



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVR 3/17

Verkündet am:
23. Januar 2018
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Kartellverwaltungsverfahren

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Hochzeitsrabatte

GWB § 19 Abs. 2 Nr. 5; GWB 2013 § 19 Abs. 2 Nr. 5

- a) Die Feststellung, dass ein marktbeherrschendes oder marktstarkes Unternehmen ein anderes Unternehmen aufgefordert hat, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren, setzt nicht voraus, dass der Normadressat eine Besserstellung gegenüber seinen Wettbewerbern verlangt hat.
- b) Die sachliche Rechtfertigung der von einem Normadressaten verlangten Vorteile kann nicht damit begründet werden, bei der Forderung fehle es an einer Ausnutzung der Marktmacht des Normadressaten.
- c) Ist die Forderung eines Vorteils nicht leistungsgerecht, weil zwischen Forderung und Grund oder angebotener Gegenleistung ein offensichtliches Missverhältnis besteht, spricht eine Vermutung für das Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung. Die Prüfung der Leistungsgerechtigkeit einer Forderung erfordert dabei eine Gesamtbetrachtung der vom Normadressaten verlangten Konditionen.
- d) Die Forderung eines Normadressaten gegenüber seinen Lieferanten, sich ohne eine gesicherte Gegenleistung mit einem nicht lieferanten-, waren- oder artikelbezogen ermittelten Betrag allgemein an der Modernisierung von ihm übernommener Filialen zu beteiligen, ist regelmäßig nicht sachlich gerechtfertigt.

BGH, Beschluss vom 23. Januar 2018 - KVR 3/17 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. November 2017 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg, den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck und die Richter Prof. Dr. Kirchhoff, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamts wird der Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 18. November 2015 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Beschwerdegericht die Verfügung des Bundeskartellamts vom 3. Juli 2014 hinsichtlich der im Tenor zu 1, 2, 6 und 7 - insoweit nur hinsichtlich der "Partnerschaftsvergütung" - beanstandeten Verhaltensweisen aufgehoben hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Beschwerde der Betroffenen gegen die Verfügung des Bundeskartellamts vom 3. Juli 2014 zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens tragen die Betroffene und das Bundeskartellamt je zur Hälfte.

Die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens fallen dem Bundeskartellamt, die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens der Betroffenen zur Last.

Der Wert der zugelassenen Rechtsbeschwerde wird auf 2,5 Mio. € und der Wert für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren auf 5 Mio. € festgesetzt.

Gründe:

1 A. Die Betroffene (nachfolgend: Edeka) übernahm Ende 2008 rund 2.300 Filialen der Discountkette "Plus" von ihrem Wettbewerber Tengelmann und gliederte diese sodann in ihre eigene Discountkette "Netto" ein. Im Anschluss an die Jahresverhandlungen für 2009 führte Edeka in den ersten Monaten dieses Jahres sogenannte Sonderverhandlungen mit über 500 Lieferanten, darunter den Sektherstellern Rotkäppchen-Mumm Sektkellereien GmbH (nachfolgend: Rotkäppchen-Mumm), Henkell & Co. Sektkellerei KG (nachfolgend: Henkell), Freixenet Deutschland GmbH (nachfolgend: Freixenet) und Sektkellerei Schloss Wachenheim AG (nachfolgend: Schloss Wachenheim). Dabei verlangte Edeka zu Beginn der Sonderverhandlungen insbesondere rückwirkend zum 1. Januar 2009 eine Anpassung des bisher geltenden Zahlungsziels auf das für die Plus-Filialen vereinbarte Zahlungsziel, eine Preisanpassung und Ausgleichszahlung aufgrund eines "Bestwertabgleichs" mit früher vereinbarten Plus-Preisen sowie die Zahlung einer "Partnerschaftsvergütung" für die Renovierung und Modernisierung der Plus-Filialen in den Jahren 2009 und 2010.

2 Im Einzelnen stellte Edeka folgende Forderungen an die Sekthersteller:

Forderung EDEKA	Rotkäppchen- Mumm	Henkell	Freixenet	Schloss- Wachenheim
Zahlungsziel	+/- 0 T* ...	(+ 5-10 T) (= 35-40 T)	(+ 8-14 T) (= 20-30 T)	(+ 12-20 T) (= 40-50 T)
Bestwertabgleich	(1-1,6 Mio. €)	(50.000 - 100.000 €)	0 €	(80.000 - 130.000 €)
Partnerschaftsvergütung	(600.000 - 800.000 €)	(150.000 - 300.000 €)	(150.000 - 300.000 €)	(100.000 - 300.000 €)

*T = Tage

- 3 Nach Verhandlungen einigte sich Edeka mit den vier Sektlieferanten Ende März 2009 auf die aus der nachfolgenden Tabelle ersichtlichen Leistungen:

Einigung	Rotkäppchen-Mumm	Henkell	Freixenet	Schloss-Wachenheim
Zahlungsziel	+/- 0 T	(+ 3-7 T)	(+ 8-14 T)	(+ 12-20 T)
Bestwertabgleich	(300.000 - 400.000 €)	(50.000 - 100.000 €)	0 €	(0 €)
Partnerschaftsvergütung	(400.000 - 600.000 €)	(100.000 - 200.000 €)	(30.000 - 100.000 €)	(100.000 - 200.000 €)

- 4 Dabei vereinbarten Henkell, Freixenet und Schloss Wachenheim die Lieferung weiterer Artikel und Rotkäppchen-Mumm zusätzliche Verkaufsaktionen bei Edeka.

- 5 Mit Beschluss vom 3. Juli 2014 hat das Bundeskartellamt gemäß § 32 Abs. 3 GWB einen Verstoß von Edeka gegen § 20 Abs. 3 GWB in der Fassung vom 18. Dezember 2007 (nachfolgend GWB 2007) festgestellt, weil Edeka im Zuge der Sonderverhandlungen ungerechtfertigte Konditionen von den vier Sektherstellern gefordert habe. Soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren von Interesse, hat das Amt als rechtswidrig beanstandet:

- (1) die Heranziehung mehrerer zeitlich gestaffelter Stichtage für einen Abgleich der Konditionen von Edeka und Plus und den sich daraus ergebenden mehrfachen Konditionenabgleich der zu verschiedenen Zeitpunkten jeweils geltenden Konditionen, hier im Rahmen des "Bestwertabgleichs";
- (2) die Auswahl von Stichtagen für den Vergleich der Konditionen von Edeka und Plus, die deutlich vor dem Vollzug des Zusammenschlusses und dem Beginn der Sonderverhandlungen lagen, hier im Rahmen des "Bestwertabgleichs";

...

- (6) das sog. "Rosinenpicken", d.h. die Forderung einer Anpassung der Edeka-Konditionen an einzelne, günstigere Konditionenbestandteile von Plus ohne Berücksichtigung des Gesamtkonditionenpakets, hier im Rahmen des "Bestwertabgleichs" und der "Anpassung der Zahlungsziele";
- (7) die Forderung von Zahlungen, denen offensichtlich keine Gegenleistungen gegenüberstanden, hier im Rahmen ... der "Partnerschaftsvergütung".

6 Das Beschwerdegericht hat die Verfügung des Bundeskartellamts aufgehoben.

7 Mit der vom Senat insoweit zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt das Bundeskartellamt, den Beschluss des Beschwerdegerichts aufzuheben,

soweit das Beschwerdegericht die Verfügung des Bundeskartellamts vom 3. Juli 2014 hinsichtlich der im Tenor zu 1, 2, 6 und 7 - insoweit nur hinsichtlich der "Partnerschaftsvergütung" - beanstandeten Verhaltensweisen aufgehoben hat.

8 Edeka tritt dem Rechtsmittel entgegen.

9 B. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

10 Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts habe Edeka von Freixenet keinen Bestwertabgleich verlangt. Soweit Edeka einen Bestwertabgleich gegenüber Rotkäppchen-Mumm, Henkell und Schloss Wachenheim durchgeführt und eine Anpassung der eigenen an die niedrigeren Einkaufspreise von Plus sowie eine Ausgleichszahlung verlangt habe, ohne das Gesamtkonditionenpaket zu berücksichtigen, fehle es an einem Verstoß gegen § 20 Abs. 3 GWB 2007. Dabei könne dahinstehen, ob Edeka als relativ marktstarkes Unternehmen über die erforderliche Normadressateneigenschaft verfüge und die Sekthersteller zur Gewährung eines Vorteils im Sinne von § 20 Abs. 3 GWB 2007 aufgefordert habe. Ein Verstoß gegen § 20 Abs. 3 GWB 2007 scheitere jedenfalls daran, dass die vom Bundeskartellamt beanstandeten Verhaltens-

weisen sachlich gerechtfertigt seien. Eine sachliche Rechtfertigung fehle nicht immer schon, wenn der Vorteil nicht leistungsgerecht sei, ihm also keine angemessene Gegenleistung des Normadressaten gegenüberstehe. Hinzukommen müsse, dass der fragliche Vorteil auf einer Ausnutzung von Marktmacht beruhe, Nachfrager ohne Marktmacht ihn also in der Regel unter vergleichbaren Bedingungen nicht fordern könnten. Die Forderungen Edekas nach Bestwertabgleich und Ausgleichszahlungen beruhten indes wegen der Gegenmacht der Sektlieferanten nicht auf einer Ausnutzung von Marktmacht. Sie seien vielmehr der Beginn komplexer Verhandlungen gewesen, bei denen die Sektlieferanten den Forderungen von Edeka entweder im Hinblick auf die Berechnung oder durch Aushandeln von Gegenforderungen erfolgreich hätten entgegentreten können.

