Bundeskartellamt

Sektoruntersuchung

Lebensmitteleinzelhandel

Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland

Würdigung der eingegangenen Stellungnahmen zum Bericht vom September 2014

Offene Märkte | Fairer Wettbewerb

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung 1
A.I. Hintergrund 1
A.II. Vorbemerkungen 1
A.III. Die eingegangenen Stellungnahmen und die Vorgehensweise 3
B. Wichtige Diskussionspunkte in den Stellungnahmen… 6
B.I. …hinsichtlich der Marktabgrenzung… 6
B.I.1 …auf den Absatzmärkten 6
B.I.2 …auf den Beschaffungsmärkten 8
B.II …hinsichtlich der Schadenstheorie 10
B.II.1 „Unverzichtbarkeit“ und Verhandlungstheorie 10
B.II.2 Effizienzen, Verbraucherbeteiligung und Mehrstufigkeit 13
B.II.3 Dynamische Effekte, Qualität und Innovation 16
B.III. …hinsichtlich der Strukturanalyse in den Beschaffungsmärkten 17
B.III.1 Ausweichmöglichkeiten der Händler 17
B.III.2 Konzentration auf Herstellerseite 18
B.IV. …hinsichtlich der ökonometrischen Analyse 19
B.IV.1 Diskussion um die Stichprobe 19
B.IV.2 Gewählter Modellrahmen 21
B.IV.3 Schätzmethode und Ergebnisdarstellung 24
C. Zusammenfassung 26

A. Einleitung

A.I. Hintergrund

Mit der am 24.09.2014 erfolgten Veröffentlichung des Endberichts der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (B2-15/11, „Sektoruntersuchung“) hat das Bundeskartellamt der interessierten (Fach)Öffentlichkeit die Möglichkeit gegeben, schriftlich zu den Ergebnissen und Schlussfolgerungen der Sektoruntersuchung Stellung zu nehmen. Im Folgenden wurden zahlreiche Stellungnahmen von Unternehmen und Verbänden sowie aus Kreisen der Wissenschaft beim Bundekartellamt eingereicht. Das Bundeskartellamt hat alle Stellungnahmen mit großem Interesse zur Kenntnis genommen und berücksichtigt die darin angesprochenen Punkte bei der Weiterentwicklung seiner Entscheidungspraxis insbesondere im Lebensmittel-einzelhandel.

Die hohe Bedeutung der Analyse der Beschaffungsmarktstrukturen und des Verhaltens auf Beschaffungsmärkten für die wettbewerbsrechtliche Fallpraxis zeigte sich auch in dem vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschlussvorhaben Edeka/Kaiser’s Tengelmann (B2-96/14).[i] Aufgrund des hohen Interesses sieht sich das Bundeskartellamt zudem in seiner Einschätzung bestätigt, dass die öffentliche Diskussion über die in der Sektoruntersuchung angesprochenen Themen auch unabhängig von Einzelfällen fortgesetzt werden sollte.

In der vorliegenden Würdigung werden die zentralen in den Stellungnahmen angesprochenen Punkte aufgegriffen und dazu jeweils die Positionen des Bundeskartellamts dargelegt. Der Untertitel der Sektoruntersuchung: „Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland“ legt dabei den thematischen Rahmen fest; die in dem Bericht ausführlich dargestellte Zielrichtung, die Ermittlungsmethodik, die Ergebnisse und die gezogenen Schlussfolgerungen füllen diesen thematischen Rahmen aus. Der vorliegende Text versteht sich dabei als Beitrag zu einer intensiven, bereits laufenden Diskussion, deren bisheriger Verlauf als bekannt vorausgesetzt wird bzw. anhand der öffentlichen Dokumente nachvollzogen werden kann und der daher nicht mehr repliziert wird.

A.II. Vorbemerkungen

An dieser Stelle wird zunächst noch einmal die Intention der Sektoruntersuchung dargestellt. Diese vorweggenommene Klarstellung ist notwendig, da die eingegangenen Stellungnahmen teilweise von einem unzutreffenden Verständnis des Untersuchungsziels ausgehen. Viele der vorgebrachten (Kritik-)Punkte mögen daher – isoliert betrachtet und ohne sachgerechten Blick auf die Zielsetzung der Sektoruntersuchung – plausibel erscheinen; unter Beachtung der

ursprünglichen Zielsetzung und des vorab gesteckten Rahmens der Sektoruntersuchung verlieren sie dagegen deutlich an Gewicht.

Die Hauptziele der SU-LEH bestanden darin,

- die bisherige Fallpraxis des Bundeskartellamtes mit einer mehrstufigen umfassenden Analyse der Marktstrukturen auf der Beschaffungsseite und der Verhandlungsergebnisse abzugleichen,
- die konzeptionelle Erfassung des Phänomens Nachfragemacht weiterzuentwickeln,
- die grundsätzlich relevanten Determinanten von Verhandlungsergebnissen empirisch auf der Grundlage von theoriebasierten Hypothesen zu ermitteln
- und damit letztlich die empirische Basis für die zukünftige Fallpraxis zu verbessern und gegebenenfalls Hinweise darauf zu erhalten, an welcher Stelle das wettbewerbsrechtliche Prüfraster in konkreten Einzelfällen an die gewonnenen Erkenntnisse angepasst werden muss.

Die oben genannten Hauptziele konnten mit der Sektoruntersuchung nach Einschätzung des Bundeskartellamts weitgehend erreicht werden. Gleichwohl konnten mit dem Abschluss der Sektoruntersuchung noch nicht alle relevanten Fragen abschließend geklärt werden. Ebenso klar ist jedoch auch, dass die Untersuchung von vornherein nicht darauf abzielte, die Frage zu beantworten, ob es ein generelles und flächendeckendes Problem der Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel in Deutschland gibt. Ebenso wenig war speziell mit der ökonometrischen Analyse intendiert, ein Prognosemodell zu entwickeln, welches zukünftige Verhandlungsergebnisse präzise *vorhersagen* kann.

Vielmehr gilt aus Sicht des Bundeskartellamtes Folgendes: Der Nachweis eines wettbewerbsschädlichen und kartellrechtsrelevanten Ausmaßes von Nachfragemacht lässt sich nur **in jedem konkreten Einzelfall** anhand der gesetzlichen Vorgaben und mit einem auf die jeweilige Fallkonstellation angepassten Prüfungsansatz erbringen. Diesen Prüfungsansatz zu verbessern und empirisch abzusichern war der zentrale Beitrag der Sektoruntersuchung.

Die Bedeutung der Ergebnisse der Sektoruntersuchung für die kartellbehördliche Praxis hat sich bereits parallel zu bzw. unmittelbar nach Abschluss der Sektoruntersuchung gezeigt: Sowohl im Missbrauchsverfahren Edeka/Konditionen (B2-58/09) wegen Verstoßes gegen das „Anzapfverbot“ durch die Edeka Zentrale als auch im Fusionskontrollverfahren Edeka/Kaiser’s Tengelmann (B2-96/14) hat das Bundeskartellamt Erkenntnisse aus der Sektoruntersuchung verwertet und anhand des jeweiligen Einzelfalls weiterentwickelt.

A.III. Die eingegangenen Stellungnahmen und die Vorgehensweise

Insgesamt sind der Einladung des Bundeskartellamtes, Stellungnahmen zum Abschlussbericht der Sektoruntersuchung abzugeben, 13 Unternehmen, Verbände oder wissenschaftliche Diskussionsteilnehmer gefolgt. Diese reichten insgesamt 15 Stellungnahmen ein. Unter diesen 15 Stellungnahmen fanden sich auch kleinere Klarstellungen bzw. Korrekturen zu den Darstellungen des Abschlussberichtes bzw. Nachfragen hinsichtlich des Verfahrens der Sektoruntersuchung. In einem nur mittelbaren Zusammenhang mit der Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes stand die dem Bundeskartellamt vom Markenverband e. V. zur Kenntnis übermittelte Kopie seiner Stellungnahme zu der Auftragsstudie „The economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector“ der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission, die ebenfalls im September 2014 kurz nach der Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes erschienen ist [zit. als DGComp, Modern Retail].

Alle Autoren derjenigen Stellungnahmen, die sich mit den konzeptionellen Fragestellungen der Sektoruntersuchung beschäftigten, wurden um die Erlaubnis gebeten, ihren Beitrag auf den Internetseiten des Bundeskartellamtes zu veröffentlichen. Diese Stellungnahmen finden Sie unter:

http://www.bundeskartellamt.de/DE/Wirtschaftsbereiche/Sektoruntersuchungen/Stellungnahmen_SU_LEH/Stellungnahmen_node.html.

Um die Bezugnahme auf die jeweiligen Dokumente zu erleichtern, werden die Stellungnahmen in der nachfolgenden Tabelle kurz samt der im Text genutzten Referenz aufgeführt.

Referenz	Stellungnahme…
[AHL]	…von Prof. Dr. [em.] D. Ahlert
[BBB]	…des Bayerischen Brauerbundes e.V.
[BVE]	…der Bundesvereinigung der Deutschen Ernährungsindustrie e.V.
[DBV]	…des Deutschen Bauernverbandes e.V.
[DICE]	…der DICE Consult GmbH
[ECA]	…von E.CA Economics GmbH im Auftrag der EDEKA Zentrale AG & Co. KG unter Mitwirkung von Prof. Dr. R. Inderst
[EDK]	…des Vorstandes der EDEKA Zentrale AG & Co. KG
[HDE]	…des Handelsverbandes Deutschland – HDE e.V.
[LAD]	…von Prof. Dr. R. Lademann, Lademann & Associates GmbH
[MV]	…des Markenverbandes e.V.
[OX]	…von Oxfam Deutschland e.V.

Auf den Text der Sektoruntersuchung selbst wird mit dem Kürzel [SU] referenziert, alle weiteren Referenzen werden als Endnoten eingefügt. Die explizite Aufnahme der Stellungnahmen als Referenz im Text erfolgt, damit der Leser nachvollziehen kann, welcher Diskussionspartner im Einzelnen welche Kritikpunkte äußert. Dies stellt in einer Diskussion, die die wirtschaftlichen Interessen einiger Beteiligter z.T. erheblich berührt, eine hilfreiche Zusatzinformation dar.

Die Stellungnahmen setzen sich mit unterschiedlichen Schwerpunkten und aus unterschiedlichen Perspektiven mit dem breiten Thema der Nachfragemacht und den einzelnen in der Sektoruntersuchung analysierten Aspekten auseinander. Alle Einzelheiten detailliert aufzuführen, würde den hiesigen Rahmen sprengen; diesbezüglich sei der interessierte Leser auf die veröffentlichten Stellungnahmen und den Abschlussbericht der Sektoruntersuchung verwiesen. Die vorliegende Würdigung der eingegangenen Stellungnahmen soll vielmehr als **fokussierter Diskussionsbeitrag** dienen, der weder den bisherigen Verlauf der Diskussion im Einzelnen darstellt noch auf jede einzelne Stellungnahme detailliert eingeht. Vielmehr werden die für die Evaluation der bisherigen und die Fortentwicklung der zukünftigen wettbewerbsrechtlichen Fallpraxis bedeutsamsten Aspekte angesprochen. Dabei werden jeweils die Kernpunkte der verschiedenen Stellungnahmen zusammengefasst und die jeweiligen Positionen des Bundeskartellamts dargelegt.

