

Dipl.-Kfm. Rainer Lademann, Universität Göttingen

Schutzzweck- und Rechtstatsachenprobleme bei der Untersagung von Verkäufen unter dem Einstandspreis nach § 37a Abs. 3 GWB

1. Problemstellung

Seit der vierten Novellierung des GWB im Jahre 1980 hat sich das Instrumentarium der Kartellbehörden u. a. um die Untersagungsmöglichkeiten nach § 37a Abs. 3 GWB gegenüber unbillig behindernden Praktiken relativ marktmächtiger Unternehmen im Horizontalverhältnis erweitert. Bedeutung hat die Erweiterung des kartellbehördlichen Handlungsspielraumes bislang vor allem für den Preiswettbewerb im (Lebensmittel-)Einzelhandel erlangt. Die Anwendungsmöglichkeiten des § 37a Abs. 3 GWB sind jedoch bislang keineswegs ausgelotet¹⁾. Die bisher erlassenen Untersagungsverfügungen gegen das SB-Warenhausunternehmen Kaufmarkt²⁾ und einer Gruppe Bremer Handelsbetriebe³⁾ wegen Verkäufen unter Einstandspreis haben insofern Pilotcharakter, als mit ihrer Hilfe nicht nur die Justiziabilität der neuen Norm geprüft sondern auch Grenzen von Eingriffen in den Preiswettbewerb abgesteckt werden sollen.

Angesichts einer anhaltenden Konzentrationswelle in der Lebensmittelbranche verspricht man sich von dem neuen Abs. 3 Schutzwirkungen gegen das Vordringen marktstarker Handelsbetriebe in traditionell mittelständische Bereiche mittels aggressiver Niedrigpreisstrategien⁴⁾. In der bislang sich abzeichnenden Auslegungs- und Anwendungspraxis, aber auch in der dazu parallel verlaufenden kontroversen wettbewerbspolitischen Diskussion wird häufig von der Existenz von Hintergrundannahmen ausgegangen, die für die Realisierung des angestrebten Schutzzweckes unerläßliche Voraussetzungen darstellen. Dabei handelt es sich um Tatsachenbehauptungen, die sich aus erfahrungswissenschaftlicher Perspektive oft in einem anderen Lichte darstellen. Aufgrund der Bedeutung, die einer zutreffenden, d. h. möglichst logisch wie faktisch wahren Realitätsbeurteilung für die Realisierung des Schutzzweckes der Norm zukommt, soll in diesem Beitrag die Erreichbarkeit des Schutzzweckes durch Analyse wesentlicher Hintergrundannahmen geprüft werden.

2. Zum Schutzzweck und zur Anwendungssystematik des § 37a Abs. 3 GWB

Der neue Abs. 3 hat zum Zweck, kartellrechtliche Eingriffsvoraussetzungen gegenüber machtbedingten Verdrängungspraktiken im Horizontalverhältnis zu schaffen⁵⁾. Dabei sollen nach dem Willen des Gesetzgebers vor allem kleine und mittlere Unternehmen vor unbilligen, machtbedingten Behinderungen relativ marktstarker Mitbewerber geschützt werden⁶⁾.

Die Kartellbehörden können einem Marktteilnehmer nach § 37a Abs. 3 GWB ein Verhalten untersagen,

- daß unmittelbar oder mittelbar kleine und mittlere Mitbewerber unbillig behindert und
- geeignet ist, den Wettbewerb nachhaltig zu beeinträchtigen.

Die Untersagung ist dabei an die Voraussetzung geknüpft, daß der Normadressat

- aufgrund seiner überlegenen Marktmacht gegenüber kleinen und mittleren Mitbewerbern
- die Marktverhältnisse wesentlich zu beeinflussen vermag.

Die Anwendung des § 37a Abs. 3 GWB erfordert daher ein zweistufiges Vorgehen: Zunächst ist die Normadressatenschaft eines Unternehmens zu prüfen, sodann die verhaltensbezogenen Eingriffsvoraussetzungen⁷⁾. Die Bestimmung der Normadressatenschaft setzt zum einen die Abgrenzung des relevanten Marktes, zum anderen die Beurteilung des Machtgefälles zwischen den Wettbewerbern auf dem relevanten Markt anhand eines Marktanteils- und Ressourcenvergleichs voraus⁸⁾. Bei den verhaltensbe-

zogenen Eingriffsvoraussetzungen wird zwischen einer bilateralen (unbillige Behinderung) und einer gesamtmarktbezogenen (Eignung zur nachhaltigen Wettbewerbsbeeinträchtigung) Betrachtung unterschieden, um zu verhindern, daß § 37a Abs. 3 GWB als reine Individualschutznorm Anwendung findet⁹⁾.

3. Zur Rechtsprechung gegenüber Verkäufen unter Einstandspreis

31. Die Prüfung der Normadressatenschaft

Bevor das BKartA die überlegene Marktmacht eines Normadressaten ermittelt, ist die Abgrenzung des relevanten Marktes erforderlich. Dabei orientieren sich die Kartellbehörden bislang an dem bei der Untersagung des Zusammenschlußvorhabens Coop-Holt-schneider zugrundegelegten Grundsatz, wonach sich „der sachlich relevante Markt ... (nicht) aus einer Vielzahl von Märkten für einzelne Warenarten zusammen(setzt)“¹⁰⁾. Konsequenz dieser Auffassung ist es, daß nicht alle Anbieter gleicher oder gleichartiger Produkte in den sachlich relevanten Markt einbezogen werden. Nicht eine partielle Sortimentsüberschneidung, wie sie etwa auch zwischen dem Nahrungsmittel-Handwerk und Großbetriebsformen z. B. im Backwaren- und Frischfleischbereich bestehen, war für die Marktabgrenzung in sachlicher Hinsicht entscheidend, sondern der „... Einzelhandel mit Lebensmitteln und anderen Waren des täglichen Bedarfs ...“¹¹⁾.

Abgrenzungskriterium ist damit offenbar die Zugehörigkeit eines Marktteilnehmers zum Sortimentseinzelhandel.

An diese Sichtweise wird auch ausdrücklich im Untersagungsverfahren Coop-Bremen angeknüpft, indem in den sachlich relevanten Markt ebenfalls nur die Betriebe des Lebensmittelsortiments-

1) Vgl. zuletzt Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1981/1982 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, BT-Ds 10/243, S. 69 und S. V (Stellungnahme der Bundesregierung). Ebenso Gries, G., Bildung von Nachfragemacht schon im Ansatz verhindern, in Markenartikel 9/1983, S. 412.

2) Vgl. Kaufmarkt, WuW/E LKartB 223 ff. Die Untersagungsverfügung wurde inzwischen durch Beschluß des OLG München aufgehoben; vgl. Kaufmarkt, WuW/E OLG 2942 ff.

3) Vgl. Coop-Bremen, WuW/E BKartA 2029 ff.; o. V. Verkauf unter Einstand auch in Bremen untersagt, in Handelsblatt v. 6. 7. 1983, S. 1 (Realkauf- und Kafu-Märkte).

4) Vgl. Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 5/1980, S. 374 f., Zur Diskussion um Verkäufe unter Einstandspreis vgl. u. a. Diller, H., Verkäufe unter Einstandspreis, in Marketing ZFP, Heft 1/1979, S. 7 ff.; Ulmer, P., Die neuen Vorschriften gegen Diskriminierung und unbillige Behinderung, in WuW 7 u. 8/1980, S. 474 ff., insbesondere S. 485 ff.; Schultes, W., Erfahrungen bei Mißbrauchsaufsicht gegenüber Nachfragemacht, in WuW 10/1982, S. 731 ff., S. 742; Zur Unlauterkeit des Lockvogelangebots und Unter-Preis-Verkäufen aus europäischer Sicht, IVLD (Hrsg.), Bericht Nr. 13, Bern 1982; o. V., Rewe fordert klares Verbot von Lockvogelpraktiken, in Handelsblatt Nr. 192 vom 6. 10. 1982; Markert, K., Was ist eine unbillige Behinderung?, in Lebensmittel Zeitung vom 19. 5. 1982, S. 8.

5) Vgl. Emmerich in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB-Kommentar zum Kartellgesetz, München 1981, § 37a, Rn. 5a.

6) Vgl. Bericht des Wirtschaftsausschusses, a.a.O., S. 374.

7) Vgl. Ulmer, P., Die neuen Vorschriften gegen Diskriminierung und unbillige Behinderung (§ 26 Abs. 25.3 und Abs. 3, § 37a Abs. 3 GWB), in WuW 7 u. 8/1980, S. 487 ff. sowie Coop-Bremen, WuW/E BKartA 2030, 2034.

8) Vgl. Bericht des Wirtschaftsausschusses, a.a.O., S. 376. Vgl. ebens. Emmerich in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), a.a.O., § 37a; Ulmer, P., a.a.O., S. 487 ff.

9) Vgl. Fußnote 8.

10) Coop-Supermagazin, WuW/E, BKartA 1971.

11) Kaufmarkt, WuW/E, LKartB 225.

einzelhandels einbezogen werden¹²). Unter Lebensmittel-sortiment-einzelhandel versteht das BKartA „... den Markt für Nahrungs- und Genußmittel (Food) einschließlich der typischerweise dort auch geführten Non-Food-Erzeugnisse“¹³). Auf diese Weise sei gewährleistet, daß den „... vom Einzelhandel beim Warenabsatz sortimentsbezogen erbrachten Distributionsleistungen“¹⁴) entsprochen werde. Die sortimentsbezogene Markt-Abgrenzung beruht dabei auf der Einschätzung, der Verbraucher entscheide bei der Wahl seiner Einkaufsstätte nach dem jeweils angebotenen Sortiment¹⁵). Als Ergebnis dieses Abgrenzungskriteriums werden folglich das Nahrungsmittelhandwerk sowie Fach- und Spezialgeschäfte des Lebensmitteleinzelhandels, aber auch traditionelle Wochenmärkte (z. B. landwirtschaftliche Direktvermarktung) und Kioske aus dem sachlich relevanten Markt ausgeschlossen. Der sachlich relevante Markt besteht demnach aus dem Lebensmittelangebot von SB-Warenhäusern und Warenhäusern, Verbrauchermärkten, Lebensmitteldiscountern, Supermärkten und Nachbarschaftsgeschäften.

