

Die Übernahme von Denner durch Migros verstösst gegen das Kartellgesetz

Thomas von Ungern-Sternberg
Faculté des HEC, Universität Lausanne
Schweiz

Mario Jametti
Dept. of Economics, York University,
Toronto, Canada

Zusammenfassung: Wir untersuchen ob es wahrscheinlich ist, dass die Weko der Übernahme von Denner durch die Migros zustimmt. Die Entscheide der europäischen Wettbewerbsbehörden in ähnlichen Fällen sind für diese Zwecke sehr aufschlussreich. Wir kommen zum Schluss, dass die Fusion mit hoher Wahrscheinlichkeit ganz verboten wird. Sowohl die Konzentration als auch die Marktzutrittschranken auf dem Schweizer Lebensmittel Detailhandel sind schon heute sehr hoch. Die Übernahme der "dritten Kraft" durch das marktmächtigste Unternehmen würde zum Ausschluss des wirksamen Wettbewerbs führen, und zwar sowohl aus der Perspektive der Kunden als auch aus der Perspektive der Hersteller. Eventuell ist die Weko nicht bereit mit der nötigen Konsequenz vorzugehen und wird sich damit begnügen, dass entweder die alten Pickpay Filialen oder die alten Denner Filialen an einen potenten Konkurrenten aus dem Ausland verkauft wird.

0. Einleitung

Mitte Januar 2007 hat die Migros angekündigt, sie wolle 70% der Denner-Aktien übernehmen. Diese Transaktion würde ihr natürlich eine weitgehende Kontrolle über Denner geben. Nur knapp 2 Jahre früher hatte Denner das gesamte Filialnetz der Pickpay übernommen. Viele hofften damals, dass diese Fusion dazu beitragen würde, im Schweizer Lebensmittelhandel eine "dritte Kraft" entstehen zu lassen, also ein drittes landesweit tätiges Unternehmen im Lebensmittel-Einzelhandel (LEH), das sowohl für die Hersteller als auch für die Kunden eine echte Alternative darstellen könnte. Wird die Übernahme von Denner durch die Migros von der Wettbewerbskommission (Weko) genehmigt, so ist es mit diesen Träumen erst einmal für einige Jahrzehnte vorbei.

Aus der Perspektive der Wettbewerbspolitik sind die besten verfügbaren Zahlen über den Lebensmittel-Detailhandel die Daten der ACNielsen. Aus diesen geht hervor, dass im Jahr 2004 die Migros einen Marktanteil von 37% hatte; die COOP brachte es auf 35% und weit abgeschlagen folgte Denner-Pickpay mit 10%. Keiner der anderen Verteiler bringt es auf einen Marktanteil von 5%.

Diese Marktanteile sind wesentlich höher als die Angaben, die Migros und COOP selber publizieren. Die Migros behauptet gerne, sie habe einen Marktanteil von nur 16.6%, und die COOP beansprucht für sich nur 15.4% des Marktes. Es gibt natürlich verschiedene Möglichkeiten Marktanteile zu definieren. Bei den Zahlen, die Migros/COOP systematisch verbreiten, werden z.B. auch die Lebensmittel, welche an Restaurants und Krankenhäuser geliefert werden, mitgezählt, genau wie die Kartoffeln, die man am Wochenende auf dem Markt kauft oder der Schokoladenriegel aus der Tankstelle. Wir werden weiter unten darlegen, warum die von Migros und COOP deklarierten Marktanteile aus der Perspektive der Wettbewerbspolitik weitgehend irrelevant sind, man sich also primär an den ACNielsen Angaben orientieren sollte.

Nach der Übernahme würde Migros-Denner also einen Marktanteil von über 45% haben, COOP würde mit 35% folgen, und alle anderen Anbieter kämen zumindest zum jetzigen Zeitpunkt in die Kategorie "ferner liefern". In Anbetracht dieser sehr hohen Marktanteile ist es offensichtlich, dass die Weko die geplante Übernahme genauer unter die Lupe nehmen muss.

Seit das neue Kartellgesetz im Jahr 1995 in Kraft getreten ist, hat die Weko nur relativ selten die Möglichkeit gehabt, sich mit einer so bedeutenden Fusion auseinanderzusetzen. Der mit Abstand wichtigste Fall, den sie bisher untersucht hat, war die Fusion UBS-SBV. Diese wurde unter nur sehr schwachen Auflagen genehmigt; ein Entscheid, der europaweit mit verständnislosem Kopfschütteln begrüsst wurde. Auch Mitglieder der Weko meinen diplomatisch, sie habe seither "dazugelernt". Die Migros-Denner Übernahme wird zeigen, ob dies tatsächlich der Fall ist.

Das Schweizer Kartellgesetz lehnt sich stark an das europäische Wettbewerbsrecht an.¹ Auch wenn es also für die Schweiz nur wenig Präzedenzfälle gibt, so kann man doch aus analogen EU-Fällen einiges lernen und sich ein Urteil bilden, ob es wahrscheinlich ist, dass die Weko die Übernahme genehmigen wird und wenn ja, unter welchen Auflagen.

¹ Auch wenn es in der Schweiz, wie weiter unten noch dargestellt, etwas leichter ist die Kriterien der Fusionskontrolle zu erfüllen.

