüft wurden, wurde die räumliche Marktabgrenzung durch die Gerichtsentscheidung nicht beanstandet. Grundsätzlich folgt die Bestimmung des räumlich relevanten Marktes auf Beschaffungsseite den in der Bekanntmachung der Europäischen Kommission aufgestellten Kriterien.¹⁴⁷

151 Nach der Rechtsprechung des BGH im Fall „Kreiskrankenhaus Bad Neustadt“¹⁴⁸ kommt es - jedenfalls im Rahmen der Fusionskontrolle - bei der räumlichen Marktabgrenzung entscheidend darauf an, wer von dem Zusammenschluss betroffen ist, d.h. wo (im Falle einer Anbieter-Fusion) die Nachfrager der Beteiligten sind. Übertragen auf die Beschaffung durch den deutschen Lebensmitteleinzelhandel wären nach dieser Entscheidung in einem ersten Schritt die in Deutschland ansässigen Hersteller als Marktgegenseite anzusehen, sofern der LEH überwie-

¹⁴⁵ Vgl. Bl. 2817 ff. d. Verfahrensakte.

¹⁴⁶ Siehe Bl. 2822 d. Verfahrensakte.

¹⁴⁷ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03).

¹⁴⁸ BGH vom 16.01.2008, WuW/E DE-R 977 (Kreiskrankenhaus Bad Neustadt).

gend bei diesen Herstellern beschafft (niedrige Importquote). In einem zweiten Schritt wäre danach zu prüfen, für welche sonstigen Hersteller die Lebensmitteleinzelhändler in Deutschland eine Absatzalternative bilden, d.h. aus welchen Nachbarmärkten ein erheblicher Export (bezogen auf das Marktvolumen des Nachbarmarktes!) nach Deutschland erfolgt. Falls die Exportquote der Hersteller im Nachbarmarkt an deutsche LEH-Unternehmen erheblich ist, würde der räumliche Markt entsprechend erweitert. Zur Vereinfachung könnte statt der ausländischen Exportquote allerdings auch hier die ermittelte Importquote in den deutschen Markt für eine Einschätzung herangezogen werden.

- 152 Im Rahmen der Sektoruntersuchung wurde Import definiert als „*Beschaffung von Waren von Unternehmen, die ihren Sitz außerhalb Deutschlands haben und diese Waren außerhalb Deutschlands produzieren*“. Auf der Grundlage der Antworten der befragten Lebensmitteleinzelhändler in Deutschland hat das Bundeskartellamt ein Importvolumen von Schaumwein von etwa 8 % des Gesamtmarktes ermittelt. Aufgrund dieser niedrigen Importquote geht die Beschlussabteilung im vorliegenden Verfahren von einem nationalen Beschaffungsmarkt aus.
- 153 Nach Auffassung der REWE ist für Schaumwein ein EWR-weiter Beschaffungsmarkt abzugrenzen.¹⁴⁹ Sie begründet diese Auffassung mit dem Argument, dass für die räumliche Markt-abgrenzung die Absatzalternativen der Anbieter relevant seien und einem grenzüberschreitenden Absatz von Schaumwein „*weder rechtliche noch wirtschaftliche Hindernisse entgegenstehen*“. Laut REWE bilden „*alle für den Produzenten funktional offenstehenden Absatzmöglichkeiten und damit auch Abnehmer den relevanten Markt*.“ Bei der Abgrenzung des Beschaffungsmarktes sei es zudem „*irrelevant, ob ausländische Abnehmer die Produkte über den Hersteller, dessen nationale Tochtergesellschaft oder einen Importeur beziehen*“. Die Inlandsproduktion als Bewertungsgrundlage für das Marktvolumen und die Exportquote zugrunde zu legen sei „*fehlerhaft*“.¹⁵⁰ Zwar weist nach Darstellung der REWE auch die Absatzstatistik des Verbandes deutscher Sektkellereien eine Exportquote von lediglich 6 % aus – diese sei jedoch deutlich zu niedrig angesetzt, da sie ebenfalls auf die Inlandsproduktion der Hersteller abstellt. Folgt man der REWE-Argumentation wären im Ergebnis Beschaffungsmärkte immer europaweit oder sogar weltweit abzugrenzen, sobald der Hersteller oder mit ihm verbundene Unternehmen Umsätze im Ausland tätigen.

¹⁴⁹ Vgl. Bl. 2820 f. d. Verfahrensakte.

¹⁵⁰ Auch die EDEKA fordert in ihrer Stellungnahme bei der Bewertung des Exports eine Betrachtung der weltweiten Konzernumsätze eines Hersteller, vertritt dieses Argument aber erst bei der Frage der bilateralen Ausweichmöglichkeiten (siehe unten).

- 154 Dieser Ansatz steht zunächst einmal im klaren Widerspruch zur Aussage des BGH, dass es im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung darauf ankommt, wo die Unternehmen der Marktgegenseite (hier: Sekthersteller) angesiedelt sind. Übertragen auf die Beschaffungsmärkte des LEH käme eine über den deutschen Markt hinausgehende Marktabgrenzung nur dann in Betracht, wenn die deutschen LEH-Unternehmen in nennenswertem Umfang auch bei ausländischen Herstellern Sekt beziehen (= Import). Dies ist nach der – aus den Angaben der LEH-Unternehmen ermittelten – Importquote von 8 % nicht der Fall.¹⁵¹
- 155 Darüber hinaus ist auch dem Ansatz der REWE bei der Bestimmung der Exportquote und des daraus resultierenden Marktvolumens deutlich zu widersprechen. Als Export werden in der Regel die Umsätze bezeichnet, die ein deutsches Unternehmen mit Abnehmern im Ausland verhandelt und erzielt. Demgegenüber kann nicht der weltweite Konzernumsatz eines Unternehmens, das seinen (Haupt-) Sitz in Deutschland hat, unabhängig von seinen Produktionsstandorten und Vertriebsstrukturen als Export eingestuft und in das Volumen des jeweiligen Beschaffungsmarktes einbezogen werden.
- 156 Auch die Europäische Kommission hat im Fall REWE/Meinl – für Österreich – einen nationalen Beschaffungsmarkt angenommen.¹⁵² Als Begründung verweist die Kommission darauf, dass auch internationale Markenartikel „*in der Regel bei österreichischen Niederlassungen/Tochtergesellschaften der entsprechenden Unternehmen bezogen und nicht selbst importiert [werden]*“. Das spezifisch auf den österreichischen Markt abgestimmte Paket aus Produkten und Dienstleistungen werde in den Jahresgesprächen mit dem österreichischen LEH verhandelt. Schließlich sei „*der Zugang zum Verbraucher nur über die entsprechenden Vertriebskanäle in Österreich zu erreichen, unter denen der LEH der wichtigste ist.*“
- 157 Die Beschlussabteilung bleibt insofern bei der Abgrenzung eines deutschen Beschaffungsmarktes für Schaumwein. Bei der Berechnung des Marktvolumens werden – da es sich um Beschaffungsmärkte handelt – die (echten) Exporte der deutschen Sekthersteller als Marktgegenseite des LEH berücksichtigt. Der Export wird darüber hinaus im Rahmen der Ausweichmöglichkeiten der Hersteller gewürdigt (Abschnitt II. E 4.2.4.2.)

¹⁵¹ Bei den von REWE vorgelegten Zahlen des Verbands Deutscher Sektkellereien sowie der Lebensmittelzeitung (REWE-Stellungnahme, Anlage 3 und 4), wonach der Importanteil bei Sekt rd. 20 % beträgt, ist nicht ersichtlich, auf welcher Berechnungs- bzw. Datenbasis diese beruhen, sodass die Beschlussabteilung sich weiterhin auf den von ihr selbst ermittelten Importanteil von 8 % stützt.

¹⁵² Siehe „REWE/Meinl“, a.a.O. Rz. 85 f.

4.2.1.3.) Marktvolumen

158 Das für den wie dargestellt abgegrenzten deutschen Beschaffungsmarkt Schaumwein ermittelte Marktvolumen betrug nach den Ergebnissen der Sektoruntersuchung unter Einbeziehung aller alternativen Vertriebswege im Jahr 2010 rd. 1.117 Mio. Euro, ohne Export rd. 1.077 Mio. Euro und bei ausschließlicher Betrachtung des LEH rd. 929 Mio. Euro. Würde man – entsprechend der obigen Bewertung der REWE-Argumente – die Umsätze mit alkoholfreiem Sekt sowie die Umsätze der übrigen Sekthersteller durch einen (großzügigen) Sicherheitsaufschlag von zusammen 5 % berücksichtigen, ergäbe sich für das Jahr 2010 ein Gesamtmarktvolumen von rd. 1.173 Mio. Euro bzw. ohne Export von rd. 1.131 Mio. Euro.

4.2.2.) Struktur der Herstellerseite

159 Auf Seiten der Hersteller von Schaumwein/Sekt besteht nach den Ergebnissen der Sektoruntersuchung LEH eine heterogene Marktstruktur.¹⁵³ Hinsichtlich Umsatz, Marktbedeutung und Geschäftsmodell lassen sich die Hersteller grob in drei Gruppen unterteilen: Die kleineren Winzer-genossenschaften bilden zahlenmäßig die größte Gruppe, unterhalten in der Regel jedoch keine Geschäftsbeziehungen mit dem LEH. Die zweite Gruppe umfasst die mittelgroßen Hersteller von Sekt, die teilweise den LEH beliefern, häufig mit Handelsmarken. Das LEH-Angebot von Markensekt wird schließlich im Wesentlichen von fünf großen Herstellern bestimmt: Rotkäppchen Mumm Sektkellerei GmbH, Henkell & Co. Sektkellerei KG, Freixenet GmbH, Schloss Wachenheim AG und Campari Deutschland GmbH.

160 Eine Besonderheit im Bezug auf die Marktstruktur bei Sekt besteht insofern in der Tatsache, dass der Herstellermarkt zweigeteilt ist in die Gruppe derjenigen Hersteller, die fast ausschließlich den LEH beliefern und die Gruppe der Hersteller, die im LEH faktisch gar nicht vertreten sind. Diese Besonderheit wird im Abschnitt über die Bedeutung der alternativen Vertriebswege näher erläutert.

161 In der Gruppe der großen Markenhersteller ist nach den bisherigen Erkenntnissen aus der Sektoruntersuchung LEH für das Jahr 2010 das Unternehmen Rotkäppchen-Mumm mit einem Marktanteil von [40 - 50 %] der führende Anbieter von Sekt in Deutschland, gefolgt von Henkell mit einem Marktanteil von [10 - 20 %], Freixenet mit einem Marktanteil von [10 - 20 %] und

¹⁵³ Der nachfolgenden Darstellung liegen die Antworten von insgesamt 37 Schaumweinlieferanten zugrunde.

Schloss Wachenheim und Campari mit einem Marktanteil von jeweils [0 – 10 %]. Auch die im Rahmen von Zeugenvernehmungen befragten Sekthersteller nannten die fünf größten Anbieter in der gleichen Reihenfolge, allerdings mit Abweichungen bei der Einschätzung der jeweiligen Marktanteile. Gleichzeitig wiesen verschiedene Hersteller im Rahmen der Zeugenvernehmung darauf hin, dass sie in Jahren, in denen sie von der EDEKA beispielsweise bei Werbeaktionen vor Feiertagen nicht berücksichtigt wurden, deutliche Einbußen beim Gesamtumsatz hatten. Hieraus ergibt sich, dass die Marktanteile der einzelnen Hersteller Schwankungen unterworfen sind.

- 162 Nach den Ergebnissen der Sektoruntersuchung LEH vereinen die drei größten Sekthersteller Rotkäppchen-Mumm, Henkel und Freixenet 65 – 80 % des gesamten Sektmarktes auf sich. Betrachtet man ausschließlich die Lieferungen in den LEH, so liegt dieser Anteil sogar bei 75 – 90 %.
- 163 Während der Marktanteil eines Herstellers im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern auf eine starke Marktposition hinweist, ist dieser Rückschluss für das Verhältnis des Herstellers zu seinen Abnehmern nicht zulässig. Wenn sich beispielsweise der Marktanteil eines Herstellers aus Lieferungen an nur einen oder sehr wenige Abnehmer ergibt und darüber hinaus kaum Ausweichmöglichkeiten bestehen, kann sich der Hersteller trotz eines hohen Marktanteils in einer Abhängigkeitsposition befinden. Gleiches gilt für eine Situation, in der ein Hersteller zwar hohe Umsätze erzielt, seine Produkte jedoch nur über geringe Markenstärke verfügen und damit aus Sicht des Handels leichter austauschbar sind. Auch wenn ein LEH-Unternehmen über eine eigene Produktion verfügt, sagen hohe Umsätze eines Herstellers im gleichen Markt wenig über dessen Marktposition gegenüber dem betreffenden LEH-Unternehmen aus.
- 164 Die Wettbewerbsintensität auf dem Markt für Schaumwein/Sekt ist nach Einschätzung der Hersteller aufgrund verschiedener Übernahmen (Mumm, Kupferberg, MM, Deinhard) in den letzten Jahren deutlich gestiegen.¹⁵⁴ Ein enges Wettbewerbsverhältnis besteht dabei insbesondere zwischen den großen nationalen Sektmarken. Rotkäppchen-Mumm weist ausdrücklich darauf hin, dass bei Sekt die Ladentreue der Kunden grundsätzlich größer ist als die Markentreue, d.h. dass die großen Sektmarken im jeweiligen Preissegment aus Sicht der Kunden miteinander austauschbar sind.

¹⁵⁴ Vgl. z.B. Vernehmungsprotokoll Henkell, Bl. 944 d. Verfahrensakte.

165 Im Ergebnis stehen der EDEKA auf dem Beschaffungsmarkt Sekt/Schaumwein damit zwar verschiedene, größere Anbieter gegenüber, auf die EDEKA – zumindest in der Summe – auch nicht verzichten könnte. Für die Frage der Abhängigkeit von Herstellern ist dies jedoch nicht entscheidend. Hier kommt es vielmehr auf die Besonderheiten des Beschaffungsmarktes und die tatsächlichen bilateralen Ausweichmöglichkeiten der einzelnen Hersteller gegenüber der EDEKA an.

4.2.3.) Besonderheiten des Beschaffungsmarktes

166 Eine wichtige Besonderheit des Sekt- bzw. Schaumweinmarktes liegt in der großen Bedeutung des Aktions- sowie des Saisongeschäfts.¹⁵⁵ Sekt wird nach Aussage der im Rahmen der Zeugenbefragung vernommenen Hersteller insbesondere zu Weihnachten, Silvester, Ostern und Karneval nachgefragt. Zu diesen Anlässen wird zwischen 20 und 50 % des Jahresumsatzes einer Marke getätigt. Daneben wird der Umsatz von Sekt – als wichtigem Frequenzbringer des LEHs - sehr stark von den Werbeaktionen der Einzelhändler beeinflusst. Nach Einschätzung von Henkell hängt der Absatz von Sekt zu rund 50 % von entsprechenden Werbeaktivitäten ab.¹⁵⁶

167 Die REWE bestätigt in ihrer Stellungnahme, dass sowohl das Saisongeschäft als auch das Aktionsgeschäft für den Absatz von (zumindest) Sekt eine große Bedeutung haben.¹⁵⁷ Dies gelte jedoch auch für andere Produkte und variere zudem von Hersteller zu Hersteller. Gleichzeitig heißt es allerdings in einem von REWE selbst vorgelegten Artikel in der Lebensmittelzeitung vom 21.10.2011:¹⁵⁸ „Extrem wichtig für den Abverkauf [von Sekt] waren erneut die Promotions (Handelsanzeigen in Tageszeitungen oder in Handzetteln, Sonderplatzierungen/Displays und Price Offs). Im ersten Halbjahr 2011 wurden immerhin 42 Prozent des gesamten Sekt-Absatzes über diese Handelsaktionen getätigt.“ Im Ergebnis untermauert REWE ihre Kritik an diesem Punkt nicht, sondern wendet sich insbesondere erneut gegen die Aussage, dass der Handel gegenüber den Sektherstellern eine Türsteher-Position hat.

¹⁵⁵ Vgl. hierzu Zeugenaussagen von Henkell und Rotkäppchen-Mumm, Bl. 940 ff und Bl. 1034 ff. d. Verfahrensakte.

¹⁵⁶ Lt. Studie der GfK vom 04.03.2011 für das Jahr 2010 betrug der Promotionanteil von Sekt/Champagner 48,6 % und lag damit deutlich höher als bei allen anderen untersuchten FMCG-Produkten. Die nachfolgenden Produktgruppen „Waschmittel“, „Röstkaffee“ und „Kosmetik“ hatten danach bereits deutlich geringere Promotionsanteile von 39,3 %, 35,6 % und 27,9 % (siehe Verfahrensakte, Bl. 1011).

¹⁵⁷ Vgl. Bl. 2822 f. d. Verfahrensakte.

¹⁵⁸ REWE-Stellungnahme, Anlage 3, Verfahrensakte Bl. 2868.

- 168 Das Zusammenspiel von Saisonalität der Nachfrage und Bedeutung des Aktionsgeschäfts führt dazu, dass die oben beschriebene Türsteher-Position eines großen LEH-Unternehmens für die Sekthersteller noch stärker wird, als die Umsatzanteile allein dies vermuten ließen: Der Umsatz und damit der Erfolg eines Sektherstellers in einem Geschäftsjahr hängt maßgeblich davon ab, zu welchem Zeitpunkt und in welchem Ausmaß die großen LEH-Unternehmen Aktionen mit den jeweiligen Artikeln durchführen bzw. diese Artikel in ihren Prospekten, in den Medien oder in den Filialen entsprechend bewerben. Diese Abhängigkeit von Saison und Werbung erhöht die Verhandlungsmacht des LEH gegenüber den Sektherstellern beträchtlich, da ein Hersteller es sich kaum leisten kann, dass EDEKA oder auch REWE beispielsweise vor Silvester auf Werbung bzw. Aktionen für seine Artikel verzichten und der Hersteller hierfür ggfs. entsprechende Konditionenverschlechterungen in Kauf nehmen wird.¹⁵⁹
- 169 Nach Aussage einiger Sekthersteller ist darüber hinaus bei Sekt die „Ladentreue“ der Verbraucher größer als ihre „Markentreue“.¹⁶⁰ Mit anderen Worten: Wenn ein Kunde eine bestimmte Sektmarke in seinem Stammgeschäft nicht (mehr) findet oder dort eine andere Sektmarke besonders (günstig) beworben wird, ist die Wahrscheinlichkeit - gerade zu besonderen Anlässen - groß, dass der Kunde die andere Sektmarke erwirbt, sodass dem Handelsunternehmen aus der Auslistung keine Umsatzrückgänge entstehen. Eine derartige - zumindest zwischen den großen Sektmarken bestehende - Austauschbarkeit der Marken aus Sicht der Endverbraucher würde dem LEH-Unternehmen folglich größere Spielräume eröffnen, nur eine einzelne Marke in den Vordergrund zu stellen oder einzelne Marken vorübergehend auszulisten, ohne selbst nennenswerte Umsatzeinbußen befürchten zu müssen.
- 170 Bestätigt wird die Aussage zur Austauschbarkeit der großen Sektmarken u.a. durch die wechselnde Aktionspolitik und auch die – unten dargestellten – wechselnde Auslistungspolitik, wonach EDEKA im Jahresturnus offenbar immer wieder (zumindest teilweise) auf die Listung oder Aktionierung eines großen Sektherstellers verzichten konnte.
- 171 REWE weist das Argument der Austauschbarkeit der großen Sektmarken als unzutreffend und nicht nachgewiesen zurück.¹⁶¹ Tatsächlich sei die Markentreue der Verbraucher im Bereich Sekt höher einzuschätzen als bei anderen Produkten aus dem Getränke-segment. Außer dem Hinweis auf „*Erfahrungen der REWE in anderen Warengruppen*“ werden hierfür jedoch keinerlei Belege angeführt.

¹⁵⁹ Vgl. hierzu auch den unten dargestellten Beispielfall von Henkell aus dem Jahr 2008.

¹⁶⁰ Vgl. Vernehmungsprotokoll Rotkäppchen-Mumm, Bl. 1036 d. Verfahrensakte.

¹⁶¹ Vgl. Bl. 2823 f. d. Verfahrensakte.

- 172 Verstärkt werden die Effekte der Aktions-/Saisonabhängigkeit und der Austauschbarkeit noch dadurch, dass es sich bei Sekt um ein gut lagerbares Produkt handelt, das von den Kunden - bei einer günstigen Aktion - gerne „auf Vorrat“ gekauft wird.

4.2.4.) Ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten der Hersteller

- 173 Sowohl die EDEKA als auch die REWE kritisieren in ihren Stellungnahmen insbesondere, dass die Beschlussabteilung das gemäß dem Gesetzeswortlaut für die Abhängigkeit bzw. relative Marktmacht vorgegebene Kriterium, „*dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen nicht bestehen*“ nicht angemessen geprüft und berücksichtigt habe.¹⁶²
- 174 REWE weist grundsätzlich darauf hin, dass Ausweichmöglichkeiten nur dann als nicht ausreichend anzusehen sind, wenn dem Anbieter gewichtige Wettbewerbsnachteile entstehen. Als unzumutbar seien Ausweichmöglichkeiten nur bei unverhältnismäßigen Belastungen, nicht kalkulierbaren Risiken oder rechtlicher Unzulässigkeit anzusehen. Hierfür gäbe es in Bezug auf EDEKA keine Anhaltspunkte. Die seitens der Hersteller vorgetragenen Argumente seien zu pauschal und ließen keine Würdigung des Umfangs ausreichender und zumutbarer Ausweichmöglichkeiten zu.¹⁶³
- 175 Der Darstellung der REWE ist darin zuzustimmen, dass es keine klare Abgrenzung zwischen „ausreichenden“ und „zumutbaren“ Ausweichmöglichkeiten gibt. Der Begriff „ausreichenden“ verweist auf objektive Umstände, der Begriff „zumutbaren“ enthält eine darüber hinausgehende wertende Komponente. Auf dieser Grundlage ist dem Begriffspaar in der Zusammenschau beider Termini zu entnehmen, dass die Abhängigkeit eines Herstellers von einem Nachfrager gegeben ist, wenn ein Wegfall seiner Nachfrage für den Hersteller gar nicht, nicht in quantitativ hinreichendem Umfang oder nicht zu wirtschaftlich oder – auch in Ansehung des Gesetzeszweckes – normativ hinnehmbaren Bedingungen zu kompensieren wäre. Die Beschlussabteilung spricht im Folgenden allgemein von Ausweichmöglichkeiten und betrachtet dabei sowohl die allgemeine Marktsituation als auch die bilateralen Verhältnisse. Während die Gründe für die Einbettung dieses Kriteriums in die Gesamtumstände des Marktes bereits im Abschnitt II. E 3.)

¹⁶² Vgl. Bl. 2826 ff. sowie Bl. 2476 ff. d. Verfahrensakte.

¹⁶³ Vgl. Bl. 2834 f. d. Verfahrensakte.

erläutert wurden, geht die Beschlussabteilung nachfolgend noch auf die zu den jeweils dargestellten Ausweichmöglichkeiten vorgetragenen Kritikpunkte von REWE und EDEKA ein.

4.2.4.1.) Ausweichmöglichkeiten der Hersteller auf andere LEHs

- 176 Bei Betrachtung des Beschaffungsmarktes für Schaumwein-Herstellermarken inklusive sämtlicher alternativer Vertriebswege hatte EDEKA nach den Erkenntnissen aus der Sektoruntersuchung LEH für das Jahr 2010 einen Marktanteil von 20 - 25 %, gefolgt von REWE mit 15 - 20 %, Lidl und Kaufland mit jeweils 10 – 15 % und Metro mit 5 – 10 %. Selbst bei Betrachtung des gesamten Beschaffungsmarktes für Schaumwein (inklusive Handelsmarken) verfügte EDEKA danach über einen Anteil von 15 – 20 %. Um das tatsächliche Nachfragevolumen von EDEKA und REWE zu erfassen, müssen zu deren eigenen Beschaffungsanteilen noch die für die Kooperationspartner im Abfragezeitraum beschafften Mengen hinzugerechnet werden, wodurch sich die Anteile von EDEKA und REWE um weitere [< 3 %] bzw. [< 3 %] erhöhen.
- 177 Alle im Rahmen der Zeugenvernehmung befragten Sekthersteller nannten EDEKA, REWE und die Unternehmen der Schwarz-Gruppe als wichtigste Abnehmer. Die Bedeutung von Metro und Tengelmann wurde insgesamt als deutlich geringer eingeschätzt. Aldi wird nur von einzelnen Markenherstellern beliefert (ausschließlich mit Handelsmarken). Die kleineren LEHs kommen bereits aufgrund ihrer vergleichsweise geringen Beschaffungsmengen kaum als ernsthafte Ausweichmöglichkeit in Betracht. Darüber hinaus sind verschiedene kleinere LEHs auch über Einkaufskooperationen an EDEKA oder REWE gebunden, sodass sie ohnehin keine Alternative darstellen. Vielmehr muss deren Beschaffungsvolumen dem Marktanteil des großen Kooperationspartners zugerechnet werden.
- 178 Selbst wenn die Sekthersteller neben der EDEKA auch mit zwei bis drei anderen großen LEH-Unternehmen einen wesentlichen Teil ihres Umsatzes machen, können diese nur in begrenztem Umfang als Ausweichmöglichkeit der Hersteller angesehen werden. Das Absatzvolumen, das beispielsweise durch eine (teilweise) Auslistung bei der EDEKA wegbrechen würde, kann allenfalls zu einem geringen Teil kurzfristig über andere LEHs abgesetzt werden, da deren Aufnahmekapazität (Regale, Lager) in der Regel bereits ausgeschöpft ist. Hinzu kommt, dass die Auslistungs-Entscheidung eines LEH-Unternehmens grundsätzlich erst am Ende eines (im Ergebnis gescheiterten) Verhandlungsprozesses erfolgt und zu diesem Zeitpunkt die Verträge der übrigen LEHs mit ihren Lieferanten bereits abgeschlossen sind.

- 179 REWE führt in ihrer Stellungnahme aus, dass „nach *Einschätzung des Handels*“ die Kunden im Falle einer Auslistung zu anderen LEH-Unternehmen abwandern würden.¹⁶⁴ Worauf diese Einschätzung beruht oder inwieweit hier eine Differenzierung nach Produkten vorzunehmen ist, erläutert die REWE nicht. Begrenzte Aufnahmekapazitäten stellen nach Auffassung der REWE kein Hindernis dar, da „*die Belieferung meist nach Bedarf (just in time)*“ erfolge. Auch seien unterjährige Nachverhandlungen und Mengenanpassungen gängige Praxis der großen Handelsunternehmen.
- 180 Nach den Aussagen der Sekthersteller hätte die EDEKA im Fall der (teilweisen) Auslistung eines Herstellers die Möglichkeit, ihre Regale zunächst aus eigenen Lagerbeständen des ausgelisteten Produkts zu bestücken und verstärkt andere Marken zu platzieren und zu bewerben, auf die die Verbraucher – aufgrund der Austauschbarkeit der großen Marken - dann auch ausweichen würden. Insofern sei der aus einer Auslistung resultierende Druck bzw. Schaden für einen Hersteller deutlich höher als für die EDEKA.¹⁶⁵
- 181 Auch diesem Argument widerspricht die REWE unter Hinweis darauf, dass die „*Auslistung von ‚unverzichtbaren‘ Artikeln [...] zu Kundenabwanderungen und erheblichen Umsatzeinbußen über das ganze Sortiment des betroffenen Händlers [führt].*“¹⁶⁶ Argumente oder Belege für diese Aussage, über die REWE aufgrund eigener Datenerhebungen verfügen könnte, werden seitens der REWE nicht angeführt.
- 182 Der für den Getränkebereich existierende besondere Absatzkanal der Getränkeabholmärkte (GAMs) spielt für den Absatz von Sekt nur eine untergeordnete Rolle, da hierüber insbesondere alkoholfreie Getränke und Bier vertrieben werden. Darüber hinaus ist die Bedeutung der GAMs als alternativer Absatzkanal in den vergangenen Jahren insgesamt zugunsten des LEH zurückgegangen. Die Ermittlungen der Beschlussabteilung im Fusionskontrollverfahren „EDEKA/trinkgut“ im Jahr 2010 hatten u.a. ergeben, dass die Verbraucher ihren Gesamtbedarf an Getränken verstärkt über Aktionsware der großen LEH-Unternehmen decken.¹⁶⁷ Durch die Übernahme des GAMs „trinkgut“ ist EDEKA heute zudem selbst in diesem Vertriebskanal vertreten.
- 183 Angesichts der großen Bedeutung der drei größten LEH-Unternehmen für den Absatz von Sektprodukten und der geringen zusätzlichen Aufnahme- bzw. Absatzkapazitäten sowie ande-

¹⁶⁴ Siehe Bl. 2827 d. Verfahrensakte.

¹⁶⁵ Vgl. Zeugenvernehmungen Freixenet, Henkell und Rotkäppchen-Mumm, Bl. 1114, Bl. 946 und Bl. 1037 d. Verfahrensakte.

¹⁶⁶ Siehe Bl. 2828 d. Verfahrensakte.

¹⁶⁷ Vgl. B2 – 52/10 „EDEKA/trinkgut“, Beschluss v. 28.10.2010, S. 37 ff.

rerseits der Alternativen jedes einzelnen Händlers, sind die Ausweichmöglichkeiten der Sekthersteller innerhalb des LEH damit nicht als ausreichend zu bewerten, um einen Umsatzverlust mit der EDEKA auch nur teilweise zu kompensieren.

4.2.4.2.) Ausweichmöglichkeiten der Hersteller auf andere Vertriebswege

- 184 Im Rahmen der Sektoruntersuchung LEH wurden die Hersteller der betrachteten Beschaffungsmärkte insbesondere nach ihren Umsätzen mit dem LEH, mit den alternativen Vertriebswegen Fachhandel, Großabnehmer, Großhandel und Direktvertrieb sowie nach ihren Exportumsätzen befragt. Nach den Erkenntnissen im Bereich Sekt/Schaumwein macht der Umsatz der Hersteller mit dem LEH insgesamt rd. 83 % aus. Der Anteil der alternativen Vertriebswege liegt danach bei rd. 13 %, der Anteil des Exports bei rd. 4 %.¹⁶⁸ Diese Zahlen werden von den Einschätzungen der als Zeugen befragten Sekthersteller, die allerdings auf den Bezugsmengen aus Verbrauchersicht basieren (ohne Export), weitgehend bestätigt: Danach macht der Bezug durch den LEH rd. 80 % aus (mit steigender Tendenz), der Anteil des Außer-Haus-Konsums (Gastronomie) liegt bei ca. 14 % und der Anteil von Fachhandel und Winzern bei rd. 6 %.¹⁶⁹
- 185 Innerhalb der alternativen Vertriebswege hat nach den Erkenntnissen aus der Sektoruntersuchung der Großhandel mit rd. 9 % den größten Anteil, gefolgt vom Export mit rd. 4 %, Großabnehmern und Direktabsatz mit rd. 3 % und dem Fachhandel mit rd. 1 %.
- 186 Der Vertrieb über den Großhandel bzw. den Getränkefachgroßhandel als „Zwischenstufe“ zwischen Hersteller und LEH stellt danach insbesondere für die größeren Markenhersteller keine ernsthafte Ausweichalternative zu einem großen LEH-Unternehmen wie der EDEKA dar.¹⁷⁰ Dies gilt zum einen, da die Absatzkapazitäten über diesen Vertriebsweg – im Verhältnis zum LEH aber auch bereits zur EDEKA - grundsätzlich gering sind. Ein Sekthersteller, der rd. 20 % seines Umsatzes mit der EDEKA und 9 % seines Umsatzes mit dem Großhandel macht, müsste – selbst wenn nur die Hälfte seines Umsatzes mit der EDEKA wegbrechen sollte – seinen Umsatz mit dem Großhandel mehr als verdoppeln, um diese Menge nur annähernd zu kompensieren. Dies würde nicht zuletzt an den fehlenden zusätzlichen Aufnahmekapazitäten des

¹⁶⁸ Weshalb die REWE hier von einer „lückenhaft ermittelten Datengrundlage“ spricht (Bl. 2828 d. Verfahrensakte) ist nicht nachvollziehbar.

¹⁶⁹ Vgl. hierzu u.a. Anlage 1 zum Vernehmungsprotokoll von Henkell, Bl. 949 d. Verfahrensakte.

¹⁷⁰ Vgl. hierzu und zum Folgenden „Auswertung der Fragebögen I – Hersteller von Sekt“, Anlagenband „Sektoruntersuchung LEH“.

Großhandels scheitern. Darüber hinaus scheiden die zur EDEKA gehörenden Großhandelsunternehmen bereits als Alternative zur EDEKA auf dieser Stufe aus.

- 187 Die REWE trägt zu diesem Punkt vor, dass einem verstärkten Absatz über den Großhandel „*seitens der Hersteller auch keine Erschließungs- oder Logistikkosten entgegen[stehen], zumal einzelne Sektkellereien mit bedeutenden GFGH-Unternehmen konzernrechtlich verbunden sind.*“¹⁷¹ Die Tatsache, dass Oetker als Muttergesellschaft von Henkell an GFGH-Unternehmen beteiligt ist, ändert jedoch nichts an der vergleichsweise geringen Bedeutung dieses Absatzkanals für das Produkt Sekt und dessen begrenzter zusätzlicher Aufnahmekapazität.
- 188 Auch die Großabnehmer spielen nach Einschätzung der großen Markenhersteller mangels Bedeutung im Vergleich zu LEH-Abnehmern und mangels zusätzlicher Aufnahmekapazität als Ausweichmöglichkeit zum LEH keine Rolle. Zum Bereich Gastronomie weisen die Hersteller insbesondere darauf hin, dass die im LEH erhältlichen Sektmarken dort kaum zu vertreiben sind, da die Gäste aufgrund der höheren Preise z. B. im Restaurant auch andere Marken erwarteten. Hinzu kommt, dass die Gastronomie Sekt im Wesentlichen über die Vertriebs-schienen Großhandel, Fachgroßhandel und LEH bezieht und damit keine echte eigene Ausweichmöglichkeit für die Hersteller darstellen kann.
- 189 Für REWE ist dieses Argument nicht nachvollziehbar, da die Kunden in der Gastronomie üblicherweise keine Kenntnis über die Herkunft der Sektprodukte hätten und es bei anderen Getränkeartikeln wie Bier, Wasser oder Erfrischungsgetränken auch keine entsprechenden Akzeptanzprobleme seitens der Gastronomie gebe.¹⁷² Zudem könnten lt. REWE die Sekthersteller ja auch spezifische Sektmarken für den Gastronomieabsatz vertreiben – dies sei – aufgrund der konzernrechtlichen Verbundenheit mit der Radeberger-Gruppe - insbesondere für Henkell „*kurzfristig und kostenneutral*“ möglich.
- 190 REWE verkennt an dieser Stelle erneut, dass es für die Beurteilung von Ausweichmöglichkeiten und Abhängigkeit auf die Besonderheiten des jeweiligen Beschaffungs-Produktmarktes und insbesondere das Nachfrageverhalten der Abnehmer ankommt. Dass Coca-Cola in der Gastronomie als Marke ebenso stark nachgefragt wird wie im LEH bedeutet nicht, dass dies für die großen Sektmarken in gleicher Weise gilt. Auch ist nicht ersichtlich, wie ein Sekthersteller kurzfristig und kostenneutral relevante Sekt-Umsätze mit der Gastronomie generieren soll, nur weil zum gleichen Konzern auch ein großer Bier-Hersteller gehört.

¹⁷¹ Siehe Bl. 2829 d. Verfahrensakte.

¹⁷² Vgl. Bl. 2830 d. Verfahrensakte.

- 191 Im Fachhandel sind die großen Sekthersteller ebenfalls kaum vertreten, weil die Kunden dort gerade nicht die „typischen“ LEH-Marken suchen. Dass die betreffenden Hersteller im Fachhandel – wie von REWE vorgetragen – einzelne Sektmarken absetzen können, zeigt die ermittelte Umsatzquote von 1 %, die jedoch quantitativ im Hinblick auf den um ein Vielfaches höheren EDEKA-Umsatz als ausreichende Ausweichmöglichkeit nicht ins Gewicht fällt.
- 192 Der Direktabsatz in Form eines „Ab-Werk-Verkaufs“ oder eines eigenen Online-Shops ist in der Praxis nur für die kleineren Sekthersteller, insbesondere Winzer, von Bedeutung und kommt für größere Mengen der großen Markenhersteller nicht als Alternative zum LEH in Betracht. Selbst wenn ein Hersteller – wie von REWE vorgetragen - seinen Sekt in stärkerem Maße über Versandhandel, Online-Shops oder Internet-Plattformen vermarkten würde, könnten damit schon aufgrund der im Verhältnis zum Artikelpreis sehr hohen Verpackungs- und Versandkosten (Gewicht, Volumen, Zerbrechlichkeit der Flaschen) kaum nennenswerte Mengen abgesetzt werden.

Ausweichmöglichkeiten der Hersteller im Ausland

Neben anderen LEH-Unternehmen und alternativen Vertriebswegen in Deutschland kann grundsätzlich auch ein verstärkter Absatz von Sekt im Ausland als Ausweichmöglichkeit für die Hersteller in Frage kommen. Zusätzliche Umsätze im Ausland stellen jedoch bereits faktisch nur dann eine echte Ausweichmöglichkeit gegenüber einem nachfragemächtigen LEH-Unternehmen auf dem deutschen Markt dar, wenn tatsächlich Mengen, die bislang über das betreffende LEH-Unternehmen in Deutschland vertrieben wurden, zumindest teilweise (kurzfristig) ins Ausland verlagert werden können. Dies entspricht – jedenfalls bei nationalen Produktions- und Vertriebsstrukturen - einer Ausweitung des Exports des jeweiligen Sektherstellers. Dass nur die Möglichkeit zu einer kurzfristigen Umverlagerung von Absatzmengen als hinreichende Ausweichmöglichkeit anzuerkennen ist, entspricht dem kurzfristigen Takt der Einkaufsverhandlungen im LEH, welche hier die Marktgegebenheiten und damit die Anwendungssituation des § 20 Abs. 1 GWB bestimmen. Die langfristige – d. h. über mehrere Jahre oder Jahrzehnte verfolgte - Strategie eines Herstellers, ein Exportgeschäft aufzubauen oder ausweiten, stellt demgegenüber keine Ausweichmöglichkeit im Sinne der Norm dar.

- 193 Aber auch normativ erheben sich Bedenken gegen eine zu weit gehende Berücksichtigung von Exportmöglichkeiten als Ausweichmöglichkeit. Nach seiner auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung verfolgt das Gesetz das Bestreben, die Märkte in seinem Geltungs-

bereich (§ 130 Abs. 2 GWB) offen zu halten. Auch § 20 Abs. 1 GWB weist einen klaren Marktbezug auf, der im Zuge der 8. GWB-Novelle durch die Legaldefinition des Begriffs der „relativen Marktmacht“ noch einmal bekräftigt wurde. Insofern wäre es ein dem Gesetzeszweck zuwiderlaufendes Ergebnis, wenn die Ausübung relativer Marktmacht dazu führen würde, Anbieter von Waren oder Dienstleistungen „in den Export zu treiben“, denn dies wäre nichts anderes als ein durch Machtausübung erzwungener (partieller) Marktaustritt aus dem Inlandsmarkt. Wo die Machtausübung – wie hier – durch eine zwischengeschaltete Handelsstufe erfolgt, träte zudem auch ein Schaden zu Lasten der Endverbraucher ein, deren Wahlmöglichkeiten reduziert werden. So wenig die Abhängigkeit auf einem Produktmarkt durch den Hinweis verneint werden kann, der Betroffene könne ja schlicht andere Produkte herstellen, so wenig kann die Abhängigkeit auf einem räumlichen Markt durch den Hinweis verneint werden, es komme ja der Absatz auf anderen räumlichen Märkten in Betracht. Diese ratio liegt auch der gesamten Rechtsprechung des BGH in den „Schilderpräger“-Fällen zugrunde. Dort hatte der BGH durchgängig die marktbeherrschende Stellung der einzelnen Gemeinden gegenüber einem Unternehmen bejaht, das bundesweit Schilderprärgeschäfte betrieb, ohne es auf die Möglichkeit eines Tätigwerdens in anderen Gemeinden zu verweisen.¹⁷³

194 Im hier relevanten Verhältnis zwischen LEH und Sektherstellern fehlt es jedoch bereits faktisch an hinreichenden Ausweichmöglichkeiten im Ausland. Ob eine kurzfristige (teilweise) Verschiebung von bislang an ein marktstarkes LEH-Unternehmen in Deutschland abgesetzten Mengen auf ausländische Märkte überhaupt als Ausweichmöglichkeit in Betracht kommt, hängt von verschiedenen Faktoren ab. Hierzu gehören die Präsenz des Herstellers auf dem ausländischen Markt, die Organisation von Produktion und Vertrieb innerhalb des Konzerns, die zusätzlichen Aufnahmekapazitäten des ausländischen Marktes sowie mögliche Unterschiede hinsichtlich Qualität, Geschmack und Marke auf dem ausländischen Markt. Eine (kurzfristige) Verschiebung von bislang in Deutschland abgesetzten Mengen ist insbesondere dann kaum möglich, wenn ein Sekthersteller – z.B. aufgrund von Zukäufen ausländischer Herstellerunternehmen – im Ausland andere Marken vertreibt als im Inland und insofern die deutsche Marke im Ausland gar nicht bekannt ist.

195 Von den hier befragten Sektherstellern (vgl. Zeugenaussagen) wird ein verstärkter Export in unterschiedlichem Maße als – langfristige – Absatzalternative zum deutschen LEH allgemein angesehen. Hierfür kommt es nach Einschätzung der Hersteller insbesondere auf die bereits

¹⁷³ Ständige Rechtsprechung seit BGH Urteil vom 14.07.1998, KZR 1.97, WuW/E DE-R 201 – Schilderpräger im Landratsamt.

vorhandene Export-Tätigkeit des jeweiligen Unternehmens an. In der Sektoruntersuchung LEH gaben allerdings auch die bereits exportierenden Unternehmen an, dass der Export mangels weiterer Aufnahmekapazität im Ausland keine wirtschaftlich vertretbare und realisierbare Ausweichoption zur Belieferung eines großen deutschen LEH-Unternehmens darstellt. Für den (neuen) Aufbau eines Exportgeschäfts mit nennenswerten Mengen sind nach Aussage der Hersteller ein Zeitraum von 5 bis 10 Jahren und hohe Investitionen erforderlich. Grundsätzlich wird der Export von Schaumwein bzw. Sekt – vor allem aufgrund der starken Stellung von französischen und italienischen Marken im Ausland – von den befragten Unternehmen als schwierig beurteilt. Eine kurzfristige und ausreichende Ausweichalternative bei Umsatzeinbruch mit einem großen deutschen LEH-Kunden stellt der Export insofern nicht dar.

- 196 Belegt wird diese Einschätzung der Bedeutung des Exports für die deutschen Sekthersteller auch durch den von der Beschlussabteilung im Rahmen der Sektoruntersuchung ermittelten Exportanteil von nur 4 %. Hierin enthalten sind auch Exporte, die von den deutschen Herstellern an ausländische Tochtergesellschaften deutscher LEH-Unternehmen geliefert werden (z.B. REWE, Schwarz-Gruppe) und insofern – in Bezug auf diese Unternehmen – nicht als echte Ausweichmöglichkeit angesehen werden können.
- 197 Laut Stellungnahme der EDEKA hat die Beschlussabteilung das Auslandsgeschäft der Hersteller falsch bewertet.¹⁷⁴ EDEKA trägt hierzu vor, dass Freixenet und Schloss Wachenheim ca. zwei Drittel ihres Sektumsatzes und Henkell ca. die Hälfte des Sektumsatzes im Ausland erzielen. Als Beleg hierfür verweist EDEKA auf beigefügte Konzernabschlüsse der betreffenden Unternehmen. Nach Auffassung der EDEKA ist insofern das gesamte Auslandsgeschäft eines Konzerns – unabhängig vom Ort der Produktion, der Verhandlungen und des Vertriebs oder den Vertriebsstrukturen - mit dem Export des Unternehmens gleichzusetzen. REWE schließt sich dieser Auffassung an.¹⁷⁵
- 198 Diesem Ansatz kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil durch die Gleichsetzung von (konzernweitem) Auslandsgeschäft und Export der Umstand übergangen wird, dass es u.a. vom Produkt abhängt, ob ein wirklicher Export im Inland hergestellter Waren in Betracht kommt, oder ob das Produkt im Ausland von Konzernunternehmen hergestellt bzw. vertrieben wird. So kann beispielsweise der Umsatz mit Produkten, die in Kanada hergestellt und von einer dortigen Vertriebsgesellschaft an kanadische Kunden verkauft wurden, nicht dem deutschen (Mutter-, Toch-

¹⁷⁴ Siehe Bl. 2476 f. d. Verfahrensakte.

¹⁷⁵ Vgl. Bl. 2831 f. d. Verfahrensakte. Mit einer ähnlichen Argumentation fordert REWE zudem die Ausweitung des räumlich relevanten Marktes, vgl. Abschnitt II. E 4.2.1.2.).

ter- oder Schwester-) Unternehmen als „Export“ zugerechnet werden. Ebenso wenig kann der Absatz der kanadischen Produktion über eine kanadische Vertriebsgesellschaft an kanadische Kunden als Ausweichmöglichkeit gegenüber einem nachfragemächtigen LEH-Unternehmen auf dem deutschen Markt angesehen werden.

