

Vielfalt durch Gestaltungsfreiheit im Wettbewerb

Ein ökonomisches Manifest zur Deregulierung der Konsumgüterdistribution

von

Prof. Dr. Dieter Ahlert, Prof. Dr. Peter Kenning, Prof. Dr. Rainer Olbrich, Dr. Gundula Grewe, Prof. Dr. Hendrik Schröder

1. Auflage

[Vielfalt durch Gestaltungsfreiheit im Wettbewerb – Ahlert / Kenning / Olbrich / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Kartellrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 62744 6

Grenzanbieter besetzen kein eigenes Feld in der Potenzial-Intensitäts-Matrix, da sie in sämtlichen Feldern angesiedelt sein können. Wie vorstehend verdeutlicht wurde, sind Lieferanten des Clusters VI fast ausnahmslos dazu zu rechnen. Aber auch in den weiteren Clustern können von der Auslese bedrohte Lieferanten auftauchen. Selbst Hersteller berühmter Markenartikel (aktuelle Beispiele sind Schiesser, Rosenthal und Märklin), aber auch regionale Spezialisten können dazu gehören. Wenn diese Produzenten nicht zu einem radikalen Strategiewandel in der Lage oder bereit sind, werden sie ebenso in Schwierigkeiten geraten wie aktuell große Handelskonzerne, welche die Konsumtrends verschlafen haben. Wären solche Ausleseprozesse in einem Markt generell nicht zu beobachten, würde sich der Verdacht gravierender Funktionsmängel aufdrängen.

Bei diesen Grenzanbietern macht es grundsätzlich keinen Sinn zu fragen, ob sie als Hersteller von einem bestimmten Handelsunternehmen (bzw. als Händler von einem bestimmten Markenartikelhersteller) abhängig sind. Die definitorische Festlegung, sie seien abhängig, falls sie keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten hätten, mutet aus ökonomischer Perspektive grotesk an. Diese Unternehmen sind in der Tat abhängig, jedoch nicht von einem ihrer großen Abnehmer allein, sondern sie sind abhängig von allen ihren Transaktionspartnern, von den Umfeldbedingungen und vor allem von den Fähigkeiten ihrer Mitarbeiter und Manager und später dann auch von der Qualifikation ihrer Insolvenzverwalter. Eine **verschärfte kartellrechtliche Regulierung des vertikalen Marketings** muss gerade in diesem Segment als **kontraproduktiv und leitbildinkonform** bewertet werden. Dadurch kann den Grenzanbietern nicht geholfen werden, und dies dürfte aus wettbewerbs- und wohlfahrtstheoretischen Gründen auch nicht geschehen. Ein Strategiewechsel setzt auch hier Gestaltungsfreiheit in den vertikalen Systemen voraus, die Strangulierung von Initiativen durch Rechtsrestriktionen ist zu vermeiden.

f) Fazit zur differenzierten Betrachtung der Hersteller/Handels-Konstellationen als Grundlage einer kartellrechtlich relevanten Fallgruppenbildung

Die vorstehenden Ausführungen können wie folgt zusammengefasst werden:

- In reinen **Käufermarktsituationen auf der Endverbraucherstufe** (sowohl bezüglich der Handelsware als auch der Handelsleistung) entfalten Handelsunternehmen keine originäre Nachfragemacht; sie fungieren vielmehr als „*verlängerter Arm des Verbrauchers*“. Diese in der Konsumgüterwirtschaft schon seit langem vorherrschende Käufermarktsituation auf der Endverbraucherstufe ist eine **wettbewerbspolitisch erwünschte Konstellation**, die es tunlichst nicht durch kartellrechtliche Interventionen zu bekämpfen gilt. Dies auch dann nicht, wenn sie von Seiten einiger Industrieunternehmen subjektiv als eine bedrückend empfundene Abhängigkeit von den großen Handelssystemen wahrgenommen wird; denn diese Abhängigkeit ist *derivativ*, d.h. sie ist letztlich auf die vergleichsweise mangelnde Akzeptanz der industriellen Erzeugnisse beim Verbraucher und demzufolge auf eine geringe Markenstärke zurückzuführen. In dieser Situation befinden sich offensichtlich die Lieferanten der Cluster VI und VII.
- In **Verkäufermarktsituationen auf der Herstellerstufe** fungieren die Handelsunternehmen dagegen in der Regel als „*verlängerter Arm der Hersteller*“. Nur wenige Markenartikelhersteller der Cluster I, II und V haben es geschafft, diese Poleposition im „Relevant Set“ der Verbraucher einzunehmen. Unter Wohlfahrtsaspekten wäre es fatal, mittels wirtschaftspolitischer Interventionen gegen diese **Vorzugsstellung der starken Marken** vorzugehen. Sie sind das Resultat innovativer und seitens der Verbraucher in hohem Maße honorierter Leistungen der Hersteller und nicht zuletzt auch für das hohe Ansehen der Produkte im Ausland verantwortlich. Den starken Marken gebührt der Schutz vor Markenpiraterie, Markenvandalismus und imageschädigenden Preisgestaltungen. Soweit die Rechtsordnung diesen Schutz nicht gewähren kann,

sollte sie zumindest die Selbsthilfemaßnahmen der Wirtschaft durch Gewährung der entsprechenden Gestaltungsfreiheiten zulassen.