In beiden Untersagungsverfügungen greift das BKartA folglich bei der sortimentsbezogenen Markt-Abgrenzung auf Prämissen über das Verbraucherverhalten zurück¹⁶). Gerade die dahinter stehende Überlegung, eine sortimentsbezogene Abgrenzung des relevanten Marktes entspräche auch dem Entscheidungsverhalten der Verbraucher bei der Einkaufsstättenwahl, stellt eine Tatsachenbehauptung dar, die kritisch zu überprüfen ist.

32. Die Prüfung der verhaltensbezogenen Eingriffsvoraussetzungen

Bei der Prüfung, ob kleine und mittlere Mitbewerber von Normadressaten unbillig behindert werden, gelangt das BKartA zu der Wertung, daß der Bereich des durch § 37a Abs. 3 GWB zu stärkenden Leistungswettbewerbs¹⁷) durch den systematischen Verkauf unter Einstandspreis verlassen werde¹⁸). Mit Hilfe dieser Niedrigpreisstrategie werde der Verbraucher nicht durch die Weitergabe von Kostenvorteilen, sondern machtbedingt veranlaßt, die Geschäfte des Verbotsadressaten aufzusuchen¹⁹). Gerade vom systematischen — nicht dem gelegentlichen — Verkauf unter Einstandspreis ginge vor allem in Verbindung mit massiver Medienwerbung eine Sogwirkung auf das Konsumentenverhalten aus, dem die kleinen und mittleren Mitbewerber ohne Existenzgefährdung nicht begegnen können²¹).

Im Rahmen der Marktfolgeprüfung beruht die Einschätzung einer nachhaltigen Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch Verkäufe unter Einstandspreis auf der Annahme eines Anlock- und Nachahmungseffekts, der zur Existenzbedrohung der kleinen und mittleren Mitbewerber führe²²). Der Anlockeffekt beruht nach BKartA-Meinung darauf, daß der Verbraucher bei der Einkaufsstättenwahl entscheidend von der Einschätzung der Preiswürdigkeit eines Geschäftes geleitet werde²³).

Die Einschätzung der Preiswürdigkeit werde maßgeblich von Sonderangeboten mit Waren geprägt, die im allgemeinen Preisbewußtsein stünden. Durch Verallgemeinerung der Preiswürdigkeitseinschätzung für das gesamte Sortiment würden zudem Verbundkäufe ausgelöst²⁴). Da die Verbraucher die Preisstellung und damit letztlich die Mischkalkulation nicht durchschauten, würden gleichzeitig kleine und mittlere Einzelhändler „... als weniger leistungsfähig erscheinen müssen“²⁵). Da gleichzeitig durch die Preispolitik eines Normadressaten andere, ebenfalls marktstarke Unternehmen zur Nachahmung dieses Wettbewerbsverhaltens gezwungen seien, würden kleine und mittlere Unternehmen im Ergebnis in ihren Existenzchancen „... in immer stärkerem Maße durch leistungsfremde Verhaltensweisen von Großunternehmen bedroht (...), ohne daß sie mit den ihnen zur Verfügung stehenden Wettbewerbsmitteln, insbesondere durch gleichwertige Werbemaßnahmen in entsprechend wirksamer Weise reagieren können“²⁶).

Bei der Prüfung der verhaltensbezogenen Eingriffsvoraussetzungen spielen wiederum bestimmte Annahmen über das Verbraucherverhalten eine Rolle. Zentrales Entscheidungskriterium bei der

Einkaufsstättenwahl sei die Preiswürdigkeit eines Geschäftes, die wiederum von Verkäufen unter dem Einstandspreis abhänge.

Die bisherigen Untersagungsverfügungen gegen Verkäufe unter dem Einstandspreis nach § 37a Abs. 3 GWB beruhen also auf Tatsachenbehauptungen, in dessen Mittelpunkt sowohl bei der Markt-Abgrenzung als auch bei der Prüfung der verhaltensbezogenen Eingriffsvoraussetzungen die Frage steht, von welchen Faktoren die Geschäftswahl der Verbraucher abhängt. Dabei ist insbesondere im Hinblick auf den Schutzzweck des § 37a Abs. 3 GWB der Frage nachzugehen,

- ob der relevante Markt über das Kriterium Lebensmittel-sortiment-einzelhandel sachgerecht abgegrenzt wurde und
- ob der Preis, genauer der Untereinstandspreis, tatsächlich die ihm unterstellten Wirkungen bei der dauerhaften Umlenkung von Kundenströmen besitzt.

4. Der Lebensmittel-sortiment-einzelhandel als relevanter Markt

41. Wettbewerbsbeziehungen im Lebensmitteleinzelhandel aus betriebswirtschaftlicher Sicht

Ergebnis bisheriger Markt-Abgrenzungsverfahren bei der Untersagung von Verkäufen unter dem Einstandspreis nach § 37a Abs. 3 GWB war die Einbeziehung völlig unterschiedlicher Betriebsformen in den relevanten Markt. Die Zugehörigkeit eines Mitbewerbers zum Sortiment-einzelhandel besagt jedoch noch gar nichts darüber, ob zwischen einzelnen Sortiment-einzelhändlern eine (unmittelbare) Wettbewerbsbeziehung besteht. Der Grund liegt in der mangelnden Differenziertheit des Kriteriums Sortiment.

Zunächst fällt bei dem Abgrenzungskriterium auf, daß eigentlich nicht der Markt, sondern nur die Angebotsseite in die Betrachtung einbezogen wird. Damit kann die Dynamik, die sich aus dem Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage einstellt, bereits im Ansatz nicht berücksichtigt werden. So ist zu fragen, ob die über ein angebotsbezogenes Abgrenzungskonzept erfaßten Wettbewerber auch aus der Sicht der Nachfrage, also der Verbraucher, einem Markt zugerechnet werden können. Das würde voraussetzen, daß der Verbraucher die Bedarfsdeckung mit Lebensmitteln und Non-Food-Erzeugnissen einerseits in SB-Warenhäusern, Warenhäusern, Verbrauchermärkten, Lebensmitteldiscountern, Supermärkten und Nachbarschaftsgeschäften als gleichwertig betrachtet, andererseits auch die aus dem sachlich relevanten Markt ausgeschlossenen Einkaufsstätten nicht als gleichwertig ansieht.

Dies wäre der Fall, wenn die Annahme der Kartellbehörden zutreffen würde, der Verbraucher entscheide im Hinblick auf die Bedarfsdeckung mit Lebensmitteln über die Wahl der Einkaufs-

12) Vgl. Coop-Bremen, WuW/E, BKartA 2030.

13) Vgl. ebenda 2030.

14) Ebenda 2030.

15) Vgl. Coop-Supermagazin, WuW/E, BKartA 1971.

16) Vgl. zur Problematik der Begründung der Wettbewerbsrechtsprechung mit Annahmen über das Verbraucherverhalten. *Treis, B.*, Die Analyse der Annahmen über das Käuferverhalten in ausgewählten Urteilen der Wettbewerbsrechtsprechung, Betriebswirtschaftslehre und Recht, Hrsg. A. Heigl/P. Uecker, Gabler-Sonderdruck, Bericht von der Wiss.-Tagung des Verbandes der Hochschullehrer für Betriebswirte e.V., vom 17.—19. 5. 1978 in Nürnberg.

17) Vgl. *Ulmer, P.*, a.a.O., S. 485.

18) Vgl. Coop-Bremen, WuW/E, BKartA 2037.

19) Vgl. ebenda 2037.

20) Vgl. ebenda 2035, 2037.

21) Vgl. ebenda 2037.

22) Vgl. ebenda 2038 ff.

23) Vgl. ebenda 2038.

24) Vgl. ebenda 2039. Mit dieser Begründung knüpft das BKartA an bisher vom BGH (Intermarkt) bzw. OLG Hamburg (Elbemarkt) verworfene Annahmen über das Verbraucherverhalten an. Vgl. Intermarkt, GRUR, Heft 6, 1974, S. 344 f., Elbemarkt, WRP, Heft 9, 1978, S. 659.

25) Vgl. Coop-Bremen, WuW/E, BKartA 2039.

26) Ebenda 2040.

stätte nach dem jeweils vorgefundenen Sortiment, während andere, aus den unterschiedlichen Betriebsformenkonzepten resultierende Wettbewerbsparameter unerheblich sind.

Zunächst erscheint eine pauschale Zweiteilung des Marktes in Großbetriebsformen einerseits sowie kleine und mittlere Betriebe andererseits bedenklich. So beruhen die Wettbewerbswirkungen großflächiger SB-Warenhäuser auf anderen Ursachen als die der Discountunternehmen oder etwa die der kleinflächigen Filialbetriebe. Bezüglich des Sortiments²⁷⁾ spielen hier z. B. Qualitätsunterschiede im Frischwarenbereich²⁸⁾, aber auch Sortimentsbeschränkungen bei Discountern auf problemlose Waren des Trockensortiments eine wichtige Rolle. Da die in den sachlich relevanten Markt einbezogenen Wettbewerber keineswegs gleichartige Sortimente aufweisen, sondern unterschiedliche Bedarfe abdecken, ist zu fragen, ob eine angebotsorientierte Marktabgrenzung nicht von einem faktisch unzutreffenden Abgrenzungskriterium ausgeht. Die Tatsache, daß Sortimentseinzelhandelsbetriebe generell zur Bedarfsdeckung mit Lebensmitteln geeignet sind, sagt noch nichts darüber aus, ob sie dazu auch nach Art und Umfang in gleichem Maß in der Lage sind.