Diesem Ansatz folgend behandelt der dieser Einleitung (A) folgende Abschnitt B.I Fragen der **Marktabgrenzung** auf den Absatzmärkten (B.I.1) und den Beschaffungsmärkten (B.I.2). Dabei geht es jeweils sowohl um die sachliche als auch um die räumliche Marktabgrenzung. In den Stellungnahmen werden in Bezug auf die Absatzmärkte v.a. die Einbeziehung weiterer Einkaufsstätten und in Bezug auf die Beschaffungsmärkte die Frage der angemessenen Berücksichtigung von Im- und Exporten thematisiert.

Der nachfolgende Abschnitt B.II setzt sich mit der Frage der **wettbewerbsrechtlichen Schadenstheorie** auseinander. In den Stellungnahmen werden hierzu die Bedeutung der ökonomischen Verhandlungstheorie und der Begriff der „Unverzichtbarkeit“ (B.II.1), die Berücksichtigung von Effizienzen, deren Weitergabe an die Verbraucher und die Folgen der Mehrstufigkeit von Marktprozessen (B.II.2) sowie dynamische Aspekte des Wettbewerbs (B.II.3) am häufigsten diskutiert.

Abschnitt B.III widmet sich den vorgebrachten Kritikpunkten bezüglich der sogenannten „**Strukturanalyse**“. Dieser Teil betrifft die in der Sektoruntersuchung durchgeführten detaillierten Ermittlungen zu sieben gezielt ausgewählten Beschaffungsmärkten, die ergänzt wurden durch die Ermittlungen zum Beschaffungsvolumen der Lebensmitteleinzelhändler insgesamt (Food und Non Food I) sowie in den verschiedenen Warengruppen des Food Bereichs. Die eingereichten Stellungnahmen beziehen sich in diesem Kontext hauptsächlich auf die Frage

der Ausweichmöglichkeiten der Händler (B.III.1) und der Konzentration der Herstellerseite (B.III.2).

Schließlich behandelt der Abschnitt B.IV. alle vorgebrachten Diskussionspunkte hinsichtlich der **ökonometrischen Analyse**. Die z.T. nur für statistisch-ökonometrisch versierte Leser nachvollziehbaren Punkte umfassen inhaltlich die Diskussion der Stichprobe (B.IV.1), den gewählten Modellrahmen (B.IV.2) sowie die Diskussion der Schätzmethode bzw. die dadurch abgeleiteten Schätzergebnisse (B.IV.3).

In Abschnitt C wird der Stand der Diskussion aus Sicht des Bundeskartellamtes nochmals knapp **zusammengefasst**.

Einige in den Stellungnahmen angesprochenen Diskussionspunkte finden sich in dieser Gliederung nicht wieder, da sie Randaspekte betreffen, die nicht von allgemeinem Interesse sind, bzw. da sie nicht zu den Kernpunkten der in der Sektoruntersuchung behandelten Themen gehören. Sie alle aufzunehmen, würde dem Ziel dieser Würdigung – einen fokussierten Diskussionsbeitrag zu liefern – entgegenstehen. Zwei der hier nicht weiter verfolgten Diskussionsansätze bedürfen aber jeweils einer kurzen Erklärung.

Der erste betrifft die immer wieder vorgebrachte Anregung, das (vermeintlich) niedrige **Preisniveau** für Lebensmittel in Deutschland im Vergleich zum europäischen Ausland als Beleg eines funktionierenden Wettbewerbs heranzuziehen [vgl. z.B. ECA, S. 23ff. / HDE, S. 12]. Schon in der Sektoruntersuchung wurde auf die Problematik von Preisanalysen zur Beurteilung des Wettbewerbsniveaus ausführlich hingewiesen [vgl. SU, S. 49ff.]. Die Problematik resultiert aus datenseitigen Mängeln, aus methodischen Problemen beim Vergleich von Preisen und aus denklogischen Mängeln der Ausgangshypothese. Denn selbst wenn die Messung und der Vergleich von Lebensmittelpreisen zuverlässig erfolgen könnten, änderte dies nichts an der Tatsache, dass es viele Einflussgrößen für Lebensmittelpreise gibt. In einem Satz: Der zunächst plausibel erscheinende Schluss: „niedrige Preise = funktionierender Wettbewerb“ beruht auf falschen Prämissen über das Zustandekommen von Preisen. Deshalb hält es das Bundeskartellamt – auch wenn es interessant sein mag – nicht für zielführend, sich im Rahmen dieser (Fach-)Diskussion über wettbewerbsrechtliche und wettbewerbsökonomische Aspekte der Nachfragemacht mit der Messung und dem Vergleich von Preisen zu beschäftigen und lässt diese Aspekte – mit Hinweis auf die unveränderte und im Endbericht ausführlich dokumentierte Auffassung des Bundeskartellamtes – außen vor.

Der zweite Punkt betrifft die von einer Stellungnahme aufgeworfene Diskussion um die Bedeutung des **Bauplanungsrechts** für die wettbewerbliche Würdigung [vgl. insb. LAD, S. 10ff.]. Auch die Monopolkommission hat diesen Themenkomplex in ihrem 19. Hauptgutachten (2010/2011) in einem eigenen Kapitel behandelt (Kapitel 11, Einfluss des Planungsrechts auf den

Wettbewerb im (Lebensmittel-)Einzelhandel). Das Bundeskartellamt hält diesen Punkt ebenfalls für wichtig und hat ihn deshalb schon bei der Veröffentlichung der Sektoruntersuchung in die Auflistung möglicher Themen für die weitere Diskussion aufgenommen. Auch im Fusionskontrollfall Edeka/Kaiser's Tengelmann (B2-96/14) war die Frage von Bedeutung, inwieweit das Bauplanungsrecht, die praktischen Abläufe bei städtebaulichen Entscheidungen und die behördliche Genehmigungspraxis für Standorte des Lebensmitteleinzelhandels als Marktzutrittsschranke wirken.

In den eingegangenen Stellungnahmen zur Sektoruntersuchung allerdings wurde dieser Themenkomplex nur vereinzelt behandelt. Dies mag sich dadurch erklären, dass es sich bei der Frage des Bauplanungsrechts um ein komplexes Geflecht kommunaler und landesrechtlicher Regelungen handelt, das sich von den übrigen Themenbereichen der Sektoruntersuchung klar abgrenzt und möglicherweise im Vergleich zu den empirischen Teilen der Sektoruntersuchung als weniger relevant für die wettbewerbliche Prüfung angesehen wurde. Vor diesem Hintergrund hat das Bundeskartellamt entschieden, die wettbewerbsrechtliche Bedeutung des Bauplanungsrechts hier nicht prominent zu behandeln und verweist insofern auf die Ausführungen in der Entscheidung Edeka/Kaiser's Tengelmann (B2-96/14).

B. Wichtige Diskussionspunkte in den Stellungnahmen…

B.I. …hinsichtlich der Marktabgrenzung…

B.I.1 …auf den Absatzmärkten

Die Diskussion um die **sachliche Marktabgrenzung** auf den Absatzmärkten begleitet die Kartellrechtsanwendung im Lebensmitteleinzelhandel bereits seit vielen Jahren. Im Kern geht es dabei um zwei Fragen:

- zum einen um die Frage der Einbeziehung verschiedener „anderer Unternehmensformen bzw. Geschäftsmodelle, die Lebensmittel an Endverbraucher vertreiben (Handwerker, Fachhandel, Drogeriemärkte u.a.)“ [EDK, S. 2] in den relevanten Markt
- und zum anderen um die „wettbewerbliche Bedeutung dieser alternativen Vertriebsformen für die Wettbewerbsverhältnisse im Sortiments-LEH“ [EDK, S. 2].

Beide Fragen wurden in zahlreichen Einzelverfahren des Bundeskartellamtes in den vergangenen Jahren behandelt und auch von der Monopolkommission thematisiert. Auch in den Stellungnahmen zur Sektoruntersuchung wird die sachliche Marktabgrenzung auf den Absatzmärkten des Lebensmitteleinzelhandels kommentiert. Die Kommentare sind zum einen mit der unmittelbaren Forderung verbunden, alternative Vertriebsformen und andere

Geschäftsmodelle mit in den sachlichen Markt einzubeziehen [vgl. EDK, S. 2], oder beschränken sich darauf, die seit langem bestehenden Auffassungsunterschiede nur anhand von Fußnoten nochmals zu dokumentieren [LAD, S. 1, Fn. 1 und 2].

In der Sektoruntersuchung hat sich das Bundeskartellamt auf die etablierte und in ständiger Fallpraxis entwickelte sachliche Abgrenzung eines Sortimentsmarkts und des abgestuften Wettbewerbsverhältnisses zwischen verschiedenen Vertriebsschienen gestützt [vgl. SU, S. 77 und S. 80] und darüber hinaus keine weiteren Aussagen zur absatzseitigen Marktabgrenzung getroffen. Die Absatzseite wurde daher in der Sektoruntersuchung lediglich durch einen Vergleich der inländischen Lebensmitteleinzelhändler anhand überregionaler Faktoren (z.B. Verkaufsflächen, Vertriebsschienenkonzepte, Umsatzdaten) abgebildet, um eine Grundlage für die Analyse der Beschaffungsmärkte zu schaffen.

Auch in der vorliegenden Würdigung wird die Frage der sachlichen Marktabgrenzung nicht ausführlich behandelt. Vielmehr erfolgt nur eine kurze zusammenfassende Replik auf die in den Stellungnahmen vorgebrachte Kritik: Gegen die Einbeziehung von Fachhändlern, Handwerkern, Drogeriemärkten u.a. spricht insbesondere, dass es sich beim Lebensmitteleinzelhandel um Sortimentsmärkte handelt. Die wettbewerbsrechtlich maßgebliche Marktgegenseite (also der Endkunde) wird schon aus transaktionskostentheoretischen Überlegungen diejenigen Waren(körbe), die er für die Deckung des täglichen Bedarfs im Lebensmitteleinzelhandel erwartet, nicht bei unterschiedlichen Fachhändlern oder Handwerkern beschaffen. Insofern sind nur solche Anbieter in den Markt einzubeziehen, die ein übergreifendes Sortiment von Lebensmitteln und anderen Artikeln des täglichen Bedarfs (Bereiche Food und Non-Food I) anbieten. Dies schließt aber nicht aus, dass die Sortimente sich z.T. deutlich voneinander unterscheiden, weshalb im Lebensmitteleinzelhandel unterschiedliche Vertriebslinien nebeneinander existieren. Diese Vertriebslinien unterscheiden sich beispielsweise hinsichtlich der Breite und Tiefe des Sortiments, der Verkaufsfläche, des Handelsmarkenanteils, der zusätzlich angebotenen Non Food II-Produkte sowie der Service- und Preisgestaltung. Sie stehen in einem abgestuften Wettbewerbsverhältnis zueinander, gehören jedoch allesamt einem einheitlichen Sortimentsmarkt an. Darüber hinaus wird auf die aktuelle Darstellung der Auffassung des Bundeskartellamtes einschließlich einer empirischen Untermauerung der These eines Sortimentsmarkts durch eine Kundenbonanalyse verwiesen, die sich in der Entscheidung zum Zusammenschlussvorhaben Edeka/Kaiser's Tengelmann (B2-96/14) findet.