Ziel dieser Arbeit ist es, die wichtigsten Ansätze, welche in der europäischen Wettbewerbspolitik im Bereich des LEH angewandt werden, kurz darzustellen. Wendet die Weko ähnliche Methoden an wie die EU, so ist es kaum vorstellbar dass die Migros-Denner Fusion in ihrer geplanten Form über die Bühne gehen wird. Uns scheinen zwei Alternativen denkbar:

- Entweder die Fusion wird ganz verboten. Aus der Perspektive der Wettbewerbspolitik wäre dies mit Sicherheit die beste Lösung. Sowohl Migros wie COOP haben auf dem Schweizer LEH inzwischen ein solches Gewicht, dass es wettbewerbspolitisch unverantwortlich wäre ihnen die Möglichkeit zu geben, durch externes Firmenwachstum (Übernahmen) ihre Marktanteile noch einmal signifikant zu erhöhen und den Wettbewerb weiter abzuschwächen. Es besteht kaum ein Zweifel, dass die Wettbewerbshüter der EU in diesem Sinne entscheiden würden.
- Oder aber die Weko ist nicht bereit einen ganz so radikalen Schritt zu nehmen. Das Kartellgesetz erlaubt ihr nur dann Fusionen zu verbieten, wenn dadurch der wirksame Wettbewerb **ausgeschlossen** wird. (Im europäischen Wettbewerbsrecht reicht es, wenn der wirksame Wettbewerb "stark behindert" wird). Sie könnte die Übernahme dann erlauben unter der Auflage, dass entweder das Filialnetz der früheren Pickpay oder das Filialnetz des alten Denner an einen grösseren europäischen Konkurrenten verkauft wird. Die negativen Auswirkungen der Übernahme des einen Filialnetzes würden so zumindest teilweise dadurch kompensiert, dass einem finanzkräftigen europäischen Konkurrenten die Möglichkeit geboten würde, innert kurzer Frist ein landesweites Vertriebsnetz aufzubauen. Dies könnte dazu beitragen, den Wettbewerb wieder zu beleben.

Im Rahmen unserer Überlegungen wollen wir uns auch kritisch mit den bisherigen Untersuchungen der Weko im Bereich des LEH auseinandersetzen. Wir sind zwar der Ansicht, dass ihre Entscheidungen in diesem Bereich im Grossen und Ganzen richtig lagen; bei der Art, wie diese Entscheide begründet wurden, scheinen uns jedoch gewisse Schwachpunkte zu bestehen, die es zu beseitigen gilt.

1. Das Problem der Marktanteile

Wie schon eingangs erwähnt, weichen die Marktanteile im Lebensmittel-Einzelhandel (LEH), welche Migros und COOP regelmässig veröffentlichen, stark von den ACNielsen Angaben ab. In der Wettbewerbspolitik geht es darum, den Marktanteil der betroffenen Unternehmen im sogenannten "relevanten Markt" zu bestimmen. In den relevanten Markt sind all diejenigen Anbieter aufzunehmen, die aus der Sicht der Kunden (und der Hersteller) als echte Alternativen einzustufen sind.

Kundenperspektive

Betrachten wir das Problem erst einmal aus der Perspektive der Konsumenten. Lebensmittel kauft der Kunde in Hypermärkten, Supermärkten, "Tante Emma Läden", Restaurants, auf Märkten, in Tankstellen, im spezialisierten Einzelhandel (Bäckereien, Fleischer, etc) usw. Welche dieser Alternativen sind in den relevanten Markt einzuschliessen? Die europäischen Wettbewerbsbehörden sind schon häufig mit dieser Frage konfrontiert worden. Nach eingehenden Untersuchungen des Konsumentenverhaltens sind sie zum Schluss gekommen,

dass Restaurants, Tankstellen, der spezialisierte Einzelhandel, usw. nicht in denselben relevanten Markt gehören wie die Supermärkte. Zwar ist es richtig, dass ein erheblicher Anteil der Kunden sich immer wieder auch bei diesen alternativen Vertriebsformen Lebensmittel besorgt, aber aus verschiedenen Gründen ist trotzdem nicht davon auszugehen, dass es sich um echte Alternativen handelt.² Da auch die Weko in ihren bisherigen Untersuchungen immer von diesem Ansatz ausgegangen ist, scheint es nicht notwendig, diese Frage weiter zu vertiefen. Vielleicht sollten Migros und COOP dazu übergehen, in ihrer Kommunikationspolitik mit Marktanteilen zu arbeiten, welche eher der ökonomischen Realität entsprechen.

Die Weko hat sich bisher nicht zu der Frage geäußert, ob Supermärkte und Hypermärkte in denselben relevanten Markt gehören. Auch die EU-Behörden haben diese Frage bisher nicht behandelt. Da sowohl Pickpay als auch Denner eher kleinere Supermärkte betreiben, während Migros und COOP auch im Hypermarkt-Bereich tätig sind, ist es vorstellbar, dass die Migros versuchen wird zu argumentieren, man müsse ihre Umsätze in den Hypermärkten bei der Definition des relevanten Marktes nicht mitberücksichtigen. Es ist unwahrscheinlich, dass sie mit dieser Argumentation bei der Weko durchkommen würde. Eine ganze Reihe der früheren Pickpay Läden befinden sich in denselben Gebäuden wie die Migros-Grossmärkte. Historisch gesehen entstand diese Situation aus der Notwendigkeit, die Einkaufszentren für die Kunden dadurch attraktiv zu machen, dass auch Alkoholika und Tabakwaren angeboten werden. In dieser Hinsicht ergänzen sich Migros und Pickpay also sehr gut. Da der Kunde aber sowieso bei Denner/Pickpay vorbei muss, wird er dort leicht auch andere Produkte aus dem Near-Food Bereich kaufen, bei denen Denner/Pickpay ein besseres Preis/Leistungsverhältnis aufweist. Aus dieser Perspektive sind Migros und Denner/Pickpay als echte Alternativen anzusehen, die für gewisse Produkte in starkem Wettbewerb stehen.

