

Prof. Dr. Tobias Lettl, LL.M. (EUR), Universität Potsdam¹

Rechtsgutachten

zu kartellrechtlichen Fragen der Marktkonzentration am Beispiel Agrarsektor und Lebensmitteleinzelhandel

im Auftrag von Oxfam Deutschland²

¹ Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Potsdam.

² Dieses Gutachten wurde erstellt mit finanzieller Unterstützung der Heinrich-Böll-Stiftung.

Inhaltsverzeichnis

I.	Auftrag	3
II.	Stellungnahme	5
	(1) Gang der Untersuchung	5
	(2) Schutzzweck der Wettbewerbsregeln	5
	(3) Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV, §§ 18 ff. GWB, insbesondere § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB	5
	a) Grundlagen	5
	b) Das sog. Anzapfverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB	6
	(4) Fusionskontrolle nach Art. 2 FKVO, § 36 GWB	9
	a) Schwellenwerte	9
	b) Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs	14
	c) Eingrenzung des Einsatzes einer Ministererlaubnis	19
	(5) Entflechtung	20
	(6) Andere rechtliche Möglichkeiten der Verhinderung von Zusammenschlüssen	25
	a) Berücksichtigung der Nachfragemacht	25
	b) Stärkung des öffentlichen Interesses bzw. Bürgerinteresses	25
	(7) Ausblick – Derzeitige Tätigkeit der Europäischen Kommission durch die Initiative zur Verbesserung der Lebensmittelversorgungskette	25
III.	Zusammenfassung	28

I. Auftrag

Dem Gutachten liegt folgende Anfrage des Oxfam e.V. zu Grunde: **„Auftrag für ein Rechtsgutachten zu Marktkonzentration am Beispiel Agrarsektor und Lebensmittel Einzelhandel**

Hintergrund

Immer weniger Konzerne bestimmen weltweit über einen immer höheren Anteil der Lebensmittelerzeugung und des Lebensmitteleinzelhandels. In den Jahren 2015 und 2016 fanden verstärkt Mega-Fusionen im Agrar- und Ernährungsbereich statt. Hinter den Fusionen stehen immer häufiger Investmentgesellschaften. Inzwischen kontrollieren lediglich vier Großkonzerne rund 70 Prozent des Welthandels mit Agrarrohstoffen, drei Konzerne dominieren 50 Prozent des Weltmarkts für Landtechnik. In Deutschland decken vier Supermarktketten 85 Prozent des Lebensmitteleinzelhandels ab. Voraussichtlich werden in Zukunft drei Konzerne – Bayer/Monsanto, Dow/Dupont und Syngenta/ChemChina – mehr als 60 Prozent des globalen Marktes für kommerzielles Saatgut und für Pestizide beherrschen. In Europa betrüge der CR3 – also der Anteil der drei umsatzstärksten Unternehmen am Gesamtumsatz – bei Pestiziden dann 65%, bei kommerziellem Saatgut 44%. Bauern und Bäuerinnen sowie Arbeiter und Arbeiterinnen hierzulande und in Entwicklungsländern sind dieser Marktmacht der Großkonzerne schutzlos ausgeliefert. Kleine und mittlere Unternehmen kommen unter Druck bzw. werden teilweise aus dem Markt gedrängt.

Der Saatgut- und Pestizidmarkt ist global betrachtet bereits jetzt ein relativ hochkonzentrierter Markt, der sich in den letzten Jahrzehnten sehr verengt hat: Der CR4 im kommerziellen Saatgutmarkt stieg von 21 Prozent im Jahr 1994 auf 58 Prozent im Jahr 2013 und im Pestizidmarkt von 29 Prozent auf 62 Prozent. In Einzelmärkten stellt sich die Lage noch drastischer dar. Allein Monsanto gehören 36 % des EU-Saatguts bei Tomaten und 49 % der Blumenkohlsorten (2012). Saatgut wird zukünftig noch häufiger im Paket mit Pestiziden angeboten werden (siehe heute RoundupReady Sojabohne und Glyphosat). Zudem sind die „Big 6“ Saatgut- und Pestizidkonzerne über ein Netz von Cross-Lizenz-Abkommen miteinander verbunden, insbesondere bei transgenen Pflanzen mit kombinierten Merkmalen („Stacked traits“).³ Die Auswirkungen sind ähnlich wie die Bildung eines Monopols oder eines Kartells. Vielen kleinen Saatgutunternehmen bleibt nichts anderes übrig, als strategische Allianzen mit den Konzernen einzugehen oder aus dem Markt zu gehen. Im Zuge der Digitalisierung der Landwirtschaft kooperieren die „Big 6“ zunehmend mit Maschinenherstellern: Bauern werden zukünftig nur zwei bis drei Farmmanagement-Systeme zur Auswahl haben. Die Folge ist: Die Auswahlmöglichkeiten von Bauern und Bäuerinnen werden entscheidend beschränkt oder gar eliminiert, die Innovation nimmt ab und die Abhängigkeiten nehmen zu.

Im Lebensmitteleinzelhandel konnten Edeka und Rewe durch die kürzlich erfolgte Aufteilung der Kaiser's-Tengelmann-Märkte nochmal ihre Marktmacht vergrößern. Sie nehmen zusammen mit Aldi und der Schwarz-Gruppe als „Türsteher“ eine zentrale Rolle in der Lieferkette ein. Das Bundeskartellamt hat in verschiedenen Lieferantenbefragungen in Verfahren wie zum Beispiel dem Edeka/Plus Zusammenschluss aus 2008 oder auch in dem Edeka-Missbrauchsverfahren „Anzapfverbot“ mit Aktenzeichen B2-58/09 festgestellt, dass Lieferanten mit zunehmender Marktkonzentration im Lebensmitteleinzelhandel immer schlechteren Einkaufskonditionen

³ Smartstax-Mais beinhaltet 8 gentechnisch veränderte Merkmale als Ergebnis von Abkommen zwischen Monsanto und Dow.

ausgesetzt sind. Bisher gibt es trotz der Möglichkeit der Missbrauchskontrolle nach §§ 19, 20 GWB wenige Beschwerdefälle, da die Lieferanten fürchten, ausgelistet zu werden. Daher stellt sich die Frage, ob nicht neben der Möglichkeit einer schärferen Missbrauchskontrolle vielmehr die strukturelle Ursache des Missbrauchs, nämlich eine exzessive Marktmacht, beseitigt werden sollte.

Fragestellungen

Das Gutachten soll Möglichkeiten im deutschen und EU- Recht aufzeigen, wie die Marktkonzentration einzudämmen ist und Marktmacht so begrenzt werden kann, dass negative Auswirkungen für Mitbewerber, Lieferanten, Bauern und Arbeiter/innen im Lebensmitteleinzelhandel und im vorgelagerten Bereich vermieden werden können. Dabei soll das bestehende Recht analysiert und Möglichkeiten de lege ferenda aufgezeigt werden.

Insbesondere sollen folgende Fragen beantwortet werden:

- Verschärfung der Fusionskontrolle:
 - Möglichkeiten der Ansetzung niedrigerer Schwellenwerte für die Fusionskontrolle nach dem GWB und EU-Recht (Lasse z.B. sich ein Schwellenwert von 15 bis 20 Prozent aus §18 Abs. 6 GWB ableiten? Wäre ein solcher Schwellenwert angemessen für die Vermutung einer marktbeherrschenden Position eines Unternehmens (Deutschland und EU)?;
 - **Andere Möglichkeiten der Verhinderung von Fusionen, die zu exzessiver Marktmacht führen (z.B. Berücksichtigung der Nachfragemacht; Stärkung des öffentlichen Interesses bzw. Bürgerinteresses im Kartellrecht; Eingrenzung des Einsatzes einer Ministererlaubnis etc.);**
- Möglichkeiten der Aufspaltung von Unternehmen (Entflechtung), insbesondere im Lebensmitteleinzelhandel und Agrarsektor.
 - Angesichts der Konzentrationsprozesse im vorgelagerten Bereich stellt sich die Frage, ob sich zum Beispiel eine Trennung von Saatgut und von Pestiziden kartellrechtlich verankern ließe. Um die Übernahme der Saatgut-, Pestizid- und Düngemittelkonzerne durch Maschinenhersteller zukünftig zu verhindern, stellt sich die Frage, inwieweit das Kartellrecht angepasst werden könnte.
- Sonstige Eingriffsmöglichkeiten bei der Kartellbildung und bessere Verhinderung von Kartellen
- Änderung des Wettbewerbsbegriffs nötig?.

II. Stellungnahme

1. Gang der Untersuchung

Einführend ist kurz der Schutzzweck insbesondere der europäischen Wettbewerbsregeln darzustellen (vgl. sogleich 2.), da er die Grundlage für alle weiteren Erwägungen bildet. Bei der sodann durchzuführenden Untersuchung der Frage nach der kartellrechtlichen Begrenzung von Marktmacht ist zwischen einseitigem Verhalten (nachfrage-)marktmächtiger Unternehmen (Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV, §§ 18 ff. GWB, insbesondere § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB; vgl. 3.) einerseits und dem Zusammenschluss von Unternehmen (Fusionskontrolle nach Art. 2 FKVO, § 36 GWB; vgl. 4.) andererseits zu unterscheiden. Besteht nach einem kartellrechtskonformen Zusammenschluss von Unternehmen auf Grund der weiteren Entwicklung eine Gefahr für die Freiheit des Wettbewerbs, ist an eine Entflechtung zu denken (vgl. 5.). Darüber hinaus sind andere rechtliche Möglichkeiten zur Verhinderung von Unternehmenszusammenschlüssen in Erwägung zu ziehen (vgl. 6.). Schließlich sind nach einem Ausblick auf den derzeit aktuell verfolgten Ansatz der Europäischen Kommission zur Verbesserung der Lebensmittelversorgungskette (vgl. 7.) die Ergebnisse zusammenzufassen (vgl. III.).

2. Schutzzweck der Wettbewerbsregeln

Bei der Missbrauchskontrolle von Nachfragemacht steht die individuelle Abhängigkeit eines Lieferanten von einem marktmächtigen Abnehmer sowie das Verhalten dieses Abnehmers im Vordergrund, wohingegen bei der Fusionskontrolle vorrangig die Marktstrukturen unter Zugrundelegung einer Zukunftsprognose über die weitere Entwicklung des Wettbewerbs zu untersuchen sind. In beiden Fällen gerät der Schutzzweck kartellrechtlicher Regelungen in den Blick. Der EuGH nimmt hierzu an, die Wettbewerbsregeln seien

„nicht nur dazu bestimmt, die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher zu schützen, sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen.“⁴

Dem ist im Hinblick auf die einzelnen Regelungsziele der Wettbewerbsregeln zur Missbrauchskontrolle sowie zur Fusionskontrolle im Einzelnen nachzugehen.

3. Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV, §§ 18 ff. GWB, insbesondere § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB

a) Grundlagen

Die missbräuchliche Ausnutzung von Nachfragemacht ist schon seit jeher eine schwierige kartellrechtliche Fragestellung. Denn es geht hier um die Bestimmung der Grenze, die zwischen zulässiger Verhandlungsführung einerseits und missbräuchlicher Ausnutzung von Nachfragemacht andererseits verläuft. Diese Frage ist beispielsweise im Verhältnis zwischen marktmächtigen Lebensmitteleinzelhändlern zu ihren Lieferanten umso drängender, als nach einer Untersuchung des Bundeskartellamts aus dem Jahre 2014⁵ wenige Lebensmitteleinzelhändler über 85 %

⁴ EuGH, Slg. 2009, I-4529 = EU:C:2009:343 Rn. 36 ff. – „T-Mobile Netherlands“.

⁵ Vgl. dazu Abschlussbericht des BKartA gemäß § 32e GWB, September 2014, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (B2-15/11), S. 10. Eine weitere eingehende Analyse von Marktstruktur und Machtverteilung im Lebensmitteleinzelhandel findet sich im Hinweispapier des BKartA zur Preisbindung im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels vom Juli 2017, Rn. 37 ff., online abrufbar

Marktanteil verfügen. In der Zwischenzeit ist der Konzentrationsprozess weiter fortgeschritten. Die Möglichkeit, bei entsprechenden Nachfragevolumen überproportionale Einkaufszugeständnisse zu erzielen, wird als eine Hauptursache für die fortschreitende Konzentration im Handel, insbesondere im Lebensmitteleinzelhandel, angesehen.⁶ Auch die Politik erkennt die hohe Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel als höchst problematisch. So hatte der Bundesrat die Bundesregierung am 31. März 2017 in einer begleitenden Entschließung im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur 9. GWB-Novelle aufgefordert, die Macht und Missbrauchsmöglichkeiten der marktbeherrschenden Lebensmitteleinzelhändler einzudämmen. Die Machtkonzentration im Lebensmitteleinzelhandel habe erheblichen Einfluss auf die Einkaufspreise. Leidtragende seien kleine und mittlere Unternehmen sowie die Verbraucher.