- Eine eigene, **originäre Machtposition** auf der Nachfrageseite (gegenüber den Herstellern) bzw. auf der Angebotsseite (gegenüber den Endverbrauchern) erlangen Handelssysteme nur dann, wenn, z.B. aufgrund hoher Marktzutrittsbarrieren, der Faktor Handelsleistung („Regalplatz“) selbst zum dominierenden Engpassfaktor wird. Nur dieser Fall ist **wettbewerbspolitisch relevant**. Kartellrechtliche Interventionen sollten sich hier allerdings gegen die Ursachen des Marktversagens (z. B. die besagten Marktzutrittsbarrieren) wenden, nicht aber die Gestaltungsfreiheit der Markenartikelhersteller oder der betroffenen Absatzmittler des Fachhandelssegments beschneiden; denn die Gestaltung innovativer Angebotskonzeptionen in Verbindung mit einer geschickten vertikalen Preis- und Markenpflege bildet eine, wenn nicht die wichtigste Abwehrmöglichkeit gegen originäre Nachfragemacht. Dem Verfasser ist derzeit kein Marktsegment in der Konsumgüterwirtschaft bekannt, in dem bereits eine originäre Übermachtposition des Handels vorliegt oder akut einzutreten droht.
- Bei der Suche nach originären, wettbewerbspolitisch bedenklichen Übermachtpositionen unterliegen die Wettbewerbsbehörden der **großen Gefahr einer Fehleinschätzung**. Sie verwechseln häufig – insbesondere bei der Abgrenzung relevanter Märkte und der davon abhängigen Einstufung von Unternehmen als Marktbeherrscher – das ‚nicht ausweichen wollen‘ der Verbraucher mit einem ‚nicht ausweichen können‘. Auch Handelsunternehmen können sich aufgrund ihrer exzellenten Leistungen eine **Verkäufermarktposition** gegenüber den Verbrauchern erkämpfen und **starke Einkaufsstättenmarken** (Storebrands) erarbeiten. Die Begeisterung der Verbraucher für ihre Einkaufsstätten zum Anlass zu nehmen, um diese attraktiven Handelsunternehmen durch rechtliche Interventionen zu schikanieren, wäre dann das unrühmliche Resultat einer solchen Fehleinschätzung: Denn in der hier dargelegten Fall liegt gerade keine originäre Übermacht, sondern eine wohlfahrtsökonomisch optimale und daher wettbewerbspolitisch zu schützende Konstellation vor.

V. Wettbewerbspolitische und wettbewerbsrechtliche Konsequenzen

1. Vielfalt, Gestaltungsfreiheit und Macht im Wettbewerb der Wertschöpfungssysteme – Zusammenfassung der Befunde zur leitbildgerechten Regulierung der Konsumgüterdistribution

Der Untersuchungsabschnitt C wurde mit drei Gruppen von Fragestellungen eingeleitet, die nunmehr zusammenfassend wie folgt beantwortet werden können:

Fragenkomplex 1: Möglichkeiten und Grenzen einer staatlich verordneten Strukturoptimierung. „Kann und sollte der Staat auf die Strukturentwicklung der Konsumgüterdistribution in der Weise Einfluss nehmen, dass kurzfristig ‚bessere‘ Marktergebnisse (niedrigere Preise, größere Mengen) erreicht werden? Können kurzfristig ‚bessere‘ Marktergebnisse überhaupt als Indikator für eine höhere Verbraucherwohlfahrt herangezogen werden?“

- Die Ausführungen in Kap. C II haben gezeigt, dass sich die aus Verbrauchersicht optimale Vielfalt der Angebotskonzepte weder diagnostizieren noch prognostizieren lässt. Es ist daher auch nicht möglich festzustellen, ob das Optimum der Strukturentwicklung bereits erreicht oder noch verfehlt wurde.
- Auf die kurzfristig ‚besseren‘ Marktergebnisse in Form niedrigerer Preise und größerer Mengen kommt es bei der Bemessung der Verbraucherwohlfahrt primär nicht an (quantitative, statische Betrachtung), sondern vielmehr auf die nachhaltig gesicherte

Versorgung der Verbraucher mit attraktiven, vielfältigen Produkten zu marktgerechten Preisen (qualitative, dynamische Betrachtung).

