

Rainer Lademann, Hamburg\*

► WUW 0694413

## Zur Nachfragemacht von Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels

### Über den Einfluss von Unternehmensgröße im Handel auf die Einkaufskonditionen

Der Beitrag untersucht aus Anlass der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (LEH) des Bundeskartellamts wettbewerbsökonomische Ansatzpunkte zur Erfassung von Nachfragemacht. Diese Erfassung kann nicht gelingen, wenn – wie in der Sektoruntersuchung geschehen – als Ausgangspunkt eine Definition zugrunde gelegt wird, bei der praktisch jedes Konditionenzugeständnis gegen den Widerstand des Lieferanten als Nachfragemacht inkriminiert wird. Die Sektoruntersuchung lässt offen, inwieweit Konditionenverbesserungen über Effizienzgewinne des Lieferanten hinausgehen, keine marktimmanten Ursachen haben oder im Einzelfall auch aus der gegen Widerstand durchgesetzten Erosion von Angebotsmacht resultieren. Werden diese Gründe für Konditionenverbesserungen nicht vom Nachfragemachtbegriff abgegrenzt, kann im Sinne eines an der Konsumentenwohlfahrt orientierten Wettbewerbsrechts auch nicht beurteilt werden, inwieweit die Konzentration im LEH bereits ein kritisches Maß überschritten hat. In einem Exkurs zeigt der Beitrag außerdem die Bedeutung des internen Wachstums (Standortexpansion) für die Wirksamkeit des Absatz- und Beschaffungswettbewerbs auf.

### I. Vorbemerkungen

Am 17.10.2014 hat das Bundeskartellamt die Ergebnisse seiner Sektoruntersuchung „Lebensmitteleinzelhandel – Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland“<sup>1</sup> veröffentlicht. Auf Basis einer umfangreichen Datenerhebung hat das Bundeskartellamt nach gut drei Jahren die Hauptidee seiner ökonomischen Analyse sowie einer deskriptiven Untersuchung mehrerer Produktmärkte vorgelegt. Auch aufgrund der darin nach Auffassung des Amtes nachgewiesenen Abhängigkeit der Einkaufspreise von der Größe des Einkaufsvolumens sei bei Fusionen mit Beteiligung der großen Vier des Lebensmittelhandels (i. F. LEH) – die Edeka-Gruppe, die Rewe-Gruppe, die Schwarz-Gruppe (Kaufland, Lidl) und die Aldi-Gruppe (Aldi Nord und Süd) – mit einem Umsatzanteil von über 80 % stets eine “[...] vertiefte Prüfung der Auswirkungen des geplanten Zusammenschlusses auf die Beschaffungsmärkte [...]“<sup>2</sup> erforderlich.

Das Bundeskartellamt hat in seinem Untersuchungsbericht interessierte Kreise dazu aufgefordert, zur Sektoruntersuchung Stellung zu beziehen. Eine vom Verfasser dieses Beitrags abgegebene Stellungnahme ist Grundlage der nachfolgenden Ausführungen. An dieser Stelle werden die Aussagefähigkeit der ökonomischen Untersuchung des Amtes (Kapitel III. und IV.) und die wettbewerbspolitische Einordnung der ökonomischen Ana-

\* Prof. Dr. Rainer Lademann, Managing Partner of Lademann & Associates GmbH Economists and Competition Consultants, Hamburg, Honorarprofessor an der Georg-August-Universität, Göttingen.

1 BKartA, Lebensmitteleinzelhandel – Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland, 2014, i. F. SU.

2 SU (Fn. 1), S. 411.

lyse von Nachfragemacht (Kapitel V. und VI.) analysiert. Es werden auch Eckpunkte einer konzeptionellen Erfassung missbräuchlichen Verhaltens aufgezeigt und damit eine der Fragen aufgegriffen, die das Bundeskartellamt am Ende seines Berichts gestellt hat. Abschließend soll auch auf die Bedeutung des Bauplanungsrechts für den Wettbewerb im LEH eingegangen werden (Kapitel VII).<sup>3</sup> Zuvor wird ein kurzer Blick auf die Entwicklung der Nachfragemachtdebatte und der Schadenstheorien geworfen (Kapitel II.).

Dieser Beitrag verzichtet darauf, die marktstrukturellen Ausführungen in Teil C und D der Sektoruntersuchung zu kommentieren. Auf bisher schon bestehende und seit langem dokumentierte Auffassungsunterschiede vor allem zur Abgrenzung wettbewerblicher Einheiten und zur sachlichen Marktabgrenzung der Absatzmärkte im Handel sei an dieser Stelle verwiesen.<sup>4</sup> Die Warnung des Bundeskartellamts vor Risiken für den Innovations- und Qualitätswettbewerb wird als Tendenzaussage allerdings geteilt. Da weder das Amt noch die wettbewerbsökonomische Forschung dieses komplexe Thema bislang umfassend genug untersucht haben, soll in diesem Kontext nicht weiter darauf eingegangen werden.<sup>5</sup>

## II. Unternehmensgröße in der Nachfragemachtdiskussion

### 1. Nachfragemacht und Strukturwandel im LEH

Spätestens seit den 1960er Jahren steht der LEH aufgrund der zunehmenden Marktbedeutung der Einkaufskooperationen sowie der bis heute fortschreitenden Konzentration des LEH in der wettbewerbspolitischen Diskussion.<sup>6</sup> Als wenn es weiterer Beweise bedürft hätte, wurde kurz nach Veröffentlichung der Sektoruntersuchung das Aus der Kaisers-Tengelmann-Märkte bekannt, die von der Edeka-Gruppe übernommen werden sollen.<sup>7</sup> Allerdings wird diese Entwicklung nicht überall gleich kritisch bewertet. Trotz der Konzentration auf den Absatz- und Beschaffungsmärkten des LEH wird bis heute von der

3 SU (Fn. 1), S. 415; hier erbittet das Bundeskartellamt ‚Feedback‘ zusätzlich zu folgenden Themen: konzeptioneller Ansatz bei der Übertragung des Bedarfsmarktkonzepts auf die Beschaffungsmärkte, Wirkungsweise der diversifizierten Handelsmarkenpolitik auf die Machtverhältnisse, Ausweitung des Auslandsgeschäfts von Lebensmittelherstellern und die hier noch zu besprechende Grenzziehung zwischen hartem Verhandeln und missbräuchlichem Verhalten.

4 Vgl. mit zahlreichen weiteren Nachweisen zur Behandlung wettbewerblicher Einheiten sowie zur Marktabgrenzung das als Buch erschienene Gutachten für die Monopolkommission zum 18. Hauptgutachten 2012: *Lademann*, Marktstrategien und Wettbewerb im Lebensmittelhandel, 2012, S. 83 ff., 103 ff. Die Monopolkommission teilt in ihrem 19. Hauptgutachten (Hauptgutachten XIX, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, 2012) die Einschätzung des Verfassers, Kaufland und Lidl derzeit nicht als wettbewerbliche Einheiten zu betrachten. Das senkt das Konzentrationsmaß HHI für den LEH gegenüber der Einschätzung des Amtes deutlich ab. Die Edeka-Gruppe wurde von der Kommission entgegen der Auffassung des Verfassers wie auch nach ständiger Praxis des Bundeskartellamts als wettbewerbliche Einheit betrachtet. Bei der Abgrenzung der Absatzmärkte im LEH vertritt das Bundeskartellamt weiterhin das wettbewerbsökonomisch nicht begründbare Konzept des verständigen Verbrauchers und damit eine enge, auf den LEH beschränkte Abgrenzung des relevanten Marktes, die Monopolkommission und der Autor auf der Grundlage eines SSNIP-Tests eine um Teile des Spezial-einzelhandels erweiterte Grenzziehung.

5 Der Verfasser dieses Beitrags hatte im Gutachten für die Monopolkommission bereits auf Risiken einer insgesamt schleichenden Qualitätsreduzierung und eine Schwächung des (langfristigen) Innovationspotenzials der Industrie durch die Handelsmarkenexpansion hingewiesen; *Lademann* (Fn 4), S. 217 ff., 291 ff. Sofern diese Veränderungen ‚subkutan‘ erfolgen, können sie kaum als durch Nachfragepräferenzen gesteuert bewertet werden. Sie kämen dann (partiell) Marktversagen zumindest nahe. Die Folgen der Handelskonzentration und der Handelsmarkenexpansion auf das Innovationspotenzial und die Produktqualitäten sollten wettbewerbsökonomisch gesondert untersucht und wettbewerbspolitisch anschließend diskutiert werden - trotz der teils gegenläufigen Befunde der nahezu gleichzeitig erschienen Studie der EU-Kommission hat. Allerdings wurde die deutsche Ernährungswirtschaft nicht untersucht; EU-Kommission 2014.

6 So z. B. stellvertretend die Sondergutachten der Monopolkommission, Sondergutachten 7, Missbräuche von Nachfragemacht und Möglichkeiten ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1977; Sondergutachten 14, Die Konzentration im Lebensmittelhandel, 1985; Sondergutachten 23, Marktstruktur und Wettbewerb im Handel, 1994; darüber hinaus hat die Monopolkommission in mehreren Hauptgutachten immer wieder zur wettbewerbspolitischen Bewertung von Entwicklungen im LEH Stellung bezogen, etwa im Hauptgutachten V, Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung, 1984; Hauptgutachten XVI, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor, 2006; Hauptgutachten XVIII, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, 2010; zuletzt Hauptgutachten XIV (Fn. 4), 2012.

