

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 33

**Marktbeherrschungsbegriff
„überragende Marktstellung“ (§ 22 I Nr. 2 GWB)
und Diversifikation**

Von

Dr. Rainer Jüngst



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

RAINER JÜNGST

**Marktbeherrschungsbegriff „überragende Marktstellung“
(§ 22 I Nr. 2 GWB) und Diversifikation**

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 33

**Marktbeherrschungsbegriff
„überragende Marktstellung“ (§ 22 I Nr. 2 GWB)
und Diversifikation**

Von

Dr. Rainer Jüngst



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

Alle Rechte vorbehalten
© 1980 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1980 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 04667 6

Für Frauke

Vorwort

Die vorliegende Arbeit lag dem Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg im Wintersemester 1979/80 als Dissertation vor.

Mein besonderer Dank gilt meinem Lehrer, Herrn Professor Dr. Volker Beuthien, der die Arbeit mit wertvollen Hinweisen betreute und durch seine freundliche Unterstützung überhaupt erst ermöglicht hat. Dankbar bin ich auch dem Zweitreferenten, Herrn Professor Dr. Günter Hager, sowie Herrn Reinhard Vieth, Regierungsdirektor beim Bundeskartellamt, der in mehreren Gesprächen meine Arbeit mit wichtigen Hinweisen und Anregungen förderte.

Mein Dank gilt darüber hinaus Herrn Ministerialrat a. D. Professor Dr. J. Broermann für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe.

Weimar-Wolfshausen, im Februar 1980

Rainer Jüngst

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
-------------------------	----

Teil 1

Die wettbewerbspolitische Problematik der Diversifikation	19
--	----

I. Kap.: Die Diversifikation	19
A. Begriffsbestimmung	19
B. Formen der Diversifikation	21
I. Diversifikation als Zustand	21
1. Horizontale Diversifikation	21
2. Vertikale Diversifikation	22
3. Konglomerate Diversifikation	22
II. Diversifikation als Prozeß	23
1. Interne Diversifikation	23
2. Externe Diversifikation	24
C. Motive der Diversifikation	25
I. Streben nach Gewinn und Wachstum	25
II. Streben nach Stabilität	26
III. Streben nach optimaler Ressourcennutzung	27
IV. Streben nach Verkaufsförderung	27
V. Streben nach wirtschaftlicher Macht	28
VI. Spezielle Motive der externen Diversifikation	28
D. Ausmaß und Entwicklungstendenzen	29
II. Kap.: Diversifikative Konzentration und Wettbewerb	32
A. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen der Diversifikation 32	
I. Auswirkungen auf die Marktstruktur	33

1. Macht der „deep pockets“ (Finanzkraft)	33
2. Errichtung und Erhöhung von Marktzutrittsschranken ..	33
3. Ausschaltung potentieller Konkurrenz	34
4. Verstärkung des Konzentrationsprozesses	35
5. Verschlechterung der Markttransparenz	35
II. Auswirkungen auf das Marktverhalten	36
1. Subventionierung von Verdrängungsstrategien	36
2. Konglomerate Interdependenz	37
3. Reziprozitätspraktiken	38
B. Wettbewerbsfördernde Auswirkungen der Diversifikation	39
I. Kostenvorteile	39
II. Erhöhung des effektiven Wettbewerbs	40
III. Verstärkung des potentiellen Wettbewerbs	40

Teil 2

Diversifikation und Marktbeherrschung	42
<i>III. Kap.:</i> Die Entstehungsgeschichte des geltenden Marktbeherrschungsbegriffs	43
A. Marktbeherrschung nach § 22 I GWB (alte Fassung)	43
B. Die Entwicklung der Marktbeherrschungsdefinition bei der Kartellgesetznovelle 1973	44
I. Die Veränderungen des Begriffs der Marktbeherrschung im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens	44
1. Zur Rolle des Bundeskartellamtes	44
2. Die Referentenentwürfe	45
3. Der Regierungsentwurf	47
4. Die Beratungen im Ausschuß für Wirtschaft und die Haltung der Parteien	47
II. Die Haltung der Wirtschaftsverbände und der Gewerkschaften	50
<i>IV. Kap.:</i> Die überragende Marktstellung nach § 22 I Nr. 2 GWB	52
A. Die wettbewerbspolitische Bedeutung des Begriffs „überragende Marktstellung“	52
B. Zur Auslegungsproblematik	53