Als Nächstes gilt es die Frage zu klären, ob es sich beim LEH um einen lokalen oder um einen nationalen Markt handelt. Aus der Perspektive des einkaufenden Kunden ist es eindeutig so, dass nur eine lokale Marktdefinition in Frage kommt. Die COOP in Lausanne ist keine echte Alternative zur Migros in Genf. In der europäischen Rechtsprechung geht man im Allgemeinen davon aus, dass nur Läden die innerhalb eines Umkreis von 20 Minuten (per Auto) liegen in denselben regionalen Markt gehören. Auch die Weko hat bei ihrem COOP/Waro Entscheid mit diesem Kriterium gearbeitet.³

Herstellerperspektive

Dennoch wird auf europäischer Ebene häufig mit einem nationalen Markt argumentiert. Zum einen liegt das daran, dass die Preis- und Produktpolitik der Anbieter im LEH zum grossen Teil auf nationaler Ebene bestimmt wird. Zum anderen ist dieser Ansatz aber auch darauf zurückzuführen, dass man nur so der Problematik aus der Perspektive der Hersteller gerecht werden kann. Eine übertriebene Konzentration im Detailhandel hat nicht nur für die Kunden negative Auswirkungen (zu wenig Auswahl, überhöhte Preise). Für die Hersteller von Konsumgütern sind die negativen Folgen mindestens ebenso gross. Der LEH ist für viele von ihnen ein unausweichlicher Partner, um ihre Produkte an den Endverbraucher zu bringen. Wenn der Detailhandel sich weigert, ihre Produkte in sein Sortiment aufzunehmen, oder dies nur zu finanziell kaum tragbaren Bedingungen tut, so führt dies für die Produzenten zu

² Restaurants und Tankstellen z.B. sind wesentlich teurer, im spezialisierten Einzelhandel kann man kein "one-stop-shopping" betreiben usw.

³ Recht und Politik des Wettbewerbs 2003/3 S.559-601.

erheblichen Ertragseinbussen, die eventuell sogar existenzbedrohend sein können. Nur wenn der Produzent die Möglichkeit hat, auf eine genügend grosse Anzahl anderer Vertriebspartner auszuweichen, kann man von "wirksamen Wettbewerb" reden.

Für die Lieferanten von COOP und Migros ist die Lage schon heute kritisch. Erstens haben die beiden Marktführer gemeinsam einen sehr hohen Marktanteil (>70%). Hinzu kommt, dass die Migros schon traditionell immer einen sehr hohen Anteil Eigenprodukte führte und auch die COOP sich immer mehr in diese Richtung bewegt. Der Spielraum für die Lieferanten wird immer enger, und für viele von ihnen entwickelt sich Denner zu der letzten valablen Alternative zu COOP und Migros.

Um ein Markenprodukt an die Konsumenten zu bringen und Markentreue zu stärken, ist es häufig notwendig, auf nationale Werbeträger (Fernsehen, Tageszeitungen) zurückzugreifen. Es ist ökonomisch kaum sinnvoll, die hohen Kosten einer nationalen Werbekampagne auf sich zu nehmen, wenn das umworbene Produkt dann nur von einem Bruchteil der Konsumenten tatsächlich in den Regalen gefunden (und gekauft) wird. Dies ist ein wichtiger Grund, warum mit einem nationalen "relevanten Markt" gearbeitet werden muss.

Auch aus der Perspektive der Hersteller ist es nicht sinnvoll, alternative Vertriebskanäle wie Restaurants, Kioske, Tankstellen, Märkte usw., in den relevanten Markt miteinzubeziehen. Die Europäischen Wettbewerbsbehörden rechtfertigen dies so: "Es ist zu berücksichtigen, dass für die Hersteller verschiedene Absatzwege nicht ohne Weiteres austauschbar sind. Unterschiedliche Gebindegrößen, Aufmachung und Verpackung (für die teilweise spezielle Maschinen oder andere Produktionsmittel erforderlich sind), unterschiedliche Verkaufsstrategien (z.B. im LEH und der Gastronomie), Erfordernis von unterschiedlichen Kenntnissen und Kontakten für verschiedene Vertriebswege und unterschiedliche Logistik erschweren den Wechsel zwischen Absatzkanälen. Dies deutet darauf hin, dass - jedenfalls für bestimmte Produktgruppen - von einem reinen LEH Beschaffungsmarkt auszugehen ist."⁴

Zusammenfassend können wir also festhalten, dass der relevante Markt für die Kunden auf lokaler für die Hersteller aber auf nationaler Ebene zu definieren ist. Die Unternehmen, die in diesem Markt tätig sind, decken sich ziemlich genau mit denjenigen, die auch von ACNielsen berücksichtigt werden. Migros/Denner/Pickpay würden auf diesem Markt einen Marktanteil von fast 50% haben, die neue Migros und COOP würden es auf einen Marktanteil von über 80% bringen. Eine so hohe Marktkonzentration stellt eindeutig ein erhebliches wettbewerbspolitisches Problem dar.

2. Marktzutritt

Schon heute kontrollieren Migros und COOP zusammen über 70% des Schweizer LEH. Ob man bei diesen hohen Marktanteilen⁵ eine weitere Konzentration für vertretbar hält, hängt entscheidend davon ab, wie hoch die Marktzutrittschranken auf diesem Markt sind. Die EU-

⁴ Rewe Meinel (1999) S. 21.

⁵ Im Fall Rewe/Meinel schreibt die Kommission: "Österreich gehört zu den Mitgliedsstaaten mit den höchsten Konzentrationen im LEH. Die fünf führenden Anbieter vereinen mehr als 80% Marktanteil auf sich, die beiden stärksten Anbieter allein fast 60%. Dies ist - mit Ausnahme von Finnland - die höchste Konzentration in der Gemeinschaft."