7 BKartA, Beschl. v. 6.11.2014, B2 - 96/14 - *Edeka/Tengelmann*.

Monopolkommission noch wirksamer Nachfragewettbewerb konstatiert, der vor allem durch einen intensiven Absatzwettbewerb getrieben werde.<sup>8</sup>

Diese kontroversen Bewertungen überraschen keineswegs. Denn seit jeher hat sich zwar die wettbewerbspolitische Diskussion am Machtzuwachs des LEH durch eine zunehmende Marktbedeutung der Kooperationsformen und Filialunternehmen sowie auch des immer noch ungebrochenen Konzentrationsprozesses entzündet.<sup>9</sup> Gleichzeitig wurde aber auch darauf verwiesen, dass die Konzentration der Beschaffungsmärkte mit Effizienzgewinnen einherginge, die letztlich auch dem Verbraucher zugutekämen.<sup>10</sup> Insofern wurde die Konzentration auf der Nachfrageseite stets in dem Spannungsbogen zwischen Effizienzgewinnen und Preissenkungspotenzialen sowie einem Zuwachs an Nachfragemacht zugleich diskutiert.

In diesem Punkt unterscheidet sich Nachfragemacht von Angebotsmacht. Während mit zunehmender Angebotsmacht (bis hin zum Monopol) wachsende Preissetzungsspielräume entstehen, ist es selbst im Monopsonfall denkbar, dass ein nachfragemächtiges Unternehmen seine Preise auf der Absatzseite reduziert – also Einkaufspreissenkungen im Verkaufspreis weitergibt, wenn es damit den Gewinn noch steigern kann. Eine Schlussfolgerung, die auch das Bundeskartellamt zieht, lautet u. a., dass die klassische ‚Marktformenlehre‘ keinen befriedigenden Erklärungshintergrund für Nachfragemacht bietet; das Amt wendet sich daher zutreffender Weise einem verhandlungstheoretischen Erklärungsansatz zu.<sup>11</sup>

Neben diesem theoretischen Argument kommt man mit Blick auf die Wettbewerbspolitik und die Rechtsanwendung nicht umhin, zwischen Marktmacht und Effizienz zuverlässig unterscheiden zu müssen. Diese Hürde nimmt die Sektoruntersuchung nicht, sondern verschiebt diese Debatte auf die dazu erbetenen Stellungnahmen.<sup>12</sup> Wie zu zeigen sein wird, wäre gerade mit Blick auf die Adressaten im LEH eine Unterscheidung zwischen Effizienz und Marktmacht wichtig gewesen. Auch der Nachweis einer signifikanten Behinderung des Wettbewerbs auf der Nachfrageseite nach der 8. GWB-Novelle (SIEC-Test) gelingt nur, wenn diese identifizierbar ist.

## 2. Konditionen und Unternehmensgröße

Mit dem vorherigen Abschnitt lässt sich die frühere Nachfragemachtdebatte – auch wenn es schon seit längerem Hinweise auf die Bedeutung relativer wechselseitiger Ausweichmöglichkeiten für die Erklärung von Nachfragemacht gibt<sup>13</sup> – als eine Diskussion um die Rolle der Unternehmensgröße als Treiber von Konditionenverbesserungen beschreiben. Dieser Zusammenhang scheint intuitiv plausibel, weil die Kosten im LEH zu etwa 80 % Warenkosten sind.<sup>14</sup> Geringe Konditionenverbesserungen haben daher eine große Hebelkraft für die Roherträge und Gewinne und erklären den hohen Stellenwert des Einkaufs im LEH.

8 Vgl. Monopolkommission (Fn. 4), S. 363 ff.

9 Vgl. stellvertretend *Geisbüsch*, Die organisierte Nachfrage, 1964; *Sölter*, Kooperative Absatzwirtschaft, 1971, S. 6 ff.

10 Zur Konzentration der Beschaffungsmärkte als Effizienztreiber bereits *Eli*, Die Nachfragekonzentration im Nahrungsmittelhandel, 1968, S. 133 ff., 138 ff.; *Nieschlag*, Binnenhandel und Binnenhandelspolitik, 2. Aufl. 1972, S. 292 ff., später u. a. *Täger et al.*, Entwicklungsstand und -perspektiven des Handels mit Konsumgütern, 1994, etwa S. 11 ff., 179 ff., zuletzt mit Blick auf die kartellrechtliche Bewertung auch *Mischitz*, Die Bedeutung von Nachfragemacht für die Beurteilung von Einkaufskooperationen im EG-Kartellrecht, 2008, S. 9 ff., 245 ff. und *Wecker*, Marktbeherrschung, gemeinsamer Einkauf und vertikale Beschränkungen als kartellrechtliche Probleme im deutschen Einzelhandel, 2010, S. 64 ff., 107 ff.

11 Vgl. SU (Fn. 1), S. 16 ff., 20 ff.

12 Vgl. SU (Fn. 1), S. 415.

13 Vgl. bereits *Hermes*, Die Erfassung von Nachfragewettbewerb im Handel, 1988, S. 41 ff.; *Lademann*, Nachfragemacht von Handelsunternehmen, 1986, S. 49 f.; *Lademann*, Machtverteilung zwischen Industrie und Handel, 1988, S. 6 ff., 18 ff.; *Lademann*, Marktstrukturelle Grundlagen des Austauschprozesses in der Ernährungswirtschaft, in: *Täger et al.* (Fn. 10), S. 274 f. mit weiteren Hinweisen; *Lademann*, Marktstruktur und Wettbewerb in der Ernährungswirtschaft, 1996, S. 2 ff.

14 Der Warenkostenanteil liegt betriebsformenabhängig zwischen ca. 74 und 83 %; *Lademann* (Fn. 4), S. 30 ff.

Tatsächlich ergeben sich aus diversen Untersuchungen Hinweise auf einen Zusammenhang von Konditionen und Unternehmensgröße im Handel:

- Bereits 1986 versuchte das Bundeskartellamt, seine kollektive Marktbeherrschungsthese im LEH durch eine Konditionenuntersuchung zu untermauern. Diese kam zu dem Ergebnis, dass „unter Berücksichtigung der Verbundtatbestände aufgrund von Beteiligungen [...] der Konditionenvorsprung der nach ihrem Beschaffungsvolumen führenden Nachfrager (Aldi, Edeka-Verbund, Coop AG, Rewe-Verbund und Tengelmann) als Gruppe gerechnet 2 bis 3 % gegenüber den anderen nach der Größe ihres Nachfragesvolumens zu weiteren sechs Gruppen zusammengefassten Unternehmen im jeweiligen Gruppendurchschnitt“<sup>15</sup> beträgt.
- Auch die britische Wettbewerbskommission bestätigte diesen Zusammenhang in ihrer Sektoruntersuchung des LEH; danach ist der Konditionenvorteil aus der Größe des Nachfragers je Prozentpunkt Marktanteilsvorsprung gegenüber Wettbewerbern auf etwa 0,23 %-Punkte zu schätzen.<sup>16</sup>
- Ein ähnlicher Gesamtzusammenhang bestätigte sich auch im Rahmen einer Konditionenanalyse in einer Warengruppe des österreichischen LEH.<sup>17</sup> Hier zeigte sich zudem, dass die führenden Nachfrager vor allem höhere direkt kostenwirksame Rechnungsrabatte erhielten, während die Verfolger im LEH einen höheren Anteil retroaktiver Konditionenelemente eingeräumt bekamen. Dadurch besaßen die Marktführer neben Vorteilen beim Einstandspreis ein erhebliches Disziplinierungspotenzial gegenüber kleineren Wettbewerbern. Letztere konnten die Gesamtkonditionen nur erreichen, wenn und nachdem sie bestimmte Zielvereinbarungen realisiert hatten.

Wenn auch aus Konditionenvorteilen durch Größe nicht auf Marktmacht geschlossen werden kann,<sup>18</sup> so bleibt bei all diesen Untersuchungen gleichsam offen, ob sie noch durch Effizienzeffekte bedingt sind. Nicht auszuschließen ist, dass Konditionenvorteile zu einem (unbekannten) Anteil über Effizienzvorteile hinausgehen. Dies könnte z. B. dann der Fall sein, wenn die Konditionenzugeständnisse größer als die Kostenersparnisse in der Produktion oder Absatzlogistik der Lieferanten sind.<sup>19</sup> Bedenkt man, dass die EBIT-Margen im LEH meist kleiner sind als die hier aufgezeigten Konditionenunterschiede,<sup>20</sup> wird deutlich, wie wichtig es ist, die Ursachen von Konditionenunterschieden zu erklären. Dadurch wird nicht weniger als die Antwort auf die Frage ermöglicht, ob sich der Konzentrations- und Konsolidierungsprozess im LEH noch im Wettbewerb vollzieht oder bereits Folge von Wettbewerbsbeschränkungen ist.

### 3. Wasserbett- und Spiraleffekt

Das Bundeskartellamt führt angesichts der Kritik an einer statischen Spiegelbildtheorie (Oligopol- und Monopoltheorie) die Sektoruntersuchung vor dem Hintergrund einer dynamischen Schadenstheorie durch. Dazu weist es auch auf u. U. schädliche Wirkungen durch den Wasserbett- und Spiraleffekt hin.<sup>21</sup> Ein Wasserbetteffekt kann die Konditionenasymmetrie im LEH verstärken, wenn Nachfrager mit Marktmacht bessere Konditionen als Wettbewerber ohne Marktmacht durchsetzen können und dann mittels nunmehr möglichen Preissenkungen Marktanteile gewinnen, die ihnen wiederum zu bes-

<sup>15</sup> BKartA, Tätigkeitsbericht 1986, BT-Drucks. 11/554, S. 77.

<sup>16</sup> Vgl. Competition Commission, Supermarkets, 2000; *Lademann* (Fn. 4), S. 239 f.

<sup>17</sup> Vgl. *Lademann* (Fn. 4), S. 240 f.

