

Verschärfung der Fusionskontrolle im Handel - notwendig oder schädlich?

Helmut Köhler

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Köhler, Helmut. 1989. "Verschärfung der Fusionskontrolle im Handel - notwendig oder schädlich?" In Wettbewerb, Konzentration und Nachfragemacht im Lebensmittelhandel, edited by Helmut Gröner, 87-104. Berlin: Duncker & Humblot. <https://doi.org/10.3790/978-3-428-46588-0>.

Schriften des Vereins für Socialpolitik

Band 182

Wettbewerb, Konzentration und Nachfragemacht im Lebensmittelhandel

Herausgegeben von
Helmut Gröner



Duncker & Humblot · Berlin

Schriften des Vereins für Socialpolitik
Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften
Neue Folge Band 182

SCHRIFTEN DES VEREINS FÜR SOCIALPOLITIK

Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften

Neue Folge Band 182

**Wettbewerb, Konzentration
und Nachfragemacht
im Lebensmittelhandel**



Duncker & Humblot · Berlin

Wettbewerb, Konzentration und Nachfragemacht im Lebensmittelhandel

**Herausgegeben von
Helmut Gröner**



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Wettbewerb, Konzentration und Nachfragemacht im
Lebensmittelhandel** / hrsg. von Helmut Gröner. — Berlin:
Duncker u. Humblot, 1989

(Schriften des Vereins für Socialpolitik, Gesellschaft für Wirtschafts-
und Sozialwissenschaften; N. F., Bd. 182)

ISBN 3-428-06588-3

NE: Gröner, Helmut [Hrsg.]; Gesellschaft für Wirtschafts- und
Sozialwissenschaften: Schriften des Vereins . . .

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 1989 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Hagedornsatz, Berlin 46

Druck: Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISSN 0505-2777

ISBN 3-428-06588-3

Vorwort des Herausgebers

I.

Vor dem Hintergrund der seit einigen Jahren äußerst kontrovers geführten Diskussionen über Konzentrationsprozesse und Marktmacht im Lebensmittelhandel sah die Bundesregierung einen Handlungsbedarf zur Novellierung des GWB. Die zu diesem Zweck eingesetzte Arbeitsgruppe im Bundeswirtschaftsministerium hat inzwischen die Eckdaten für die geplante Novelle vorgelegt.

Die Arbeitsgruppe Wettbewerb des Wirtschaftspolitischen Ausschusses nahm diese Diskussion und die Initiativen der Regierung zum Anlaß, auf ihrer Tagung im März 1988 in Münster das Thema „Konzentration und Nachfragemacht im Lebensmittelhandel“ zu erörtern. Um einen umfassenden und vielseitigen Einblick in dieses Problem zu erhalten, ergingen Einladungen an Vertreter der zuständigen nationalen Behörden, an Unternehmer und an Hochschullehrer.

Das Eingangsreferat hielt Prof. Dr. h. c. Wolfgang Kartte, Präsident des Bundeskartellamtes. Er erläuterte die Sichtweise der Kartellbehörde zu dem Problem der Konzentration im Lebensmittelhandel.

Eine Bewertung zu diesem Thema aus Sicht der Marktgegenseite, das heißt der Markenartikelindustrie, gab Dr. Guido Sandler, persönlich haftender Gesellschafter der Firma Dr. August Oetker.

Herr Hanfried Wendland, Ltd. Regierungsdirektor der 9. Beschlußabteilung im Bundeskartellamt, vermittelte in seinem Referat einen Einblick in die Praxis der Fusionskontrolle im Handel.

Als Leiter der für die GWB-Novellierung zuständigen Arbeitsgruppe analysierte Dr. Rolf Geberth, Ministerialdirigent im Bundeswirtschaftsministerium, nicht nur wettbewerbspolitische Probleme der Konzentrationsentwicklung im Handel, sondern legte auch den Stand der Vorarbeiten zur Novelle dar.

Wirtschaftsrechtliche und wirtschaftstheoretische Überlegungen zur Fusionskontrolle im Handel in Gegenwart und Zukunft stellte Prof. Dr. Helmut Köhler, Universität Augsburg, vor.

Den Abschluß der Tagung bildete das Referat von Klaus Wiegandt, Generalbevollmächtigter der Rewe Handels Gesellschaft Leibbrand OHG, in dem er die Einschätzung des Handels zu Fragen der Konzentration darlegte.

II.

Gäste der Arbeitsgruppe waren

Dr. Rolf Geberth, Ministerialdirigent im Bundesministerium für Wirtschaft

Dr. Horst Greiffenberg, Generalsekretär der Monopolkommission

Wolfgang Gutberlet, Geschäftsführender Gesellschafter der Firma Tegut, Fulda

Prof. Dr. Henk W. de Jong, Universität Amsterdam

Prof. Dr. h. c. Wolfgang Kartte, Präsident des Bundeskartellamtes

Prof. Dr. Helmut Köhler, Universität Augsburg

Dr. Georg Rüter, Assistent der Geschäftsführung der Firma Dr. August Oetker, Bielefeld

Dr. Guido Sandler, Persönlich haftender Gesellschafter der Firma Dr. August Oetker, Bielefeld

Dr. Martina Sindelar, Universität Bayreuth

Hanfried Wendland, Ltd. Regierungsdirektor in der 9. Beschlußabteilung des Bundeskartellamts

Klaus Wiegandt, Generalbevollmächtigter der Rewe Handels Gesellschaft Leibbrand OHG, Bad Homburg

Inhalt

Wolfgang Kartte: Die Konzentration im Lebensmittelhandel aus der Sicht des Bundeskartellamtes	9
Schwerpunkte der Diskussion	12
Guido Sandler: Die Konzentration im Lebensmittelhandel aus der Sicht der Markenartikelindustrie	19
Schwerpunkte der Diskussion	27
Hanfried Wendland: Die Konzentration im Lebensmittelhandel in der Praxis des Bundeskartellamtes	35
Schwerpunkte der Diskussion	60
Rolf Geberth: Wettbewerbspolitische Probleme der Konzentration im Lebensmittelhandel	67
Schwerpunkte der Diskussion	82
Helmut Köhler: Verschärfung der Fusionskontrolle im Handel – notwendig oder schädlich?	87
Schwerpunkte der Diskussion	105
Klaus Wiegandt: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. Eine Einschätzung des Handels	111
Schwerpunkte der Diskussion	119

Verschärfung der Fusionskontrolle im Handel — notwendig oder schädlich?

Von *Helmut Köhler*, Augsburg

I. Zum Stand der Konzentration im Handel

Dem letzten Jahresbericht des Bundeskartellamts zufolge weist der Handel von allen Wirtschaftsbereichen die größte Fusionstätigkeit auf¹. In den Jahren 1985/86 seien 347 Handelsunternehmen, darunter 68 aus dem Bereich des Lebensmittelhandels, übernommen worden. Das Bundeskartellamt konstatierte dabei zwar die deutliche Zurückhaltung der führenden Handelsgruppen, wies aber gleichzeitig darauf hin, daß sich dies aufgrund der Entscheidung des Kammergerichts im Fall Coop/Wandmaker² ändern könnte. Berichte aus jüngster Zeit, etwa über die Fusionsfälle Coop/Werhahn, Metro/BLV, Metro/Hurler oder Askö/Massa bestätigen diese Einschätzung. Die Konzentrationswelle ist demnach ungebrochen. Allerdings soll der Konzentrationsgrad im Lebensmittelhandel im Vergleich zu einer Vielzahl von Industriezweigen in der Bundesrepublik noch verhältnismäßig niedrig sein³. Entsprechendes soll für den Vergleich mit dem Konzentrationsgrad im Lebensmittelhandel in den Vereinigten Staaten gelten.

