

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 32

**Die Bildung gegengewichtiger Marktmacht
nach dem Gesetz gegen
Wettbewerbsbeschränkungen**

Von

Rüdiger Moog



Duncker & Humblot · Berlin

RÜDIGER MOOG

**Die Bildung gegengewichtiger Marktmacht
nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 32

Die Bildung gegengewichtiger Marktmacht nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Von

Dr. Rüdiger Moog



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1980 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1980 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 04645 5

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung

Nachfragemacht und Gegengewichtsbildung	13
--	-----------

Erster Teil

Die Gegengewichtsbildung

<i>A. Gegengewichts- und Nebengewichtsbildung</i>	16
I. Abgrenzung von Gegengewichts- und Nebengewichtsbildung	16
II. Gegengewichtsbildung als ausschließlicher Gegenstand der Untersuchung	18
<i>B. Gegengewichtsbildung als Selbstregulierung der Wirtschaft</i>	19
I. Die These von J. K. Galbraith	19
II. Gegengewichtsbildung als wissenschaftliche Gesetzmäßigkeit	20
III. Originäre Macht und gegengewichtige Macht: Ein System neutralisierter Kräfte?	22
<i>C. Gegengewichtsbildung als Mittel der Ordnungspolitik</i>	23
I. Die Gegengewichtsbildung im Zielsystem ihrer Befürworter	25
1. Ziele, denen eine Gegengewichtsbildung dienen soll	25
a) Gerechtigkeitsziele	26
aa) Vertragsgerechtigkeit	27
bb) Gerechte Einkommensverteilung	27
b) Machtausgleich und Machtkontrolle	28
aa) Abbau und Vermeidung sozialer Spannungen	28
bb) Machtkontrolle	28
c) Selbstregulierung des Marktes statt Interventionismus	29
2. Die Eignung der Gegengewichtsbildung zur Erfüllung der genannten Ziele	30

a)	Das Problem der Übermachtsbildung	30
b)	Die Rolle des Staates bei der Gegengewichtsbildung	33
c)	Einigung zu Lasten Dritter	34
aa)	Gründe für eine Einigung zu Lasten Dritter	34
bb)	Vor- oder nachgelagerte Wirtschaftsstufen als Betroffene der Einigung zu Lasten Dritter	36
cc)	Läßt sich die Belastung Dritter vermeiden?	37
(1)	Wettbewerbliche Gegengewichte	37
(2)	Öffentliche Meinung	38
(3)	Kartellamtsaufsicht	38
II.	Die Gegengewichtsbildung im Zielsystem des Wettbewerbs	39
1.	Die Auswirkungen der Gegengewichtsbildung auf den Wettbewerb	39
a)	Allgemeine horizontale Wirkungen der Gegengewichtsbildung	39
b)	Herabsetzung der Wettbewerbsintensität durch kollusives Verhalten zu Lasten von Konkurrenten	40
2.	Gegengewichtsbildung und Wettbewerbsziele	42
a)	Die Ziele des Wettbewerbs	42
b)	Der Einfluß der Gegengewichtsbildung auf die Wettbewerbsziele	44
aa)	Gegengewichtsbildung und ökonomische Wettbewerbsziele	44
bb)	Gegengewichtsbildung und außerökonomisches Wettbewerbsziel	48
3.	Gegengewichtsbildung und „Stufenwettbewerb“	49
III.	Regelungsmöglichkeiten des Spannungsverhältnisses von Wettbewerb und Gegengewichtsbildung	50
1.	Gegengewichtsbildung ohne Berücksichtigung des Wettbewerbs	50
2.	Gegengewichtsbildung unter Berücksichtigung des Wettbewerbs	52
a)	Der neuklassische Ansatz Hoppmanns	52
b)	Der funktionsfähige Wettbewerb Kantzenbachs	55
c)	Stellungnahme	56
IV.	Ergebnis: Gegengewichtsbildung nur in engen Grenzen sinnvoll	58

