

**Die Mißbrauchsaufsicht  
vor dem Hintergrund der Entwicklungen  
der neueren Wettbewerbstheorie**

**Herausgegeben von**

**Burkhardt Röper**



**DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN**

**Schriften des Vereins für Socialpolitik**  
**Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften**  
**Neue Folge Band 124**

SCHRIFTEN DES VEREINS FÜR SOCIALPOLITIK

Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften

Neue Folge Band 124

---

Die Mißbrauchsaufsicht  
vor dem Hintergrund der Entwicklungen  
der neueren Wettbewerbstheorie



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

# **Die Mißbrauchsaufsicht vor dem Hintergrund der Entwicklungen der neueren Wettbewerbstheorie**

**Herausgegeben von**

**Burkhardt Röper**



**DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN**



**Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der photomechanischen  
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten  
© 1982 Duncker & Humblot, Berlin 41**

**Gedruckt 1982 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61**

**Printed in Germany**

**ISBN 3 428 05158 0**

## Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkungen des Herausgebers .....	7
1. Grundsatzfragen der Wettbewerbspolitik .....	11
1.1. Dieter Schmidtchen: Property rights, Freiheitsschutz und die Logik staatlicher Preisinterventionen: Kritische Analyse der theoretischen Grundlagen einer freiheitsgefährdenden Wettbewerbspolitik .....	11
1.2. Hans-Otto Lenel: Wettbewerbspolitik ohne Ermessensentscheidung (Korreferat) .....	45
1.3. Ernst Niederleithinger: Probleme der Mißbrauchsaufsicht aus der Sicht des Bundeskartellamtes .....	65
2. Nichtleistungswettbewerb als mißbräuchliches Verhalten? .....	79
2.1. Helmut Gröner: Nichtleistungswettbewerb und Behinderungsmißbrauch .....	79
2.2. Franz-Jürgen Säcker: Bedeutung und Kriterien des Nichtleistungswettbewerbs aus der Sicht der kartellrechtlichen Anwendungspraxis (kurze Inhaltsangabe des Vortrags durch den Herausgeber) .....	97
3. Burkhardt Röper: Ansätze zu einer marktüberschreitenden Wettbewerbstheorie — abgeleitet aus Strategien für Mehrproduktunternehmen (Produkt-Portfolio-Konzept) .....	101
Stichwortverzeichnis .....	143



## Vorbemerkungen des Herausgebers

I. Die „Arbeitsgruppe Wettbewerb“ wurde 1969 als Unterausschuß im Wirtschaftspolitischen Ausschuß des Vereins für Socialpolitik gegründet. Sie ist ein neutrales wissenschaftliches Forum zur Diskussion wettbewerbspolitischer Probleme im Kreise daran besonders interessierter Vereinsmitglieder, Unternehmer und Mitglieder der Wettbewerbsbehörden.

Mit dem vorliegenden Band stellt die Arbeitsgruppe Wettbewerb ihren neunten Sitzungsbericht vor. Gegenstand sind die Ergebnisse der Tagung vom 29./30. März 1980 in Würzburg. Schwerpunkte dieses Symposions waren Überlegungen zu einer Weiterentwicklung der Wettbewerbstheorie und die damit verbundenen Konsequenzen für die Verhaltenskontrolle durch das Bundeskartellamt. Es wurden u. a. drei hervorragende Wettbewerbsjuristen — der Vizepräsident des Bundeskartellamtes, ein Mitglied des Kammergerichtes und ein Mitglied der Monopolkommission — sowie zwei Volkswirte als Gäste hinzugezogen.

Dieter Schmidtchen geht von der Theorie der property rights aus und möchte in Anlehnung an allgemeine Überlegungen von F. A. v. Hayek über Freiheit und Eigentumsrechte die Schwierigkeiten der Mißbrauchsaufsicht ausleuchten. Dabei fragt er, welche Einbußen an property rights ein Unternehmen durch Eingriffe des BKartA hinnehmen muß.

Hans-Otto Lenel nimmt in seinem Korreferat „Wettbewerbspolitik ohne Ermessensentscheidung“ gegen viele Aussagen von Dieter Schmidtchen entschieden Stellung.

Aus der Sicht des BKartA berichtet Ernst Niederleithinger über konkrete Fälle der Mißbrauchsaufsicht, bei denen das Amt bekanntlich auf größte Schwierigkeiten gestoßen ist. Dabei geht er weniger auf die Diskussion rund um die Thesen von Dieter Schmidtchen ein als auf die Fragen einer Konkretisierung des Mißbrauchs-Begriffes durch die Tätigkeit des BKartA wie der Gerichte.

Im Hintergrund steht auch die Frage des Nichtleistungswettbewerbs oder — anders gefragt — das Problem, was als „leistungsgerechter Wettbewerb“ [§ 28 (2) GWB] in konkreten Fragen zu bezeichnen ist. —

Hierüber wurde bereits vor Jahren im Wirtschaftspolitischen Ausschuß des Vereins für Socialpolitik allgemein diskutiert<sup>1</sup>.

Auf die Problematik von Nichtleistungswettbewerb und Behinderungswettbewerb geht Helmut Gröner näher ein, wobei er systematisiert nach vier verschiedenen Marktpositionen, sechs verschiedenen Behinderungskriterien und drei verschiedenen Abwägungskriterien (Unbilligkeitsprüfung), die in zwei Fällen kombiniert sind.

Zu der Problematik nahm als Jurist Franz-Jürgen Säcker Stellung, der als Richter am Kammergericht an einigen Entscheidungen mitgewirkt hat.

Abschließend wurden „Ansätze zu einer marktüberschreitenden Wettbewerbstheorie — abgeleitet aus Strategien für Mehrproduktunternehmen (Produkt-Portfolio-Konzept)“ vom Herausgeber vorgetragen.

II. Die Veröffentlichung der Tagungsergebnisse bereitete dem Herausgeber erhebliche Schwierigkeiten. Vereinbarung worden war, daß die Autoren die wichtigsten Diskussionsbeiträge in die Endfassung ihres Referates einarbeiten sollten. Die vorgetragenen Referate lagen den Korreferenten stets in einer vorläufigen Fassung vor. Die Urfassung von Dieter Schmidtchen wurde stark verändert vorgetragen. Dadurch mußte Hans-Otto Lenel sein vorbereitetes Korreferat spontan in wesentlichen Teilen ändern.

Entsprechend den Spielregeln im Dyopol zog daraufhin Dieter Schmidtchen bei der Überarbeitung seines Manuskriptes mit zahlreichen weiteren Änderungen nach, was wiederum eine nochmalige Korrektur bei Herrn Lenel notwendig machte.

Der Herausgeber hat aus diesen Gründen die Druckfahnen den Autoren nicht mehr zugesandt, um den dynamischen Wettbewerbsprozeß um die Erklärung der Phänomene rund um Freiheitsschutz und um die Logik staatlicher Eingriffe vorläufig zu unterbrechen. Aller Voraussicht nach werden beide Autoren sich weiterhin wechselseitig um die Klärung ihrer Ansichten öffentlich bemühen.

Herr Gröner hat vereinbarungsgemäß seine überarbeitete Fassung Herrn Kollegen Säcker zugesandt, der nach Mahnung innerhalb von 8 Tagen das Manuskript vorlegen wollte, es aber bislang unterließ.

Der Herausgeber beschränkt sich deshalb auf einige Hinweise über das Referat von Franz-Jürgen Säcker. Herr Säcker hatte ähnliche

---

<sup>1</sup> Vgl. H. Ohm, Definitionen des Leistungswettbewerbs und ihre Verwendungsfähigkeit für die praktische Wirtschaftspolitik; vgl. auch B. Röper, Zur Verwirklichung des Leistungswettbewerbs, beide Beiträge in: H.-J. Seraphim (Hrsg.), Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N.F. Band 18, Berlin 1960, S. 239 ff. und S. 261 ff.

Schwierigkeiten wie Herr Niederleithinger, aus den vielfältigen Anregungen der Volkswirte justitiable Dinge zu entnehmen.

III. Teilnehmer der Sitzung der „Arbeitsgruppe Wettbewerb“ waren deren Mitglieder, die Herren

Dr. Hans-Heinrich Barnikel, Direktor beim BKartA Berlin,

Prof. Dr. Ernst Heuß, Universität Nürnberg,

Prof. Dr. Hans-Otto Lenel, Universität Mainz,

Prof. Dr. Manfred Neumann, Universität Nürnberg,

Prof. Dr. Hellmuth St. Seidenfus, Universität Münster,

Prof. Dr. Franz-Ulrich Willeke, Universität Heidelberg,

Prof. Dr. Artur Woll, Gesamthochschule Siegen,

Prof. Dr. Burkhardt Röper, RWTH Aachen (Vorsitz),

und deren Gäste, die Herren

Prof. Dr. Helmut Gröner, Universität Bayreuth,

Prof. Dr. iur. Ulrich Immenga, Mitglied der Monopolkommission, Universität Göttingen,

Dr. Ernst Niederleithinger, Vizepräsident des BKartA Berlin,

Prof. Dr. Franz-Jürgen Säcker, Freie Universität Berlin und Richter im Kartellsenat des Kammergerichtes,

Prof. Dr. Dieter Schmidtchen, Universität des Saarlandes.

Redaktion der Veröffentlichung:

Dr. Rolf Marfeld, RWTH Aachen.

IV. Die Mitglieder der Arbeitsgruppe Wettbewerb und der Herausgeber sind dem Land Nordrhein-Westfalen für die Bereitstellung der Mittel für einen Stenographen zu Dank verpflichtet.

V. Aus Kostengründen wurde vom Verlag der Verzicht auf eine nachträgliche Vereinheitlichung in der Zitierweise vorgeschlagen.





# 1. Grundsatzfragen der Wettbewerbspolitik

## 1.1. Dieter Schmidten :

### **Property rights, Freiheitsschutz und die Logik staatlicher Preisinterventionen : Kritische Analyse der theoretischen Grundlagen einer freiheitsgefährdenden Wettbewerbspolitik**

#### **I. „Property rights“ und die „Disziplin der Freiheit“**

„*Der Mensch hat sich nicht in Freiheit entwickelt. Als Mitglied einer kleinen Horde, zu der er halten mußte, um zu überleben, war er alles andere als frei. Freiheit ist ein Artefakt der Zivilisation*, das den Menschen von den Fesseln der kleinen Gruppe, deren flüchtigen Stimmungen sich sogar der Anführer unterwerfen mußte, befreite. Freiheit wurde möglich durch die schrittweise Entwicklung der *Disziplin der Zivilisation, die auch zugleich die Disziplin der Freiheit ist*. Sie schützt den Menschen durch unpersönliche abstrakte Regeln vor willkürlicher Gewalt Dritter und ermöglicht dem einzelnen, sich einen Bereich zu schaffen, in den kein anderer sich einmischen darf und innerhalb dessen er sein Wissen für seine eigenen Zwecke verwenden kann.“ — Mit diesen Worten beginnt F. A. v. Hayek den mit „Die Disziplin der Freiheit“ überschriebenen 6. Abschnitt seines Essays „Die drei Quellen der menschlichen Werte“<sup>1</sup>. Was sind das für „unpersönliche abstrakte Regeln“, die die Disziplin der Freiheit kennzeichnen und den Menschen vor willkürlicher Gewalt Dritter schützen sollen? Wenn nicht alles täuscht, meint v. Hayek damit nichts anderes als das, was man neuerdings „property rights“ (Verfügungsrechte, Dispositionsrechte) nennt.

„Property rights are understood as the *sanctioned behavioral relations* among men that arise from the existence of goods and pertain to their use. These relations specify the norms of behavior with respect to goods that each and every person must observe in his daily interactions with other persons, or bear the cost of nonobservance“<sup>2</sup>. Property rights

---

<sup>1</sup> F. A. v. Hayek, *Die drei Quellen der menschlichen Werte*, Tübingen 1979, S. 26.

<sup>2</sup> E. Furubotn, S. Pejovich, Introduction: The New Property Rights Literature, in: dieselben (eds.), *The Economics of Property Rights*, Cambridge (Mass.) 1974, S. 3. Der Ausdruck „goods“ bezieht sich dabei auf alle materiellen und immateriellen Dinge, die dem Menschen Nutzen stiften und Befriedigung geben. (Siehe ebenda, S. 3.)

haben also den Charakter von Verhaltensregeln<sup>3</sup>. Sie grenzen geschützte Bereiche und Domänen des einzelnen ab, in die andere nicht eingreifen dürfen<sup>4</sup>. Ohne ihre Existenz sind freiheitliche Handlungsordnungen nicht denkbar<sup>5</sup>.

Property rights bestehen im wesentlichen aus 4 Elementen: dem Recht, ein Besitztum für bestimmte Zwecke einzusetzen und zu nutzen (usus); dem Recht, sich die Früchte aus der Nutzung anzueignen (usus fructus); dem Recht, ein Besitztum in Form und/oder Struktur zu verändern und schließlich dem Recht, diese Rechte auf andere zu übertragen<sup>6</sup>. Verfügungsrechte sind nicht nur an das Besitztum selbst geknüpft; sie können auch an Eigenschaften des Eigentümers oder Besitzers ansetzen<sup>7</sup>. Diese Rechte sind auch nicht unbeschränkt. Niemand hat das „Recht“, zu tun und zu lassen, was er will. Insbesondere können positive Dispositionspflichten (Einhaltung von Qualitätsnormen) und die Verpflichtung, das Risiko des Untergangs und der Verschlechterung der Sache zu tragen (Substanzzisiko), damit verbunden sein<sup>8</sup>.

## II. Willkürlicher Zwang

Eine Handlungsordnung heißt freiheitlich, wenn die sozialen Beziehungen ohne willkürlichen Zwang aufgebaut, erhalten und geändert werden<sup>9</sup>. Willkürlicher Zwang ist nicht berechtigter (außergesetzlicher,

<sup>3</sup> Siehe auch R. B. McKenzie, G. Tullock, *Modern Political Economy*, New York u. a. 1978, S. 77 f.

<sup>4</sup> Das ist nach v. Hayek Ziel fast des ganzen Privatrechts. (Siehe „Rechtsordnung und Handlungsordnung“, in: derselbe, *Freiburger Studien*, Tübingen 1969, S. 175; im folgenden zitiert als „v. Hayek, 1969“.)

<sup>5</sup> Das wußte im übrigen bereits John Locke: „... bei allen Geschöpfen, die zu Gesetzen fähig sind, gilt: Gibt es kein Gesetz, so gibt es auch keine Freiheit. Freiheit nämlich bedeutet frei sein von Zwang und Gewalttätigkeit anderer, was nicht sein kann, wo es keine Gesetze gibt. Doch Freiheit ist nicht... die Freiheit für jeden, zu tun, was ihm einfällt (denn wer könnte frei sein, wenn ihn die Laune jedes anderen tyrannisieren dürfte), sondern die Freiheit, innerhalb der erlaubten Grenzen jener Gesetze, denen er untersteht, über seine Person, seine Handlungen, seinen Besitz und sein gesamtes Eigentum zu verfügen, damit zu tun, was ihm gefällt, und dabei niemandes eigenmächtigen Willen unterworfen zu sein, sondern frei dem eigenen folgen zu können.“ (Über die Regierung [The Second Treatise of Government], Stuttgart 1974, S. 43, Abschnitt 57.)

<sup>6</sup> Siehe Furubotn, Pejovich, a.a.O., S. 4. Von den Problemen der „communal property rights“ sei hier abgesehen.

<sup>7</sup> Siehe F. E. Münnich, *Gesellschaftliche Ziele und Organisationsprinzipien*, in: *Zur Theorie marktwirtschaftlicher Ordnungen*, Hrsg.: E. Streißler, Chr. Watrin, Tübingen 1980, S. 166.

<sup>8</sup> Siehe ebenda, S. 167.

<sup>9</sup> In Anlehnung an den Freiheitsbegriff v. Hayeks. (Siehe „Die Verfassung der Freiheit“, 1. Kap., Tübingen 1971; im folgenden zitiert als „v. Hayek, 1971“.)

nicht ausdrücklich erlaubter) Zwang. Er stellt einen nicht berechtigten Eingriff in gesetzlich (oder vertraglich) definierte property rights anderer dar, der bei diesen zu einem Vermögensschaden führt<sup>10</sup>. Insofern könnte man auch von einem negativen externen Effekt sprechen. Wichtig ist, daß dieser negative externe Effekt das Ergebnis menschlichen Entwurfs ist. Er entsteht als Wirkung eines Handelns, das sein Auftreten bezweckt oder bewußt in Kauf nimmt.

Was ist nun konkret unter willkürlichem Zwang zu verstehen? Fragen dieser Struktur sind — wie ein Blick in die wissenschaftstheoretische Literatur zeigt<sup>11</sup> — erfahrungswissenschaftlich nicht beantwortbar. Korrekterweise sollte deshalb gefragt werden: Was *wollen* wir (die einzelnen, die Rechtsgemeinschaft) unter willkürlichem Zwang verstehen? Diese Frage hat eindeutig normativen Charakter. Die Antworten fallen demgemäß je nach Wertung unterschiedlich aus<sup>12</sup> — und diese Wertungen können von einer erfahrungswissenschaftlichen Ökonomie nicht *begründet* werden<sup>13</sup>. Deshalb ist auch die Schlußfolgerung verfehlt, ein wettbewerbstheoretisches Aussagensystem sei unbrauchbar oder gescheitert, wenn es keine normativen Kriterien liefere (etwa Kriterien für willkürlichen Zwang).

<sup>10</sup> Auch eine Preissenkung als Folge „normalen“ Wettbewerbs wird bei bestimmten Anbietern zu Vermögensschäden führen. Aber diese sind nicht Folge willkürlichen Zwangs.

<sup>11</sup> Siehe dazu D. Schmidtchen, Wettbewerbspolitik als Aufgabe, Baden-Baden 1978, S. 55 ff.; im folgenden zitiert als „Schmidtchen, 1978“.

<sup>12</sup> Dies ist mittlerweile Lehrbuchwissen. (Siehe A. Alchian, W. Allen, University Economics, Belmont (Cal.) 1972, S. 11 f.; A. Woll, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 6. Aufl., München 1978, S. 1 ff.)

<sup>13</sup> So die wohl herrschende Meinung. (Siehe z.B. Alchian, Allen, S. 6 f.; A. Woll, S. 1 ff.) Leider werden in der Ordnungstheorie und -politik, insbesondere in der Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, diese elementaren Dinge nicht immer beherzigt — was zu großen Verwirrungen und zu einer Anmaßung von Wissen führt. Aussagen z. B. über die „richtige“ soziale Ordnung oder die „menschenwürdige“ soziale Ordnung beruhen auf persönlichen und privaten Wertungen und nicht auf wissenschaftlicher Erkenntnis. Anderer Ansicht ist wohl H.-O. Lenel, Mehr Laissez faire?, in: Ordo Bd. 31, S. 67 (im folgenden zitiert als „Lenel, 1980“); sowie derselbe, Bemerkungen zur ordnungstheoretischen Diskussion in den letzten vier Jahrzehnten, NZZ-Jubiläumsband „Liberalismus — nach wie vor“, Die von Lenel in beiden zitierten Arbeiten vorgenommene Auseinandersetzung mit einer von seiner (Euckens) methodologischen Konzeption abweichenden und wissenschaftstheoretisch wohlbegründeten Auffassung kann in keinerlei Hinsicht als zureichend angesehen werden. (Zum modernen Stand der Diskussion siehe etwa W. Meyer, Erkenntnistheoretische Orientierungen und der Charakter des ökonomischen Denkens, in: Zur Theorie marktwirtschaftlicher Ordnungen, a.a.O., S. 80 ff., sowie das Korreferat von H. Albert, ebenda.) Die wirtschaftspolitische Aufgabe der Nationalökonomie zu sehen und sich ihr zu stellen bedeutet nicht, daß man auf Wertungen zurückgreifen muß. Das „Emporwuchern methodologischer Reflexionen“ (Eucken) ist meist ein Krankheitszeichen einer Wissenschaft. Es zeigt, daß man mit dem bisherigen Vorgehen in einer erkenntnistheoretischen Sackgasse gelandet ist.

Natürlich kann eine erfahrungswissenschaftlich orientierte Ökonomie legitimerweise danach fragen, unter welchen Bedingungen als willkürlicher Zwang *bezeichnete* Handlungen in der Regel auftreten und welche Wirkungen zu erwarten sind, wenn man bestimmte Handlungen als willkürlichen Zwang und damit als unberechtigt deklariert. Auch kann legitimerweise danach gefragt werden, welche Handlungen aufgrund exogen vorgegebener Wertungen als „willkürlicher Zwang“ zu rubrizieren sind und welche Wirkungen sich in der ökonomischen Realität einstellen werden, wenn man diese Handlungen verbietet. Ferner läßt sich ohne Verstoß gegen Prinzipien der Erfahrungswissenschaft der Frage nachgehen, was man unter willkürlichem Zwang zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort bzw. im Rahmen eines wettbewerbspolitischen Konzepts versteht und wie er gemäß den zeit- und ortsgebundenen Prinzipien der Rechtstradition bzw. den Prinzipien des wettbewerbspolitischen Konzepts zu bekämpfen ist.

Im Rahmen eines freiheitsorientierten wettbewerbspolitischen Konzepts wird man etwa sagen können: Person A wird willkürlich von Person B gezwungen, wenn Person B verbotene physische Gewalt anwendet oder eine (durch Person B herbeigeführte oder auf sonstige Weise entstandene) Notlage ausnutzt. Person A handelt gegen ihren Willen, also nicht freiwillig. Wenn jemand weder verbotener physischer Gewalt ausgesetzt war noch sich in einer Notlage befand noch getäuscht wurde, dann gilt sein Handeln als freiwilliges Handeln. Was unter zu verbieterender physischer Gewalt, Notlage und Täuschung verstanden werden soll, kann erfahrungswissenschaftlich, damit auch wettbewerbstheoretisch, nicht bestimmt werden. Das ist jedoch kein Manko. Denn wenn nicht alles täuscht, kann unserer Rechtstradition, unserer Rechtsordnung und Rechtsprechung sowie der relevanten juristischen Literatur alles Notwendige entnommen werden<sup>14</sup>. Wenn H.-O. Lenel kritisch einwendet, daß die hier verwendeten Kriterien „willkürlicher

<sup>14</sup> Ein freiheitsorientiertes wettbewerbspolitisches Konzept stützt sich ausdrücklich auf das Recht und die Rechtstradition. Es ist ohne Rückgriff auf das Recht gar nicht definierbar. (Die Bedeutung und Notwendigkeit dieser Verschmelzung von Ökonomie und Recht betont seit langem F. A. v. Hayek. Seine großen Werke „Die Verfassung der Freiheit“ und „Law, Legislation and Liberty“ dokumentieren dies.) Wettbewerbspolitischen Konzeptionen, die sich auf Modelle vollständigen oder unvollständigen Wettbewerbs beziehen, fehlt notwendigerweise die Abstützung im Recht. Sie sind Manifestationen sogenannter reiner Ökonomie. Nicht ohne Grund findet man deshalb auch in der Rechtsanwendung im Zusammenhang mit Wettbewerbsbeschränkungen keine Bezüge auf Kantzenbachs Konzept von der Funktionsfähigkeit der Konkurrenz. Es hält aus der Natur der Sache heraus für die in der Rechtspraxis zu lösenden Probleme keine Rezepte bereit. Es wird dies vermutlich auch niemals tun können, denn in seinem Rahmen lassen sich Macht und Wettbewerbsbeschränkung nicht einmal begrifflich in einer für die Rechtspraxis brauchbaren Weise unterbringen. Zu einer Kritik an dieser ökonomistischen Konzeption siehe *Schmidtchen*, 1978, S. 63 ff.

Zwang“, Freiwilligkeit und Freiheit nur scheinbar auf genügend festen Boden führten<sup>15</sup>, so ist darauf zu antworten, daß dieser Boden im wesentlichen nichts anderes darstellt als das Gesetz gewordene Ergebnis jahrhundertelangen Bemühens der Menschheit, die Kriterien eines freiheitlichen Rechtsstaates zu bestimmen<sup>16</sup>.

Von der Frage, was man grundsätzlich unter willkürlichem Zwang verstehen will, ist die Frage wohl zu unterscheiden, ob jemand in einem konkreten Fall willkürlich gezwungen wurde. Letztere Frage taucht bei der Anwendung von Gesetzen auf, die den Zweck haben, willkürlichen Zwang zu verhindern. Im Einzelfall ist häufig von der Exekutive ohne ein gewisses Ermessen nicht zu entscheiden, ob jemand willkürlich gezwungen wurde. Hierbei handelt es sich jedoch um ein Problem, das — wie der Jurist weiß — bei nahezu jeder Subsumtion eines konkreten Falles unter eine abstrakte Norm auftaucht<sup>17</sup>. Zuordnungsschwierigkeiten dieser Art schrecken ihn aber nicht und veranlassen ihn insbesondere nicht, ein Prinzip als solches zu verwerfen<sup>18, 19</sup>.

---

<sup>15</sup> Siehe *Lenel*, 1980, S. 65. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß die Begriffe willkürlicher Zwang, Freiwilligkeit und Freiheit Zentralbegriffe des v. Hayekschen Denkens darstellen. Eingehende Lektüre seiner bereits zitierten Schriften ist geeignet, noch vorhandene Unklarheiten zu beseitigen.

<sup>16</sup> Zu dessen Prinzipien gehört auch, daß nicht der Mörder seine Unschuld beweisen muß, sondern die Strafverfolgungsbehörden seine Schuld. Analog haben selbstverständlich die Kartellbehörden nachzuweisen, daß in einem konkreten Fall die Austauschbedingungen nicht freiwillig akzeptiert wurden, also willkürlicher Zwang vorlag. Anderer Ansicht ist jedoch *Lenel*. (Siehe derselbe, 1980, S. 57.) Sein Argument, die Mißbrauchsaufsicht könnte erschwert werden, dürfte angesichts unserer Rechtstradition nicht allzu schwer wiegen.

<sup>17</sup> Deshalb geht auch die folgende Aussage von *Lenel* an der Realität vorbei: „Nur wenn man *sicher* (Hervorhebung durch mich, D. S.) feststellen könnte, wann Freiwilligkeit vorliegt, würde Schmidtchens Kriterium für die Zulässigkeit der Eingriffe die nötige Klarheit vermitteln können.“ (*Lenel*, 1980, S. 56.) Es wird mit der Einführung des Kriteriums „Freiwilligkeit“ auch kein stärkerer Erklärungswert vorgetäuscht als wirklich vorliegt. (*Lenel*, ebenda, S. 56.) Denn mit dem Begriff wird nicht erklärt.

<sup>18</sup> Es empfiehlt sich also, zwei Fragenkomplexe auseinanderzuhalten: 1. Worauf kommt es an oder soll es ankommen (regulatives Prinzip)? 2. Wie stellt man fest, ob das, worauf es ankommt, im konkreten Fall gegeben ist (Meßproblem)?

<sup>19</sup> Wenn in der Diskussion um die vom Bundeskartellamt aufgegriffenen Fälle des Ausbeutungsmissbrauchs davon die Rede war, daß die Behörde willkürlich entschieden habe, dann bezog sich dieses Argument nicht auf dieses Subsumtionsproblem. (Ihm ist nämlich grundsätzlich nicht zu entkommen.) Die Willkür der Entscheidung wurde vielmehr erstens in der mangelnden bzw. der falschen wettbewerbstheoretischen Begründung gesehen. Es ging mit anderen Worten in dieser Diskussion um das theoretische Fundament und nicht um die allfällige Ungewißheit und Unwissenheit im Zusammenhang mit einem „bloßen“ Subsumtionsproblem. Zweitens wurde vorgebracht, daß es der praktizierten Norm an Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit fehle. Mit anderen Worten, daß wesentliche Eigenschaften allgemeiner abstrakter Verhaltensregeln nicht gegeben seien. Wenn *Lenel* (1980, S. 66) die Unumgänglichkeit von Ermessensentscheidungen mit einem Zitat von v. Hayek zu



Willkürlicher Zwang ist unberechtigter Zwang. Um unberechtigten Zwang zu verhindern, muß seinerseits Zwang angedroht und praktiziert werden. Es ist dies ein Zwang, der zur Durchsetzung und Beachtung eines bestimmten „assignments“ von „private property rights“ angedroht und vollzogen werden muß. In einer freien Gesellschaft kann dies nur von einer darauf spezialisierten (ausdifferenzierten) Instanz geschehen: dem Staat<sup>20</sup>. Man könnte geradezu sagen, daß dieses Recht zum Zwingen das Wesen des „state property right“ ausmacht.

Staatlicher Zwang zum Schutz der „private property rights“ stellt berechtigten Zwang dar, denn er ist ausdrücklich in der Verfassung einer Gesellschaft vorgesehen. Seine Anordnung und Anwendung dienen dazu, den Gehorsam vor der Rechtsordnung zu sichern und auf diese Weise dazu beizutragen, daß die Handelsordnung freiwillig aufgebaut, erhalten und geändert wird. Berechtigter Zwang wird also lediglich mit dem Ziel eingesetzt, den (abstrakten) Charakter einer Handelsordnung zu gewährleisten, nicht aber um eine konkrete Struktur einer Handelsordnung zu erzeugen<sup>21</sup>. „Diese abstrakte Ordnung ist daher auch gewissermaßen nur eine Art gemeinsames Vorziel, das den einzelnen als Mittel für die Verfolgung ihrer verschiedenen individuellen Ziele dient; sie ist aber auch das einzige Ziel, das eigentlich als gemeinsames Ziel oder als Gemeinwohl oder als öffentliches Interesse bezeichnet werden kann“<sup>22</sup>.

---

rechtfertigen versucht, hätte er vorher prüfen sollen, ob v. Hayeks Aussage überhaupt auf die hier relevanten Fälle anwendbar ist. v. Hayek fährt nach der von Lenel zitierten Stelle nämlich fort: „Das heißt, die Entscheidung (gemeint ist die Ermessensentscheidung, D. S.) muß von den Regeln des Rechts und von jenen Umständen, auf die sich das Gesetz bezieht und die den Parteien bekannt sein können (Hervorhebungen durch mich, D. S.), ableitbar sein“. (v. Hayek, 1971, S. 277.) Auch die darauf folgenden Worte v. Hayeks sind in diesem Zusammenhang bemerkenswert.

<sup>20</sup> „Eine freie Gesellschaft hat dieses Problem (Androhung von Zwang zum Zwecke der Vermeidung desselben, D. S.) gelöst, indem sie dem Staat das Monopol der Zwangsausübung überträgt und versucht, diese Gewalt des Staates auf jene Fälle zu beschränken, in denen sie zur Vermeidung von Zwang durch private Personen erforderlich ist.“ (v. Hayek, 1971, S. 28.)

<sup>21</sup> „... daß Zwang nur zulässig ist, wenn er allgemeinen Gesetzen entspricht, und nicht, wenn er ein Mittel zur Erreichung bestimmter Ziele der jeweiligen Politik ist.“ (v. Hayek, 1971, S. 278.) Zur Kritik des „konkreten Ordnungsdenkens“ siehe auch derselbe, 1969, S. 19.

<sup>22</sup> v. Hayek, 1969, S. 169. Die Marktordnung ist eine spontane Ordnung, für deren Bildung die Preise eine fundamentale (häufig jedoch mißverständene) Rolle spielen. (Siehe dazu die Dankadresse F. A. v. Hayeks anläßlich einer akademischen Festveranstaltung zu seinem 80. Geburtstag, in: Friedrich A. von Hayek, Baden-Baden 1980, S. 38 f.) Bei staatlichen Preisinterventionen ist deshalb stets zu fragen, ob sie dazu beitragen, daß die Funktionen, die Preise in einer spontanen Ordnung erfüllen, besser erfüllt werden.

### III. Freiheitsorientierte und freiheitsgefährdende Wettbewerbspolitik

Freiheitsorientierte Wettbewerbspolitik hat zum Ziel, willkürlichen Zwang in den Marktbeziehungen zu verhindern. Die marktliche Handelsordnung soll freiwillig aufgebaut, erhalten und geändert werden, was gleichbedeutend ist mit Sicherung der Disziplin der Freiheit. Da diese sich in einem bestimmten „assignment“ von property rights manifestiert, kommt es darauf an, dieses „assignment“ durch Androhung und Praktizierung staatlicher Zwangsgewalt durchzusetzen und zu schützen. Der Kampf richtet sich also gegen nicht-berechtigte Eingriffe in die property rights Dritter. Wenn nicht alles täuscht, sind diese nicht-berechtigten Eingriffe identisch mit dem, was man bisher wettbewerbsbeschränkendes oder wettbewerbsbe-(ver-)hinderndes Handeln genannt hat (etwa: Dumping, Diskriminierung, „squeezing“, „predatory pricing“). Der Kampf gegen diese Wettbewerbsbeschränkungen ist nicht nur vereinbar mit einer freiheitsorientierten Wettbewerbspolitik, er macht diese geradezu im „Wesenskern“ aus<sup>23</sup>.

Entscheidend ist nun, daß eine Wettbewerbspolitik zum Schutze von property rights nur den Gehorsam aller Marktteilnehmer gegenüber allgemeinen abstrakten Verhaltensregeln sicherstellen will und kann, die den dauernden Bestand einer ebenso abstrakten (spontanen) wettbewerblichen Handelsordnung sichern<sup>24</sup>. Eine derartige „spontane“ wettbewerbliche Handelsordnung eröffnet dem einzelnen — nach unserem Wissen — vermutlich die besten Aussichten, seine persönlichen Ziele zu verfolgen, aber sie gibt ihm keinen Anspruch auf bestimmte

<sup>23</sup> Es ist deshalb unverständlich, wie *Lenel* (1980, S. 51 ff.) zu der Überzeugung gelangen kann, eine freiheitsorientierte Wettbewerbspolitik führe zu mehr Laissez-faire und zur Steigerung des Ermessensgebrauchs privater Macht. Diese Wettbewerbspolitik ist die Wettbewerbspolitik des Rechtsstaates. Eine solche Wettbewerbspolitik zeichnet sich dadurch aus, daß sie auf allgemeine abstrakte Verhaltensregeln vertraut. Natürlich darf man von solchen Verhaltensregeln nicht zuviel erwarten. So wird man gestützt auf solche Verhaltensregeln keine konkrete Handelsordnung ansteuern können. Auch muß stets gefragt werden, ob diese Regeln hinreichend wirken, „denn sonst bleibt der Ermessensspielraum der Inhaber privater Macht unbeschnitten, oder er wird nicht hinreichend verkleinert“. (*Lenel*, 1980, S. 51.) Nun hat die Zivilisation aber kein anderes Mittel gegen private Macht gefunden, als diese durch allgemeine abstrakte Verhaltensregeln (Recht) zu binden. Wenn ein Satz von Verhaltensregeln nicht „hinreichend“ wirken sollte, dann muß man ihn ändern, aber nicht auf dieses Mittel der Machtkontrolle als solches verzichten. *Lenel* (1980, S. 51) zweifelt, daß eine freiheitsorientierte Wettbewerbspolitik mit dem Instrument allgemeiner abstrakter Regeln wirksam betrieben werden könne. Die von ihm in diesem Zusammenhang an den Kriterien willkürlicher Zwang, Freiwilligkeit und Freiheit geübte Kritik bewegt sich überwiegend auf der Ebene der Meß- bzw. Subsumtionsprobleme (typisch S. 62) und trifft daher nicht das regulative Prinzip.

<sup>24</sup> Siehe F. A. v. *Hayek*, Die drei Quellen der menschlichen Werte, a.a.O., S. 26 f.



Dinge<sup>25</sup>. Gesichert wird also lediglich das, was man individuelle („formale“) Freiheit nennen könnte<sup>26</sup>, nicht aber das, was fälschlicherweise häufig materielle oder reale Freiheit genannt wird, tatsächlich aber die Größe des Vermögens (Wohlstand) bzw. die physische Möglichkeit meint, zu tun, was man will (Macht)<sup>27, 28</sup>.

Natürlich hängen formale Freiheit und Wohlstand (Größe des Vermögens) miteinander zusammen. Aber: Es ist nicht das Ziel und kann nicht das Ziel einer freiheitsorientierten Wettbewerbspolitik sein, etwa eine bestimmte Verteilung des Lebensstandards oder der Vermögensverteilung anzusteuern<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Siehe ebenda, S. 27.

<sup>26</sup> „Das Recht sorgt also nur dafür, daß jeder erhält, was ihm zukommt, aber was ihm konkret zukommen soll, hängt nicht nur von Rechtsregeln, sondern auch von tatsächlichen Umständen ab, auf die uns die Rechtsregeln hinweisen.“ (v. Hayek, 1969, S. 175.)