199 Für die hier relevante Frage der Ausweichmöglichkeiten kann es insofern nicht auf das Auslandsgeschäft eines Unternehmens ankommen, sondern allenfalls auf seine Exportmöglichkeiten, sofern diese eine kurzfristige Verschiebung deutscher Mengen auf ausländische Märkte zulassen.

200 Auch der Markenverband führt in seiner Stellungnahme zu dieser Abgrenzungsfrage aus: *„Wenn er [der Hersteller], wie Henkell, lokale Unternehmen akquiriert oder mit lokalen Tochtergesellschaften im Ausland wächst, besagt dies nicht über die Möglichkeiten eines grenzüberschreitenden Geschäfts zum Ausweichen vor Nachfragemacht in Deutschland.“*¹⁷⁶ Entsprechend ihrer Argumentation in der Stellungnahme widerspricht EDEKA in ihrer Kommentierung auch diesem Vortrag des Markenverbandes und verweist erneut auf die zunehmende Bedeutung des Auslandsgeschäfts der Sekthersteller, da *„die deutschen Absatzwege offensichtlich erschöpft sind“*.¹⁷⁷

201 EDEKA weist zudem darauf hin, dass *„ein Unternehmen sein Exportgeschäft nicht deshalb weniger ausweiten [kann], weil es bereits in dem betroffenen Land tätig ist“*.¹⁷⁸ Soweit es sich hierbei um echte Exporte handelt, ist diese Aussage zutreffend, wobei die kurzfristigen Ausweichmöglichkeiten auch dann ggfs. durch die zusätzliche Aufnahmekapazität des ausländischen Marktes sowie unterschiedliche Marken oder Qualität begrenzt werden. Sofern es sich jedoch um das normale Auslandsgeschäft eines international tätigen (Konzern-) Unternehmens mit Produktion und Vertriebsgesellschaften im Ausland handelt, wird eine Verlagerung der an ein großes deutsches LEH-Unternehmen abgesetzten Mengen durch die deutsche Gesellschaft zumindest kurzfristig nicht möglich sein. Dies gilt auch dann, wenn sich international tätige Unternehmen - wie einige der betrachteten Sekthersteller – mangels Expansionsmöglichkeiten im Inland über Jahre gute Marktpositionen in einigen ausländischen Märkten aufgebaut haben.

¹⁷⁶ Siehe Bl. 2789 d. Verfahrensakte.

¹⁷⁷ Siehe Bl. 3048 d. Verfahrensakte.

¹⁷⁸ Siehe Bl. 2477 d. Verfahrensakte.

- 202 Zusammenfassend kommt EDEKA in ihrer Stellungnahme zu dem Ergebnis, dass eine Abhängigkeit *„im Verhältnis internationaler Hersteller mit führenden Marktpositionen im Ausland zu einem rein nationalen Handelsunternehmen [...] ausgeschlossen werden kann.“*¹⁷⁹ Diese pauschale Schlussfolgerung – die im Übrigen nicht von der ebenfalls international tätigen REWE vorgetragen wird – ist mit Blick auf den nationalen Markt aus den oben dargelegten Gründen nicht zulässig und würde die Anwendbarkeit des Anzapfverbotes – entgegen dem Schutzzweck der Norm – auf kleine, überwiegend in Deutschland tätige Hersteller begrenzen.
- 203 Die begrenzten Absatz- und Ausweichmöglichkeiten der deutschen Sekthersteller über die alternativen Vertriebswege Großhandel, Gastronomie, Fachhandel, Direktvertrieb und Export sind insgesamt auch nicht – wie in der REWE-Stellungnahme¹⁸⁰ vorgetragen – auf rein strategische Erwägungen (d.h. ein Eigenverschulden) der Hersteller zurückzuführen, sondern ergeben sich aus den Marktstrukturen der Handelsebene sowie dem Nutzungs- und Nachfrageverhalten der Abnehmer im Bezug auf das Produkt Sekt und damit den Besonderheiten dieses Beschaffungs-Produktmarktes. Der implizierte Vorwurf, dass hier Unternehmen geschützt werden, die sich selbst in eine Situation der Abhängigkeit bzw. der mangelnden Wettbewerbsfähigkeit gebracht haben, greift insofern vorliegend nicht.

4.2.4.3.) Produktionsumstellungsflexibilität der Hersteller

- 204 Auch wenn der Gesetzeswortlaut für die Frage der Abhängigkeit lediglich auf die *„Möglichkeiten, auf andere ‚Unternehmen‘ auszuweichen“* abstellt, betrachtet die Beschlussabteilung vorliegend auch die (teilweise) Umstellung der Produktion auf Handelsmarken oder die (teilweise) Umstellung der Produktion auf andere Produkte innerhalb des Beschaffungs-Produktmarktes als potenzielle Ausweichmöglichkeit der Hersteller.
- 205 Der Anteil der Handelsmarken am Gesamtmarktvolumen Schaumwein beträgt rd. 11 – 12 %. Von den 37 Schaumweinlieferanten, deren Antworten zum Fragebogen I der Sektoruntersuchung vollständig ausgewertet wurden, stellen zwei Drittel ausschließlich Herstellermarken her und ein Drittel stellt sowohl Hersteller- als auch Handelsmarken her (mit unterschiedlicher Gewichtung).¹⁸¹ Nur ein befragtes Unternehmen stellt ausschließlich Handelsmarken her.

¹⁷⁹ Siehe Bl. 2480 d. Verfahrensakte.

¹⁸⁰ Vgl. Bl. 2829 d. Verfahrensakte.

¹⁸¹ Vgl. hierzu und zum Folgenden: „Auswertung der Fragebögen I – Hersteller von Sekt“, Anlagenband „Sektoruntersuchung LEH“.

- 206 Die hier im Fokus stehenden Hersteller der im LEH vertretenen großen Sektmarken stellen teilweise auch Handelsmarken her, allerdings in deutlich geringerem Umfang als Herstellermarken. In den Zeugenbefragungen wurde u.a. darauf hingewiesen, dass der Zusatznutzen bei Konsum und Präsentation von Sekt einer (bekannten) Marke für den Verbraucher wesentlich sei.¹⁸² Die Befragung dieser Hersteller im Rahmen der Sektoruntersuchung hat ergeben, dass es für keines dieser Unternehmen wirtschaftlich vertretbar wäre, aufgrund einer (drohenden/teilweisen) Beendigung des Lieferverhältnisses den Schwerpunkt seiner Produktion von Herstellermarken auf Handelsmarken zu verlagern. Als Begründung tragen die Hersteller insbesondere vor, dass eine (verstärkte) Ausrichtung auf Handelsmarken eine Neuausrichtung und Neustrukturierung des Unternehmens erfordern und zu einem Verlust bzw. einer Beschädigung des teuer aufgebauten Markenimages führen würde. Darüber hinaus weisen die Hersteller darauf hin, dass eine kurzfristige Verlagerung auf Handelsmarken schon wegen der bestehenden Qualitätsunterschiede nicht möglich ist. Zudem schließt der LEH mit seinen Handelsmarken-Lieferanten in der Regel einjährige Lieferverträge, sodass eine kurzfristige (neue) Platzierung eigener Handelsmarken für einen Hersteller keine Ausweichalternative darstellt. Auch die Abhängigkeit eines Herstellers von den Vorgaben und der Auftragsvergabe der Händler wird von den Herstellern als Nachteil der Handelsmarkenproduktion aufgeführt. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass der Anteil der Handelsmarken am Gesamtmarkt mit 11 – 12 % insgesamt gering ist und EDEKA (mit Netto) selbst ein großer Nachfrager nach Handelsmarken ist, der somit als Ausweichalternative bereits entfällt.
- 207 Laut Stellungnahme der REWE sind die von den Herstellern vorgetragenen Argumente gegen eine (teilweise) Umstellung auf Handelsmarken als Ausweichmöglichkeit zum Umsatz mit einem großen LEH-Unternehmen nicht zutreffend.¹⁸³ Es handele sich hierbei um rein subjektive Gründe der betroffenen Hersteller, die „*nichts am objektiven Bestehen einer Absatzalternative*“ änderten. Wie bereits oben im Bezug auf alternative Vertriebswege erläutert, stellt jedoch auch die Bedeutung von Handelsmarken eine Eigenschaft des hier relevanten Beschaffungsmarktes Sekt dar und keine (rein) strategische Erwägung einzelner Hersteller. Dies gilt insbesondere angesichts der starken Hinweise auf einen separat abzugrenzenden Markt für Sekt-Herstellermarken (Markenstärke, Preisunterschiede, Anbieterstruktur, etc.).
- 208 Alle großen Hersteller von Markensekt stellen neben Sekt/Schaumwein – in unterschiedlichem Umfang - auch noch andere alkoholische Getränke, insbesondere Wein und/oder Spirituosen

¹⁸² Vgl. Zeugenaussage Freixenet, Verfahrensakte, Bl. 1113.

¹⁸³ Vgl. Bl. 2833 d. Verfahrensakte.

her. In den Zeugenvernehmungen haben die befragten Hersteller jedoch erläutert, dass die Produktionsanlagen und –abläufe für die Produktion von Wein und Spirituosen völlig andere sind als bei Sekt und eine Umstellung/Verlagerung daher nur mit sehr hohem Aufwand möglich wäre. Dies entspricht auch den Ermittlungsergebnissen im Rahmen der Sektoruntersuchung. Hinzu kommt, dass eine Verlagerung auf Wein und Spirituosen bereits deshalb nicht als Ausweichmöglichkeit für die Sekthersteller betrachtet werden kann, weil diese Produkte nicht zum gleichen sachlichen Markt gehören. Die Frage nach der Abhängigkeit eines Herstellers von einem LEH-Unternehmen kann nach dem Gesetzeszweck nicht mit dem Argument verneint werden, dass der Hersteller ja auch andere Produkte herstellen und andere Märkte bedienen könnte.

209 Die REWE missversteht diese Aussage dahingehend, dass die Beschlussabteilung die Umstellung der Produktion auf andere Schaumweinprodukte nicht berücksichtigt habe.¹⁸⁴ Tatsache ist jedoch, dass Umstellungsmöglichkeiten auf Produkte, die zum gleichen sachlichen Markt gehören könnten (so wie Sekt-Handelsmarken), grundsätzlich als Ausweichmöglichkeiten betrachtet werden. Die von REWE vorliegend benannten Produkte alkoholfreier Sekt, gastronomiespezifischer Sekt oder Schaumwein-Mixgetränke scheiden jedoch – unabhängig davon, ob sie tatsächlich zum sachlich relevanten Markt gehören oder nicht – bereits aufgrund ihrer sehr geringen Umsatzvolumina als nennenswerte Ausweichmöglichkeit zum Sekt-Umsatz mit einem großen LEH-Unternehmen aus.

4.2.5.) Zwischenergebnis

210 Die dargestellte Marktstruktur zeigt, dass es sich bei dem Beschaffungsmarkt Schaumwein/Sekt um einen sowohl auf Herstellerseite als auch auf Handelsseite konzentrierten Markt handelt. Die große Bedeutung des Saison- und Aktionsgeschäfts sowie die Austauschbarkeit der großen Marken in diesem Markt verleihen den großen LEH-Unternehmen zusätzliche Nachfragemacht. Die Ausweichmöglichkeiten der großen Sekthersteller auf andere LEH-Unternehmen, alternative Vertriebswege, Export und andere Produkte sind aus verschiedenen Gründen begrenzt. Die Gegebenheiten und Besonderheiten des Produktmarktes Sekt sprechen insofern dafür, dass für einen (teilweisen) Umsatzverlust mit der EDEKA keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen. Die durchschnittliche Abnahmemenge der EDEKA allein macht bereits einen höheren Anteil am Umsatz der großen Hersteller aus als die Abnahmemengen sämtlicher alternativer Vertriebswege inklusive Export zusammen. Darüber bestehen

¹⁸⁴ Vgl. Bl. 2831 f. d. Verfahrensakte.

innerhalb der alternativen Vertriebswege kaum zusätzliche Aufnahmekapazitäten. Auf der Grundlage dieser produktmarktbezogenen Betrachtung wird im Folgenden untersucht, ob bzw. inwieweit eine tatsächliche Abhängigkeit der einzelnen, hier konkret betrachteten Sekthersteller von der EDEKA besteht.

4.3.) Bilaterale Marktpositionen der EDEKA auf dem Beschaffungsmarkt

Schaumwein/Sekt

- 211 Neben der Berücksichtigung der Position der EDEKA auf den Absatz- und Beschaffungsmärkten insgesamt sowie der generellen Marktbedingungen und Ausweichmöglichkeiten auf dem hier betrachteten Beschaffungsmarkt Schaumwein/Sekt spielen für die Frage der relativen Marktmacht bzw. der Abhängigkeit im Sinne von § 20 Abs. 2 GWB die bilateralen Beziehungen zwischen der EDEKA und einzelnen Herstellern eine entscheidende Rolle.
- 212 Nach Auffassung der REWE sind hingegen *„die Beziehungen zwischen der EDEKA und ihren Lieferanten für die Prüfung des § 20 Abs. 2 GWB für sich betrachtet unmaßgeblich“*.¹⁸⁵ Diese Auffassung resultiert offenbar aus der Annahme der REWE, dass bei Betrachtung der bilateralen Beziehungen *„das Bestehen von Ausweichmöglichkeiten [...] vom Willen oder strategischen Erwägungen der Anbieterseite abhängig gemacht“* und damit *„die Bequemlichkeit von Anbietern“* geschützt wird. Auf die einzelnen Aussagen der Abmahnung zu den bilateralen Beziehungen geht die REWE dann nur noch vereinzelt ein.
- 213 Für die Beschlussabteilung ist nicht nachvollziehbar, weshalb bei der Frage der Abhängigkeit die bilateralen Beziehungen zwischen dem (potenziellen) Normadressaten und einzelnen Herstellern *„unmaßgeblich“* sein sollen. Nachdem die REWE bereits die sonstigen Marktumstände wie die Marktstellung der EDEKA oder die Struktur des Angebotsmarktes als irrelevant für die Abhängigkeit eingestuft hat, bliebe nach diesem Ansatz nur die Prüfung einer allgemein bestehenden Abhängigkeit für ganze Produktmärkte. Dies widerspräche jedoch nicht nur dem Zweck der Norm, Fälle von relativer Marktmacht gegenüber bilateral abhängigen Unternehmen zu erfassen, sondern stünde auch im eklatanten Widerspruch zu den Realitäten der Märkte.
- 214 In den nachfolgenden Tabellen werden für die vier befragten großen Sekthersteller im ersten Block zunächst jeweils die Gesamtumsätze und die Umsatzanteile mit der EDEKA (einschließlich Plus) dargestellt und im zweiten Block die Umsatzanteile auf dem Produktmarkt Schaum-

¹⁸⁵ Siehe Bl. 2825 d. Verfahrensakte.

wein. Der dritte Block der Tabelle zeigt, welchen Anteil die Umsätze der einzelnen Hersteller am Beschaffungsvolumen der EDEKA insgesamt und im Bereich Schaumwein ausmachen. Der vierte Block enthält zum Vergleich noch einmal die Marktanteile der einzelnen Hersteller auf dem Absatzmarkt Sekt.

215 Die in der Tabelle verwendeten Zahlen stammen überwiegend aus den Meldeblättern der EDEKA zu den einzelnen Lieferanten, die die Beschlussabteilung bei ihrer Durchsicherung gestellt hat. Darüber hinaus wurden teilweise die Angaben/Schätzungen der Hersteller im Rahmen der Zeugenbefragung sowie einzelne Zahlen aus der Sektoruntersuchung LEH verwendet. Sämtliche Angaben beziehen sich auf den deutschen Markt, d.h. es sind weder Exporte der Hersteller noch Importe von EDEKA enthalten. Soweit möglich, wurden die Daten aus dem hier besonders relevanten Jahr 2008 verwendet. Mehrfache Darstellungen/Berechnungen derselben Kriterien auf der Grundlage verschiedener Datenquellen dienen der Plausibilisierung der ermittelten Zahlen.

Tabelle 1: Gesamtumsätze sowie Gesamtumsatzanteile der vier Sekthersteller mit EDEKA bzw. mit EDEKA und Plus (lt. Meldeblätter EDEKA bzw. Angaben aus Zeugenbefragung):

		Rot- käppchen- Mumm	Henkell	Freixenet	Schloss Wachen- heim
(1)	Gesamtumsatz 2008 in Mio. Euro¹⁸⁶	[...]	[...]	[...]	[...]
(2)	Gesamtumsatz mit EDEKA 2008 in Mio. Euro¹⁸⁷	[...]	[...]	[...]	[...]
(3)	Umsatzanteil mit EDEKA gesamt 2008¹⁸⁸	[20 – 30 %]	[10 – 20 %]	[20 – 30 %]	[40 – 50 %]
(4)	Geschätzter Umsatzanteil mit EDEKA gesamt 2008¹⁸⁹	[20 – 30 %]	[10 – 20 %]	[30 – 40 %]	[30 – 40 %]
(5)	Gesamtumsatz mit EDEKA + Plus 2008 in Mio. Euro¹⁹⁰	[...]	[...]	[...]	[...]

¹⁸⁶ Gesamtumsatz unter Einbeziehung sämtlicher Vertriebswege (LEH, Industrie, Großabnehmer, etc.) ohne Export gemäß Spannen-Angaben der Hersteller im Rahmen der Zeugenbefragung.

¹⁸⁷ Siehe Asservat 20 „Meldeblätter abgeschlossene Lieferanten“, Bl. 256 (Rotkäppchen-Mumm), Bl. 244 (Henkell), Bl. 242 (Freixenet) und Bl. 261 (Schloss Wachenheim); jeweils „Verhandelter Umsatz (€) EDEKA Gesamt (inkl. Netto) 2008“.

¹⁸⁸ Quotient aus Gesamtumsatz mit EDEKA und Gesamtumsatz (Zeilen (2) und (1)).

¹⁸⁹ Lt. Angaben der Hersteller im Rahmen der Zeugenvernehmungen, siehe Verfahrensakte Bl. 930 (Henkell), Bl. 1024 (Rotkäppchen-Mumm), Bl. 1101 (Freixenet) und Bl. 1212 (Schloss Wachenheim).

¹⁹⁰ Siehe Asservat 20 „Meldeblätter abgeschlossene Lieferanten“, Bl. 256, Bl. 244, Bl. 242 und Bl. 261; jeweils „Verhandelter Umsatz EDEKA Gesamt + Plus 2008“.

Tabelle 2: Umsatzanteile der vier Sekthersteller mit EDEKA für den Produktmarkt Sekt/Schaumwein (lt. Schätzung aus Zeugenbefragung und Angaben in Sektoruntersuchung):

		Rot- käppchen- Mumm	Henkell	Freixenet	Schloss Wachen- heim
(6)	Umsatzanteil Schaum- wein mit EDEKA 2008¹⁹¹	[20 – 30 %]	[10 – 20 %]	[30 - 40 %]	[30 - 40 %]
(7)	Geschätzter Umsatzanteil Sekt mit EDEKA in 2008¹⁹²	[20 – 30 %]	[10 – 20 %]	[30 – 40 %]	[30 – 40 %]

Tabelle 3: Anteile der vier Sekthersteller am Gesamtbeschaffungsvolumen bzw. am Beschaffungsvolumen Schaumwein der EDEKA (lt. Angaben aus Sektoruntersuchung und Zeugenbefragung):

		Rot- käppchen- Mumm	Henkell	Freixenet	Schloss Wachen- heim
(8)	Anteil am Gesamt- beschaffungsvolumen von EDEKA 2008¹⁹³	[0 - 1 %]	[0 - 1 %]	[0 - 1 %]	[0 - 1 %]
(9)	Anteil am Beschaffungs- volumen Schaumwein von EDEKA 2008¹⁹⁴	[30 – 40 %]	[0 - 10 %]	[20 - 30 %]	[0 - 10 %]

¹⁹¹ Quotient aus den Angaben der Hersteller im Rahmen der Sektoruntersuchung zum Schaumweinumsatz mit EDEKA und dem Schaumweinumsatz insgesamt.

¹⁹² Siehe Verfahrensakte, Bl. 930 (Henkell), Bl. 1024 (Rotkäppchen-Mumm), Bl. 1101 (Freixenet) und Bl. 1212 (Schloss Wachenheim); hier: Angaben für Sekt.

¹⁹³ Lt. Angaben der EDEKA im Rahmen der Sektoruntersuchung LEH betrug das Gesamtbeschaffungsvolumen der EDEKA für Food und Nonfood 1 im Jahr 2008 bei Herstellern in Deutschland rund [...] Euro. Die hier in Zeile (8) der Tabelle genannten Anteilswerte ergeben sich aus der Division der in Zeile (2) genannten Gesamtumsätze der Hersteller mit EDEKA durch dieses Gesamtbeschaffungsvolumen.

¹⁹⁴ Lt. Angaben der EDEKA im Rahmen der Sektoruntersuchung LEH betrug das Schaumwein-Beschaffungsvolumen der EDEKA im Jahr 2008 bei Herstellern in Deutschland (sowie insgesamt) rund [...] Euro. Die in Zeile (9) genannten Anteile ergeben sich aus der Division der von den Herstellern jeweils genannten Schaumwein-Umsätze mit EDEKA durch dieses Schaumwein-Beschaffungsvolumen der EDEKA.

Tabelle 4: Marktanteile der Hersteller auf dem Absatzmarkt Sekt/Schaumwein (lt. Angaben aus Sektoruntersuchung bzw. Zeugenbefragung):

		Rot- käppchen- Mumm	Henkell	Freixenet	Schloss Wachen- heim
(10)	Marktanteil Lieferant auf dem Absatzmarkt für Schaumwein 2010 in %¹⁹⁵	[30 – 40 %]	[10 - 20 %]	[10 – 20 %]	[0 - 10 %]
(11)	Geschätzter Marktanteil Lieferant auf dem Absatzmarkt für Sekt/Champagner in 2009¹⁹⁶	[30 - 40 %]	[10 – 20 %]	[0 - 10 %]	[0 - 10 %]

- 216 Zunächst zeigen die Angaben der Tabelle, dass die ermittelten Umsatzanteile der Hersteller mit EDEKA sowohl für den Gesamtumsatz als auch für den Produktmarkt Schaumwein plausibel sind, da die aus den Angaben der Hersteller und den Zahlen der EDEKA errechneten Werte weitestgehend mit den von den Herstellern geschätzten Umsatzanteilen übereinstimmen (Zeilen (3) und (4) sowie Zeilen (6) und (7)).
- 217 Die Umsatzanteile der Hersteller mit EDEKA lagen danach im Jahr 2008 zwischen [10 - 20 %]¹⁹⁷ und [40 - 50 %].¹⁹⁸ Berücksichtigt man zusätzlich die Umsätze, die die einzelnen Hersteller im Jahr 2008 mit Plus getätigt hatten – und die zum Zeitpunkt der Sonderverhandlungen von den Herstellern bereits beim zukünftigen Nachfragevolumen der EDEKA einzukalkulieren waren – liegen die Umsätze noch um rund 10 % höher (Zeile (5)). Unklar ist, ob bei den in den Meldeblättern der EDEKA vermerkten Umsätzen mit einzelnen Herstellern auch bereits die Beschaffungsvolumina für die Kooperationspartner der EDEKA enthalten sind. Eine Hinzurechnung dieser Umsätze würde jedenfalls zu einer weiteren Erhöhung der Umsatzanteile führen.
- 218 EDEKA kritisiert in ihrer Stellungnahme zunächst, dass die Beschlussabteilung keinen konkreten Wert benennt, ab dem eine Umsatzquote auf Abhängigkeit hindeuten könnte.¹⁹⁹ Darüber hinaus stellt sie die unterschiedlichen Umsatzquoten für die einzelnen Sekthersteller in Frage. Schließlich nimmt EDEKA selbst eine „korrekte“ Berechnung der Umsatzquoten vor, indem sie (offenbar) die in der Sektoruntersuchung LEH ermittelten Quoten (offenbar) mit dem

¹⁹⁵ Gemäß den Daten aus der Sektoruntersuchung.

¹⁹⁶ Schätzung lt. Anlage 3 zum Vernehmungsprotokoll von Henkell, Bl. 956 d. Verfahrensakte.

¹⁹⁷ Dieser relativ geringe Umsatzanteil von Henkell ergibt sich aus [...], vgl. Abschnitt II. E 4.3.2.).

¹⁹⁸ Diese Werte übersteigen deutlich die im Fall „Konditionen Anpassung“ vom Bundeskartellamt bzw. dem BGH herangezogenen Absatzquoten von 7,5 bzw. 10 % (vgl. BGH, Beschl. v. 24.09.2002 – KVR 8/01, WuW/E DE-R 984).

¹⁹⁹ Vgl. Bl. 2480 ff. d. Verfahrensakte.

geschätzten Anteil des Auslandsgeschäfts der einzelnen Anbieter multipliziert. So wird der Umsatzanteil von Henkell mit EDEKA schlicht halbiert (50 % Auslandsgeschäft), die Umsatzanteile von Freixenet und Schloss Wachenheim mit EDEKA auf ein Drittel reduziert (zwei Drittel Auslandsgeschäft) und der Umsatzanteil von Rotkäppchen-Mumm mit EDEKA – trotz fehlender Angaben zum Auslandsgeschäft – ebenfalls auf ein Drittel reduziert. Die so errechneten Umsatzquoten seien laut EDEKA kartellrechtlich unbedenklich, da sie unter der von der EU-Kommission ermittelten Schwelle von 22 % Umsatzanteil lägen.²⁰⁰

219 Die Beschlussabteilung hält die Festlegung eines fixen Schwellenwertes, ab dem eine Umsatzquote per se als kritisch anzusehen ist, angesichts der sonstigen relevanten Marktumstände wie der Marktposition des LEH-Unternehmens, der Angebotsstruktur des Produktmarktes, der Besonderheiten des Produktmarktes sowie der Ausweichmöglichkeiten der Hersteller für wenig sachgerecht. Die vom BGH im Fall „Metro-Konditionenanpassung“ genannte Schwelle von 10 % und auch die von der EU-Kommission ermittelte Schwelle von 22 % weisen jedoch darauf hin, dass die Umsatzquoten von zumindest drei der hier betrachteten Sekthersteller im Jahr 2008 als kritisch anzusehen sind. Die aus der Sektoruntersuchung und den Aussagen der Sekthersteller resultierenden – von EDEKA angezweifelte - Unterschiede der einzelnen Umsatzquoten sind ohne Weiteres mit unterschiedlichen Vertriebs-Schwerpunkten sowie – wie im Bezug auf Henkell erläutert – temporären Schwankungen aufgrund von Auslistungs- oder Aktionsmaßnahmen zu erklären. Die von der EDEKA vorgenommene pauschale Reduzierung der Umsatzquoten durch den Einbezug des gesamten Auslandsgeschäfts der einzelnen Sekthersteller verbietet sich nach Auffassung der Beschlussabteilung schon aus den oben im Abschnitt II. E 4.2.1.2.) genannten Gründen.

220 Der Anteil eines einzelnen Sektherstellers am Gesamtbeschaffungsvolumen von EDEKA ist mit deutlich unter 1 % im Vergleich zu den Umsatzanteilen der einzelnen Hersteller mit EDEKA verschwindend gering (Zeile (8)). Dies bedeutet, dass die relativen Umsatzeinbußen für EDEKA bei einer (teil-/zeitweisen) Nichtbelieferung aufgrund fehlender Einigung deutlich geringer ausfallen würden als für den Hersteller. Insbesondere gilt dies unter Berücksichtigung der oben dargestellten Substituierbarkeit der verschiedenen Sektmarken aus Verbrauchersicht. Wenn der Verbraucher im Falle der Auslistung bzw. Nichtbelieferung einer Sektmarke bei EDEKA lediglich auf eine andere Sektmarke ausweicht und dennoch seinen Gesamteinkauf bei EDEKA tätigt,

²⁰⁰ Aus den Antworten von rd. 200 Herstellern im Verfahren „REWE/Meinl“ ergab sich „im Durchschnitt ein Umsatzanteil von 22 %, ab dem ein Abnehmer nur unter schwersten wirtschaftlichen Verlusten oder überhaupt nicht mehr“ als ersetzbar angesehen wurde (a.a.O., Rz. 101).

ergeben sich für EDEKA auch keine negative Auswirkungen auf den Umsatz bei anderen Warengruppen.

- 221 Die REWE weist in ihrer Stellungnahme zutreffend darauf hin, dass die Produkte einzelner Hersteller im Sortiment eines LEH-Unternehmens naturgemäß nur einen geringen (Umsatz-) Anteil ausmachen und dieser Anteil nicht (wie in der ursprünglichen Formulierung der Abmahnung) „als Maßstab für das jeweilige Kräfteverhältnis zwischen Hersteller und LEH-Unternehmen“ zugrundegelegt werden darf.²⁰¹ An anderer Stelle kritisiert REWE das Argument der Austauschbarkeit von Sektmarken und weist darauf hin, dass einem LEH-Unternehmen bei Auslistung eines „unverzichtbaren Produkts“ eine Abwanderung der Kundennachfrage droht, was zu erheblichen Umsatzeinbußen über das gesamte Sortiment führen könne.²⁰²
- 222 Die Beschlussabteilung verkennt nicht, dass sich der geringe Umsatzanteil eines LEH-Unternehmens mit einem Hersteller aus der Natur des Sortimentsangebots ergibt. Im Rahmen der Gesamtwürdigung der Ausweichmöglichkeiten und der jeweiligen „Drohpunkte“ sind diese unterschiedlichen Risiken eines Verhandlungsabbruchs jedoch mit zu berücksichtigen. Auf die Kritik der REWE am Argument der Austauschbarkeit von Sektmarken wurde bereits eingegangen – die Beschlussabteilung sieht angesichts der vier starken Sektmarken und der wechselnden Aktions- und Auslistungspolitik des LEH eine einzelne Sektmarke jedenfalls nicht als „unverzichtbares Produkt“ für den Handel an.
- 223 Angesichts der dargestellten Bedeutung der wechselnden Aktionspolitik sowie möglicher Auslistungsmaßnahmen des Handels sind zudem die Marktanteile und die Umsatzanteile der einzelnen Hersteller nicht gesichert, sondern stark vom jeweiligen Verlauf der Jahresgespräche abhängig. So fielen die Umsätze von Henkell mit EDEKA aber auch insgesamt im hier betrachteten Jahr 2008 deutlich niedriger aus als in anderen Jahren, da Henkell in diesem Jahr von EDEKA bei wichtigen Werbeaktionen nicht berücksichtigt wurde.
- 224 EDEKA kritisiert in ihrer Stellungnahme dass die Umsatzverluste der Sekthersteller aufgrund tatsächlicher Auslistungsmaßnahmen der EDEKA in der Vergangenheit seitens der Beschlussabteilung nicht hinreichend quantifiziert wurden und deshalb kaum zu bewerten sind.²⁰³ Darüber hinaus zeigten Gesamtumsatzsteigerungen der betroffenen Sekthersteller in den angeführten Jahren, dass die Hersteller gerade nicht von der EDEKA abhängig seien. Die inhaltliche Darstellung der erfolgten Auslistungsmaßnahmen kommentiert die EDEKA nicht.

²⁰¹ Vgl. Bl. 2809 f. d. Verfahrensakte.

²⁰² Vgl. Bl. 2814 d. Verfahrensakte.

- 225 Auch die Beschlussabteilung sieht Auslistungen in der Vergangenheit nicht als hinreichenden Beleg für die Abhängigkeit eines Herstellers von einem LEH-Unternehmen an. Dies bedeutet jedoch nicht, dass im Umkehrschluss tatsächlich erfolgte Auslistungen und deren Bedeutung für den jeweiligen Hersteller für die Frage der Abhängigkeit keine Rolle spielen. Jedenfalls untermauern die wechselnden Auslistungen das Argument der Austauschbarkeit der Marken. Aus der Tatsache, dass sich die weltweiten Gesamtumsätze der Unternehmen(skonzerne) positiv entwickelt haben, kann zudem nicht monokausal geschlossen werden, dass es für den verlorenen Sektumsatz mit EDEKA in den Auslistungsjahren jeweils ausreichende Ausweichmöglichkeiten gab.
- 226 Das bilaterale Verhältnis zwischen der EDEKA und jedem einzelnen der vier betrachteten Sekthersteller stellt sich nach den vorliegenden Erkenntnissen der Beschlussabteilung wie folgt dar:

4.3.1.) Rotkäppchen-Mumm

- 227 Rotkäppchen-Mumm produziert und vertreibt im Sektbereich insbesondere die Marken Rotkäppchen, Mumm, Jules Mumm, MM Extra und Geldermann. Nach den für 2008 und 2009 vorliegenden Zahlen war das Unternehmen Rotkäppchen-Mumm in diesem Zeitraum Marktführer auf dem deutschen Markt für Schaumwein bzw. Sekt und hatte insbesondere in Ostdeutschland mit einzelnen Marken eine sehr starke Stellung. Der Umsatzanteil des Unternehmens mit EDEKA im Jahr 2008 betrug sowohl insgesamt als auch bezogen auf Sekt/Schaumwein jeweils zwischen [20 – 30 %].
- 228 In der Zeugenvernehmung hat Rotkäppchen-Mumm plausibel dargelegt, dass ein auch nur teilweises Ausweichen auf die Produktion von Handelsmarken sowohl aus Kapazitäts- wie auch aus betriebswirtschaftlichen Gründen nicht vorstellbar wäre. Der Ruf des Unternehmens und der Werterhalt der Marke würden durch das Angebot von Handelsmarken gefährdet. Die (teilweise) Verlagerung auf andere Produkte sei für Rotkäppchen-Mumm aufgrund der besonderen Produktionsbedingungen für Sekt (z.B. Druckabfüllung) ebenfalls nicht möglich.
- 229 EDEKA kritisiert in ihrer Stellungnahme, dass die tatsächlichen Umstellungsmöglichkeiten der vier Sekthersteller auf andere Produkte oder Handelsmarken seitens der Beschlussabteilung

²⁰³ Vgl. Bl. 2484 ff. d. Verfahrensakte.

nicht ermittelt wurden und bezweifelt die Schlüssigkeit der jeweils vorgetragenen Argumente.²⁰⁴ Durch die im Rahmen der Sektoruntersuchung LEH erfolgten Befragung von 24 Markensekt-Herstellern zur Umstellungsflexibilität in Richtung Handelsmarken wurden die in diesem Verfahren vorgetragene Argumente der vier führenden Sekthersteller jedoch eindeutig bestätigt.

230 Der Exportanteil von Rotkäppchen-Mumm liegt nach Darstellung des Unternehmens – aus historischen Gründen und wegen der starken Stellung von französischen und italienischen Anbietern – bei [0 – 10 %], sodass auch eine Ausweitung des Auslandsgeschäfts nicht als kurzfristige (teilweise) Ausweichmöglichkeit für den Sektvertrieb über EDEKA in Betracht kommt.

231 Eine vollständige Auslistung von Rotkäppchen-Mumm hat es lt. Zeugenaussage in der Vergangenheit noch nicht gegeben.²⁰⁵ [...] [Information über Aktionspolitik der EDEKA im Jahr 2010.] Dieses Beispiel zeigt, dass der relativ hohe Anteil von Rotkäppchen-Mumm am Schaumwein-Beschaffungsvolumen der EDEKA von [30 – 40 %] nicht gegen eine Abhängigkeit des Unternehmens spricht, da EDEKA durch ihre (saisonale) Aktionspolitik den Schwerpunkt ihres Absatzes kurzfristig auf andere Hersteller verlagern konnte und damit über stärkere Ausweichmöglichkeiten und ein offenbar höheres „Drohpotenzial“ verfügt als Rotkäppchen-Mumm.

232 Vor dem Hintergrund der oben dargestellten Marktbedingungen und des bilateralen Verhältnisses zwischen beiden Unternehmen ist davon auszugehen, dass Rotkäppchen-Mumm für das hier relevante Jahr 2008 ein von der EDEKA abhängiges Unternehmen war.

4.3.2.) Henkell

233 Die wichtigsten von Henkel produzierten und vertriebenen Sektmarken sind Henkell, Söhnlein Brillant und Fürst Metternich. Sowohl nach den vorläufigen Ergebnissen der Sektoruntersuchung als auch nach verschiedenen Marktanteilsschätzungen ist Henkell mit [20 – 30 %] nach Rotkäppchen-Mumm die Nummer Zwei auf dem deutschen Sektmarkt. Die Umsatzanteile mit EDEKA im Referenzjahr 2008 betragen allerdings nur [10 – 20 %].

234 Zu den für das Jahr 2008 ermittelten Zahlen für Henkell ist jedoch Folgendes anzumerken: [...] ²⁰⁶ [Information über Aktionspolitik der EDEKA im Jahr 2008.] Aufgrund der großen Bedeu-

²⁰⁴ Vgl. Bl. 2482 ff. d. Verfahrensakte.

²⁰⁵ Vgl. hierzu und zum Folgenden das Vernehmungsprotokoll Rotkäppchen-Mumm, Bl. 1034 ff. d. Verfahrensakte.

²⁰⁶ Vgl. zum Folgenden das Vernehmungsprotokoll Henkell, Bl. 940 ff. d. Verfahrensakte.

tung des Aktionsgeschäfts bei Sekt führte diese Maßnahme der EDEKA zu einem deutlichen Rückgang beim Gesamtumsatz von Henkell mit EDEKA.

- 235 Dies wird durch die Daten in den EDEKA-Asservaten bestätigt: [...] ²⁰⁷ Dass die Henkell-Zahlen für das Jahr 2008 deutlich niedriger waren, zeigen auch die Umsatzanteile in den Folgejahren: [...] ²⁰⁸ Schließlich belegen auch die aus den vorläufigen Ergebnissen der Sektoruntersuchung errechneten Daten, dass Henkell in „normalen“ Jahren einen höheren Marktanteil hat, als im Referenzjahr 2008. Das Beispiel untermauert die oben bereits dargestellte Bedeutung der wechselnden Aktionspolitik der großen Handelsunternehmen.
- 236 Die Tatsache, dass Henkell zum Oetker-Konzern gehört, hat nach Auffassung der Beschlussabteilung für die Verhandlungsmacht des Unternehmens gegenüber EDEKA keine entscheidende Rolle gespielt. Weder in der Korrespondenz zwischen EDEKA und Henkell zu den Sonderverhandlungen noch in den Meldeblättern der EDEKA wird auf die Konzernzugehörigkeit von Henkell Bezug genommen. [...] ²⁰⁹ Dies entspricht auch den Erkenntnissen der Beschlussabteilung aus anderen Verfahren, dass für unterschiedliche Warengruppen separate Verhandlungen durch unterschiedliche verantwortliche Personen geführt werden.
- 237 EDEKA hält „*diesen formalen Aspekt für irrelevant*“ und weist in ihrer Stellungnahme darauf hin, dass sich „*in jeder der einzelnen Verhandlungen [...] die wirtschaftliche Stärke und Unabhängigkeit der Konzerngruppe zugunsten der Lieferantenvertreter [auswirkt]*.“ ²¹⁰ Konkrete Beispiele oder Belege für diese Auswirkungen der Konzernzugehörigkeit in den Verhandlungen führt die EDEKA allerdings nicht an. Es bleibt insofern festzuhalten, dass die Konzernzugehörigkeit Henkell weder vor Auslistungen bewahrt hat noch Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass Henkell sich dadurch besser gegen die Sonderforderungen der EDEKA wehren konnte.
- 238 Die individuellen Ausweichmöglichkeiten von Henkell sind begrenzt: Nach den vorliegenden Daten aus diesem Verfahren und aus der Sektoruntersuchung ist die Bedeutung des LEH als Absatzkanal für Sekt insgesamt in den vergangenen Jahren – zulasten des Außer-Haus-Konsums - kontinuierlich gestiegen und lag im Jahr 2008 bei rd. 80 %. Der Exportanteil von Henkell lag nach Aussage des Unternehmens für Sekt im Jahr 2008 bei [0 – 10 %]. Eine Ausweitung des Exportgeschäfts mit Sekt/Schaumwein ist lt. Zeugenaussage aufgrund der inter-

²⁰⁷ Vgl. Asservat 20, Bl. 244.

²⁰⁸ Vgl. Bl. 928 ff. d. Verfahrensakte.

²⁰⁹ Vgl. Asservat 65, Bl. 62 und Asservat 109, Bl. 222.

²¹⁰ Siehe Bl. 2482 d. Verfahrensakte.

nationalen Stärke anderer (insbes. französischer) Marken nur schwer möglich. Ein teilweises Ausweichen auf andere Produkte (Perlwein, Wein, ggfs. Säfte) wäre nach Einschätzung von Henkell zwar theoretisch denkbar, scheiterte aber in der Praxis an der fehlenden Marke und den fehlenden Kunden und sei zudem – aufgrund der hierfür erforderlichen Umstellung der Produktionsabläufe nicht kurzfristig möglich. Im Handelsmarkengeschäft ist Henkell in der Vergangenheit aufgrund einzelner Unternehmensübernahmen tätig geworden. Eine (teilweise) Verlagerung der Marken-Produktion auf Handelsmarken würde aus Sicht von Henkell jedoch eine andere unternehmensstrategische Ausrichtung des Unternehmens bedeuten.

- 239 EDEKA weist an dieser Stelle erneut auf das erfolgreiche Auslandsgeschäft von Henkell hin, das insbesondere auf der Übernahme ausländischer Unternehmen und den Umsätzen ausländischer Tochterunternehmen der Gruppe beruht.²¹¹ Während die Beschlussabteilung die Auslandstätigkeit von Henkell – die auch als langfristige Reaktion auf die Nachfragemacht des LEH in Deutschland erfolgt - nicht in Frage stellt, gilt für die Bedeutung des Auslandsgeschäfts für Export, Ausweichmöglichkeiten und Abhängigkeit das im Abschnitt II. E 4.2.4.2.) bereits grundsätzlich Gesagte. Darüber hinaus würde eine (kurzfristige) Verschiebung von bislang in Deutschland abgesetzten Mengen gerade bei Henkell durch die unterschiedlichen – auf Zukäufen ausländischer Unternehmen beruhenden – nationalen Marken erheblich erschwert.
- 240 Zusammenfassend ist festzustellen, dass auch Henkell für das Jahr 2008 als ein von der EDEKA abhängiges Unternehmen anzusehen ist, auch wenn die Umsatzanteile gerade in diesem Referenzjahr geringer ausfielen als in anderen Jahren. Die Abhängigkeit eines Herstellers kann wohl kaum deutlicher belegt werden, als durch dessen Umsatzeinbruch aufgrund einer kurzfristigen Verlagerung von EDEKA-Werbeaktionen auf andere Sekthersteller.

²¹¹ Vgl. Bl. 2478 f. d. Verfahrensakte.

4.3.3.) Freixenet

- 241 Die Umsatzanteile von Freixenet mit EDEKA betragen im Jahr 2008 sowohl insgesamt als auch bei Sekt / Schaumwein jeweils zwischen [30 - 40 %]. Freixenet war gleichzeitig bei EDEKA stärker repräsentiert (geschätzt [30 – 40 %] des Schaumweinbeschaffungsvolumens) als auf dem Gesamtmarkt (Marktanteil geschätzt [0 – 10 %] bzw. lt. Sektoruntersuchung [10 – 20 %] bei Schaumwein/Sekt).
- 242 Eine kurzfristige Verlagerung der Sektproduktion auf die Herstellung von Wein ist nach Ansicht von Freixenet aufgrund der Besonderheiten von Lagerung und Produktion nur in sehr begrenztem Umfang möglich.²¹² Dies gilt insbesondere, da Freixenet ausschließlich in Flaschengärung produziert. Obwohl Freixenet in geringem Umfang für ein LEH-Unternehmen Sekt als Handelsmarke produziert, stellt nach Aussage von Freixenet eine verstärkte Produktion von Handelsmarken keine Ausweichmöglichkeit für die Produktion der Herstellermarken bei Sekt dar, da mit Handelsmarken der hohe Fixkostenanteil bei Produktion und Vertrieb nicht gedeckt werden könnte und die „Marke“ bei Sekt den wesentlichen Zusatznutzen für den Verbraucher stiftet. Andere Ausweichmöglichkeiten für die an den LEH abgesetzte Sektproduktion sieht Freixenet in Deutschland ebenfalls nicht.
- 243 Freixenet ist ein spanischer Konzern und im Ausland vergleichsweise gut aufgestellt (zwei Drittel des weltweiten Umsatzes werden außerhalb von Deutschland erwirtschaftet). Nach eigener Aussage ist Freixenet *„im Gegensatz zu rein national aufgestellten Sektherstellern eher in der Lage, zumindest einen Teil seines Deutschlandabsatzes auf andere Märkte zu verlagern.“* Die deutsche Tochtergesellschaft Freixenet GmbH betreibt in Deutschland keine Produktion, sondern ist für Vermarktung und Vertrieb in Deutschland zuständig. Entsprechend hat Freixenet im Rahmen der Sektoruntersuchung auch keine Exportumsätze angegeben.
- 244 Ob ein Hersteller von einem LEH-Unternehmen im Sinne des § 19 Abs. 2 GWB abhängig ist und dem Schutzbereich des Anzapfverbots unterfällt oder nicht, kann nicht (allein) von seinen konzernweiten Vertriebs- und Produktionsstrukturen abhängen. Entscheidend muss vielmehr auch hier sein, ob die Mengen, die Freixenet bislang über EDEKA auf dem deutschen Markt abgesetzt hat, zumindest teilweise (kurzfristig) auf ausländische Märkte verschoben werden können. Selbst wenn eine derartige Verschiebung deutscher Mengen für Freixenet leichter

²¹² Vgl. zum Folgenden das Vernehmungsprotokoll Freixenet, Bl. 1111 ff. d. Verfahrensakte.

möglich wäre als für andere Sekthersteller, liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass Freixenet hierdurch auf dem – für das Unternehmen sehr wichtigen - deutschen Markt faktisch nicht der relativen Marktmacht der EDEKA ausgesetzt ist. Dies gilt erst recht unter Berücksichtigung der im Abschnitt II. E 4.2.4.2.) dargestellten normativen Bedenken hinsichtlich des Ausweichens auf andere räumliche Märkte.