Zweiter Teil

Gegengewichtsbildung nach dem GWB

A.	Möglichkeiten und Grenzen der Gegengewichtsbildung	59
I.	Gegengewichtsbildung durch Kooperation	59

1. Möglichkeiten zur Gegengewichtsbildung im Rahmen der Kooperationsvorschriften	60
a) Gegengewichtsbildung durch Mittelstandsempfehlungen (§ 38 II Nr. 1 GWB)	60
aa) Der Gegengewichtsgedanke als Motiv für die Neufassung des § 38 II Nr. 1 GWB	60
bb) Die Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale im Hinblick auf den erweiterten Normzweck	61
(1) Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen	62
(a) Auf welcher Ebene muß eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen erfolgen?	62
(b) Was ist unter den zu verbessernden Wettbewerbsbedingungen zu verstehen?	63
(c) Wann liegt eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen vor?	65
(2) Förderung der Leistungsfähigkeit	66
(3) Abgrenzung von kleinen und mittleren Unternehmen einerseits sowie großbetrieblichen Unternehmensformen andererseits	69
cc) Entscheidende Schwäche einer Gegengewichtsbildung durch Mittelstandsempfehlungen: Die Unverbindlichkeit	72
b) Gegengewichtsbildung durch Mittelstandskartelle (§ 5 b GWB)	73
aa) § 5 b GWB als Mittel zur Gegengewichtsbildung	73
bb) Die Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale bei einer Gegengewichtsbildung nach § 5 b GWB	74
(1) Das Tatbestandsmerkmal „kleine und mittlere Unternehmen“	74
(2) Förderung der Leistungsfähigkeit durch Rationalisierung	78
(3) Keine wesentliche Beschränkung des Wettbewerbs	79
c) Gegengewichtsbildung durch Wettbewerbsregeln (§§ 28 ff. GWB)	81
aa) Der Gegengewichtsgedanke als Motiv für die Neufassung des § 28 II GWB	81
bb) Beispiele der Gegengewichtsbildung durch Wettbewerbsregeln	82
cc) Beurteilung der Gegengewichtsbildung im Rahmen von Wettbewerbsregeln	83
(1) Wettbewerbsregeln gegen Leistungsverzerrungen ..	83
(2) Wettbewerbsregeln als Mittel der Strukturpolitik ..	85
(3) Wettbewerbsregeln und die Wirksamkeit des Wettbewerbs	87
dd) Zur Durchsetzbarkeit von Wettbewerbsregeln	88
2. Gegengewichtsbildung durch Kooperation: Vernachlässigung des Wettbewerbs durch Überbewertung des Gegengewichtsgedankens?	89
II. Gegengewichtsbildung durch Rationalisierung (§§ 5, 5 a, 38 II Nr. 2 GWB)	90
1. Kollektive Rationalisierung als Abwehrinstrument	90
2. Grenzen einer Gegengewichtsbildung durch Rationalisierung ..	91

a) Der Rationalisierungsbegriff	91
b) Verbesserung der Befriedigung des Bedarfs	92
c) Berücksichtigung der wettbewerblichen Auswirkungen	93
III. Gegengewichtsbildung durch Konditionen- und Rabattregelungen (§§ 2, 38 II Nr. 3, 3 GWB)	94
1. Gegengewichtsbildung durch Konditionenkartelle (§ 2 GWB) bzw. durch Konditionenempfehlungen (§ 38 II Nr. 3 GWB)	94
a) Die rechtspolitische Begründung für die Freistellung von Konditionenkartellen und -empfehlungen	94
b) Möglichkeiten und Grenzen der Gegengewichtsbildung durch Konditionenvereinbarungen	95
aa) Die regelungsfähigen Konditionen	95
bb) Verbot bestimmter Nebenleistungen	97
cc) Nebenleistungen nur gegen Vergütung?	98
dd) Die Behandlung von Eintrittsgeldern und Listungsgebühren	99
c) Konditionenkartelle bzw. -empfehlungen und Wettbewerb	100
2. Gegengewichtsbildung durch Rabattkartelle (§ 3 GWB)	101
a) Diskriminierende Rabattforderungen als Ausprägung von Nachfragemacht	101
b) Gegengewichtsbildung als Zweck des Rabattkartells	102
c) Eignung des Rabattkartells zur Abwehr von Marktmacht	103
d) Rabattkartell und Wettbewerb	104
IV. Gegengewichtsbildung im Außenhandel (§§ 6, 7 GWB)	105
1. Exportkartelle (§ 6 GWB)	105
a) Der Gegengewichtsgedanke in § 6 GWB	106
b) Die überschießende Tendenz in § 6 GWB	106
aa) Fehlender Nachweis eines Machtmißbrauchs	106
bb) Zulässigkeit aggressiver Kartelle	107
2. Importkartelle (§ 7 GWB)	108
a) Der Gegengewichtsgedanke in § 7 GWB	108
b) Die überschießende Tendenz in § 7 GWB	109
aa) Bildung von Übermacht	109
bb) Fehlender Nachweis eines Machtmißbrauchs	110
c) Binnenwirtschaftliche Bedenken	110
aa) Einigung zu Lasten Dritter	110
bb) Gleichförmiges Verhalten der Importeure beim Absatz der Importe	111
cc) Verlust des Nachfragerwettbewerbs	111
3. Gegengewichtsbildung im Außenhandel: Kein Ersatz für eine internationale Wettbewerbsordnung	112

