MARKENVERBAND

STELLUNGNAHME DES MARKENVERBANDES

SEKTORUNTERSUCHUNG LEBENSMITTELEINZELHANDEL

I. Einführung

Der Markenverband bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Schlussbericht einer intensiven Untersuchung der Beziehungen zwischen Industrie und Lebensmitteleinzelhandel durch das Bundeskartellamt im Rahmen der Sektoruntersuchung. Untersuchung und Schlussbericht sind aus Sicht des Markenverbandes ein wichtiger Beitrag zur fortgesetzten Diskussion um Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel, ihren Missbrauch und seine Konsequenzen. Erstmalig wurden die Verhandlungen und vertraglichen Beziehungen zwischen den Beteiligten in der Wertschöpfungskette auf einer soliden Datenbasis empirisch untersucht und bewertet. Das gibt die Chance, eine vielfach emotional geführte Diskussion nunmehr auf Tatsachen zurückzuführen und zu versachlichen.

Der Schlussbericht des Bundeskartellamtes findet weitgehend die Zustimmung des Markenverbandes. Er sieht im Kern die Einschätzungen aus der eigenen Arbeit und eigenen Analysen bestätigt: die Hersteller von Markenartikeln sehen sich einem hochkonzentrierten Lebensmitteleinzelhandel gegenüber, indem drei Unternehmen, Edeka, Rewe und die Schwarz-Gruppe, den weit überwiegenden Teil des Beschaffungsmarktes auf sich vereinen und eine gate-keeper Funktion beim Zugang zum Konsumenten ausüben. Daneben existieren in einzelnen Regionen regional starke Händler, die in ihren Absatzbereichen ebenfalls diese Kontrollfunktion ausüben können. Ausweichmöglichkeiten zum Vertrieb über diese national oder regional starken Händler bestehen für die Hersteller – wenn überhaupt – nur in unzureichendem Maße.

Gleichzeitig tritt der Markenverband der Einschätzung des Bundeskartellamtes bei, dass die Diskussion um den Themenkomplex keineswegs als abgeschlossen betrachtet werden kann. Zu etlichen Einzelfragen ist eine Vertiefung weiterhin notwendig.

II. Anmerkungen zu einzelnen Aspekten

1. Zur Wettbewerbssituation und ökonomischen Interessen

Das Bundeskartellamt führt zu Recht aus, dass auch im Rahmen der Missbrauchsaufsicht nicht einzelne Wettbewerber unter den Herstellern oder Händlern geschützt werden sollen. Das bedeutet allerdings nicht, dass im Bereich der Missbrauchsaufsicht über relative Marktmacht erst dann eine missbräuchliche und verbotene Ausnutzung dieser Marktmacht vorliegt, wenn sie ein bestimmtes Ausmaß an Marktwirkung überschreitet. Insbesondere ist es nicht erforderlich, dass eine Vielzahl oder auch nur Mehrzahl von Unternehmen von dem Missbrauch betroffen ist. Die konsequente Anwendung der Missbrauchsaufsicht ist vielmehr in jedem Einzelfall angezeigt. Nicht erforderlich ist auch, dass ein solcher Einzelfall eine „Signalwirkung" für andere Hersteller oder Händler hat; die Vorschriften der §§ 19, 20 GWB kennen ein solches einschränkendes Tatbestandsmerkmal nicht.

Gegen die Anwendung der Missbrauchskontrolle bei Nachfragemacht wird immer wieder eingewandt, in Deutschland komme aufgrund des intensiven Wettbewerbs im Lebensmitteleinzelhandel jeder erzielte Einkaufsvorteile der Händler automatisch auch den Verbrauchern zugute. Dieser Automatismus wird vom Bundeskartellamt zu Recht in Zweifel gezogen. Tatsächlich ist bei den zum Teil stark konzentrierten Marktstrukturen in regionalen Absatzmärkten nicht nur zu erwarten, dass die erzielten Einkaufsvorteile von den marktführenden Einzelhändlern nicht oder nur teilweise an den Verbraucher weitergegeben werden. Die Erwartung wird von der Realität auch bestätigt. Die Preisgestaltung insbesondere der marktführenden Händler ist regional, ja lokal deutlich unterschiedlich und abhängig von der Wettbewerbssituation im jeweiligen Absatzmarkt. Dies gilt auch für die Weitergabe von Einkaufsvorteilen. Dabei sind regelmäßig die Einkaufspreise und erzielten Vorteile überregional einheitlich und Kostenstrukturen zumindest sehr ähnlich.