- 245 Nach Aussage von EDEKA liegen die von Freixenet gegenüber der Beschlussabteilung genannten Umsätze in Deutschland für die Jahre 2008, 2009 und 2010 deutlich über den jeweils im Bundesanzeiger veröffentlichten Umsätzen der deutschen Tochtergesellschaft.²¹³ EDEKA folgert hieraus, dass *„in der Freixenet-Gruppe auch außerhalb der deutschen Tochter Umsätze in Deutschland erzielt werden, woraus auf ein konzernübergreifendes, flexibles, grenzüberschreitendes Geschäft geschlossen werden kann.“* Selbst wenn die von EDEKA dargestellten Umsatz-Differenzen tatsächlich nicht auf unterschiedliche Abgrenzungen oder Berechnungen, sondern auf Umsätze ausländischer Freixenet-Töchter in Deutschland zurückzuführen sein sollten, würde dies noch keine generelle Aussage zu einem „konzernübergreifenden, flexiblen, grenzüberschreitendem Geschäft“ rechtfertigen. Allenfalls können derartige Differenzen auf Importe durch deutsche Abnehmer hinweisen, die jedoch zumindest von EDEKA in der Sektoruntersuchung LEH für Schaumwein nicht angegeben wurden. Einen Beleg für ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten zum EDEKA-Umsatz von Freixenet stellen solche Differenzen jedenfalls nicht dar.
- 246 Auf Nachfrage hat Freixenet angegeben, [...] [Information über Aktions- bzw. Auslistungspolitik der EDEKA im Jahr 2007.] Für Freixenet führten beide Maßnahmen zusammengenommen zu einem deutlichen Rückgang beim Jahresumsatz mit der EDEKA.
- 247 Zusammenfassend ist damit auch für Freixenet von einer Abhängigkeit von EDEKA im Jahr 2008 auszugehen.

²¹³ Vgl. Bl. 2477 f. d. Verfahrensakte.

4.3.4.) Schloss Wachenheim

- 248 Die wichtigsten Sektmarken von Schloss Wachenheim sind Faber, Schloss Wachenheim und Feist. Schloss Wachenheim hatte nach der obigen Darstellung im Jahr 2008 mit [30 – 40 %] bzw. [40 – 50 %] von allen vier Herstellern den höchsten Umsatzanteil mit EDEKA (gesamt/ Schaumwein/Sekt). Der Anteil von Schloss Wachenheim an der EDEKA-Schaumweinbeschaffung lag mit [0 – 10 %] leicht über dem geschätzten Gesamtmarktanteil des Unternehmens in Höhe von geschätzt [0 – 10%] (lt. Sektoruntersuchung [0 - 10 %]). Das Unternehmen ist nach Marktanteilen die Nummer vier auf dem deutschen Markt.
- 249 Im Fall einer (teilweisen) Auslistung oder einer wesentlichen Reduzierung der Aktionstätigkeit eines wichtigen LEH-Kunden („key account“) sieht Schloss Wachenheim nur begrenzte Ausweichmöglichkeiten zu anderen großen LEH-Kunden in Deutschland.²¹⁴ Laut Zeugenaussage macht Schloss Wachenheim in Deutschland rd. [20 – 30 %] seines Umsatzes mit Handels-eigenmarken. Eine (kurzfristige) Verlagerung von Herstellermarken auf Handelsmarken – oder umgekehrt – hält das Unternehmen allerdings für problematisch, da die Händler immer nur eine begrenzte Menge des jeweiligen Artikels benötigten. Als Ausweichoption könnte lt. Schloss Wachenheim am ehesten der Export weiter forciert werden. Die Anlagen von Schloss Wachenheim könnten nach Einschätzung des Unternehmens grundsätzlich auch für die Herstellung anderer weinbasierter Produkte eingesetzt werden, die dann allerdings anderen Produktmärkten zuzuordnen wären.
- 250 Auslistungen oder eine Reduzierung der Aktionen, die strategische Bedeutung für Schloss Wachenheim gehabt hätten, hat es laut Zeugenaussage bei EDEKA in der Vergangenheit nicht gegeben. Schloss Wachenheim schätzt EDEKA insbesondere aufgrund des internen und externen Wachstums sowie der großen Sortimentsbreite des Handelsunternehmens als einen immer wichtiger werdenden Partner ein.
- 251 EDEKA weist in ihrer Stellungnahme auch mit Bezug auf Schloss Wachenheim auf die Auslandsumsätze des Unternehmens hin.²¹⁵ Nach den seitens EDEKA vorgelegten Unterlagen erwirtschaftet Schloss Wachenheim jeweils rund ein Drittel seines weltweiten Konzernumsatzes in Deutschland, in Frankreich und in Ostmitteleuropa. In Frankreich sei Schloss Wachenheim der größte Anbieter im Sekt- und Schaumweinbereich. Zur Bedeutung des Auslandsgeschäfts

²¹⁴ Vgl. zum Folgenden die Vernehmungsprotokolle Schloss Wachenheim, Bl. 1213 ff. bzw. Bl. 1235 ff. d. Verfahrensakte.

²¹⁵ Vgl. Bl. 2479 f. d. Verfahrensakte.

für die Ausweichmöglichkeiten der Sekthersteller gilt das oben Gesagte. Auch bei Schloss Wachenheim ist das Auslandsgeschäft zudem durch eigene ausländische Marken und ausländische Teilkonzerne geprägt, was eine (kurzfristige) Verschiebung von Mengen aus dem deutschen Markt wesentlich erschweren dürfte.

252 Eine Abhängigkeit des Unternehmens von EDEKA ist nach Auffassung der Beschlussabteilung ebenfalls gegeben.

5. Zwischenergebnis: Abhängigkeit einzelner Lieferanten von der EDEKA

253 Unter Berücksichtigung der Marktstruktur, der Marktbesonderheiten, der Ausweichmöglichkeiten und schließlich der bilateralen Beziehungen zwischen der EDEKA und den einzelnen Herstellern ist die Beschlussabteilung der Auffassung, dass jedes der hier beispielhaft untersuchten vier Unternehmen Rotkäppchen-Mumm, Henkell, Freixenet und Schloss Wachenheim zum Zeitpunkt der Sonderverhandlungen ein von der EDEKA im Sinne von § 20 Abs. 2 GWB abhängiges Unternehmen war.

254 Nach Einschätzung der Beschlussabteilung bestand auch bei zahlreichen weiteren – sowohl größeren als auch kleineren – Lieferanten aus dem Beschaffungsmarkt Schaumwein und anderen Beschaffungsmärkten zum Zeitpunkt der Sonderverhandlungen eine Abhängigkeit gegenüber der EDEKA. Auch wenn eine umfassende Analyse der bilateralen Abhängigkeiten einzelner Hersteller aus anderen Produktmärkten hier aus verfahrensökonomischen Gründen nicht vorgenommen wurde, ergeben sich entsprechende Anhaltspunkte bereits aus den oben dargestellten Beschaffungsanteilen der EDEKA in anderen Produktmärkten sowie der großen Zahl der von den Sonderverhandlungen betroffenen Unternehmen.

F) Aufforderung zur Gewährung von Vorteilen ohne sachlich gerechtfertigten Grund

1.) Der Begriff „Vorteil ohne sachlich gerechtfertigten Grund“ in § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 GWB

255 Bereits im Jahr 1974 hat das Bundeswirtschaftsministerium einen „Beispielkatalog von Tatbeständen, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen können“ („Sündenregister“) zusammengestellt, die den Einsatz von Nachfragemacht zum Gegenstand hatten.²¹⁶ Die Liste enthielt Sachverhalte wie „Sonderleistungen bei Neueröffnungen“, „Investitionszuschüsse“, „Rabatt-

kumulierungen“ oder „besonders lange Zahlungsziele“ und mündete später in eine gemeinsame Erklärung von Wirtschaftsorganisationen des Handels und der Ernährungsindustrie. Hieran angelehnte Verhaltensregeln des Markenverbandes wurden 1976 vom Bundeskartellamt als Wettbewerbsregeln anerkannt. Im Jahr 1980 erfolgte schließlich die Einführung des damaligen § 26 Abs. 3 GWB.

- 256 Nach der heutigen Fassung des Verbots in § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB ist es einem Normadressaten untersagt, *„seine Marktstellung dazu auszunutzen, andere Unternehmen dazu aufzufordern oder zu veranlassen, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren“*. Wie bereits oben zum Tatbestandsmerkmal der Abhängigkeit erläutert, haben sich auch in Bezug auf dieses Kriterium im Vergleich zur bisher geltenden Regelung des § 20 Abs. 3 GWB (2007) im Rahmen der 8. GWB-Novelle keine inhaltlichen Änderungen ergeben,²¹⁷ sodass für die Auslegung der Tatbestandsmerkmale „Vorteile“ und „ohne sachlich gerechtfertigten Grund“ auf die vorhandene Rechtsprechung und Literatur zu dieser Vorgängerregelung Bezug genommen werden kann. Gleiches gilt für Rechtsprechung und Literatur zu älteren Fassungen dieses Verbots, soweit diese begrifflich gleichlautend sind.
- 257 Die bisherige Rechtsprechung zur Frage, in welchen Fällen die Forderung eines Vorteils ohne sachlich gerechtfertigten Grund erhoben wird, kann im vorliegenden Fall allerdings nur wenig Hilfestellung geben.²¹⁸ Die wenigen Entscheidungen zu dieser Thematik lassen sich in ihren Aussagen nur sehr bedingt auf den hier in Rede stehenden Sachverhalt übertragen. Im Fall „Konditionenanpassung“ (a.a.O.) hatte der BGH unter anderem festgestellt, dass die Veranlassung der Lieferanten zu einer rückwirkenden Konditionenanpassung in Verbindung mit entsprechenden Ausgleichszahlungen die – vom Nachfrager widerlegbare – Vermutung begründen, dass es sich um einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorteil handelt.²¹⁹
- 258 In der jüngeren Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes finden sich – abgesehen von der Entscheidung im Fall „Konditionenanpassung“ - insbesondere zwei Fälle, in denen Forderungen der EDEKA gegenüber ihren Lieferanten überprüft wurden: Nach der Übernahme der Sparmärkte im Jahr 2005 hatte EDEKA von ihren Lieferanten schriftlich eine rückwirkende Konditionenanpassung gefordert. Die seinerzeit zuständige 9. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes bewertete dieses Vorgehen (gegen kleine und mittelständische Lieferanten) als

²¹⁶ Vgl. Säcker/Mohr, a.a.O. S. 18.

²¹⁷ Allein der Zusatz *„im Geschäftsverkehr“* ist in der neuen Fassung weggefallen.

²¹⁸ Vgl. Säcker/Mohr, a.a.O., S. 7 ff., der unter Berücksichtigung verschiedener OLG- und BGH-Urteile seit 1973 zu der Einschätzung kommt, dass die bisherige Rechtsprechung zum „Anzapfen“ (insbes. nach UWG) keine geeignete Interpretationsgrundlage darstellt.

²¹⁹ Die rückwirkende Konditionenanpassung erfolgte in diesem Fall ab einem Zeitpunkt vor dem Zusammenschluss.

einen Verstoß gegen § 20 Abs. 3 GWB (2005), woraufhin EDEKA erklärte, die Aktion nicht fortzusetzen und auch bei „Verweigerern“ zukünftig nicht mehr nachzufassen (B9-75/05). Eine nachfolgend von EDEKA geforderte „Partnerschaftsvergütung“ wurde aufgrund entsprechender Bedenken der Beschlussabteilung durch EDEKA in eine umsatzbezogene Jahresbonifikation umgewandelt. Im Jahr 2006 ging die 9. Beschlussabteilung Hinweisen nach, wonach EDEKA im Rahmen der Werbekampagne „100 Jahre EDEKA“ von Lieferanten Sonderkonditionen gefordert hatte (B9-1/06-81). Aufgrund der Erläuterungen der EDEKA sah die Beschlussabteilung in diesem Fall jedoch keine ausreichenden Anhaltspunkte für einen Anfangsverdacht, da zwischen den Forderungen einerseits und den Leistungen bzw. dem Warenbezug durch EDEKA andererseits ein Zusammenhang bestand und insofern offenbar sachliche Gründe für die Forderungen vorlagen.

- 259 Der Begriff des „Vorteils“, der den in früheren Fassungen enthaltenen Begriff der „Vorzugsbedingung“ ersetzte, resultiert aus der ursprünglichen Zielsetzung der Norm, die passive Diskriminierung von Wettbewerbern durch marktstarke Unternehmen zu verhindern. In der Regierungsbegründung zur 4. Novelle des GWB 1980 heißt es, dass zu den sachlich ungeRechtfertigten Vorzugsbedingungen diejenigen Vergünstigungen gehören, *„die nicht leistungsgerecht sind, d.h. ihren Grund weder in der Menge der abgenommenen Waren oder Leistungen noch in den übernommenen Funktionen oder Serviceleistungen des Nachfragers noch in anderen betriebswirtschaftlich kalkulierbaren Gegenleistungen des Nachfragers haben, sondern auf der Ausnutzung von Marktmacht beruhen und anderen gleichartigen Nachfragern nicht zugänglich sind“*. Diese Definition bezieht sich jedoch vor allem auf das Tatbestandsmerkmal der „sachlichen Rechtfertigung“. Lediglich die Formulierung *„anderen gleichartigen Nachfragern nicht zugänglich sind“* betrifft den Begriff des „Vorteils“, bietet allerdings ebenfalls keine praxistaugliche Abgrenzung.
- 260 Unter einem Vorteil i.S.v. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB können nach Auffassung der Beschlussabteilung nicht sämtliche von marktmächtigen Unternehmen in Lieferantenverhandlungen geforderten oder erreichten günstigeren Einstandspreise gegenüber dem Status Quo verstanden werden.²²⁰ Auch marktmächtige Nachfrager dürfen im Rahmen von Vertragsverhandlungen ihre Argumente und ihr Verhandlungsgeschick einsetzen, um günstige Konditionen zu erzielen („hard bargaining“).

²²⁰ So allerdings Nothdurft in Langen/Bunte, a.a.O., § 19, Rz. 159; vgl. hierzu und zum Folgenden auch Säcker/Mohr, a.a.O., S. 5.

261 In der Literatur wird zum Teil die Meinung vertreten, dass ein Vorteil insbesondere dann besteht, wenn objektiv eine Besserstellung des Normadressaten gegenüber vergleichbaren Nachfragern verlangt wird.²²¹ Nach anderer Auffassung ist auch dann von einem Vorteil i.S.v. § 20 Abs. 3 GWB (2007) auszugehen, wenn der „marktmächtige Nachfrager lediglich eine Gleichbehandlung in den Konditionen gegenüber anderen, mit ihm konkurrierenden Nachfragern fordert.“²²² Daneben wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass eine Forderung von Vorteilen während der Laufzeit geschlossener Verträge grundsätzlich unzulässig sein kann, da hierdurch die Konditionen der anderen Nachfrager automatisch relativiert werden.²²³ Der Nachweis einer erfolgreichen (passiven) Behinderung bzw. Diskriminierung von Wettbewerbern oder gar die Quantifizierung des Vorteils ist danach im Rahmen von § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Nr. 2 GWB jedenfalls nicht erforderlich.²²⁴ Im Hinblick auf den zunehmend betrachteten, auch vertikalen Schutzzweck der Norm ist somit eine Verengung des Begriffs auf die explizit geforderte oder nachgewiesene Besserstellung gegenüber Wettbewerbern nicht zulässig.

262 Bei der Frage der „sachlichen Rechtfertigung“ eines Vorteils soll hingegen die Abwägung der Interessen von Nachfrager und Lieferant unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB im Vordergrund stehen.²²⁵ Sofern die Vorteile keinen ausreichenden Bezug zu der vom Normadressaten erbrachten Leistung haben, sei hier „*das Merkmal des Nichtleistungswettbewerbs zur Interessenabwägung geeignet*“.²²⁶ Andernfalls solle eine genaue Abwägung im Einzelfall erfolgen. Köhler fordert hier beispielsweise, „*tatsächlich erzielbare Kosteneinsparungen oder Effizienzgewinne beim Anbieter in Relation zur Höhe der Forderungen zu setzen*.“²²⁷ Aufgrund der Komplexität und der Unterschiedlichkeit der individuellen bilateralen Verhandlungen sowie der begrenzten Datenverfügbarkeit erscheint eine exakte quantitative Aufrechnung von Leistung und Gegenleistung und damit eine Kontrolle der „Austauschgerechtigkeit“ im Rahmen einer kartellrechtlichen Einzelfallprüfung allerdings kaum möglich.²²⁸

²²¹ Vgl. z.B. Westermann, a.a.O. § 20, Rz. 126

²²² Vgl. Köhler, a.a.O., S. 141.

²²³ Vgl. z.B. Säcker/Mohr, a.a.O. S. 21.

²²⁴ Vgl. Säcker/Mohr, a.a.O., S. 2

²²⁵ Vgl. z.B. Markert in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 20, Rz. 263 ff.

²²⁶ Vgl. Westermann, a.a.O., § 20, Rz. 134.

²²⁷ Vgl. Köhler, a.a.O. S. 143.

²²⁸ So auch Säcker/Mohr, a.a.O. S. 5.

263 Im Ergebnis liefern weder Gesetzestext und –begründung, noch Kommentare, Entscheidungen oder Aufsätze konkrete Hinweise zur Abgrenzung und zur praktischen Anwendung der Tatbestandsmerkmale „Vorteil“ und „sachlich gerechtfertigter Grund“. Die Ausführungen zur Frage des Schutzzwecks (rein horizontal oder auch vertikal) betreffen eher den Begriff des „Vorteils“, während die Überlegungen zur Angemessenheit und zum Leistungsbezug einer Forderung eher dem Begriff der „sachlichen Rechtfertigung“ zuzuordnen sind. Der Schwerpunkt der wettbewerblichen Beurteilung und der Grenzziehung zwischen verbotenem und zulässigem Verhalten liegt damit bei der Frage der sachlichen Rechtfertigung.²²⁹ Nachfolgend wird daher zunächst im Detail geprüft, bei welchen der von der EDEKA gegenüber ihren Lieferanten geforderten Vorteile kein sachlich gerechtfertigter Grund für die Forderung vorlag.

2.) Kriterien zur Beurteilung des „sachlich gerechtfertigten Grundes“ im vorliegenden Verfahren

264 Aus Gesetzesbegründung, (Kommentar-)Literatur und Rechtsprechung ergibt sich bereits, dass das Vorliegen eines sachlich gerechtfertigten Grundes einen Leistungsbezug sowie eine Angemessenheit der Forderung voraussetzt. Der Leistungsbezug zur Forderung kann sich dabei unmittelbar aus dem Grund der Forderung ergeben (z.B. Forderung eines Mengenrabatts wegen zukünftig größerer Abnahmemenge) oder aus einer Gegenleistung, die für eine konkrete Forderung geboten wird (z.B. Forderung einer Bonuszahlung für konkrete zusätzliche Artikelstellungen). Die Angemessenheit einer Forderung ergibt sich aus dem Verhältnis zwischen der Höhe der Forderung und der Höhe bzw. Bedeutung der damit verbundenen (Gegen-)Leistung.

265 Nach der Regierungsbegründung ist es für das Vorliegen einer sachlich gerechtfertigten Forderung darüber hinaus erforderlich, dass die (Gegen-)Leistung für den Lieferanten „*betriebswirtschaftlich kalkulierbar*“ ist. Nach den Erkenntnissen der Beschlussabteilung über Verhandlungen im LEH gilt dies nicht nur für die (Gegen-)Leistung; vielmehr müssen auch die Begründung und die Berechnung der Forderung für den Lieferanten nachvollziehbar sein, da deren sachliche Rechtfertigung bzw. Angemessenheit ansonsten nicht beurteilt werden können.

266 Aus diesen Aspekten ergeben sich vier Fragestellungen, die bei der konkreten Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung einer Forderung relevant sind:

²²⁹ Vgl. z.B. Markert in Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 20, Rz. 262 oder Nothdurft in Langen/Bunte, a.a.O., § 19

- Stehen der Forderung tatsächlich ein sachlich damit verbundener Grund oder eine sachlich damit verbundene Gegenleistung gegenüber?
- Sind die Begründung und die Berechnung der Forderung für den Lieferanten nachvollziehbar?
- Sind die Begründung und die Berechnung des Grundes bzw. der Gegenleistung für den Lieferanten nachvollziehbar?
- Ist die Höhe der Forderung im Verhältnis zum Grund bzw. zur Gegenleistung angemessen?

267 In den Fällen, in denen einer Forderung weder ein sachlich damit verbundener Grund noch eine sachlich damit verbundene Gegenleistung gegenübergestellt wird, erübrigt sich die Prüfung der nachfolgenden Fragen. In den Fällen, in denen der Forderung ein sachlich verbundener Grund oder eine Gegenleistung gegenübergestellt wird, müssen deren Begründung und deren Berechnung für den Lieferanten nachvollziehbar dargelegt sein. Sind auch diese Voraussetzungen erfüllt, wäre zu überprüfen, ob die Höhe der Forderung im Verhältnis zum Grund bzw. zur Gegenleistung angemessen ist. Während die ersten drei Voraussetzungen in der Praxis auch für Dritte relativ gut objektiv zu beurteilen sind, stellt die Kontrolle der Angemessenheit – soweit als letzter Schritt überhaupt noch relevant - eine deutlich komplexere Aufgabe dar, zumal exakte Gegenrechnungen teilweise noch nicht einmal von den Händlern oder den Lieferanten selbst vorgenommen werden. Bei den Forderungen, die die ersten drei Voraussetzungen erfüllen, konzentriert sich die Beschlussabteilung daher im letzten Schritt der Prüfung auf solche Forderungen, die offensichtlich nicht in einem angemessenen Verhältnis zum Grund bzw. zur Gegenleistung stehen.

268 Die EDEKA kritisiert in ihrer Stellungnahme, dass die Beschlussabteilung bei der sachlichen Rechtfertigung (angeblich) ausschließlich eine Angemessenheitsprüfung vornehme und dies – zusammen mit der Auslegung des Begriffs „Vorteil“ – dazu führe, „*dass Einkaufspreise eines marktstarken Abnehmers einer Preishöhenkontrolle unterworfen werden*“, was der historischen und systematischen Auslegung der Norm widerspreche, und „*zu einer bedenklichen Ausweitung des Tatbestandes*“ sowie einer bedenklichen Einschränkung der unternehmerischen Freiheit marktstarker Unternehmen führe.²³⁰ Laut EDEKA könnte „*nur ein grobes, d.h. erhebliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung als ein Indiz für einen Machtmissbrauch dienen*“.²³¹

Rz. 159.

²³⁰ Vgl. Bl. 2495 ff. d. Verfahrensakte.

²³¹ Siehe Bl. 2497 d. Verfahrensakte.

- 269 Die EDEKA verkennt an dieser Stelle, dass die Beschlussabteilung die Prüfung der Angemessenheit einer Forderung lediglich als letzten Schritt ansieht und zudem eine exakte quantitative „Aufrechnung“ und damit die befürchtete „Preishöhenkontrolle“ in der Praxis weder für durchführbar noch für erforderlich hält. Wie bereits dargestellt, konzentriert sich die Beschlussabteilung daher auf offensichtlich unangemessene Forderungen. Tatsache ist jedoch, dass die Vorschrift des § 19 Abs. 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB die unternehmerische Freiheit und die Handlungsmöglichkeiten marktstarker Unternehmen (sowohl Nachfrager als auch Anbieter) einschränkt. Die weiteren allgemeinen Ausführungen der EDEKA zu (Gegen-) Leistungen, zur Angemessenheit und zur Begründung der Forderungen werden unten im Abschnitt II. F 4.) dargestellt und bewertet.
- 270 Die REWE kritisiert die von der Beschlussabteilung für die Prüfung der sachlichen Rechtfertigung entwickelten Kriterien in sehr allgemein gehaltener Form, die Kern und Struktur der Argumente teilweise nur schwer erkennen lässt. Wie schon beim Tatbestandsmerkmal der Abhängigkeit befürchtet REWE auch hier in erster Linie, „dass die von der B2 entwickelten Kriterien künftig generell den Maßstab für die Prüfung für das Vorliegen eines sachlich gerechtfertigten Grundes bilden werden“.²³² Zusammenfassend wirft REWE der Beschlussabteilung vor, dass sie ohne erkennbaren Grund einen Paradigmenwechsel vollziehe, von der bisherigen Rechtsprechung und Verwaltungspraxis abweiche und mit bereits im Ansatz verfehlten, unklaren und praktisch nicht handhabbaren Kriterien willkürlich in die verfassungsrechtlich geschützte Vertragsfreiheit eingreife, die auch eine atypische Risikoverlagerung der Parteien zulasse.²³³
- 271 Aus der Tatsache, dass es in der Vergangenheit lediglich einen konkret vergleichbaren Fall gab, in dem rückwirkende Hochzeitsrabatte geprüft und als missbräuchlich angesehen wurden, entwickelt REWE hier die Behauptung, dass die Anwendung des gesamten Anzapfverbots auf diese eine Art der Forderung beschränkt sei. Zu weitgehende behördliche Eingriffe in die Konditionengestaltung würden den Wettbewerb zu Lasten der Verbraucher reduzieren und zu einer Verkrustung der Vertriebsstrukturen führen.²³⁴ Die Prüfung der Angemessenheit von Forderung und (Gegen-) Leistung führen laut REWE zu einer unzulässigen Preishöhenkontrolle für marktstarke Unternehmen.²³⁵ Die Kriterien des sachlichen Zusammenhangs von Forderung und (Gegen-) Leistung sowie der Nachvollziehbarkeit von Begründung bzw. Berechnung stehen

²³² Siehe Bl. 2836 d. Verfahrensakte.

²³³ Vgl. Bl. 2837 ff. d. Verfahrensakte.

²³⁴ Vgl. Bl. 2840 d. Verfahrensakte.

²³⁵ Vgl. Bl. 284 ff. d. Verfahrensakte.

nach Auffassung der REWE im Widerspruch zur Verhandlungsrealität und zum Willen der Verhandlungsparteien. REWE sieht hier sogar die Gefahr, dass die entwickelten Kriterien „*die ohnehin bereits bestehende Verunsicherung im Verhältnis zwischen Handel und Industrie nochmals massiv vergrößern*“ und deshalb „*vermeintlich marktstarke LEH-Unternehmen nicht von der ihnen zustehenden Möglichkeit des ‚hard bargaining‘ Gebrauch machen*“ würden, was in der Konsequenz entweder steigende Verbraucherpreise oder sogar „*das Ende der derzeit bestehenden Wertschöpfungskette im LEH*“ zur Folge hätte.

- 272 Aus unternehmerischer Sicht ist durchaus nachvollziehbar, dass die REWE sich gegen die (erstmalige) Entwicklung von Kriterien zur Beurteilung des Tatbestandsmerkmals „sachlich gerechtfertigter Grund“ wehrt, um eine zukünftig verstärkte praktische Anwendung des Anzapfverbots – ggfs. auch auf das eigene Unternehmen – zu verhindern.²³⁶ Einerseits fordert die REWE an einer Stelle die Herausarbeitung klarer und handhabbarer Kriterien, sie lehnt jedoch andererseits jedwede Beschränkung der Handlungsfreiheit marktstarker Unternehmen ab. Dies ist umso befremdlicher, als REWE – so wie sämtliche anderen großen deutschen LEH-Unternehmen - im Rahmen der europäischen „supply chain initiative“ vergleichbare Bewertungsmaßstäbe für eine freiwillige Selbstkontrolle des Handels unterstützt und zumindest eine entsprechende Absichtserklärung abgegeben hat.²³⁷
- 273 Der Markenverband verweist in seiner Stellungnahme auf die für Machtkonstellationen geltenden strengeren Grenzen und hält dementsprechend den Ansatz der Beschlussabteilung, die Verhältnismäßigkeit von Leistung und Gegenleistung darzustellen und zu prüfen, für richtig.²³⁸
- 274 Die Beschlussabteilung hält die Aufstellung grundsätzlicher Bewertungskriterien für das Tatbestandsmerkmal des „sachlich gerechtfertigten Grundes“ für unabdingbar, um Forderungen marktstarker Unternehmen im konkreten Einzelfall sachgerecht beurteilen zu können. Dass damit ein Eingriff in die Vertragsfreiheit der Parteien verbunden sein kann, entspricht dem Gesetzeszweck, das fehlende Machtgleichgewicht zwischen einem marktmächtigen Nachfrager und einem abhängigen Lieferanten zu kompensieren.²³⁹ Es ist nicht auszuschließen, dass die hier genannten Kriterien im Rahmen der Rechtsprechung oder zukünftiger Entscheidungspraxis

²³⁶ Dies zeigt nicht zuletzt der Bezug der REWE auf „*ein Schreiben der B2 an die Beigeladene vom 27. November 2013*“ (REWE-Stellungnahme, S. 55). Mit diesem Schreiben hatte die Beschlussabteilung REWE um Stellungnahme zu Beschwerden von Lieferanten gegen Forderungen der REWE aufgrund der Teilnahme am Payback-System gebeten.

²³⁷ www.supplychaininitiative.eu

²³⁸ Vgl. Bl. 2792 d. Verfahrensakte.

²³⁹ Vgl. auch Köhler, a.a.O., S. 142.

weiterentwickelt und ggfs. verfeinert werden. Eine pauschale Ablehnung der Kriterien und die daraus resultierende faktische Unanwendbarkeit des Anzapfverbots widerspräche jedoch dem Gesetzeszweck und läge allein im individuellen Interesse der potenziellen Normadressaten.

275 Der folgende Abschnitt gibt zunächst einen Überblick über die von der EDEKA aufgestellten Forderungen und analysiert anschließend jede einzelne Forderung im Hinblick auf ihre sachliche Rechtfertigung. Der Sachverhalt wird dabei jeweils mit Bezug auf die oben als abhängig identifizierten vier Sekthersteller dargestellt und beurteilt.

3.) Darstellung und kartellrechtliche Beurteilung der Forderungen im Rahmen der von EDEKA verlangten Sonderverhandlungen im Jahr 2009

3.1.) Überblick

276 Die Sonderverhandlungen mit den Lieferanten wurden seitens der EDEKA sehr frühzeitig, sehr detailliert und sehr zielgerichtet vorbereitet und sollten flächendeckend sämtliche Warenbereiche und alle wesentlichen Lieferanten erfassen:

277 Bereits im August 2007 hatte EDEKA – in Vorbereitung des Zusammenschlussvorhabens EDEKA/Tengelmann (Projekt „Panda Koala“) – im Zusammenhang mit einem „New-Millennium-Treffen“ die Beteiligung der Industrie an den Finanzierungskosten des Zusammenschlusses thematisiert.²⁴⁰ In mehreren nachfolgenden EDEKA-Sitzungen wurde u.a. festgelegt, dass der „Restrukturierungsaufwand“ aus zu verhandelnden Hochzeitsgeldern finanziert werden soll, und es erfolgte eine erste Gegenüberstellung der Summen für Kaufpreis / Investitionen / Restrukturierung einerseits und den zu erwartenden Ergebnissen aus Hochzeitsbonus / Verlängerung der Zahlungsziele / Bestwertabgleich / Verkaufsflächenzuschuss andererseits.²⁴¹

278 Im April 2008, d.h. während des laufenden Fusionskontrollverfahrens EDEKA/Tengelmann, wurde das geplante Vorgehen sowie mögliche Ergebnisse der Sonderverhandlungen im Einzelnen besprochen, wie die folgenden Asservate zeigen:²⁴²

²⁴⁰ Ass 4, Bl. 234.

²⁴¹ Ass 2, Bl. 66 sowie Ass. 23, Bl. 110/111.

²⁴² Ass.48, Bl. 22 und Bl. 36.



Integration PLUS in das nationale Warengeschäft



Nationale und nationale/regionale Lieferanten

- Abschluss der Jahresgespräche 2008 bis März 2008
- Bestwertabgleich EDEKA / PLUS
- Sonderverhandlungsrunde
 - Partnerschaftsrabatt : Forderung 4% / Limit 3% auf den Mehrumsatz PLUS
 - Synergiebonus : Forderung 0,50% / Limit 0,25% auf den Gesamtumsatz
(In Klärung: Durchsteuerung der Kondition an Regionen?)
 - Sortimentserweiterungsbonus (lieferantenindividuell) 10 % auf den Mehrumsatz
 - Zahlungsziele
 - Eigenmarken
- Verhandlungsführung EZ in Abstimmung mit den jeweiligen Verhandlungsgruppen (inkl. Netto WBL) ab Freigabe Kartellamt & nach Abschluss der JG 2008

[EDEKA-Übersicht: „Mögliche Ergebnisse der Verhandlungen“ mit Auflistungen der für die einzelnen Forderungen möglichen Beträge und des möglichen Gesamtbetrages in Höhe von [300 – 400] Mio. Euro].

- 279 Zur konkreten Vorbereitung der Sonderverhandlungen hatten EDEKA und Tengermann anschließend unter Einschaltung von [...] ein sogenanntes „Clean Team“ eingerichtet, das im September 2008 die Arbeit aufnahm. Aufgabe des Clean-Teams war u.a., die unterschiedlichen Lieferkonditionen von EDEKA und Tengermann miteinander abzugleichen²⁴³ und „Tools“ für die Berechnung der konkreten Forderungen gegenüber den Lieferanten zu entwickeln. Die Ergebnisse des Clean Teams waren insofern letztlich die Grundlage der Forderungen in den Sonderverhandlungen. Auf Basis der entwickelten Tools wurden für die einzelnen Lieferantengespräche die jeweils zu fordernden Summen berechnet.²⁴⁴

²⁴³ Lt. Schreiben von RA Dr. Ahrens vom 29.06.2009 war die Einschaltung der [...] u.a. erforderlich, um noch vor Eintritt der aufschiebenden Bedingungen des Zusammenschlusses die vertraulichen Daten der Plus verarbeiten zu können, die EDEKA zu diesem Zeitpunkt noch nicht offengelegt werden durften; vgl. Bl. 634 d. Verfahrensakte.

²⁴⁴ Vgl. z.B. die Berechnung für Henkell in Ass. 97, Bl. 160 ff.

280 Nach dem Vollzug des Zusammenschlusses im Dezember 2008 wurden in der letzten Sitzung des Verhandlungsteams und des Vorstands vor Beginn der Sonderverhandlungen am 05.01.2009 die Details des weiteren Vorgehens abschließend besprochen. Zunächst wurden hier noch einmal die Erfolgsgeschichte von Netto präsentiert und das Wachstum der EDEKA durch die Plus-Übernahme dargestellt (Steigerung des Marktanteils von [...] auf [...] % und Vergrößerung des Abstands zur Nr. 2).²⁴⁵ Anschließend wurden die Ziele für die Sonderverhandlungen im Einzelnen erläutert. Insgesamt sollte bei den Sonderverhandlungen danach eine Summe von rd. [300 - 400] Mio. Euro für 2009 erzielt werden, wobei sich rd. [...] Mio. Euro aus der Verhandlung für Marken und der Rest aus der Verhandlung für Eigenmarken ergeben sollten.²⁴⁶ Den größten Anteil an der Zielsumme sollte mit insgesamt [...] Mio. Euro der Bestwertabgleich erbringen. Es folgte eine Übersicht über die jeweiligen Zielsummen für alle einzelnen Warenbereiche, unterteilt nach nationalen Marken, regionalen Marken und Eigenmarken. Die Unterlagen zu der Sitzung enthalten zudem eine detaillierte Übersicht, in der insgesamt 397 einzelne Lieferanten mit den jeweils für die einzelnen Forderungen bzw. Limits ermittelten Beträgen aufgelistet sind.²⁴⁷ Zum zeitlichen Ablauf der Sonderverhandlungen wurde festgelegt, dass ein im Übrigen abgeschlossenes Jahresgespräch für 2009 Voraussetzung für die Verhandlungen ist, die Sonderverhandlungsrunde am 05.01.2009 starten und bis spätestens 31.03.2009 abgeschlossen sein sollte. Höhe und Dauer der insgesamt fünf verschiedenen Forderungen wurden in der Sitzung wie folgt dargestellt:²⁴⁸

²⁴⁵ Ass. 46, Bl. 24 ff.

²⁴⁶ Ass. 46, Bl. 44.

²⁴⁷ Ass. 46, Bl. 48 ff., entspricht Ass. 121, Bl. 1 ff.

²⁴⁸ Ass. 46, Bl. 57 und Bl. 58.

Handbuch Marken		1. Ziele und Überblick	
1. Klare Ziele für die Sonderrunden definiert			
Zeitraum	Marken	Eigenmarken	
Dauerhaft ab 2009	<ul style="list-style-type: none"> • Bestwert EK-Preise • Synergiebonus 	<ul style="list-style-type: none"> • Bestwert EK-Preise • XXXXXXXXXX 	
2009 und 2010	<ul style="list-style-type: none"> • Partnerschaftsvergütung • Sortimentserweiterungsbonus 	<ul style="list-style-type: none"> • Partnerschaftsvergütung • Sortimentserweiterungsbonus 	
Dauerhaft ab 2009	<ul style="list-style-type: none"> • Bestwert Zahlungsziele 	<ul style="list-style-type: none"> • Bestwert Zahlungsziele 	

Handbuch Marken		1. Ziele und Überblick	
1. Dieses Handbuch erklärt die Ziele für Marken			
	Marken	Eigenmarken	
Bestwert EK-Preise	<ul style="list-style-type: none"> • Bestwert-Abgleich für 3 Stichtage • Auswahl größte Bestwert-Differenz 	<ul style="list-style-type: none"> • Bestimmung vergleichbarer Artikel • Bestwert-Abgleich für Stichtag 01.09.2008 	
Synergiebonus	<ul style="list-style-type: none"> • 0,25 % bis 0,50 % auf das gemeinsame EK-Volumen von Edeka, Netto und Plus 	<ul style="list-style-type: none"> • XXXXXXXXXX 	
Partnerschaftsvergütung	<ul style="list-style-type: none"> • 3 % bis 4 % auf den zugekauften Plus-Umsatz in 2009 und 2010 	<ul style="list-style-type: none"> • Gleicher Lieferant: 3 % bis 4 % auf Plus • Sonst Preissenkung 2 % oder 3 % auf Plus 	
Sortimentserweiterungsbonus	<ul style="list-style-type: none"> • 10 % auf Mehrumsatz bei Plus (oder Netto) • Jedoch mind. 40 € pro Filiale und pro Artikel 	<ul style="list-style-type: none"> • 3 % bis 4 % auf erwarteten Mehrumsatz mit nicht vergleichbaren Eigenmarken bei Plus 	
Bestwert Zahlungsziele	<ul style="list-style-type: none"> • Zahlungsziel-Differenz von gemeinsamen Lieferanten bei Edeka und Plus 	<ul style="list-style-type: none"> • Zahlungsziel-Differenz Edeka/Plus-Artikel • Auch bei nicht-identischen Lieferanten 	
	Fokus		

- 281 Schließlich wurden auf der Sitzung am 05.01.2009 auch die jeweilige Berechnung und Argumentation für die einzelnen Forderungen dargestellt (s.u.) und am Beispiel von vier Lieferanten durchgespielt. In diesem Zusammenhang wurde darauf hingewiesen, dass die mit den „Tools“ errechneten Beträge auf Plausibilität zu überprüfen sind und das Tool letztlich nur eine Arbeitserleichterung darstellen kann.²⁴⁹
- 282 Die tatsächlich seitens EDEKA gegenüber den Lieferanten ausgesprochenen Forderungen, die nachfolgenden Verhandlungen und die Ergebnisse dieser Verhandlungen sind insbesondere durch die Präsentationsfolien des ersten Treffens mit den Lieferanten, anschließende Schreiben und E-Mails, aber auch durch die für jeden Lieferanten angelegten „Meldeblätter“ der EDEKA dokumentiert.
- 283 Die einzelnen Forderungen wurden z.T. in unterschiedlicher Weise vorgetragen. Während beispielsweise die Umstellung auf ein verlängertes Zahlungsziel zunächst mittels eines Serienschreibens allen Lieferanten im Januar 2009 schriftlich mitgeteilt wurde (s.u.), erfolgte die erste Formulierung der sonstigen Forderungen insbesondere in Form von Power-Point-Präsentationen, die den Lieferanten bei bilateralen Treffen gezeigt, jedoch nicht übergeben wurden.²⁵⁰ Die entsprechenden Folien enthielten keine Erläuterung der Forderungen sondern wurden allenfalls mündlich kommentiert.
- 284 Kopien der Folien, die den vier Sektherstellern präsentiert wurden, sind in den Asservaten enthalten und nachfolgend dargestellt.²⁵¹ Die Kopien wurden im Rahmen der Durchsuchung im Büro von Herrn Uwe Bockius, dem Verhandlungsführer der EDEKA-Zentrale für den Sektbereich, gefunden. Die Beschlussabteilung geht davon aus, dass die handschriftlichen Änderungen bzw. Ergänzungen auf den Kopien seitens des EDEKA-Verhandlungsführers zur Vorbereitung („Plausibilitätscheck“) oder im Laufe des Treffens eingefügt wurden und damit dem EDEKA-Verhandlungsführer entweder als Hintergrundinformation bzw. Argumentationshilfe dienen oder die erste Reaktion des jeweiligen Lieferanten auf die Forderungen widerspiegeln, die dann vom EDEKA-Verhandlungsführer entsprechend notiert wurde.

²⁴⁹ Ass. 46, Bl. 227 f.

²⁵⁰ Vgl. z.B. Zeugenaussage von Freixenet, , Bl. 1114 d. Verfahrensakte.

²⁵¹ Vgl. jeweils Ass. 97.

[Präsentationsfolien der EDEKA mit den konkreten Forderungen an Rotkäppchen-Mumm]

[Präsentationsfolien der EDEKA mit den konkreten Forderungen an Henkel]

[Präsentationsfolien der EDEKA mit den konkreten Forderungen an Freixenet]

[Präsentationsfolien der EDEKA mit konkreten Forderungen an Freixenet]

[Präsentationsfolien der EDEKA mit konkreten Forderungen an Schloss Wachenheim]

[Präsentationsfolien der EDEKA mit konkreten Forderungen an Schloss Wachenheim]

285 Der jeweils auf das erste bilaterale Treffen folgende Verhandlungsprozess zwischen der EDEKA und den Lieferanten lässt sich nicht in jedem Einzelfall lückenlos nachvollziehen, da insbesondere der mündliche Austausch in anschließenden Telefonaten bzw. Besprechungen nur teilweise dokumentiert ist. Vorliegend ist eine vollständige Darstellung der einzelnen Verhandlungsschritte jedoch auch nicht erforderlich, da bereits die Forderung eines sachlich nicht gerechtfertigten Vorteils für einen Verstoß gegen § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Nr. 2 GWB ausreichend ist, ohne dass zu prüfen wäre, ob bzw. in welchem Umfang die Forderung tatsächlich durchgesetzt worden ist.

286 Aus Asservat 121 bzw. Asservat 46, Blatt 48 ergibt sich, dass EDEKA plante, mit insgesamt 394 Lieferanten Sonderverhandlungen zu führen und für diese jeweils die für die einzelnen Sonderkonditionen zu fordernden Beträge (Forderung/Limit) konkret errechnet hatte. In den Asservaten 20 und 21 sind zum Stichtag 01.04.2009 sogenannte „Meldeblätter“ mit den (vorläufigen) Verhandlungsergebnissen für insgesamt 525 Lieferanten aus den Bereichen Food, Nonfood sowie Investitionsgüter enthalten. Die wesentlichen Ergebnisse aus diesen Meldeblättern hat die Beschlussabteilung in einer Übersicht zusammengestellt.²⁵²

287 In den Sonderverhandlungen hat EDEKA danach über eine Vielzahl von Warengruppen hinweg gegenüber einer Vielzahl von Lieferanten die folgenden fünf Forderungen erhoben:

- Bestwertabgleich der Einkaufspreise zwischen EDEKA und Plus
- Bestwertabgleich der Zahlungsziele zwischen EDEKA und Plus
- Partnerschaftsvergütung
- Synergiebonus
- Sortimentserweiterungsbonus

288 Die befragten Unternehmen äußerten teilweise die Vermutung, dass EDEKA von den schlechten Konditionen der Plus und damit dem Ergebnis des reinen Bestwertabgleichs enttäuscht gewesen sei und deshalb weitere Sonderkonditionen gefordert habe.

289 Während Partnerschaftsvergütung und Sortimentserweiterungsbonus zu diesem Zeitpunkt lediglich für die Jahre 2009 und 2010 gefordert wurden, sollten die Forderungen nach Anpas-

²⁵² Bl. 1259 ff. d. Verfahrensakte.

sung der Einkaufspreise, nach Anpassung der Zahlungsziele und nach Zahlung eines Synergiebonus dauerhaft gelten.