Aber auch in anderen Wirtschaftsbereichen wie dem Agrarbereich kommt es dazu, dass sich Lieferanten und Abnehmer großer Nachfragemacht gegenübersehen. Infolgedessen bestehen gerade hier für die Lieferanten und Abnehmer häufig nur wenige Ausweichmöglichkeiten, so dass die Hersteller/Händler mit hohem Marktanteil gegenüber Lieferanten und Abnehmern erhebliche Verhandlungsmacht besitzen.

Das europäische Kartellrecht begegnet einseitigem Verhalten eines Unternehmens auf dem Markt allein mit Art. 102 AEUV. Dieser Tatbestand setzt das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung voraus. Ein Regelbeispiel zur Kontrolle der Ausübung von Nachfragemacht ist darin nicht enthalten. Allerdings ist Art. 102 AEUV insoweit von Bedeutung, als er die Erzwingung von unangemessenen Einkaufspreisen (Art. 102 S. 2 Buchst. a AEUV) verbietet. In Österreich untersagt insbesondere § 1 Abs. 2 NahversorgungsG das sog. Anzapfen von Lieferanten, um der überaus großen Machtkonzentration im österreichischen Lebensmitteleinzelhandel wirksam zu begegnen. Das deutsche Kartellrecht hat die Kontrolle von Nachfragemacht vor allem mit dem gegenüber Art. 102 AEUV sehr viel detaillierteren sog. Anzapfverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB (ggf. i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB, also auch unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung) im Blick. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB konkretisiert beispielhaft das Tatbestandsmerkmal der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, die nach der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB verboten ist.

b) Das sog. Anzapfverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB

aa) Neue Fassung

Der Gesetzgeber der 9. GWB-Novelle hat § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB im Jahr 2017 neu gefasst, um – so die Begründung des Gesetzgebers⁷ – die „effektive Anwendbarkeit des sog. Anzapfverbots sicherzustellen“, da „Rechtsunsicherheit bei der Auslegung der Vorschrift eine gesetzliche Klarstellung erforderlich“ mache. In § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB ist daher nunmehr wie folgt bestimmt:

„Ein Missbrauch (einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von § 19 Abs. 1 GWB) liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen andere Unternehmen dazu auffordert, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren; hierbei ist insbesonde-

unter [hbfm.link/2078](https://www.bfj.bund.de/Link/2078), zuletzt abgerufen am 10. September 2017, Zusammenfassung in WuW 2017, 413 f..

⁶ Vgl. BKartA BB 1999, 706 – Metro.

⁷ BT-Drucks. 18/10207, S. 51.

re zu berücksichtigen, ob die Aufforderung für das andere Unternehmen nachvollziehbar begründet ist und ob der geforderte Vorteil in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung steht.“ (Einfügung durch Verf.)

Diese neue Regelung ist unter Beantwortung verschiedener Grundsatzfragen zu konkretisieren.⁸ Einige jener Fragen hat der BGH⁹ zuletzt in der Entscheidung ausdrücklich formuliert, in der er der Nichtzulassungsbeschwerde in der Sache EDEKA/Plus-Hochzeitsrabatte stattgegeben hat. Denn, so der BGH, zu dem Tatbestandsmerkmal des „Aufforderns“ in § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB a. F. (inhaltsgleich in § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB n. F.) habe er sich bisher nicht geäußert.¹⁰ Es sei aber grundsätzlich zu klären, ob hierfür eine Kausalität zwischen Marktstellung einerseits und Forderung andererseits erforderlich¹¹ sowie ob und ggf. in welcher Weise eine wirtschaftliche Gegenmacht der Hersteller zu berücksichtigen sei.¹² Dasselbe gelte für die Frage, ob Bezugspunkt der Prüfung die Gesamtkonditionen eines Lieferanten oder die jeweilige Einzelforderung sei.¹³ Schließlich bestehe grundsätzlicher Klärungsbedarf im Hinblick auf die Frage, ob die sachliche Rechtfertigung einer Forderung bei § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB stets ausgeschlossen sei, wenn sich der marktmächtige Nachfrager nicht zu konkreten Gegenleistungen wie bestimmten Verkaufsaktionen verpflichte.¹⁴

Die Neufassung des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB beruht auf Formulierungen, die das BKartA in der Entscheidung vom 03.07.2014 – B2-58/09 – EDEKA herausgearbeitet hat. Dieser Entscheidung liegt folgender, die hier zu untersuchende Thematik gut veranschaulichende Sachverhalt zu Grunde:

Ende 2008 übernimmt EDEKA rd. 2.300 Filialen der Discountschiene „Plus“ vom Wettbewerber Tengelmann mit dem Ziel, diese Filialen in die eigene Discountschiene „Netto“ (rd. 2000 Filialen) zu integrieren. In den ersten Monaten des Jahres 2009 führt EDEKA daraufhin mit rd. 500 Lieferanten aus nahezu sämtlichen Warenbereichen sogenannte „Sonderverhandlungen“ und fordert rückwirkend zum 1. Januar 2009

- (1) einen „Bestwertabgleich“ mit den bisherigen „Plus“-Preisen,
- (2) eine „Anpassung der Zahlungsziele“,
- (3) die Zahlung eines dauerhaften „Synergiebonus“ für potenzielle Kosteneinsparungen auf Seiten der Lieferanten,
- (4) die Zahlung einer „Partnerschaftsvergütung“ für die Renovierung der Filialen, sowie
- (5) die Zahlung eines „Sortimentserweiterungsbonus“ für mögliche zusätzliche Listungen in den neuen Filialen.

Die hierzu ergangene EDEKA-Entscheidung des BKartA entwickelte – soweit ersichtlich – erstmalig Maßstäbe zur Kontrolle der Austauschgerechtigkeit für den Fall der gestörten Verhandlungs- und Vertragsparität zwischen einem (relativ) marktmächtigen Nachfrager und Lieferanten im Hinblick auf Leistung und Gegenleistung.

⁸ Vgl. dazu im Einzelnen *Lettl*, WRP 2017, 641 ff. Zur Neuregelung des Anzapfverbots auch *Murach*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 45 ff.

⁹ BGH, 15.11.2016, KVZ 1/16, WuW 2017, 91 – „Hochzeitsrabatte“ = WUW1224758.

¹⁰ BGH, 15.11.2016, KVZ 1/16, WuW 2017, 91 Rn. 7 – „Hochzeitsrabatte“.

¹¹ BGH, 15.11.2016, KVZ 1/16, WuW 2017, 91 Rn. 8 – „Hochzeitsrabatte“.

¹² BGH, 15.11.2016, KVZ 1/16, WuW 2017, 91 Rn. 7 – „Hochzeitsrabatte“.

¹³ BGH, 15.11.2016, KVZ 1/16, WuW 2017, 91 Rn. 7 – „Hochzeitsrabatte“.

¹⁴ BGH, 15.11.2016, KVZ 1/16, WuW 2017, 91 Rn. 12 – „Hochzeitsrabatte“.

Die vom BKartA angewendeten Kriterien zur Prüfung der sachlichen Rechtfertigung der Forderung, nämlich

- (1) die Nachvollziehbarkeit der Forderung und
- (2) die Angemessenheit des geforderten Vorteils im Verhältnis zum Grund der Forderung/der Gegenleistung

finden sich nunmehr wörtlich in § 19 Abs. 2 Nr. 5 HS 2 GWB. Damit zeigt der Gesetzgeber, dass er sich den Ansatz des BKartA zu eigen macht.

bb) Bewertung

Die Übernahme von Formulierungen aus BKartA, 03.07.2014 – B2-58/09 – EDEKA, in § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB verdient uneingeschränkte Zustimmung.¹⁵ Denn damit kommt es zu einer wesentlichen Konkretisierung für die Prüfung der sachlichen Rechtfertigung der Forderung eines marktmächtigen Nachfragers. Außerdem liegt darin ein wichtiger Schritt zur Herstellung von Verhandlungs- und Vertragsparität zwischen einem marktmächtigem Unternehmen einerseits sowie seinen Lieferanten und Abnehmern andererseits. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB findet dabei einen sachgerechten Interessenausgleich. Weitergehende Eingriffe in die Vertragsfreiheit erscheinen – zumindest derzeit – auch im Lebensmitteleinzelhandel nicht geboten, wenn man nicht letztlich zur Vorgabe von bestimmten Preisen in bestimmten Bereichen kommen und damit das System der freien Marktwirtschaft grundlegend in Frage stellen will.

cc) Ausblick

Ob die Neufassung des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB tatsächlich zu einer wirksamen Beschränkung der Ausübung von Nachfragemacht führen wird, muss die Zukunft zeigen. Bejahendenfalls ist die Einführung einer solchen Regelung auch in das europäische Recht, das eine kartellrechtliche Vorschrift zur Kontrolle von Nachfragemacht wie § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB nicht kennt, geboten. Dies gilt insbesondere für die kartellrechtliche Kontrolle von Nachfragemacht unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung (für das deutsche Kartellrecht vgl. insoweit § 20 Abs. 2 GWB). Denn das Beispiel des Lebensmitteleinzelhandels zeigt besonders eindrucksvoll, dass gerade hier auf Grund des Konzentrationsprozesses die Freiheit des Wettbewerbs nicht mehr gewährleistet ist, auch wenn noch kein einzelner Lebensmitteleinzelhändler die Schwelle der Marktbeherrschung überschritten hat.

Freilich finden sich bereits skeptische Stimmen zu § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB, weil die Neuregelung lediglich Probleme aus dem EDEKA-Verfahren klarstelle und nicht zu einer Verschärfung der Norm führe.¹⁶ Insbesondere seien die neu eingeführten Kriterien zur Prüfung der sachlichen Rechtfertigung bereits in der Praxis bekannt.¹⁷ Zweifel scheinen aus praktischer Sicht jedenfalls insoweit angebracht, als es Lieferanten häufig kaum wagen werden, gegenüber einem marktmächtigen Nachfrager einen Verstoß gegen § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB geltend zu machen, um die Geschäftsbeziehung zu dem Nachfrager nicht zu gefährden (sog. Ross-und-Reiter-Problematik; diese erscheint nur dann zufriedenstellend gelöst, wenn der Anzeigen-erstatte anonym bleiben kann; für diesen Anonymitätsschutz findet sich bereits eine

¹⁵ Vgl. hierzu auch *Lettl*, Anhörung in der 101. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie am 23. Januar 2017, Protokoll Nr. 18/101, S. 11.

¹⁶ *Murach*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 45 Rn. 32.

¹⁷ *Murach*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 45 Rn. 32.

Regelung in § 54 Abs. 1 Satz 2 GWB.¹⁸ Danach kann das „Ersuchen“ genügen, damit die Kartellbehörde von Amts wegen ermittelt). Schon deshalb ist zu fragen, ob und ggf. inwieweit bereits im Vorfeld der Verhaltenskontrolle nach § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB die Entstehung von Marktstrukturen verhindert werden sollte, die eine besondere Gefährdungslage für einen Verstoß gegen § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB schaffen. Insoweit stellt sich insbesondere die Frage, ob und ggf. inwieweit die kartellrechtliche Fusionskontrolle der Entstehung von Marktmacht ausreichend Einhalt gebietet.

4. Fusionskontrolle nach Art. 2 FKVO, § 36 GWB

Zweck der europäischen und deutschen Fusionskontrolle nach Art. 2 FKVO, § 36 GWB als jeweils abstrakten Gefährdungstatbeständen ist es, wirksamen Wettbewerb durch die Verhinderung bestimmter wettbewerbsbeschränkender Marktstrukturen zu erhalten.

a) Schwellenwerte

aa) Entscheidung des jeweiligen Gesetzgebers

Die Anwendbarkeit der europäischen Fusionskontrolle nach der FKVO setzt einen Zusammenschluss und die Überschreitung der in Art. 1 Abs. 2 FKVO oder § 1 Abs. 3 FKVO genannten Schwellenwerte voraus. Die deutsche Fusionskontrolle ist bei Vorliegen eines Zusammenschlusses¹⁹ und der Überschreitung der in § 35 Abs. 1, Abs. 2 GWB genannten Schwellenwerte anwendbar.

Die Höhe der Schwellenwerte für die europäische und deutsche Fusionskontrolle ist eine Entscheidung des jeweiligen Gesetzgebers, die dieser ohne weiteres jederzeit – etwa auf bestimmte Marktanteile – verändern kann. Dies gilt umso mehr, als der europäische Gesetzgeber in den Erwägungsgründen der FKVO keine Anhaltspunkte dafür gibt, warum genau die in Art. 1 Abs. 2 FKVO und Art. 1 Abs. 3 FKVO genannten Schwellenwerte gewählt wurden (vgl. nur Erwägungsgrund 10 FKVO, der lediglich auf die „festgelegten Schwellenwerte“ Bezug nimmt). Jüngst wurden Konsultationen zur Frage der Notwendigkeit von neuen Schwellenwerten beendet.²⁰ Deren Auswertung und weiteren Folgen sind abzuwarten.