<sup>18</sup> So bereits die Monopolkommission, 1985 (Fn. 6), S. 120.

<sup>19</sup> Das bedeutet nicht, dass die Einkaufspreise stets die Durchschnittskosten der Lieferanten abdecken müssen. Preise unter Durchschnittskosten taugen nicht für den Nachweis von Nachfragemacht bzw. Marktbeherrschung; so die Monopolkommission, 1985 (Fn. 6), S. 121.

<sup>20</sup> Mit weiteren Nachweisen *Lademann* (Fn. 4), S. 42, 54, 61, 71, 75, 277 ff.

<sup>21</sup> SU (Fn. 1), S. 25 f.

seren Konditionen verhelfen. Dadurch können Hersteller einerseits als Grenzanbieter zu Marktaustritten gedrängt, andererseits ihrerseits zu Fusionen veranlasst werden, um sich auf einen konzentrierteren LEH einzustellen.

Diesem Mechanismus stehen allerdings Kompensationseffekte entgegen. So würden ggf. durch erhöhte Konditionenforderungen ausscheidende Grenzanbieter die Verhandlungsposition der verbliebenen Lieferanten stärken. Außerdem erfolgt die Weitergabe von Konditionenvorteilen nur im Ausnahmefall vollständig, wodurch der Wasserbett-effekt theoretisch betrachtet begrenzt wird und zudem nach einigen Verhandlungsrunden ausläuft.<sup>22</sup> Schließlich vernachlässigt dieser Ansatz Gegenmaßnahmen der Hersteller, mit denen sie die outside options in einem enger werdenden Absatzmarkt wieder erhöhen können (z. B. Markeninvestitionen, Aufbau neuer Absatzkanäle<sup>23</sup>).

Bereits aufgrund dieser theoretischen Einwände ist zu erwarten, dass beide Effekte nur sehr schwer zu beobachten sein werden. Während sich für den Spiraleffekt offenbar noch keine Anhaltspunkte ergeben haben, könnte der Wasserbett-Effekt jedoch als Heuristik dienen, um die zahlreichen Fusionen und ‚Aufholfusionen‘ vor allem in den 1980er und 1990er Jahren zu erklären: Wenn Größe zu besseren Konditionen führt, erklärt sich, warum Unternehmen nach Größenvorteilen streben bzw. bestrebt sind, Größenvorteile von Wettbewerbern durch externes (wie auch internes; vgl. Kap. VII.) Wachstum zu kompensieren.<sup>24</sup>

Die mit dem Wasserbett- und dem Spiraleffekt beschriebenen Wirkungen sind außerdem nicht erst als Folge von Marktmacht möglich, sondern bereits dann, wenn signifikante Konditionenunterschiede effizienzgetrieben entstehen. Konzentrationsprozesse im LEH, die Entwicklung immer produktiverer Ladenformate oder der seit langem beschriebene Zusammenhang von Massenproduktion und Massendistribution<sup>25</sup> könnten die gleichen Wirkungen entfalten. M. a. W.: Der Wasserbett- und der Spiraleffekt sind keine geeigneten Schadenstheorien, solange Auswirkungen der Nachfragemacht nicht von ‚normalem‘ Strukturwandel abgegrenzt werden können.

### III. Zur Zielsetzung der Sektoruntersuchung

Angesichts anhaltender Konsolidierungstendenzen in der Branche ist es zu begrüßen, dass das Bundeskartellamt die mit dem Instrument der Sektoruntersuchung ihm inzwischen gegebenen Möglichkeiten zur Analyse und Bewertung der Wettbewerbsverhältnisse auf den Beschaffungsmärkten des LEH genutzt hat. Das vordringlich verfolgte Ziel, “[...] einen Beitrag zur Aufklärung der wesentlichen Einflussfaktoren auf ein Verhandlungsergebnis [...]“<sup>26</sup> zu leisten, wird u. E. aber nicht erreicht: So können die verwendeten Regressionsmodelle mit der erhobenen Datenbasis nur einen kleinen Teil der Konditionenunterschiede zwischen Nachfragern erklären. Ursächlich sind hier u. E. unzureichende Modellierungen des Verhandlungsprozesses, auf die zurückzukommen ist.

Des Weiteren ist das Ziel der Sektoruntersuchung selbst zu hinterfragen. Denn die wettbewerbsspolitisch und kartellrechtlich fundierten Ausführungen der Abschnitte A bis C, die jeweils auf den kartellrechtlich inkriminierten Teil von Nachfragemacht abstellen, stehen im Kontrast zu der ökonomischen Untersuchung von Einflussfaktoren eines Verhandlungsergebnisses. Beide Teile haben keinerlei Beziehung zueinander, weil kar-

<sup>22</sup> Vgl. *Lademann* (Fn. 4), S. 266 ff.

<sup>23</sup> Dass der Aufbau neuer Absatzkanäle mittelfristig durchaus eine realistische Möglichkeit ist, die Ausweichalternativen gegenüber einem sich konzentrierenden LEH zu erhöhen, zeigen z. B. Befunde über Exporterfolge deutscher und österreichischer Unternehmen. Befragungen ergaben, dass der Aufbau eines Auslandsmarktes (in einem Land) je nach Warengruppe zwischen sechs und 24 Monate Zeit benötigt; *Lademann* (Fn. 4), S. 168 f.

<sup>24</sup> Ähnlich bereits Monopolkommission, 1977 (Fn. 16), S. 126 f.

<sup>25</sup> Vgl. *Nieschlag* (Fn. 10), S. 51 ff.

<sup>26</sup> SU (Fn. 1), S. 37.

tellrechtlich problematische Verhandlungsmacht nicht identifiziert wird. Eine ökonomische Untersuchung schafft solange kein Verständnis für das Zustandekommen eines Verhandlungsergebnisses und damit keinen Fortschritt für die wettbewerbspolitische Diskussion und kartellrechtliche Behandlung von Nachfragemacht, wie versäumt wird, zwischen einem erwünschten und einem nicht erwünschten Verhandlungsergebnis zu unterscheiden. Aus der Sicht der Rechtsanwendung ist Marktmacht kein erfahrungswissenschaftliches Problem, sondern letztendlich ein normatives. Es bedarf – wie das Bundeskartellamt selbst feststellt<sup>27</sup> – der Unterscheidung zwischen hartem Verhandeln und Wettbewerbsbehinderung bzw. Marktbeherrschung. Hierauf ist zurückzukommen.

Hätte die Sektoruntersuchung das leisten sollen, hätte das Amt normative Ansätze zur Erfassung von Nachfragewettbewerb und Nachfragemacht erörtern und dezidiert prüfen müssen, ob und inwieweit wettbewerbsökonomische Erkenntnisse und Messkonzepte dazu beitragen können, kartellrechtlich kritische Nachfragemacht valide und zuverlässig zu identifizieren und von marktmanenten Konditionenverschiebungen abzugrenzen. Dazu wäre u. E. eine weiterführende Diskussion des Nachfragemachtbegriffes erforderlich gewesen. Das wurde aber nicht geleistet, wie unten zu zeigen sein wird.

Im Folgenden wird auf diese beiden Kritikpunkte – Erklärungsbeitrag zum Verhandlungsergebnis und kartellrechtlich kritischer Bereich von Nachfragemacht – näher eingegangen.

## **IV. Der Erklärungsbeitrag der Sektoruntersuchung zum Verhandlungsergebnis**

### **1. Zur Validität des Untersuchungsansatzes**

Die in der Sektoruntersuchung getesteten Panelmodelle untersuchen den Einfluss ausgewählter Faktoren auf den Netto-Netto-Einkaufspreis bestimmter Artikel.<sup>28</sup> Das Einkaufsvolumen fließt in Form der jeweiligen Menge in die Analyse ein. Rabatte wurden – auch wenn sie nachlaufend als Boni gewährt wurden – auf die bezogene Menge umgerechnet. Dem Datensatz für die 248 Markenartikel von Lieferantenseite und 258 Markenartikel auf Handelsseite liegt ein aufwändiges Auswahlverfahren auf der Basis nahezu aller in Deutschland verfügbaren stock-keeping-units zugrunde, für die eindeutige EAN-Nummern vorlagen. Die Preis- und Konditionendaten wurden artikelspezifisch bei den Lieferanten bzw. bei den Handelsunternehmen für die Jahre 2010 und 2011 monatsweise erhoben.

Ein Grundproblem des Untersuchungsansatzes besteht darin, dass er nicht komplex genug ist, die Konditionenentstehung angemessen abzubilden. Konditionen haben eine ‚Historie‘, weil die Lieferbeziehungen zwischen Industrie und Handel über einen längeren Zeitraum bestehen.<sup>29</sup> Dadurch sind u. a. selektive Lieferbeziehungen möglich, bei denen bilaterale Zielvereinbarungen und gemeinsame Wertschöpfung im Vordergrund stehen können. Auf diese Weise können sich Konditionenvorteile ergeben, die nicht von absoluter Größe abhängen.<sup>30</sup> Ferner ergeben sich Konditionen interdependent aus vertikalen und horizontalen Wettbewerbsprozessen, die sich kaum linear in einer klassischen Regressionsanalyse mit einfachen Ursache-Wirkungsbeziehungen erfassen lassen:

---

<sup>27</sup> Vgl. SU (Fn. 1), S. 14.

<sup>28</sup> Dies ist neben anderen Modellierungen die zentrale Zielvariable.

<sup>29</sup> Charakteristisch sind wiederholte Transaktionen; *Lademann* (Fn. 4), S. 9 ff.