Gegen die Befürchtung, Hersteller könnten aufgrund einer nachfragemachtbedingten Rentenumverteilung die Anreize verlieren, die angebotenen Produkte in einer ausreichend hohen Qualität anzubieten, gibt das Bundeskartellamt zu bedenken, auch Händler selbst hätten ein Interesse an hoher Produktqualität. Demgegenüber ist festzuhalten, dass sich ein solches Interesse auf die Handelsmarkenprodukte der Händler beschränkt. Nur hier ist die Produktqualität für den Einzelhändler eine Möglichkeit, sich selbst gegenüber dem Wettbewerb zu profilieren. Bei Markenprodukten, die in einheitlicher Qualität bei mehreren Händlern vertrieben werden, fehlt diese Möglichkeit hingegen. Entsprechend hat Inderst[1] nachgewiesen, dass im Bereich der Markenprodukte ein Interessengegensatz zwischen Industrie und Handel hinsichtlich der Produktqualität besteht,

[1] Inderst, An Economic Analysis of 'Price Ownership' by Branded Goods Manufacturers, 2013, abrufbar unter http://www.markenverband.de/publikationen/studien/Branded%20Goods%20and%20Price%20Ownership%20Report%20-%20Roman%20Inderst.pdf

wobei allein der Hersteller zur Stärkung seiner eigenen Verhandlungsposition ein Interesse an hoher Produktqualität hat.

Zweifelhaft erscheint auch, ob die vom Bundeskartellamt in den untersuchten Märkten festgestellte Konzentration auf Herstellerseite für sich genommen in der Analyse der Verhandlungsstärke von Händlern und Herstellern ein relevantes Kriterium sein kann. Aus Sicht des Markenverbandes beeinflussen die tatsächlichen gegenwärtigen Marktanteile der Hersteller die Ausweichmöglichkeiten der Händler nicht. Etwas anderes würde allenfalls dann gelten, wenn die Händler über keinerlei Möglichkeiten verfügten, durch ihr eigenes Abnahmeverhalten diese Marktanteile zu verschieben, weil weder im Inland noch im Ausland entsprechende Produktionskapazitäten vorhanden sind oder aufgebaut werden könnten. Diesbezüglich sind aber in der Sektoruntersuchung keinerlei Feststellungen getroffen. Dass umgekehrt der Konzentrationsgrad auf Handelsseite ein wesentliches Element bei der Beurteilung der Verhandlungsstärke der Händler darstellt, ist im Konsumentenverhalten begründet. Er sucht, worauf das Bundeskartellamt zutreffend hinweist, weniger nach einzelnen Produkten, als vielmehr nach einem Warenkorb aus Produkten unterschiedlicher Angebotsmärkte und tendiert zum one-stop-shopping. Das hierfür notwendige Angebot kann ihm jedoch kein Hersteller allein unterbreiten. Erforderlich wäre entweder die Übernahme eines Händlernetzes oder aber eine breite Vertriebskooperation zahlreicher Hersteller.

Die Feststellung des Bundeskartellamtes, dass allenfalls in einem sehr geringen Ausmaß Hersteller über echte „must-stock" Produkte verfügen, deckt sich vollständig mit der Einschätzung und Auffassung des Markenverbandes. Dabei unterstützt der Markenverband das Verständnis des Bundeskartellamtes, wonach ein „must-stock" Produkt nur dann vorliegt, wenn anhand des jeweiligen Artikels maßgeblich die Auswahl der Einkaufsstätte getroffen wird, bei einer fehlenden Verfügbarkeit dieses Artikels also dem Händler ein überproportionaler wirtschaftlicher Nachteil droht. Es muss betont werden, dass „must-stock" Produkte eines Herstellers keinesfalls eine erheblich Verbesserung der Verhandlungsposition des Herstellers gegenüber nachfragemächtigen Händlern bewirken, wenn sie lediglich Teil eines breiteren Gesamtsortiments sind, in dem sie mit „normalen" Produkten zusammentreffen.