II. Zum Stand der Fusionskontrolle heute

Das Bundeskartellamt hatte seit längerem, zuletzt im Fusionsfall Coop/Wandmaker⁴, die Auffassung vertreten, die sechs größten Unternehmen im Lebensmittelhandel, nämlich Aldi, Rewe/Leibbrand, Metro, Coop, Edeka und Tengelmann, würden auf dem Nachfragemarkt ein marktbeherrschendes Oligopol bilden. Zu diesem Ergebnis war es unter anderem aufgrund einer Marktabgrenzung gelangt, die das Kammergericht als zu eng verworfen hat. Nach dessen Auffassung stehen auf dem relevanten Nachfragemarkt für Lebensmittel nicht nur der Lebensmittelhandel, sondern auch andere Abnehmer, wie Gastronomie, gewerbliche Weiterverarbeiter und ausländische Abnehmer. Da die Erhebungen des Bundeskartellamtes zudem ergeben hatten, daß die

¹ BKartA, TB 1985/86. BT-Drucksache 11/554, S. 7ff.

² KG WuW/E OLG 3927 — *Coop/Wandmaker*.

³ Vgl. *Kantzenbach*, Erhard, Aktuelle Wettbewerbspolitik — Konzentration und Wettbewerb im Handel. Ohne Ort (Bonn) 1988, S. 13.

⁴ BKartA WuW/E BKartA 2161, 2164 — *Coop/Wandmaker*.

führenden Handelsunternehmen weder relativ einheitliche Konditionen noch einen signifikanten Konditionenvorsprung vor den Mitbewerbern ausweisen, wies es die These vom marktbeherrschenden Oligopol zurück. Die Untersagung der Fusion Coop/Wandmaker wurde aufgehoben. Seitdem ist keine weitere Untersagung einer Handelsfusion mehr erfolgt.

III. Zur wettbewerbspolitischen Beurteilung des derzeitigen Rechtszustandes

Der derzeitige Rechtszustand und die sich daraus ergebenden Möglichkeiten weiterer Zusammenschlüsse werden wettbewerbspolitisch unterschiedlich beurteilt. Die Monopolkommission hat im April 1985⁵ die Auffassung vertreten, die Konzentration habe noch zu keiner generellen Vermachtung der Märkte und Beeinträchtigung ihrer Funktionsfähigkeit geführt. Gleichzeitig hat sie jedoch darauf hingewiesen, daß sich der Konzentrationsprozeß bis zur Schwelle der Marktbeherrschung fortsetzen könne. Eine solche Entwicklung sei gefährlich, weil nicht nur ein einzelner, eng abgegrenzter Markt betroffen werde, sondern eine Vielzahl von Lebensmittelmärkten. Unter diesem Aspekt sei die Frage nach einer Verschärfung der Strukturkontrolle durch Absenken der Eingriffsschwelle bei der Zusammenschlußkontrolle aufzuwerfen. Eine Änderung der gesetzlichen Regelung sei aber derzeit noch nicht angezeigt. Der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesminister für Wirtschaft hat sich dagegen ausgesprochen, das geltende Recht zu Lasten der dynamischen Kräfte des Handels weiter zu verschärfen⁶.

Demgegenüber vertreten Kreise der Markenartikelindustrie und des mittelständischen Handels vehement die Forderung, durch eine Verschärfung der Fusionskontrolle im Handel der zunehmenden Konzentration entgegenzuwirken. Der daraus resultierende politische Druck auf den Gesetzgeber ist mittlerweile so stark geworden, daß im Rahmen einer geplanten Kartellnovelle auch eine Änderung der Vorschriften über die Zusammenschlußkontrolle nicht mehr ausgeschlossen erscheinen. Gegenwärtig ist jedoch weder über die Notwendigkeit noch über Art und Umfang einer solchen Änderung Einigkeit erzielt. Dies mag Anlaß sein, sich mit den drei wichtigsten Reformvorschlägen auseinanderzusetzen. Daran anknüpfend ist die Rollenverteilung zwischen Industrie und Handel im Distributionsprozeß, auch im Hinblick auf künftige Entwicklungen, zu durchleuchten.

⁵ Monopolkommission, Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. Baden-Baden 1985.

⁶ Zitiert nach BT-Drucksache 11/554, Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, Wettbewerbspolitik. Bonn 1986. Abgedruckt in: WuW, Bd. 37 (1987), S. 287–300, hier: S. 297–299.

IV. Die Vorschläge zur Ergänzung der Marktbeherrschungstatbestände

1. Lieferantenabhängigkeit als Anknüpfungsmerkmal der Marktbeherrschung

a) Der Vorschlag und seine Begründung

Nach Ulmer⁷ ist eine Sonderregelung für Handelsfusionen dringend erforderlich. Die Marktbeherrschungstatbestände des GWB seien auf die Angebotsmärkte der Industrie zugeschnitten und würden den Besonderheiten im Handel nicht gerecht. Diese Besonderheiten würden sich in zwei Punkten zeigen: Einmal in der maßgeblichen Rolle führender Handelsunternehmen sowohl auf den Beschaffungs- wie auf den Absatzmärkten, verbunden mit der Möglichkeit, durch machtbedingte Einkaufsvorteile die Wettbewerbsstellung auch auf den Absatzmärkten auszubauen (Spiraltheorie). Zum anderen zeigten sie sich in dem umfassenden Zuschnitt der Handelsmärkte (Sortimentsaspekt). Denn im Vergleich zu den auf bestimmte Produkte ausgerichteten Herstellern würden die Handelsunternehmen über eine große Umstellungsflexibilität verfügen. Außerdem wäre der Handel ohnehin das Nadelöhr für die Industrie, um zu den Endabnehmern zu gelangen. Schließlich bestünden durch die Knappheit interessanter Standorte, Überkapazitäten und hohen Kapitalbedarf für Neugründungen für Handelsunternehmen erhebliche Marktzutrittschranken.

Die vorgeschlagene Neuregelung soll am Kriterium der Unverzichtbarkeit bestimmter Handelsunternehmen für bestimmte Lieferanten anknüpfen, wobei Unverzichtbarkeit bereits bei einem Bezugsanteil von fünf bis acht Prozent gegeben sein soll, und berücksichtigen, daß eine Vielzahl von Abhängigkeiten gesamtwirtschaftliche Bedeutung habe. Sie soll lauten:

„Marktbeherrschend ist auch ein Handelsunternehmen, wenn eine für den Wettbewerb auf dem Markt erhebliche Zahl von Anbietern der zu seinem Sortiment gehörenden Waren von ihm in der Weise abhängig ist, daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Handelsunternehmen auszuweichen, nicht bestehen.“

Es handelt sich dabei um ein *mixtum compositum* aus Elementen des § 26 Abs. 2 S. 2 GWB und des § 18 Abs. 1 lit. a GWB. Gedacht ist darüber hinaus an die Einführung eines ergänzenden Vermutungstatbestandes in § 22 Abs. 3 GWB, der an entsprechend geringere Marktanteile großer Handelsunternehmen oder an das Erreichen bestimmter, zur Unverzichtbarkeit führender Lieferanteile anknüpfen soll. Außerdem soll die Bagatellklausel des § 24 Abs. 8 Nr. 3 GWB für Handelsfusionen beseitigt werden.