- Selbst wenn das Optimum bekannt wäre, sind wettbewerbspolitische Interventionen grundsätzlich nicht geeignet, ein solches Optimum (mit Gewalt) herbeizuführen. Jeder noch so gut gemeinte Versuch, im Sinne der Verbraucherwohlfahrt in die Strukturentwicklung steuernd einzugreifen, womöglich auch noch durch eine (rechtliche) Ungleichbehandlung differenter Strukturtypen (Markt, Hierarchie, Kooperation), führt im Vergleich mit dem ‚freien Spiel der Kräfte‘ geradezu zwangsläufig zu einem suboptimalen Ergebnis und ist im Hinblick auf das wettbewerbspolitische Leitbild funktionsfähiger Marktprozesse grundsätzlich zu verwerfen.
- Stattdessen kommt es darauf an, die Funktionsfähigkeit der Marktprozesse zu sichern. Bei funktionsfähigen Märkten erleben die Verbraucher genau diejenige Handels- und Distributionslandschaft, die sie ‚verdienen‘. Ist die Funktionsfähigkeit der Marktprozesse gewährleistet, kann die als Ergebnis der Marktprozesse realisierte Distributionsstruktur nach wohlfahrts- und wettbewerbstheoretischen Maßstäben ex definitionem als optimal charakterisiert werden: Sie ist „existenzberechtigt, weil sie existiert“.
- Weder die optimale Distributionsstruktur noch die optimale Mischung der Typen von Angebotskonzepten und damit auch der Preisbildungsverfahren in einem relevanten Markt (Produkte mit gebundenen, empfohlenen, gepflegten, freien, einheitlichen oder differenzierten Preisen) können von Staats wegen verordnet werden. Beides sollte dem Wettbewerb als Entdeckungsverfahren überlassen bleiben.
- Selbst das Verbot starrer Festpreisbindungssysteme ist nicht per se leitbildkonform, sondern ein solches Verbot bedarf immer wieder aufs Neue des expliziten Nachweises seiner Existenzberechtigung. Das Verbot eines bestimmten Preisbindungssystems ist nur dann gerechtfertigt, wenn in diesem aktuellen Einzelfall die begründete Gefahr besteht, dass die Preisbindung den Inter-Brand-Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, indem sie z. B. der Absicherung horizontaler Preiskartelle dient. Wie in Kap. C IV 3.5 bereits ansatzweise dargelegt wurde, gibt es „ökonomisch fundierte Fallklassen“¹⁸¹, in denen eine solche Gefahr nicht besteht und die Preisbindung daher aus den so genannten Kernbeschränkungen der Gruppenfreistellungsverordnung herausgenommen werden könnte.

Fragenkomplex 2: Bilaterale Machtasymmetrien im Wertschöpfungssystem als Anlass für kartellrechtliche Interventionen. „Gewinnen die so genannten ‚kritischen Verhaltensweisen innerhalb von Wertschöpfungssystemen‘ dann eine besondere Qualität, d. h. sind sie dann in hohem Maße wettbewerbspolitisch bedenklich, wenn sie in Kombination mit Druckausübung auftreten?“

- Die Frage, ob es die explizite Druckausübung oder ob es nicht vielmehr das Potenzial zur Druckausübung ist, welches kartellrechtlich bedenklich sein könnte, ist offenbar bislang noch ungeklärt.¹⁸² Es muss sogar grundsätzlich bezweifelt werden, ob diese Kategorien der bilateralen Macht- und Abhängigkeitsbeziehungen überhaupt wirtschaftspolitisch relevant sind: Beides sind in der Regel nicht die Ursachen von Marktprozessstörungen, sondern deren Begleiterscheinungen. Die Wettbewerbspolitik hat die Aufgabe, die Ursachen des Marktversagens zu bekämpfen, nicht aber dessen Symptome.
- In besonderem Maße abzulehnen ist die Inkriminierung von Machtasymmetrien sowie der Nutzung von Verhandlungsmacht in den Fällen, in denen überhaupt keine Marktprozessstörungen vorliegen und in denen nicht plausibel (theoretisch begründbar) dargelegt werden kann, dass es ausgerechnet die machtbedingten Verhaltensweisen

¹⁸¹ Schwalbe, 2011, S. 22

¹⁸² Exemplarisch sei darauf hingewiesen, dass Firmen wie ALDI oder LINDT über ein hohes Machtpotenzial in ihren Wertschöpfungssystemen verfügen, jedoch nach Kenntnis des Verfassers nicht zur Druckausübung im Sinne des § 21 Abs. 2 GWB neigen.

sind, die solche Störungen auszulösen geeignet sind. Als Regelfall ist zu unterstellen, dass dies nicht der Fall ist.

