

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 63

Nachfragemacht in der Fusionskontrolle

Von

Dr. Helmut Bergmann



Duncker & Humblot · Berlin

HELMUT BERGMANN

Nachfragemacht in der Fusionskontrolle

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 63

Nachfragemacht in der Fusionskontrolle

Von

Dr. Helmut Bergmann



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Bergmann, Helmut:

Nachfragemacht in der Fusionskontrolle / von Helmut

Bergmann. – Berlin: Duncker u. Humblot, 1989

(Schriften zum Wirtschaftsrecht; Bd. 63)

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 1989

ISBN 3-428-06776-2

NE: GT

D 21

Alle Rechte vorbehalten

© 1989 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 3-428-06776-2

Meinen Eltern

Vorwort

Vorliegende Untersuchung wurde von der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen im Wintersemester 1988 / 89 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Schrifttum konnten bis Juli 1989 berücksichtigt werden. Hinsichtlich der 5. Novelle zum GWB wurde der Stand des Regierungsentwurfes vom 1. 2. 1989 zugrundegelegt. Zum Zeitpunkt der Drucklegung ist zu erwarten, daß bei den für diese Arbeit maßgeblichen Punkten im weiteren Gesetzgebungsverfahren keine Änderung mehr eintreten wird.

Meinem verehrten Lehrer und Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Wernhard Möschel, der die Arbeit angeregt und in vielfältiger Hinsicht gefördert hat, danke ich herzlich. Darüber hinaus möchte ich Herrn Prof. Dr. Ulrich Huber, für den ich während des Entstehens der Untersuchung wissenschaftlich tätig war, für sein Verständnis und manch wertvollen Hinweis danken. Herr Reinhard Vieth und Herr Hans-Joachim Matschuck von der 9. Beschlußabteilung des Bundeskartellamts haben die Arbeit gefördert, indem sie mir einen Einblick in die Tätigkeit des Amtes im Bereich der Fusionskontrolle im Handel ermöglichten. Frau Gudrun Roitzheim und Herrn Dr. Gerd Saßenrath danke ich für die umsichtige Durchsicht des Manuskripts.

Zu danken habe ich schließlich dem Arbeitskreis Wirtschaft und Recht des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft für die Gewährung eines Promotionsstipendiums und eines Druckkostenzuschusses.

Bonn, im Juli 1989

Helmut Bergmann

Inhaltsverzeichnis

Einführung und Gang der Darstellung	21
--	-----------

Teil 1

Der praktische Befund

I. Die Erscheinungsformen von Nachfragemacht	24
1. Nachfragemacht der öffentlichen Hände	24
2. Nachfragemacht der Industrie gegenüber Zulieferern	24
3. Nachfragemacht des Handels	25
II. Konzentration im Lebensmittelhandel	25
1. Entwicklung und Stand der Konzentration	25
2. Relativierung der Konzentrationsentwicklung in der betriebswirtschaftlichen Literatur	27
3. Exkurs: Konzentration und Zusammenschlußkontrolle	28
4. Ursachen der Konzentration im Lebensmittelhandel	28
5. Käufermarktlage	29
III. Entscheidungspraxis des BKartA	30
1. Lebensmittelhandel	30
2. Der Fall „Hussel-Mara“	32

Teil 2

Theoretische Vorfragen und Ansatzpunkte zur Erfassung von Marktmacht bei der Zusammenschlußkontrolle auf der Nachfrageseite

I. Nichtexistenz von Nachfragewettbewerb und Ungeeignetheit der Eingriffsvoraussetzungen?	33
1. Ausgangspunkt	33
2. Nachfragewettbewerb im Verkäufermarkt	34
3. Nachfragewettbewerb im Käufermarkt	34

II. Unschädlichkeit von Marktbeherrschung auf der Nachfrageseite?	37
1. Ausgangspunkt	37
2. Normative Anknüpfung	37
3. Schädlichkeit von Marktbeherrschung auf der Nachfrageseite	38
III. Bilaterales Beherrschungs-Abhängigkeitsverhältnis	39
1. Ausgangspunkt	39
2. Bewertung	39
IV. Umdeutungsansatz	40
1. Ausgangspunkt	40
2. Bewertung	41
V. Spiegelbildtheorie	42
1. Ausgangspunkt	42
2. Bewertung	42
VI. Zwischenergebnis	43