⁷ Vgl. Ulmer, Peter, Sonderregelungen für Handelsfusionen scheinen immer dringender geboten, in: Handelsblatt Nr. 145 vom 0.3.08.1987, S. 12; ders., Brauchen wir eine Kartellnovelle? MA, Bd. 49 (1987), S. 326–337. — Vgl. auch den Antrag des Landes Rheinland-Pfalz zu einer Entschließung des Bundesrats zur Änderung des GWB, Br-Drucksache 576/87, S. 5f.

b) Zur Erforderlichkeit einer Sonderregelung

Hinter der Forderung nach einer Sonderregelung steht offenbar die Überzeugung, die Fusionskontrollentscheidungen des Kammergerichts würden auf einem Normdefizit beruhen, dem es abzuhelpen gelte. Ein Studium der Coop/Wandmaker-Entscheidung ergibt indessen, daß sie wohl auch unter Geltung dieser Sonderregelung nicht anders ausgefallen wäre. Denn das Kammergericht wendet sich nicht nur gegen die Berücksichtigung des Merkmals der Unverzichtbarkeit bei der Auslegung des geltenden § 22 GWB, sondern zeigt gerade anhand der Feststellungen des Bundeskartellamt auf, „wie schlecht sich die individuelle Bezugskonzentration als Indikator für die Marktstärke der Spitzengruppe eignet.“ Es hatte sich nämlich herausgestellt, daß die Mitglieder der Spitzengruppe sich in diesem Punkt keineswegs einheitlich verhielten, sondern ihre eigene Geschäftspolitik verfolgten. So gesehen darf man daran zweifeln, ob mittels einer Sonderregelung eine schärfere Fusionskontrolle möglich würde. Im übrigen erstaunt es, daß die gegen die Unverzichtbarkeitsthese erhobenen Bedenken des Kammergerichts offenbar nicht zur Kenntnis genommen werden.

c) Zur Sachgerechtigkeit einer Sonderregelung

Die vorgeschlagene Sonderregelung enthält freilich so viele unbestimmte Rechtsbegriffe, daß bei einer entsprechenden wettbewerbsspolitischen Tendenz, weitere Fusionen im Handel strikt zu unterbinden, eine weitreichende Ausdehnung des Marktbeherrschungstatbestandes als denkbar erscheint. Daher ist die Frage nach einer Sachgerechtigkeit einer solchen Sonderregelung aufzuwerfen.

aa) Bedenken aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit

Gewiß lassen sich im Hinblick auf die unbestimmten Rechtsbegriffe in der vorgeschlagenen Sonderregelung Bedenken aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit formulieren. Man sollte ihnen aber kein allzugroßes Gewicht beimessen aus zwei Gründen. Zum einen kann das Kartellrecht angesichts der Komplexität der zu regelnden Sachverhalte auf die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe nicht verzichten. Die vorgeschlagene Sonderregelung knüpft ohnehin an geltende Regelungen (§ 26 Abs. 2 S. 2 GWB und § 18 Abs. 1 lit. a GWB) an. Zum anderen würde die Einführung von ergänzenden Vermutungstatbeständen solche Bedenken gerade ausräumen.

bb) Bedenken aus dem Gesichtspunkt der Ungleichbehandlung von Industrie und Handel

Das GWB in seiner jetzigen Gestalt differenziert nicht nach Wirtschaftsstufen. Allerdings enthält es für die Nachfragetätigkeit von Unternehmen einige (umstrittene) Spezialregelungen (§ 26 Abs. 2 S. 3 und § 26 Abs. 3 GWB). Diese

Regelungen gelten aber nicht nur für den Handel, sondern auch für die Industrie und die öffentliche Hand als Nachfrager. Die vorgeschlagene Sonderregelung soll sich nun ausdrücklich auf Handelsunternehmen beschränken, also beispielsweise für das Verhältnis der Automobilindustrie zu den Zulieferunternehmen nicht gelten. Mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung, dem der Gesetzgeber in erster Linie verpflichtet ist (Art. 3 GG), ist dies schwerlich zu vereinbaren.

Würde man aber, um der Gleichbehandlung willen, die Sonderregelung auch auf die Stellung der Industrie zu ihren Abnehmern im Handel erweitern, könnte es für eine Vielzahl von Markenartikel-Herstellern ein böses Erwachen geben: sie würden sich ohne Rücksicht auf ihren Marktanteil als ‚Marktbeherrscher‘ wiederfinden, wenn nur eine erhebliche Anzahl von Handelsunternehmen auf die Belieferung angewiesen wäre, und sei es auch nur zur Aufrechterhaltung eines konkurrenzfähigen Sortiments. Man darf annehmen, daß die Industrie eine solche Konsequenz einer Neufassung des Tatbestands der Marktbeherrschung scheuen würde. — Bemerkenswert ist denn auch der weitere Vorschlag von Ulmer, den Belieferungszwang von nicht marktbeherrschenden Markenartikelherstellern gegenüber Handelsunternehmen abzuschaffen.

cc) Bedenken im Hinblick auf den Marktbezug der Sonderregelung

Die geforderte Sonderregelung knüpft an das erweiterte Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 S. 2 BGB an. Sie greift den dort normierten Abhängigkeits-tatbestand auf und will ihm einen ‚Marktbezug‘ dadurch verleihen, daß eine „für den Wettbewerb auf dem Markt erhebliche Zahl“ (vgl. § 18 Abs. 1 lit. a GWB) solcher Abhängigkeitsverhältnisse gefordert wird. Daß ein solcher Marktbezug nicht schon per se bei einer Vielzahl von Abhängigkeitsverhältnissen besteht, hat das Kammergericht in der Hussel/Mara-Entscheidung aufgezeigt⁸. Es hat die entsprechende These des Bundeskartellamtes mit der Bemerkung zurückgewiesen, es möge zwar vielfach eine marktbeherrschende Stellung vorliegen, wenn eine Gruppe von Anbietern wegen Fehlens von Ausweichmöglichkeiten auf bestimmte Nachfrager angewiesen sei, zwingend sei dies jedoch nicht. Und Mestmäcker⁹ hatte zuvor schon darauf hingewiesen, bei einem Abstellen auf Abhängigkeitsverhältnisse werde der Marktbezug aufgegeben. Denn § 22 GWB stelle auf einen Markt für „Waren oder gewerbliche Leistungen“ ab und selbst wenn es einen Markt für die Mittlerleistungen des Handels gäbe, so doch keinen Markt der Großunternehmen des Handels gegenüber den Herstellern. Das ist zwar richtig, trifft aber die Fragestellung nicht ganz. Denn es ist nicht ausgeschlossen, daß eine Vielzahl von Abhängigkeitsverhältnissen eine Auswirkung auf den Gesamtmarkt haben kann. In der geforderten Sonderregelung wird unterstellt, daß es eine solche Auswirkung gibt. Soll dies keine bloße Fiktion sein, soll also die Fusionskontrolle nicht vom Marktbeherrschungser-

⁸ KG WuW/E OLG 3577, 3589.

⁹ *Mestmäcker*, Ernst-Joachim, *Der verwaltete Wettbewerb*. Tübingen 1984, S. 265–266.

fordernis abgekoppelt werden, muß zumindest ein solcher Zusammenhang plausibel sein. Es muß erkennbar sein, worin der Wettbewerbsvorsprung eines Handelsunternehmens aufgrund einer Vielzahl von Abhängigkeitsverhältnissen bestehen soll. Das ist es, was vor der Einführung einer Sonderregelung erst einmal bewiesen werden müßte.

Und hier zeigt sich, daß die Befürworter einer Sonderregelung mit einer Reihe von Unterstellungen arbeiten müssen. Sie müssen erstens unterstellen, daß auch die übrigen Handelsunternehmen ihren Bedarf weitgehend bei den Herstellern decken, die vom fraglichen Handelsunternehmen abhängig sind. Denn was nützen dem Handelsunternehmen solche Abhängigkeitsverhältnisse, wenn seine schärfsten Konkurrenten ihre Waren von anderen Herstellern beziehen. Das ist aber häufig der Fall. Im Interbrand-Wettbewerb kann sich erweisen, daß die Konkurrenzware besser und / oder billiger ist. Und was die Einkaufskonditionen angeht, sind sie bei den Konkurrenten möglicherweise günstiger, wenn deren Lieferanten über bessere Kostenstrukturen verfügen. Gerade das Auffinden günstigerer Bezugsquellen, zum Beispiel auch im Ausland, ist ein wichtiges Element im Nachfragewettbewerb, das hier unberücksichtigt bleibt. Selbst wenn aber auch die Konkurrenten weitgehend ihre Ware von denselben Herstellern bezögen, ist nicht erwiesen, daß das Handelsunternehmen ohne weiteres bessere Konditionen bekommt. Die Abhängigkeit kann ja auch gegenüber den Konkurrenten des Handelsunternehmens bestehen. Im übrigen ist es nicht unwahrscheinlich, daß ein starker Nachfrager im Handel sich zwar im Besitze von Vorzugskonditionen glaubt, der Hersteller aber diese Konditionen insgeheim auch anderen Nachfragern einräumt.