Wettbewerbsbehörden gehen im LEH davon aus, dass die Marktzutrittschranken eindeutig als hoch einzustufen sind. Im Fall Rewe/Meinl schreiben sie dazu:

"Die bereits heute bestehenden Marktzutrittschranken zum österreichischen LEH-Markt werden durch den Zusammenschluss weiter erhöht. Bereits heute ist der Markt des LEH in Österreich durch hohe Marktzutrittschranken gekennzeichnet. Dies gilt insbesondere für grossflächige Verkaufsstellen. Zum einen unterwerfen die Raumordnungsgesetze und Bauordnungen..... die Eröffnung von LEH-Verkaufsflächen einer behördlichen Genehmigung bzw. ab einer bestimmten Verkaufsfläche sogar erheblichen Beschränkungen bis hin zu Verboten... Zum anderen sind über die bereits bestehenden Verkaufsstellen hinaus - vor allem in den städtischen Ballungsgebieten - geeignete Flächen für zusätzliche Verkaufsstellen des LEH nur begrenzt verfügbar. Beide Umstände stellen eine erhebliche Zutrittschranke zum österreichischen LEH-Markt dar. Hinzu kommt, dass der österreichischen LEH schon heute eine hohe Konzentration aufweist....

Angesichts der bestehenden Markteintrittsbarrieren ist es nicht überraschend, dass in der Vergangenheit Versuche ausländischer Unternehmen, in den österreichischen Markt einzutreten, fehlgeschlagen haben. ...Auch die Tengelmann Tochter Löwa, die seit den 70er Jahren in Österreich tätig ist, hat Schwierigkeiten nachhaltig Fuss zu fassen. Ihr Marktanteil liegt nach wie vor deutlich unter 10%.... Zwar ist das deutsche Handelsunternehmen Lidl derzeit dabei, auf dem österreichischen LEH-Markt tätig zu werden. Insoweit ist jedoch festzuhalten, dass die Tätigkeit bislang auf wenige Filialen beschränkt ist und erst nach jahrelangen Bemühungen möglich war....

Durch den Zusammenschluss wird der Konzentrationsgrad im österreichischen LEH noch erheblich erhöht und damit ein Marktzutritt für Newcomer weiterhin erschwert. Es kann daher nicht angenommen werden, dass der Verhaltensspielraum von Rewe/Billa/Meinl unter dem Gesichtspunkt potentiellen Wettbewerbs beschränkt wird."⁶

Es scheint uns offensichtlich, dass man diese Analyse voll und ganz auf die Schweiz übertragen kann. Niemand wird wohl ernsthaft behaupten, dass die Raumordnungsgesetze und die Bauordnungen in unserem Land weniger restriktiv sind als in Österreich. Insbesondere in den stark besiedelten Gebieten sind die besten Standorte schon längst von Migros und COOP beschlagnahmt, was ihnen einen erheblichen Wettbewerbsvorteil verschafft. Marktzutritt in grösserem Stil ist wenn überhaupt dann nur mit hohen Kosten, langen Wartezeiten und an weniger attraktiven Standorten möglich.

Es lohnt sich, diesen Punkt besonders zu betonen, da die schweizerische Weko bei der Übernahme der Waro durch COOP zu ganz anderen Schlüssen kam. Sie schreibt: "Wie bereits erwähnt, setzte der erfolgreiche Markteintritt von Carrefour den schweizerischen Detailhandelsmarkt im gegenwärtigen Zeitpunkt einem neuen Wettbewerbsdruck aus, insbesondere bezüglich Preisen und Sortiment. Diese Entwicklung verstärkt nicht nur den aktuellen Wettbewerb, sondern zeigt, dass der Markt neuen Anbietern offensichtlich offen steht, und somit einer disziplinierenden Wirkung des potenziellen Wettbewerbs unterliegt."⁷

⁶ Rewe/Meinl (1999) S. 14 -15.

⁷ Sogar das Internet strapaziert die Weko in diesem Zusammenhang: "Es ist auf den nicht vernachlässigbaren Einfluss des E-Commerce hinzuweisen, das trotz seines tiefen Entwicklungsstandes in gewissen Bereichen zunehmend an Bedeutung gewinnt." (COOP/Waro S. 578). Das mit Abstand wichtigste Internet-Geschäft im Lebensmittelbereich (Le Shop) gehört der Migros, und auch Le Shop hat bisher hauptsächlich rote Zahlen eingefahren.

In den Schlussfolgerungen liest man sogar: "...Es bestehen keine Hinweise für das Vorhandensein künstlicher Eintrittsbarrieren. Der Markt ist der disziplinierenden Wirkung potenziellen Wettbewerbs aus dem Ausland ausgesetzt."⁸

Es muss betont werden, dass es sich bei dem eher bescheidenen Marktzutritt von Carrefour (11 Hypermärkte, die kaum flächendeckend verteilt sind) nicht einmal um echten "de novo" Marktzutritt handelte. Carrefour hat lediglich die Verkaufsstellen von Jumbo übernommen. Die Tatsache, dass Carrefour diese Strategie gewählt hat, unterstreicht eindrücklich wie schwer echter Marktzutritt ist, wenn man erst einmal die gesamte Infrastruktur (Verkaufsflächen, Verteilerzentralen etc.) aus dem Boden stampfen muss.

Es scheint uns offensichtlich, dass die Weko und die EU-Behörden sehr unterschiedliche Kriterien anwenden, wenn es um die Beurteilung des potenziellen Wettbewerbs geht. Da die gesetzliche Ausgangslage sich in weiten Bereichen deckt, ist nur schwer zu verstehen, wie es zu so eklatanten Unterschieden kommen kann.

Aus den oben zitierten Passagen könnte man zum Schluss kommen, dass die europäischen Behörden sich tendenziell mehr an harten Tatsachen orientieren, während die Weko sich hauptsächlich auf die Aussagen der betroffenen Parteien verlässt.

Uns scheint, auch in der Schweiz sprechen die Tatsachen eine klare Sprache. Es ist keinem der grossen europäischen Unternehmen im LEH je gelungen, in der Schweiz nennenswerte Marktanteile zu gewinnen. Es ist offensichtlich, dass dies zumindest zum Teil darauf zurückzuführen ist, dass COOP und Migros strategisch die günstigsten Lagen besetzt haben, und es gerade in der Schweiz enorm kostspielig und zeitaufwendig wäre (an oft zweitklassigen Lagen) ein dichtes Netz an Verkaufsstellen zu bauen oder zu kaufen.

