

WRP

**Wettbewerb in
Recht und Praxis** www.wrp.de

AUS DEM INHALT

Katharina Vera Boesche

Drum kopple, was sich (nicht) ewig bindet

Ulf Doepner

Selbstwiderlegung der Dringlichkeit in wettbewerbsrechtlichen Verfügungsverfahren: wider eine feste Zeitspanne

Rainer P. Lademann/Carolin Heinen

Die Abgrenzung wettbewerblicher Einheiten als Problem der Marktstrukturbeurteilung im deutschen Lebensmittelhandel

BGH

Ford-Vertragspartner – UWG §§ 3, 5 Abs. 1

BGH

TÜV II – MarkenG § 14 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 5 und 6, § 23 Nr. 2, § 49 Abs. 2 Nr. 1; ZPO § 253 Abs. 2 Nr. 2, § 291

Aus der Praxis – für die Praxis

11/2011

57. Jahrg. | November 2011 | S. 1345–1502

Deutscher Fachverlag GmbH

Mainzer Landstraße 251 | 60326 Frankfurt am Main

Prof. Dr. Rainer P. Lademann / Carolin Heinen

Hamburg

Die Abgrenzung wettbewerblicher Einheiten als Problem der Marktstrukturbeurteilung im deutschen Lebensmittelhandel

INHALT

1. Ausgangspunkte
2. Zum wettbewerbspolitischen Hintergrund der Marktstrukturbeurteilung
3. Kriterien zur Beurteilung wettbewerblicher Einheiten
4. Wettbewerbliche Einheiten im Lebensmittelhandel nach heutiger Sicht
5. Faktische wettbewerbliche Einheiten im Lebensmitteleinzelhandel
6. Folgen für die Konzentrationsmessung und Wettbewerbsbeurteilung
7. Ergebnis und Ausblick

1. Ausgangspunkte

Seit den 1960er Jahren lässt sich im deutschen Lebensmittelhandel eine zunehmende Umsatzkonzentration beobachten.¹⁾ In den 1980er Jahren provozierte der damalige Präsident des Bundeskartellamts, Wolfgang Kartte, mit der Aussage, in Deutschland würden bald nur noch fünf Chefeinkäufer darüber bestimmen, was in deutschen Haushalten auf den Tisch kommt.²⁾ Heute erwirtschaften die fünf größten Handelsgruppen tatsächlich etwa 80 % der Umsätze des Lebensmittelhandels. Sollte Wolfgang Karttes Prophezeiung am Ende wahr werden? Die zunehmende Umsatzkonzentration im Lebensmittelhandel lässt sich nicht bestreiten. Gleichwohl stellen sich Fragen: Wie relevant ist die Umsatzkonzentration für die Marktteilnehmer selbst sowie für die Wettbewerbspolitik und wie wird sie zutreffend berechnet?

Der Konzentrationsgrad lässt sich nur sinnvoll bewerten, wenn dieser für einen Markt betrachtet wird. Dann informiert der Grad der Konzentration über die Marktstruktur, etwa über die Größenverteilung der in einem Markt konkurrierenden Anbieter, und kann ein Indiz für Marktmacht sein. Eine sachgerechte Messung der Umsatzkonzentration hängt damit wesentlich von zwei Voraussetzungen ab: zum einen ist der relevante Markt abzugrenzen und zu bestimmen, „[...]welche konkurrierenden Unternehmen tatsächlich in der Lage sind, dem Verhalten der beteiligten Unternehmen Schranken zu setzen und sie daran zu hindern, sich einem wirksamen Wettbewerbsdruck zu entziehen.“³⁾ Zum anderen setzt die Marktstrukturbeurteilung anhand der Umsatzkonzentration voraus, die wettbewerblich voneinander unabhängig agierenden Einheiten in einem Markt zu

ermitteln. Diese sind dann mit der Anzahl von Unternehmen in einem Markt identisch, wenn die Unternehmen autonom handeln (können), etwa weil sie kapitalseitig unverbunden sind. Tatsächlich sind auf vielen Märkten Wettbewerber kapitalseitig oder durch vertragliche Bindungen – etwa auf kooperativer Basis – verbunden, so dass nicht von vorn herein klar ist, welche Gruppen zugleich auch wettbewerbliche Einheiten darstellen.

Dieser Beitrag untersucht die Problematik wettbewerblicher Einheiten im Lebensmittelhandel. Es wird auf Basis einer umfassenden Befragung von Hersteller- und Handelsunternehmen gezeigt, dass der klassische, verfügungsrechtliche Ansatz zur Marktstrukturbeurteilung nur eine Facette des im Markt vorherrschenden Wettbewerbs abzubilden vermag und dass das am Markt beobachtete Verhalten mitunter stark von jenem Verhalten abweicht, welches man aufgrund von kapitalseitiger oder historischer Unternehmensverflechtungen erwarten würde. Dazu wird zunächst ein Überblick über vorherrschende Sichtweisen der Unternehmens- und Marktstrukturen gegeben. Sodann erörtert der Beitrag Kriterien zur Beurteilung wettbewerblicher Einheiten und analysiert vor diesem Hintergrund die führenden Unternehmen des Lebensmittelhandels. Abschließend werden die Konsequenzen für den Stand und die Beurteilung der Konzentration im Lebensmittelhandel aufgezeigt und zu einem Fazit zusammengefasst.

2. Zum wettbewerbspolitischen Hintergrund der Marktstrukturbeurteilung

Die Umsatzkonzentration ist immer noch einer der wichtigsten Indikatoren für die Beurteilung der Marktstruktur.³⁾ Die Umsatzkonzentration wird herangezogen, um den Wettbewerb auf einem Markt und in gewissem Umfang auch größenbedingte Marktzugangsbarrieren zu beurteilen. Unter bestimmten Bedingungen nehmen mit dem Konzentrationsgrad eines Marktes die absatzseitigen Verhaltensspielräume der Anbieter zu.⁵⁾ Aber auch auf der Einkaufsseite indizieren Konzentrationsunterschiede auf der Verkäufer- und Käuferseite unterschiedliche Ausweichalternativen und damit in bestimmten Konstellationen mögliche Preissetzungsspielräume. Die Ergebnisse bilateralen Konditionsverhandlungen zwischen Hersteller und

1) Mit weiteren Nachweisen Mängelkommission, Sondergutachten 7, Sondergutachten 14, Sondergutachten 23, Baden-Baden 1977/1985/1994.

2) Vgl. Kartte, W., Aktuelle Probleme des Wettbewerbs in der Konsumgüterwirtschaft, in: Markenartikel 5/1984, S. 232 ff.

3) Bekanntmachung 97/C 372/03, ABl. 1997 C 372/1.

4) Vgl. bereits Schenk, H. O.: Marktwirtschaftslehre des Handels, Wiesbaden: Gabler 1991. Gleichwohl hat die Marktkonzentration (Struktur) als Folge der Ökonomisierung des Kartellrechts tendenziell an Bedeutung verloren; vgl. Schwalbe, H./Zimmer, D., Kartellrecht und Ökonomie, Frankfurt/M., 2006, S. 178 ff., 184.

5) Ein klassisches Beispiel stellt der Cournot-Mengenwettbewerb bei homogenen Produkten dar.

6) Bereits Hermes, O., Die Erfassung von Nachfragemacht, Göttingen 1987. Lademann hat auf dieser Grundlage 1988 und 1996 Konzentrationsvergleiche in der Ernährungswirtschaft durchgeführt; Lademann, R. Machtverteilung zwischen Industrie und Handel, Göttingen 1988a, derselbe, Marktstruktur und Wettbewerb in der Ernährungswirtschaft, Göttingen 1996, derselbe, Marktstrukturelle Grundlagen des Aus-

Lademann/Heinen - Die Abgrenzung wettbewerblicher Einheiten als Problem der Marktstrukturbeurteilung

Händler hängen wesentlich von den jeweils vorhandenen Ausweichalternativen ab.⁶⁾ Auch hierfür können Konzentrationsmaße relevante Größen darstellen. So hat britische Competition Commission in ihrer Sektoruntersuchung im Lebensmittelhandel Hinweise gefunden, dass die Konditionsvorteile mit der Größe der Handelsunternehmen zunehmen.⁷⁾ Außerdem wird in der Unternehmenspraxis vermutet, dass ein Konzentrationsgefälle zwischen Anbietern eines Marktes mit zunehmenden Größenunterschieden eine Konzentrationsspirale⁸⁾ auslösen und damit Preissetzungsspielräume bewirken kann.