- Erfolgreiche Wertschöpfungssysteme sind ohne das Vorliegen von Machtpotenzial bzw. Verhandlungsmacht der Akteure überhaupt nicht denkbar. Jede wirtschaftliche Handlung ist explizit oder implizit mit Machtanwendung verbunden. Je größer das Machtpotenzial eines Akteurs in einem Wertschöpfungssystem gegenüber einem anderen ist, desto weniger besteht für ihn die Notwendigkeit zur expliziten Druckausübung. Großes Machtpotenzial und praktizierte Druckausübung sind daher keinesfalls hoch miteinander korreliert. Im Gegenteil kann explizite Druckausübung in der Regel als ein Indikator für relative Machtlosigkeit bewertet werden. Die Wettbewerbspolitik auf die Bekämpfung dieses symptomatischen Verhaltens zu fokussieren, muss daher als abwegig bezeichnet werden. Denn solche Interventionen richten sich dann eher gegen die schwachen Unternehmen, z. B. die kleinen und mittelständischen Unternehmen, und nicht gegen die Inhaber (möglicherweise wettbewerbspolitisch bedenklicher) Übermachtpositionen.
- Aus den vorstehend genannten Gründen könnte man auf die Idee kommen, bereits die bloße Existenz eines Machtpotenzials, insbesondere wenn diese dem relevanten Verkehrskreis bekannt ist, als (implizite) Druckausübung auszulegen und ebenfalls nach § 21 Abs. 2 GWB zu inkriminieren. Dies wäre ebenfalls als ein Irrweg zu bezeichnen, der nach Kenntnis des Verfassers gottlob noch nicht besprochen worden ist. Denn (Verhandlungs-)Macht ist im Wirtschaftsleben ganz überwiegend aus der Akzeptanz der Verbraucher abgeleitet; sie resultiert z. B. aus hoher Effizienz (Kostenführerschaft) und/oder der Herausbildung starker Marken. Diese Positionen verdienen eher den Schutz des Staates als dass es wettbewerbspolitisch leitbildkonform wäre, sie zu bekämpfen.

Fragenkomplex 3: Wettbewerbspolitisch bedenkliche Übermachtpositionen im globalen Verhältnis zwischen der Industrie- und der Handelsstufe. „Ein besonders hohes Störungspotenzial für die Funktionsfähigkeit von Märkten wird in der Literatur sowie der Kartellrechtspraxis einer gravierenden globalen Machtasymmetrie zwischen der Angebots- und der Nachfrageseite, also der Übermacht einer der Distributionsstufen gegenüber der bzw. den anderen beigemessen: Kann der Konsumgüterwirtschaft zurzeit Funktionsfähigkeit der Wettbewerbsprozesse attestiert werden, oder ist diese aufgrund eines Machtübergewichts auf einer der Marktstufen akut gestört oder gefährdet?“

- Wettbewerbspolitische Interventionen sind nach der hier vertretenen Auffassung nur dann ökonomisch geboten, wenn die Funktionsfähigkeit der Wettbewerbsprozesse in der Branche gestört oder akut gefährdet ist. Dabei geht es um den Wettbewerb zwischen möglichst vielfältigen Angebotskonzeptionen. Eingriffe in das Innenleben von Wertschöpfungssystemen, in welchen diese Angebotskonzeptionen entstehen, sind daher nur dann gerechtfertigt, wenn die Interventionen zur Beseitigung von oder zur Vorbeugung gegen Marktprozessstörungen nachweislich notwendig sind. Den Dreh- und Angelpunkt der leitbildorientierten Analyse bilden nicht die Strukturen und Ergebnisse eines bestimmten Marktes, sondern die Wettbewerbsprozesse.
- Für die wettbewerbspolitische Beurteilung von Nachfragemacht (et vice versa für die Anbietermacht) kommt es primär nicht auf das tatsächlich praktizierte Verhalten der Handelsunternehmen an, sondern auf deren Fähigkeit, gravierende Funktionsstörungen des Wettbewerbs auszulösen bzw. zu verstärken: Nicht nur bei „missbräuchlicher Ausnutzung“, sondern auch schon bei „leistungsgerechtem Verhalten“ kann Nachfragemacht unter solchen Umständen wettbewerbspolitisch negativ zu beurteilen sein. Außerdem sind wettbewerbswidrige Verhaltensweisen (z. B. Täuschung der Verbraucher, Behinderung der Wettbewerber und Rufschädigung des Herstellers etwa durch offensive Untereinstandspreisverkäufe) auch bei symmetrischer Machtverteilung zwischen Industrie und Handel denkbar, wenn also Machtübergewicht auf der Nachfrageseite gar nicht vorliegt.
- Werden aktuell die Machtpotenziale im Verhältnis zwischen einzelnen Konsumgüterherstellern und den großen Handelssystemen isoliert betrachtet, so kann in einigen