In **räumlicher Hinsicht** werden die Absatzmärkte in ständiger Praxis regional, mit einem Radius von 20 km bzw. 20 Autominuten um ein Oberzentrum, abgegrenzt, wobei dieser Radius im Einzelfall aufgrund besonderer wirtschaftsgeografischer Gegebenheiten korrigiert werden kann [vgl. auch SU, S. 123ff.].

So hat das Bundeskartellamt im Verfahren B2-96/14 (Edeka/Kaiser's Tengelmann) auch eine Analyse engerer, stark verdichteter Räume vorgenommen und die konkreten Ausweichalternativen der Verbraucher vor Ort berücksichtigt. Für betroffene Großstädte mit mehr als 500.000 Einwohnern wurde eine Betrachtung von Stadtbezirken angestellt und die dort vorgefundenen Strukturbedingungen über die Analyse der räumlich noch stärker untergliederten Ortsteile plausibilisiert. Nur mittels solcher flexiblen Ansätze können die realen Marktverhältnisse zutreffend erfasst und damit eine valide Grundlage für die wettbewerbliche Bewertung geschaffen werden.

Für die im Fokus der Sektoruntersuchung stehende Analyse von Beschaffungsmärkten ist in diesem Kontext die regional unterschiedliche Konzentration auf den Absatzmärkten des Lebensmitteleinzelhandels von Bedeutung. Mehrere Stellungnahmen betonen die Bedeutung des Lebensmitteleinzelhandels als „(regionalem) Gatekeeper" beim Vertrieb von Lebensmitteln [vgl. z.B. BBB, S. 1 / MV, S. 1 / OX, S. 1]. Für die Weiterentwicklung der wettbewerbsrechtlichen Fallpraxis kommt es also bei der Analyse der Beschaffungsmärkte darauf an, auch die regionale Konzentration der Händler in den Blick zu nehmen – also die absatzseitige Marktanalyse mit der Analyse der Beschaffungsmärkte (enger) zu „verzahnen". Diese Weiterentwicklung kann im Ergebnis sehr unterschiedliche Konstellationen hervorbringen: So können Händler mit national geringen Marktanteilen (auf den Absatzmärkten) regional eine sehr große Bedeutung haben oder umgekehrt Händler mit hohen bundesweiten Marktanteilen in einzelnen Regionen eine untergeordnete Rolle spielen. Ebenso denkbar ist, dass durch die fusionsbedingte „Schließung von Lücken" im Filialnetz eine bedeutsame nationale Ausweichalternative zu den bundesweit führenden Lebensmittelhandelsunternehmen entsteht. Die Vielzahl der denkbaren Fallkonstellationen kann aber nicht abstrakt „vorgedacht" werden, sondern muss der sorgsamen Einzelfallbetrachtung und gegebenenfalls einer gerichtlichen Überprüfung überlassen bleiben.

Die hier wiedergegebenen Erwägungen zur Marktabgrenzung sind für das Bundeskartellamt auch zukünftig die maßgeblichen Grundlagen, auf deren Basis die Wettbewerbsverhältnisse auf den Absatzmärkten und davon ausgehend auf den Beschaffungsmärkten analysiert werden. Denn für die Bewertung der jeweiligen Ausweichoptionen auf den Beschaffungsmärkten kommt es auch auf die regional verfügbaren absatzseitigen Ausweichoptionen an [vgl. hierzu B.II].

B.I.2 …auf den Beschaffungsmärkten

Die Abgrenzung der Beschaffungsmärkte und die Erfassung der zur Bestimmung der Marktanteile heranzuziehenden Umsätze sind ein weiterer Beitrag der Sektoruntersuchung zur Fortentwicklung dieses wettbewerbsrechtlich noch in der Entwicklung befindlichen Bereichs [vgl. SU, S. 118ff.]. Im Vergleich zu den Absatzmärkten kann hier noch nicht von einer gleichermaßen

etablierten Praxis ausgegangen werden. Vor diesem Hintergrund ist auch nicht überraschend, dass die Abgrenzung von Beschaffungsmärkten in vielen Stellungnahmen angesprochen wird [ECA, S. 17ff. / EDK, S. 3 / HDE, S. 4 / MV, S. 5].

In den Stellungnahmen wird dabei weniger auf die in der Sektoruntersuchung geschilderten *Grundsätze* der Marktabgrenzung [SU, S. 118f.] und deren Entwicklung in der Entscheidungspraxis [SU, S. 119ff.] eingegangen, als vielmehr auf ihre Bedeutung im Hinblick auf die Erfassung der Ausweichmöglichkeiten der jeweiligen Marktgegenseite. So werden zum Beispiel vom HDE Argumente für eine weitere sachliche Marktabgrenzung [HDE, S. 4] vorgebracht. Insbesondere die Erfassung der Exporte von Herstellerunternehmen an verbundene Handelsunternehmen im Ausland wird thematisiert [vgl. EDK, S. 5 / HDE, S. 4], und es wird gefordert, diese Volumina als Indiz für eine mindestens europaweite Marktabgrenzung zu beachten. Zwei der Stellungnahmen von Unternehmen (die hier nicht explizit referenziert sind) bezogen sich auf die Korrektur der in Bezug auf ihr Unternehmen erfassten Exportumsätze.

Der Markenverband teilt hingegen in räumlicher Hinsicht (implizit) die nationale Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes und spricht darüber hinaus von „regionalen Absatzmärkten“ [MV, S. 2].

In Bezug auf die **Bewertung von Exporten** sind aus hiesiger Sicht zwei Aspekte zu unterscheiden: Zum einen die rechnerische Einbeziehung der Exportumsätze der jeweiligen Hersteller in das Marktvolumen eines Beschaffungsmarktes und zum anderen die Bewertung von Exportmöglichkeiten der Hersteller als Ausweichalternative zum deutschen LEH.

Das Bundeskartellamt hat in der Sektoruntersuchung die Grundsätze für die Bestimmung des relevanten Marktvolumens und dabei insbesondere für den Umfang der rechnerischen Einbeziehung von Export- und Importumsätzen ausführlich beschrieben [vgl. SU, S. 127]. Inwiefern ausländische Umsätze allerdings vollwertige Ausweichalternativen für inländische Hersteller sind, ist unabhängig von der Bestimmung des Marktvolumens zu entscheiden. So sind Lieferungen von inländischen Herstellern an die Auslandsgesellschaften einer inländischen Handelsgesellschaft insbesondere dann, wenn die Mengen und Preise in einer Verhandlung mit der inländischen Handelsgesellschaft festgelegt werden, nicht als vollwertige Ausweichalternativen zur Belieferung des inländischen Lebensmitteleinzelhandels zu werten. Denn in diesen Fällen steht der Hersteller dem gleichen Verhandlungspartner wie bei Lieferungen im Inland gegenüber [vgl. SU, S. 127 f.].

Insgesamt hat sich in der Sektoruntersuchung gezeigt, dass in Bezug auf „Exporte“ von Unternehmen sehr viele unterschiedliche Konstellationen auftreten können. Aus diesem Grund wurde bei jedem der sieben vertieft analysierten Beschaffungsmärkte die Rolle von Exporten *im*

Einzelfall bewertet [vgl. SU, S. 163ff.]. Dieser Ansatz wurde auch im Fusionskontrollverfahren Edeka/Kaiser's Tengelmann (B2-96/14) beibehalten.

Bei der **Bewertung der Importe** ist angesichts der vielfältigen Möglichkeiten, ein im Ausland hergestelltes Produkt im Inland zu vertreiben, im Grundsatz ebenfalls eine Einzelfallbetrachtung erforderlich. In den bisher analysierten Beschaffungsmärkten (einschließlich der im Verfahren B2-96/14 analysierten) spielten Importe durchweg eine geringe Rolle, da die deutschen Lebensmitteleinzelhändler ihre Waren im Wesentlichen von inländischen Unternehmen beziehen.

Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass auch in Zukunft die Betrachtung jedes einzelnen Beschaffungsmarktes bei der Bestimmung des relevanten Marktes erforderlich sein wird.

B.II …hinsichtlich der Schadenstheorie

B.II.1 „Unverzichtbarkeit" und Verhandlungstheorie

Das Bundeskartellamt hat in der Sektoruntersuchung den Diskussionsstand und die bisherige Fallpraxis zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung des Phänomens Nachfragemacht (im Lebensmitteleinzelhandel) zusammengefasst. Dabei wurden die bei ausgewählten Verfahrensarten (Fusionskontrolle, kartellrechtliche Prüfung von Einkaufskooperationen, Konditionenmissbrauch) auftretenden Besonderheiten berücksichtigt. Denn bei der wettbewerbsrechtlichen Anwendung kommt es in besonderer Weise auf den Schutzzweck der jeweils zu Grunde liegenden kartellrechtlichen Norm an. Hierzu wurden die wesentlichen derzeit in der wettbewerbsökonomischen Literatur verfügbaren Grundkonzepte auf ihre Relevanz und Nutzbarkeit für die Kartellrechtsprüfung analysiert. Dies war erforderlich, weil die verfügbaren Modelle die Marktprozesse auf der Grundlage von bestimmten Annahmen modellieren, und dabei häufig nicht die Kartellrechtsprüfung im Blick haben. Mit anderen Worten, es wurde ein Beitrag zur (Fort-)Entwicklung der Schadenstheorie für das Phänomen Nachfragemacht in einem kartellrechtlichen Kontext formuliert. Keinesfalls konnte oder sollte dabei ein „abschließendes Urteil" getroffen werden. Die in der Sektoruntersuchung entwickelte Schadenstheorie wurde bereits kurz nach der Veröffentlichung der Sektoruntersuchung im Verfahren Edeka/Kaiser's Tengelmann angewendet und weiterentwickelt. Schon beim Verfassen des Endberichts (und erst recht aufgrund des anschließenden Fusionskontrollverfahrens B2-96/14) war aus Sicht des Bundeskartellamtes zu erwarten, dass dieser Teil der Sektoruntersuchung virulent diskutiert werden würde. Gerade diese Diskussion war eines der Hauptziele der Sektoruntersuchung. Insofern begrüßt das Bundeskartellamt die zahlreichen Hinweise in den Stellungnahmen und den weiteren Austausch zu diesem wichtigen Thema [vgl. insb. DICE, S. 4ff. / ECA, S. 5ff. / LAD, S.6ff.].