<sup>27</sup> Bei dieser „realen“ Freiheit geht es also um die Zahl der tatsächlichen Handlungsmöglichkeiten, die außer von den Verfügungsrechten auch vom tatsächlichen Besitz von Ressourcen abhängig ist. Individuelle („formale“) Freiheit wird im allgemeinen in einem Rechtsstaat gleichmäßig verteilt sein; bei der „realen“ Freiheit dürfte dies niemals erreichbar sein. Rawls bringt diesen Unterschied sehr gut zum Ausdruck: „Wir unterscheiden also folgendermaßen zwischen der Freiheit und ihrem Wert: Die Freiheit besteht in dem gesamten System der gleichen bürgerrechtlichen Freiheiten; der Wert der Freiheit für einzelne oder Gruppen hängt von deren Fähigkeit ab, innerhalb dieses Rahmens ihre Ziele zu erreichen. Die Freiheit ist als gleiche Freiheit für alle gleich; es entsteht kein Problem des Ausgleichs für geringere Freiheit. Doch der Wert der Freiheit ist nicht für jedermann der gleiche.“ (J. Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt 1975, S. 233.) Das Ausmaß an „realer“ Freiheit ist in hohem Maße vom subjektiv bestimmten Anspruchsniveau der einzelnen abhängig. Je höher das Anspruchsniveau, um so geringer die Freiheit — bei gegebenem Vermögen. Daran wird erkennbar, daß das Ausmaß an „realer“ Freiheit mit der individuellen Knappheit an Ressourcen negativ korreliert ist. „Reale“ Freiheit ist dann also ein Begriff, der überhaupt keine Eigenschaft einer sozialen Beziehung beschreibt, sondern eine Beziehung zwischen Menschen und Objekten. Freiheit bezeichnet dann mit anderen Worten die Verfügungsmacht über Dinge, deren Einsatz prinzipiell zur Zielerreichung geeignet ist, also Reichtum, Vermögen, Grad an Knappheit. Man benötigt dazu keinen neuen Ausdruck. Im übrigen kann man Freiheit in diesem Sinne auch nicht als brauchbares Unterscheidungskriterium von Handlungssystemen verwenden. Es ist dann auch tautologisch zu sagen, daß eine freie Gesellschaft den Wohlstand der Menschen fördert oder mehr fördert als eine andere Form der Gesellschaft.

<sup>28</sup> Siehe v. Hayek, 1971, S. 21 ff. Keine Verwechslung der individuellen („formalen“) Freiheit mit anderen Begriffen ist nach v. Hayek so gefährlich wie die Verwechslung mit diesem. (Ebenda, S. 21.)

<sup>29</sup> Dem Begriff individuelle („formale“) Freiheit wird häufig das Etikett „mittelalterlich“ angeheftet. Wer dies tut, dokumentiert damit sein absolutes Unverständnis des Rechtsstaates, denn der Sieg des Rechtsstaates war — wie v. Hayek vielfach belegt hat — der Sieg der formalen (individuellen) Freiheit und damit der Zivilisation. Das Denken in den Kategorien der „realen“ Freiheit ist konkretes, nicht abstraktes Ordnungsdenken. Es stellt eine „Rückkehr von der offenen Großgesellschaft zur geschlossenen Stammesgesellschaft, oder von der Zivilisation zur Barbarei“ dar. „Denn es handelt sich bei dieser Befürwortung des ‚konkreten Ordnungsdenkens‘ ja wirklich um

Die bisherige Schilderung der freiheitsorientierten Wettbewerbspolitik betont eher deren statischen Charakter, weil sie das „assignment“ der property rights als gegeben ansieht. Natürlich ist nicht auszuschließen, daß auf bestimmten Gebieten property rights noch nicht definiert und zugeteilt sind, was rechtlich unregelte Konfliktlösungen durch willkürlichen Einsatz von Gewalt zur Folge haben kann. Auch kann der Fall vorkommen, daß die property rights schlecht definiert sind mit der Folge, daß sich Verfügungsrechte mehrerer Personen überschneiden. Dann muß der Konflikt im Wege einer geeigneten Änderung der Struktur der property rights beseitigt werden. Schließlich könnte auch noch eine eindeutig definierte Verteilung der property rights als unangemessen empfunden werden.

Nachdem die Prinzipien einer freiheitsorientierten Wettbewerbspolitik skizziert sind, lassen sich vor deren Hintergrund die Merkmale einer freiheitsgefährdenden Wettbewerbspolitik leicht bestimmen. Eine Wettbewerbspolitik ist dann freiheitsgefährdend, wenn in die property rights von Personen (oder Gruppen) eingegriffen wird, ohne daß diese in property rights anderer eingegriffen haben oder sich die property rights verschiedener Personen (Gruppen) überschneiden. Mit anderen Worten: Der Zweck des staatlichen Handelns besteht nicht darin, die Voraussetzungen für den Aufbau einer abstrakten (spontanen) wettbewerblichen Handelsordnung zu sichern und zu schaffen, sondern er besteht vielmehr darin, eine konkrete Handelsordnung herbeizuführen. Das Ziel besteht in der Realisierung von Endzustandsgrundsätzen und nicht in der Überwachung der Einhaltung von Spielregeln (Wettbewerbspolitik nach historischen Grundsätzen)<sup>30, 31</sup>. Eine solche Wettbewerbspolitik ist konstruktivistisch<sup>32</sup>.

---

nichts anderes als um ein Wiederaufflackern atavistischer, aus der primitiven Stammesgesellschaft ererbter Gefühle, einen Rückfall in Vorstellungen einer von den konkreten Zielen des Häuptlings beherrschten Anordnung.“ (v. Hayek, 1969, S. 193.) — Wer eine bestimmte Verteilung „realer“ Freiheit haben möchte, sollte das dazu geeignete Instrument der Wirtschaftspolitik einsetzen: Transferzahlungen im Rahmen der Sozialpolitik. Die Wettbewerbspolitik ist zur Realisierung dieses Zieles absolut ungeeignet. Ein derartiger Einsatz der Wettbewerbspolitik könnte nur die Zerstörung der freiheitlichen Ordnung zur Folge haben.

<sup>30</sup> Zu dieser Unterscheidung siehe D. Schmidten, Ausbeutung aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung durch Zustand?, in: Ordo, 1979, S. 289 ff.; im folgenden zitiert als „Schmidten, 1979“.

<sup>31</sup> Solche Endzustandsgrundsätze sind im allgemeinen Grundsätze sozialer Gerechtigkeit. Wie die Verfolgung solcher Grundsätze zur Zerstörung einer spontanen Freiheitsordnung führen kann, zeigt v. Hayek, 1969, S. 186 ff.

<sup>32</sup> Ihre Unvereinbarkeit mit einer freiheitlichen Handelsordnung zeigt E. Hoppmann, Soziale Marktwirtschaft oder konstruktivistischer Interventionismus?, in: E. Tuchtfeldt (Hrsg.), Soziale Marktwirtschaft im Wandel, Freiburg 1973, S. 27 ff.

Diese abstrakten Überlegungen sollen im folgenden am Beispiel des sogenannten Ausbeutungsmissbrauchs (Preishöhenmissbrauch) etwas konkretisiert werden. Gegen den Ausbeutungsmissbrauch sind die Kartellbehörden ja bekanntlich mit Preisherabsetzungsverfügungen vorgegangen. Solche Preisherabsetzungsverfügungen stellen nun nichts anderes dar als eine Umschichtung gewisser property rights aus dem privaten Sektor (marktbeherrschende Unternehmen) in den staatlichen Sektor. Aus privater Sicht liegt eine teilweise „Enteignung“ vor. Man spricht von einer Verdünnung (attenuation) von property rights.

Im folgenden soll nun geprüft werden, ob und wie sich solche Preisherabsetzungsverfügungen „rechtfertigen“ lassen. Dabei werden mögliche Begründungen für Preisherabsetzungsverfügungen theoretisch anhand eines einfachen Marktmodells überprüft.

Im Zentrum der Überlegungen steht dabei die These, daß man von einer Ausbeutung nur sprechen kann, wenn die Austauschbedingungen nicht freiwillig akzeptiert werden. Das setzt voraus, daß zwischen den Tauschpartnern eine hegemoniale Beziehung herrscht, die es dem einen ermöglicht, den anderen willkürlich zu zwingen, einen überhöhten Preis zu zahlen (erzwungene Vermögensübertragung = Ausbeutung).

#### **IV. Die Logik staatlicher Preisinterventionen bei marktbeherrschenden Unternehmen**

Es ist nicht nur möglich, sondern auch notwendig, Fragen der Bekämpfung des sogenannten Preishöhenmissbrauchs unter Zuhilfenahme des Instrumentariums der ökonomischen Theorie zu behandeln. Dies erfordert, daß die in der wettbewerbspolitischen Praxis verwendeten Ausdrücke in die Sprache der Theorie übersetzt werden<sup>39</sup>. Da davon auszugehen ist, daß sich die wettbewerbspolitischen Instanzen — und nicht nur sie — dem traditionellen Weltbild der Markt- und Preistheorie (Neoklassik) verpflichtet fühlen, kann auf gleichgewichtsökonomische Gedankengänge nicht verzichtet werden. Daraus ist nicht zu schließen, daß Gleichgewichtsmodellen Erklärungs- und Prognosekraft zugestanden wird. Die Argumentation im Rahmen eines einheitlichen Paradigmas erleichtert die Kommunikation und das Verständnis.

##### **1. Die marktbeherrschende Stellung**

Marktbeherrschende Unternehmen besitzen einen „überragenden, einseitigen Verhaltensspielraum“. Nach offizieller Lesart bedeutet dies

---

<sup>39</sup> Nur wenn das geschieht, kann überhaupt über ein Thema sinnvoll diskutiert werden. Leider wird dies viel zu wenig beachtet. Den Kartellbehörden kann man dies nachsehen, nicht jedoch Wissenschaftlern, die sich mit Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik befassen.

für den Aktionsparameter „Verkaufspreis“, daß „ein wettbewerblich nicht hinreichend kontrollierter Bereich autonomer Preissetzung“ existiert<sup>34</sup>. Bereiche autonomer Preissetzung können in der neoklassischen Welt nur bei solchen Unternehmen existieren, die in „price-searchers' markets“ anbieten. In diesem Falle hat die individuelle Preisabsatzfunktion negative Steigung<sup>35</sup>.

Unterstellt man der Einfachheit halber zwei heterogene Produkte ( $X_1, X_2$ ), die in substitutiver Beziehung stehen, dann lauten die Produktnachfragefunktionen:  $x_1 = f_1(p_1, p_2)$  und  $x_2 = f_2(p_1, p_2)$ . Die Heterogenität der Produkte zeigt sich darin, daß bei Konstanz von  $p_1$  und Sinken von  $p_2$  die Menge  $x_1$  nicht Null wird und daß bei Konstanz von  $p_2$  und Sinken von  $p_1$  die Menge  $x_2$  einen Wert von größer als Null behält<sup>36</sup>.

Wann könnte man von einem „überragenden, einseitigen Preissetzungsspielraum“ sprechen?

Drei Kriterien sollen hier genannt werden:

1. Preisabhängigkeit der Nachfrage:  $\frac{dx_1}{dp_1} < 0$  und  $\frac{dx_2}{dp_2} < 0$ .
2. Preisabhängigkeit der Nachfrage:  $\frac{dx}{dp} = 0$  für alle Preise oder zumindest für einen bestimmten Preisbereich.
3. Kreuzpreisabhängigkeit der Konkurrenznachfrage<sup>37</sup>:  $\frac{dx_1}{dp_2}$  bzw.  $\frac{dx_2}{dp_1}$  nahezu Null. Je geringer der Wert der Kreuzpreisabhängigkeit ist, um so höher ist die Preissetzungsautonomie, also die Preissetzungsmacht. Oder mit anderen Worten: Je niedriger der Wert der Kreuzpreisabhängigkeit ist, um so weniger ist die Höhe des einen Preises durch die jeweilige Höhe des anderen bestimmt.

Angenommen, das  $X_1$  produzierende Unternehmen sei das marktbeherrschende. Für dieses soll gelten:  $\frac{dx_1}{dp_1} < 0$  und  $\frac{dx_1}{dp_2}$  nahezu Null<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Siehe Schmidtchen, 1979, S. 279 f.

<sup>35</sup> Siehe A. Alchian, W. Allen, a.a.O., S. 114 ff.

<sup>36</sup> Ursächlich dafür ist die Existenz von Kernnachfragefunktionen. (Siehe U. Fehrl, P. Oberender, Grundlagen der Mikroökonomie, München 1976, S. 191 ff.)

<sup>37</sup> Zu diesem Ausdruck siehe E. Heuß, Allgemeine Markttheorie, Tübingen, Zürich 1965, S. 146 ff.

<sup>38</sup> Marktbeherrschung ist hier also in einem theoretischen Bezugsrahmen definiert. Wer undifferenziert, d. h. ohne Meßvorschrift, von „mächtigen“ oder „marktmächtigen“ Unternehmen spricht, dessen Aussagen sind nicht auf ihren Wahrheitsgehalt überprüfbar. Als Beispiel sei eine Äußerung von Lenel (1980, S. 57) zitiert: „Wessen Freiheit dadurch gefährdet wird, sagt

Dieses Unternehmen habe kurzfristige Gewinnmaximierung zum Ziel<sup>39</sup>. Die Nachfrageseite sei polypolistisch strukturiert.

## 2. Kritische Prüfung möglicher Rechtfertigungsgründe für Preisinterventionen

Angenommen, der Marktbeherrscher habe sich auf rechtmäßige Weise, nämlich durch freiwilligen Tausch am Markt, die notwendigen Ressourcen zur Produktion besorgt. Er ist Eigentümer derselben und wird demgemäß auch Eigentümer des Produkts, denn dieses stellt nichts anderes dar als umgeformte Ressourcen. Dem Eigentümer des Produkts steht das Recht zu, über sein Produkt zu verfügen, demgemäß auch den Preis festzusetzen, zu dem er mindestens bereit ist, das Gut abzugeben (Abgabepreis-Untergrenze). Das ist sein Angebotspreis. Aufgrund der Annahmen setzt er diesen Preis in Höhe des Cournotschen Punktes.

Nun trete das Kartellamt auf den Plan mit der Behauptung, diese Preissetzung führe zu einer Ausbeutung der Nachfrager. Der Anbieter besitze „wegen der Marktverhältnisse“ einen überragenden, einseitigen Verhaltensspielraum, und er nutze diesen mißbräuchlich aus, wenn er den Cournot-Preis setze. Der Preis müsse um 30 v. H. gesenkt werden.

Welche Möglichkeiten bestehen, diese Preissenkungsanordnung zu rechtfertigen?

*These 1:* Die Preissetzungsmacht ist ungleich verteilt. Der Anbieter kann den Preis setzen, die Nachfrager können dies aber nicht. Sie sind Preisnehmer. Insofern liegt eine Verdünnung ihrer property rights vor.

Dieses Argument geht jedoch fehl<sup>40</sup>. Anbieter und Nachfrager sind in bezug auf das Treffen der Entscheidung, zu welchem Preis sie bereit

---

*Schmidtchen* nicht. Vermutlich ist die Freiheit der mächtigen Unternehmen gemeint, ihre Preise und Konditionen nach ihrem Ermessen zu setzen. Durch die Ausübung dieses Ermessens kann jedoch der Freiheitsspielraum der weniger mächtigen Kunden und Lieferanten der Unternehmen eingeengt werden.“ Was hat man unter „mächtigen“ Unternehmen in diesem Zusammenhang zu verstehen? Solche Unternehmen, die ihre Preise und Konditionen nach „ihrem Ermessen“ setzen können? Was heißt Ermessen? Wann ist dieses Ermessen *nicht* gegeben? Unter welchen Bedingungen wird der Freiheitsspielraum der weniger Mächtigen eingeengt? Wie ist im Falle kompetitiver Macht zu urteilen?

<sup>39</sup> Man könnte auch andere Zielsetzungen nehmen. Aber irgendeine muß man schon unterstellen. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß hier ein Einproduktunternehmen betrachtet wird, was eine etwas heroische Annahme darstellt. Andererseits wäre diese Prämisse vom Standpunkt unseres Erkenntniszieles dann gerechtfertigt, wenn die Anhänger der These vom „reinen“ Ausbeutungsmißbrauch dieselbe Annahme machten.

<sup>40</sup> Eine Kritik im Zusammenhang mit dem Monopol gibt M. Rothbard, *Man, Economy and State*, Los Angeles 1970, S. 587 ff.



sind zu tauschen, absolut gleichmächtig. Der Anbieter bestimmt seinen Preis autonom, den er mindestens erzielen muß, um bereit zu sein, eine bestimmte Menge eines Gutes zu verkaufen (Abgabepreis-Untergrenze). Jeder einzelne Nachfrager bestimmt seinen Preis ebenfalls autonom, den er höchstens bereit ist zu zahlen (Beschaffungspreis-Obergrenze). Die „Bereitschaftspreise“ werden also nicht nur vom Anbieter, sondern auch von den Nachfragern gesetzt.

Wie sieht es aber mit dem tatsächlichen Marktpreis aus, zu dem dann die Transaktionen vollzogen werden und bei dem dann Marktgleichheit herrscht?

Auf den ersten Blick scheint es, als ob jetzt die Macht, die Preishöhe zu bestimmen, einseitig verteilt sei, also beim Anbieter liege. Diesem Eindruck wird auch durch die in den Lehrbüchern gebrauchten Wendungen Vorschub geleistet<sup>41</sup>. Der Eindruck ist gleichwohl falsch. Der Gleichgewichtspreis in Höhe des Cournotschen Punktes hat nur deshalb die Höhe, die er hat, weil die Abgabepreis-Untergrenze des Anbieters und die Beschaffungspreis-Obergrenzen der Nachfrager — alle Grenzen sind autonom gesetzt — eine bestimmte Höhe aufweisen.

Wiesen die Beschaffungspreis-Obergrenzen der Nachfrager andere Höhen auf, dann wäre die Preisabsatzfunktion des Anbieters eine andere, und der Marktgleichgewichtspreis läge woanders. Die Höhe des Gleichgewichtspreises wird also durch beide Marktseiten zugleich bestimmt. Er ist eine Resultante aus autonomen, freiwilligen Setzungen beider Marktseiten. Wenn der Anbieter den Marktpreis „setzt“, dann nimmt er eine Funktion wahr, die der des Maklers an der Börse gleicht<sup>42, 43</sup>. Das mag überraschend sein, aber nur für denjenigen, der

---

<sup>41</sup> Das gilt auch für die Einteilung in „price-takers' markets“ und „price-searchers' markets“. Noch heute wird ernsthaft die These vertreten, daß der Preis sich bei Wettbewerb „auf dem Markt ergebe“, während der Anbieter mit Monopolmacht die Möglichkeit der arbiträren Festsetzung habe. Und der wettbewerbsspolitisch optimale Fall sei, in dem beide Marktseiten keinen Einfluß auf die Preisgestaltung hätten. Natürlich haben auch Anbieter im Wettbewerb die Möglichkeit arbiträrer Festsetzung. Und auf welche Weise „ergibt“ sich wohl der Preis auf dem Markt?

<sup>42</sup> Diese Aussage gilt sogar für einen Monopolisten. Die Macht des Monopolisten wie des Wettbewerbsanbieters besteht in der Kontrolle über die Mengen, die sie produzieren *wollen*, und über den „Mindestenspreis“, zu dem sie die Menge abzusetzen bereit sind. Das ist der private Bereich, von dem in dem anfänglichen Zitat *v. Hayeks* die Rede war. Es fehlt jedoch dem Anbieter im allgemeinen die Kontrolle über die tatsächlich zum „Mindestenspreis“ absetzbare Menge bzw. die Kontrolle über den tatsächlichen Preis, zu dem eine gewünschte Menge abgesetzt werden kann. (Analoges gilt für die Nachfrager.)

<sup>43</sup> Wenn z. B. ein monopolistischer Anbieter, der seine Kostenfunktion und Preisabsatzfunktion kennt, den Cournot-Preis setzt, dann hat dieser dieselbe Höhe wie der Preis, der von einem Makler ermittelt würde.

die Frage, wie ein Gleichgewichtspreis zustandekommt, aus seinem Fragenkatalog ausgeschaltet hat<sup>44</sup>.

Nun muß man sicher zwischen dem Kollektiv aller Nachfrager eines Gutes und dem einzelnen Nachfrager unterscheiden. Kann man dem einzelnen Nachfrager überhaupt einen Einfluß auf die Höhe des Gleichgewichtspreises zubilligen?

Die Antwort lautet: Ja. Die Kollektiv-Nachfrage ist das Aggregat der Einzel-Nachfragen. Verändert sich auch nur eine Beschaffungspreis-Obergrenze, dann verändert sich auch die Marktnachfragefunktion, und es ergibt sich im Prinzip ein neuer Gleichgewichtspreis.

Es ist natürlich von Interesse, einmal danach zu fragen, wie die Dinge sich darstellen, wenn das Gut des Marktbeherrschers von mehreren Unternehmen angeboten würde. Nur in bezug auf die Setzung der Beschaffungspreis-Obergrenzen und damit die Setzung der Nachfragefunktion ändert sich überhaupt nichts. Auch die Macht der Nachfrager — als Kollektiv und als einzelne — in bezug auf die Marktpreissetzung wird durch diese Modifikation in keiner Weise berührt<sup>45</sup>.

Wann könnte der Anbieter den Marktpreis willkürlich setzen? Wann könnte man davon sprechen, daß der Anbieter das Marktgeschehen diktiert? Nur dann, wenn es in seiner Macht stünde, sich eine individuelle Nachfragefunktion nach seinem Bilde zu schaffen. Mit anderen Worten: Er müßte die Macht haben, die Beschaffungspreis-Obergrenzen der Nachfrager nach seinem Willen zu gestalten — also „beliebig“ zu erhöhen<sup>46</sup>. Von Ausbeutung könnte man jedoch erst dann sprechen, wenn dies mit unberechtigten Mitteln geschähe. Erst dann erfolgte ein

---

<sup>44</sup> Die institutionellen Möglichkeiten, den Gleichgewichtspreis und die Gleichgewichtsmenge bei vollkommener Konkurrenz zu bestimmen, behandelt J. Schumann, *Grundzüge der mikroökonomischen Theorie*, Berlin, Heidelberg, New York 1971, S. 148 ff.

<sup>45</sup> Dem steht nicht entgegen, daß der Marktpreis unter Umständen eine andere Höhe aufweisen kann. Der Cournot-Preis des Marktbeherrschers muß nicht höher sein als in der Situation mit mehreren Anbietern (andere Kostenfunktion, beschränkte Kapazitäten).

<sup>46</sup> Vermutlich ist dies auch die einzige wirklich brauchbare Definition von Marktbeherrschung. Ob jemand marktbeherrschend ist, zeigt sich daran, ob er seinen Wirtschaftsplan mit den Plänen anderer koordinieren muß. Pläne sind im ersten Stadium nur Prognosen. „Sie werden zur Wirklichkeit, wenn sie sich ausführen lassen, weil korrespondierende Pläne gefunden wurden...“ (E. Koch, *Freiheit und Wettbewerb*, in: *Festschrift für Franz Böhm zum achtzigsten Geburtstag*, Hrsg.: H. Sauer mann, E.-J. Mestmäcker, Tübingen 1975, S. 278.) Wenn jemand die Macht hat, diese Prognosen unter allen Umständen zutreffen zu lassen, dann ist er marktbeherrschend. Dann braucht er seinen Plan nämlich nicht zu revidieren, sondern er ist in der Lage, autoritär die für ihn bedeutsame wirtschaftliche Wirklichkeit nach seinem Bilde zu schaffen, mit anderen Worten: sie so zu gestalten, daß die Prognose immer zutrifft. (Zu dieser Überlegung siehe ebenda, S. 281.)



Eingriff in die „property rights“ der Nachfrager. Das folgende Beispiel möge die Zusammenhänge erhellen.

Wirtschaftssubjekt A ist freiwillig bereit, für eine Einheit des Gutes X, das Wirtschaftssubjekt B anbietet, höchstens 10 DM zu zahlen (Beschaffungspreis-Obergrenze).

B fordert 15 DM und A zahlt gleichwohl. B hat nämlich angedroht, bei Nichtkauf von X dem A einen Schaden zuzufügen, den dieser mit 20 DM bewertet. Die Alternativkosten des Kaufs sind also 5 DM niedriger als die des Nicht-Kaufs. Allerdings sind sie um 5 DM höher im Vergleich zu der Situation, die gegolten hätte, wenn es die Drohung nicht gegeben hätte. In Höhe dieser 5 DM erleidet A einen Vermögensverlust. In Höhe dieser 5 DM ergibt sich (unberechtigte) Enteignung und Ausbeutung.

Das gewählte Beispiel macht deutlich:

1. Man kann es einer Austauschrelation als solcher nicht ansehen, ob sie ausbeuterisch ist oder nicht. Läge die Beschaffungspreis-Obergrenze des A z. B. bei 20 DM, dann wäre im Beispiel keine Ausbeutung gegeben. Ohne Kenntnis der Beschaffungspreis-Obergrenze kann also überhaupt keine Ausbeutung diagnostiziert werden, denn es ermangelt der Möglichkeit, die Nicht-Freiwilligkeit festzustellen<sup>47</sup>.
2. Wenn man diese Beschaffungspreis-Obergrenzen nicht kennt, muß man die Diagnose der Ausbeutung auf Indizien stützen. Der Indizienbeweis ist natürlich nur eine Hilfsmöglichkeit. Rechtstheoretisch ausgesprochen problematisch wäre es, wenn diese Form des Beweises zur herrschenden würde<sup>48</sup>.

Das gewählte Beispiel eines Zweiverhältnisses enthält noch nicht die ganze Geschichte. Das Bild müßte vervollständigt werden durch die Konstruktion eines Dreiecksverhältnisses, bei dem ein Unternehmen B durch willkürliches Zwingen eines Konkurrenten C einen höheren Verkaufspreis für sein Produkt erzielen kann als ohne diesen Zwang. In diesem Fall kann ein Austausch, den dieses Unternehmen B mit A tätigt, als solcher noch freiwillig sein: Der Kaufpreis ist niedriger als die Beschaffungspreis-Obergrenze. Ausbeutung und Enteignung wären aber gleichwohl gegeben, und zwar in Höhe des zusätzlichen Erlöses bzw. des

---

<sup>47</sup> Im Falle eines reinen Monopols z. B. gibt es Leute, die bereit sind, das Gut auch zu Preisen knapp unterhalb des Prohibitivpreises zu kaufen. Werden sie ausgebeutet, wenn der Monopolist beschließt, nur noch an sie zu verkaufen, und zwar zu Preisen, die 10 % unter ihrer Beschaffungspreis-Obergrenze liegen?

<sup>48</sup> Ein Indizienbeweis wäre dann unproblematisch, wenn man folgendes Wissen hätte: Wenn „H“ nicht vorhanden, dann auch nicht „K“. Das ist logisch äquivalent mit: Wenn „H“, dann „K“. K bezeichnet die Ausbeutung.

zusätzlichen Geldbetrages, den der Käufer aufwenden muß, weil B den C willkürlich gezwungen hatte<sup>49, 50</sup>.

*These 2:* Preise in Höhe des Cournotschen Punktes beeinträchtigen die Konsumentensouveränität.

In einer freiheitlich verfaßten Wirtschaft werden bekanntlich solche Güter produziert, die der kaufkräftigen Nachfrage entsprechen. Heutzutage wird dieser Sachverhalt mit Konsumentensouveränität bezeichnet. Konsumentensouveränität ist jedoch ein mißverständlicher Ausdruck. Bei oberflächlicher Interpretation kann er Schlußfolgerungen nahelegen und zu Handlungen verleiten, die die Prinzipien einer freien Gesellschaft auf den Kopf stellen<sup>51</sup>.

In einem freien Markt gilt: „The individual is sovereign over his person and actions and over his property<sup>52</sup>.“ Insofern könnte man von individueller Selbst-Souveränität sprechen. Das gilt für den Verbraucher wie für den Produzenten (Unternehmer, Arbeiter). Und wenn Produzenten die von den Konsumenten gewünschten Güter oder überhaupt Güter herstellen, dann werden sie dazu weder willkürlich noch gesetzlich gezwungen: „The choice is purely an independent one by the producer; his dependence on the consumer is purely voluntary, the result of his own choice for the ‚maximization‘ of utility, and it is a choice that he is free to revoke at any time<sup>53</sup>.“ In einer freien Gesellschaft können weder die Konsumenten die Produzenten (Unternehmer, Arbeiter) noch die Produzenten die Konsumenten zu einem ihnen genehmen Handeln zwingen<sup>54</sup>. Ihre jeweiligen Wünsche müssen sie allein durch entsprechende *Anreize* durchzusetzen suchen<sup>55</sup>.

---

<sup>49</sup> Es existiert noch eine weitere Schwierigkeit, die den Juristen geläufig sein dürfte: nämlich zwischen Zwang und Betrug bzw. Täuschung zu unterscheiden. Natürlich kann man auch ausbeuten, also unberechtigt enteignen, wenn in einer Person in betrügerischer Absicht ein Irrtum erregt wird. Das ist eine sehr subtile Form des Zwangs, von der im folgenden jedoch abgesehen wird.

<sup>50</sup> Die genannten Beispiele zeigen, daß der Versuch, willkürlich zu zwingen, darauf hinausläuft, die Alternativkosten von Handlungen anderer so zu manipulieren, daß die Handlung gewählt wird, die dem Ziel des Zwingenden entspricht. Daraus erhellt, daß der Zwingende erstens über entsprechende Mittel verfügen muß, also über ein zum Zwingen geeignetes Aktionspotential. Zweitens muß er wissen, welche Handlungen möglich sind und wie deren Alternativkosten von dem Akteur eingeschätzt werden, der gezwungen wird.

<sup>51</sup> Mit den Problemen setzt sich ausführlich *Rothbard* auseinander. (Siehe *Man, Economy and State*, a.a.O., S. 560 ff.)

<sup>52</sup> Ebenda, S. 560.

<sup>53</sup> Ebenda, S. 560.

<sup>54</sup> In einer freien Gesellschaft ist die Freiheit in dem Sinne unteilbar, als sie allen Personen zukommt. Das gleiche gilt für die aus der Freiheit folgende Selbst-Souveränität (Planautonomie).

Stellt das Fordern von Cournot-Preisen einen unberechtigten Eingriff in die Konsumentensouveränität dar? Cournot-Preise hindern die Konsumenten nicht daran, den Konsumplan aufzustellen und zu realisieren, der ihren Nutzen maximiert (optimaler Konsumplan)<sup>56</sup>. Ihre Selbst-Souveränität wird also nicht dadurch verletzt, daß ein Produzent autonom seinen Abgabepreis und die Menge festsetzt, die er verkaufen will. Jedenfalls kann dies nicht per se aufgrund einer positiven Differenz zwischen Preis und Grenzkosten vermutet werden.

Aber lenken die Nachfrager überhaupt noch die Produktion, wenn ein Marktbeherrscher den Cournot-Preis „setzt“?

Allein die Tatsache, daß das Gut des Marktbeherrschers überhaupt produziert wird, zeigt, daß die Nachfrager die Produktion lenken, denn es wird im allgemeinen nicht seit Ewigkeiten auf dem Markt sein. Die Höhe des tatsächlichen (Cournot-)Verkaufspreises (und damit die Differenz zwischen Preis und Grenzkosten) spielt im Rahmen dieses auf den evolutorischen Aspekt abstellenden Arguments keine Rolle.

Die Höhe des tatsächlichen (Cournot-)Verkaufspreises (und damit die Differenz zwischen Preis und Grenzkosten) beeinträchtigt die Lenkung der Produktion durch die Konsumenten auch dann nicht, wenn man von einem bereits bestehenden Markt, also einer gegebenen Preisabsatzfunktion ausgeht. Denn die Höhe des Cournot-Preises und die entsprechende Produktionsmenge resultieren ja aus dem konkreten Verlauf der Preisabsatzfunktion. Ändert sich die Lage der Preisabsatzfunktion aufgrund von Entscheidungen, die die Nachfrager im Rahmen ihrer Selbst-Souveränität treffen, dann ändert sich wegen der veränderten Produktionsanreize die ausgebrachte Menge, auch dann, wenn der Cournot-Preis gesetzt wird — also eine positive Differenz zwischen Preis und Grenzkosten existiert.

Die Nachfrager verfügen also durchaus über die „Macht“, den Marktpreis und die produzierte Menge zu beeinflussen. Dies gilt übrigens selbst für den Fall des reinen Angebotsmonopols. Diese „Macht“ besitzen sie, weil sie die Souveränität besitzen, ihre Kaufdispositionen zu ändern, also den Verlauf der Preisabsatzfunktion zu bestimmen. Sie verfügen allerdings nicht über die Macht, bei gegebener Kaufdisposition (= gegebene Nachfragekurve) einen beliebigen Marktpreis zu erhalten. Dazu sind sie allerdings auch bei Wettbewerb nicht in der Lage. Insofern kann man sagen, daß die „Macht“ der Konsumenten überhaupt

---

<sup>55</sup> Dies sollte spätestens seit Ferguson und A. Smith bekannt sein. Die Möglichkeit und die Notwendigkeit zum Bieten von Anreizen sind gegeben, wenn kein Wirtschaftssubjekt willkürlich gezwungen werden kann. Für die Konsumenten bedeutet das freie Konsumwahl.

<sup>56</sup> Dazu sind sie übrigens auch im Falle eines reinen Angebotsmonopols in der Lage.

nicht dadurch berührt wird, wie die Verhältnisse auf der Angebotsseite des Marktes aussehen<sup>57</sup>.

Von These 2 existiert noch eine Variante: Die Nachfrager — so heißt es — würden einen niedrigeren Preis als den Cournot-Preis vorziehen; der Marktbeherrscher durchkreuze aber kraft seiner Stellung diesen Wunsch und beeinträchtige dadurch die Konsumenten-souveränität.

Der Hinweis, daß die Nachfrager einen niedrigeren Preis vorziehen, ist richtig. Je niedriger, desto lieber. „Ideale“ Preise hätten natürlich die Größe von Null. Warum wird nicht in die Selbst-Souveränität der Nachfrager eingegriffen, wenn der Preis nicht in der Höhe des Cournot-schen Punktes, sondern beispielsweise in Höhe der Grenzkosten gesetzt wird?

*These 3:* Der Marktbeherrscher greift mit seiner Preissetzung willkürlich in die Eigentumsrechte der Nachfrager ein. Denn durch den monopolistisch überhöhten Preis findet praktisch eine Enteignung statt.

Eigentumstheoretisch gesehen könnten mit diesem Argument 2 Personengruppen gemeint sein. Erstens solche Nachfrager, die zum Cournot-Preis noch kaufen. Jeder Nachfrager jedoch, der zu dem Cournot-Preis noch kauft, dokumentiert damit, daß seine Beschaffungspreis-Obergrenze mindestens dem Cournot-Preis entspricht. Die Beschaffungspreis-Obergrenze aber bezeichnet den Preis, den er freiwillig bereit ist, für den Kauf einer Einheit des Gutes aufzuwenden. Deren Bestimmung unterliegt in der Regel aber nicht dem willkürlichen Zwang eines anderen. Denn diese Grenze wird bereits bestimmt, bevor man auf dem Markt als Nachfrager auftritt<sup>58</sup>.

Als zweite Gruppe schließlich sind diejenigen zu nennen, die beim Cournot-Preis kein Verfügungsrecht über das betreffende Gut erhalten,

<sup>57</sup> Zu fragen wäre im übrigen auch, ob in einem Gleichgewichtszustand überhaupt jemand Macht über den anderen besitzen kann, die wettbewerbspolitisch bedeutsam ist. Und der Machtbegriff für den Marktprozeß wäre noch zu definieren.

<sup>58</sup> Natürlich hat jeder Nachfrager ein Interesse daran, seine Konsumentenrente möglichst groß zu machen. Mit anderen Worten: Jeder Nachfrager hat ein Interesse an einem möglichst niedrigen Kaufpreis. (Am besten wäre ein Preis von Null.) Umgekehrt hat ein Anbieter ein Interesse daran, eine gegebene Menge zu einem möglichst hohen Preis abzusetzen. Wenn der Staat diesem Interessenkonflikt durch behördliches Festsetzen eines angemessenen Preises zwischen Null und dem Cournot-Preis löst, dann läuft dies praktisch auf eine Anwendung der Theorie des gerechten Preises hinaus. Es ist nämlich impliziert, daß die Nachfrager ein Recht darauf haben, daß ein Marktpreis eine bestimmte Höhe nicht überschreitet. Zu fragen bleibt: Wie will man dieses Recht als ein property right begründen? Und nur dann könnte man von einem Eingriff des Marktbeherrschers in die property rights durch eine überhöhte Preissetzung sprechen.

weil dieser Preis über ihrer Beschaffungspreis-Obergrenze liegt. Das Ausgeschlossensein vom Erhalt eines Verfügungsrechtes kann aber per se nicht als Enteignung angesehen werden. Enteignung könnte nur dann vorliegen, wenn jemand einen Anspruch auf das Verfügenkönnen hätte<sup>59</sup>. In einer freien Gesellschaft kann es aber kein Recht des Inhalts geben, daß jeder Nachfrager zu der von ihm gesetzten Beschaffungspreis-Obergrenze auch zum Zuge kommt. Installierte man ein solches Recht, dann wären die Beschaffungspreis-Obergrenzen aller Nachfrager nahezu Null.

*These 4:* Jeder hat ein Mitspracherecht über das, was ihn angeht, was seine Lebensverhältnisse wesentlich beeinflußt. Das Gut des Marktbeherrschers sei lebensnotwendig, deshalb greife dieser durch die Ausnutzung seines überragenden Preissetzungsspielraumes in Verfolgung seiner individuellen Profitinteressen in die Lebensverhältnisse der Nachfrager ein. Mit der Setzung des Cournot-Preises werde eine Abhängigkeitsposition ausgebeutet.