Wenngleich im Zuge des more-economic-approach⁹⁾ die Marktstruktur als alleiniges Kriterium etwas in den Hintergrund getreten ist, bleibt sie weiterhin ein wichtiges Kriterium für die deutsche und europäische Zusammenschlusskontrolle und Missbrauchsaufsicht.¹⁰⁾ Auch die Monopolkommission untersucht und beurteilt im Rahmen ihres Grundauftrags nach § 44 Abs. 1 GWB regelmäßig den Stand und die Entwicklung der Unternehmenskonzentration. Der in § 37 GWB Abs. 1 bis 4 definierte Zusammenschlussbegriff, der Fallunterscheidungen nach dem Grad der wettbewerblichen Einflussmöglichkeiten bestimmt, legt für die Fusionskontrolle fest, welche Erwerbs- und Beteiligungsformen und sonstige Unternehmensverbindungen als wettbewerbliche Einheit zu betrachten sind. Insofern muss die Marktanteilsberechnung in der Fusionskontrolle zwangsläufig korrespondierend auch von den wettbewerblichen Einheiten auf einem Markt ausgehen.

Für die wettbewerbsökonomische Konzentrationsbeurteilung sollte daher das Gleiche gelten. Die Marktstrukturbeurteilung anhand der Unternehmenskonzentration wird aber praktisch nur als Spiegelbild der Markttabgrenzung betrachtet. Es ist zutreffend, dass ein eng abgegrenzter Markt eine andere, oft weniger kompetitive Marktstrukturbewertung nachsichzieht als im Falle einer weiter gezogenen Markttabgrenzung. Letztere führt zu niedrigeren Marktanteilen, mit denen in der Regel keine wettbewerblichen Bedenken verbunden sind.¹¹⁾

Diese Betrachtung berührt nicht nur eine akademische Diskussion, sondern hat erhebliche praktische Folgen. So beruhte die Konzentrationsstatistik des Statistischen Bundesamts bis vor kurzem allein auf Unternehmensumsätzen, die ohne ihre

Mehrheitsbeteiligungen oder die Zugehörigkeit zu einem übergeordneten Konzern nach dem Schwerpunkt- oder Angebotsprinzip¹²⁾ einer hierarchisch gegliederten Warengruppensystematik zugeordnet waren. Die Monopolkommission hat daher in ihrem Hauptgutachten 18 die fehlende Validität der Konzentrationsmessung thematisiert¹³⁾, nachdem einer der Verfasser dieses Beitrags bereits 1988 und 1996 Konzentrationsmessungen in der deutschen Ernährungswirtschaft unter Berücksichtigung von Mehrheitsbeteiligungen durchgeführt hat.¹⁴⁾ Es ist offensichtlich, dass je nach Grad der Kapitalverflechtungen in einer Branche die Umsatzkonzentration und Wettbewerbsbeurteilung sehr unterschiedlich ausfallen kann. So ergab die Marktstrukturanalyse für die deutsche Ernährungsindustrie, dass 1994 im Durchschnitt für 25 Warengruppen das größte Unternehmen ohne Mehrheitsbeteiligungen auf einen Umsatzanteil von 14 % kam, einschließlich Mehrheitsbeteiligungen dagegen auf 20 %.¹⁵⁾ Der Konzentrationsgrad auf Basis des CR₁ lag in der Ernährungsindustrie folglich um ca. 50 % höher, wenn man bestehende Mehrheitsbeteiligungen und somit ein zentrales Kriterium wettbewerblicher Einheiten i. S. des Kartellrechts berücksichtigte. Angesichts solch gravierender Unterschiede ist eine Marktstrukturbewertung bei Vernachlässigung wettbewerblicher Einheiten nicht zuverlässig möglich.

Ein wesentlicher Grund für solch wenig verlässliche Markt Konzentrationsmessung ist u.E zweifellos einerseits ein gravierendes Informationsdefizit über die tatsächlich wirksamen Unternehmensverflechtungen in einem Markt, andererseits die für einen außenstehenden Betrachter nur ansatzweise lösbare Abgrenzung der Märkte, die in der Regel ausgiebige Kenntnisse über die Produktions-, Substitutions- und Nachfragebedingungen voraussetzt. Daher überrascht es nicht, wenn es auch in der Unternehmenspraxis bis heute üblich ist, die sachlich relevanten Märkte nach dem jeweiligen Produktionsprozess (Produktgruppenansatz) nur näherungsweise zu bestimmen, anstatt die effektiven wettbewerblichen Interdependenzen als Grundlage heranzuziehen. Dadurch herrschen pragmatische Umsatzrankings vor, auf deren Basis fälschlicherweise als wettbewerbspolitisch relevant interpretierte Marktanteile gebildet werden. So veröffentlichen Brancheninformationsdienste Umsatzrangtabellen über Unternehmen des Lebensmittelhandels, die meist keinen wettbewerbsökonomischen Marktbezug aufweisen, weil sie z.B. die Gesamtumsätze aus Groß- und Einzelhandels- oder gar Produktionsaktivitäten umfassen.¹⁶⁾ Hinzu kommt, dass aus Vereinfachungsgründen bevorzugt Unternehmensgruppen dargestellt werden, für die nicht geklärt wurde, ob es sich je-

tauschprozesses in der Ernährungswirtschaft, in: Uwe Christian Täger, et al, Hrsg. Entwicklungsstand und -perspektiven des Handels mit Konsumgütern, Berlin/München 1994, S. 249 ff.

7) Vgl. u. a. Competition Commission, The Supply of Groceries in the UK Market investigation, London, 2008.

8) Man spricht hier vom Waterbed-Effect, wonach ein Größenunterschied zwischen Anbietern die Lieferanten veranlasst oder zwingt, den größeren Nachfragern bessere Konditionen zu gewähren und diese Ertragsseinbußen bei weniger nachfragemächtigen Nachfragern durch schlechtere Konditionen wieder zu kompensieren. Damit verlieren die kleineren Nachfrager zunehmend entweder ihre Wettbewerbsfähigkeit oder haben selbst einen Anreiz, ihre Nachfrage kooperativ oder durch Unternehmenszusammenschlüsse zu bündeln. Schließlich kann der Konzentrationsprozess dadurch auch auf die vorgelagerte Stufe überspringen, so dass die Gefahr einer Konzentrationsspirale besteht; vgl. z.B. *Inderst, R./Valetti, T.M.* Buyer Power and the Waterbed Effect, CEIS Research Paper 10407, 2008.

9) Vgl. *Schmidtchen, I.*, 2005, S. 9 ff.

10) Vgl. etwa die Bekanntmachung der Kommission zur Abgrenzung des relevanten Marktes 97/C 372/03, ABl. 1997 C 372/1, und die für die Marktbeherrschung und die Missbrauchsaufsicht zentrale Norm des § 19 Abs. 1-3 GWB herangezogenen Definitionen und Marktanteilsschwellen.

11) Dazu *Friederiszick, H. W.*, Markttabgrenzung und Marktmacht. In *Recht und Ökonomie im Europäischen Wettbewerbsrecht*, ed. Jürgen Schwarze, 29-40. Frankfurt am Main 2006.

12) Das Schwerpunktprinzip erfasst die Merkmale eines Unternehmens (Umsätze etc.) nach dem wirtschaftlichen Schwerpunkt der Unternehmensaktivitäten, das Angebotsprinzip ordnet diese Merkmale exakt der Warengruppensystematik zu. Dadurch werden im ersten Fall alle Umsätze der Schwerpunktbranche zugeordnet, im zweiten Fall dagegen eine differenzierte Zurechnung auf die Branchen vorgenommen, in denen das Unternehmen tatsächlich aktiv ist.

13) Vgl. Monopolkommission (2010), Hauptgutachten XVIII (2008/2009), S. 69.

14) Vgl. *Lademann, R.*, 1988, *derselbe*, 1996.

15) Vgl. *Lademann, R.*, 1996, S. 36 ff.; das dabei zugrundeliegende Güterklassenkonzept auf Vierstellerbasis ist nicht identisch mit sachlich relevanten Märkten. Der Messansatz fasst vielmehr mehrere relevante Märkte, zusammen, so dass nach wettbewerbsökonomischen Maßstäben belastbare Marktanteile deutlich höher zu veranschlagen sind. So umfasst die Güterklasse ‚Milch, Butter, Käse‘ zahlreiche relevante Märkte, etwa für Weichkäse, Hartkäse oder Frischmilch. Vgl. dazu auch die Müller/Poelmeyer-Entscheidung des BKartA B 2 – 359/07.