11 Zu Unrecht habe das Bundeskartellamt über den Bestwertabgleich hinaus die Forderung nach einer Anpassung der mit Edeka vereinbarten Zahlungsziele an die günstigeren Plus-Zahlungsziele beanstandet, weil sie ohne Berücksichtigung des Gesamtkonditionenpakets erfolgt sei. Gegenüber Rotkäppchen-Mumm habe Edeka eine solche Forderung nicht erhoben, weil dieses Unternehmen schon einheitliche Zahlungsziele mit Edeka und Plus vereinbart gehabt habe. Hinsichtlich der übrigen Sekthersteller habe das Bundeskartellamt nicht festgestellt, dass Edeka verlängerte Zahlungsziele ohne Berücksichtigung des Gesamtkonditionenpakets gefordert habe. Zudem sei eine solche Forderung sachlich gerechtfertigt, da sie ebenso wenig wie die Forderung nach Bestwertabgleich auf einer Ausnutzung von Marktmacht beruhe.

12 Das vom Bundeskartellamt bei der von Edeka verlangten "Partnerschaftsvergütung" beanstandete offensichtliche Fehlen einer Gegenleistung finde in den Feststellungen des Amtes keine Bestätigung. Die höhere Attraktivität der Plus-Filialen nach Renovierung und Modernisierung verbessere die Absatzchancen der Sekthersteller. Ob darin für den Hersteller ein als Gegenleistung anzurechnender Mehrwert liege, hänge von den konkreten Umständen ab. Je-

denfalls könne nicht vom offensichtlichen Fehlen einer Gegenleistung ausgegangen werden.

13 C. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Das Beschwerdegericht ist bei der Prüfung der sachlichen Rechtfertigung der von Edeka verlangten Vorteile von einem fehlerhaften Beurteilungsmaßstab ausgegangen. Edeka hat als Normadressat die Sekthersteller mit dem Bestwertabgleich gemäß dem Tenor zu 1, 2 und 6 der angefochtenen Verfügung dazu aufgefordert, ihr ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile im Sinne des § 20 Abs. 3 GWB 2007 und des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB 2013 zu gewähren. Hinsichtlich der Partnerschaftsvergütung (Tenor der Verfügung zu 7) liegt das vom Bundeskartellamt beanstandete "offensichtliche Fehlen einer Gegenleistung" vor.

14 I. Die mit der Beschwerde beanstandete Verfügung wurde vom Bundeskartellamt im Verfahren der nachträglichen Feststellung einer Zuwiderhandlung gemäß § 32 Abs. 3 GWB erlassen. Für die Beurteilung ihrer Rechtmäßigkeit kommt es deshalb zunächst auf die Rechtslage zur Zeit der Begehung der beanstandeten Handlungen in den ersten Monaten des Jahres 2009 an, so dass § 20 Abs. 3 GWB 2007 maßgeblich ist. Das für eine Verfügung nach § 32 Abs. 3 GWB erforderliche Interesse an der Feststellung einer beendenden Zuwiderhandlung ergibt sich schon daraus, dass das in § 20 Abs. 3 GWB 2007 normierte Verbot gemäß §§ 19 Abs. 2 Nr. 5, 20 Abs. 2 GWB 2013 auch zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung bestand und mit einer Wiederholung ähnlicher Verhaltensweisen gerechnet werden musste. Da der angefochtene Beschluss des Bundeskartellamts am 3. Juli 2014 ergangen ist, ist ferner § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 in Verbindung mit § 20 Abs. 2 GWB in der vom 30. Juni 2013 bis zum 8. Juni 2017 geltenden Fassung der 8. GWB-Novelle (nachfolgend GWB 2013) anzuwenden. Da es sich um eine Verfügung ohne Dauerwirkung handelt, sind spätere Änderungen der Rechtslage für die Beurtei-

lung ihrer Rechtmäßigkeit unerheblich (vgl. KG, WuW/E OLG 813, 816; Lembach in Langen/Bunte, GWB, 12. Aufl., § 71 Rn. 23).

15 Nach § 20 Abs. 3 Satz 1 GWB 2007 und § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 GWB 2013 ist es einem marktbeherrschenden Unternehmen verboten, seine Marktstellung dazu auszunutzen, andere Unternehmen aufzufordern oder zu veranlassen, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren. § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB 2007 und § 20 Abs. 2 GWB 2013 erstrecken die Geltung dieses Verbots jeweils auf marktmächtige Unternehmen im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unternehmen. Im Hinblick darauf, dass kein inhaltlicher Unterschied zwischen den beiden für den Streitfall maßgeblichen Fassungen des sogenannten Anzapfverbots besteht, erfolgt die rechtliche Prüfung nachfolgend allein anhand des GWB 2013, wobei auf die Angabe der Fassung verzichtet wird, soweit die seit der 9. GWB-Novelle seit 9. Juni 2017 geltenden Vorschriften der § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 iVm § 20 Abs. 2 GWB mit der Fassung von 2013 identisch sind.

16 II. Die Beurteilung des Beschwerdegerichts, die Verfügung des Bundeskartellamts sei aufzuheben, soweit sie sich im Tenor zu 1, 2 und 6 auf den Bestwertabgleich beziehe, ist rechtsfehlerhaft. Die Annahme, der von Edeka geforderte Bestwertabgleich sei sachlich gerechtfertigt, hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die sachliche Rechtfertigung des verlangten Vorteils kann nicht damit begründet werden, bei der Forderung fehle es an einer Ausnutzung der Marktmacht des Normadressaten (ebenso Lettl, WRP 2016, 800, 806). Eine Kausalität zwischen Vorteil und Marktmacht ist beim Tatbestandsmerkmal "ohne sachlich gerechtfertigten Grund" in § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB ebenso wie bei § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB nicht zu prüfen.

17 1. Dem marktbeherrschenden oder marktstarken Unternehmen ist es ebenso wenig wie jedem anderen untersagt, bei seiner Geschäftstätigkeit und bei den Verhandlungen, die es mit anderen Unternehmen führt, seinen wirt-

schaftlichen Vorteil zu suchen. Verlangt es jedoch einen Vorteil ohne sachlichen Grund, vermutet das Gesetz, dass diese Forderung auf der Erwartung dieses Unternehmens beruht, den sachlich nicht gerechtfertigten Vorteil schon aufgrund seiner überlegenen Marktmacht ganz oder zumindest teilweise durchzusetzen. Denn auch der Verhandlungspartner wird regelmäßig seinen wirtschaftlichen Vorteil suchen und daher grundsätzlich nicht bereit sein, sich zu Leistungen zu verpflichten, für die er keine oder keine dem wirtschaftlichen Wert der eigenen Leistung entsprechende Gegenleistung erhält. Das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung kann jedoch komplex sein; ein Vorteil wird nicht schon dann notwendigerweise ohne sachlich gerechtfertigten Grund gewährt, wenn ihm keine direkte zuzuordnende Gegenleistung entspricht. Das Tatbestandsmerkmal der fehlenden sachlichen Rechtfertigung erfordert daher eine umfassende Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Das entspricht dem Maßstab, der beim allgemeinen Diskriminierungs- und Behinderungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB Anwendung findet (vgl. Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl., § 19 Rn. 377; MünchKomm.GWB/Westermann, 2. Aufl., § 19 Rn. 189; Loewenheim in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, GWB, 3. Aufl., § 19 Rn. 107; Bechtold/Bosch, GWB, 8. Aufl., § 19 Rn. 90; Lübbert/Schöner in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl., § 23 Rn. 256; Säcker/Mohr, WRP 2010, 1, 23). Geht es um die Beurteilung von Nachfrageverhalten, ist den Charakteristika wettbewerbskonformer Nachfrage Rechnung zu tragen. So ist hartes Verhandeln als immanentes Element funktionsfähigen Wettbewerbs auch dem Normadressaten grundsätzlich erlaubt (vgl. etwa Loewenheim aaO § 19 Rn. 102, 107; Säcker/Mohr, WRP 2010, 1, 5; Lettl, WRP 2016, 935, 937; Eufinger/Mascherner, ZLR 2015, 37, 49; Wanderwitz, WRP 2015, 162, 168). Im Hinblick auf den Marktmachtbezug der Vorschrift ist aber ferner die konkrete Marktstärke des Normadressaten zu berücksichtigen. Je

größer seine Marktmacht ist, desto eher besteht die Gefahr, dass von seinem Verhalten Wettbewerbsstörungen ausgehen (vgl. Markert in Immenga/Mestmäcker aaO Rn. 377; Loewenheim aaO Rn. 107).

18 2. Leistungsgerechte Forderungen entsprechen einem angemessenen Interessenausgleich und sind sachlich gerechtfertigt. Fehlt es dagegen an der Leistungsgerechtigkeit, besteht die widerlegbare Vermutung, dass eine Forderung nur aufgrund der Marktmacht mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden kann und sachlich nicht gerechtfertigt ist. Danach ist Ausgangspunkt für die Prüfung der sachlichen Rechtfertigung im Rahmen des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB die Leistungsgerechtigkeit der vom Normadressaten geforderten Vorteile. Nicht leistungsgerecht sind Vorteile, die ihren Grund weder in der Menge der abgenommenen Waren oder Leistungen noch in den übernommenen Funktionen, Serviceleistungen oder anderen betriebswirtschaftlich kalkulierbaren Gegenleistungen des Nachfragers haben (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. 8/2136, S. 25).

19 a) Bei der Prüfung einer Behinderung durch Konditionenmissbrauch kann es allerdings nicht Aufgabe der Kartellbehörden oder Gerichte sein, ihre Auffassung über den angemessenen Preis einer Leistung an die Stelle der in einem Wettbewerbsprozess gewonnenen Einschätzung der Vertragsparteien zu setzen (vgl. Loewenheim aaO § 19 Rn. 107 aE; Säcker/Mohr, WRP 2010, 1, 5; Wanderwitz, WRP 2016, 162, 166; Lettl, WRP 2016, 935, 937). Zutreffend hat das Bundeskartellamt in Rn. 262 der angefochtenen Verfügung ausgeführt, aufgrund der Komplexität und Unterschiedlichkeit der individuellen bilateralen Verhandlungen sowie der begrenzten Verfügbarkeit von Daten erscheine eine exakte quantitative Aufrechnung von Leistung und Gegenleistung und damit eine Kontrolle der "Austauschgerechtigkeit" im Rahmen einer kartellrechtlichen Prüfung kaum möglich. Deshalb besteht erst dann, wenn zwischen Forderung

und Grund oder Gegenleistung ein offensichtliches Missverhältnis besteht, in der Regel eine Vermutung für das Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung (vgl. ähnlich jetzt auch Begründung des Regierungsentwurfs eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. 18/10207, S. 52).