Inhaltsverzeichnis	11
I. „Überragende Marktstellung“ als unbestimmter Gesetzesbegriff	53
II. Die juristischen Interpretationsmethoden	54
III. Erfordernis einer Wertentscheidung	57
IV. Kein behördlicher Beurteilungsspielraum	59
C. Überragende Marktstellung und Unternehmensgröße	62
I. „Überragende Marktstellung“ als Kriterium für allgemeine Unternehmensmacht	62
1. Kritik am Marktmachtkonzept	63
2. Unternehmensgröße und Diversifikation	63
II. Keine Abkehr vom Marktmachtkonzept	64
III. Diagonalisierung des Marktbeherrschungsbegriffs	67
D. Überragende Marktstellung und Wettbewerb	67
I. Das Verhältnis von § 22 I Nr. 1 zu Nr. 2 GWB	68
1. Ergänzungscharakter der zweiten Marktbeherrschungsdefinition	68
2. Alternativverhältnis	69
II. Materielle Bestimmung des Begriffs der überragenden Marktstellung	71
1. Wettbewerblicher Verhaltensspielraum	71
2. Überragende Marktstellung und wesentlicher Wettbewerb	72
3. Überragende Marktstellung und Wettbewerbsintensität	75
a) Überragende Marktstellung und gestörter Wettbewerb	75
b) Marktbeherrschung ohne Nachweis einer Beschränkung des Wettbewerbsverhaltens	77
aa) Fähigkeit zur Marktbeeinflussung	77
bb) Strukturtest bei § 22 I Nr. 2 GWB	78
cc) Gefahr einer übermäßigen Wirtschaftskontrolle?	82
4. Überragende Marktstellung als konkreter Gefährdungstatbestand	84
V. Kap.: Die Kriterien der überragenden Marktstellung nach § 22 I Nr. 2 GWB	86
A. Vorbemerkungen	86
I. Verhältnis der einzelnen Kriterien zueinander	86
II. Zurechnungsproblematik	88
B. Marktanteil	91

I. Bedeutung des Marktanteilskriteriums	91
II. Marktanteil und Marktbeherrschungsvermutung	93
C. Finanzkraft	96
I. Der Begriff Finanzkraft	97
II. Ermittlung der Finanzkraft	98
1. Umsatzerlöse	99
2. Innenfinanzierungsmöglichkeiten	100
3. Außenfinanzierungsmöglichkeiten	100
III. Bedeutung der Finanzkraft im Wettbewerb	101
1. Erweiterung des wettbewerblichen Handlungs- und Ent- faltungsspielraums	102
2. Droh- und Abschreckungseffekt	104
IV. Wettbewerbswirksame Finanzkraft	105
1. Disponibilität der Finanzkraft	106
a) Gebundene/ungebundene Finanzkraft	106
b) Stärke des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen ver- bundenen Unternehmen	107
c) Transfer der Finanzkraft	108
2. Eignung zum Einsatz auf dem Markt	109
a) Bedeutung der Finanzkraft im Verlauf der Markt- phasen	109
b) Finanzkraft als Bedrohungspotential	112
aa) Wettbewerbsergebnisse des Unternehmens auf anderen Märkten	113
bb) Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt	114
D. Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten	116
I. Vorbemerkung	116
II. Effizienz des beschaffungs- und absatzpolitischen Instru- mentariums	117
III. Drohung mit vertikaler Integration	119
IV. Langfristige Lieferverträge, Reziprozitätspraktiken, Aus- schließlichkeitsbindungen, Kopplungsverträge, Gesamtum- satzrabattsystem	120
V. Hohe Marktgeltung	122
E. Verflechtungen mit anderen Unternehmen	123
F. Rechtliche und tatsächliche Schranken für den Marktzutritt an- derer Unternehmen	125