Fällen tatsächlich ein erhebliches Machtübergewicht auf der Handelsseite konstatiert werden. Dies kann darauf zurückzuführen sein, dass die (Markenartikel-)Hersteller aufgrund ihrer spezifischen, markenpolitischen Ziele (z.B. Ubiquität, d.h. das Versprechen der Überall-Erhaltlichkeit der Markenerzeugnisse) auf den Handel zwingend angewiesen sind. Eine hohe generelle Abhängigkeit vom Handel liegt insbesondere bei denjenigen Herstellern vor, die sich in einer durch Angebotsüberhang gekennzeichneten Käufermarktsituation befinden. Die Nachfragepotenziale der Konsumenten, die durch die einzelnen Handelssysteme vermittelt oder vorenthalten werden können (Gatekeeper-Rolle des Handels), bilden für die Hersteller hier äußerst hoch zu bewertende Sanktionsgrundlagen des Handels. Die wettbewerbspolitische Beurteilung dieser Nachfragemacht (und der damit zusammenhängenden Lieferantenabhängigkeit) ist allerdings vor allem davon abhängig zu machen, ob es sich um originäre oder derivative Macht handelt. Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Nachfrage des Handels stets aus der Nachfrage der Endverbraucher abgeleitet ist, die diese an die unterste Stufe in den jeweiligen Distributionssystemen herantragen.

- Herrscht auf der Einzelhandelsstufe ein Angebotsüberhang weitgehend austauschbarer Markenerzeugnisse vor und besteht außerdem eine mehr als ausreichende Auswahl der Endverbraucher unter alternativen Einkaufsstätten, so sieht sich der Handel einer doppelten Käufermarktsituation gegenüber, nämlich in Bezug auf die von ihm angebotene Handelsware und in Bezug auf die von ihm bereitgestellten Handelsleistungen. Aus diesem Sachverhalt resultiert ein permanenter Ausleseprozess, der von der Verbraucherstufe ausgehend, einerseits zum Abschmelzen von Einkaufsstätten und damit zur Konzentration im Handel führt. Andererseits pflanzt sich der Ausleseprozess über die Handelsstufen bis zur Herstellerstufe fort. Dieser von den Herstellern als äußerst unangenehm empfundene Druck auf das bestehende Niveau der Herstellerabgabepreise beruht auf einem Machtüberschuss des Handels, der sich letztlich aus der Nachfragemacht der Verbraucher ableitet, die vom Handel gebündelt an die Herstellerstufe herangetragen wird. Die hier in Erscheinung tretende Lieferantenabhängigkeit beruht auf derivativer Nachfragemacht des Handels; sie bildet den Reflex funktionsfähigen Anbieterwettbewerbs zwischen den Einzelhändlern aufgrund begrenzter Endverbraucherfrage und kann als solche nicht wettbewerbspolitisch negativ beurteilt werden.
- Eine andere Sichtweise wäre geboten, wenn es keinen nennenswerten Anbieterwettbewerb zwischen den Handelsorganisationen (mehr) gäbe. Bei weiter fortbestehendem Angebotsüberhang an Konsumgütern gegenüber den Endverbrauchern wäre dies nur denkbar, wenn die Handelsleistung selbst knapp, also zu einem dominierenden Engpassfaktor würde. Nur in einem solchen Fall erwächst dem Handel Nachfragemacht im Sinne eines Machtübergewichts gegenüber der Herstellerstufe, das nicht lediglich aus der Käufermarktsituation auf der Endverbraucherstufe abgeleitet ist (derivative Nachfragemacht), sondern aus der Verkäufermarktsituation in Bezug auf den Faktor Handelsleistung resultiert (originäre Macht des Handels). Originäre Handelsmacht kann somit nicht allein Nachfragemacht sein, sondern ist stets zugleich auch Angebotsmacht. Eine isolierte Betrachtung nur der Marktverhältnisse zwischen Handel und Industrie kann diesem Umstand nicht gerecht werden.
- Betrachtet man exemplarisch die gegenwärtige Situation in der Lebensmittelbranche, so ist der Monopolkommission zuzustimmen, dass von einer globalen, wettbewerbspolitisch bedenklichen Übermacht des Lebensmittelhandels gegenüber der Lebensmittelindustrie (et vice versa) nicht gesprochen werden kann. Der Branche kann die Funktionsfähigkeit der Wettbewerbsprozesse weitgehend bestätigt werden, wenn einmal von den Störungen der Fortschrittsprozesse abgesehen wird, die durch die kartellrechtlichen Reglementierungen der Wertschöpfungsprozesse verursacht werden. Da die Funktionsfähigkeit der Wettbewerbsprozesse in der Branche weder gravierend gestört noch akut gefährdet ist, sind wettbewerbspolitische (kartellrechtliche) Interventionen in das Innenleben von Wertschöpfungssystemen (z. B. das Verbot

der vertikalen Preis- und Markenpflege) als wettbewerbs- bzw. wohlfahrtstheoretisch verfehlt zu bewerten.