16) Vgl. TradeDimensions, TOP-Firmen 2011: Der Lebensmittelhandel in Deutschland Food/Nonfood, Frankfurt/Main 2011, S. IV,17

weils um wettbewerbliche Einheiten handelt. Außerdem beziehen sich die ausgewiesenen Umsatzanteile auf die Gesamtumsätze aller erfassten (bekannten) Unternehmen. Um Marktanteile handelt es sich aber nur, wenn die Unternehmensgruppen wettbewerbliche Einheiten sind, der sachlich relevante Markt mit dem LEH identisch ist und keine weiteren als die erfassten Unternehmen auf dem relevanten Markt aktiv sind. Diese Voraussetzungen sind sämtlich nicht gegeben;¹⁷⁾ dennoch haben solche Umsatzrankings mit impliziten Marktstrukturbewertungen bereits ihren Weg bis in die Politik gefunden und Novellierungsdebatten zum GWB unterstützt.¹⁸⁾

3. Kriterien zur Beurteilung wettbewerblicher Einheiten

Nach dem kartellrechtlichen Ansatz werden die Kriterien des § 37 GWB angewandt. Hiernach werden Unternehmensgruppen, die unter einheitlicher Leitung stehen oder deren Marktverhalten aus anderen Gründen nicht mehr autonom festgelegt werden kann, zu wettbewerblichen Einheiten zusammengefasst. Es wird nicht auf das effektive Marktverhalten abgestellt, sondern auf strategische Entscheidungen, also auf eine langfristige Strukturbetrachtung. Das Kartellrecht legt hauptsächlich eine verfügungsrechtliche Perspektive zugrunde. Die danach zusammengefassten wettbewerblichen Einheiten beruhen auf der Möglichkeit, das strategische Marktverhalten zu bestimmen. Sie beruht auf Stimmrechtsmehrheiten bzw. Kontrollrechten oder sonstigen Verträgen, die insgesamt ein autonomes strategisches Verhalten der Unternehmen ausschließen.

Es ist aber fraglich, ob damit das reale Markt- und Wettbewerbsgeschehen zutreffend erfasst wird. Denn eine verfügungsrechtliche Betrachtung suggeriert, dass es für die Markt- und Wettbewerbswirkung von Unternehmensgruppen immer auf den strategischen, langfristigen Einfluss ankommt. Eine solche Perspektive ist aus wettbewerbsökonomischer Sicht gerechtfertigt, wenn etwa die Entscheidungen über Investitionen (z.B. in Lager- oder IT-Infrastruktur bzw. die Filialnetzexpansion) nicht autonom getroffen werden oder die Zuweisung von Finanzmitteln zentral geplant wird (Cash-Pooling). Auch die Koordination des Marktverhaltens etwa durch Bündelung der Beschaffung oder gemeinsamer Standort-, Sortiments-, Preis- und Aktionspolitik, spricht für die Aufgabe wirklich autonomen Verhaltens und damit für eine wettbewerbliche Einheit.

Es ist aber auch denkbar, dass das Marktverhalten von Unternehmen autonom erfolgt, obwohl eine gemeinsame Muttergesellschaft oder eine mit Mehrheit beteiligte Person existieren. Wie anhand der führenden Unternehmen des Lebensmittelhandels noch zu zeigen sein wird, gibt es Strategiekonstellationen, in denen die Koordination der Unternehmen trotz Kapitalverflechtung zumindest mittelfristig, u.U. auch langfristig nicht zu erwarten ist. Es handelt sich folglich um Fälle, in denen nach § 37 GWB Abs. 1 Nr. 1–3 von einer wettbewerblichen Einheit auszugehen ist, die tatsächlichen Bedingungen jedoch für auto-

nomes Verhalten sprechen. In diesen Fällen schöpfen Unternehmen die für eine wettbewerbliche Einheit ansonsten möglichen Synergien, z.B. aus einer Zentralisierung von Funktionen, etwa eines gemeinsamen Einkaufs (Bündelung), nicht aus. In solchen Fällen würde die effektive Marktmacht der Handelsunternehmen mittels eines verfügungsrechtlichen Konzentrationsmaßes überschätzt werden. Aus diesem Grund soll im Folgenden geprüft werden, ob es neben einer Marktstrukturbeurteilung in Abhängigkeit der Kapitalverflechtung sinnvoll möglich ist, mit einem zweiten Maß die faktischen eher kurz- bis mittelfristigen Verhaltensspielräume der Anbieter zu messen.

Beide Konzentrationsmaße würden sich somit ergänzen. Ein langfristig orientiertes Konzentrationsmaß würde im Verhältnis zu einem mittelfristigen Konzentrationsmaß die zzt. noch nicht ausgeschöpften Konzentrationspielräume und den Grad an Marktmachtzuwachs durch Koordination der Unternehmen abbilden.

Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden davon ausgegangen, dass abweichend von den Kriterien des § 37 Abs. 1 Nr. 1–4 GWB keine wettbewerbliche Einheit vorliegt, wenn sich kapitalseitig oder auf anderer vertraglicher Basis verbundene Unternehmen faktisch autonom verhalten und diese Autonomie strukturell kurzfristig nicht änderbar ist. Dies kann der Fall sein, wenn z.B.

- Investitionen, vor allem die Standortexpansion, nicht koordiniert werden,
- kein gemeinsames Finanzmanagement vorhanden ist,
- eine getrennte Lagerinfrastruktur genutzt wird,
- der Einkauf auf keiner Ebene gebündelt wird,
- die Sortimente, Preise und Preisaktionen nicht vereinheitlicht werden.

4. Wettbewerbliche Einheiten im Lebensmittelhandel nach heutiger Sicht

In der Vergangenheit hat es vielfach in der öffentlichen Diskussion Einschätzungen der Marktkonzentration und damit Wettbewerbsintensität im deutschen Markt für Lebensmittelhandel gegeben. Dabei wurde jedoch in der Regel Gewicht auf die Kapitalstruktur und damit rechtliche Verflechtung der Unternehmen gelegt. Gemäß der Auffassung des Bundeskartellamts sei eine realistische, die tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse widerspiegelnde Betrachtung auf Konzernebene anzusetzen.¹⁹⁾ Es entspräche dem unternehmerischen Selbstverständnis, dass konzerneigene Vertriebslinien nicht im Wettbewerb zueinander, sondern ausschließlich im Wettbewerb zu konzernfremden Unternehmen positioniert werden. ALDI bestehe aus den beiden selbständigen Unternehmensgruppen ALDI Nord und ALDI Süd. Doch trotz der formalen Trennung, bewertet das BKartA beide Unternehmen aufgrund der gemeinsamen historischen Vergangenheit als faktischen Gleichordnungskonzern.

Auch im Fall von EDEKA geht das BKartA von einer wettbewerblichen Einheit aus. Die Gruppe sei inklusive der selbstständigen Einzelhändler als wettbewerbliche Einheit zu sehen. Wesentliche Merkmale des durch das Nebeneinander von Re-

17) Vgl. Lademann, R., 1997, S. 487 ff.

18) Die Diskussion um die Marktstruktur im Lebensmittelhandel im Rahmen der sechsten GWB-Novelle wurde ausdrücklich unter Rückgriff auf Umsatzrankings aus der Praxis geführt; vgl. Lademann, R., 1997, S. 496 ff.

19) Vgl. BKartA, Beschluss EDEKA/Tengelmann, B 2 – 333/07, S. 20.

giebetrieben und selbstständigen Einzelhändlern (SEH) geprägten Vertriebsschienenkonzepts seien ein einheitlicher Marktauftritt, Bezugsverpflichtungen, Preisbindungen, gemeinsame Werbung und Gebietsabsprachen.

Im Zusammenhang mit der Bewertung im Fusionsverfahren EDEKA/Tengelmann hatte das BKartA eine Reihe von Verträgen zwischen EDEKA Zentrale und den regionalen Handelsgesellschaften (RHG) sowie zwischen RHG und den zugehörigen SEH geprüft. Die Sichtung ergab, dass die EDEKA-Einzelhändler aufgrund ihrer Verflechtungen mit der EDEKA der Gruppe wettbewerblch zuzurechnen seien.²⁰ Aufgrund des engen Beziehungsgeflechts zwischen EDEKA und den selbstständigen Einzelhändlern finde zwischen diesen Unternehmen kein funktionsfähiger Wettbewerb statt. Die Teilunternehmen könnten bei der Marktstrukturbetrachtung nicht als selbstständige Unternehmen betrachtet werden.

Dies sei zum einen in den gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen begründet, denen zufolge die EDEKA-Zentrale und die von ihr (mit-)kontrollierten Handelsgesellschaften über die genossenschaftliche Einbindung der Einzelhändler als Eigentümer der Zentrale und als Miteigentümer der regionalen Handelsgesellschaften verbunden sind.