Inhaltsverzeichnis	13
I. Begriff und Bedeutung	125
II. Ursachen und Arten der Marktzutrittsschranken	126
1. Allgemeine Marktschranken	127
2. Abwehr- bzw. Drohstrategie diversifizierter Unternehmen	128
III. Beurteilungsgesichtspunkte zur näheren Bestimmung der Wahrscheinlichkeit eines Marktzutritts potentieller Konkurrenten	129
1. Wirksamkeit der Drohstrategie	130
2. Markteindringungsfähigkeit potentieller Konkurrenten ..	131
3. Marktzutrittswilligkeit potentieller Konkurrenten	134
G. Weitere Kriterien einer überragenden Marktstellung	136
I. Technologische Ressourcen	137
II. Produktionstechnische Ressourcen	138
III. Unternehmerische Ressourcen	139
H. Wertende Gesamtschau	139
I. Relativierung (des Marktanteils)	140
1. Abwertung des Marktanteils	140
2. Aufwertung des Marktanteils	141
II. Dauerhaftigkeit der Marktstellung	141
III. Starke Disproportionalität der Marktstellungen	144

Teil 3

Diversifikation und Zusammenschlußkontrolle	146
VII. Kap.: Diversifikation und Strukturkontrolle	147
A. Strukturkontrolle	147
B. Ressourcenbetrachtung im Rahmen des § 24 I GWB	148
VIII. Kap.: Erwartung im Sinne des § 24 I GWB	150
A. Bisheriger Meinungsstreit	150
B. Auffassung des BGH	151

C. Differenzierende Prognosebetrachtung	152
I. Strukturelle Verschlechterung und Wirkungsprognose	153
II. Strukturprognose	155
VIII. Kap.: Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung — am Beispiel des Eindringens von Großunternehmen in die Märkte kleiner und mittlerer Unternehmen	156
A. Auslegungsprobleme	157
B. Zukünftige Strukturwirkungen (Folgefusionen)	158
C. Anschlußklausel des § 24 VIII Nr. 2 GWB	159
IX. Kap.: Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung	161
A. Begriff der Verstärkung	161
B. Verstärkung durch Zuwachs an Finanzkraft	162
I. Prognoseanforderungen	162
II. Zur aktuellen Diskussion um die Finanzkraftverstärkung ..	163
C. Verstärkung durch Ausschaltung potentieller Konkurrenz	167
I. Grundsätzliche Überlegungen	168
II. Beurteilungsgesichtspunkte	169
1. Potentielles Wettbewerbsverhältnis	169
2. Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt	170
D. Verstärkung durch erhöhte Reziprozitätsmöglichkeiten	170
I. Grundsätzliche Überlegungen	171
II. Beurteilungsgesichtspunkte	171
1. Wettbewerbsverhältnisse	172
2. Eigenschaft, Preis und Qualität des Produktes	172
3. Organisationsstruktur	173
Ergebnis und IV. Kartellgesetznovelle	175
Literaturverzeichnis	181

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
AER	The American Economic Review
a. F.	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
ALER	Antitrust Law and Economic Review
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ASU	Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer
Aufl.	Auflage
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft
BR	Deutscher Bundesrat
BT	Deutscher Bundestag
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
desgl.	desgleichen
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
dt. Übers.	deutsche Übersetzung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
Fa.	Firma
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung u. Wettbewerb e. V.
FR	Frankfurter Rundschau
FS	Festschrift
FTC	Federal Trade Commission
GG	Grundgesetz
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HBR	Havard Business Review
HDE	Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels
HLR	Havard Law Review
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JfNst	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik

JLE	Journal of Law and Economics
JUS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
Komm.	Kommentar
Kyklos	Internationale Zeitschrift für Sozialwissenschaften
n. F.	neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
QJE	The Quarterly Journal of Economics
RegE	Entwurf eines Gesetzes der Bundesregierung
Rdnr.	Randnummer
r./l.Sp.	rechte/linke Spalte
s.	siehe
S.	Seite
Tab.	Tabelle
TB	Tätigkeitsbericht
Tz.	Textziffer
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechts- lehrer
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium
WISU	Das Wirtschaftsstudium
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Entscheidungssammlung der WuW
z. B.	zum Beispiel
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfbF	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZgStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
z. T.	zum Teil

Einleitung

Mit der II. Novelle zum Kartellgesetz von 1973 wurde der bislang geltende Begriff der Marktbeherrschung („Unternehmen, die keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sind“) in § 22 I Nr. 2 GWB zusätzlich durch den Begriff „überragende Marktstellung“ definiert. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollten damit vor allem auch die wettbewerbspolitisch immer bedeutsamer werdenden Fälle der vertikalen und konglomeraten Konzentration im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht (§ 22 IV, V GWB), des Diskriminierungsverbots (§ 26 II GWB) und der neu eingeführten Zusammenschlußkontrolle nach § 24 GWB besser erfaßbar werden¹.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, den neuen Marktbeherrschungsbegriff „überragende Marktstellung“ und seine Kriterien nach § 22 I Nr. 2 GWB zu konkretisieren, um deren Tauglichkeit für eine sachgerechte Erfassung konglomerater bzw. diversifikativer Unternehmenskonzentration zu überprüfen.

Methodisch soll dabei so vorgegangen werden, daß zunächst in Teil 1 die wettbewerbspolitische Problematik dieser Konzentrationsform aufgezeigt wird.

Ausgehend von der Kennzeichnung des Diversifikationsbegriffes, der als Oberbegriff die Problematik der konglomeraten Konzentration sowohl als Prozeß als auch als Zustand bezeichnet², den Diversifikationsformen, ihren Ursachen und den Entwicklungstendenzen werden die von der Diversifikation ausgehenden Wirkungen auf den Wettbewerb analysiert.

Auf der Grundlage der vorgenommenen wettbewerbspolitischen Beurteilung soll anschließend in Teil 2 untersucht werden, ob und inwieweit der Marktbeherrschungsbegriff des § 22 I GWB geeignet ist, die Wettbewerbswirkungen diversifizierter Einzelunternehmen zu erfassen.

Einleitend ist dabei der Marktbeherrschungsbegriff in seiner allgemeinen Bedeutung für das wettbewerbsrechtliche Instrumentarium zu

¹ Vgl. Begründung zum RegE (1971), BT-Drucksache VI/2520, S. 30, 21 ff.; Aktuelle Beiträge zur Wirtschafts- und Finanzpolitik, Nr. 58, 1973, S. 2.

² Der antitrustrechtliche Terminus „konglomerate Konzentration“ ist allzu sehr der Zusammenschlußproblematik verhaftet, die jedoch nur einen Teil der Gesamtproblematik (siehe Teil 3) darstellt. Vgl. unten, I. Kap., A.

kennzeichnen und ein kurzer Überblick über die Entstehungsgeschichte seiner Definition bei der Kartellgesetznovelle 1973 zu geben.

Die materielle Ausdeutung des für eine Erfassung diversifizierter Unternehmen entscheidenden Marktbeherrschungsbegriffs „überragende Marktstellung“ schließt sich daran an. Neben der Erörterung von Auslegungsproblemen bei unbestimmten Gesetzesbegriffen im Kartellrecht wird eine rechtliche Abgrenzung und Einstufung dieses neuen Marktbeherrschungstatbestandes gegenüber dem beibehaltenen bisherigen Begriff der Marktbeherrschung (Fehlen wesentlichen Wettbewerbs) vorgenommen, die den Ausgangspunkt für die spätere inhaltliche Konkretisierung der Kriterien einer überragenden Marktstellung bildet.