Erheblich differenzierter stellen sich die Wettbewerbsbeziehungen unterschiedlicher Betriebsformen dar, wenn man sie aus der Sicht des Verbraucherverhaltens beleuchtet. Die Kartellbehörden schließen dabei von der Zugehörigkeit eines Wettbewerbers zum Sortimentseinzelhandel auf eine analoge Bewertung und Kategorisierung der Einkaufsstätte durch den Verbraucher. Diese Linearität zwischen „dem“ Lebensmittelsortimentseinzelhandel und „dem“ Verbraucherverhalten besteht indessen nicht. Der Wettbewerb im Handel stellt sich marketingtheoretisch²⁹⁾ vor allem durch das Nebeneinander einer Reihe unterschiedlicher Betriebsformen dar, die jede für sich durch eine ganz bestimmte Kombination von absatzpolitischen Aktionsparametern charakterisierbar sind³⁰⁾. Ergebnis dieser vor allem preis-, sortiments-, standort-, kommunikations-, service- und bedienungspolitischen Instrumentalschwerpunkte³¹⁾ ist eine äußerst selektive Marketingpolitik. Betriebsformen und der damit verbundene Einsatz absatzpolitischer Instrumente führen damit zur Marktsegmentierung im Handel bzw. sind dessen Folge. Jede Betriebsform ist damit also prinzipiell auf ganz bestimmte Konsumentenzielgruppen gerichtet³²⁾.

Grundlage selektiver Marketingstrategien ist die Tatsache, daß die Konsumenten selbst nicht homogen sind, sondern sich nach einer Vielzahl von Kriterien differenzieren lassen, also segmentierbar sind: So ließen sich etwa nach demographischen (Alter, Einkommen, Wohnort usw.) oder psychologischen Merkmalen (Preisbereitschaft, Bereitschaft zur Beschaffungsmühe, Anspruch an Einkaufserlebnis und -atmosphäre usw.) in sich wiederum relativ homogene Marktsegmente abgrenzen und mit einem betriebsformenspezifischen Marketing ansprechen³³⁾. Das Discountprinzip zielt u. a. z. B. auf Konsumenten mit großer Preissensibilität und geringen Ansprüchen an Einkaufsatmosphäre. Die empirischen Befunde über die Art und Zahl der in Anspruch genommenen Einkaufsstätten bestätigen außerdem, daß einzelne Konsumenten keineswegs alle Betriebsformen als äquivalent für ihre Bedarfsdeckung ansehen³⁴⁾. Betriebsformenpräferenzen, Gewohnheitsverhalten bei der Wahl von Einkaufsstätten aber nicht zuletzt auch beschränkte Informationsbeschaffungsaktivitäten und -verarbeitungsmöglichkeiten sind wichtige Gründe, daß einzelne Betriebsformen trotz punktueller oder gar umfassenderer Sortimentsüberschneidungen nicht als austauschbare Einkaufsstätten wahrgenommen werden³⁵⁾. Diese aus absatzpolitischen Aktionsparametern resultierenden Betriebsformenunterschiede werden von den Verbrauchern auch ebenso differenziert wahrgenommen³⁶⁾. Weitere Gründe für sich stark differenzierende Angebots- und Nachfragebeziehungen zwischen Handel und Verbraucher resultieren aus hersteller- und verbraucherseitig veränderten Rahmenbedingungen³⁷⁾. So ergeben sich z. B. aus der Verlagerung von Wohnsitzen in Stadtrandlagen, einer erhöhten Mobilität (Zunahme des Individualverkehrs) sowie erhöhten Bevorratungsmöglichkeiten

(Haltbarmachung von Lebensmitteln, Kühl- und Tiefkühlgeräte) erhebliche Konsequenzen für das Verbraucherverhalten³⁸⁾. Die in diesem Zusammenhang bedeutsamste Veränderung besteht in der Verringerung der Einkaufsintervalle und der damit interdependent verbundenen Erhöhung der Einkaufsmengen für bevorratungsfähige Nahrungs- und Genußmittel. Hierunter fällt keineswegs nur die Nachfrage nach Trockensortimenten sondern teilweise auch der Frischwarenbedarf, sofern hier eine mehrtägige Lagerfähigkeit gegeben ist. Gefördert wurde die Verschiebung des Verbraucherverhaltens ebenso durch herstellerseitige Maßnahmen. Dazu zählen neben der bereits erwähnten Haltbarmachung von Lebensmitteln auch die mit der Massendistribution präferierte Distribution über Großbetriebsformen, das Angebot von Großgebunden (Familien- bzw. Vorratspackungen) sowie der Absatz selbstbedienungsfähiger Produkte.

In der Folge davon läßt sich daher das Verbraucherverhalten immer weniger nach produktspezifischen Bedarfs- bzw. Verwendungszusammenhängen systematisieren, sondern nach Bedarfsanlässen unterscheiden. Nicht mehr nur das auf einen bestimmten Bedarfszusammenhang ausgerichtete Sortiment bestimmt die Nachfrage nach Lebensmitteln, sondern die Möglichkeit, den mit einem bestimmten Einkaufsanlaß verbundenen Bedarfskomplex in einer bestimmten Betriebsform decken zu können.

Damit sind Marktsegmente weniger personenbezogen sondern einkaufsanlaßbezogen zu unterscheiden. Das erklärt zugleich, warum Konsumenten ihren Bedarf nicht nur in einer Betriebsform decken. Differenziert man das Verbraucherverhalten nicht nach Einkaufsanlässen, wird der Eindruck erweckt, die Verbraucher entscheiden vor jedem Einkauf über die aufzusuchende Einkaufsquelle immer wieder von neuem. Dies ist jedoch keineswegs der Fall: Je nach Einkaufsanlaß entwickeln sich in der Regel habituelle Verhaltensweisen, die meist auch ein hohes Maß an Einkaufsstättentreue³⁹⁾ nach sich ziehen. M.a.W.: Während die Nachfrage nach Massengütern, der Einkauf des Wochenbedarfs bzw. der haushaltsseitigen Vorratshaltung überwiegend auf Discounter, SB-Warenhäuser und Verbrauchermärkte verlagert wurde, werden

27) Vgl. exemplarisch SB in Zahlen 1982, Hrsg. Institut für Selbstbedienung, Köln 1982, S. 209—222, Report 1982/83, Lebensmittel Zeitung, Frankfurt 1982, S. 619 ff.

28) Vgl. Greipl, E., Wettbewerbsituation und -entwicklung des Einzelhandels in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1978, S. 132 f., 189.

29) Stellvertretend für die Marketingforschung, Meffert, H., Marketing, 5. Aufl., Wiesbaden 1980, und die dort angeführte Literatur. Zur Erforschung des Konsumentenverhaltens umfassend Kroeber-Riel, W., Konsumentenverhalten, 2. Aufl., München 1980, mit weiteren Nachweisen.

30) Vgl. zur Definition und Beschreibung von Betriebsformen Nieschlag, R./Kuhn, G., Binnenhandel und Binnenhandelspolitik, 3. Aufl., Berlin 1980, S. 74 ff.

31) Vgl. Greipl, E., a.a.O., S. 60 f., S. 131 f.

32) Zur Marktsegmentierung im Handel vgl. Hansen, U., Absatz- und Beschaffungsmarketing des Einzelhandels, Band 1, Göttingen 1976, S. 59 ff.

33) Vgl. ebenda, S. 59 ff.; ebenso Nieschlag, R., Die Stellung der Gruppen in der Absatzwirtschaft heute, Berlin 1971, S. 21 f.

34) Zu empirischen Befunden der Kaufverhaltensforschung vgl. u. a. Regionalpresse Frankfurt in Lebensmittel Zeitung vom 19. 11. 1982, S. F1 ff.; o. V., Zwischen Preis und Frische, in Lebensmittel Zeitung vom 29. 10. 1982, S. F28 ff.; Happel, H., Hier wohne ich, wo kaufe ich ein? in Lebensmittel Zeitung vom 22. 10. 1982, S. F34 ff.

35) Vgl. zur Einkaufsstättenwahl und -treue Fußnote 34 sowie grundlegend Heinemann, M., Einkaufsstättenwahl und Firmentreue, Wiesbaden 1976; Müller, S./Beeskow, W., Einkaufsstättenimage und Einkaufsstättenwahl, in Jahrbuch der Absatz- und Verbrauchsforschung, 28. Jg., Heft 4/1982, S. 400 ff.

36) Vgl. Tietz, B., Wie Verbraucher über Einzelhandelsleistung denken, in Absatzwirtschaft 3/1978, S. 47 ff., S. 53.

37) Vgl. Nieschlag, R./Kuhn, G., a.a.O., S. 20 ff.

38) Vgl. ebenda sowie Treis, B./Kepper, U., Wettbewerb im Lebensmittelhandel, in Markenartikel, 4/1977, S. 129.

39) Vgl. Heinemann, M., a.a.O., S. 131 ff., S. 229 ff.

Güter des täglichen Bedarfs (insbesondere Frischwaren) und beim Vorratskauf vergessene Artikel eher in Nachbarschaftsgeschäften oder beim Nahrungsmittelhandwerk nachgefragt. Auf diese Weise läßt sich daher seit dem Auftreten großflächiger, preisaggressiver Handelsbetriebe eine Spaltung des Lebensmittelmarktes in problemlose und problemvolle Güter beobachten⁴⁰).