Zum anderen führe die Betrachtung der unternehmensstrategischen Führung der EDEKA-Gruppe durch die EDEKA-Zentrale zu der Schlussfolgerung dass eine wettbewerblche Einheit vorliegt. So beschreibt das BKartA in seiner Entscheidung, dass die geschäftspolitische und strategische Führung der EDEKA-Gruppe bei der EDEKA-Zentrale liege. Die sieben RHG, an denen jeweils mit 50% die Zentrale und neun regionale Genossenschaften beteiligt sind, sind hingegen für das operative Geschäft, wie die Belieferung des Einzelhandels oder die Expansion zuständig.

Auch die Monopolkommission stützt sich vor allem auf kapitalseitige Verflechtungen und geht im Rahmen des achtzehnten Hauptgutachtens im Fall von Kaufland und Lidl von einem gemeinsamen Unternehmen aus. Damit wird die Schwarz-Gruppe auf Platz drei der größten deutschen Handelsunternehmen gelistet. Auf Platz vier rangiert die ALDI-Gruppe, die sie somit auch als wettbewerblche Einheit wertet.²¹ Auf Platz fünf jedoch listet die Monopolkommission die EDEKA Zentrale AG & Co. KG und kommentiert dies lediglich mit den Worten, dass die EDEKA auf den zweiten Platz vorrücken würde, sofern man den Gesamtumsatz der EDEKA-Gruppe als Bemessungsgrundlage heranziehen würde.

5. Faktische wettbewerblche Einheiten im Lebensmitteleinzelhandel

Legt man jedoch weniger Gewicht auf den bisherigen, verfassungsrechtlichen Ansatz und konzentriert sich stattdessen auf das faktische Marktverhalten, so kommt man zu partiell anderen Ergebnissen. Dazu haben die Autoren sowohl Lieferanten befragt als auch eine Reihe von Expertengesprächen im Lebensmitteleinzelhandel geführt. Ziel der Lieferantenbefragung

war es, Hinweise auf die Bündelung der Nachfrage durch die führenden Unternehmen des LEH sowie eine darauf beruhende Konditionengewährung zu erhalten. Die Experteninterviews waren dagegen darauf angelegt, den Grad der Koordination der unterschiedlichen Vertriebslinien (Tochterunternehmen) abzuschätzen.

EDEKA-Gruppe

Die EDEKA-Gruppe umfasst die EDEKA-Zentrale AG (EZAG), sieben regionale Großhandlungen (regionale Handelsgesellschaften mbH, RHG) und deren Regiebetriebe (Filialen), die von den RHG belieferten, in neun Genossenschaften organisierten selbstständigen Einzelhändler und neuerdings den Discountfilialisten NETTO. Während NETTO als Tochterunternehmen von der EZAG kontrolliert wird, werden die Kapitalanteile der RHG zu jeweils 50 % von einer, teils von mehreren Genossenschaften sowie von der EZAG gehalten. Die EZAG gehört zu 100 % den neun Genossenschaften, so dass diese in ihrer Gesamtheit die Geschäftspolitik der Zentrale kontrollieren und letztlich bestimmen. Über die EZAG müssen die RHG auch Beschlüsse der Genossenschaftsmehrheit berücksichtigen, ohne aber durch eine ggf. nationale Mehrheit der Genossenschaften dominiert werden zu können.

Im Fall von EDEKA führt eine rechtliche Bewertung der wettbewerblchen Einheit zu anderen Ergebnissen als das faktisch am Markt beobachtbare Verhalten. Dazu sind drei unterschiedliche Ebenen der Gruppe zu analysieren. Betrachtet man die Ebene zwischen selbstständigen Einzelhändlern und den Regionalgesellschaften, so kommt man i. S. v. § 37 Abs. 1 Nr. 4 zu dem Ergebnis, dass möglicherweise eine wettbewerblche Einheit vorliegt. Während die Kapitalstruktur keine wettbewerblche Einheit indiziert,²² spricht das Zusammenwirken von Darlehns- und Mietverträgen, die dem überwiegenden Teil des Umsatzes des SEH zugrundeliegen, für die Annahme einer im kartellrechtlichen Sinne wettbewerblchen Einheit. Um Darlehnsforderungen und Standortrisiken der RHG abzusichern, sind die selbstständigen Einzelhändler zulässigerweise verpflichtet, ihre Beschaffung über die regionalen Großhandlungen zu tätigen. Unternehmerische Spielräume bis hin zur Entscheidung über einen Gruppenwechsel sind damit eingeeengt oder praktisch gar ausgeschlossen.

Gleichwohl haben die Interviews ein gegenläufiges Phänomen zutage gefördert. Die regionalen Großhandlungen ‚erkaufen‘ sich offenbar die hohe Auftragskonzentration durch Sortimentsausweitung. Die RHG halten ein umfassendes Sortiment (über 1 Mio. SKU²³) vor, um die Nachfrage sämtlicher SEH Betriebe – und seien sie in ihrer Sortimentsauswahl noch so verschieden – bedienen zu können. Die Sortimente auf der Ebene des selbstständigen Einzelhandels sind folglich wenig verein-

20) Vgl. ebenda, S. 21.

21) Vgl. Monopolkommission (2010), Hauptgutachten XVIII (2008/2009), S. 123.

22) Die Einzelhändler halten über neun Genossenschaften jeweils 50% der Anteile an den sieben Regionalgesellschaften. Die übrigen 50% werden von der EDEKA-Zentrale AG gehalten, die wiederum zu 100% den insgesamt neun Genossenschaften gehört.²⁰ Damit können weder einzelne Genossen, noch einzelne Genossenschaften direkten Einfluss auf die Zentrale bzw. die Regionalgesellschaften nehmen. Es herrscht folglich Koordinationszwang.

23) SKU = Stock Keeping Units (nach Artikelnummer differenzierbare bestellbare Einheiten, die hohe Anzahl ergibt sich durch die Gebindegrößen aller verfügbaren Artikel)

heitlich, sondern bilden sich in starkem Maße weiterhin nach den lokalen Wettbewerbsbedingungen der Mitglieder. Dieser hohe Grad an individuellen Sortimenten führt zu einer deutlichen Begrenzung der Effizienzeffekte (geringe Bündelung) und widerspricht der Annahme einer wettbewerblichen Einheit. Unterstellte man dennoch eine wettbewerbliche Einheit, so würde ein darauf basierendes Konzentrationsmaß die Vereinheitlichung des Marktverhaltens überbewerten. Eine hohe Auftragskonzentration ist u. E. ohne Berücksichtigung der horizontalen (im LEH) und vertikalen (mit den RHG) Sortimentskongruenz folglich kein verlässlicher Indikator für eine wettbewerbliche Einheit.²⁴⁾ Allerdings ist zu konstatieren, dass der Einfluss der RHG und der RZAG auf die selbständigen Einzelhändler offenbar zunimmt und sich das Marktverhalten durch eine wachsende Vereinheitlichung der Aktionspolitik über nationale Werbemaßnahmen dem der Filialisten annähert. Setzt sich dieser Trend weiter fort, könnte die EDEKA einschließlich der Selbständigen künftig auch praktisch als wettbewerbliche Einheit zu werten sein.

Als weitere Ebene ist das Verhältnis zwischen den sieben RHG in ihrem Zusammenwirken untereinander und mit der EDEKA-Zentrale AG zu betrachten. Die Zentrale AG ist zu 100% im Besitz der Genossenschaften und hält 50% an den Regionalgesellschaften.²⁵⁾ Rechtlich gesehen haben also weder die Genossenschaften noch die Zentrale die Möglichkeit, das Marktverhalten der RHG zu steuern. Dennoch erscheint es aus faktischer Sicht angebracht, die EDEKA Zentrale AG und die RHG aus zwei Gründen als wettbewerbliche Einheit zu betrachten:

- Zum einen sind die Marktgebiete der unterschiedlichen RHG streng voneinander abgegrenzt. Die selbständigen Kaufleute und die Regiebetriebe einer RHG in ihrem Absatzgebiet können Waren nicht von einer anderen RHG beziehen. Die RHG treten untereinander somit nicht als Wettbewerber bzw. nicht als alternative Bezugsquellen auf.
- Zum anderen stimmen sich die RHG darüber ab, welche Lieferanten zentral verhandelt werden. Auch die Zentrale tritt damit nicht als Mitbewerber auf dem Beschaffungsmarkt auf, sie steht der Lieferantenseite nicht als Absatzalternative gegenüber den RHG offen.

Allerdings geht diese Koordination u. E. nicht so weit, dass die Zentrale die sieben Großhandlungen wie einen Gleichordnungskonzern führen kann. Dazu fehlt es sowohl an den kapitalseitigen Voraussetzungen als auch an klaren Indizien seitens der beobachtbaren Geschäftspraktiken. Die Zentrale fungiert vielmehr als Koordinationsplattform für eine begrenzte Zentralisierung, die auf der Einsicht der RHG in deren Effizienzvorteile beruht, aber gleichzeitig durch die Genossen (indirekt über die RHG und direkt über die Zentrale AG) kontrolliert wird.