Mehr noch: der Vorteil von Abhängigkeitsverhältnissen kann ein Scheinvorteil sein, weil gerade solche Lieferbeziehungen nicht ohne weiteres beendet und durch andere ersetzt werden können, weil mit anderen Worten die Umstellungsflexibilität mit der Intensität der Lieferbeziehung sinkt. An einem einfachen Beispiel: wenn ein Handelsunternehmen einen bestimmten Markenartikel im Verkauf favorisiert und — wie es in der Praxis geschieht — seine Vorzüge gegenüber den Konkurrenzprodukten herausstreicht, kann es ohne Glaubwürdigkeitsverlust kaum diesen Artikel gegen das Konkurrenzprodukt austauschen.

dd) Bedenken im Hinblick auf eine Inflationierung des Marktbeherrschungsbegriffs

Wollte man wirklich eine individuelle Abhängigkeit eines Anbieters von einem Handelsunternehmen bei einem Bezugsanteil von fünf Prozent beginnen lassen, käme man zu einer Inflationierung der Marktbeherrschung. Denn hochgerechnet auf Bezugsanteile von fünf Prozent bei allen Anbietern, könnte somit ein Marktanteil von fünf Prozent für die Marktbeherrschung ausreichen. Im Modellfall, daß sich zwanzig Anbieter und zwanzig Nachfrager gegenüberstünden und alle Nachfrager ihre Bezüge gleichmäßig auf alle Nachfrager

verteilt, wären alle Nachfrager je für sich marktbeherrschend. Da aber nach der geforderten Sonderregelung Abhängigkeit nicht aller, sondern nur einer für den Wettbewerb erheblichen Zahl von Anbietern erforderlich sein soll, wären theoretisch noch mehr als zwanzig Marktbeherrscher auf der Handelsseite denkbar. Die Gefahr einer Denaturierung des Marktbeherrschungsbegriffs liegt auf der Hand.

ee) Bedenken im Hinblick auf eine Regulierung der Nachfrage

Ein letztes Bedenken gegen die geforderte Sonderregelung besteht darin, daß sie eine indirekte staatliche Regulierung der Nachfrage vornimmt. Die Feststellungen des Kammergerichts im Fall Coop/Wandmaker zeigten, daß die Großunternehmen des Handels im Hinblick auf eine Bezugskonzentration bei einzelnen Anbietern durchaus unterschiedliche Politiken verfolgten. Würde der Vorschlag Gesetz, müßten alle großen Handelsunternehmen danach trachten, ihre Beschaffungspolitik so einzurichten, daß eine Vielzahl von Abhängigkeitsverhältnissen vermieden würde — etwa durch Errichtung oder Erwerb eigener Produktionsstätten oder durch breitere Streuung der Nachfrage oder durch verstärkte Bezugskonzentration auf weniger Anbieter. Dies möglicherweise auch, wenn ein solches Verhalten wettbewerblich gerade nicht angezeigt wäre.

Dem Vorschlag einer Sonderregelung der Fusionskontrolle im Handel, anknüpfend an die Lieferantenabhängigkeit, stehen sonach schwere Bedenken gegenüber.

2. Einführung eines vertikalen Bewertungskriteriums in § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB

a) Der Vorschlag und seine Begründung

Zweitens ist zu nennen der Versuch, an der bisherigen Regelung der Marktbeherrschung festzuhalten, jedoch eine gewisse Erweiterung vorzunehmen. Dahin etwa gehen Überlegungen in der Ministerialbürokratie. Über deren Hintergründe zu spekulieren, etwa ob man unter dem Zwang der politischen Verhältnisse glaubt, einen Novellierungsvorschlag erarbeiten zu müssen, der freilich wiederum nicht zu weit gehen darf, erscheint müßig. Es geht allein um die Überzeugungskraft jener Überlegungen. Gedacht wird daran, zwar nicht am Begriff der Marktbeherrschung zu rütteln, wohl aber der Rechtsanwendung ein Signal zu geben. Man will den fünf Bewertungskriterien für das Vorliegen einer „überragenden Marktstellung“ in § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB ein sechstes hinzufügen. Es soll die *eigenständige Berücksichtigung vertikaler Marktbeziehungen* ermöglichen¹⁰. Davon verspricht man sich eine Vorverlegung der Schwelle der

¹⁰ Vgl. *Geberth*, Rolf, Stand der Beratungen über eine Kartellgesetznovelle. In: FJW (Hrsg.), *Schwerpunkte des Kartellrechts 1986/87*. Köln, Berlin, Bonn und München 1988, S. 55–67.

Marktbeherrschung für Handelsunternehmen. Freilich ist man sich dabei nicht sicher, ob eine solche Regelung nicht auch die Industrie im Hinblick auf ihre Zulieferbeziehungen treffen könnte.

Den gesetzgeberischen Handlungsbedarf erblickt man in einem *Machtübergewicht* bestimmter Betriebsformen des Handels gegenüber der Industrie. Insbesondere denkt man an jene Unternehmen des Lebensmittelhandels, deren Gesamtortiment sich über eine Vielzahl einzelner mehr oder weniger verwandter Warengruppen erstreckt. Solche Unternehmen könnten ihr Sortiment leichter umstellen als die Hersteller ihre Produktion, nicht zuletzt im Hinblick auf die jeweiligen Investitionskosten (sogenannte *Sortimentsbreitenthese*¹¹). Mit einem Wort: die Umstellungsflexibilität des Handels sei größer als jene der Industrie und daraus ergebe sich ein Machtübergewicht. Die an Marktanteile anknüpfende Marktbeherrschungsvermutung sei auf Anbieter zugeschnitten und könne nicht in gleicher Weise für Handelsunternehmen als Nachfrager gelten. Hier würden schon niedrigere Konzentrationsgrade ausreichen, um Abhängigkeit der Lieferanten zu erzeugen.

b) Kritische Würdigung

Was ist von diesen Überlegungen zu halten? Zunächst: ausreichende empirische Untersuchungen über solche Zusammenhänge fehlen, wie auch eingestanden wird. Gewiß besteht hier ein Nachholbedarf. Andererseits ist vor auszusehen, daß beweiskräftige Aussagen kaum möglich sind. Denn zu ermitteln sind zwar Fakten, welche Schlüsse aber daraus zu ziehen sind, steht auf einem anderen Blatt. Unternehmerische Entscheidungen, wie etwa über eine Sortimentsänderung, werden sich kaum monokausal erklären lassen. Vielmehr kommt es stets auf die Umstände des Einzelfalls an. Ob eine solche Entscheidung getroffen wird, kann von vielen — auch irrationalen — Gründen abhängen. Immerhin ist schon etwas gewonnen, wenn man Zahlen über tatsächliche Sortimentsveränderungen im Handel hat. Was nun die Lieferantenfluktuation beim Handel angeht, soll sie im Jahr bei zwei Prozent liegen, wobei die Zahl der Zugänge, die der Abgänge leicht übersteigen soll — erklärbar aus der Tendenz zur Sortimentsausweitung¹². Bei der Zusammensetzung des Sortiments soll eine Fluktuation zwischen drei und sechs Prozent des Sortimentsumfangs stattfinden¹³. Allerdings wird bei diesen Zahlen nicht danach differenziert, inwieweit es sich um neue oder veränderte Produkte derselben Hersteller handelt¹⁴ und inwieweit lediglich ein Austausch von Herstellern

¹¹ Dazu insbesondere Monopolkommission, Sondergutachten 14, a. a. O., Tz. 218, und kritisch *Lademann*, Rainer. Besonderheiten im Wettbewerb des Handels — Realität oder Ideologie?, Göttingen 1988, S. 14–18.

¹² *Lademann*, Rainer, a. a. O., S. 12.

¹³ *Roiger*, K. H., Aktuelle Situation des Lebensmittelhandels. In: GfK (Hrsg.), *Der Einzelhandel 1979/80. Versuch einer Standortbestimmung*. Nürnberg 1978, S. 71 ff.

vergleichbarer Waren stattfindet. Berücksichtigt man dies, muß man von einer relativ stabilen Sortimentspolitik im Handel sprechen. Was aber sind die Gründe dafür? Dazu mag man sich in die Rolle des Händlers versetzen, um zu ermesen, ob und wie frei er in seiner Sortimentspolitik ist.