290 Aus der von der Beschlussabteilung erstellten Übersicht zu den in den 525 Meldeblättern enthaltenen Verhandlungsergebnissen ergibt sich, dass EDEKA nicht gegenüber sämtlichen Lieferanten alle fünf Konditionen gefordert bzw. durchgesetzt hat. Insbesondere gegenüber kleineren Lieferanten von Eigenmarken oder Non-Food-Produkten forderte EDEKA zum Teil offenbar nur den (dauerhaften) Synergiebonus. Bei den großen (Marken-)Herstellern von Food-Produkten, für die sich entsprechend hohe Forderungssummen ergaben, wurden jedoch regelmäßig mehrere bzw. sämtliche Konditionen kumulativ gefordert und auch durchgesetzt.

291 Die vorstehende Darstellung von Inhalt, Umfang und Ablauf der Sonderverhandlungen wurde in der Stellungnahme der EDEKA nicht kritisiert oder korrigiert.

292 Im Rahmen der Auswertung der im vorliegenden Verfahren sichergestellten Asservate und der Zeugenaussagen hat die Beschlussabteilung verschiedene Forderungen bzw. Forderungsbestandteile identifiziert, für die nach vorläufiger Einschätzung kein sachlich gerechtfertigter Grund im Sinne von § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 GWB vorlag. Bei den im Folgenden konkret überprüften Forderungen handelt es sich nach Auffassung der Beschlussabteilung um solche Forderungen, für die das Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung klar belegt werden kann und die grundsätzlich als ungerechtfertigt anzusehen sind, sodass ihrer Bewertung auch eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt.

3.2.) Bestwertabgleich

293 Im Rahmen der Sonderverhandlungen forderte EDEKA unter dem Stichwort „Bestwertabgleich“ gegenüber einer Vielzahl von Lieferanten die Zahlung einer beträchtlichen Summe mit dem Argument, dass die Einkaufspreise der Plus für einzelne Artikel des jeweiligen Lieferanten an einzelnen Stichtagen in der Vergangenheit unter den jeweiligen Einkaufspreisen der EDEKA gelegen hatten. Die zu fordernde Summe wurde dabei durch eine stufenweise Ausweitung festgestellter Preisdifferenzen für einzelne Artikel auf letztlich das gesamte bei EDEKA gelistete Sortiment eines Lieferanten berechnet.

294 Der Bestwertabgleich wurde gegenüber den betroffenen Lieferanten dauerhaft und mit Geltung ab 01.01.2009 gefordert – teilweise verbunden mit einer Ausgleichszahlung für den Zeitraum

zwischen Januar 2009 und dem Verhandlungsabschluss. Die Begründung bzw. Berechnungsgrundlage für die Forderung wurde den Lieferanten nur insoweit mitgeteilt, als EDEKA in den Sonderverhandlungen auf festgestellte Preisunterschiede für einzelne Artikel hinwies. Die detaillierte Vorgehensweise zur stufenweisen Ausweitung der Berechnungsgrundlage wurde den Lieferanten hingegen nicht erläutert. Eine Gegenleistung für den Bestwertabgleich wurde gegenüber den Lieferanten grundsätzlich nicht benannt oder angeboten.

295 Ausweislich der Meldeblätter in den Asservaten 20 und 21 wurde der Bestwertabgleich mindestens gegenüber 116 Lieferanten aus den Bereichen Food/Nonfood (ohne Investitionsgüter) durchgesetzt.

296 Nachfolgend werden die Vorbereitung des Bestwertabgleichs und die konkreten Forderungen gegenüber den vier beispielhaft betrachteten Sektherstellern dargestellt und die einzelnen Bestandteile des Bestwertabgleichs bewertet. Nach Auffassung der Beschlussabteilung bestand für den hier seitens der EDEKA durchgeführten Bestwertabgleich aufgrund der Berechnungsmethode, der fehlenden Transparenz für die Lieferanten, der Auswahl mehrerer Stichtage, der Zeitpunkte der Stichtage sowie der Rückwirkung kein sachlich gerechtfertigter Grund.

3.2.1.) Vorbereitung / Berechnung

297 Während der Vorbereitung der Sonderverhandlungen wurde erwartet, dass der Bestwertabgleich den größten Anteil an den insgesamt erwarteten „Einkaufsvorteilen“ ausmachen würde. Bereits in der Sitzung der EDEKA Geschäftsbereichsleiter am 17./18.04.2008 wurde festgelegt, dass der Bestwertabgleich [...] Mio. erbringen soll.²⁵³ In der Sitzung am 23.12.2008 – also kurz vor Beginn der Sonderverhandlungen – wurde als Ziel für den Bestwert die Summe von [...] Mio. Euro genannt, während das Gesamtziel der Sonderverhandlungen auf [300 - 400] Mio. Euro beziffert wurde.²⁵⁴

298 Die Planung und Vorbereitung des Bestwertabgleichs war die wesentliche Aufgabe des Clean Teams, dessen Vorschläge letztlich die Grundlage der Sonderverhandlungen bildeten. Die detaillierte Vorbereitung und die ausgefeilte Strategie der Forderungen im Rahmen des Bestwertabgleichs werden im Folgenden näher erläutert.

²⁵³ Ass. 48, Bl. 4.

²⁵⁴ Ass. 46, Bl. 44.

- 299 Für den Bestwert-Abgleich wurden grundsätzlich drei Stichtage festgelegt: der 01. August 2007, der 01. Februar 2008 und der 01. September 2008. Sämtliche Stichtage lagen damit deutlich vor dem Datum des Vollzugs des Zusammenschlusses²⁵⁵ und deutlich vor Beginn der Sonderverhandlungen im Januar 2009. Für die Berechnung der Bestwertforderung wurde ein detailliertes Bestwert-Tool eingesetzt,²⁵⁶ mit dem für jeden einzelnen Lieferanten derjenige Stichtag ermittelt werden sollte, an dem sich die insgesamt größte Bestwert-Forderung zugunsten der EDEKA ergab.²⁵⁷
- 300 Aufgrund der drei Stichtage und der zwei Vergleichspreise (Plus/EDEKA) wurden im Rahmen der Vorbereitung des Bestwertabgleichs acht denkbare Fälle unterschieden.²⁵⁸ Die nachfolgende Übersicht ist nach Auffassung der Beschlussabteilung so zu verstehen, dass „Fall 1“, bei dem an allen drei Stichtagen der (ehemalige) Plus-Preis unter dem (ehemaligen) EDEKA-Preis lag, auf [...] % der vergleichbaren Artikel zutraf und der daraus resultierende Einkaufsvorteil für EDEKA [...] % des gesamten zu erwartenden Einkaufsvorteils ausmachen sollte. Entsprechend traf „Fall 4“, bei dem Plus lediglich an einem Stichtag einen besseren Preis hatte, auf [...] % der vergleichbaren Artikel zu und deckte [...] % des insgesamt zu erwartenden Einkaufsvorteils ab. Diese beiden Fallkonstellationen sollten offenbar den Schwerpunkt der Bestwertforderungen bilden:

²⁵⁵ Die Vollzugsanzeige ist am 08.01.2009 beim Bundeskartellamt eingegangen, ohne dass hierin das eigentliche Datum des Vollzugs genannt wurde. Die Beschlussabteilung geht daher von einem Vollzug spätestens zum 01.01.2009 aus.

²⁵⁶ Ass. 131, Bl. 7.

²⁵⁷ Ass. 131, Bl. 6.

²⁵⁸ Ass. 131, Bl. 14.

[Übersicht EDEKA zu 8 möglichen Fällen für Bestwertausgleich]

301 Nach der am 23.12.2008 festgelegten Vorgehensweise²⁵⁹ sollten zunächst für jeden Lieferanten die Preise für identische Artikel, die sowohl bei Plus als auch bei EDEKA gelistet waren, an den drei Stichtagen verglichen und so der Stichtag mit dem größten EK-Vorteil für EDEKA ermittelt werden (2a).²⁶⁰ Um die Bestwert-Forderung weiter zu erhöhen, sollten anschließend weitere, (nur) bei EDEKA gelistete Sorten des betreffenden Artikels (Artikel-Range, 2b),²⁶¹ (nur) bei EDEKA gelistete preisgleiche Varianten desselben Herstellers (2c),²⁶² eventuelle Sondergrößen bei Plus (2d)²⁶³ und schließlich das Restsortiment eines Lieferanten (2e) in den Bestwert-Abgleich einbezogen werden.

302 Als alternative Option 2 für den Bestwertabgleich sollte jeweils auf Lieferantenebene der Bestwert-Saldo für das gesamte Sortiment des Lieferanten geprüft werden (2f):

0011

Handbuch Marken

2. Bestwert EK-Preise

2. Schrittweises Vorgehen für den Bestwertabgleich

Vergleich der Forderungen für beide Optionen durch die VHG

Option 1:
Forderung auf
Artikel-Ebene
(2a+2b+2c+2d+2e)

Option 2:
Forderung auf
Lieferanten-Ebene
(2f)

EK-Volumen in Mio. €
(Fiktives Beispiel)

35	15	5	55	5	60	40	100
(2a)	(2b)	(2c)	(2d)	(2e)			
Identische Artikel	Artikel-Range	Preisgleiche Varianten	EK-Volumen vergleichbare Artikel	Sondergrößen Plus ¹	EK-Volumen vergleichbare Artikel (erweitert)	Bestwert-Saldo Restsortiment ²	EK-Volumen je Lieferant bei Edeka (Marken)

(2f)

- Berechnung Bestwert-Saldo für das gesamte Sortiment des Lieferanten
- EK-Vorteile und EK-Nachteile für Edeka werden saldiert
- Hochrechnung des saldierten EK-Vorteils auf das gesamte EK-Volumen des Lieferanten

1. Sondergrößen bei Plus werden nur dann berücksichtigt, wenn der EK-Vorteil größer ist als der Bestwert-Saldo für den Lieferanten

2. Restsortiment = Nicht von Plus geführte Artikel ergeben das restliche Sortiment, das mit Lieferanten Saldo bewertet wird

10

²⁵⁹ Vgl. nachfolgende Übersicht (Ass. 131, Bl. 11); vgl. auch Ass. 46, Bl. 61.

²⁶⁰ Z.B.: Plus führt: „Maggi Fix Napoli“; EDEKA führt: „Maggi Fix Napoli“.

²⁶¹ Z.B.: Plus führt: „Maggi Fix Napoli“; EDEKA führt: „Maggi Fix Napoli“, aber auch „Maggi Fix Carbonara“ und „Maggi Fix Tomate-Mozarella“.

²⁶² Z.B.: Plus führt: „Jacobs Meisterröstung 500g“; EDEKA führt: „Jacobs Meisterröstung 500g“, aber von Jacobs auch preisgleich „Onko 500g“.

²⁶³ Z.B.: Plus führt: „Wagner Pizza 2er Karton“; EDEKA führt: „Wagner Pizza 1er Karton“).

Die einzelnen Schritte zur Ermittlung der Gesamtforderung im Rahmen des Bestwertabgleichs werden im Folgenden näher erläutert:

- 303 Für den Bestwertabgleich bei „identischen Artikeln“ wurde bei der genannten Sitzung folgende Argumentation vorgegeben: Hatte Plus an einem der drei Stichtage den besseren Einkaufspreis bei einem identischen Artikel, so sollte der Einkaufspreis von EDEKA grundsätzlich auf das (ehemalige) Preisniveau von Plus abgesenkt werden. Die gesamte Bestwert-Forderung für identische Artikel sollte sich dann an dem Stichtag orientieren, an dem Plus – gerechnet über alle identischen Artikel des Lieferanten – den größeren Einkaufsvorteil hatte und für den sich folglich für EDEKA die höchste Bestwert-Forderung ergab. Nur wenn EDEKA an allen drei Stichtagen die besseren Einkaufspreise hatte, wurde kein Bestwertpotential für EDEKA gesehen und entsprechend auch keine Forderung gestellt.²⁶⁴

0015

Handbuch Marken 2. Bestwert EK-Preise

 **2a. Bestwert identische Artikel: Argumentation**

Kernfragen	Schlussfolgerung
Hat Plus an einem der drei Stichtage den besseren EK-Preis bei identischen Artikeln?	➔ Benachteiligung von Edeka: EK-Preise von Edeka werden auf das Preisniveau von Plus abgesenkt
An welchem der drei Stichtage hat Plus den größeren EK-Vorteil über alle Artikel je Lieferant (Auswahl des Stichtages)?	➔ Forderung der Bestwert-Differenz für diesen Stichtag für alle identischen Artikel des Lieferanten
Bei welchen Artikeln hat Edeka an allen drei Stichtagen die besseren EK-Preise?	➔ Bei diesen Artikeln gibt es kein Bestwertpotenzial für Edeka – Prüfung, ob für alle Artikel des Lieferanten gültig

14

²⁶⁴ Ass. 131, Bl. 15.

304 Um die aus dem Bestwertabgleich konkret resultierende Forderungssumme zu berechnen, sollte die ermittelte, maximale Preis-Differenz für identische Artikel mit dem (gesamten!) EDEKA-Beschaffungsvolumen 2007 für diese Artikel multipliziert werden. Auf dieser Grundlage sollte dann der „maximale EK-Vorteil je Lieferant bestimmt aus Bestwert zu Best-Stichtag“ bestimmt werden. EDEKA selbst bezeichnete diese Berechnungsmethode als „Chaos-Prinzip“.²⁶⁵

Handbuch Marken 2. Bestwert EK-Preise

2a. Bestwert identische Artikel: Methodik

Beschreibung	Beispiel (fiktiv)																												
<p>Logik</p> <ul style="list-style-type: none"> • Nur Artikel, die bei Edeka <u>und</u> Plus gelistet sind • Für 3 Stichtage: 1.8.07, 1.2.08 und 1.9.08 	<p>Einzelartikel: Maggi Fix Spaghetti Napoli</p> <table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse; text-align: center;"> <thead> <tr> <th></th> <th>Stichtag 1.8.07</th> <th>Stichtag 1.2.08</th> <th>Stichtag 1.9.08</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>EK Edeka</td> <td>0,40 €</td> <td>0,40 €</td> <td>0,40 €</td> </tr> <tr> <td>EK Plus</td> <td>0,38 €</td> <td>0,37 €</td> <td>0,42 €</td> </tr> <tr> <td>EK Differenz</td> <td>0,02 €</td> <td>0,03 €</td> <td>-0,02 €</td> </tr> <tr> <td>x Edeka Absatz 2007</td> <td>1,0 Mio.</td> <td>1,0 Mio.</td> <td>1,0 Mio.</td> </tr> <tr> <td>= EK-Vorteil</td> <td>20.000 €</td> <td>30.000 €</td> <td>kein Vorteil für Edeka</td> </tr> <tr> <td>Ergebnis</td> <td></td> <td>30.000 €</td> <td></td> </tr> </tbody> </table>		Stichtag 1.8.07	Stichtag 1.2.08	Stichtag 1.9.08	EK Edeka	0,40 €	0,40 €	0,40 €	EK Plus	0,38 €	0,37 €	0,42 €	EK Differenz	0,02 €	0,03 €	-0,02 €	x Edeka Absatz 2007	1,0 Mio.	1,0 Mio.	1,0 Mio.	= EK-Vorteil	20.000 €	30.000 €	kein Vorteil für Edeka	Ergebnis		30.000 €	
		Stichtag 1.8.07	Stichtag 1.2.08	Stichtag 1.9.08																									
EK Edeka		0,40 €	0,40 €	0,40 €																									
EK Plus		0,38 €	0,37 €	0,42 €																									
EK Differenz		0,02 €	0,03 €	-0,02 €																									
x Edeka Absatz 2007	1,0 Mio.	1,0 Mio.	1,0 Mio.																										
= EK-Vorteil	20.000 €	30.000 €	kein Vorteil für Edeka																										
Ergebnis		30.000 €																											
<p>Berechnung</p> <ul style="list-style-type: none"> • Grundlage für EK-Abgleich ist 3fach Nettopreis¹ • Dafür werden WKZ einbezogen, die nachträglich verhandelt oder nicht Einzelartikeln zugeschlüsselt wurden • Für jeden Stichtag wird der Bestwert je Artikel ermittelt • Zusätzlich wird der max. EK-Vorteil je Lieferant bestimmt aus Bestwert zu Best-Stichtag (Chaos Prinzip) • Basis der Rechnung ist Absatzvolumen 2007 																													
<p>Ergebnisse</p> <ul style="list-style-type: none"> • Je Artikel: Bestwert EK-Preis für 3 Stichtage • Je Lieferant: Summe Bestwerte für alle Produkte je Stichtag • Je Lieferant: Bestwert zu Best-Stichtag (Chaos Prinzip) 																													
<p>Interpretation</p> <ul style="list-style-type: none"> • Auswahl des Stichtages mit größtem EK-Vorteil pro Artikel • Auswahl des besten Stichtags pro Lieferant 																													
<p><small>1. 3fach Nettopreis entspricht Edeka "Netto/Netto inklusive"</small></p>																													

305 Im zweiten Schritt zur Berechnung der Bestwert-Forderung sollten neben den identischen Artikeln von EDEKA und Plus zusätzlich auch die mit den identischen Artikeln vergleichbaren Sorten bei EDEKA einbezogen werden („Artikel-Range“). Nach dem unten genannten Beispiel bedeutete dies, dass beispielsweise eine festgestellte Preisdifferenz des bei Plus und EDEKA gelisteten Artikels „Maggi Fix Napoli“ übertragen werden sollte auf alle anderen Sorten von „Maggi Fix“, die allerdings nur bei EDEKA gelistet waren und für die folglich gar kein Plus-Vergleichspreis existierte. Auf diese Weise konnte das der Bestwert-Forderung zugrundeliegende Volumen erheblich ausgeweitet werden – im untenstehenden Beispiel um 5 Mio. Euro.

²⁶⁵ Ass. 131, Bl. 16.

306 Für alle drei Stichtage sollte daraufhin der aus der Artikel-Range resultierende Einkaufsvorteil ermittelt werden, der sich wiederum aus der Multiplikation der Preisdifferenz mit dem gesamten EDEKA-Absatzvolumen 2007 für diese Artikel ergab. Ausgewählt werden sollte schließlich der Stichtag, an dem sich – gerechnet über alle Produkte eines Lieferanten - für identische Artikel und andere Sorten insgesamt der größte Einkaufsvorteil ergab.²⁶⁶

0019

Handbuch Marken 2. Bestwert EK-Preise

2b. Bestwert Artikel-Range: Methodik

Beschreibung

Logik	<ul style="list-style-type: none"> Neben identischen Artikeln werden zusätzlich auch vergleichbare Sorten der Artikel-Range mit in den Bestwert-Abgleich einbezogen
Berechnung	<ul style="list-style-type: none"> Basis: Artikel, die bei Edeka <u>und</u> Plus gelistet sind Zusätzlich werden dem Artikel auf Edeka Seite die vergleichbaren Sorten der Artikel-Range zugeordnet Der EK-Vorteil wird auf den Absatz der Sorten gerechnet für alle 3 Stichtage
Ergebnisse	<ul style="list-style-type: none"> Je Sorte der Artikel-Range: EK-Vorteil für 3 Stichtage Je Lieferant: Summe EK-Vorteile über alle Sorten für 3 Stichtage
Interpretation	<ul style="list-style-type: none"> Gesamt EK-Vorteil ergibt sich aus Summe der EK Vorteile für identische Artikel und Sorten Auswahl des Stichtages mit größtem EK-Vorteil über alle Produkte hinweg

Beispiel (fiktiv)

Produktbeispiel: Maggi Fix Spaghetti Napoli
 Vergleichbare Sorten: Maggi Fix Spaghetti Carbonara, Lasagne etc.

	Maggi Fix Napoli	Maggi Fix alle Sorten
EK Differenz	0,03 €	0,03 €
x Edeka Absatz 2007	1,0 Mio.	5,0 Mio.
= EK-Vorteil	30.000 €	150.000 €
Auswahl max.		150.000 €

18

307 Im dritten Schritt des Bestwertabgleichs sollten zusätzlich zu den identischen Artikeln und anderen Sorten auch preisgleiche Artikel desselben Herstellers bei EDEKA einbezogen werden. Wie bei der oben dargestellten Artikel-Range sollte hier also offenbar die Preisdifferenz für einen bei Plus und EDEKA gelisteten Artikel (z.B. Jacobs Meisterröstung 500 g) übertragen werden auf einen preisgleichen Artikel desselben Lieferanten (z.B. Onko 500 g), der nur bei EDEKA gelistet war und für den folglich kein Plus-Vergleichspreis existierte. Auch diese Vorgehensweise führte zu einer Ausweitung des der Bestwert-Forderung zugrundeliegenden Einkaufsvolumens.

²⁶⁶ Ass. 131, Bl. 19.

308 Wie in den ersten beiden Schritten sollte dann wiederum für alle drei Stichtage der aus den preisgleichen Artikeln resultierende Einkaufsvorteil berechnet werden, der sich aus der Multiplikation der Preisdifferenz mit dem gesamten EDEKA-Absatzvolumen 2007 der preisgleichen Artikel ergab. Anschließend war wieder der Stichtag zu ermitteln, an dem sich für identische Artikel, andere Sorten und preisgleiche Varianten – über alle Produkte des Lieferanten hinweg - der höchste zu fordernde Einkaufsvorteil für EDEKA ergab.²⁶⁷

0022

Handbuch Marken

2. Bestwert EK-Preise

2c. Bestwert preisgleiche Artikel: Methodik

Beschreibung

Logik

- Neben identischen Artikeln und vergleichbaren Sorten der Artikel-Range werden zusätzlich auch preisgleiche Artikel mit in den Bestwert-Abgleich einbezogen

Berechnung

- Basis: Artikel, die bei Edeka und Plus gelistet sind
- Zusätzlich werden dem Artikel auf Edeka Seite die preisgleichen Artikel des Herstellers zugeordnet
- Der EK-Vorteil für identische Artikel wird zusätzlich auf den Absatz der preisgleichen Artikel gerechnet für alle 3 Stichtage

Ergebnisse

- Je preisgleicher Artikel: EK-Vorteil für 3 Stichtage
- Je Lieferant: Summe EK-Vorteile über alle Artikel für 3 Stichtage

Interpretation

- Gesamt EK-Vorteil ergibt sich aus Summe der EK-Vorteile für identische Artikel, Artikel-Range und preisgleiche Artikel
- Auswahl des Stichtages mit größtem EK-Vorteil über alle Produkte hinweg

Beispiel (fiktiv)

Produktbeispiel: Jacobs Meisterröstung, 500g
Preisgleiche andere Artikel: Onko, 500g und weitere
Zusätzlicher EK-Vorteil: Übertragung Preisvorteil Meisterröstung auf Onko

	Jacobs Meisterröstung	Kaffee Onko
EK Differenz	0,03 €	0,03 €
x Edeka Absatz 2007	1,0 Mio.	0,5 Mio.
= EK-Vorteil	30.000 €	15.000 €
Zusätzlicher EK-Vorteil		15.000 €

21

309 Im vierten Schritt sollte durch einen Bestwertabgleich der „Sondergrößen Plus“ schließlich zusätzlich berücksichtigt werden, dass in vielen Fällen ein Hersteller seine Artikel im Discount in Sonderformaten (z.B. anderen Gebindegrößen) anbietet. EDEKA wollte hier prüfen, ob durch den Einbezug von Sondergrößen der Einkaufsvorteil für den Bestwertabgleich weiter erhöht werden kann. Im unten aufgeführten Beispiel sollte z.B. der von Plus für eine 2er-Packung Wagner-Pizza gezahlte Preis halbiert und dann mit dem von EDEKA für die 1er-Packung Wagner-Pizza bezahlten Preis verglichen werden, um ggfs. eine entsprechende Anpassung zu fordern. Dass der Stückpreis eines Artikels in einer 2er-Packung grundsätzlich geringer ist als in

²⁶⁷ Ass. 131, Bl. 22.

einer 1er-Packung wurde nicht berücksichtigt. Beim Einbezug von Sondergrößen sollte jedoch beachtet werden, dass diese ggfs. zu einer Reduzierung der Bestwert-Forderungen aus den anderen Berechnungsschritten führen könnte, sodass offenbar eine Analyse im Einzelfall empfohlen wurde:²⁶⁸

0024

Handbuch Marken 2. Bestwert EK-Preise

 **2d. Sondergrößen Plus: Argumentation**
Kann das EK-Volumen für den Bestwert-Abgleich weiter erhöht werden (2a bis 2c)?

Kernfragen	Schlussfolgerung
Welche Artikel des Lieferanten sind bei Plus gelistet, die Edeka nicht führt (nicht identisch oder vergleichbar)?	➔ In vielen Fällen bieten Hersteller ihre Artikel im Discount in Sonderformaten an, z.B. andere Gebindegrößen
Welche Unterschiede bestehen zwischen diesen nur bei gelisteten Plus-Artikeln und den bei Edeka angebotenen Artikeln?	➔ Oftmals können die Artikel zusätzlich in den Bestwert-Abgleich mit einbezogen werden, z.B. <ul style="list-style-type: none">• Wagner Pizza 2er Packung bei Plus vs.• Wagner Pizza 1er Packung bei Edeka
Wie hoch ist der Preisvorteil bzw. Preisnachteil von Edeka für diesen Artikel gegenüber Plus?	➔ Der Edeka EK-Preis ist für den Vergleich mit Plus anzupassen, für das Beispiel Wagner 2er Packung also zu halbieren
Welche Auswirkungen hat die Berücksichtigung von Plus-Sondergrößen für die Berechnung?	➔ Werden Plus-Sondergrößen einbezogen: <ul style="list-style-type: none">• ggf. Exklusion aus vergleichbaren Artikeln (2b. und 2c.)• Verringerung des Bestwert-Saldo Restsortiment (2e.)• Verringerung Sortimentserweiterungsbonus (5.)

Analyse erfolgt durch die VHG: Können Plus-Artikel mit Sondergrößen in Bestwert-Abgleich einbezogen werden?

23

²⁶⁸ Ass. 131, Bl. 24.

310 Für den fünften und letzten Schritt des Bestwertabgleichs wurde schließlich das „Restsortiment“ einbezogen, also diejenigen bei Plus gelisteten Artikel, die bei EDEKA weder als identischer Artikel, noch als andere Sorte, noch als preisgleicher Artikel oder als (umrechenbare) Sondergröße gelistet waren. Da eine Übertragung der festgestellten absoluten Preisdifferenzen hier wohl nicht praktikabel gewesen wäre, sollte für das nicht vergleichbare Restsortiment eine (prozentuale) Hochrechnung des Einkaufsvorteils bei allen identischen Artikeln eines Lieferanten erfolgen. Im unten dargestellten fiktiven Beispiel für den Lieferanten „Maggi“ ergab sich aus den Preisdifferenzen bei allen identischen Artikeln für den besten Stichtag ein prozentualer Einkaufsvorteil von 5 %. Die Übertragung dieses Vorteils auf das gesamte Einkaufsvolumen der EDEKA für nicht vergleichbare Artikel führte im Beispiel „Maggi“ zu einer zusätzlichen Forderung in Höhe von 2,5 Mio. Euro:²⁶⁹

0027

Handbuch Marken

2. Bestwert EK-Preise

2e. Bestwert-Saldo Restsortiment: Methodik

Beschreibung

Logik	<ul style="list-style-type: none"> • Der Preisunterschied zu Plus soll auch für die nicht bei Plus gelisteten Artikel eines Lieferanten gefordert werden • Die EK-Preisunterschiede werden dafür auf das nicht vergleichbare Edeka EK-Volumen hochgerechnet • Hierbei wird der Schnitt aus Preisvorteilen und Preisnachteilen pro Lieferant errechnet
Berechnung	<ul style="list-style-type: none"> • Basis: Preisunterschied bei identischen Produkten • Berechnung EK-Volumen für alle identischen Artikel bei Edeka <ol style="list-style-type: none"> 1. mit Edeka Preisen und 2. mit Plus Preisen • Auswahl bester Stichtag • Hochrechnung Preisvorteil nur auf das Edeka EK-Volumen für die <u>nicht</u> mit Plus vergleichbaren Artikel
Ergebnisse	<ul style="list-style-type: none"> • Zusätzliche Forderung Preisvorteil für alle nicht direkt mit Plus vergleichbaren Artikel des Lieferanten

Beispiel (fiktiv)

Bsp.: Maggi

	Stichtag 1.8.07	Stichtag 1.2.08	Stichtag 1.9.08
1. zu Edeka Preisen	20,0 M€	20,0 M€	20,0 M€
2. zu Plus Preisen	19,5 M€	19,0 M€	20,5 M€
= EK-Vorteil	0,5 M€	1,0 M€	-0,5 M€
= EK-Vorteil	2,5%	5,0%	kein Vorteil für Edeka
Auswahl max.		5,0%	

	Forderung	Limit
EK-Volumen Maggi gesamt	100 M€	100 M€
EK-Volumen nicht vergleichbare Artikel	50 M€	50 M€
EK-Vorteil	5,0%	2,5%
Forderung	2,5 M€	1,3 M€

²⁶⁹ Ass. 131, Bl. 27.

311 Als alternative Option zu der dargestellten schrittweisen Ermittlung der Bestwertforderung wurde in der Sitzung am 23.12.2008 die Berechnung der Bestwertforderung aus dem Gesamtsortiment eines Lieferanten dargestellt. Ähnlich wie beim Restsortiment sollte bei dieser Methode der maximale prozentuale Einkaufsvorteil aus den identischen Artikeln ermittelt und auf das gesamte EDEKA-Einkaufsvolumen mit einem Lieferanten umgerechnet werden²⁷⁰. Bei dieser alternativen Methode wurden letztlich nur die Schritte der separaten Berechnung des Einkaufsvorteils für andere Sorten, preisgleiche Varianten und Sondergrößen ausgelassen und stattdessen eine sofortige Umrechnung auf das Gesamtvolumen vorgenommen (laut EDEKA: „einfache Holzhammer-Methode“).²⁷¹ Mit dieser alternativen Berechnungsmethode wollte EDEKA eine „zweite Perspektive“ zum reinen Artikelvergleich erhalten:

0029
Handbuch Marken
2. Bestwert EK-Preise

2f. Bestwert-Saldo Gesamtsortiment: Methodik

Beschreibung

Logik	<ul style="list-style-type: none"> • Die EK-Preisunterschiede werden zusätzlich auf das gesamte Edeka EK-Volumen hochgerechnet • Hierbei wird der Schnitt aus Preisvorteilen und Preisnachteilen pro Lieferant errechnet • Damit zweite Perspektive zum reinen Artikelvergleich
Berechnung	<ul style="list-style-type: none"> • Basis: Preisunterschied bei identischen Produkten • Berechnung EK-Volumen für alle identischen Artikel bei Edeka <ol style="list-style-type: none"> 1. mit Edeka Preisen und 2. mit Plus Preisen • Auswahl bester Stichtag • Hochrechnung Preisvorteil auf Gesamtes EK-Volumen
Ergebnisse	<ul style="list-style-type: none"> • EK-Vorteil für Edeka bezogen auf den gesamten Lieferanten
Interpretation	<ul style="list-style-type: none"> • Auswahl des Stichtages mit größtem EK-Vorteil für den Lieferanten

Beispiel (fiktiv)

Bsp.: Maggi vergleichbare Produkte Edeka/Plus

	Stichtag 1.8.07	Stichtag 1.2.08	Stichtag 1.9.08
1. zu Edeka Preisen	20,0 ME	20,0 ME	20,0 ME
2. zu Plus Preisen	19,5 ME	19,0 ME	20,5 ME
= EK-Vorteil	0,5 ME	1,0 ME	-0,5 ME
= EK-Vorteil	2,5%	5,0%	kein Vorteil für Edeka
Auswahl max.		5,0%	
		Forderung	Limit
EK-Volumen Maggi gesamt		100 ME	100 ME
EK-Vorteil		5,0%	2,5%
Forderung		5 ME	2,5 ME

28

312 Die dargestellte Systematik wurde von EDEKA für einzelne Lieferanten zur Vorbereitung der jeweiligen Sonderverhandlungen „durchgespielt“, um konkrete Beträge für die Bestwert-Forderung zu ermitteln.²⁷² Grundsätzlich sollte danach in den Verhandlungen die für den „besten“

²⁷⁰ Ass. 131, Bl. 29.

²⁷¹ Ass. 46, Bl. 231.

²⁷² Vgl. z.B. für Rotkäppchen-Mumm Ass. 97, Bl. 512 ff., für Henkell Ass. 97, Bl.162 ff., für Freixenet Ass. 97 Bl. 100 ff. und für Schloss Wachenheim Ass. 97, Bl. 553 ff.

Stichtag ermittelte Bestwert-Summe gegenüber den Lieferanten als Forderung formuliert und die für den „zweitbesten“ Stichtag ermittelte Bestwert-Summe als (internes) Limit gesetzt werden.

313 Auf dieser Grundlage stellte EDEKA dann in den bilateralen Verhandlungen mit den einzelnen Lieferanten ihre konkreten Forderungen. Ausweislich der Asservate wurde dabei teilweise von den Ergebnissen der oben dargestellten Bestwert-Berechnungsmethode abgewichen. Die Gründe für diese Abweichung sind in den vorliegenden Asservaten nicht dokumentiert. Die Beschlussabteilung geht davon aus, dass der bzw. die jeweiligen Verhandlungsführer auf Seiten der EDEKA bei der Formulierung der tatsächlich gestellten Forderungen einen gewissen Spielraum hatten und die Ergebnisse der Bestwert-Berechnung daher z.T. vor allem als „Richtwert“ dienten.²⁷³

314 Für die kartellrechtliche Beurteilung ist letztlich entscheidend, welche Forderungen tatsächlich gegenüber den Lieferanten aufgestellt wurden. Die im Vorfeld unternommene, umfangreiche und sehr detaillierte Berechnung der möglichen Forderungen ist für die kartellrechtliche Beurteilung jedoch insofern relevant, als sie die sehr gründliche, zielgerichtete und flächendeckende Strategie der EDEKA belegt, die allein darauf abzielte, von den Lieferanten eine möglichst hohe Summe fordern zu können.

3.2.2.) Konkrete Forderungen gegenüber abhängigen Lieferanten

315 Nachfolgend werden für die einzelnen - oben beispielhaft als abhängig identifizierten - Lieferanten der EDEKA die konkreten Forderungen im Zusammenhang mit dem Bestwertabgleich dargestellt. Die tatsächlich formulierten Forderungen sind jeweils durch die entsprechenden Präsentationsfolien aus den Sonderverhandlungen (s.o.) und die anschließende Korrespondenz zwischen EDEKA und dem jeweiligen Lieferanten dokumentiert und wurden auch in den Zeugenaussagen bestätigt.

²⁷³ Im Schreiben von RA Dr. Ahrens vom 13.10.2009 zum ESMT-Gutachten findet sich in einer Fußnote der Hinweis: *„Die Forderungen, die dem „Handbuch Marken“ zu entnehmen sind, wurden vor Beginn der Verhandlungen durch die sachkundigen Einkäufer der EDEKA angepasst. Der so abschließend festgelegten Forderung stand bereits im Handbuch Marken ein sog. Limit gegenüber. Die Forderung war damit als Maximalziel für die Verhandlung definiert, während gleichzeitig ein Verhandlungsspielraum vorgegeben war.“* (Bl. 681 d. Verfahrensakte).

3.2.2.1.) Rotkäppchen-Mumm

- 316 Am 10.03.2009 fand das erste Gespräch zwischen EDEKA und Rotkäppchen-Mumm im Rahmen der Sonderverhandlungen statt.²⁷⁴ EDEKA forderte von Rotkäppchen-Mumm bei diesem Gespräch Anpassungen der Preise bei vier Artikeln ab 01.01.2009 (s.o.): [...] Der Bestwertausgleich wurde auf der Präsentationsfolie gegenüber Rotkäppchen-Mumm mit einem Gesamtwert von [...] Euro beziffert.
- 317 Diese Forderung lag unterhalb des nach der dargestellten Systematik für den besten Stichtag 01.08.2007 maximal errechneten Forderungsbetrags von rd. [...] Euro,²⁷⁵ entsprach jedoch immer noch einem Anteil von [...] % am Gesamtumsatz von Rotkäppchen-Mumm mit EDEKA und Plus im Jahr 2007 in Höhe von rd. [...] Euro.
- 318 EDEKA weist in ihrer Stellungnahme zu Recht darauf hin, dass die Forderung gegenüber Rotkäppchen-Mumm auch unterhalb der für identische Artikel maximal errechneten Forderungssumme von [...] Euro lag und insofern hier die Ausweitung der Berechnungsgrundlage auf weitere Artikel nicht zum Tragen kam.²⁷⁶ Der Einbezug von vergleichbaren Sorten, preisgleichen Artikeln und Sondergrößen hatte im Fall von Rotkäppchen-Mumm nicht zu einer Erhöhung der Forderungssumme geführt, lediglich für das Restsortiment hätte sich eine zusätzliche Forderung in Höhe von [...] Euro ergeben. Mit der ausgesprochenen Forderung von [...] Euro lag EDEKA aber noch deutlich über dem Limit von [...] Euro, das als Ausgleichssumme für den zweitbesten Stichtag ermittelt worden war, wo sich nur für zwei identische Artikel bessere historische Plus-Preise ergeben hatten.²⁷⁷
- 319 Die seitens EDEKA geforderten Preisanpassungen bei [...] entsprachen allerdings auch nicht den tatsächlich von EDEKA ermittelten Preisabweichungen gegenüber Plus zum betreffenden Stichtag, sondern waren demgegenüber jeweils leicht nach unten korrigiert.²⁷⁸ Aus diesen geforderten Preisanpassungen ergab sich – bei Multiplikation mit den in den Asservaten genannten jeweiligen Absatzmengen²⁷⁹ – der insgesamt geforderte Betrag in Höhe von [...] Euro.

²⁷⁴ Ass. 97, Bl. 503 f.

²⁷⁵ Ass. 97, Bl. 512.

²⁷⁶ Vgl. Bl. 2500 d. Verfahrensakte.

²⁷⁷ Ass. 97, Bl. 513, Spalte „EK-Vorteil 01.02.08“.

²⁷⁸ Ass. 97, Bl. 513, Spalte „N/N/N Preis in €“.

²⁷⁹ Ass. 97, Bl. 513, Spalte „Absatz (KJ 2007)“.

Laut Zeugenvernehmung wurde Rotkäppchen-Mumm die Berechnungsgrundlage für den Bestwertabgleich nicht vorgelegt. Aufgrund der dargestellten Preisdifferenzen war Rotkäppchen-Mumm allerdings klar, dass der Berechnung ein Zeitpunkt in 2007 zugrundegelegt haben musste. Nach Einschätzung von Rotkäppchen-Mumm wäre ein entsprechender „Bestwertabgleich nur dann gerechtfertigt, wenn er sich auf einen Vergleich der Konditionen der Fusionspartner im Jahr des Vollzugs des Zusammenschlusses bezieht.“²⁸⁰

320 Mit bei der EDEKA sichergestelltem Schreiben vom 20.03.2009 reagierte Rotkäppchen-Mumm auf das erste Gespräch mit EDEKA und erklärte, dass die Forderungen weder nachvollziehbar seien noch – in Anbetracht der bereits in den vorangegangenen Jahresgesprächen gewährten, wesentlichen Konditionenverbesserungen - in dieser Größenordnung geleistet werden könnten.²⁸¹ Mit Bezug auf die Bestwertforderung heißt es in dem Schreiben: „Eine zusätzliche, rückwirkende Ausgleichzahlung für die [...] 2007 kann unser Unternehmen nicht leisten.“

321 Es folgten verschiedene weitere Gespräche zwischen Rotkäppchen-Mumm und EDEKA, in denen schließlich für den Bestwertabgleich die Zahlung eines einmaligen Betrages „von [...] Euro, zahlbar in 2 Raten à [...] Euro am [...] vereinbart wurde.“²⁸² Diese Summe entspricht auch der im Meldeblatt für Rotkäppchen-Mumm vom 15.04.2009 (s.u.) genannten Summe.

3.2.2.2.) Henkell

322 Die Forderung nach einem Bestwertabgleich wurde gegenüber Henkell zum ersten Mal bei einem bilateralen Treffen mit EDEKA am 09.03.2009 aufgestellt. Konkret forderte EDEKA hier die Reduzierung des Einkaufspreises für den identischen Artikel [...] um [...] Cent, da – so die lt. Henkell mündlich vorgetragene Begründung – der Plus-Preis in 2007 und 2008 niedriger war als der Netto-Preis. Die Anpassung sollte rückwirkend zum 01.01.2009 erfolgen und entsprach - lt. handschriftlicher Notiz auf der Präsentationsfolie - einem Betrag von rd. [...] Euro.²⁸³

323 Die Berechnung der maximalen Bestwertforderung hätte nach der oben dargestellten Systematik der Übertragung von Preisdifferenzen auf das gesamte Sortiment eines Lieferanten bei Henkell zu einem möglichen Forderungsbetrag von rd. [...] Euro (Option 1) bzw. [...] Euro (Option 2)

²⁸⁰ Bl. 1038 d. Verfahrensakte.

²⁸¹ Ass. 97, Bl. 503 f.

²⁸² Ass. 97, Bl. 500 f. und Bl.490 f.

²⁸³ Ass. 97, Bl. 152 (s.o); vgl. auch Ass. 97, Bl. 145.

geführt.²⁸⁴ Bezogen auf den Gesamtumsatz von EDEKA und Plus mit Henkell im Jahr 2007 in Höhe von rd. [...] Euro hätte damit allein die Bestwertforderung, die hier aus dem Preisvorteil von Plus bei einem einzigen Artikel resultierte, zwischen [...] und [...] % des Umsatzes entsprechen. Da ein derartiger Forderungsbetrag offenbar auch der EDEKA unverhältnismäßig erschien, wurde die tatsächliche Forderung auf den sich aus der Preisdifferenz für identische Artikel am zweitbesten Stichtag ergebenden Betrag (Limit) reduziert.

324 Die in der Verhandlung seitens EDEKA genannte Preisanpassung in Höhe von [...] Cent entsprach allerdings auch hier nicht der tatsächlich ermittelten Preisdifferenz von [...] Cent, aus der sich – bei Multiplikation mit der Absatzmenge in 2007 – die Gesamtforderung in Höhe von [...] Euro ergab.²⁸⁵

325 Mit Schreiben vom 16.03.2009 bestätigte Henkell die Anpassung des Einkaufspreises für [...] und die Zahlung eines rückwirkenden Ausgleichs „nach dem Bestwertprinzip für die bisherigen ‚Altlieferungen‘ an Plus“.²⁸⁶

326 Laut EDEKA-Meldeblatt 2009 für Henkell vom 06.04.2009 (s.u.) entsprach der letztlich vereinbarte Bestwertabgleich einem Festbetrag von [...] Euro pro Jahr.

3.2.2.3.) Freixenet

327 Das Gespräch zwischen EDEKA und Freixenet, in dem die Forderungen im Rahmen der Sonderverhandlungen präsentiert wurden, fand am 17.02.2009 statt.²⁸⁷ In diesem Gespräch wurde gegenüber Freixenet keine Forderung zum Bestwertausgleich gestellt, da die Plus-Preise für sämtliche dort gelisteten Freixenet-Artikel an allen drei betrachteten Stichtagen jeweils über den Preisen der EDEKA lagen und insofern nach der oben dargestellten Systematik keine Bestwertforderung berechnet werden konnte.²⁸⁸ Nach Aussage von Freixenet wurden diese besseren Netto-Preise „stillschweigend“ auf die neuen Netto-Filialen übertragen.

²⁸⁴ Ass. 97, Bl. 162.

²⁸⁵ Ass. 97, Bl. 163, Spalten „EK-Vorteil 01.09.08“, „N/N/N Preis in €“ und „Absatz (KJ 2007)“.

²⁸⁶ Ass. 97, Bl. 146.

²⁸⁷ Lt. E-Mail von Freixenet vom 02.03.2009 gab es bereits am 23.01.2009 ein erstes Gespräch (Ass. 97, Bl. 75).

²⁸⁸ Ass. 97, Bl. 100 f. Vgl. auch Zeugenaussage Freixenet, Bl. 1115 d. Verfahrensakte.

3.2.2.4.) Schloss Wachenheim

- 328 Das erste Gespräch zwischen EDEKA und Schloss Wachenheim im Rahmen der Sonderverhandlungen fand am 11.02.2009 statt. EDEKA konfrontierte Schloss Wachenheim bei diesem Gespräch mit einer festgestellten Preisdifferenz für den Artikel [...] in Höhe von [...] Euro und forderte eine Anpassung ab 01.01.2009 sowie eine entsprechende Differenzvergütung für den Zeitraum „bis zur Übernahme der Belieferung der ehemaligen Plus-Filialen durch Netto Marken-Discount“ (s.o.). Lt. handschriftlicher Notiz auf der Präsentationsfolie entsprach diese Anpassung einem Betrag von rd. [...] Euro. Die Behauptung in der Stellungnahme der EDEKA, dass „von Schloss Wachenheim [...] kein nennenswerter Betrag verlangt“ wurde,²⁸⁹ ist insofern unzutreffend.
- 329 Gemäß Zeugenaussage am 14.06.2011 war für Schloss Wachenheim der Preisvergleich an drei in der Vergangenheit liegenden Stichtagen nicht nachvollziehbar.²⁹⁰ Darüber hinaus ergaben sich Differenzen im Hinblick auf die für den Bestwertabgleich angemessene Berechnungsgrundlage (Vergleich von Netto-Netto-Preisen Plus mit Preisen vor Delkredere bei EDEKA). Schloss Wachenheim reagierte daher auf die ursprüngliche Forderung der EDEKA per E-Mail vom 16.02.2009 und stellte dar, welche Punkte für einen „sauberen“ Bestwertabgleich zu beachten wären.²⁹¹
- 330 In den nachfolgenden Gesprächen konnte lt. Zeugenaussage Einigkeit über die Vergleichsbasis für den Bestwertabgleich erzielt werden. Letztlich wurde lt. Aussage von Schloss Wachenheim im Rahmen des Bestwertabgleichs kein nennenswerter Betrag gezahlt. Dies entspricht auch den Angaben im Meldeblatt für Schloss Wachenheim vom 16.04.2009, wo jedoch als „Forderungslimit“ schon lediglich eine Summe von [...] Euro beziffert worden war (Ergebnis der Berechnung nach obiger Systematik für den zweitbesten Stichtag)
- 331 Nach den bei der EDEKA sichergestellten Asservaten sowie der Zeugenvernehmung wurde Schloss Wachenheim im Rahmen eines zweiten Gesprächs am 16.04.2009 dann allerdings mit der neuen Forderung eines einmalig zu zahlenden „Steigerungsbonus 2009“ in Höhe von [...] Euro konfrontiert,²⁹² der auch Bestandteil der endgültigen Vereinbarung im Rahmen der Son-

²⁸⁹ Siehe Bl. 2500 d. Verfahrensakte.