2. Fusionskontrolle und Einkaufskooperationen

Zum externen Wachstum von Einzelhändlern stellt das Bundeskartellamt zutreffend fest, dass zahlreiche Zusammenschlüsse lediglich den Erwerb einzelner Standorte betrafen. Über die Jahre hätten diese jedoch insgesamt ein Maß erreicht, das mit dem Erwerb von Netzen oder Teilnetzen eines Wettbewerbers vergleichbar sei. Nach Auffassung des Markenverbandes muss auch der schleichende Fortschritt des Konzentrationsprozesses bei der Fusionskontrolle berücksichtigt werden, wenn sie nicht ihre Funktion als Marktstrukturkontrolle faktisch verlieren soll. Soweit insbesondere bei Verneinung einer Gesamtstrategie, die den gestaffelten Erwerb zahlreicher einzelner Standorte zu einem einzelnen Zusammenschlussvorhaben zusammenführt, gegenwärtig keine effektive Fusionskontrolle stattfinden kann, ist der Gesetzgeber aufgerufen, die Wirksamkeit der Marktstrukturkontrolle herzustellen. Es ist rechtspolitisch unbefriedigend, wenn das Instrumentarium nicht in der Lage ist, die Vermachtung von Märkten durch externes Wachstum zu verhindern, nur weil einzelne Schritte unmerklich scheinen.

Der Markenverband begrüßt das Bekenntnis des Bundeskartellamtes zur konsequenten Fusionskontrolle in dem bereits heute hochkonzentrierten Bereich des Lebensmitteleinzelhandels, auch unter Nutzung der neuen Möglichkeiten, die der SIEC-Test bietet. Positiv hervorzuheben ist dabei das Bekenntnis des Bundeskartellamtes, dass – unabhängig von einer Veränderung auf den Absatzmärkten – bereits eine Wettbewerbsbeeinträchtigung auf den Beschaffungsmärkten ausreicht, um einen Handelszusammenschluss zu untersagen. Der Markenverband ist dabei der Auffassung, dass die Beschaffungsmärkte nicht nur in Sonderfällen eines Handelszusammenschlusses, insbesondere bei der Übernahme ganzer Handelsnetze, in die fusionsrechtlichen Prüfungen einzubeziehen sind. Beschaffungsmärkte sind in jedem Einzelfall eines Handelszusammenschlusses betroffen. Auswirkungen durch den Zusammenschluss auf die Beschaffungsmärkte müssen entsprechend stets bewertet werden.

Die Darstellung des Bundeskartellamtes zum Zusammenschluss Rewe/Wasgau nach dem vorangegangenen Scheitern der Einkaufskooperation lässt einen Wertungswiderspruch in der Rechtslage jedenfalls bis zum 8. GWB-Änderungsgesetz und der Einführung des SIEC-Tests erkennen: Das gleiche wirtschaftliche Ergebnis, nämlich eine Konzentration der Nachfrage bei der Rewe, sollte unabhängig von der Frage der konkreten rechtstechnischen Ausgestaltung auch zum gleichen juristischen Ergebnis führen. Dies gilt umso mehr, wenn die Konzentration der Nachfrage hier durch den Zusammenschluss nachhaltiger wirkt, als bei einer Kooperation, selbst wenn es sich um eine Einkaufskooperation der zweiten Generation handelt. Um diesen Wertungswiderspruch künftig zu vermeiden, ist das Bundeskartellamt aufgefordert, wie von ihm angekündigt, die Möglichkeiten des SIEC-Tests konsequent zu nutzen. Es bleibt abzuwarten, ob die gegenwärtige Rechtslage tatsächlich ausreicht.