Wohlgemerkt: nur auf die Flexibilität der Sortimentsumstellung soll es ankommen, nicht auf die Möglichkeit, den Lieferanten einer Ware durch einen anderen zu ersetzen. Denn letztere Möglichkeit ist bei allen Handelsunternehmen gegeben, mögen sie nun ein breites oder schmales Sortiment haben. Es geht also nicht darum, ob beispielsweise ein Händler statt Onko-Kaffee künftig Jacobs-Kaffee bezieht, sondern ob er Tierfutter aus dem Sortiment streicht und dafür Kosmetika hereinnimmt. Wie frei ist nun ein Breitsortimenter, wie es die großen Unternehmen des Lebensmittelhandels sicherlich sind, in seiner Sortimentspolitik? Dies hängt, von konkreten Abnahmebindungen gegenüber Herstellern einmal abgesehen, vor allem von der Absatzpolitik des Handelsunternehmens ab. Die Nachfrage des Verbrauchers nach Gütern des Lebensmittelhandels ist aber relativ konstant. Von einem Lebensmittelgeschäft einer bestimmten Größenordnung erwartet ein Verbraucher, daß es einen bestimmten Grundbedarf ohne weiteres decken kann. Ein Handelsunternehmen, das einen Artikel des Grundbedarfs auslistet und nicht bloß den Lieferanten dieses Artikels wechselt, muß mit der Verärgerung und dem Abwandern von Kunden rechnen. Der Händler ist also gezwungen, zumindest jene Waren ständig in seinem Sortiment zu führen, die von seiner Kundschaft ständig verlangt werden. Im Hinblick auf den Grundbedarf ist es also mit einer Sortimentsflexibilität nicht weit her. Allerdings gibt es auch bei den Artikeln des Grundbedarfs unterschiedliche Sortimentsbreiten. Um beim Beispiel des Kaffees zu bleiben: es gibt Kaffees verschiedener Geschmacksrichtungen, es gibt koffeinfreien Kaffee, gefriergetrockneten Kaffee und vielleicht auch noch den Feigenkaffee seligen Angedenkens. Besteht nicht wenigstens insoweit eine Umstellungsflexibilität? Sicher muß ein Händler beständig darüber nachdenken, wie breit er bei Artikeln des Grundbedarfs das Sortiment gestalten soll, und sicher wird er von Zeit zu Zeit Änderungen vornehmen, um der jeweiligen Nachfrage gerecht zu werden. Nachhaltigen Druck könnte er mit der Drohung einer Sortimentsveränderung auf die Hersteller nur ausüben, wenn er nach Belieben einen Artikel herausnehmen und nach einiger Zeit wieder hereinnehmen könnte. Eine solche Zickzackpolitik wird aber für den größten Teil des Sortiments im Bereich des Grundbedarfs nicht möglich sein. Und zwar deshalb, weil dadurch der Verbraucher irritiert würde. Jedenfalls erscheint es nicht sehr vernünftig, etwa gefriergetrockneten Kaffee *vorübergehend* auszulisten. Denn entweder verlangt die Kundschaft diesen Artikel in diesem Geschäft oder sie verlangt ihn nicht. Die Sortimentspolitik im Bereich des Grundbedarfs ist daher notwendigerweise auf

¹⁴ Vgl. Lademann, Rainer, Nachfragemacht von Handelsunternehmen. Göttingen 1986, S. 222. Lademann spricht von etwa 1400 jährlich neu auf den Markt drängenden neuen oder spezifizierten Produkten.

eine gewisse Kontinuität angelegt. Dies schließt selbstverständlich Experimente nicht aus. So etwa, wenn es um die Erprobung neuer Produkte geht: bewähren sie sich, behält man sie im Sortiment, andernfalls listet man sie wieder aus.

Kurzfristige Sortimentsveränderungen kann es wohl nur bei Artikeln des *Ergänzungsbedarfs* geben, also bei solchen Artikeln, die der Verbraucher nicht typischerweise bei diesem Händler erwartet. Der Händler wird solche Artikel vertreiben, wenn sie sich gut verkaufen lassen und/oder der sonstige Absatz dadurch gefördert wird. Vielfach wird es sich dabei um sogenannte *Aktionsware* handeln. So etwa, wenn ein Lebensmittelhändler Kochbücher anbietet. Hier geht es aber den Herstellern von vornherein nur darum, zusätzliche Absatzwege zu erschließen, nicht aber darum, Stammabnehmer zu bekommen, Wie auch immer, jedenfalls fällt die Umstellungsflexibilität des Handels in diesem Warenbereich nach Art und Umfang kaum ins Gewicht.

Natürlich besteht heute nicht mehr dasselbe Branchendenken wie früher. Jeder Händler stellt sich selbst sein Sortiment zusammen, unbekümmert darum, ob es über seine eigentliche Branche hinausgeht oder nicht. Insoweit ist die Umstellungsflexibilität sicher größer als früher. Gleichwohl muß der Händler auf die Kundenerwartungen Rücksicht nehmen, die er mit einer bestimmten Sortimentspolitik aufgebaut hat. Eine echte Umstellungsflexibilität besteht daher, von Randbereichen abgesehen, nur hinsichtlich einer längerfristig angelegten Sortimentsplanung. Sind solche Entscheidungen einmal getroffen, wird sie der Händler nicht ohne Schaden beliebig oft und beliebig rasch korrigieren. Soviel zum ersten.

Die Behauptung geht freilich dahin, die Umstellungsflexibilität des Handels sei jedenfalls größer als die der Industrie. Berücksichtigt wird bei diesem Vergleich aber nur die Fähigkeit der Industrie zur *Produktionsumstellung*, nicht auch zur *Absatzumstellung*. Richtigerweise müssen in den Vergleich beide Punkte einbezogen werden. Vergleicht man Sortimentsumstellung und Produktionsumstellung, wird man auf den ersten Blick sicher dem Handel die größere Flexibilität beimessen: er kann schneller auf den Bezug anderer Ware umstellen als die Industrie auf ihre Herstellung. In Wirklichkeit verhält es sich aber so, daß nicht der Handel durch Sortimentsumstellung die Industrie zur Produktionsumstellung zwingt. Vielmehr ist es die Industrie, die den Handel ständig mit neuen oder andersartigen Produkten konfrontiert, die in die Regale des Handels drängt, die ihm eine Sortimentsveränderung andient. Die Produktionspolitik der Industrie beeinflusst sicher stärker die Sortimentspolitik des Handels als umgekehrt. Nimmt man noch hinzu, daß die Sortimentspolitik in weitem Maße auch durch die konkreten Verbrauchererwartungen geprägt wird, darf man sehr wohl Zweifel an der These äußern, der Handel verfüge generell über eine größere Umstellungsflexibilität als die Industrie.

In den Flexibilitätsvergleich muß aber auch die *Absatzumstellung* einbezogen werden, also die Möglichkeit der Industrie, ihre Produkte über andere Vertriebswege abzusetzen. Selbst wenn man unterstellt, daß in bestimmten

Produktionsbereichen eine echte Produktionsumstellung nicht möglich ist, ist damit nicht gesagt, daß *deswegen* dem Handel bei den Einkaufsverhandlungen ein strukturelles Machtübergewicht zukommt. Denn der Bedarf der Bevölkerung an Lebensmitteln und sonstigen Verbrauchsgütern ist mehr oder weniger konstant. Das ist zugleich die Existenzgarantie der Lebensmittelindustrie. Wenn ein Handelsunternehmen bestimmte Produkte aus seinem Sortiment streicht, verlieren die Hersteller dieser Produkte zwar diesen Absatzweg. Dafür stehen ihnen aber andere Absatzwege (Handelsbetriebe, sonstige Absatzmittler, Direktvertrieb) offen. Gerade die Entwicklung der letzten Jahrzehnte haben hier Neuerungen hervorgebracht. Um nur ein Beispiel zu nennen: die meisten Tankstellen führen heute ein gewisses Sortiment an Lebensmitteln. Der Zugang hierzu ist umso leichter, als der Güterbedarf und damit eine Nachfrage an sich ja gegeben ist. Der Flexibilität der Sortimentsumstellung des Handels — soweit eine solche überhaupt vorhanden ist — entspricht die Flexibilität der Absatzumstellung der Industrie. Ein strukturelles Machtübergewicht des Handels über die Industrie ist daher mit Überlegungen zur Sortimentsflexibilität schwerlich zu begründen.