Teil 3

Marktabgrenzung bei Nachfragern

I. Ausgangspunkt und Notwendigkeit einer Marktabgrenzung	44
II. Abgrenzung des sachlich relevanten Beschaffungsmarktes	46
1. Vorbemerkung	46
2. Abgrenzung nach dem Umdeutungsansatz	47
a) Darstellung der Theorie	47
b) Anwendung in der Praxis	49
aa) Lebensmittelhandel	50
bb) „Hussel-Mara“	52
c) Kritik	53
3. Abgrenzung nach der Spiegelbildtheorie	55
a) Darstellung der Theorie	55
aa) Produktkonzept	56
bb) Angebotsumstellungskonzept	56
(1) Produktionsumstellung	57
(2) Vertriebsumstellung	58

Inhaltsverzeichnis	11
b) Anwendung in der Praxis	59
aa) Lebensmittelhandel	59
bb) Exkurs: Bündelung der Produktgruppenmärkte zu einem Sortimentsmarkt?	61
cc) „Hussel-Mara“	61
c) Kritik	62
4. Abgrenzung nach dem Produktvertriebskonzept	63
a) Darstellung der Theorie	63
b) Kritik	63
5. Zusammenfassung der Kritik und Entwicklung eines eigenen Lösungsansatzes: Wettbewerbsbezogene Gesamtbetrachtung auf der Grundlage des Produktvertriebskonzeptes	64
III. Abgrenzung des räumlich relevanten Beschaffungsmarktes	66
1. Ausgangspunkt	66
2. Bundesgebiet als räumlich relevanter Markt	67
3. Regionalmärkte	67
4. Euromarkt, Weltmarkt?	68
5. Ergebnis	72
IV. Abgrenzung des zeitlich relevanten Beschaffungsmarktes	72

Teil 4

Bestimmung der Marktmacht von Nachfragern

I. Übersicht über die bisher entwickelten Konzepte zur Marktbeherrschung auf einem Nachfragemarkt	73
1. „Unverzichtbarkeithese“ des BKartA	73
a) Lebensmittelhandel	73
b) „Hussel-Mara“	74
c) Würdigung	75
2. Konzept der Durchsetzbarkeit besserer Konditionen	77
a) Darstellung	77
b) Würdigung	78

3. Konzept der Nachfragebegrenzung	79
a) Darstellung	79
b) Würdigung	79
4. Konzept der Marktbehauptung	81
a) Darstellung	81
b) Würdigung	81
II. Bestimmung von Nachfragemarktbeherrschung im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung	82
1. Marktstruktur, Marktverhalten, Marktergebnis — Gesamtbetrachtung	82
2. Verhältnis der Tatbestandsalternativen	84
III. Marktbeherrschung durch einen Nachfrager	85
1. § 22 Abs. 1 Nr. 1 1. Alt. GWB (Vollmonopson)	85
2. § 22 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt. GWB (Teilmonopson)	86
3. § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB (überragende Marktstellung)	87
a) Ausgangspunkt der Prüfung	87
b) Die einzelnen Strukturkriterien	88
aa) Marktanteil	88
(1) Relativität des Merkmals	88
(2) Besonderheiten auf der Nachfrageseite	90
(3) Ergebnis	92
bb) Finanzkraft	92
(1) Ausgangspunkt	92
(2) Wirkungsgruppen	93
(3) Meßproblem	95
cc) Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten	95
(1) Ausgangspunkt	95
(2) Zugang zu den Absatzmärkten	97
(3) Zugang zu den Beschaffungsmärkten	98
dd) Verflechtungen mit anderen Unternehmen	99
ee) Marktzutrittsschranken	100
(1) Ausgangspunkt	100
(2) Keine Trennung zwischen Beschaffungs- und Absatzmarkt ..	101
(3) Marktzutrittsschranken im Lebensmittelhandel	101

Inhaltsverzeichnis	13
c) Weitere Strukturkriterien	106
aa) Gegengewichtige Marktmacht	106
bb) Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite	108
cc) Fehlende Konditionentransparenz	108
dd) Sortimentsflexibilität	109
d) Marktverhalten	109
e) Marktergebnistests	109
IV. § 22 Abs. 2 GWB (Oligopson)	110
1. Ausgangspunkt	110
2. Innenverhältnis des Oligopsons	111
3. Außenverhältnis	112
V. Vermutungstatbestände	113
1. Ausgangspunkt	113
2. Entscheidungspraxis	113
3. Praktische Bedeutung der Vermutungstatbestände bei Zugrundelegung des Produktvertriebskonzeptes	114
4. Niedrigere Vermutungsschwellen für Nachfrager?	115
VI. Prognoseentscheidung	115

Teil 5

Änderung der Rechtslage durch die 5. GWB-Novelle?