²⁹⁰ Vgl. Vernehmungsprotokoll Schloss Wachenheim, Bl. 1237 d. Verfahrensakte.

²⁹¹ Anlage 1 zum Vernehmungsprotokoll von Schloss Wachenheim, Bl. 1246 d. Verfahrensakte.

²⁹² Ass. 97, Bl. 535.

derverhandlungen wurde und dazu diente, die „Lücke“ zwischen dem Angebot von Schloss Wachenheim und der von EDEKA erwarteten Summe zu schließen.²⁹³ Die Einmalzahlung ersetzte dabei eine in den Jahresgesprächen für 2009 vereinbarte Steigerungsvergütung für die tatsächlich erzielten Umsätze. Das Umsatzziel, das der Einmalzahlung zugrundelag, wurde jedoch im Jahr 2009 nicht erreicht, sodass auch diese Zahlung eine zusätzliche Leistung von Schloss Wachenheim darstellte.

3.2.3.) Wettbewerbliche Beurteilung / sachliche Rechtfertigung

- 332 Wie oben dargestellt hatte EDEKA im Vorfeld der Sonderverhandlungen drei Stichtage in der Vergangenheit festgelegt und für die Forderungsberechnung im Rahmen des Bestwertabgleichs jeweils den Stichtag gewählt, bei dem sich für den einzelnen Lieferanten über alle Produkte unter Einbezug von identischen Artikeln, anderen Sorten, preisgleichen Varianten, Sondergrößen und dem Restsortiment in der Summe der höchste Forderungsbetrag („Einkaufsvorteil“) ergab. Abweichungen, die zulasten der EDEKA gegangen wären (d.h. mit einem in der Vergangenheit durchgehend höheren Einkaufspreis bei Plus), wurden grundsätzlich nicht berücksichtigt. Die Lieferanten wurden in den Sonderverhandlungen lediglich mit der festgestellten Preisdifferenz und der Summe der Bestwert-Forderung konfrontiert. Die Forderung nach dem Bestwertabgleich wurde jeweils rückwirkend zum 01.01.2009 erhoben.
- 333 Nach Auffassung der EDEKA war die Forderung nach einer Angleichung an bessere Konditionen von Plus *„wirtschaftlich und unternehmerisch zwingend erforderlich“* und stellte ein legitimes wettbewerbliches Verhalten dar.²⁹⁴
- 334 Auch wenn konditionenbezogene Verhandlungen zwischen einem nachfragemächtigen LEH-Unternehmen und seinen abhängigen Lieferanten nicht grundsätzlich kartellrechtswidrig sind, war nach Auffassung der Beschlussabteilung im vorliegenden Fall der Bestwertabgleich zumindest aufgrund der Berechnungsmethode, der fehlenden Transparenz für die Lieferanten, der Zeitpunkte der „historischen“ Stichtage, der gezielten Auswahl unterschiedlicher Stichtage sowie der Rückwirkung der Forderung sachlich nicht gerechtfertigt. Im Einzelnen:

²⁹³ Siehe Bestätigungsschreiben Schloss Wachenheim vom 21.04.2009, Ass. 97, Bl. 533.

²⁹⁴ Vgl. Bl. 2499 ff. d. Verfahrensakte.

3.2.3.1.) Berechnungsmethode

- 335 Der Ansatz der EDEKA, im Falle einer Preisabweichung für einen (identischen) Artikel, die Anpassung nicht nur für diesen Artikel zu fordern, sondern auch für alle anderen Sorten dieses Artikels, für preisgleiche Varianten (desselben Lieferanten), für Sondergrößen des Artikels und sogar für das Restsortiment dieses Lieferanten, entbehrt jeder sachlichen Rechtfertigung. Außer bei den identischen Artikeln lag in keinem dieser Fälle ein Vergleichspreis vor, da die betroffenen Artikel bei Plus gar nicht gelistet waren.
- 336 Die schrittweise Übertragung der für einzelne Artikel festgestellten Preisdifferenz und der daraus resultierenden Forderung auf (letztlich) sämtliche anderen bei EDEKA gelisteten Artikel des Lieferanten diene lediglich dem Ziel, ein möglichst hohes Einkaufsvolumen als Grundlage für eine möglichst hohe Bestwertforderung zu berechnen und konnte für einzelne Lieferanten zu einer erheblichen Erhöhung der Forderungssumme führen.
- 337 Der Einwand der EDEKA, dass bei den hier betrachteten Sektherstellern die Ausweitung des Bestwertabgleichs auf andere Sorten, preisgleiche Artikel, Sondergrößen sowie das Restsortiment nicht zum Tragen kam,²⁹⁵ ist zutreffend. Auch wenn hier die Maximalforderung mittels der dargestellten Methode für das Gesamtsortiment des Lieferanten berechnet wurde, lag die tatsächlich von EDEKA gegenüber den Sektherstellern formulierte Forderung jeweils unterhalb des für identische Artikel errechneten Betrages.
- 338 Im Rahmen der Sonderverhandlungen mit anderen Lieferanten aus verschiedenen Warenbereichen wurde die Ausweitung der Bestwertforderung auf andere als die identischen Artikel seitens EDEKA jedoch zur Grundlage der jeweiligen Forderungen gemacht. So zeigen beispielsweise die Asservate zu den Verhandlungen der EDEKA mit den Lieferanten Dr. Oetker Nahrungsmittel, Eurosugar, Euryza, Fuersten-Reform Dr. Med. Hans Pluemer (Flotte Biene) oder Georg Plange (Diamant Mehl), dass sich die Bestwertforderungen hier auch auf die Artikel-Range bzw. das Restsortiment erstreckte.²⁹⁶ Die Beschlussabteilung hält diese Forderungen grundsätzlich für einen Verstoß gegen das Anzapfverbot, auch wenn sie gegenüber den hier betroffenen Sektherstellern nicht zum Tragen gekommen sind.

²⁹⁵ Vgl. Bl. 2499 ff. d. Verfahrensakte

²⁹⁶ Vgl. Ass. 109, Bl. 223 f, 346, 356 f., 410 und 430.

- 339 Auch wenn die im Vorfeld ermittelten maximalen Forderungsbeträge in den Sonderverhandlungen mit den Sektherstellern nicht gefordert wurden, sondern offenbar lediglich als „Richtwert“ dienten, ist deren Berechnung für die kartellrechtliche Beurteilung und insbesondere die Frage der sachlichen Rechtfertigung insofern dennoch relevant.
- 340 Darüber hinaus konnte die EDEKA bereits durch die Forderung der Preisanpassung für das gesamte, um ein Vielfaches höhere Einkaufsvolumen der EDEKA einschließlich ihrer Kooperationspartner auch bei nur geringen festgestellten Preisdifferenzen für einzelne Artikel hohe Beträge erzielen, die (auch) für die Sekthersteller deutliche Nachteile brachten.
- 341 Die Preisanpassung wurde zudem grundsätzlich dauerhaft gefordert, auch wenn der resultierende „Einkaufsvorteil“ lediglich für ein Jahr (Basis 2007) berechnet wurde. Eine derartige dauerhafte Preisanpassung wirkte sich nicht nur im laufenden Jahr 2009 aus. Da davon auszugehen ist, dass die „neuen“ Preise auch Grundlage der nachfolgenden Jahresgespräche wurden, erfolgte letztlich eine dauerhafte Verschlechterung der Verhandlungsbasis der Lieferanten.
- 342 Falls ein Lieferant also nur an einem der drei Stichtage bei einem einzigen identischen Artikel gegenüber Plus einen besseren Einkaufspreis gewährt hatte, konnte aufgrund der Berechnungsmethode für die Forderungen hieraus ein substanzieller langfristiger finanzieller Nachteil für den Lieferanten resultieren. Nach Auffassung der Beschlussabteilung fehlte es insofern an einer sachlichen Rechtfertigung der Forderung.

3.2.3.2.) Fehlende Transparenz gegenüber den Lieferanten

- 343 Die oben dargestellte detaillierte Berechnung der Bestwert-Forderung wurde nach den vorliegenden Asservaten und Zeugenaussagen gegenüber den Lieferanten nicht erläutert. Stattdessen wurden die Lieferanten mit einzelnen Forderungen zu Preisangleichungen und - teilweise nur mündlich - der Summe der daraus ermittelten Gesamtforderung konfrontiert. Die seitens EDEKA präsentierten Preisangleichungen für einzelne Artikel entsprachen dabei häufig nicht den tatsächlichen, von den Lieferanten zuvor selbst benannten, Preisdifferenzen zwischen EDEKA und Plus.
- 344 Den Lieferanten war es danach kaum möglich, die Herleitung der genannten Forderungssumme nachzuvollziehen und ggfs. deren sachliche Rechtfertigung zu überprüfen, um entsprechend dagegen argumentieren zu können. Schon der von EDEKA selbst verwandte Begriff des „Cha-

os-Prinzips“ für die Bestimmung des Bestwerts zum Beststichtag je Lieferant zeigt, dass eine Transparenz der Forderung für den Lieferanten auch nicht gewollt und die damit verbundene Schwächung der Verhandlungsposition der Lieferanten Teil der Strategie war. Gleiches gilt für die von einzelnen Lieferanten thematisierte Frage der richtigen Berechnungsgrundlage (welcher Preis, welches Volumen?) für einen Bestwertabgleich. Eine sachliche Rechtfertigung für dieses gezielt intransparente Vorgehen der EDEKA ist nicht erkennbar.

345 In ihrer Stellungnahme wehrt sich EDEKA gegen den Vorwurf der mangelnden Transparenz und verweist auf die den Lieferanten vorliegenden Informationen über Konditionen und Liefermengen.²⁹⁷ Darüber hinaus hätten Mitarbeiter der EDEKA (zumindest) mit den Key Account Managern von Rotkäppchen-Mumm und Schloss Wachenheim am 10.02.2009 in Hamburg Vorgespräche geführt, in denen die Datengrundlage für den Bestwertabgleich detailliert besprochen worden sei.

346 Derartige Vorgespräche wurden von keinem der befragten Lieferanten erwähnt. In den Asservaten finden sich zwar handschriftliche und kaum lesbare Notizen, die vermutlich ein Gespräch der EDEKA mit Rotkäppchen-Mumm bzw. Schloss Wachenheim am 11.02.2009 dokumentieren.²⁹⁸ Inwieweit darin tatsächlich die Berechnungsgrundlage für die Bestwertforderung erläutert wurde, ist allerdings kaum nachvollziehbar. In den nachfolgenden Unterlagen zur eigentlichen Sonderverhandlung wird auf diese Gespräche auch an keiner Stelle Bezug genommen. Nach Auffassung der Beschlussabteilung hätte eine entsprechende Erläuterung im unmittelbaren Zusammenhang mit den Forderungen stehen oder zumindest – für den Lieferanten nachvollziehbar – dokumentiert werden müssen.

3.2.3.3.) Auswahl der Stichtage / doppelter Bestwertabgleich

347 Die Vorgehensweise der EDEKA, für mehrere Stichtage die Preise der einzelnen Lieferanten für EDEKA und Plus zu vergleichen und daraufhin für jeden Lieferanten den Stichtag mit der in der Summe für EDEKA günstigsten Abweichung auszuwählen, ist ebenfalls sachlich nicht gerechtfertigt. Im Ergebnis forderte EDEKA damit - über alle Lieferanten hinweg - ein Konditionenpaket, das Plus in dieser Form zu keinem Zeitpunkt hatte. Denn das Vorgehen der EDEKA beinhaltete nicht nur einen Bestwertabgleich zwischen EDEKA und Plus, sondern zusätzlich einen Bestwertabgleich zwischen den verschiedenen Preisen, die jeder einzelne Lieferant im Verlauf der

²⁹⁷ Vgl. Bl. 2501 d. Verfahrensakte.

²⁹⁸ Ass. 97, Bl. 511 und Bl. 550.

vorangegangenen anderthalb Jahre gegenüber Plus gewährt hatte (doppelter Bestwertabgleich).

348 In ihrer Stellungnahme rechtfertigt die EDEKA die Wahl von drei in der Vergangenheit liegenden Stichtagen mit dem Argument, dass sich *„in der Praxis des Lebensmitteleinzelhandels [...] Lieferanten [häufig bemühen], sobald sie mit einem Zusammenschluss unter Händlern rechnen, die Einstandspreise der Händler im Fall von Abweichungen vor der Übernahme anzugleichen.“*²⁹⁹ Im Rahmen ihrer Kritik an der Schadenstheorie hatte die EDEKA die Existenz dieses Phänomens noch klar verneint. Im Übrigen ist jedoch auch nicht erkennbar, weshalb diese Strategie den Vergleich von drei verschiedenen Stichtagen rechtfertigen sollte, zumal pro Lieferant immer der Stichtag mit der größten – für EDEKA vorteilhaften – Abweichung der Preise gewählt wurde – unabhängig vom Zeitpunkt. Nach Auffassung der Beschlussabteilung lässt sich dieses Vorgehen nur mit dem Ziel der EDEKA erklären, ein über die teilweise besseren Plus-Konditionen hinausgehendes „Ideal-Paket“ zu erhalten, was jeder sachlichen Rechtfertigung entbehrt.

3.2.3.4.) Zeitpunkte der „historischen“ Stichtage

349 Die Tatsache, dass für die Vorbereitung des Bestwertabgleichs Stichtage gewählt wurden, die siebzehn, elf bzw. vier Monate vor Vollzug der Übernahme bzw. vor Beginn der Sonderverhandlungen (frühestens Januar 2009) lagen, entbehrt ebenfalls jeder sachlichen Rechtfertigung und kann lediglich mit dem Ziel der EDEKA erklärt werden, möglichst große Differenzen zwischen den Einkaufspreisen für Plus und für EDEKA zu ermitteln, um daraus entsprechend hohe Forderungen gegenüber den Lieferanten herzuleiten.

350 EDEKA rechtfertigt auch die Wahl der historischen Stichtage mit dem Hinweis, dass bereits im Sommer 2007 im Markt über einen Verkauf von Plus spekuliert wurde, sodass die Lieferanten bis zum Vollzug am 01.01.2009 anderthalb Jahre Zeit hatten, um die Plus-Konditionen gegebenenfalls an EDEKA-Konditionen anzupassen. *„Als bloße Gegenmaßnahme zu dieser vorgefährlichen Strategie der Lieferanten wählte EDEKA als ersten Stichtag für den Bestwertabgleich den 1. August 2007.“*³⁰⁰

351 Die Beschlussabteilung sieht diese Argumentation der EDEKA nicht als sachliche Rechtfertigung an. Im Gegenteil bestätigt diese Aussage, dass die Abschreckungswirkung drohender

²⁹⁹ Siehe Bl. 2500 d. Verfahrensakte.

³⁰⁰ Siehe Bl. 2500 d. Verfahrensakte.

Fusionen aufgrund der Gefahr der Aufdeckung besserer Einzelkonditionen für kleinere LEHs funktioniert. Die Tatsache, dass zwischen den ersten Gerüchten um eine Übernahme und dem endgültigen Vollzug oftmals ein längerer Zeitraum liegt, stellt ein typisches Risiko des Erwerbers dar. Eine Anpassung der Hersteller-Konditionen mit dem kleineren LEH-Unternehmen während dieses Zeitraums entspricht dem unternehmerischen Interesse und der Handlungsfreiheit der Hersteller und darf nicht nachträglich durch den marktmächtigen Erwerber sanktioniert werden. Nach Auffassung der Beschlussabteilung kann allenfalls der Tag des Vollzugs oder ein unmittelbar damit zusammenhängender Stichtag als Vergleichsmaßstab für die Konditionen gewählt werden.

352 Aus den Asservaten lässt sich nicht eindeutig herleiten, ob die festgestellte Preisdifferenz vom aktuell geltenden Einkaufspreis der EDEKA abgezogen wurde oder ob der Einkaufspreis tatsächlich für das gesamte EDEKA-Volumen auf den festgestellten historischen Plus-Preis abgesenkt werden sollte. Bei einer Absenkung auf den historischen Plus-Preis wären zudem die in der Zwischenzeit möglicherweise erfolgten Preiserhöhungen ignoriert und der Preis (auch für die nachfolgenden Jahresgespräche!) auf das niedrigere alte Niveau zurückgesetzt worden.

3.2.3.5.) Rückwirkende Forderung

353 Die Angleichung an den Plus-Bestwert wurde – nach den Erkenntnissen der Beschlussabteilung aus den Asservaten und Zeugenvernehmungen - grundsätzlich ab 01.01.2009 gefordert.³⁰¹ Aufgrund der bilateralen Gespräche wurden die einzelnen Lieferanten zu unterschiedlichen Zeitpunkten zum ersten Mal (mündlich) mit den Forderungen der EDEKA konfrontiert. Der Schwerpunkt der Sonderverhandlungen lag ausweislich der Asservate jedoch im März 2009, der Abschluss der meisten Sonderverhandlungen erfolgte danach im April 2009. Hieraus ergibt sich, dass sowohl die Aufforderung als auch die Veranlassung zur Gewährung des Bestwertabgleichs deutlich nach dem 01.01.2009 erfolgten und insofern rückwirkende Geltung hatten. Ein weiterer Beleg für die Rückwirkung der Forderung ist die Tatsache, dass im Rahmen des Bestwertabgleichs zumindest mit einigen Lieferanten Ausgleichzahlungen für den Zeitraum zwischen 01.01.2009 und dem Zeitpunkt des Verhandlungsabschlusses vereinbart wurden.

354 Auch wenn eine Rückwirkung der Forderung bzw. Veranlassung gegenüber dem Zeitpunkt der Freigabeentscheidung bzw. des tatsächlichen Vollzugs des Zusammenschlusses - die im Fall „Metro Konditionenanpassung“ (a.a.O.) vom BGH als ein Verstoß gegen § 20 Abs. 3 GWB (1999) bewertet wurde - im vorliegenden Fall nicht gegeben war, fehlt es nach Auffassung der

Beschlussabteilung auch hier an der sachlichen Rechtfertigung. Da auch die übrigen Forderungen der EDEKA rückwirkend zum 01.01.2009 gelten sollten, wird dieser Aspekt im Abschnitt II. E 3.9.) zusammenfassend bewertet.

3.3.) Anpassung der Zahlungsziele

- 355 Bei den Zahlungszielen forderte EDEKA in den Fällen, in denen Plus zuvor längere Zahlungsziele eingeräumt wurden, von vielen Lieferanten eine entsprechende Verlängerung für das gesamte von EDEKA beschaffte Sortiment. Eine lieferantenbezogene Prüfung dahingehend, ob sonstige Bestandteile des bisherigen Plus-Konditionenpakets diesen (vermeintlichen) Vorteil relativieren könnten, führte EDEKA nicht durch. Das Zahlungsziel sollte dauerhaft angepasst werden. Gegenleistungen wurden den Lieferanten nicht angeboten.
- 356 Ausweislich der Meldeblätter in den Asservaten 20 und 21 wurde eine Verlängerung der Zahlungsziele mindestens gegenüber 226 Lieferanten aus den Bereichen Food/Nonfood (ohne Investitionsgüter) durchgesetzt.
- 357 Nach Auffassung der Beschlussabteilung liegt insbesondere aufgrund des isolierten „Herauspickens“ dieser für die Lieferanten sehr wichtigen Einzelkondition ohne Berücksichtigung des restlichen Konditionenpakets kein sachlich gerechtfertigter Grund für diese Forderung vor.

3.3.1.) Vorbereitung / Berechnung

- 358 Die Verlängerung der EDEKA-Zahlungsziele war ebenso wie der Bestwertabgleich von Anfang an ein fester Bestandteil in der Vorbereitung der Sonderverhandlungen und wurde ebenfalls schon im August 2007 thematisiert.³⁰² Ziel war auch hier ein „Bestwertabgleich“, d.h. eine Anpassung der Zahlungsziele für die gesamte EDEKA-Gruppe gegenüber den Lieferanten, die Plus in der Vergangenheit ein längeres Zahlungsziel eingeräumt hatten. Die neuen Zahlungsziele sollten den Lieferanten „*mit sofortiger Wirkung!*“ gemeldet und deren „*Umsetzung [...] sofort durch die Zentralregulierung vorgenommen*“ werden.³⁰³ Für das Anschreiben an die Lieferanten wurden im Vorfeld drei verschiedene Textbausteine formuliert.
- 359 Mit einem Serienbrief vom 22.01.2009 bzw. einer korrigierten Fassung vom 26.01.2009 schrieb EDEKA eine Vielzahl von Lieferanten an, informierte diese über die Genehmigung der Plus-

³⁰¹ Vgl. Folien im Abschnitt II. F 3.1.).

³⁰² Ass. 4, Bl. 234

Übernahme durch das Bundeskartellamt und kündigte eine schrittweise Umstellung der Rechnungsabwicklung auf die EDEKA-Zentrale an. In den letzten beiden Absätzen des Serienschreibens an die Lieferanten heißt es dann: „*Wir werden allerdings sofort eine Angleichung des Zahlungsziels vornehmen, da wir technisch nicht in der Lage sind, unterschiedliche Zahlungsziele zu handhaben. Ihre Zustimmung vorausgesetzt, wird das zwischen Ihnen und der Plus Warenhandels GmbH ohnehin vereinbarte Zahlungsziel von [XXX] Tagen mit sofortiger Wirkung einheitlich eingestellt. Alle sonstigen zwischen uns vereinbarten Vertragsbestandteile bleiben von dieser Änderung unberührt.*“³⁰⁴ In der ersten (später korrigierten) Fassung des Serienbriefes vom 22.01.2009 hieß es noch: „[...] *Wir möchten Sie daher bitten, das zwischen Ihnen und der Plus [...] vereinbarte Zahlungsziel [...] mit sofortiger Wirkung bei Ihren Lastschriften einheitlich anzuwenden.*“³⁰⁵ Die Länge des neuen Zahlungsziels variierte dabei je nach Lieferant, ausweislich der Asservate wurden neue Zahlungsziele von bis zu [...] Tagen festgelegt.³⁰⁶ Die geforderte Verlängerung betrug nach den Erkenntnissen der Beschlussabteilung in einigen Fällen über 50 % gegenüber dem alten Zahlungsziel.

360 Aus der Korrespondenz in den Asservaten 109 – 111 ergibt sich, dass viele Lieferanten dieser einseitigen Festlegung eines neuen (verlängerten) Zahlungsziels widersprachen. Die Lieferanten wiesen insbesondere darauf hin, dass Zahlungsziele und –konditionen Bestandteil eines Konditionenpakets sind und einseitige Anpassungen einzelner Konditionenbestandteile nicht akzeptiert werden können und verwiesen auf die aktuell bestehende und gültige Jahresvereinbarung.³⁰⁷ Daneben beanstandeten einige Lieferanten, dass das für Plus benannte Zahlungsziel nicht korrekt bzw. veraltet sei oder dass das verlängerte Zahlungsziel mit einem (nur für das alte Zahlungsziel geltenden) Skontoabzug kombiniert wurde.³⁰⁸

361 Trotz dieser Widersprüche nahm EDEKA offenbar die Umstellung der Zahlungsziele vor, was erneut zu zahlreichen Protesten sowie zu Rückforderungen seitens einiger Lieferanten führte.³⁰⁹

³⁰³ IT-Ass. 5, S. 1 ff.

³⁰⁴ Vgl. z.B. Schreiben an Berentzen vom 26.01.2009, Ass. 109, Blatt 32; Schreiben an Haribo vom 26.01.2009, Ass. 110, Blatt 37; Schreiben an Merci vom 26.01.2009, Ass. 110, Blatt 348. Als Begründung für die Anpassung des Zahlungsziels war in zwei weiteren „Musterschreiben“ alternativ auch die „Gleichbehandlung aller unserer Abnehmer“ (gemeint sind EDEKA/Netto/Plus) bzw. die Vermeidung des Eindrucks einer „Diskriminierung des Vollsortimenters gegenüber den Discounter“ durch den Lieferanten benannt worden. Vgl. Ass. 43, Blatt 7 bzw. Blatt 8.

³⁰⁵ Vgl. z.B. Schreiben an Haribo vom 22.01.2009, Ass. 110, Bl. 38.

³⁰⁶ Vgl. Schreiben Birkel vom 11.03.2009, Ass. 109, Bl. 62.

³⁰⁷ Vgl. z.B. Schreiben Haribo vom 28.01.2009, Ass. 110, Blatt 39; Schreiben Berentzen vom 09.02.2009, Ass. 109, Bl. 33; Schreiben Zentis vom 10.02.2009, Ass. 111, Bl. 378

³⁰⁸ Vgl. z.B. Schreiben Birkel vom 11.03.2009, Ass. 109, Bl. 62; Schreiben Griesson vom 16.03.2009, Ass. 109, Bl. 440.

³⁰⁹ Vgl. z.B. Schreiben Haribo vom 09.03.2009 und vom 30.03.2009, Ass. 110, Bl. 31 f. und Bl. 16 f.; Schreiben Berentzen vom 16.03.2009, Ass. 109, Bl. 34.

362 Gleichzeitig hatten sich einige Lieferanten aufgrund der EDEKA-Forderung an den Markenverband gewandt, der daraufhin am 20.03.2009 beim Landgericht Hamburg Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung stellte.³¹⁰ Mit Beschluss vom 23.03.2009 verbat das Landgericht Hamburg im Wege der einstweiligen Verfügung der EDEKA, „Lieferanten dazu aufzufordern [...], ihr in Abweichung von bestehenden vertraglichen Regelungen längere Zahlungsziele einzuräumen und diese Änderung dadurch zu erzwingen, dass die von ihr geforderten Zahlungsziele trotz Widerspruchs der Lieferanten in Anspruch genommen werden.“³¹¹ EDEKA legte zunächst Widerspruch gegen den Beschluss ein, letztlich wurde jedoch eine außergerichtliche Einigung mit dem Markenverband erzielt.³¹²

363 Zur gleichen Zeit hatte die EDEKA ihre Forderung nach einer Verlängerung des Zahlungsziels jedoch bereits in den bilateralen Gesprächen mit den einzelnen Lieferanten formuliert und damit in die allgemeinen Sonderverhandlungen integriert.

3.3.2.) Konkrete Forderungen gegenüber abhängigen Lieferanten

364 Nachfolgend werden die konkreten Forderungen der EDEKA im Zusammenhang mit dem Zahlungsziel für die vier oben beispielhaft als abhängig identifizierten Unternehmen dargestellt.

3.3.2.1.) Rotkäppchen-Mumm

365 Gegenüber Rotkäppchen-Mumm wurde in den Sonderverhandlungen keine Verlängerung der Zahlungsziele thematisiert, da die Zahlungsziele bei Plus und bei EDEKA zuvor einheitlich [...] Tage betragen hatten.³¹³

3.3.2.2.) Henkell

366 Das Unternehmen Henkell wurde mit Schreiben vom 22.01.2009 zur Anpassung des bis dahin geltenden Zahlungsziels (für Netto) von [...] Tagen an das bis dahin für Plus geltende Zahlungsziel von [...] Tagen aufgefordert.³¹⁴

³¹⁰ Bl. 218 ff d. Verfahrensakte.

³¹¹ Beschluss des Landgerichts Hamburg vom 23.03.2009, AZ 315o 128/09, Bl. 228 d. Verfahrensakte.

³¹² Vgl. Bl. 235 ff. d. Verfahrensakte.

³¹³ Vgl. u.a. Zeugenaussage Rotkäppchen-Mumm, Bl. 1038 d. Verfahrensakte.

³¹⁴ Bl. 960 d. Verfahrensakte.

367 Henkell widersprach der „*isolierten Betrachtung der Position Zahlungsziel*“ mit Schreiben vom 30.01.2009 und wies ausdrücklich auf die „*bereits offen gelegten Gesamtkonditionenvorteile in erheblicher Höhe*“ hin, worin nach Auffassung von Henkell „*selbstverständlich der Konditionsbestandteil ‚Zahlungsziel‘ enthalten*“ sein sollte.³¹⁵ In dem Gespräch zwischen EDEKA und Henkell am 09.03.2009 wurde die Forderung nach einer Anpassung an das Plus-Zahlungsziel von [...] Tagen seitens EDEKA erneut aufgestellt.

368 Laut EDEKA-Meldeblatt 2009 für Henkell vom 06.04.2009 (siehe Abschnitt II. F 3.7.) erfolgte letztlich eine Verlängerung des Zahlungsziels um [...] auf [...] Tage. Im Rahmen der Zeugenvernehmung wies Henkell allerdings darauf hin, dass mit der Verlängerung auch ein tatsächlicher Zahlungseingang nach [...] Tagen vereinbart wurde, was letztlich dem bereits zuvor von EDEKA praktizierten Zahlungsziel entsprach.

3.3.2.3.) Freixenet

369 Mit Schreiben vom 22.01.2009 hatte EDEKA gegenüber Freixenet – unter Hinweis auf die „*Gleichbehandlung aller unserer Abnehmer*“ (gemeint sind wohl EDEKA/Netto/Plus) – die Verlängerung des bis dahin geltenden Zahlungsziels von [...] Tagen auf das Plus-Zahlungsziel von [...] Tagen sowie dessen sofortige Anwendung gefordert.³¹⁶

370 Diese Forderung wurde in gleicher Höhe auch im bilateralen Gespräch zwischen EDEKA und Freixenet am 17.02.2009 aufgestellt (siehe Abschnitt II. F 3.1.) Lt. Zeugenaussage von Freixenet wurde die Forderung nicht verhandelt und auch keine Gegenleistung in Aussicht gestellt. Per E-Mail vom 02.03.2009 widersprach Freixenet der Forderung: „*Wie bereits in dem Gespräch vor Ort besprochen, werden wir nicht eine Teilposition aus einer Konditionsvereinbarung mit Plus herauslösen und diese ungeachtet eines extrem hohen Einkaufsvorteils Ihrerseits gegenüber der Fa. Plus weiterführen. Darüber hinaus haben wir nach Prüfung des Sachverhalts festgestellt, dass Sie als Edeka-Gruppe im Durchschnitt [...] Tage später bezahlt haben als vereinbart. Wir bitten Sie daher, zu Ihrer vertraglichen Verpflichtung zurückzukehren und den vereinbarten Zahlungseingang von [...] Tagen nach Warenlieferung sicherzustellen.*“³¹⁷

371 Letztendlich hat Freixenet die Forderung nach Verlängerung des Zahlungsziels in voller Höhe akzeptiert, gleichzeitig jedoch verlangt, dass EDEKA uneingeschränkt die Einhaltung dieses

³¹⁵ Bl. 959 d. Verfahrensakte.

³¹⁶ Bl. 1155 d. Verfahrensakte.

³¹⁷ Ass. 97, Bl. 76.

Zahlungsziels vertraglich zusichert und gleichzeitig Verzugszinsen ab dem 1. Tag der Überschreitung des Zahlungsziels festgeschrieben werden.³¹⁸ Ob eine derartige vertragliche Zusage bzw. Festschreibung tatsächlich erfolgte und eingehalten wurde, ist nicht bekannt.

3.3.2.4.) Schloss Wachenheim

372 Gegenüber Schloss Wachenheim hatte EDEKA mit dem erwähnten Serienbrief vom 22.01.2009 eine Verlängerung des Zahlungsziels von [...] auf [...] Tage gefordert.³¹⁹ In diesem Schreiben wurde die dritte Formulierungsvariante der EDEKA verwendet: *„Um zu vermeiden, dass der Eindruck entsteht, dass Sie eine Diskriminierung des Vollsortimenters gegenüber dem Discounter vornehmen, ist es erforderlich, das bisher zwischen der Plus [...] und Ihnen vereinbarte Zahlungsziel auf alle Abnehmer anzupassen. Ihre Zustimmung vorausgesetzt, werden wir mit sofortiger Wirkung das Zahlungsziel von [...] Tagen bei der Regulierung Ihrer Rechnungen anwenden.“*

373 Die Forderung wurde in gleicher Höhe auch beim bilateralen Gespräch zwischen EDEKA und Schloss Wachenheim am 11.02.2009 aufgestellt (siehe Abschnitt II. F 3.1.). Lt. Zeugenaussage hat Schloss Wachenheim der Forderung zunächst widersprochen, sie letztlich jedoch akzeptiert unter Hinweis darauf, dass der *„Zahlungseingang Schloss Wachenheim spätestens [...] Tage nach dem Rechnungseingang EDEKA“* erfolgen müsse.³²⁰

3.3.3.) Wettbewerbliche Beurteilung / sachliche Rechtfertigung

3.3.3.1.) Länge des Zahlungsziels

374 Die Gewährung eines langen Zahlungsziels stellt für ein Handelsunternehmen letztlich einen Lieferantenkredit dar, der je nach betroffenem Umsatzvolumen und je nach Länge des Zahlungsziels eine beträchtliche finanzielle Bedeutung erlangen kann. Die sachliche Rechtfertigung eines Zahlungsziels ist nach Auffassung der Beschlussabteilung insbesondere dann fraglich, wenn die Länge des Zahlungsziel über die durchschnittliche Verweildauer des betreffenden Artikels im Handel erheblich hinausgeht, wenn also ein Artikel erst dann beim Lieferanten bezahlt werden muss, wenn der Handel den Artikel selbst bereits verkauft hat.

³¹⁸ Ass. 97, Bl. 68

³¹⁹ Bl. 1245 d. Verfahrensakte.

³²⁰ Ass. 97, Bl. 534.

- 375 Insbesondere während der Ermittlungen der Beschlussabteilung in der Sektoruntersuchung Milch (B2-19/08) hatten Molkereien vorgetragen, dass die Zahlungsziele nicht nur immer länger werden, sondern auch die tatsächliche Verweildauer der betroffenen Produkte in den Regalen des Lebensmitteleinzelhandels erheblich übersteigen. Bei der Beurteilung des Zahlungsziels ist zudem zu berücksichtigen, dass das tatsächliche Zahlungsziel - also der Zeitraum zwischen Gefahrenübergang des Artikels und Eingang der Zahlung beim Lieferanten – häufig noch über das formale (vereinbarte) Zahlungsziel hinausgeht, weil Handelsunternehmen nicht fristgerecht zahlen.³²¹
- 376 In anderen Ländern hat diese Praxis der Handelsunternehmen bereits zu einer gesetzlichen Regelung der Zahlungsziele geführt. So ist beispielsweise in Großbritannien für Händler ab einer bestimmten Umsatzgröße ein Zahlungsziel von maximal 30 Tagen vorgeschrieben. In Italien gilt eine Beschränkung für verderbliche Lebensmittel auf 30 Tage und für andere Lebensmittel auf 60 Tage. In Frankreich gilt ein gesetzliches Zahlungsziel von 30 Tagen, das vertragliche Zahlungsziel darf maximal 60 Tage oder 45 Tage bis Monatsende betragen. Auf europäischer Ebene existiert ebenfalls eine Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr.³²²
- 377 Auch wenn im vorliegenden Fall teilweise Hinweise auf lange Zahlungsziele und regelmäßige Überschreitungen der vereinbarten Zahlungsziele vorhanden sind, stehen die Länge des Zahlungsziels bzw. das Verhältnis von (tatsächlichem) Zahlungsziel zu durchschnittlicher Verweildauer eines Artikels hier nicht im Fokus der Untersuchung.³²³ Die Beschlussabteilung konzentriert sich vorliegend vielmehr auf die Form der Forderung.

3.3.3.2.) „Rosinenpicken“

- 378 Die flächendeckende, einseitige Forderung längerer Zahlungsziele in Abweichung von bestehenden vertraglichen Regelungen und die Erzwingung dieser Änderung durch Inanspruchnahme dieser Zahlungsziele trotz Widerspruchs der Lieferanten wurde durch das Landgericht Hamburg im Wege der einstweiligen Verfügung verboten. Dieses von der EDEKA durch

³²¹ Ass. 44, Bl. 1 ff. enthält eine EDEKA-interne Gegenüberstellung der „vertraglichen“, der „praktizierten“, der „geforderten“ und der vom Vorstand „genehmigten“ Zahlungsziele der EDEKA bei verschiedenen Lieferanten. Danach ergibt sich, dass schon vor den Sonderverhandlungen bei zahlreichen Lieferanten das vereinbarte Zahlungsziel grundsätzlich nicht eingehalten und teilweise um mehr als [...] % überschritten wurde.

³²² Siehe Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.02.2011 (ABl. L 48 vom 23.02.2011). Das maximale Zahlungsziel im allgemeinen Geschäftsverkehr soll zukünftig in Deutschland auf 60 Tage begrenzt werden.

³²³ Welche Rolle die tatsächlichen Zahlungsziele im Gesamtkonditionengefüge einer Vereinbarung zwischen LEH und Lieferanten spielen, wird in der aktuellen Sektoruntersuchung LEH des Bundeskartellamtes näher untersucht.

ihre ursprünglichen Schreiben vom 22. bzw. 26.01.2009 praktizierte Vorgehen stellte nach Auffassung der 2. Beschlussabteilung einen Verstoß gegen § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB dar.

379 Aufgrund der gerichtlichen Entscheidung formulierte EDEKA ihre Forderungen nach Verlängerung des Zahlungsziels anschließend (überwiegend wohl in unveränderter Höhe) im Rahmen der allgemeinen Sonderverhandlungen. Auf diese Weise wurde die Verlängerung des Zahlungsziels Gegenstand der bilateralen Verhandlung und auch Teil des Gesamtpakets. Die Tatsache, dass es sich um eine flächendeckende, einseitige Forderung der EDEKA handelte, blieb jedoch bestehen.

380 Die längeren Zahlungsziele für Plus resultierten lt. Zeugenaussage noch aus der Zeit, als die Branntweinsteuer erst zwei bis drei Monate nach Auslieferung abgeführt werden musste.³²⁴ Das längere Zahlungsziel wurde danach bei Plus (im Gegensatz zu anderen Handelsunternehmen) später beibehalten – zulasten anderer Konditionen für Plus. Diese Erläuterung macht deutlich, dass die Hersteller - zumindest in der Vergangenheit - den verschiedenen Handelsunternehmen durchaus unterschiedliche Konditionen gewährt und teilweise auch Zugeständnisse zur „Stützung“ kleinerer Handelsunternehmen gemacht haben.

381 Eine Gegenleistung war mit der Verlängerung des Zahlungsziels nicht verbunden. EDEKA konnte sich durch das gezielte „Herauspicken“ dieser bei Plus gerade besonders guten Kondition in Kombination mit der Beibehaltung der eigenen guten Konditionen (z.B. Skontoabzug bei frühzeitiger Zahlung) sowie dem Bestwertabgleich und den weiteren Forderungen ein optimales Konditionenpaket zusammenstellen, das nicht nur deutlich besser war als das bisherige EDEKA-Paket, sondern auch deutlich besser als das bisherige Plus-Paket. Hinzu kommt, dass ein längeres Zahlungsziel für das Plus-Beschaffungsvolumen für die Lieferanten eine völlig andere finanzielle Bedeutung hatte als ein längeres Zahlungsziel für das - im Durchschnitt zehnmal größere – neue Gesamtbeschaffungsvolumen von EDEKA und Plus.

382 Eine sachliche Rechtfertigung für dieses „Rosinenpicken“ bei den Konditionen ist nicht ersichtlich. Gleiches gilt für den mit dem Herauspicken verbundenen Eingriff in die laufenden geltenden Lieferantenverträge. Die Tatsache, dass EDEKA aufgrund der Plus-Übernahme die Möglichkeit zur Offenlegung und zum Vergleich der Konditionen hatte, stellt jedenfalls keine sachliche Rechtfertigung für das Vorgehen dar. Ebenso liefert der Umstand, dass EDEKA die

³²⁴ Vgl. Zeugenvernehmung Eckes-Granini, Bl. 800 d. Verfahrensakte.

eigenen Zahlungsziele in der Vergangenheit zum Teil nicht eingehalten hat und insofern die Verlängerung des (vereinbarten) Zahlungsziels für einige Lieferanten (wie z.B. Henkell) im Ergebnis keine Verschlechterung darstellte, keine sachliche Rechtfertigung der Forderung.

383 In ihrer Stellungnahme weist EDEKA lediglich darauf hin, dass bei den Sektherstellern im Ergebnis nur eine „moderate“ Anpassung der Zahlungsziele „an die vertragliche Praxis zwischen den Parteien“ erfolgte und im Übrigen die Forderung nach Anpassung einzelner Konditionen wettbewerbskonform sei.³²⁵ Unter Berücksichtigung der obigen Bewertung der Zahlungsziele vermögen diese Argumente der EDEKA im Hinblick auf die sachliche Rechtfertigung nicht zu überzeugen.

3.4.) „Synergiebonus“

384 Ein rückwirkender, dauerhafter „Synergiebonus“ in Höhe von 0,5 % des Gesamtumsatzes eines Lieferanten mit EDEKA und Plus wurde seitens EDEKA mit der Begründung gefordert, dass den Lieferanten aus der Übernahme der Plus-Märkte Synergieeffekte entstünden. In keinem Fall wurden gegenüber den Lieferanten konkrete Vorteile oder Gegenleistungen für diese Forderung benannt.

385 Ausweislich der Meldeblätter in den Asservaten 20 und 21 wurde der Synergiebonus mindestens gegenüber 216 Lieferanten aus den Bereichen Food/Nonfood (ohne Investitionsgüter) durchgesetzt.

386 Nach Auffassung der Beschlussabteilung war diese Forderung schon deshalb sachlich nicht gerechtfertigt, weil für die Lieferanten aufgrund der Übernahme keine messbaren Synergievorteile zu erwarten waren. Auch wenn einzelne Lieferanten mit Bezug auf diese Forderung zusätzliche Werbeaktionen oder Listungen aushandeln konnten, standen diese in keinem sachlichen Zusammenhang zur dauerhaften Forderung des Synergiebonus und stellten damit ebenfalls keinen sachlich gerechtfertigten Grund dar.

3.4.1.) Vorbereitung / Berechnung

387 Bereits im April 2008 wurde auf einer Klausursitzung der EDEKA-Geschäftsbereichsleiter (GBL) die Forderung eines Synergiebonus in Höhe von 0,5 % (Limit: 0.25 %) des Gesamtumsatzes

³²⁵ Siehe Bl. 2501 f. d. Verfahrensakte.

eines Lieferanten mit EDEKA und Plus in 2007 festgelegt.³²⁶ Auf der Sitzung am 05.01.2009 wurde dann die Strategie für den Synergiebonus besprochen.³²⁷ Die Forderung sollte gegenüber den Lieferanten damit begründet werden, dass diesen zukünftig Synergien aus der gemeinsamen Abwicklung des Volumens von Plus und EDEKA entstünden und die Komplexität in der Zusammenarbeit reduziert würde. Auf die Frage, wie mit Lieferanten umzugehen sei, die bei Plus gelistet waren aber bei Netto nicht vorgesehen sind, wurde in der Sitzung die Antwort formuliert: „Im Vorfeld der geplanten Auslistung eines Lieferanten ist Synergiebonus auf den Umsatz zu erheben (Bewährungs-Chance)“. Der Synergiebonus wurde dauerhaft gefordert und stellte damit eine grundsätzliche Konditionenverbesserung dar, die auch für sämtliche nachfolgenden Jahresverhandlungen galt.

0033

Handbuch Marken 3. Synergiebonus

 **3. Synergiebonus: Argumentation**

Kernfragen	Schlussfolgerung
Wie entwickelt sich das EK-Volumen des Lieferanten mit Edeka nach der Plus Integration?	➔ Es entstehen Synergien aus der gemeinsamen Abwicklung des Volumens von Plus und Edeka
Welche Arten von Synergien entstehen für den Lieferanten aus der Plus-Integration?	➔ Insgesamt geringere Komplexität für den Lieferanten in der Zusammenarbeit, da alle Verhandlungen künftig an einer Stelle
Welche Lieferanten sind bei Plus gelistet, aber nicht bei Netto vorgesehen (z.B. Zentis)?	➔ Im Vorfeld der geplanten Auslistung eines Lieferanten ist Synergiebonus auf den Umsatz zu erheben (Bewährungs-Chance)

32

³²⁶ Ass. 48, Blatt 22 und Blatt 3

³²⁷ Das Datum der Präsentationsfolien lautet auf den 23.12.2008 (Ass. 131. Blatt 33 f.).