20 b) Entgegen der Ansicht des Bundeskartellamts ist für die Beurteilung der Leistungsgerechtigkeit einer Forderung eine Gesamtbetrachtung der vom Normadressaten dem Lieferanten angebotenen Konditionen maßgeblich.

21 aa) Das Beschwerdegericht hat auf der Grundlage seiner Beweisaufnahme festgestellt, dass es für die Sekthersteller bei den Sonderverhandlungen nicht darauf ankam, ob jede einzelne Forderung der Edeka der Sache nach gerechtfertigt gewesen sei. Für die Hersteller sei vielmehr das Gesamtkonditionenpaket, also die Gesamtforderung im Verhältnis zu den insgesamt zu erbringenden Gegenleistungen, entscheidend gewesen. Diese Feststellungen des Beschwerdegerichts stehen im Einklang mit dem Erfahrungssatz, dass ein Kaufmann die Vorteilhaftigkeit oder Rentabilität eines Geschäfts auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller von ihm zu erbringenden Leistungen und von seinem Geschäftspartner gewährten Gegenleistungen beurteilen wird (zur gebotenen Gesamtbetrachtung des Leistungsbündels vgl. BGH, Beschluss vom 6. November 1984 - KVR 13/83, WuW/E BGH 2103, 2105 - Favorit).

22 bb) Da bei der Tathandlung des Aufforderns kein endgültiges Verhandlungsergebnis als Beurteilungsgrundlage zur Verfügung steht, müssen die Konditionen, die in die Gesamtbetrachtung der Leistungsgerechtigkeit der Forderung einzubeziehen sind, allerdings bereits Inhalt der Aufforderung sein. Sie müssen dem Geschäftspartner des Normadressaten daher gleichzeitig mit der Forderung mitgeteilt werden, ihm bereits zuvor bekannt oder für ihn im Zeitpunkt der Aufforderung jedenfalls objektiv erkennbar sein. Der Zweck des Gesetzes erfordert es indes nicht, entgegen den kaufmännischen Gepflogenheiten

jede Einzelforderung isoliert von den sonstigen Leistungsbeziehungen der Parteien auf ihre Berechtigung zu überprüfen.

23 c) Eine leistungsgerechte und damit sachlich gerechtfertigte Forderung des Normadressaten kann eher anzunehmen sein, wenn er die Forderung sowie den Grund oder die Gegenleistung für den Lieferanten nachvollziehbar begründet und berechnet. Jedenfalls nach der Rechtslage vor Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle am 9. Juni 2017, nach der bei der sachlichen Rechtfertigung im Rahmen des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB nunmehr insbesondere zu berücksichtigen ist, ob die Aufforderung für das andere Unternehmen nachvollziehbar begründet ist, kann der Normadressat die Leistungsgerechtigkeit grundsätzlich aber auch in jeder anderen Weise darlegen. Maßgeblich ist allein, ob objektiv eine sachliche Rechtfertigung vorliegt.

24 d) Fehlt es nach diesen Grundsätzen an der Leistungsgerechtigkeit einer Forderung, so ist zu vermuten, dass sie sachlich nicht gerechtfertigt ist.

25 3. Zunächst im Einklang mit diesen Grundsätzen ist das Beschwerdegericht für die Beurteilung des sachlich gerechtfertigten Grundes von einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes und dabei im Grundsatz gegenläufigen Interessen Edekas und der Sekthersteller ausgegangen. Zutreffend hat es seiner Prüfung auch das von Edeka angebotene Gesamtkonditionenpaket zugrunde gelegt. Das Beschwerdegericht hat jedoch weiter angenommen, die von Edeka aufgrund des Bestwertabgleichs ermittelte und verlangte Herabsetzung der Einkaufspreise für bestimmte Artikel sowie die verlangte Ausgleichszahlung seien sachlich gerechtfertigt, weil sie nicht auf einer Ausnutzung von Marktmacht beruhen. Die Marktmacht von Edeka werde durch die Gegenmacht der Sektlieferanten derart beschränkt, dass die ohne Berücksichtigung des Gesamtkonditionenpakets geforderte Preisanpassung und Ausgleichszahlung nicht als Missbrauch von Marktmacht angesehen werden könne. Die Gegen-

macht der Sekthersteller ergebe sich aus ihrer Unternehmensgröße sowie der Unverzichtbarkeit bestimmter Sektmarken für das Angebot von Edeka. Zudem dokumentiere sie sich in dem tatsächlichen Verlauf der Sonderverhandlungen, bei denen die Sektlieferanten in der Lage gewesen seien, den Forderungen Edekas durch Aushandeln von Gegenforderungen erfolgreich entgegenzutreten. Diese Begründung des Beschwerdegerichts hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

26 a) Mit diesem rechtlichen Ansatz vermischt das Beschwerdegericht in unzulässiger Weise das Tatbestandsmerkmal der sachlichen Rechtfertigung mit der Eigenschaft von Edeka als Normadressat des § 19 Abs. 2 Nr. 5, § 20 Abs. 2 GWB, die Voraussetzung der Ausnutzung von Marktmacht ist. Die Gegenmacht der Anbieter oder Nachfrager des marktstarken Unternehmens ist bereits für die Frage der Abhängigkeit zu prüfen und kann schon dessen Eigenschaft als Normadressat entgegenstehen. Ist ein Unternehmen jedoch Normadressat des Behinderungsverbots des § 20 Abs. 2 GWB im Verhältnis zu anderen Unternehmen, weil diese von ihm abhängig sind, kann sich die sachliche Rechtfertigung nicht aus der Gegenmacht des abhängigen Unternehmens ergeben.

27 In der Gesetzesbegründung zur ursprünglichen Fassung des Anzapfverbots in der 4. GWB-Novelle heißt es zwar, sachlich ungerechtfertigte Vorzugsbedingungen seien nicht leistungsgerechte Vergünstigungen, die auf der Ausnutzung von Marktmacht beruhen und anderen gleichartigen Nachfragern nicht zugänglich seien (Begründung zum Regierungsentwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. 8/2136, S. 25). Diese Formulierung bringt aber lediglich zum Ausdruck, dass die Ausnutzung von Marktmacht und die fehlende Zugänglichkeit des Vorteils für gleichartige Nachfrager aus der fehlenden Leistungsgerechtigkeit geschlossen werden kann, nicht jedoch, dass die Ausnutzung von Marktmacht

eine eigenständige Voraussetzung bei der Prüfung der sachlichen Rechtfertigung darstellt.

28 b) Aus der Begründung des Beschwerdegerichts ergibt sich danach keine sachliche Rechtfertigung der Forderungen Edekas nach Bestwertabgleich und Ausgleichszahlungen. Größe und Gegenmacht der Sekthersteller sind für diese Frage ohne Bedeutung. Verlauf und Ergebnis der Sonderverhandlungen lassen die Forderungen gleichfalls nicht als sachlich gerechtfertigt erscheinen.

29 aa) Im Gegensatz zur Begehungsform des Vereinbarens kommt es beim Anzapfverbot in der Tatbestandsalternative des Aufforderns nicht darauf an, ob der Normadressat sofort oder nach mehr oder weniger langwierigen Verhandlungen im Ergebnis für sich sachlich nicht gerechtfertigte Vorteile tatsächlich vereinbaren kann. Zweck der Tatbestandsalternative des Aufforderns ist gerade Normadressaten schon im Vorfeld einer Vereinbarung an der Forderung sachlich nicht gerechtfertigter Vorteile zu hindern.

30 Danach ist für die sachliche Rechtfertigung unerheblich, dass Edeka nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts ihre Forderungen - anders als vom Bundeskartellamt angenommen - keineswegs als nicht verhandelbar dargestellt, sondern vielmehr selbst als Ausgangspunkt für weitere Verhandlungen verstanden hat. Grundsätzlich ebenso wenig ist von Belang, ob nach der Forderung begonnene Verhandlungen objektiv oder nach subjektiver Einschätzung der daran beteiligten Personen "auf Augenhöhe" geführt wurden.

31 Allerdings kann im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung im Einzelfall zu berücksichtigen sein, wie sich die Aufforderung letztlich in den Verhandlungsergebnissen niedergeschlagen hat (so jetzt Begründung zum Regierungsentwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. 18/10207, S. 52). Verbieta indes § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB bereits die Aufforderung, sachlich nicht gerechtfertigte Vortei-

le zu gewähren, wird das Verhandlungsergebnis für die sachliche Rechtfertigung eines geforderten Vorteils nur dann ausnahmsweise im Einzelfall Bedeutung gewinnen können, wenn es zuverlässig darauf schließen lässt, dass der geforderte Vorteil schon im Zeitpunkt der Aufforderung des Normadressaten leistungsgerecht war.

32 bb) Soweit sich die Sekthersteller auf die von Edeka vorgegebene Methode des Bestwertabgleichs eingelassen und nur deren Anwendung auf ihr Unternehmen in einzelnen Punkten beanstandet haben, kann daraus nicht auf eine ursprüngliche Rechtfertigung der von Edeka erhobenen Forderungen geschlossen werden. Denn das Gesetz untersagt die Aufforderung zu sachlich nicht gerechtfertigten Vorteilen nicht nur, weil es verhindern will, dass das marktbeherrschende oder marktstarke Unternehmen die verlangten Vorteile tatsächlich uneingeschränkt durchsetzen kann, sondern auch deshalb, weil es verhindern will, dass das Verhandlungsergebnis durch die Aufforderung verzerrt wird, weil der Verhandlungspartner ihr mangels entsprechender Marktmacht nicht erfolgversprechend eine ähnlich weitgehende Gegenforderung entgegensetzen kann. Nichts anderes gilt, soweit in den Verhandlungen die Forderungen nach Bestwertabgleich deutlich reduziert (Rotkäppchen-Mumm) oder - allerdings ausgehend von einem vergleichsweise niedrigen Betrag - vollständig abgewehrt (für Schloss Wachenheim) sowie gewisse Gegenleistungen wie Leistungsausweitungen für bestimmte Artikel, zusätzliche Verkaufsaktionen sowie in einem Fall die Gewährung einer begrenzten Exklusivität von den Sektherstellern erzielt werden konnten.