V. Gegengewichtsbildung aus strukturellen bzw. gesamtwirtschaftlichen Gründen (§§ 4, 8 GWB)	112
B. Kontrolle von Marktmacht <i>de lege ferenda</i> : Gegenmacht statt Mißbrauchsverfolgung?	114
I. Erweiterung der Möglichkeiten zur Gegengewichtsbildung nicht sinnvoll	114
II. Alternative Instrumente	116
Schrifttumsverzeichnis	117

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band, Seite)
a. F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
Aufl.	Auflage
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters (Jahr, Seite)
BAnz.	Bundesanzeiger
BB	Betriebs-Berater (Jahr, Seite)
Bd.	Band
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)
BKartA	Bundeskartellamt
BMWi	Bundesminister(ium) für Wirtschaft
BT.-Dr.	Bundestagsdrucksache
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Jahr, Seite)
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
etc.	et cetera
f.	und folgende Seite
ff.	und fortfolgende Seiten
FIW	Forschungsinstitut der Wirtschaft
FK	Frankfurter Kommentar
Fußn.	Fußnote
gem.	gemäß
GK	Gemeinschaftskommentar
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr, Seite)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HdStW	Handwörterbuch der Staatswissenschaften
h. M.	herrschende Meinung
iSv	im Sinne von
Jb.	Jahrbuch
Jg.	Jahrgang
JfNST	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik (Band, Seite)

KG	Kammergericht
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
MA	Der Markenartikel (Jahr, Seite)
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
Nr.	Nummer
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung der Wirtschaft und der Gesellschaft (Band, Seite)
Rdnr.	Randnummer
S.	Seite
s.	siehe
s. o.	siehe oben
TB	Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Jahr, Seite)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Jahr, Seite)
WuW/E	Entscheidungssammlung der WuW
ZfgStW	Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften (Band, Seite)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Jahr, Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Jahr, Seite)
Zs.	Zeitschrift

Vorbemerkung: Nachfragemacht und Gegengewichtsbildung

Das Phänomen der Nachfragemacht und deren Mißbrauch ist in den vergangenen Jahren erneut in den Mittelpunkt der wettbewerbsspolitischen Diskussion gerückt¹, nachdem es bereits seit Ende der fünfziger Jahre immer wieder erörtert wurde².

Wesentlicher Grund für den zunehmend aggressiven Einsatz von Marktmacht nachgelagerter Wirtschaftsstufen ist zum einen die Konzentration im Handel³, zum anderen die verschlechterte Konjunktursituation seit 1974⁴, die angesichts geringerer Wachstumsraten auch zu härteren Verteilungskämpfen zwischen den Wirtschaftsstufen führte.

Der wachsende Einsatz von Nachfragemacht bewirkt — ähnlich wie Angebotsmacht — zweierlei: Zum einen wird die Wettbewerbssituation zwischen dem marktmächtigen Wirtschaftssubjekt und dessen Konkurrenten verfälscht, zum anderen wird die schwächere Marktseite ausgebeutet⁵. Beide Wirkungen beschleunigen den Konzentrationsprozeß in der Wirtschaft⁶.