Die angesprochenen Einkaufskooperation der zweiten Generation zeichnen sich nach der Darstellung des Bundeskartellamtes insbesondere dadurch aus, dass sie langfristig angelegt sind, Zusatzoptionen enthalten, die die langfristige Zusammenarbeit strukturell absichern, teilweise die Übernahme der Handelsmarken des Partners sowie eine Angleichung an dessen Sortimente, umfangreiche Informationsrechte zu Gunsten des großen Partners sowie einseitige Gebietsschutzvereinbarungen enthalten. Diese komplexe Struktur muss in der kartellrechtlichen Bewertung der Einkaufskooperationen vollständig erfasst werden. Es geht nicht mehr nur um die Zusammenführung von Beschaffungsvolumina, sondern ebenso um Vertriebskooperationen und Absatzkoordinierung der Händler. Sie können auf diese Weise leicht zu einer Wettbewerbsbeschränkung unter den Händlern führen. Die strukturelle Absicherung der Kooperation wiederum wirft die Frage auf, ob nicht bereits in der Einkaufskooperation ein Zusammenschlussvorhaben gesehen werden muss.

3. Ökonometrisches Modell

Das Bundeskartellamt weist in der Sektoruntersuchung darauf hin, dass im verhandlungstheoretischen Grundmodell neben der Beschaffungsmenge die wesentlichen Determinanten für die Höhe der Konditionen in der Verhandlung empirisch gegenübergestellt würden, und zwar jeweils für einen Artikel. Tatsächlich werden die Verhandlungen zwischen Hersteller und Händler regelmäßig allerdings nicht artikelbezogen geführt, sondern für das Gesamtportfolio oder zumindest

ein Teilportfolio des Herstellers. Durch diese Zusammenfassung mehrerer Artikel in einer Verhandlung ergeben sich besondere Determinanten für die Konditionenhöhe. Nach Einschätzung des Markenverbandes wurde der Zusammenhang bei der Datenerhebung auch mit berücksichtigt; der Verband geht daher davon aus, dass er auch in dem Modell reflektiert ist. Wenn das Bundeskartellamt allerdings anführt, große Mehrproduktunternehmen könnten eine Auslistung bzw. ein Scheitern der Verhandlung besser verkraften, so wird hier nur eine Seite der Medaille beleuchtet. Umgekehrt ergeben sich aus anderen, unter Umständen marktschwächeren Artikeln auch zusätzliche Druckpunkte für den Verhandlungspartner, da erst das volle Portfolio des Herstellers die für den wirtschaftlichen Erfolg notwendigen Auslastungen etc. erreichen kann. Dieser Umstand führt auch dazu, dass sich die Verhandlungsposition des Herstellers, selbst wenn er über „must-stock" Produkte als Teil des verhandelten (Teil-) Portfolios verfügt, aber eben auch über „normale" Produkte, nicht erheblich verbessert.

Zutreffend weist das Bundeskartellamt darauf hin, dass bei der Bewertung des Austauschgleichgewichtes zwischen Industrie und Handel nicht nur die unmittelbaren monetären Konditionen eine Rolle spielen, sondern auch etwa Fragen der Logistik. Dabei ist allerdings nicht nur die Lieferreichweite, das heißt der Punkt der Gefahrenübergabe, für die Vertragspartner von Interesse. Ein weiteres wesentliches Element der Logistik ist die Frage nach den Anlieferungskonzepten (Beschaffungslogistik des Handels oder Distributionslogistik des Herstellers). Es besteht zudem ein erheblicher Unterschied in der Komplexität der Abwicklung und damit in den Kosten, je nachdem ob Strecken- oder Zentrallagerlieferung vereinbart ist oder bestimmte Arten von cross-docking. Auch andere Elemente, wie der Einsatz elektronischer Datenverarbeitung in der Logistik, Anforderungen an Palettenqualitäten – insbesondere für automatisierte Läger – und diesbezügliche Tauschprozesse und Reparaturkosten sind von erheblicher Bedeutung. Dabei nimmt aus Sicht des Markenverbandes das Gewicht der Lieferschnittstelle zwischen Industrie und Handel aus betrieblicher und unternehmerischer Sicht kontinuierlich zu.