Denkbar ist freilich, daß man nicht so sehr auf die Sortimentsbreite blickt, sondern auf die grundsätzliche Möglichkeit des Produktwechsels abstellt. Die Frage ist dann: Kann ein Händler leichter auf die Produkte eines anderen Lieferanten überwechseln als umgekehrt ein Lieferant mit seinen Produkten auf einen anderen Händler oder einen sonstigen Vertriebsweg? Eingeschlossen in diese Fragestellung ist sowohl der vollständige Lieferantenwechsel als auch die Verringerung der Bezugsmengen beim einzelnen Lieferanten.

Für eine vergleichsweise höhere Flexibilität jedenfalls des Lebensmittelhandels könnte sprechen, daß dessen Betriebe im Durchschnitt zwischen 1.000 und 10.000 im Einzelfall bis zu 30.000 Artikel und mehr im Sortiment führen¹⁵, während die Hersteller bestenfalls einige Hundert Artikel im Lieferprogramm haben. Aber im Grunde beweist dies nichts. Die Ausweichmöglichkeiten sowohl des Händlers, als auch des Herstellers hängen von ganz spezifischen Gegebenheiten ab. Der Händler kann langfristigen Bindungen des Herstellers unterliegen oder aber er ist durch den Bekanntheitsgrad der Marke des Herstellers genötigt, dessen Produkte im Sortiment zu führen, um seine Kunden nicht zu verärgern. Außerdem kann der Händler — und dies schränkt seine Wahlmöglichkeiten empfindlich ein — von vornherein nur mit einer begrenzten Zahl von Herstellern bzw. Produkten arbeiten: Die vorhandene Regalkapazität und die Erhöhung der Transaktionskosten bei einer Vermehrung der Vertragspartner setzen ihm natürliche Grenzen. Die Ausweichmöglichkeiten des Händlers sind umgekehrt aber auch dadurch begrenzt, daß er Kaufzurückhaltung gegenüber einem Hersteller nur insoweit ausüben kann, als ihm hinsichtlich Preis, Qualität und Liefermenge adäquate Angebote vorliegen. Denn an einer Einschränkung seines eigenen Umsatzes kann er schwerlich interessiert sein. Vielmehr hat er einen

¹⁵ Vgl. die Zahlen bei *Lademann*, Rainer, *Nachfragemacht ...*, a. a. O., S. 209 f.

bestimmten Warenbedarf, den er so oder so decken muß. Der Preisdruck des Handels auf die Hersteller kann nur deshalb so stark sein, weil es die Hersteller selbst sind, die ihm alternative Bezugsmöglichkeiten anbieten. Da die Regale des Händlers nur begrenzt aufnahmefähig sind, kann sich ein Hersteller mit seinen Produkten bei einem Händler nur behaupten oder ihn zur Listung neuer Produkte nur bewegen, wenn er ihm bessere Konditionen bietet als sein Mitbewerber. Als Ausübung von Nachfragemacht kann ein Hersteller den Preisdruck eines Händlers nur empfinden, wenn er für sich das Anrecht in Anspruch nimmt, bei diesem Händler mit Umsätzen im gewohnten Umfang vertreten zu sein. Ertrags- und Umsatzgarantien kann es aber im Wettbewerb nicht geben. Ein Hersteller, der hinsichtlich Preis, Qualität und Lieferfähigkeit mit der Konkurrenz nicht mithalten kann, muß entweder seine Kapazität zurücknehmen oder sonstige Ausweichmöglichkeiten stärker nutzen. Vieles spricht dafür, daß das angeblich strukturell bedingte Übergewicht des Handels über die Industrie im Lebensmittelbereich nur die Falschbezeichnung für andere Probleme ist: das Problem der Überkapazitäten in der Industrie und der damit verbundene scharfe Wettbewerb der Hersteller und das Problem unzureichender Nutzung sonstiger Absatzmöglichkeiten. Zur Lösung dieser Probleme kann aber eine Verschärfung der Fusionskontrolle im Handel kaum etwas beitragen.

3. Halbierung der Marktanteile bei den Marktbeherrschungsvermutungen

a) *Der Vorschlag und seine Begründung*

Ein dritter Reformvorschlag geht dahin, bei den Marktbeherrschungsvermutungen des § 22 Abs. 3, 23a Abs. 3 GWB die erforderlichen Marktanteile zu halbieren, soweit es um die Erfassung von Nachfragemacht des Handels gehe¹⁶. Zur Begründung wird gesagt, die Vermutungskriterien des geltenden Rechts seien für die Prüfung von Nachfragemacht in Käufermarktsituationen nicht realistisch. Die Neuregelung soll sich an die Vermutungstatbestände anschließen und lauten:

„In Käufermarktsituationen sind für die Prüfung von Nachfragemacht die vorgenannten Marktanteile zu halbieren.“

Davon verspricht man sich zugleich eine Verschärfung der Mißbrauchsaufsicht über Nachfrager nach § 22 Abs. 5 GWB.

b) *Kritische Würdigung*

Um mit der Verschärfung der Verhaltenskontrolle zu beginnen: Angesichts der Regelungen in § 26 Abs. 2 und 3 GWB, die an viel geringere Machtpotentiale von Nachfragern anknüpfen und speziell die Marktbeziehung zu den Anbietern

¹⁶ *Ebel*, Hans-Rudolf, Schwerpunkte einer Weiterentwicklung des Kartellrechts. ZRP, Bd. 21 (1988), S. 66–70, hier S. 68.

im Auge haben, ist nicht ersichtlich, inwieweit eine Verschärfung der Verhaltenskontrolle von Nachfragern möglich sein soll.

Sonach bleibt nur der Aspekt einer Verschärfung der Fusionskontrolle. Hier gilt es zwei Probleme zu erörtern. Inwieweit lassen sich erstens die Käufermarktsituation und zweitens der Marktanteil zur Beurteilung der Marktmacht von Nachfragern heranziehen?

aa) Zur Bedeutung der Käufermarktsituation

Ausgangspunkt des Reformvorschlags ist die Überlegung, daß im Bereich der über den Lebensmittelhandel abgesetzten Produkte eine durch Angebotsüberhang gekennzeichnete Käufermarktsituation besteht. Daran knüpft sich die Frage, ob dies zutrifft und, wenn ja, ob daraus Marktmacht resultieren kann. Ein Angebotsüberhang kann sich vornehmlich aus einem *Kapazitätsüberhang* bei den Herstellern ergeben. Gegenwärtig soll die Kapazitätsauslastung im verarbeitenden Gewerbe bei rund 85 Prozent liegen¹⁷, ohne daß es zwischen der Lebensmittelindustrie und den anderen Industrien signifikante Unterschiede gäbe. Wenn überhaupt, ist daher eine Käufermarktsituation aufgrund von Kapazitätsüberhängen kein spezifisches Problem der Nahrungsmittelindustrie. Und nebenbei bemerkt: eine Käufermarktsituation besteht dann nicht nur im Verhältnis von Industrie zu Handel, sondern gleichermaßen im Verhältnis von Handel zu Verbraucher¹⁸.

Was aber entscheidend gegen das Käufermarkt-Argument spricht, ist die darin steckende unzulässige *Verallgemeinerung*. Denn innerhalb des gesamten Lebensmittelbereichs gibt es sehr wohl *wachstumsintensive Teilbereiche*. Man denke nur an die Bereiche der Fertigmahlzeiten und des Tierfutters. Und auf den Einzelmärkten gibt es wiederum sehr erfolgreiche Produkte, deren Hersteller voll ausgelastet sind, sei es aufgrund des Rufs der Marke, sei es aufgrund neuer Produktideen. Man wird daher den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht, wenn man für bestimmte Märkte pauschal Käufermarktsituation annimmt.