Dieses Argument ist widersprüchlich, wenn der als nichtausbeuterisch angesehene Preis größer als Null ist, z. B. den Grenzkosten entspricht. Nimmt man dieses Argument ernst, dann müßte nämlich der Nullpreis gesetzt werden. Denn wenn das Gut wirklich so lebensnotwendig ist, dann dürfte es unverantwortlich sein, es solchen Nachfragern vorzuenthalten, die nur Preise zahlen wollen, die niedriger sind als die Grenzkosten. Bei *jedem* Preis von größer als Null ist nicht auszuschließen, daß die Lebensverhältnisse von irgendjemand wesentlich beeinflußt werden.

Selbst wenn man zugesteht, daß durch die Setzung des Cournot-Preises die Lebensverhältnisse anderer wesentlich beeinflußt werden, so ist immer noch zu fragen, ob dies unberechtigt geschieht. Nach Nozick kann nämlich ein Mitspracherecht mit der Begründung einer wesentlichen Beeinflussung von Lebensverhältnissen dann nicht gefordert werden, wenn der andere — hier der Anbieter des Produkts — ein Recht zur Entscheidung hat<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Wenn jemand behauptet, der Marktbeherrscher „enteigne“, dann meint er, daß er jemandem etwas stehle. Wie aber, wenn der Marktbeherrscher eine einmalige Idee gehabt hätte? Ohne ihn gäbe es diese Idee und damit die Marktgelegenheit überhaupt nicht. Wie kann er dann jemanden „enteignen“? Man könnte umgekehrt argumentieren: Durch die staatliche Preisintervention werde der Marktbeherrscher teilweise enteignet.

<sup>60</sup> Siehe R. Nozick, *Anarchie, Staat, Utopia*, München o. J., S. 244 ff. Nozick bringt gute Beispiele für die absurden Konsequenzen, die sich aus dem Prinzip ergeben, jeden über das mitbestimmen zu lassen, was ihn angeht.



Im übrigen ist zu fragen, wie man feststellt, ob ein Gut lebensnotwendig ist. Um Rechtssicherheit zu wahren, müßten die allgemeinen Eigenschaften lebensnotwendiger Güter definiert werden, damit jedes Wirtschaftssubjekt vor der Aufnahme der Produktion eines solchen erkennen kann, daß in bezug auf die Preissetzung seine property rights beschnitten sind.

Ausbeutung setzt das Bestehen einer hegemonialen Beziehung voraus. Wenn jemand sich bewußt (sehenden Auges) in eine solche Abhängigkeitsbeziehung begibt, wird er das Risiko, ausgebeutet zu werden, bereits in seinem Plan berücksichtigen, so daß sein Plan auch dann aufgehen wird, wenn der ungünstigste Fall eintritt. Wer sich freiwillig als Geschäftsfähiger in eine Abhängigkeitsbeziehung begibt, kann nachher schlecht einwenden, er habe die Austauschbedingungen nicht freiwillig akzeptiert. Und wer hier von der Schutznotwendigkeit schwächerer Marktpartner spricht, sollte ein operationales Kriterium erwähnen, mit dem man die Schwäche eines Marktpartners bestimmt, die ihn schützenswert macht. Dabei sollte bedacht werden, was geschehen würde, wenn man dieses Kriterium zum allgemeinen Prinzip erhöhe. Wenn man die Geltung des Prinzips der Selbstverantwortung für eigenes Handeln als ein wesentliches Element für den Aufbau einer spontanen Handelsordnung ansieht, wird man auch in den hier relevanten Situationen einen historischen Grundsatz verfolgen müssen. Wie ist jemand in eine hegemoniale Beziehung geraten? Durch Schicksal (Wucher) oder bewußt, indem er dies bei seinem Handeln einkalkulierte?

*These 5:* Der Marktbeherrscher erzielt einen ungerechtfertigten Vermögenszuwachs, wenn er seinen überragenden Preissetzungsspielraum ausnutzt. Dieser Vermögenszuwachs ist die Folge eines monopolbedingten Einkommenstransfers (Monopolgewinn), der das Vermögen der Nachfrager in ungerechtfertigter Weise verringert.

Wie an anderer Stelle ausführlich dargelegt<sup>61</sup>, ist ein als Folge der Ausnutzung eines überragenden Preissetzungsspielraums entstehender Vermögenszuwachs als ein wettbewerblicher (und damit vom Standpunkt einer freiheitlichen Wettbewerbsordnung gerechtfertigter) anzusehen, wenn der überragende Preissetzungsspielraum auf wettbewerbliche Weise entstanden ist. In diesem Falle spricht man von kompetitiver Macht. Ihre „Ausnutzung“ ist wettbewerbspolitisch dann unproblematisch, wenn dadurch die Konkurrenz nicht behindert wird<sup>62, 63</sup>.

<sup>61</sup> Siehe *Schmidtchen*, 1979, S. 290 ff.

<sup>62</sup> “The chief point to remember, which is often obscured by the current talk about monopoly, is that is not monopoly as such but only the prevention of competition which is harmful.” (F. A. v. Hayek, *Law Legislation and*

Wie dies durch die Setzung des Cournot-Preises geschehen sollte, ist nicht einzusehen<sup>64</sup>. Auch werden dadurch die Nachfrager nicht geschädigt, denn die Existenz des überragenden Preissetzungsspielraumes läßt vermuten, daß der Produzent ein intensiv empfundenes Bedürfnis in hervorragender Weise zu befriedigen verstanden hat.

Man darf also überragende Preissetzungsspielräume und die dadurch ermöglichten Unternehmensgewinne nicht ahistorisch in kurzfristiger Perspektive (d. h. als Gegebenheit) betrachten, sondern man muß immer fragen, wie sie entstanden sind und mit welchen Mitteln sie verteidigt werden. Daraus folgt im übrigen, daß eine hohe Profitrate für sich genommen noch keinen wettbewerbsspolitischen Alarm auslöst; das gleiche gilt für den Fall, daß ein Unternehmen über Jahre hinweg den größten Marktanteil besitzt.

Nur bei langfristiger Betrachtung werden auch die volkswirtschaftlichen Kosten evident, die mit staatlichen Preisinterventionen verbunden sind. Der erwartete Gewinn z. B. aus einem zukünftigen Monopol kann gerade der Mindestgewinn sein, der erreicht werden muß, damit die Risiken eines neuen (innovativen) Unternehmens übernommen werden. Muß nun ein Unternehmer damit rechnen — entweder weil dies vorher angekündigt oder ex post einfach praktiziert wird<sup>65</sup> —, daß ihm dieser (echte) Unternehmensgewinn später beschnitten wird, dann unterbleiben die ganzen Handelnsfolgen, die zu einer neuen Marktgelegenheit, damit zu besserer Bedürfnisbefriedigung und damit zu einer besseren Koordination von Plänen geführt hätten. Die Alternative der Wettbewerbspolitik lautet hier also nicht: Angebot eines bestimmten Produkts zu einem hohen Preis oder Angebot desselben Produkts zu einem niedrigen Preis, sondern: Angebot eines bestimmten Produkts zu einem hohen Preis oder überhaupt kein Angebot<sup>66, 67</sup>.

Liberty, Vol. 3, London and Henley 1979, S. 83; im folgenden zitiert als „v. Hayek, 1979“.)

<sup>63</sup> Wenn Unternehmen A die Opportunitätskosten des Abwanderns bei den Nachfragern durch Werbung erhöht und deshalb einen höheren Preis fordern kann als seine Konkurrenten (oder diesen im Zeitablauf konstant halten kann), liegt solange keine Ausbeutung vor, als die für die Werbung erforderlichen Mittel wettbewerbskonform (berechtigt) erworben wurden und die Wettbewerber nicht an dem Versuch gehindert werden, durch eigene Aktivitäten die Opportunitätskosten des weiteren Kaufens bei Unternehmen A für die Nachfrager zu erhöhen.

<sup>64</sup> Eher ist zu vermuten, daß ein solcher Preis eine Sogwirkung auf potentielle new-comer entfaltet. (Siehe hierzu bereits B. Röper, Ansätze zu einer wirklichkeitsnahen und dynamischen Theorie der Monopole und Oligopole, in: Weltwirtschaftliches Archiv, Bd. 67, 1951, S. 225 ff.)

<sup>65</sup> Was natürlich die Erwartungsbildung nicht unbeeinflusst lassen wird.

<sup>66</sup> S. C. Littlechild, The Fallacy of the Mixed Economy, Hobart Paper 80, IEA, 2. Aufl., London 1980, S. 46.

<sup>67</sup> Man könnte hier einwenden, daß dies so sein kann, aber nicht so sein muß. Allein: Woher weiß man ex ante in einem konkreten Fall, was der Fall



*These 6:* Der Cournot-Preis eines als marktbeherrschend bezeichneten Unternehmens liegt über dem Preis, der sich bei wesentlichem Wettbewerb ergeben würde (Wettbewerbspreis)<sup>68</sup>. Da am Markt aber die Wettbewerbskonfiguration gelten soll, muß der Marktbeherrscher, der den Cournot-Preis setzt, staatlich gezwungen werden, die wettbewerbsanaloge Konfiguration herzustellen. Für diese gilt unter anderem, daß Preis und Grenzkosten gleich hoch sind<sup>69</sup>.

An dieser These ist grundsätzlich zu bemängeln, daß sie davon ausgeht, der Wettbewerbspreis müsse die Höhe der Grenzkosten haben. Im homogenen Markt bei vollständiger „Konkurrenz“ ist dies im langfristigen Gleichgewicht der Fall. Jedermann weiß jedoch mittlerweile, daß im langfristigen Gleichgewicht bei vollkommener „Konkurrenz“ so ziemlich alles gegeben ist — nur nicht Wettbewerb<sup>70</sup>. Denn Wettbewerb

sein wird? Wer über Allwissenheit verfügt, kann die Preisinterventionen nur denjenigen Unternehmen ankündigen, bei denen dieser Mindestgewinn nicht erforderlich ist.

<sup>68</sup> Daß diese Aussage in genereller Form verfehlt ist, wurde an anderer Stelle ausführlich belegt. (Siehe *Schmidtchen*, 1979.) Das mindeste, was man nach jahrzehntelanger „theoretischer“ Forschung erwarten kann, ist, daß zwischen restriktiver und kompetitiver Marktbeherrschung unterschieden wird.

<sup>69</sup> Mit Hilfe des Lerner-Maßes  $\frac{P - K'}{K'}$  ließe sich dann sogar die Größe des Monopolgrades bestimmen ( $P$  = Preis;  $K'$  = Grenzkosten).

<sup>70</sup> Aus diesem Grunde kann dieses Modell auch nicht als Leitbild, Norm oder Maßstab der Wettbewerbspolitik dienen. Anders jedoch *Lenel*: „Der Beweis seiner Allokationseffizienz unter bestimmten, in der Wirklichkeit unwahrscheinlichen oder gar unmöglichen Voraussetzungen reicht für eine schlüssige Begründung der Empfehlung eines Strebens nach vollständigem Wettbewerb zwar nicht aus. Nichtsdestoweniger ist es möglich, ihn als Leitbild (Hervorhebung durch H.-O. Lenel) auf längere Sicht zu empfehlen, solange etwas Besseres nicht gefunden ist.“ (H.-O. *Lenel*, Vollständiger und freier Wettbewerb als Leitbilder für die Wettbewerbspolitik gegenüber mächtigen Unternehmen, in: Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, Hrsg.: H. Sauer mann, E.-J. Mestmäcker, Tübingen 1975, S. 330.) Es ist deshalb verwunderlich, wenn *Lenel* (1980, S. 54) anmerkt: „Mit dem Wettbewerb als Gleichgewichtszustand beschäftigt sich Schmidtchen ... so ausführlich, daß man meinen könnte, er habe als wettbewerbspolitisches Leitbild je eine wesentliche Rolle gespielt.“ *Lenels* Hinweis (1980, S. 54), daß die Anhänger *Kirzners* sich mit *Sohmen* auseinandersetzen sollten, ist bemerkenswert. *Sohmen* schreibt nämlich: „Auch wenn die Verwirklichung des Idealtyps vollkommener Konkurrenz auf allen Märkten kein realistisches Ziel sein kann, so gilt dies nicht für seine Verwendung als Richtmaß, anhand dessen die Märkte der realen Welt beurteilt werden.“ (Wettbewerbskonzeptionen und Wirtschaftspolitik, in: Verstehen und Gestalten der Wirtschaft, Festgabe für F. A. Lutz zum 70. Geburtstag, Tübingen 1971, S. 116.) Wirbt *Lenel* für die Ansicht, vollkommene Konkurrenz sei ein Ideal? Stimmt er auch der Ansicht *Sohmens* zu, daß trotz „wortstarker Beteuerungen des Gegenteils ... einiges dafür (spricht), daß auch die meisten Verfechter wirtschaftspolitischer Konzeptionen wie ‚wirksamer‘, ‚funktionsfähiger‘ oder ‚dynamischer‘ Wettbewerb unter den Nationalökonomen letzten Endes doch unbewußt die Zustände der

setzt unter anderem die Unvollkommenheit und den Mangel an Koordination von Wissen und damit unausgenutzte Gewinnmöglichkeiten voraus. Wie F. A. v. Hayek aber bereits vor Jahrzehnten gezeigt hat, ist im Gleichgewichtszustand einer Volkswirtschaft alles relevante Wissen bereits entdeckt und das auf alle Wirtschaftssubjekte verteilte Wissen vollkommen koordiniert. Damit entfällt die Notwendigkeit zu Planänderungen, und der Wettbewerb als Marktprozeß erlischt.

Auf der Grundlage von Modellen, in denen die Voraussetzungen für Wettbewerb als Marktprozeß nicht mehr existieren, ist es schlicht unmöglich, wettbewerbliche Strukturen, wettbewerbliche Verhaltensweisen sowie wettbewerbliche Marktergebnisse zu beschreiben, zu erklären oder gar vorauszusagen<sup>71</sup>.

Realistischerweise müßte man in der Wettbewerbspolitik also von heterogenen Märkten ausgehen und damit von heterogener Konkurrenz. Und hier wäre noch zu zeigen, daß die Preise die Höhe der Grenz-

---

realen Welt nach ihrem relativen Abstand vom Grenzfall reiner Mengenanpassung messen?“ (Ebenda, S. 118.) Der Hinweis *Lenels* (1980, S. 54), daß Eucken das Modell der vollständigen Konkurrenz nicht als Leitbild empfohlen habe, ist unzutreffend. Unvoreingenommene Lektüre der Werke Euckens zeigt, daß Eucken das theoretische Modell des Gleichgewichtszustandes tatsächlich als Leitbild empfohlen hat. Nach *Eucken* ist diejenige Marktform, die in der Wettbewerbsordnung dominiert, die Marktform der vollständigen Konkurrenz. (Grundsätze der Wirtschaftspolitik, rde, Bd. 81, S. 155.) Was er darunter versteht, zeigt sein Literaturhinweis (S. 154) und die Bemerkung (S. 165): „Das *allgemeine Gleichgewicht*, d. h. die Abstimmung der vielen Märkte und Produktionszweige aufeinander gelingt nicht voll, wenn Investitionsverbote und andere Schließungsmaßnahmen in Kraft sind. Die Funktionen der Lenkung und der Auslese, welche bei offener, vollständiger Konkurrenz die Konsumenten vornehmen ...“

<sup>71</sup> Betrachtet man reale Marktverhältnisse durch die Brille solcher Modelle, dann wird man zwangsläufig an allen Ecken und Enden auf Abweichungen von den Struktur-, Verhaltens- und Ergebnisannahmen der Modelle stoßen, was dann die Vermutung nahelegt, der Wettbewerb sei beschränkt. Beschränkt ist aber nicht der Wettbewerb, beschränkt ist allein die Erklärungs-, Diagnose- und Prognosekraft der Modelle. Wenn *Lenel* meint (1980, S. 54), für „das Verständnis der Bedeutung der Allokation und der Ausrichtung der Allokationsentscheidungen bleibt dieses Modell (der vollständigen Konkurrenz, D. S.) bedeutsam, auch wenn sein Gleichgewicht nie erreicht wird“, dann ist er sich offensichtlich nicht der Gefahr bewußt, die diese Formulierungen für das Anliegen der Liberalen in der Öffentlichkeit und für eine freiheitliche Marktordnung heraufbeschwören werden. Denn es spricht — wie *Streißler* mit Recht betont — bei vollkommener Information (Sicherheit) alles für den Computer als die mit Abstand billigste Planungsinstanz. (Siehe *E. Streißler*, Kritik des neoklassischen Gleichgewichtsansatzes als Rechtfertigung marktwirtschaftlicher Ordnungen, in: Zur Theorie marktwirtschaftlicher Ordnungen, a.a.O., S. 40.) Es ist also höchst gefährlich, eine ordnungstheoretische Rechtfertigung der Marktwirtschaft mit Hilfe von Modellen zu unternehmen, von denen Borchardt völlig zu Recht in Nürnberg sagte, daß sie in der Hand der Gegner der Marktwirtschaft sogar zu einer Waffe gegen die Marktwirtschaft würden. „Wen können die Lehrbuchmodelle heute noch überzeugen, daß Marktwirtschaft eine feine Sache ist?“ (*K. Borchardt*).

kosten haben müssen. Bei heterogener Konkurrenz kommt es selbst im Gleichgewicht zu einer Abweichung des Preises von den Grenzkosten nach oben. Wie groß darf diese Abweichung bei einem marktbeherrschenden Unternehmen höchstens sein, um Ausbeutung auszuschließen?

Unterstellen wir trotz dieser Kritik einmal wie in der These, daß in der Wettbewerbskonfiguration der Preis die Höhe der Grenzkosten habe. Dann bleibt die in der These vorgenommene Rechtfertigung des Eingriffs in die property rights des Marktbeherrschers gleichwohl noch eine vordergründige. Denn es ist sofort weiter zu fragen, aus welchem Grunde Abweichungen von der Wettbewerbskonfiguration als unerwünscht gelten.

Die Antwort setzt voraus, daß man weiß, warum die Wettbewerbskonfiguration eine besondere und ausgezeichnete ist, mit anderen Worten: warum sie wirtschaftspolitisch „wertvoller“ ist als andere.

Mehrere Antworten sind möglich:

Beim Cournot-Preis wird ein Teil der Nachfrage vom Markt verdrängt, der bei „dem“ Wettbewerbspreis noch zum Zuge komme. — Das ist zwar richtig, kann aber gleichwohl nicht als befriedigende Antwort gelten. Denn auch beim „Wettbewerbspreis“ wird Nachfrage vom Markt verdrängt. Das Zurückdrängen von Nachfrage als solches kann sicher kein Argument sein. Man benötigt also ein zusätzliches Kriterium. Und das ist schnell gefunden. Es ist ein allokat ionstheoretisches und lautet: Nur bei Wettbewerbspreisbildung gemäß der Bedingung Grenzkosten = Preis kommt es zur optimalen Kombination der Produktionsfaktoren. Die bei dieser Konstellation verdrängte Nachfrage ist deshalb allokat ionstheoretisch zu Recht nicht zum Zuge gekommen; die Preishöhe ist allokat ionstheoretisch gerechtfertigt<sup>72</sup>.

Nun läßt sich jedoch zeigen, daß sogar ein Monopolist die Minimalkostenkombination realisieren kann und wird, wenn er das Ziel der Gewinnmaximierung verfolgt. Ferner läßt sich zeigen, daß auch bei Monopolpreisbildung die Produktionsfaktoren gesamtwirtschaftlich op-

<sup>72</sup> Manchmal hört man auch das Argument, daß es das Ziel der Wettbewerbspolitik sei, möglichst viel Nachfrage auf einem Markt zu befriedigen. Dazu müsse man wettbewerbsfreundliche Marktstrukturen schaffen, die eine „optimale“ Versorgung der Verbraucher sicherstellen. Dieses Argument ist Ergebnis eines wohlfahrtsökonomischen Denkens. Die „optimale“ Versorgung ist jedoch eine Leerformel, die auch durch noch so elegante Modelle nicht zu operationalisieren ist. Das Ziel einer Wettbewerbspolitik, die sich der prinzipiellen Unwissenheit bewußt ist, kann nur sein, sicherzustellen, daß derjenige, der meint, eine bessere Marktgelegenheit bieten zu können, dies auch tun kann. Da wir nicht wissen, wie das Allokationsoptimum konkret aussieht, kann das Ziel nur sein, Verbesserungen der Allokation zu ermöglichen. Wettbewerbsfreiheit ist dafür die notwendige und hinreichende Voraussetzung.

timal kombiniert sein können und demgemäß ein Produktionsmaximum erreichbar ist<sup>73</sup>.

Insofern steht das allokat ionstheoretische Argument also auf schwachen Füßen.

Die Grenzkosten-Preis-Regel ist eine wohlfahrtsökonomische Regel, und das hier zu behandelnde allokat ionstheoretische Argument ist ein wohlfahrtsökonomisches. Wer aber undifferenziert unter Hinweis auf die Grenzkosten-Preis-Regel Preisinterventionen auf einem Markt zu rechtfertigen versucht, macht damit deutlich, daß er nicht einmal das wohlfahrtsökonomische Paradigma beherrscht, wie ein Blick in die Theorie des Zweitbesten zeigt<sup>74</sup>. Wenn man schon allokat ionstheoretisch argumentiert, dann muß man gesamtvolkswirtschaftlich argumentieren — und dann reicht kein Partialmodell als Blaupause der Wettbewerbspolitik aus, man benötigt ein Totalmodell, das alle Märkte integriert<sup>75</sup>.

Kann in einer Gesellschaft freier Menschen überhaupt mit der Begründung, eine optimale Kombination der Produktionsfaktoren (und die dieser entsprechenden Preise) sicherzustellen, in das Eigentumsrecht eines Mitglieds dieser Gesellschaft eingegriffen werden? Kann der Staat überhaupt allokat ionstheoretisch begründete Eingriffe vornehmen<sup>76</sup>?

<sup>73</sup> So schon E. Carell, Grundlagen der Preisbildung, Berlin 1952, S. 113 ff.

<sup>74</sup> R. G. Lipsey, K. Lancaster, The General Theory of Second Best, in: Review of Economic Studies, 24 (1956 - 57), S. 11 ff.

<sup>75</sup> Ein solches Totalmodell müßte genau wie wohl alle Partialmodelle vollständigen und unvollständigen Wettbewerbs, die der Wettbewerbspolitik als Blaupause dienen, ein Gleichgewichtsmodell sein. In der wissenschaftlichen Wettbewerbspolitik wird noch heute — 40 Jahre nach v. Hayeks bahnbrechenden Arbeiten und der neueren wohlfundierten Kritik der Neo-Österreicher — das Denken in Gleichgewichtsmodellen betrieben und gerechtfertigt. Auf kritische Einwände hört man als Begründung nur knapp, daß solche Gleichgewichtsmodelle zur „Erfassung der ökonomischen Realität“ notwendig seien. Nur weiß kein Mensch, was „Erfassung der ökonomischen Realität“ eigentlich bedeutet. Man findet diesen schwammigen Terminus auch in keinem wissenschaftstheoretischen Werk. Die Behauptung läßt sich also nicht überprüfen. Sollte man mit „Erfassen“ jedoch Beschreibung, Erklärung und/oder Prognose meinen, dann ist die Behauptung falsch. Mit Modellen, die die Eigenschaften von partiellen oder totalen Gleichgewichtszuständen vollkommenen oder unvollkommenen Wettbewerbs beschreiben, ist es aus der Natur der Sache heraus niemals möglich, wettbewerbliche Marktprozesse zu beschreiben. Es ist auch unmöglich, wettbewerbliche Strukturen, Verhaltensweisen und Ergebnisse mit ihrer Hilfe zu erklären oder zu prognostizieren. Die gleichen Einwände sind gegen die immer wieder zu hörende Behauptung vorzubringen, man benötige diese Gleichgewichtsmodelle, um die komplexe Wirklichkeit zu verstehen und zu bewältigen. Was ist wissenschaftstheoretisch unter „verstehen“ und „bewältigen“ zu verstehen? Wie kann man eine komplexe Wirklichkeit mit Modellen „verstehen“ und „bewältigen“, in denen die Komplexität gar nicht mehr enthalten ist?

<sup>76</sup> Wenn man diese Frage bejahen sollte: Woher weiß man, wie die optimale Kombination im konkreten Fall aussieht, welches die zugehörigen Preise sind? Ist Wettbewerb nicht ein Entdeckungsverfahren? Wie sieht die gesellschaftliche Wohlfahrtsfunktion aus?

Der mögliche Hinweis auf die Umweltschutzpolitik geht fehl, weil jeder Verschmutzer bei einer bestimmten Rechtslage in property rights anderer eingreift. In wessen property rights wird aber eingegriffen, wenn keine optimale Kombination der Produktionsfaktoren und die diesen entsprechenden Preise realisiert werden? Hat jemand ein Recht darauf, daß ein Produzent die Minimalkostenkombination realisiert und in der Volkswirtschaft eine optimale Kombination der Produktionsfaktoren vorliegt? Interessant wäre zu erfahren, wie man dieses Recht erwirbt und ob sich unter Umständen auch Pflichten aus dem Besitz dieses Rechts ergeben<sup>77</sup>.

Mit v. Hayek läßt sich die These aufstellen: „Not to do as well as one could cannot be treated as an offence in a free society in which each is allowed to choose the manner of employing his person and property<sup>78</sup>.“ In einer freien Gesellschaft hat jeder Produzent das Recht, seine Produktionsfaktoren zu verschwenden, eine ungünstigere Produktionsfunktion zu wählen als möglich und die Produktivität zu verringern.

Wird er diese Rechte aber auch nutzen? Vernünftigerweise nicht, wenn — und das ist wesentlich — er (oder der Staat) nicht in der Lage ist, andere davon abzuhalten, seine Kunden besser zu bedienen. Wir brauchen keiner Person einen Anspruch (das Recht) darauf zu geben, daß die Produktionsfaktoren optimal kombiniert und die Leistungen ständig verbessert werden — wir vertrauen auf die Wirksamkeit der „unsichtbaren Hand“.

Freiheitsorientierte Wettbewerbspolitik hat zum Ziel, daß dieser „unsichtbaren Hand“ keine Fesseln angelegt werden. Sie hat nicht zum Ziel, ein „funktionsfähiges“ Preissystem z. B. vollständiger Konkurrenz zu errichten.

Für die Frage, ob man einen Produzenten in einer freien Gesellschaft dazu zwingen kann, seine Produktionsmenge soweit auszudehnen, bis die Grenzkosten gleich dem Preis sind, ist auch das folgende Argument v. Hayeks bedenkenswert: „At least so long as we allow persons possessing special skills or unique objects not to use them at all, it would be paradoxical that as soon as they use them for commercial purposes, they should be required to use them to the greatest extent<sup>79</sup>.“ v. Hayek

<sup>77</sup> Rein allokationstheoretisch kann der staatliche Eingriff in die Verfügungsrechte eines Unternehmens, etwa in Form einer Preisherabsetzungsverfügung, auch schon deshalb nicht gerechtfertigt werden, weil damit zugleich eine Umverteilung von Vermögen verbunden ist. Es wäre interessant zu erfahren, wie diese Verletzung des Pareto-Kriteriums gerechtfertigt wird.

<sup>78</sup> v. Hayek, 1979, S. 71.

<sup>79</sup> v. Hayek, 1979, S. 72. (Diese Aussage stützt sich natürlich auf das argumentum a maiore ad minus.) Anders in der Tendenz Lenel (1980, S. 66), der schon den Vordersatz nicht gelten lassen will. Wie wird wohl der einzige Arzt, der in einer Epidemie das Leben seiner Mitmenschen retten könnte, dazu gebracht, dies zu tun, obgleich er es nicht will?



verdeutlicht seinen Gedanken am Beispiel des Besitzers einer einzigartigen Heilwasserquelle, deren Wasser er bisher rechtmäßig für seinen swimming pool verwendet hatte. Er entdeckt aufgrund seiner persönlichen Findigkeit, daß dieses Wasser Heilwasser darstellt, und beschließt, dieses Heilwasser zu verkaufen. Hat jemand ein Recht, diese Person nunmehr dazu zu zwingen, soviel Heilwasser wie möglich zu verkaufen<sup>80</sup>? „The power to determine the price or the quality of a product at the figure most profitable to the owner of such a rare resource used in its production is a necessary consequence of the recognition of private property in particular things, and cannot be eliminated without abandoning the institution of private property<sup>81</sup>.“

## V. „Barriers to entry“ und Wettbewerbsbeschränkung

Wenn man — wie z. B. das Bundeskartellamt und andere — unter Wettbewerb eine Verhaltensweise im Zeitablauf versteht, dann kann mit einer Wettbewerbsbeschränkung — begriffsnotwendig — nur eine Verhaltensbeschränkung bei potentiellen und aktuellen Konkurrenten gemeint sein<sup>82</sup>. Das wettbewerbspolitische Problem besteht nun darin, ob diese Verhaltensbeschränkung ihrerseits auf einem Handeln des Marktbeherrschers beruhen muß oder ob es nicht auch Verhaltensbeschränkungen durch Zustand geben könne. Man verweist z. B. darauf, daß marktbeherrschende Unternehmen gar keine unberechtigten Maßnahmen zum Zwecke der Beschränkung des Wettbewerbs zu ergreifen brauchten. Sie könnten vielmehr bereits aufgrund der ihnen eigenen Handlungsmöglichkeiten und ihrer Machtposition abschreckend auf newcomers wirken. Dies käme aber einer Wettbewerbsbeschränkung gleich, weil dadurch barriers to entry errichtet würden.

Will man den Begriff barriers to entry im Hinblick auf die wettbewerbspolitischen Erfordernisse vernünftig definieren, dann kann man darunter Hindernisse verstehen, die die individuelle Freiheit von potentiellen Marktteilnehmern willkürlich beschränken<sup>83</sup>. Man kann das

<sup>80</sup> Und wie steht es mit dem einzigartigen Künstler? Arbeiter? Arzt?

<sup>81</sup> v. Hayek, 1979, S. 72. Allerdings existiert wohl in allen Gesellschaften eine Pflicht, in Not geratenen Menschen zu helfen.

<sup>82</sup> Lenel (1980, S. 60) geht offensichtlich davon aus, daß es auch noch andere Wettbewerbsbeschränkungen geben könne. Es wäre interessant zu erfahren, wie diese aussehen. Die von ihm angeführten Fälle genügen der hier gegebenen Definition. Was der überwiegende Teil der Beispiele im übrigen mit Marktzugangsschranken zu tun hat (unter diesem Thema werden sie jedenfalls abgehandelt), ist nicht ersichtlich.

<sup>83</sup> Marktzutrittsbarrieren gibt es nämlich in jedem Markt, weil jeder Marktzutritt Opportunitätskosten verursacht. Würde man Marktzutrittsbarrieren per se als Wettbewerbsbeschränkung ansehen, dann würden Wettbewerbsbeschränkungen zur Ubiquität.

Errichten von barriers to entry demgemäß als willkürlichen Eingriff in die property rights von Wirtschaftssubjekten ansehen. Nur wenn diese Eingriffe vorliegen, soll hier von wettbewerbsbeschränkenden Marktzugangsschranken gesprochen werden.

Was ist nun von der These zu halten, daß ein marktbeherrschendes Unternehmen abschreckend wirken und deshalb den Marktzugang erschweren könne (Wettbewerbsbeschränkung durch Zustand)?

a) Wenn man sagt, ein Unternehmen könne aufgrund seines Handlungsspielraumes und seiner Marktstellung abschreckend auf Wettbewerber wirken, dann bleibt diese Aussage solange empirisch gehaltlos, als nicht konkret die Randbedingungen angegeben werden, wann dies zu erwarten ist. Kann-Sätze ohne Spezifizierung der Bedingungen sind empirisch gehaltlos<sup>84</sup>.

b) Diese Aussage bleibt auch dann empirisch gehaltlos, wenn nicht angegeben wird, woran man die abschreckende Wirkung erkennt. Das Nichtauftreten von neuen Unternehmen ist per se kein Indiz.

c) Meist wird die abschreckende Wirkung mit dem Hinweis auf hohe Risiken eines Markteintritts begründet. Aber hohe Risiken können niemals (unberechtigte) Verhaltensbeschränkungen darstellen. Wir wissen, daß jedes Handeln auf Erwartungen basiert und insofern risikobehaftet ist. Und bevor ein Unternehmer in einen Markt eintritt, muß er es sich überlegen, ob er mit dem Oldtimer überhaupt konkurrieren kann. Erwartet er, daß sein Aktionspotential nicht ausreicht, um am Markt zu bestehen, oder schätzt er das Risiko zu hoch ein, wird er vom Marktzutritt Abstand nehmen<sup>85</sup>. Diese Entscheidung wirft aber wettbewerbspolitisch überhaupt keine Probleme auf, unter anderem auch deshalb, weil zu vermuten ist, daß in dieser Konstellation der Oldtimer den Nachfragern am Markt die vergleichsweise besten (bekannten) Marktangelegenheiten bietet. (Unterstellt ist Wirksamkeit der Politik gegen Wettbewerbsbeschränkungen.)

Das angeführte Beispiel zeigt im übrigen, daß der Marktzutritt grundsätzlich möglich ist, denn der Verzicht auf den Marktzutritt erfolgt nicht, weil der potentielle new-comer sich die notwendigen Ressourcen nicht besorgen kann. Es liegt also insofern überhaupt kein Eingriff in dessen

---

<sup>84</sup> Das gleiche gilt für „Es-gibt-Sätze“. „Es gibt jedoch auch ganz andere Fälle. Ein Monopolist braucht jedenfalls dann den Wettbewerb nicht durch sein Verhalten zu beschränken, wenn der Zugang zum Markt hinreichend schwer ist.“ (Lenel, 1980, S. 60.) Dieser Satz ist empirisch gehaltlos und deshalb nicht falsifizierbar.

<sup>85</sup> Diese Vermutung hatten jedenfalls die Konkurrenten von *Hoffmann-La Roche* nicht. Deshalb kann das Marktschrankenargument für diesen Fall überhaupt keine Rolle spielen. Indizien für die Lebhaftigkeit des Wettbewerbs sind angeführt bei *Schmidchen*, 1979, S. 288, Fußnote 49.

Handlungsmöglichkeiten vor. Der potentielle new-comer kann zur aktuellen Konkurrenz übergehen, will dies aber aus freiem Entschluß nicht. Man kann wohl kaum den Oldtimer für das mangelnde Leistungsvermögen des potentiellen new-comers verantwortlich machen. Auch wenn letzterer sich für leistungsfähig hält, aber die Erfolgswahrscheinlichkeit eines Marktzutritts als subjektiv zu niedrig bzw. das Risiko als subjektiv zu hoch empfindet, kann man nicht von einer Wettbewerbsbeschränkung sprechen<sup>86</sup>. Denn was kann der Oldtimer dazu, daß der potentielle new-comer Angst hat<sup>87</sup>? Mangelnde Gewißheit mag als Handlungsbeschränkung interpretiert werden, aber das ist eine Handlungsbeschränkung, die denen ähnelt, die den Menschen durch das Walten der Naturgesetze auferlegt sind. Wettbewerbsbeschränkung wird man dies wohl kaum nennen können<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> Natürlich ist die hohe Leistungsfähigkeit des Oldtimers eine Marktschranke, aber in ihrer Wirkung manifestiert sich das Ausleseprinzip Wettbewerb. *Lenels* Ausführungen (1980, S. 63): „Da der Zugang zum Markt unter Umständen auch ohne nachweisbar beabsichtigte Behinderungsmaßnahme zu schwierig ist, können den Mächtigen Preissetzungs- und andere Ermessensspielräume verbleiben, die auf lange Sicht nicht vertretbar sind. Auch ein durch Leistungen gewachsenes Unternehmen kann u. a. ‚legitim‘ ein Drohpotential erwerben, das den potentiellen Wettbewerb abschreckt“, sind empirisch gehalten und deshalb nicht falsifizierbar. Interessant wäre es zu erfahren, was man sich unter dem „Leistungswachstum“ und dem „legitimen“ Erwerb von Drohpotential vorstellen soll. Wie kommt *Lenel* zu seinem Werturteil, daß etwas auf längere Sicht „nicht vertretbar“ sei? Was heißt überhaupt längere Sicht? Wer maßt sich das Wissen darüber an, was morgen geschehen wird? Woher weiß man, ob nicht morgen oder übermorgen ein neuer Konkurrent auftritt oder eine Umstrukturierung der Nachfrage erfolgt mit der Folge, daß der Preisbildungsspielraum verkleinert wird? Häufig hört man das Argument, man könne in der Wettbewerbspolitik nicht solange warten, bis aus potentiellen Konkurrenten aktuelle geworden sind. Wie lange ist „solange“? Und soll der Staat Geburtshilfe vornehmen? Ist er klüger als der Markt?

<sup>87</sup> Es ist hier zu beachten, daß Barrieren subjektiv empfunden werden. Was dem einen eine Barriere ist, ist für den anderen ein Anreiz, sein Sprungvermögen zu testen. Was Barrieren sind und ob sie vorhanden sind, kann im Grunde nur ein Testverfahren, wie es der Wettbewerb darstellt, herausfinden. Häufig zeigt sich, daß angebliche Barrieren von mutigen Unternehmern doch überwunden werden (Korf, Nixdorf). Die Tatsache, daß die Menschen hinsichtlich ihrer Furchtschwelle und Fähigkeiten unterschiedlich sind, zeigt noch einmal, daß eine schematische staatliche Verordnung zur Festlegung der wettbewerbsbeschränkenden Höhe einer Barriere verfehlt ist.