<sup>30</sup> Große Unternehmen beobachten nach Unternehmensübernahmen im LEH immer wieder, dass sie für Teile des Sortiments schlechtere Konditionen erhalten haben als ein kleinerer übernommener Wettbewerber; vgl. *Lademann*, Konzentration (2): Relevanz der Unternehmensgröße, in: Handelsblatt 12.10.1992, *Lademann*, Konditionenpoker nach Fusionen, in: *Lebensmittel Zeitung*, 2001, S. 44 f.

- So können Konditionen bei einem Händler nicht unabhängig von den Konditionen bei einem anderen Händler verhandelt werden, wenn diese beiden Abnehmer auch absatzseitig miteinander im Wettbewerb stehen. Denn der Hersteller (allerdings auch beide Händler als Abnehmer eines solchen Produkts) wird darauf achten, dass beide Händler unter ‚normalen‘ Kalkulationsbedingungen (d. h. außerhalb von Preisaktionszeiträumen) zu einem vergleichbaren Verkaufspreis gelangen können. Die Spielräume für eine Konditionenspreizung bei Intra- und Interbrand-Wettbewerb werden daher meist nur gering sein.
- Umgekehrt wird ein Händler die Konditionen bei einem Produkt mit den Konditionen bei direkten Substituten vergleichen, so dass Rückwirkungen auf die Konditionenhöhe durch Interbrand-Wettbewerb bei der Konditionenvereinbarung der Normalfall sein werden.
- Ein dritter dynamischer Aspekt bei Konditionenvereinbarungen liegt darin, dass Artikelpreise in fast allen Fällen Teil eines umfassenderen Produktprogramms sind. Der Einkaufspreis eines Artikels hängt dann nicht nur von der Abnahmemenge oder zugesagten Marketingmaßnahmen des Händlers bei einem Produkt ab, sondern von den Abnahmeleistungen insgesamt. So kommt es in der Praxis regelmäßig vor, dass Hersteller die Rabatte bei einem stärkeren Markenartikel an die Leistung einer weniger starken Marke binden. In solchen Fällen lässt sich überhaupt kein Zusammenhang zwischen Menge und Einkaufspreis beobachten.

Es verwundert daher nicht, wenn die Sektoruntersuchung angesichts solcher Wechselwirkungen nur einen sehr schwachen Zusammenhang zwischen Abnahmemenge und Höhe des Einstandspreises messen konnte (der Beitrag der Modelle zur Erklärung von Konditionenunterschieden liegt meist weit unter 10 %).

Darüber hinaus ist zu bezweifeln, ob mit dem Ansatz gemessen werden konnte, was untersucht werden sollte, nämlich die wesentlichen Einflussfaktoren eines Verhandlungsergebnisses. So bewirkt die Zufallserhebung der Produkte, dass diese ohne ihr jeweiliges Wettbewerbsumfeld analysiert werden. Konditionenverbesserungen, die für ein nicht von der Sektoruntersuchung erfasstes Produkt (auch ggf. gegen den Widerstand des Lieferanten) vereinbart wurden, können c. p. den Konditionendruck auf Konkurrenzprodukte, die Teil der BKartA-Stichprobe sind, erhöhen. Dies gilt vor allem dann, wenn der Händler einen Teil der Konditionenverbesserungen beim nicht erfassten Produkt an die Verbraucher weitergibt. Dann würde sich der Marktanteil dieses Produkts zulasten der von der Sektoruntersuchung erfassten Substitute im Sortiment erhöhen. Es erscheint fraglich, ob die grundsätzlich mittels Umsatzanteilen an unterschiedlichen Bezugsgrößen operationalisierten outside options von Lieferanten und Händlern diese wettbewerbliche Interdependenz erfassen können. Entscheidend aber ist die fehlende Validität der Messung für Nachfragemacht: Wenn sich durch vorstoßenden Wettbewerb auf der Herstellerbene die Konditionen für in der Sektoruntersuchung erfasste Konkurrenzprodukte verbessern, würden diese als Nachfragemacht identifiziert werden. Durch den nicht berücksichtigten horizontalen Wettbewerb als Ursache für Preisanpassungen der Einkaufspreise im LEH dürfte der Einfluss der inkludierten Variablen und damit voraussichtlich auch der des Einkaufsvolumens auf die Einkaufspreise überschätzt oder verzerrt werden.

## 2. Zur Stichprobe der Sektoruntersuchung

Auch die Sorgfalt, mit der die Stichprobe bestimmt und die Erhebung der Daten durchgeführt wurden, bedeutet nicht, dass damit auch eine valide und verlässliche Datenlage geschaffen wurde. Ein erster Einwand lautet, dass die Panelregression eine Varianz der Daten nahelegt, die statistisch gar nicht besteht:

- Die erhobenen Monatsdaten (24 Datenpunkte für die Jahre 2010 und 2011) beruhen bei Markenartikeln auf Jahresgesprächen, in denen alle Konditioneneckpunkte für das Folgejahr festgelegt wurden. Varianz in den Einkaufspreisen des LEH, etwa durch ggf. unterjährige Preisanpassungen (z. B. auf Basis von Preisgleitklauseln oder Nachverhandlungen), durch Werbekostenzuschüsse in den Aktionszeiträumen<sup>31</sup> oder durch Effizienzen einzelner Bestellungen (z. B. Rabatte für sortenreine Palettenabnahme) sind keine unabhängigen Daten, sondern folgen aus einer Verhandlung, eben einem Jahresgespräch.
- Aus ökonomischer Sicht liegen daher nur zwei voneinander unabhängige Längsschnittdatenpunkte vor (2010, 2011). Auch alle unterjährigen Schwankungen der Einkaufspreise folgen aus diesen beiden Jahresgesprächen. Hinzu kommen ggf. zusätzlich ein bis zwei Nachverhandlungen p. a.<sup>32</sup> Es ist daher nicht nachvollziehbar, auf welcher Grundlage die Sektoruntersuchung je Artikel durchschnittlich knapp 12 Verhandlungen für zwei Jahre ausweist.<sup>33</sup> Diese Angaben widersprechen jeglichen Praxiserfahrungen zu Jahresgesprächen im LEH.<sup>34</sup>

Die fehlende Unabhängigkeit der Monatsdaten von den Jahresgesprächen hat gravierende Folgen für die statistische Belastbarkeit der Berechnungen. Für jedes Konditionenpaket existieren nur zwei voneinander unabhängige Datenpunkte, die nun mittels zahlreicher Variablen Konditionenunterschiede zwischen bis zu 23 Händlern (ggf. 29) erklären sollen.

### 3. Unberücksichtigte Einflussfaktoren

Das Einkaufsvolumen aus nur zwei Verhandlungen geht letztlich in die Schätzungen ein. Der daraus berechenbare Einfluss des Einkaufsvolumens trennt damit nicht zwischen Größe und Wachstum, da in die Regression nur die durchschnittliche Größe aus zwei Jahren einfließt.<sup>35</sup> Praxiserfahrungen zeigen indes, dass den Konditionenvereinbarungen zwischen Industrie und LEH (neben den vom Bundeskartellamt auch berücksichtigten ‚qualitativen Komponenten‘, wie Zahlungsziele und Logistikstandards) außer dem Einkaufsvolumen auch Effizienzvergütungen (z. B. für sortenreine Lieferungen von Großgebunden) und Rabatte für das Wachstum des Einkaufsvolumens oder die Einlistung neuer Produkte zugrunde liegen. Effizienzvorteile<sup>36</sup> vergütet die Industrie in der Regel als Rechnungsrabatte, die sofort den Einstandspreis senken. Solche Vertriebsleistungen oder das Wachstum des Einkaufsvolumens (etwa über neu eröffnete Läden) wurden in der ökonomischen Untersuchung – soweit erkennbar – nicht als Erklärungsvariablen berücksichtigt.

Die Größenvariable kann daher allenfalls die Effizienzgewinne erfassen, die von einem (verlässlichen) Gesamtvolumen eines Abnehmers ausgehen. Der Beitrag eines Kunden zum Umsatz und damit zur Kapazitätsauslastung eines Lieferanten spiegelt sich im LEH nach Beobachtungen des Verfassers in sogenannten Grundkonditionen wider. Diese sind in der Praxis grundsätzlich größenabhängig, stellen aber stets nur einen Teil der Gesamtkonditionen dar. Auftragsbezogene Effizienzgewinne sind aber gerade nicht vom Ein-

31 Es bleibt ungeklärt, ob die Werbekostenzuschüsse auf die gesamte Beschaffungsmenge des Produkts, auf die Produktgruppe oder aber auf alle Produkte eines Herstellers eines Jahres umgelegt wurden oder aber auf die im Aktionszeitraum verkauften Produkte.

32 Vgl. *Lademann* (Fn. 4), S. 252 ff.

33 Vgl. *SU* (Fn. 1), S. 312 f.

34 Für die nicht in die Erhebung einbezogenen Handelsmarken würde sich dieser Einwand als noch gravierender erweisen. Aufgrund der hier üblichen Ausschreibungspraxis liefern Kontrakte, die typischerweise für einen längeren Zeitraum abgeschlossen werden, noch weniger originäre Datenpunkte.

35 Um die Entwicklung der Konditionen im Zeitverlauf zu verstehen, hätten wesentlich längere Zeitreihen zur Verfügung stehen müssen. Es ist dazu allerdings ein erheblich komplexerer Daten- und Analysebedarf zu konzedieren.

36 Hierbei kann zunächst offen bleiben, ob sich Effizienzvergütungen an Kosteneinsparungen orientieren.



kaufsvolumen, sondern von der Wirtschaftlichkeit des jeweiligen Auftrags abhängig. Aus gleichem Volumen können je nach Bestellverhalten des Nachfragers sehr unterschiedliche Einkaufskonditionen bzw. -preise resultieren. Auch kleinere Nachfrager können so wirksam Einfluss auf die Einkaufskonditionen nehmen.