Hinzu kommt, daß kleine und mittlere Handelsbetriebe die für die Deckung des Großbedarfs notwendige Verkaufsflächenexpansion sowie ein entsprechendes Parkplatzangebot nicht in adäquatem Umfang zur Verfügung stellen konnten. Dies fördert wiederum die og. g. Spaltung des Lebensmittelmarktes, weil Anpassungsmaßnahmen kleiner Wettbewerber an die veränderten Nachfragebedingungen letztlich auf Ausweichreaktionen gegenüber Marketingstrategien von Großbetriebsformen hinauslaufen. Die Ausweichreaktionen — sofern sie überhaupt stattfinden — stellen dabei häufig eine Marktnischenstrategie dar, wie sie etwa in frischwareorientierten Nachversorgungskonzepten von EDEKA-, REWE- und SPAR-Geschäften betrieben wird⁴¹).

Die Veränderungen des Verbraucherverhaltens sind also interdependent mit Veränderungen der Angebotsstruktur verbunden. Dies hat zur Folge, daß gerade kleine und mittlere Lebensmittelbetriebe von einer Reihe von Käufergruppen für einen Großteil der Einkaufsanlässe nicht mehr als geeignete Einkaufsquellen angesehen werden.

Die Betrachtung des Lebensmittelmarktes erfordert gewissermaßen per definitionem sowohl die Berücksichtigung von Angebots- als auch von Nachfragebedingungen. Der Wettbewerb um die lebensmittelrelevante Nachfrage läßt sich nach Betriebsformen und Einkaufsanlässen differenzieren, keineswegs hinreichend jedoch nach globalen Sortimentsmerkmalen wie z. B. im Falle des Lebensmittel-sortimentseinzelhandels. Welche Schlußfolgerungen hieraus für die Abgrenzung des relevanten Marktes bei der Untersagung von Untereinstandspreisverkäufen nach § 37a Abs. 3 GWB zu ziehen sind, soll im folgenden analysiert werden.

42. Konsequenzen für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes im Untersagungsverfahren nach § 37a Abs. 3 GWB

42.1. Vorbemerkungen zur logischen Konsistenz der Marktabgrenzung

Die Abgrenzung des relevanten Marktes ist nicht nur ein methodisch sondern auch logisch umstrittenes Verfahren bei der Messung von Marktmacht. Dabei wird letztlich ein zweistufiges Vorgehen unterstellt⁴²). Zunächst soll der Machtbereich eines Marktteilnehmers ermittelt, also eine Marktabgrenzung in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht vorgenommen werden. Sodann erfolgt die Messung der Marktmacht innerhalb des abgegrenzten Marktes. Dieses zweistufige Vorgehen scheidet jedoch an logischen Mängeln. Es besteht nämlich die Gefahr, daß eine mehr oder weniger enge Abgrenzung des relevanten Marktes das Ziel einer kartellrechtlichen Untersuchung bereits vorwegnimmt: Die Messung von Marktmacht. M.a.W. bevor überhaupt mit der Messung der Marktmacht begonnen wird, wurde das Ergebnis mit der Marktabgrenzung bereits determiniert: Eine enge Abgrenzung des relevanten Marktes läßt die Marktmacht eines Unternehmens tendenziell zu hoch erscheinen und umgekehrt. Folglich sind Marktabgrenzung und Messung der Marktmacht nicht unabhängig voneinander sondern interdependent⁴³). Marktabgrenzung und Messung von Marktmacht sind vielmehr identische Vorgänge. Es verwundert daher nicht, wenn die vom BKartA durchgeführten Marktabgrenzungen stets auf Widerspruch der betroffenen Unternehmen gestoßen sind⁴⁴).

Als weiterer logischer Einwand wird die Anwendbarkeit des Partialmarktkonzeptes bestritten. Die Abgrenzung des relevanten Marktes geht nämlich stillschweigend von der Voraussetzung aus, daß der Gesamtmarkt in eine Vielzahl isolierter Teilmärkte aufspaltbar sei. Prinzipiell ist der Markt als Ganzes jedoch unteilbar, die Preise z. B. bedingen sich gegenseitig⁴⁵). Am Beispiel der Untersagungsverfügungen gegen Untereinstandspreisverkäufe der Unternehmen Kaufmarkt und Coop nach § 37a Abs. 3 GWB aber auch gegen das Zusammenschlußvorhaben Coop-Holtschneider

soll die Problematik des Partialmarktkonzeptes verdeutlicht werden.

So berechneten die Kartellbehörden die Marktanteile auf der Basis des Sortimentseinzelhandels⁴⁶). Der Sortimentseinzelhandel steht jedoch auch im Wettbewerb mit dem Nahrungsmittelhandwerk oder Lebensmittelfach- bzw. -spezialgeschäften und ist daher nur ein Einkaufsstättentyp unter anderen. Dieser Einwand wiegt um so schwerer, als traditionelle, betriebsformenspezifische Sortimentsgrenzen immer mehr der Vergangenheit angehören⁴⁷). So verfügen vor allem Warenhäuser, SB-Warenhäuser und Verbrauchermärkte über ggf. eigene Schlachtereien, Bäckereien, Konditoreien und Fischabteilungen, die wiederum bei kleinen und mittleren Handelsbetrieben in der Regel nicht vorhanden sind. Daraus sind prinzipiell zwei Konsequenzen ziehbar: Soll also nur der Sortimentseinzelhandel als relevanter Markt betrachtet werden, gäbe es die Möglichkeit, Umsatzanteile von Großbetriebsformen aus der Marktabgrenzung herauszuhalten, die sie mit Sortimentsteilen erzielen, die in überwiegenderem Wettbewerb mit dem Nahrungsmittelhandwerk und dem Spezialhandel stehen.

Als eine zweite Möglichkeit kommt dagegen die Einbeziehung des Nahrungsmittelhandwerks und der Lebensmittelfach- und Spezialgeschäfte in den sachlich relevanten Markt in Betracht. Beiden Gedanken sind die Kartellbehörden jedoch nicht gefolgt, weil vom Nahrungsmittelhandwerk und den Spezialgeschäften „... beim Wettbewerbsdruck, der alle wesentlichen Wettbewerbsparameter umfaßt, auf den Sortimentshandel auszugehen kann“⁴⁸). Es mag zunächst dahingestellt bleiben, welche im übrigen nicht näher bezeichneten Wettbewerbsparameter Wettbewerbsdruck auszuüben in der Lage sind, die Tatsache dürfte unbestritten sein, daß etwa die Fischabteilung eines Warenhauses nicht auf Umsatzpotentiale von Nachbarschaftsgeschäften zielt, die nie über einen entsprechenden Sortimentsbereich verfügten, sondern offenbar auf den traditionellen Fischspezialhandel.

Im Ergebnis zeigt sich also, daß man bezüglich des Sortimentseinzelhandels nicht von einem isolierten Partialmarkt ausgehen kann. Aber selbst die Berücksichtigung alternativer Betriebsformen für den Einkauf bestimmter Waren rettet das Partialmarktkonzept nicht. Dies wird besonders deutlich, wenn man berücksichtigt, daß Konsumenten ihren Bedarf an Nahrungs- und Genußmitteln nicht nur in alternativen Betriebsformen des stationären Lebensmittelhandels- und -handwerks decken, sondern auch eine Erhöhung der Außerhausversorgung in Gaststätten dem Lebensmitteleinzelhandel Kaufkraft entzieht. Darüber hinaus besteht ein — wenn auch indirekter — Wettbewerb zwischen Unternehmen aller Branchen um die gesamte Kaufkraft der Konsumenten. Nachfrage- oder Angebotsverschiebungen auf einem „gedachten“ Teilmarkt berühren auch die Situation auf dem Gesamtmarkt (zum Beispiel der Bundesrepublik Deutschland). Diese Beispiele zeigen, daß das

40) Ebenso *Nieschlag, R.*, Der Klein- und Mittelbetrieb im Handel, Schicksal und Chancen, Berlin 1976, S. 14 ff.

41) Vgl. z. B. Geschäftsbericht REWE 1975, S. 15 ff.; Geschäftsbericht SPAR 1977, S. 14 f.; Geschäftsberichte der EDEKA-Zentral AG über Frischwarenentwicklung im Sortiment 1977 folgende.

42) Vgl. *Hoppmann, E.*, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, Baden Baden 1977, S. 28.

43) Vgl. *Hoppmann, E.*, a.a.O., S. 26 f., der die Messung von Marktmacht und die Marktabgrenzung als methodisch identischen Vorgang ansieht.

44) Vgl. o.V., Probe aufs Exempel, in Lebensmittel Zeitung vom 2. 4. 1982, S. 1 f.; *Schellenberger*, Exempel am falschen Fall, in Lebensmittel Zeitung vom 2. 4. 1981.

45) Vgl. *Hoppmann, E.*, a.a.O., S. 30.

46) Vgl. „Coop-Supermagazin“, WuW/E, BKartA 1970 ff.; zur Kritik an der Marktabgrenzung im Rahmen dieses Fusionskontrollverfahrens siehe *Lademann, R.*, Wie grenzt man einen Markt ab?, in Lebensmittel Zeitung vom 9. 7. 1982, S. F6 ff.

47) Vgl. *Hansen, U.*, a.a.O., S. 193 ff. und die dort angeführte Literatur.

48) Coop-Supermagazin, WuW/E, BKartA 1972; ähnlich Coop-Bremen, WuW/E, BKartA 2030.

Partialmarktkonzept logisch nicht konsistent ist. In der Realität existieren keine völlig isolierten Teilmärkte. Wenn die Partialmarktidee auf Grund logischer Mängel jedoch nicht befriedigen kann, können auch bei seiner Anwendung auf reale Marktprozesse keine erfahrungswissenschaftlich eindeutigen Ergebnisse erwartet werden.