Solange die ausländischen Anbieter nur an vereinzelt Punkten tätig sein können, werden sie immer mit erheblichen Kostennachteilen im Bereich der Logistik zu kämpfen haben, die eventuelle Vorteile im Einkauf mehr als kompensieren. Die Marktzutrittschranken sind hoch, und der potenzielle Wettbewerb übt in unserem Land keine nennenswerte disziplinierende Wirkung auf die Grossanbieter aus.

Es ist zu hoffen, dass die Weko bei zukünftigen Untersuchungen die Kernfrage des potenziellen Wettbewerbs seriöser behandelt, als dies bei COOP/Waro der Fall war. Migros und COOP "warnen" schon seit langem davor, dass die deutschen Discounter (Aldi, Lidl) in grossem Stil in den Schweizer Markt einsteigen würden. Tatsache ist, dass Lidl zwar schon seit Jahren an dem Schweizer Markt knackt, bisher aber keine einzige Verkaufsstelle eröffnet hat. Schon diese Beobachtung unterstreicht eindrücklich, wie hoch die Marktzutrittschranken in unserem Land sind. Aldi bringt es zurzeit auf knapp 30 kleinere Verkaufsstellen, und ihr Marktanteil bewegt sich im Promille-Bereich. Der sehr bescheidene Marktanteil erklärt sich einerseits durch die geringe Anzahl Verkaufsstellen, andererseits aber auch durch die Tatsache, dass diese häufig wenig attraktive Lagen haben. Damit der potenzielle Wettbewerb eine disziplinierende Wirkung haben kann, müssten die Neuanbieter in der Lage sein, nennenswerte Marktanteile zu erobern. Die beobachtete Entwicklung auf dem schweizerischen Lebensmittel Markt legt den Schluss nahe, dass dies nicht der Fall ist. Es

⁸ COOP/Waro S. 601.

gibt also keine ersichtlichen Gründe, den potenziellen Wettbewerb bei uns anders zu beurteilen als die EU-Behörden dies für Österreich getan haben.

3. Einkaufsmacht

Wie schon erwähnt, müssen bei der Beurteilung der geplanten Übernahme sowohl die Auswirkungen auf die Kunden als auch die Auswirkungen auf die Zulieferer berücksichtigt werden. Es ist bemerkenswert, dass die Weko auch in diesem Bereich Wege einschlägt, die mit der europäischen Rechtsprechung kaum kompatibel sind. Sie hat in den COOP/EPA (2002) und COOP/Waro (2003) Entscheiden ein Vorgehen entwickelt, dessen Grundzüge man mit folgenden Zitaten zusammenfassen kann:

"Der erste Schritt besteht in der Identifizierung einzelner Lieferanten, welche sich in einem Abhängigkeitsverhältnis zu COOP befinden..."⁹

"Die Weko hat die Lieferanten aufgefordert, den Prozentsatz des Umsatzes bekanntzugeben, ab dem ein Verlust eines oder mehrerer Abnehmer existenzbedrohend wäre. Die eingeholten Auskünfte ergaben eine durchschnittliche Schwelle von 20%-30% Umsatzverlust...Demnach geht die Weko davon aus, dass bei einem Vertriebsanteil eines Lieferanten von weniger als 20%... genügend aktuelle Absatzkanäle offen stehen."¹⁰

Für die Weko besteht ein Abhängigkeitsverhältnis also nur dann, wenn der Abbruch der Beziehung "**existenzbedrohend**" wird.

Vergleichen wir das Vorgehen der Weko mit dem entsprechenden Paragraphen des Schweizer Kartellgesetzes. Dort heisst es (Art. 7):

"Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern **oder die Marktgegenseite benachteiligen.**"¹¹

Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht:

"...die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen."

In der Botschaft zum Gesetz liest man: "Marktbeherrschung kann insbesondere auch bei einem Unternehmen vorliegen, das im Verhältnis zu Mitbewerbern über eine überragende Marktstellung verfügt, oder bei einem Unternehmen, von welchem andere Unternehmen als Nachfrager oder Anbieter abhängig sind."¹²

Nirgends im Schweizer Kartellgesetz (oder der Begleitbotschaft) findet man eine Passage, aus der hervorgehen könnte, dass für den Gesetzgeber ein "Abhängigkeitsverhältnis" nur dann vorliegen kann, wenn eine "Existenzbedrohung" besteht. Die Interpretation der Weko ist viel zu restriktiv, und stimmt weder mit dem Wort noch mit dem Sinn des Gesetzes überein.

⁹ COOP/Waro S. 588.

¹⁰ COOP/EPA S. 521.

¹¹ Hervorhebung durch die Autoren.

¹² Botschaft. S. 2045.

Der Zweck des Kartellgesetzes ist (gemäss Art. 1):

"Dieses Gesetz bezweckt volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern."

Wir gehen davon aus, niemand würde ernsthaft behaupten, Wettbewerbsbeschränkungen seien erst dann schädlich, wenn sie ein "existenzbedrohendes" Ausmass annehmen.¹³

Die EU-Behörden haben einen wesentlich realistischeren Ansatz wenn es um wirtschaftliche Abhängigkeit geht. So liest man im Bericht zur geplanten Fusion Rewe/Meinl:

"Die befragten Hersteller gaben an, dass sie nur kleine LEH Kunden (mit im Durchschnitt weniger als 5% Umsatzanteil) problemlos ersetzen können. Bereits LEH Kunden mit einem Umsatzanteil von 5-10% sind nach diesen Angaben nicht mehr ohne Weiteres ersetzbar.."¹⁴