- Anfang 2011 hat das Bundeskartellamt eine Sektoruntersuchung im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels eingeleitet. Im Fokus der Untersuchung stehen die vier Handelssysteme Aldi, Edeka, Rewe und Schwarz-Gruppe (Lidl) mit ihren Einkaufspraktiken und den Folgen für kleinere Unternehmen und Lieferanten. Ob diese Untersuchungen zu fundamental neuen Erkenntnissen gelangen können, die von dem vorstehend dargelegten Befund wesentlich abweichen werden, hängt wesentlich von dem gewählten Untersuchungsdesign ab. So sind beispielsweise relevante neue Erkenntnisse aus der anstehenden Sektorentersuchung dann *nicht* zu erwarten, wenn
 - sich die Recherchen einseitig auf die Nachfrageseite des Lebensmittelhandels beschränken, da dadurch eine Differenzierung zwischen derivativer (wettbewerbpolitisch erwünschter) Nachfragemacht und originärer Handelsmacht unterbleibt;
 - sich die Analysen einseitig auf die vier genannten Handelssysteme erstrecken, von denen zwei (Edeka, Rewe) die Besonderheiten aufweisen, gewerbliche Verbundgruppen bzw. hybride Systeme zu sein, während weitere hierarchisch organisierte Handelssysteme (z. B. Metro, Tengelmann) nicht einbezogen werden;
 - die empirische Basis im Wesentlichen auf Auskünften der betroffenen bzw. beteiligten Lieferanten und Händler sowie auf der Analyse von Marktstrukturen und Marktergebnissen, nicht aber auf der Analyse der Funktionsfähigkeit der Marktprozesse beruht.

2. „Wenn die Sünde zur Tugend wird“ – Deregulierung in der Konsumgüterdistribution im Lichte des More Economic Approach und der Second-Best-Theorie

Der vorliegende Beitrag beinhaltet den Appell, die Funktionsfähigkeit der Konsumgütermärkte durch eine Entschärfung der restriktiven Eingriffe des Kartellrechts in die Konsumgüterdistribution, d. h. durch die (Rück-)Gewährung von Gestaltungsfreiheiten an die Akteure innerhalb von Wertschöpfungssystemen herbeizuführen und sicherzustellen. Es wurde herausgearbeitet, dass die **kartellrechtlichen Reglementierungen im Bereich des Vertikalen Marketings** erhebliche Nachteile für die Verbraucherwohlfahrt mit sich bringen können (u. a. Strangulierung von Vielfalt und Innovation durch Störung der Fortschrittsprozesse und Beschädigung der Marken), jedoch – wenn überhaupt, dann – **nur in Ausnahmefällen der Funktionsfähigkeit der Marktprozesse zuträglich** sind.

Die Frage, ob es solche Ausnahmefälle¹⁸³ in der Praxis überhaupt gibt, in denen die rechtliche Beschränkung der Gestaltungsfreiheiten innerhalb des vertikalen Intra-Brand-Beziehungsfeldes wettbewerbs- und wohlfahrtstheoretisch geboten erscheinen mag, wurde in Kap. C II 5 am **Extrembeispiel starrer Festpreisbindungssysteme** untersucht. Die Argumentation anhand eines solchen Extrembeispiels diente dem Zweck zu verdeutlichen, dass wenn nicht einmal die denkbar weitestgehende Form der Deregulierung, nämlich die Zulassung starrer Festpreisbindungssysteme, wettbewerbpolitisch bedenkliche Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit der Wettbewerbsprozesse auslösen würde, dann erst recht nicht die Zulassung der behutsameren Formen der vertikalen Preis- und Markenpflege. Die Ergebnisse der Analyse fallen unterschiedlich aus, je nachdem ob von der Fallkonstellation funktionsfähiger Märkte oder des Marktversagens ausgegangen wird.

Deregulierung in der Fallkonstellation funktionsfähiger Wettbewerbsprozesse. Kann einem Markt die Funktionsfähigkeit der Wettbewerbsprozesse attestiert werden, so sind kartellrechtliche Eingriffe in die Wertschöpfungsprozesse grundsätzlich nicht (d. h. nur unter besonderen Umständen) zu rechtfertigen. In dieser Fallkonstellation wäre auch das

¹⁸³ „Wie George Stigler (1952) einmal angemerkt hat, sollten wirtschaftspolitische Maßnahmen vom typischen Verhalten der Marktakteure ausgehen und sich nicht auf außergewöhnliche Sonderfälle stützen.“ *Haucap*, 2010, S. 4.