Da wachstumsabhängige und effizienzbasierte Konditionen nach Beobachtungen des Verfassers nicht selten über 50 Prozent der Gesamtnachlässe ausmachen, verwundert es nicht, wenn die Modelle nur einen geringen Teil der Konditionenunterschiede erklären können. Um den Einfluss des Wachstums des Einkaufsvolumens zu messen, hätte es eines Modells bedurft, welches mit ersten Differenzen (also mit der Veränderung des Einkaufsvolumens von Jahr zu Jahr) zu spezifizieren wäre. Dazu wäre aber ein wesentlich längerer Untersuchungszeitraum als zwei Jahre nötig, was das Dilemma des verfolgten Untersuchungsziels verdeutlicht: Mit einer auf zwei Jahre beschränkten Untersuchung (also einer einmaligen Veränderung) der Konditionen lässt sich deren Zustandekommen nicht erklären.

Der Datensatz der Sektoruntersuchung umfasst außerdem nur bereits eingeführte und existente Produkte. Die Einführung von Produktmodifikationen oder Marktneuheiten, denen in der Summe vor allem mittel- bis langfristig eine erhebliche Umsatzbedeutung zukommt, wird vom Modell des Bundeskartellamts ebenso wenig erfasst. Damit kann die Wirkung der Vertriebsleistung unterschiedlicher Anbietergruppen des LEH auf die Höhe des Konditionengefälles nicht gemessen werden. Es dürfte einigermäßen unstrittig sein, dass eine schnelle und ubiquitäre Distribution nicht nur über wenige SB-Warenhäuser oder die Discounter für einen Markenartikelhersteller eine erhebliche Konditionenrelevanz hat.

M. a. W.: Die besten Konditionen werden c. p. diejenigen Händler erhalten, die ein möglichst großes Bestellvolumen durch möglichst wirtschaftliche Aufträge realisieren und mit den Produkten des Lieferanten zudem noch ein hohes Wachstum erreichen. Um diese Zusammenhänge in Datensätzen zu beobachten, hätte eine wesentlich längere Zeitreihe vorliegen und entsprechend zusätzliche Variablen eingeführt werden müssen.

## **V. Zur Relevanz zweckmäßiger Begriffsdefinitionen für die rechtliche Erfassung von Nachfragemacht**

Die wettbewerbsökonomische Analyse von Nachfragemacht erfolgt auch in der Sektoruntersuchung mittels verhandlungstheoretischer Ansätze.<sup>37</sup> Durch die Analyse der auf beiden Marktseiten vorhandenen Drohpunkte bzw. wechselseitigen Ausweichalternativen wird es grundsätzlich möglich, Verhandlungsergebnisse bzw. Konditionenvereinbarungen oder den Abbruch von Verhandlungen im Lichte von Opportunitätskosten und Gewinnbeiträgen zu interpretieren. Ein Erkenntnisgewinn gegenüber einem allein marktstrukturellen Ansatz setzt aber voraus, den Begriff ‚Nachfragemacht‘ zweckmäßig zu definieren. Denn solange bereits der Begriff unklar ist, verwundert es nicht, wenn die ökonomische Erfassung des Phänomens nicht gelingt, geschweige denn die kartellrechtliche Behandlung von Nachfragemacht.<sup>38</sup> Wie noch zu zeigen sein wird, determiniert bereits das Begriffsverständnis den Lösungsraum für die zu untersuchenden Fragen. Das Bundeskartellamt verwendet dagegen eine Definition, die u. E. weder für die ökonomische Analyse noch für die Rechtsanwendung geeignet ist. Mehr noch: Sie ist mitursächlich dafür, dass die empirische Untersuchung geringe Erkenntnisfortschritte brachte.

---

<sup>37</sup> Vgl. SU (Fn. 1), S. 316 ff.

<sup>38</sup> Bereits *Hermes* (Fn. 13), S. 41 ff.

Das Bundeskartellamt definiert Nachfragemacht als “[...] die Fähigkeit eines Unternehmens, einseitig die Bezugskonditionen für die von ihm eingesetzten Vorprodukte zu seinen Gunsten gewinnsteigernd zu beeinflussen“.<sup>39</sup> Unausgesprochen nimmt ein solches Analysekonzept von Nachfragemacht Anleihen beim Machtbegriff Max Webers; er definierte Macht als “[...] die Möglichkeit, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Möglichkeit beruht.“<sup>40</sup>

Das Problem dieser (verbreiteten) Begriffsauffassung und einer darauf beruhenden Nachfragemachanalyse ist es, dass alle Verhandlungsergebnisse, die von den (Ziel-)Vorstellungen eines Marktpartners abweichen, als Marktmacht erfasst werden könnten. M. a. W.: Jedes durch Druck erzeugte Konditionen zugeständnis würde als Indiz für Nachfragemacht betrachtet werden. Diese Definition ist weder aus kartellrechtlicher noch aus wettbewerbsökonomischer Sicht geeignet, Nachfragemacht zweckmäßig zu erfassen:

- Es liegt in der Natur von Verhandlungen, dass Konditionenvereinbarungen das Ergebnis von Forderungen, Anreizen, aber auch Drohungen sind, die zu Einigungen einschließlich Zugeständnissen führen. Auf welchem Konditionenniveau eine Einigung auch gegen Widerstand stattfindet, bleibt bei dieser Definition offen. Es wird folglich auch Nachfragemacht diagnostiziert, wenn die Gewinne vor dem Einsatz von Druckmitteln einseitig zugunsten des Lieferanten verteilt waren.
- Das Amt definiert Nachfragemacht so, dass darunter auch durch Effizienz getriebene Konditionen zugeständnisse subsumiert werden. Die Ergebnisse seiner Schätzungen erfassen “[...] die gesamte (gemeinsame) Wirkung [...] als Ausmaß der Nachfragemacht [...]“.<sup>41</sup> Solange Konditionenvorteile auf Effizienzgewinnen beruhen, würden aber gerade die wohlfahrtserhöhenden Wirkungen von Nachfragemacht inkriminiert werden.
- Nachfrager können Konditionenvorteile auch dadurch erreichen, dass sie exogene Faktoren, die preissenkend wirken, zu ihren Gunsten nutzen:
- So würde ein Nachfrager nach dem hier zugrundeliegenden Begriffsverständnis als nachfragemächtig gelten, der aufgrund einer rückläufigen Nachfrage (also von Konjunkturschwankungen) Konditionendruck ausübt und so niedrigere Einstandspreise durchsetzt.
- Die Definition erfasst aber auch Konditionen zugeständnisse aufgrund von Markenerosion, die sich im Horizontalprozess der Lieferanten ergeben kann. Verschlechtern sich z. B. die outside options eines Herstellers, weil eines seiner Produkte das Ende des Lebenszyklusses erreicht hat, würde Druck auf die Konditionen als Nachfragemacht diagnostiziert werden können.
- Auch Konditionendruck, den ein Nachfrager bei schlecht ausgelasteten Produktionskapazitäten eines Lieferanten in Konditionenverbesserungen ummünzen kann, wäre definitionsgemäß Nachfragemacht.
- Eine Interpretation von Nachfragemacht nach der o. a. Definition läuft auch Gefahr, den Begriff ‚Angebotsmacht‘ überflüssig zu machen. Gerade aus verhandlungstheoretischer Perspektive, aber auch mit Blick auf die Anwendung des Kartellrechts, käme es darauf an, den allein dem Nachfrager zurechenbaren Druck auf die Konditionen von marktüblichen Schwankungen des Preises, die ebenfalls Bestandteil der beobachtbaren Konditionenunterschiede sind, abzugrenzen.

<sup>39</sup> SU (Fn. 1), S. 16.

<sup>40</sup> Weber, M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl., 1972, S. 28. Warum die BKartA-Definition die Konditionenverbesserung an eine Gewinnsteigerung knüpft, bleibt unklar. Dies bedeutet analytisch eine Einschränkung, weil der Begriff implizit offenbar von einer konstanten Wertschöpfung ausgeht, die zwischen Hersteller und Handel verteilt wird.

<sup>41</sup> SU (Fn. 1), S. 327.

Die Definition erlaubt folglich keine Trennung von Konditionenzugeständnissen, die marktmanent (und wettbewerbspolitisch erwünscht) sind, von Konditionendruck, der originär auf der Macht des oder der Nachfrager beruht. Das Bundeskartellamt hat es versäumt, diese marktmanenten Einflussfaktoren auf das Verhandlungsergebnis in den verwendeten Modellen statistisch zu kontrollieren.

Mit der fehlenden Trennschärfe ist ein zweiter Einwand verbunden, der die Reichweite der von einem Nachfrager ausgehenden Marktmacht betrifft. So wie das Bundeskartellamt Nachfragemacht definiert, wird mit dem Begriff sowohl eine bilaterale Abhängigkeitssituation zwischen einem Anbieter und einem Nachfrager als auch eine marktweite Wirkung der Nachfragestärke erfasst. Man kann insoweit unbestritten einwenden, dass beides unterschiedliche Facetten von Nachfragemacht sind. Gleichwohl bedarf es weiterer Kriterien, um zwischen beiden Erscheinungsformen von Nachfragemacht unterscheiden zu können, denn der wettbewerbspolitische Regulierungsbedarf in Fusionskontroll- oder Missbrauchsverfahren ist bei einer marktweiten Bedeutung eines Nachfragers zunächst einmal anders gelagert als bei einer einseitigen Abhängigkeitssituation.