Diese aus der Genossenschaftstradition kommenden ‚Bottom-up-Einflüsse‘ sind auch durch die umfangreichen Sortimente der sieben Großhandlungen erkennbar. Der Zentrale ist es bisher nicht gelungen, die Sortimentshoheit der RHGs zu beschränken und zu vereinheitlichen (s.o.). Auch die Warenbeschaffung ist funktional nicht vollständig in der Zentrale kon-

zentriert. Vielmehr verhandelt die Zentrale bis auf nationale Marken in den meisten Fällen nur Rahmenverträge, die dann bzgl. der konkreten Abnahmebedingungen regional zu Ende verhandelt werden.

Insofern wird die Betrachtung der EDEKA-Gruppe als Gleichordnungskonzern der Realität nicht gerecht. Aus strategischer Sicht basiert die EDEKA immer noch auf dem Prinzip der Kooperation, dem man weder mit dem Konzernbegriff noch mit dem von unverbundenen Einzelunternehmen gerecht wird. Als kooperative Gruppe wird sie von den Gruppenfreistellungsverordnungen für horizontale und vertikale Vertriebskooperationen erfasst und muss – ohne als Konzern zu gelten – die dort gezogenen rechtlichen Grenzen und letztlich Art. 101 Abs. 1 AEUV beachten. So lange dies der Fall ist, verbietet sich n. E. die Betrachtung als Gleichordnungskonzern.

Aus wettbewerbsökonomischer Sicht schließt dies jedoch die Annahme einer wettbewerblichen Einheit zwischen den RHG nicht aus. Diese beruht allerdings nicht auf der Annahme eines Gleichordnungskonzerns, sondern auf dem Prinzip einer weitgehend lückenlosen regionalen Kooperation auf Großhandelsebene. Als solche tritt die EDEKA auf der Ebene der sieben RHG über die Zentrale als wettbewerbliche Einheit auf.

Auf einer dritten Ebene ist nach der Übernahme der NETTO-Discountmärkte das Verhältnis zur EDEKA-Zentrale AG zu prüfen, die 100 % der Anteile hält. Rechtlich handelt es sich damit eindeutig um eine wettbewerbliche Einheit. Aus faktischer Sicht ist zu berücksichtigen, dass NETTO als Tochterunternehmen zahlreiche Beschwerden von selbständigen Einzelhändlern ausgelöst hat, die offenbar durch die aggressive Expansion Umsatzverluste hinzunehmen hatten.²⁶⁾ Diese Beschwerden waren aber wiederum Anlass, die durch NETTO gehobenen Synergien für die Gesamtgruppe zu betonen und zumindest die Aktionspolitik der EDEKA-Zentrale AG und von NETTO aufeinander abzustimmen.²⁷⁾ Damit ist NETTO als Teil der wettbewerblichen Einheit zu betrachten.

Die EDEKA-Gruppe ist im Ergebnis sowohl auf der Absatz- als auch auf der Beschaffungsseite als faktisch wettbewerbliche Einheit zu werten, in die die Umsätze der selbständigen Einzelhändler jedoch nicht einzubeziehen sind. Hier wirkt u. E. immer noch ein regional austariertes System von Macht und Gegenmacht. Die wettbewerbliche Einheit umfasst damit die Großhandelsumsätze der RHG mit dem SEH sowie die Einzelhandelsumsätze mit den Regiebetrieben und die NETTO-Umsätze der Zentrale.

Die Unterscheidung zwischen Gleichordnungskonzern und perfekt koordinierter Kooperation legt ferner nahe, auch die kartellrechtliche Bewertung als wettbewerbliche Einheit zu überdenken. Während § 37 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 nur für EZAG und NETTO einschlägig ist, kann die übrige EDEKA-Gruppe u. E. nicht überzeugend unter § 37 Abs. 1 Nr. 4 subsumiert werden, weil ansonsten die kooperativen Elemente des konstitutiv ver-

24) Vgl. bereits ähnlich Treis, B./Lademann, R., 1981, S. 1 ff.

25) Vgl. Monopolkommission (2010), Hauptgutachten XVIII (2008/2009), S. 123.

26) Vgl. dazu die umfangreiche Berichterstattung in der Lebensmittel Zeitung, (24.06.2011), „Netto facht internen Konflikt mit EDEKA-Händlern an“ sowie (23.06.2011), „Edeka streitet über Netto, Jahrestagung in Bonn – Debatten um den Discounter“.

27) Vgl. Lebensmittel (23.06.2011).

Lademann/Heinen - Die Abgrenzung wettbewerblicher Einheiten als Problem der Marktstrukturbeurteilung

ankerten Gegenmachtprinzips sowie die zumindest zzt. fehlende Vereinheitlichung im Absatzmarkt unbeachtet blieben. Daher ist die wettbewerbliche Einheit der EDEKA-Gruppe aus verfügungsrechtlicher Sicht entsprechend dem faktischen Ansatz anzunehmen.

REWE-Group

Die REWE Zentralfinanz (i. F. REWE) ist ein diversifizierter, international tätiger Einzelhandels- und Dienstleistungskonzern, dessen Kapitalanteile von Genossenschaften selbständiger Einzelhandelskaufleute gehalten werden. Die REWE betreibt eine Vielzahl unterschiedlicher Vertriebslinien. Neben der Lebensmittelparte ist die Gruppe auch im Nonfood-Geschäft (Elektronikfachmärkte, Baumärkte) und im Bereich der Touristik tätig. Zu den wichtigsten inländischen Lebensmittel-Vertriebslinien der Gruppe gehören Rewe, Penny und Toom. Außer mit der REWE Dortmund, die als Genossenschaft nicht Teil des REWE-Konzerns ist, kooperiert die REWE in Deutschland im Einkauf auch mit Gruppen wie Dohle, Für Sie und anderen.

Die REWE Zentralfinanz eG beliefert die Märkte der selbständigen Einzelhändler und führt ihre Vertriebslinien als Profitcenter, was mit einer weitgehenden Autonomie im Einkauf und Absatzmarketing verbunden ist. Nach Einschätzung der Autoren werden Investitionen und Finanzen im Konzern zentral gemanagt. Außerdem verhandelt die REWE-Group die Konditionen mit ihren Lieferanten zentral vor, bevor die Verträge auf Vertriebsliniensebene konkretisiert und auf deren unterschiedliche Anforderungen von Super- und Verbrauchermärkten, Discountern und Großflächen (SB-Warenhäuser) zu Ende verhandelt werden. Insofern erfolgt eine konzernseitige Positionierung der drei Vertriebslinien, deren begrenzte Autonomie für eine wettbewerbliche Einheit spricht.

Darüber hinaus sind für die REWE insgesamt drei Schnittstellen zu betrachten, an denen das Vorliegen einer wettbewerblichen Einheit geprüft werden muss. Dies wäre zum einen die Beziehung zwischen selbstständigen Einzelhändlern und dem REWE-Konzern. Die selbstständigen Einzelhändler beziehen weite Teile ihres Sortiments über die REWE Zentralfinanz. Sie sind zwar verpflichtet, ein gewisses Kernsortiment und vor allem Eigenmarken der REWE Gruppe zu führen und sind in erheblichem Ausmaß über Mietverträge gebunden. Darüber hinaus besteht jedoch kein Bezugswang, auch wenn es wirtschaftlich wenig sinnvoll erscheint, die Bezugsquelle zu wechseln. Während die selbstständigen Einzelhändler in ihrer Preissetzung und Sortimentsbildung frei sind, gibt es für die Aktionspreise zentral gesteuerte Empfehlungen. Diese sind jedoch unverbindlich und machen nur einen geringen Teil des Gesamtumsatzes eines selbstständigen Einzelhändlers aus.²⁸⁾ Die Umsätze der selbstständigen Einzelhändler müssen daher bei der Strukturbewertung auf dem Absatzmarkt separat betrachtet werden. Aus verfügungsrechtlicher Sicht wird dagegen aufgrund der bindenden rechtlichen Wirkung der Mietverträge sowohl absatz- als auch beschaffungsseitig eine wettbewerbliche Einheit zu bejahen sein.