<sup>88</sup> Das hohe Risiko muß nicht allein im Verhalten des Oldtimers begründet sein. Risiken können auch aufgrund des Verhaltens der Nachfrager auftreten: hektische Nachfrageschwankungen; keine ausreichende Dauerhaftigkeit der Nachfrage. (Beschränken die Nachfrager den Wettbewerb?) Wie steht es mit der Begrenztheit des Marktvolumens? Liegt auch dann eine Wettbewerbsbeschränkung vor, wenn der new-comer davon ausgeht, daß die Nachfrager vermutlich freiwillig beim Oldtimer bleiben werden? Natürlich sind alle Präferenzen „produziert“. Warum diese Präferenzen „problematisch“ sein sollen, „wenn sie nicht auf Leistungen, sondern beispielsweise auf hohen, allein durch die Finanzkraft möglichen Werbeausgaben beruhen“ (*Lenel*, 1980, S. 59), bleibt unerfindlich. Seit wann kann Finanzkraft nicht auf „Lei-



d) Der Oldtimer könnte den Preis derart niedrig gesetzt haben, daß der new-comer keine ausreichenden Gewinnmöglichkeiten sieht und dem Markt fernbleibt. Ist der niedrige Preis nun Ausdruck potentieller Konkurrenz oder einer wettbewerbsbeschränkenden Absicht? Darf sich der Oldtimer nicht wehren?

e) Schließlich könnte auch die Ursache dafür, daß der potentielle new-comer nicht in den Markt eintritt, darin gesucht werden, daß er befürchtet, der Oldtimer werde sich nach dem Markteintritt wettbewerbsbeschränkend verhalten und dadurch seine Existenz gefährden<sup>90</sup>.

In diesem Falle unterbleibt der Marktzutritt jedoch nicht wegen einer Wettbewerbsbeschränkung durch Zustand, sondern wegen eines befürchteten zukünftigen Behinderungsmißbrauchs, also aus Furcht vor einer Wettbewerbsbeschränkung durch Maßnahme. Dieser Furcht läßt sich aber leicht dadurch begegnen, daß man glaubwürdig eine konsequente Wettbewerbspolitik gegen Behinderungen betreibt<sup>90</sup>.

Die Markteintrittsbarriere wird im Beispiel also nicht eigentlich vom Oldtimer errichtet, sondern — so paradox das klingen mag — von den wettbewerbspolitischen Behörden. Das fehlende Vertrauen in die Konsequenz der Wettbewerbspolitik gegen Behinderungsmißbrauch ist es, das letztlich die Marktzutrittsbarriere darstellt.

stungen“ beruhen? Sie ist dann doch auch „wettbewerbskonform“ erworben worden? Ließe sich wohl auf diese Weise nicht auch feststellen, was wettbewerbskonformes Verhalten ist? (Siehe auch *Lenel*, 1980, S. 61.)

<sup>90</sup> Soll es dem Oldtimer erlaubt sein, mit Preissenkungen auf die Herausforderung durch den new-comer zu reagieren, um seinen Marktanteil zu halten? Und wenn er den Preis nicht senkt, ist das nicht ein Zeichen für Marktbeherrschung und Ausbeutungsmißbrauch?

<sup>90</sup> In diesem Falle wird ein zum Markteintritt Bereiter die Wahrscheinlichkeit, unbillig behindert zu werden, mit nahezu Null ansetzen. Zweifelt er an einer konsequenten Wettbewerbspolitik gegen Behinderungen, dann ist die Investition mit einem zusätzlichen Risiko verbunden, das im Investitionskalkül berücksichtigt werden kann. Wenn *Lenel* (1980, S. 61) fragt, „wie der zum Eintritt Bereite die Wahrscheinlichkeit... (einer Behinderung) im voraus (Hervorhebung durch mich, D. S.) feststellen soll“, dann ist an ihn die Frage zu richten, wie ein Unternehmer wohl die Wahrscheinlichkeit des Erfolges einer Investition im voraus bestimmt. Aufgabe der Wettbewerbspolitik ist es, das aus der Behinderung resultierende Risiko einer Investition zu minimieren. Warum auf dem hier vertretenen Wege „das Problem der Zugangsbeschränkung nicht zureichend behandelt werden“ kann (*Lenel*, 1980, S. 61), bleibt unerfindlich. Die Handlungsanweisung für die wirtschaftspolitischen Instanzen werden durchaus gegeben (*Lenel*, ebenda, sieht keine): Bekämpft alle die Handlungen, die mächtige Unternehmen praktizieren, um den Wettbewerb zu beschränken. Was das für Handlungen sind, zeigt ein Blick in die Berichte des Bundeskartellamtes und in die einschlägige Literatur. Daß auch *Lenel* offenbar eine Vorstellung davon hat, zeigt seine mehrfach zum Ausdruck gebrachte Furcht vor einer „Ausdehnung des Ermessensspielraums der Inhaber privater wirtschaftlicher Macht“ (*Lenel*, 1980, S. 65 f.). Leider unterscheidet er an keiner Stelle seines Beitrages hinreichend zwischen restriktiver und kompetitiver Macht.

Es lassen sich nach allem zwei Arten des willkürlichen Errichtens von Marktzugangsbarrieren unterscheiden:

1. Private Einschränkungen der Wettbewerbsfreiheit, d. h.: private willkürliche Eingriffe in die property rights. Das aber sind Fälle des Behinderungsmissbrauchs<sup>91</sup>.

2. Gewisse staatliche Einschränkungen der Wettbewerbsfreiheit, d. h.: staatliche willkürliche Eingriffe in die property rights. Der typische Fall ist der der Verleihung eines Monopols, also des ausschließlichen Rechts der Produktion oder des Vertriebs eines Gutes. (Vermutlich die einzige saubere Definition des Monopolbegriffs überhaupt.) Das Monopol ist ein Privileg. Ihm entspricht eine Diskriminierung, also ein staatlicher Eingriff in die property rights nicht-privilegierter Personen. Bei einem solchen Monopol sind auch die Voraussetzungen gegeben, die ein direktes staatliches Eingreifen in die Preissetzung rechtfertigen (public regulation).

## VI. Grundsätze der Wettbewerbspolitik

Wettbewerbspolitik kann sich entweder an Endzustandsgrundsätzen orientieren oder an historischen Grundsätzen.

Eine Wettbewerbspolitik, die Endzustandsgrundsätzen folgt, versucht aus Modellen abgeleitete, vermeintlich wettbewerbliche Marktstrukturen, Verhaltensweisen oder Marktergebnisse zu realisieren. Diese Politik ist konstruktivistisch zu nennen. (Auch der Bau eines Hauses nach vorgefertigtem Plan ist konstruktivistisch.) Konstruktivistische Wettbewerbspolitik basiert auf einer Anmaßung von Wissen. Denn wenn Wettbewerb ein Entdeckungsverfahren ist, dann sind die konkreten wettbewerblichen Strukturen, Verhaltensweisen und Ergebnisse prinzipiell unbekannt. Eine Kongruenz von wettbewerbspolitischen Blaupausen und einer ökonomischen Realität, die sich aus der freien Nutzung von dezentralisiertem und prinzipiell nicht zentralisierbarem Wissen evolutiv herausbildet, wäre purer Zufall. Der in Blaupausen „simulierte“ Wettbewerb „verwertet“ lediglich das Wissen der Blaupausenkonstrukteure, der tatsächliche, evolutive Wettbewerb aber das Wissen aller Wirtschaftssubjekte. Es spricht deshalb alles dafür, daß eine Wett-

---

<sup>91</sup> Die Aussage von *Lenel* (1980, S. 63 f.), daß eine „durch Zugangshemmnisse geschützte marktbeherrschende Stellung (nach der hier vertretenen Konzeption, D. S.) unangreifbar (sei), solange nicht der Nachweis geführt werden kann, daß die Zugangsschranken mit wettbewerbsbeschränkenden Mitteln errichtet wurden“, ist zutreffend. Das dürfte für einen Rechtsstaat eine Selbstverständlichkeit sein. Wenn man weiß, daß eine durch Zugangshemmnisse geschützte Marktstellung vorliegt, dann ist es auch nicht schwer festzustellen, ob diese Zugangsschranken mit wettbewerbsbeschränkenden Mitteln errichtet wurden.

bewerbspolitik, die nach Blaupausenwissen die Realität gestalten will, die freie Verwertung individuellen Wissens beschränken muß, weil diese Verwertung die Blaupausen als wirklichkeitsfern entlarven würde. Wettbewerbspolitik nach Endzustandsgrundsätzen ist deshalb die Wettbewerbspolitik einer geschlossenen (= nicht evolutiven) Gesellschaft<sup>92</sup>.

Die Wettbewerbspolitik einer offenen Gesellschaft dagegen orientiert sich an historischen Grundsätzen. Historische Grundsätze finden ihren Ausdruck in Spielregeln. Alles das, was gemäß den Regeln eines Spiels entstanden ist und entsteht, das Wettbewerb genannt wird, ist wettbewerblich<sup>93</sup>. Und Wettbewerbspolitik hat lediglich die Aufgabe, diese Spielregeln adäquat zu formulieren und ihre Einhaltung zu überwachen. Um die historische Offenheit des Spiels zu gewährleisten, müssen diese Spielregeln die Form allgemeiner, vorhersehbarer und bestimmter gesetzlicher Handlungsverbote zum Schutz privater Verfügungsrechte annehmen<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> Diese Wettbewerbspolitik ist dadurch gekennzeichnet, daß sie in der Tradition des wohlfahrtstheoretischen Formalismus alle Probleme der Ökonomie als Entscheidungsprobleme auffaßt, bei denen optimale Lösungen zu ermitteln sind. Was für Individualentscheidungen vielleicht sinnvoll ist, wird problematisch, wenn man es auf die Steuerung sozialer Prozesse anwendet. (Siehe W. Meyer, a.a.O., S. 103.) „Die Frage nach der besten Alternative führt dabei zwanglos zu der Auffassung, die multidimensionalen Ergebnisse von Interaktionen der Mitglieder einer Gesellschaft seien als Gegenstände einer kollektiven Wahl zu betrachten, zu denen man auf der Basis einer sozialen Norm eindeutig — positiv oder negativ — Stellung nehmen könne.“ (Ebenda, S. 103.) Ziel ist letztlich die Maximierung des gesellschaftlichen Wohlstandes — definiert durch irgendeine Zielfunktion der Gesellschaft. Besten Ausdruck findet dieser wohlfahrtstheoretische Modellplatonismus in Kantzenbachs Konzept von der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs. (Zum Nachweis siehe *Schmidtchen*, 1978, S. 61 ff.) Die Frage nach dem Maximum einer gesellschaftlichen Zielfunktion ist sinnlos, wenn man unter der Gesellschaft das Handelnsgefüge freier Individuen versteht, die innerhalb allgemeiner, abstrakter Verhaltensregeln ihre eigenen Ziele verfolgen. *Buchanan* hat dies treffend so formuliert: „That which emerges’ from the trading and exchange process ... is not the solution to a maximizing problem, despite the presence of scarce resources and of conflicting ends. ‘That which emerges’ is ‘that which emerges’, and that is it.“ (Freedom in Constitutional Contract, Texas A & M University Press, College Station and London 1977, zitiert nach W. Meyer, a.a.O., S. 103.)

<sup>93</sup> Weder eine geringe Zahl von Unternehmen in einem Markt, noch eine hohe Profitrate lösen für sich genommen deshalb wettbewerbspolitischen Alarm aus.

<sup>94</sup> Mit der Frage, wie das Spielregelsystem einer freien und offenen Gesellschaft aussehen könnte, hat sich seit langem F. A. v. Hayek beschäftigt. (Hinzuzuweisen ist insbesondere auf seine Werke „Die Verfassung der Freiheit“ und „Law, Legislation and Liberty“.) Es kann also gar keine Rede davon sein, daß die Wettbewerbspolitik nicht auf „genügend“ festem Grund aufbauen könnte, wenn sie sich auf die zentralen Kategorien des v. Hayek’schen Denkens, Freiheit und willkürlichen Zwang, bezöge. Mir scheint der hier gelegte Grund fester zu sein als der „neoklassische“. Auch schon deshalb, weil er sich im Einklang befindet mit der Entwicklung in den moder-

Natürlich kann das Ziel dieser Art von Wettbewerbspolitik „lediglich“ in der Sicherung einer „formalen“ Freiheit bestehen. Angestrebt wird nicht, daß jemand das, was er (formal) tun darf, auch tun können muß. Dieses tatsächliche Können-können, für das man häufig irreführend den Ausdruck (reale) Freiheit verwendet, meint letztlich nichts anderes als das Vermögen. Wenn man „reale“ Freiheit wirtschaftspolitisch sichern will, muß man eine Vorstellung von der wünschenswerten Vermögenshöhe und Vermögensverteilung entwickeln (Abwägung der individuellen Handlungsspielräume und Bestimmung eines Optimums). Das ist aber eine Politik der Endzustandsgrundsätze, die man besser anderen Bereichen der Wirtschaftspolitik überlassen sollte<sup>95</sup>.

---

nen Naturwissenschaften, soweit diese evolutionstheoretischen Überlegungen folgen. (Eine grundlegende Analyse dieser Zusammenhänge enthält die Arbeit von U. FehI, Wettbewerbsprozesse in walrasianischer Perspektive, Gedanken zum Gleichgewicht und zur Evolution im Rahmen des Gesammarktsystems, Marburger Habilitationsschrift.) Wer die v. Hayekschen Schriften kennt, weiß, daß sie relativ abstrakt abgefaßt sind. Konkrete Ausformungen und Konzepte, die wesentlich von seinen Ideen beeinflusst sind, liegen aber seit langem vor. (Siehe z. B. E. Hoppmann, Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Walter Eucken Institut, Vorträge und Aufsätze 50, Tübingen 1974; derselbe, Marktmacht und Wettbewerb, Tübingen 1977.)

<sup>95</sup> Gedacht ist etwa an die Sozialpolitik, die mittels Transferzahlungen dafür sorgen kann, daß freie Individuen Spielräume haben, innerhalb derer sie sich bewegen können. Zu nennen wäre auch die Beschäftigungspolitik. Es ist deshalb die Meinung absolut verfehlt, daß derjenige, der für die Wettbewerbspolitik das Kriterium der Freiwilligkeit vorschlägt, eine inhumane Gesellschaft wolle. Auf eine solche Idee kann nur der kommen, der davon ausgeht, daß die Wettbewerbspolitik alle menschlichen Probleme lösen müsse. Aber auch die Wirtschaftspolitik sollte das Prinzip der Arbeitsteilung beachten. — Man zerstört auch nicht die Faszinationskraft einer freiheitlichen Ordnung, wenn man an die Ethik des Marktes erinnert. Man zerstört sie aber ganz sicher, wenn man den Leuten die Ethik einer freien Marktwirtschaft nicht erklärt. (Zum Problem der Ethik des wettbewerblichen Marktes siehe R. McKenzie, G. Tullock, a.a.O., S. 142 ff. Zum Grundsätzlichen S. Brittan, Participation without Politics, Hobart Paper Special, IEA, 62, 1979.)



## **1.2. Hans-Otto Lenel : Wettbewerbspolitik ohne Ermessensentscheidung\* (Korreferat)**

### **I. Einleitende Bemerkungen**

Eine Arbeit, die zum Widerspruch herausfordert, hat in der wissenschaftlichen Diskussion schon deshalb eine wichtige Funktion, weil sie anregt. Schmidtchen hat in der letzten Zeit mehrere Arbeiten veröffentlicht, für die das zutrifft. Für sein Thema sind außer dem Referat zwei Aufsätze relevant, auf deren einen ich deshalb auch eingehen will. In der Zielsetzung stimme ich grundsätzlich mit ihm überein. Auch ich würde gern erreichen, daß an die Stelle von Ermessensentscheidungen staatlicher Behörden möglichst allgemeingültige Regeln gesetzt werden. Ich stimme auch darin mit ihm überein, daß allgemeingültige Regeln weit günstiger zu beurteilen sind als Ermessensentscheidungen. Allerdings gilt das nicht nur für Ermessensentscheidungen, welche die von ihnen Betroffenen beschränken oder ihnen Nachteile zufügen. Diese stehen dem Thema gemäß im Mittelpunkt von Schmidtchens Referat. Zu den Ermessensentscheidungen gehören auch begünstigende Entscheidungen, beispielsweise ein positives Urteil des Bundeskartellamts über einen Zusammenschluß aufgrund der sog. Abwägungsklausel oder die sog. Ministererlaubnis für Zusammenschlüsse, die das Bundeskartellamt untersagt hat. Ich meine, daß diese begünstigenden Entscheidungen keineswegs weniger problematisch sind als die einschränkenden.

Bei den begünstigenden Entscheidungen schreckt derjenige, der, wie ich, sowohl die private als auch die staatliche Macht fürchtet, gewissermaßen zweimal zurück. Einmal schreckt er zurück, weil staatliche Instanzen nach ihrem mehr oder weniger eingeschränkten Ermessen Vergünstigungen erteilen, und zum zweiten Mal erschreckt ihn, daß durch solche Begünstigungen unter Umständen private Macht geschaffen oder vergrößert wird, die man nicht rechtfertigen kann. Allgemeingültige Regeln erlauben solche Ermessensentscheidungen in der Regel nicht. Soweit sie an die Stelle von beschränkenden Ermessensentscheidungen treten, die ich von nun an allein erörtern will, haben sie den Vorteil, daß nicht zur Beschränkung des Ermessensspielraums von Privaten der

---

\* Dieses Korreferat hat meinen Aufsatz „Mehr Laissez faire?“, in: Ordo, Bd. 31, S. 51 - 68, zur Grundlage.



Ermessensspielraum öffentlicher Stellen vergrößert werden muß. Aber dieser Vorzug ist nur überzeugend, soweit allgemeingültige Regeln hinreichend wirken; denn sonst bleibt der Ermessensspielraum der Inhaber privater Macht unbeschnitten, oder er wird nicht hinreichend verkleinert. Man darf von allgemeingültigen Regeln nicht zuviel erwarten, und man muß ihre Tauglichkeit hinreichend prüfen, bevor man sie empfiehlt.

Ich zweifle, ob diese beiden Bedingungen für die Konzeption erfüllt wurden oder erfüllt werden können, welche Schmidtchen in seinem Würzburger Referat<sup>1</sup> und in seinem Ordo-Aufsatz<sup>2</sup> vorgetragen hat. Ich meine, daß uns die Kriterien, die er vortrug, nur scheinbar auf genügend festen Boden führen. Die Folge ihrer Einführung in die gesetzlichen Bestimmungen wäre zwar sicher eine starke Beschränkung des Ermessensgebrauchs staatlicher Stellen; aber dadurch würde der Ermessensspielraum derjenigen zu groß, welche über bedeutende private Macht verfügen. Schmidtchen berücksichtigt nicht, daß der Ermessensspielraum öffentlicher Instanzen im Rechtsstaat durch den Rechtsweg eingeschränkt werden kann und eingeschränkt werden muß, in der Bundesrepublik auch eingeschränkt ist, und daß die dadurch notwendig werdende Rechtsauslegung jedenfalls bei einer kontinuierlichen Gesetzgebung den Ermessensgebrauch für die davon Betroffenen voraussehbar macht.

## II. Zum Kriterium „Freiwilligkeit“ und zur Ausbeutung

Schmidtchen lehnt allerdings nicht alle Eingriffe wettbewerbspolitischer Instanzen ab. Er beschäftigt sich nicht mit Eingriffen in die Strukturen — darauf komme ich noch zurück —, sondern nur mit der Mißbrauchsaufsicht, und hält Eingriffe im Zusammenhang mit ihr nach seinem Ordo-Aufsatz nicht für schlechthin freiheitsgefährdend. Sie sind es nur dann, wenn sie sich gegen Maßnahmen richten, die von den Tauschpartnern freiwillig akzeptiert werden. Als Indiz der *Freiwilligkeit* sieht Schmidtchen im Ordo-Aufsatz das Vorhandensein von Ausweichmöglichkeiten und das Fehlen willkürlich gesetzter Wanderungs-

<sup>1</sup> Dieses Referat (im folgenden kurz mündliches Referat) enthielt einen Teil der Ausführungen des veröffentlichten Textes (im folgenden kurz Referat) nicht und wich auch im übrigen teilweise von diesem Text ab. Mein Korreferat ist für die Veröffentlichung im wesentlichen nur für eine — nicht vollständige — Auseinandersetzung mit den Änderungen von Schmidtchen im veröffentlichten Referat verändert worden. Seitenangaben ohne weitere Hinweise beziehen sich auf das veröffentlichte Referat.

<sup>2</sup> Der auch im folgenden verwendete kurze Hinweis „Ordo-Aufsatz“ bezieht sich auf den Aufsatz von D. Schmidtchen, Ausbeutung aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung durch Zustand? Kritische Analyse der theoretischen Grundlagen einer freiheitsgefährdenden Wettbewerbspolitik, in: Ordo, Band 30, S. 273 – 294.

hemmnisse an. Welche Ausweichmöglichkeiten im einzelnen Fall genügen sollen, bleibt offen. Vermutlich denkt Schmidtchen an Hemmnisse auf dem Weg zu Alternativen. Dann könnte man wohl die beiden Kriterien zusammenziehen und sagen: Freiwilligkeit fehlt, wenn es keine Alternativen gibt *und* wenn der Weg zu ihnen willkürlich versperrt ist. Nach anderen Äußerungen Schmidtchens scheint mir nämlich, daß ihm ein Mangel an Alternativen allein nicht genügt. Die ihrer Nutzung und ihrer Bereitstellung entgegenstehenden Hemmnisse müssen überdies willkürlich gesetzt sein. Zwischen Freiwilligkeit und Freiheit bestehen damit enge Beziehungen: Freiheit ist verwirklicht, wenn willkürlicher Zwang fehlt (vgl. S. 12). An anderer Stelle des Referats heißt es, das Handeln einer Person gelte als freiwillig, wenn sie „weder verbotener physischer Gewalt ausgesetzt war noch sich in einer Notlage befand noch getäuscht wurde“ (S. 14). Hiermit fühlt sich Schmidtchen auf sicherem Boden, der „im wesentlichen nichts anderes darstellt als das Gesetz gewordene Ergebnis jahrhundertelangen Bemühens der Menschheit, die Kriterien eines freiheitlichen Rechtsstaats zu bestimmen“ (S. 15). Um dies zu belegen, verweist er auf eine Beweislastregelung des Strafrechts, das für unser Thema jedoch nicht relevant ist, und — ohne Spezifikation — auf das Denken von Hayeks.

Die Problematik der Kriterien „willkürlich gesetzte Wanderungshemmnisse“ und „Vorhandensein von Ausweichmöglichkeiten“ möchte ich durch eine Frage verdeutlichen: Sind sie erfüllt, wenn ein marktstarker Nachfrager, etwa eine Kette von Supermärkten, Preise und Konditionen bei seinen Anbietern durchsetzt, welche die Wettbewerber der Supermärkte nicht erzielen können? Schmidtchen scheint überwiegend oder nur an Fälle zu denken, in denen über die Ausbeutung von Nachfragenden durch Anbieter zu entscheiden war; aber das ist nur *eine* der beiden relevanten Gruppen. Schmidtchen will an sich gegen die willkürliche Preisdifferenzierung (vgl. unten, S. 49 f.) vorgehen. Auch gegen diese Preisdifferenzierung? Auch wenn bei der Preisdifferenzierung die Behinderungsabsicht nicht nachweisbar ist?

Nur wenn man sicher feststellen könnte, wann Freiwilligkeit vorliegt, würde Schmidtchens Kriterium für die Zulässigkeit der Eingriffe die nötige Klarheit vermitteln können. Eingriffe sollen nämlich nach dem Ordo-Aufsatz<sup>3</sup> zulässig sein, wenn feststeht oder mit hoher Wahrscheinlichkeit zu vermuten ist, daß eine Situation vorliegt, in der die Austauschbedingungen nicht freiwillig akzeptiert werden. Aber wann das der Fall ist, ist mir keineswegs klar geworden. Mit der Einführung des Kriteriums „Freiwilligkeit“ tut Schmidtchen nach meiner Meinung selbst etwas, was er in seiner Habilitationsschrift mit Recht

---

<sup>3</sup> Ordo-Aufsatz, S. 273.

mit einem Zitat aus einem Werk von Stegmüller kritisiert. Es wird ein stärkerer Erklärungswert vorgetäuscht, als wirklich vorliegt<sup>4</sup>.

Aus Schmidchens Formulierungen im Zusammenhang mit der „Freiwilligkeit“ schließe ich, daß die Beweislast dafür, daß die Austauschbedingungen *nicht* freiwillig akzeptiert werden, den wettbewerbspolitischen Instanzen auferlegt werden soll. Wenn die einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im übrigen nicht geändert werden, wäre die Bürde der Beweislast für das Bundeskartellamt noch schwerer als bisher. Nicht nur der jetzt durch Vermutungen etwas erleichterte Nachweis der Marktmacht wäre nötig, sondern auch der bisherige Nachweis des Mißbrauchs dieser Macht und — vor oder nach oder mit diesem Nachweis — der weitere Nachweis, daß die Bedingungen des Mächtigen nicht freiwillig akzeptiert werden. In dem Referat wird die Beschränkung der Eingriffsmöglichkeit noch deutlicher als im Ordo-Aufsatz. Schmidchen meint hier, wenn man nicht wisse, was ein Nachfragender freiwillig gezahlt hätte, könne „überhaupt keine Ausbeutung diagnostiziert werden, denn es ermangelt der Möglichkeit, die Nicht-Freiwilligkeit festzustellen“ (S. 25)<sup>5</sup>. Die Kontrolle des sog. Ausbeutungs-Mißbrauchs würde damit noch mehr als bisher auf ganz extreme Fälle beschränkt, wenn nicht überhaupt unmöglich werden.

Das dürfte allerdings nach Schmidchens Meinung für die Mißbrauchsaufsicht gegenüber der Ausbeutung nur begrüßenswert sein. Für sie bestand nach dem mündlichen Referat gar kein Bedarf. Das Empfinden des Bedarfs war und ist lediglich der Reflex des Denkens in der Welt der neoklassischen Preistheorie mit ihrem Gleichgewichtsmodell<sup>6</sup>. Auf der

---

<sup>4</sup> D. Schmidchen, Wettbewerbspolitik als Aufgabe, Baden-Baden 1978, S. 181. Schmidchen bestreitet, daß dieses Zitat auch für sein Kriterium gilt. Mit einem Begriff werde nicht erklärt (Referat, S. 15, Anm. 17). Wie soll man aber für die Wettbewerbspolitik ein Kriterium verwenden, das ein Begriff ohne Erklärungsgehalt ist? Meine Kritik, fährt Schmidchen später fort, bewege „sich überwiegend auf der Ebene der Meß- bzw. Subsumtionsprobleme“ und treffe „daher nicht das regulative Prinzip“ (S. 17, Anm. 23). Welche wettbewerbspolitische Bedeutung hat ein solches Prinzip ohne Lösung jener Probleme? Aus seiner Anmerkung 19 (S. 15 f.) zum Referat ist zu schließen, daß Schmidchen die Ermessensentscheidungen des Bundeskartellamts nur wegen der „mangelnden bzw. der falschen wettbewerbstheoretischen Begründung“ stören, was früher nicht zum Ausdruck kam. Wie steht es mit der Begründung des Kriteriums „Freiwilligkeit“?

<sup>5</sup> Das wird anschließend allerdings durch die Konzession eingeschränkt, man könne „die Diagnose der Ausbeutung auf Indizien stützen“ (S. 25), die Schmidchen jedoch nicht spezifiziert. Was bleibt dann von dem vor dieser Anmerkung zitierten Satz?

<sup>6</sup> Mit diesem Gleichgewichtsmodell beschäftigt sich Schmidchen in seinen Schriften so ausführlich, daß man meinen könnte, seine Verwendung für die Wettbewerbspolitik werde in der heutigen wissenschaftlichen Diskussion empfohlen. Er will meiner Kritik daran in Anmerkung 70 durch das Zitat

Basis dieser Modelle — fuhr Schmidchen fort — können allein freiheitsgefährdende Interventionen erzeugt werden. Einen Beweis für die Richtigkeit des Worts „allein“ habe ich nicht gefunden, wenn nicht die wiederum unbegründete These ein solcher Beweis sein soll, man müsse bei einer Politik auf dieser Grundlage in die Freiheit des marktbeherrschenden Anbieters eingreifen, den Preis zu setzen, den er mindestens haben muß. Im veröffentlichten Referat ergänzt er das durch die Halbsätze „um bereit zu sein, eine bestimmte Menge eines Gutes zu verkaufen“ (S. 23). Willkürlich könne der Anbieter den Marktpreis nur setzen, „wenn es in seiner Macht stünde, sich eine individuelle Nachfragefunktion nach seinem Bilde zu schaffen“ (S. 24). Ausbeutung sei auch dann nur gegeben, wenn er dabei „unberechtigte“ Mittel verwende (ebenda). Nur wenn „jemand die Macht hat“, seine Pläne (das sind nach Schmidchen Prognosen zukünftigen Handelns) „unter allen Umständen zutreffen zu lassen, dann ist er marktbeherrschend. Dann braucht er seinen Plan nämlich nicht zu revidieren, sondern er ist in der Lage, autoritär die für ihn bedeutsame wirtschaftliche Wirklichkeit nach seinem Bilde zu schaffen, mit anderen Worten: „(Er hat die Macht), sie so zu gestalten, daß die Prognose immer zutrifft“ (S. 24, Anm. 46). Wenn diese Art der Marktbeherrschung nicht gegeben ist, fuhr Schmidchen in seinem mündlichen Referat fort, sei die Mißbrauchsaufsicht gegenüber der Ausbeutung kein Beitrag zur Erhaltung und Verbesserung der Ordnung, sondern ein Beitrag zur Förderung des Interesses einer bestimmten Gruppe von Wirtschaftssubjekten an möglichst niedrigen Preisen. Seine Grundlage sei die überholte Idee des gerechten Preises.

Daß jene Gruppe aus allen Verbrauchern bestehen kann und daß die Idee des gerechten Preises gar nicht dahinterstehen muß, scheint Schmidchen nicht zu stören. Nur die willkürliche Preisdifferenzierung will er angegriffen wissen, nicht die Preishöhe als solche. Daß diese Preishöhe durchweg unproblematisch ist, schließt er daraus, daß die Nachfragenden die Preissetzung beeinflussen können, weil sie den Verlauf der Nachfragekurve bestimmen. In seinem mündlichen Referat unterschied Schmidchen insoweit nicht zwischen dem einzelnen Nachfragenden und allen Nachfragenden zusammen, die in der Regel nicht miteinander verbunden sind, also nicht gemeinsam die Nachfragefunktionen manipulieren können. Im veröffentlichten Referat bemerkt er,

---

einer meiner Äußerungen in der Festschrift für Franz Böhm begegnen. Er verschweigt, daß ich das Zitierte über Walter Eucken geschrieben habe und daß weder Eucken noch ich uns auf das Modell beziehen. Ich habe vielmehr in meinem Aufsatz „Walter Euckens ordnungspolitische Konzeption . . .“ in: *Ordo*, Band 26, S. 71 geschrieben: „Wenn die Voraussetzungen jener theoretischen Untersuchungen erfüllt und die nötigen Anpassungen durchgeführt sind, herrscht ein (von Eucken niemals als wirtschaftspolitisch erstrebenswert bezeichnetes) Gleichgewicht.“

man müsse „sicher zwischen dem Kollektiv aller Nachfrager eines Gutes und dem einzelnen Nachfrager unterscheiden“ (S. 24). Aber nichtsdestoweniger sei der Preis auf einem Markt, dessen Anbieter marktbeherrschend ist, „eine Resultante aus autonomen, freiwilligen Setzungen beider Marktseiten“ (S. 23). Denn die „Kollektivnachfrage“ sei „das Aggregat der Einzel-Nachfragen“. Verändert sich auch nur eine Beschaffungspreis-Obergrenze (eines Nachfragenden), „dann verändert sich auch die Marktnachfragefunktion“ (S. 24). Wenn statt des Marktbeherrschers mehrere Unternehmen anbieten, wird „die Macht der Nachfrager — als Kollektiv und als einzelne — in bezug auf die Marktpreissetzung ... in keiner Weise berührt“ (S. 24). Schmidchen vernachlässigt hier die Bedeutung der Alternativen und der auch von ihnen beeinflussten Elastizität der Nachfrage.

Der Bereich der Ausbeutung wird nach meiner Meinung zu eng umgrenzt, wenn alles ausgeschlossen wird, was „freiwillig“ geleistet, insbesondere bezahlt wird. Das gilt in besonderem Maße, wenn die Nachfrage unelastisch ist, also vor allem im Falle lebensnotwendiger Güter. Schmidchen wird diesem Fall nicht gerecht, wenn er seine Problematik mit dem Hinweis auf Unbestimmtheit dessen, was lebensnotwendig ist (S. 30), und auf das Extrem erledigen will, in dem jemand wegen der Lebensnotwendigkeit „Bedienung zum Nulltarif“ fordert (vgl. S. 28 f.).

Im Ordo-Aufsatz wird die Ablehnung des Einschreitens gegen Ausbeutungsmissbrauch auch mit der sonst zu erwartenden Freiheitsgefährdung begründet. Wessen Freiheit gefährdet werden kann, sagt Schmidchen nicht ausdrücklich. Vermutlich ist allein die Freiheit der mächtigen Unternehmen gemeint, ihre Preise und Konditionen nach ihrem Ermessen zu setzen. Durch die Ausübung dieses Ermessens kann jedoch der Freiheitsspielraum der weniger mächtigen Kunden und Lieferanten dieser Unternehmen eingeschränkt werden. Das will Schmidchen nach seinem Ordo-Aufsatz offenbar in Kauf nehmen, wenn diese die Einengung freiwillig akzeptieren<sup>7</sup>. Daß der Schutz schwächerer

<sup>7</sup> Schmidchen schreibt im ersten Satz der Anmerkung 23 seines Referats, es sei unverständlich, wie ich zu der Überzeugung gelangen könne, eine freiheitsorientierte Wettbewerbspolitik führe „zur Steigerung des Ermessensgebrauchs privater Macht“. Der Leser kann leicht feststellen, daß ich das gar nicht gesagt habe. Die von ihm vorgeschlagene Politik führt dahin. Er schreibt später in seiner Anmerkung selbst, es müsse stets gefragt werden, ob die Regeln hinreichend wirken. Seine Regeln wirken nach meiner Meinung nicht hinreichend. Seine anschließend vorgetragene These, die Zivilisation habe „kein anderes Mittel gegen private Macht gefunden, als diese durch allgemeine abstrakte Verhaltensregeln zu binden“, ist eine reine, von Schmidchen durch nichts begründete Behauptung. Bedient sich die Wettbewerbspolitik der Vereinigten Staaten oder der Bundesrepublik allein dieses Mittels; verneinenfalls unzweckmäßigerweise nicht?

Die Verwendung der property rights in seinem veröffentlichten Referat führt nicht weiter als das Kriterium der Freiwilligkeit. Die Ausführungen



Marktpartner dadurch geringer, unter Umständen ganz unzureichend wird, scheint ihn nicht zu stören. „Freiheitsorientierte Wettbewerbspolitik hat zum Ziel, willkürlichen Zwang in den Marktbeziehungen zu verhindern“ (S. 17). Ohne diese These überzeugend zu begründen, fährt er bald darauf fort, der Kampf richte „sich also gegen nicht-berechtigte Eingriffe in die property rights... Wenn nicht alles täuscht, sind diese... identisch mit dem, was man bisher wettbewerbsbeschränkendes oder wettbewerbsbe-(ver-)hinderndes Handeln genannt hat“ (S. 17). Der sogenannte Ausbeutungsmissbrauch wirtschaftlicher Macht ist damit durch entsprechende Begriffsbildung vom Tisch, und Überlegungen über den zu Beginn des Absatzes erwähnten Schutz erübrigen sich<sup>8</sup>. Schmidchen geht noch weiter: „Wenn jemand sich bewußt (sehenden Auges) in eine solche Abhängigkeitsbeziehung begibt, wird er das Risiko, ausgebeutet zu werden, bereits in seinem Plan berücksichtigen, so daß sein Plan auch dann aufgehen wird, wenn der ungünstigste Fall eintritt. Wer sich freiwillig als Geschäftsfähiger in eine Abhängigkeitsbeziehung begibt, kann nachher schlecht einwenden, er habe die Austauschbedingungen nicht freiwillig akzeptiert. Und wer hier von der Schutznotwendigkeit schwächerer Marktpartner spricht, sollte ein operationales Kriterium erwähnen, mit dem man die Schwäche eines Marktpartners bestimmt, die ihn schützenswert macht“ (S. 30). Erstrebenswert scheint für ihn nur die „formale“ Freiheit zu sein; sie besteht „in dem gesamten System der gleichen bürgerrechtlichen Freiheiten“<sup>9</sup>. Die „reale“ Freiheit, die wohl die faktisch verfügbaren Alternativen umfassen muß, bedeutet für ihn wenig oder nichts. Sie beschreibt „überhaupt keine Eigenschaft einer sozialen Beziehung..., sondern eine Beziehung zwischen Menschen und Objekten“<sup>10</sup>.