Am Beispiel der hier diskutierten Fälle wird deutlich, daß die Kartellbehörden über einen erheblichen Spielraum verfügen, die Grenzen des relevanten Marktes mehr oder weniger eng abzustecken. Da das Partialmarktkonzept aus logischen Gründen keine faktisch zwingenden Maßstäbe für eine erforderliche Grenzziehung liefern kann, sind die Kartellbehörden zu Werturteilen bei der Marktabgrenzung gezwungen. Obwohl Werturteile weder wahr noch falsch sein können, also nicht realwissenschaftlich wiederlegbar sind, werden Werturteile, wie auch in den hier zugrundeliegenden Fällen, in der Regel mit Tatsachen zu begründen versucht. Damit läßt sich also über Prüfung der empirischen Begründungen letztlich auch ein darauf fundiertes Werturteil kritisieren. Der Ausschluß des Nahrungsmittelhandwerks und des Spezialhandels aus dem relevanten Markt auf Grund angeblich fehlenden Wettbewerbsdruckes erscheint vor diesem Hintergrund daher sachlich äußerst problematisch.

Von den Kartellbehörden ist daher zu fordern, ihre Werturteile mit möglichst logisch wie faktisch wahren empirischen Argumenten zu belegen⁴⁹). Eine stärker an überprüfbaren Fakten ausgerichtete Marktabgrenzung würde auch die Urteilsfindung objektivieren⁵⁰). Die Beibehaltung des Partialmarktkonzeptes würde daher eine methodisch zuverlässige Identifizierung möglichst homogener Marktsegmente (Teilmärkte) erforderlich machen. Die Vernachlässigung der gesamtmarktbezogenen Interdependenzen beruht dann jedoch nicht auf erfahrungswissenschaftlichen Argumenten sondern auf einem (unvermeidlichen) Werturteil.

422. Aspekte einer bezugsquellenorientierten Marktabgrenzung

Nach bisheriger Praxis wird der bei horizontalen Wettbewerbsprozessen abzugrenzende sachlich relevante Markt nach dem Bedarfsmarktkonzept abgegrenzt⁵¹). Das Bedarfsmarktkonzept stellt auf die Austauschbarkeit von Gütern und Leistungen aus der Sicht der Nachfrager ab. Güter und Leistungen werden dann dem gleichen Markt zugerechnet, wenn sie vom Nachfrager als substituierbar angesehen werden.

Eine Abgrenzung des relevanten Marktes anhand der Produkte bzw. Produktgruppen — das dürfte auf Grund obiger Ausführungen offensichtlich sein — würde wenig sachgerecht sein, weil gerade (stationäre) Einzelhandelsbetriebe trotz Sortimentsüberschneidungen aus Verbrauchersicht keineswegs zwangsläufig als austauschbare Einkaufsquellen wahrgenommen werden. Bei konsequenter Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes gehörten damit die Unternehmen auch nicht zum gleichen Partialmarkt. Eine faktisch zutreffende Abgrenzung des relevanten Marktes müßte demzufolge von der Frage ausgehen, welche Einkaufsquellen im Hinblick auf einen bestimmten Bedarf austauschbar sind. Die sachliche Marktabgrenzung müßte — um dem doppelten Äquivalenzproblem (Produkt- und Geschäftswahlentscheidung) Rechnung zu tragen — also zweistufig erfolgen:

- Im ersten Schritt wären die Bedarfe zu ermitteln, die mit den Untereinstandspreis verkauften äquivalent sind.
- Anschließend müßten die Handelsbetriebe abgegrenzt werden, die bezüglich bereits abgegrenzter Bedarfe als austauschbar angesehen werden.

Das Bedarfsmarktkonzept müßte quasi um ein Bezugsquellenkonzept erweitert werden. So wäre sichergestellt, daß die faktisch relevanten Wettbewerbsbeziehungen erfaßt werden. Durch die Erweiterung der sachlichen Marktabgrenzung um ein Bezugsquellenkonzept könnte auch den unterschiedlichen Einkaufsanlässen Rechnung getragen werden, die zur Entstehung unterschiedlicher Partialmärkte (Marktsplattung) beitragen.

Auch das BKartA erkennt die Bedeutung unterschiedlicher Einkaufsanlässe für die Einkaufsstättenwahl: Der Verbraucher neige dazu, „... den langfristigen Bedarf in großflächigen, preisgünstigen

Vertriebsformen mit großer Auswahl zu decken seinen kurzfristigen Bedarf eher in der Nachbarschaft einzukaufen“⁵²). Dennoch wird daraus nicht die Konsequenz gezogen, Großbetriebsformen und kleine und mittlere Handelsbetriebe unterschiedlichen Märkten zuzurechnen. Vielmehr wird der gesamte Sortimentseinzelhandel als austauschbarer (relevanter) Markt angesehen. Das dies weder von der Angebots- noch von der Nachfrageseite aus betrachtet der Fall sein kann, wurde oben bereits gezeigt⁵³). Es ist zwar zutreffend, daß Großbetriebsformen von kleinen und mittleren Unternehmen bei der Versorgung mit Lebensmitteln erhebliche Marktanteile gewinnen konnten. Daraus ist jedoch noch nicht abzuleiten, man könne daher diese Unternehmen als austauschbar ansehen. Mit dem Auftreten der Großbetriebsformen werden nicht nur die gleichen Produkte in neuen Einkaufsstätten zusätzlich angeboten, vielmehr wird infolge der Symbiose aus veränderten Rahmenbedingungen des Konsums sowie neuartigen Betriebsformenkonzepten auch das Verbraucherverhalten, insbesondere bei der Einkaufsstättenwahl umstrukturiert. So werden unabhängig von Verkäufen unter Einstandspreis Großeinkäufe kaum in Nachbarschaftsgeschäften getätigt werden, während für die Versorgung mit Waren des täglichen Bedarfs kaum ein entfernter gelegenes SB-Warenhaus in Frage kommt. Es ist zu fragen, ob sie dann noch pauschal dem gleichen relevanten Markt zugerechnet werden können. Legt man neben dem Bedarfsmarktkonzept auch den Bezugsquellenansatz zugrunde, ist die Frage trotz vorhandener Sortimentsüberschneidungen zu verneinen.

Entscheidendes Dilemma bei der Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes für Untersagungsverfahren nach § 37a Abs. 3 GWB im Lebensmittelhandel ist, daß ein bereits auf dem Markt etablierter Verbotsadressat sowie kleine und mittlere Bewerber bei konsequenter Anwendung des Partialmarktkonzeptes kaum demselben Markt zugerechnet werden können.

Anders kann es sich jedoch etwa in der Neueröffnungsphase eines preisaggressiven Großbetriebes verhalten (z. B. Kaufmarkt)⁵⁴). In diesem Zeitraum schichten sich die Marktanteile der Handelsbetriebe durch den Marktzutritt eines neuen Konkurrenten um, so daß hier kleine und mittlere Unternehmen tatsächlich demselben relevanten Markt zugerechnet werden könnten. Kleine und mittlere Unternehmen müssen aber nicht zwangsläufig von Newcomer-induzierten Marktanteilsumschichtungen betroffen sein. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Umsätze des Newcomer zu Lasten anderer Großbetriebsformen gehen.

In vielen Fällen werden jedoch kleine und mittlere Unternehmen nach dem Marktzutritt von Newcomern zur Angebotsumstellung, also zu Ausweichreaktionen, veranlaßt⁵⁵). In dynamischer Hinsicht läßt sich daher folglich häufig nur von einer zeitlich begrenzten unmittelbaren Wettbewerbsbeziehung zwischen Großbetriebsformen und den kleinen bzw. mittleren Unternehmen sprechen.

Auch das BKartA scheint von einer bestehenden Marktsplattung

49) Vgl. ebenso *Baum, H.*, Der relevante Markt als Problem der Wettbewerbspolitik, in *WuW* 6/1980, S. 404, der eine an den Fakten ausgerichtete Marktabgrenzung als unerläßliche Voraussetzung zur Vermeidung von Willkürurteilen ansieht.

50) In diesem Zusammenhang vgl. auch den Aufhebungsbeschluß zur Untersagungsverfügung Kaufmarkt, *WuW/E*, OLG 2942; zur Problematik der Rechtssicherheit bei Leerformeln und ungeschriebenen Tatbestandsmerkmalen im GWB, vgl. *Meier, G.*, Rechtsstaatsprinzip und Handhabung des GWB, in *WuW* 4/1983, S. 275 ff.

51) Vgl. hierzu exemplarisch *Köhler, H.*, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, Heidelberg 1979, S. 34 ff. und die dort angeführte Literatur. Ebenso *Hoppmann, E.*, a.a.O., S. 34 ff. Dabei soll hier nicht der Frage nachgegangen werden, ob das Markt-abgrenzungsverfahren sachlogisch von der Nachfrageseite ausgehen kann. Vgl. dazu aus Anbietersicht *Albach, H.*, Zur Messung von Marktmacht und ihres Mißbrauches, in *WuW* 8/1978, S. 537.

52) *Coop-Bremen*, *WuW/E*, BKartA 2039.

53) Vgl. 41).

54) Vgl. dazu die dort beobachteten Umsatzveränderungen, Kaufmarkt *WuW/E*, LKartB 223 f.

55) Vgl. dazu *Greipl, E.*, a.a.O., S. 60 ff., S. 78 ff.

auszugehen, wenn es einen Unterschied zwischen Nahversorgung und großflächigen Handelsunternehmen macht⁵⁶⁾. Allerdings stellt sich diese Erkenntnis dem BKartA nicht als Marktabgrenzungsproblem dar, da der Verbraucher „... nicht nur bei der Wahl zwischen zwei demselben Vertriebstyp angehörigen Geschäften, sondern auch bei der Frage, ob er seinen Bedarf z. B. im Nachbarschaftsgeschäft oder in großflächigen Vertriebstypen tätigt, vor allem durch die an Sonderangeboten gemessene Preiswürdigkeit der Einkaufsstätte“⁵⁷⁾ berücksichtigt.