Aus den Stellungnahmen ist zunächst ersichtlich, dass die einfache **Anwendung von Monopson- bzw. Oligopsonmodellen** bei der Bewertung von Nachfragemacht nicht mehr dem Kenntnisstand für eine moderne Anwendung des Wettbewerbsrechts entspricht. Denn diese Modelle beruhen auf einem starren Annahmenkranz,[ii] und gehen u.a. von anonymen Transaktionen aus, so dass in einer Stellungnahme zu Recht gefolgert wird: „Zur Erklärung der Realitäten im Lebensmitteleinzelhandel kann dieser traditionelle Ansatz, der Nachfragemacht als Spiegelbild zur Angebotsmacht interpretiert, in der Tat so gut wie nichts beitragen“ [DICE, S. 4]. Diese Einschätzung hat das Bundeskartellamt im Grundsatz auch im Abschlussbericht der Sektoruntersuchung vertreten [vgl. SU, S. 20]. Als Alternative hat das Bundeskartellamt einen verhandlungstheoretischen Modellrahmen gewählt, bei dem es auf die relative Verhandlungsmacht der verhandelnden Akteure ankommt. Der Wahl dieses Bezugsrahmens für die Kartellrechtsprüfung wurde in den Stellungnahmen ausdrücklich zugestimmt.

Bei der Frage allerdings, welche Schlussfolgerungen aus **verhandlungstheoretischen Modellen** für die wettbewerbsrechtliche Anwendung zu ziehen sind, beginnen die Auffassungsunterschiede (a) zwischen den Stellungnehmenden untereinander und (b) gegenüber dem Bundeskartellamt. Die Auffassungsunterschiede liegen in der komplexen Struktur verhandlungstheoretischer Modelle und den sich daraus ergebenden unterschiedlichen Möglichkeiten, Annahmen zu formulieren und Ergebnisse zu interpretieren. Wie bei der Übertragung eines jeden komplexen ökonomischen Modells in die konkrete wettbewerbsrechtliche Anwendung geht es dabei darum, einen zunächst abstrakt formulierten und insoweit unbestimmten Rechtsbegriff inhaltlich auszufüllen. Dabei muss zunächst betont werden, dass das Bundeskartellamt sich der Komplexität sowohl der verhandlungstheoretischen Modelle als auch der Wirklichkeit durchaus bewusst ist. Nicht zuletzt deshalb werden in der Sektoruntersuchung keine pauschalen Bewertungen vorgenommen, sondern erfolgt eine empirisch basierte Weiterentwicklung der wettbewerbsrechtlichen Behandlung von Nachfragemacht, die anhand konkreter Einzelfälle (auch unter Einbeziehung der sich entwickelnden Rechtsprechung) fortgeführt werden muss.

Die Problematik, die sich bei der inhaltlichen „Ausfüllung“ des Konzepts der Nachfragemacht ergibt, kann sehr gut anhand der zwei Alternativvorschläge in den Stellungnahmen von DICE Consult und Prof. Dr. Lademann verdeutlicht werden.

DICE Consult geht davon aus, dass in den Erläuterungen des Bundeskartellamtes unklar bleibe, was unter dem „Grad der Unverzichtbarkeit“ zu verstehen sei [DICE, S. 5f.] und schlägt alternativ vor, sich an der kartellrechtlich bekannten Figur der „essential facility” (so in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB) zu orientieren:

> „Plausibel hingegen wäre, den Begriff der „Unverzichtbarkeit“ ähnlich zu definieren wie den der wesentlichen Einrichtung, deren Nutzung in der Tat unverzichtbar sein muss, um im Wettbewerb auf einem der wesentlichen Einrichtung vor- oder nachgelagerten Markt bestehen zu können. Die Frage wäre in einem Fusionsvorhaben dann etwa, ob durch den Zusammenschluss eine wesentliche Einrichtung entsteht, die wirtschaftlich nicht dupliziert werden kann. Dies müsste dann im Rahmen einer Schadenstheorie empirisch substantiiert werden.“ [DICE, S. 6]

Dieser Vorschlag ist aus Sicht des Bundeskartellamts aus mehreren Gründen problematisch. Ein zentraler Grund besteht darin, dass die kartellrechtliche Figur der wesentlichen Einrichtung auf Basis der ökonomischen Theorie natürlicher Monopole formuliert wurde, die sich auf den Fall (stark) sinkender Durchschnittskosten (präzise der Subadditivität) bezieht. Deshalb kommt die Figur der „essential facility“ typischerweise bei Netzen oder netzartigen (Infrastruktur-) Einrichtungen zur Anwendung, deren wirtschaftliche Duplizierbarkeit in der Tat vielfach nicht gegeben ist. Der Grund ist die Kombination von hohen Fixkosten und geringen variablen Kosten, die für netzartige Einrichtungen wesentlich ist. Eine derartige Kostenstruktur ist aber für den Lebensmitteleinzelhandel nicht zu beobachten, und sie wird auch in der ökonomischen Literatur nicht angenommen. Schon deshalb hieße den Maßstab der wesentlichen Einrichtung auf den Lebensmitteleinzelhandel zu übertragen damit faktisch, unüberwindbare Hürden für eine wettbewerbsrechtliche Intervention aufzubauen. Insbesondere in der Fusionskontrolle wären Aspekte der Nachfragemacht damit nicht (mehr) abbildbar. Das Bundeskartellamt hält diesen Vorschlag daher für nicht der Lebenswirklichkeit im Lebensmitteleinzelhandel angemessen.

Prof. Dr. Lademann schlägt dagegen folgende Definition von Nachfragemacht vor:

> „Nachfragemacht in dem hier herausgearbeiteten Sinne bezeichnet daher die Fähigkeit eines Nachfragers, gegenüber einem größeren Teil seiner Lieferanten Konditionenvorteile durchzusetzen, die über marktimmanente, effizienzbasierte oder allein lieferantenspezifische Ursachen hinausreichen.“ [LAD, S. 9]

Diese Definition enthält Elemente, die grundsätzlich für eine Bewertung relevant sind – allerdings aus einer sehr theoretischen Sicht. Sie setzt die Möglichkeit voraus, die Konditionsbestandteile einzeln aufzuklären und in marktimmanente, effizienzbasierte und allein lieferantenspezifische Konditionsvorteile zu zerlegen. Das verbleibende Residuum muss dann – denklogisch – auf Nachfragemacht zurückzuführen sein. Auch wenn der Autor selbst von einer Messbarkeit „dem Grunde nach“ ausgeht [vgl. ebd.], macht er diesbezüglich keine konkreten Vorschläge. Aus Sicht des Bundeskartellamtes verwundert dies nicht. Vielmehr dürfte es aus hiesiger Sicht vielfach schlicht unmöglich sein, empirisch vorzufindende Konditionen zweifelsfrei in die genannten Bestandteile zu zerlegen. Dies gilt erst recht, wenn bei der Entwicklung eines wettbewerbsrechtlichen Prüfungsschemas von einer Vielzahl von betroffenen Konditionen und gleichzeitig von bindenden gesetzlichen Fristen (zumindest in der Fusionskontrolle) ausgegangen werden muss.

Schon diese erste Auseinandersetzung mit den gemachten Alternativvorschlägen zeigt deutlich die Problematik, die sich bei der inhaltlichen „Ausfüllung“ des Konzepts der Nachfragemacht ergibt. Aus Sicht des Bundeskartellamtes folgt daraus gleichwohl nicht, dass es keine Berücksichtigung in der Kartellrechtsanwendung finden kann. Vielmehr muss auf der Grundlage der Diskussionsbeiträge der Stellungnehmenden, einer sich weiterentwickelnden Fallpraxis und mit Hilfe der sich zu diesem Aspekt entwickelnden Rechtsprechung der Weg der Fortentwicklung einer Schadenstheorie weiter beschritten werden. Auf diesem Weg wird von folgenden Grundsätzen auszugehen sein: Nachfragemacht ist ein komplexes Phänomen, das ausgehend von den jeweiligen bilateralen Verhandlungen analysiert werden muss. Die Wirkungen eines Zusammenschlussvorhabens oder von bestimmten Verhaltensweisen für den gesamten Markt kann nur anhand konkreter Einzelfälle beurteilt werden und muss auf den jeweiligen Verfahrenszweck abgestimmt sein. Dabei sind jeweils die vielfältigen Verflechtungen sowohl entlang der Wertschöpfungskette als auch im horizontalen Wettbewerbsverhältnis zu berücksichtigen. Schon deshalb konnte die Sektoruntersuchung die Ergebnisse von Einzelfallprüfungen nicht vorwegnehmen. Im Übrigen bleibt, selbst wenn eine idealtypische „Messung“ von Nachfragemacht wie z.B. in dem zweiten obigen Alternativvorschlag möglich wäre, unverändert die Notwendigkeit, eine Wertung über das Ausmaß der Gefährdung und mithin über die „Eingriffsschwelle“ zu treffen.

B.II.2 Effizienzen, Verbraucherbeteiligung und Mehrstufigkeit

Neben den Fragen, wie Nachfragemacht konzeptionell und wettbewerbsrechtlich zu erfassen ist, wurden auch die Fragen der entstehenden Effizienzen und der Verbraucherbeteiligung in den Stellungnahmen thematisiert [vgl. z.B. ECA, S. 7 & S. 11 / HDE, S. 3]. Kernpunkt der Argumentation ist, dass durch ein erhöhtes Beschaffungsvolumen vielfältige Kostenersparnisse bei Händlern und Herstellern möglich seien. So würden sich beispielsweise die Fixkosten auf ein größeres Volumen verteilen, die (Planung und Abwicklung der) Logistik könne effizienter erfolgen, die Beschaffung von Inputfaktoren durch den Hersteller sei besser planbar und ggfs. zu geringeren Kosten möglich oder die durch die Lieferverträge hervorgerufenen Transaktionskosten würden sich auf beiden Seiten verringern [vgl. z.B. ECA, S. 8]. Ob und in welchem Umfang diese potentiellen Effizienzgewinne auch tatsächlich realisiert werden, wird von den Stellungnahmen dagegen nicht dargetan.