---

erwecken den falschen Eindruck, die property rights ließen sich klar umreißen und abgrenzen.

In Anmerkung 38 seines Referats hat Schmidchen zum ersten Satz des Absatzes, auf den sich diese Anmerkung bezieht, mehrere Fragen gestellt. Mir scheint, daß diese Fragen im Zusammenhang mit dem Diskutierten irrelevant sind. Wenn hinreichender Rechtsschutz besteht, ist die Freiheit von Unternehmen ohne wesentliche wirtschaftliche Macht durch Eingriffe der wettbewerbspolitischen Instanzen nicht ernstlich bedroht.

<sup>8</sup> Später ergänzt er, nur wenn man ein entsprechendes property right begründen könne, „könnte man von einem Eingriff des Marktbeherrschers in die property rights durch eine überhöhte Preissetzung sprechen“ (S. 28, Anm. 58).

<sup>9</sup> Referat, S. 18, Anm. 27, Zitat aus Rawls.

<sup>10</sup> Seite 18, Anm. 27; vgl. auch die weiteren Ausführungen dort.



### III. Zum Kriterium „willkürlicher Zwang“ und zur wirtschaftlichen Macht

Willkürlicher Zwang ist für Schmidtchen „nicht berechtigter (außer-gesetzlicher, nicht ausdrücklich erlaubter) Zwang“ (S. 12 f.). Nur wenn willkürlicher Zwang ausgeübt wird, kann nach seiner Meinung von Ausbeutung und davon gesprochen werden, daß die Austauschbedingungen nicht freiwillig akzeptiert werden (vgl. S. 20). Nach meiner Meinung wird — wie mehrfach — auch hier Klarheit nur scheinbar hergestellt. Wie soll jeweils willkürlicher Zwang in diesem Sinn nachgewiesen und verhindert werden? Als Beleg für die Problematik möge der Fall dienen, den der preußische Handelsminister von Schuckmann 1831 bei der Diskussion über das Verbot des sogenannten Truck-Systems vorgetragen hat<sup>11</sup>: Es gab damals in ganz Schlesien nur eine Baumwollspinnerei, in der 400 Beschäftigte nur die Wahl zwischen dieser und gar keiner Beschäftigung hatten. Unterlagen sie willkürlichem Zwang, wenn sie die Bezahlung ihrer Arbeit mit ihren eigenen Produkten akzeptierten oder einer Verlängerung der Arbeitszeit zustimmten? War ihr Freiheitsspielraum ebenso groß wie der des Spinnereibesitzers? Welche property rights kann man hier zur Klärung heranziehen? Ist eine Begrenzung der Freiheit der Entscheidung eines Mächtigen durch eine von Gerichten kontrollierte Behörde ebenso zu beurteilen wie die Freiheitsbeschränkung im Fall des Herrn von Schuckmann?

Schmidtchen unterstellt andererseits, daß die bisherigen Regelungen der deutschen Mißbrauchskontrolle einem Diktat des Kartellamts gleichkommen<sup>12</sup>. Das trifft nach meiner Meinung nicht zu. Das Kartellamt braucht (erstens) nicht bestimmte Preise und Konditionen zu gebieten, sondern kann sich darauf beschränken, eine Grenze für die zulässigen Preise und Konditionen zu setzen, bis zu deren Überschreitung das Unternehmen frei entscheiden kann. So ist es nach meiner Kenntnis bisher auch verfahren. Die Anordnungen des Kartellamts unterliegen (zweitens) der Kontrolle der Gerichte, die sich als durchaus effektiv erwiesen hat.

Die Haltung Schmidtchens ist wohl darauf zurückzuführen, daß er, anders als ich, staatliche Macht grundsätzlich weit mehr fürchtet als private. Allerdings fürchtet er offenbar nur die staatliche Macht, die im Rahmen eines Ermessensspielraums ausgeübt wird. Die Macht, welche der Durchsetzung allgemeiner Regeln dient, scheint ihm dagegen un-

<sup>11</sup> Vgl. W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Bern und Tübingen 1952, S. 43 f.

<sup>12</sup> Ordo-Aufsatz, S. 274.

problematisch zu sein<sup>13</sup>. Er erörtert nach meiner Meinung an keiner Stelle hinreichend die Problematik privater wirtschaftlicher Macht. In seinem Referat entledigt er sich der einschlägigen Problematik weitgehend wieder durch eine Definition, hier durch die Definition des Marktbeherrschers (vgl. oben, S. 49). Diese Definition hat den Vorteil, daß sie die Wettbewerbspolitik „entlastet“. Untersuchungen über Marktbeherrschung können im allgemeinen als nutzlos unterlassen werden. Gibt es überhaupt Beispiele für diese Art der Marktbeherrschung? Cournots Mineralquellenbesitzer war dann gewiß nicht marktbeherrschend, denn unter allen Umständen durchsetzbare Prognosen konnte er nicht machen.

Wenn man auf diese Weise Schmidts Denkweise kennengelernt hat, wundert man sich nicht über die These des mündlichen Referats, der Monopolist beeinträchtige auch nicht die Konsumentensouveränität. Diese Konsumentensouveränität könne nämlich nur die Macht bedeuten, den Plan aufzustellen und zu verfolgen, der den Nutzen maximiert, aber nicht die Souveränität über die Handlungen eines anderen<sup>14</sup>. Nicht eine Souveränität des Konsumenten über die Handlungen eines anderen (nämlich des Produzenten) wird jedoch gefordert, wenn Konsumentensouveränität verlangt wird. Die Wirkung der dem Nachfragenden verfügbaren Alternativen wird gewünscht, die die Marktgegenseite veranlaßt, die Produktion auf die Wünsche des Konsumenten einzustellen. Wenn die Alternativen fehlen, ist die Feststellung, ein Gut werde produziert, kein Nachweis der Konsumentensouveränität (vgl. S. 27 und meine Anmerkung 13).

Ich möchte mit meinen Bemerkungen zu Schmidts Beurteilung der privaten wirtschaftlichen Macht nicht mißverstanden werden: Meine Kritik bezieht sich nur auf die Unterschätzung der privaten Macht, nicht auf die Besorgnis vor der Macht des Staates. Diese Besorgnis ist durchaus gerechtfertigt. Nach den bisherigen Erfahrungen ist auch mit der Gefahr zu rechnen, daß Behörden und Gerichte zum Schutz relativ Schwacher zu stark, unangemessen oder unzweckmäßig eingreifen. Ich bezweifle auch nicht, daß Eingriffe in die Preisbildung durch wettbewerbspolitische Instanzen problematisch sein können. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn durch vorzeitigen Druck auf die Preise Ge-

---

<sup>13</sup> Vgl. S. 16; noch deutlicher im mündlichen Referat: „Wenn eine Person nur die Funktion hat, Zwang auszuüben, dann besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, daß sie diesen Zwang nicht willkürlich ausübt.“

<sup>14</sup> In der schriftlichen Fassung des Referats wird das etwas anders formuliert: „Allein die Tatsache, daß das Gut des Marktbeherrschers überhaupt produziert wird, zeigt, daß die Nachfrager die Produktion lenken, denn es wird im allgemeinen nicht seit Ewigkeiten auf dem Markt sein“ (S. 27, vgl. auch die Ausführungen davor und danach).

winne aus und damit auch Anreize zu Innovationen beseitigt würden. Insofern stimmen Schmidtchen und ich wieder überein.

#### IV. Zur Problematik des Zugangs zum Markt

Wesentliche private wirtschaftliche Macht wäre allerdings nicht zu erwarten, wenn der Zugang zu den Märkten leicht oder nicht zu schwer wäre; denn dann würde die wirtschaftliche Macht durch den potentiellen Wettbewerb in Schranken gehalten. Seiner Betonung der Rolle staatlicher Maßnahmen als Grundlage privater Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend nennt Schmidtchen in seinem Ordo-Aufsatz<sup>15</sup> als erstes Beispiel einer Zugangsbeschränkung (er schreibt „Wettbewerbsbeschränkung“) das gesetzliche Zugangsverbot, als zweites das Gebot einer Muttergesellschaft an ihre Tochter, dem Konkurrenten der Mutter den Absatzweg oder die Bezugsquellen zu versperren.

An einer zureichenden Analyse des Zugangsproblems hindert sich Schmidtchen dann selbst durch die Art seines Vorgehens. Zunächst bezeichnet er nämlich die Marktzugangsbarrieren neben sachlichen, örtlichen, persönlichen und zeitlichen Präferenzen, Unvollkommenheiten des Wissens und unvollständiger Markttransparenz als Unvollkommenheitsfaktoren, die den heterogenen Markt charakterisieren. Später, wenn er die Bedeutung der Heterogenität eines Marktes für die Wettbewerbsfreiheit analysiert, beachtet er dann nicht mehr, daß er — nach meiner Meinung nicht glücklich — den Zugang zum Markt als einen der Faktoren der Heterogenität angesetzt hat. Nun geht es nur noch um die Präferenzen, die jedoch nach Schmidtchens Meinung wiederum keine Wettbewerbsbeschränkung zur Folge haben können. Er übersieht jetzt, daß die Schaffung von Präferenzen lediglich eine der Möglichkeiten ist, durch welche ein Unternehmen den Zugang beschränken und sich einen Spielraum autonomer Preissetzung schaffen kann, und daß überdies produzierte Präferenzen problematisch sein können, wenn sie nicht auf Leistung, sondern beispielsweise auf hohen, allein durch die Finanzkraft möglichen Werbeausgaben beruhen.

In seinem Ordo-Aufsatz meint Schmidtchen dann, die wettbewerbspolitisch entscheidende Frage laute nicht, ob die Heterogenität als solche bzw. die Heterogenität jenseits einer gewissen Schwelle Handlungsspielräume *eröffne*, sondern ob sie Handlungsspielräume *beschränke* und ob der Handlungsspielraum eines Unternehmens durch Beschränkung des Handlungsspielraums eines anderen Unternehmens gewonnen wird. Zur Begründung dieser These wird vorgetragen, wenn man unter Wettbewerb eine Verhaltensweise im Zeitablauf verstehe, könne man „eine

<sup>15</sup> Ordo-Aufsatz, S. 277.

Wettbewerbsbeschränkung nur als Verhaltensbeschränkung interpretieren<sup>16</sup>. Diese „für die Beurteilung der Ausbeutungsfälle entscheidende Frage“ sei aber „weder vom Bundeskartellamt noch von den Gerichten in ihrer Bedeutung erkannt worden“<sup>17</sup>. Es bleibt offen, ob Schmidtchen hier an alle oder an manche Verhaltensbeschränkungen denkt. Wettbewerbsbeschränkungen können teilweise, aber keineswegs durchweg als eine Beschränkung des Verhaltens der aktuellen oder potentiellen Marktteilnehmer hinreichend<sup>18</sup> gekennzeichnet werden.

Auf dem von Schmidtchen gewählten Weg kann das Problem der Zugangsbeschränkungen nicht hinreichend erfaßt werden. Wettbewerbsbeschränkende Zugangsbeschränkungen sind nach seinem Referat nur Hindernisse, „die die individuelle Freiheit von potentiellen Marktteilnehmern willkürlich beschränken“ (S. 37). Sonst würden „Wettbewerbsbeschränkungen zur Ubiquität“ (S. 37, Anm. 83). Wiederum entledigt sich Schmidtchen eines Sachproblems durch seine Definition. Statt auf Einwendungen dagegen einzugehen, werden sie lediglich als „empirisch gehaltlos und deshalb nicht falsifizierbar“ abgetan (Referat, S. 38, Anm. 84).

In seinem Ordo-Aufsatz erörtert er das Zugangsproblem nach dem schon erwähnten Hinweis auf gesetzliche Zugangsverbote und auf das Sperrgebot einer Mutter an ihre Tochter nur noch in zwei Anmerkungen. In der ersten Anmerkung<sup>19</sup> behandelt er mehrere Fälle: Erster Fall: Ein Anbieter tritt nicht in den Markt ein, „weil er meint, er könne gegen den bereits Etablierten nicht bestehen“. Dann liegt nach der Meinung von Schmidtchen keine Wettbewerbsbeschränkung vor. Der Anbieter verzichtet ja freiwillig auf den Marktzutritt.

Zweiter Fall: „Es sei denn“, der Etablierte „verhält sich in einer Weise, zu der er nicht berechtigt ist (abschreckende Preissetzung)“. Schmidtchen übersieht offenbar, daß ein solches Verhalten ihm gegenüber von dem zum Eintritt Bereiten häufig im voraus nicht festgestellt werden kann und daß er zunächst unter Umständen große Investitionen finanzieren muß, bevor er zu dieser Feststellung in der Lage ist.

Hierauf folgt der dritte Fall: „Oder aber der potentielle Newcomer rechnet mit zukünftigen unberechtigten Verhaltensweisen des bereits

<sup>16</sup> Ordo-Aufsatz, S. 285; ähnlich Referat, S. 38.

<sup>17</sup> Ordo-Aufsatz, S. 285.

<sup>18</sup> In seiner Anmerkung 82 (S. 37) berücksichtigt Schmidtchen das Wort „hinreichend“ nicht. Mit Definitionen kann man auch hier Sachprobleme nicht lösen. Meine Ausführungen stehen, entsprechend der Vorgehensweise von Schmidtchen, im Zusammenhang mit dem Problem des Zugangs zum Markt. Vgl. zu dem Kennzeichnungsproblem meine Ausführungen in dem Aufsatz „Mehr Laissez faire?“, a.a.O., S. 60 f.

<sup>19</sup> Ordo-Aufsatz, S. 288.

im Markt befindlichen Unternehmens. Dann aber befürchtet er Wettbewerbsbeschränkungen durch Maßnahmen und bleibt deshalb dem Markt fern.“

Schmidtchen verrät auch für diesen Fall nicht, wie der zum Eintritt Bereite die Wahrscheinlichkeit dieses Falles im voraus feststellen kann. Er gibt weder für den zweiten noch für den dritten Fall Anweisungen, was die wirtschaftspolitischen Instanzen tun sollen. Er beschränkt sich darauf zu sagen, daß in beiden Fällen Ursache der Wettbewerbsbeschränkungen die mangelhafte Durchsetzung der Wettbewerbspolitik ist<sup>20</sup>. Er sagt uns nicht, wie sie besser durchgesetzt werden kann. Im zweiten Fall will er vermutlich die abschreckende Preissetzung verhindern. Aber wie?

In der zweiten einschlägigen Anmerkung im Ordo-Aufsatz zeigt sich, daß Schmidtchen die zugangshemmende Wirkung der Ausgaben für das sogenannte Marketing geringschätzt. Er schreibt: „Auch wenn ein Konkurrent das Zwanzigfache an Werbemitteln aufwendet und demzufolge den höchsten Preis setzen kann, hat das als wettbewerbspolitisch unbeachtlich zu gelten, wenn die dazu notwendigen finanziellen Mittel wettbewerbskonform erworben und wettbewerbskonform, also ohne Verstoß gegen die Spielregeln, verwendet werden<sup>21</sup>.“ Wie der wettbewerbskonforme Erwerb und die wettbewerbskonforme Verwendung festgestellt werden können, bleibt offen<sup>22</sup>. Nichtsdestoweniger wird derjenige, der Bedenken äußern oder anders vorgehen will, anschließend in dem Ordo-Aufsatz scharf zurechtgewiesen. „Akzeptiert man dieses Prinzip nicht und lehnt man ferner das Prinzip der formalen Nachfragefreiheit ab, dann bewegt man sich notwendigerweise außerhalb des Rahmens einer freiheitlichen Ordnung und landet in letzter Konsequenz im totalen Interventionismus<sup>23</sup>.“

## V. Zum Kriterium „Berechtigung“

Hier wird mit schweren Geschützen gefeuert. Ihre Salven könnte man eher hinnehmen, wenn es Schmidtchen gelungen wäre oder gelingen würde, eine *eigene wettbewerbspolitische Konzeption* vorzustellen, die

<sup>20</sup> Ähnlich Referat S. 38 u. 40.

<sup>21</sup> Ordo-Aufsatz, S. 291, Anm. 58.

<sup>22</sup> Schmidtchen antwortet in Anmerkung 88 seines Referats mit der Gegenfrage: „Seit wann kann Finanzkraft nicht auf ‚Leistungen‘ beruhen? Sie ist dann doch wohl auch ‚wettbewerbskonform‘ erworben worden?“ Das Sachproblem wird mit solchen rhetorischen Fragen nicht erledigt. Es ergibt sich daraus, daß Finanzkraft auch ohne Leistungen erworben und daß auch die durch Leistungen erworbene Finanzkraft auf längere Sicht problematisch werden kann.

<sup>23</sup> Ordo-Aufsatz, S. 291, Anm. 58.



klar und hinreichend wirksam ist und die von ihm — nur zum Teil mit Recht — gerügten Mängel nicht hat. Davon kann aber nach meiner Meinung gar keine Rede sein. Neben dem schon erörterten Kriterium „*Freiwilligkeit* der Austauschbedingungen“ ist Ausgangspunkt der Überlegungen Schmidchens in seinem Ordo-Aufsatz, daß Einschränkungen der Handlungsmöglichkeiten eines Unternehmens durch die Handlungen anderer keine Wettbewerbsbeschränkungen sind, „wenn die anderen zu ihren Handlungen *berechtigt* waren“<sup>24</sup>. „Welche Handlungen gerechtfertigt sind, entscheiden die Spielregeln, die sich in einem langwierigen Erfahrungsprozeß herauskristallisieren und ständiger Überprüfung bedürfen“<sup>25</sup>.“ An anderer Stelle heißt es, „ob Handlungen *berechtigt*“ seien oder nicht, könnte nur (hinreichend?) „anhand einer Norm entschieden werden“, die „die Menge der möglichen Handlungen in *berechtigte* und *unberechtigte*“ aufteilt. „In einer vollkommenen Rechtsordnung wären alle wettbewerbsbeschränkenden Handlungen als *unberechtigt* erfaßt“<sup>26</sup>.“

Im Referat heißt es, die Wettbewerbspolitik habe „lediglich die Aufgabe, diese Spielregeln adäquat zu formulieren und ihre Einhaltung zu überwachen“ (S. 42). Sie müssen „die Form allgemeiner, vorhersehbarer und bestimmter gesetzlicher Handlungsverbote zum Schutz privater Verfügungsrechte annehmen“ (ebenda). Was den Regeln des Wettbewerbs genannten Spiels entspricht, ist wettbewerbslich (vgl. ebenda).

Ist eine solche Rechtsordnung zu erreichen und kann eine solche Wettbewerbspolitik den Wettbewerb sichern? Die Voraussetzung dafür, daß wir uns dieser Rechtsordnung wenigstens annähern und daß wir uns doch auf hinreichend festem Grund bewegen können, wäre die Möglichkeit einer brauchbaren Formulierung der Spielregeln und zureichender Methoden für ihre ständige Überprüfung. Ich habe bei Schmidchen vergeblich nach Ausführungen darüber gesucht, wie das geschehen soll. Wie soll *de lege lata* verfahren werden? Welche Gesetzesänderungen sind *de lege ferenda* zu fordern? In seinem Ordo-Aufsatz beschränkt sich Schmidchen auf drei Beispiele<sup>27</sup>, von denen ich eines noch erörtern will<sup>28</sup>, und auf die These „Handlungsverbote lassen sich *justitiabel* formulieren“. Aber auch für diese Formulierung gibt er uns keine

<sup>24</sup> Ordo-Aufsatz, S. 287, Hervorhebung von mir.

<sup>25</sup> Ordo-Aufsatz, S. 292.

<sup>26</sup> Ordo-Aufsatz, S. 287. E. Hoppmann hat jedoch mit Recht darauf hingewiesen, daß es nicht möglich ist, „*ex ante* ein lückenloses, widerspruchsfreies System von Rechtssätzen zur Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen“ zu formulieren (Korreferat, in: E. Streißler u. Chr. Watrin [Herausgeber], *Zur Theorie marktwirtschaftlicher Ordnungen*, Tübingen 1980, S. 248).

<sup>27</sup> Ordo-Aufsatz, S. 287 f.

<sup>28</sup> Von den beiden anderen ist eines klar, das andere erläuterungsbedürftig.



Anweisung. Wie bei der Freiwilligkeit wird hier — scheint mir — ein stärkerer Erklärungswert unterstellt, als wirklich vorliegt. In Anmerkung 94 zu seinem Referat verweist Schmidtchen für das Spielregelsystem auf von Hayek. Seine Schriften seien zwar relativ abstrakt abgefaßt. „Konkrete Ausformungen und Konzepte . . . liegen aber seit langem vor.“ Schmidtchen verweist dafür auf zwei Schriften von Hoppmann, in denen ich darüber nichts gefunden habe.

Nach seinem Referat scheint ihm eine, wenn nicht *die* wichtigste Quelle der Berechtigung des Eigentumsrecht im Sinne der Property-Rights-Theorie zu sein. Die Schaffung von Eigentumsrechten und die Gewährleistung derselben ist für ihn auch wohl *die* Lösung, welche die Zivilisation gefunden hat, um willkürlichen Zwang zu vermeiden<sup>29</sup>. Darüber hinaus wird nur beiläufig erwähnt, natürlich seien weitere allgemeine Spielregeln für das zwischenmenschliche Handeln nötig. Als Beispiel erwähnt er ohne weitere Erläuterungen das Vertragsrecht.

Eingriffe in die Eigentumsrechte in Einzelfällen sind nach seiner Meinung freiheitsgefährdend. Walter Eucken hat darauf hingewiesen<sup>30</sup>, daß sich die Bedeutung des Privateigentums mit einer zu starken Abnahme des Wettbewerbs ändert. Es leuchtet aber offenbar Schmidtchen nicht ein, daß es Verteilungen des Privateigentums, zumal in Verbindung mit Wettbewerbsbeschränkungen, geben kann, die keineswegs zur Vermeidung willkürlichen Zwangs führen. Als Beispiel solchen Zwangs verweise ich auf die Politik der starken deutschen Syndikate.

Schmidtchens zweites Beispiel für die Feststellung der Berechtigung im Ordo-Aufsatz zeigt wiederum nur scheinbar einen brauchbaren Weg: „Unberechtigt ist die Einschränkung . . . dann, wenn jemand die Kompetenz zu einer Handlungsalternative besitzt, diese aber deshalb nicht ergreifen kann, weil ihm die zur Realisierung dieser Alternative notwendigen Ressourcen nicht zur Verfügung stehen, da sein Konkurrent mit dem Ziel der Behinderung deren Quellen monopolisiert hat“<sup>31</sup>.

Ich frage mich, wie jeweils nachgewiesen werden soll, daß Quellen monopolisiert sind *und* daß die Monopolisierung mit dem Ziel der Behinderung stattgefunden hat. Wie sind die von Schmidtchen nicht behandelten Fälle zu regeln, bei denen die Ressourcen nicht monopolisiert sind, die noch zur Verfügung stehenden Ressourcen aber entweder wesentlich teurer — weil beispielsweise mit wesentlich höheren Transportkosten belastet — oder minderwertiger sind?

<sup>29</sup> Vgl. Referat, S. 11; noch deutlicher im mündlichen Referat.

<sup>30</sup> W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, a.a.O., S. 274.

<sup>31</sup> Ordo-Aufsatz, S. 287.

## VI. Zu den „historischen Grundsätzen“

In seinem Ordo-Aufsatz führt Schmidtchen zusätzlich zu „Freiwilligkeit“ und „Berechtigung“ ein weiteres Entscheidungskriterium vor: Ob „ein Zustand als wettbewerbsbeschränkend angesehen werden“ müsse, hänge „allein davon ab, wie er entstanden ist“<sup>32</sup>. Das ist das, was er die an historischen Grundsätzen orientierte Wettbewerbspolitik nennt. Was nicht durch wettbewerbswidriges Verhalten entstanden ist, soll für die wettbewerbspolitischen Instanzen tabu sein. In seinem Referat mißt er diesem Kriterium besondere Bedeutung bei. Auf „wettbewerbliche Weise“ entstandene Macht nennt er kompetitive Macht (S. 30), die er — offenbar für alle Zeiten — positiv wertet und von der von ihm sogenannten restriktiven Macht unterscheidet (vgl. auch S. 32, Anm. 68). Wenn ein Anbieter über einen „überragenden Preissetzungsspielraum“ verfügt, vermutet Schmidtchen, daß er „ein intensiv empfundenes Bedürfnis in hervorragender Weise zu befriedigen verstanden hat“ (S. 31). Gilt diese Vermutung nur für kompetitive Macht, für diese aber ein für allemal? Gilt sie für jedes Gut oder nur für neue Güter, und für diese wie lange? Könnte der Anbieter nicht mangels Wettbewerb die Einführung von Neuerungen unterlassen und damit die zitierte Vermutung problematisch werden lassen? Wie soll die Vermutung jeweils widerlegt werden?

Wahrscheinlich hält Schmidtchen diese Fragen für wettbewerbspolitisch wenig relevant. Er schreibt nämlich: „Woher weiß man, ob nicht morgen oder übermorgen ein neuer Konkurrent auftritt oder eine Umstrukturierung der Nachfrage erfolgt mit der Folge, daß der Preisbildungsspielraum verkleinert wird? Häufig hört man das Argument, man könne in der Wettbewerbspolitik nicht so lange warten, bis aus potentiellen Konkurrenten aktuelle geworden sind. Wie lange ist ‚so lange‘? Und soll der Staat Geburtshilfe vornehmen? Ist er klüger als der Markt?“ (S. 39, Anm. 86).

Solange man nicht alles weiß, steht also die Wettbewerbspolitik am besten Gewehr bei Fuß. Laissez faire ist der richtige Grundsatz. Bekanntlich verfügt allerdings nicht der Markt, sondern verfügen gegebenenfalls die einzelnen Marktteilnehmer über Klugheit. Genügt aber die möglicherweise vorhandene Klugheit unabhängig von den jeweiligen strukturellen Eigenheiten des Marktes und den jeweiligen Verhaltensweisen der Marktteilnehmer? Ein durch Unternehmenszusammenschluß entstandenes Monopol kann zum Beispiel nach meiner Meinung nicht deshalb wettbewerbspolitisch unangreifbar bleiben, weil das Ziel dieses Zusammenschlusses ursprünglich vielleicht nicht die Monopolisierung des Marktes war, oder gar nur deshalb, weil nicht nachgewiesen

<sup>32</sup> Ordo-Aufsatz, S. 288.

werden kann, daß die Monopolisierung das Ziel war. Auch wirtschaftliche Macht, die eindeutig durch frühere Leistungen entstanden ist, verliert eines Tages ihre Legitimation. Sie ist keine Rechtfertigung für ihre ungehinderte Verwendung in beliebiger Weise ad infinitum, nur weil vielleicht später einmal doch ein Wettbewerber auftritt. Wenn Unternehmen einen Markt beherrschen, ist das Auftreten neuer Anbieter „morgen oder übermorgen“ zwar nicht ausgeschlossen, aber unwahrscheinlich.

Nach der Meinung von Schmidts soll eine „an historischen Grundsätzen orientierte Wettbewerbspolitik“ stets fragen: „Wie sind unternehmerische Handlungsspielräume, konkret: Preissetzungsspielräume, entstanden, und mit welchen Mitteln werden sie verteidigt?“<sup>33</sup>. Jetzt werden also zwei der drei Kriterien miteinander vereint: Macht als Zustand ist nach historischen Grundsätzen zu beurteilen, die Maßnahmen des Mächtigen nach dem Kriterium der Rechtfertigung. Was aus Handlungsspielräumen heraus geschieht, deren Entstehung nicht mißbilligt werden kann, ist gerechtfertigt, solange nicht durch nachweisbare Behinderungsmaßnahmen Wettbewerbsbeschränkungen eingetreten sind.

Da der Zugang zum Markt unter Umständen jedoch auch ohne nachweisbare Behinderungsmaßnahmen zu schwierig sein kann, können den Mächtigen Preissetzungs- und andere Ermessensspielräume verbleiben, die nach meiner Meinung auf längere Sicht nicht vertretbar sind. Das kann man nicht durch eine Definition der Zugangsschranken aus der Welt schaffen, wie sie Schmidts in seinem Referat vorgeschlagen hat (vgl. oben, S. 55).

## **VII. Abschließende Bemerkungen über Schmidts wettbewerbspolitische Konzeption**

Er meint in Anmerkung 90 seines Referats, die von ihm konzipierte Wettbewerbspolitik werde mit dem Leitsatz „Bekämpft alle die Handlungen, die mächtige Unternehmen praktizieren, um den Wettbewerb zu beschränken“ hinreichend klar umrissen. Wenn man — wie er — die sogenannte Ausbeutung nicht bekämpfen will, ist das richtig. Seine Neigung, Ermessen der wettbewerbspolitischen Instanzen möglichst zu beschränken, führt ihn allerdings auch hier zu Einschränkungen, die nur scheinbar klar sind: Nur private *willkürliche* Eingriffe in die property rights will er als Behinderung erfassen (Referat, S. 41). Unter welchen Umständen sind beispielsweise Preisermäßigungen, die der Verdrängung von Wettbewerbern dienen *können*, *willkürliche* Eingriffe dieser Art, unter welchen Umständen sind es Ausschließlichkeitsbin-

<sup>33</sup> Ordo-Aufsatz, S. 292.

dungen? Wie soll jeweils nachgewiesen werden, daß ein Konkurrent, der die Preise unterbietet, damit beabsichtigt, zu verdrängen? Daß kostenrechnerische Gesichtspunkte dafür nicht ausreichen, ergibt sich bei Mehrproduktunternehmen schon aus dem Problem der Gemeinkostenverteilung. Manche Ausschließlichkeitsbindungen sind relativ harmlos, beispielsweise die Bindung *einer* Gaststätte in einem Ort mit vielen Gaststätten an eine Brauerei. Welche Bedingungen müssen aber erfüllt werden, um eine Ausschließlichkeitsbindung als Behinderungsmaßnahme im Sinne Schmidchens zu qualifizieren?

Überdies höhlt er seinen Leitsatz durch seine Einzelanweisungen weiter aus. Wenige Hinweise mögen genügen: Bezeichnend ist schon, daß er in seinem Leitsatz selbst von mächtigen Unternehmen spricht, meinen Gebrauch dieser Worte aber kritisiert (vgl. S. 21, Anm. 38) und nicht mächtige Unternehmen bekämpfen will, sondern nur Unternehmen, die ihre Pläne voll durchsetzen können (vgl. oben, S. 49). Zu Unrecht verweist er in diesem Zusammenhang auf den Unterschied zwischen kompetitiver und restriktiver Macht (vgl. oben, S. 59). Zugangsbeschränkungen will er nur unter den von mir zuvor behandelten einschränkenden Voraussetzungen berücksichtigen (vgl. oben, S. 55). Auf meine Bemerkungen über die damit für den Zugangswilligen verbundenen Beschränkungen erwidert er in Anmerkung 90, die Investition sei eben mit einem zusätzlichen Risiko verbunden. Wiederum nimmt er also, um das Ermessen der wettbewerbspolitischen Instanzen zu beschränken, eine Minderung des Wettbewerbs in Kauf, hier des potentiellen.

Daß ein großes Unternehmen auf einen an sich zum Zugang Bereiten abschreckend wirken kann, ohne aktiv erfaßbare Behinderungsmaßnahmen zu ergreifen, insbesondere wenn jenes Unternehmen noch ein breites Produktionsprogramm hat, überzeugt Schmidchen nicht, solange nicht konkret die Randbedingungen angegeben werden, wann dies zu erwarten ist, und solange nicht angegeben wird, woran man die abschreckende Wirkung erkennt. Das Fehlen von faktischen Marktzutritten sei noch kein Indiz (vgl. S. 38).

Dieses letztere ist richtig, sollte aber im Einzelfall zu der Frage führen, welche Rolle die Struktur der am Markt bereits vorhandenen Unternehmen dabei spielt, und nicht einfach zu wettbewerbspolitischer Abstinenz. Allgemeingültige, allgemein brauchbare, sichere Indizien, die Schmidchen vermutlich erwartet, werden wir wohl auch in Zukunft nicht herausarbeiten können. Jedenfalls sollten wir nicht warten, bis das gelungen ist, sondern eben einzelne Fälle entscheiden. Denn das Fehlen allgemeiner Regeln ist kein hinreichender Grund, die Mächtigen schlechthin gewähren zu lassen. Schmidchens Vermutung, daß die

etablierten Unternehmen gute Marktgelegenheiten bieten, wenn niemand zugeht<sup>34</sup>, ist eher weniger als mehr gerechtfertigt als die Hypothese, daß Mächtige sich gern auf ihren Lorbeeren ausruhen und deshalb versuchen, new-comers möglichst fernzuhalten. Vielleicht sind diese Lorbeeren gar nicht verdient. Insbesondere die Stellung extern stark gewachsener Unternehmen kann nicht durch eine überwältigende „power over nature“ erklärt werden, wie es Schmidtchen in seinem mündlichen Referat ausdrückte. Die von solchen Unternehmen ausgehenden Handlungsbeschränkungen sind auch nicht jenen ähnlich, die der Mensch durch das Walten der Naturgesetze auferlegt bekommt, wie es im mündlichen Referat hieß. Vielleicht sollte Schmidtchen, wenn er das noch nicht getan hat, u. a. das Buch von Carl Kaysen über den amerikanischen Schuhmaschinen-Trust lesen, oder er sollte noch mehr Anti-Trust-Fälle studieren.

Wenn Schmidtchen — nach meiner Meinung nicht glücklich (vgl. oben, S. 55) — die Wettbewerbsbeschränkung als Verhaltensbeschränkung bezeichnen will, dann kann er nicht die Wettbewerbspolitik allein auf *eine* Art der Verhaltensbeschränkung ausrichten, nämlich die Beschränkung des Verhaltens des Konkurrenten durch nachweisbare, willkürliche Behinderung. Eine durch Zugangshemmnisse geschützte marktbeherrschende Stellung bleibt nach Schmidtchens Konzeption unangreifbar, solange nicht der Nachweis geführt werden kann, daß die Zugangsschranken willkürlich mit wettbewerbsbeschränkenden Mitteln errichtet wurden.

Eine klare Äußerung Schmidtchens zu strukturellen Maßnahmen im allgemeinen und zur Entflechtung im besonderen wäre für die Beurteilung seiner wettbewerbspolitischen Konzeption wichtig. Ist nach seiner Meinung die Gefährdung der Freiheit durch strukturell wirkende wettbewerbspolitische Maßnahmen größer oder kleiner als durch die von ihm angegriffenen Maßnahmen der Mißbrauchsaufsicht? Oder will er sich auf die von ihm ausdrücklich vorgeschlagenen Maßnahmen gegen die Behinderung beschränken und auf eine strukturelle Politik überhaupt verzichten? Ohne einen solchen Verzicht wäre seine Konzeption weniger problematisch als mit ihm.

Andererseits hat die von ihm angegriffene Mißbrauchsaufsicht ihre Bedeutung ja nur dadurch erlangt, daß wichtige strukturelle Maßnahmen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen immer noch nicht möglich sind — insbesondere die Entflechtung — bzw. viel zu spät möglich wurden. Ich meine, daß uns diejenigen, welche die Mißbrauchsaufsicht weitgehend ablehnen, eine Antwort darauf schuldig sind, wie

<sup>34</sup> Vgl. Referat, S. 30 f. und hier S. 59.



sie sich die strukturelle Politik vorstellen oder ob sie auch diese Politik ablehnen. Wie will beispielsweise Schmidtchen mit seinem Marktbeherrschungsbegriff (vgl. oben, S. 49) eine wirksame „Fusionskontrolle“ durchführen?

Mir scheint, daß seine Konzeption durch zwei grundlegende Irrtümer beeinflußt ist. Er weist in seiner Habilitationsschrift mit Recht auf die Problematik der Analyse komplexer Phänomene hin. Aber die richtige Konsequenz aus dieser Erkenntnis ist vorsichtiges Handeln, nicht Unterlassen des Handelns. Er verkennet, daß nicht nur die Durchführung von Maßnahmen, sondern auch der Verzicht auf sie in einer komplexen Situation häufig nicht eindeutige und im voraus übersehbare Konsequenzen hat. Das ist sein erster Irrtum. Er meint in seiner Habilitationsschrift, eine „Politik, die lediglich auf der Kenntnis einer Teilmenge aus der Menge aller Randbedingungen basiert“ werde „— so ist zu vermuten — wegen des tatsächlichen Einflusses nicht bekannter Randbedingungen ihr Ziel nicht erreichen“<sup>35</sup>. Dieser Satz gilt auch für eine Politik, die, dem Rat von Schmidtchen folgend, positive Maßnahmen unterläßt und auf das Wirken der unsichtbaren Hand vertraut. Auch bei einer solchen Politik entscheidet man sich auf der Grundlage der Kenntnis einer Teilmenge aus der Menge aller Randbedingungen und weiß nicht, ob man wegen des tatsächlichen Einflusses nicht bekannter Randbedingungen sein Ziel erreicht. Deshalb ist es auch höchst problematisch, im Vertrauen auf das Wirken der unsichtbaren Hand jedermann unabhängig von seiner faktischen Stellung das Recht zuzugestehen, „seine Produktionsfaktoren zu verschwenden, eine ungünstigere Produktionsfunktion zu wählen als möglich und die Produktivität zu verringern“<sup>36</sup>. Die Vermutung Schmidtchens ist mit dem von mir soeben Zitierten (s. Anm. 35) überdies gar nicht zureichend begründet. Richtig ist nur, daß die Politik ihr Ziel nicht *sicher* erreichen kann.