Auch der deutsche Gesetzgeber setzt für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Fusionskontrolle nach §§ 35 ff. GWB die Überschreitung von bestimmten Schwellenwerten voraus (§ 35 Abs. 1 GWB, § 35 Abs. 1a Nr. 1 und Nr. 2 GWB). Mit der 9. GWB-Novelle hat er im Jahr 2017 aber in § 35 Abs. 1a Nr. 3 und Nr. 4 GWB als zusätzliche Kriterien des § 35 Abs. 1a GWB

- (1) den Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss (mehr als 400 Mio. Euro) und
- (2) eine Tätigkeit im Inland in erheblichem Umfang

eingeführt.²¹ Insbesondere sollen damit nunmehr auch Fälle erfasst sein, in denen ein zu übernehmendes Unternehmen nur geringe Umsatzerlöse erzielt, gleichwohl aber einen hohen Unternehmenswert hat (z. B. Übernahme von Whatsapp durch

¹⁸ Vgl. *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2 Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 54 GWB Rn.

¹⁹ Zur Übernahme von LEH-Standorten als Zusammenschluss vgl. *Mertel*, WuW 2017, S. 68 ff.

²⁰ Komm., Pressemitteilung vom 7.10.2016 (IP/16/3337), abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3337_de.htm (letzter Abruf am 7. September 2017).

²¹ Hierzu *Meyer-Lindemann*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 309 ff.

Facebook²²). Dem liegt offenbar die Vorstellung zu Grunde, dass künftig erhebliche Umsätze zu erwarten sind oder sich aber kartellrechtlich bedeutsame Sachverhalte ergeben.²³ Der Gesetzgeber zeigt hier, dass er bereit ist, wirtschaftlichen Entwicklungen Rechnung zu tragen, auch wenn die – in Europa derzeit einmalige Neuregelung – bereits Kritik erfahren hat²⁴ und auch nach Auffassung des Gesetzgebers der Evaluierung bedarf (§ 43a GWB). Es kommt deshalb bei § 35 Abs. 1a GWB nicht mehr allein auf die Überschreitung von Schwellenwerten für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Fusionskontrolle nach §§ 35 ff. GWB an. Vielmehr können auch andere Kriterien von Bedeutung sein. Ein rechtsvergleichender Blick bestätigt dies:

Die Maßgeblichkeit anderer Kriterien wie des Vermögenswerts der beteiligten Unternehmen für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Fusionskontrolle ist auch in anderen Rechtsordnungen vorgesehen. So stellen etwa die USA und Mexiko maßgeblich auf den Transaktionswert ab.²⁵ Eine dem deutschen Recht vergleichbare Kombination von Schwellenwert und Transaktionswert ist in Österreich geplant.²⁶ Als weniger geeignet erscheinen Marktanteilkriterien, weil sie erheblichen analytischen Aufwand erfordern, der mit großen Unwägbarkeiten verbunden ist.²⁷

Im Hinblick auf eine solche mögliche Maßgeblichkeit anderer Kriterien als Schwellenwerten für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Fusionskontrolle wäre für die deutsche genauso wie für die europäische Fusionskontrolle zu erwägen, für bestimmte Bereiche, in denen die Freiheit des Wettbewerbs auf Grund bestimmter Marktstrukturen besonders gefährdet erscheint, produktbezogene Kriterien einzuführen, etwa mit folgender Einfügung von § 35 Abs. 1b in das GWB oder Art. 1 Abs. 4 FKVO:

„Die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle finden unabhängig von Umsatzerlösen auch immer dann Anwendung, wenn die beteiligten Unternehmen für die Gesundheit der Verbraucher besonders bedeutsame Leistungen wie Saatgut und/oder Pestizide und/oder Lebensmittel anbieten.“

Darin läge kein Paradigmenwechsel im Kartellrecht durch die Einführung des Verbraucherschutzziels. Denn ein solches Ziel ist im Hinblick auf die Freiheit des Wettbewerbs genauso neutral wie Umsatzerlöse, zumal – wie bereits eingangs gezeigt (vgl. II. 1.) – die Freiheit des Wettbewerbs auch und gerade im Hinblick auf den Schutz der Marktgegenseite, insbesondere von Lieferanten und Abnehmern, gewährleistet sein soll. So verlangen denn auch Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 Abs. 1 GWB als Ausgleich für eine Beschränkung des Wettbewerbs unter anderem eine angemessene Beteiligung der Verbraucher am Gewinn. Die Einführung einer Ver-

²² BT-Drucks 18/10207, S. 71 f.; Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, BT-Drucks., 18/5080, S. 148 Rn. 460.

²³ *Bach*, NZKart 2015, 365.

²⁴ *Klasse/Wiethaus*, WuW 2017, 354, 356; *Meyer-Lindemann*, in: Podszun/Kersting, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 324 f. Rn. 53 f.; *Petrasinu*, WRP 2017, 921 Rn. 10; differenzierend *Esser/Höft*, NZKartR 2017, 259, 260.

²⁵ OECD, Local nexus and jurisdictional thresholds in merger control, 2016, abrufbar unter: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2016\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2016)4&docLanguage=En) (letzter Abruf am 13.9.2017), S. 15.

²⁶ Hierzu *Meyer-Lindemann*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 309 Rn. 2.

²⁷ OECD, Local nexus and jurisdictional thresholds in merger control, 2016, abrufbar unter: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2016\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2016)4&docLanguage=En) (letzter Abruf am 13. September 2017), S. 14.

braucherschutzkompetenz für das Bundeskartellamt durch die 9. GWB-Novelle bestätigt diesen Ansatz (vgl. § 32e Abs. 5 und 6, 90 Abs. 6 GWB)²⁸.

Dass bestimmte Sektoren wie der Handel mit Lebensmitteln oder die Landwirtschaft Gegenstand besonderer (strengerer oder weniger strenger) kartellrechtlicher Regelungen sein können, ist kein Fremdkörper im Kartellrecht, sondern bereits an anderen Stellen ausdrücklich so vorgesehen (vgl. für das GWB etwa § 20 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB und § 28 GWB). Freilich werden in den hier näher interessierenden Fällen – wie dem Zusammenschluss Monsanto/Bayer – die jeweiligen Umsatzschwellen des Art. 1 FKVO und des § 35 Abs. 1, 1a GWB ohnehin überschritten sein, so dass es insoweit nicht auf die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Fusionskontrolle ankommt.

bb) Besondere Schwellenwerte für einzelne Sektoren

Der europäische Gesetzgeber sieht keine besonderen Schwellenwerte für einzelne Sektoren vor (vgl. aber Art. 5 Abs. 3 FKVO: Regelung dazu, was bei Kredit- und sonstigen Finanzinstituten und Versicherungsunternehmen an die Stelle des Umsatzes tritt). Der deutsche Gesetzgeber stellt demgegenüber für bestimmte Sektoren Sonderregeln für die Berechnung der Umsatzerlöse und der Marktanteile im Hinblick auf das Erreichen der Schwellenwerte zur Eröffnung des Anwendungsbereichs der Fusionskontrolle auf. Danach ist z. B. für den Handel mit Waren nur drei Viertel der Umsatzerlöse in Ansatz zu bringen (§ 38 Abs. 2 GWB). Denn Handelsumsätze haben nach Auffassung des Gesetzgebers grundsätzlich geringeres Gewicht für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit eines Unternehmens als Umsätze aus Produktion.²⁹ Der Anwendungsbereich der Fusionskontrolle nach §§ 35 ff. GWB ist hier enger, weil die Schwellenwerte weniger schnell erreicht sind.

Umgekehrt gilt für den Bereich der Medien: Für den Verlag, die Herstellung und den Vertrieb von Zeitungen, Zeitschriften und deren Bestandteilen ist das Achtfache, für die Herstellung, den Vertrieb und die Veranstaltung von Rundfunkprogrammen und den Absatz von Rundfunkwerbezeiten ist das Zwanzigfache der Umsatzerlöse in Ansatz zu bringen (§ 38 Abs. 3 GWB). Dadurch kommt es wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit des Mediensektors vor der Entstehung privater Machtstellungen zu einer Multiplikation der Umsätze im Presse- und Rundfunkbereich und damit zu einer Absenkung der Schwellenwerte.³⁰ Anders gewendet: Der Anwendungsbereich der Fusionskontrolle nach §§ 35 ff. GWB ist hier weiter, weil die Schwellenwerte schneller erreicht sind.

Zur Vermeidung einer weiteren Machtkonzentration durch Unternehmenszusammenschlüsse in den mittlerweile aus wettbewerblicher Sicht doch sehr problematischen, im Gutachtenauftrag genannten Sektoren ist für diese Sektoren eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Fusionskontrolle nach §§ 35 ff. GWB – als Alternative zu dem bereits unterbreiteten Vorschlag (vgl. II. 4 a aa) – durch eine eigene Bestimmung des Berechnungsfaktors geboten. Dies gilt umso mehr, als andernfalls auch für den Lebensmitteleinzelhandel die Privilegierung nach § 38 Abs. 2 GWB gilt. Die Bestimmung des Berechnungsfaktors sollte – je nach Sektor – ökonomischen Erkenntnissen, die gesondert festgestellt und ggf. in bestimmten Zeitabständen ak-

²⁸ Zu den neuen verbraucherrechtlichen Befugnissen des BKartA *Podszun/Schmieder*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 85 ff.

²⁹ *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB/Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 38 GWB Rn. 40.

³⁰ *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB/Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 36 GWB Rn. 138.

tualisiert werden sollten, Rechnung tragen. Daher sollte § 38 Abs. 2 GWB folgenden Satz 2 erhalten:

„Für den Handel mit ... (z. B. Lebensmitteln) ist das ...-fache der Umsatzerlöse in Ansatz zu bringen.“

cc) Schwellenwerte und Marktbeherrschungsvermutung

§ 18 GWB sieht Vermutungstatbestände für das Vorliegen von Marktbeherrschung vor, nämlich für die Einzelmarktbeherrschung (§ 18 Abs. 4 GWB: mindestens 40 Prozent Marktanteil) und die Oligopolmarktbeherrschung (§ 18 Abs. 6 GWB: zusammen Marktanteil von 50 Prozent bei drei oder weniger Unternehmen, Nr. 1, oder zusammen zwei Drittel Prozent Marktanteil bei fünf oder weniger Unternehmen, Nr. 2). Die beiden Vermutungen des § 18 Abs. 6 Nr. 1 und Nr. 2 GWB knüpfen an gleichgerichtete wettbewerbliche Gefährdungslagen an. Angesichts der eindeutigen Festlegung der Schwellenwerte in § 35 Abs. 1, 1a, 2 GWB als (teilweise) Voraussetzung für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Fusionskontrolle lassen sich diese nicht durch § 18 Abs. 6 GWB abändern. Vielmehr ist dazu allein der Gesetzgeber berufen. Dies gilt umso mehr, als die Überschreitung von bestimmten Schwellenwerten keine Rückschlüsse auf die Höhe der Marktanteile zulässt.

Allerdings ist ein wesentliches Kriterium für die materielle Prüfung der kartellrechtlichen Zulässigkeit eines Zusammenschlusses die Frage der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (§ 36 Abs. 1 Satz 1 GWB; vgl. auch Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3 FKVO). Insoweit ist – im deutschen Fusionskontrollrecht – auf § 18 GWB zurückzugreifen,³¹ so dass insoweit an die Marktbeherrschungsvermutungen in § 18 Abs. 4 und Abs. 6 GWB zu denken ist. § 18 Abs. 6 GWB, der allein besondere Gefährdungslagen im Oligopol beschreibt, lässt sich freilich nicht entnehmen, dass ein Unternehmen mit einem Marktanteil in Höhe von 15 bis 20 Prozent marktbeherrschend ist. Dieser Annahme stünde auch § 18 Abs. 4 GWB entgegen, der eine Einzelmarktbeherrschungsvermutung erst ab 40 Prozent Marktanteil begründet. Die Höhe dieses Marktanteils ist durch den Gesetzgeber allerdings veränderbar. Der Gesetzgeber³² hat seinerzeit die bisherige Schwelle der Einzelmarktbeherrschung von einem Drittel auf 40 Prozent angehoben,

„um das Gesetz an den Stand ökonomischer Erkenntnisse anzupassen und der Fortentwicklung der Praxis des Bundeskartellamtes Rechnung zu tragen“.