Gleichwohl wurde die mögliche Entstehung von Effizienzen sowohl konzeptionell [vgl. z.B. SU, S. 19f.] als auch bei der Ableitung des ökonometrischen Modells [vgl. z.B. SU, S. 319f.] vom Bundeskartellamt bereits berücksichtigt, was die Stellungnahmen auch würdigen [ECA, S. 8]. Ob bzw. inwieweit etwaige Effizienzgewinne auch (an die Verbraucher) weitergegeben werden,

hängt aus ökonomischer Perspektive insbesondere von der Marktstruktur auf den nachgelagerten Absatzmärkten ab. Nur bei hinreichendem Wettbewerbsdruck auf der nachgelagerten Marktstufe ist davon auszugehen, dass Kostenersparnisse in Form sinkender Preise weitergegeben werden und mithin eine Beteiligung der Verbraucher an den Effizienzgewinnen erfolgt.

Ob und inwieweit die Weitergabe an die Verbraucher ein wettbewerbsrechtlich beachtliches Kriterium ist, ist nicht zuletzt auch vom wettbewerbspolitischen Leitbild abhängig (Konsumentenwohlfahrt vs. Gesamtwohlfahrt), ein Gesichtspunkt der, im Dienste einer fokussierten Diskussion, hier nur erwähnt werden soll. Die Unterschiede der wettbewerbsrechtlichen und –politischen Leitbilder und die Folgen für die konkrete Wettbewerbsrechtsanwendung sind an anderer Stelle hinlänglich dokumentiert und diskutiert worden.

Darüber hinaus begegnet die Bewertung von Effizienzen und der möglichen Verbraucherbeteiligung in konkreten Verfahren Schwierigkeiten. Sie scheitert zunächst vielfach daran, dass die Marktstrukturen auf jeder Marktstufe jeweils einzeln und im Lebensmitteleinzelhandel zudem z.T. räumlich differenziert analysiert werden müssten. Ferner müsste die Analyse im Grunde das gesamte Sortiment des Lebensmitteleinzelhandels mit sehr unterschiedlichen Kostenstrukturen der einzelnen Güter und damit mit sehr unterschiedlichen Effizienzpotentialen beachten. Um Ergebnisse empirisch zu untermauern, müssten Aspekte der Qualität und Anreize zu Innovation kontrolliert werden, um die Kausalität von (mengenbasierten) Effizienzgewinnen und Verbraucherbeteiligung sicherzustellen. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass vermeintliche Effizienzgewinne, die in Gestalt von Preissenkungen beobachtbar sind, eigentlich Qualitätsverschlechterungen sind oder langfristig die Innovationsfähigkeit oder -bereitschaft verringern.

So wie die Endkundenstufe in die Diskussion einfließen würde, könnten auch die auf den vorgelagerten Wertschöpfungsstufen bestehenden z.T. mehrstufigen Zusammenhänge analysiert werden. Theoretisch müsste im Grunde die Margenverteilung auf jeder Wertschöpfungsstufe analysiert werden und dabei die strikte Kontrolle von Innovationen und Qualitätsaspekten (oder anderen Wettbewerbsparametern) gewährleistet sein. Alle diese Aspekte wurden in der Sektoruntersuchung diskutiert. Insofern ist der Stellungnahme von ECA zuzustimmen, wenn es heißt:

> „Nachfragemacht hat zunächst, als Wirkung erster Ordnung, niedrigere Bezugspreise zur Folge. Diese können im Rahmen der üblichen Wettbewerbsmodelle vollständig oder teilweise an die Endkunden weitergegeben werden.“ [ECA, S. 10]

Die Einschätzung, dass „dieser grundlegende Effekt [...] vom BKartA nach [...] Einschätzung [der Stellungnahme] nicht hinreichend gewürdigt“ [ECA, S. 10] wird und deshalb die schädliche Wirkung von Nachfragemacht überschätzt wird [ebd.], teilt das Bundeskartellamt ausdrücklich nicht. Richtig ist gleichwohl, dass das Bundeskartellamt in der Sektoruntersuchung einen Schwerpunkt bei der Analyse des Effekts erster Ordnung (zur Erläuterung siehe unten) gesetzt hat. Dies erfolgte aber weder aus einer „Blindheit gegenüber der komplexen wirtschaftlichen Realität“ noch aus Unkenntnis der ökonomischen Theorie zu Effizienzen und deren Weitergabe. Vielmehr war – wie eingangs erwähnt – die Intention der Sektoruntersuchung hierfür ausschlaggebend. Denn für den Abgleich der bisherigen Fallpraxis und deren Fortentwicklung kam es entscheidend darauf an, den „Erstrundeneffekt“ deutlich herauszuarbeiten und zentrale Einflussgrößen zu identifizieren. In der ökonometrischen Analyse wurde explizit nach Effekten gesucht, die nicht (ausschließlich) mengenbasiert sind, um Prüfungsschwerpunkte abzuleiten, die unbeeinflusst von möglichen Effizienzen sind [vgl. B. IV].

Sowohl bei der Prüfung von Beschaffungsmärkten in der Fusionskontrolle als auch bei der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht ist dieser Erstrundeneffekt als notwendige Bedingung von Bedeutung, wie nachfolgend nochmals kurz erläutert wird:

Maßstab für eine fusionskontrollrechtliche Untersagung ist die Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung oder das Vorliegen einer sonstigen erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf mindestens einem der betroffenen Beschaffungsmärkte. Wenn dieser Maßstab erfüllt sein soll, so muss zunächst einmal aufgrund zunehmender Konzentration ein wettbewerblicher Verhaltensspielraum entstehen – es müssen also etwa Grenzkostensenkungen der Händler vorliegen, die dann (z.B.) im Horizontalverhältnis genutzt werden können [vgl. hierzu ausführlich SU, S. 29ff.].

Ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liegt gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen seine Marktstellung dazu ausnutzt, andere Unternehmen dazu aufzufordern oder zu veranlassen, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren. Die Trennung von „gerechtfertigten“ Vorteilen und solchen, die es nicht sind, also von echten Effizienzen und missbräuchlicher Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung setzt wiederum voraus, dass überhaupt Vorteile entstehen [vgl. hierzu ausführlich SU, S. 42].

An keiner Stelle der Sektoruntersuchung wurde die Existenz von möglichen Effizienzen geleugnet [vgl. z.B. SU, S. 29ff.]. In der ökonometrischen Analyse wurde sogar explizit nach Effekten gesucht, die nicht (ausschließlich) mengenbasiert sind, um Prüfungsschwerpunkte abzuleiten, die unbeeinflusst von möglichen Effizienzen sind [vgl. B. IV]. Im Gegenteil wurde betont, dass es

keine pauschalen Aussagen nach der Sektoruntersuchung hinsichtlich der wettbewerbsrechtlichen Anwendung geben kann und immer eine Einzelfallprüfung erforderlich ist. Es ist gerade Ausdruck der Weiterentwicklung der kartellbehördlichen Fallpraxis, dass die Sektoruntersuchung eine detaillierte Analyse möglicher Effekte auf Verhandlungsergebnisse verfolgt, ohne schon aufgrund des Erreichens bestimmter Beschaffungsanteile auf wettbewerbsbeschränkende Nachfragemacht zu schließen.

B.II.3 Dynamische Effekte, Qualität und Innovation

Bereits im Vorkapitel wurde die Bedeutung von Qualität und Innovationen kurz erwähnt. Auf der Ebene der Schadenstheorie gibt es in der ökonomischen Literatur und der wettbewerbsrechtlichen und –politischen Auseinandersetzung vielfältige Abhandlungen zu den möglichen negativen Wirkungen von Nachfragemacht auf Qualität und Innovationen [vgl. z.B. SU, S. 24ff. / ECA, S. 12ff.]. Zumindest bislang wird diese Diskussion der theoretisch möglichen Schäden leider nicht hinreichend von Analysen zu deren empirischer Evidenz begleitet. Denn empirische Analysen zu diesen Themen stehen – neben den bereits aufgezeigten Schwierigkeiten, Nachfragemacht zu erfassen – immer vor dem zusätzlichen Problem, eine Operationalisierung der schwierig messbaren Konstrukte „Innovation“ oder „Qualität“ vornehmen zu müssen. Verglichen mit Mengen und Preisen, die – bei aller Auseinandersetzung im Detail – zumindest im Prinzip gemessen werden können, ist die Messung von Innovationen und Qualität erheblich schwieriger. Werden Innovationen beispielsweise durch neue Artikelnummern (EAN bzw. GTIN) erfasst [vgl. DGComp, Modern Retail], so werden damit im Schwerpunkt marginale Umstellungen (z.B. bloße Packungsveränderungen) als „Innovationen“ mit analysiert und die Ergebnisse deshalb verzerrt. Ähnlich problematisch ist auch die Messung der Qualität; denn im Grunde müssten hierzu bei Lebensmitteln die Rezeptur eines jeden einzelnen Produkts und dessen Veränderungen im Zeitablauf analysiert werden, was nicht erst bei der Analyse eines Sortiments erhebliche Schwierigkeiten hervorruft. Diese Messprobleme waren dem Bundeskartellamt – nicht zuletzt aufgrund der Erfahrungen anderer Wettbewerbsbehörden in vorangegangenen Untersuchungen – schon bei der Konzeption der Sektoruntersuchung bewusst. So wünschenswert die verstärkte Berücksichtigung von Neuerungen auch sein mag [vgl. hierzu z.B. LAD, S. 5], sie würde zu Lasten der Eindeutigkeit gehen und die Diskussion auf das Feld einer vermeintlich „korrekten Messung von Innovationen und Qualität“ verlagern.

Im Hinblick auf die intendierte Überprüfung und Weiterentwicklung der kartellbehördlichen Fallpraxis ist eine Analyse der Wirkung von Nachfragemacht auf Innovation und Qualität deshalb nicht erfolgt [vgl. hierzu auch B.IV]. Das Bundeskartellamt war der Auffassung, dass zunächst

Klarheit über die Erfassung und Bewertung der Wirkung auf das Verhandlungsergebnis bei ansonsten gleichen Artikeln bestehen muss, bevor Unterschiede hinsichtlich der Innovation oder Qualität präzise analysiert werden können. Dies wurde in der ökonometrischen Analyse im Rahmen der Sektoruntersuchung durch das Abstellen auf die EAN als eindeutige Kennzeichnung erreicht [vgl. B.IV.1 und SU, S. 289].

Aufgrund der erheblichen Schwierigkeiten, belastbare empirische Untersuchungen zur Wirkung von Nachfragemacht auf Innovation und Qualität vorzunehmen, finden sich diesbezüglich (seit Jahren) unterschiedliche Positionen, die aus theoretischen Argumenten hergeleitet und allenfalls exemplarisch empirisch belegt werden. Die Analyse einzelner Segmente oder Produktgruppen ist ein verdienstvolles Anliegen der wissenschaftlichen Analyse von Nachfragemacht, kann aber nach Auffassung des Bundeskartellamts mit den bisher entwickelten Analysemodellen nicht auf Sortimente übertragen werden. An dieser Stelle wird daher auf den bisherigen Diskussionsstand verwiesen [vgl. hierzu z.B. SU, S. 24ff. / ECA, S. 12ff.].