Im übrigen bedeutet eine Käufermarktsituation aufgrund unzureichender Kapazitätsauslastung in erster Linie, daß davon ein Wettbewerbsdruck auf die Hersteller ausgeht¹⁹. Will ein Hersteller sich mit einer unzureichenden Kapazitätsauslastung nicht zufrieden geben, muß er entweder seine Preise senken oder seine Kapazitäten verringern oder sich verstärkt um bessere Produkte oder Absatzwege bemühen. Wer Käufermarktsituation mit Nachfragemacht gleichsetzt, läuft Gefahr, die Dinge in ein falsches Licht zu rücken. Jedenfalls darf eine Verschärfung der Fusionskontrolle im Handel nicht den Zweck und die Wirkung haben, den Anpassungsdruck in der Industrie zu verringern.

¹⁷ Vgl. *Hermes*, Oliver, Die Erfassung von Nachfragewettbewerb im Handel. Göttingen 1988, S. 151.

¹⁸ Vgl. *Hermes*, Oliver, a. a. O., S. 152, mit weiteren Nachweisen.

¹⁹ Dazu *Görgens*, Egon, Nachfragemacht im Lebensmittelhandel als Instrument der Strukturanpassung. ORDO, Bd. 35 (1984), S. 231–245.

bb) Zur Bedeutung des Marktanteils

Zweifelhaft ist aber auch die Aussagekraft des Marktanteils, jedenfalls was die Verhältnisse im Lebensmittelhandel betrifft²⁰. Denn in den relevanten Markt werden Artikel einbezogen, deren Hersteller nicht im geringsten miteinander konkurrieren, wie etwa Kaffeehersteller im Vergleich zu Konservenherstellern. Wenn man schon auf Machtpotentiale gegenüber Anbietern abstellt, müßte richtigerweise eine Einzelmarkt Betrachtung stattfinden. Davor scheut man sich nicht zuletzt in Anbetracht der Fülle von Artikeln, die im Lebensmittelhandel umgesetzt werden. Aber gerade eine Einzelmarkt Betrachtung würde aufzeigen, daß ein und derselbe Lebensmittelhändler von Produktgruppe zu Produktgruppe höchst unterschiedliche Marktanteile aufweisen würde.

Entscheidend ist insoweit auch, inwieweit es die Industrie verstanden hat, andere Vertriebswege zu öffnen und auszubauen. Man denke nur an den Kaffeevertrieb, der in breitem Umfang über eigene Verkaufsstellen der Industrie, ferner über Bäckereien und Kaffeehäuser vertrieben wird. Oder, um weitere Beispiele anzuführen, an Obst und Gemüse, Fleisch und Wurst, Fisch, Getränke, die weithin außerhalb des traditionellen Lebensmittelhandels vertrieben werden. — Auf der anderen Seite könnte eine solche Einzelmarkt Betrachtung aber auch dazu führen, daß ein Händler bei einer bestimmten Ware oder Warengruppe einen bedeutsamen Marktanteil innehat, so daß er möglicherweise leichter unter die Fusionskontrolle fallen könnte, als bei einer Gesamtmarkt Betrachtung. Aber was wäre damit gewonnen? Würde man damit eine Fusion verhindern können? Der Händler bräuchte nur seine Nachfrage in diesem Bereich zu reduzieren, um aus der ‚Gefahrenzone‘ herauszukommen. Das hätte den unerfreulichen Nebeneffekt, daß erstens die Hersteller mit Umsatzeinbußen rechnen müßten, nämlich gerade die, die mit diesem Händler Lieferbeziehungen unterhalten, und an sich die zu Schützenden sind; daß zweitens die Sortimentsgestaltung in Widerstreit zu den Verbraucherinteressen erfolgen würde. Der Marktanteil ist schließlich deshalb kein beweiskräftiges Indiz für Nachfragemacht gegenüber Herstellern, weil er nichts darüber aussagt, in welchem Umfang Bezüge auf einzelne Hersteller konzentriert werden und wie sich eine solche Bezugskonzentration auf den jeweiligen Hersteller auswirkt²¹. Ein kleines Handelsunternehmen, das sich auf wenige kleine Hersteller konzentriert, kann bei diesen sehr viel höhere Bezugsanteile erlangen, als ein großes Handelsunternehmen, das seine Bezüge auf mehrere große Hersteller verteilt. Insofern liegen die Dinge viel verwickelter als auf anderen Märkten. Und von daher wird auch verständlich, warum (abgesehen von der Prämierung der Wachstumsträchtigkeit durch die Hersteller) die großen Handelsunternehmen nicht immer die besten Einkaufskonditionen erzielen. Außerdem kann der

²⁰ Kritisch insoweit auch *Lademann*, Rainer, Nachfragemacht ..., a. a. O., S. 74–82; *Hermes*, Oliver, a. a. O., S. 160–168.

²¹ Dazu *Köhler*, Helmut, Nachfragewettbewerb und Marktbeherrschung. Tübingen 1986, S. 60 ff.

Marktanteil die Machtlage bei den Nachfragern deshalb nicht zutreffend widerspiegeln, weil dabei die Gegenmacht der Hersteller jedenfalls berühmter Marken unberücksichtigt bleibt. Verspricht man sich von einer Verschärfung der Fusionskontrolle eine Verschiebung der Machtverteilung zwischen Industrie und Handel, erscheint eine Anknüpfung am Marktanteil daher wenig sinnvoll.

V. Die Reformvorschläge vor dem Hintergrund der Aufgabenverteilung zwischen Industrie und Handel

Nach verschärfter Kontrolle von Handelsfusionen rufen jene, denen die derzeitige Regelung nicht ausreicht. Eigentlich, so meinen sie, hätte eine Fusion wie Coop/Wandmaker untersagt werden müssen. Sie übergehen dabei, daß das Kammergericht im Bereich des Lebensmittelhandels trotz der fortgeschrittenen Konzentration noch wesentlichen Wettbewerb bejaht hat. Gleichwohl sollte man die Reformbestrebungen nicht als bloßen Ausdruck gruppenegoistischen Denkens abtun. Vielmehr sollte man sie vor dem Hintergrund einer grundlegenden Aufgabenverschiebung zwischen Industrie und Handel sehen.

Es gilt daher, den historischen Hintergrund der Klagen über die zunehmende Nachfragemacht des Handels zu verdeutlichen. Vielleicht läßt sich dadurch ein besseres Verständnis aller Beteiligten erzielen. Der Schlüssel zum Verständnis der Reformbestrebungen liegt wohl im tradierten *Vorverständnis* der Industrie von der Rolle des Handels im Wirtschaftsprozeß. Bei der Warenherstellung war infolge des technischen Fortschritts und des gestiegenen Bedarfs schon frühzeitig die Umstellung von handwerklicher Erzeugung auf die *Massenproduktion* erfolgt. Dem stand aber im Bereich des Handels keine adäquate *Massendistribution* gegenüber. Jahrzehnte hindurch war der Handel als Institution mehr oder weniger auf die Rolle des Verteilungshelfen der Industrie beschränkt. Der Handel war der verlängerte Arm der Industrie. Er hatte die Aufgabe, die Markenartikel der Industrie zu den von ihr vorgeschriebenen Preisen an die Verbraucher abzusetzen. Wettbewerb war nur vorstellbar als Wettbewerb der Hersteller im Kampf um den Verbraucher mittels Preis, Qualität und Werbung. Ansätze zu einer eigenen Wettbewerbspolitik im Handel, etwa Verkauf von Marktartikel unter dem vorgeschriebenen Endpreis, wurden mit Entzug der Belieferung bestraft. In der Diskussion um die Zulässigkeit von Verkäufen unter Einstandspreis kehrt die Problematik übrigens wieder.