Denn die behördliche Praxis, so der Gesetzgeber weiter, habe

„gezeigt, dass eine marktbeherrschende Stellung eines einzelnen Unternehmens mit einem Marktanteil von einem Drittel heute nur noch in Ausnahmefällen vorkommt.“

Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber für die Festlegung der Marktbeherrschungsvermutung auf „ökonomische Erkenntnisse“ und damit allein auf wirtschaftliche Entwicklungen und Zweckmäßigkeitserwägungen abstellt.

³¹ Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB/Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 36 GWB Rn. 138.

³² BT-Drucks. 17/9852, S. 23.

Für die Missbrauchskontrolle nach § 19 GWB, insbesondere nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 5 GWB, erscheint es nicht notwendig, die Marktanteilsschwelle des § 18 Abs. 4 GWB von 40 Prozent auf 20 Prozent bis 25 Prozent abzusenken. Denn der Missbrauchstatbestand des § 19 Abs. 1 GWB i. V. m. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB gilt auch für relativ marktmächtige Unternehmen, d. h. Unternehmen, von denen kleine und mittlere Unternehmen abhängig sind (§ 20 Abs. 1 GWB), der Missbrauchstatbestand des § 19 Abs. 1 GWB i. V. m. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB auch für Unternehmen im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unternehmen (§ 20 Abs. 2 GWB).

Da § 18 GWB – wie gezeigt – aber auch auf den materiellen Prüfungsmaßstab der Fusionskontrolle („erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung“) Anwendung findet, käme es für die deutsche Fusionskontrolle bei einer solchen Absenkung der Höhe des Marktanteils für die Frage der Marktbeherrschung in § 18 Abs. 4 GWB zu einer deutlichen Verschärfung des materiellen Prüfungsmaßstabs der Fusionskontrolle. Dies wäre angesichts der fortschreitenden Machtkonzentration – jedenfalls für bestimmte Sektoren wie den Lebensmitteleinzelhandel – zu begrüßen. Für eine Absenkung der Marktanteilsschwelle des § 18 Abs. 4 GWB auf 20 Prozent bis 25 Prozent würde der Gesetzgeber zwar „ökonomische Erkenntnisse“ voraussetzen, die für eine solche Absenkung sprechen. Diese Erkenntnisse sind aber insbesondere für den Lebensmitteleinzelhandel gegeben, da gerade hier eine weitere Machtkonzentration durch eine Verschärfung der Fusionskontrolle zur Erreichung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB auch und gerade zum Schutz der Marktgegenseite zu verhindern ist. Angesichts hoher Marktanteile einzelner Anbieter im Agrarsektor bedarf es hier keiner Absenkung der Marktanteilsschwelle für die Frage der Marktbeherrschung.

Die Absenkung der Marktanteilsschwelle des § 18 Abs. 4 GWB auf 20 Prozent bis 25 Prozent könnte ausschließlich auf einen bestimmten Sektor wie den Lebensmitteleinzelhandel beschränkt bleiben. Denn in diesem Bereich ist bereits mit einem deutlich geringeren Prozentsatz Marktanteil eine so große Marktmacht vorhanden, dass sie eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs erwarten lässt. So könnte etwa § 18 Abs. 4 GWB einen Satz 2 erhalten, der wie folgt lautet:

„Es wird vermutet, dass ein Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels marktbeherrschend ist, wenn es über einen Marktanteil von mindestens 20 Prozent verfügt.“

Dies hätte zudem zur Folge, dass auch § 19 Abs. 2 Nr. 2, Nr. 3 und Nr. 4 GWB für marktmächtige Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels gilt, da § 20 GWB die Anwendung dieser Normen auf andere als marktbeherrschende Unternehmen gerade nicht vorsieht.

Ähnliches gilt für den Bereich Saatgut/Pestizide. So könnte § 18 Abs. 4 einen Satz 3 erhalten, der wie folgt lautet:

„Es wird vermutet, dass ein Unternehmen, das Saatgut und/oder Pestizide anbietet, marktbeherrschend ist, wenn es über einen Marktanteil von mindestens 20 Prozent verfügt.“

Zu beachten ist freilich, dass bei Saatgut und Pestiziden sehr viele einzelne Märkte zu untersuchen sind.

b) Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs

aa) Auslegung

Ein Zusammenschluss, der wirksamen Wettbewerb erheblich behindern würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, ist zu untersagen (Art. 2 Abs. 3 FKVO, § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB). Diese Regelungen der europäischen und deutschen Fusionskontrolle sollen eine präventive Kontrolle struktureller Marktveränderungen im Interesse der Marktteilnehmer sicherstellen.³³ Der EuGH nimmt – wie bereits eingangs herausgearbeitet (vgl. II. 1.) an, die Regelungen der FKVO seien

„nicht nur dazu bestimmt, die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher zu schützen, sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen.“³⁴

Nähere Aussagen zum Begriff des Wettbewerbs sind weder den europäischen Wettbewerbsregeln noch dem deutschen Kartellrecht zu entnehmen, so dass kein bestimmter Wettbewerbsbegriff im rechtlichen Sinne besteht;³⁵ der EuGH betont allein immer wieder die Bedeutung autonomer Entscheidungsfindung durch die Unternehmen (sog. Selbstständigkeitspostulat).³⁶ Allein diese Grundaussage muss somit Leitbild für weitere Erwägungen sein, auch um sich nicht zu weit vom geltenden Recht zu entfernen. Außerdem stellt der EuGH zur Ermittlung der Kräfte auf einem Markt, also zur Ermittlung des der Beurteilung zu Grunde zu legenden Wettbewerbs maßgeblich auf eine Marktabgrenzung, insbesondere die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes, ab. Bei der Zusammenschlusskontrolle ist diese insoweit von Bedeutung, strukturelle Veränderungen festzustellen und um eine Prognoseentscheidung nach ständiger Rechtsprechung des EuGH, aber auch EuG und BGH, das sog. Bedarfsmarktkonzept. Danach umfasst der sachlich relevante Markt alle Produkte, die vom Verbraucher (= nicht nur privater Letztverbraucher, sondern jeglicher, auch unternehmerischer Abnehmer) auf Grund ihrer Eigenschaft, ihrer Preislage und ihres Verwendungszwecks als austauschbar angesehen werden.³⁷ Darin kommt zum Ausdruck, dass das Kartellrecht lediglich die Verhältnisse im Hinblick auf einen bestimmten Produktbereich im Auge hat und lediglich auf die Kräfte innerhalb dieses Bereichs abzielt. So sind bestimmte Lebensmittel austauschbar mit anderen bestimmten Lebensmitteln. Allerdings ist hier sorgfältig zu unterscheiden. So sind z. B. Bananen nach der Rspr. des EuGH aus Sicht der Verbraucher nicht austauschbar mit anderem Frischobst.³⁸

Pestizide sind nicht austauschbar mit Saatgut. Daher handelt es sich insoweit um kartellrechtlich getrennt voneinander zu betrachtende Märkte, so dass die Zusammenschlusskontrolle hierfür jeweils gesondert zu erfolgen hat. Eine Verbindung von Pestiziden und Saatgut zu einem einzigen Markt wäre schon nicht mehr vom Wort

³³ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, EU/Teil 2, 5. Aufl. 2012, Art. 2 FKVO Rn. 200.

³⁴ EuGH, Entsch. v. 04.06.2009, C-8/08, Slg. 2009, Slg. I-4529 = EU:C:2009:343 Rn. 36 ff. – „T-Mobile Netherlands“.

³⁵ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB/Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 109.

³⁶ EuGH, Entsch. v. 14.07.1972, C-439/14, Slg. 1972, 619 Rn 104 ff. – „ICI“; Entsch. v. 16.12.1975, C-40/73 bis 48/73, Slg. 1975, 1663 Rn. 172 ff. – „Suiker Unie“; Entsch. v. 31.03.1993, C-89/85, Slg. 1993, I-1575 – „Zellstoff“.

³⁷ Vgl. nur EuGH, Entsch. v. 09.11.1983, C-322/81, Slg. 1983, 3461 – „Michelin“.

³⁸ EuGH, Entsch. v. 14.02.1978, C-27/76, Slg. 1978, 207, 282ff..

Wettbewerb erfasst. Denn dieser Begriff setzt eine gewisse Beziehung zwischen zwei Unternehmen bei ihrer Tätigkeit auf dem Markt voraus. Zwischen einem Anbieter von Pestiziden und einem Anbieter von Saatgut fehlt es daran. Da bereits die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes sehr komplex sein kann, würde die Verbindung zweier unterschiedlicher Produktgruppen zu einem Markt kaum lösbar Probleme aufwerfen. Daher führen etwaige Überlegungen zu einer Änderung des Wettbewerbsbegriffs als solchem von vornherein nicht weiter und sollen deshalb hier auch nicht angestellt werden. Dies gilt insbesondere für wirtschaftstheoretische Überlegungen zum Begriff des Wettbewerbs, zumal sie für den Rechtsbegriff des Wettbewerbs ohne Bedeutung sind.

Der materielle Prüfungsmaßstab der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs, der im europäischen wie im deutschen Recht gilt und durch eine Zukunftsprognose zur Entwicklung der Wettbewerbsstrukturen als Folge eines Zusammenschlusses zu konkretisieren ist, knüpft an den sog. SIEC-Test an. Der SIEC-Test erlaubt die Untersagung eines Unternehmenszusammenschlusses auch dann, wenn weder eine Einzelmarktbeherrschung noch eine oligopolistische Marktbeherrschung vorliegen. Entscheidend ist allein, ob der Zusammenschluss zu einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung führt. Hierfür ist auch und gerade die Entstehung großer Nachfragemacht von Bedeutung. So liegt es etwa – wie im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels oder im Bereich von Saatgut und Pestiziden – dann, wenn sich die Spitzengruppe verengt. Daher ist die Übernahme des SIEC-Tests aus dem europäischen Fusionskontrollrecht (Art. 2 Abs. 2 FKVO) in § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB, der lange Zeit ausschließlich an die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung anknüpfte, ein wichtiger Schritt insbesondere zu Verhinderung weiterer Machtkonzentration auch und gerade in den Bereichen des Handels mit Saatgut/Pestiziden und des Lebensmitteleinzelhandels. Dies bestätigt ein Blick auf die relevanten Märkte:

Ist an einem Zusammenschluss von Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels ein Unternehmen aus der Spitzengruppe des Lebensmitteleinzelhandels beteiligt, sind nicht nur die regionalen Absatzmärkte, sondern auch die Beschaffungsmärkte in die fusionsrechtliche Prüfung einzubeziehen.³⁹ Im Hinblick auf die regionalen Absatzmärkte ist nämlich auch zu untersuchen, ob die Unternehmen bevorzugten Zugang zu den Beschaffungsmärkten haben (§ 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB). Denn bevorzugter Zugang zu den Beschaffungsmärkten im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels hat besonders starken Einfluss auf die relative Marktstellung eines Unternehmens auf den Angebotsmärkten. Dies gilt gerade im Hinblick auf die Höhe des Einkaufspreises, da sie dem Unternehmen Verhaltensspielräume auf der Absatzseite eröffnen kann.⁴⁰ Der SIEC-Test macht bei der fusionsrechtlichen Prüfung von Beschaffungsmärkten eine umfassende Bewertung der Wirkungen eines weiteren Konzentrationsprozesses im Lebensmitteleinzelhandel erforderlich⁴¹, die im Rahmen dieser Untersuchung freilich nicht zu leisten ist.

Im Fall Bayer/Monsanto dürfte bereits angesichts der erreichten Marktanteilsschwellen eine marktbeherrschende Stellung verstärkt, zumindest aber begründet werden. Hier sind als künftige Auswirkungen des Zusammenschlusses insbesondere zu berücksichtigen, dass

³⁹ Vgl. dazu etwa das Verfahren BKartA, B2-52/10 – Edeka/trinkgut.

⁴⁰ Vgl. dazu BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, 2014, S. 31.

⁴¹ Vgl. dazu BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, 2014, S. 30.

- (1) es zu einer weiteren Konzentration in den bereits hochkonzentrierten Bereichen wie Saatgut und Pestiziden kommen würde, indem insbesondere Monsanto bereits bestehende große Marktmacht in dem Bereich Saatgut und Pestiziden vergrößert würde,
- (2) der Wettbewerb zwischen Bayer und Monsanto in den Bereichen Saatgut und Pestiziden auch und gerade im Hinblick auf die Entwicklung biotechnologischer Innovationen zu Lasten von Landwirten und Verbrauchern beseitigt würde und
- (3) sich höhere Verkaufspreise von Saatgut und Pestiziden, eine Verringerung der Ausweichmöglichkeiten und höhere Lebensmittelpreise für die Verbraucher ergeben würden.⁴²

Folgerichtig hat die Europäische Kommission im Hinblick auf diesen Zusammenschluss ernsthafte Bedenken im Hinblick auf eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs etwa in den Bereichen Pestiziden und Saatgut.⁴³ Die Kommission hat daher das Hauptverfahren eröffnet und unterzieht den Zusammenschluss einer eingehenden Prüfung.