33 cc) Für die Frage der sachlichen Rechtfertigung des ursprünglich geforderten Vorteils unerheblich ist - entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts - ferner die Aussage der Verhandlungsführer von zwei Sektherstellern, sie beurteilten das in den Sonderverhandlungen ausgehandelte Gesamtkonditionenpaket für ihre Unternehmen aus heutiger Sicht als wirtschaftlich vorteilhaft. Rück-

schlüsse auf die Leistungsgerechtigkeit der Forderungen Edekas im Zeitpunkt der Aufforderung lassen diese Feststellungen des Beschwerdegerichts nicht zu.

34 4. Hinsichtlich der zweiten Alternative von Nr. 6 des Tenors (Anpassung der Zahlungsziele ohne Berücksichtigung des Gesamtkonditionenpakets) hat das Beschwerdegericht angenommen, Edeka habe gegenüber Rotkäppchen-Mumm keine Verlängerung des vereinbarten Zahlungsziels verlangt, weil für Edeka und Plus bereits vor der Fusion einheitliche Zahlungsziele gegolten hätten.

35 Im Übrigen hat das Beschwerdegericht diesen Teil der Verfügung schon deshalb aufgehoben, weil das Bundeskartellamt keine Feststellungen dazu getroffen habe, dass Edeka die Anpassung der Zahlungsziele ohne Berücksichtigung des Gesamtkonditionenpakets verlangt habe. Darüber hinaus hat das Beschwerdegericht die Anpassung der Zahlungsziele ohne Berücksichtigung des Gesamtkonditionenpakets als sachlich gerechtfertigt angesehen und entsprechend auf seine Ausführungen zum Bestwertabgleich verwiesen. Auch die Forderung der Verlängerung der Zahlungsziele durch Edeka sei Gegenstand von Sonderverhandlungen mit den Sektherstellern gewesen. Anders als Schloss Wachenheim hätten Henkell und Freixenet die Forderung nicht uneingeschränkt akzeptiert. Henkell habe einer Verlängerung nur um fünf und nicht, wie von Edeka verlangt, von sieben Tagen zugestimmt. Freixenet habe die geforderte Verlängerung des Zahlungsziels an die Bedingung geknüpft, dass Edeka dessen Einhaltung vertraglich zusichere und Verzugszinsen ab dem ersten Tag der Überschreitung berechnet würden.

36 Diese Erwägungen des Beschwerdegerichts halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

37 a) Das Bundeskartellamt macht zu Recht geltend, die Annahme des Beschwerdegerichts, es fehle an Feststellungen des Bundeskartellamts zur fehlenden Berücksichtigung des Gesamtkonditionenpakets bei der Forderung nach Anpassung der Zahlungsziele, sei unzutreffend. Das Beschwerdegericht hat dazu lediglich auf die Rn. 366 bis 383 der Amtsverfügung Bezug genommen. Die maßgeblichen Ausführungen zur Berücksichtigung des Gesamtkonditionenpakets beginnen aber bereits in Rn. 355. Dort trifft das Bundeskartellamt ausdrücklich die vom Beschwerdegericht vermisste Feststellung zur mangelnden Berücksichtigung des Gesamtkonditionenpakets. Aus Rn. 359 der Amtsverfügung ergibt sich, dass die Anpassung der Zahlungsziele von Edeka mit einem Serienbrief von einer Vielzahl von Lieferanten gefordert wurde. Bei diesem Vorgehen war eine Berücksichtigung des jeweiligen Gesamtkonditionenpakets vor Formulierung der Forderung von vornherein ausgeschlossen. Auch gegenüber den hier maßgeblichen Sektherstellern Schloss Wachenheim, Henkell und Rotkäppchen-Mumm hat Edeka die Anpassung der Zahlungsziele vor Beginn jeglicher Verhandlungen mit dem Serienbrief verlangt (vgl. Rn. 366, 369, 372 der Verfügung).

38 b) Soweit das Beschwerdegericht darüber hinaus die Anpassung der Zahlungsziele an längere, bisher für Plus geltende Zahlungsziele ohne Berücksichtigung des Gesamtkonditionenpakets für sachlich gerechtfertigt gehalten hat, hat es auf seine Ausführungen zum Bestwertabgleich verwiesen und ausgeführt, diese Anpassungen beruhten nicht auf einer Ausnutzung von Marktmacht. Dementsprechend ist diese Begründung mit denselben Rechtsfehlern behaftet wie die Beurteilung des Bestwertabgleichs. Aus dem Verhandlungsergebnis durfte das Beschwerdegericht nicht auf die ursprüngliche sachliche Rechtfertigung der Forderung Edekas schließen. Im Übrigen hat Schloss Wachenheim die Forderung uneingeschränkt akzeptiert. Die nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts von Freixenet erreichte Verlängerung des Zahlungsziels unter der Bedingung, dass dieses nun auch eingehalten werde, stellt

keinen spürbaren Verhandlungserfolg dar. Das gilt auch dann, wenn dieser Zusage Edekas durch die Vereinbarung von Verzugszinsen ab dem ersten Tag der Überschreitung Nachdruck verliehen worden sein sollte. Am Ende der vom Beschwerdegericht in Bezug genommenen Rn. 371 der Amtsverfügung wird hierzu ausgeführt, es sei nicht bekannt, ob die von Freixenet verlangte Zusicherung und die Festschreibung von Verzugszinsen ab dem ersten Tag der Überschreitung tatsächlich erfolgten. Abweichende Feststellungen hat das Beschwerdegericht nicht getroffen.

39 III. Die Beschwerdeentscheidung stellt sich hinsichtlich der Aufhebung des Tenors zu 1, 2 und 6 der Verfügung des Bundeskartellamts nicht aus anderen Gründen als im Ergebnis richtig dar. Mit den vom Bundeskartellamt insoweit beanstandeten Verhaltensweisen hat Edeka als Normadressat die Sekthersteller zur Gewährung sachlich nicht gerechtfertigter Vorteile im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB aufgefordert.

40 1. Edeka ist gemäß § 20 Abs. 2 GWB Normadressat im Sinne von § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 GWB. Die Sekthersteller sind von Edeka abhängige Unternehmen.

41 Das Beschwerdegericht hat die Frage der Normadressatenstellung von Edeka offengelassen. Es hat jedoch bei der Prüfung der sachlichen Rechtfertigung Feststellungen zur Marktstellung Edekas und der Sekthersteller sowie zur Frage der Abhängigkeit getroffen sowie ergänzend auf das Sitzungsprotokoll der am 2. September 2015 durchgeführten Beweisaufnahme verwiesen. Auf dieser Tatsachengrundlage ist dem Senat eine abschließende Beurteilung der Normadressatenstellung Edekas möglich.

42 a) Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts hat Edeka für die Schaumweinhersteller mit deutschlandweit knapp 12.000 Lebensmittelmärkten eine große Marktbedeutung. Der Anteil von Edeka am Gesamtabsatz der

Schaumweinhersteller betrug 2008 bei Freixenet und Schloss Wachenheim jeweils 30 bis 40%, bei Rotkäppchen-Mumm 20 bis 30% und bei Henkell 10 bis 20%. Andere Nachfrager des Lebensmitteleinzelhandels stellten, so hat das Beschwerdegericht ausgeführt, nur in begrenztem Umfang eine Ausweichmöglichkeit für die Sekthersteller dar. Ihre Aufnahmekapazitäten in Regalen und im Lager seien in der Regel ausgeschöpft und die Verträge mit den Lieferanten bereits geschlossen, wenn es unterjährig zu einer Auslistung bei Edeka komme. Aufgrund der wenig ausgeprägten Markenbindung der Verbraucher bei Schaumwein sei eine Kompensation der Edeka-Umsätze durch gesteigerte Vermarktungsaktionen bei anderen wichtigen Abnehmern des Lebensmitteleinzelhandels allenfalls in geringem Umfang zu erreichen. Verbraucher würden in der Regel auf das Produkt eines anderen Herstellers ausweichen und nicht versuchen, den ursprünglich ins Auge gefassten Artikel in einem anderen Geschäft zu erwerben. Schaumwein werde regelmäßig zusammen mit Produkten des täglichen Bedarfs eingekauft. Dabei sei der Kunde nicht bereit, größere Strecken zurückzulegen, sondern suche Geschäfte in der Nähe des Wohnorts auf. Zudem sei einem weiteren Ausbau des Aktionsgeschäfts wegen des ohnehin bereits seit Jahren sehr hohen Aktionsanteils bei Schaumwein Grenzen gesetzt. Auf ausländische Märkte könne allenfalls ein geringer Teil des Edeka-Umsatzes verlagert werden. Dabei könne dahinstehen, inwiefern ein Ausweichen auf Absatz im Ausland den Lieferanten überhaupt zumutbar sei.

- 43 Diese Feststellungen des Beschwerdegerichts sind ohne Rechtsfehler getroffen und im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht angegriffen worden. Sie belegen eine Abhängigkeit der Sekthersteller als Lieferanten von dem Abnehmer Edeka.

44 b) Dieser Abhängigkeit von Edeka steht keine Gegenmacht der Sekthersteller entgegen, die eine entsprechende Abhängigkeit für Edeka begründete und der Annahme einer für die Normadressateneigenschaft erforderlichen Marktmacht Edekas entgegenstände.