Per-se-Verbot vertikaler Preisbindungen a priori verfehlt. Denn wären Preisbindungen legitimiert (bzw. würde zumindest die Festlegung von Mindest- oder Festpreisen aus dem Kanon der Kernbeschränkungen in den aktuell gültigen Gruppenfreistellungsverordnungen entfernt), so entstünden gleichwohl keine Anreize für die Akteure in der Konsumgüterdistribution, die Märkte nun mit starren Festpreisbindungssystemen geradezu überschwemmen zu wollen. Wie in Kap. C II 5.c) ausführlich dargelegt, würde im Falle funktionsfähiger Wettbewerbsprozesse diesem Verhalten schon von Seiten der Verbraucher die Akzeptanz entzogen, da die Verbraucher bei steigender Abdeckung des Marktes mit preisgebundener Ware zunehmend auf nicht preisgebundene Produkte ausweichen wollten. Die der Preisbindung immer wieder unterstellten **Gefahren negativer Wirkungen auf den Inter-Brand-Wettbewerb** sind dann nicht gegeben, da diese Auswirkungen (z. B. die Unterstützung von Preiskartellen) nur bei einem hohen Abdeckungsgrad von weit mehr als 50 % auftreten können. Ergänzend ist daran zu erinnern, dass schon vor 1973 starre Festpreisbindungssysteme nicht zulässig waren, soweit sie von marktbeherrschenden Unternehmen eingeführt wurden. Diese Regel könnte wieder eingeführt werden und ebenso die Nichtanwendung der Gruppenfreistellung bei einem Abdeckungsgrad von mehr als 50 %, welche ja bereits in Rn. 79 der europäischen Leitlinien für vertikale Beschränkungen angelegt ist. Durch diese Vorkehrungen könnte letzten Zweifeln an der Unschädlichkeit einer Freistellung vertikaler Preisbindungen der Boden entzogen werden.

Mit welchen **Auswirkungen einer Aufhebung des Preisbindungsverbotes** kann gerechnet werden? Dies hängt davon ab, welche Verhaltensweisen der Akteure in Wertschöpfungssystemen zu erwarten sind: Statt Festpreisbindungen einzuführen, wären die Wirtschaftssubjekte im Falle der Funktionsfähigkeit der Wettbewerbsprozesse nach Maßgabe der Verbraucherwünsche eher dazu veranlasst, die erweiterte Handlungsfreiheit auszuschöpfen, um eine Vielfalt differenter Marketingstrategien inklusive differenter Preisbildungsverfahren zu etablieren. Das können individuelle Mindestpreisbindungen, Preiskorridore, Preisempfehlungen oder noch behutsamere Formen der vertikalen Preis- und Markenpflege sein. Diesen Formen der vertikalen Preiskoordination (anstelle starrer Festpreisbindungen) kann der negative Einfluss auf den horizontalen Inter-Brand-Wettbewerb – insbesondere die Forcierung von Preiskartellen – schon deswegen nicht bescheinigt werden, weil Preiskartelle einheitliche Preise (Festpreise) voraussetzen, die gerade nicht Gegenstand der hier gemeinten Preis- und Markenpflegemaßnahmen sind. Auch die Gefahr, dass damit der Einführung starrer Festpreisbindungssysteme gewissermaßen „durch die Hintertür“ Vorschub geleistet werden könnte, ist in der hier betrachteten Fallkonstellation zu verneinen.

Der vorstehenden Argumentation könnte entgegen gehalten werden, dass mit Aufhebung des Verbots der „vertikalen Beschränkungen“¹⁸⁴ (insbesondere des Preisbindungs-

¹⁸⁴ Wie schon einleitend dargelegt, ist der Terminus der ‚vertikalen Beschränkung‘ irreführend (und hat möglicherweise zur Tabuisierung der vertikalen Preisbindung beigetragen). So auch Möschel: „Beschränkungen des Wettbewerbs kann es nur innerhalb von Wettbewerbsbeziehungen geben. Solche bestehen nicht bei vertikalen Kooperationen, bei Vereinbarungen innerhalb von Lieferant-Abnehmer-Ketten. Genauer sollte man hier nicht von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen sprechen, sondern von vertikalen Bindungen. In vielen Rechtsordnungen wird dies terminologisch in einen Topf geworfen. Das beruht indes nicht auf wettbewerbstheoretischer Einsicht, sondern auf historischer Zufälligkeit. „Purely vertical restraints“ können Wettbewerb nicht beschränken. Bestenfalls befördern sie ihn im Hinblick auf konkurrierende Produkte (interbrand competition).“

Diese Aussage gilt nicht mehr uneingeschränkt, falls die vertikale Bindung spillover-Effekte hat, wenn sie horizontale Auswirkungen nach sich zieht. Ein Beispiel ist eine vertikale Preisbindung, die als Instrument zur Erleichterung einer Absprache auf der Herstellerebene oder auch auf der Händlerebene eingesetzt wird. Ein horizontaler Effekt ist ferner die mögliche Erhöhung von Marktzutrittschranken, z. B. aufgrund von Alleinvertriebs- und von Alleinbezugsverträgen.