Handbuch Marken 3. Synergiebonus

0034

3. Synergiebonus: Methodik

Beschreibung

Logik	<ul style="list-style-type: none"> • Lieferanten erzielen Synergien aus gemeinsamer Abwicklung des Volumens von Plus und Edeka • Diese Synergien entstehen u.a. durch geringere Komplexität in der Zusammenarbeit • Ziel ist die dauerhafte Reduktion der EK-Preise auf den gesamten Umsatz der neuen Gruppe (ab 2009)
Berechnung	<ul style="list-style-type: none"> • Basis: gemeinsames EK-Volumen Edeka/Plus • Forderung: 0,50 % • Limit: 0,25 %
Ergebnisse	<ul style="list-style-type: none"> • Forderung und Limit je Lieferant

Beispiel (fiktiv)

Beispiel: Maggi insgesamt

EK-Volumen Edeka	100 Mio. €	
EK-Volumen Plus	20 Mio. €	
Summe EK-Volumen	120 Mio. €	
	Forderung	Limit
Synergiebonus	0,50%	0,25%
Ergebnis	0,6 Mio. €	0,3 Mio. €

3.4.2.) Konkrete Forderungen gegenüber abhängigen Lieferanten

3.4.2.1.) Rotkäppchen-Mumm

388 Gegenüber Rotkäppchen-Mumm wurde im ersten Gespräch der Sonderverhandlungen seitens der EDEKA ein rückwirkender Synergiebonus in Höhe von 0,5 % des gesamten Umsatzes von Rotkäppchen-Mumm mit EDEKA und Plus im Jahr 2007 gefordert (siehe Abschnitt II. F 3.1.). Aufgrund der Umsätze von Rotkäppchen-Mumm entsprach diese Forderung allein für das Jahr 2009 einem Betrag von [...] Euro.³²⁸

389 Mit dem oben bereits zitierten Schreiben vom 20.03.2009 widersprach Rotkäppchen-Mumm dem geforderten Synergiebonus mit der Aussage: „Diese Dauerkondition können wir nicht bedienen. Wir verweisen hier auf wesentliche Konditionsverbesserungen in den Jahresgesprächen 2007 bis 2009.“³²⁹ Nach weiteren Gesprächen mit EDEKA forderte Rotkäppchen-Mumm mit Schreiben vom 02.04.2009 für die Zahlung eines Synergiebonus von 0,5 % „die Durchführung einer zusätzlichen, nationalen Aktion mit [...] in allen Vertriebs-schienen“ sowie den „Erhalt der Sortiments- und Vermarktungsleistungen über das Jahr 2010 hinaus, um die-

³²⁸ Ass. 97, Bl. 512.

³²⁹ Ass. 97, Bl. 503.

sem Dauerbonus auch einen kontinuierlichen Mehrumsatz entgegen stellen zu können“. Darüber hinaus machte Rotkäppchen-Mumm sein gesamtes Gegenangebot von einer „*einvernehmlichen Einigung bei der noch zu verhandelnden [...] Preiserhöhung zum 01. Juli 2009*“ abhängig.³³⁰

390 Letztlich akzeptierte Rotkäppchen-Mumm die geforderte rückwirkende Zahlung eines Synergiebonus in Höhe von [...] % rückwirkend ab 01.01.2009, erhielt dafür jedoch lediglich „*eine zusätzliche Werbung mit [...] in den EDEKA-Regionen und eine Zusatzaktion [...] in allen Netto-/Plus-Regionen*“.³³¹ Zur Forderung der Preiserhöhung schreibt EDEKA im Abschlusschreiben vom 09.04.2009: „*Die von Ihnen angekündigte [...] Preiserhöhung kann nicht mit der Verhandlung Plus Integration verbunden werden. Hier schlagen wir einen separaten Gesprächstermin im Mai vor.*“

391 In der Zeugenvernehmung führte Rotkäppchen-Mumm aus: „*Für den Synergiebonus gibt es [...] keine entsprechende Gegenleistung im Sinne von Kosteneinsparungen. Für RMSK³³² gibt es keine Einsparungen in Folge einer weiteren Konzentration der Nachfrageseite. Im Gegenteil ist die Konzentration der Nachfrage jedenfalls für RMSK nicht mit Vorteilen in den Absatzprozessen verbunden.*“³³³

3.4.2.2.) Henkell

392 Auch gegenüber Henkell hatte EDEKA im ersten Gespräch der Sonderverhandlungen einen Synergiebonus in Höhe von 0,5 % des gesamten Umsatzes, den Henkell im Jahr 2007 mit EDEKA und Plus getätigt hat, gefordert (siehe Abschnitt II. F 3.1.). Dies entsprach für Henkell im Jahr 2009 einem Forderungsbetrag von [...] Euro.³³⁴ Von den seitens Henkell für das Gesamtpaket geforderten Gegenleistungen stand keine in einem sachlichen Zusammenhang zur Argumentation der EDEKA für den Synergiebonus.

³³⁰ Ass. 97, Bl. 501.

³³¹ Ass. 97, Bl. 491.

³³² „RMSK“ steht für Rotkäppchen-Mumm Sektkellereien.

³³³ Bl. 1038 d. Verfahrensakte.

³³⁴ Ass. 97, Bl. 162. Der Umsatz im darauffolgenden Jahr 2008, der oben als Grundlage für die Bewertung der Abhängigkeit herangezogen wurde, betrug aufgrund der dargestellten Differenzen zwischen EDEKA und Henkell lediglich [...].

393 Im Ergebnis einigten sich EDEKA und Henkell auf einen (ab. 01.01.2009 rückwirkend geltenden) Synergiebonus von [...] % auf den gesamten Umsatz, also für das Jahr 2009 einen Betrag von [...], der dem lt. Systematik berechneten Forderungslimit der EDEKA entsprach.³³⁵

394 Henkell sah laut Vernehmung in der Tatsache, dass zukünftig ein Verhandlungspartner wegfalle, für das eigene Unternehmen keinen Synergieeffekt.³³⁶

3.4.2.3.) Freixenet

395 Gegenüber Freixenet forderte EDEKA im ersten Gespräch der Sonderverhandlungen ebenfalls einen rückwirkenden Synergiebonus in Höhe von 0,5 % des gesamten Umsatzes von Freixenet mit EDEKA und Plus im Jahr 2007, was für das Jahr 2009 einem Betrag von [...] Euro entsprach.³³⁷

396 Per E-Mail vom 02.03.2009 lehnte Freixenet die Zahlung eines Synergiebonus ab und führte zur Begründung aus: *„Nach intensiver Prüfung unserer internen Prozesse kommen wir zu dem Schluss, dass uns keinerlei Synergieeffekte in der internen Bearbeitung von Netto/Plus in Zukunft entstehen. Es ist leider umgekehrt. Unsere Kostenbelastung steigt sogar signifikant.“*³³⁸ In der Zeugenvernehmung sagte Freixenet: *„Es ergeben sich keine Kosteneinsparungen im Hinblick auf Logistik/Lieferstrukturen; die Anzahl der LKW bleibt gleich, die gefahrenen Strecken in der Summe auch, unabhängig davon, wieviele Zentralläger angefahren werden müssen. Auch im Hinblick auf Rationalisierungen im Betrieb (z.B. Personaleinsparungen im Vertrieb) ergaben sich keine Kosteneinsparungen, sondern es ergaben sich Umsatzrückgänge durch die für EDEKA günstigeren HAP gegenüber Plus.“*³³⁹

397 Vereinbart wurde zwischen EDEKA und Freixenet letztlich die Zahlung eines Synergiebonus in Höhe von [...] % vom Nettoumsatz. Inwieweit dabei die von Freixenet kritisierte Berechnung des Nettoumsatzes berücksichtigt wurde, ist nicht dokumentiert. Die vereinbarten [...] % entsprachen lt. ursprünglicher EDEKA-Berechnung für das Jahr 2009 einem Betrag von [...] Euro. Im Gegenzug wurde Freixenet die Umwandlung einer nationalen EDEKA Aktion mit [...] in eine „Knüller HZ-Aktion“ in 2009 zugesagt.³⁴⁰

³³⁵ Siehe Abschluss schreiben Henkell vom 21.04.2009 (Ass. 97, Bl. 138)

³³⁶ Bl. 947 d. Verfahrensakte.

³³⁷ Ass. 97, Bl. 100.

³³⁸ Ass. 97, Bl. 75.

³³⁹ Bl. 1116 d. Verfahrensakte.

³⁴⁰ Abschluss schreiben Freixenet vom 14.04.2009 (Ass. 97, Bl. 67).

3.4.2.4.) Schloss Wachenheim

- 398 Wie in den anderen Fällen forderte EDEKA auch gegenüber Schloss Wachenheim einen rückwirkenden, dauerhaften Synergiebonus in Höhe von 0,5 % auf den gesamten Umsatz von Schloss Wachenheim mit EDEKA und Plus im Jahr 2007, was einem Betrag von [...] Euro im Jahr 2009 entsprochen hätte.³⁴¹
- 399 Schloss Wachenheim bot EDEKA mit Schreiben vom 12.03.2009 die Zahlung eines Synergiebonus in Höhe von [...] % an, forderte allerdings eine Berechnung auf Basis der „*um die Sektsteuer bereinigten Netto/Netto Wachenheim Umsätze EDEKA/Netto/Plus*“ unter Berücksichtigung der zuvor seitens EDEKA erfolgten Auslistung der Artikel [...]. Als Gegenleistung für den Synergiebonus forderte Schloss Wachenheim die Freischaltung des Artikels [...] *für die Plus-Märkte Nord/West/Süd*“.³⁴²
- 400 Im Ergebnis wurde ein Synergiebonus in Höhe von [...] % auf den Gesamtumsatz EDEKA/Netto/Plus mit Abrechnung per 31.12.2009 vereinbart. Lt. Berechnung der EDEKA im Meldeblatt entsprach dies für das Jahr 2009 einem Betrag von [...] Euro. Inwieweit bei der Einigung die Forderung von Schloss Wachenheim nach Anpassung der Berechnungsgrundlage berücksichtigt wurde, ist nicht bekannt. Im Gegenzug sagte EDEKA Schloss Wachenheim die geforderte Listung für den Artikel [...] sowie eine nationale Netto/Plus-Kombi-Aktion mit dem Artikel [...] zu.³⁴³
- 401 In der Zeugenvernehmung wies Schloss Wachenheim darauf hin, dass das Unternehmen hinsichtlich der Logistik keinen Synergieeffekt erwarten konnte, „*weil eine erhöhte Bestellmenge pro Lieferung bereits durch die Frachtstaffel abgegolten wird*“.³⁴⁴ Die Argumentation der EDEKA, dass mit der Fusion die Option auf eine entsprechende Umsatzausweitung bestünde, konnte Schloss Wachenheim lt. Zeugenaussage nachvollziehen, wies aber darauf hin, dass eine eventuelle Sortimentsausweitung ja bereits durch den Sortimentserweiterungsbonus abgegolten werden sollte.

³⁴¹ Ass. 97, Bl. 553.

³⁴² Ass. 97, Bl. 540.

³⁴³ Schreiben Schloss Wachenheim vom 21.04.2009 (Ass. 97, Bl. 533).

³⁴⁴ Bl. 1238 d. Verfahrensakte.

3.4.3.) Wettbewerbliche Beurteilung / Sachliche Rechtfertigung

- 402 Die von EDEKA vorgetragene Argumentation der Synergieeffekte aufgrund einer reduzierten Komplexität der Zusammenarbeit entbehrte nach Auffassung der befragten Lieferanten jeder Grundlage und stellt auch aus kartellrechtlicher Sicht keinen sachlich gerechtfertigten Grund für die Forderung eines Synergiebonus dar. Zunächst ist äußerst fraglich, ob einzelnen Lieferanten überhaupt Kosteneinsparungen entstanden sind, da sie überwiegend auch weiterhin mit EDEKA und Tengelmann verhandelt haben und insofern die Zahl ihrer Verhandlungspartner, Jahresgespräche und Abwicklungsprozesse unverändert geblieben ist. Auch hinsichtlich der Logistik hätten sich nur dann Einsparungen ergeben können, wenn die Fusion tatsächlich zu einer Reduzierung der Transportkosten geführt hätte, was von den vernommenen Lieferanten verneint wurde. Soweit größere Bestellmengen zu Einsparungen in der Logistik geführt hätten, wären diese – zumindest nach Aussage von Schloss Wachenheim – bereits durch die vereinbarte Frachtstaffel abgegolten worden, sodass der Synergiebonus in diesem Fall lediglich eine Dopplung von Forderungen darstellte. Sollte es in Einzelfällen dennoch zu (zusätzlichen) Kosteneinsparungen auf Seiten einzelner Lieferanten gekommen sein, wären diese jedoch insbesondere im Vorfeld kaum zu quantifizieren gewesen und auch allenfalls marginal ausgefallen.
- 403 In ihrer Stellungnahme betont EDEKA noch einmal die für die Lieferanten entstehenden Synergien im Vertrieb wegen des (angeblichen) Wegfalls eines Verhandlungspartners.³⁴⁵ Die Logistikkosten der Lieferanten wären aufgrund der Reduktion der zu beliefernden Lager und der damit verbundenen besseren LKW-Auslastung gesunken. Die Beschlussabteilung hätte den Umfang dieser Kosteneinsparungen und einer evt. Abgeltung durch die Frachtstaffel ermitteln müssen. Schließlich wäre aufgrund der seitens der Lieferanten zu erwartenden Umsatzsteigerungen eine Senkung ihrer Fixkosten zu erwarten gewesen, deren Umfang die Beschlussabteilung ebenfalls zu ermitteln gehabt hätte.
- 404 Nach Auffassung der Beschlussabteilung wäre eine derartige Berechnung eventueller, tatsächlicher Kosteneinsparungen auf Seiten der Lieferanten im vorliegenden Fall weder erforderlich noch praktikabel. Dass – wie insbesondere von Freixenet vorgetragen - die Zahl der LKWs und die Länge der gefahrenen Strecken grundsätzlich unverändert bleibt, wenn statt einiger Plus-Zentralläger zukünftig einige EDEKA-Zentralläger häufiger angefahren werden, ist grundsätzlich plausibel. Gleiches gilt für den Hinweis von Schloss Wachenheim, dass evt. Men-

³⁴⁵ Vgl. Bl. 2502 f. d. Verfahrensakte.

genvorteile durch andere Konditionen bereits automatisch an EDEKA weitergegeben bzw. relativiert werden. Allein die potenzielle – zum Zeitpunkt der Forderungen völlig offene - Möglichkeit einer Umsatzsteigerung aufgrund der Plus-Übernahme und damit eventueller mittelfristiger Fixkostensenkungen kann hier nicht als Rechtfertigung für eine sofortige pauschale Verschlechterung der Konditionen angeführt werden. Eine exakte Berechnung und Zuordnung derartiger potenzieller Kosteneffekte wäre angesichts der Komplexität des Konditionengeflechts und der unklaren Kausalitäten weder für Lieferanten noch für die Beschlussabteilung möglich gewesen.

405 Vielmehr wäre die EDEKA in der Pflicht gewesen, zur sachlichen Rechtfertigung ihrer Forderung die Gegenleistungen gegenüber den Lieferanten nachvollziehbar zu begründen und zu berechnen. Eine Umkehr der Beweislast zu Lasten der Kartellbehörde kommt im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung nicht in Betracht (vgl. Abschnitt II. F 2.)).

406 Auch der Markenverband bezweifelt die Entstehung logistischer Synergien im vorliegenden Fall und weist auf die Gefahr einer Doppelvergütung durch automatische Logistikstaffeln und zusätzlichem Synergiebonus hin.³⁴⁶

407 Für die Lieferanten war bei der Fusion entscheidend, dass die Verhandlungsmacht ihres ohnehin schon wichtigsten Abnehmers weiter gestärkt und auf der anderen Seite eine Absatzalternative zur EDEKA (nämlich Tengemann) in ihrer Bedeutung geschwächt wurde. Eine derartige grundsätzliche Verschlechterung der eigenen Verhandlungsposition dürfte evtl. entstehende marginale Kosteneinsparungen bei weitem überwiegen.³⁴⁷

408 Die von den hier befragten Lieferanten für die Zahlung des Synergiebonus ausgehandelten „Gegenleistungen“ in Form von erweiterten Listungen oder zusätzlichen Aktionen wurden zwar teilweise von der EDEKA in reduzierter Form akzeptiert; sie standen jedoch in keinem sachlichen Bezug zur Argumentation des dauerhaft geforderten „Synergiebonus“ und können insofern auch nicht als sachlich gerechtfertigter Grund für die Forderung angesehen werden. Dies gilt nicht zuletzt im Hinblick auf die völlig uneinheitliche Zurechnung der verschiedenen Gegenleistungen zu den einzelnen Forderungen der EDEKA.

³⁴⁶ Vgl. Bl. 2794 d. Verfahrensakte.

³⁴⁷ Auch im Rahmen der ersten Abfrage zur Sektoruntersuchung LEH zum Thema Einkaufskooperationen gaben diejenigen Hersteller, die in der Bündelung des Einkaufs für mehrere Händler überhaupt Abwicklungsvorteile sahen, regelmäßig an, dass diesen Nachteile aufgrund der erhöhten Abhängigkeit bzw. der Verhandlungsmacht des jeweiligen Händlers gegenüberstehen (vgl. Anlagenband „Sektoruntersuchung LEH“).

- 409 Auch die Heranziehung des gesamten Jahresumsatzes eines Lieferanten mit EDEKA und Plus in 2007 als Berechnungsbasis ist nach Auffassung der Beschlussabteilung sachlich nicht gerechtfertigt, da sich ein eventueller Abwicklungsvorteil allenfalls für den zukünftig von EDEKA mitverhandelten, bisherigen Plus-Umsatz hätte ergeben können.
- 410 Nach Auffassung der REWE war diese Berechnungsgrundlage hingegen korrekt gewählt, da sich Synergieeffekte und Abwicklungsvorteile immer erst nach Integration des übernommenen Unternehmens und dann für den Gesamtumsatz eines Lieferanten ergeben würden.³⁴⁸
- 411 Zusammenfassend ist die Beschlussabteilung der Auffassung, dass bei der Forderung des Synergiebonus weder die Begründung der EDEKA, noch die Höhe des geforderten Prozentsatzes, noch der Bezug auf den Gesamtumsatz der Lieferanten mit EDEKA und Plus sachlich gerechtfertigt war. Die von den Lieferanten teilweise individuell ausgehandelten Gegenleistungen standen in keinen sachlichen Zusammenhang zur Forderung. Der Synergiebonus scheint vielmehr auf die übrigen Forderungen aufgesetzt worden zu sein, um zusätzliche Zahlungen von den Lieferanten zu erhalten. Hierzu passen auch die Aussagen von EDEKA in der o.g. Sitzung: *„Ziel [des Synergiebonus] ist die dauerhafte Reduktion der EK-Preise auf den gesamten Umsatz der neuen Gruppe (ab 2009)“* sowie (in Bezug auf Lieferanten, die bei Netto nicht mehr gelistet werden sollten): *„Im Vorfeld der geplanten Auslistung eines Lieferanten ist Synergiebonus auf den Umsatz zu erheben (Bewährungs-Chance)“*.

3.5.) „Partnerschaftsvergütung“

- 412 Als Begründung für die Forderung einer „Partnerschaftsvergütung“ in Höhe von 4 % auf den bisherigen Plus-Umsatz eines Lieferanten für die Jahre 2009 und 2010 wies EDEKA allgemein auf die höhere Attraktivität der neuen Filialen und den größeren Aktionsanteil von Netto hin. In keinem Fall wurden den Lieferanten konkret resultierende Vorteile gegenüber ihren bisherigen Leistungen oder Aktionen bei Plus benannt oder angeboten.
- 413 Ausweislich der Meldeblätter in den Asservaten 20 und 21 wurde die Partnerschaftsvergütung mindestens gegenüber 305 Lieferanten aus den Bereichen Food/Nonfood (ohne Investitionsgüter) durchgesetzt.

³⁴⁸ Vgl. Bl. 2858 d. Verfahrensakte.

414 Die Beschlussabteilung sieht weder in der (möglichen) höheren Attraktivität noch in einem (möglichen) größeren Aktionsanteil von Netto einen sachlich gerechtfertigten Grund für die Forderung einer Partnerschaftsvergütung. Eventuelle, zu einem späteren Zeitpunkt hieraus resultierende Vorteile für die Lieferanten wiesen weder einen konkreten sachlichen Bezug zur Forderungen auf noch waren sie dem Grunde oder der Höhe nach für die Lieferanten nachvollziehbar. Gleiches gilt für die Fälle, in denen die Lieferanten konkrete zusätzliche Aktionen oder andere „Gegenleistungen“ für die Partnerschaftsvergütung verlangten und (teilweise) durchsetzen konnten, da auch diese weder dem Grunde noch der Höhe nach in einem klaren Zusammenhang zur Forderung standen.

3.5.1.) Vorbereitung / Berechnung

415 Die Forderung der Partnerschaftsvergütung diene nach den Vorstellungen der EDEKA der „*partnerschaftlichen Unterstützung von EDEKA bei der Übernahme und Integration von Plus*“.³⁴⁹ Gegenüber den Lieferanten sollte argumentiert werden, dass diese an der Wiederherstellung der Attraktivität der ehemaligen Plusfilialen durch die schnelle Umsetzung des Netto-Konzepts beteiligt werden sollen und dass der höhere Aktionsanteil bei Netto den Lieferanten Zusatzumsätze ermöglicht. Die Partnerschaftsvergütung sollte für die Jahre 2009 und 2010 statt einer Leistungsgebühr für die „neuen“ Netto-Filialen gefordert werden (Basis: „leere Filialen“). Die jeweils geforderte Summe betrug 4 % des Plus-EK-Volumens eines Lieferanten, das interne Limit der EDEKA lag bei 3 %.³⁵⁰ Obwohl die Partnerschaftsvergütung nur von solchen Lieferanten gefordert wurde, die (auch) bei Plus bereits gelistet waren, sollten diese folglich so gestellt werden, als würden sie in den „neuen“ Netto-Filialen erstmalig gelistet. Auf die Frage, was mit Lieferanten geschehen solle, die zwar zuvor bei Plus gelistet, für Netto jedoch nicht vorgesehen waren, wurde in der EDEKA-Präsentation als Antwort formuliert: „*Vor Auslistung des Lieferanten ist Partnerschaftsvergütung auf diesen Umsatz zu erheben*“.

³⁴⁹ Ass. 131, Blatt 37 f.

³⁵⁰ Ass. 131, Blatt 38.

0037

Handbuch Marken 4. Partnerschaftsvergütung

4. Partnerschaftsvergütung: Argumentation

Kernfragen	Schlussfolgerung
Wie hat sich der Umsatz des Lieferanten in den Plus-Filialen entwickelt gegenüber den Vorjahren?	➔ Beteiligung der Lieferanten an der Wiederherstellung der Attraktivität der ehemaligen Plus-Filialen durch schnelle Umsetzung Netto-Konzept
Wie hoch ist der Aktionsanteil beim bisherigen Umsatz des Lieferanten mit Plus?	➔ Netto hat einen deutlich höheren Aktionsanteil, der dem Lieferanten Zusatzumsätze ermöglicht
Wie schnell werden die Plus-Filialen auf das Netto-Konzept umgestellt?	➔ Partnerschaftsvergütung wird gefordert für 2009 und 2010, also für die Dauer der Umstellung der Filialen
Welche Lieferanten sind bei Plus gelistet, aber nicht bei Netto vorgesehen (z.B. Zentis)?	➔ Vor Auslistung des Lieferanten ist Partnerschaftsvergütung auf diesen Umsatz zu erheben

36

0038

Handbuch Marken 4. Partnerschaftsvergütung

4. Partnerschaftsvergütung: Methodik

Beschreibung	Beispiel (fiktiv)												
<div style="border: 1px solid gray; padding: 5px; margin-bottom: 5px;"> Logik <ul style="list-style-type: none"> • Partnerschaftliche Unterstützung von Edeka bei der Übernahme und Integration von Plus • Logik der Übernahme: Plus wird auf das Netto-Konzept umgestellt, Basis sind "leere Filialen" • Statt Listungsgebühr für die neuen Netto-Filialen wird "Partnerschaftsvergütung" eingefordert • Die Vergütung bezieht sich auf den Mehrumsatz von Edeka mit Plus und gilt für 2009 und 2010 </div> <div style="border: 1px solid gray; padding: 5px; margin-bottom: 5px;"> Berechnung <ul style="list-style-type: none"> • Basis: Plus EK-Volumen • Forderung: 4 % • Limit: 3 % </div> <div style="border: 1px solid gray; padding: 5px;"> Ergebnisse <ul style="list-style-type: none"> • Forderung und Limit je Lieferant </div>	<p>Beispiel: Maggi</p> <table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 60%;">EK-Volumen Plus</td> <td style="width: 20%; text-align: right;">20 Mio. €</td> <td style="width: 20%;"></td> </tr> <tr> <td></td> <td style="text-align: center;">Forderung</td> <td style="text-align: center;">Limit</td> </tr> <tr> <td>Partnerschaftsvergütung</td> <td style="text-align: center;">4%</td> <td style="text-align: center;">3%</td> </tr> <tr> <td>Ergebnis</td> <td style="text-align: center; border: 1px solid black; border-radius: 50%;">0,8 Mio. €</td> <td style="text-align: center;">0,6 Mio. €</td> </tr> </table>	EK-Volumen Plus	20 Mio. €			Forderung	Limit	Partnerschaftsvergütung	4%	3%	Ergebnis	0,8 Mio. €	0,6 Mio. €
EK-Volumen Plus	20 Mio. €												
	Forderung	Limit											
Partnerschaftsvergütung	4%	3%											
Ergebnis	0,8 Mio. €	0,6 Mio. €											

37

3.5.2.) Konkrete Forderungen gegenüber abhängigen Lieferanten

3.5.2.1.) Rotkäppchen-Mumm

- 416 Nach der Berechnung im Vorfeld der Sonderverhandlungen wurde für Rotkäppchen-Mumm die Forderung einer Partnerschaftsvergütung in Höhe von [...] Euro bzw. als Limit [...] Euro – jeweils für 2009 und 2010 - ermittelt. Die Beträge entsprachen einem Anteil von 4 % bzw. 3 % des Plus-Umsatzes von Rotkäppchen-Mumm im Jahr 2007. Im Gespräch zwischen EDEKA und Rotkäppchen-Mumm am 10.03.2009 wurde als Partnerschaftsvergütung für die Jahre 2009 und 2010 seitens EDEKA ein Gesamtbetrag von [...] Euro bzw. pro Jahr [...] Euro gefordert (siehe Abschnitt II. F 3.1.).
- 417 Mit Schreiben vom 20.03.2009 lehnte Rotkäppchen-Mumm die Forderung ab und unterbreitete für die Partnerschaftsvergütung das Angebot einer einmaligen Zahlung von [...] Euro – *„bei Erreichung des von EDEKA aufgezeigten Umsatzes von [...] Euro in 2009 und bei Umsetzung der für den Discountbereich 2009 vereinbarten Sekt-, Wein- und Spirituosenaktionen in allen Netto- und Plus-Filialen“*.³⁵¹
- 418 Nach diversen weiteren Gesprächen vereinbarten EDEKA und Rotkäppchen-Mumm schließlich die Zahlung einer Partnerschaftsvergütung in Höhe von insgesamt [...] Euro (zahlbar in vier Raten), was pro Jahr (2009 und 2010) einem Plus-Umsatzanteil von [...] % und damit fast dem zu Beginn festgesetzten Forderungslimit entsprach. Von den ursprünglich geforderten „Gegenleistungen“ für die Partnerschaftsvergütung blieben letztlich *„durchschnittlich angestrebte Zielumsätze von [...] p.a.“*, eine gemeinsam abgestimmte Aktionsplanung sowie die Aussicht auf *„verstärkte Vermarktungsaktivitäten“*.³⁵² In der Zeugenvernehmung bewertete Rotkäppchen-Mumm die Partnerschaftsvergütung rückblickend als Zahlung für die deutliche Steigerung der Zahl der Aktionen.³⁵³

3.5.2.2.) Henkell

- 419 Laut Berechnung zur Vorbereitung der Sonderverhandlungen wurde für Henkell die Forderung einer Partnerschaftsvergütung in Höhe von [...] Euro für jeweils 2009 und 2010 ermittelt. Dies

³⁵¹ Ass. 97, Bl. 503 f.

³⁵² Ass. 97, Bl. 490 f.

³⁵³ Bl. 1038 d. Verfahrensakte.

entsprach 4 % des Umsatzes von Henkell mit Plus im Jahr 2007. Als Limit wurde eine Forderung in Höhe von [...] Euro berechnet, was einem Plus-Umsatzanteil von 3 % entsprach.³⁵⁴ Im ersten Gespräch zwischen EDEKA und Henkell wurde dann ein Betrag von [...] Euro jeweils für 2009 und 2010 gefordert (siehe Abschnitt II. F 3.1.)

- 420 Mit Schreiben vom 16.03.2009 forderte Henkell verschiedene Gegenleistungen für das Gesamtpaket der Forderungen, unter anderem die „*nationale Aktivierung der Marken [...] zum Jahresende*“ und die „*Aktivierung [...] in den Sommermonaten*“.³⁵⁵
- 421 Letztlich vereinbarten EDEKA und Henkell einen Betrag von [...] Euro jeweils für 2009 und 2010, was einem Plus-Umsatzanteil von [...] - bezogen auf das Umsatzjahr 2007 – entsprach. Die von Henkell ursprünglich geforderten (nationalen) Aktivierungen wurden im Abschlusschreiben vom 20.03.2009 entweder gar nicht mehr erwähnt [...] oder jedenfalls nicht konkretisiert, sondern lediglich als Option festgehalten.³⁵⁶
- 422 Henkell sah lt. Vernehmung in der als Begründung angeführten „*Wiederherstellung der Attraktivität der ehemaligen Plus-Filialen*“ keine ausreichende Gegenleistung von EDEKA, da es „*dem Handelsunternehmen [obliege], für seine Geschäftstätigkeit ein möglichst positives Kauf-erlebnis zu schaffen*“ und zudem Henkell „*keine Mitwirkungsrechte für die Modernisierung der ehemaligen Plus-Filialen angeboten [wurden]*“. In der Vernehmung wurde zudem darauf hingewiesen, dass Henkell zuvor bei Plus stärker gelistet war als bei Netto,³⁵⁷ sodass Henkell durch die Umstellung eher mit einem Rückgang der Umsätze rechnen musste.
- 423 Aus den seitens der Beschlussabteilung im Zusammenhang mit der Zeugenvernehmung angeforderten Unterlagen ergibt sich, dass EDEKA darüber hinaus in den nachfolgenden Jahresgesprächen für 2011 versucht hat, die – eigentlich auf zwei Jahre begrenzte – Partnerschaftsvergütung zusammen mit dem Sortimentserweiterungsbonus unter der Bezeichnung „*Leistungsvergütung Sortiment*“ fortzuschreiben. Diese neue Forderung wurde zwar als Prozentsatz vom Umsatz Henkells mit EDEKA berechnet, entsprach in der Summe ([...] Euro) aber exakt der in den Jahren 2009 und 2010 jeweils gezahlten Summe für Partnerschaftsvergütung und Sortimentserweiterungsbonus.³⁵⁸ Laut Aussage der EDEKA bestand zwischen den beiden

³⁵⁴ Vgl. die Berechnung in Ass. 97, Bl. 162, sowie Meldeblatt Henkell.

³⁵⁵ Ass. 97, Bl. 146.

³⁵⁶ Ass. 97, Bl. 137 ff.

³⁵⁷ Bl. 947 d. Verfahrensakte.

³⁵⁸ Bl. 947 d. Verfahrensakte.

Forderungen kein Zusammenhang.³⁵⁹ Auch die ursprünglich geforderte Summe für die „Leistungsvergütung Sortiment“ entsprach jedoch mit [...] Euro exakt der im Rahmen der Sonderverhandlungen für Sortimentserweiterungsbonus und Partnerschaftsvergütung in den Jahren 2009 und 2010 ursprünglich geforderten Summe.

3.5.2.3.) Freixenet

- 424 Im ersten Gespräch zwischen EDEKA und Freixenet am 17.02.2009 forderte EDEKA eine Partnerschaftsvergütung in Höhe von [...] Euro – jeweils für 2009 und 2010. Diese Forderung lag deutlich über der lt. Systematik berechneten Forderungssumme von [...] Euro (4 % Plus-Volumen) bzw. [...] Euro (3 % Plus-Volumen).³⁶⁰
- 425 Per E-Mail vom 02.03.2009 stellte Freixenet klar, dass das Unternehmen nicht bereit ist, *„für eine Beibehaltung des bisherigen Sortiments [...] € einfach nur so zu bezahlen.“* In der E-Mail heißt es zum geforderten Partnerschaftsbonus weiter: *„Fragen von unserer Seite aus nach konkreten zusätzlichen Gegenleistungen wurden mehr oder weniger dahingehend beantwortet, dass zusätzliche Gegenleistungen nicht Bestandteil dieser Forderungen sind.“* Freixenet bot anschließend die Zahlung von [...] Euro Partnerschaftsvergütung für eine [...] Listung und Distribution von [...] in allen umgebauten Plus-Filialen an.
- 426 Letztlich vereinbarten EDEKA und Freixenet die Zahlung von [...] Euro für die Listung von [...] in allen ehemaligen Plus-Filialen in 2009 und 2010. Diese Zahlung wurde im Meldeblatt der EDEKA allerdings als Sortimentserweiterungsbonus verbucht, der ursprünglich gegenüber Freixenet gar nicht gefordert worden war.
- 427 Darüber hinaus wurde für eine zusätzliche Aktion zu Weihnachten die Zahlung von [...] Euro vereinbart.³⁶¹ Nur dieser Betrag von [...] für 2009 und 2010 wurde im Meldeblatt der EDEKA als Partnerschaftsvergütung eingetragen (siehe Abschnitt II. F 3.7.) – er lag immer noch knapp über dem ursprünglich berechneten Limit von [...] Euro.
- 428 Auf Nachfrage der Beschlussabteilung erläuterte Freixenet in der Zeugenvernehmung, dass im Jahresgespräch für 2011 erstmals eine „Leistungsvergütung Sortiment“ in Höhe von [...] Euro

³⁵⁹ Vgl. die E-Mail vom 03.01.2011, Bl. 961 d. Verfahrensakte.

³⁶⁰ Ass. 97, Bl. 100.

³⁶¹ Vgl. das Schreiben Freixenet vom 14.04.2009 (Ass. 97, Bl. 67).

gefordert und vereinbart wurde.³⁶² Freixenet sah hierin – ebenso wie Henkell – eine „*Fort-schreibung der Sondervereinbarung zu Sortimentserweiterungsbonus und Partnerschaftsbonus*“ und ließ sich im Gegenzug die Fortsetzung der Aktionen aus dem Jahr 2010 zusichern.

3.5.2.4.) Schloss Wachenheim

- 429 Gegenüber Schloss Wachenheim hatte EDEKA im ersten Gespräch am 11.02.2009 eine Partnerschaftsvergütung von [...] Euro jeweils für 2009 und 2010 bzw. von insgesamt [...] Euro gefordert (siehe Abschnitt II. F 3.1.).³⁶³ Die Gesamtsumme entsprach den lt. Systematik vorgegebenen 4 % des Plus-Einkaufsvolumens in 2007.³⁶⁴ Das Forderungslimit von 3 % lag nach der Berechnung bei rd. [...] Euro ([...] Euro).
- 430 Laut Zeugenaussage gab es für Schloss Wachenheim „*keinen Anlass und keine Gegenleistung für die Forderung einer Partnerschaftsvergütung.*“³⁶⁵ Es sei vielmehr „*ureigenste Aufgabe des Handels, für die Renovierung seiner Filialen zu sorgen*“.
- 431 Im Ergebnis vereinbarten EDEKA und Schloss Wachenheim die Zahlung eines Gesamtbetrages von [...] Euro, der immer noch deutlich über dem berechneten Limit lag. Schloss Wachenheim erhielt „*für 2009 und 2010 die Marken-Exklusivität im Bereich [...] bei Netto/Plus im Bereich der Märkte Nord/West/Süd*“.³⁶⁶
- 432 Auch Schloss Wachenheim stellte auf Nachfrage der Beschlussabteilung in der Zeugenvernehmung dar, dass im darauffolgenden Jahresgespräch für 2011 erstmals eine „Sortimentsleistungvergütung“ gefordert wurde. Entgegen der Auffassung von Schloss Wachenheim war diese neue Vergütung laut EDEKA für die „*Sortimentsleistung und konstruktive Begleitung von Schloss Wachenheim hinsichtlich Sortiment und/oder Werbeaktivitäten insbesondere im Bereich Netto MD*“ zu leisten.³⁶⁷ Nach interner Berechnung von Schloss Wachenheim entsprach die Zahlung in 2011 einem Betrag von ca. [...] Euro und damit exakt der Summe von Partnerschaftsvergütung ([...] Euro) und Sortimentserweiterungsbonus ([...] Euro) in 2009.³⁶⁸ Schloss Wachenheim stimmte schließlich der Zahlung einer dauerhaften Vergütung in

³⁶² Bl. 1116 d. Verfahrensakte.

³⁶³ Bl. 1238 d. Verfahrensakte.

³⁶⁴ Ass. 97, Bl. 553.

³⁶⁵ Bl. 1238 d. Verfahrensakte.

³⁶⁶ Vgl. das Abschluss Schreiben Schloss Wachenheim vom 21.04.2009, S. 1 (Ass. 97, Bl. 533).

³⁶⁷ Vgl. das Schreiben Schloss Wachenheim vom 22.12.2010 (Bl. 1249 ff. d. Verfahrensakte).

³⁶⁸ Bl. 1238 d. Verfahrensakte.

Höhe von [...] % auf den Gesamtumsatz EDEKA zu, was im Jahr 2011 einer Summe von [...] Euro entsprach.

3.5.3.) Wettbewerbliche Beurteilung / Sachliche Rechtfertigung

- 433 In den Zeugenvernehmungen äußerten die befragten Lieferanten für diese Forderung kein Verständnis, da sie die Attraktivität der Filialen als Sache des Handels betrachteten und – insbesondere bei Beibehaltung oder sogar Reduzierung ihrer bisherigen Listungen – keinerlei Vorteile oder Gegenleistungen für das eigene Unternehmen erkennen konnten. Einige Lieferanten versuchten, aufgrund der geforderten Partnerschaftsvergütung zumindest für einzelne Artikel zusätzliche Listungen oder Aktionen zu vereinbaren, die allerdings weder dem Grunde noch der Höhe nach in einem Zusammenhang mit der Begründung der Partnerschaftsvergütung standen. In allen hier näher untersuchten Fällen konnte die EDEKA bei der Partnerschaftsvergütung jedenfalls letztlich eine Zahlung durchsetzen, die deutlich über dem ursprünglich ermittelten Forderungslimit lag. Darüber hinaus haben einige Lieferanten in den Zeugenaussagen angegeben, dass die Forderung nicht – wie ursprünglich vereinbart – auf die Jahre 2009 und 2010 begrenzt, sondern in den darauffolgenden Jahresgesprächen für 2011 unter neuer Bezeichnung fortgeschrieben wurde.
- 434 Auch aus kartellrechtlicher Sicht ist für diese Forderung kein sachlich gerechtfertigter Grund erkennbar.³⁶⁹ Das Argument der höheren Attraktivität der alten Plus-Filialen war weder lieferanten-, noch warengruppen- oder artikelbezogen und führte insofern nicht zu einer herausgehobenen Präsentation bestimmter Produkte, was in der Vergangenheit teilweise als sachliche Rechtfertigung diskutiert wurde.³⁷⁰ Tatsächlich dienten die Renovierungsarbeiten in erster Linie der Anpassung der alten Plus-Filialen an das Netto-Konzept und damit einer Vereinheitlichung der Außendarstellung der EDEKA-Discountschiene. Ob damit in jedem Fall eine Erhöhung der Attraktivität der Filiale verbunden war, ist unklar und vorliegend auch nicht entscheidungserheb-

³⁶⁹ So auch Köhler, a.a.O., S. 143: „Keinesfalls rechtfertigen Ereignisse in der Risikosphäre des Nachfragers, wie z.B. Notwendigkeit einer Modernisierung der Filialen [...] Forderungen nach einer Konditionenverbesserung, weil insoweit schon tatbestandlich ein Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB nicht gegeben ist.“ Nach Auffassung von Säcker/Mohr (a.a.O., S. 14) hingegen erfolgt ein Zusammenschluss im LEH wegen mangelnder Rentabilität eines „Ehepartners“, sodass eine Fortsetzung der Listung beim neuen fusionierten Unternehmen bereits eine entsprechende Forderung gegenüber dem Lieferanten rechtfertigt.

³⁷⁰ Das OLG Düsseldorf hat im Urteil „Bettelbrief“ (2 U 84/72 vom 09.03.1973) sogar die Anfrage eines Händlers gegenüber seinen Wein- und Spirituosenherstellern, sich an den Kosten eines neuen Wein- und Spirituosenregals zu beteiligen, als wettbewerbswidrig eingeschätzt (vgl. Säcker, a.a.O. S. 8). Säcker hingegen bewertet eine derartige Investitionen eines Händlers, die gezielt die attraktivere Präsentation der Artikel eines Lieferanten oder einer bestimmten Warengruppe betreffen, als relevante Gegenleistung.

lich. Auch das Argument eines allgemein höheren Aktionsanteils von Netto gegenüber Plus sagt nichts über tatsächliche zusätzliche Aktionen für einzelne Artikel oder Lieferanten aus.

435 In ihrer Stellungnahme rechtfertigt EDEKA die Forderung der Partnerschaftsvergütung mit den umfangreichen Renovierungen und Neuausstattungen der Plus-Filialen.³⁷¹ Hierdurch sei nicht nur der (aufgrund der schlechten wirtschaftlichen Entwicklung von Plus) drohende Totalverlust der Plus-Umsätze der Lieferanten verhindert, sondern sogar eine deutliche Verbesserung des Absatzpotenzials der Lieferanten erreicht worden. Auf das ursprüngliche Argument des höheren Aktionsanteils geht EDEKA in ihrer Stellungnahme nicht mehr ein.

436 Ob eine mögliche Schließung von Plus-Filialen oder die Übernahme der Filialen durch ein anderes LEH-Unternehmen sich für die Lieferanten tatsächlich insgesamt negativ(er) ausgewirkt hätte, ist mehr als fraglich, sodass die „Rettung“ durch die EDEKA hier wohl kaum als Rechtfertigung für zusätzliche Forderungen angesehen werden kann. Dass allgemeine Renovierungen und die Ausstattung mit „*neuen Regalen, Beleuchtungssystemen, Frischetheken, Kassenbereichen und Rücknahmeautomaten für Leergut*“ sich keinesfalls automatisch positiv auf die Umsätze einzelner Lieferanten auswirken, wurde oben bereits thematisiert. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass sich der Zustand von Filialen und der damit verbundene Renovierungsbedarf sowie sonstige Risiken üblicherweise bereits im Kaufpreis für das übernommene Unternehmen niederschlagen.³⁷²

437 Auch die REWE wehrt sich in ihrer Stellungnahme gegen die kartellrechtliche Bewertung der Partnerschaftsvergütung.³⁷³ Nach ihrer Auffassung stellen die Renovierung eines Supermarktes und die Erhöhung seiner Attraktivität oder auch die Vereinheitlichung der Außendarstellung automatisch eine Gegenleistung für die Lieferanten dar – unabhängig davon, ob und in welchem Ausmaß sie einzelnen Lieferanten tatsächlich zugutekommt. Andernfalls würden Absatzförderungsmaßnahmen des Handels wie zum Beispiel Kundenbindungssysteme erheblich beschränkt. Schließlich heißt es in der Stellungnahme: „*Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Industrie nicht an der Schaffung eines entsprechenden absatzfördernden Präsentationsumfelds beteiligt werden sollte.*“

438 Die Argumentation der REWE zielt hier erkennbar darauf ab, vergleichbare eigene Forderungen gegenüber Lieferanten für die Zukunft vor der Anwendung des Anzapfverbots zu schützen. Dies

³⁷¹ Vgl. Bl. 2503 f. d. Verfahrensakte.

³⁷² Die Übertragung von unternehmerischen Risiken wird auch von der europäischen Selbstverpflichtungsinitiative als ein Beispiel für „unfair practices“ genannt (www.supplychaininitiative.eu).

³⁷³ Vgl. Bl. 2855 f. d. Verfahrensakte.

ist insbesondere vor dem Hintergrund des im März 2014 erfolgten Beitritts der REWE zum Payback-System und die damit verbundenen kartellrechtlichen Fragen nachvollziehbar, worauf REWE an anderer Stelle selbst Bezug nimmt. Vor dem Hintergrund der oben genannten Argumente zum Stichwort Renovierungsbedarf und Attraktivität der Filialen überzeugt die Argumentation der REWE überzeugt jedoch nicht und findet auch keinerlei Unterstützung in Literatur oder Rechtsprechung. Wenn derartige Forderungen eines marktstarken LEH-Unternehmens gegenüber abhängigen Lieferanten sachlich gerechtfertigt wären, so könnten (theoretisch) auch marktstarke Lieferanten zukünftig von LEH-Unternehmen eine Beteiligung an ihren Innovations- oder Marketingkosten verlangen.