I. Ausgangspunkt	117
II. Darstellung der Novellierungsvorschläge	120
1. Überblick	120
2. Generelles Fusionsverbot für Großunternehmen des Handels	120
a) Vorschlag der SPD	120
b) Vorschlag der Grünen	121
c) Monopolkommission	121
d) Bewertung	122

3. Anpassung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 22 GWB an die Besonderheiten der Handelsnachfrageseite	123
a) Vorschlag von Ulmer	123
b) Vorschläge der CDU	124
aa) „Nachfragemachtbezogene Anpassung der Fusionskontrolle im Handel“	124
bb) „Verbrauchernahe Handels- und Dienstleistungsbereiche“	125
c) Bewertung	125
4. Eigenständige Marktbeherrschungsdefinition für die Nachfrageseite generell	127
a) Vorschlag des DIHT	127
b) Weitere Diskussionsbeiträge	127
c) Bewertung	128
5. Weitere Vorschläge	128
a) Gesetzliche Marktabgrenzungsdefinition	129
b) Streichung des Tatbestandsmerkmals „im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern“	129
c) Einfügung weiterer Kriterien in § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB	130
d) Vermutungsansätze	131
aa) Halbierung der Marktanteile	131
bb) Unwiderlegbarkeit der qualifizierten Oligopolvermutung	132
e) Streichung der Bagatellmarktklausel	133
III. Argumente gegen eine Verschärfung der Fusionskontrolle auf der Nachfrageseite des Handels	134
IV. Erweiterung des Marktbeherrschungsbegriffes durch die 5. GWB-Novelle	137
1. Entwicklungsstationen des Gesetzes	137
2. Darstellung der Änderung	138
3. Auslegung und Bewertung	139

Teil 6

Nachfragemacht und europäische Fusionskontrolle

I. Ausgangspunkt	143
II. Überblick über das EG-Recht der Zusammenschlußkontrolle	144
1. Art. 86 EWGV („Continental-Can-Doktrin“)	144
2. Art. 85 EWGV („Morris-Rothmans“)	145
3. Geplante Fusionskontroll-Verordnung	147

III. Erfassung von Nachfragemacht	150
1. Art. 86 EWGV	150
a) Anwendbarkeit auf die Nachfrageseite	150
b) Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes	151
c) Nachfragemarktbeherrschung	152
d) Nachfragemachtmißbrauch durch Zusammenschluß	154
e) Grundsätzlich nur ex-post-Kontrolle	155
2. Art. 85 EWGV	156
a) Anwendbarkeit auf die Nachfrageseite	156
b) Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes	157
c) Übertragung der Grundsätze des EuGH auf die Nachfrageseite	157
d) Verhältnis zu Art. 86 EWGV	159
e) Grundsätzlich nur ex-post-Kontrolle	160
3. Geplante Fusionskontroll-Verordnung	160
a) Anwendbarkeit auf die Nachfrageseite	160
b) Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes	163
c) Untersagungskriterium	163
d) Genehmigungskriterien	164
e) Verhältnis zu Art. 85, 86 EWGV	165
Zusammenfassung in Thesenform	167
Literaturverzeichnis	171
Stichwortverzeichnis	191

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Ansicht
aaO.	= am angegebenen Ort
ABl. EG	= Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	= Absatz
a. E.	= am Ende
AG	= Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen)
Art.	= Artikel
Aufl.	= Auflage
BAG	= Bundesarbeitsgemeinschaft der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels e.V. Köln
BAG-Nachr.	= Mitteilungen der Bundesarbeitsgemeinschaft der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels e. V.
BauNVO	= Baunutzungsverordnung
BB	= Der Betriebs-Berater
Bd.	= Band
BDI	= Bundesverband der Deutschen Industrie
Begr.	= Begründung
Beil.	= Beilage
BFH	= Bundesfinanzhof
BFuP	= Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKartA	= Bundeskartellamt
BMWi	= Bundeswirtschaftsministerium
BR	= Bundesrat
BReg.	= Bundesregierung
BStBl.	= Bundessteuerblatt
BStG	= Biersteuergesetz
BT	= Bundestag
BVE	= Bundesvereinigung der Deutschen Ernährungsindustrie
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	= beziehungsweise
ca.	= circa
CMLR	= Common Market Law Review