III. Fragestellungen des Bundeskartellamtes

1. Bedarfsmarktkonzept

Für die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen auf Nachfragemärkten ist mittlerweile die grundsätzlich „spiegelbildliche" Übertragung des für Angebotsmärkte entwickelten Bedarfsmarktkonzepts allgemein anerkannt. Es kommt danach darauf an, was aus der Sicht der Anbieter im Angebot austauschbar ist. Dabei ist grundsätzlich auf eine bestimmte Art von Waren abzustellen. Zutreffend folgt auch das Bundeskartellamt in seiner Sektoruntersuchung diesem Ansatzpunkt. Wenn das Bundeskartellamt weiterhin bei der Bestimmung von Marktvolumina alternative Absatzkanäle der Anbieter mit berücksichtigt, so entspricht dies den Grundsätzen des Bedarfsmarktkonzepts.

Demgegenüber folgt das Bundeskartellamt nicht der verbreiteten Auffassung, der Umfang des Marktes werde im Rahmen des Angebotsumstellungskonzepts durch die Umstellungsmöglichkeiten der Anbieter bestimmt. Vielmehr bestimmt es die Ausweichoptionen grundsätzlich marktbezogenen. Die Position des Bundeskartellamtes wird vom Markenverband vollumfänglich geteilt. Das Angebotsumstellungskonzept würde bedeuten, dass beispielsweise ein Hersteller von Fleisch- und Wurstwaren für den menschlichen Verzehr darauf verwiesen werden könnte, er

könne im Rahmen der vorhandenen Produktionsanlagen, ohne größere Anstrengungen technisch und wirtschaftlich sinnvoll auch auf die Produktion von Tiernahrung umstellen und diese aufgrund einer (leicht) anderen Abnehmerstruktur auch leichter gewinnbringend absetzen. Der dahinter stehenden Überlegung, es komme ausschließlich darauf an, ob sich der Hersteller durch eine Umstellung der für ihn negativen Wirkung von Nachfragemacht entziehen könne, greift jedoch zu kurz. Mit der Produktionsumstellung würde faktisch die Drohung eines Händlers mit Abbruch der Geschäftsbeziehungen dauerhaft realisiert und der Wettbewerb auf dem Produktmarkt (Fleisch-Wurstwaren für den menschlichen Verzehr) beeinträchtigt. Dabei basiert die Reduktion der Angebotsvielfalt für den Konsumenten nicht auf dessen souveräner Entscheidung, sondern auf der vorgeschalteten Entscheidung des Absatzmittlers. Jedenfalls in den hier relevanten Konstellationen würde mit dem Angebotsumstellungskonzept der Schutz eines Unternehmens an die Stelle des Wettbewerbsschutzes treten. Das vom Bundeskartellamt verfolgte marktbezogene Konzept ist klar vorzugswürdig.

Im Rahmen der Marktabgrenzung ist bisher hier allerdings nicht hinreichend berücksichtigt, dass auch die Arten, in denen Vertragsverhandlungen ausgestaltet werden können, zu Differenzierungen bei der Marktbetrachtung führen können. Die Verhandlungsform bestimmt maßgeblich mit über die relevanten Wettbewerbsparameter. Auf Verhandlungsmärkten kommen andere, insbesondere nichtpreisliche Aspekte mit einem höheren Gewicht zum tragen als bei Ausschreibungsmärkten. Die Fristigkeiten von Verträgen sind typischerweise andere, ebenso vielfach die Frage der Exklusivität der Partnerschaft. Gerade bei der Beurteilung der zutreffend verhandlungsbezogen verstandenen Nachfragemacht dürfen diese Unterschiede nicht unberücksichtigt bleiben.