Bei vertikalen Bindungen mit gleichzeitig vorhandenen horizontalen Effekten verschwinden freilich nicht die prokompetitiven Wirkungen, die sich mit den vertikalen Bindungen verbinden. Aus wettbewerbspolitischer Sicht kann eine Abwägung zwischen den wettbewerbsfördernden und

verbots) ein Restrisiko negativer Auswirkungen auf den horizontalen Inter-Brand-Wettbewerb nicht ausgeschlossen werden könne. Insofern wird häufig von den **ambivalenten Wirkungen der vertikalen Beschränkungen** gesprochen und dafür plädiert, vorsichtshalber doch das Per-se-Verbot aufrecht zu erhalten. Dabei sollte aber der folgende Sachverhalt nicht übersehen werden: Die potenziell negativen Auswirkungen einer Deregulierung auf die Funktionsfähigkeit des Inter-Brand-Wettbewerb stehen in keinem ausgewogenen Verhältnis zu den mit hoher Wahrscheinlichkeit eintretenden positiven Auswirkungen auf die Produkt- und Verfahrensfortschritt-Prozesse. Werden dagegen die vertikalen Beschränkungen noch rigoroser als bisher untersagt, resultiert daraus ein **erhebliches Risiko gravierender Negativwirkungen auf die Funktionsfähigkeit des Innovationsmanagements und damit auf die Vielfalt im Wettbewerb**. Dass die Wirtschaftssubjekte die durch eine Entschärfung des Kartellrechts erlangte, erweiterte Handlungsfreiheit dazu verwenden würden, um die bestehende Funktionsfähigkeit der Märkte zu gefährden und bewusst und planmäßig ein Marktversagen auf den Konsumgütermärkten auszulösen, entbehrt dagegen jeglicher Plausibilität.

Deregulierung in der Fallkonstellation des Marktversagens. Sind die Wettbewerbsprozesse erheblich gestört, liegen also beispielsweise originäre Machtpositionen in einem engen Oligopol (auf der Industrie- und/oder Handelsstufe) in Verbindung mit nahezu unüberwindlichen Zutrittsbarrieren vor, und dies auch noch auf Märkten für lebensnotwendige Güter des dringlichen Bedarfs (bei denen die Verbraucher nicht durch Konsumverzicht ausweichen können), sind überdies die Märkte verkrustet und kaum noch innovativ und erzielen die Akteure dennoch nachhaltig überdurchschnittlich hohe Renditen, so kann von Marktversagen (synonym: Wettbewerbsversagen) gesprochen werden. Hier erscheint es nahe liegend, der Wettbewerbspolitik die Aufgabe zuzuweisen, mit angemessenen Interventionen einzugreifen. Es wird allerdings in jüngster Zeit zunehmend diskutiert, wie dies effizienzorientiert geschehen kann. Dabei wurde in der deutschen und internationalen Kartellrechtsdiskussion wiederholt auf den „**More Economic Approach**“ Bezug genommen.¹⁸⁵

Im Zusammenhang mit dem Thema der vorliegenden Untersuchung erscheint es unbedingt überprüfenswert, ob nicht auch und gerade in der Fallkonstellation des Marktversagens die (Rück-)Gewährung von Gestaltungsfreiheiten (anstelle verschärfter kartellrechtlicher Interventionen) dazu beitragen kann, die **hohen Marktzutrittsbarrieren als wichtigste Ursache von Marktprozessstörungen** ‚aufzubrechen‘ und zu beseitigen. Das könnte in letzter Konsequenz auch bedeuten, dass vertikale Preisbindungen (denen man eigentlich gerne unterstellt, dass sie wesentlich zum Marktversagen beitragen) wieder zugelassen werden müssten. Fraglich ist dann allerdings, ob dies generell – und damit auch für die marktbeherrschenden Mitglieder einer engen Oligopolgruppe – gelten sollte

den wettbewerbsbeschränkenden Effekten erforderlich werden. Das bekannteste Beispiel ist eine Trittbrettfahrer-Sachlage: Der Hersteller eines beratungsintensiven Produkts setzt über den Fachhandel ab. Die Kunden holen sich dort kostenlos die hochwertige Beratung ab und kaufen das Gerät selbst in einem Baumarkt. Dieser kann mangels Beratung, Service u.ä. preisgünstiger anbieten. Das Geschäftsmodell über den Fachhandel erodiert auf die Dauer. In diesem Fall sog. Wettbewerbsversagens mag der Hersteller eine Strategie der vertikalen Preisbindung erwägen.“ *Möschel*, 2010, S. 1229.

¹⁸⁵ „Die von der Europäischen Kommission seit einigen Jahren betriebene Neuausrichtung der europäischen Wettbewerbspolitik hat – insbesondere in Deutschland – eine lebhaft debattierte europäische Kosten und Nutzen des so bezeichneten „more economic approach“ ausgelöst (vgl. z. B. *Christiansen*, 2005; *Schmidt*, 2006, 2008; *Heidrich*, 2009). Im Zentrum der Debatte stehen drei zusammenhängende Fragen (vgl. *Hellwig*, 2007, S. 15):

1. Sollte Wettbewerbspolitik stärker auf per-se-Verboten basieren oder stärker als bisher Einzelfallbetrachtungen vornehmen?
2. Sollten behördliche und gerichtliche Entscheidungen sich eher auf Formalien stützen oder sollten sie auf einer detaillierten Analyse des einzelnen Falles beruhen („auswirkungsorientierter Ansatz“)?
3. Was ist das ultimative Ziel der Wettbewerbspolitik?“ *Haucap*, 2010, S. 3 f.