Ich halte es zwar für durchaus richtig, die Unsicherheit der Unternehmererwartungen möglichst nicht dadurch noch zu vergrößern, daß unklar bleibt, ob und unter welchen Umständen die wettbewerbspolitischen Instanzen, in der Bundesrepublik das Bundeskartellamt, eingreifen können. Das ist aber nur ein Grund für eine mögliche kontinuierliche Politik dieses Amtes im Rahmen möglichst konstanter Kompetenzen und kein hinreichender Grund für die Einführung unzureichend wirkender Maßnahmen oder die Unterlassung der Maßnahmen.

Wir werden mit dem Problem der privaten wirtschaftlichen Macht nicht fertig, wenn wir auf jeden Eingriff verzichten, solange die Kon-

<sup>35</sup> D. Schmidtchen, Wettbewerbspolitik als Aufgabe, Baden-Baden 1978, S. 179.

<sup>36</sup> Vgl. Referat, S. 36 und auch die Anmerkungen 79 und 80, die allerdings durch Anmerkung 81 eingeschränkt werden.



sequenzen nicht in jeder Hinsicht eindeutig bekannt sind. Wir haben es in der Wettbewerbspolitik wie überhaupt in der Wirtschaftspolitik leider nur zu häufig mit der Wahl zwischen zwei Übeln zu tun. Wählen wir Untätigkeit, kann das auch ein Übel sein. Nichtstun zu einer Zeit, in der Handeln eine erhebliche Erfolgchance hätte, kann uns in Situationen führen, in denen es ohne wesentlich schwerwiegendere Eingriffe gar nicht mehr geht oder gar eine Einflußnahme durch akzeptable Eingriffe in zweckmäßiger Weise gar nicht mehr möglich ist. Es ist deshalb kein hinreichender Grund, Eingriffe ganz allgemein zu unterlassen, weil sie volkswirtschaftlich ungünstige Folgen für das Unternehmensverhalten haben *können* (vgl. S. 31 und auch die Anmerkung 67 dort). Schmidtchen hätte von Eucken lernen können, daß wir Maßnahmen zum richtigen Zeitpunkt treffen müssen. Eucken hat vor der Gewalt wirtschaftspolitischer Tendenzen gewarnt, wenn sie einmal in Gang gebracht sind. „Wer nicht klar die Gefahr geschichtlicher Tendenzen sieht und nicht danach handelt, macht sich selbst unfrei und liefert sich gerade in der modernen industriellen Wirtschaft geschichtlichen Gewalten aus, die dann kaum beherrschbar werden“<sup>37</sup>.

In seinem mündlichen Referat meinte Schmidtchen, der Staat dürfe erst dann als ultima ratio zwingend eingreifen, wenn nachgewiesen ist, daß die Problemverarbeitungskapazität des allgemeinen abstrakten Rechts überfordert ist. Wenn man an diesen Nachweis strenge Anforderungen stellt, ist es unter Umständen zu spät. Sollte man nicht aus den Erfahrungen mit dem Konzentrationsprozeß in den Vereinigten Staaten und in Deutschland lernen? Für strukturelle Eingriffe ist dieses Lernen zwar noch wichtiger als für die Mißbrauchskontrolle; aber auch die Mißbrauchskontrolle kann strukturell wirken, indem sie den Aufbau von Machtpositionen weniger reizvoll oder reizvoller macht. Ich zweifle nicht, daß die Verwirklichung der Konzeption von Schmidtchen Machtpositionen wesentlich reizvoller macht. Mit diesen Bemerkungen will ich keineswegs eine Beschränkung auf die Mißbrauchsaufsicht empfehlen.

Soviel zum ersten Irrtum, zur Gefahr der Geringschätzung der Folgen des Unterlassens von Maßnahmen. Schmidtchens zweiter Irrtum hängt mit dem ersten zusammen. Mit Spielregeln in der „Form allgemeiner, vorhersehbarer und bestimmter gesetzlicher Handlungsverbote zum Schutz privater Verfügungsrechte“ (vgl. S. 42) läßt sich eine hinreichend wirkungsvolle Wettbewerbspolitik nicht betreiben, so erfreulich es wäre, wenn sie genüge. Nur wer die Problematik der privaten wirtschaftlichen Macht erkennt, kann die dadurch zu erwartende Ausdehnung des Ermessensspielraums privater Mächtiger grundsätzlich guthießen.

<sup>37</sup> W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, a.a.O., S. 223.

### **1.3. Ernst Niederleithinger: Probleme der Mißbrauchsaufsicht aus der Sicht des Bundeskartellamtes**

Ich möchte nur einige Bemerkungen machen, um meine Sicht und die des Bundeskartellamtes zu verdeutlichen. Zwischen beiden bestehen keine Differenzen außer jenen, die in einer Behörde, die aus mehr als hundert akademisch ausgebildeten Mitarbeitern besteht, vorhanden sein müssen.

Aus meiner Sicht ist kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht fast nur im Wege der Subtraktion zu definieren, indem man sagt: Mißbrauchsaufsicht ist das ganze Kartellrecht mit Ausnahme des Kartellverbots mit seinen Folgebestimmungen auf der einen Seite und der Fusionskontrolle auf der anderen Seite, die allerdings die tragenden Säulen des deutschen Kartellrechts darstellen. Das Kartellverbot ist in der Ausprägung, in der es seit 1958 unverändert besteht, sehr weitgehend. Es ist in der Interpretation mehrfach ausgedehnt worden, so daß man heute eigentlich sagen kann: Es ist kaum noch weiter entwicklungsfähig. Nicht nur die klassischen branchenumfassenden Kartelle sind verboten, auch weitaus kleinere Kartelle; es sind alle Formen der Umgehung verboten: von der abgestimmten Verhaltensweise bis zur horizontalen Empfehlung und anderer einseitiger Einflußnahme.

Ich kann mir nicht vorstellen, daß das Verbot noch weiter ausgedehnt wird. Eher ist in den letzten Jahren der Versuch zu beobachten gewesen, das Kartellverbot immer wieder einmal zurückzunehmen: für weniger wichtige oder sogar belanglose Kartelle, zuletzt etwa durch die Einführung des § 5 b GWB für Mittelstandskooperationen.

Das eigentliche wettbewerbspolitische Problem dieses Bereiches ist die hohe Dunkelziffer. Kartellverbot heißt einerseits keine rechtliche Verbindlichkeit von Kartellverträgen. Diese Rechtsfolge ist lückenlos durchführbar. Kartellverbot heißt aber andererseits auch, Kartelle und das Praktizieren von illegalen Kartellen zu verhindern. Dies ist ein ungleich schwierigerer Bereich.

Die zweite Säule, die erst 1973 errichtet wurde, ist die Fusionskontrolle, die nach ganz anderen Regeln funktioniert, die Konzentration nur auf Grund eines enumerativen Kataloges des § 23 Abs. 2 und 3 GWB erfaßt, nicht generell alles, was vernünftigerweise — darüber

wäre zu streiten — Konzentration oder Einfluß von Unternehmen auf andere Unternehmen darstellt.

Die Fusionskontrolle hat zudem ein relativ hohes Eingriffskriterium: marktbeherrschende Stellung, verstärkt oder erstmals entstanden durch einen Unternehmenszusammenschluß.

Ich möchte erst einmal alles, was zwischen diesen beiden Säulen liegt, als Mißbrauchsaufsicht in einem sehr weiten Sinn begreifen. Deren Normen sind durch eine fast völlige Unübersichtlichkeit gekennzeichnet. Letztlich ist es eine Ansammlung von äußerst verschiedenen Normen, von Differenzierungen der Normen, von Differenzierungen der Sachverhalte, die unter die Normen fallen. Das reicht vom allgemeinen Preisbindungsverbot und gleichzeitig Verbot der Meistbegünstigungsklausel durch § 15 GWB bis zu der Ermächtigung, die Kartellbehörde könne zum Schutz kleiner Wettbewerber vor ihren großen Konkurrenten etwas unternehmen: Das reicht von Sondervorschriften für Monopolunternehmen im Sinne des § 22 Abs. 1 Nr. 1 GWB — kein Wettbewerber auf einem bestimmten Markt — bis zu Vorschriften, die für alle Unternehmen gelten: etwa das Preisbindungsverbot, etwa das Boykottverbot.

Das reicht von gesetzlichen Verboten, die unmittelbar wirken mit zivilrechtlichen und bußgeldrechtlichen Folgen, bis zu Normen, bei denen sich der Gesetzgeber zu einer so rigorosen Maßnahme nicht entschließen konnte, weil die Sachverhalte doch zu unterschiedlich sind und deshalb unterschiedliche Wertungen erfordern. Dort gibt es dann nur eine Eingriffsermächtigung. Dann ist eine Behörde beauftragt, im Einzelfall Entscheidungen darüber zu treffen, was richtig und was falsch ist. Das reicht dann wiederum von angeblich oder möglicherweise eintretenden Sicherungen von Wettbewerbsergebnissen — Stichwort Preishöhenkontrolle — bis hin zur Sicherung des Wettbewerbssystems, des Wettbewerbsprozesses als solchem — also nicht der Marktergebnisse, sondern des mehr oder weniger ungestörten Ablaufes dieses Vorganges auf dem Markt.

Allen diesen Vorschriften — und dies möchte ich wegen unserer bisherigen Diskussion betonen — ist eines eigen: Sie bilden verbindlich mit staatlicher Sanktion durch eine Vielzahl verschiedener Anordnungen den Rahmen, die Umfeldbedingungen für unternehmerische Tätigkeit. Ich will in keiner Weise leugnen, daß damit in einem erheblichen Umfang in die prinzipiell bestehende Dispositionsfreiheit der Unternehmen eingegriffen wird. Ich will dies aber damit rechtfertigen, daß es jeder staatlichen Wirtschaftspolitik obliegt, diesen Rahmen festzulegen, sei es durch die Zivilrechtsordnung, sei es aber auch durch das System von Kartellrechtsnormen.

Alle diese Vorschriften stehen selbstverständlich hier zur Diskussion und an anderer Stelle zur Disposition. Nicht deswegen, weil es im Gesetz steht, ist es auch richtig geregelt. Nur eines müssen wir bedenken: Hinter dieser Vielzahl differenzierter Vorschriften steht eine politische Entscheidung, nicht einen unbegrenzten Rahmen für die unternehmerische Tätigkeit zur Verfügung zu stellen, sondern Grenzen zu ziehen durch Normen unmittelbar oder mittelbar durch konkretisierende Entscheidungen einer Behörde. Ich betone dies deshalb, weil heute insbesondere darüber diskutiert worden ist, welche Grenzen richtigerweise zu ziehen sind. Wir müssen dabei zwei Grenzen unterscheiden: die „richtigen“ Grenzen — dafür ist unsere jeweils persönliche Meinung ausschlaggebend — und diejenigen Grenzen, die der Gesetzgeber bis zur nächsten Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verbindlich gezogen hat. Von einem politischen Standpunkt her sehe ich dabei keinen grundsätzlichen Unterschied, ob die Rechtsfolge für alle erfaßten Fälle vom Gesetzgeber unmittelbar angeordnet wird. Auch bei einer Konkretisierung durch verbotenden Verwaltungsakt beruht das letztlich bestehende Verbot im Einzelfall auf der politischen Grenzziehung für den Freiraum unternehmerischer Tätigkeit.

Nachdem ich einen derart weiten Rahmen der Mißbrauchsaufsicht aufgezeigt habe, möchte ich mich wenigstens halbwegs zu den speziellen Problemen äußern, die in den beiden anderen Referaten zur Diskussion stehen. Es sprengt jeden Zeitrahmen, hier insgesamt auszubreiten, was eine Kartellbehörde von gewissen Mißbrauchsmöglichkeiten und Maßnahmen gegen Mißbräuche insgesamt hält und was sie bisher insoweit getan hat. Es handelt sich zwar zugegebenerweise um einen zunehmenden Schwerpunkt unserer Tätigkeit, aber es ist kein Schwerpunkt in der Weise, daß davon die gesamte Tätigkeit der Behörde uneingeschränkt abhängt.

Deswegen ziehe ich meinerseits eine Beschränkung auf den Bereich vor, der uns am meisten interessieren wird: die Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB in Verbindung mit den damit zusammenhängenden Vorschriften, natürlich auch unter Berücksichtigung und Wertung des § 26 Abs. 2 GWB, des Diskriminierungs- und Behinderungsverbotes.

Aus meiner Sicht ist das Hauptproblem der Mißbrauchsaufsicht im engeren Sinn, daß sie sich nahezu niemals mit abgrenzbaren Tatbeständen befassen kann, sondern immer mit komplizierten, höchst unterschiedlich abgeschichteten Sachverhalten. Den Monopolisten, der allein das notwendige Wasser anbietet und trotzdem nur blonde blauäugige Nachfrager beliefert, gibt es in der Praxis nicht. Die interessanten Fälle sind vielmehr außerordentlich komplex. Ich will das in drei Richtungen wenigstens andeuten.

Die eine Schwierigkeit, vor der wir vor allen anderen stehen, ist, daß wir es in der Wirklichkeit meist mit dem möglichen Mißbrauch möglicherweise marktbeherrschender Unternehmen in der Form zu tun haben, daß mehrere Unternehmen auf dem gleichen Markt entsprechende Marktstellungen haben und allesamt den gleichen möglichen Mißbrauch treiben. Wir sehen in unserer Praxis ganz deutlich, daß die Kontrolle von Oligopolen zweifellos das schwierigste, aber zugleich auch das am häufigsten vorkommende Problem ist.

Denken Sie nur an den Valium-Fall. Als wir das Verfahren aufgriffen, hatten wir ein Unternehmen, das noch einen sehr hohen Marktanteil aufgrund der Tatsache hatte, daß es innovatorisch einen neuen Markt durch neue Pharmazeutika für alte Krankheiten begründet hatte, die bisher in dieser Weise gar nicht behandelt werden konnten. Es hat sich gezeigt, daß trotz der Patente, die Hoffmann-La Roche auf diesem Gebiet hatte, andere Unternehmen in diesen Markt eindringen konnten. Der Prozeß des Abschmelzens der Marktmacht des ursprünglichen Monopolisten hatte bei Einleitung des Verfahrens bereits eingesetzt.

Als nun der Bundesgerichtshof in letzter Instanz darüber zu entscheiden hatte, war dieser Prozeß schon so weit gegangen, daß zwar mengenmäßig Hoffmann-La Roche noch an der Spitze lag, wertmäßig aber bereits an zweiter Stelle war. Für den Verbraucher oder für diejenigen, die den Verbrauch zu bezahlen hatten — die Krankenkassen —, hatte sich allerdings — in absoluten Preisen — nichts geändert.

Damit komme ich schon zu dem zweiten Punkt, der sich als weitaus komplexer ergeben hat, als es bei der Formulierung unseres Kartellgesetzes vorausgesehen wurde. Man kann selbstverständlich Marktbeherrschung definieren — vielleicht hat es das Gesetz in § 22 GWB getan — als eine Marktbeherrschung auf einem Markt insgesamt. Dann können wir aus einem einheitlichen Markt vielleicht mehrere Teilmärkte machen, um die Marktbeherrschung auf einem Teil nachzuweisen, wenn es auf dem Markt insgesamt nicht möglich ist. Wichtiger ist aber — dies hat sich zunehmend in dem Valium-Verfahren gezeigt und wird sich auch in anderem Zusammenhang immer wieder zeigen —, daß auch auf einem wie immer korrekt abgegrenzten Markt Marktbeherrschung nicht unbedingt hinsichtlich sämtlicher Wettbewerbselemente bestehen muß.

Wir wissen aus dem pharmazeutischen Bereich — das ist vom Kammergericht festgestellt worden; ich schlage vor, wir unterstellen es hier ohne weitere Diskussion einmal als richtig —, daß auf diesem Markt wesentlicher Wettbewerb mit abgewandelten Produkten, mit neuen Produkten, vielleicht auch — das ist allerdings offengeblieben — mit immer besseren Produkten herrscht. Dieser Wettbewerb war aber ohne



jeden Einfluß auf das Marktergebnis hinsichtlich der Preishöhe geblieben. Die Preise waren unverändert beibehalten worden. Durch die leichte Inflation, in der wir seit langem leben, waren sie allerdings sogar relativ niedriger geworden. Aber etwas war ganz bezeichnend: Eine Reihe derjenigen Wettbewerbsprodukte, die neu auf den Markt kamen, waren zu einem erheblich höheren Preis auf den Markt gebracht worden. Auch dieser noch höhere Preis hatte sich ohne weiteres durchgesetzt.

Es stellte sich hier die Frage, ob bei Abwesenheit von Wettbewerb nur in einer gewissen Hinsicht Kontrolle insoweit möglich ist, daß hinsichtlich des Preises eine Aufsicht ausgeübt werden kann, wenn wesentlicher Wettbewerb bei Innovationen, bei Produktneugestaltung, Heterogenisierung vorliegt. Unsere Position ist in einem Satz zusammenzufassen. Wir haben in Übereinstimmung mit dem Kammergericht die Auffassung vertreten, daß jedenfalls dann, wenn Preiswettbewerb nicht durch einen ähnliche Funktionen erfüllenden Produktwettbewerb ersetzt wird, wenn also nur gleichwertige neue Produkte auf den Markt gebracht werden, die in keiner Weise eine Verbesserung darstellen, die Mißbrauchsaufsicht hinsichtlich der Preishöhe ausgeübt werden kann.

Ein dritter Punkt als Beispiel für die Vielschichtigkeit der zu entscheidenden Fälle: Niemand sollte sich der Illusion hingeben, daß mit einer Verfügung hinsichtlich der Preishöhe eine isolierte Entscheidung mit nur einer einzigen Folge getroffen wird. Der Preis wird gesenkt, und im übrigen bleibt alles beim alten.

Wir wissen — und das ist völlig unbestritten —, daß jeder Eingriff in die Preisgestaltungsfreiheit der Unternehmen und damit jeder Eingriff in ein bestimmtes Marktergebnis Folgewirkungen haben kann und meist auch tatsächlich hat. Die Wirtschaft ist vielleicht nicht ein völlig geschlossenes System; aber jedenfalls sind die Einzelsysteme der Wirtschaft so eng miteinander verflochten, daß Einzeleingriffe an einer Stelle Auswirkungen an anderer Stelle bringen können.

Einen Eingriff in den Wettbewerbs- oder in den Marktprozeß darf ich an zwei Beispielen erläutern. Im Jahre 1974 gingen die Benzinpreise bereits einmal exorbitant nach oben. Man konnte davon reden oder daran denken, daß dies ein Mißbrauch marktbeherrschender Stellung seitens der führenden Mineralölkonzerne war. Eine Preissenkungsverfügung hätte diese Unternehmen sicher unangenehm getroffen, ohne aber ihre weitere Tätigkeit entscheidend zu berühren. Diejenigen Unternehmen, die außer ihnen am Markt waren — insbesondere der mittelständische Mineralölhandel —, wären aber durch eine solche Preissenkungsverfügung, die sich gar nicht gegen sie gerichtet hätte, der sie aber faktisch hätten folgen müssen, unter Umständen essentiell getrof-



fen worden. Ihre hohen Einstandspreise, die nicht zu beeinflussen waren, hätten zu untragbaren Verlusten geführt.

Wenn wir unter den heutigen Marktverhältnissen gegen Mineralölunternehmen vorgehen, müßten wir natürlich auch mit Reaktionen rechnen, denn ein in Deutschland künstlich durch eine behördliche Verfügung niedriggehaltenes Preisniveau wird hinsichtlich der Importmöglichkeiten von Produkten Auswirkungen haben. Wir können nicht erwarten, daß auch bei einem niedrigeren Preisniveau in Deutschland im gleichen Umfang noch die auf dem Weltmarkt reichlich vorhandene teure Ware gerade nach Deutschland geliefert wird.

Einen weiteren Punkt möchte ich in Kürze, aber mit großem Nachdruck ansprechen — die völlige Unbestimmtheit des Mißbrauchsbegriffs. Bei der Mißbrauchsaufsicht im engeren Sinne nach § 22 GWB hat der Gesetzgeber sehr umfänglich und wiederholt ergänzend definiert, was er als ein marktbeherrschendes Unternehmen betrachtet. Eine entsprechende oder nur teilweise Klarstellung hat der Gesetzgeber dagegen lange Zeit für die Frage abgelehnt, was Unternehmen als Mißbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung untersagt werden kann. Die Vorschrift des § 22 Abs. 4 GWB können Sie nämlich letzten Endes auf ein einziges Wort, auf eine einzige Wertung reduzieren: Die marktbeherrschenden Unternehmen dürfen nicht *mißbräuchlich* handeln.

Das ist nach meiner persönlichen Auffassung einer der schwerwiegendsten Konstruktionsfehler unseres Gesetzes. Ich kann natürlich bei einem Verbot unterschiedlicher Behandlung für marktbeherrschende Unternehmen — § 26 Abs. 2 GWB — die Wertung weitgehend auf den Einzelfall verlagern, indem ich sage: Die Nichtbelieferung ist verboten, es sei denn, sie ist ausnahmsweise sachlich gerechtfertigt. Das ist ein engumgrenzter Sachverhalt (Nichtbelieferung), der konkret geregelt ist. Ich kann dann eine zusätzliche Wertung (sachliche Rechtfertigung) eröffnen, insbesondere dann, wenn ich als Gesetzgeber zu erkennen gebe, daß unter sachlicher Rechtfertigung eine Abwägung der Interessen unter Berücksichtigung der Zielrichtung des Gesetzes zu verstehen ist. Ich halte dies aber gesetzestechnisch nicht für angängig bei einer Vorschrift, die prinzipiell einen unbegrenzten Anwendungsbereich hat wie § 22 GWB (das „Handeln“ marktbeherrschender Unternehmen), sich aber trotzdem auf eine offene Wertung ohne ausdrückliche Maßstäbe („mißbräuchlich“) beschränkt. Niemand sollte sich wundern, daß wir uns in dem Moment, in dem wir erstmals mit dieser Vorschrift ernst machten, in eine unendliche Diskussion darüber verstrickt haben, was nun unter Mißbrauch zu verstehen ist. Dies zudem angesichts der Tatsache, daß der Marktbeherrschungsbegriff teils durch eine Änderung der Verwaltungspraxis mit Billigung der Gerichte, teils durch eine Ausweitung des

§ 22 GWB mehrfach ausgeweitet worden ist. Zum Monopol kam die überragende Marktstellung, und zum Nachweis kam die Vermutung; außerdem kam — wenn wir das hier einbeziehen wollen — in § 26 Abs. 2 GWB die vertikale Abhängigkeit hinzu.

Dies war der Grund dafür, daß seitens des Kartellamtes teilweise sehr großer Wert darauf gelegt wurde, daß bei der jetzigen Novelle eine Konkretisierung erfolgt. Die Praxis verlangte keine Erleichterung und primär auch keine Verschärfung, sondern eine Konkretisierung in dem Sinn, daß der Gesetzgeber selbst wenigstens annäherungsweise oder auch nur beispielsweise Wertentscheidungen trifft, die er früher hinter dem Begriff „mißbräuchlich“ und in einem Satz der Regierungsbegründung von 1952 versteckt hat. Vielleicht ist er der Wertung sogar absichtlich aus dem Weg gegangen.

Ich halte es für sehr wichtig, daß sich der Bundestag diesen Anregungen nicht verschlossen hat. So ist jetzt in § 22 Abs. 4 Satz 2 GWB beispielsweise Mißbrauch für den Behinderungsfall durch die Beschränkung der Wettbewerbsmöglichkeit anderer Unternehmen in einer für den Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund umschrieben worden. Der Preishöhenmißbrauch ist in weitgehender Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis, die heute hier sehr umstritten war, umschrieben worden. Zusätzlich ist die Preisspaltung als weiterer Fall ausdrücklich angeführt.

An dieser Stelle sind einige Bemerkungen erforderlich, was Mißbrauchsaufsicht im Sinne des § 22 GWB leisten soll und kann. Ich darf zuerst zur Preishöhenkontrolle kommen. Hier möchte ich eines klarstellen: Zu keiner Zeit hat eine Kartellbehörde oder ein Mitglied einer solchen Behörde verkündet, es sei nach geltendem Recht richtig oder anzustreben nach zukünftigem Recht, daß marktbeherrschenden Unternehmen allgemein Preise vorgeschrieben werden.

Der einzige Vorschlag, der vielleicht einen kleinen Schritt in diese Richtung ging, liegt lange zurück und beruhte auf der damaligen Situation einer sehr stark ansteigenden Inflation, beschränkte sich auf bestimmte Unternehmensgruppen, nach Größe und/oder Branche definiert, und sah eine Preiserhöhungskontrolle im Sinne einer vorherigen Anmeldung mit Widerspruchsmöglichkeit vor. Dieser Vorschlag ist damals nicht aufgegriffen worden und ist heute nicht mehr aktuell.

Die Preishöhenkontrolle ist vom Bundeskartellamt in sehr wenigen Fällen praktiziert worden, die allerdings stets als Musterfälle betrachtet worden sind. Wir stehen heute vor der aus meiner Sicht unerfreulichen Situation, daß keines dieser Musterverfahren zu einem sichtbaren Erfolg geführt hat. Wie wurden dabei die Grenzen für den Preis-

mißbrauch gezogen? Das Verfahren, das am weitesten und intensivsten durchgeführt worden ist — das Valium-Verfahren —, macht dies ganz deutlich. Es wurde nicht ein Automatismus vertreten, nach dem sich der zulässige Preis aus einer einfachen Rechnung ergibt. Es wurde auch in keiner Weise die freie Entscheidung oder die Ermessensentscheidung der Kartellbehörde an die Stelle des wirklichen Marktpreises oder des tatsächlichen Monopolpreises gesetzt. Es wurde vielmehr mit äußerster Vorsicht argumentiert. Ich will es verkürzt formulieren: Aus einer Vielzahl von Überlegungen wurde die Schlußfolgerung gezogen, dieser Monopolpreis könnte im Wettbewerb für die gleichen Erzeugnisse keinesfalls auf Dauer durchgesetzt werden.

Es wurde auf die tatsächlichen Verhältnisse im Ausland Bezug genommen, also ein Vergleichsmarktkonzept angewendet, und die Situation der pharmazeutischen Industrie im Inland im allgemeinen in Betracht gezogen. Die exorbitanten Gewinne, die langfristig — das möchte ich betonen — von Hoffman-La Roche bei diesen Preisen erzielt worden sind, spielten eine entscheidende Rolle. Deren Größenordnung muß hier referiert werden: Nach den Feststellungen des Kammergerichts war davon auszugehen, daß die Gewinnspanne vor Steuern für Valium und Librium nicht mehr sehr weit unter 50 % lag. Solche Extremfälle sind angegriffen worden — im Ergebnis ohne Erfolg.

Die zentrale Begründung, auf die der Bundesgerichtshof letztlich seine für das Verfahren, aber auch für die Preisaufsicht insgesamt negative Entscheidung gestützt hat, ein Vergleich mit dem Preis von Centrafarm sei hier nicht zulässig, findet meine Zustimmung. Im Verfahren des Kammergerichts war an die Stelle eines wirklichen Vergleichsmarktkonzepts ein Vergleich zwischen zwei Wettbewerbern (Hoffmann-La Roche und Centrafarm) getreten, die sich sehr stark unterscheiden. Es war auch ein einzelner Preis zugrunde gelegt worden, nicht irgendein insgesamt bestehender Marktpreis, so daß ein gewisses Maß an Willkürlichkeit nicht zu bestreiten ist. Dies wird deutlich, wenn man sich in Erinnerung ruft, daß das Kammergericht zur Vermeidung unangemessener Ergebnisse einen Aufschlag von 150 % auf den ermittelten „Wettbewerbspreis“ (richtig hier: „Wettbewerberpreis“) für erforderlich hielt.

Damit ist sicher nicht bereits das letzte Wort über die Preishöhenkontrolle insgesamt gesprochen. Dabei spielt eine Rolle, daß der Gesetzgeber eben erst in der 4. GWB-Novelle den Preismißbrauch in § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 GWB definiert hat. Wenn man sich dabei im wesentlichen an die abstrakten Kriterien angeschlossen hat, die in der bisherigen Praxis entwickelt worden sind, ist doch eine Abweichung offenkundig: Von einer *erheblichen* Abweichung vom Wettbewerbspreis ist nicht mehr die Rede, der Erheblichkeitszuschlag als solcher ist also entfallen.

Das ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut, sondern auch klar aus dem Ausschlußbericht. Dieser hält allerdings in diesem Zusammenhang fest, daß zahlreichen kartellrechtlichen Vorschriften ein Spürbarkeitskriterium immanent ist, ohne jeweils im Wortlaut der Vorschriften zu erscheinen. Dies gilt auch für § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 GWB, so daß nur spürbare Abweichungen vom Wettbewerbspreis untersagt werden können. Mit dem Erheblichkeitszuschlag, der im einzigen entschiedenen Fall schließlich 25 % erreichte, hat dies aber nichts zu tun.

Trotzdem wird die Preishöhenkontrolle weiterhin mit Sicherheit nur eine nachgeordnete Rolle spielen. Das ist anerkannt. Sie wird insbesondere eine subsidiäre Rolle spielen, wenn es im Einzelfall andere Möglichkeiten gibt, auf die Marktergebnisse mittelbar einzuwirken, also etwa durch Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen. Dies ist kein Diskussionspunkt, denn die Schwierigkeiten bei der Preishöhenkontrolle sind so groß, daß jedes andere Verfahren, das letztlich zu ähnlichen Ergebnissen führt, vorzuziehen ist.

Aber gerade wegen der Konkretisierung des Mißbrauchsbegriffs in § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 und 3 GWB muß für die Zukunft damit gerechnet werden, daß das Bundeskartellamt in geeigneten Fällen diese Normen aufgreift und gegen die Preishöhe isoliert vorgeht, wenn nichts anderes übrigbleibt. Dies ist nicht nur korrekter Vollzug des § 22 GWB; ich halte es auch für politisch richtig. Es ist zwar außerordentlich bedauerlich, daß die Preishöhenkontrolle in der Öffentlichkeit geradezu ein Prüfstein für die Brauchbarkeit des Kartellrechts ist; aber ich glaube, daß eine Preishöhenkontrolle in seltenen Fällen ein legitimes und berechtigtes Anliegen der Öffentlichkeit an „ihr“ Kartellrecht ist. Es ist schließlich nicht das Kartellrecht der Behörden oder des kleinen Kreises der Sachverständigen.

Damit kann ich jetzt auf das Thema der beiden anschließenden Vorträge überleiten: Mißbrauchsaufsicht in der Form des Vorgehens gegen Behinderungswettbewerb. Da ich kontroverse Standpunkte erwarte, möchte ich auf einen Punkt besonders eingehen.

Der Bereich „behindernder Wettbewerbsbeschränkungen“, mißbräuchlich und damit angreifbar nach § 22 und § 26 Abs. 2, in Zukunft auch nach § 37 a Abs. 3 GWB, kann grundsätzlich mit drei verschiedenen Methoden bestimmt werden.

Man kann auf das Ziel abstellen, das das Unternehmen verfolgt, auf das Motiv, die (böse) Absicht. Ich sage Ihnen offen, daß ich das für ein völlig sinnloses und erfolgloses Verfahren halte. Unternehmen sind immer anständig, machen das alles nur aus vernünftigen Gründen und niemals, um Wettbewerb zu beschränken und um Wettbewerber zu

schädigen. Das ist von mir absichtlich etwas überzogen formuliert, aber die Fälle, in denen aus Bosheit andere geärgert werden, sind ganz selten. Die Regel ist, daß vernünftige einzelunternehmerische Zielsetzungen hinter solchen Maßnahmen stehen. Deswegen kann mit Ziel und Motiv keine Abgrenzung erreicht werden.

Die zweite Möglichkeit ist die Abgrenzung nach, vorsichtig ausgedrückt, Kennzeichen oder Wertungen der (behindernden) Maßnahmen selbst, also zum Beispiel nach der Eigenschaft oder Wertung als Maßnahme des Nichtleistungswettbewerbs oder des Leistungswettbewerbs. Auch das Bundeskartellamt hat sich in den vergangenen Jahren solchen Abgrenzungsversuchen angeschlossen. Ich habe aber den Eindruck, wir sind blind in eine Sackgasse gelaufen, denn genau wie bei der Frage des Ziels und des Motivs einer Wettbewerbsbeschränkung ist auch die Abgrenzung zwischen Leistung und Leistungsgerechtigkeit wahrscheinlich unbrauchbar. Ganz deutlich ist das im Fall „Sonntag Aktuell“ geworden. Es gab eine ausführliche Diskussion darüber, ob wir es mit einer neuen zusätzlichen Ausgabe einer Tageszeitung zu tun haben und ob es sich um Leistungswettbewerb handelt. Die Entscheidung dieser Teilfrage wurde schließlich allein entscheidend, obwohl es sich doch nur um einen von mehreren Aspekten handelt.

Aus zwei Gründen sehe ich hierin keinen richtigen Ansatz. Von mir aus können auch marktbeherrschende Unternehmen, wenn sie es für richtig halten, Nichtleistungswettbewerb treiben. Das allein stört mich nicht. Wenn ein Verbraucher davon betroffen ist, weil er getäuscht wird, hat der die Möglichkeit, dagegen vorzugehen. Die Verbände zum Schutz der Lauterkeit im Wettbewerb können dagegen vorgehen. Dies allein ist kein Problem für das Kartellrecht.

Uns sollte allein die Frage interessieren, welche Wirkungen von einem Verhalten ausgehen. Ausschließlich die Wirkungen halte ich für entscheidend. Die Eigenschaft „leistungsgerecht“ oder „nicht leistungsgerecht“ ist ein Randproblem, allenfalls ein Teilaspekt. Die Auswirkungen sind es allein, die ein Verhalten des Marktbeherrschers als mißbräuchliche Behinderung qualifizieren. Ich darf darauf hinweisen, daß der Gesetzgeber dieser Auffassung Nachdruck verschafft hat. Er hat es bei der Konkretisierung des Mißbrauchsbegriffs in § 22 Abs. 4 Satz 2 GWB abgelehnt, auf Fragen der Leistungsgerechtigkeit oder der Leistungswidrigkeit abzustellen. Es gab Entwürfe, die in diese Richtung gingen; sie sind aber nicht berücksichtigt worden. Der Ausschlußbericht verwirft diese Abgrenzung ausdrücklich.

Statt dessen hat in § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 GWB ein Wirkungskonzept Eingang gefunden. Es wird dort als mißbräuchlich bezeichnet, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen die Wettbewerbsmöglichkeiten



anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb am Markt erheblichen Weise und ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt. Damit wird sowohl hinreichende wettbewerbliche Relevanz gefordert als auch eine Abwägung unter Berücksichtigung wettbewerblicher Gesichtspunkte zugelassen. Davon abgesehen, stellt die Vorschrift aber vor allem eine ausdrückliche Bestätigung dar, daß es für die Abgrenzung nur auf die Auswirkungen, nicht auf die Zielrichtung, auf die böse Absicht und auch nicht auf eine UWG-ähnliche Qualifizierung „leistungsgerecht“ oder „nicht leistungsgerecht“ ankommt.

Ich weiß, daß ich mich im Widerspruch zu Entscheidungen des Kammergerichts befinde. Meine Auffassung steht auch nicht im Einklang mit dem zeitweiligen Versuch des Bundeskartellamtes, zu einer Abgrenzung der zulässigen von den mißbräuchlichen Verhaltensweisen durch Kriterien der Leistungswidrigkeit zu kommen. Dies war aber ein Irrweg. Die Verantwortung dafür wird akzeptiert. Die fruchtlosen Streitigkeiten, ob dieses oder jenes Verhalten noch Leistungswettbewerb ist, haben dazu beigetragen, den falschen Weg als solchen zu erkennen.

Sie werden mir darauf erwidern, auch in einem gar nicht so alten Beschluß des Bundeskartellamtes sei die alte Überlegung noch einmal angesprochen. Das ist richtig, aber es liest sich jetzt schon wesentlich besser und ist nur noch ein Gesichtspunkt unter vielen und ohne besonderes Gewicht. Ich würde es für eine Fehlentwicklung halten, wenn das Kammergericht etwa den Effem-Beschluß mit dieser Begründung zur Leistungsgerechtigkeit von Gesamtumsatz-Jahresboni bestätigte; dies wäre die falsche Begründung für eine richtige Entscheidung.