Dieser Kritikpunkt verweist auf ein weiteres Problem. Die Definition des Amtes stellt keine Beziehung zum Wettbewerb her. In die outside options fließt zwar die ‚durchschnittliche Wettbewerbssituation‘ des jeweils erfassten Artikels ein, aber eben nicht die Interdependenz von Marktverhalten und -ergebnissen zwischen allen Wettbewerbern. Wann und welche Konditionenzugeständnisse Indizien für z. B. Marktbeherrschung oder eine signifikante Verminderung des Wettbewerbs sind, bleibt unbestimmt, weil keine Unterscheidung von Marktmanenzen und originären Machtmitteln des Nachfragers möglich sind. Diesem Einwand lässt sich nicht erfolgreich entgegenhalten, dass dazu eine normative Entscheidung des Gesetzgebers notwendig sei.<sup>42</sup> Denn ökonometrische Verfahren sind grundsätzlich in der Lage, Einflussgrößen zu kontrollieren, die nicht dem Nachfrager zuzurechnen sind (s. u.).

## **VI. Ansatzpunkte für eine kartellrechtskompatible Bestimmung von Nachfragemacht**

In vertikaler Hinsicht geht es um die Machtverteilung zwischen den Marktpartnern zweier Wirtschaftsstufen. Nachfragemacht kann zweckmäßig nur als eine Ausprägung dieser Machtverteilung definiert werden, die neben einem Machtgleichgewicht auch noch Angebotsmacht im Sinne einer Übermacht der Anbieterseite über die Nachfrager umfassen muss.

Aus erfahrungswissenschaftlicher Sicht wäre es möglich, Nachfragemacht auch auf Fälle bilateraler Beherrschungs-Abhängigkeits-Verhältnisse zu beziehen. Auch in solchen Fällen ließe sich eine ‚Übermachtsituation‘ konstatieren. Diese Situation beruht aber keineswegs zwingend auf den Wettbewerbsbedingungen, sondern würde auch Fälle einschließen, die auf strategischen ‚Fehlern‘ eines Anbieters beruhen, sich in Abhängigkeit zu begeben oder mögliche Alternativen nicht zu nutzen. Abhängigkeiten eines Anbieters von einem Nachfrager haben ihre Ursachen also keineswegs immer in den Eigenschaften des Nachfragers. Daher sollte Nachfragemacht nicht auf bilaterale Beherrschungs-Abhängigkeits-Verhältnisse bezogen werden. Der Nachfragemachtbegriff sollte sich auf Eigenschaften des Nachfragers im Verhältnis zu den Anbietern beschränken, die kausal einen größeren Teil der Marktgegenseite betreffen. Ausprägungen dieses Nachfragemachtverständnisses wären z. B. Einzel- oder Oligopolmarktbeherrschung. Wie weit auch relative Marktmacht einzubeziehen ist, wäre normativ näher zu bestimmen.

---

<sup>42</sup> Vgl. SU (Fn. 1), S. 28.

Wenn Nachfragemacht auf Fälle einer relativen Überlegenheit gegenüber einer größeren Zahl von Anbietern beschränkt wird, muss außerdem dafür Sorge getragen werden, exogene Markt- oder Unternehmensfaktoren, die sich im Vertikalprozess und damit im Verhandlungsergebnis niederschlagen, von diesen Eigenschaften abzugrenzen. Konjunktureinflüsse, Überkapazitäten oder die bereits erwähnte Markenerosion müssen u. E. als Einflussfaktoren auf die Konditionen von vornherein aus dem Nachfragemachtbegriff ausgeklammert bleiben. Auch Konditionen bzw. Einkaufspreise, die sich durch Effizienzgewinne verbessern, dürfen danach nicht als Ausfluss von Nachfragemacht identifiziert werden. Gleiches sollte im Fall der Verlagerung von Wertschöpfung durch Gegenmachtbildung von einem dominanten oder marktstarken Lieferanten auf den LEH gelten.

Vor diesem Hintergrund könnte der Teil der Konditionen, der nicht durch exogene Einflussgrößen oder nachweisbare Effizienzgewinne erklärbar oder allein der Sphäre des Lieferanten zurechenbar ist, als durch Nachfragemacht bedingt bezeichnet werden. Kann ein Nachfrager über exogene, effizienzbasierte oder dem Lieferanten anzulastende Faktoren hinaus Konditionenvorteile durchsetzen, ist zu vermuten, dass dieser Nachfrager auf Mitnachfrager und damit auf Ausweichalternativen seiner Lieferanten keine Rücksicht mehr nehmen muss. Dieser Wettbewerbsbezug ist u. E. ebenfalls elementarer Bestandteil einer zweckmäßigen Nachfragemachtdefinition. Der Nachfragemachtbegriff würde damit auch die Durchsetzung von Einkaufspreisen einschließen, die unter einem Preisniveau bei wirksamem Wettbewerb liegen. Das Merkmal ‚Stärke des Drucks‘ erlaubt daher keine Unterscheidung zwischen wettbewerbskonformem und wettbewerbsbeschränkendem Verhalten. Vielmehr sollte entscheidend sein, ob und inwieweit die Konditionen noch effizienzbasiert oder marktmanent sind.<sup>43</sup>

Nachfragemacht in dem hier herausgearbeiteten Sinne bezeichnet daher die Fähigkeit eines Nachfragers, gegenüber einem größeren Teil seiner Lieferanten Konditionenvorteile durchzusetzen, die über marktmanente, effizienzbasierte oder allein lieferantenspezifische Ursachen (outside-options) hinausreichen. Diese Definition hat den Vorteil, dass sie grundsätzlich operationalisierbar ist. Wenngleich die marktmanenten, effizienzbasierten und allein dem Lieferanten zurechenbaren Ursachen für Konditionendruck erst noch identifiziert werden müssen und eine normative Abgrenzung des mindestens betroffenen Lieferantenkreises erfolgen muss, hat diese Definition den Vorteil, unmittelbar an bestehende kartellrechtliche Normen anzuknüpfen und sie dem Grunde nach messbar zu machen. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass durch die Messbarkeit des Nachfragemachtbegriffs zugleich dem More Economic Approach und damit einer ökonomischen Flankierung des Rechts Rechnung getragen wird.

Unverständlich ist, dass das Bundeskartellamt diese Einflussgrößen auf ein Verhandlungsergebnis nicht bereits in seinem Untersuchungsansatz explizit berücksichtigt hat. Denn eine ökonometrische Datenanalyse auf der Basis des gegebenen Auskunftsrechts hätte es ermöglicht, diese Faktoren zu erfassen und als eine Mitursache für Konditionenverbesserungen von Nachfragemacht abzugrenzen.

Vor diesem Hintergrund soll die auch vom Bundeskartellamt herausgearbeitete Zweischneidigkeit von Nachfragemacht kurz thematisiert werden. Wenn ein Händler Konditionenvorteile im Preis (zum Teil) an den Endverbraucher weiterreicht, würde Nachfragemacht – so wird oft relativiert – die Konsumentenwohlfaht erhöhen. Nach der hier herausgearbeiteten Definition würde allerdings nur der Teil der Konditionenverbesserung bzw. Einkaufspreissenkung als Wohlfahrtsteigerung anerkannt werden können, der Marktmanenzen, Effizienzen und dem Lieferanten selbst zurechenbar ist. Es lässt sich u. E. jedoch kaum als erwünschtes Marktergebnis rechtfertigen, wenn Konsumenten in

---

43 So Monopolkommission 1985 (Fn. 6), S. 121.

den Genuss von Preisvorteilen gelangen, die durch Marktmacht, ergo nicht ‚wettbewerbskonform‘ entstanden sind. Ein Konsumentenwohlfahrtsverständnis, welches das Zustandekommen eines Preises unberücksichtigt lässt, würde ansonsten eine ganze Wirtschaftsstufe (nämlich alle Lieferanten) nur der niedrigen Preise wegen einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Nachfrager aussetzen. Eine derartige Instrumentalisierung von kritischer Nachfragemacht zugunsten niedriger Preise würde dem Ziel der Kartellrechtsanwendung, für wirksamen Wettbewerb zu sorgen, diametral entgegenlaufen.

Gleichwohl könnte eine nur auf niedrigen Preisen basierende Auslegung der Verbraucherwohlfahrt u. U. politisch präferiert werden. Ein solch opportunistisches Verständnis von Nachfragemacht wäre aber nicht folgenlos. Würde man die Konsumentenwohlfahrt allein preisorientiert verstehen, liefe die Wettbewerbspolitik Gefahr, qualitative Aspekte der Konsumentenwohlfahrt aus dem Auge zu verlieren. Das Bundeskartellamt weist ebenfalls darauf hin, dass Nachfragemacht am Ende den Innovations- und Qualitätswettbewerb schwächen könnte. Dann aber sollte konsequenterweise gründlich geprüft werden, ob der Teil der Konditionenzugeständnisse, der nicht durch Marktimmunenzen, Effizienzen und lieferantenseitige Faktoren zustande kommt, die Verbraucherwohlfahrt nicht doch langfristig schädigen kann. Hier bedarf es dringend einer Diskussion über die inhaltliche Konkretisierung der Verbraucherwohlfahrt, die den wettbewerbspolitischen und kartellrechtlichen Umgang mit ggf. nur kurzfristigen Preisvorteilen und den u. U. langfristigen qualitativen Nachteilen von Nachfragemacht klärt.

## VII. Zur Bedeutung des Baurechts für den Wettbewerb im LEH

### 1. Standort- und Flächenexpansion und Nachfragewettbewerb

Um die Relevanz des Bauplanungsrechts und der Stadtplanung bewerten zu können, ist zunächst auf die Bedeutung der Standortexpansion im LEH einzugehen. Die Standortexpansion ist u. E. aus zwei Gründen von besonderer Bedeutung für den Wettbewerb im LEH:

1. Absatzseitig kommt der Standortexpansion die Aufgabe zu, das Standortnetz einerseits auszuweiten (internes Wachstum), andererseits seine Struktur hinsichtlich der Formatgröße und der Standortlagen den Markt- und Wettbewerbserfordernissen anzupassen.
2. Korrespondierend mit der bereits angeführten Bedeutung des Einkaufsvolumens für die Verbesserung der Konditionen trägt die Standortexpansion als eine Form des internen Unternehmenswachstums dazu bei, das Einkaufsvolumen auf dem Beschaffungsmarkt zu erhöhen. Hersteller machen für steigende Abnahmeverolumina in der Regel Konditionenzugeständnisse.