"Hier ist zunächst zu berücksichtigen, dass den Herstellern bei Verlust eines grossen Kunden nur wenige Alternativen zur Verfügung stehen. Im LEH kommen - insbesondere wenn das betroffene Unternehmen beim grössten Wettbewerber Spar bereits gelistet ist - nur noch kleinere Wettbewerber in Frage, die kaum in der Lage sein dürften, einen grossen Umsatzanteil abzunehmen. Der Wechsel auf andere Absatzkanäle ist schwierig, kostenaufwendig und jedenfalls kurzfristig in der Regel nicht möglich. Auch ein Ausweichen in den Export, - wie von den Parteien als Alternative angeführt - ist kurzfristig nicht realisierbar. Um Exportmärkte aufzubauen ist normalerweise eine Präsenz vor Ort und eine intensive, kostenaufwendige Marktbearbeitung notwendig. Der Kommission liegen Informationen vor, dass es ca. 5 Jahre dauern kann, bis ein zufriedenstellender Export z.B. nach Deutschland realisiert werden kann. Hieraus ergibt sich eine bereits jetzt starke und durch den Zusammenschluss steigende Abhängigkeit der Lieferantenseite von Rewe/Billa/Meinl."¹⁵

Man sieht, dass es für die EU-Behörden bei der Frage der Marktmacht gegenüber den Lieferanten keineswegs um "Existenzbedrohung" geht, sondern darum wie schwer (kostspielig) es für den Produzenten ist, auf einen alternativen Vertriebsweg auszuweichen. Die Weko täte wohl daran, sich den europäischen Gepflogenheiten in diesem Bereich anzupassen.

Die Weko könnte sich natürlich auch an den Gesetzgeber wenden und um eine Klarstellung bitten, dass er mit "Abhängigkeitsverhältnis" tatsächlich "Existenzbedrohung" gemeint habe. Wir glauben nicht, dass sie mit diesem Anliegen viel Erfolg haben würde.

Sie könnte auch versuchen, ihre sehr enge Auslegung des Konzeptes der Abhängigkeit damit zu rechtfertigen, dass gemäss Schweizer Recht eine Fusion nur verboten werden kann, wenn sie den (wirksamen) Wettbewerb "ausschliesst". Im europäischen Recht reicht es, dass die

¹³ Vielleicht sollte man den Mitarbeitern der Weko (bzw. des Sekretariats) für ein paar Monate das Gehalt um 20% kürzen, und ihnen erklären, eine solche Massnahme sei zwar unangenehm aber keineswegs "existenzbedrohend". Eventuell würden sie dann anfangen, etwas differenzierter über das Konzept der "wirtschaftlichen Abhängigkeit" nachzudenken.

¹⁴ Rewe/Meinl (1999) S. 25-26.

¹⁵ Rewe/Meinl (1999) S. 27.

Fusion den wirksamen Wettbewerb "stark behindert". Eine solche Interpretation wäre nicht zulässig. Sowohl in der europäischen als auch in der Schweizer Wettbewerbspolitik muss als erstes bestimmt werden, wie stark der Wettbewerb sein muss, damit er noch als "wirksam" bezeichnet werden kann. Der Schweizer Gesetzgeber ging mit Sicherheit davon aus, dass die Weko hier ähnliche Massstäbe ansetzt als die EU-Behörden. Als er das Kartellgesetz verabschiedete, hatte er schliesslich das europäische Vorbild vor Augen. Wenn es in der Europäischen Wettbewerbspolitik nicht zur Existenzbedrohung kommen muss, bevor die Behörden sagen, dass kein "wirksamer Wettbewerb" mehr herrscht, so sollte die Schweizer Weko dies auch tun. Der Unterschied zwischen dem Schweizer und dem europäischen Recht beschränkt sich darauf, dass es in der EU reicht, wenn die Fusion einen wichtigen Schritt in Richtung "Ausschluss des wirksamen Wettbewerbs" macht. Im Schweizer Gesetz muss eine reelle Gefahr bestehen, dass der wirksame Wettbewerb tatsächlich ausgeschlossen wird. Dieser Unterschied erlaubt es keinesfalls, dem Konzept des "wirksamen Wettbewerbs" einen anderen materiellen Inhalt zu geben.

4. Gemeinsame Marktbeherrschung

Migros und COOP haben schon heute (dass heisst vor der Übernahme von Denner) eine überragende Stellung auf den LEH in der Schweiz. Das Marktgeschehen hängt entscheidend davon ab, wie effizient die beiden Grossverteiler geführt werden, und wie intensiv sie um die Gunst des Kunden buhlen. Bisher hat dieses Duopol mit Randwettbewerb (competitive fringe) relativ gut funktioniert.¹⁶ Dafür sind insbesondere zwei Gründe verantwortlich. Erstens verhalten sich Migros und COOP wie echte Konkurrenten. Zweitens gibt es zur Zeit noch eine Reihe kleiner Aussenseiter mit relativ geringen Marktanteilen, die aber alle zusammen ein genügend dichtes Vertriebsnetz haben, dass der Kunde auf diese Alternativen ausweichen könnte, wenn das Preis-Leistungsverhältnis nicht mehr stimmen würde.

Auch für die Hersteller ist die Existenz dieser Kleinanbieter wichtig, weil sie häufig die einzige Ausweichmöglichkeit sind. Eine Übernahme von Denner-Pickpay durch die Migros wäre für den Schweizer LEH insbesondere deswegen ein schwerwiegender Einschnitt, weil die wichtigsten Ausweichmöglichkeiten mit einigen der attraktivsten Standorten insbesondere in den Grossstädten damit verschwinden würde. Es geht zwar "nur" um einen Marktanteil von 10%, aber diese 10% sind **ein Drittel** von dem was nach Migros und COOP noch übrig bleibt.

Es stellt sich damit die Frage ob man argumentieren könnte, es bestehe ausreichender Wettbewerb, da ja COOP und Migros sich noch konkurrieren. Die Antwort auf diese Frage muss "nein" lauten. Um dies zu verstehen, muss man sich noch einmal den Zweck des Kartellgesetzes vergegenwärtigen. Es geht darum (Art.1) "...den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen und marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern".