Auch an der Schnittstelle zwischen REWE Zentralfinanz und REWE Dortmund zeigt sich ein ambivalentes Bild bezüglich der wettbewerblichen Einheit. Aus rechtlicher Sicht besteht eine geringfügige Kapitalverflechtung. So hält die REWE Dortmund 1,5% an der REWE Zentral AG.²⁹⁾ Auf der anderen Seite stellt die REWE Dortmund 3 der 18 Mitglieder der REWE Zentralfinanz. Doch weder die REWE AG noch die REWE Zentralfinanz halten umgekehrt Anteile an der REWE Dortmund. Diese Kapitalverflechtungen lassen sich daher aus verfügungsrechtlicher Perspektive u. E. nicht als wettbewerbliche Einheit i. S. v. § 37 GWB bewerten.

Aus faktischer Sicht ist das Verhältnis zur REWE-Dortmund jedoch zu differenzieren. Die Filialnetze von REWE-Zentralfinanz und REWE-Dortmund sind weitestgehend getrennt, so dass aufgrund der regionalen Trennung absatzseitig von einer wettbewerblichen Einheit auszugehen ist. Auf dem Beschaffungsmarkt sind die Verhältnisse weniger transparent. So nimmt die REWE-Dortmund die Vorteile aus dem zweistufigen Verhandlungsprozess in der REWE-Group in Anspruch (Eingangsverhandlung durch die REWE-Group, Hauskonditionen durch REWE-Dortmund), unterliegt aber keinem Bezugswang. Die REWE-Group ist damit eine weitere Beschaffungsquelle, die im Wettbewerb mit anderen Gruppen des Lebensmittelhandels steht, etwa der EDEKA- oder MARKANT-Gruppe. Damit ist faktisch nicht von einer wettbewerblichen Einheit auszugehen.

Die REWE Markt kooperiert darüber hinaus im Bereich Einkauf mit weiteren Handelsunternehmen, wie Dohle und Für Sie.³⁰⁾ Hier fehlt es nicht nur an Kapitalbeteiligungen sondern ebenso an Bezugspflichten, so dass die Kooperationspartner auch weitere Bezugsquellen nutzen können. Der Einkauf bei der REWE erfolgt also nur, wenn er wirtschaftlich vorteilhaft ist. Eine weitere Annäherung an filialähnliches Marktverhalten könnte aber wie bei der EDEKA-Gruppe bedeuten, die selbständigen Einzelhändler mit dem REWE-Konzern als wettbewerbliche Einheit zu werten. Daher ist weder beschaffungs- noch absatzseitig von einer faktischen wettbewerblichen Einheit von REWE und den Kooperationspartnern auszugehen.

METRO (MCC/real,-)

Die Metro AG ist Muttergesellschaft der METRO Cash & Carry (MCC) sowie der real SB-Warenhaus GmbH (REAL). MCC ist als weltweites Großhandelsunternehmen und in Deutschland das führende Cash & Carry-Unternehmen. REAL ist dagegen als Anbieter von großflächigen SB-Warenhäusern im Einzelhandel tätig.

Obwohl beide Unternehmen Teil eines gemeinsamen Konzerns sind und somit rechtlich sowohl auf der Absatz- als auch auf der Beschaffungsseite als wettbewerbliche Einheit zu werten sind, treten beide Unternehmen faktisch als getrennte Unternehmen auf. Dies ist zum einen darin begründet, dass diese Teilunternehmen systembedingt auf unterschiedlichen Absatzmärkten aktiv sind und auf operativer Ebene bezüglich Standort-, Sortiments-, Preis- und Aktionspolitik nicht koordiniert werden

28) Nach Unternehmensangaben machen die selbstständigen Einzelhändler unter 10% ihres Umsatzes aufgrund von national einheitlich gesteuerten Aktionen.

29) Ergebnis einer intensiven Händlerbefragung durch Lademann & Associates GmbH (2011). Wir bedanken uns für die Mitwirkung.

30) Vgl. Lebensmittelzeitung (05.04.2011), Rewe/Dohle bestätigen Zusammenarbeit.

(müssen). Zum anderen werden seit der Trennung der zentralen Einkaufsfunktion ab 1.1.2010 auch die Beschaffungsvolumina getrennt verhandelt und nur partiell gebündelt. In der Folge werden auch Konditionen getrennt verhandelt, was die Listung gleicher Lieferanten naturgemäß nicht ausschließt. Es ist nur davon auszugehen, dass das Finanzmanagement weiterhin konzerniert erfolgt.

Während auf der Absatzseite faktisch zu keinem Zeitpunkt eine wettbewerbliche Einheit vorlag, stellt sich die Frage, ob durch die operative Trennung der Einkaufsfunktion auch auf dem Beschaffungsmarkt die wettbewerbliche Einheit aufgegeben wurde. Dafür spricht, dass Synergiepotenziale im Einkauf nicht mehr genutzt werden und der Einkauf des einen Unternehmens nicht mit Rücksicht auf oder in Abstimmung mit der anderen Schwestergesellschaft erfolgt. Für die Lieferantenseite sind REAL bzw. MCC daher als unterschiedliche Absatzalternativen zu betrachten, sofern sie angesichts unterschiedlicher Anforderungen des Groß- bzw. Einzelhandelsunternehmens beide Abnehmer beliefern kann.

Allerdings erfolgte die Trennung der Einkaufsfunktion der Presse zufolge vor dem Hintergrund eines offenbar beabsichtigten Verkaufs von REAL. Die Zentralisierungsvorteile wurden daher vor dem Hintergrund der Herauslösung von REAL aus den Konzernstrukturen aufgegeben. M. a. W.: die Vorteile der Verkaufbarkeit eines Unternehmens wiegen ganz offensichtlich größer als die Effizienzvorteile eines weiterhin gemeinsamen Einkaufs. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass die ehemals gemeinsam verhandelten Konditionen auch bei getrennter Verhandlung zu einem großen Teil zunächst weiter Bestand haben und sich erst allmählich auseinander entwickeln werden.

Aufgrund dieser Sondersituation wird davon abgesehen, MCC und REAL auf dem Beschaffungsmarkt nicht als wettbewerbliche Einheit zu werten. Auf dem Absatzmarkt sind sie gleichwohl getrennt zu werten.

ALDI-Gruppe (Nord, Süd)

Es ist nicht öffentlich bekannt, ob und inwieweit die Unternehmen ALDI Nord und ALDI Süd kapitalseitig miteinander verflochten sind oder gegenseitige Kontrollrechte bestehen. Aus verfügungsrechtlicher Sicht ist es daher schwer möglich, eine vom BKartA abweichende Bewertung vorzunehmen. Nach faktischen Maßstäben kann man auch im Fall von ALDI von dem am Markt beobachtbaren Verhalten Rückschlüsse darauf ziehen, ob beide Unternehmen als wettbewerbliche Einheit zu werten sind.

Auf dem Absatzmarkt verhalten sich die Teilunternehmen als wettbewerbliche Einheit, da eine perfekte Koordinierung (Gebietsaufteilung) vorliegt und die Unternehmen somit nicht in Wettbewerb zueinander treten. Außerdem sind sie bei der Expansion und Erschließung neuer Standorte gänzlich aufeinander abgestimmt, sogar im Ausland.

Auf der Beschaffungsseite treten ALDI Nord und ALDI Süd gegenüber ihren Lieferanten weitgehend getrennt auf, wenngleich auch hier eine Reihe von Lieferanten beide Unternehmen beliefert. Die Herstellerinterviews lassen jedoch den Schluss

zu, dass weitestgehend getrennt eingekauft wird. Da die Sortimente von ALDI Nord und ALDI Süd auf Artekelebene nur eine sehr geringe Überschneidung aufweisen und die Unternehmen ihre Nachfrage daher nicht bündeln, erscheint es angebracht, auf der Beschaffungsseite von zwei getrennten Unternehmen auszugehen.

SCHWARZ-Gruppe (Kaufland/Lidl)

Unter der Schwarz-Gruppe werden bislang sowohl vom Bundeskartellamt als auch in der Praxis die Unternehmen KAUF- LAND und LIDL zusammengefasst. Das Bundeskartellamt geht gegenwärtig ohne nähere Begründung von einer wettbewerblichen Einheit aus. Das gesellschaftsrechtliche Geflecht beider Unternehmen ist jedoch so intransparent, dass a priori keine Konzernstruktur erkennbar ist. Auch die Industriebefragung ergab in dieser Hinsicht keine weitere Klarheit, da des Öfteren auch im operativen Bereich der jeweiligen beiden Firmen von einem Geflecht an schwer überschaubaren Beteiligungen die Rede war. Ob und inwieweit beide Unternehmen verfügungsrechtlich als wettbewerbliche Einheiten zu beurteilen sind, ist nicht unmittelbar einsichtig, da öffentlich zugängliche, verlässliche Informationen zu rechtlichen Verbindungen zwischen beiden Unternehmen nicht vorliegen.