45 aa) Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts kommt es für die Prüfung der Gegenmacht nicht darauf an, ob die Sekthersteller große Unternehmen sind, weil sie bereits nach ihren eigenen Umsatzzahlen ohne Berücksichtigung der Umsätze der mit ihnen verbundenen Unternehmen im Jahr 2010 jeweils weltweit Gesamtumsätze zwischen über 260 Mio. € und über 800 Mio. € erzielten. Zwar wurden in der ursprünglichen Fassung des Anzapfverbots in § 20 Abs. 3 GWB nach der 4. GWB-Novelle abhängige Unternehmen nur dann vor der Forderung von Vorzugsbedingungen geschützt, wenn es sich bei ihnen um kleine oder mittlere Unternehmen handelte. Diese Beschränkung des Anwendungsbereichs ist aber seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels entfallen. Seitdem sind alle Unternehmen unabhängig von ihrer Größe vor der Forderung von Vorzugskonditionen geschützt, wenn sie von dem fordernden Unternehmen abhängig sind (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels, BT-Drucks. 16/7156, S. 10). Die Größe eines Abnehmers oder Nachfragers als solche kann danach einer Abhängigkeit nicht mehr entgegenstehen. Entscheidend sind vielmehr seine Ausweichmöglichkeiten.

46 bb) Das Beschwerdegericht hat angenommen, alle vier Sekthersteller hätten im relevanten Jahr 2009 Artikel in ihrem Sortiment gehabt, auf die Edeka jedenfalls als Vollsortimenter nicht habe verzichten können, weil der Endkunde sie aufgrund der Bekanntheit der Marke im Sortiment erwarte und nachfrage,

wobei dies teilweise jedoch nur zu bestimmten Zeiten (etwa vor Weihnachten) oder in bestimmten Regionen (Südwestdeutschland) gelte. In der Vergangenheit sei es auch weder zu einer vollständigen Auslistung eines Sektherstellers noch zu einer solchen seiner Hauptmarken gekommen.

47 Die Rechtsbeschwerde wendet gegen diese Betrachtungsweise zu Recht ein, dass dabei die deutliche Asymmetrie der wechselseitigen Abhängigkeiten zwischen Edeka und den Sektherstellern unberücksichtigt bleibt. Ein vollständiges Scheitern der Vertragsverhandlungen hätte auf Seiten Edekas nur deren Absatzinteresse an gewissen Kernprodukten aus dem Sortiment der Lieferanten betroffen, während bei den Sektherstellern deren gesamter Absatz mit Edeka fortgefallen wäre, ohne dass eine anderweitige Kompensation zu erwarten gewesen wäre.

48 Entscheidend tritt hinzu, dass aufgrund der geringen Markenbindung der Endkunden bei Schaumwein und deren mangelnder Bereitschaft, bei Einkäufen für den täglichen Bedarf Umwege in Kauf zu nehmen, nach den lebensnahen Feststellungen des Beschwerdegerichts bei Fehlen des eigentlich gewünschten Artikels in der Regel ein anderes Produkt gekauft wird. Selbst wenn aber manche Kunden für besondere Anlässe den Umweg zu einem anderen Lebensmittelmarkt auf sich nehmen mögen, um die von ihnen begehrte Sektmarke erwerben zu können, wird dies kaum ihre Präferenz für den sonst besuchten, für sie günstig gelegenen Supermarkt beseitigen und deswegen auch nicht zu erheblichen Umsatzeinbußen bei Edeka führen. Zudem wäre selbst ein solcher Effekt ungleich geringfügiger als die infolge einer Auslistung durch Edeka eintretenden Umsatzverluste der Sekthersteller. Während diese zwischen 10 und 40% ihres Gesamtumsatzes mit Edeka erzielen, ist der Umsatzanteil jedes einzelnen Sektherstellers am Gesamtumsatz von Edeka verschwindend gering.

49 Ferner weist das Bundeskartellamt zutreffend darauf hin, dass schon eine Reduzierung der Zahl der für den Schaumweinabsatz wesentlichen Verkaufsaktionen zu starken Umsatzeinbußen der Sekthersteller führt, ohne dass dadurch der für den Handel wesentliche Aspekt der Vollständigkeit des Sortiments negativ berührt würde. Schließlich steht es dem Handel frei, den Bezug bei einem Hersteller ohne spürbare Beeinträchtigung eigener Absatzinteressen auf die Kernmarken eines Sektherstellers zu beschränken.

50 cc) Zu Recht rügt die Rechtsbeschwerde außerdem, eine ihre Abhängigkeit ausschließende Gegenmacht der Sekthersteller könne sich von vornherein nicht aus dem tatsächlichen Verlauf der Sonderverhandlungen ergeben. Selbst ein leistungsgerechtes Verhandlungsergebnis könnte der Normadressatenstellung schon deshalb nicht entgegenstehen, weil sich auch ein Normadressat normgetreu verhalten kann, ohne seine Eigenschaft als Normadressat zu verlieren. Dass auch abhängigen Unternehmen in Verhandlungen mit dem Normadressaten gewisse Verhandlungserfolge erringen können, ändert nichts an dessen durch seine Marktmacht begründeter Eigenschaft als Normadressat.

51 dd) Edeka ist danach im Verhältnis zu den Sektherstellern Normadressat im Sinne des § 20 Abs. 2 GWB.

52 2. Mit dem "Bestwertabgleich" und der "Anpassung der Zahlungsziele" hat Edeka Vorteile im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB verlangt.

53 a) Der Wortlaut des Tatbestandsmerkmals "Vorteil" umfasst jede Besserstellung des Normadressaten gegenüber dem bisherigen Zustand. Das stimmt mit der Auslegung desselben Begriffs in § 21 Abs. 2 GWB überein, die jede beim Adressaten eintretende Verbesserung seiner Lage umfasst (Markert in Immenga/Mestmäcker aaO § 21 Rn. 64; Loewenheim aaO § 21, Rn. 36). An einem solchen Vorteil fehlt es bei Vergünstigungen, die bei objektiver Betrachtung aus der Sicht des Adressaten der Forderung im Synallagma von Leistung

und Gegenleistung stehen (vgl. Säcker/Mohr, WRP 2010, 1, 20; Eufinger/Maschmer, ZLR 2015, 37, 40). Voraussetzung dafür ist, dass die Gegenleistung dem Adressaten der Forderung ausreichend transparent und konkret angeboten wird.

54 b) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerdeerwiderung setzt der Begriff des Vorteils keine Besserstellung des Normadressaten gegenüber seinen Wettbewerbern voraus. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob eine bestimmte Kondition jedenfalls zunächst allein dem Normadressaten gewährt wird (aA MünchKomm.GWB/Westermann aaO § 19 Rn. 186).

55 aa) Das erstmals mit der 4. GWB-Novelle 1980 eingeführte Anzapfverbot verfolgte allerdings vorrangig einen horizontalen Schutzzweck. Die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen durch unbillige Ausübung von Nachfragemacht stand jedenfalls im Vordergrund (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. 8/2136, S. 24 u., 25). Ob der Vorschrift in dieser ursprünglichen Fassung in besonderen Ausnahmefällen auch ein vertikaler Schutzzweck im Verhältnis zwischen Nachfrager und Anbieter beigemessen werden konnte, hat der Bundesgerichtshof offengelassen (vgl. BGH, Beschluss vom 24. September 2002 - KVR 8/01, BGHZ 152, 97, 112 - Konditionenanpassung).

56 bb) Hintergrund für die auf Betreiben des Bundesrats im Zuge der 7. GWB-Novelle 2005 eingefügte Tatbestandsalternative des Aufforderns in das Gesetz war indes, einer Verstärkung der Nachfragemacht gegenüber den Herstellern entgegenzuwirken (vgl. Stellungnahme des Bundesrats zum Regierungsentwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. 15/3640, S. 74). Bereits in der nächsten Legislaturperiode stand der vertikale Schutzzweck des Anzapfverbots im Vordergrund. § 20 Abs. 2 GWB sollte künftig sämtliche Unternehmen unabhängig

von ihrer Größe vor Forderungen von Vorzugskonditionen schützen, wenn sie von dem fordernden Unternehmen abhängig sind. Die bis dahin geltende Beschränkung des Schutzbereichs auf kleine und mittlere abhängige Unternehmen wurde aufgegeben (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels, BT-Drucks. 16/7156, S. 10). Obwohl die Vorschrift weiter als Diskriminierungsverbot bezeichnet wurde, war ihr Zweck eindeutig nicht mehr auf den Schutz der Wettbewerber des marktmächtigen Normadressaten beschränkt.

57 cc) Zutreffend ist danach, als Zweck des Anzapfverbots sowohl den horizontalen Schutz der Wettbewerber des marktmächtigen Nachfragers anzuerkennen, denen keine entsprechenden Vorteile von ihren Lieferanten gewährt werden, als auch den Schutz der Lieferanten, gegenüber denen der Normadressat seine Forderungen erhebt, also den Wettbewerbsschutz im Vertikalverhältnis (Loewenheim aaO § 19 Rn. 99; Köhler, WRP 2006, 139, 140; Künstler, WuW 2015, 1093, 1096; Lettl, WRP 2016, 800, 801; Wanderwitz, WRP 2015, 162, 164; aA Markert in Immenga/Mestmäcker aaO § 19, Rn. 368; Säcker/Mohr, WRP 2010, 1, 2). Indem das Gesetz nicht mehr die Erzwingung von Vorzugsbedingungen verlangt, sondern ganz allgemein Vorteile erfasst, macht es deutlich, dass für die Anwendung des Tatbestands eine Besserstellung des Nachfragers gegenüber seinem Mitbewerber nicht erforderlich ist. Zudem ist es geboten, die wirtschaftlich von dem unzulässigen Verhalten des Normadressaten primär betroffenen Anbieter oder Nachfrager zu schützen (vgl. Köhler, WRP 2006, 139, 140). Im Falle einer Beschränkung des Schutzzwecks auf Wettbewerber des Normadressaten hätte die Vorschrift bei Nachfragemonopolisten keinen Anwendungsbereich. Das wäre nicht sachgerecht, wäre doch gerade eine solche Situation mit den größten wettbewerblichen Gefahren verbunden (vgl. Künstler, WuW 2015, 1093, 1096; Lettl, WRP 2016, 800, 801).

58 Das Tatbestandsmerkmal Vorteil setzt damit keine Besserstellung des
Normadressaten gegenüber seinen Wettbewerbern voraus.