Völlig zu Recht erklärt die für Wettbewerbspolitik zuständige EU-Kommissarin *Margrethe Vestager* dazu:

„Saatgut und Pestizide sind für Landwirte und letztlich auch für die Verbraucher von entscheidender Bedeutung. Wir müssen auf diesen Märkten einen wirksamen Wettbewerb sicherstellen, sodass Landwirte Zugang zu innovativen Produkten und einer besseren Qualität haben und Produkte zu wettbewerbsfähigen Preisen kaufen. Gleichzeitig müssen wir ein Umfeld wahren, in dem Unternehmen innovativ tätig sind und in verbesserte Produkte investieren.“

Die geplante Übernahme von Monsanto durch Bayer würde, so die Kommission, das weltweit größte integrierte Pestizid- und Saatgut-Unternehmen schaffen. Dadurch kämen zwei Wettbewerber mit führenden Portfolios bei Totalherbiziden, Saatgut und agronomischen Merkmalen sowie in der digitalen Landwirtschaft zusammen. Beide Unternehmen arbeiten an neuen Produkten in diesen Bereichen. Darüber hinaus würde der Zusammenschluss in weltweit bereits konzentrierten Branchen stattfinden. Es bestünden vorläufige Bedenken dahingehend, dass die geplante Übernahme den Wettbewerb auf einer Reihe unterschiedlicher Märkte einschränken könnte. Dies könnte zu höheren Preisen, einer geringeren Qualität, weniger Auswahl und geringerer Innovation führen. Das neue Unternehmen würde schließlich über die größte Palette an Pestiziden und die stärksten Marktanteile bei Saatgut und agronomischen Merkmalen verfügen und somit zum größten integrierten Unternehmen der Branche werden. Ferner sei zu untersuchen, ob der Zugang der Wettbewerber zu Verteilern und Landwirten erschwert würde, sollten Bayer und Monsanto ihre Verkäufe von Pestiziden und Saatgut insbesondere im Hinblick auf die digitale Landwirtschaft bündeln oder zusammenlegen. Bei der digitalen Landwirtschaft handele es sich um die Sammlung von Daten und Informationen über landwirtschaftliche Betriebe mit dem Ziel, Land-

⁴² Vgl. dazu eingehend im Hinblick auf einen Verstoß gegen Section 7 Clayton Act (= principal U.S. antitrust statute for mergers), *Stucke/Grunes*, Stellungnahme von The Konkurrenz Group vom 22. 07. 2016, abgerufen am 7. September 2017 unter <https://s3-us-west-2.amazonaws.com>.

⁴³ Vgl. dazu Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 22. August 2017, IP/17/2762, abrufbar unter europa.eu/rapid/press-release_IP-17-2762_de.htm, zuletzt abgerufen am 7. September 2017.

wirten eine auf sie abgestimmte Beratung oder aggregierte Daten zur Verfügung zu stellen. Sowohl Bayer als auch Monsanto investierten derzeit in diese neue Technologie.

Bayer und Monsanto hätten Verpflichtungsangebote vorgelegt, um die vorläufigen Bedenken der Kommission auszuräumen. Doch würden diese Angebote nicht ausreichen, um ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit der FKVO auszuräumen. Aufgrund des weltweiten Tätigkeitsfelds von Bayer und Monsanto sei von der Kommission eng mit anderen Wettbewerbsbehörden zusammenzuarbeiten, insbesondere mit dem Department of Justice der Vereinigten Staaten und den Kartellbehörden in Australien, Brasilien, Kanada und Südafrika.

Die Kommission weist ausdrücklich darauf hin, den Zusammenschluss auf der Grundlage der FKVO lediglich aus Wettbewerbsperspektive zu würdigen. Andere europäische und nationale Vorschriften auf dem Gebiet der Lebensmittelsicherheit sowie des Verbraucher-, Umwelt- und Klimaschutzes seien nicht Gegenstand ihrer Prüfung.

Der Ausgang der Prüfung des geplanten Zusammenschlusses zwischen Bayer und Monsanto durch die Kommission bleibt abzuwarten. Doch erscheint – insbesondere wegen des engen kartellrechtlichen Prüfungsmaßstabs – eine Genehmigung nicht ausgeschlossen, hat die Kommission doch zuletzt im Bereich der Agrochemie mit Entscheidung vom 5. April 2017⁴⁴ die Übernahme von Syngenta durch ChemChina unter Auflagen freigegeben. Diese Genehmigung enthält die Auflage, dass ChemChina wesentliche Teile seines europäischen Pflanzenschutzmittel- und Wachstumsreglergeschäfts veräußert.

Die Kommission grenzte dazu verschiedene Märkte für Pflanzenschutzmittel, also Produkte, die in der Landwirtschaft zum Schutz gegen Schädlingsbefall eingesetzt werden, ab. Sie hatte Bedenken, dass der Zusammenschluss in der angemeldeten Form auf einigen Märkten für Pflanzenschutzmittel wirksamen Wettbewerb erheblich behindern würde. Denn die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen hätten bei mehreren Pflanzenschutzmitteln und bestimmten Wachstumsreglern gemeinsam hohe Marktanteile erreicht. Außerdem gebe es auf diesen Märkten nur noch wenige Wettbewerber.

ChemChina hat aber eine Reihe von Verpflichtungen zu Veräußerungen angeboten, die die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Kommission in vollem Umfang ausräumen, weil sie nach Auffassung der Kommission sicherstellen, dass auf den Märkten für Pflanzenschutzmittel und Wachstumsregler auch nach der Übernahme wirksamer Wettbewerb besteht.

Die Übernahme des Unternehmens Syngenta durch ChemChina ist einer von mehreren geplanten Zusammenschlüssen im Bereich Agrochemie. Bei der Beurteilung des Zusammenschlusses von ChemChina und Syngenta wurde der von der Kommission mit Entscheidung vom 27. März 2017⁴⁵ genehmigte Zusammenschluss von Dow und DuPont berücksichtigt.

Die deutsche und europäische Fusionskontrolle zielen „nur“ auf eine Marktstrukturkontrolle zur Gewährleistung der Freiheit des Wettbewerbs ab, wobei diese Freiheit auch und gerade zum Schutz der Marktteilnehmer auf der Marktgegenseite wie

- (1) der Verbraucher etwa vor marktmachtbedingt überhöhten Preisen und
- (2) der Lieferanten vor marktmachtbedingter Ausbeutung

⁴⁴ Komm., Case M.7962, ChemChina/Syngenta, Volltext abrufbar unter hbfm.link/2079, zuletzt abgerufen am 31. August 2017.

⁴⁵ Komm., Case M.7932, DOW/DUPONT.

bestehen soll. Anknüpfungspunkt für die kartellrechtliche Fusionskontrolle sowohl nach der FKVO als auch nach dem GWB sind deshalb stets allein wettbewerbliche Gesichtspunkte dieser Art. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob und ggf. inwieweit auch außerwettbewerbliche Gesichtspunkte wie reiner Verbraucherschutz, Umweltschutz, Klimaschutz oder eine Gewährleistung einer sicheren Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln Berücksichtigung finden können.

bb) Außerwettbewerbliche Gesichtspunkte

Umstritten ist, ob bei der Fusionskontrolle außerwettbewerbliche Ziele Berücksichtigung finden dürfen. Als ein solches Ziel kommen in den hier näher interessierenden Beispielsbereichen von Saatgut und Pestiziden sowie Lebensmitteln

- (1) der Umweltschutz,
- (2) die weitere sichere Versorgung der Verbraucher mit Lebensmitteln
- (3) die weitere qualitativ hochwertige Versorgung der Verbraucher mit Lebensmitteln,
- (4) eine vielfältige und ertragreiche Landwirtschaft und
- (5) wirksamer Klimaschutz

in Betracht.

Nach Erwägungsgrund 2 der FKVO ist die FKVO auf die Errichtung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs und einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb gerichtet. Die FKVO soll dazu beitragen, eine dauerhafte Schädigung des Wettbewerbs zu vermeiden (Erwägungsgründe 3 bis 5 FKVO). Die Auswirkungen von Zusammenschlüssen auf die Wettbewerbsstruktur sollen einer Kontrolle unterliegen. Die geltenden europäischen und deutschen Wettbewerbsregeln kennen als Zielsetzung allein die Gewährleistung der Freiheit des Wettbewerbs (freilich auch im Interesse der Marktteilnehmer). Infolgedessen ist die Fusionskontrolle nach der FKVO ausschließlich an wettbewerblichen Erwägungen ausgerichtet. Dasselbe gilt für die §§ 35 ff. GWB. Die besseren Gründe sprechen daher nach geltendem europäischem und deutschem Recht gegen die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Ziele bei der Fusionskontrolle.⁴⁶ Exakt dies ist die Auffassung der Europäischen Kommission, die sie zuletzt in der Presseerklärung vom 22. August 2017 zum Fall Bayer/Monsanto geäußert hat (s. o.). Außerwettbewerbliche Ziele sind danach keine Gesichtspunkte, die für die kartellrechtliche Fusionskontrolle bedeutsam wären. Sie müssen daher in anderen gesetzlichen Regelungen wie z. B. im Saatgutrecht, Lebensmittelrecht oder Umweltschutzrecht Berücksichtigung finden. Es kann daher aus fusionsrechtlicher Sicht offen bleiben, ob und ggf. inwieweit die Marktmachtkonzentration in den Bereichen Pestiziden und Saatgut sowie Lebensmitteln tatsächlich die angesprochenen Ziele gefährdet.

Dieses Ergebnis ist freilich unbefriedigend. Daher stellt sich de lege ferenda die Frage, ob an dieser rein wettbewerblichen Ausrichtung und der damit einhergehenden streng auf einen bestimmten relevanten Markt beschränkten Betrachtungsweise einer Entscheidung über die Zulässigkeit eines Unternehmenszusammenschlusses festzuhalten ist. Denn in anderen Bereichen ist es Gang und Gäbe, dass eine behördliche Genehmigung ganz verschiedene Gesichtspunkte zu berücksichtigen hat. So beinhaltet z. B. eine Baugenehmigung in Deutschland bauplanungsrechtliche Belange genauso wie andere Aspekte wie etwa Immissionsschutzgesichtspunkte

⁴⁶ Ebenso *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, EU/Teil 2, 5. Aufl. 2012, Art. 2 FKVO Rn. 214.

(vgl. z. B. Art. 54 II 1 BayBO: „Einhaltung öffentlicher Vorschriften“). Es besteht also eine umfassende Aufgabe der Bauaufsichtsbehörde.⁴⁷

Für den „Bau“ eines Konzerns durch Unternehmenszusammenschlüsse müssen erst recht ähnliche Erwägungen gelten. Denn gerade in einem solchen Fall vermag eine rein kartellrechtliche Betrachtung mit ihrer auf einen bestimmten relevanten Markt beschränkten Betrachtungsweise keine umfassend sachgerechte Entscheidung über den Zusammenschluss zu ermöglichen. Vielmehr bedarf es auch hier einer darüber hinausgehenden Berücksichtigung anderer Aspekte, also einer Gesamtbetrachtung. Der Fall des geplanten Zusammenschlusses von Bayer/Monsanto veranschaulicht dies auf eindrucksvolle Weise. Denn gerade ein solcher auf Grund verschiedenster Blickrichtungen, also nicht nur aus kartellrechtlicher Hinsicht, komplexer Zusammenschluss kann im Interesse der Marktteilnehmer und anderer Ziele wie des Umweltschutzes lediglich durch eine umfassende Prüfung aller betroffenen Aspekte sachgerecht beurteilt werden. Bei einer solchen Prüfung käme es nicht entscheidend auf die Abgrenzung eines bestimmten relevanten Marktes an, da diese lediglich für die kartellrechtliche Beurteilung von Bedeutung wäre. Vielmehr könnten ihm Rahmen der erforderlichen Gesamtbetrachtung auch unterschiedliche Märkte und insbesondere das Zusammenwirken von Marktmacht auf zwei unterschiedlichen relevanten Märkten wie Saatgut und Pestiziden bedeutsam sein, so dass auch außerwettbewerbliche Belange wie Umweltschutz Berücksichtigung finden könnten.