Wegen dieser wettbewerbsgefährdenden Wirkungen der Nachfrage-
macht haben sich Wissenschaft und Praxis verstärkt diesem Problem

¹ BKartA, TB 1977, BT-Dr. 8/1925, S. 28 ff.; Angehrn, MA 1974, S. 344 ff.; Arndt, WuW 1972, S. 84 ff.; ders., MA 1973, S. 307 ff.; ders., WuW 1974, S. 462 ff.; ders., MA 1975, S. 6 ff.; ders., Markt und Macht, S. 138 - 149; ders., Wirtschaftliche Macht, S. 86 ff. mit zahlreichen Beispielen des Mißbrauchs von Nachfragemacht; Ewald, BB 1973, S. 1181 ff.; Friesen, DB 1978, Beilage 6; Hain, WRP 1978, S. 112 ff.; Kantzenbach, Nachfragemacht, S. 125 ff.; Kartte, Wettbewerbsverzerrungen, S. 6 f.; Kartte/Irlenkaeuser, Wettbewerbsordnung, S. 17 ff.; Schweizerische Kartellkommission, Heft 1, 1976, S. 57 - 93 mit ebenfalls zahlreichen Beispielen des Mißbrauchs von Nachfragemacht; Mestmäcker, Nachfragemacht, S. 15 ff., Niederleithinger, S. 73 ff., Reimann, WuW 1976, S. 541 ff.; Schenk, WuW 1974, S. 149 ff.; Sölter, Wettbewerbsbegriff, S. 99 f.; ders., WRP 1977, S. 445 ff.; ders., Problem „Nachfragemacht“; ders., MA 1968, S. 342 ff.

² Fikentscher, WuW 1960, S. 680 ff.; Geisbüsch, Nachfrage, S. 17 ff.; ders., Verhaltensweisen, S. 67 ff.; Mellerowicz, MA 1965, S. 292 ff.; Nester, S. 70 ff.; Schreiber, S. 83 ff.; Sölter, MA 1961, S. 337 ff.; ders., MA 1962, S. 357, 360; ders., Nachfragemacht; ders., Rabatkartell, S. 51 ff.; ders., WuW 1968, S. 317 ff.

³ Reimann, WuW 1976, S. 541, 543; Kartte/Irlenkaeuser, Wettbewerbsordnung, S. 17 f.; Arndt, WuW 1974, S. 462, 463, 465.

⁴ Kartte, Wettbewerbsverzerrungen, S. 1; Kartte/Irlenkaeuser, Wettbewerbsordnung, S. 18.

⁵ Kartte, WRP 1976, S. 1,2; Friesen, DB 1978, Beilage 6, S. 6 f.

⁶ Schweizerische Kartellkommission, S. 83.

zugewandt. Ursachen und Auswirkungen der Nachfragemacht sowie Möglichkeiten ihrer Bekämpfung waren sowohl Beratungsgegenstand des Wettbewerbskongresses 1977⁷ als auch Untersuchungsobjekt des 7. Sondergutachtens der Monopolkommission⁸. Auch die Rechtsprechung wurde zunehmend mit dem Problem des Mißbrauchs von Nachfragemacht konfrontiert⁹.

Zu den häufigsten Praktiken des Mißbrauchs von Nachfragemacht zählen neben Eintrittsgeldern für die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen das Fordern von Regalmieten und Werbekostenzuschüssen, die Verlagerung der Regalpflege und der Preisauszeichnung, das Verlangen von Inventurhilfen und Beteiligungen an Geschäftseinrichtungen sowie das Durchsetzen von Rabattekumulierungen¹⁰.

Der Verhinderung dieser Formen des Machtmißbrauchs durch Nachfrager dienten sowohl die Wettbewerbsregeln des Markenverbandes e. V.¹¹ als auch das sog. „Sündenregister“ des BMWi vom 15. Nov. 1974¹² als auch die „gemeinsame Erklärung von Organisationen der gewerblichen Wirtschaft zur Sicherung des Leistungswettbewerbs“ vom Dezember 1975¹³.