CR	= Computer und Recht
dass.	= dasselbe
DB	= Der Betrieb
ders.	= derselbe
d.h.	= das heißt
dies.	= dieselbe
DIHT	= Deutscher Industrie- und Handelstag
Diskuss.	= Diskussion
Diss.	= Dissertation
Drucks.	= Drucksache
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
ECLR	= European Competition Law Review
EG	= Europäische Gemeinschaften
EG-Komm.	= Kommission der Europäischen Gemeinschaften
EuGH	= Europäischer Gerichtshof
EuGH Slg.	= Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften
EuR	= Europarecht
EWG	= Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	= Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
f.	= folgende
FAZ	= Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	= fortfolgende
FIW	= Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. Köln
FIW-Dok.	= FIW-Dokumentation
FK	= Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
FLF	= Finanzierung — Leasing — Factoring
Fn.	= Fußnote
G & L	= Glendinning und Lehning
GBTE	= Groeben / Boeckh / Thiesing / Ehlermann, Kommentar z. EWG-Vertrag
gem.	= gemäß
GG	= Grundgesetz
ggf.	= gegebenenfalls
GK	= Gemeinschaftskommentar, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht
GRUR	= Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HB	= Handelsblatt (Wirtschafts- und Finanzzeitung)
h.M.	= herrschende Meinung
Hrsg.	= Herausgeber
i.allg.	= im allgemeinen
i.d.Rs.	= in der Rechtssache

i.e.	= im einzelnen
i.Erg.	= im Ergebnis
Ifo-Institut	= Ifo-Institut für Wirtschaftsforschung
i.H.v.	= in Höhe von
IM	= Immenga / Mestmäcker, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar
insbes.	= insbesondere
i.S.d.	= im Sinne des
i.V. m.	= in Verbindung mit
JA	= Juristische Arbeitsblätter
JZ	= Juristenzeitung
KG	= Kammergericht
Kommission	= Kommission der Europäischen Gemeinschaften
LadenSchlG	= Ladenschlußgesetz
LG	= Landgericht
LMBG	= Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz
LZ	= Lebensmittelzeitung (Deutsche Handelszeitung)
MA	= Markenartikel (Zeitschrift der Markenartikelindustrie)
m.a.W.	= mit anderen Worten
Mio.	= Million
MK	= Monopolkommission
Mrd.	= Milliarde
m.v.w.N.	= mit vielen weiteren Nachweisen
m.w.N.	= mit weiteren Nachweisen
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	= Nummer
NVwZ	= Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OECD	= Organization for Economic Co-operation and Development
OLG	= Oberlandesgericht
ORDO	= Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
rd.	= rund
Rdnr.	= Randnummer
RIW	= Recht der Internationalen Wirtschaft, Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
Rspr.	= Rechtsprechung
S.	= Satz / Seite / siehe
Slg.	= Amtliche Sammlung
sog.	= sogenannt
st.Rspr.	= ständige Rechtsprechung
Tab.	= Tabelle
TB	= Tätigkeitsbericht
Tz.	= Textziffer
u.a.	= unter anderem
unstr.	= unstrittig
u.U.	= unter Umständen

v.	= vom
Verf.	= Verfasser
vgl.	= vergleiche
VO	= Verordnung
VwVfG	= Verwaltungsverfahrensgesetz
WD	= Wirtschaftsdienst (Wirtschaftspolitische Monatsschrift)
Wiss.Beirat BMWi	= Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesminister für Wirtschaft
WiSt	= Wirtschaftswissenschaftliches Studium
WM	= Wertpapiermitteilungen — Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WRP	= Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	= Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	= WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
z.B.	= zum Beispiel
ZfB	= Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfgG	= Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZGR	= Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	= Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
zit.	= zitiert
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik
z.T.	= zum Teil

Einführung und Gang der Darstellung

Kaum ein anderes Thema hat die kartellrechtliche Diskussion der letzten Jahre in der Bundesrepublik Deutschland so bestimmt wie die anhaltende Konzentration im Handel, vor allem im Lebensmittelhandel. Neben dem Problem der Größtfusionen und der zunehmenden Infragestellung der wettbewerblichen Ausnahmebereiche war sie hauptsächlich Auslöser für die Durchführung der 5. GWB-Novelle, die im Laufe des Jahres 1989 vom Gesetzgeber verabschiedet werden wird und durch die im Bereich des Handels das kartellrechtliche Instrumentarium gegen Konzentration und Machtmißbrauch verbessert werden soll. Einen Teilaspekt der umfassenden Diskussion über die Handelskonzentration bildet das Verhältnis von Handel und Industrie, für welches das fast schon legendär gewordene Schlagwort „Nachfragemacht des Handels“ geprägt wurde.