Vor diesem Hintergrund lässt sich eine anhaltend hohe Intensität von Standortinvestitionen im gesamten LEH feststellen. Während diese bis etwa 2010 immer noch als Flächenwachstum zu beobachten war, dominieren seitdem Umschichtungs- und Erweiterungsmaßnahmen im Bestandsnetz.<sup>44</sup> Auf den Ladenbestand wirkt sich dieser Umstrukturierungsprozess weiterhin als Standortabschmelzung im Bereich der Kleinflächen und kleineren Verbrauchermärkte aus. Heute umfasst das deutsche LEH-Standortnetz immer noch mit großem Abstand zu vergleichbaren Volkswirtschaften (wie z. B. F, UK) die zweithöchste Ladendichte (hinter Österreich) und Flächenausstattung in der EU (ca. 35 Mio. qm).<sup>45</sup>

Die Bedeutung der LEH-Netzstruktur für den Wettbewerb erschließt sich außerdem, wenn man einen Blick auf das Verbraucherverhalten wirft. Ausgehend von der Annahme,

<sup>44</sup> Hierzu *Lademann* (Fn. 4), S. 23 ff.

<sup>45</sup> Vgl. *Lademann* (Fn. 4), S. 22 ff. mit weiteren Nachweisen.

dass im LEH weiterhin Markenartikel der Industrie verkauft werden und die Lieferanten in beträchtlichem Umfang sowohl eigene Markenartikel als auch Handelsmarken produzieren, resultiert aus einem intensiven Wettbewerb auf der Absatzseite auch wirksamer Nachfragewettbewerb.<sup>46</sup> Unter dieser Voraussetzung ist die Bewertung der Monopolkommission zutreffend, die wirksamen Nachfragewettbewerb konstatiert, weil sie intensiven Absatzwettbewerb beobachtet.<sup>47</sup>

Können nun ausreichend viele (marginale) Verbraucher auf andere LEH-Läden wechseln, sobald ein Anbieter versuchen sollte, seine Preise signifikant zu erhöhen, werden solche Preissetzungsversuche nicht rentabel sein.<sup>48</sup> Dabei ist davon auszugehen, dass Verbraucher im Durchschnitt etwa zwei Drittel ihrer Nachfrage in einem Stammgeschäft einkaufen.<sup>49</sup> Ein Drittel des Bedarfs decken die Verbraucher in einer Reihe weiterer Läden. Bei diesen weiteren Läden kommt es aus wettbewerbsökonomischer Sicht darauf an, dass diese in ausreichendem Umfang von Wettbewerbern betrieben werden und im Rahmen ‚normaler‘ Einkaufsradien der Verbraucher als Alternativen erreichbar sind. Latente Ausweichalternativen der Verbraucher beschränken wirksam die Preissetzungsmöglichkeiten der LEH-Anbieter, auch wenn die Verbraucher große Teile ihrer Nachfrage in einer Einkaufsquelle decken.

Die o. a. Netzbereinigung und -umschichtung spielt sich in lokalen Wettbewerbsstrukturen ab. Es ist daher denkbar, dass die angeführten lokalen Netzveränderungen die Ausweichalternativen der Verbraucher lokal oder regional einschränken. Es könnte nun eingewandt werden, dass sich die Preisbildung im LEH, wenn nicht national, so doch für wesentlich größere Räume vollzieht, weshalb kleinräumige Preissetzungsspielräume gar nicht ausgeschöpft werden können. Dem sind aber die größer gewordenen und noch nicht ausgeschöpften Potenziale für ein kleinräumiges Preismanagement („local pricing“) entgegenzuhalten, die sich nach dem heutigen Erkenntnisstand durch immer leistungsfähigere IT-Systeme ergeben. Auch die Entwicklungen des E-Commerce werden das Marketing des Handels stärker zum Point of Sale verschieben. Es verwundert daher nicht, wenn im LEH am regionalen Preismanagement gearbeitet bzw. mit einer Zunahme regionaler bzw. lokaler Preisbildung gerechnet wird.<sup>50</sup> Damit wachsen aber auch die Risiken, dass in Zukunft lokale Preissetzungsspielräume ausgeschöpft werden, sobald sich in kleinräumigen (Teil-)Märkten eine nicht mehr kompetitive Ladenstruktur herausgebildet hat.

## 2. Einfluss des Bauplanungsrechts auf kleinräumige Wettbewerbsstrukturen

Die kommunale Planungshoheit nimmt durch die Schaffung des entsprechenden Baurechts direkten Einfluss auf diese lokalen bzw. regionalen Strukturveränderungen. Das jeweilige Baurecht ermöglicht erst die Neuansiedlung bzw. die Anpassung des Standorts nach Lage, Sortiment und Größe. M. a. W.: Ohne ein verfügbares Baurecht könnten sich weder der Strukturwandel im Standortnetz des LEH noch kompetitive kleinräumige Strukturen entwickeln. Aus wettbewerbsökonomischer Sicht kommt es daher darauf an, die lokalen Netzveränderungen zu ermöglichen und nicht zu verhindern. Dies schließt jedoch nicht aus, dass kleinräumig wettbewerbsarme Strukturen entstehen, allein weil z.

<sup>46</sup> Es wäre derzeit wohl nur theoretisch denkbar, dass der LEH insgesamt auf Markenartikel verzichten kann und sein Sortiment ausschließlich oder überwiegend auf Handelsmarken umzustellen in der Lage wäre. In so einem unwahrscheinlichen Fall (der allerdings bei der Migros in der Schweiz zu beobachten ist) würde der Intra-brand-Wettbewerb ausgeschaltet. Käme noch eine Vertikalisierung der Produktion durch den LEH hinzu, würde sich der Beschaffungswettbewerb vor allem auf die Landwirtschaft verlagern.

<sup>47</sup> So die Monopolkommission (Fn. 4) S. 363 ff.

<sup>48</sup> Aus wettbewerbsökonomischer Sicht kritische Preissetzungsspielräume sind allerdings von Preissetzungsmöglichkeiten zu unterscheiden, die marktmanent durch beschränkte Preistransparenz oder psychologische Wechselbarrieren bestehen.

<sup>49</sup> Vgl. *Lademann*, Zum Einfluss von Verkaufsfläche und Standort auf die Einkaufswahrscheinlichkeit, in: Schuckel/Toporowski, Theoretische Fundierung und praktische Relevanz der Handelsforschung, 2007, S. 153.

<sup>50</sup> Vgl. *Lademann* (Fn. 4), S. 53 ff., 69 f.

B. Führungsvorteile einzelner Handelsunternehmen zu Kommunen und Investoren zu räumlichen Verdichtungen ihrer Standortnetze führen. Es ist daher zu fragen, ob und inwieweit das Bauplanungsrecht oder gar die Investoren bei der Vermietung ihrer Standorte in räumlich sehr engen Regionalmärkten auch Einfluss auf die Wettbewerbsstruktur nehmen sollten. Diese Aufgabe hat das Bauplanungsrecht bislang nicht; es ist wettbewerbsneutral ausgestaltet und kein Instrument, um kleinräumige monopolartige Strukturen zu verhindern. Es wäre u. E. aber zu klären, ob die Kommunen als Träger der Bauleitplanung bzw. die Investoren als Vermieter oder Verkäufer ihrer Handelsimmobilien nicht auch verpflichtet sein sollten, der Entstehung von nicht kompetitiven Strukturen in ihren Planungsräumen entgegenzuwirken.<sup>51</sup>

Von diesen grundsätzlichen Zusammenhängen abgesehen, ist zu fragen, ob die Handhabung des Bauplanungsrechts bisher schon zu Strukturen geführt hat, die Folge des Rechts selbst sind und den Wettbewerb der Investoren verzerrt haben. Im LEH steht hierbei die Baunutzungsverordnung im Mittelpunkt, die mit § 11 Abs. 3 BauNVO widerleglich mehr als unwesentliche städtebauliche und raumordnerische Folgen vermutet, wenn ein Handelsbetrieb mehr als 1.200 qm Bruttogeschossfläche (BGF, ca. 800 qm Verkaufsfläche) aufweist.<sup>52</sup> M. a. W.: Hätte das LEH-Standortnetz anders ausgesehen, wenn die Vermutungsschwelle höher als 1.200 qm BGF gelegen hätte oder die Auslegung der von großflächigen Einzelhandelsansiedlungen ggf. ausgehenden, ‚mehr als unwesentlichen städtebaulichen und raumordnerischen Auswirkungen‘ weniger restriktiv erfolgt wäre?