Freilich bedarf es zur Begründung einer solchen Generalprüfungsbefugnis einer gesetzlichen Grundlage, die sowohl den materiellrechtlichen Prüfungsumfang wie das formelle Verfahren (z. B. Zuständigkeit etc.) regelt. Um den Gleichlauf zwischen europäischem und nationalem Recht zu gewährleisten, müsste auch insoweit eine Regelung erfolgen. Ob eine bestimmte Behörde eine solche „Generalgenehmigung“ allein oder in Zusammenarbeit mit anderen Fachbehörden erteilen sollte, ist lediglich eine das Verfahren betreffende Einzelfrage, die hier keiner Vertiefung bedarf.

c) Eingrenzung des Einsatzes einer Ministerialerlaubnis

Die Ministerialerlaubnis nach § 42 Abs. 1 Satz 1 GWB⁴⁸ bringt die Trennung zwischen wettbewerblichen Gründen, die das Bundeskartellamt prüft, und außerwettbewerblichen Gründen, die durch die Politik beurteilt werden, zum Ausdruck. Denn ausnahmsweise soll ein Zusammenschluss, der aus wettbewerblichen Gründen zu untersagen ist, aus außerwettbewerblichen Gründen durch die Bundesministerin/den Bundesminister für Wirtschaft und Energie zugelassen werden. Eine Ministerialerlaubnis nach § 42 Abs. 1 Satz 1 GWB kann daher Erweiterungen des Anwendungsbereichs der §§ 35 ff. GWB und Verschärfungen des materiellen Prüfungsmaßstabs des Fusionskontrollrechts konterkarieren. Sie bedarf daher – will man sie nicht ganz abschaffen – der sachgerechten Eingrenzung. Dies kann dadurch geschehen, dass die Prüfung außerwettbewerblicher Gründe durch die Politik de lege ferenda dem Parlament vorbehalten bleibt.⁴⁹ Denn immerhin geht es bei der Erlaubnis eines aus kartellrechtlichen Gründen rechtmäßig untersagten Zusammenschlusses um eine Entscheidung contra geltendes Fusionskontrollrecht. Zu einer solchen Entscheidung ist aber nur der Gesetzgeber selbst legitimiert, zumal es hier um die Auslegung von Tatbestandsmerkmalen im Gemeinwohlinteresse geht. Dieses Ge-

⁴⁷ *Dimberger*, in: Simon/Buse, BayBO, 124. EL Jan. 2017, Art. 54 BayBO Rn. 28.

⁴⁸ Zu den neuen verfahrensrechtlichen Regelungen zur Ministerialerlaubnis *Podszun/Kreifels*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 332 ff.; zur Ministerialerlaubnis im GWB als strategisches Element vgl. *von Wangenheim/Dose*, WuW 2017, 182 ff.

⁴⁹ Vgl. hierzu auch *Lettl*, Anhörung in der 101. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie am 23. Januar 2017, Protokoll Nr. 18/101, S. 19.

meinwohlinteresse kann neutral nur ein plural zusammengesetztes Organ beurteilen. Der demokratisch legitimierte Gesetzgeber ist die einzige Institution, die hierfür in Frage kommt, sodass nur auf diese Weise das Demokratieprinzip gewahrt bleibt. Hinzu kommt, dass die Lösung von Spannungslagen zwischen verschiedenen Verfassungsgütern originäre Aufgabe des Gesetzgebers ist, wie es auch das Bundesverfassungsgericht immer wieder betont. Die fachliche Kompetenz des Bundeswirtschaftsministeriums sollte genutzt bleiben, indem dieses die Entscheidung des Parlaments vorbereitet.

Allerdings sollte auch berücksichtigt werden, dass ein Parlamentsvorbehalt zu weniger Flexibilität führt. Insofern müsste im Verfahrensablauf gewährleistet sein, dass das Parlament zu einer zügigen Entscheidung kommt. Unbestimmte Rechtsbegriffe wie gesamtwirtschaftliche Vorteile und überragendes Interesse der Allgemeinheit (vgl. § 42 Absatz 1 Satz 1 GWB) sollten freilich de lege ferenda nicht näher ausgestaltet werden durch einzelne Beispiele, da es dadurch zu einer Verengung käme, die die Berücksichtigung weiterer Gründe ausschließen könnte. Eine solche Verengung erscheint auch gar nicht notwendig, wenn der demokratisch legitimierte Gesetzgeber zur Auslegung dieser Begriffe befugt ist. Denn dann steht das Ganze auf einem festen demokratischen Fundament.

5. Entflechtung

a) Begriff

Im Energierecht sind verschiedene Formen von Entflechtung (sog. „Unbundling“) vorgesehen. Die §§ 6a ff. EnWG setzen die europarechtlichen Vorgaben hierzu um. In der kartellrechtlichen Fusionskontrolle bezeichnet Entflechtung die nachträgliche Auflösung eines vollzogenen Zusammenschlusses, der die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB erfüllt (vgl. Art. 8 Abs. 4 FKVO; § 41 Abs. 3 GWB). Allgemeiner gesprochen bedeutet Entflechtung die Veräußerung von Unternehmensteilen und Sachvermögen.⁵⁰ Allein die kartellrechtlichen Möglichkeiten hierzu sind im Folgenden näher zu untersuchen, weil eine Entflechtung nach Art. 8 Abs. 4 FKVO, § 41 Abs. 3 Satz 1 GWB eng mit der bereits untersuchten Fusionskontrolle nach Art. 2 FKVO, § 36 GWB zusammenhängt. Es geht hier aber – anders als bei Art. 8 Abs. 4 FKVO oder § 41 Abs. 3 Satz 1 GWB, die bereits einen von Anfang an kartellrechtswidrigen Zusammenschluss betreffen – um eine von einem Kartellrechtsverstoß unabhängige und daher objektive Entflechtungsbefugnis. Sie besteht daher auch dann, wenn ein Unternehmen lediglich durch internes Wachstum eine marktbeherrschende Stellung erlangt hat oder ein Unternehmen nach einem kartellrechtskonformen Zusammenschluss die Freiheit des Wettbewerbs erheblich behindert.

b) Rechtsgrundlage

Die Kommission kann bei einem Verstoß gegen Art. 101 AEUV oder Art. 102 AEUV nach Art. 7 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 verhaltensorientierte oder strukturelle Maßnahmen zur Abstellung von Zuwiderhandlungen ergreifen, die gegenüber der festgestellten Zuwiderhandlung verhältnismäßig und für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich sind. Abhilfemaßnahmen struktureller Art können nur in Ermangelung einer verhaltensorientierten Abhilfemaßnahme von gleicher Wirksamkeit festgelegt werden, oder wenn letztere im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen struktureller Art mit einer größeren Belastung für die Unternehmen

⁵⁰ Voell, Entflechtung als Abhilfemaßnahmen im europäischen und deutschen Missbrauchsrecht, 2014, S. 24.

verbunden wäre (Art. 7 Abs. 1 Satz 3 Verordnung (EG) Nr. 1/2003). Eine Entflechtungsanordnung muss daher insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen. Erwägungsgrund 12 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 besagt hierzu, dass Änderungen an der Unternehmensstruktur, wie sie vor der Zuwiderhandlung bestand, nur dann verhältnismäßig sind, wenn ein erhebliches, durch die Struktur eines Unternehmens bedingtes Risiko anhaltender oder wiederholter Zuwiderhandlungen gegeben ist. Strukturelle Abhilfemaßnahmen können nicht nur auf die eigentumsrechtliche Entflechtung von Unternehmen gerichtet sein, sondern auch auf die Verselbständigung von Vermögensteilen oder die Gewährung des Zugangs zu wichtiger Infrastruktur.⁵¹ Bei einem Verstoß gegen Art. 2 FKVO hat die Kommission nach Art. 8 Abs. 4 FKVO die Befugnis, „geeignete“ Maßnahmen zu treffen, um den Zustand vor dem Vollzug des Zusammenschlusses wiederherzustellen. Eine kartellrechtsverstoß-unabhängige Rechtsgrundlage zur Entflechtung ist im Europäischen Recht derzeit nicht vorgesehen.

Freilich hat die Kommission bereits Verpflichtungszusagen nach Art. 9 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 entgegengenommen, die auf Entflechtungen gerichtet waren. So haben etwa die Zusagen der Energiekonzerne E.ON⁵² und RWE⁵³ dazu geführt, dass die Kommission die von den Unternehmen angebotenen Marktstrukturen für verbindlich erklärt hat. Allerdings handelte es sich dabei stets um Entflechtungen, die die Unternehmen freiwillig angeboten hatten, um dem Vorwurf des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung zu begegnen.

§ 32 Abs. 2 GWB übernimmt den Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1/2003. Das Bundeskartellamt kann daher nach § 32 Abs. 2 Satz 1 GWB auch strukturelle Abhilfemaßnahmen ergreifen. Doch ist damit lediglich ein Vorgehen gegen einen konkreten Kartellrechtsverstoß, insbesondere gegen § 1 GWB oder §§ 19 f. GWB, erfasst.⁵⁴ Für die hier zu untersuchenden Fallkonstellationen ist aber eine missbrauchsunabhängige Entflechtung (sog. objektive Entflechtung) von besonderem Interesse. Für sie besteht derzeit nicht nur im europäischen, sondern auch im deutschen Recht keine Rechtsgrundlage. Dies wirft die Frage auf, ob es in anderen Staaten Regelungen zur Entflechtung gibt, so dass ein kurzer Rechtsvergleich mit anderen Rechtsordnungen geboten erscheint.

c) Rechtsvergleich

Kartellrechtliche Entflechtungsregeln sind in den Rechtsordnungen des Vereinigten Königreichs und den USA zu finden, wobei die USA über die längsten und umfangreichsten Erfahrungen mit der Entflechtung von Unternehmen verfügen.⁵⁵

Im Vereinigten Königreich ist die Rechtsgrundlage für eine Entflechtung ohne Zuwiderhandlung als eine von verschiedenen Maßnahmen der wettbewerblichen Aufsicht im Enterprise Act 2002 zu finden. Eine danach mögliche objektive Entflechtung fand im Jahr 2009 im Hinblick auf den Flughafenbetreiber British Airports Authority (BAA), der für mehrere Flughäfen mit einem Passagieraufkommen von insgesamt 60 Prozent zuständig war, statt. Die Competi-

⁵¹ *Wilhelmi*, Strukturelle Abhilfemaßnahmen bis hin zu Entflechtungen von Unternehmen bei Verstößen gegen das Kartell- oder Missbrauchsrecht, in: *Bien* (Hrsg.), *Das deutsche Kartellrecht nach der 8. GWB-Novelle*, 2013, S. 373.

⁵² *Komm.*, *Entsch.* v. 16. November 2008, COMP/39.388 – Deutscher Stromhandelsmarkt und COMP/39.389 – Deutscher Regelenergiemarkt.

⁵³ *Komm.*, *Entsch.* v. 18. März 2008, COMP/39402 – Gasmarktabschottung durch RWE.

⁵⁴ *Voell*, *Entflechtung als Abhilfemaßnahmen im europäischen und deutschen Missbrauchsrecht*, 2014, S. 31.

⁵⁵ *Deutscher Bundestag, Wissenschaftlicher Dienst*, WD 7 – 3000 – 131/16, S. 5.

tion Commission sah darin eine Wettbewerbsbeeinträchtigung zwischen den Flughäfen und ordnete als Abhilfemaßnahme die Veräußerung der Flughäfen London-Gatwick, London-Stansted sowie eines der schottischen Flughäfen Glasgow oder Edinburgh an.⁵⁶

Das US-amerikanische Recht kennt die Entflechtung seit über 100 Jahren als Strukturmaßnahme in der Rechtspraxis des Kartellrechts.⁵⁷ Rechtsgrundlage hierfür ist der Sherman Antitrust Act, in dem zwar keine ausdrücklich Regelung der Entflechtung, aber ein grundsätzliches Monopolverbot vorgesehen ist. So besteht nach Section 2 des Sherman Antitrust Act ein Generalverbot des Monopolisierens des Handels, des Versuchs des Monopolisierens sowie des Zusammenwirkens mehrerer zu diesem Zwecke. Untersagt ist danach jede Handlung mit negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb. Wegen der hohen Eingriffsintensität in die Unternehmens- und Marktstruktur ist wegen des Erfordernisses der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes stets zu prüfen, ob nicht mildere Mittel in Betracht kommen, um den Wettbewerb zu schützen.⁵⁸ Die Anforderungen an eine Entflechtung hat über Jahrzehnte der Supreme Court entwickelt, wobei die Anordnung einer Entflechtung den Ausnahmefall und die Anordnung von Verhaltensregeln als weniger schwerwiegender Eingriff den Regelfall darstellt.⁵⁹ Seit den 1960er Jahren ergingen wegen zunehmend komplexerer Markt- und Unternehmensstrukturen sowie wettbewerbspolitischen Veränderungen nur noch vereinzelt Anordnungen zur Entflechtung eines Unternehmens.⁶⁰

d) Versuch zur Einführung einer Rechtsgrundlage in das GWB

Zur Begrenzung von Marktmacht erscheint die Einführung einer Rechtsgrundlage für objektive, also kartellrechtsverstoßunabhängige Entflechtungen im europäischen wie deutschen Kartellrecht erwägenswert. Der Referentenentwurf 2010 sah hierfür in § 41a GWB-E und § 42b GWB-E Regelungen vor, die aber bisher keinen Eingang in das GWB gefunden haben.