Konsens bei dieser Auseinandersetzung scheint immerhin in den folgenden drei Punkten zu bestehen: Erstens erscheint der oft angesprochene Wasserbett-Effekt in seiner „einfachen“ Form schon deshalb zweifelhaft, da die jeweiligen Verhandlungspartner bereits ex ante ihre Position optimiert haben (sollten). Für alle weiteren Effekte wäre es – zweitens – notwendig, die genauen Marktstrukturen auf vor- und nachgelagerten Stufen und die Interdependenzen zwischen den einzelnen Verhandlungen auf der horizontalen Ebene zu betrachten. Diesem Aspekt trägt das Bundeskartellamt durch die sorgfältige Einzelfallbetrachtung Rechnung, da er nicht pauschal durch theoretische oder empirische Analysen beantwortet werden kann. Drittens dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass es wünschenswert ist, dass die dynamischen Effekte von Nachfragemacht unter Verwendung von mehrstufigen Modellen in weiteren empirischen Arbeiten analysiert werden. Dies ist jedoch eine Aufgabe, die vornehmlich der wissenschaftlichen Forschung vorbehalten bleibt. Als nächste Schritte wären dann die Übertragbarkeit der Forschungsergebnisse in den kartellrechtlichen Kontext zu prüfen und ggf. Folgerungen zu ziehen.

B.III. …hinsichtlich der Strukturanalyse in den Beschaffungsmärkten

B.III.1 Ausweichmöglichkeiten der Händler

Im Rahmen der Sektoruntersuchung wurden sieben ausgesuchte Beschaffungsmärkte einzeln abgegrenzt und hinsichtlich ihrer Struktur detailliert untersucht. Flankiert wurde diese Strukturanalyse durch eine Betrachtung von Beschaffungsanteilen innerhalb größerer Warengruppen. Die Stellungnahmen gehen auf die Strukturanalyse detailliert ein. Der Teil der

Diskussionspunkte, der sich auf die Marktabgrenzung bezieht, wurde bereits in B.I.2 behandelt. In einer Stellungnahme wird bemerkt, das Bundeskartellamt habe die Ausweichoptionen der Händler ungenügend analysiert [ECA, S. 18]. Dieser Einwand ist insofern zutreffend, als es bei der Marktabgrenzung zunächst auf die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite – auf Beschaffungsmärkten also der Hersteller – ankommt und nicht auf die Ausweichmöglichkeiten der Markthauptseite [vgl. hierzu ausführlich SU, S. 118ff.]. Bei der wettbewerblichen Würdigung der Marktsituation, z.B. der Frage, ob ein Handelsunternehmen Normadressat des Missbrauchsverbots ist, spielen die jeweiligen Ausweichmöglichkeiten der Verhandlungspartner jedoch eine entscheidende Rolle, wie sowohl in der Sektoruntersuchung als auch in den Stellungnahmen betont wird. Dementsprechend wird die zum Teil hohe Konzentration auf der Seite der Hersteller in der Sektoruntersuchung auch explizit angesprochen [vgl. SU, S. 155ff.], was auch von den stellungnehmenden Handelsverbänden begrüßt wird [vgl. z.B. HDE, S. 8]. Im Einzelfall - insbesondere bei Vorliegen von starken Marken und einer konzentrierten Herstellerseite - können daher gegenseitige Abhängigkeiten bestehen, die bei der wettbewerblichen Würdigung zu berücksichtigen wären.

B.III.2 Konzentration auf Herstellerseite

In einer Stellungnahme wird auf ein vermeintliches Spannungsverhältnis zwischen den in der Sektoruntersuchung gezogenen Schlussfolgerungen und der Konzentration auf der Herstellerseite hingewiesen [vgl. ECA, S. 18ff.]. ECA nimmt dazu eine eigene Analyse mittels einfacher Konzentrationsmaße vor. Die Stellungnehmenden kalkulieren - auf Basis von im Abschlussbericht ausgewiesenen Werten - die Konzentrationsraten CR(k) der ersten k Merkmalsträger für k=1 und k=5 und den HHI sowohl für die Händler als auch für die Herstellerseite und kommen zum Schluss, dass sich überwiegend eine höhere Konzentration auf der Herstellerseite zeige.

Diese Verdichtung durch einfache statistische Maße ergibt nach Auffassung des Bundeskartellamts gegenüber der differenzierten Beschreibung in der Sektoruntersuchung keine neuen Aussagen. Denn es wurde in der Sektoruntersuchung bereits festgestellt, dass auf der Herstellerseite zum Teil wenige Anbieter vorhanden sind. Sofern die Autoren der Stellungnahme aber die Mittelwerte von Konzentrationsmaßen auf der Herstellerseite bilden, diese mit den Mittelwerten derselben Konzentrationsmaße auf der Handelsseite vergleichen und damit suggerieren, eine Aussage zum „Gesamtbeschaffungsmarkt“ treffen zu können [ECA, S. 18], vermag das Bundeskartellamt der Argumentation nicht zu folgen.

Denn schon im Ansatz ist zweifelhaft, ob der Mittelwert von einfachen Konzentrationsmaßen der sieben ausgewählten Beschaffungsmärkte ein zutreffendes Bild bzw. eine valide Grundlage für

verallgemeinerungsfähige Aussagen ergibt. Das gleiche gilt für die Konzentration auf der Handelsseite, bei der zumindest auch die räumlich sehr unterschiedliche Verteilung der LEH-Unternehmen beachtet werden müsste. Die Strukturanalyse im Rahmen der Sektoruntersuchung ist bewusst als detaillierte Einzelfallprüfung angelegt gewesen, um den Besonderheiten eines jeden Beschaffungsmarktes methodisch im Wege der Fallstudie Rechnung zu tragen. Um die Detailanalyse von einzelnen Märkten zusätzlich durch Befunde auf einer höheren Aggregationsebene zu stützten, wurden ergänzend die Beschaffungsanteile nach Warengruppen analysiert [vgl. SU, S. 150ff.]. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass es in jeder Warengruppe die Konstellation gibt, dass eine führende Abnehmergruppe hohe Beschaffungsvolumina auf sich vereint. Und zwar unabhängig davon, ob zwischen Handelsmarken und Herstellermarken unterschieden wird oder nicht. Dem steht in den unterschiedlichen Warengruppen in der Regel jeweils eine Gruppe von (unterschiedlichen) Herstellerunternehmen gegenüber, die (mit unterschiedlichen Konzentrationsgraden) einen hohen Marktanteil auf sich vereinen. Im Rahmen einer sachgerechten Würdigung muss stets eine Gesamtbetrachtung der wesentlichen Strukturkriterien auf den jeweiligen Einzelmärkten erfolgen. Eine rein arithmetische Verdichtung von Konzentrationsmaßen über verschiedene Beschaffungsmärkte hinweg ist aus hiesiger Sicht dagegen nicht zielführend.

B.IV. …hinsichtlich der ökonometrischen Analyse

B.IV.1 Diskussion um die Stichprobe

Ausgangspunkt der Diskussion um die vom Bundeskartellamt in der Sektoruntersuchung vorgenommene ökonometrische Analyse ist die Stichprobe. Das Bundeskartellamt hat die Struktur und die Qualität der Stichprobe ausführlich beschrieben (vgl. SU, S. 284ff.), so dass dies vorliegend nicht wiederholt werden muss.

Die Stellungnehmenden bemängeln zunächst häufig die **Stichprobengröße** und zweifeln an, dass eine Stichprobe von rund 250 Artikeln ausreichend ist, um verallgemeinerungsfähige Schlussfolgerungen für das gesamte Sortiment im LEH zu treffen [vgl. DICE, S. 10 / ECA, S. 28 / HDE, S. 3f. / LAD, S. 3]. Hierzu ist anzumerken, dass es sicher vielfach wünschenswert erscheint, größere Stichproben zu analysieren bzw. im Idealfall eine Vollerhebung durchzuführen. Dem stehen jedoch andere Erwägungen gegenüber. Zunächst musste die Entscheidung über den Stichprobenumfang auch die Verhältnismäßigkeit (des resultierenden Aufwands) für die Befragten in Rechnung stellen. Dies betraf vorliegend insbesondere die Lebensmitteleinzelhändler, die typischerweise mit einer Vielzahl von Artikeln in der Stichprobe enthalten waren. Das Bundeskartellamt hat hierzu ausführlich im Vorfeld der Erhebung mit (nahezu) allen Handelsunternehmen Gespräche geführt, um abzuklären, welche

Stichprobengröße verhältnismäßig ist. Ergebnis dieser Befragung war, dass viele Handelsunternehmen sich noch viel kleinere Stichproben gewünscht hätten. Denn der datentechnische und manuelle Aufwand, ein komplexes Konditionengefüge für unterschiedliche Güter in einem breiten Sortiment zu bestimmen, war nach Aussage der Unternehmen erheblich. Darüber hinaus wurde zudem durch die Schichtung der Stichprobe versucht, eine weitgehende Strukturgleichheit mit der Grundgesamtheit herzustellen. Die Sorgfalt bei der Stichprobenziehung wird von den Stellungnehmenden durchaus gesehen und betont [vgl. z.B. LAD, 3].

Das Bundeskartellamt sieht zudem ein grundlegendes Spannungsverhältnis in den Stellungnahmen speziell der Handelsunternehmen (und von deren Verbänden), die auf der einen Seite bemüht waren, ex ante den Aufwand der Datenerhebung gering zu halten, und auf der anderen Seite ex post die Validität der Ergebnisse unter Hinweis auf eine zu kleine Stichprobe anzweifeln. Insofern oblag es dem Amt als untersuchungsdurchführender Behörde, eine begründete Entscheidung über den Erhebungsumfang treffen. Die reine Stichprobengröße ist im Übrigen ohnehin kein Argument gegen die Verallgemeinerungsfähigkeit der Befunde, da bei allen empirischen Untersuchungen nicht das Verhältnis von Untersuchungsobjekten zu Elementen der Grundgesamtheit ausschlaggebend für die Validität der Ergebnisse ist, sondern deren Strukturgleichheit. Andernfalls wären Wahlumfragen, Hochrechnungen oder die Messung von Einschaltquoten auch nicht aussagekräftig.