Werden die Ausführungen in Teil 2 ausschließlich unter dem Aspekt einer Gegenwartsbetrachtung für die Zwecke der Mißbrauchsaufsicht und des Diskriminierungsverbots vorgenommen, so sollen in Teil 3 die Besonderheiten bei der Behandlung von diversifizierenden bzw. konglomeraten Unternehmenszusammenschlüssen aufgezeigt werden, die sich aus dem zukunftsbezogenen Betrachtungsansatz bei der Fusionskontrolle ergeben.

Abschließend und zusammenfassend wird zu Alternativ- und Ergänzungsvorschlägen zur Verbesserung des wettbewerbsrechtlichen Instrumentariums gegenüber diversifizierten Unternehmen im Rahmen der IV. Kartellgesetznovelle Stellung genommen.

Teil 1

Die wettbewerbspolitische Problematik der Diversifikation

I. Kapitel

Die Diversifikation

A. Begriffsbestimmung

Der dem anglo-amerikanischen Sprachgebrauch entstammende Begriff „Diversifikation“ ist ein betriebswirtschaftlicher Terminus, der grundsätzlich die nicht rein horizontale oder rein vertikale Ausweitung des Aktionsbereichs eines Unternehmens kennzeichnet, dessen nähere Begriffsbestimmung im übrigen allerdings umstritten ist¹.

Die zumindest für die Bundesrepublik Deutschland als überwiegend zu charakterisierende Literaturmeinung² konkretisiert den betriebswirtschaftlichen Diversifikationsbegriff im Anschluß an das von Ansoff³ begründete Produkt-Markt-Konzept. Nach dieser Auffassung hat Diversifikation, im Unterschied zur Marktdurchdringung, Produkt- und Marktdifferenzierung (Expansion)⁴, die Erstellung eines *neuen Produkts* für einen *neuen Markt* zur Voraussetzung.

„Neu“ ist dabei nicht im Sinne einer völligen Verschiedenartigkeit von Produkt und Markt, sondern im Hinblick auf die bisherige Tätigkeit des Unternehmens im Sinne von „andersartig“ zu verstehen. Aus der Fülle von Möglichkeiten, die von einer graduellen bis zu einer fundamentalen Andersartigkeit reichen können⁵, ergeben sich Produkt- und Marktverwandtschaftsgrade, die den Diversifikationsgrad sowie die unterschiedlichen Formen der Diversifikation bestimmen⁶.

¹ Vgl. etwa Ansoff, HBR, Vol. 35 (1957), No. 5, S. 113 ff.; Penrose, S. 107 f., Gort, S. 8 f., Böckel, S. 11 ff.; dazu die ausführliche und gründliche Zusammenfassung bei Meinhold, S. 9 ff.; s. auch Borschberg, S. 47 ff.

² Schmalenbach-Gesellschaft, ZfbF 25 (1973), S. 296 ff.; Böckel, S. 11 ff.; Meinhold, S. 9 ff. (20); Kase, S. 51 f.; Grosche, S. 135 ff.; Sölter, in: Handbuch, S. 60 f.; Fuchs, Der Markt, 1968, Nr. 28, S. 82.

³ Ansoff, HBR, Vol. 35 (1957), No. 5, S. 113 ff.; ders., Corporate Strategy, S. 122 ff., dt. Übers. in: ders., Management-Strategie, S. 130 ff., 149 ff.

⁴ Zur Abgrenzung von Diversifikation und Expansion vgl. das Schema von Ansoff, HBR, Vol. 35 (1957), No. 5, S. 114; s. auch Meinhold, S. 17 ff. u. S. 24.

⁵ Vgl. Schmalenbach-Gesellschaft, ZfbF 25 (1973), S. 297.