Die Diskussion über das Phänomen „Nachfragemacht“ begann bereits in den 60-er Jahren. Sie wurde damals vornehmlich durch die Schriften *Sölters*¹ und die sich daran anschließende Kontroverse zwischen *Sölter* und *Kathrein*² ausgelöst. Trotz formaler Gleichbehandlung durch das GWB³ hinkte die wirtschaftstheoretische Erfassung der Nachfrageseite derjenigen der Angebotsseite lange Zeit hinterher und es bestehen auch heute noch — nicht nur bei der Funktionsweise des Nachfragewettbewerbs⁴ — beträchtliche theoretische Defizite.⁵

Eine Neubelebung erfuhr die wissenschaftliche Diskussion über die Nachfragemacht durch das 7. Sondergutachten der *Monopolkommission*⁶, das sog. Nachfragemacht-Gutachten, welches im Jahre 1977 vorgelegt wurde.

Schon mit der Vierten Kartellrechtsnovelle sollten dem *BKartA* weitere rechtliche Möglichkeiten an die Hand gegeben werden, um gegen Nachfragemacht und deren Mißbrauch vorzugehen.⁷ Seinen Ausdruck fand dies in der Schaffung der §§ 26 Abs.2 S.3, Abs.3; 37 a Abs.3 GWB und der Neufassung des § 22

¹ *Sölter*, Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung; *ders.*, MA 1961, 337 ff.; *ders.*, DB 1964, 1251 ff.; *ders.*, WuW 1968, 317 ff.

² *Kathrein*, Nachfrage im Wettbewerb.

³ *Wendland*, WuW 1983, 357.

⁴ Vgl. *Knöpfle*, BB 1987, 1960 ff.

⁵ Vgl. neuerdings *Kerber*, Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht, der eine theoretische Klärung des Nachfragemachtproblems im Rahmen einer evolutionären Spielraumanalyse versucht. S. auch *Kirschner*, Nachfragemacht, S. 33 ff.

⁶ *MK*, Sondergutachten 7, Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen; vgl. hierzu *Ulmer*, WuW 1978, 330 ff.

⁷ Vgl. Begr. der BReg., BT-Drucks. 8 / 2136, S. 15 ff.

Abs.4 GWB. Hervorzuheben ist auch die Neueinrichtung der 9. Beschlußabteilung beim *BKartA* im Jahre 1980, die sich intensiv mit der Handelskonzentration und insbesondere auch mit Problemen der Nachfragemacht beschäftigt.

Das Schrifttum zur Nachfragemacht ist heute kaum mehr zu übersehen. Die Konjunktur dieses Phänomens in Gesetzgebung, Wissenschaft und Praxis bezog sich bis vor kurzem jedoch vornehmlich auf die Verhaltenskontrolle. Erst in den Jahren 1981 bis 1984 untersagte das *BKartA* vier Zusammenschlüsse aus dem Bereich des Handels, schwerpunktmäßig aus dem Lebensmittelhandel, zumindest auch wegen Marktbeherrschung von Nachfragern.⁸

Eine gerichtliche Überprüfung der vom *BKartA* dabei für die Nachfrageseite aufgestellten Thesen erfolgte nur in beschränktem Umfang.⁹ Eine höchstrichterliche Klärung der zahlreichen aufgeworfenen Probleme liegt nicht vor und ist in überschaubarer Zukunft auch nicht zu erwarten, da das *BKartA* nach der rechtskräftigen Entscheidung des *Kammergerichts* im Fall „Coop-Wandmaker“ gegen Fusionen im Lebensmittelhandel nur noch im Hinblick auf Marktbeherrschung auf Angebotsmärkten vorgeht.¹⁰

Auch die Literatur geht erst in neuerer Zeit auf die Probleme ein, die die Nachfrageseite in der Zusammenschlußkontrolle aufwirft. Überwiegend steht sie der Praxis des *BKartA* in diesem Bereich eher skeptisch gegenüber. Selbst maßgebliche Vertreter aus dem *BKartA* wollen in den genannten Untersagungsverfügungen einen grundlegenden Wandel in der Amtspraxis erkennen und stellen die Frage, ob damit nicht die Glaubwürdigkeit der Fusionskontrolle tangiert sei.¹¹