59 c) Mit dem "Bestwertabgleich" und der "Anpassung der Zahlungsziele"
hat Edeka danach Vorteile im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB verlangt. Die
damit erstrebte Änderung der Konditionen war auf eine Besserstellung Edekas
gegenüber dem in den Jahresverhandlungen erzielten Ergebnis gerichtet, ohne
dass den Sektherstellern zugleich erkennbar eine hierauf bezogene Gegenlei-
stung angeboten wurde.

60 3. Edeka hat die Sekthersteller ferner im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 5
GWB zum "Bestwertabgleich" und zur "Anpassung der Zahlungsziele" aufge-
fordert.

61 a) Nach Ansicht des Bundeskartellamts liegt ein Auffordern schon immer
dann vor, wenn im Zuge von Verhandlungen "Vorteile" von einem Normadres-
saten verlangt werden. Diese weite Auslegung sei vom Wortsinn gedeckt und
trage allein der jüngeren Gesetzesgeschichte und dem daraus abzuleitenden
Schutzzweck der Norm Rechnung. Sie stehe auch in Einklang mit dem bei der
Durchführung von Verhandlungen wirtschaftlich sinnvollen und kaufmännisch
vernünftigen Verhalten.

62 b) Diese Auslegung ist zutreffend.

63 aa) Mit dem neuen Tatbestandsmerkmal des Aufforderns wollte der Ge-
setzgeber auch das einmalige und erfolglose Auffordern erfassen (vgl. BT-
Drucks. 15/3640, S. 74, sowie den im Gesetz nicht übernommenen Vorschlag
des Wirtschaftsausschusses, den Tatbestand auf das "wiederholte" Auffordern
zu beschränken, BT-Drucks. 15/5049, S. 11, 47).

- 64 Das Merkmal des Aufforderns erfasst daher bereits die Phase vor einem Verhandlungsergebnis, und zwar grundsätzlich schon eine erste Forderung. Das steht im Einklang mit dem Begriff des Aufforderns in § 21 Abs. 1 GWB, das jeden Versuch umfasst, ein anderes Unternehmen in bestimmter Weise zu beeinflussen, wobei sich diese Einflussnahme im Fall des § 21 Abs. 1 GWB darauf bezieht, Lieferbeziehungen zu bestimmten Unternehmen nicht einzugehen oder zu beenden (BGH, Urteil vom 14. März 2000 - KZR 15/98, WuW/E DE-R 487, 490 - Zahnersatz aus Manila).
- 65 bb) Es liegt nicht fern, dass der Eingangsforderung eines Verhandlungspartners ein nicht unerheblicher Einfluss auf das erste Gegenangebot der anderen Geschäftspartei und damit auf das Verhandlungsergebnis zukommen kann. Vor dem Hintergrund des jedenfalls auch vertikalen Schutzzwecks des Anzapfverbots ist es deshalb geboten, grundsätzlich schon die erste Forderung des Normadressaten erfassen zu können, unabhängig davon, ob oder wie sie sich in einem späteren Verhandlungsergebnis niederschlägt.
- 66 cc) Zwar gehört hartes Verhandeln zum Wesen des Wettbewerbs und stellt ein wesentliches Element seiner Funktionsfähigkeit dar, das auch marktstarken Unternehmen in wettbewerbskonformer Weise zur Verfügung stehen muss (vgl. etwa Loewenheim aaO § 19 Rn. 102, 107; MünchKomm.GWB/Westermann aaO § 19 Rn. 185; Säcker/Mohr, WRP 2010, 1, 5; Lettl, WRP 2016, 935, 937; Eufinger/Mascherner, ZLR 2015, 37, 49). Dieser Umstand ist aber bei der Auslegung des Begriffs der Aufforderung ebenso wenig zu berücksichtigen wie als solche kartellrechtlich unbedenkliche Gepflogenheiten der jeweils zu betrachtenden Branche. Wie die Rechtsbeschwerde zutreffend - und klarstellend zu Rn. 494 der angefochtenen Verfügung - ausführt, kann die erforderliche Eingrenzung des Anzapfverbots im Hinblick auf die Zulässigkeit harter Verhandlungen vielmehr sinnvollerweise erst bei der Prüfung der sachlichen Rechtfertigung erfolgen.

67 Ein Auffordern im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB liegt daher schon dann vor, wenn ein Normadressat versucht, auf Lieferanten oder Abnehmer mit dem Ziel einzuwirken, Vorteile zu erlangen, unabhängig davon, ob dies im Zuge von Verhandlungen oder in anderer Weise geschieht.

68 c) Danach hat Edeka auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts zum "Bestwertabgleich" und zur "Anpassung der Zahlungsziele" im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB aufgefordert.

69 4. Edeka hat Vorteile in Form des "Bestwertabgleichs" und der "Anpassung der Zahlungsziele" (Ziffern 1, 2 und 6 der angefochtenen Verfügung) ohne sachlich gerechtfertigten Grund gefordert. Diese Forderungen waren nach den vom Beschwerdegericht getroffenen Feststellungen nicht leistungsgerecht. Sie waren im Zeitpunkt der Aufforderung nicht mit zumindest objektiv erkennbaren, angemessenen Gegenleistungen verbunden, wie etwa einer Verpflichtung zu erhöhten oder jedenfalls für eine bestimmte Dauer garantierten Abnahmemengen oder einer längerfristigen Absicherung des Lieferantenstatus. Damit besteht jedenfalls ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Forderung und Gegenleistung, das die Vermutung rechtfertigt, dass es sich um sachlich nicht gerechtfertigte Forderungen handelt.

70 a) Die Forderungen Edekas sind nicht deshalb sachlich gerechtfertigt, weil die Jahresvereinbarungen 2009 einen Vorbehalt enthielten, der Edeka im Hinblick auf die Integration von Plus ein Nachverhandeln der Konditionen ausdrücklich gestattete. Die vereinbarte Übernahme eines anderen Unternehmens stellt als solche jedenfalls dann keinen sachlichen Grund zur Änderung bereits abgeschlossener Verträge dar, wenn der Stichtag der Übernahme - wie im Streitfall - schon bei den Vertragsverhandlungen bekannt war und dabei berücksichtigt werden konnte. Insoweit ist das Interesse Edekas nicht berücksichtigungsfähig, Forderungen auf erst nach der Übernahme gewonnene Erkennt-

nisse über die von Lieferanten mit Plus vereinbarten Konditionen stützen zu können.

71 b) Die Vermutung fehlender Rechtfertigung des von Edeka geforderten "Bestwertabgleichs" ist nicht widerlegt.

72 aa) Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts hat Edeka von Rotkäppchen-Mumm, Henkell und Schloss Wachenheim zu Beginn der Sonderverhandlungen nach der Übernahme von Plus eine Herabsetzung der Einkaufspreise für bestimmte Artikel und die Zahlung eines Ausgleichsbetrags gefordert. Dadurch sollten die Einkaufskonditionen rückwirkend zum Jahresbeginn noch für das schon laufende Jahr 2009 gegenüber den in den bereits abgeschlossenen Jahresverhandlungen erzielten Ergebnissen verbessert werden. Die Höhe der Forderungen hatte Edeka aufgrund eines "Bestwertabgleichs" ermittelt. Dabei wurden die für Edeka und Plus an den Stichtagen 1. August 2007, 1. Februar 2008 und 1. September 2008 für bestimmte Artikel jeweils geltenden Konditionen ermittelt und verglichen. Der danach aus Sicht Edekas beste Wert war zumindest Ausgangspunkt und Richtwert für die Bestimmung der Forderung gegenüber den jeweiligen Lieferanten, wobei alle sonstigen zwischen diesem und Edeka geltenden Konditionen bei dem Vergleich unberücksichtigt blieben.

73 Es entbehrt der sachlichen Rechtfertigung, die punktuelle Übertragung einzelner historischer Bestwerte als Nachbesserung für einen laufenden Vertrag zu verlangen, ohne dabei die im Zusammenhang mit diesen Bestwerten jeweils vereinbarten sonstigen Konditionen zu berücksichtigen. Eine solche Forderung führt zu einem Gesamtkonditionenpaket, das von dem Lieferanten zuvor weder Edeka noch Plus angeboten worden war. Dieses Verlangen geht damit weit über eine Anpassung von Konditionen nach der Übernahme eines Wettbewerbers hinaus, die auch im Rahmen laufender Verträge als Mengenrabatt oder aufgrund rationellerer Geschäftsabwicklung nach Wegfall eines Abnehmers ge-

rechtfertigt sein kann (vgl. BGH, Beschluss vom 24. September 2002 - KVR 8/01, BGHZ 152, 97, 113 f. - Konditionenanpassung). Die Forderung nach "Bestwertabgleich" wurde auch nicht anlässlich der regelmäßigen, allgemeinen Jahresverhandlungen gestellt, bei denen es im Lebensmitteleinzelhandel branchenüblich sein mag, zunächst überzogene Forderungen zu Einzelkonditionen zu stellen, die dann in einem Verhandlungsprozess abgemildert und in ein Gesamtkonditionenpaket eingeordnet werden.

74 bb) Damit hat das Bundeskartellamt zu Recht die Forderung einer Anpassung der Edeka-Konditionen an einzelne, günstigere Konditionenbestandteile von Plus ohne Berücksichtigung des Gesamtkonditionenpakets ("Rosinenpicken") im Rahmen des hier in Rede stehenden "Bestwertabgleichs" als rechtswidrige Konditionenforderung angesehen (Nr. 6 des Verfügungstenors).