2. Handelsmarken

Für den Markenverband stellen, ebenso wie für das Bundeskartellamt, Handelsmarken und Markenartikel derselben Produktgruppe zunächst einmal Konkurrenzprodukte da, die untereinander im Wettbewerb stehen. Dabei mag es zwischen Handelsmarken im Preiseinstiegsbereich und Premium-Markenartikeln geringere Substitutionsbeziehungen geben als zwischen zwei Premium-Marken. Die zunehmende Differenzierung des Handelsmarkenangebots durch „Mehrwerthandelsmarken" führt allerdings dazu, dass die Substitutionsbeziehungen insgesamt enger werden.

Neben die Wettbewerbsbeziehung zwischen den Produkten tritt aber zugleich auch eine Wettbewerbsbeziehung zwischen Händler und Hersteller. Der Händler ist nicht mehr nur Kunde der Hersteller, sondern wird zum – vielfach größten – Konkurrenten. Eine klarere Herausstellung durch das Bundeskartellamt wäre wünschenswert. Die wettbewerblichen Fragestellungen, die sich aus dieser Doppelrolle ergeben, sind nach Auffassung des Markenverbandes bisher nicht hinreichend beleuchtet, eine tiefere Aufarbeitung erscheint für den weiteren Fortgang der Diskussion notwendig. Dies gilt zunächst, aber nicht ausschließlich für die Auswirkungen bei Neulistungen von Innovationen, die der Hersteller seinem Wettbewerber langfristig und in deutlich größerer Detaillierung vorstellten muss, als dies in der Öffentlichkeit erfolgt.

In der Sektoruntersuchung analysiert das Bundeskartellamt ausführlichen für jeden Einzelfall, ob es sich bei den Beschaffungsmärkten für Markenartikel und für Handelsmarken um einen einheit-

lichen Markt handelt und kommt dabei zu teilweise unterschiedlichen Ergebnissen. In der Analyse wird jedoch nicht hinreichend reflektiert, dass, wie das Bundeskartellamt selbst feststellt, die Beschaffung von Handelsmarken regelmäßig in einer anderen Verhandlungsform erfolgt als die Beschaffung von Markenartikeln; bei Ersteren stehen die echten Ausschreibungen im Vordergrund. Weiterhin ist nicht zu verkennen, dass die Umstellung von der Herstellung von Markenartikeln auf die Produktion von Handelsmarken eine Veränderung der Funktion der Unternehmen in der Wertschöpfungskette bedeutet. Die befragten Hersteller bringen dies mittelbar zwar zum Ausdruck, wenn sie auf veränderte Kostenstrukturen und Kompetenzen hinweisen. Unabhängig von diesen Überlegungen bedeutet die Umstellung jedoch eine qualitative Veränderung, die als solche erfasst werden muss. Zutreffend greift das Bundeskartellamt die Überlegung eines der Befragten Sekthersteller zu alternativen Absatzkanälen nicht auf, der erwähnte, theoretisch komme auch die Lohnfertigung für einen anderen Winzer in Betracht. Hier stellt das Bundeskartellamt fest, auch diese Alternative führe letztlich zu einem Marktaustritt des Herstellers und sei insofern nicht in Betracht zu ziehen. Anders verhält es sich aber auch nicht, wenn die Lohnherstellung nicht für einen anderen Hersteller, sondern für einen Händler erfolgt, der die Kontrolle über die Produkte innehat. Wegen dieser Differenzen zwischen Handelsmarkenproduktion und Herstellung von Markenartikeln, der durch eine Umstellung verursachten Marktaustritt des Markenartiklers geht das Bundeskartellamt auch fehl, wenn es davon meint, ein gemeinsamer Beschaffungsmarkt für Handelsmarken und Herstellermarken sei anzunehmen, wenn umgekehrt absatzseitig eine enge wettbewerblichen Nähe zwischen Markenartikeln und Handelsmarken anzunehmen sei, die in einem gemeinsamen Herstellermarkt mündeten.