Schwerwiegender wäre, wenn die Grundgesamtheit falsch abgegrenzt wäre, wie einige Stellungnahmen unterstellen. Dies wäre etwa der Fall, wenn interessierende Phänomene der Realität nicht analysiert werden könnten, weil sie überhaupt keinen Eingang in die Datengrundlage gefunden hätten. Einige Stellungnahmen sehen dies hinsichtlich der Analyse der Handelsmarken so [vgl. z.B. DICE, S. 10f.]. Kernpunkt dieser Kritik ist, dass Handelsmarken nicht explizites Untersuchungsobjekt der ökonometrischen Analyse sind und ihre Wirkung deshalb vernachlässigt würde. Diese Kritik ist unzutreffend. Wie ausführlich sowohl in der Sektoruntersuchung als auch in der Zusammenfassung zur Sektoruntersuchung beschrieben wurde, beschränkte sich die Stichprobe aus mehreren Gründen auf Herstellermarken-Produkte. Dies erfolgte, da a) Markenartikel das Kerngeschäft der Lebensmitteleinzelhändler abbilden, b) sich nahezu alle Beschwerden, die das Bundeskartellamt hinsichtlich der Beschaffung im Lebensmitteleinzelhandel erreichen, auf Markenartikel beziehen, c) auf Markenartikel hohe Umsätze entfallen, d) Markenartikel besser vergleichbar und mithin einer großzahligen ökonometrischen Analyse leichter zugänglich sind, e) die Wettbewerbsparameter bei Markenartikeln weitestgehend in der Hand der Hersteller liegen und schließlich f) die „Verhandlungslogik“ bei Markenartikeln und Handelsmarken unterschiedlich ist.

Davon ausgehend wurden bei jedem einzelnen der 250 Artikel zahlreiche Kontextfaktoren erhoben und analysiert (z.B. auch das Handelsmarkenumfeld). Es ist also keinesfalls so, dass – wie es ein Stellungnehmender ausdrückt - die „[…] Zufallserhebung der Produkte bewirkt, dass diese ohne ihr jeweiliges Wettbewerbsumfeld analysiert werden“ [LAD, S. 4]. Markenartikel bilden vielmehr nur den Ausgangspunkt, um die jeweils wirksamen Wettbewerbsfaktoren zu analysieren. Dazu gehörten auch die mitverhandelten Produkte, die Wirkung naher Substitute, die jeweiligen Ausweichmöglichkeiten u.v.m.

Die Stellungnehmenden kritisieren auch den zu kurzen Zeitraum der Erhebung (24 Monate) und die daraus resultierenden mangelnden Möglichkeiten, langfristige Preisunterschiede (i.S.v. Preisniveaus) und kurzfristige (z.B. Aktionen, Rabatte u.a.) getrennt zu analysieren [vgl. z.B. ECA, S. 32f. / LAD, S. 3f.]. Dieser Punkt wird im Grundsatz vom Bundeskartellamt geteilt. Grundsätzlich wäre es wünschenswerter, einen längeren Zeitraum für die Analyse zur Verfügung zu haben. Allerdings hätte dies den Aufwand für die Befragten erheblich erhöht. In den Vorgesprächen mit dem Handel wurde dem Bundeskartellamt substantiiert dargelegt, dass die Bereitstellung von Daten für vier Jahre z.T. aufwendige datentechnische Prozesse erforderte, da bereits archivierte Daten neu ausgelesen werden müssten. Ex post betrachtet lässt sich darüber diskutieren, ob der erhöhte Aufwand für die Befragten hätte in Kauf genommen werden sollen, um mindestens zwei weitere Jahre analysieren zu können. Eine nachträgliche Erhebung scheidet gleichwohl aus, zumal die Datengrundlage in der vorliegenden Form durchaus verwendbar ist.

Richtigerweise wird zudem angemerkt, dass die kurzfristigen Wirkungen von Aktionen sich eher in monatsweisen Veränderungen zeigen und die Änderungen eines Preisniveaus eher in den unterschiedlichen Ergebnissen der Jahresgespräche. Allerdings ist, wie mehrere Stellungnehmende anmerken, der Lebensmitteleinzelhandel ein von Aktionen geprägtes Geschäftsmodell, so dass für die wettbewerbliche Beurteilung beide Effekte eine wichtige Rolle spielen. Bei der Weiterentwicklung der Fallpraxis wird das Bundeskartellamt in Zukunft daher beide Effekte berücksichtigen.

B.IV.2 Gewählter Modellrahmen

Die Stellungnahmen setzen sich auch mit dem für die ökonometrische Analyse gewählten Modellrahmen auseinander. Diese Auseinandersetzung ist im Grunde die Fortführung der Diskussion der Schadenstheorie auf der Ebene der ökonom(etr)ischen Modellierung [vgl. z.B. ECA, S. 27]. Dabei lassen sich als Hauptpunkte a) die mangelnde Berücksichtigung der vielseitigen Interdependenzen zwischen den Verhandlungen durch komplexere Modelle, b) die mangelnde Kostenkontrolle und c) die Vernachlässigung dynamischer Effekte und der mehrstufigen Wertschöpfung identifizieren. Im Einzelnen dazu:

Realiter bestünden – so einige Stellungnehmende - zahlreiche Interdependenzen zwischen den Verhandlungen. Beispielhaft angeführt werden die zeitlichen Reihenfolgen von Verhandlungen sowie die Zusammenhänge zu anderen Artikeln, die sehr ähnlich sind, aber eine andere EAN aufweisen [vgl. ECA, S. 30]. Das gewählte Modell in der Sektoruntersuchung könne diese Interdependenzen nur unzureichend abbilden [vgl. ebd.].

Hierzu ist zunächst anzumerken, dass dem Bundeskartellamt die Komplexität der Wirklichkeit aus der eigenen Fallarbeit bekannt ist. Die befragten Unternehmen können dies schon an den differenzierten Fragebögen ablesen. Denn darin war u.a. auch die Frage nach dem Zeitpunkt der Beendigung der Jahresgespräche enthalten. Die ursprüngliche Intention war es, den Einfluss von Reihenfolgen explizit zu untersuchen. Leider hat die Datenqualität der Rückläufe es nicht zugelassen, eindeutige Reihenfolgen festzulegen, da – wie sich aus den validierenden Nachermittlungen ergab – das Ende eines Jahresgesprächs nicht eindeutig feststellbar ist, bzw. hierzu bei beiden Verhandlungspartnern häufig Auffassungsunterschiede bestehen.

Die Frage nach der Erfassung des Umfeldes ist ebenfalls analysiert worden, denn das Gesamtvolumen der Beschaffung zwischen Händler und Hersteller wurde ebenfalls analysiert. Wichtiger als der Hinweis, dass das Bundeskartellamt diese Effekte kennt und versucht hat, diese zu berücksichtigen, ist es aber, abermals die Intention der Sektoruntersuchung in Erinnerung zu rufen. Es war nicht das Ziel der Sektoruntersuchung, ein präzises Prognoseinstrument für Verhandlungsergebnisse im Lebensmitteleinzelhandel zu entwickeln und alle diese Effekte im Einzelnen abzubilden. Für die Fortentwicklung der eigenen Fallpraxis war es vielmehr vordringlich, relevante Einflussfaktoren aufzuklären. Dagegen ist es aus hiesiger Sicht nicht zweckmäßig, Interdependenzen und ähnliche Effekte ökonometrisch in allen knapp 3.000 Verhandlungen zu analysieren, die der Sektoruntersuchung zu Grunde lagen. Soweit im Einzelfall tatsächlich erforderlich, bleibt es der konkreten Kartellrechtsanwendung vorbehalten, Interdependenzen in ihrer Komplexität zu erkennen und in die wettbewerbliche Würdigung einzubeziehen.

Viele Stellungnahmen beklagen die mangelnde **Kostenkontrolle** bzw. die fehlende Modellierung der „Margenaufteilung“ zwischen den beiden Verhandlungspartnern, die in akademischen Arbeiten zum Thema Nachfragemacht angeregt und z.T. durchgeführt wird [vgl. DICE, S. 13 / ECA, S. 34]. Dieser Punkt wäre aus hiesigerer Sicht dann zutreffend, wenn auf einzelne oder wenige Artikel abgestellt würde. In einem solchen Fall ist es leichter möglich, die hinter der Produktion des Artikels stehende Kostenstruktur zu modellieren und Daten hierzu zu erheben. Schon bei einem einzelnen Artikel kommt es aber darauf an, wie hoch der Anteil der Wertschöpfung ist. Bei „rohstoffnahen“ Artikeln können beispielsweise die Rohstoffpreise und allgemeine Arbeits-

oder Energiekostenindices als Proxyvariablen genutzt werden. Deutlich schwieriger ist dies schon bei stark „weiterverarbeiteten“ Artikeln.

Eine allgemeine herstellerseitige Kostenkontrolle in der vorliegenden Stichprobe müsste dann die Kostenstruktur von rd. 250 z.T. sehr unterschiedlichen Artikeln im Blick behalten. Im Rahmen der Sektoruntersuchung wurde versucht, die Hauptkostentreiber zu erfragen. Die Erwartung bei der Konzeption des Fragebogens war diesbezüglich, dass zumindest behelfsweise eine solche Kontrolle im Modell implementiert werden könnte. Allerdings haben die Antworten der befragten Unternehmen keine verwertbaren Rückschlüsse auf verhandlungsrelevante Kostentreiber zugelassen.

Dass aus ökonometrischer Perspektive hieraus eine Gefahr von sogenannten Endogenitäten resultiert, die auch die Stellungnahmen ansprechen [vgl. DICE, S. 12 / ECA, S. 33f.], war dem Bundeskartellamt bewusst [vgl. SU, S. 330f. & 359f.]. Die Grundidee hierbei ist, dass zunehmende Mengen realiter nicht die Ursache für geringere Konditionen sind, sondern deren Folge. Dies wäre etwa der Fall, wenn „günstige“ Konditionen den Lebensmitteleinzelhändler veranlassen würden, in einer Verhandlung größere Mengen des Artikels zu beschaffen. Nach intensiver Auseinandersetzung mit der Problematik und eigens zu diesem Thema durchgeführten Nachermittlungen [vgl. SU, S. 360] wird diese Gefahr allerdings (nach wie vor) als gering angesehen. Der Grund ist, dass sich Lebensmitteleinzelhändler bei der Beschaffung von Lebensmitteln im Allgemeinen an (Mengen-)Vorgaben orientieren, die sie aus der Bedarfsplanung unter Berücksichtigung der begrenzten Regalfläche abgeleitet haben, und nicht „spontan“ wesentlich mehr Ware erwerben. Die dahinterliegende Argumentation erkennen auch die Stellungnehmenden im Grundsatz an [DICE, S. 12], sehen aber mögliche andere Gründe für Endogenitäten (z.B. der Wechsel des Lieferanten). Auch dieser Restgefahr der Endogenität wurde durch den Versuch einer Instrumentierung begegnet, der allerdings – wie eine Stellungnahme zu Recht aufzeigt [DICE, S. 13] – ebenfalls eigene Probleme aufwirft. Letztlich ist auch bei dieser ökonometrischen Endognitätskontroverse der Verweis auf die Intention der Sektoruntersuchung hilfreich: Bei der Ableitung der Einflussfaktoren sind verzerrte Schätzer (die technisch die Folge der Endogenität wären) solange unerheblich, wie die Vorzeichen (und das Signifikanzniveau) unberührt bleiben. Denn nochmal: Ziel war nicht die Prognose von Verhandlungsergebnissen (die empfindlich durch verzerrte Schätzer berührt würde), sondern die Frage, welche Faktoren für die Verhandlungsergebnisse eine Rolle spielen.