In diesem Zusammenhang gab es möglicherweise noch eine weitere Meinungsverschiedenheit zwischen dem Kammergericht und dem Bundeskartellamt. Unabhängig davon, ob man das Kriterium der Leistungswidrigkeit als Voraussetzung für einen Mißbrauch anerkennt, besteht Einigkeit darüber, daß bestimmte Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse jedenfalls zusätzlich vorliegen müssen. Einige Formulierungen in Entscheidungen des Kammergerichts haben zumindest den Eindruck hervorgerufen, dieses Gericht fordere als zusätzliche Voraussetzung, daß der Wettbewerb insgesamt zu erliegen droht. Allenfalls reiche es aus, daß einige Wettbewerber auf Dauer aus dem Markt ausscheiden würden. Allerdings sind sicher die entsprechenden Formulierungen weder eindeutig noch — nach energischer Kritik — in den folgenden Entscheidungen uneingeschränkt aufrechterhalten worden.

Sollte das Kammergericht in diesem Sinn richtig verstanden worden sein, würde als Voraussetzung für den Mißbrauch nicht ein erhebliches Risiko für den Wettbewerb insgesamt oder für einzelne Wettbewerber ausreichen. Es müßte deutlich erkennbar sein, daß Wettbewerber in



Kürze aus dem Markt ausscheiden. In der Praxis scheint mir ein derartiger Nachweis praktisch unmöglich zu sein. Wenn die Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB im Behinderungsbereich einen Sinn haben soll, muß sie Gefährdungen für den Wettbewerb rechtzeitig ausschließen. Den sicheren Nachweis für das Ausscheiden eines Wettbewerbers kann man wohl nur im Nachhinein führen, wenn dieses Unternehmen bereits ausgeschieden ist. Außerdem müßte die Kartellbehörde sicher zusätzlich nachweisen, daß gerade die beanstandete Behinderungspraxis des marktbeherrschenden Unternehmens ursächlich für das Ausscheiden ist. Tatsächlich kann aber in der Regel wohl nur davon die Rede sein, daß eine bestimmte Behinderungspraxis Risiken in sich birgt und voraussichtlich einen Beitrag zur Verminderung der Wettbewerbsmöglichkeiten der noch vorhandenen Wettbewerber liefert.

Bei diesem Punkt dürfte die Konkretisierung des Mißbrauchsbegriffs § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 GWB jedenfalls eine Klarstellung gebracht haben. Sicherlich reicht auch jetzt nicht jede Beeinträchtigung der Wettbewerber durch das marktbeherrschende Unternehmen aus, um den Vorwurf des mißbräuchlichen Behinderns zu rechtfertigen. Nach dem Wortlaut, der jedenfalls insoweit durch den Bericht des Wirtschaftsausschusses bestätigt wird, ist der Behinderungsmißbrauch gekennzeichnet durch die Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten. Dies ist schon dann der Fall, wenn der wettbewerbliche Spielraum der verbleibenden Wettbewerber durch die beanstandete Praxis des marktbeherrschenden Unternehmens eingeschränkt wird, ohne daß es gleich zum Ausscheiden des einen oder anderen Wettbewerbers kommen muß. Zusätzliche Voraussetzung ist lediglich, daß diese Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise vorliegen muß. Damit ist es sicher ausgeschlossen, daß die neue Regelung zum Individualschutz für einzelne Unternehmen gerät, die in eine wettbewerbliche Auseinandersetzung mit dem marktbeherrschenden Unternehmen verwickelt sind, während die Spielräume zahlreicher anderer Wettbewerber unbeeinflusst bleiben.

Sicherlich muß man ganz allgemein die Gefahr sehen, daß gewisse Bestimmungen des Kartellrechts in ihrer praktischen Anwendung und Auswirkung mehr dem Schutz einzelner kleiner Unternehmen dienen als dem Schutz des Wettbewerbs. Dies war die Gefahr von Bestrebungen, wie sie letztlich zu der Regelung des § 37 a Abs. 3 GWB geführt haben. Zum Teil wurde hier erklärtermaßen das Ziel verfolgt, den Schutz kleiner Unternehmen zu ermöglichen, ohne daß es auf die Auswirkungen auf den Wettbewerb auf dem Markt insgesamt ankommt. So wie die Vorschrift aber letztlich formuliert worden ist, scheint mir ernsthaft eine derartige Gefahr nicht zu bestehen. Ansatzpunkt ist zwar die relative Marktmacht jedes Unternehmens, das gegenüber einem Teil sei-

ner Wettbewerber eine überragende Marktstellung einnimmt. Die übrigen Eingriffsvoraussetzungen sind aber derart restriktiv gefaßt, daß erhebliche und nachhaltige Auswirkungen auf den Wettbewerb insgesamt festgestellt werden müssen. Deshalb kann ich die Vorbehalte gegen diese Regelung, wie sie unter ordnungspolitischen Gesichtspunkten geltend gemacht worden sind, nicht teilen.

Noch geringer sind meines Erachtens die Risiken dieser Art im Zusammenhang mit der bereits erörterten Konkretisierung des Behinderungsmißbrauchs in § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 GWB. Solche Risiken würde ich bejahen, wenn allein die Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen für Maßnahmen der Kartellbehörde gegen marktbeherrschende Unternehmen maßgebend wäre. Schließlich können solche Beeinträchtigungen durchaus von wettbewerbskonformen Maßnahmen ausgehen. Es wäre dann ein unverhältnismäßiger Eingriff, solche wettbewerbskonformen Maßnahmen des Marktbeherrschers unter allen Umständen allein deswegen zu verbieten, weil die wettbewerbliche Struktur durch das mögliche Ausscheiden weniger leistungsfähiger Unternehmen darunter leidet. Man war sich bei der Diskussion möglicher Definitionen des Behinderungsmißbrauchs darüber im klaren, daß deshalb ein zusätzliches Korrektiv in die Definition aufgenommen werden muß.

Der Gesetzgeber fand dies schließlich in der „sachlichen Rechtfertigung“. Hier soll in Anlehnung an die nahezu gleichlautende Formulierung des § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB eine Abwägung der Interessen des Marktbeherrschers und derjenigen der anderen Unternehmen unter Berücksichtigung der Zielsetzung eines freien Wettbewerbs erfolgen. Sicher läßt sich nicht von vornherein sagen, daß jede für sich allein wettbewerbskonforme Maßnahme sachlich gerechtfertigt ist. Es gelten hier die gleichen Überlegungen, die zu dem Verzicht auf die Abgrenzung nach der Leistungsgerechtigkeit geführt haben. Zu einem angemessenen Ergebnis kommt man nur, wenn der notwendige Schutz der Wettbewerbs- und Handlungsfreiheit auch des Marktbeherrschers abgewogen wird mit den Folgen für die beeinträchtigten Unternehmen und für den Wettbewerb.

Je mehr eine Maßnahme des Marktbeherrschers typische Funktionen des Wettbewerbs erfüllt (z. B. Produktverbesserung, Weitergabe von Rationalisierungen usw.), desto unwahrscheinlicher ist es, daß die hier einmal unterstellten negativen Auswirkungen auf die wettbewerbliche Struktur für ein Verbot ausreichen. Außerdem ist es ja gar nicht immer erforderlich, dem marktbeherrschenden Unternehmen eine bestimmte Maßnahme insgesamt zu untersagen. So wurde einem Hersteller von Kameraverschlüssen einmal vorgeworfen, im Zusammenhang mit einer

grundsätzlichen Umstellung der konstruktiven Eigenschaften der Kameraverschlüsse schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen auf der Ebene der Kamerahersteller verschuldet zu haben, die ihre Kamera-konstruktionen ihrerseits vollkommen umstellen mußten. In einem solchen Fall kann es nicht darauf ankommen, die technische Innovation insgesamt zu verbieten, sondern allenfalls eine Gleichbehandlung aller Abnehmer und ihre rechtzeitige Information zu erreichen.

Eine übereinstimmende Grundlage haben alle derartigen Überlegungen. Der Gesetzgeber geht davon aus, daß eine Vielzahl von Wettbewerbern auf einem Markt am ehesten wirksamen Wettbewerb erwarten läßt. Außerdem gilt als Grundlage, daß die Chancen für wesentlichen Wettbewerb in gewissen Grenzen steigen, je mehr Wettbewerber auf dem Markt sind. Wer diese Grundlage in Frage stellt, bezweifelt die Rechtfertigung des vielfältigen Normsystems des deutschen Kartellrechts — und nicht nur des deutschen Rechts — insgesamt. So legitim es ist, die Grundlagen althergebrachter Auffassungen in Frage zu stellen, so wenig dürfen diese Zweifel zur Rechtfertigung allgemeiner Untätigkeit des Gesetzgebers und der Verwaltung geraten. Berechtigte Zweifel daran, ob wir bisher genau das Richtige getan haben, dürfen nicht dazu führen, daß wir in Zukunft überhaupt nichts tun. Diese allgemeine Bemerkung schien mir angesichts einiger Ansätze, wie sie hier vertreten worden sind, nicht überflüssig zu sein.

## 2. Nichtleistungswettbewerb als mißbräuchliches Verhalten?

### 2.1. Helmut Gröner

#### Nichtleistungswettbewerb und Behinderungsmißbrauch

1. In der wettbewerbspolitischen Diskussion der Bundesrepublik Deutschland spielt seit den späten vierziger Jahren der reichlich unscharfe Begriff des Leistungswettbewerbs eine wesentliche Rolle<sup>1</sup>. Dabei stand damals eindeutig im Vordergrund, ihn als marktwirtschaftlich konstitutives Ordnungselement aufzufassen, das für die Lenkung des Wirtschaftsprozesses die maßgeblichen Impulse vermitteln sollte. Aus diesem Grund verwundert es nicht, wenn ein erster wichtiger Entwurf zur Schaffung von Rechtsgrundlagen für die Wettbewerbspolitik die Bezeichnung „Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs“ trug<sup>2</sup>. Allerdings verzichtete man bei der weiteren Gesetzgebungsarbeit zunächst gleichwohl darauf, diesen Terminus in das GWB zu übernehmen, obschon die verschiedensten Seiten darauf gedungen hatten und obschon er im UWG seit langem seinen Stammplatz besitzt. Mit der 2. GWB-Novelle im Jahr 1973 fand dann die Formel vom Leistungswettbewerb doch noch Eingang ins Kartellrecht<sup>3</sup>, als die Bestimmung über Wettbewerbsregeln um die Förderung des „leistungsgerechten Wettbewerbs“ ergänzt wurde, ohne daß man jedoch diesen Begriff inhaltlich konkretisiert hätte. Das geschah erst zu dem Zeitpunkt, als die wettbewerbspolitischen Deutungen und Differenzierungen, die dieser Termini-

---

<sup>1</sup> Frühe Marksteine dieser Diskussion stellen folgende Veröffentlichungen dar: Hans Carl *Nipperdey*, Wettbewerb und Existenzvernichtung, in: *Kartell-Rundschau*, Bd. 28 (1930), S. 127 - 152; Franz *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933/1964. — Außerdem siehe hierzu ausführlich statt vieler: Hans *Ohm*, Definitionen des Leistungswettbewerbs und ihre Verwendungsfähigkeit für die praktische Wirtschaftspolitik, *Schriften des Vereins für Socialpolitik*, NF Bd. 18, Berlin 1960, S. 239 - 260; Burkhardt *Röper*, Zur Verwirklichung des Leistungswettbewerbs, ebenda, S. 261 - 291; Franz-Ulrich *Willeke*, Leistungswettbewerb und Leistungsprinzip, in: J. Fettel und H. Linhardt (Hrsg.), *Der Betrieb der Unternehmung*, Festschrift für Wilhelm Rieger, Stuttgart 1963, S. 158 - 174; Klaus Peter *Freitag*, *Der Leistungswettbewerb als rechtliche Denkfigur*, Diss. Göttingen 1968, alle mit zahlreichen Literaturnachweisen.

<sup>2</sup> Entwurf zu einem Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs und zu einem Gesetz über das Monopolamt mit Stellungnahme des Sachverständigen-Ausschusses und Minderheitsgutachten, Frankfurt/Main o. J. [1952].

<sup>3</sup> Siehe: Volker *Emmerich*, *Kartellrecht*, 3. Aufl., München 1979, S. 103 - 105.

nus inzwischen zunehmend erfahren hatte, offen zutage lagen und die Unvereinbarkeit vieler seiner Umschreibungen mit gefestigten wettbewerbspolitischen Ansätzen, wie insbesondere mit dem auf Wettbewerbsfreiheit gerichteten Schutzzweck des GWB, deutlich zu erkennen war. Unbeschadet dieser wettbewerbs- und ordnungspolitischen Gegensätze haben seitdem der Leistungswettbewerb und sein Gegenstück, der Nichtleistungswettbewerb, trotzdem in der Wettbewerbspolitik ständig an Bedeutung gewonnen. Dieser Bedeutungswandel, der nicht losgelöst von wirtschaftspolitisch allzu geduldig hingenommenen Konzentrations- und Vermachtungstendenzen sowie von deren Auswirkungen und wirtschaftspolitischen Gefährdungen zu sehen ist, läßt sich vor allem an Verlagerungen und Verschiebungen bei den Ansätzen zur Mißbrauchskontrolle ablesen, die nach den konzeptionellen und praktischen Schwierigkeiten mit dem Ausbeutungsmißbrauch in der letzten Zeit wiederum verstärkt gegenüber dem Behinderungsmißbrauch ausgeübt wird<sup>4</sup>.

Die Intensivierung der Kontrolle des Behinderungsmißbrauchs wird noch durch die Gesetzesänderungen der soeben abgeschlossenen 4. GWB-Novellierung verstärkt und zugleich weiter differenziert<sup>5</sup>. Nimmt man die Quasi-Miðbrauchskontrollen hinzu, die sich im Zusammenspiel von der Konzeption des Nichtleistungswettbewerbs einerseits mit der Anwendungspraxis von UWG und von Wettbewerbsregeln gemäß § 28 Abs. 2 GWB andererseits herausbilden, so präsentiert sich die Aufsicht über den Behinderungsmißbrauch in einem äußerst vielgestaltigen Bild. Um den Behinderungsmißbrauch in seinem weitesten Umfeld abzustekken, lassen sich folgende Fälle und Differenzierungen unterscheiden<sup>6</sup>:

<sup>4</sup> Zu einer Übersicht über die Miðbrauchsaufsicht siehe etwa: Eugen *Langen*, Ernst *Niederleithinger* und Ulrich *Schmidt*, Kommentar zum Kartellgesetz, 5. Aufl., Neuwied und Darmstadt 1977, S. 430 - 436; BKartA, TB 1977, BT-Drucksache 8/1925, S. 23 - 27 und S. 35 - 41; BKartA, TB 1978, BT-Drucksache 8/2980, S. 26 - 30; MK, Hauptgutachten II, Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen, Baden-Baden 1978, S. 203 - 228; Wernhard *Möschel*, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, Tübingen 1978, S. 73 - 130; Volker *Emmerich*, a.a.O., S. 164 - 191 sowie die dort gegebenen umfangreichen Literaturhinweise.

<sup>5</sup> Siehe: BT-Drucksache 8/2136, S. 14 - 16 und S. 23 - 25; BT-Drucksache 8/3690, S. 23 - 25 und S. 28 - 30; BT-Ausschuß für Wirtschaft, Protokoll Nr. 8/68, S. 57 - 110 und S. 145 - 185. — Vgl. auch Ingo *Schmidt*, Inwieweit verbessert die Vierte Kartellgesetznovelle das wettbewerbspolitische Instrumentarium?, List Forum, Bd. 10 (1979/80), S. 325 - 342, hier: S. 332 - 338; Peter *Ulmer*, Die neuen Vorschriften gegen Diskriminierung und unbillige Behinderung (§ 26 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3, § 37 a Abs. 3 GWB), in: WuW, Bd. 30 (1980), S. 474 - 493.

<sup>6</sup> Diese Fallgruppen wurden gebildet aufgrund einschlägiger Materialien zum Behinderungsmiðbrauch, die in den vorstehend genannten Quellen nachgewiesen werden. — Da vor allem Ulmer den wettbewerbspolitischen Ansatz vertritt, die Konzeption des Nichtleistungswettbewerbs in die Miðbrauchsaufsicht einzufügen, siehe ferner: Peter *Ulmer*, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Grenzen der Preisunterbietung im Pressewesen, in: AfP, Bd. 23 (1975), S. 870 - 886; ders., Der Begriff „Leistungswettbewerb“ und seine Bedeutung für

**Kriterien bei der Aufsicht über Behinderungsmissbrauch**

Lfd. Nr.	Marktposition	Behinderungskriterien	Abwägungskriterien (Unbilligkeitsprüfung)
1	Marktbeherrschung (§ 22 Abs. 1 GWB)	Marktverhalten im Dienste der Marktbeherrschung (Marktprozeßorientierung)	Umfassende Interessenabwägung
2	— Anbieter oder Nachfrager ohne Wettbewerber — Fehlen wesentlichen Wettbewerbs	Marktstrukturverschlechterung/negative Marktwirkungen (Marktstrukturorientierung)	Nichtleistungswettbewerb
3	— überragende Marktstellung i. V. m. Potentialbetrachtung	Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung (§ 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 GWB) (Marktstrukturorientierung)	— Interessenabwägung oder — Nichtleistungswettbewerb
4	Relative Marktmacht/überlegene Marktmacht*	— Vertikalverhältnis: Marktverhalten (Marktprozeßorientierung) — Horizontalverhältnis: Nachhaltige Wettbewerbsbeeinträchtigung (Marktstrukturorientierung)	— Interessenabwägung oder — Nichtleistungswettbewerb
5	Marktstärke (UWG-Ansatz)	Negative Marktwirkung (Marktstrukturorientierung)	Nichtleistungswettbewerb
6	Marktmacht-unabhängig	Verstoß gegen privat gesetzte oder vereinbarte Wettbewerbsregeln (§ 28 GWB)	Nichtleistungswettbewerb

\* — Vertikalverhältnis: § 26 Abs. 2 S. 2 GWB = Abhängigkeit

— Horizontalverhältnis: § 37 a Abs. 3 GWB = überlegene Marktmacht



Gewiß wirft eine solche Systematik immer Probleme auf, weil Abgrenzungen und Abstufungen beileibe nicht so scharf verlaufen, wie sie in der Übersicht hervortreten. Obschon deshalb notgedrungen alle Schattierungen verblassen, liegt ihr Vorteil darin, die wesentlichen Unterschiede im wettbewerbspolitischen Ansatz in der Kontrolle des Behinderungsmißbrauchs klar und deutlich aufzuzeigen. Sie liegen in den Gegensatzpaaren „Marktprozeßorientierung — Marktstrukturorientierung“ sowie „Interessenabwägung — Nichtleistungswettbewerb“, die das Grundmuster der einzelnen Fallgruppen bestimmen. So umfaßt die erste Kriterienkombination<sup>7</sup> sozusagen den „herkömmlichen“ Kontrollansatz, bei dem man mit Hilfe einer eingehenden Marktanalyse zu ermitteln sucht, ob ein Marktverhalten vorliegt, das gewöhnlich dazu dient, die Marktbeherrschung zu sichern oder weiter zu festigen. Eine weitgreifende Interessenabwägung, bei der wohl auch alle Marktfaktoren und deren Veränderungen zu berücksichtigen sind, muß dann darüber Aufschluß geben, ob dieses wettbewerbswidrige Marktverhalten nun vom Unbilligkeitsverdikt getroffen wird oder nicht, ob mithin ein Behinderungsmißbrauch bejaht werden muß oder nicht. Ausgangspunkt der Behinderungsprüfung ist der Einsatz der marktwirksamen Aktionsparameter durch das marktbeherrschende Unternehmen, der freilich keineswegs typisch nur in Verbindung mit Marktmacht auftreten muß. Deshalb hat es in Behinderungsfällen die „Mißbrauchskontrolle mit Strategien zu tun, die bei wesentlichem Wettbewerb *möglich* sind“<sup>8</sup>, was die Wettbewerbspolitik auf diesem Feld so schwierig gestaltet. Die nachfolgenden Fallgruppen versprechen in dieser Frage scheinbar eine Entlastung, weil sie den Behinderungsmaßstab auf den Faktor Marktstruktur verengen und weil sich Marktverhalten sowie Aktionsparameter-

---

die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen, in: GRUR, Bd. 79 (1977), S. 565 - 580; ders., Leistungsfremde Wettbewerbspraktiken marktstarker Unternehmen — Neuorientierung des Diskriminierungsverbots und der Instrumente des UWG, in: Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr (Hrsg.), Freiheit und Fairneß im Wettbewerb — Chance für einen leistungsfähigen Mittelstand, Wettbewerbskongreß München 1977, o. O. und o. J. (München 1977), S. 187 - 242; ders., Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, Baden-Baden 1977, besonders S. 93 - 101; ders., Kartellamtsbefugnisse in Unlauterkeitssachen?, in: FAZ, Nr. 225, 12. 10. 1978, S. 12; ders., Mehr Wettbewerb?, in: WuW, Bd. 28 (1978), S. 330 - 344; ders., Die neuen Vorschriften ..., a.a.O.; ders., Kartellrechtswidrige Konkurrenzbehinderung durch leistungsfremdes Verhalten marktbeherrschender Unternehmen, in: Hans Merz und Walter R. Schluep (Hrsg.), Recht und Wirtschaft heute, Festgabe für Max Kummer, Bern 1980, S. 565 - 596.

<sup>7</sup> Das Problem des relevanten Marktes wird hier ausgeklammert. Es soll die Annahme gelten, daß die Marktabgrenzung letztlich durch eine wertende Entscheidung getroffen wird. — Siehe zu dieser Frage: Erich Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, Baden-Baden 1974.

<sup>8</sup> Franz-Ulrich Willeke, Wettbewerbspolitik, Tübingen 1980, S. 389 - 390, siehe auch: S. 386 - 392.

einsatz mit den Kategorien Leistungswettbewerb-Nichtleistungswettbewerb angeblich eindeutig qualifizieren lassen.

Der zweite Fall enthält diese Kriterienkombination in allgemeiner Form, wie sie in der Literatur entwickelt wurde und auch in der Entscheidungspraxis vorzufinden ist<sup>9</sup>. Die übrigen Konstellationen machen auch für diese Kombination deutlich, daß Nichtleistungswettbewerb an ein bestimmtes Ausmaß an Marktmacht gekoppelt ist. Darüber hinaus zeigen sich neben den Abstufungen bei der Marktmacht vor allem Differenzierungen bei den Behinderungskriterien. Neuerdings soll zunächst, wie es Ziffer drei ausweist, eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung maßgeblich sein (§ 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 GWB), für die die Mißbrauchsschwelle niedriger liegt als bei relativer Marktmacht des Falls vier. Hier ist nämlich für die Behinderung ausschlaggebend eine nachhaltige Wettbewerbsbeeinträchtigung, bei der es sich „nach Art, Ausmaß und zeitlicher Dauer um eine nicht nur unerhebliche und vorübergehende Gefährdung des Wettbewerbs handeln“ muß<sup>10</sup>. Im Fall 5 handelt es sich schließlich um den Ansatz einer Mißbrauchskontrolle nach UWG in Form der „marktbezogenen Unlauterkeit“<sup>11</sup>, der gewöhnlich von einer gewissen Marktstärke unterhalb von Marktbeherrschung und überlegener Marktmacht in Verbindung mit Nichtleistungswettbewerb ausgeht, allerdings im Grenzfall auch durchgreifen soll, wenn keinerlei Markteinfluß gegeben ist<sup>12</sup>. Und den Abschluß bildet der marktmachtunabhängige Mißbrauchsvorwurf, der aus einem Verstoß aufgrund einer Markthandlung des Nichtleistungswettbewerbs gegen privatgesetzte oder vereinbarte, aber kartellrechtlich sanktionierte Wettbewerbsregeln resultiert.

2. Prüft man diesen Katalog von Kriterienkombinationen für Behinderungsmißbräuche, so läßt sich zunächst folgendes festhalten, was nachfolgend im einzelnen diskutiert wird:

- Die Abgrenzung des Adressatenkreises weist eine beträchtliche Spannweite auf.
- Das Behinderungskriterium „Marktwirkungen“ und Abwägungskriterium „Leistungsbezug“ präsentieren sich als Leerformeln und sind inhaltlich auszufüllen.

<sup>9</sup> Siehe vor allem die oben angeführten Veröffentlichungen Ulmers. Vgl. auch Heinrich Hölzler und Horst Satzky, Wettbewerbsverzerrungen durch nachfragemächtige Handelsunternehmen, Köln, Berlin, Bonn und München 1980, mit weiteren ausführlichen Nachweisen.

<sup>10</sup> BT-Drucksache 8/3690, S. 30.

<sup>11</sup> Siehe anstatt zahlreicher Einzelhinweise: Carl Baudenbacher, Machtbedingte Wettbewerbstörungen als Unlauterkeitstatbestände, in: GRUR, Bd. 83 (1981), S. 19 - 29 und die dort angeführten Quellen.

<sup>12</sup> Siehe: BKartA, TB 1977, a.a.O., S. 36.

- Eine Mißbrauchskontrolle nach diesem Muster zeigt eine rechtlich-institutionelle Zuständigkeitsstruktur auf, die wirtschaftspolitisch nicht unproblematisch ist.
- Die wettbewerbspolitisch relevanten Wechselwirkungen und Wechselbeziehungen zwischen den einzelnen Kriterien bleiben unsichtbar.

Auf diese Gesichtspunkte konzentrieren sich die nachstehenden Ausführungen, die folgenden wettbewerbspolitischen Ausgangspunkt zugrunde legen: Der Mißbrauchsaufsicht fällt — unbeschadet einer späteren Diskussion möglicher Umwertungen — die wettbewerbspolitische Aufgabe zu, unter Berücksichtigung der auf Wettbewerbsfreiheit gerichteten Zielsetzung des GWB zu verhindern, daß Unternehmen mit erhöhtem Markteinfluß ihre nicht vom Wettbewerb kontrollierten Handlungsspielräume zu Lasten Dritter ausnutzen. Insbesondere bei allen Formen des Behinderungsmißbrauchs gilt als Schutzrichtung „die Sicherung der Wettbewerbsfreiheit auf dem Markt des beherrschenden Unternehmens sowie auf den vor- und nachgelagerten Märkten“<sup>13</sup>. Das zielt im einzelnen darauf, den Marktzutritt und den Marktaustritt offenzuhalten, Mitkonkurrenten und Marktteilnehmer anderer Wirtschaftsstufen vor Behinderungen im Wettbewerb zu schützen sowie den mißbräuchlichen Einsatz wirtschaftlicher Macht auf Drittmärkten zu verhindern.

3. Die Mißbrauchskontrolle zur Sicherung des Leistungswettbewerbs<sup>14</sup> führt — wie die Übersicht gezeigt hat — zu einer beträchtlichen Ausweitung des Adressatenkreises, und zwar gemessen an Merkmalen der Marktstruktur mit einem abfallenden Grad an vermuteter Marktmacht. Folgerichtig müßte damit eine Umkehrung des Prinzips einhergehen, daß ein Unternehmen eine um so größere Einschränkung seiner Handlungsfreiheit hinnehmen muß, je mächtiger es ist. Dies geschieht auch, indem man über gewisse Verhältnismäßigkeitserwägungen die Abhängigkeit der Behinderung von der Stärke der Marktposition berücksichtigt<sup>15</sup>. Eine Abkopplung der Mißbrauchsaufsicht von der Marktbeherrschung verstärkt aber deren *mögliche* Fehlentwicklungen, die leicht in einen übermäßigen, wirtschafts- und rechtspolitisch bedenklichen Verhaltensdirigismus einmünden können. Eine solche wettbewerbspolitische Gefahr kann sich, um ein schwerwiegendes Beispiel herauszugreifen, vor allem dann einstellen, wenn vorstoßender Wettbewerb in Mißbrauchsverdacht gerät, weil nachziehende Marktaktionen ausbleiben. Dadurch breiten sich möglicherweise marktprozessuale Lerneffekte aus, die ab-

<sup>13</sup> Wernhard Möschel, a.a.O., S. 93 sowie S. 73 - 77.

<sup>14</sup> Diese Umschreibung reicht über die Verschärfung und Ausweitung der Mißbrauchsaufsicht durch die vierte Novellierung des GWB hinaus.

<sup>15</sup> Vgl. Wernhard Möschel, a.a.O., S. 93 - 95.

gestimmte Verhaltensweisen begünstigen oder sogar erst aufkeimen lassen, so daß als Nebenwirkung — ursprünglich wohl meist unbeabsichtigt — behördlich induzierte Wettbewerbsbeschränkungen Platz greifen. Außerdem wird es unterhalb einer eindeutigen Marktherrsungsschwelle für einzelne, relativ größere Unternehmen zunehmend schwieriger, zuverlässig abzuschätzen, ob es sich bei einer vorstoßenden Wettbewerbshandlung nicht um eine mißbrauchsbelastete Aktion handelt, was Konkurrenzinitiativen dämpfen und insgesamt das „Wettbewerbsklima“ verschlechtern kann. Aus diesem Grunde sind auch Fragezeichen hinter die neugeschaffene Mittelstandsklausel zu setzen; denn Wettbewerbsanstrengungen vor allem der größeren Marktteilnehmer treffen unvermeidbar immer auch kleinere und mittlere Mitkonkurrenten, die nunmehr schnell bereit sein werden, den Vorwurf einer unbilligen Wettbewerbsbeeinträchtigung zu erheben, was bis hin zu einer rasch gefällten wettbewerbspolitischen Vorwegverurteilung reichen wird. Je geringer in einem entscheidenden Teil der kleineren und mittleren Unternehmen ohnehin die unternehmerische Flexibilität ist, desto mehr ist damit zu rechnen — zumal im Verein mit Wettbewerbsregeln und sonstigen herkömmlichen Standesgepflogenheiten —, daß die Mißbrauchskontrolle strukturkonservierende Züge enthält. Gewiß hat auch der Gesetzgeber diese wirtschaftspolitischen Erstarrungsgefahren gesehen<sup>16</sup>, und auch das Kartellamt mag feste wettbewerbsorientierte Vorsätze hegen, so sind doch die Ankündigungseffekte der neuen Vorschriften zum Behinderungsmißbrauch nicht gering zu schätzen, was den politischen Druck des Marktprotektionismus auf die wettbewerbspolitischen Institutionen spürbar erhöhen wird. Diese Tendenz verstärkt sich noch, wenn einzelne Landeskartellbehörden die wettbewerbslichen Marktprozessen abträgliche Rolle eines protektionistischen Vorreiters übernehmen und weiter verfolgen<sup>17</sup>. Sollte sich die Mißbrauchsaufsicht verstärkt an unternehmensbezogenen Größenstrukturen ausrichten, dann wird das wahrscheinlich dazu führen, den sogenannten Restwettbewerb noch weiter zu beschränken, anstatt ihn zu schützen und zu fördern.

Mit einer intensiveren Strukturorientierung der Wettbewerbspolitik begibt man sich wirtschaftspolitisch auf einen gefährvollen Weg, stößt man doch damit das Tor zu immer mehr marktorganisatorischen Len-

---

<sup>16</sup> Vgl. BT-Drucksache 8/3690, S. 28 - 30.

<sup>17</sup> Siehe etwa: Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr, Kartellbericht 1977, München 1978, S. 11 - 19, insbesondere S. 16 - 19; dasselbe, Bericht über Struktur und Entwicklung des Einzelhandels in Bayern, Einzelhandelsbericht, München 1980, S. 26 - 29 und S. 48 - 49; Ministerium für Wirtschaft und Verkehr Rheinland-Pfalz, Mittelständische Wirtschaft in Rheinland-Pfalz, Mainz 1980, S. 31.

kungsmaßnahmen weiter auf<sup>18</sup> und ebnet dadurch zugleich auch einer stillschweigenden Umwertung des Schutzzweckes des Gesetzes den Weg. Diese Entwicklung macht deutlich, warum sich mit Hilfe der Mißbrauchskontrolle keinesfalls frühere Versäumnisse der Wettbewerbs- und der Wirtschaftspolitik vor allem gegenüber Konzentrations- und Vermachtungserscheinungen korrigieren, geschweige denn deren Folgen eindämmen lassen.

4. In der Konzeption des Nichtleistungswettbewerbs als Ansatz zur Mißbrauchskontrolle werden als Behinderungskriterium herangezogen: Marktstrukturverschlechterungen, negative Marktwirkungen und nachhaltige Wettbewerbsbeeinträchtigungen. Diese allgemein formulierten Beschränkungen vermögen keine nähere Auskunft über die marktrelevanten Sachverhalte zu vermitteln, die mit ihnen zu erfassen sind. Bei der Marktstrukturverschlechterung dachte man zunächst an die Abnahme der Zahl der Marktteilnehmer, die vom Marktverhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens ausgehen müßte. Damit wäre aber eine Mißbrauchskontrolle überflüssig geworden, weil die Marktfolgen eines mißbräuchlichen Verhaltens bereits eingetreten sind und sich gewöhnlich auch nicht mehr rückgängig machen lassen<sup>19</sup>. Deshalb sieht man die Auswirkungen eines Behinderungsverhaltens nunmehr als Gefährdungstatbestand an. Mithin kommt es darauf an, ob eine Marktstrukturverschlechterung oder eine negative Marktwirkung, die gleichfalls strukturbezogen interpretiert wird, droht. Ein solcher Ansatz mag im Einzelfall einen zu befürchtenden Ausscheidungsprozeß abwenden, falls ein Unternehmen von einer mißbrauchsverdächtigen oder mißbrauchsrelevanten Markthandlung zurückschreckt — sei sie nun zu Recht oder zu Unrecht als solche qualifiziert. Er bringt aber in der kartellbehördlichen Anwendungspraxis zugleich neue, nicht weniger schwierige Probleme hervor. Denn nun benötigt man zunächst einmal, um Veränderungen der Marktstruktur beurteilen zu können, eine ganz bestimmte, vielleicht sogar als optimal deklarierte Marktstruktur als Referenzgröße. Sollte dies eine Marktstruktur bei Wettbewerb sein, so bleibt diese Bezugsgrundlage unbestimmt, weil es die alleinige wettbewerbliche Marktstruktur nicht gibt, sondern nur eine beliebige Vielzahl, und weil sie als Ergebnis von Wettbewerbsprozessen nicht simulationsfähig ist. Insofern kann man also von einer „Als-ob-Marktstruktur“—

<sup>18</sup> Siehe auch: Ernst-Joachim *Mestmäcker*, Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten ihrer kartellrechtlichen Kontrolle, in: *FIW* (Hrsg.), *Schwerpunkte des Kartellrechts 1976/77*, Köln, Berlin, Bonn und München 1978, S. 15 - 26, hier besonders S. 24 - 26. — Zu den grundsätzlichen Fragen siehe *Erich Hoppmann*, „Neue Wettbewerbspolitik“: Vom Wettbewerb zur staatlichen Mikro-Steuerung, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, Bd. 184 (1970), S. 397 - 416.

<sup>19</sup> Vgl. *Peter Ulmer*, Der Begriff „Leistungswettbewerb“..., a.a.O., S. 576.



Politik sprechen, und zwar mit all den bekannten wirtschaftspolitischen Schwächen, die jedem Als-ob-Konzept anhaften. Wählt man hingegen irgendeine andere Marktstruktur als Referenzgröße, und mag sie auch im hohen Grade plausibel erscheinen, so ist dennoch unabweislich hinzunehmen, daß in dieser Entscheidung für eine bestimmte Referenzgröße ein mehr oder weniger großes wettbewerbstheoretisches Willkürelement steckt. Da man darüber hinaus die Marktstrukturverschlechterung als Gefährdungstatbestand betrachten muß, ist im Einzelfall, um die negativen Marktwirkungen dartun zu können, eine Prognose über das sich einstellende Marktergebnis erforderlich, was wegen der Vielzahl von Einflußfaktoren gleichfalls auf unüberwindbare Schwierigkeiten stößt. Dabei stehen zudem noch das Erfordernis eines raschen Eingreifens der Kartellbehörde und das Prognoseproblem in einem negativen Beziehungszusammenhang; denn je schneller die Mißbrauchsaufsicht reagiert, desto mehr Schwierigkeiten bereitet es, die beweis erhebliche und entscheidungsrelevante Marktentwicklung und deren Ergebnisse einigermaßen zuverlässig vorherzusehen, es sei denn, man hätte hierzu inzwischen Per-se-Regeln ermitteln können. Das Herausfinden von Per-se-Regeln wiederum setzt einen wettbewerbstheoretisch zureichenden Analyseansatz voraus, den das Marktstrukturkonzept nicht bieten kann.