- 439 Selbst wenn eine größere Attraktivität oder ein höherer Aktionsanteil einer ehemaligen Plus-Filiale insgesamt zu Mehrumsätzen dieser Filiale geführt haben sollte, wäre daraus keinesfalls automatisch ein positiver Gesamteffekt für den einzelnen Lieferanten resultiert. In den Fällen, in denen sich aufgrund der allgemein „größeren Attraktivität“ oder des insgesamt „höheren Aktionsanteils“ tatsächlich zu einem späteren Zeitpunkt ein Zusatzumsatz für einen einzelnen Lieferanten ergeben hat, wäre dieser im Vorfeld (d.h. zum Zeitpunkt der Sonderverhandlungen) nicht abzuschätzen, geschweige denn zu quantifizieren gewesen. Darüber hinaus würden Umsatzsteigerungen eines Lieferanten bereits durch entsprechende Konditionen aus den Jahresgesprächen abgegolten.
- 440 Auch der Markenverband weist in seiner Stellungnahme darauf hin, dass *„nicht jede positive Entwicklung eines einzelnen Händlers automatisch zu einem Mehrabsatz oder gar Mehrumsatz für den Hersteller führt“*.³⁷⁴ In der Stellungnahme heißt es weiter: *„Dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn der Mehrabsatz des Produktes bei dem Händler über der Marktentwicklung des betreffenden Produktes liegt.“* Nach Auffassung des Markenverbandes ist es außerdem erforderlich, *„dass auf der Grundlage der im Zeitpunkt der Entscheidung zur Verfügung stehenden Informationen der Eintritt der Vorteile dem Grunde und der Höhe nach mit hinreichender Wahrscheinlichkeit prognostiziert werden können.“*
- 441 In ihrer Kommentierung widerspricht EDEKA dieser Auffassung des Markenverbandes, da nach ihrer Einschätzung hieraus eine *„quasi risikounabhängige Gesamterfolgsgarantie für den Hersteller“* resultiert.³⁷⁵ Nach dem Verständnis der Beschlussabteilung unterstützen die Ausführungen des Markenverbandes hingegen lediglich das oben dargelegte Argument, dass die posi-

³⁷⁴ Siehe Bl. 2793 d. Verfahrensakte.

³⁷⁵ Siehe Bl. 3051 d. Verfahrensakte.

tive Entwicklung eines Händlers nicht automatisch zu Vorteilen für den einzelnen Hersteller führt.

- 442 Belegt wird die fehlende sachliche Rechtfertigung zusätzlich dadurch, dass die Partnerschaftsvergütung lt. Planung auch von solchen Lieferanten gefordert werden sollte, die zukünftig bei Netto gar nicht mehr oder nur mit weniger Artikeln als zuvor bei Plus gelistet werden sollten. Letzteres traf nach Aussage des Unternehmens auch auf Henkell zu.³⁷⁶
- 443 Die Höhe der Forderung (4 % vom Plus-Jahresumsatz eines Lieferanten) wurde seitens der EDEKA nicht begründet und ist sachlich auch nicht nachvollziehbar. In der Stellungnahme der EDEKA wird lediglich darauf hingewiesen, dass andernfalls ja ein „*Totalverlust ohne die Übernahme möglicherweise zu befürchten gewesen wäre.*“³⁷⁷ Die pauschale Berechnungsmethode für die jeweils geforderten Summen stand in keinem sachlichen Bezug zu den potenziellen, individuell unterschiedlichen Vorteilen, die sich für einzelne Lieferanten zu einem späteren Zeitpunkt ergeben konnten.
- 444 Die von einzelnen Lieferanten zusätzlich vereinbarten Listungen, Aktionen oder Exklusivitätszusagen für die neuen (oder auch die alten) Netto-Filialen konnten den Lieferanten zwar im Einzelfall Mehrumsätze verschaffen, standen jedoch ebenfalls in keinem sachlichen Zusammenhang zur Begründung der „Partnerschaftsvergütung“. Der fehlende sachliche Bezug wird nicht zuletzt dadurch deutlich, dass die individuell von den Lieferanten erzielten Gegenleistungen im Laufe der Verhandlungen zwischen den verschiedenen Forderungen (Synergiebonus / Partnerschaftsvergütung / Sortimentserweiterungsbonus) verschoben wurden, sodass deren Zuordnung im Ergebnis willkürlich war.
- 445 Die Forderung der Partnerschaftsvergütung stellte auch keinen Ersatz für andere Konditionen dar, sondern führte vielmehr zu einer Dopplung von Konditionen: Als Ersatz für „Listungsgebühren“ konnte die Partnerschaftsvergütung schon deshalb nicht gelten, weil die betroffenen Unternehmen bzw. deren Artikel ja nicht neu gelistet wurden, sondern bei Plus (und teilweise auch bei Netto) bereits in der Vergangenheit gelistet waren.³⁷⁸ Auch im Bezug auf zusätzliche Aktionen ist nicht auszuschließen, dass diese gleichzeitig durch andere Konditionen - wie den in der Regel allgemein vereinbarten Werbekostenzuschüssen - vergütet wurden.

³⁷⁶ Bl. 947 d. Verfahrensakte.

³⁷⁷ Siehe Bl. 2504 d. Verfahrensakte.

³⁷⁸ Eventuelle zusätzliche Listungen wurden als Begründung für den Sortimentserweiterungsbonus angeführt (vgl. nachfolgender Abschnitt).

446 Im Ergebnis wies die Forderung insofern weder dem Grunde noch der Höhe nach einen konkreten sachlichen Bezug zu eventuell für einzelne Lieferanten resultierenden zusätzlichen Umsätzen in der Zukunft auf und war damit sachlich nicht gerechtfertigt.³⁷⁹ Die Tatsache, dass die Forderung seitens der EDEKA in dieser Form aufgestellt und teilweise auch durchgesetzt werden konnte, kann im vorliegenden Fall lediglich als weiterer Beleg für die Nachfragemacht der EDEKA angesehen werden.

3.6.) „Sortimentserweiterungsbonus“

447 Der Sortimentserweiterungsbonus wurde seitens EDEKA gegenüber den Lieferanten für die Jahre 2009 und 2010 gefordert und mit der (möglichen) Leistungsausweitung aufgrund der Umstellung der Plus-Filialen auf das Netto-Sortiment begründet. Ob und in welchem Umfang tatsächlich zusätzliche Listungen vorgenommen werden sollten, erläuterte EDEKA den Lieferanten nicht. Auch die Berechnungsmethode für die Höhe der Forderung wurde den Lieferanten nicht erläutert.

448 Ausweislich der Meldeblätter in den Asservaten 20 und 21 wurde der Sortimentserweiterungsbonus mindestens gegenüber 172 Lieferanten aus den Bereichen Food/Nonfood (ohne Investitionsgüter) durchgesetzt.

449 Nach Auffassung der Beschlussabteilung lag im vorliegenden Fall auch für diese Forderung kein sachlich gerechtfertigter Grund vor, da für die Lieferanten kein konkreter Bezug zu einer tatsächlichen Leistungsausweitung bestand. Auch wenn einzelne Lieferanten im Laufe der Verhandlungen individuell zusätzliche Listungen oder andere Vorteile als Gegenleistung aushandeln konnten, standen diese in keinem Bezug zur Höhe der Forderung.

3.6.1.) Vorbereitung / Berechnung

450 Auf der bereits erwähnten Sitzung am 05.01.2009 wurde auch das Vorgehen für den Sortimentserweiterungsbonus besprochen.³⁸⁰ Grundsätzlich sollte bei diesem Bonus argumentiert werden, dass die Umstellung von Plus auf Netto für Lieferanten mit einer Ausweitung des (gelis-

³⁷⁹ Auch im Verfahren B9-1/05-75 wertete das Bundeskartellamt die Forderung der EDEKA nach einer Partnerschaftsvergütung aufgrund der Integration von Spar und Netto als Verstoß gegen § 20 Abs. 3 GWB (2005). EDEKA stellte daraufhin auf eine umsatzabhängige Jahresbonifikation um (per Schreiben an die betroffenen Lieferanten), die nach Einschätzung der seinerzeit zuständigen 9. Beschlussabteilung als Gegenleistung einen warenwirtschaftlichen Bezug herstellte, sodass der Verstoß damit beendet wurde.

³⁸⁰ Ass. 131, Blatt 41 ff.

teten) Sortiments verbunden ist, falls Artikel bislang nur bei Netto (aber nicht bei Plus) gelistet waren. Die Forderung sollte nach der ursprünglichen Planung der EDEKA in den Jahren 2009 und 2010 jeweils 10 % des für den Lieferanten zu erwartenden Zusatzumsatzes je Artikel oder pauschal 40 € für jeden zusätzlichen Artikel und jede zusätzliche Filiale betragen. Im unten dargestellten Beispiel ergab für den Artikel „Maggi Fix Jäger Bolognese national“ die 10-%-Regel die höhere Forderungssumme und für den Artikel „Maggi Fix Würznudeln regional“ die 40-€-Regel die höhere Forderungssumme. Für jeden Lieferanten sollte jeweils diejenige Alternative ausgewählt werden, die insgesamt die höhere Summe erbringt.

0041

Handbuch Marken 5. Sortimentserweiterung

 5. Sortimentserweiterungsbonus: Argumentation

Kernfragen	Schlussfolgerung
Welche Artikel des Lieferanten gibt es aktuell bei Netto, aber nicht bei Plus?	➔ Bedeutet Ausweitung des Sortiments für den Hersteller bei Umstellung von Plus auf Netto
In wie vielen Filialen werden die Artikel künftig gelistet sein?	➔ Die Anzahl der umgestellten Plus-Filialen gibt Aufschluss über den zu erwartenden Zusatzumsatz. Bereits geplante Neueröffnungen von Netto/Plus werden einbezogen
Wie hoch ist der erwartete Zusatzumsatz für den Lieferanten?	➔ Für den erwarteten Zusatzumsatz wird ein Bonus für Edeka gefordert – 10% auf den Zusatzumsatz <u>oder</u> pauschal 40€ je zusätzlichen Karton je Filiale
Wie schnell werden die Plus-Filialen auf das Netto-Konzept umgestellt?	➔ Der Sortimentserweiterungsbonus wird gefordert für 2009 und 2010, also für die Dauer der Umstellung der Filialen auf das Netto-Konzept

40

0044



5. Sortimentserweiterungsbonus: Methodik

Comment:

Logik

- Der Sortimentserweiterungsbonus (SEB) bezieht sich auf das Sortiment von Netto und Plus
 - Netto-Artikel, die es künftig bei Plus gibt (Mehrzahl)
 - Plus-Artikel, die es künftig bei Netto gibt (Ausnahmen)
- Die Vergütung bezieht sich auf den erwarteten Mehrumsatz dieser Artikel, gilt für 2009 und 2010

Berechnung

- Für die Berechnung gibt es 2 Alternativen
- **Alternative 1:** Forderung von 10 % auf den erwarteten Umsatz nach Umstellung der Plus-Filialen auf Netto Konzept (für 2009 und 2010)
- **Alternative 2:** Forderung von 40 € je Artikel-Listung in den umgestellten Plus-Filialen (für 2009 und 2010)
- Für beide Alternativen werden die bereits geplanten Neueröffnungen von Netto und Plus einbezogen

Ergebnisse

- SEB-Höhe für Alternative 1 vs. Alternative 2

Interpretation

- Auswahl der besseren Alternative je Lieferant

Beispiel (fiktiv)

	Maggi Fix Jäger Bolognese national	Maggi Fix Würznudeln regional
Alternative 1: "10% Regel"		
EK-Volumen Netto	800 T€	200 T€
EK-Volumen Plus	0 T€	0 T€
Anzahl Netto Filialen	1.400	600
Anzahl zusätzliche Ziel-Filialen¹ (große/kleine Plus Filialen, Neueröffnungen)	2.560	800
Faktor Bewertungsumsatz (Ziel Filialen + Netto Filialen)	1,8	1,3
Sortimentserweiterungsbonus Ziel-Filialen (EK-Volumen Netto x Faktor x 10%)	146 T€	27 T€
Alternative 2: "40€ Regel"		
Anzahl zusätzliche Ziel-Filialen	2.560	800
Pauschalbetrag je Ziel-Filiale	40 €	40 €
Summe	102 T€	32 T€

Anmerkung: SEB = Sortimentserweiterungsbonus
1. Vorläufige Abschätzung; ca. 2.310 heutige Plus-Filialen; ca. 250 bereits geplante Neueröffnungen von Plus und Netto

43

451 Nach der von [...] entwickelten Berechnungssystematik wurde konkret das EK-Volumen eines Lieferanten mit Netto im Jahr 2007 durch die Zahl der (alten) Netto-Filialen dividiert. Dieses EK-Volumen pro Netto-Filiale wurde anschließend mit der Zahl der „zusätzlichen“ Netto-Filialen (ehemalige Plus-Filialen + Neueröffnungen) multipliziert. Der errechnete Sortimentserweiterungsbonus betrug dann 10 % dieser Summe und wurde der Summe aus der 40-€-Regel gegenübergestellt.³⁸¹ Der jeweils höhere Betrag wurde daraufhin als Forderung und der jeweils niedrigere Betrag als Limit festgesetzt.

³⁸¹ Vgl. z.B. Ass. 97, Bl. 172 f.

3.6.2.) Konkrete Forderungen gegenüber abhängigen Lieferanten

3.6.2.1.) Rotkäppchen-Mumm

- 452 Für Rotkäppchen-Mumm hatte die Berechnung des Sortimentserweiterungsbonus nach der 10-%-Regel einen Betrag von [...] Euro und nach der 40-€-Regel einen Betrag von [...] Euro ergeben.³⁸² Im ersten Gespräch mit Rotkäppchen-Mumm forderte EDEKA dann sogar einen Sortimentserweiterungsbonus in Höhe von [...] Euro als Einmalzahlung für die Jahre 2009 und 2010.³⁸³
- 453 Rotkäppchen-Mumm akzeptierte diese Forderung in voller Höhe und forderte zunächst als Gegenleistung „*die Listung von [...] bei Netto West (zukünftig Regionen Nord und Süd)*“.³⁸⁴ Gleichzeitig setzte Rotkäppchen-Mumm den „*Statuserhalt unserer bisherigen Listungen bei Plus und Netto, ggf. mit Erweiterungen der unterschiedlichen, regionalen Listungen auf alle Lagerstandorte voraus*“. In der Zeugenvernehmung gab Rotkäppchen-Mumm an, den Sortimentserweiterungsbonus als „Listungsgebühr“ für zusätzliche Listungen von Sortimentsbestandteilen bei Plus oder bei Netto verstanden zu haben; diese seien durch die Jahresvereinbarung noch nicht abgegolten worden.³⁸⁵
- 454 Im Ergebnis lehnte EDEKA „*Listungserweiterungen [...] ab und sagte stattdessen eine „Wiederaufschaltung“ des Artikels [...] und die Beibehaltung des nationalen Listungsstatus [...] zu*“.³⁸⁶ Für den vereinbarten Betrag von [...] Euro wurde eine Zahlung in [...] Raten vereinbart.

3.6.2.2.) Henkell

- 455 Nach der Systematik ergab sich für den Sortimentserweiterungsbonus gegenüber Henkell eine Forderung von [...] Euro (10-%-Regel) und ein Limit von [...] Euro (40-€-Regel). Laut Zeugenaussage von Henkell forderte EDEKA im ersten Gespräch jedoch die Zahlung von [...] Euro als Sortimentserweiterungsbonus für jeweils 2009 und 2010. Dies entspricht der handschriftlich auf der Präsentationsfolie vermerkten Summe (siehe Abschnitt II. F 3.1.). Ob bzw. in welchem Umfang dieser Forderung tatsächlich erweiterte Listungen gegenüberstehen sollten, wurde nicht

³⁸² Ass. 97, Bl. 523 f.

³⁸³ Vgl. das Schreiben Rotkäppchen-Mumm vom 20.03.2009 (Ass. 97, Bl. 503 f.).

³⁸⁴ Ass. 97, Bl. 504.

³⁸⁵ Bl. 1038 d. Verfahrensakte.

thematisiert. Henkell war nach eigener Aussage zuvor bei Plus stärker gelistet als bei Netto, sodass hier – entgegen der pauschalen Argumentation der EDEKA – bei Umstellung auf das Netto-Konzept eher mit einer Reduzierung der Listungen zu rechnen war.

456 Henkell hatte mit Schreiben vom 16.03.2009 konkrete Forderungen nach zusätzlichen Listungen als Gegenleistung für die Zahlungen an EDEKA gestellt („*Erweiterung der aktuellen Listungen von [...] auf nationale Ebene [...], nationale Listung [...], nationale Listung [...], Erweiterung der aktuellen Listung von [...] in den jeweiligen Regionen*“).

457 Im Ergebnis vereinbarten EDEKA und Henkell einen Betrag von [...] Euro – zahlbar jeweils in 2009 und 2010 – und damit einen Betrag, der nur knapp unter der ursprünglich berechneten Forderung lag. Die ursprünglichen Forderungen von Henkell nach erweiterten Listungen wurden im Laufe der Verhandlungen immer weiter reduziert. Im Ergebnis erhielt Henkell für [...] lediglich zusätzliche regionale statt der geforderten nationalen Listungen. Statt einer nationalen Listung von [...] wurden lediglich zwei Werbeanstöße zugesagt.³⁸⁷ Henkell verband dabei die Verhandlung seiner „Gegenforderung“ mit entsprechenden Anpassungen der Partnerschaftsvergütung.

3.6.2.3.) Freixenet

458 Für Freixenet basierte die Berechnung des Sortimentserweiterungsbonus lediglich auf einem Saison-Artikel mit geringem Netto-EK-Volumen und ergab eine Forderung von nur [...] Euro (10-%-Regel).³⁸⁸

459 In der Zeugenvernehmung erläuterte Freixenet, dass für das eigene Unternehmen „*keine Erweiterung des Sortiments bei der Umstellung der ehemaligen Plus-Filialen auf das Netto-Konzept*“ gab³⁸⁹. Die – aus Sicht von Freixenet für Partnerschaftsvergütung und Sortimentserweiterungsbonus gemeinsam – geforderte Summe von [...] Euro für jeweils 2009 und 2010 wurde zunächst abgelehnt: „*Auch hier sind wir nach intensiver Prüfung zu dem Schluss gekommen, dass wir für eine Beibehaltung des bisherigen Sortiments [...] nicht bereit sind, [...] € einfach nur so zu bezahlen.*“³⁹⁰

³⁸⁶ Vgl. das Schreiben EDEKA vom 09.04.2009 (Ass. 97, Bl. 490).

³⁸⁷ Ass. 97, Bl. 137 ff.

³⁸⁸ Ass. 97, Bl. 110 f.

³⁸⁹ Bl. 1116 d. Verfahrensakte.

³⁹⁰ Vgl. die E-Mail Freixenet vom 02.03.2009 (Ass. 97, Bl. 75).

460 Letztlich vereinbarten EDEKA und Freixenet die Zahlung eines Sortimentserweiterungsbonus in Höhe von [...] Euro für jeweils 2009 und 2010 – die „verbleibenden“ [...] Euro für jeweils 2009 und 2010 wurden im Rahmen der Partnerschaftsvergütung gezahlt (siehe Abschnitt II. F 3.7.).³⁹¹ Als Gegenleistung für den Sortimentserweiterungsbonus erreichte Freixenet die Listung des Artikels [...] in allen ehemaligen Plus-Märkten.

3.6.2.4.) Schloss Wachenheim

461 Die Berechnung des Sortimentserweiterungsbonus ergab für Schloss Wachenheim eine Forderung in Höhe von [...] Euro (10%-Regel) und ein Limit in Höhe von [...] Euro (40-Euro-Regel).

462 Im ersten Gespräch mit Schloss Wachenheim forderte EDEKA einen Sortimentserweiterungsbonus von [...] Euro für jeweils 2009 und 2010 (siehe Abschnitt II. F 3.1.).³⁹² Als Begründung für die Forderung sah Schloss Wachenheim lt. Zeugenaussage die zusätzliche Listung von Artikeln, die bislang nur bei Netto gelistet waren und zukünftig auch bei Plus gelistet werden sollten. Mit Schreiben vom 12.03.2009 bot Schloss Wachenheim einen „*einmaligen WKZ von [...] Euro für zwei Jahre*“ an und forderte als Gegenleistung die „*Ausweitung der bestehenden nationalen Netto Listungen [...] auf Plus National für mindestens zwei Jahre*“ sowie die „*Einbindung der Marke [...] in die nationale Aktionstätigkeit Netto/Plus*“.

463 Schloss Wachenheim und EDEKA vereinbarten letztlich eine einmalige Zahlung von [...] Euro. Die von Schloss Wachenheim geforderten Gegenleistungen wurden seitens der EDEKA akzeptiert.³⁹³ Zusätzlich wurden die Artikel [...] in die nationale Aktionstätigkeit eingebunden. In der Zeugenvernehmung wies Schloss Wachenheim allerdings darauf hin, dass diese beiden Artikel zuvor bei Netto auselistet worden waren.³⁹⁴

³⁹¹ Vgl. das Schreiben Freixenet vom 14.04.2009 (Ass. 97, Bl. 67).

³⁹² Bl. 1238 d. Verfahrensakte.

³⁹³ Vgl. das Schreiben Schloss Wachenheim vom 12.03.2009 (Ass. 97, Bl. 541).

³⁹⁴ Bl. 1238 d. Verfahrensakte.

3.6.3.) Wettbewerbliche Beurteilung / Sachliche Rechtfertigung

- 464 Die Forderung einer Zahlung für die echte zusätzliche Listung von Artikeln eines Lieferanten ist im Handel nicht unüblich und kann grundsätzlich – sofern tatsächlich ein nachvollziehbarer warenwirtschaftlicher Bezug gegeben ist – auch sachlich gerechtfertigt sein.
- 465 Im vorliegenden Fall war für die Lieferanten zunächst jedoch unklar, ob bzw. welche ihrer Artikel tatsächlich in welchem Umfang zusätzlich in umgestellten Plus-Filialen gelistet werden sollten, d.h. welcher Zusatzumsatz tatsächlich für den einzelnen Lieferanten entstehen könnte. Darüber hinaus war nicht klar, ob jeder Artikel, der zuvor bei Netto (alt) gelistet war, zukünftig tatsächlich auch in allen neuen Netto-Filialen gelistet werden würde, oder ob hier beispielsweise regionale Differenzierungen vorgenommen werden sollten. Die Lieferanten wurden in den Sonderverhandlungen lediglich mit der Forderung einer pauschalen Summe für 2009 und 2010 konfrontiert, ohne dass ein konkreter (zu erwartender) Zusatzumsatz thematisiert wurde.
- 466 Laut Stellungnahme der EDEKA war die Forderung des Sortimentserweiterungsbonus dadurch gerechtfertigt, dass *„die Artikel der Lieferanten, die bislang bei Netto gelistet waren, [...] künftig in 2.700 zusätzlichen Filialen gelistet sein [würden]“*, sodass *„von einem erheblichen Mehrumsatz auszugehen [war]“*, der die Basis der Forderungen bildete.³⁹⁵ Zudem seien die Forderungen allen Lieferanten erläutert worden.
- 467 Eine entsprechende Zusage der EDEKA, dass als Gegenleistung für die Forderung tatsächlich alle bei Netto gelisteten Artikel auch in sämtlichen neuen Filialen gelistet würden, hat es jedoch nicht gegeben. Zudem gab es zwischen den bei Netto und bei Plus gelisteten Artikeln durchaus Überschneidungen, sodass eine Listung in den neuen Filialen keineswegs immer zu zusätzlichen Umsätzen führte. Nach Auffassung der Beschlussabteilung wäre es der EDEKA durchaus zumutbar gewesen, gegenüber den Lieferanten die tatsächlich geplanten Artikel-Listungen zu benennen, zumal diese ohnehin im Vorfeld zur Berechnung der Forderungshöhe ermittelt worden waren. Zusammen mit einer Erläuterung der Berechnungsmethode hätte eine derartige Aussage der EDEKA die Lieferanten in die Lage versetzt, die Angemessenheit der Forderung und der damit ggfs. verbundenen Gegenleistung zu beurteilen und entsprechend zu verhandeln.

³⁹⁵ Siehe Bl. 2504 d. Verfahrensakte.

- 468 Nicht berücksichtigt wurde bei der Berechnung durch EDEKA auch, dass Artikel, die zuvor lediglich bei Plus gelistet waren, im neuen Netto-Konzept voraussichtlich nicht mehr gelistet werden würden, woraus den Lieferanten durchaus erhebliche Umsatzeinbußen entstehen konnten. Von Henkell wurden beispielweise ursprünglich [...] Euro gefordert, obwohl Henkell nach eigener Aussage bei Plus zuvor stärker gelistet war als bei Netto und damit eher mit Umsatzrückgängen rechnen musste.
- 469 Auch die Berechnung der Forderung auf Basis eines Pauschalwertes (40 Euro) für die mögliche Leistung zusätzlicher Artikel – unabhängig von der tatsächlichen Leistung und dem Preis des betreffenden Artikels – entbehrt jeder sachlichen Rechtfertigung, da sie in keinem Zusammenhang zu den möglichen Zusatzumsätzen eines Lieferanten stand.
- 470 Zusätzliche Listungen, die sich aus der Umstellung auf das Netto-Konzept ergeben sollten, wurden zudem von der EDEKA nicht automatisch zugesagt, sondern mussten von den Lieferanten im Einzelnen gefordert und verhandelt werden. Bei den am Ende der Sonderverhandlungen letztlich vereinbarten zusätzlichen Listungen oder Aktionen war jedoch wiederum kein klarer warenwirtschaftlicher Bezug zur Zahlung des Sortimentserweiterungsbonus gegeben. Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass zusätzliche Listungen teilweise auch als Gegenleistung für Synergiebonus oder Partnerschaftsvergütung zwischen diesen geforderten Sonderkonditionen „verschoben“ wurden.
- 471 Schließlich wurde bei der Berechnung des Sortimentserweiterungsbonus auch nicht berücksichtigt, zu welchem Zeitpunkt die Umstellung der Filialen bzw. die geplanten Neueröffnungen stattfinden würden. Da als Umstellungszeitraum von EDEKA grundsätzlich die Jahre 2009 und 2010 genannt wurden, konnte es also sein, dass der Sortimentserweiterungsbonus für beide Jahre gefordert wurde, obwohl eine tatsächliche erweiterte Leistung eines Lieferanten erst Ende des Jahres 2010 erfolgte.
- 472 Im Ergebnis stand die Forderung des Sortimentserweiterungsbonus damit für die betroffenen Lieferanten nicht in einem klaren, nachvollziehbaren warenwirtschaftlichen Bezug zu tatsächlichen zusätzlichen Listungen, sodass die Forderung im vorliegenden Fall sachlich nicht gerechtfertigt war.
- 473 Nach Einschätzung der Beschlussabteilung könnten zusätzliche Listungen von Artikeln (beispielsweise in umgestellten Plus-Filialen) zudem bereits durch andere, in den Jahres-

gesprächen vereinbarte Konditionen abgegolten worden sein.³⁹⁶ Sofern im vorliegenden Fall tatsächlich zusätzliche Listungen in neuen Netto-Filialen von den Herstellern mehrfach „bezahlt“ wurden, läge hier eine nach Auffassung der Beschlussabteilung unzulässige Dopplung von Konditionenforderungen vor, die sachlich nicht gerechtfertigt wäre. Eine Doppelvergütung für einmal erbrachte Leistungen stellt auch nach Auffassung des Markenverbandes eine unzulässige Forderung dar.³⁹⁷

3.7.) Gesamtpaket / Übersicht

474 Die von EDEKA für jeden betroffenen Lieferanten erstellten und je nach Fortgang der Verhandlungen laufend überarbeiteten Meldeblätter „Verhandlungen Plus 2009“ bzw. „Verhandlungen Plus 2010“ (Daten sind überwiegend identisch) geben einen guten Überblick über die im Einzelnen geforderten und letztlich vereinbarten Zahlungen für die einzelnen Lieferanten:

³⁹⁶ Eine Übersicht der – im Rahmen des Lunar-Projekts vereinheitlichten – Konditionstitel für Jahresgespräche findet sich z.B. in Ass. 38, Bl. 3. Hier sind u.a. die Konditionstitel „Jahresbonus“, „Leistungsvergütung“, „Mehrumsatzvergütung“, und „Steigerungsvergütung“ aufgeführt, die sich unmittelbar auf die Listung bzw. den Umsatz mit den Artikel eines Lieferanten beziehen.

³⁹⁷ Vgl. Bl. 2793 d. Verfahrensakte.

[Meldeblatt „Verhandlungen Plus 2009“ Rotkäppchen-Mumm]

[Meldeblatt „Verhandlungen Plus 2009“ Henkell]

[Meldeblatt „Verhandlungen Plus 2009“ Freixenet]

[Meldeblatt „Verhandlungen Plus 2009“ Schloss Wachenheim]

475 Fasst man die von EDEKA im Vorfeld berechneten Limits, die in den Gesprächen tatsächlich formulierten Forderungen sowie die letztlich vereinbarten Zahlungen je Lieferant für das Jahr 2009 zusammen und setzt sie (wie EDEKA) ins Verhältnis zum jeweiligen Gesamtumsatz des betreffenden Lieferanten mit EDEKA und Plus im Jahr 2007, so ergeben sich folgende Zahlen:

	BWA Euro	SynB Euro	PartV Euro	SortEB Euro	Summe Euro	Anteil Umsatz*	ZZ Tage**
Rotkäppchen-Mumm Forderung	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[1-3] %	[...]
Rotkäppchen-Mumm Limit***	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Rotkäppchen-Mumm Abschluss	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Henkell Forderung	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[1-3] %	[...]
Henkell Limit	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Henkell Abschluss	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Freixenet Forderung	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[1-3] %	[...]
Freixenet Limit	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Freixenet Abschluss	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Schloss Wachenheim Forderung	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[1-3] %	[...]
Schloss Wachenheim Limit	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Schloss Wachenheim Abschluss	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

* Summe der Zahlungen im Verhältnis zum Gesamtumsatz des jeweiligen Lieferanten mit EDEKA und Plus im Jahr 2007 (gemäß Meldeblättern). Z.T. bestanden zwischen den Umsatzzahlen für 2007 und 2008 offenbar erhebliche Unterschiede, so dass sich bei Zugrundelegung der Umsätze in 2008 andere Anteilswerte ergeben würden.

** Eine „Umrechnung“ der Zahlungszielverlängerungen in die daraus resultierenden geldwerten Nachteile für den einzelnen Lieferanten wurde hier nicht vorgenommen.

*** Die hier jeweils genannten Beträge beziehen sich auf die im Vorfeld der Sonderverhandlungen von der Verhandlungsgruppe (VHG) für die einzelnen Forderungen ermittelten „Limits“ und ergeben sich aus den vorstehenden Meldeblättern.

- 476 Aus den obigen Übersichten ergibt sich zum einen, dass zwischen den in den Meldeblättern vermerkten und den tatsächlich formulierten Forderungen bzw. Zahlungen teilweise Unterschiede bestehen, die vermutlich in erster Linie auf Plausibilitätsanpassungen der EDEKA gegenüber den lt. Systematik ermittelten Zahlen zurückzuführen sind. Die Übersichten zeigen darüber hinaus, dass EDEKA ihre Eingangsforderungen in den meisten Fällen zwar nicht in der ursprünglichen Höhe durchsetzen konnte, dass die letztlich vereinbarten Zahlungen aber zu meist – teilweise sogar deutlich - oberhalb des EDEKA-intern gesetzten Limits lagen, sodass das Ziel letztlich erreicht wurde.
- 477 Das berechnete Verhältnis zwischen erzieltm Abschluss und Umsatz der einzelnen Lieferanten macht vor allem deutlich, dass EDEKA durch die Sonderverhandlungen im Ergebnis eine durchschnittliche zusätzliche Konditionenverbesserung von [...] % erzielen konnte. Hierbei ist der Kostenvorteil aufgrund der verlängerten Zahlungsziele noch nicht berücksichtigt.
- 478 Die Edeka fordert in ihrer Stellungnahme eine Gesamtbetrachtung sämtlicher Forderungen und Gegenleistungen, da das Gesamtpaket für den Lieferanten durchaus vorteilhaft sein könnte, auch wenn dies für einzelne Forderungen nicht zutrifft.³⁹⁸ Sie weist ferner darauf hin, dass die hier dargestellte Gesamthöhe der Forderungen zwischen [1 - 3] und gut [1 – 3] % des Gesamtumsatzes der betrachteten Sekthersteller mit EDEKA lag und die EDEKA-intern gesetzten Limits noch deutlich niedriger waren.³⁹⁹ Im Ergebnis hätten die Sekthersteller [...] gezahlt, wodurch in zwei Fällen nicht einmal das EDEKA-interne Limit erreicht wurde. Unter Berücksichtigung der im Ergebnis zusätzlich vereinbarten Leistungen sei damit ein „*grobes Missverhältnis fernliegend*“.
- 479 Wie bereits erläutert, hat die Beschlussabteilung das konkrete quantitative Verhältnis zwischen „Forderungspaket“ und „(Gegen-) Leistungspaket“ zum Zwecke einer Angemessenheitskontrolle nicht ermittelt. Eine entsprechende exakte Aufrechnung ist aber auch nicht erforderlich, da nach dem Anzapfverbot ausschließlich auf die sachliche Rechtfertigung der Forderung abzustellen ist. Insofern ist auch eine Unterschreitung der EDEKA-internen Limits nicht relevant. Eine nennenswerte Unterschreitung des Limits erfolgte im Übrigen nur bei Schloss Wachenheim. Bei den meisten der oben dargestellten Forderungen scheidet die sachliche Rechtfertigung aufgrund der Vorgehensweise der EDEKA zudem bereits an der fehlenden sachlich verbundenen (Gegen-) Leistung oder der fehlenden Begründung, sodass es auf die Höhe der Forderung gar

³⁹⁸ Vgl. Bl. 2496 d. Verfahrensakte.

³⁹⁹ Vgl. Bl. 2499 d. Verfahrensakte.

nicht mehr ankommt. Schließlich ist die relative Höhe der Forderungen mit [1 - 3] % vom EDEKA-Gesamtumsatz eines Lieferanten auch keineswegs – wie von EDEKA angedeutet – gering. Dies ergibt sich bereits aus der Betrachtung der absolut gezahlten Beträge und vor allem vor dem Hintergrund der bereits erfolgten Konditionenanpassung in den Jahresgesprächen.

3.8.) Zeitpunkt der Forderungen

Da die Sonderkonditionen der EDEKA im Rahmen der Sonderverhandlungen explizit nach Abschluss der Jahresgespräche mit den Lieferanten für 2009 verhandelt wurden,⁴⁰⁰ erfolgte durch deren Forderung und (teilweise) Gewährung zusätzlich ein Eingriff in die laufenden Jahresverträge.⁴⁰¹ Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass EDEKA bei Abschluss der Jahresgespräche für 2009 zum Teil auf die bevorstehenden Sonderverhandlungen hingewiesen hatte: *„Die Auswirkungen der anstehenden Plus-Integration hatten wir bisher in unseren Verhandlungen ausgeklammert und dieses Feld einer Sonderrunde der Jahresgespräche für 2009 vorbehalten.“*⁴⁰² Den Lieferanten war es trotz dieser Ankündigung nicht möglich, die Sonderforderungen in ihre Jahresverhandlungen einzukalkulieren, da letztere bereits weitgehend abgeschlossen waren und zudem das Ausmaß der zusätzlichen Konditionenforderungen für die Lieferanten zu diesem Zeitpunkt nicht absehbar war.⁴⁰³

480 Auch durch die Formulierung der EDEKA im Abschluss schreiben zu den Sonderverhandlungen *„hiermit bestätigen wir Ihnen unsere im Rahmen der Jahresgespräche für 2009 getroffene Vereinbarung zur PLUS-Integration“* bzw. *„Ergänzung zur Jahresvereinbarung 2009“*⁴⁰⁴ konnten die Sonderverhandlungen nicht nachträglich zu einem Teil der abgeschlossenen Jahresgespräche gemacht werden. Andernfalls könnte jeder Abschluss einer Jahresverhandlung mit einer entsprechenden Öffnungsklausel versehen und nachträglich beliebig „ergänzt“ werden, wodurch jegliche Verbindlichkeit eines Jahresabschlusses aufgehoben würde. Im Ergebnis fehlt es damit auch für den Zeitpunkt der Forderungen insgesamt an der sachlichen Rechtfertigung.

481 Die Tatsache, dass die Lieferanten überhaupt einen Jahresabschluss akzeptiert haben, der aufgrund der Öffnungsklausel mit einem großen Unsicherheitsfaktor verbunden war, kann je-

⁴⁰⁰ Der Abschluss des Jahresgesprächs für 2009 war Voraussetzung für die Verhandlungen (vgl. Ass. 46 Bl. 56).

⁴⁰¹ Der Abschluss der Jahresverhandlungen erfolgte lt. Zeugenaussagen der Unternehmen [...]

⁴⁰² Siehe z.B. Schreiben der EDEKA an Henkell [...], Bl. 985 d. Verfahrensakte. Lt. Schreiben von Rechtsanwalt Dr. Ahrens vom 29.06.2009 war die ursprünglich geplante Berücksichtigung der Integration in den Jahresgesprächen 2009 (also Ende 2008) aufgrund der bis dahin noch nicht erfüllten aufschiebenden Bedingungen der Freigabe nicht möglich (Bl. 633 d. Verfahrensakte). „Voraussetzung für Verhandlung [...] war jedoch ein im Übrigen abgeschlossenes Jahresgespräch 2009 (Ass. 46, Bl. 56).

⁴⁰³ Vgl. auch Säcker/Mohr, a.a.O., S. 16 und S. 21.

denfalls als weiteres Indiz für die Marktmacht der EDEKA bzw. die Abhängigkeit der Lieferanten gewertet werden.

482 Selbst wenn die Jahresgespräche noch nicht abgeschlossen gewesen wären, wäre die Forderung der beanstandeten Konditionen aufgrund ihrer mangelnden sachlichen Rechtfertigung nach Auffassung der Beschlussabteilung gemäß § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB missbräuchlich gewesen.

483 Sowohl EDEKA als auch REWE verbinden in ihren Stellungnahmen die Frage des Zeitpunkts der Forderungen mit der Frage der Rückwirkung, die im nachfolgenden Abschnitt thematisiert wird. Nach Auffassung der Beschlussabteilung handelt es sich um zwei separat zu beurteilende Fragen, ob durch den Zeitpunkt der Forderungen in geltende Vereinbarungen eingegriffen wird und ab welchem Zeitpunkt die Forderungen gelten sollen. So wäre es der EDEKA sowohl möglich gewesen, sachlich gerechtfertigte Forderungen im Rahmen der nachfolgenden Jahresgespräche für 2010 aufzustellen als auch die Forderungen mit Geltung für die Zukunft (z.B. ab 01.01.2010) aufzustellen.

484 Der Markenverband stützt in seiner Stellungnahme die Auffassung der Beschlussabteilung: *„Durch die Herauslösung einzelner Leistungen und Gegenleistungen und ihre gesonderte Verhandlung nach ‚Teilabschluss‘ für andere Elemente wird diese Gesamtwürdigung [aller Leistungen und Gegenleistungen] verhindert und in abgeschlossene Sachverhalte nachträglich eingegriffen.“*⁴⁰⁵

3.9.) Rückwirkung der Forderungen

485 Sämtliche von der EDEKA insbesondere im März und April 2009 aufgestellten Forderungen sollten rückwirkend zum 01.01.2009 gelten bzw. waren auf den Gesamtjahresumsatz der Lieferanten bezogen. Die Beschlussabteilung hält bei der Frage, ob eine Forderung rückwirkend gestellt wurde, nicht den Zeitpunkt des Fusionsvollzugs (hier 01.01.2009), sondern den Zeitpunkt der Forderung bzw. den Zeitpunkt des Verhandlungsabschlusses (hier April 2009) für maßgeblich. Wie bereits oben bei der Beurteilung des Bestwertabgleichs thematisiert, lag nach Auffassung der Beschlussabteilung für die rückwirkende Geltung von Forderungen kein sachlich gerechtfertigter Grund vor. Dies gilt in gleicher Weise für die Verlängerung der Zahlungsziele, so-

⁴⁰⁴ Vgl. z.B. das Schreiben an Freixenet vom 24.04.2009, Bl. 1150 d. Verfahrensakte.

⁴⁰⁵ Siehe Bl. 2794 d. Verfahrensakte.

wie die Forderung von Synergiebonus, Partnerschaftsvergütung und Sortimentserweiterungsbonus.

- 486 Die EDEKA weist in ihrer Stellungnahme zunächst darauf hin, dass der Sachverhalt von der im Fall „Konditionenanpassung“ vom BGH als rückwirkend eingestuften Forderung abweicht.⁴⁰⁶ Dies wurde auch bereits in der Abmahnung klargestellt und ist zutreffend, da der BGH im Fall „Konditionenanpassung“ über einen anderen Sachverhalt zu entscheiden hatte (Forderung ab einem Zeitpunkt vor Freigabe der Fusion) und dessen Entscheidung insofern zu der hier vorliegenden Konstellation keine Aussage trifft. Darüber hinaus erläutert EDEKA, dass die Lieferanten schon zu Beginn der Jahresgespräche für 2009 von der Plus-Übernahme wussten und die Abschlussvereinbarungen zudem einen zivilrechtlichen Vorbehalt enthielten. Insofern sei mit den Sonderverhandlungen nicht rückwirkend in einen zivilrechtlich abgeschlossenen Sachverhalt eingegriffen worden. Dieser Punkt betrifft die Frage des Zeitpunkts der Forderung, der im vorstehenden Abschnitt separat bewertet wurde.
- 487 Auch nach Auffassung der REWE erfolgte im Rahmen der Sonderverhandlungen keine rückwirkende Forderung, da die Verhandlung der Lieferkonditionen der EDEKA für das Jahr 2009 noch nicht abgeschlossen war, sondern „*vorläufige Vereinbarungen für den Abrechnungszeitraum vom 1. Januar 2009 bis zum 31. Dezember 2009 um nachverhandelte Bedingungen ergänzt*“ wurden.⁴⁰⁷ Hierbei seien nicht in der Vergangenheit abgeschlossene Lieferungen der Hersteller nachträglich auf eine neue Zahlungsgrundlage gestellt worden.
- 488 Genau dies war jedoch vorliegend der Fall, da für die bereits erfolgten Lieferungen der Hersteller in den Monaten Januar bis April nachträglich neue Zahlungsziele, bessere Preise und Konditionen bzw. entsprechende Ausgleichszahlungen gefordert wurden. Ein abgeschlossener Sachverhalt im Sinne des BGH kann entgegen dem Vortrag der REWE nicht nur dann vorliegen, wenn die Lieferung im vorangegangenen Kalenderjahr erfolgte – auch wenn dies im Fall „Konditionenanpassung“ so war. Würde man der Logik der REWE folgen, so könnten unabhängig von einer Einigung in den Jahresverhandlungen bis Ende Dezember des jeweiligen Jahres rückwirkend für das gesamte Jahr beliebig neue Konditionen gefordert werden.
- 489 REWE trägt weiterhin vor, dass auch (echte) rückwirkende Vertragsanpassungen nach einem Zusammenschluss gerechtfertigt wären, da der Zusammenschluss (zivilrechtlich) eine Störung

⁴⁰⁶ Vgl. Bl. 2504 ff. d. Verfahrensakte.

⁴⁰⁷ Vgl. Bl. 2842 f. d. Verfahrensakte.

der Geschäftsgrundlage darstellen kann.⁴⁰⁸ Aus den für diese Behauptung zitierten Literaturstellen lässt sich eine derart verkürzte Aussage jedoch nicht herleiten.⁴⁰⁹ Vielmehr wird dort auf die Umstände des Einzelfalls verwiesen und es werden verschiedene Voraussetzungen benannt, sodass die Beurteilung der hier vorliegenden Konstellation – ähnlich wie in der BGH-Entscheidung – letztlich offen bleibt.

490 Schließlich weist REWE darauf hin, dass Nachverhandlungen einzelner Konditionen nach Abschluss der Jahresvereinbarungen durchaus üblich sind. Hierzu ist zu sagen, dass es sich bei den vorliegend betrachteten Forderungen nicht etwa um (kleinere) Anpassungen von Preisen, Mengen, Werbeaktionen o.Ä. aufgrund normaler Schwankungen im Jahresverlauf handelte, sondern um fünf, teilweise erstmalig geforderte Zusatzkonditionen, die sowohl einzeln als auch in ihrer Gesamtheit erhebliche Nachteile für die Lieferanten bedeuteten, ohne dass diesen erkennbare bzw. angemessene Vorteile gegenüberstanden.

491 Die Beschlussabteilung bleibt daher bei ihrer Auffassung, dass Forderungen von marktstarken Unternehmen, die nicht etwa ab dem Zeitpunkt der Forderung (oder des Verhandlungsabschlusses), sondern ab einem Zeitpunkt, der deutlich vor dem Aufstellen der Forderung liegt, gelten sollen, sachlich nicht gerechtfertigt sind. Insofern stellte auch die Rückwirkung der hier überprüften Forderungen einen Verstoß gegen das Anzapfverbot dar.