Da sich bei der Anwendung Partialmarktkonzept eine gewisse Willkürlichkeit nicht vermeiden läßt⁵⁸⁾, könnte man sich einfach mit der Schlußfolgerung des BKartA zufriedengeben und die vorgenommene Marktabgrenzung als Ermessensentscheidung akzeptieren. Dem ist jedoch die Schutzzweckproblematik des § 37a Abs. 3 GWB entgegen zu halten: Es ist zu bezweifeln, ob kleine und mittlere Betriebe vor dem Vordringen marktstarker Großbetriebsformen schützbar sind, wenn sie aus Verbrauchersicht nicht dem gleichen Markt zugeordnet werden, m.a.W.: Wenn kleine und mittlere Einzelhandelsbetriebe sich nicht auf veränderte Rahmenbedingungen des Konsums in gleichem Maße wie Großbetriebsformen umstellen konnten. Der lange Zeit rein lokale Nahversorgungsmarkt im Lebensmittelbereich ist insgesamt enger geworden. Das ist offenbar solange nicht reversibel, wie die Verbraucher die Betriebsformenkonzepte der Großbetriebsformen stärker als die Nahversorgung präferieren. Damit rückt die Frage in den Mittelpunkt, auf welche Wettbewerbsparameter bzw. Marketinginstrumente die Akzeptanz der Betriebsformen und die Umlenkung der Kaufkraftströme zurückzuführen ist. Besonderes Gewicht fällt der Überprüfung der These zu, wonach der Preispolitik — genauer dem Untereinstandspreisverkauf — eine ursächliche Bedeutung zukomme.

5. Der Verkauf unter Einstandspreis als Instrument zur Beeinflussung von Geschäftswahlentscheidungen

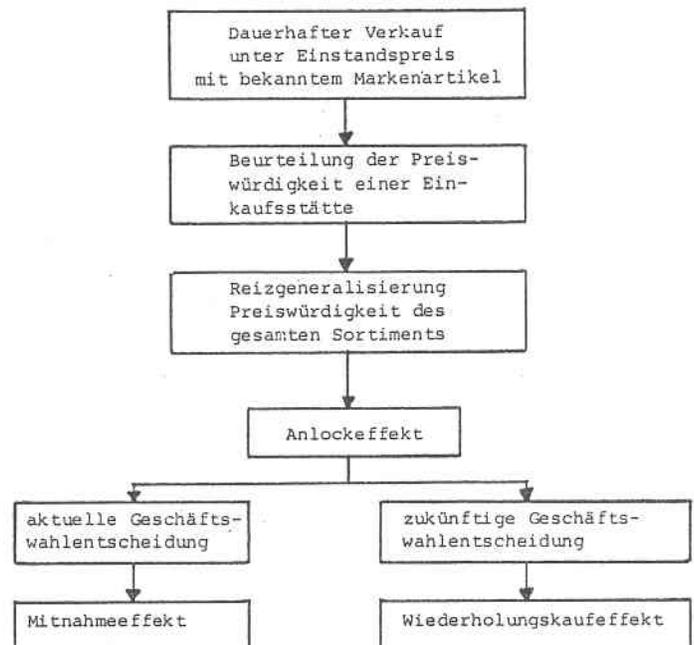
51. Geschäftswahlentscheidungen aus betriebswirtschaftlicher und verhaltenswissenschaftlicher Sicht

Die Beurteilung des Verkaufs unter Einstandspreis als unbillig behindernd und nachhaltig den Wettbewerb beeinträchtigender Wettbewerbsparameter beruht aus einer Reihe von Tatsachenbehauptungen, die gewissermaßen ein Hypothesensystem der Kartellbehörden darstellen, das Eindringen von Großbetriebsformen in mittelständischen Märkte nicht nur zu erklären, sondern mit der Hilfe empirischer, scheinbar plausibler Ursache-Wirkungsannahmen die Untersagungsverfügungen zu begründen.

Aufgrund der jeweiligen, in den Untersagungsverfügungen genannten Entscheidungsgründe ergibt sich folgendes Erklärungsmuster: Der Verkauf unter Einstandspreis wird mit bekannten Markenartikeln praktiziert, für die die Verbraucher eine überdurchschnittliche Preiskenntnis besitzen und mit deren Hilfe sie die Preiswürdigkeit der jeweiligen Einkaufsstätte beurteilen. Je nach Einschätzung der Preiswürdigkeit entscheiden die Verbraucher über die Wahl der Einkaufsstätte. Dabei kommt es über die Verallgemeinerung der Preiswürdigkeit der Sonderangebote für das gesamte Sortiment zum Anlockeeffekt durch Untereinstandspreis-Sonderangebote sowie darüber hinaus auch zum sogenannten Mitnahme- und Wiederholungskauffeffekt. Diese Effekte begründen die Kartellbehörden mit einem Lernprozeß der Konsumenten, „... sowohl aus Anlaß des aktuellen Einkaufs der beworbenen Artikel auch andere Artikel einzukaufen (...), als auch im Bewußtsein der Preiswürdigkeit des gesamten Sortiments immer wieder das betreffende Geschäft bzw. Unternehmen aufzusuchen“⁶⁰⁾.

Graphisch stellt sich das Erklärungskonzept wie auf der rechten Spalte oben dar:

Der Anlockeeffekt spaltet sich nach diesem Modell in zwei zeitlich unterschiedlich wirkende Effekte auf: Kurzfristig werden durch Untereinstandspreisangebote offenbar Entscheidungen zwischen alternativen Einkaufsstätten induziert (Großbetriebsform oder Nahversorgung), die sich langfristig als Gewohnheitskauf im ein-



mal gewählten Geschäft (Großbetriebsform) auswirken. Von der theoretischen Struktur liegt damit ein S-O-R-Modell vor⁶¹⁾: Die Preisstellung als Stimulus (Ursache), der Beurteilungsprozeß nebst Reizgeneralisierung als Vorgänge im Konsumenten (O = Organismus) und als Response der zeitlich differenzierte Anlockeeffekt.

Konfrontiert man dieses Modell mit verhaltenswissenschaftlichen und betriebswirtschaftlichen Erkenntnissen, fällt zunächst die Unvollständigkeit bzw. Einseitigkeit der Modellstruktur auf. Das betrifft vor allem die implizit unterstellte Motivationsstruktur, das Reaktionsspektrum der Konsumenten aber auch die Isolation der Stimuluskomponente auf die Preispolitik.

Es dürfte zwar unbestritten sein, daß die Preispolitik ein überrasgendes Wettbewerbsinstrument im Einzelhandel ist, ebenso dürfte es unzweifelhaft sein, daß damit aus dem betriebsformenspezifischen Marketing-Mix nur ein Element willkürlich herausgegriffen wurde. Bereits daher erscheint es zweifelhaft, ob die Einkaufsstättenwahl einseitig auf die Preisbeurteilung reduzierbar ist. Mit der prinzipiell gleichen Willkürlichkeit ließe sich jedes andere Instrument des Handelsmarketing als ursächlich für die Geschäftswahl bezeichnen. Dies wird bereits an der Argumentation des BKartA selbst deutlich, wonach nicht nur „... durch besonders starke Werbung die Anziehungskraft der unter Einstandspreisen liegenden Sonderangebote noch erheblich verstärkt wird“⁶²⁾, sondern auch „... von der großzügigen Präsentation der Ware etwa durch Herausstellen der Ware an besonders auffälligen Plätzen im Geschäft“⁶³⁾. Der Untereinstandspreis allein kann offensichtlich kaum die ihm unterstellten Effekte auslösen, wenn die Preisstellung nicht massiv mittels Werbung kommuniziert wird. Es fragt sich somit, ob es nicht — der Logik des BKartA folgend — konsequenter gewesen wäre, statt der Preisstellung die Werbung des Normadressaten zu untersagen.

56) Vgl. Coop-Bremen, WuW/E, BKartA 2039.

57) Ebenda 2039.

58) Vgl. 41).

59) Coop-Bremen, WuW/E, BKartA 2035—2040; Kaufmarkt WuW/E, LKartB 230—232.

60) Coop-Bremen, WuW/E, BKartA 2038 f.; lerntheoretisch spricht man in diesem Zusammenhang von Reizgeneralisierung, d. h. einem ähnlichen (weiteren) Reiz (z. B. neues Untereinstandspreisangebot) folgt gleiches Verhalten (Wahl derselben Einkaufsstätte). Vgl. dazu *Kroeber-Riel, W.*, Konsumentenverhalten, 2. Aufl., München 1980, S. 375 ff.

61) Vgl. exemplarisch *Meffert, H.*, a.a.O., S. 115, 178.

62) Coop-Bremen, WuW/E, BKartA 2036.

63) Ebenda 2042.

Darüber hinaus ist es fraglich, ob mit dem Verkauf unter Einstandspreis ein zuverlässiger Indikator für den (angeblichen) Anlockeffekt vorliegt. Es ist also zu prüfen, ob Untereinstandspreisverkäufe notwendige und hinreichende Bedingungen darstellen, beim Kunden nicht nur die Preisbeurteilung des gesamten Sortiments zu steuern sondern auch seine Einkaufsstättenwahl zu determinieren. Die Wahrnehmung eines Preises als günstig hängt davon ab, wie stark das Sonderangebot von den aktuellen, normalen Preisvorstellungen der Konsumenten abweicht. Dabei kommt es nicht darauf an, wie niedrig eine Preisstellung objektiv ist, sondern wie günstig sie subjektiv wahrgenommen wird⁶⁴). Berücksichtigt man dabei, daß Konsumenten meist selbst weit unterhalb des Einstandspreis liegende Preisforderungen nicht als Verlustpreise einschätzen⁶⁵), dann wird deutlich, daß die Preisstellung unter Einstandspreis per se keine besonders qualifizierende Bedeutung besitzt. Belegt wird diese Aussage u. a. durch den Erfolg von niedrigpreisigen Übereinstandspreisforderungen beim Verkauf branchenfremder Waren in den Verkaufsstellen von Kaffeeröstereien⁶⁶). Prinzipiell ist daher festzuhalten, daß ein möglichst starkes Unterschreiten durchschnittlicher Preisvorstellungen der Konsumenten die Wahrscheinlichkeit erhöht, von diesen als vorteilhaft wahrgenommen zu werden. Einer Untereinstandspreisstellung bedarf es dazu generell jedoch nicht. Allerdings liegen die Verhältnisse im Lebensmitteleinzelhandel aufgrund durchschnittlicher Handelsspannen von ca. 20% so, daß möglicherweise eine Preissenkung bis zum Einstandspreis nicht stark genug ist, um als besonders preisgünstig wahrgenommen zu werden⁶⁷).