Trotz der „Selbsthilfe der Wirtschaft“ wurde mit dem Ansteigen der bekanntgewordenen Zahl von Fällen des Mißbrauchs von Nachfragemacht zunehmend der Ruf nach neuen Wegen in der Wettbewerbspolitik laut. Neben vielen anderen Vorschlägen gewann auch die Idee an Aktualität, Nachfragemacht durch entsprechende Gegenmacht zu zügeln und damit Mißbrauch zu verhindern¹⁴.

Die Forderung, Gegengewichtskartelle zuzulassen, war bereits in den fünfziger und sechziger Jahren erhoben worden¹⁵, ebenfalls in der

⁷ Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft u. Verkehr, Wettbewerbskongreß 1977, S. 123 - 180.

⁸ Monopolkommission, Sondergutachten 7.

⁹ OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 1373; OLG Frankfurt, WuW/E OLG 1589; LG München MA 1976, S. 141; BGH Urt. v. 17. 12. 1976 = NJW 1977, S. 1242; LG Saarbrücken, BB 1977, S. 9.

¹⁰ Karte/Irlenkaeuser, Wettbewerbsordnung, S. 19.

¹¹ BKartA, Beschluß vom 10. 5. 1976, abgedruckt in WRP 1976, S. 576.

¹² WRP 1975, S. 24 ff.

¹³ WRP 1976, S. 9 f.

¹⁴ Schuhmacher, ZHR 1976, S. 317, 345 ff.; Sölter, WRP 1977, S. 445, 452 ff.; ders., Wettbewerbsbegriff, S. 98 f.

¹⁵ Andrae, MA 1962, S. 628, 633 ff.; ders., Machtkonflikt, S. 42 ff. und 60 ff.; ders., Marktmacht, S. 77 ff.; Bartholomeyczik, Gegengewichtsprinzip, S. 48 ff.; ders., AcP 166, S. 30, 68 ff.; Benisch, Grundlagen, S. 112 ff.; Gutersonn, S. 198 ff.; Schreiber, S. 53 - 68; Seraphim, S. 104 ff.; Sölter, DB 1964, S. 1251 ff.; ders., WuW 1968, S. 317, 332 ff.; ders., Nachfragemacht, S. 44; ders., MA 1961, S. 337, 361 ff.; ders., MA 1962, S. 357, 368 f.; ders., Rabattekartell, S. 51 ff.; ders., MA 1968, S. 342, 349 f.; ders., WRP 1972, S. 53, 57; ders., WuW 1974, S. 657, 661.

Regel im Hinblick auf die Bekämpfung von Nachfragemacht. In der Zwischenzeit hat der Gesetzgeber das GWB mehrfach novelliert, u. a. mit der Zielsetzung, kleinen und mittleren Unternehmen eine stärkere Markt- und damit Machtposition zu verleihen¹⁶. Der Gedanke, daß der Gesetzgeber die Idee der Abwehrbildung gegenüber Marktmacht durch Schaffung von Gegenmarktmacht zumindest in Teilbereichen übernommen hat, liegt nahe.

Damit stellt sich nicht nur erneut die Frage nach Für und Wider einer Gegengewichtsbildung, es ergibt sich vielmehr die Aufgabe, das geltende Recht im Hinblick auf die Möglichkeiten zur Gegengewichtsbildung zu analysieren. Ziel der vorliegenden Arbeit ist es zu untersuchen, inwieweit bereits das geltende Recht die Abwehr von Marktmacht durch Gegengewichte zuläßt, inwieweit dies gegebenenfalls sinnvoll ist und ob es zusätzlicher Regelungen bedarf.

¹⁶ Diese Zielsetzung ergibt sich sowohl aus der Begründung zum Regierungsentwurf zur 2. GWB-Novelle, BT.-Dr. 6/2520, S. 14, 34 als auch aus der Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft zum (gleichlautenden) Entwurf der SPD/FDP-Fraktionen, BT.-Dr. 7/765, S. 2, 4 und 10 f.