In Anbetracht der starken Marktposition von COOP ist es zwar auszuschliessen, dass Migros/Denner allein eine marktbeherrschende Stellung einnimmt. Zwei alles dominierende Anbieter reichen aber in aller Regel nicht aus, um eine "marktwirtschaftliche Ordnung zu fördern". Erstens besteht immer die Gefahr, dass einer oder beide der Grossanbieter eine Geschäftspolitik betreiben, die nicht im besten Interesse der Kunden ist. Die Kunden (und die Hersteller) müssen dann die Möglichkeit haben, auf alternative Vertriebskanäle

¹⁶ In Anbetracht der hohen Lebensmittelpreise in unserem Land und der beachtlichen Gewinne, die Migros und COOP einstreichen, sollte man allerdings nicht ausschliessen, dass die Margen der Grossanbieter bei mehr Wettbewerb noch um einiges sinken könnten.

auszuweichen¹⁷. Zweitens ist davon auszugehen, dass der Druck, mit möglichst geringen Margen zu arbeiten, abnimmt, wenn es für einen Grossteil der Kunden nur noch zwei echte Alternativen gibt.

Die Frage, wie intensiv sich COOP und Migros **zur Zeit** auf dem Markt bekämpfen ist für die Beurteilung der Migros/Denner Fusion eher zweitrangig. Der Sinn der Wettbewerbspolitik besteht darin, **Rahmenbedingungen** zu schaffen, damit sich die Kräfte des Wettbewerbs auf Dauer frei entfalten können. Die Behörden müssen eine **zukunftsorientierte** Perspektive haben. Dabei müssen auch Szenarien berücksichtigt werden, was passieren könnte, falls die Wettbewerbsintensität zwischen den marktmächtigen Unternehmen abnehmen würde.

Der Gesetzgeber hat das gut verstanden. So liest man in Art. 10 zur Fusionskontrolle:

"Die Wettbewerbskommission kann den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

- a. eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden **kann**, begründet oder verstärkt."¹⁸

Es geht also eindeutig nicht um die Frage, ob der wirksame Wettbewerb zur Zeit beseitigt wird, sondern um die Frage ob er in Zukunft beseitigt werden **kann**. In Anbetracht der sehr hohen Konzentration im Schweizer LEH, ist diese Frage sicher mit "**ja**" zu beantworten.

Liest man den Bericht der Weko zur Fusion COOP/Waro, so kommt man zum Schluss, dass sie diese Einschätzung der Lage teilt. Sie schreibt:

"Die Beurteilung der Marktstellung von COOP nach einer allfälligen Integration von Waro hängt auch - unter Umständen sogar vorwiegend - von der relativen Stärke der neben Migros noch verbleibenden Marktteilnehmer ab. In diesem Zusammenhang hat der Wegfall des Konkurrenten Waro mit einem Marktanteil von [0% - 10%] ein gewisses Gewicht. Der Wegfall, gemessen an den neben COOP und Migros verbleibenden Anteilen, ist grundsätzlich bedeutsam.

Beim vorliegenden Zusammenschluss wird die Bedeutung dieses Wegfalls jedoch durch besondere Umstände aufgewogen. Diese bestehen vorerst darin, dass die Verkäuferin der Waro, die Rast Holding SA, zu welcher insbesondere die Denner AG gehört, auf dem Markt verbleibt. Die Verkäuferin legt dar, dass sie die Waro veräussern möchte, um sich auf jenen Bereich zu konzentrieren, welchen sie zu ihren Kerngebieten zählt."¹⁹

Bei der vorliegenden Übernahme der Migros durch Denner liegen keine ähnlichen "besonderen Umstände" vor. Nicht nur die damalige Denner AG sondern auch die seitdem von Denner übernommene Pickpay würden als unabhängige Alternative verschwinden.

¹⁷ Die Geschichte der Swissair belegt eindrücklich, dass auch Unternehmen, die jahrzehntelang gut geführt wurden, ins Schleudern geraten können.

¹⁸ Hervorhebung durch die Autoren.

¹⁹ COOP/Waro S. 587.

5. Gemeinsame Marktbeherrschung und Marktzutrittschranken

In Anbetracht der obigen Zitate könnte man meinen, die Weko habe schon beim COOP/Waro Entscheid klar zum Ausdruck gebracht, dass für sie eine Fusion Migros Denner nicht in Frage käme. Ganz so klar ist die Lage allerdings nicht. Im gleichen Bericht schreibt sie: "Wie bereits erwähnt setzte der erfolgreiche Markteintritt von Carrefour den schweizerischen Detailhandelsmarkt im gegenwärtigen Zeitpunkt einem neuen Wettbewerbsdruck aus, insbesondere bezüglich Preisen und Sortiment. Diese Entwicklung verstärkt nicht nur den aktuellen Wettbewerb, sondern zeigt, dass der Markt neuen Anbietern offen steht und somit einer disziplinierenden Wirkung des potenziellen Wettbewerbs unterliegt."