Damit könnte folglich ein und derselbe Effekt — nämlich das Eindringen von Normadressaten in mittelständische Märkte mittels Niedrigpreisstrategien — in solchen Branchen nicht unter § 37a Abs. 3 GWB subsumiert werden, in denen die Wettbewerbsverhältnisse ein Unterschreiten des Einstandspreises gar nicht erforderlich machen.

Das Erklärungsmuster der Kartellbehörden vernachlässigt außerdem die Wirkung von Erfahrungen der Konsumenten auf Geschäftswahlentscheidungen. Das Modell geht davon aus, daß Verbraucher allein aufgrund ihrer Erwartungen, in Großbetriebsformen preisgünstiger einkaufen zu können, dem Wiederholungskaufeffekt unterliegen. Die Konsumenten werden jedoch nach verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnissen⁶⁸) ihre Erwartungen mit den beim Einkauf gemachten (Preis-)Erfahrungen konfrontieren und gegebenenfalls die zukünftige Einkaufsstättenwahl überdenken, wenn ihre Erwartungen enttäuscht wurden. Im Hinblick auf die Schlüssigkeit des Kartellamtsmodells sind hier zwei Alternativen möglich: Einerseits wäre es denkbar, daß Kunden von Großbetriebsformen in ihren Preiserwartungen nicht enttäuscht wurden und sie deshalb dieselbe Einkaufsstätte wiederholt aufsuchen werden. Andererseits kann der Wiederholungskaufeffekt ebenso auf anderen Wettbewerbsparametern der Großbetriebsformen beruhen, die negative Preiserfahrungen überkompensiert haben können. Der Rückschluß der Kartellbehörden von einem Wiederholungskauf auf eine von Erfahrungen losgelöste Preisgünstigkeitsbeurteilung ist jedoch logisch nicht eindeutig und daher falsch.

Völlig offen ist deshalb weiterhin, ob die Verbraucher ihre Geschäftswahlentscheidung tatsächlich von den Untereinstandspreisangeboten abhängig machen. Das BKartA⁶⁹) beruft sich bei dieser Wirkungsvermutung auf die in der Diller-Studie⁷⁰) beobachteten Anlockwirkungen. Abgesehen davon, daß Diller selbst von einer nicht repräsentativen Studie spricht und daher äußerste Vorsicht bei der Verallgemeinerung der Befunde geboten ist, dürfte dem Kartellamt ein weiteres Ergebnis der Studie entgangen sein, von dem Diller an anderer Stelle berichtet: Betriebsgrößenbedingte Wirkungsunterschiede bei Untereinstandspreisangeboten konnten nicht beobachtet werden⁷¹). Da auch kleine und mittlere Wettbewerber unter Einstandspreis verkaufen⁷²), lassen bislang vorliegende empirische Befunde eher den Schluß zu, daß die Großbetriebsformen weniger durch Untereinstandspreisverkäufe Wirkungen auf die kleinen und mittleren Wettbewerber entfalten als vielmehr durch die übrigen betriebsformenbedingten Beson-

derheiten, wie massive Werbung, Einkauf unter einem Dach (Sortimentsbreite und -tiefe), verkehrsgünstiger Standort und Parkmöglichkeiten etc. M.a.W.: Zur Entfaltung der Wettbewerbswirkungen von Großbetriebsformen ist vermutlich der Verkauf unter Einstandspreis gar nicht erforderlich bzw. ursächlich. Es ist daher überaus fraglich, die Wachstumserfolge eines Newcomers (Kaufmarkt) monokausal auf die von ihm praktizierten Untereinstandspreisverkäufe zurückzuführen. Wenn die LKartB⁷³) den Einfluß der Preisgestaltung auf das Verbraucherverhalten mit der Umsatzentwicklung des Normadressaten meint belegen zu können, handelt es sich um eine extreme Form des wissenschaftstheoretisch abzulehnenden naiven Empirismus⁷⁴).

Desweiteren deuten Befunde der empirischen Konsumentenverhaltensforschung darauf hin, daß die Verbraucher bei der Einkaufsstättenwahl ein Bündel von Entscheidungskriterien zugrunde legen⁷⁵). Gerade beim Lebensmittelbedarf spielen Qualität, Auswahl, Nähe des Geschäfts, Ladengestaltung usw. im Hinblick auf die Bequemlichkeit und den Zeitaufwand beim Einkauf neben dem Preis eine entscheidende Rolle bei der Geschäftswahl. Dabei können allerdings unterschiedliche Einkaufsanlässe nicht außer acht gelassen werden. Einkaufsanlässe stellen gewissermaßen eine intervenierende Variable dar, die jeweils zu einer verbraucherspezifisch anderen Gewichtung der Entscheidungskriterien führt. Es ist davon auszugehen, daß Verbraucher je nach Einkaufsanlaß den Nutzen und die Kosten bei einer Einkaufsstättenwahl unterschiedlich gewichten. So dürfte es plausibel sein, daß von den Verbrauchern bei der Deckung des täglichen Bedarfs in Nachbarschaftsgeschäften oftmals höhere Preise durch die eingesparte Zeit und die entfallenden Fahrtkosten akzeptiert werden. Andererseits werden die meisten Konsumenten kaum bereit sein, ihren Wochenbedarf über die Nahversorgung zu decken, wenn Großbetriebsformen zeitökonomisch und kostenmäßig als günstigere Alternativen wahrgenommen werden.

Untereinstandspreisverkäufe stellen damit auch keine hinreichende Bedingung dar, um die Kaufkraftströme von kleinen und mittleren Unternehmen auf Großbetriebsformen umzulenken. Welche Konsequenzen daraus im Hinblick auf die Prüfung der verhaltensbezogenen Eingriffsvoraussetzungen zu ziehen sind, soll im folgenden analysiert werden.

52. Konsequenzen für die Beurteilung der verhaltensbezogenen Eingriffsvoraussetzungen

Die vorstehenden Ausführungen deuten auf eine enge Beziehung zwischen der o. a. Marktspaltung im Lebensmittelhandel und den Geschäftswahlkriterien hin. Da die Verbraucher hinsichtlich

- 64) Vgl. Höpfner, F.G., Beeinflussung des Verbraucherverhaltens, Psychologische Grundlagen des Marketing, München 1975, S. 199; Schneider, K.H., Die Preisstellung unter Einstandspreis, Berlin 1982, S. 78.
- 65) Vgl. etwa Diller, H., Die Variation des Preisniveaus von Sonderangeboten im Lebensmitteleinzelhandel. Eine empirische Wirkungsanalyse, 2. Aufl., Hamburg 1981, S. 52 ff., S. 55 ff.
- 66) Vgl. o. V., Selfliquidators: Delikatessen für Zielgruppen in Absatzwirtschaft, 2/1977, S. 24 ff.
- 67) Bestätigend ggf. der Befund bei Diller, H., Variation, a.a.O., S. 34 ff., wonach aufgrund von Angeboten unter Einstandspreis mehr Verbraucher ein Geschäft aufsuchten als bei Angeboten zum Einstandspreis.
- 68) Vgl. Coop-Bremen, WuW/E, BKartA 2038.
- 69) Vgl. Diller, H., Variation, a.a.O., S. 34 ff. und Diller, H./Schneider, K.H., Die Wirkung von Verkäufen unter Einstandspreis auf den Wettbewerb — Ergebnis einer empirischen Studie im Lebensmittelhandel, in WRP 1981, S. 243 ff.
- 70) Vgl. Diller, H., Variation, a.a.O., S. 60 f.
- 71) Vgl. Diller, H., Sonderangebote auf dem Prüfstand in Absatzwirtschaft 11/1981, S. 58.
- 72) Vgl. o. V., Keiner kann verzichten, in Lebensmittel Zeitung vom 8. 10. 1982, S. 1 und 6, sowie Coop-Bremen, WuW/E, BKartA 2041.
- 73) Vgl. Kaufmarkt, WuW/E, LKartB 231.
- 74) Zur Problematik von adhoc-Theorien und zum Empirismusbegriff; Schanz, G., Zwei Arten des Empirismus in ZfbF, Heft 5/1975, S. 307 ff.
- 75) Vgl. neben Heinemann, M., a.a.O., S. 131 ff. u. a. o. V., Welche Wirkung hat der Preis?, in Lebensmittel Zeitung vom 21. 1. 1983, S. F 28 ff.

bestimmter Einkaufsanlässe in der Regel kleine und mittlere Handelsbetriebe und Großbetriebsformen nicht als äquivalente Einkaufsstätten wahrnehmen, läßt sich die Entscheidung über die Wahl einer bestimmten Einkaufsstätte auch nicht auf die Preisstellung unter Einstand reduzieren. Faktisch stehen daher auch die Abgrenzung des relevanten Marktes und die Beurteilung der verhaltensbezogenen Eingriffsvoraussetzungen in einem engen Zusammenhang.