Nach Einschätzung des Verfassers ist davon auszugehen, dass § 11 Abs. 3 BauNVO den Prozess des Strukturwandels beeinflusst und wohl auch verzerrt hat, wenngleich kaum nachweisbar sein dürfte, dass durch § 11 Abs. 3 eine nennenswerte Anzahl von Märkten nicht entstanden ist, die ohne diesen restriktiven Baurechtsrahmen gebaut worden wären. § 11 Abs. 3 hat durch die Vermutungsschwelle zur Großflächigkeit zumindest die Ausbreitung von Flächen unterhalb dieser Schwelle beschleunigt und die oberhalb dieser Schwelle gebremst. Das führte faktisch zu einer sehr schnellen Expansion der Discountmärkte und damit auch zu einer Einschränkung der Angebotsvielfalt in lokalen Lagen, weil sogenannte Vollsortimenter durch ihren gewachsenen Flächenbedarf immer stärker ihre ehemaligen Standorte aufgeben haben.<sup>53</sup> Die rechtliche Konstruktion von § 11 Abs. 3 hat eine discountgeprägte Nahversorgungsstruktur begünstigt. Denn die Erzeugung von (motorisiertem) Kundenverkehr, der regelmäßig mit großflächigem Einzelhandel verbunden ist, verhindert fast immer die Ansiedlung in Wohngebieten. Hierbei werden Discounter faktisch auch deshalb begünstigt, weil das Bauplanungsrecht an der Größe der Verkaufsfläche ansetzt und nicht an der regelmäßig höheren Produktivität der Discountflächen. Einen negativen Einfluss auf die kompetitive Struktur regionaler Märkte im LEH dürfte dies bislang aber allenfalls in Ausnahmen gehabt haben.

51 Eine solche Pflicht hat der BGH in seinem ‚Schilderprägerurteil‘ Vermietern auferlegt: Der BGH hatte entschieden, dass ein Vermieter, der einem Mieter durch einen Mietvertrag ein (lokales) Monopol verschafft, verpflichtet ist, die Mietung regelmäßig auszuschreiben und die Mietvertragsdauer zu befristen; BGH, Urt. v. 8.4.2003, KZR 39/99, WuW/E DE-R 1099 - *Konkurrenzschutz für Schilderpräger*. Eine analoge Verpflichtung von Planungsämtern oder Investoren wäre allein aufgrund ihrer fachlichen Ausrichtung derzeit kaum umsetzbar, wenngleich mit Blick auf die Praxis wichtig. So kommt es nach Beobachtungen des Verfassers immer wieder vor, dass die die Bauleitplanung umsetzenden Behörden teils in Verbindung mit Trägern öffentlicher Belange und/oder örtlichen Interessengruppen nicht wettbewerbskonforme Abstimmungen über erwünschte bzw. zu vermeidende Neuansiedlungen herbeiführen. Dazu zuletzt Monopolkommission (Fn. 4), S. 395 ff. mit weiteren Nachweisen, sowie bereits die EU-Kommission, Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2008/4946, Mahnschreiben vom 25.6.2009, die die Bauleitplanung bzw. die faktische Ansiedlungs- und Genehmigungspolitik für Einzelhandelsansiedlungen schon lange kritisch beobachten.

52 Die Standortentwicklungen im LEH tangieren nach dem Abklingen des Einkaufszentrenbooms und dem Ende der SB-Warenhaus-Expansion immer weniger raumordnerische Belange.

53 Discounter führen heutzutage rd. 1.200 bis 2.000 Artikel, Vollsortimenter in Form von Super- und Verbrauchermärkten zwischen 8.000 und 15.000 Artikel. SB-Warenhäuser führen rd. 20.000 bis 35.000 Foodprodukte. Die Discountstandorte erreichen vor allem in einigen ostdeutschen Kommunen 100 %, weil § 11 Abs. 3 BauNVO so eng ausgelegt wurde, dass in einzelnen Gemeinden aus Größengründen kein Vollsortimenter genehmigt wurde, *Lademann* (Fn. 4), S. 34.

Verbrauchermärkte und SB-Warenhäuser konnten damit nicht im gleichen Tempo zur Umgestaltung des Netzes beitragen. Ob es aber am Ende zu nicht mehr den Verbraucherpräferenzen entsprechenden und vom Discount dominierten Strukturen geführt hat, lässt sich nicht eindeutig feststellen. Es ist denkbar, dass sich Verbrauchermärkte und SB-Warenhäuser durch die Großflächenschwelle ‚nur‘ langsamer an den Strukturwandel anpassen konnten, denn ihr Anteil am LEH-Netz ist bis zuletzt immer noch gewachsen.<sup>54</sup>

Marktzutrittsschranken für das interne Wachstum insbesondere kleiner und mittlerer Lebensmitteleinzelhändler sind nach Ansicht des Verfassers als Folge des Bauplanungsrechts nicht zu konstatieren. Aufgrund ihrer lokalen Verankerung können mittelständische Unternehmen direkt oder über die Industrie- und Handelskammern als Träger öffentlicher Belange Einfluss auf die Erlangung des eigenen Baurechts – und (wie die Praxis immer wieder zeigt) teils auch auf die kommunale Bauleitplanung nehmen. Dem stehen in der Regel spezialisierte und professionelle Expansionsteams der großen Filial- und Kooperationsysteme gegenüber, die erst einmal lokale Fühlungsnighteile überwinden müssen. Die o. a. Auswirkungen des Bauplanungsrechts sind u. E. daher mittelstandsneutral einzuschätzen.

Generalisierend lässt sich für den LEH sagen, dass angesichts der heute dominierenden Discount- und Verbrauchermarktformate Ansiedlungshemmnisse oder Wettbewerbsverzerrungen vor allem vom Bauplanungsrecht, insbesondere § 11 Abs. 3 BauNVO, ausgehen. Demgegenüber treten kritische Konflikte mit dem Raumordnungsrecht in den Hintergrund, seitdem die Expansion von SB-Warenhäusern und großen Verbrauchermärkten quasi beendet ist.

Alles in Allem vollzieht sich der Wettbewerb letztlich am Point of Sale. Seitdem das externe Unternehmenswachstum in der Spitzengruppe des LEH weitgehend durch die Kartellbehörden unterbunden werden kann und wird, gehen vor allem von der Standortexpansion wesentliche Impulse sowohl für den Absatzwettbewerb im LEH als auch für den Beschaffungswettbewerb auf den vorgelagerten Märkten aus. Erst neue Märkte schaffen für den Verbraucher einen wirksamen Anreiz, seine Haupteinkaufsquelle zu wechseln. Neuansiedlungen bewirken Veränderungen in den kleinräumigen Märkten, die den Wettbewerb um die Kunden intensivieren. Neuansiedlungen oder Flächenanpassungen sind daher essentiell, um eine gewisse Wechselwahrscheinlichkeit in den lokalen bzw. regionalen Märkten aufrechtzuerhalten bzw. Wechselpotenziale zu erhalten.

Durch kontinuierliche Netzanpassungen nehmen die Händler auch Einfluss auf das Wachstum ihrer Nachfragevolumina im Beschaffungsmarkt. Insofern trägt die Standortexpansion auch zur Wirksamkeit des Beschaffungswettbewerbs bei.

## VIII. Schlussbemerkungen

Das Ziel, die wesentlichen Einflussfaktoren auf das Verhandlungsergebnis – hier die Netto-Netto-Einstandspreise – zu erklären, wurde nicht erreicht. Unbefriedigend ist, dass die Sektoruntersuchung keinerlei Hinweise darauf gibt, wann Druck in Nachfragemacht umschlägt. Mitursächlich sind einerseits zahlreiche unberücksichtigte Faktoren der Einkaufspreisbildung sowie eine fehlende statistische Kontrolle markt- und wettbewerbsimmanenter Faktoren und Effizienzen, die einem Nachfrager nicht zugerechnet werden können. Andererseits ist die Definition des Begriffs Nachfragemacht unzweckmäßig. Sie inkriminiert jede einseitig durchgesetzte Konditionenverbesserung als Nachfragemacht. Dadurch bleibt kein Spielraum für eine Abgrenzung zwischen wettbewerbskonformen Konditionenverbesserungen und eben Nachfragemacht.

---

<sup>54</sup> *Lademann* (Fn. 4), S. 26 ff.



Die Sektoruntersuchung zeigt, dass sich die Konditionen im Durchschnitt mit zunehmendem Einkaufsvolumen verbessern. Ob es dazu eines weiteren Beweises bedurft hätte, sei dahingestellt. Größe an sich ist aber solange kein Marktmachtthema, wie durch Größe noch Effizienzvorteile entstehen und diese auch dem Verbraucher zugutekommen. Die Größenentwicklung in der Spitzengruppe des LEH kann daher nicht per se als problematisch bewertet werden. Es wäre an der Zeit gewesen, die Wirkung von Größe im LEH auf Effizienzen im Beschaffungsmarkt belastbar zu untersuchen, um die Marktposition der Spitzengruppe und damit die Konzentration im LEH sachgerecht bewerten zu können. Hätte sich herausgestellt, dass Konditionenverbesserungen nicht mehr auf Effizienzgewinnen oder auf marktimmanenten Faktoren beruhen, wäre mit dem erreichten Umsatzanteil der Spitzengruppe am LEH von rd. 85 % tatsächlich eine kritische Marke überschritten. Diese Chance wurde mit der Sektoruntersuchung nicht genutzt.

### Summary

#### **Rainer Lademann, Hamburg: Buyer Power in the Light of the Sector Inquiry of the Food Retail Market**

The Federal Cartel Office published a sector inquiry of the food retail market. The following paper focuses on competition economic conditions to assess buyer power in the light of this publication. The assessment is not feasible – as assumed in the sector inquiry – as long as a misleading definition of buyer power is taken as a basis, i.e. one that alleges virtually all enhanced conditions against the resistance of suppliers as buyer power. The sector inquiry leaves open to which extent condition concessions (1) exceed efficiency gains of suppliers, (2) have no market-inherent reasons, or (3) result from the resisted erosion of supplier power in individual cases. A consumer welfare oriented competition law will not be able to assess whether concentration in food retailing has exceeded a critical extent as long as enhanced conditions have not been corrected for the above mentioned reasons. Aside from that the paper highlights the importance of internal growth (location expansion) to the efficiency of sale and procurement competition in an excursus.