Man fragt sich, wie die Weko dazu kam, diese Passage in ihren Bericht einzufügen. Genau ein Jahr früher schrieb sie in ihrem Bericht zur Fusion COOP/EPA noch. "Die Abklärungen des Sekretariats haben ergeben, dass auf nationaler Ebene hohe Marktzutrittschranken existieren. Tatsächlich verfügt die Schweiz über ein dichtes Detailhandelsnetz. Es ist kostspielig und zeitaufwendig, parallel zu den bestehenden Netzen ein neues Vertriebsnetz aufzubauen.... Nach den Auskünften der Konkurrenten sind die Schranken derart, dass in den kommenden Jahren ein Marktzutritt unwahrscheinlich scheint. Der Markt ist gesättigt. Die wahrscheinlichste Vorgehensweise für einen Marktzutritt wird im Kauf einer bestehenden Detailhandelskette gesehen, ähnlich dem Vorgehen von Carrefour."²⁰

Wir sind der Ansicht, dass letztere Passage der Realität wesentlich eher entspricht. Stellt man sich auf diesen Standpunkt, so versteht man auch, warum die Migros bereit ist für Denner/Pickpay einen guten Preis zu bezahlen. **Sie blockiert so mit einem Handstreich potenziellen Neueindringlingen aus dem Ausland ihre beste Chance innert nützlicher Frist eine nennenswerte Marktpräsenz aufbauen zu können.**

6. Die EU-Auflagen im Fall Rewe Meinl

Als Rewe sein Übernahmeangebot an Meinl unterbreitete hatte sie auf nationaler Ebene (in Österreich) einen Marktanteil von 30%. Der Marktanteil von Meinl lag bei 7%. Beide zusammen hätten also auf nationaler Ebene denselben Marktanteil gehabt wie die Migros in der Schweiz (vor der Denner/Pickpay Übernahme). Die EU-Behörden kamen zum Schluss, dass die Fusion gegen das europäische Wettbewerbsrecht verstossen würde, und genehmigte die Übernahme nur unter einer Reihe restriktiver Auflagen:

- Die Übernahme wurde auf einen Bruchteil der Meinl Filialen beschränkt. Rewe durfte nur zirka **ein Drittel** des Konzernumsatzes von Meinl erwerben.
- In den Gegenden, wo Rewe besonders stark war (Ost-Österreich) durfte Rewe keine im LEH tätige Filiale übernehmen.
- Darüber hinaus verpflichtete Meinl sich, als eigenständiger Konkurrent auf dem Markt tätig zu bleiben.

²⁰ COOP/EPA S. 518 – 519.

Das Beispiel Rewe/Meinl zeigt also deutlich, dass Wettbewerbsbehörden, die ihre Aufgabe ernst nehmen, durchaus einschneidende Auflagen machen können, wenn es darum geht den wirksamen Wettbewerb zu schützen.

Der LEH in der Schweiz ist schon heute konzentrierter als in Österreich, und die Migros hat eine um einiges stärkere Stellung als Rewe. Darüber hinaus hat Denner/Pickpay einen wesentlich höheren Marktanteil als Meinl. Es ist daher nur schwer zu verstehen, welche besonderen Umstände die Weko dazu bewegen sollten, bei der Migros/Denner Fusion weniger restriktive Auflagen zu machen als die EU-Behörden dies bei der Fusion Rewe/Meinl taten.

7. Schlussbemerkungen

Die geplante Übernahme von Denner/Pickpay durch die Migros ist für die Weko eine besondere Herausforderung. In Anbetracht der Ähnlichkeiten zwischen dem europäischen und dem schweizerischen Wettbewerbsrecht täte die Weko gut daran, bei ihrer Untersuchung die Erfahrungen und Vorgehensweisen der EU-Behörden in ähnlichen Fällen zu berücksichtigen. Sollten Migros/Denner den Entscheid der Weko vor Gericht anfechten, wäre es für die Weko sicherlich von grossem Vorteil, wenn sie darauf hinweisen könnte, dass sie international erprobte Methoden und Masstäbe angewandt habe.

Zwischen dem österreichischen und dem schweizerischen LEH gibt es grosse strukturelle Ähnlichkeiten. Man sollte aus dem Entscheid der EU-Behörden im Fall Rewe/Meinl also einiges darüber lernen können, wie die Weko die geplante Fusion Migros/Denner beurteilen wird. Wir kommen zum Schluss, dass die Fusion nicht ohne erhebliche Aufnahmen genehmigt wird. In Anbetracht der schon heute sehr hohen Konzentration auf dem Schweizer LEH und der enormen Finanzkraft der beiden dominierenden Anbieter (Migros und COOP) ist es sehr wahrscheinlich, dass die Weko die geplante Fusion ganz verbieten wird. Sollte das einzige Unternehmen, das in der absehbaren Zukunft eine echte Chance hat, sich zu einer "dritten Kraft" auf dem Schweizer LEH zu entwickeln, von der Migros einverleibt werden, so besteht eine reelle Gefahr, dass der wirksame Wettbewerb ausgeschlossen wird.

Sollte die Weko nicht bereit sein, ihren Gesetzauftrag mit der notwendigen Konsequenz auszuführen, so ist es möglich, dass sie ein "salomonisches Urteil" fällen wird. Die Migros darf die eine Hälfte (Pickpay oder die alte Denner) übernehmen, unter der Voraussetzung dass die andere Hälfte (die alte Denner oder Pickpay) an eine potenten ausländischen Konkurrenten verkauft wird.

Es ist vorstellbar, dass die Migros sich nur ungern mit einer solchen Lösung abfinden würde. Sollte ein ausländischer Konkurrent Denner/Pickpay übernehmen, so würde dieser mit einem Schlag über ein flächendeckendes Verkaufsnetz in der Schweiz verfügen, und könnte so auf die Migros einen gewissen Wettbewerbsdruck ausüben. Dies umso mehr wie ja ein Teil der früheren Pickpay Läden direkt in den grossen Einkaufszentren der Migros angesiedelt ist. Einer der möglichen Gründe für das Interesse der Migros an einer Denner-Übernahme könnte darin bestehen, dass sie eine solche Intensivierung des Wettbewerbs auf jeden Fall verhindern will.

Literaturverzeichnis

"COOP/EPA" in "Recht und Politik des Wettbewerbs", 2002/3 SS. 505 - 522

"COOP/Waro" in "Recht und Politik des Wettbewerbs", 2003/3 SS. 559- 601

"Kesko/Tuko" Case No. IV/M.784 (1996)

"Rewe/Meinl" Sache Nr. IV/M.1221 (1999)