75 Dasselbe gilt für die Heranziehung mehrerer zeitlich gestaffelter Stichtage und den sich daraus ergebenden mehrfachen Abgleich der zu verschiedenen Zeitpunkten jeweils geltenden Konditionen (Nr. 1 des Verfügungstenors) sowie die Auswahl von Stichtagen, die deutlich vor dem Vollzug des Zusammenschlusses lagen (Nr. 2 des Verfügungstenors). Ohne Erfolg macht Edeka geltend, Ziel der Wahl von drei historischen Stichtagen, von denen einer fast eineinhalb Jahre vor der Übernahme von Plus lag, sei gewesen, einen Plus-Einkaufspreis zu ermitteln, der unbeeinflusst von dem bevorstehenden Zusammenschluss ausgehandelt worden sei. Ein solches Motiv von Edeka könnte allenfalls dann erheblich sein, wenn einheitlich ein bestimmter, in der Vergangenheit liegender Stichtag angewendet worden wäre, nicht jedoch jeweils derjenige von drei über 13 Monate verteilten Stichtagen, der das beste Ergebnis für Edeka ergab. Der mehrfache Konditionenabgleich infolge der Heranziehung mehrerer zeitlich gestaffelter Stichtage (Nr. 1 des Verfügungstenors) lässt sich mit dieser Erwägung nicht rechtfertigen. Die Auswahl deutlich vor dem Zusammenschluss liegender Stichtage bewirkt eine Sanktionierung von Lieferanten, die

Plus in der Vergangenheit günstigere Einkaufspreise als Edeka gewährt haben. Handelte es sich dabei um die zulässige Verhaltensweise eines Normadressaten, würden Lieferanten zu einer Vereinheitlichung ihrer Konditionen sowie insbesondere dazu veranlasst, von günstigeren Konditionen für kleinere Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels abzusehen, die für eine Übernahme durch Normadressaten in Betracht kommen. Das wäre eine mit der Freiheit des Wettbewerbs unvereinbare Wirkung, die einer sachlichen Rechtfertigung der Auswahl deutlich vor dem Zusammenschluss liegender Stichtage (Nr. 2 des Verfügungstenors) entgegensteht.

76 Die vom Bundeskartellamt in den Nr. 1, 2 und 6 des Verfügungstenors beanstandeten Verhaltensweisen sind somit im Rahmen des konkret in Rede stehenden "Bestwertabgleichs" nicht nur in ihrer Gesamtheit, sondern jeweils auch einzeln rechtswidrig.

77 cc) Dem von Edeka angewandten "Bestwertabgleich" fehlt die sachliche Rechtfertigung bereits als Berechnungsmethode, die der Forderung von Vorteilen zugrunde liegt. In welcher Höhe der damit ermittelte Wert von den einzelnen Lieferanten tatsächlich gefordert wurde, ist nicht maßgeblich. Auch soweit tatsächliche Forderungen mehr oder weniger deutlich hinter dem zunächst ermittelten Ergebnis zurückgeblieben sind, beruhten sie doch im Ausgangspunkt auf dem "Bestwertabgleich". Keine der hier in Rede stehenden Forderungen wäre ohne den "Bestwertabgleich" in vergleichbarer Weise erhoben worden.

78 c) Soweit Edeka an Henkell, Freixenet und Schloss Wachenheim die Aufforderung gerichtet hat, mit Plus vereinbarte günstigere Zahlungsziele auf Einkäufe von Edeka anzuwenden, ohne das Gesamtkonditionenpaket zu berücksichtigen (Anpassung der Zahlungsziele, Nr. 6 des Verfügungstenors), ist die Vermutung fehlender Rechtfertigung ebenfalls nicht widerlegt. Die in "Sonderverhandlungen" aus Anlass der Übernahme von Plus für laufende Verträge erhobene Forderung einer Anpassung der Edeka-Konditionen an einzelne,

günstigere Konditionenbestandteile von Plus ohne Berücksichtigung des Gesamtkonditionenpakets ("Rosinenpicken") stellt eine rechtswidrige Konditionenforderung dar. Da § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB bereits die Aufforderung zur Gewährung ungerechtfertigter Vorteile erfasst, kommt es entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts nicht auf das tatsächlich zur Anpassung der Zahlungsziele erzielte Verhandlungsergebnis an.

79 5. Fordert ein Normadressat andere Unternehmen dazu auf, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren, ist der Tatbestand des Anzapfverbots nach § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB 2013 erfüllt. Den die Nr. 5 einleitenden Worten "seine Marktstellung dazu ausnutzt", die in der geltenden Fassung der Norm klarstellend nicht mehr enthalten sind, kommt keine eigenständige Bedeutung als Tatbestandsmerkmal zu.

80 a) Die Frage, inwiefern § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB in der Variante des Aufforderns eine Kausalität zwischen Marktstellung und Forderung voraussetzt, ist in der Literatur umstritten.

81 aa) Nach einer Ansicht hat diese Kausalität normativen Charakter und setzt daher nicht voraus, dass ohne die Marktmacht der Vorteil nicht hätte erlangt werden können. Vielmehr müsse der Nachfrager lediglich im Wissen um seine Marktstellung einen Vorteil fordern; es reiche aus, wenn die Marktmacht die Wirkungen des missbräuchlichen Verhaltens verstärke (Köhler, WRP 2006, 139, 141; Nothdurft in Langen/Bunte aaO § 19 Rn. 155, 365; Loewenheim aaO § 19 GWB Rn. 112).

82 bb) Nach anderer Ansicht, der sich im Ergebnis auch das Beschwerdegericht angeschlossen hat, lässt sich eine Einschränkung des Kausalitätserfordernisses unter Hinweis auf dessen vermeintlichen normativen Charakter nicht begründen (Säcker/Mohr, WRP 2010, 1, 23; wohl auch Markert in Immenga/Mestmäcker aaO § 19 Rn. 378, vgl. dort aber auch Rn. 375). Die Aufforderung

zur Vorteilsgewährung müsse vielmehr objektiv kausal auf der Marktmacht des Nachfragers beruhen, die seine Normadressatenstellung begründet.

83 cc) Schließlich kommt in Betracht, dass dem Ausnutzen der Marktstellung im Rahmen des Tatbestands von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB keine eigenständige Bedeutung zukommt (vgl. Ulmer in Festschrift für von Gamm, 1990, S. 677, 683 f., zur entsprechenden Frage beim Verbot der Behinderung kleiner und mittlerer Wettbewerber in § 26 Abs. 4 GWB 1990).

84 b) Der zuletzt genannten Ansicht ist zuzustimmen.

85 Der Zusammenhang zwischen überlegener Marktmacht und den in § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB beanstandeten Verhaltensweisen wird bereits durch die Beschränkung der Normadressaten auf marktstarke Unternehmen gewährleistet. Fordert der Normadressat einen Lieferanten dazu auf, ihm einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorteil zu gewähren, kommt darin seine Marktmacht gegenüber dem von ihm abhängigen Lieferanten zum Ausdruck. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es ohne weiteres als Ausdruck der Abhängigkeit eines Lieferanten von einem Normadressaten anzusehen, wenn dieser den Lieferanten ohne sachlich gerechtfertigten Grund zu einer rückwirkenden Konditionen Anpassung veranlasst (BGH, Beschluss vom 24. September 2002 - KVR 8/01, BGHZ 152, 97, 112 f. - Konditionen Anpassung). Das gilt für die Tatbestandsalternative des "Aufforderns" entsprechend. Dieses Verständnis steht im Einklang mit der Begründung des Regierungsentwurfs zur ursprünglichen Einführung des Anzapfverbots in der 4. GWB-Novelle (BT-Drucks. 8/2136, S. 25), in der es heißt:

Zu den sachlich ungerechtfertigten Vorzugsbedingungen gehören die Vergünstigungen, die nicht leistungsgerecht sind ... sondern auf der Ausnutzung von Marktmacht beruhen und anderen gleichartigen Nachfragern nicht zugänglich sind.

86 Der Begründung liegt damit die Auffassung zugrunde, von Normadressaten durchgesetzte ungerechtfertigte Vorzugsbedingungen beruhten auf der Ausnutzung von Marktmacht, ohne dass es dafür auf eine weitere Prüfung ankäme. Ferner ist § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB ein Regelbeispiel für die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nach der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB. Das legt ebenfalls nahe, dass sich die Bezugnahme auf die Ausnutzung der Marktstellung in § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB 2013 darin erschöpft, deutlich zu machen, dass es sich bei diesem Regelbeispiel um eine Ausprägung der Generalklausel handelt.

87 IV. Soweit das Beschwerdegericht die Verfügung des Bundeskartellamts zu Nr. 7 des angefochtenen Beschlusses vom 3. Juli 2014 aufgehoben hat, hält dies rechtlicher Prüfung gleichfalls nicht stand. Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts und des Amtes handelt es sich bei der Partnerschaftsvergütung um eine nicht leistungsgerechte Forderung von Edeka, für die die Vermutung fehlender sachlicher Rechtfertigung nicht widerlegt ist.

88 1. Das Beschwerdegericht hat demgegenüber angenommen, die Gegenleistung Edekas für die Partnerschaftsvergütung liege in der Schaffung einer höheren Attraktivität der alten Plus-Filialen durch Renovierung und Modernisierung und der damit für die Lieferanten verbundenen Erwartung verbesserter Absatzchancen. Ob dieser Vorteil allein dadurch abgeschöpft werde, dass Edeka über den vereinbarten Mengenrabatt am steigenden Umsatz in den modernisierten Plus-Filialen partizipiere oder ob die Modernisierung einen Mehrwert enthalte, dem eine Gegenleistung (Partnerschaftsvergütung) gegenüberstehe, hänge stets von den konkreten Umständen des Falls ab. Dies gelte umso mehr, als wegen des deutlich höheren Aktionsanteils bei Netto in den ehemaligen Plus-Filialen zukünftig mehr Verkaufsaktionen durchgeführt würden und die Sektlieferanten hierdurch die Möglichkeit erhielten, Zusatzumsätze zu generieren (Hinweis auf Amtsverfügung Rn. 415). Vor diesem Hintergrund habe Edeka

nicht eine Partnerschaftsvergütung gefordert, der offensichtlich keine Gegenleistung gegenüberstand. Diese Erwägungen sind nicht rechtsfehlerfrei.