4.) Zwischenergebnis: Aufforderung zur Gewährung von Vorteilen ohne sachlich gerechtfertigten Grund

4.1.) Aufforderung

492 Nach § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 GWB ist es den Normadressaten untersagt, andere Unternehmen zur Gewährung sachlich nicht gerechtfertigter Vorteile „aufzufordern oder zu veranlassen“. Das Tatbestandsmerkmal „Auffordern“ ist vorliegend in Bezug auf alle oben dargestellten Sonderkonditionen erfüllt. Hinsichtlich der Zahlungszielverlängerung erfolgte die Aufforderung bereits durch die Übersendung der Schreiben an die Hersteller, in denen diesen die „Anpassung“ der Zahlungsziele mitgeteilt wurde. Darüber hinaus sowie hinsichtlich der weiteren Konditionen erfolgte die Aufforderung durch das Ansetzen der Sonderverhandlungen, die Präsentation der neuen bzw. veränderten Konditionen mittels Folien sowie die anschließende Korrespondenz mit den Lieferanten. Die obige Darstellung der Verhandlungsergebnisse hat zudem gezeigt, dass

⁴⁰⁸ Vgl. Bl. 2843 ff. d. Verfahrensakte.

⁴⁰⁹ Vgl. Köhler, a.a.O., S. 143 f. und Säcker/Mohr, a.a.O., S. 21.

die Lieferanten in vielen Fällen auch zur (zumindest teilweisen) Gewährung der geforderten Sonderkonditionen veranlasst wurden. Für die Feststellung eines Verstoßes gegen § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB kommt es hierauf jedoch nicht an, da die bloße, u.U. auch erfolglose Aufforderung für die Verwirklichung des Tatbestandes bereits genügt.

- 493 Nach Auffassung der EDEKA war das Tatbestandsmerkmal des „Aufforderns“ bei den hier geprüften Forderungen der Sonderkonditionen nicht erfüllt. In der Stellungnahme heißt es: *„Das bloße Fordern eines Vorteils [...] zum Auftakt einer Verhandlung kann unter Kaufleuten keine kartellrechtliche Bedeutung haben“*.⁴¹⁰ Eine Aufforderung im Sinne der Norm kann nach Darstellung der EDEKA nur dann vorliegen, *„wenn ein marktstarker Nachfrager Forderungen erhebt, die als nicht verhandelbar dargestellt werden und bei denen eine kurzfristige Erfüllung ohne einen weiteren Austausch erkennbar erwartet wird.“*⁴¹¹ EDEKA habe jedoch nicht einseitig auf seinen Forderungen beharrt und diese als nicht verhandelbar dargestellt. Die Abmahnung habe weder die seitens EDEKA zugestandenen Reduzierungen noch die von den Lieferanten schließlich zusätzlich vereinbarten Leistungen berücksichtigt.⁴¹² Schließlich belege *„die positive Geschäftsentwicklung der vier Sekthersteller bei Netto und EDEKA in den Jahren nach dem Zusammenschluss [...], wie vorteilhaft die Plus-Integration auch für die Hersteller gewesen ist“*.⁴¹³
- 494 Nach Ansicht der Beschlussabteilung ist es zutreffend, dass nicht jede Forderung eines marktstarken Unternehmens ein Auffordern im Sinne des Anzapfverbots darstellt.⁴¹⁴ Zu einer normalen Verhandlung gehört, dass beispielsweise Händler und Hersteller mit jeweils (strategisch gezielt überzogenen) Forderungen in die regelmäßigen Jahresverhandlungen eintreten, in der Erwartung, nach einem längeren Verhandlungsprozess ein gemeinsames Ergebnis zu erzielen, dass irgendwo zwischen beiden Ausgangsforderungen liegt. Diese Möglichkeit haben auch marktstarke Unternehmen und gerade EDEKA und REWE machen hiervon offenkundig in den Jahresverhandlungen auch erfolgreich Gebrauch.
- 495 Eine solche Verhandlungssituation lag im betrachteten Fall jedoch nicht vor. Die Sonderforderungen der EDEKA wurden gegenüber den Lieferanten präsentiert, ohne dass diesen Forderungen irgendwelche konkreten Gegenleistungen gegenübergestellt oder dass die Forderungen

⁴¹⁰ Siehe Bl. 2490 d. Verfahrensakte.

⁴¹¹ Siehe Bl. 2491 d. Verfahrensakte.

⁴¹² Vgl. Bl. 2489 d. Verfahrensakte.

⁴¹³ Siehe Bl. 2487 d. Verfahrensakte.

⁴¹⁴ Anderer Auffassung z.B. Nothdurft in Langen/Bunte, a.a.O. § 19 Rz.154: *„Ein Auffordern wird in jedem Fall vorliegen, in dem überhaupt über Preise verhandelt wurde, zumal nach der Gesetzgebungsgeschichte ein einma-*

als verhandelbar dargestellt wurden. Besonders deutlich war dies bei der „Aufforderung“ zur Anpassung der Zahlungsziele, deren rückwirkende Durchführung den Herstellern ursprünglich lediglich in einem Schreiben mitgeteilt wurde.

496 Aus der Tatsache, dass die hier näher betrachteten Lieferanten diese Forderungen dennoch nicht kommentarlos in voller Höhe akzeptierten, sondern jedenfalls zum Teil letztlich gewisse Reduzierungen der ursprünglichen Forderungen oder aber gewisse konkrete Gegenleistungen erreichen konnten, kann schließlich nicht geschlossen werden, dass es sich nicht um eine Aufforderung im Sinne der Norm handelte. Andernfalls müsste eine einseitige Forderung immer nur hoch genug angesetzt werden, um eine Gegenreaktion der Hersteller und eine anschließende (geringfügige) Reduzierung der Forderung auszulösen und damit dem Anwendungsbereich der Norm zu entgehen. Ob und in welchem Umfang die betroffenen Hersteller nach dem Zusammenschluss von EDEKA und Plus eine positive Geschäftsentwicklung erreichen konnten, ist schließlich – entgegen der Darstellung der EDEKA - für das Tatbestandsmerkmal des Aufforderns ohne Relevanz.

497 Der Markenverband weist in seiner Stellungnahme darauf hin, dass bei der Frage des Aufforderns auch das Machtungleichgewicht zwischen den Parteien zu berücksichtigen ist und ein Auffordern nur dann zu verneinen wäre, wenn ein *„Händler die eigene Vorstellung für den Lieferanten erkennbar ernsthaft zur Disposition gestellt“* hätte, *„ohne dass er mit Sanktionen, wie etwa Auslistungen zu rechnen hätte, wenn er auf die Forderungen nicht oder nur bedingt eingeht, sondern seine Vorstellungen durchsetzt.“*⁴¹⁵ In der Stellungnahme des Markenverbandes heißt es weiter: *„Die Voraussetzungen sind hier nicht erkennbar.“* In ihrer Kommentierung interpretiert EDEKA diese Aussage fälschlicherweise als Zustimmung zu ihrer eigenen Position, dass ein Auffordern nicht vorlag, weil die anfänglich gestellten Forderungen nicht durchgesetzt werden konnten.⁴¹⁶

liges Auffordern ausreicht.“

⁴¹⁵ Siehe Bl. 2791 d. Verfahrensakte.

⁴¹⁶ Vgl. Bl. 3049 f. d. Verfahrensakte.

4.2.) Vorteile

- 498 Wie bei der Darstellung des Schutzzwecks der Norm oben bereits erläutert, ist der Begriff des Vorteils eher weit auszulegen und kann nicht auf konkret nachgewiesene oder ausdrücklich geforderte Besserstellungen gegenüber Wettbewerbern des Normadressaten reduziert werden.
- 499 Im vorliegenden Fall hat die Beschlussabteilung die Forderungen der EDEKA im Hinblick auf das bilaterale, vertikale Verhältnis zwischen EDEKA und einzelnen (abhängigen) Lieferanten betrachtet. Die Beschlussabteilung ist jedoch der Auffassung, dass die geforderten und z.T. gewährten Sonderkonditionen auch negative horizontale Auswirkungen auf andere (insbesondere kleinere) Handelsunternehmen als Wettbewerber der EDEKA hatten.
- 500 Die hier lediglich beispielhaft für die untersuchten Sekthersteller dargestellten und analysierten Forderungen wurden in gleicher oder ähnlicher Weise gegenüber einer Vielzahl von Lieferanten aus nahezu allen Warenbereichen gestellt, sodass sich eine flächendeckende Wirkung für sämtliche Wettbewerber der EDEKA ergab und die EDEKA ihre Wettbewerbsposition insgesamt verbessern konnte.
- 501 Die Diskriminierung ist im vorliegenden Fall bereits dadurch gegeben, dass die Wettbewerber der EDEKA zum Zeitpunkt der Sonderverhandlungen keine Möglichkeit hatten, vergleichbare Konditionen von den Lieferanten zu fordern oder auch nur die laufenden Jahresverträge abzuändern, sodass EDEKA sich einen unmittelbaren Wettbewerbsvorteil beim Wareneinkauf verschaffen konnte. Darüber hinaus ist nicht auszuschließen, dass einzelne Hersteller aufgrund ihrer Vorteilsgewährung gegenüber EDEKA versucht haben, diese – aus ihrer Sicht – Konditionennachteile durch entsprechend höhere Forderungen gegenüber anderen (kleineren) Handelsunternehmen beispielsweise in den nachfolgenden Jahresgesprächen zumindest teilweise aufzufangen.
- 502 Die bei der Beschaffung erzielten Vorteile verschafften der EDEKA gleichzeitig eine verbesserte Wettbewerbsposition auf den Absatzmärkten, die wiederum zu einer höheren Nachfragemacht der EDEKA gegenüber den Lieferanten führten konnte. Langfristig können der EDEKA aus entsprechenden Sonderverhandlungen zudem insofern Vorteile erwachsen, als Hersteller es zukünftig aus Angst vor Übernahmen, Einkaufskooperationen und Bestwertabgleichen vermeiden

werden, anderen (kleineren) Handelsunternehmen bessere Konditionen zu gewähren. Mittelbar wirkt dieser Effekt wie eine Meistbegünstigungsklausel für EDEKA zulasten ihrer Wettbewerber.

503 EDEKA weist in ihrer Stellungnahme darauf hin, dass die „*damit angesprochenen Theorien vom Spiral- und Wasserbetteffekt bekanntlich wettbewerbsökonomisch umstritten*“ sind und dass ein Spiraleffekt bislang nicht nachgewiesen wurde.⁴¹⁷

504 Die Beschlussabteilung hat ihre Entscheidung nicht auf das Vorliegen eines der genannten Effekte gestützt, sondern lediglich die möglichen – von zahlreichen Marktteilnehmern beschriebenen – horizontalen Auswirkungen der Sonderverhandlungen benannt. Die Beschlussabteilung hat daher im Rahmen dieses Verfahrens das tatsächliche Vorliegen eines „Wasserbetteffekts“ oder eines „Spiraleffekts“ auch nicht überprüft oder nachgewiesen. Angesichts der für eine derartige Überprüfung erforderlichen umfangreichen und komplexen Ermittlungen der Marktentwicklungen über einen längeren Zeitraum wäre dies nach Auffassung der Beschlussabteilung in einem konkreten Einzelfall nahezu unmöglich. Dass die Abschreckung der Lieferanten vor günstigeren Einzelkonditionen für kleinere LEH-Unternehmen bereits wirkt, zeigen jedoch sowohl die zusätzlich zu einem reinen Bestwertabgleich erhobenen Forderungen der EDEKA als auch die Berücksichtigung von Vergleichsstichtagen vor Bekanntwerden der Fusionspläne. Durch die Übertragung der Sonderforderungen auf ihr gesamtes Einkaufsvolumen hat die EDEKA zudem auch für die Zukunft eine wirksame Drohkulisse für eine potentielle Besserstellung von kleineren Wettbewerbern aufgestellt.

505 Die EDEKA kritisiert in ihrer Stellungnahme auch, dass die Beschlussabteilung offenbar davon ausgeht, dass „*jede Reduzierung der Einkaufspreise gegenüber dem bislang mit einem Hersteller vereinbarten Status Quo einen Vorteil darstellt.*“⁴¹⁸ An anderer Stelle heißt es zu diesem Punkt: „*Folglich kann ein ‚Vorteil‘ nur dann vorliegen, wenn eine Besserstellung des Nachfragers im Vergleich zu seinen Wettbewerbern gefordert oder veranlasst wird. Insofern ist im Regelfall der Nachweis einer passiven Diskriminierung durch die Lieferanten erforderlich.*“⁴¹⁹ Nach Einschätzung der EDEKA wäre das Tatbestandsmerkmal des Vorteils nur dann erfüllt, wenn die konkret daraus resultierende Schlechterstellung der Wettbewerber nachgewiesen wird oder aber wenn die Forderung die Schlechterstellung der Wettbewerber explizit beinhaltet.

⁴¹⁷ Siehe Bl. 2488 f. d. Verfahrensakte.

⁴¹⁸ Siehe Bl. 2491 d. Verfahrensakte.

⁴¹⁹ Siehe Bl. 2493 d. Verfahrensakte. Die für dieses Argument in der EDEKA-Stellungnahme benannten Kommentirstellen beziehen sich allerdings auf andere Sachverhalte.

- 506 Auch bei der Prüfung der sachlichen Rechtfertigung fordert EDEKA eine stärkere Berücksichtigung der Interessen der Wettbewerber.⁴²⁰ Die Möglichkeiten auch kleinerer Wettbewerber, in vergleichbaren Situationen vergleichbare Preisnachlässe zu vereinbaren, seien durch die Sonderverhandlungen der EDEKA nicht beeinflusst worden und die entsprechenden Behauptungen in der Abmahnung ohne konkreten Fallbezug.
- 507 Auch die REWE fordert in ihrer Stellungnahme, „*die Interessen der Wettbewerber des betroffenen Handelsunternehmens zu ermitteln und anschließend mit den Interessen des vermeintlich marktstarken Unternehmens abzuwägen.*“⁴²¹
- 508 Eine Verengung des Begriffs „Vorteil“ auf die konkrete oder explizite Schlechterstellung eines Wettbewerbers ist mit der Entwicklung und dem Normzweck des Anzapfverbots nicht vereinbar. Hier soll gerade die indirekte, passive Diskriminierung über Dritte erfasst werden. Darüber hinaus würde eine solche Auslegung in der Praxis vermutlich zur Unanwendbarkeit der gesamten Norm führen, da kaum ein Normadressat ausdrücklich eine Schlechterstellung der Wettbewerber fordern dürfte und angesichts des hohen Geheimhaltungsinteresses und der Komplexität des Konditionengeflechts auch der Nachweis einer konkret resultierende Schlechterstellung kaum zu erbringen sein dürfte. Andererseits sieht die Beschlussabteilung vorliegend auch nicht jede Verbesserung gegenüber dem Status Quo des vertikalen Verhältnisses zwischen Händler und Hersteller automatisch als Vorteil im Sinne der Norm an, sondern hat sich auf wesentliche Forderungen konzentriert, deren sachliche Rechtfertigung geprüft und die zu erwartenden Auswirkungen für die Wettbewerber der EDEKA berücksichtigt.⁴²²

Nach Auffassung der REWE spricht gegen nachteilige Wirkungen für Wettbewerber zudem bereits die Tatsache, dass *„auch jeder andere Erwerber der Plus-Märkte die Möglichkeit gehabt hätte, im Zuge der Integration der Märkte Sonderverhandlungen zu führen.“* Die Überlegung der Beschlussabteilung führe dazu, *„dass es zulässig wäre, wenn alle LEH-Unternehmen entsprechende Sonderverhandlungen mit ihren Lieferanten führen würden.“*⁴²³ Diese Darstellung zeigt erneut, dass REWE den Schutzzweck des Anzapfverbotes erkennt: Lieferanten (und Wettbewerber) sollen gerade vor solchen Forderungen geschützt werden, die nur marktmächtige Nachfrager aufgrund ihrer Machtposition erheben können, wie es vorliegend der Fall ist. Diese

⁴²⁰ Vgl. Bl. 2506 f. d. Verfahrensakte.

⁴²¹ Siehe Bl. 2846 d. Verfahrensakte.

⁴²² Weitergehend Nothdurft in Langen/Bunte, a.a.O., § 19 Rz. 159: *„Dementsprechend wird man als Vorteil nunmehr schlicht jede objektive Besserstellung des Normadressaten gegenüber dem bisherigen status quo vor der Anforderung oder Veranlassung ansehen müssen, der insofern den Maßstab für die Feststellung eines Vorteils bildet [...]“*

⁴²³ Siehe Bl. 2847 d. Verfahrensakte.

Beschränkung der Handlungsfreiheit marktmächtiger Nachfrager stellt ein Korrektiv zum dort bestehenden Ungleichgewicht der Verhandlungsmacht zwischen Nachfrager und Lieferant dar. Forderungen kleinerer, nicht marktmächtiger LEH-Unternehmen unterliegen hingegen nicht dem Anzapfverbot.⁴²⁴

509 Ein weiterer nachteiliger horizontaler Effekt von Sonderkonditionen und Bestwertabgleichen ergibt sich durch die oben bereits beschriebene Schutzreaktion der Hersteller, die aus Angst vor weiteren Übernahmen kleineren LEH-Unternehmen kaum noch bessere Einzelkonditionen gewähren.

510 In ihrer Stellungnahme zur Abmahnung trägt die EDEKA vor, dass eine derartige Schutzreaktion der Hersteller nicht vom Schutzzweck des Gesetzes gedeckt sei und die Hersteller aufgrund der gegenwärtigen Entscheidungspraxis der Beschlussabteilung ohnehin keine weiteren Übernahmen durch große Handelsunternehmen zu befürchten hätten. Darüber hinaus hätte der Bestwertabgleich zwischen EDEKA und Plus gerade gezeigt, dass diese Schutzreaktion nicht erfolgt, da die Hersteller Plus vor der Übernahme – trotz der geringeren Umsätze und der „äußerst schwierigen wirtschaftlichen Lage“ – noch bessere Konditionen gewährt hätten.⁴²⁵ An anderer Stelle weist EDEKA allerdings darauf hin, dass „sich häufig Lieferanten [bemühen], sobald sie mit einem Zusammenschluss unter Händlern rechnen, die Einstandspreise der Händler im Fall von Abweichungen vor der Übernahme anzugleichen.“⁴²⁶

511 Der Markenverband kommt in seiner Stellungnahme zu der Einschätzung, dass „dem Tatbestandsmerkmal des ‚Vorteils‘ keine wesentliche Funktion bei der Einschränkung des Anwendungsbereichs“ zukommt, sondern „jede objektive Verbesserung der Beschaffungsbedingungen erfasst wird.“⁴²⁷ Dieser Auffassung widerspricht die EDEKA in ihrer Kommentierung.⁴²⁸

512 Die im vorliegenden Fall betrachteten Sonderkonditionen stellten nach Auffassung der Beschlussabteilung im Ergebnis sowohl jeweils für sich als auch insgesamt betrachtet einen

⁴²⁴ Vgl. Köhler, a.a.O., S. 143: „Sachlich gerechtfertigt ist demnach eine Forderung nach bestimmten Vorteilen nur dann, wenn sie auch ein Vertragspartner ohne wirtschaftliche Übermacht berechtigterweise erheben könnte.“ Hier werden sogar die beiden Tatbestandsmerkmale „sachliche Rechtfertigung“ und „Ausnutzung von Marktmacht“ miteinander verbunden, was zu einer deutlichen Ausweitung des Anwendungsbereichs der Norm führen würde.

⁴²⁵ Siehe Bl. 2487 f. d. Verfahrensakte.

⁴²⁶ Siehe S. 37 der Stellungnahme, wo EDEKA die Wahl von drei verschiedenen Stichtagen in der Vergangenheit für den Bestwertabgleich rechtfertigt (Bl. 2500 d. Verfahrensakte).

⁴²⁷ Siehe Bl. 2792 d. Verfahrensakte.

⁴²⁸ Vgl. Bl. 3050 d. Verfahrensakte.

Vorteil im Sinne von § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 GWB für die EDEKA gegenüber ihren Wettbewerbern dar.

4.3.) Fehlender sachlich gerechtfertigter Grund

513 § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 GWB verbietet es den Normadressaten, andere Unternehmen zur Gewährung von Vorteilen aufzufordern oder zu veranlassen, für die ein sachlich gerechtfertigter Grund nicht besteht. Auf der Grundlage der vorstehenden Ausführungen ist die Beschlussabteilung zu der Feststellung gelangt, dass die EDEKA-Zentrale jeweils gegen § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB verstoßen hat, indem sie im Zuge der verlangten Sonderverhandlungen nach Übernahme der Plus-Filialen im Jahr 2009 von vier Sektlieferanten eine oder mehrere der folgenden „Sonderkonditionen“ gefordert hat:

- Anpassung von Preisen/Konditionen bzw. Ausgleichszahlung im Rahmen des sog. „Bestwertabgleichs“,
- Anpassung der Zahlungsziele,
- sog. „Synergiebonus“,
- sog. „Partnerschaftsvergütung“ und
- sog. „Sortimentserweiterungsbonus“.

514 Maßgeblich für diese kartellrechtliche Bewertung sind insbesondere die nachfolgend genannten Verhaltensweisen der EDEKA bei der Berechnung bzw. der Begründung der Forderungen. Diese Verhaltensweisen waren sowohl jeweils einzeln als auch in ihrer Gesamtheit betrachtet rechtswidrig:

- (1) die Heranziehung mehrerer, zeitlich gestaffelter Stichtage für einen Abgleich der Konditionen von EDEKA und Plus und der sich daraus ergebende „mehrfache Konditionenabgleich“ der zu verschiedenen Zeitpunkten jeweils geltenden Konditionen, hier im Rahmen des „Bestwertabgleichs“;
- (2) die Auswahl von Stichtagen für den Vergleich der Konditionen von EDEKA und Plus, die deutlich vor dem Vollzug des Zusammenschlusses und dem Beginn der Sonderverhandlungen lagen, hier im Rahmen des „Bestwertabgleichs“;
- (3) die intransparente und für die Lieferanten nicht nachvollziehbare Darstellung und Begründung von Forderungen, hier im Rahmen des „Bestwertabgleichs“ und des „Sortimentserweiterungsbonus“;

- (4) die Forderung rückwirkender Zahlungen und rückwirkender Anpassungen von Konditionen, hier im Rahmen sämtlicher Sonderkonditionen;
- (5) die einseitige Festlegung und Umsetzung neuer Konditionen, hier im Rahmen der „Anpassung der Zahlungsziele“;
- (6) das sog. „Rosinenpicken“, d.h. die Forderung einer Anpassung der EDEKA-Konditionen an einzelne, günstigere Konditionenbestandteile von Plus ohne Berücksichtigung des Gesamtkonditionenpakets, hier im Rahmen des „Bestwertabgleichs“ und der „Anpassung der Zahlungsziele“;
- (7) die Forderung von Zahlungen, denen offensichtlich keine Gegenleistungen gegenüberstanden, hier im Rahmen des „Synergiebonus“ und der „Partnerschaftsvergütung“;
- (8) die Forderung von Zahlungen ohne nachvollziehbaren warenwirtschaftlichen Bezug, hier im Rahmen des „Sortimentserweiterungsbonus“;
- (9) die Forderung besserer Konditionen von den Lieferanten während der Laufzeit geltender Jahresvereinbarungen, hier im Rahmen sämtlicher Sonderkonditionen.

515 Die hier genannten Vorgehensweisen stellen einen Verstoß gegen § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 GWB dar, da den Vorteilen kein sachlich damit verbundener Grund oder eine sachlich damit verbundene Gegenleistung gegenüberstand, die Begründung bzw. Berechnung der Forderung oder der Gegenleistung für den Lieferanten nicht nachvollziehbar war oder / und die geforderten Vorteile offensichtlich in keinem angemessenen Verhältnis zur (Gegen-)Leistung standen.

516 Das erklärte Ziel der EDEKA für die Durchführung der Sonderverhandlungen war die (teilweise) Finanzierung der Plus-Übernahme. In ihrer Stellungnahme zur Abmahnung erläutert EDEKA noch einmal, dass nicht nur ein hoher Kaufpreis gezahlt, sondern auch erhebliche Ausgaben für Renovierungen, Sozialpläne, Mietrückstellungen getätigt werden mussten.⁴²⁹ Darüber hinaus weist EDEKA in der Stellungnahme darauf hin, dass externes Wachstum legitim und nur durch zusätzliche Gewinne zu finanzieren sei.⁴³⁰ EDEKA habe sich um Kostenreduzierungen bemüht, um eine Erhöhung der Absatzpreise zu vermeiden.

517 Sämtliche mit der Plus-Übernahme verbundenen Kosten gehörten jedoch zum normalen unternehmerischen Risiko der EDEKA, die mit der Übernahme zu ihrem eigenen Vorteil ihre

⁴²⁹ Vgl. Bl. 2498 d. Verfahrensakte.

⁴³⁰ Vgl. Bl. 2506 d. Verfahrensakte.

weitere Expansion vorantreiben wollte und konnte. EDEKA kann nicht ernsthaft behaupten, dass sie die Plus-Übernahme zum Wohle der Lieferanten oder gar der Verbraucher durchgeführt habe. Die Finanzierung der Übernahme stellt in jedem Fall keinen sachlich gerechtfertigten Grund für die genannten Forderungen gegenüber Lieferanten dar.

- 518 Auch der Vortrag der EDEKA in ihrer Stellungnahme, dass allein aufgrund des Erhalts und der Verbesserung der übernommenen Plus-Filialen von Vorteilen für die Lieferanten auszugehen war,⁴³¹ kann nicht als sachliche Rechtfertigung im Sinne der Norm angesehen werden. In welcher Weise sich die Unternehmenssituation für die einzelnen Lieferanten ohne die Plus-Übernahme durch EDEKA verändert hätte, ist völlig offen. Im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens stand auch nicht die Möglichkeit einer Sanierungsfusion im Raum. Tatsächlich befürchtete ein Großteil der im Rahmen des Fusionsverfahrens befragten Lieferanten als Folge des Zusammenschlusses eine starke oder doch zumindest eine leichte Verschlechterung ihrer Lieferbedingungen.⁴³² Dass die Renovierung von Filialen weder allgemein noch konkret zu Vorteilen für einzelne Lieferanten führen muss, wurde bereits oben unter dem Punkt „Partnerschaftsvergütung“ erläutert.
- 519 Die Tatsache, dass sich für einige Lieferanten aus der Übernahme der Plus-Märkte bzw. den Sonderverhandlungen im Ergebnis tatsächlich gewisse Vorteile bzw. Gegenleistungen ergeben haben, stellt nach Auffassung der Beschlussabteilung ebenfalls keinen sachlich gerechtfertigten Grund für die genannten Forderungen der EDEKA dar:
- 520 Zunächst hat die EDEKA ihren ursprünglichen Forderungen in keinem Fall konkrete entsprechende Vorteile oder Gegenleistungen für die Lieferanten gegenübergestellt. Vorgetragen wurden in den ersten Gesprächen lediglich für den Synergiebonus, die Partnerschaftsvergütung und den Sortimentserweiterungsbonus verschiedene pauschale Argumente wie der höhere Aktions- und Eigenmarkenanteil von Netto, die gestiegene Marktbedeutung der EDEKA sowie die größere Attraktivität der Filialen und die Möglichkeit der Leistungsausweitung durch Übertragung des Netto-Konzepts auf die ehemaligen Plus-Filialen. Ob und ggfs. für wen und in welcher Höhe hieraus tatsächlich Vorteile resultieren würden, war für die einzelnen Lieferanten zum Zeitpunkt der Forderungen jedoch völlig unklar.⁴³³

⁴³¹ Vgl. Bl. 2498 d. Verfahrensakte.

⁴³² Siehe Beschluss B2-333/07, S. 128.

⁴³³ Das ESMT-Gutachten hingegen bewertet offenbar bereits die Differenz zwischen den geforderten und den letztlich vereinbarten Sonderzahlungen als eine Art „Gegenleistung“ für die Lieferanten: „Die Durchsetzungsquote, d.h. die Ergebnisse der Verhandlungen relativ zu den EDEKA-Forderungen während der Verhandlungen,

- 521 In ihrer Stellungnahme trägt EDEKA vor, dass sie die für einzelne Lieferanten resultierenden Vorteile nicht im Einzelnen begründen konnte, da ihr der Einblick in deren Unternehmen fehle und ihre Begründungen notwendigerweise pauschal und auf der Basis von Prognosen erfolgen müssten.⁴³⁴ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass bei den Forderungen, denen überhaupt Leistungen hätten gegenüberstehen können – wie z.B. beim Sortimentserweiterungsbonus – die EDEKA sehr wohl konkrete zusätzliche Leistungen hätte benennen können. Dies gilt zum einen, da derart konkrete Leistungen auch in normalen Jahresgesprächen verhandelt werden und zum anderen, da sich die EDEKA im Vorfeld der Sonderverhandlungen sehr detailliert über die Leistungen und Konditionen der einzelnen Lieferanten bei Plus informiert hatte und konkrete Leistungen dann ja auch im weiteren Verlauf der Sonderverhandlungen besprochen wurden.
- 522 Auch der Hinweis der EDEKA, dass sich die „Umsätze aller vier Sekthersteller mit EDEKA/Netto [...] in den Jahren 2007/2008 bis 2010 sehr positiv entwickelt“ haben⁴³⁵ kann nicht als sachliche Rechtfertigung für die Forderungen angesehen werden, da diese Umsatzentwicklung eben zum Zeitpunkt der Forderungen nicht absehbar war und darüber hinaus keinesfalls aus der Übernahme der Plus-Filialen durch EDEKA resultieren muss, sondern auf zahlreiche andere Faktoren zurückzuführen sein kann.
- 523 Schließlich standen die im Verlauf der Sonderverhandlungen von den Lieferanten individuell geforderten und teilweise auch durchgesetzten Gegenleistungen in keinem klaren sachlichen Bezug zu den Forderungen der EDEKA, sondern sind eher als Versuch der Lieferanten zu bewerten, den Forderungen überhaupt etwas entgegenzusetzen und deren Akzeptanz im eigenen Unternehmen zu rechtfertigen. Kein Lieferant ist aus eigener Initiative auf EDEKA zugegangen, um zusätzliche Leistungen oder Aktionen zu fordern. Der fehlende sachliche Bezug zwischen Forderungen und (verhandelten) Gegenleistungen wird nicht zuletzt durch die völlig uneinheitliche, im Ergebnis willkürliche Zurechnung der ausgehandelten Gegenleistungen zu den einzelnen Forderungen deutlich.
- 524 Vor dem Hintergrund der oben festgestellten Verstöße kann dahinstehen, ob einige der Sonderkonditionen, die EDEKA im Rahmen der Verhandlungen nach der Plus-Übernahme von ihren Sektlieferanten verlangt hat, auch im Hinblick auf die Dopplung von Forderungen (hier z.B. „Sortimentserweiterungsbonus“ einerseits im Verhältnis zu Leistungsgebühren, Mengen-

beschreibt somit die Aufteilung der Effizienzvorteile zwischen Lieferant und der EDEKA: je höher die Durchsetzungsquote, desto höher der Verhandlungserfolg der EDEKA“ (S. 1).]

⁴³⁴ Vgl. Bl. 2497 d. Verfahrensakte.

⁴³⁵ Siehe Bl. 2507 d. Verfahrensakte.

staffeln und Verkaufsflächenbeitrag andererseits) und die fortgesetzte Forderung ursprünglich befristeter Zahlungen (hier bei „Partnerschaftsvergütung“ und „Sortimentserweiterungsbonus“) sachlich nicht gerechtfertigt waren und das Vorgehen der EDEKA daher auch insoweit gegen das Verbot des § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB verstoßen hat.

525 Nach vorläufiger Auffassung der Beschlussabteilung wären die oben genannten Verhaltensweisen bei der Berechnung bzw. der Begründung von Forderungen überwiegend auch dann missbräuchlich gewesen, wenn EDEKA diese im Rahmen von normalen Jahresgesprächen aufgestellt hätte.

G) Aufforderung oder Veranlassung anderer Unternehmen unter Ausnutzung der Marktstellung

526 Schließlich muss die Aufforderung oder Veranlassung anderer Unternehmen zur Gewährung von Vorteilen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unter Ausnutzung der Marktstellung erfolgen (§ 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 GWB). Dies ist vorliegend der Fall. EDEKA hat im Zuge der Sonderverhandlungen ihre Marktstellung ausgenutzt, um andere Unternehmen, nämlich zumindest die hier genannten vier Sektlieferanten, ohne sachlich gerechtfertigten Grund zur Gewährung der Sonderkonditionen aufzufordern. Zwar ist in der Literatur umstritten, ob für das Kriterium „Ausnutzung ihrer Marktstellung“ die Machtposition des Normadressaten objektiv kausal für dessen Forderung sein muss oder nicht. Eine Druckausübung ist danach aber jedenfalls nicht erforderlich.⁴³⁶

527 Die vorstehenden Ausführungen zur Abhängigkeit und zur fehlenden sachlichen Rechtfertigung haben gezeigt, dass EDEKA die betroffenen Lieferanten allein aufgrund ihrer Machtposition zur Gewährung der Sonderkonditionen auffordern konnte. Die Tatsache, dass EDEKA die Lieferanten in vielen Fällen auch zur (teilweisen) Gewährung der Vorteile veranlassen konnte, kann als ergänzendes Indiz für den Zusammenhang zwischen der Marktposition der EDEKA und ihrem missbräuchlichen Verhalten gewertet werden.

⁴³⁶ Vgl. Säcker/Mohr, a.a.O., S. 23. Nach Nothdurft (a.a.O., § 20, Rz. 214) ist es bereits „hinreichend, dass die Marktmacht der „Aufforderung“ eine besondere Schubkraft verleiht und insofern ihre Wirkungen verstärkt – bis hin zum erfolgreichen „Veranlassen“.“ Köhler (a.a.O., S. 141) argumentiert, dass der „Nachfrager [...] lediglich im Wissen um seine Marktstellung eine Forderung nach Gewährung eines Vorteils geltend machen [muss]“.

H) Verhältnis von § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB zu Art. 102 AEUV

528 Gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 bzw. § 22 Abs. 2 S. 1 GWB darf die Anwendung einzelstaatlichen Rechts bzw. des GWB nicht zum Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen führen, welche zwar die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllen, aber den Wettbewerb i.S.d. Art. 81 Abs. 1 EG (heute Art. 101 Abs. 1 AEUV) nicht einschränken oder die Bedingungen des Art. 81 Abs. 3 EG (heute Art. 101 Abs. 3 AEUV) erfüllen oder durch eine Verordnung zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG (Gruppenfreistellungsverordnungen) erfasst sind. In diesen Fällen ist die Anwendung strengerer nationalen Rechts nicht möglich. Dieser Anwendungsvorrang des europäischen Rechts gilt gemäß Art. 3 Abs. 2 VO (EG) 1/2003 jedoch nicht für einseitiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten. Europäisches Recht steht insofern der Anwendung von § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB im vorliegenden Fall nicht entgegen.

III.) GEBÜHREN

Die Gebührenentscheidung beruht auf § 80 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB. Die Höhe der Gebühr bestimmt sich gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 GWB nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Kartellbehörde unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung, die der Gegenstand der gebührenpflichtigen Handlung hat. Für ein Verwaltungsverfahren nach § 32 Abs. 3 GWB kann gemäß § 80 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 eine Gebühr von bis zu 25.000 Euro erhoben werden. Ist der personelle oder sachliche Aufwand der Kartellbehörde unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Werts der gebührenpflichtigen Handlung im Einzelfall außergewöhnlich hoch, kann gemäß § 80 Abs. 2 Satz 3 GWB die Gebühr bis auf 50.000 Euro erhöht werden.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Verhaltens, das Gegenstand dieser Entscheidung ist, liegt erheblich über dem Durchschnitt. Die EDEKA ist der mit Abstand größte Anbieter und Nachfrager im deutschen Lebensmitteleinzelhandel, mit Absatz- bzw. Beschaffungsvolumina im zweistelligen Milliardenbereich. Das mit dem Beschluss erfasste Verhalten der EDEKA betraf vier Unternehmen des Schaumweinmarktes. Die EDEKA hat vergleichbare Verhandlungen jedoch mit einer Vielzahl von Lieferanten aus verschiedenen Warenbereichen geführt, sodass das beanstandete Verhalten im Ergebnis zahlreiche Beschaffungsmärkte betraf.

Der personelle Aufwand der Kartellbehörde lag erheblich über dem Durchschnitt. So wurden nach der Durchsichtung eine Vielzahl von komplexen Asservaten ausgewertet, ein von der EDEKA vorgelegtes Gutachten geprüft, mehrere Unternehmen als Zeugen befragt und verschiedene Antworten zahlreicher Unternehmen im Rahmen der Sektoruntersuchung LEH vorab analysiert und in das Verfahren eingebracht. Die lange Verfahrensdauer von mehreren Jahren hat die Beschlussabteilung insoweit berücksichtigt, als sie nicht den erweiterten Gebührenrahmen des § 80 Abs. 2 Satz 3 GWB zugrundegelegt hat. Die Festsetzung der Gebühr auf [...] **Euro** ist damit angemessen und sachgerecht.

Kostenschuldnerin ist gemäß § 80 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 die Beteiligte zu 1. Der Betrag ist innerhalb eines Monats auf das Konto der

**Bundeskasse Trier bei der
Deutschen Bundesbank – Filiale Saarbrücken –
BIC: MARKDEF 1590
IBAN: DE 81 5900 0000 0059 0010 20**

zu überweisen.

Verwendungszweck / Kassenzeichen: 810600296163

Bitte geben Sie als Verwendungszweck das o.g. Kassenzeichen an, da ohne diese Angabe Ihre Zahlung nicht bearbeitet werden kann.

Bei Überweisung aus dem Ausland fallen im Allgemeinen Bankspesen an. In diesen Fällen ist sicherzustellen, dass dem Konto des Bundeskartellamtes die volle Gebühr gutgeschrieben wird.

IV.) RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit Zustellung des Beschlusses beginnenden Frist von einem Monat beim Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn, einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf, eingeht.

Die Beschwerde ist durch einen beim Bundeskartellamt oder beim Beschwerdegericht einzureichenden Schriftsatz zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Verfügung und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die – gegebenenfalls auch neuen – Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Auf Antrag kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde ganz oder teilweise anordnen.

Krueger

Dr. Buhl

Scheidgen

Sie werden darauf hingewiesen, dass die Entscheidung – dem Tenor nach – im Bundesanzeiger (§ 62 S. 1 GWB) sowie – im Volltext – im Internet veröffentlicht wird. Sie werden daher gebeten, der Beschlussabteilung innerhalb von 7 Tagen nach Zustellung dieses Beschlusses ggf. schriftlich mitzuteilen, ob die Entscheidung Geschäftsgeheimnisse enthält, die vor der Veröffentlichung zu löschen sind. Bitte begründen Sie, warum es sich bei den von Ihnen ggf. gewünschten Löschungen um Geschäftsgeheimnisse handelt. Sollte die zuständige Beschlussabteilung innerhalb von 7 Tagen keine Nachricht von Ihnen erhalten, geht das Bundeskartellamt davon aus, dass diese Entscheidung keine Geschäftsgeheimnisse enthält, und wird sie veröffentlichen.

INHALTSVERZEICHNIS

ZUSAMMENFASSUNG.....	4
I.) SACHVERHALT	7
A) Verfahrensgang	7
B) Beteiligte Unternehmen	14
1.) EDEKA Gruppe	14
2.) REWE.....	18
3.) Markenverband	20
II.) RECHTLICHE WÜRDIGUNG	20
A) Schutzzweck und Entwicklung der Norm.....	20
B) Schadenstheorie	23
C) Feststellungsinteresse	29
D) Auswahl eines Beschaffungsmarktes und einzelner betroffener Lieferanten	32
E) Abhängige Unternehmen	36
1.) Der Begriff der Abhängigkeit in § 20 Abs. 2 GWB	36
2.) Gutachten der EDEKA zum Begriff der Abhängigkeit	41
3.) Kriterien zur Beurteilung der Abhängigkeit im vorliegenden Verfahren	44
4.) Abhängigkeit einzelner Lieferanten von der EDEKA	48
4.1.) Generelle Marktposition der EDEKA im deutschen LEH	49
4.1.1.) Marktposition der EDEKA auf der Absatzseite	49
4.1.2.) Marktposition der EDEKA auf der Beschaffungsseite.....	51
4.1.3.) Zwischenergebnis	55
4.2.) Marktposition der EDEKA auf dem Beschaffungsmarkt Schaumwein/Sekt	56
4.2.1.) Abgrenzung und Volumen des Beschaffungsmarktes	57
4.2.1.1.) Sachliche Marktabgrenzung.....	57
4.2.1.2.) Räumliche Marktabgrenzung	60
4.2.1.3.) Marktvolumen	63
4.2.2.) Struktur der Herstellerseite	63
4.2.3.) Besonderheiten des Beschaffungsmarktes	65
4.2.4.) Ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten der Hersteller	67
4.2.4.1.) Ausweichmöglichkeiten der Hersteller auf andere LEHs	68
4.2.4.2.) Ausweichmöglichkeiten der Hersteller auf andere Vertriebswege.....	70
4.2.4.3.) Produktionsumstellungsflexibilität der Hersteller	76
4.2.5.) Zwischenergebnis	78
4.3.) Bilaterale Marktpositionen der EDEKA auf dem Beschaffungsmarkt Schaumwein/Sekt	79
4.3.1.) Rotkäppchen-Mumm	85
4.3.2.) Henkell	86
4.3.3.) Freixenet	89
4.3.4.) Schloss Wachenheim.....	91
5. Zwischenergebnis: Abhängigkeit einzelner Lieferanten von der EDEKA	92
F) Aufforderung zur Gewährung von Vorteilen ohne sachlich gerechtfertigten Grund	92
1.) Der Begriff „Vorteil ohne sachlich gerechtfertigten Grund“ in § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 GWB	92
2.) Kriterien zur Beurteilung des „sachlich gerechtfertigten Grundes“ im vorliegenden Verfahren	96
3.) Darstellung und kartellrechtliche Beurteilung der Forderungen im Rahmen der von EDEKA verlangten Sonderverhandlungen im Jahr 2009	100
3.1.) Überblick	100
3.2.) Bestwertabgleich	113
3.2.1.) Vorbereitung / Berechnung	114
3.2.2.) Konkrete Forderungen gegenüber abhängigen Lieferanten	125
3.2.2.1.) Rotkäppchen-Mumm.....	126
3.2.2.2.) Henkell	127
3.2.2.3.) Freixenet	128
3.2.2.4.) Schloss Wachenheim.....	129
3.2.3.) Wettbewerbliche Beurteilung / sachliche Rechtfertigung.....	130
3.2.3.1.) Berechnungsmethode	131

3.2.3.2.) Fehlende Transparenz gegenüber den Lieferanten.....	132
3.2.3.3.) Auswahl der Stichtage / doppelter Bestwertabgleich.....	133
3.2.3.4.) Zeitpunkte der „historischen“ Stichtage.....	134
3.2.3.5.) Rückwirkende Forderung.....	135
3.3.) Anpassung der Zahlungsziele.....	136
3.3.1.) Vorbereitung / Berechnung.....	136
3.3.2.) Konkrete Forderungen gegenüber abhängigen Lieferanten.....	138
3.3.2.1.) Rotkäppchen-Mumm.....	138
3.3.2.2.) Henkell.....	138
3.3.2.3.) Freixenet.....	139
3.3.2.4.) Schloss Wachenheim.....	140
3.3.3.) Wettbewerbliche Beurteilung / sachliche Rechtfertigung.....	140
3.3.3.1.) Länge des Zahlungsziels.....	140
3.3.3.2.) „Rosinenpicken“.....	141
3.4.) „Synergiebonus“.....	143
3.4.1.) Vorbereitung / Berechnung.....	143
3.4.2.) Konkrete Forderungen gegenüber abhängigen Lieferanten.....	145
3.4.2.1.) Rotkäppchen-Mumm.....	145
3.4.2.2.) Henkell.....	146
3.4.2.3.) Freixenet.....	147
3.4.2.4.) Schloss Wachenheim.....	148
3.4.3.) Wettbewerbliche Beurteilung / Sachliche Rechtfertigung.....	149
3.5.) „Partnerschaftsvergütung“.....	151
3.5.1.) Vorbereitung / Berechnung.....	152
3.5.2.) Konkrete Forderungen gegenüber abhängigen Lieferanten.....	154
3.5.2.1.) Rotkäppchen-Mumm.....	154
3.5.2.2.) Henkell.....	154
3.5.2.3.) Freixenet.....	156
3.5.2.4.) Schloss Wachenheim.....	157
3.5.3.) Wettbewerbliche Beurteilung / Sachliche Rechtfertigung.....	158
3.6.) „Sortimentserweiterungsbonus“.....	162
3.6.1.) Vorbereitung / Berechnung.....	162
3.6.2.) Konkrete Forderungen gegenüber abhängigen Lieferanten.....	165
3.6.2.1.) Rotkäppchen-Mumm.....	165
3.6.2.2.) Henkell.....	165
3.6.2.3.) Freixenet.....	166
3.6.2.4.) Schloss Wachenheim.....	167
3.6.3.) Wettbewerbliche Beurteilung / Sachliche Rechtfertigung.....	168
3.7.) Gesamtpaket / Übersicht.....	170
3.8.) Zeitpunkt der Forderungen.....	177
3.9.) Rückwirkung der Forderungen.....	178
4.) Zwischenergebnis: Aufforderung zur Gewährung von Vorteilen ohne sachlich gerechtfertigten Grund.....	180
4.1.) Aufforderung.....	180
4.2.) Vorteile.....	183
4.3.) Fehlender sachlich gerechtfertigter Grund.....	187
G) Aufforderung oder Veranlassung anderer Unternehmen unter Ausnutzung der Marktstellung.....	191
H) Verhältnis von § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB zu Art. 102 AEUV.....	192
III.) GEBÜHREN.....	192
IV.) RECHTSMITTELBELEHRUNG.....	194