Geht man aus verfügungsrechtlicher Sicht von einer wettbewerblichen Einheit beider Unternehmen aus, nimmt man quasi nach dem Vorsichtsprinzip bis zum Beweis des Gegenteils eine höhere Konzentration im Lebensmittelhandel an, läuft aber Gefahr einer möglichen rechtlichen Fehleinschätzung. Diese wird nicht zuletzt auch durch das faktische Marktverhalten begründet, das durch Unabhängigkeit beider Unternehmen im Absatz- und Beschaffungsmarkt charakterisiert ist. Die befragten Lieferanten wiesen darauf hin, dass die Unternehmen ihre Nachfrage weder bündeln, um so beim Hersteller mengenbedingt bessere Konditionen zu erzielen, noch mit der Auslistung beim jeweils anderen Handelsunternehmen drohen, sollte es zu keiner Einigung bei den Jahresgesprächen kommen. Außerdem gibt es nach unserer Auskunftslage keine in gemeinsamen Produktionsstätten oder eine erkennbare Belieferung des einen Unternehmens durch das jeweils andere.

Auch auf dem Absatzmarkt treten KAUF- LAND und LIDL als Wettbewerber auf. So setzen beide Unternehmen sowohl Regal- als auch Aktionspreise unabhängig voneinander und stimmen die Sortimente nicht ab. Offensichtlich konkurrieren sie in Sortiment und Preis miteinander: LIDL führt zu einem erheblichen Anteil industrielle Markenartikel, während die KAUF- LAND als markengetriebener Vollsortimenter zugleich als Alternative zu Discountern starke Akzente im Preiseinstiegsbereich setzt. Anders als bei ALDI gibt es zwischen KAUF- LAND und LIDL keinerlei Gebietsaufteilung, vielmehr konkurrieren LIDL und KAUF- LAND auch bei der Expansion auf Standortebene miteinander. Ihre Investitionen in das Filialnetz, aber u. W. auch in die logistische Infrastruktur folgen demnach autonom. KAUF- LAND, auch als Großflächendiscounter bezeichnet, steht damit räumlich, inhaltlich und preislich mit dem größten Teil des Sortiments mit LIDL und anderen Discountern im direkten Wettbewerb.

Obwohl die rechtliche Seite nicht zuverlässig bewertet werden kann, bestärkt das faktische Verhalten Zweifel, dass es sich bei KAUF- und LIDL eine wettbewerbliche Einheit handeln kann. Das autonome Marktverhalten beider Unternehmen lassen es tatsächlich als gerechtfertigt erscheinen, sowohl auf Beschaffungs- wie auf Absatzseite von zwei getrennten Unternehmen auszugehen. Lediglich die nicht transparenten rechtlichen Verflechtungen zwischen beiden Unternehmen rechtfertigen für die verfügungsrechtliche Bewertung aus Vorsichtsgründen die Annahme einer wettbewerblichen Einheit. Dass dies eine Fehleinschätzung i. S. v. § 37 Abs. 1 GWB ist, kann nicht ausgeschlossen werden.

6. Folgen für die Konzentrationsmessung und Wettbewerbsbeurteilung

Die bisherigen Ausführungen verdeutlichen, dass die Abgrenzung wettbewerblicher Einheiten bereits kartellrechtlich nicht immer zweifelsfrei möglich ist. Auch aus einer faktischen Perspektive ist das Markt- und Wettbewerbsverhalten nicht immer eindeutig als koordiniert bzw. vereinheitlicht identifizierbar. Die empirischen Einschätzungen am Beispiel des Lebensmitteleinzelhandels verdeutlichen jedoch, dass zwischen der verfügungsrechtlichen und faktischen Sicht in der Regel Unterschiede bestehen, die sich auch auf die Marktstrukturanalyse bzw. -bewertung auswirken. Um dies zu illustrieren, soll im Folgenden anhand von gängigen Konzentrationsmaßen am Beispiel des Lebensmitteleinzelhandels gezeigt werden, ob und inwieweit beide Sichtweisen Bewertungsunterschiede zum Wettbewerb nachsichziehen.

Als Konzentrationsmaße sollen die Concentration Ratios der größten fünf wettbewerblichen Einheiten (CR_5) sowie der Herfindahl-Hirschman-Index, HHI herangezogen werden:

- Die CR-Werte (als summierte Marktanteile) spielen als Vermutungskriterien vor allem im deutschen Kartellrecht nach § 19 Abs. 3 GWB eine herausragende Rolle bei der Beurteilung des Beherrschungsgrads eines Marktes; außerdem wird die Beweislast ab Überschreiten der Marktanteilsschwellen den Unternehmen aufgebürdet. So wird Einzelmarktbeherrschung ab einem Marktanteil (CR_1) von einem Drittel widerleglich vermutet, während die ebenfalls widerlegliche Oligopolvermutung für drei oder weniger Unternehmen bei Überschreiten von 50 % Marktanteil bzw. für fünf oder weniger Unternehmen bei einem CR-Wert von mehr als zwei Drittel greift.
- Die EU-Kommission zieht als zusätzlichen Indikator den HHI heran. Der HHI errechnet sich aus der Summe aller quadrierten Marktanteile multipliziert mit 10.000.³¹⁾ Die Konzentration ist umso höher, je weniger Wettbewerber in einem Markt aktiv sind und je ungleicher die Marktanteile verteilt sind. Da bei einem symmetrischen Viereroligopol der HHI 2.500 beträgt, lässt sich erkennen, dass der in der

kartellrechtlichen Praxis maßgebliche Messbereich des HHI unter 2.000 liegt. Die EU-Kommission orientiert sich daher neben der Größenordnung des HHI zusätzlich an dem Ausmaß von strukturellen Veränderungen auf einem Markt. So wertet die EU-Kommission Märkte mit einem HHI über 2.000 als hoch, bei HHI-Werten zwischen 1.000 und 2.000 als mäßig und bei HHI-Werten unter 1.000 als gering konzentriert.³²⁾ Verändert sich der HHI in einem mäßig konzentrierten Markt um mehr als 250 Punkte, oder in einem hoch konzentrierten Markt bereits um mehr als 150 Punkte, wird die EU-Kommission grundsätzlich nähere Untersuchungen vornehmen.³³⁾

Wenngleich für die Wettbewerbsbeurteilung weitere Kriterien und vor allem auf der Beschaffungsseite eine Differenzierung des hier vereinfachend zusammengefassten Marktes nach Produktgruppen erforderlich sind, ist offensichtlich, dass die Marktstruktur maßgeblich durch die hier nicht weiter beachtete Marktsegmentierung als auch durch die Anzahl und Größe der wettbewerblichen Einheiten festgelegt wird. Für den Lebensmitteleinzelhandel zeigt sich, dass die CR_5 -Werte sowohl aus rechtlicher als auch aus faktischer Sicht trotz einer Differenz bis zu 18 %-Punkten jeweils die Vermutungsgrenzen des § 19 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GWB überschreiten.³⁴⁾

Konzentrationsmaße im Lebensmitteleinzelhandel

Teilmärkte	CR5		HHI	
	rechtlich	faktisch	rechtlich	faktisch
Beschaffungsmarkt	80 %	73 %	1.531	1.282
Absatzmarkt	84 %	66 %	1.667	1.261

Quelle: eigene Berechnungen nach Trade Dimensions 2011

Beim HHI sind aus den rechnerischen Befunden dagegen andere Schlussfolgerungen zu ziehen. So deuten die HHI-Werte sowohl nach rechtlichen als auch nach faktischen Maßstäben auf beiden Marktseiten auf eine gemäßigte Konzentration des Marktes hin. Gravierender aber ist u. E. der Unterschied zwischen einer verfügungsrechtlichen und faktischen Sicht der Marktstruktur. Das Delta zwischen beiden Werten im Beschaffungsmarkt beträgt 149 Punkte, im Absatzmarkt gar 406 Punkte. Die Unterschiede sind so groß, dass sie gemessen an den Bewertungsmaßstäben der EU-Kommission zu einer signifikant günstigeren Bewertung der Wettbewerbsverhältnisse im Lebensmitteleinzelhandel führen. Ohne dass im Rahmen dieses Betrags auch die Problematik der Marktsegmentierung behandelt werden konnte, werden trotz einer inzwischen hohen Umsatzkonzentration im Lebensmittelhandel angesichts der HHI-Werte kompetitiv zu wertende Marktstrukturen sichtbar.