Handelsmarken sind, wie Inderst[2] zutreffend festgestellt hat, eine Tatsache, die von den Händlern strategisch zur Stärkung ihrer Verhandlungsmacht im Verhältnis zu den Herstellern eingesetzt werden kann. Wenn das Bundeskartellamt in diesem Zusammenhang darauf hinweist, Handelsmarken könnten auch die Verhandlungsmacht der Hersteller stärken, wenn Hersteller gleichzeitig sowohl Markenartikel wie auch Handelsmarken für einen Händler lieferten, ist dem mit Skepsis zu begegnen. Das Bundeskartellamt selbst stellt fest, dass lediglich in 2 % der Beobachtungen der Hersteller der Markenartikel mit dem Lohnfertiger von Handelsmarken für den individuellen Händler identisch sei. Die Situation, die das Bundeskartellamt zur Begründung einer differenzierten Betrachtung heranzieht, ist also zwar theoretisch denkbar, faktisch aber weitgehend irrelevant. Das liegt wohl nicht zuletzt daran, dass in den durch Ausschreibungen dominierten Vertragsbeziehungen über die Herstellung von Handelsmarken der Händler nicht nur die Hoheit über das Produkt innehat, sondern eben auch Ausschreibungsbedingungen und nicht zuletzt die Teilnehmer an Ausschreibungen individuell steuern kann. Damit liegt es an ihm, eine Situation

[2] Inderst, Implications of Buyer Power and Private Labels on 'Vertical Competition' and Innovation, 2013, abrufbar unter http://www.markenverband.de/publikationen/studien/Vertical%20Competition%20and%20Innovation%20Report%20-%20Roman%20Inderst.pdf

von vornherein zu vermeiden, in der das Bundeskartellamt eine Stärkung der Verhandlungsposition des Herstellers annimmt.[3] Das rechtfertigt es, mit der Monopolkommission davon auszugehen, dass Handelsmarken die Verhandlungssituation der Händler gegenüber den Herstellern tatsächlich stärkt. Das steht selbstverständlich der Verfolgung gemeinsamer Ziele, etwa in der Abdeckung unterschiedlicher Preissegmente eines bestimmten Produktmarktes im Einzelfall nicht entgegen. Auch eine solche Zusammenarbeit verschiebt jedoch die Verhandlungsmacht nicht wieder zu Gunsten der Hersteller, solange Alternativen zu dieser Zusammenarbeit bestehen oder aufgebaut werden können.

Neben den vom Bundeskartellamt zitierten Ineffizienzen, die durch den Einsatz von Handelsmarken zu strategischen Zwecken entstehen können, ist darauf hinzuweisen, dass sie – jedenfalls in Deutschland – nach den Analysen des DIW econ[4] tatsächlich eine negative Auswirkung auf die Innovationstätigkeit haben. Das DIW hält fest, dass die Marktsegmente mit den höchsten Handelsmarkenanteilen die geringste und nachlassende Innovationstätigkeit aufweisen. Gleichzeitig erfolgt der Markteintritt von „me-too" Handelsmarkenprodukten signifikant schneller als derjenige von konkurrierenden Markenprodukte. Damit wird die Innovationsrente künstlich reduziert.

3. Auslandsgeschäft als alternative Absatzkanäle

Nach Auffassung des Markenverbandes muss das internationale Geschäft der Hersteller ebenso wie theoretische oder reale Exportchancen bei der Bestimmung alternativer Absatzkanäle, also der Ausweichmöglichkeiten der Hersteller außer Betracht bleiben.

Das gilt zunächst für das internationale, jedoch nicht grenzüberschreitende Geschäft eines Herstellers. Wenn er im Ausland lokale Unternehmen akquiriert oder mit lokalen Tochtergesellschaften im Ausland wächst, besagt dies nichts über die Möglichkeiten eines grenzüberschreitenden Geschäfts zum Ausweichen vor Nachfragemacht in Deutschland.

Für den Export treten jedenfalls dann, wenn, wie bei den meisten Konsumgütern, die Produktmärkte nach wie vor national geprägt sind, normativer Bedenken in den Vordergrund. Das Bundeskartellamt betont sie zu Recht. In konsequenter Umsetzung des marktbezogenen Ansatzes für die Bestimmung der Ausweichoptionen der Hersteller können nur die Optionen innerhalb des jeweils relevanten Marktes berücksichtigt werden, der sowohl sachlich wie auch räumlich zu bestimmen ist. Die Vorschrift des § 18 Abs. 3 GWB steht dem nicht entgegen, denn die räumliche Begrenzung der Konsumgütermärkte ist keine rechtlich induzierte, sondern die ökonomische.