Nach § 41a GWB-E sollte eine Entflechtungsbefugnis bestehen, wenn

- der oder die Adressaten der Entflechtungsanordnung die Umsatzen des § 35 Abs. 1 GWB in Verbindung mit §§ 38 Abs. 1 bis 5 GWB und § 36 Abs. 2 GWB erfüllt,
- ein Markt von gesamtwirtschaftlicher Bedeutung betroffen ist,
- Einzelmarktbeherrschung oder oligopolistische Marktbeherrschung festgestellt wird,
- der Fortbestand der Marktbeherrschung für absehbare Zeit zu erwarten ist,
- Wettbewerb auf dem relevanten Markt grundsätzlich technisch und wirtschaftlich möglich ist,
- der Erwerb des zu entflechtenden Vermögensteils nicht innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Zustellung der Entflechtungsverfügung auf der Grundlage des GWB oder der FKVO bestandskräftig freigegeben oder durch Ministerialerlaubnis genehmigt wird,

⁵⁶ Competition Commission, BAA airports market investigation, 19. 03. 2009, S. 8.

⁵⁷ Böni, Die missbrauchsunabhängige Entflechtung, sic! 2012, S. 71.

⁵⁸ Deutscher Bundestag, Wissenschaftlicher Dienst, WD 7 – 3000 – 131/16, S. 10.

⁵⁹ Deutscher Bundestag, Wissenschaftlicher Dienst, WD 7 – 3000 – 131/16, S. 10.

⁶⁰ Böni, Die missbrauchsunabhängige Entflechtung, sic! 2012, S. 76.

- der zu entflechtende Vermögensteil nicht der sektorspezifischen Regulierung unterliegt.

Wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, sollte

- es im Ermessen des Bundeskartellamts liegen, eine Entflechtungsverfügung zu erlassen, mit der die Veräußerung oder sonstige Verselbständigung eines Vermögensteils angeordnet wird, wenn
- die Maßnahme eine wesentliche Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen erwarten lässt und verhältnismäßig ist,
- die Möglichkeit besteht, Bedingungen und Auflagen anzuordnen,
- eine angemessene Frist für die Durchführung der Entflechtung eingeräumt wird.

Zwar müsse, so die Begründung zu § 41a GWB-E, die Entflechtung die Ausnahme bleiben. Doch für einen effektiven Schutz gegen Wettbewerbsbeschränkungen müssten auch für außergewöhnliche und seltene Einzelfälle besondere gesetzliche Eingriffsbefugnisse zur Verfügung stehen, um gerade auf Märkten mit verfestigten nicht wettbewerblichen Marktstrukturen Wettbewerbsprozesse in Gang zu bringen. Diese Erwägungen zeigen, dass effizienzermindernde und -steigernde Wirkungen von Entflechtungen unter Beachtung der Grundrechte nach Art. 2 Abs. 1, 12, 14 GG (vgl. auch Art. 15 Abs. 1, 17 GR-Charta), des Bestimmtheitsgrundsatzes und des Vertrauensschutzes sorgfältig gegeneinander abzuwägen sind.

Kritiker beurteilen eine objektive Entflechtungsbefugnis als Verstoß gegen das „ordnungspolitische Leitbild“ des GWB, weil auch Fälle erlaubten erfolgreichen internen Unternehmenswachstums erfasst seien. Außerdem sei auch die Fusionskontrolle letztlich Verhaltenskontrolle und damit etwas anderes als ein objektives Entflechtungsinstrument.⁶¹ Weiter wird vertreten, dass eine nationale Entflechtung nicht in Betracht komme, wenn die Marktbeherrschung die Folge eines von der Kommission genehmigten Zusammenschlusses sei.⁶² Außerdem enthalte die FKVO den Grundsatz, dass marktbeherrschende Stellungen nur bei externem Wachstum durch Hoheitsakt zu beseitigen seien.⁶³ Schließlich könne sich eine Entflechtungsregelung investitionshemmend auswirken. Diese Wirkung könnte aber durch einen Kompensationsmechanismus ausgeglichen werden.⁶⁴ Gegen eine objektive Entflechtungsbefugnis sprächen weiter der Wegfall von Rationalisierungsgewinnen sowie Größen- und Verbundvorteilen.⁶⁵

Für die Einführung einer objektiven Entflechtungsbefugnis spricht – ungeachtet der Unterschiede zwischen Fusionskontrolle und objektiver Entflechtung – eine Parallele zur Fusionskontrolle, die ihre notwendige Ergänzung erführe.⁶⁶ Denn das derzeit

⁶¹ So wohl *Satzky*, WuW 2010, 614, 620; a. A. aber Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, 2010, S. 10.

⁶² *Lange*, EWS 2010, S. 1.

⁶³ *Bechtold*, BB 2010, 451, 452.

⁶⁴ Einen Vorschlag hierzu macht die Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, abrufbar unter http://monopolkommission.de/images/PDF/SG/s58_volltext.pdf, S. 21 ff., insbesondere Tz. 61, zuletzt abgerufen am 7. September 2017.

⁶⁵ Vgl. dazu Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, abrufbar unter http://monopolkommission.de/images/PDF/SG/s58_volltext.pdf, S. 25 Tz. 71 ff., zuletzt abgerufen am 7. September 2017.

⁶⁶ Ebenso Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, abrufbar unter

vorhandene Instrumentarium, insbesondere die Fusionskontrolle, genügt nicht, um der Machtkonzentration in bestimmten Sektoren wie den hier zu Untersuchenden wirksam entgegenzuwirken. Dies gilt umso mehr, als die kartellrechtliche Verhaltenskontrolle durch Missbrauchskontrolle von Nachfragemacht – wie gezeigt (vgl. II. 2.) – an Grenzen etwa bei spontanem Parallelverhalten im engen Oligopol oder bei kollusionserleichternden Verflechtungen stößt.

Für eine objektive Entflechtungsbefugnis spricht weiter eine Herabsetzung von Ausbeutungs- und Behinderungspotenzialen.⁶⁷ Außerdem ist die bereits erwähnte regulierungsrechtliche Entflechtung im Energiebereich bereits mit den Zielen einer objektiven Entflechtung vergleichbar. Hinzu kommt, dass die objektive Entflechtung ebenso wie die Fusionskontrolle vor allem auch ein Mittel zur präventiven Abwehr von Gefahren für die Freiheit des Wettbewerbs ist.⁶⁸ Angesichts dieser Übereinstimmung der Zwecke liegt in einer objektiven Entflechtung eine notwendige Ergänzung der Marktstrukturkontrolle durch Fusionskontrolle.⁶⁹ Gerade auch auf Grund der zunehmenden Marktmacht in den hier näher zu untersuchenden Sektoren empfiehlt sich die Einführung einer objektiven Entflechtungsbefugnis, um jedenfalls den Wettbewerb in diesen Sektoren wiederzubeleben und vor Funktionsstörungen zu schützen.⁷⁰ Außerdem käme es damit zu einer notwendigen Verschärfung des bestehenden, gerade im Hinblick auf die Ausübung von Nachfragemacht doch de lege lata eher begrenzten kartellrechtlichen Instrumentariums. Es ist sogar die Einführung einer allgemeinen objektiven Entflechtungsbefugnis einer sektor- oder branchenspezifischen Regulierung vorzuziehen, weil Erstere besser zur Inangasetzung von Innovationsprozessen und Entwicklung wettbewerblicher Strukturen geeignet ist.⁷¹

Es sprechen daher de lege ferenda gute Gründe für die Einführung einer Rechtsgrundlage zur objektiven Entflechtung sowohl im europäischen als auch deutschen Kartellrecht. Die §§ 41a, 41b GWB-E 2010 könnten hierfür als sachgerechtes Vorbild dienen. Im Hinblick auf die gebotene Gesamtbetrachtung (s.o. II. 4 b bb) könnte eine behördliche Befugnis zur Entflechtung nicht nur im Hinblick auf einen bestimmten relevanten Markt, sondern im Hinblick auf unterschiedliche Märkte und insbesondere das Zusammenwirken von Marktmacht auf zwei unterschiedlichen relevanten Märkten wie Saatgut und Pestiziden bestehen, so dass auch außerwettbewerbliche Belange wie Umweltschutz Berücksichtigung finden könnten.

http://monopolkommission.de/images/PDF/SG/s58_volltext.pdf, S. 10, zuletzt abgerufen am 7. September 2017.

⁶⁷ Vgl. dazu Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, abrufbar unter http://monopolkommission.de/images/PDF/SG/s58_volltext.pdf, S. 24 Tz. 68 ff., zuletzt abgerufen am 7. September 2017.

⁶⁸ *Mundt*, Neue Instrumente zur Beschneidung wirtschaftlicher Macht?, Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 123, 2010, S. 29 f..

⁶⁹ Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, 2010, S. 10, zuletzt abgerufen am 7. September 2017.

⁷⁰ Ebenso allgemein Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, 2010, S. 42 Tz. 135.

⁷¹ Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, 2010, S. 43 dritter Spiegel punkt.

6. Andere rechtliche Möglichkeiten der Verhinderung von Zusammenschlüssen

a) Berücksichtigung der Nachfragemacht

Nachfragemacht ist bereits bei der Fusionskontrolle für die Frage einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs bedeutsam (vgl. o. 3.). Sie ist daher nicht bei anderen Möglichkeiten der Verhinderung von Zusammenschlüssen einzubeziehen.

b) Stärkung des öffentlichen Interesses bzw. Bürgerinteresses

Eine Stärkung des öffentlichen Interesses bzw. Bürgerinteresses wäre nicht bei den Wettbewerbsregeln, die allein eine auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Zielsetzung – wenn auch im Interesse der Marktgegenseite – verfolgt, zu verorten. Allerdings sind insoweit Spezialgesetze wie eine sektorspezifische Regulierung in Betracht zu ziehen, wobei insoweit – wie gezeigt – eine allgemeine objektive Entflechtungsbefugnis vorzuziehen ist. Das öffentliche Interesse bzw. Bürgerinteresse findet im geltenden deutschen Kartellrecht bereits bei der Prüfung einer Ministererlaubnis nach § 42 Abs. 1 Satz 1 GWB Beachtung.

7. Ausblick – Derzeitige Tätigkeit der Europäischen Kommission durch die Initiative zur Verbesserung der Lebensmittelversorgungskette

a) Inhalt, Ziele und wahrscheinliche Auswirkungen der Initiative

Dass im Bereich der Lebensmittelversorgung Handlungsbedarf besteht und die Politik dem Expansionsdrang der Unternehmen gerade hier Grenzen setzen muss, hat immerhin die Europäische Kommission bereits seit dem Jahr 2010 erkannt (Einsetzung eines „High Level Forum für ein besseres Funktionieren der Lebensmittelversorgungskette“). Am 25. Juli 2017 hat sie nunmehr eine Initiative zur Verbesserung der Lebensmittelversorgungskette („Initiative to improve the food supply chain“, Ares(2017) 3735471) mit dem wahrscheinlichen Ziel einer Gesetzgebung bis März 2018 ergriffen. Federführend ist die Generaldirektion AGRI (Landwirtschaft und ländliche Entwicklung). Es ist aber auch u.a. die Generaldirektion Competition (Wettbewerb) beteiligt.

Die Kommission betont in ihrer Aufforderung zur Abgabe von Stellungnahmen vom 25. Juli 2017 mit Fristsetzung bis 28. August 2017 zunächst völlig zu Recht die Bedeutung der Lebensmittelversorgungskette in der Europäischen Union für Verbraucher und Beschäftigte. Außerdem weist sie auf starke Machtungleichgewichte zwischen kleineren Unternehmen wie Landwirten einerseits und großen Konzernen andererseits hin. Um die wirtschaftliche Stellung der Landwirte zu stärken, seien in den Bereichen

- (1) unlautere Handelspraktiken,
- (2) Markttransparenz und
- (3) Kooperationsmöglichkeiten für Landwirte

Neuregelungen erforderlich.

Unlautere Handelspraktiken stünden im Widerspruch zu funktionierendem Wettbewerb. Sie seien Symptome von Marktversagen und beeinträchtigten die wirtschaftlich schwächeren Marktteilnehmer wie Verbraucher und Landwirte auf lange Sicht.