Da der Verkauf unter Einstandspreis weder notwendig noch hinreichend für die Verschlechterung der Wettbewerbschancen kleiner und mittlerer Handelsbetriebe ist, erscheint es hinsichtlich der Realisierung des Schutzzweckes des § 37a Abs. 3 GWB zweifelhaft, ohne Kenntnis der tatsächlichen Ursachen der Handelskonzentration eine spezifische Ausprägung eines einzigen Wettbewerbsparameters zum Gegenstand eines Untersagungsverfahrens zu machen. So sind bislang die absatzpolitischen Instrumente nach Anzahl, Wirkungsverband und -anteil am Erfolg der Großbetriebsformen keineswegs identifiziert und hinreichend untersucht. Besonders problematisch erscheint vor diesem Hintergrund, daß die Untersagung eines einzelnen, nur im Verbund mit anderen Marketinginstrumenten wirkenden Wettbewerbsparameters nicht erfahrungswissenschaftlich sondern nur willkürlich erfolgen kann. Mit der prinzipiell gleichen Berechtigung ließe sich jedes andere Marketinginstrument unter § 37a Abs. 3 GWB subsumieren, da ihm ein Anteil der Wettbewerbswirkungen der Großbetriebsformen zurechenbar und ebenso eine wirkungsbezogene Kausalkette konstruierbar wäre. So ließen sich leicht Sogwirkungen von Großbetriebsformen auf massive Werbung, Verkaufsfläche nebst Sortimentsbreite oder etwa auf das Parkplatzangebot zum bequemen Großeinkauf zurückführen. Schutzzweckadäquat müßte man dann ggf. die Parkplatzzahl, die Verkaufsfläche, den Sortimentsumfang oder die Werbung kartellrechtlichen Beschränkungen unterwerfen. Die Wahrscheinlichkeit diesbezüglicher Untersagungsverfügungen dürfte vor allem dann zunehmen, wenn sich der Aktionsparametereinsatz aufgrund kartellrechtlich eingeschränkter Niedrigpreisstrategien auf solche Instrumente verlagert.

Durch § 37a Abs. 3 GWB könnten sich daher aufgrund der seiner Anwendung zugrunde liegenden ungestimmten Rechtsbegriffe umfassende Handlungsbeschränkungen für Großbetriebsformen entwickeln. Da letztlich jedes absatzpolitische Verhalten unter § 37a Abs. 3 GWB subsumierbar wäre, würde das nicht nur einem Betätigungsverbot für bestimmte Betriebsformen gleichkommen können sondern auch die Rechtssicherheit erheblich vermindern⁷⁶⁾.

Im Ergebnis scheint es zweifelhaft, ob dauerhafte Untereinstandspreisverkäufe von Normadressaten die ihnen unterstellten Wirkungen besitzen:

- 1) Die Stigmatisierung von Verkäufen unter Einstandspreis beruht auf einem a priori-Werturteil und nicht auf gesicherter Ursachenforschung. Eine Reihe anderer Marketinginstrumente könnte prinzipiell die gleichen Wirkungen besitzen.
- 2) Marketinginstrumente besitzen Verbundeffekte (Marketing-Mix). Wirkungen, wie etwa Anlockeffekte, lassen sich daher nicht allein einem einzelnen Instrument zurechnen.
- 3) Aus gleichem Grunde sind Kompensationseffekte zwischen Marketinginstrumenten in Rechnung zu stellen, so daß z. B. die Untersagung bestimmter Niedrigpreisstrategien durch verstärkten Einsatz von Werbung unterlaufen werden könnte.

Es ist daher fraglich, ob von einer Untersagung systematischer Untereinstandspreisverkäufe bei Normadressaten tatsächlich Schutzwirkungen auf kleine und mittlere Handelsbetriebe ausgehen.

Aus alledem ist zu schließen, daß die Wettbewerbschancen kleiner und mittlerer Unternehmen nicht erst durch Verkäufe unter Einstandspreis sondern bereits durch Marktzutritt von Großbetriebsformen nachhaltig beeinträchtigt werden⁷⁷⁾. Diese Einschätzung steht wiederum in engem Zusammenhang zu den o. a. exogenen Veränderungen, insbesondere beim Verbraucherverhalten. Erst vor diesem Hintergrund wird die Akzeptanz neuer Betriebsformen

und der mit ihnen verbundenen spezifischen Versorgungsleistungen verständlich. Diese Veränderungen bei der Wahrnehmung distributiver Funktionen im Handel sind auch an der bereits angesprochenen Marktsplattung beteiligt, so daß die gleichen Gründe für die Annahme unterschiedlicher relevanter Märkte als auch für die Wahl einer Einkaufsstätte verantwortlich sind.

6. Schlußbemerkung

Eine konsequente Anwendung des Partialmarktkonzepts auf die Wettbewerbsbeziehungen zwischen kleinen und mittleren Handelsbetrieben einerseits und marktstarken Großbetriebsformen andererseits zeigt, daß beide Gruppen von Wettbewerbern nur zum Zeitpunkt des Marktzutritts des Verbotsadressaten dem gleichen relevanten Markt zurechenbar sind. In dieser Phase werden Marktanteile und Kaufkraftströme in starkem Maße umgeschichtet. Die Versorgungsfunktionen des Handels gegenüber den Verbrauchern werden dadurch neu verteilt.

Die Umlenkung der Kaufkraftströme auf den Newcomer zwingt gleichzeitig die kleinen und mittleren Betriebe zu Anpassungsreaktionen mit der Folge, daß der Lebensmittelmarkt sich tendenziell nach unterschiedlichen Einkaufsanlässen spaltet. Hat sich ein Großbetrieb also auf dem Markt etabliert, und haben Anpassungsreaktionen der kleineren und mittleren Wettbewerber stattgefunden, lassen sich diese unterschiedlichen Betriebsformen nach dem Bedarfsmarktkonzept nicht mehr dem gleichen sachlich relevanten Markt zurechnen, da Konsumenten sie nicht mehr als austauschbare Einkaufsquellen wahrnehmen. Folgte man dieser Sichtweise, würde sich der Anwendungsbereich des § 37a Abs. 3 GWB außerordentlich verengen. Potentielle Normadressaten wären danach vor allem marktstarke Newcomer, während die Norm bei etablierten marktstarken Großbetrieben kaum greifen kann, da die kleineren und mittleren Mitbewerber nicht mehr auf dem gleichen Markt agieren.

Vor dem Hintergrund einer dynamischen, einkaufsquellenbezogenen Marktabgrenzung ist zu bezweifeln, ob § 37a Abs. 3 GWB kleine und mittlere Unternehmen vor dem Vordringen marktstarker Unternehmen zu schützen vermag. Bei dem Versuch, den relevanten Markt mittels realistischer Kriterien abzugrenzen, zeigte sich, daß die vom Schutzzweck erfaßten kleinen und mittleren Betriebe aus der Sicht der Verbraucher gegenüber dem Normadressaten keine austauschbaren Einkaufsstätten darstellen. Damit aber müßten in der wohl überwiegenden Zahl von Fällen die Anwendungsvoraussetzungen der Norm scheitern.

Überdies bleibt fraglich, ob der als Verdrängungspraktik angesehene Verkauf unter Einstandspreis für eine nachhaltige Beeinträchtigung der Wettbewerbschancen kleiner und mittlerer Betriebe tatsächlich verantwortlich ist. Der Verlust von Marktanteilen bzw. Umsatzrückgänge bei diesen Betrieben sind dafür weder logisch noch faktisch zwingende Indizien. Gesicherte Untersuchungen, ob die Umverteilung der Marktanteile nicht eventuell auf einer massiven Werbung, Sortimentsumfang, Verkaufsfläche oder ähnlichen Parametern der Großbetriebsformen oder letztlich auf einer Veränderung des Verbraucherverhaltens beruht, stehen allerdings noch aus. Sollten vom Verkauf unter Einstandspreis gar nicht die ihm unterstellten Wirkungen ausgehen, sondern vielmehr die Existenz der Großbetriebsform schlechthin ursächlich für die Verschlechterung der Wettbewerbschancen kleiner und mittlerer Betriebe sein, dann benötigte man der Logik des Schutzzweckes folgend keine Untersagungsmöglichkeiten gegenüber einzelnen Verhaltensweisen sondern gegenüber Betriebsformen insgesamt⁷⁸⁾. Daß diese paradoxe Schlußfolgerung einen freien Wettbe-

⁷⁶⁾ Vgl. dazu Meier, G., a.a.O., S. 275 ff.

⁷⁷⁾ Eine derartig restriktive Wirkung auf den Wettbewerb im Handel geht von § 11 Abs. 3 BauNVO aus. Die Folgewirkungen dieser den Marktzutritt von Großbetriebsformen beschränkenden Verordnung auf Fusionen einerseits und Erschließung traditionell mittelständischer Märkte durch kleinflächige Betriebsformen der Großunternehmen des Handels andererseits wurden bislang kaum hinreichend beachtet.

⁷⁸⁾ Faktisch wirkt sich § 11 Abs. 3 BauNVO in dieser Weise aus.

werb zugunsten eines Marktstrukturschutzes verhindern würde und damit den Schutzzweck des GWB schlichtweg auf den Kopf stellen würde, erscheint offensichtlich.

§ 37a Abs. 3 GWB dürfte nach dieser Analyse kaum geeignet sein, die in ihn gesetzten Erwartungen zu erfüllen. Neben den Problemen einer den realen Verhältnissen nicht gerecht werdenden Marktabgrenzung kann von einer erfahrungswissenschaftlichen gesicherten Kausalität bestimmter Wettbewerbsparameter für eine

nachhaltige Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht ausgegangen werden.

Wem dieses pessimistische Ergebnis nicht genügt und wer mehr Konstruktivität erwartet hatte, mag sich damit trösten, daß es auch Gegenstand wissenschaftlicher Forschung sein kann, festzustellen, was nicht machbar erscheint. Auch solche Aussagen beinhalten letztlich konstruktive Gestaltungsempfehlungen. Sie laufen nur dem verbreiteten Denken von der „Machbarkeit der Dinge“ bzw. der Gestaltbarkeit des Marktprozesses von außen zuwider.