Hinsichtlich des gewählten Modellrahmens bleiben dann noch die Frage nach **dynamischen Effekten** und die Mehrstufigkeit der Wertschöpfungskette, auf deren mangelnde Berücksichtigung ebenfalls in den Stellungnahmen hingewiesen wird. Zu der Problematik bei der Erfassung von dynamischen Effekten sei an dieser Stelle auf die Ausführungen unter B.II.3.

verwiesen. Die Modellierung mehrstufiger Modelle und deren (simultane) Schätzung in sogenannten linearen Strukturgleichungsmodellen wäre aus rein ökonometrischer Perspektive ein möglicher Ansatz, um die Mehrstufigkeit zu berücksichtigen. Dieser Ansatz scheitert vorliegend jedoch schon an der Datenverfügbarkeit. Hierzu sei exemplarisch auf die Problematik der korrekten Erfassung der Kosten weiter oben verwiesen. Zwar erscheint das verwendete „reduced form"-Modell vor diesem Hintergrund als sehr schlicht, es erfüllt aber aus Sicht des Bundeskartellamtes zwei wesentliche Zwecke: Erstens sind die Vorgehensweise und die Ergebnisse auch einem ökonometrisch weniger versierten Kreis noch mit vertretbarem Aufwand verständlich zu machen. Für eine wettbewerbsbehördliche Untersuchung, die sich an einen weiten Adressatenkreis richtet, ist dies ein entscheidender Gesichtspunkt. Zweitens ist dieses Modell hinreichend, um die für die wettbewerbsrechtliche Prüfung relevanten Einflussfaktoren zu identifizieren. Soweit die wissenschaftliche Forschung darüber hinaus in der Entwicklung und Schätzung komplexerer wettbewerbsökonomischer Modelle robuste Ergebnisse hervorbringt, wird das Bundeskartellamt sie im Hinblick auf ihre Übertragbarkeit in den kartellrechtlichen Verfahrenskontext selbstverständlich prüfen und ggf. bei der Weiterentwicklung seiner Entscheidungspraxis berücksichtigen.

B.IV.3 Schätzmethode und Ergebnisdarstellung

Nach der Auseinandersetzung mit dem gewählten Modellrahmen bleibt noch, die in den Stellungnahmen vorgebrachten Punkte zur konkreten Schätzmethode, zur Modellauswahl und zur Robustheit der Ergebnisse zu adressieren.

Hinsichtlich der **Schätzmethode** (lineare fixed effect Modelle) ist anzumerken, dass die bereits angesprochene fehlende Kostenkontrolle (vgl. B.IV.2) aus ökonometrischer Perspektive dazu führt, dass die Kosten damit Teil des „fixed effects" sind – sie also als zeitinvariat angenommen werden. Sollte es also im Zeitablauf starke Veränderungen der Herstellungskosten von Produkten gegeben haben, so wären diese Veränderungen insgesamt nur „im Mittel" und nicht „in der Veränderung" erkennbar.

Bei allen untersuchten Variablen liegen entlang des betrachteten Zeitraums von 24 Monaten (vgl. hierzu B.IV.I) Paneldaten vor.

Die Ergebnistabellen in den Anhängen der Sektoruntersuchung führen die längsschnittbezogene und querschnittbezogene Varianzaufklärung getrennt auf. Insofern sind die in einer Stellungnahme unter der Überschrift „Keine Trennung von Querschnitts- und zeitlicher Datenvariation" aufgeführten Punkte [vgl. ECA, S. 32] aus hiesiger Sicht unverständlich. Es ist zwar richtig, dass (monatsweise) Aktionen eine Wirkung auf den Zusammenhang im gesamten

Datensatz haben, die bloße Berechnung eines konstruierten Beispiels [vgl. ECA, S. 33] vermag aber die Aussagekraft der Ergebnisse der umfangreichen Schätzungen nicht einzuschränken; es dient nur einmal mehr dazu, die Bedeutung von Aktionen hervorzuheben. Das Bundeskartellamt ist sich der Bedeutung aber durchaus bewusst und hat dies an vielen Stellen zum Ausdruck gebracht.

Hinsichtlich der Ergebnisdarstellung wurde – ebenfalls von ECA – angemerkt, dass von rd. 60.000 geschätzten Modellen nur 192 berichtet wurden; dabei wird unterstellt, dass die Ergebnisdarstellung sich daran orientiert, welche Ergebnisse „konform“ mit den Hypothesen des Bundeskartellamtes sind [ECA, S. 39]. Mit anderen Worten: Es wird implizit der Vorwurf der opportunistischen Modellauswahl erhoben. Diese Anmerkung wird vom Bundeskartellamt entschieden zurückgewiesen. Die Modellauswahl für die Darstellung erfolgte vielmehr nach genau beschriebenen Kriterien [vgl. SU, S. 365], und es wird deutlich gemacht, welche Modelle a) nicht besprochen und b) nicht dargestellt werden. Dass eine Auswahl nötig ist, ist offensichtlich angesichts der Vielzahl der Modelle, deren Ergebnisse jeweils aus einer Reihe von Koeffizienten und einigen Angaben zur Modellgüte bestehen [vgl. SU, S. 364, Fn. 540].

Es ist gerade ein Charakteristikum der Sektoruntersuchung, eine transparente Darstellung der gesamten Modellentwicklung und Schätzung zu gewährleisten. Maßgeblich war dabei, dass auch alternative Ideen bezüglich der Datenherkunft, der Modellierung, der Operationalisierung von abhängigen und unabhängigen Variablen, der Verwendung von Kontroll- und Instrumentenvariablen und der Schätzmethode umgesetzt wurden [vgl. SU, S. 314ff.]. Dieser breite Ansatz war keinesfalls so angelegt, um hinterher das „passende“ Modell aus den 58.320 berechneten Varianten auszuwählen. Wäre diese Strategie für die Sektoruntersuchung maßgeblich gewesen, so würde sich die Darstellung auf nur wenige, mit der Schadenstheorie konforme Modelle beschränken, und es würde von vornherein nur die Entwicklung dieser Modelle beschrieben. Wäre diese Vorgehensweise gewählt worden, so würde an dieser Stelle der Würdigung der Stellungnahmen eine Auseinandersetzung mit der geringen Robustheit der Ergebnisse stehen, und die „Intransparenz“ des Vorgehens stünde zu Recht im Mittelpunkt der Stellungnahmen.

Dass diese Strategie seitens des Bundeskartellamts gerade nicht gewählt wurde und stattdessen umfassende Transparenz angestrebt wurde, ist schon daran ersichtlich, dass eben auch überraschende Befunde (etwa die Wirkung von Einkaufskooperationen oder von Handelsmarken) berichtet werden. Es war erklärtes Ziel der Sektoruntersuchung, dass das Bundeskartellamt ergebnisoffen aus den Schätzergebnissen lernt und in die anschließende Diskussion auch überraschende Ergebnisse mit einbezieht. Das Bundeskartellamt hält diese Vorgehensweise der transparenten Darstellung der Vorgehensweise nach wie vor für richtig,

sieht aber auch, dass das kombinatorische Problem einer alle Beteiligten zufriedenstellenden Auswahl und einer gleichzeitig praktikablen Darstellung von rund 200 aus insgesamt 58.320 Modellen eine große Herausforderung darstellt. Denn selbst wenn die Ergebnisse von 1.000 Modellen dargestellt würden, ergäben sich rein kombinatorisch ungefähr $2{,}9 \times 10^{2194}$ – also astronomisch viele – Möglichkeiten.[iii] Zumal jedes der einzelnen Modelle in seiner Modellierung, Schätzung und Interpretation komplex ist. Es gibt sogar Stellungnahmen, die sich mehr Angaben zum einzelnen Modell [vgl. DICE, S. 14] und mithin eine umfassendere Darstellung (des einzelnen Modells) wünschen, was die Darstellung noch umfassender gemacht hätte.

C. Zusammenfassung

Die mit diesem Abschnitt endende Würdigung der eingegangenen Stellungnahme sollte den Diskurs mit den betroffenen Unternehmen, Verbänden, den politischen Akteuren und der Wissenschaft fortsetzen. Dazu wurden zentrale Punkte der Stellungnahmen zusammengefasst und jeweils kurz besprochen. Einmal mehr wurde dabei die Komplexität des Phänomens Nachfragemacht ebenso deutlich, wie die Herausforderungen bei dessen wettbewerbsrechtlicher Erfassung. Dabei bilden Fragen der Marktabgrenzung sowohl auf den Absatz- als auch auf den Beschaffungsmärkten (B.I) und die Verknüpfung dieser beiden „Marktseiten“ den Ausgangspunkt der Diskussion, die sich in der virulenten Debatte um die wettbewerbsrechtliche Schadenstheorie fortsetzt (B.II.). Aber nicht nur diese Grundsätze wurden besprochen, sondern auch konkrete Hinweise zu der sogenannten „Strukturanalyse“ (B.III) und zum ökonometrischen Modell (B.IV) wurden aufgenommen und diskutiert.

Die Sektoruntersuchung ist neben der fortlaufenden Fallpraxis und der Rechtsprechung ein wesentliches Element der Weiterentwicklung der wettbewerbsrechtlichen Behandlung des Phänomens „Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel“ im Bundeskartellamt.

Nach Abschluss der Sektoruntersuchung hatte das Bundeskartellamt die Gelegenheit, die Erkenntnisse aus der Sektoruntersuchung (und auch aus den hierzu eingegangenen Stellungnahmen) in prominent diskutierten Einzelfällen zu nutzen. Sie ist also nicht nur ein von der ständigen Fallpraxis losgelöster Untersuchungsbericht, sondern vermag vielmehr sowohl den Fallbearbeitern als auch den beteiligten Unternehmen Hinweise für wettbewerbsrechtlich besonders beachtenswerte Aspekte zu liefern.

Vor diesem Hintergrund bedankt sich das Bundeskartellamt nochmals ausdrücklich bei allen Stellungnehmenden.

[i] Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie hat am 17.3.2016 eine Ministererlaubnis für den Zusammenschluss erteilt.

[ii] Neben den anonymen Transaktionen sei als wesentliche Annahme die Beschränkung auf die Menge als zentralen Interaktionsparameter genannt. Als Modellergebnis ergibt sich ein Preis für alle Akteure des Marktes (law of one price), ein Resultat, dass als wesentliche Limitation des beschriebenen Annahmenkranzes aufgefasst werden kann.

[iii] Formal ergibt sich die Anzahl als „Kombination ohne Berücksichtigung der Anordnung". Es ergeben sich also rein kombinatorisch $\binom{58.320}{1000} = \frac{58.320!}{1000! \times (58.320-1000)!} \approx 2.9 \times 10^{2194}$ unterschiedliche Möglichkeiten.