Daher seien gegen solche Praktiken in bereits mehr als 20 Mitgliedstaaten spezielle gesetzliche Regelungen vorgesehen. Dies sei teilweise durch eine Ergänzung des nationalen Kartellrechts und eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2005/29/EG gegen unlautere Geschäftspraktiken auf das Verhältnis Unternehmer – Unternehmer geschehen. Auch die Durchsetzung („Enforcement“) dieser Regelungen etwa durch das Einschreiten der Kartellbehörden sei davon erfasst. Die lediglich Verbraucherschützenden Richtlinien 2005/29/EG und 93/13/EG seien auf das Verhältnis Unternehmer – Unternehmer nicht anwendbar.

Auch die Markttransparenz innerhalb der Versorgungskette z. B. im Hinblick auf Preise sei ungleich, so dass Informationsasymmetrien zu Lasten der wirtschaftlich schwächeren Landwirte bestünden. Außerdem würden diese sich aus Angst um den Fortbestand der Geschäftsbeziehung häufig nicht gegen einen wirtschaftlich stärkeren Vertragspartner zur Wehr setzen. Die europäische Gesetzgebung ermutige Landwirte zur Kooperation, zumal der AEUV (insbesondere Art. 40 AEUV) die besondere Bedeutung der Landwirtschaft gerade im Hinblick auf die Wettbewerbsregeln und insbesondere die Kooperation von Landwirten etwa durch gemeinsames Verhandeln betone. Für den Bereich Zucker bestünden hier bereits Regelungen im CMO (Common Market Organisation), die auf andere landwirtschaftliche Bereiche ausgedehnt werden könnten.

Im Bereich unlauterer Handelspraktiken werden zur Lösung des Problems verschiedene Möglichkeiten erwähnt. Option 1 besteht darin, dass solche Handelspraktiken weiterhin Angelegenheit der Mitgliedstaaten bleiben. Als Option 2 sind EU-weite Leitlinien und Empfehlungen an die Mitgliedstaaten genannt. Option 3 ist ein europäischer Regelungsrahmen, der wirtschaftlich schwächere Marktteilnehmer in der Lebensmittelversorgungskette im Hinblick auf landwirtschaftliche Produkte (Anhang I AEUV) schützt. Option 4 ist auf einen europäischen Regelungsrahmen als Mindestharmonisierung für die gesamte Lebensmittelversorgungskette gerichtet.

Im Hinblick auf die Markttransparenz wird zwischen einer Beibehaltung des status quo einerseits und der Aufnahme von Regelungen zur Sammlung von Daten insbesondere der Preise für Schlüsselprodukte an mehreren Stellen der Lebensmittelversorgungskette nach dem Vorbild der Commission Regulation (EC) Nr. 792/2009 andererseits unterschieden.

Für die Kooperation der Hersteller wird auf das im Bereich Zucker bewährte Modell der freiwilligen gemeinsamen Wertschöpfung in Handelsvereinbarungen („Value-sharing mechanism“) verwiesen (Art. 125 CMO; Verordnung EU 2016/1166) und deren Erweiterung auch für andere Bereiche in Erwägung gezogen.

Die Kommission bezieht nicht nur die Auswirkungen auf den Wettbewerb, sondern auch wahrscheinliche

- (1) wirtschaftliche Auswirkungen
- (2) soziale Auswirkungen
- (3) Auswirkungen auf die Umwelt
- (4) Auswirkungen auf die Grundrechte
- (5) Auswirkungen auf Behördenzuständigkeit

in die Erwägungen ein.

bb) Bewertung

In der Einbeziehung nicht nur wettbewerblicher Auswirkungen, sondern auch möglicher außerwettbewerblicher Auswirkungen könnte ein durchaus sinnvoller Paradigmenwechsel im oben angedeuteten Sinne (vgl. II. 4 b a.E.) liegen. Wenn die Kommission auf eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken auf das Verhältnis Unternehmer – Unternehmer durch einige Mitgliedstaaten verweist, so stellt sich freilich die Frage, ob damit tatsächlich eine wirksame Kontrolle der Ausübung von Nachfragemacht durch das sog. Anzapfen verbunden wäre. Das sog. Anzapfen kann im Einzelfall als Nötigung, Druckausübung oder unzulässige Beeinflussung im Sinne von Art. 8, 9 der Richtlinie 2005/29/EG (in Deutschland umgesetzt in § 4a UWG) eingeordnet werden.

Dafür genügt freilich die Drohung, die Geschäftsbeziehung (teilweise) abzubrechen oder gar nicht erst aufzunehmen, für sich allein regelmäßig nicht.⁷² Denn auch der marktmächtige Nachfrager verfügt über eine (negative) Vertragsfreiheit. Er darf daher hart verhandeln, um möglichst günstige Einkaufsbedingungen zu erreichen. Grundsätzlich hat kein Anbieter Anspruch auf die Aufnahme oder Fortsetzung einer Geschäftsbeziehung mit einem Nachfrager.⁷³ Ohne absolute oder zumindest relative Marktmacht ist das Fordern sachlich nicht gerechtfertigter Vorteile (z. B. Einmalzahlung aus beliebigem Anlass) daher zulässig.

Besteht Marktmacht, so ist bei Marktbeherrschung im europäischen Recht Art. 102 AEUV – auch für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung – zu beachten, der aber – wie gezeigt – keinen dem § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB vergleichbaren Schutz gegenüber Nachfragemacht entfaltet. Die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2005/29/EG auf das Verhältnis Unternehmer – Unternehmer vermag daher keinen dem § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB gleichwertigen Schutz vor dem Missbrauch von Nachfragemacht zu gewährleisten. Daher empfiehlt sich insoweit für das europäische Recht die Übernahme der Regelung des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB (insbesondere mit § 20 Abs. 2 GWB).

Freilich bedarf eine Regelung unlauterer Handelspraktiken wie des sog. Anzapfverbots nach dem Vorbild des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB (dessen Wertungen auch bedeutsam sind für § 4 Nr. 4 UWG und § 4a UWG) für die private Rechtsdurchsetzung der Ergänzung. Denn die betroffenen Unternehmen werden – wie die Kommission selbst völlig zu Recht sieht – hier aus Angst um den Fortbestand der Geschäftsbeziehung von einer Rechtsverfolgung regelmäßig absehen (sog. Ross-und-Reiter-Problematik). Für das Zivilverfahren sollten daher Beweiserleichterungen bestehen:⁷⁴ Ist es einem betroffenen Unternehmen wegen der Gefahr wirtschaftlicher „Revanche“ nicht zumutbar, Beweismittel zur Verfügung zu stellen, die seine Identifikation ermöglichen, sollte es genügen, dass diese Beweismittel einer zur Berufsverschwiegenheit verpflichteten Person (z. B. Wirtschaftsprüfer, Notar) übergeben werden und diese über die erhaltenen Auskünfte als Zeuge aussagt, ohne die betroffenen Unternehmen zu identifizieren. Dafür spricht im deutschen Recht auch § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO.⁷⁵ Darüber hinaus muss neben der eigenen privatrechtlichen Rechtsverfolgung eine ggf. anonyme Anzeige bei einer Kartellbehörde möglich sein. Allerdings weist die durch § 70 Abs. 4 GWB eingeführte Beweiserleichterung erhebliche Schwächen auf und vermag die Problematik jedenfalls nur begrenzt zu lösen.

⁷² BGH GRUR 1982, 737, 738 – Eröffnungsrabatt; BGH WuW/E BGH 1943, 1945 f. – Markenverband Deschauer.

⁷³ BGH GRUR 1977, 619, 621 – Eintrittsgeld.

⁷⁴ Vgl. dazu BGH GRUR 1982, 677, 679 – Unentgeltliche Übernahme der Preisauszeichnung.

⁷⁵ Köhler, BB 1998, 113, 115.

De lege ferenda empfiehlt sich daher die Einführung einer Auskunftspflicht des Nachfragers.⁷⁶

Transparenz insbesondere im Bereich der Preisgestaltung allein vermag marktmächtige Unternehmen nicht von unangemessenen Forderungen gegenüber kleinen Unternehmen abzuhalten, im Gegenteil. Immerhin kann erhöhte Transparenz dazu führen, dass der Nachweis eines Rechtsverstößes etwa gegen das sog. Anzapfverbot einfacher gelingt.

In einem gemeinsamen Vorgehen vieler kleiner Unternehmen durch Kooperation liegt gewiss der beste Weg zur Ausgleichung von wirtschaftlichen Machtungleichgewichten. Daher sollten hierfür Anreize etwa durch Ausnahmen vom Kartellverbot der Art. 101 AEUV, § 1 GWB geschaffen werden.

Mit den Verordnungen (EU) 2016/558 und 2016/559 vom 11. April 2016 hat die Kommission – unter Gebrauch der Ermächtigung des Art. 222 VO (EU) Nr. 1308/2013 – im Milchbereich anerkannte Agrarorganisationen und nicht anerkannte Erzeugerorganisationen über die schon vorhandenen agrarbezogenen Kartellausnahmen hinaus von Art. 101 AEUV freigestellt, um Vereinbarungen über die Planung der Milcherzeugung treffen zu können.⁷⁷ Der Grund für einen solch außergewöhnlichen Schritt in agrarkartellrechtliches Neuland liegt in der äußerst schwierigen Situation auf dem EU-Milchmarkt.

Freilich bleibt bei der Frage der Kooperation stets die große Unsicherheit, ob sich Unternehmen wie Lieferanten oder Landwirte mit einem sehr viel stärkeren Verhandlungsgegenüber auf eine gemeinsame Verhandlungslinie einigen können oder sich gegenseitig ausspielen (lassen). Allein auf bloße Freiwilligkeit zu setzen, erscheint wenig erfolgversprechend. Ob die Übertragung der Prinzipien aus dem Bereich Zucker auf andere Bereiche sinnvoll und erfolgversprechend ist, muss außerdem der Analyse des jeweiligen Marktes vorbehalten bleiben. Pauschale und schematische Lösungen erscheinen hier nicht sachgerecht.

III. Zusammenfassung

1. Gerade im Bereich der Lebensmittelversorgungskette besteht – wie die Europäische Kommission zutreffend erkannt hat – dringend Handlungsbedarf, um unterschiedliche, also nicht nur wettbewerbliche negative Auswirkungen insbesondere wegen eines erheblichen wirtschaftlichen Machtungleichgewichts zwischen den Marktteilnehmern auszugleichen.
2. Im Hinblick auf das Machtungleichgewicht zwischen marktmächtigen Handelskonzernen und Landwirten erscheint im Hinblick auf die Wettbewerbsregeln mit ihrer auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung die Schaffung eines europäischen Anzapfverbotstatbestands nach dem Vorbild des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB u.a. mit der Möglichkeit der behördlichen Rechtsverfolgung insbesondere nach anonymer Anzeige erforderlich.
3. Gerade für den Bereich des Lebensmitteleinzelhandels wäre auf europäischer Ebene außerdem eine Regelung in Erwägung zu ziehen, die – wie § 20 GWB – nicht nur marktbeherrschende Unternehmen, sondern auch relativ marktmächtige Unternehmen einer Verhaltenskontrolle unterwirft.

⁷⁶ Köhler, BB 1998, 113, 115.

⁷⁷ Vgl. dazu näher Busse, ZWER 2017, 88 ff..

4. Für die privaten Letztverbraucher wirkt sich der harte Wettbewerb im Lebensmitteleinzelhandel jedenfalls in Deutschland bisher vorteilhaft aus, da das Preisniveau für sie günstig ist. Dies kann sich allerdings bei weiteren Unternehmenszusammenschlüssen sehr schnell ändern. Dem ist dann bereits im Vorfeld mit einer strengen Zusammenschlusskontrolle zu begegnen. Dabei sollten insbesondere außerwettbewerbliche Erwägungen einbezogen werden.
5. Zum Ausgleich von Machtungleichgewichten erscheint die Förderung der Kooperation von Landwirten und Lieferanten durch Anreize wie Freistellungen vom Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV als weiteres geeignetes Mittel.
6. Die Initiative der Europäischen Kommission zur Verbesserung der Lebensmittelversorgungskette erscheint bisher zumindest sehr lückenhaft.
7. De lege ferenda ist nicht an einer rein wettbewerblichen Ausrichtung der Entscheidung über einen Unternehmenszusammenschluss festzuhalten. Vielmehr muss eine behördliche Genehmigung auch ganz andere Gesichtspunkte wie Lebensmittelrecht oder Umwelt- und Klimaschutz berücksichtigen. Der Fall des geplanten Zusammenschlusses von Bayer/Monsanto veranschaulicht dies auf eindrucksvolle Weise.
8. De lege ferenda sprechen gute Gründe für die Einführung einer Rechtsgrundlage für eine objektive Entflechtung sowohl in den europäischen als auch den deutschen Wettbewerbsregeln. Die §§ 41a, 41b GWB-E 2010 könnten hierfür als sachgerechtes Vorbild dienen.