89 2. Das Bundeskartellamt hat die Beanstandung des Forderns der Partnerschaftsvergütung in Nr. 7 des Beschlusstexts der Amtsverfügung ausschließlich mit dem "offensichtlichen" Fehlen einer Gegenleistung, nicht mit einem möglicherweise bestehenden Missverhältnis zwischen Forderung und Leistung von Edeka begründet. Aus der Amtsverfügung ergibt sich deutlich, dass sich das Amt im Hinblick auf die Komplexität der Kontrolle der Angemessenheit einer Forderung zu Recht auf die Beanstandung solcher Forderungen beschränkt hat, die offensichtlich unangemessen waren oder offensichtlich nicht in einem angemessenen Verhältnis zum Grund oder zur Gegenleistung standen (vgl. Rn. 267, 269 der Amtsverfügung). Das Beschwerdegericht hat den Begriff "offensichtlich" in tatrichterlicher Würdigung und ohne Rechtsfehler im Sinne von "bereits auf erste Sicht, zweifelsfrei" verstanden.

90 Die Rechtsbeschwerde rügt jedoch zu Recht, die vom Beschwerdegericht zugrunde gelegte und von Edeka allein vorgetragene pauschale Begründung der Forderung nach einer Partnerschaftsvergütung in Höhe von 4% der Plus-Umsätze mit der höheren Attraktivität der neuen Filialen und dem größeren Aktionsanteil von Netto im Vergleich zu Plus sei zur sachlichen Rechtfertigung der Forderung aus Rechtsgründen von vornherein ungeeignet und es fehle daher offensichtlich an einer Gegenleistung für die Partnerschaftsvergütung.

91 a) Es ist umstritten, ob allgemeine Investitionen eines Handelsunternehmens in seine Verkaufsräume, die nicht lieferanten-, warengruppen- oder artikelbezogen erfolgen, die Aufforderung zur Gewährung eines konkreten Vorteils rechtfertigen können, oder ob darin eine per se unzulässige Abwälzung eigener unternehmerischer Risiken auf die Marktgegenseite zu sehen ist (für per se Unzulässigkeit Köhler, WRP 2006, 139, 143; Lettl, WRP 2016, 935, 938; aA Säcker/Mohr, WRP 2010, 1, 14, 24). Richtig ist, dass ein Verstoß gegen das

Anzapfverbot zu vermuten ist, wenn ein Normadressat einen Lieferanten auffordert, sich an allgemeinen Investitionen für seinen Geschäftsbetrieb zu beteiligen, die nicht ersichtlich lieferanten-, warengruppen- oder artikelbezogen sind. Der Normadressat kann diese Vermutung allerdings widerlegen, wenn im Zeitpunkt der Aufforderung für den Lieferanten eine andere gesicherte und leistungsgerechte Gegenleistung, etwa eine Listungs- oder Abnahmegarantie für bestimmte Dauer, objektiv erkennbar ist.

92 aa) Dem Wortsinn des Tatbestandsmerkmals "sachlich gerechtfertigter Grund" ist keine Beschränkung auf bestimmte Arten und Formen von Gründen oder Gegenleistungen zu entnehmen, wie etwa lieferanten-, waren- oder absatzbezogene Leistungen. Dieses Verständnis wird durch eine systematische Betrachtung bestätigt. Das entsprechende Tatbestandsmerkmal im allgemeinen Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB lässt keine derartige Beschränkung erkennen. Den Gesetzesmaterialien ist dazu ebenfalls nichts zu entnehmen. Sinn und Zweck des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB ist es, die Forderung lediglich solcher Vorteile durch Normadressaten zu unterbinden, die sich aufgrund einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen als sachlich nicht gerechtfertigt erweisen.

93 bb) Ausgangspunkt der Beurteilung ist danach bei vertriebsbezogenen Sachverhalten der aus der unternehmerischen Handlungsfreiheit abzuleitende Grundsatz, dass das Behinderungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB den Normadressaten grundsätzlich nicht daran hindert, seine geschäftliche Tätigkeit und sein Absatzsystem nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie er dies für wirtschaftlich sinnvoll und richtig erachtet (vgl. BGH, Urteil vom 31. Januar 2012 - KZR 65/10, WuW/E DE-R 3549 Rn. 29 - Werbeanzeigen, zu § 20 Abs. 1 GWB aF, st. Rspr.). Das umfasst im Rahmen des naturgemäß dynamischen Wettbe-

werbsprozesses auch die Möglichkeit, diskriminierungsfrei neue Geschäftspraktiken einzuführen oder bestehende zu ändern. Ob und welche Interessen eines marktmächtigen Handelsunternehmens, das eine nicht lieferanten-, waren- oder artikelbezogene Beteiligung von Lieferanten an Investitionskosten verlangt, bei der konkreten Abwägung berücksichtigt werden können, richtet sich deshalb nach den Umständen des Einzelfalls.

94 Im Streitfall bestand ein Interesse Edekas, die infolge der Übernahme erforderliche Modernisierung der Filialen von Plus kostengünstig zu gestalten. Dafür kommt grundsätzlich in Betracht, daran auch die Lieferanten des übernommenen Unternehmens zu beteiligen, die von dem integrierten Unternehmen weiter gelistet werden wollen (vgl. Säcker/Mohr, WRP 2016, 1, 14).

95 Das Interesse der Lieferanten ist demgegenüber darauf gerichtet, Zahlungen an Handelsunternehmen zu vermeiden und insbesondere nicht für die allgemeinen Kosten ihres Geschäftsbetriebs aufkommen zu müssen. Darüber hinaus haben sie ein Interesse, ihre Lieferbeziehung möglichst langfristig abzusichern und ihren Absatz durch attraktivere Filialen des Handels und eine dadurch erhöhte Kundenfrequenz oder Kaufbereitschaft zu steigern.

96 Dass abwägungsrelevante Interessen der Wettbewerber des Handelsunternehmens oder anderer Lieferanten betroffen sind, wurde von den Parteien zwar nicht geltend gemacht. Die Wettbewerber des Normadressaten werden es aber als Wettbewerbsverzerrung ansehen, wenn dieser übernommene Filialen mit Kostenbeteiligung der Lieferanten modernisieren kann, während für sie eine entsprechende Möglichkeit nicht besteht.

97 cc) Die danach erforderliche Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes ergibt, dass die Forderung einer Partnerschaftsvergütung zwar nicht per se als missbräuchlich einzustufen ist. Der mit einer solchen Qualifikation verbun-

dene Eingriff in die Privatautonomie der Handelsunternehmen, aber auch der Lieferanten erscheint zum Schutz eines funktionsfähigen Wettbewerbs nicht erforderlich. Jedoch durchbricht eine pauschal vom Lieferantenumsatz mit dem Händler berechnete und deshalb nicht lieferanten-, waren- oder artikelbezogene Beteiligung von Lieferanten an den allgemeinen, langfristigen Investitionskosten des Handels die typische Funktionsteilung zwischen Lieferant und Händler. Sie birgt, wird sie von einem Normadressaten des Handels gefordert, besondere Missbrauchsgefahren. Denn sie bringt die dargestellten gegenläufigen Interessen nicht zu einem Ausgleich, sondern fördert einseitig das Interesse des Normadressaten an einer Überwälzung von Investitionskosten. Es ist deshalb geboten, auf diese Fallgruppe die bei offensichtlich fehlender Leistungsgerechtigkeit geltende, widerlegbare Vermutung fehlender sachlicher Rechtfertigung anzuwenden. Im Hinblick auf die mit der Tatbestandsalternative des "Aufforderns" bezweckte Vorfeldwirkung des Anzapfverbots kann der Normadressat diese Vermutung nur widerlegen, wenn im Zeitpunkt der Aufforderung für den Lieferanten eine andere gesicherte und leistungsgerechte Gegenleistung, etwa eine Leistungs- oder Abnahmegarantie für bestimmte Dauer, objektiv erkennbar ist.

- 98 b) Danach hält die Aufhebung der Verfügung des Bundeskartellamts zu 7 hinsichtlich der Partnerschaftsvergütung durch das Beschwerdegericht rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die mit der Partnerschaftsvergütung verlangte Beteiligung der Lieferanten wurde pauschal von deren Umsatz mit Edeka berechnet und war offensichtlich nicht lieferanten-, waren- oder artikelbezogen. Ebenso offensichtlich war für die Sekthersteller im Zeitpunkt der Aufforderung keine andere gesicherte und leistungsgerechte Gegenleistung, wie eine Leistungs- oder Abnahmegarantie für bestimmte Dauer, objektiv erkennbar. Dafür reicht es - jedenfalls ohne rechtliche Absicherung - nicht aus, wenn der Lieferant es aufgrund seiner Marktposition und seiner Erfahrungen mit dem Handelsunternehmen als wahrscheinlich ansehen kann, weiter gelistet zu bleiben.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts kommt es in diesem Zusammenhang auch nicht auf rein spekulative und schwer oder gar nicht kalkulierbare Vorteile an, die für die Lieferanten nach einer Modernisierung der Plus-Filialen entstehen könnten, wie etwa eine höhere Zahl von Verkaufsaktionen. Ob die Modernisierung von Filialen langfristig zu Vorteilen für die Lieferanten führt, die die Forderung nach einer Partnerschaftsvergütung in Höhe von pauschal 4% der Plus-Umsätze als gerechtfertigt erscheinen lassen könnte, hängt stets von den konkreten Umständen des Falls und der Entwicklung der Verhältnisse auf dem relevanten Produktmarkt ab. Hier kommt hinzu, dass die Nachfrage nach Sekt nur beschränkt elastisch ist und Umsatzsteigerungen bei einem Händler Umsatzrückgänge bei anderen gegenüberstehen dürften. Unter diesen Umständen war für die Sekthersteller im Zeitpunkt der Aufforderung für die Partnerschaftsvergütung offensichtlich keine - allein berücksichtigungsfähige - gesicherte und leistungsgerechte Gegenleistung objektiv erkennbar.

99 V. Damit erweist sich die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamts gegen die Beschwerdeentscheidung im Ergebnis als insgesamt begründet.

100 Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 Satz 1 GWB. Der Senat hat davon abgesehen, die Erstattung von Auslagen anzuordnen.

Limperg

Meier-Beck

Kirchhoff

Bacher

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 18.11.2015 - VI-Kart 6/14 (V) -