32) Vgl. Europäische Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 2004/C 31/03, 05.02.2004, Rn. 20

33) Vgl. ebenda, Rn. 20

34) Vgl. TradeDimensions, TOP-Firmen 2011. Für diese Berechnung wurden die Unternehmensumsätze im Bereich „Food“ der hier dargestellten Unternehmensgruppen getrennt ausgewertet und nach den Überlegungen zur rechtlichen und faktischen Einheit aggregiert. Der HHI-Berechnung bezieht sich auf die Gesamtumsätze der von TradeDimensions ausgewiesenen Unternehmensumsätze, ist also nicht identisch mit einem wettbewerbsökonomisch relevanten Markt.

31) Die Bedeutung des HHI wird ausführlich beschrieben bei Friederiszick, H.W./Röller, L.H., Ökonomische Analyse in der EU-Wettbewerbspolitik, in: Baudenbacher, C., Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Basel 2007, S. 203 ff.

7. Ergebnis und Ausblick

Die mehr an den verfügungsrechtlichen, strategischen Verhaltensspielräumen von Unternehmen ausgerichteten Kriterien des § 37 GWB Abs. 1 bis 4 sind unverzichtbare Grundlagen für die Marktstrukturbeurteilung vor allem in der Fusionskontrolle. Geht es jedoch darum, die aktuelle, mittelfristig wirksame Wettbewerbsintensität eines Marktes zu beurteilen, kann ein verfügungsrechtlich bestimmtes Konzentrationsmaß jedoch zu einer Fehlbeurteilung führen, wenn die tatsächlichen Umstände eine abweichende Beurteilung wettbewerblicher Einheiten begründen.

Am Beispiel des Lebensmitteleinzelhandels konnte gezeigt werden, dass die faktische Konzentration des Marktes nach vorliegenden Informationen niedriger als die verfügungsrechtlich bestimmte Umsatzkonzentration zu bewerten ist. Dafür sind zum einen Besonderheiten in kooperativ organisierten Gruppen verantwortlich, die die Bindung der selbständigen Einzelhändler trotz vorhandener sonstiger Vertragsrestriktionen erst durch große Freiheitsgrade im lokalen Absatzwettbewerb erreichen (EDEKA, REWE). Zum anderen können auch kapital- oder vertragsseitig unter Umständen verbundene Unternehmen eine so hohe Autonomie im Marktverhalten aufweisen, dass faktisch offenbar keine wettbewerbliche Einheit vorliegt (KAUFLAND, LIDL).

Die faktische Konzentration des Marktes gewinnt ihre Aussagekraft erst im Vergleich zum kartellrechtlich bestimmten Konzentrationsmaß. Je größer der Unterschied, desto weniger haben die verfügungsrechtlich zusammengehörigen Unternehmen ihre Substitutionsbeziehungen internalisiert, je intensiver ist wahrscheinlich der Wettbewerb insgesamt, also zwischen allen Marktteilnehmern. U.E. lässt sich die ‚Lücke‘ zwischen kartellrechtlicher und faktischer Konzentration trotz der Verfügungsrechte im Lebensmitteleinzelhandel mit hoher Wahrscheinlichkeit nur sehr langfristig schließen, indem die selbständigen Einheiten vereinheitlicht werden. Mit Blick auf die Verhältnisse im Lebensmitteleinzelhandel ist es u. E. grundsätzlich leichter, rechtlich verselbständigte Vertriebslinien an Mitbewerber zu verkaufen, als diese auf eine andere Vertriebslinie innerhalb eines Konzerns zu verschmelzen.³⁵⁾

Wenngleich im Rahmen dieses Beitrags die Markttabgrenzung offen bleiben musste, zeigen die für die Absatzseite des Lebensmitteleinzelhandels geschätzten HHI-Indizes, dass die Unterschiede zwischen faktischen und rechtlichen Konzentrationsmaßen eine Größenordnung erreichen, die analog zu den Beurteilungskriterien der EU-Kommission in Zusammenschlussverfahren eine kritische, signifikant günstigere Wettbewerbssituation indizieren können. Insofern unterstützt die Unterscheidung in ein verfügungsrechtliches und ein faktisches Konzentrationsmaß eine realitätsnähere Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs. Marktstrukturanalysen sollten daher über die rechtliche Bewertung von Unternehmensverflechtungen hinaus auch die faktische Vereinheitlichung des Marktverhaltens und effektive Bündelung von Marktmacht explizit und nachvollziehbar untersuchen. Angesichts der Wettbewerbsdynamik im Le-

bensmitteleinzelhandel und der Annäherung der kooperativen Gruppen an filialisierte Unternehmen bzw. an wettbewerbliche Einheiten bleiben aber auch die hier vorliegenden Befunde ‚im Fluss‘.

Literatur

1. BKartA, Beschluss Edeka/Tengelmann vom 30.06.2008, B2-333/07.
2. BKartA, Beschluss Müller/Poelmeyer vom 02.07.2008, B2-359/07.
3. Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission zur Abgrenzung des relevanten Marktes, 97/C 372/03, ABl 1997 C-372/1.
4. Europäische Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 2004/C-31/03, 05.02.2004.
5. Competition Commission, The Supply of Groceries in the UK Market Investigation, London 2008.
6. Friederiszick, H. W., Markttabgrenzung und Marktmacht. In Recht und Ökonomie im Europäischen Wettbewerbsrecht, ed. Jürgen Schwarze, 29–40. Frankfurt am Main 2006.
6. Friederiszick, H. W.,/Röller, L.-H., Ökonomische Analyse in der EU-Wettbewerbspolitik. Ein erstes Resümee. Ed. Baudenbacher, C., in Neueste Entwicklungen im europäischen unter internationalen Kartellrecht, Basel 2007, S. 203 ff.
7. Inderst, R./Valetti, T., Buyer Power and the „Waterbed-Effect“, CEIS Research Paper No.107, 2007.
8. Kartte, W., Aktuelle Probleme des Wettbewerbs in der Konsumgüterwirtschaft, in: Markenartikel 5/1984, S. 232 ff.
9. Lademann, R., Machtverteilung zwischen Industrie und Handel. Eine empirische Untersuchung der Marktstrukturen in der Ernährungswirtschaft, Göttingen 1988.
10. Lademann, R., Marktstrukturelle Grundlagen des Austauschprozesses in der Ernährungswirtschaft, in: Uwe Christian Täger, et al, Hrsg. Entwicklungsstand und -perspektiven des Handels mit Konsumgütern, Berlin/München 1994, S. 249 ff.
11. Lademann, R., Marktstruktur und Wettbewerb in der Ernährungswirtschaft. Eine empirische Analyse der Konzentrationsentwicklung und Marktkräfte in Industrie und Handel, Göttingen 1996.
12. Lademann, R., Industriepolitische Instrumentalisierung des GWB durch handelsspezifische Sektoralisierung? In: WuW 6/1997, S. 496 ff.
13. Lebensmittel Zeitung (05.04.2011), Rewe/Dohle bestätigen Zusammenarbeit (Online-Meldung).
14. Lebensmittel Zeitung (23.06.2011), Edeka streitet über Netto, Jahrestagung in Bonn – Debatten von den Discountern (Online-Meldung).
15. Lebensmittel Zeitung (24.06.2011), Netto facht interessanten Konflikt mit Edeka-Händlern an (Online-Meldung).
16. Monopolkommission, Hauptgutachten 18, Baden-Baden 2010.
17. Monopolkommission, Sondergutachten 7, Baden-Baden 1977.
18. Monopolkommission, Sondergutachten 14, Baden-Baden 1985.
19. Monopolkommission, Sondergutachten 23, Baden-Baden 1994.
20. Schenk, H. O., Marktwirtschaftslehre des Handels, Wiesbaden 1991.
21. Schmidtchen, D., Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen „more-economic-approach“, in: Oberender, O., (Hg.), Effizienz und Wettbewerb, Berlin 2005, S. 9 ff.
22. Schwalbe, U./Zimmer, D., Kartellrecht und Ökonomie, Frankfurt 2006.
23. TradeDimensions, Top-Firmen 2011: Der Lebensmittelhandel in Deutschland, Food/ Nonfood, Frankfurt/Main 2011.
24. Treis, B./Lademann, R., Die Aussagefähigkeit der Kennzahlen Auftragskonzentration und Sortimentskongruenz in kooperativen Gruppen des Handels, in: FfH-Mitteilungen 4/1981, S. 1 ff.
25. Treis, B./Lademann, R., Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes im Lebensmitteleinzelhandel, in: GRUR 5/1987, S. 262 ff.

35) Ein Beispiel dafür ist die Übernahme der meisten PLUS-Märkte der TENGELMANN-Gruppe durch die Discount-Tochter NETTO der EDEKA-Gruppe. Eine Umstellung der PLUS-Märkte auf die Supermarktlinie KAISERS bzw. TENGELMANN war dagegen keine Option.