Aufsehen erregte endlich auch das Sondergutachten der *Monopolkommission* zur Konzentration im Lebensmittelhandel aus dem Jahre 1985¹², in dem die Kommissionsmehrheit die Kartellamtspraxis betreffend die Nachfragemacht in der Fusionskontrolle als im wesentlichen nicht gesetzeskonform ansah.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich aus juristischer Sicht mit den Problemen, die bei der Behandlung der Nachfrageseite des Handels in der materiellen Zusammenschlußkontrolle auftreten. Es wird der Versuch unternommen, die Nachfragemacht in der Fusionskontrolle auf der Grundlage des geltenden Rechts sinnvoll zu erfassen.¹³

⁸ *BKartA* WuW/E BKartA 1897 ff. („Hussel-Mara“); *BKartA* WuW/E BKartA 1970 ff. („Coop-Supermagazin“); *BKartA* WuW/E BKartA 2060 ff. („Metro-Kaufhof“); *BKartA* WuW/E BKartA 2161 ff. („Coop-Wandmaker“).

⁹ *KG* WuW/E OLG 3577 ff. („Hussel-Mara“); *KG* WuW/E OLG 3917 ff. („Coop-Wandmaker“).

¹⁰ Vgl. TB BKartA 1985/1986, S. 9; TB BKartA 1987/1988, S. 9.

¹¹ *Markert*, AG 1986, 173, 180.

¹² *MK*, Sondergutachten 14, Die Konzentration im Lebensmittelhandel, 1985; vgl. hierzu *Hölzler/Wissel*, MA 1985, 396 ff.; *Ahlert*, MA 1985, 536 ff.; *Arndt*, MA 1985, 556 ff.; *Markert*, Blick durch die Wirtschaft v. 10. 5. 1985, S. 3; *Nacken*, BAG-Nachr. 1/1986, S. 5 ff.

Teil 1 der Arbeit stellt die verschiedenen Erscheinungsformen der Nachfragemacht und den entscheidungsrelevanten Tatbestand dar. Dabei wird die Konzentration im Lebensmittelhandel aufgezeigt und die bislang zur Entscheidung gelangten Zusammenschlußfälle werden vorgestellt.

Die Frage, wie das vorhandene Instrumentarium des nationalen Rechts der Fusionskontrolle auf den festgestellten Sachverhalt anzuwenden ist, soll in den Teilen 2 bis 4 behandelt werden. Nach einer kurzen Darstellung der bislang entwickelten theoretischen Ansatzpunkte zur Erfassung von Nachfragemacht bzw. Marktbeherrschung auf der Nachfrageseite stellen die Marktabgrenzung und die Bestimmung der Marktmacht von Nachfragern die beiden Hauptprobleme dar. Hierbei erfolgt jeweils eine Auseinandersetzung mit bestehenden Lösungskonzepten. Ganz im Mittelpunkt der Betrachtungen steht eine differenzierte Darstellung und Übertragung der Beurteilungskriterien des § 22 Abs.1 Nr.2 GWB auf Nachfragemarktbeherrschung.

Schließlich beschäftigt sich Teil 5 mit den in der 5. GWB-Novelle vorgesehenen Änderungen der gesetzlichen Untersagungs Voraussetzungen der Fusionskontrolle im Handel, soweit sie die Nachfrageseite betreffen. Dabei werden zunächst die hierzu in der vehement geführten Novellierungsdiskussion eingebrachten Vorschläge, welche als Alternativkonzepte für die Auslegung der neuen Vorschriften von Interesse sein können, dargestellt und kritisch gewürdigt. Eine Übersicht über die Argumente der Novellierungsgegner schließt sich an. Bei der Darstellung und Analyse der durch die Novelle verfolgten Konzeption steht im Mittelpunkt der Betrachtung die Frage, ob bzw. in welcher Hinsicht sich die bislang geltende Rechtslage tatsächlich ändern wird.

Im abschließenden Teil 6 der Untersuchung werden Parallelprobleme auf der Ebene des europäischen Gemeinschaftsrechts behandelt. Dabei soll die Frage beantwortet werden, ob und inwieweit Nachfragemacht im europäischen Recht der Zusammenschlußkontrolle eine Rolle spielen kann. Der Untersuchung werden sowohl Art. 85, 86 EWGV als auch die geplante Fusionskontroll-Verordnung zugrundegelegt.

¹³ Vgl. die Forderung von *Karte*, Marktstruktur, S. 58 f.