---

[3] Damit nicht gesagt sein, dass der Markenverband der Annahme einer solchen Stärkung in der beschriebenen Situation folgt.

[4] DIW-econ, Zunehmende Nachfragemacht des Einzelhandels, 2010, abrufbar unter: http://www.markenverband.de/publikationen/studien/Nachfragemacht

Nur wenn sowohl internationales Geschäft wie auch der Export von Deutschland ins Ausland bei der Kontrolle des Missbrauchs von Nachfragemacht außer Betracht bleibt, kann vermieden werden, dass der Wettbewerb in Deutschland durch Missbrauch beschädigt wird, indem Hersteller faktisch gezwungen werden, den Markt zu verlassen.

4. Sachliche Rechtfertigung: Abgrenzung harter Verhandlungen von missbräuchlichem Verhalten

Nach dem Verständnis des Markenverbands verfolgt das Bundeskartellamt sowohl in der Sektoruntersuchung, wie auch in der Edeka-Konditionen Entscheidung ein Konzept zur Abgrenzung harter Verhandlungen von missbräuchlichem Verhalten, das auf den Verhandlungsprozess mit formalen Anforderungen einwirkt, sich aber weitgehend einer materiellen Beurteilung der Verhandlungsergebnisse enthält. Erforderlich ist nach diesem Konzept zunächst immer die Verhandlungsbereitschaft auch des Nachfragers. Beiden Seiten wird die prinzipielle Offenheit abverlangt, zu einem Abschluss zu kommen, auch wenn die eigenen Vorstellungen nicht vollständig, ja selbst wenn sie überhaupt nicht realisiert werden konnten. Für die Forderung verlangt das Bundeskartellamt einen Grund oder eine Gegenleistung mit warenwirtschaftlichen Bezug sowie die Möglichkeit für den Hersteller, Grund bzw. Gegenleistung ebenso wie die Forderung selbst sowohl inhaltlich wie auch monetär zu bewerten. Insoweit entspricht die Konzeption des Bundeskartellamtes vollumfänglich dem Ziel der Missbrauchsaufsicht, die aufgrund von Machtungleichgewicht nicht mehr gegebene Richtigkeitsgewähr eines Verhandlungsergebnis wiederherzustellen: die Veränderungen im Austauschverhältnis müssen von beiden Parteien in einem doppelten Sinne nachvollzogen werden können, nämlich einmal formal und zum zweiten in der inhaltlich/monetären Bewertung und Akzeptanz. Erst in einer letzten Stufe bleibt theoretisch die Möglichkeit, das Ausmaß der Veränderung in den Austauschbeziehungen auf Angemessenheit zu überprüfen. Hierbei wird Zurückhaltung seitens des Bundeskartellamtes angezeigt sein und geübt werden, um nicht doch der eingangs der Sektoruntersuchung angesprochenen Gefahr zu erliegen, Ergebnisse zu korrigieren, um ein vermeintlich „richtiges" Ergebnis als Behörde selbst zu finden.

Dieses Konzept verdient Unterstützung. Es greift, wie das Bundeskartellamt in der Edeka-Konditionen Entscheidung zutreffend festhält, wesentliche Gedanken der auf europäischer Ebene im Rahmen der Supply Chain-Initiative vereinbarten Principles of Good Business Practice auf. Aus Sicht des Markenverbandes gilt es, die Umsetzung der Principles of Good Business Practice der Supply Chain-Initiative in Eigenverantwortung der Lebensmittelwertschöpfungskette und die Interpretation des Anzapfverbot konkordant fortzuentwickeln und den individuellen Bedingungen angepasst auch auf andere Sektoren zu übertragen.

Berlin, den 28.12.2014

gez. Dr. Andreas Gayk