Wer in einem solchen Vorverständnis befangen ist, dem wird naturgemäß eine Emanzipation des Handels, sein Erstarken zu einem selbständigen und selbstbewußten Partner der Industrie, seine Durchsetzung eigener Vorstellungen von Produktqualität und Produktpreis, suspekt erscheinen. Er wird immer danach streben, dagegen etwas zu unternehmen. Und wenn er dazu aus eigener Kraft nicht imstande ist, wird er versuchen, die Politiker zu mobilisieren.

Bekannt man sich aber zu einer Wirtschaftsordnung des freien Wettbewerbs, muß man auch in Kauf nehmen, daß sich vorhandene Strukturen verändern, alte Machtpositionen aufgegeben werden und neue entstehen. Hergebrachte Rollenverteilungen unterliegen der Wandlung, so wie die Erfordernisse des Marktes und der Verbraucher es mit sich bringen.

Die Umwälzung im Handel, der Schritt zur Massendistribution durch geeignete Betriebsformen, wären nicht möglich gewesen, wenn sie nicht einem echten Bedürfnis der Verbraucher entgegengekommen wären. Der Siegeszug der Großbetriebsformen des Handels beruht auf niedrigen Preisen und breiten Sortimenten. Dafür nahm der Verbraucher eine geringere Betreuung und weitere Einkaufswege gern in Kauf. Wenn das ständige Abnehmen der ‚Tante-Emma-Läden‘ beklagt wird, erinnert das sehr an die Kritik der Streckenstilligungspläne der Bundesbahn: jeder will, daß die Nebenstrecken erhalten bleiben, aber keiner bedient sich ihrer.

Niemand wird bestreiten, daß im Lebensmittelbereich scharfer, ja schärfster Wettbewerb herrscht und daß der Nutznießer davon der Verbraucher ist. Es ist durchaus denkbar, daß die Fusionen im Handel nicht zuletzt durch den Druck des Wettbewerbs und durch das Bestreben, sich in diesem Wettbewerb zu behaupten und durchzusetzen, zustande gekommen sind. Man sollte einmal die Frage stellen, wo wir heute stünden, wenn es die Phänomene der ‚Nachfrage-macht‘ und der ‚Konzentration im Handel‘ nicht gegeben hätte! Es ist sogar vorstellbar, daß die Entwicklung dahin geht, vielleicht sogar gehen muß, wie sie sich in den letzten Jahrzehnten in der Automobilindustrie vollzogen hat. Dort ist die Zahl der Hersteller auf sechs bis sieben herabgesunken, während sie ihre Teile von Tausenden von Zulieferunternehmen beziehen und selbstverständlich mit ihrer Marke versehen. Die Rechtsprechung hat nicht einmal dagegen etwas einzuwenden, daß die Hersteller ihren Händlern vorschreiben, nur Original-Ersatzteile zu verwenden²². Man kann diese Entwicklung aus einer fertigungs- und vertriebstechnischen Notwendigkeit heraus erklären. Genauso könnte aber die Entwicklung im Handel verlaufen: daß nämlich die Zahl der Handelsunternehmen, vom Spezialhandel abgesehen, sich auf sechs bis sieben verringert, und daß diese Handelsunternehmen die von der Industrie als Zulieferer gefertigten Produkte unter ihrer Handelsmarke und in ihrem Sortiment vertreiben. Wer sich vor einer solchen Entwicklung fürchten und die Gefahr einer lokalen oder regionalen Monopolisierung von Märkten beschwören würde, dem wäre entgegenzuhalten: Warum sollte die Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln schlechter funktionieren als mit Automobilen, Ersatzteilen und Kraftstoff.

Überdies ist nicht gesagt, daß die Entwicklung ohne ein Eingreifen des Gesetzgebers so verlaufen muß. Das Wachstum großer Handelsunternehmen steht und fällt mit dem Konsum- oder Einkaufsverhalten. Es ist nicht

²² Vgl. BGHZ 81, 322 — (Original-VW-Ersatzteile II), und krit. dazu Köhler, Helmut, Individualwettbewerb und Gruppenwettbewerb. ZHR, Bd. 146 (1982), S. 580–594.

ausgeschlossen, daß sich ein gegenläufiger Trend hin zum Kauf im Spezialgeschäft und zur Abkehr vom Massenprodukt einstellt (sogenannter ‚Erlebniskauf‘). Das ist eine Frage der Einkommensverhältnisse, der zur Verfügung stehenden Freizeit und der Konsumbedürfnisse.

Denkbar ist weiter, daß ausländische Handelsunternehmen auf den deutschen Markt eindringen, wie dies beispielsweise im Textilbereich (Benetton) oder im Restaurantbereich (Mc Donald’s) schon geschehen ist. Denkbar ist ferner, daß die großen Handelsunternehmen dazu übergehen müssen, Filialbetriebe etwa nach dem Franchise-Modell an selbständige Kaufleute zu überlassen, um wettbewerbsfähig zu bleiben. Auf diese Weise könnten — vergleichbar dem Modell von Edeka und Rewe — neue unternehmerische Existenzen geschaffen werden und eine neue Mittelstandsschicht entstehen.

Schließlich erscheint es möglich, daß sich ganz neue Vertriebsformen entwickeln, die den traditionellen Handel in Teilbereichen überflüssig machen. Man könnte sich vorstellen, daß zentrale Warenauslieferungslager entstehen, in denen die Hersteller ihre Produkte lagern können, daß der Verbraucher mittels Bildschirmtext mit dem Hersteller in Dialog tritt und sich auf diese Weise seinen Warenbedarf ermittelt, daß im Auslieferungslager wiederum mittels EDV das Warenpaket zusammengestellt und dann vom Verbraucher abgeholt oder ihm zugestellt wird, während die Bezahlung durch Kontoabbuchung erfolgt²³.

Wie auch immer die Entwicklung verlaufen wird, schwerlich wird sie durch eine Verschärfung der Fusionskontrolle im Handel entscheidend beeinflusst werden. Die eigentlichen Ursachen der Konzentration, nämlich Überkapazitäten in der Industrie und Größenvorteile bei der Warendistribution sowohl für die Industrie als auch für den Handel mit der Folge einer ‚Konditionenspreizung‘²⁴, werden dadurch nicht berührt. Im Gegenteil: eine Verschärfung der Fusionskontrolle läuft Gefahr, volkswirtschaftlich notwendige Anpassungen zu erschweren. Die Interessenvertreter der kleinen und mittleren Handelsbetriebe sollten eigentlich schon durch das Beispiel der Baunutzungsverordnung gewarnt sein: man versprach sich von der Verhinderung großflächiger Handelsbetriebe in Außengebieten eine Entlastung vom Wettbewerbsdruck; die Folge dieser künstlichen Standortverknappung aber war, daß die betroffenen Handelsgruppen nunmehr in die Innenstädte drängen. Dadurch verschlechtern sich die Wettbewerbsbedingungen für die ansässigen Unternehmen erst recht, auch zum Beispiel in Gestalt höherer Mietkosten. Ähnliches kann bei einer Verschärfung der Fusionskontrolle geschehen: die Folge kann eine Zunahme der *internen* Konzentration sein. Dies lehrt zur Genüge das Beispiel Aldi, der aus kleinen Anfängen zum Spitzenreiter im Lebensmittelhandel aufstieg, und zwar ohne jegliche Fusion, wohl aber auf Kosten des langsamen Untergangs zahlloser kleiner und mittlerer Handelsbe-

²³ Dem Vernehmen ist das sogenannte Teleshopping in Holland, aber auch in Deutschland bereits Wirklichkeit geworden.

²⁴ Vgl. dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 14, a. a. O., Tz. 221.

triebe. Jedes Fusionsverbot erschwert überdies die Veräußerung solcher Betriebe und mindert ihren Verkaufswert, schafft also eine staatliche Wettbewerbsbeschränkung auf dem Markt für Unternehmen und Unternehmensanteile. Es ist also durchaus nicht gesagt, daß die interne Konzentration der externen wettbewerbs- und sozialpolitisch unbedingt vorzuziehen ist.

All dies sollte bedenken, wer für eine Verschärfung der Fusionskontrolle im Handel eintritt.