Es ist zwar an allgemeinen Hinweisen abzulesen, daß die Marktverhältnisse nicht bloß aufgrund der Zahl der Marktteilnehmer beurteilt werden sollen, doch bleibt offen, welches die Marktstrukturfaktoren im einzelnen sein könnten und welches Gewicht ihnen bei der Analyse der jeweiligen Marktkonstellation zukommt. Mögen sich die Konzentrationsverhältnisse vielleicht noch aus dem Marktbeherrschungstatbestand ergeben, so trifft dies für die Vielfalt von Marktzutritts- und Marktaustrittsschranken bestimmt nicht zu. Gewiß, auch der Stand der Marktentwicklung wird erwähnt, allerdings fehlen nachvollziehbare Schlußfolgerungen, auf die keinesfalls verzichtet werden kann. Auf die Strukturkennzeichen „Marktorganisation“ und „Unternehmertypologie“ sowie auf die Verschiedenartigkeit anderer Strukturfaktoren wird in den Darlegungen zu diesem Mißbrauchskonzept nicht weiter eingegangen. Gleichwohl wäre es für eine angemessene wettbewerbstheoretische Fundierung dieser Mißbrauchspolitik unbedingt erforderlich, gestützt auf diese Faktoren ein marktstrukturelles Gesamtkonzept als Referenzsituation zu entwickeln und vorzustellen; denn nur anhand einer solchen marktstrukturellen „Meßlatte“ lassen sich wettbewerbspolitisch unzweideutige Veränderungen von Marktkonstellationen als negative Marktwirkungen mißbrauchsverdächtiger Wettbewerbsbehandlungen marktbeherrschender Unternehmen qualifizieren. Doch selbst dabei gibt es zusätzlich noch die stillschweigende Annahme, die Kausa-



litätsfrage bliebe zwischen dem mißbrauchsverdächtigen Einsatz von Aktionsparametern und den Marktwirkungen ohne Zweifel und sei gelöst. Außerdem ist es wettbewerbspolitisch äußerst problematisch, einzelne Aktionsparameter isoliert zu betrachten, weil es für die Marktwirkungen auf den Einsatz der Aktionsparameter in ihrer Gesamtheit ankommt. Deshalb sind die marktprozessualen Effekte unterschiedlicher Parameterkombinationen in der jeweiligen Marktkonstellation zu untersuchen. Die generelle Isolierung eines Aktionsparameters wird im übrigen auch nicht dem Sachverhalt gerecht, daß der Parametereinsatz durchweg wettbewerbspolitisch ambivalent ist und sowohl wettbewerbslich als auch wettbewerbsbeschränkend ausfallen kann. Die Problematik sowie die Leistungsfähigkeit derartiger Marktstrukturkonzepte und ihr Spannungsverhältnis zum Schutzzweck „Wettbewerbsfreiheit“ wurden bereits so ausführlich diskutiert, daß es sich hier erübrigt, diese Frage nochmals zu erörtern.

Auch der Hinweis auf einen ähnlich gelagerten Ansatz im Zusammenhang mit Fusionssachverhalten ist in diesem Zusammenhang nicht beweiskräftig, weil die Kontrolle mißbräuchlicher Zusammenschlüsse ihrer Natur nach strukturorientiert ausfällt und dort angestellte marktanalytische Erwägungen sich deshalb kaum auf die Mißbrauchskontrolle übertragen lassen<sup>20</sup>. Zwar gibt es bei der Fusionskontrolle gewöhnlich auch den Rückgriff auf Verhaltenskategorien, und es wird erörtert, wie sie andere Marktteilnehmer beeinflussen, doch stellt dies mehr eine Zwischenstation dar auf dem Weg zur Marktstrukturbeurteilung und dient nicht primär der Erfassung von Wettbewerbsbeschränkungen. In den Vordergrund der Betrachtung rückt dann nämlich wieder die Frage, wie alles zusammengenommen auf eine gegebene Marktstruktur wirkt und welche Schlußfolgerungen sich daraus für die marktstrukturelle Entwicklung ziehen lassen.

Das neue gesetzliche Kriterium der nachhaltigen Wettbewerbsbeeinträchtigung soll durch den Terminus ‚nachhaltig‘ „sowohl die sachliche Intensität der Beeinträchtigung des Wettbewerbs als auch deren zeitliche Dauer zum Ausdruck“ bringen<sup>21</sup>. Die unbestimmte Formulierung „Wettbewerbsbeeinträchtigung“ könnte vermuten lassen, daß auf Beschränkungen der Entscheidungs- und Handlungsfreiheit von Marktteilnehmern durch marktmächtige Unternehmen abgestellt wird. Doch gerade diese Bestimmung steht mit ihrer Mittelstandsorientierung in einem ganz speziellen marktstrukturellen Zusammenhang, so daß man wohl auch hier von einem strukturellen Mißbrauchsbezug ausgehen

<sup>20</sup> Siehe: Ernst-Joachim Mestmäcker, Medienkonzentration und Meinungsvielfalt, Baden-Baden 1978, S. 126 - 133.

<sup>21</sup> BT-Drucksache 8/3690, S. 30.

muß. Zunächst überraschend klingt die im Gesetzestext anzutreffende Doppelung der Nachweispflicht für Wettbewerbsbeschränkungen, wenn es heißt, dasjenige Verhalten sei zu untersagen, „das diese Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert und geeignet ist, den Wettbewerb nachhaltig zu beeinträchtigen“ (§ 37 a Abs. 3 GWB). Denn die unbillige Behinderung schließt die Wettbewerbsbeschränkung eigentlich bereits ein, und es ist nicht ohne weiteres ersichtlich, welchen wettbewerbsbeschränkenden Sachverhalt das zweite Kriterium zusätzlich erfassen soll. Ein Grund für die Kumulation der Beschränkungskriterien liegt darin, daß mit „nachhaltig“ auf die zeitliche Dauer der Wettbewerbsbeschränkung verwiesen werden soll, die nämlich nicht nur vorübergehend auftreten dürfe. Der damit herangezogene langfristige Charakter einer Wettbewerbsbeschränkung dürfte jedoch die Anwendung dieser Schutzklausel wegen der Prognoseprobleme nicht eben erleichtern. Wichtiger ist wohl die Absicht, daß mit Doppelstellung, die nochmals Intensität und Dauer der Wettbewerbsbeeinträchtigung unterstreicht, klargestellt werden soll, daß man an dieser Regelung keinen absoluten Bestandsschutz für kleine und mittlere Unternehmen herauslesen darf. Das führt aber zu der wichtigen Frage, ab wo und ab wann der Schutzeffekt eingreift und mit Hilfe welcher wirtschafts- und wettbewerbspolitischer Hilfskriterien dies entschieden werden soll. Erst die Entwicklung kann zeigen, wie stark protektionistisch dieser konkretisierungsbedürftige Entscheidungsspielraum ausgefüllt wird und ob diese Vorsichtsmaßnahme ausreicht, um gegen die allezeit ebenso regen wie eindrucksvollen Wünsche nach Marktstrukturkonservierung standzuhalten.

Als Zwischenergebnis läßt sich nunmehr festhalten:

Im Mittelpunkt dieser Konzeption zur Mißbrauchskontrolle steht also als Behinderungstatbestand die Veränderung der Marktstruktur, die aus ganz bestimmten Markthandlungen mächtiger Unternehmen resultiert. Das bedeutet:

1. Es handelt sich um eine Marktergebniskontrolle<sup>22</sup>,
2. eine Verschlechterung der Marktstruktur wird per se als Wettbewerbsbeschränkung angesehen und
3. Unternehmen mit beherrschender, überlegener oder auch mit bloß geringfügiger Marktmacht müssen — um einen Ausdruck von Möschel aufzugreifen<sup>23</sup> — eine mehr oder weniger hohe Marktstrukturverantwortung übernehmen.

<sup>22</sup> Siehe: Ernst-Joachim Mestmäcker, Medienkonzentration ..., a.a.O., S. 132; Erich Hoppmann, Behinderungsmißbrauch, Tübingen 1980, S. 51 - 52.

<sup>23</sup> Wernhard Möschel, a.a.O., S. 114 - 115.

Diese Marktstrukturverantwortung, hinter der im Grunde die These von der Gefahr einer Selbstaufhebung des Wettbewerbs steht, soll marktmächtigen Unternehmen allerdings nicht generell auferlegt werden, zumal sie auch mit der Vorausberechnung der Struktureffekte überfordert wären. Sie wäre ihnen vielmehr immer nur dann anzulasten, wenn sie den „Restwettbewerb“ durch eine unbillige Behinderung beeinträchtigen. Zweites Kriterium bei der Kontrolle von Behinderungsmißbrauch ist mithin die Unbilligkeit einer Marktaktion.

5. Die Prüfung, ob Unbilligkeit vorliegt, setzt eine Interessenabwägung voraus, bei welcher der Schutz der betroffenen Marktteilnehmer vor Behinderungen sowie der Schutz des Restwettbewerbs dem Schutz der Entscheidungs-, Handlungs- und Betätigungsfreiheit des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüberstehen. Um zu generalisierungsfähigen Abwägungskriterien zu gelangen, greift man auf die Konzeption des Nichtleistungswettbewerbs zurück<sup>24</sup>. Danach sollen die Interessen des marktbeherrschenden Unternehmens immer dann zurückstehen, wenn die negativen Auswirkungen auf den „Restwettbewerb“ durch Mittel der Nichtleistungskonkurrenz hervorgerufen wurden. Dabei versteht man unter Nichtleistungswettbewerb im allgemeinen solche unternehmerischen Verhaltensweisen, die zwar nicht wettbewerbskonform sind, aber gleichwohl nicht oder noch nicht ohne weiteres einem Verdikt des UWG und/oder des GWB unterfallen, die also in einer Grauzone zwischen Unlauterkeit und Wettbewerbsbeschränkung liegen. Bevor auf diesem Wege Per-se-Kriterien für den Behinderungsmißbrauch entwickelt werden können, ist vom Grundsätzlichen her die Wettbewerbskonformität oder Wettbewerbsinkonformität der als leistungsfremd deklarierten Sachverhalte eindeutig zu belegen. Kriterium könnte damit eigentlich nur sein, ob es sich um eine Wettbewerbsbeschränkung handelt oder nicht. Ferner muß zweifelsfrei feststehen, daß diese als leistungsfremd eingestuften Sachverhalte unabhängig von der jeweiligen Marktsituation negativ belastet sind. Daher gilt es nun, wettbewerbstheoretisch zu prüfen, ob dies zutrifft<sup>25</sup>.

Ob Nichtleistungswettbewerb vorliegt, kann man nur mit Hilfe eines Maßstabes ermitteln, der Auskunft über Abweichungen von einer Re-

<sup>24</sup> Siehe neben den oben genannten Publikationen von Ulmer zur neueren Diskussion statt vieler: Wernhard Möschel, a.a.O., S. 95 - 101 und S. 130 - 158; Helmut Köhler, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, Heidelberg 1979, S. 23 - 30; Heinrich Hölzler und Horst Satzky, a.a.O., S. 31 - 51 und S. 83 - 144; Hans Kreiterling, Das Problem der Abgrenzung von Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb in der Nachfragemacht-Diskussion, Frankfurt am Main, Bern und Cirencester 1980, S. 67 - 123, alle mit weiteren Nachweisen.

<sup>25</sup> Siehe vor allem: Ernst-Joachim Mestmäcker, Medienkonzentration..., a.a.O., S. 126 - 133; Wernhard Möschel, a.a.O., S. 95 - 101 und S. 130 - 158; Erich Hoppmann, Behinderungsmißbrauch, a.a.O., S. 37 - 46.

ferenzsituation gibt. Die hier relevante Bezugsgröße ist der Leistungswettbewerb. Die Begründung dafür liefert eine angebliche Schutzzweckverlagerung im GWB, durch welche im Zuge der zweiten Novellierung strukturelle Gesichtspunkte ein größeres Gewicht erhielten. Auch die jetzige Änderung des GWB könnte als Beweis dafür herangezogen werden. Dennoch scheint es problematisch, darin eine Abkehr vom Schutz der sich auf Wettbewerbsfreiheit gründenden Marktprozesse zu sehen und nicht den Versuch, die Voraussetzungen für die Durchsetzung dieses Wettbewerbsprinzips zu verbessern. Vor allem aber wird die Notwendigkeit der Schutzzwecktransformation damit begründet, daß seit jener Novelle des Jahres 1973 der leistungsgerechte Wettbewerb als Förderungsobjekt von Wettbewerbsregeln im GWB (§ 28 Abs. 2) ausdrücklich genannt wird. Da jedoch eine Legaldefinition fehlt, kommt es auf eine Interpretation dieses Begriffes an.

Wie die breite Diskussion über Wettbewerbsregeln zeigt<sup>26</sup>, können die auf Leistungswettbewerb orientierten Richtlinien an unterschiedlichen Zielvorstellungen anknüpfen, und zwar einmal an Marktergebnisgesichtspunkten und zum anderen an den Verhaltensweisen der Marktteilnehmer. Unter den Marktergebnisgesichtspunkten stehen struktur- und mittelstandspolitische Belange eindeutig im Vordergrund. Außerdem gibt es den Hinweis, der Wettbewerb könne seine volkswirtschaftliche Aufgabe nur dann möglichst gut erfüllen, wenn die beste Leistung zur Geltung kommt und er nicht in seiner Auslesefunktion „dadurch verfälscht wird, daß Unternehmen nicht leistungsgerechte Vorteile und Vorsprünge im Wettbewerb einsetzen“<sup>27</sup>. Der sich hieraus ergebende Bezugspunkt für Merkmale des Nichtleistungswettbewerbs schließt eine Prüfung unter dem Vorzeichen des Schutzzwecks „Wettbewerbsfreiheit“ keineswegs aus, denn Wettbewerbsfreiheit in dem hier verstandenen Sinne unterscheidet sich ganz wesentlich von einer unbeschränkten maßstablosen Freiheit. Sie verlangt vielmehr die Beachtung und strikte Einhaltung der vereinbarten Spielregeln. So ist unbestritten, daß Irreführung, Täuschung, Betrug auszuschließen und zu unterbinden sind. Denn „nur dann“ — was unstrittig ist —, „wenn die am Wettbewerb Beteiligten bestimmte Spielregeln einhalten, vermögen sich die Konkurrenten mit der besseren oder billigeren Leistung durchzusetzen“<sup>28</sup>. Da sich die Beurteilungskriterien von Leistungswettbewerb und Wettbewerbsfreiheit jedoch unterscheiden, müs-

---

<sup>26</sup> Siehe hierzu statt aller: Hans *Franzen* und Hans-Kurt *Mees*, Wettbewerbsregeln, in: Gemeinschaftskommentar, 4. Aufl., Köln, Berlin, Bonn und München 1981 sowie die dort angegebene Literatur.

<sup>27</sup> BKartA, TB 1977, a.a.O., S. 22.

<sup>28</sup> Walter *Hamm*, Die Bedeutung des leistungsgerechten Wettbewerbs im Rahmen der Wettbewerbsregeln, in: WuW, Bd. 25 (1975), S. 115 - 133, Zitat: S. 127.

sen sich zwar nicht unter allen Umständen Bewertungsdifferenzen einstellen, doch sind sie auch nicht auszuschließen. Bewertungswidersprüche lassen sich nur auflösen durch eine Entscheidung in der Frage des Schutzobjekts. Dabei sollte freilich der Schutz der Wettbewerbsfreiheit vorrangig und unbestritten sein.

Die Beurteilung von Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb steht und fällt daher mit der Frage, wie der Einsatz von unternehmerischen Aktionsparametern, das Marktverhalten also und seine Auswirkungen, zu werten ist. Dem Nichtleistungswettbewerb werden nun alle Marktsachverhalte zugeordnet, „die nicht den vom Wettbewerb erwarteten und erwünschten Funktionen entsprechen“<sup>29</sup> und mithin eindeutig marktergebnisorientiert sind. Denn weil der Leistungsbezug „nicht aufgrund von Einzelverhaltensweisen definiert werden kann, sondern eine Orientierung an Marktergebnissen erfordert, handelt es sich nicht mehr um Verhaltens-, sondern um Ergebniskontrolle“<sup>30</sup>. Wer leugnet, daß man bei dieser Konzeption einen marktergebnisbezogenen Maßstab irgendwelcher erwünschter Leistungskriterien benötigt, muß dann aber eingestehen, daß es sich bei der Konzeption des Nichtleistungswettbewerbs um eine Leerformel handelt<sup>31</sup>. Als marktergebnisorientierte Referenzgrößen werden nun insbesondere herangezogen die Marktstruktur und ihre Elemente, die Unternehmensstruktur, Preis- und Qualitätsgrößen sowie Funktionsgliederungen. Einem solchen Vorgehen entspricht es auch, eine Hierarchie der unternehmerischen Aktionsparameter festzulegen, was durch die Aufspaltung in Haupt- und Nebenleistung klar hervortritt<sup>32</sup>. Dabei wird allerdings übersehen, daß sich bei dezentraler, wettbewerblicher Koordination Art und Umfang der Leistungserstellung zwischen den Wirtschaftseinheiten ständig verschieben<sup>33</sup>. Solche Funktionsverschiebungen rufen Anpassungsprozesse und Umstellungszwänge hervor, die man häufig als risikoreich und belastend empfindet und denen man sich möglichst entziehen möchte. Daraus erwächst, aus Gründen der wirtschafts- und wettbewerbspolitischen Abwehr, die Neigung, solche strukturellen Veränderungen in der Leistungserstellung als Nichtleistungswettbewerb einzustufen, was immer-

<sup>29</sup> BKartA, TB 1977, a.a.O., S. 35.

<sup>30</sup> Erich Hoppmann, Behinderungsmißbrauch, a.a.O., S. 51. — Siehe auch: Olga Wilde, Wettbewerbsverzerrungen und Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfragemacht, Freiburg i. Br. 1979, S. 34 - 37.

<sup>31</sup> Ulmer verwickelt sich in einen unauflöslchen Widerspruch, wenn er gleichzeitig behauptet, die Konzeption des Nichtleistungswettbewerbs sei weder eine Leerformel, noch stelle sie eine Marktergebniskontrolle dar, was zusammen nicht zutreffen kann. — Vgl. Peter Ulmer, Kartellrechtswidrige Konkurrentenbehinderung . . . , a.a.O., S. 575 - 583. — Siehe auch: Erich Hoppmann, Behinderungsmißbrauch und Nichtleistungswettbewerb, in: WuW, Bd. 30 (1980), S. 811 - 812.

<sup>32</sup> Vgl. auch Ernst-Joachim Mestmäcker, Mißbrauch . . . , a.a.O., S. 18 - 19.

<sup>33</sup> Siehe: Erich Hoppmann, Behinderungsmißbrauch, a.a.O., S. 38 - 43.



hin schon in einem nicht geringen Umfang zum Erfolg geführt hat. Wenn nun das Vordringen von neuen Formen der Leistungserstellungen mit Grenzverschiebungen zwischen Herstellern und Händlern, angeblich also eine Ausbreitung des Nichtleistungswettbewerbs, dazu führt, solche Funktionsverlagerungen, und zwar insbesondere zwischen Herstellern und Händlern, als „marktbezogene Unlauterkeit“ zu diffamieren und sie zu unterbinden, wozu das Aufstellen von Wettbewerbsregeln, Verhaltensnormen und Sündenregistern im Marktprozeß wesentlich beiträgt, dann bedeutet dies einen wirtschaftspolitischen Rückfall in Zunfddenken, wird aber gleichwohl immer mehr wettbewerbspolitischer Alltag. So ist etwa zu lesen<sup>34</sup>, daß es keine Funktionsverlagerungen zwischen Handel und gewerblicher Wirtschaft geben dürfe, weil damit die volkswirtschaftlichen Aufgaben des Handels verletzt würden. Eben diese Funktion des Handels läge nämlich darin, aus dem Angebot der Hersteller jene Produkte auszuwählen, die nach Art, Preis und Qualität vom Verbraucher bevorzugt würden, wenn er selbst die Auswahl zu treffen hätte. Gewiß sind die Einzelhändler, wie es Franz Böhm einmal treffend formuliert hat, die Wahlmänner der Konsumenten, aber eben nicht in der Art und Weise, daß es ihre Aufgabe wäre, ganz konkret eine irgendwie vorgegebene soziale Wohlfahrtsfunktion der Konsumenten zu maximieren, sondern lediglich so, daß deren unzensierte und eigenständig bleibende Kaufwünsche den Produzenten gebündelt als Signale zugehen. Solange die Verbraucher über hinreichende Auswahlfreiheit verfügen und solange mithin bei der Erstellung von Handelsleistungen Wettbewerb herrscht<sup>35</sup>, ist es aus wettbewerbspolitischer Sicht unerheblich, von wem und in welcher Struktur die gewünschten Handelsleistungen hervorgebracht werden.

Der Unterschied einer wirtschaftspolitischen Beurteilung nach dem wettbewerbspolitischen Kriterium „Wettbewerbsbeschränkung ja oder nein“ oder nach dem Kriterium Nichtleistungswettbewerb aufgrund negativer Abweichungen von einer vorgegebenen Merkmalsprägung ließen sich auch an anderen, häufig umstrittenen Sachverhalten, wie Anzapfen, Eintrittsgelder oder Schaufenstermiete, zeigen<sup>36</sup>. Hier geht es nur

<sup>34</sup> WuW/E OLG 1837 - 1840 „Globus“. So auch WuW/E BKartA 1633 - 1642 „Markenverband“. — Zu weiteren Nachweisen und zu einer kritischen Analyse siehe: Rupert Scholz, Berufsbild und Wettbewerbsrecht, in: BB, Bd. 35 (1980), Beilage 5.

<sup>35</sup> Siehe: Artur Woll, Der Wettbewerb im Einzelhandel, Berlin 1964.

<sup>36</sup> Siehe: MK, Sondergutachten 7: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Baden-Baden 1977, S. 39 - 44; Volker Emmerich, Die Nachfragemacht und deren Mißbrauch, unveröffentlichtes Gutachten, September 1977, S. 112 - 121; Helmut Köhler, a.a.O., S. 26 - 33; Olga Wilde, a.a.O., S. 86 - 122; Gert Meier, Maßnahmen des Nebenleistungswettbewerbs als unlauteres und marktmißbräuchliches Verhalten im Lebensmittel-Einzelhandel, in: DB, Bd. 33 (1980), S. 721 - 728 und die dort gegebenen Nachweise.



darum, grundsätzlich festzuhalten, daß es sich bei dem Kriterium Nichtleistungswettbewerb um eine Marktergebniskontrolle anhand von Strukturvorgaben handelt. Überspitzt formuliert heißt das, daß im Rahmen der Mißbrauchskontrolle die Interessenabwägung stets dann Unbilligkeit bejaht, wenn ein marktstarkes Unternehmen gegen eine wie immer geartete Zunftsordnung verstößt.

6. Zu diesem Zusammenhang ist auf die rechtlich-institutionellen Aspekte der Zuständigkeitsverlagerungen im wettbewerbspolitischen Entscheidungsprozeß hinzuweisen, die durch eine konzeptionelle Umorientierung bei der Kontrolle des Behinderungsmißbrauchs verstärkt werden oder entstehen können. Es besteht nämlich die Gefahr, daß ein wirtschaftspolitisch gefährliches Karussell in Gang gebracht werden kann. Erst schaffen die Verbände standes- und branchenorientierte Wettbewerbsregeln. Dann werden diese kartellbehördlich genehmigt, und danach werden Verstöße gegen diese Wettbewerbsregeln von der Rechtsprechung zur Begründung dafür herangezogen, daß marktbezogene Unlauterkeit vorliegt. Von der Rechtsprechung gehen solche wettbewerbsverhindernden Sachverhalte allmählich ihrerseits wiederum in die Mißbrauchskontrolle anderer Institutionen über. Dies scheint ein gefährlicher *circulus vitiosus* zu sein, denn es bedeutet, daß letztendlich die Verbände darüber bestimmen, was noch wettbewerbskonform ist und was nicht, die wohl ordnungspolitisch bedenklichste Tendenz, die sich hinter der Entwicklung der Mißbrauchskontrolle überhaupt abzeichnet.

Diese wettbewerbspolitischen Einflußkanäle werden in der politischen Praxis durchaus erkannt und genutzt. Um diese Einwirkungsmöglichkeiten abzusichern und zu verstärken, fordern interessierte Verbände seit langem immer wieder eine gesetzliche Grundlage, um Wettbewerbsregeln für allgemeinverbindlich erklären zu können<sup>37</sup>. Zwar wurde dieses rechtliche Instrument zur Disziplinierung von Außenseitern — genauer müßte es wohl lauten, zur abschaffenden „Zähmung“ kartellunwilliger wettbewerbsaktiver Unternehmen — bisher formal nicht geschaffen, doch die Rechtsprechung hat dafür gesorgt, daß faktisch schon ein Zustand der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Wettbewerbsregeln besteht. Ordnungspolitisch „ist der von der Rechtsprechung eingeschlagene Weg, bereits *de lege lata* über § 1 UWG Wettbewerbsregeln für die Außenseiter für verbindlich zu erklären, sicherlich nicht unbedenklich. Dies gilt insbesondere dann, wenn nicht eingetragene Wettbewerbsregeln, wie die gemeinsame Erklärung (von Organisationen der gewerblichen Wirtschaft<sup>38</sup>) ... durch die Gerichte zum Verhaltensmaß-

<sup>37</sup> Siehe: Jürgen F. Baur, Wettbewerbsregeln und Außenseiter, in: ZHR, Bd. 141 (1977), S. 293 - 312.

<sup>38</sup> WuW, Bd. 26 (1976), S. 17 - 18.

stab auch für Außenseiter gemacht werden“<sup>39</sup>. Deshalb verwundert es nicht, wenn nunmehr Anstrengungen unternommen werden, „§ 1 UWG in der gleichen Weise wie im Jahre 1973 § 28 Abs. 2 (GWB) um den Begriff des ‚leistungsgerechten Wettbewerbs‘ zu ergänzen“<sup>40</sup>, weil dadurch die faktische Bindungswirkung noch verstärkt würde. In einem ordnungs- und wettbewerbspolitisch unvertretbaren Ausmaß ginge dann die Aufsicht über angebliche Behinderungsmissbräuche in die Eigenregie von Wirtschaftsverbänden über. Daher sollte sich der Gesetzgeber bei der anstehenden UWG-Reform nicht der wirtschaftspolitischen Aufgabe verschließen, die beabsichtigten Gesetzesänderungen auch und vor allem unter wettbewerbspolitischen Kriterien zu prüfen und zu beurteilen.

7. Schließlich seien noch kurz Beziehungen angesprochen, die zwischen den einzelnen Kriterien einer Kontrolle des Behinderungsmissbrauchs bestehen. Der Zusammenhang zwischen der Feststellung einer Behinderung und dem Nachweis von Marktmacht wurde bereits vielfach diskutiert, so daß es genügt, ihn hier lediglich zu erwähnen. Wichtiger ist es, auf die Verflechtung der beiden Kriterien Behinderung und Unbilligkeit aufmerksam zu machen, die nunmehr mit Hilfe der Konzeption des Nichtleistungswettbewerbs angeblich getrennt und unabhängig voneinander ermittelt und angewandt würden. Das trifft nach meinem Dafürhalten jedoch nicht zu. Für den Nachweis von Behinderungen sind bekanntlich die negativen Marktwirkungen, wie sie sich als Marktstruktureffekte niederschlagen, maßgeblich. Beim Unbilligkeitstest kommt es aber gleichfalls — und das Konzept der marktbezogenen Unlauterkeit sowie die Kriterien des Nichtleistungswettbewerbs machen dies deutlich — auf negative Marktwirkungen an. In ihren Kernbereichen besteht also Kongruenz. Sieht man von den verbleibenden Randfaktoren ab, wird demnach überhaupt keine ergänzende Interessenabwägung vorgenommen. Allein entscheidend ist die behinderungsrelevante negative Marktwirkung. Von daher entspricht dieses Vorgehen in keiner Weise einem dem Schutzzweck des GWB gemäßen Mißbrauchsverfahren, das darauf abstellt, Wettbewerbsbeschränkungen nachzuweisen und zu bekämpfen, die Dritte unbillig behindern.

---

<sup>39</sup> Jürgen F. Baur, a.a.O., S. 307.

<sup>40</sup> Hans Franzen und Hans-Kurt Mees, a.a.O., Begriff — S. 12.



## **2.2. Franz-Jürgen Säger:**

### **Bedeutung und Kriterien des Nichtleistungswettbewerbs aus der Sicht der kartellrechtlichen Anwendungspraxis**

(kurze Inhaltsangabe des Herausgebers)

F.-J. Säger hatte sich auf eine relativ präzise juristische Systematik eingestellt. Er ging nicht auf die Systematik von H. Gröner ein, sondern verdeutlichte die Problematik anhand von Beispielen — nämlich vier Beschlüssen — aus der Praxis des Bundeskartellamtes, die vor dem Kammergericht behandelt wurden:

1. „*Kombinationstarif*“<sup>1</sup>

Der Springer-Verlag in Berlin gewährte demjenigen, der in mehreren Berliner Zeitungen des Verlages inserieren wollte, eine erhebliche Tarifvergünstigung. Der „Tagesspiegel“, einzige größere unabhängige Zeitung in West-Berlin, befürchtete eine Abwanderung ihrer Anzeigenkunden zu den Springer-Zeitungen. Das Kammergericht hielt die Untersagung des BKartA für nicht geboten.

2. „*Rama-Mädchen*“<sup>2</sup>

Der Unilever-Konzern wollte den Absatz von Rama-Margarine durch Treuerabatte stabilisieren. Kunden, die aus den Schachtel-Deckeln zwölf dort abgebildete Rama-Mädchen ausschnitten und diese ausreichend frankiert zurücksandten, erhielten DM 3,— in bar erstattet. Das BKartA untersagte im Wege der einstweiligen Anordnung die Fortsetzung dieser Aktion bis zur endgültigen Entscheidung. — Die Untersagung wurde durch das Kammergericht aufgehoben.

3. „*Sonntag aktuell*“<sup>3</sup>

Mehrere Zeitungsverlage im Stuttgarter Gebiet hatten sich zu der gemeinsamen Herausgabe der kostenlosen Sonntagszeitung „Sonn-

---

<sup>1</sup> Vgl. o. V., Machtmißbrauch bei Verschlechterung der Marktstruktur durch leistungsfremde Praktiken, in: WuW/E, 5/1977, S. 343 - 350.

<sup>2</sup> Vgl. o. V., Leistungsfremde Wettbewerbsmaßnahmen nur bei Verschlechterung der Marktstruktur mißbräuchlich, in: WuW/E, Heft 10/1978, S. 643 - 648.

<sup>3</sup> Vgl. o. V., Wettbewerbskonformes Verhalten marktbeherrschender Unternehmen nicht mißbräuchlich, in: WuW/E, Heft 1/1980, S. 64 - 67; vgl. o. V., Unzulässigkeit einer einstweiligen Anordnung zur Sicherung der Fusionskontrolle — Voraussetzung gemeinsamer Beherrschung, in: WuW/E, Heft 1/1980, S. 61 - 64.

tag aktuell“ zusammengeschlossen. Das BKartA untersagte durch einstweilige Anordnung, „Sonntag aktuell“ nur gekoppelt an ein Wochentagsabonnement ohne zusätzliches Entgelt oder im Einzelverkauf nur zusammen mit einer Wochentagsausgabe der zusammengeschlossenen Zeitungsverlage zu verbreiten.

#### 4. „Effem“<sup>4</sup>

Effem ist der größte Hersteller von Fertigfutter für Hunde und Katzen. Gleichzeitig hat er eine marktbeherrschende Stellung auf den Märkten für Tierzubehörwaren.

Von der Firma Effem wurde ein Treuerabatt (Jahresumsatzbonus) gewährt, durch den auf Grund einer starken Staffellung die Abnehmer kleiner Mengen benachteiligt wurden. Das BKartA untersagte diese Art der Rabattgewährung; zum Zeitpunkt des Vortrages war der Beschluß noch nicht rechtskräftig<sup>5</sup>.

Bei allen Fällen ergab sich für den Kartellsenat die Schwierigkeit, daß er gerade zur Konkretisierung des Ausbeutungsmißbrauchs die Formel geprägt hatte: Wettbewerbswidrig und mißbräuchlich ist nur ein solches Verhalten, das bei wirksamem Wettbewerb nicht möglich wäre. Diese Formel jedoch paßte nicht auf die Sachverhalte.

Sollte man § 22 GWB daher möglicherweise um eine zusätzliche Tatbestandsgruppe erweitern, durch die auch solches Verhalten verboten wird, durch das kleinere Unternehmen am Markt, also Mitbewerber, in ihren Handlungsmöglichkeiten und Überlebenschancen beeinträchtigt werden? Das würde in letzter Konsequenz dazu führen, daß ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht mehr wachsen dürfte und eine Aushöhlung seiner marktbeherrschenden Stellung akzeptieren müßte. Das aber hieße, das interne, auf Leistung basierende Wachstum eines Unternehmens zu bremsen, was nach dem Sinn des § 22 abwegig wäre.

Aus diesem Grunde wurde die Formel geprägt, daß man marktbeherrschenden Unternehmen ohne Verstoß gegen die Grundprinzipien einer freiheitlichen Marktwirtschaft jedenfalls solches Verhalten untersagen könne, das man als Nichtleistungswettbewerb definiert. Dieser Begriff hatte jedoch inhaltlich noch keine Strukturen und wurde in der Literatur sehr unterschiedlich verwendet. Deshalb hatte das Kammergericht in seinen Entscheidungen sehr vorsichtig hinzugefügt, daß nach § 22 GWB ein solches Verhalten unwirksam sein soll, wenn „Praktiken des

<sup>4</sup> Vgl. o. V., Untersagung eines Jahresumsatzrabatts bei überragender Marktstellung, in: WuW/E, Heft 2/1980, S. 145 - 158.

<sup>5</sup> Anm. des Herausgebers: Vgl. jetzt KG, Beschl. v. 12.11.1980, WuW/E OLG 1981, 2403.

Nichtleistungswettbewerbs zu einer Verschlechterung der Marktstruktur oder zu nicht wettbewerbsgerechten Ergebnissen führen“. Hiermit wurde zusätzlich eine Strukturkomponente eingeführt.

Damit waren die anfangs angeführten Fälle „gebändigt“ (F.-J. Säcker):

- Im „Kombinationstarif“-Fall ließ sich nicht nachweisen, daß eine Verschlechterung der Situation des „Tagesspiegels“ eintrat.
- Im Falle des „Rama-Mädchens“ ergaben sich ebenfalls keine merklichen Auswirkungen auf die Marktstruktur. Angeblich seien insgesamt weniger als 5 % dieser Deckelbilder zurückgesandt worden, so daß die Aktion eher als ein „Gag“ verstanden werden kann.
- Bei „Sonntag aktuell“ wäre Säcker über die Auswirkungen auf die Marktverhältnisse nicht informiert. Er vertrat jedoch die Meinung, daß nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mildere Mittel hätten zum Einsatz kommen können. So hätte man den Außenseitern die Möglichkeit geben müssen, an die Verteilung dieser Sonntagszeitung angeschlossen zu werden.

Säcker „wagte“ darauf eine Definition dessen, was der Kartellsenat sich unter Nichtleistungswettbewerb vorstellt: Nichtleistungswettbewerb sei derjenige Wettbewerb, bei dem nicht mit dem Produkt, also seiner Qualität, seinem Nimbus, seiner Preiswürdigkeit um den Vertragsabschluß geworben wird, sondern bei dem mit produktfremden, nicht produktimmanenten Leistungen geworben wird. Hierzu würden z. B. gehören: reine Treuerabatte, reine Formen von Anzeigenkombinationen, bei denen der Kunde behindert wird, die einzelne Leistung im Angebot zu bewerten.

Das GWB hat durch seine Novellierung nun manche zusätzliche Probleme geschaffen, indem es die Kriterien des Nichtleistungswettbewerbs im § 22 nicht übernommen hat und eingreift, wenn „die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt“ werden (§ 22 Abs. 4 Nr. 1). Dies hält F.-J. Säcker für einen schlecht formulierten Tatbestand, weil der „sachlich gerechtfertigte Grund“, der im Vertikalverhältnis von Unternehmen inzwischen juristisch beherrschbar ist, jetzt erstmals in der Horizontalen angewandt wird, wofür bisher die Formulierung der unbilligen Behinderung herangezogen wurde (§ 37 a Abs. 3). Es ist zu prüfen: Was ist unter einem sachlich gerechtfertigten Grund zu verstehen? Sicherlich nicht ein Begründungszwang für Werbemaßnahmen, für Qualitätsverbesserungsaktionen oder ähnliches. Denn gerade dann könnte



der Qualitätswettbewerb massiv durch diese Vorschrift gefährdet werden. Man sieht an diesen Beispielen bereits, daß der Wortlaut manchen Spekulationen Spielraum einräumt. Daher stimmte F.-J. Säcker seinem Vorredner H. Gröner voll zu: Der Begriff „sachlich gerechtfertigter Grund“ müßte durch ein neues Kriterium handhabbar gemacht werden, damit die Norm nicht plötzlich zur Abtötung von Innovation und technischem Fortschritt sowie im weitesten Sinne von Wettbewerb verstanden wird.

### 3. Burkhardt Röper: Ansätze zu einer marktüberschreitenden Wettbewerbstheorie — abgeleitet aus Strategien für Mehrproduktunternehmen (Produkt-Portfolio-Konzept)

#### I. Einführung

Während der Volkswirt die Wettbewerbstheorie vom Markt aus aufbaut, überlegt der Betriebswirt auch im Marketing primär aus der Sicht des Unternehmens, welche Entscheidungen zu treffen sind. Bei einem Monopolisten sind jedoch beide Aspekte identisch.

Ausgangspunkt unserer Überlegungen ist das vor einem Jahrzehnt entwickelte Strategie-Konzept unter Verwendung des Produktportfolios. Es handelt sich um Überlegungen, die aus der Finanzierungs-, später der Bankbetriebslehre in Verbindung mit Elementen der Kosten- und Marketingtheorie und Organisationslehre entwickelt wurden. Bekanntlich wird versucht, den Wertpapierbesitz — das Portfolio — eines Wirtschaftssubjektes nach bestimmten Kriterien und Präferenzen — vor allem nach der Kapitalrendite, der Liquidität und dem Risiko — in seiner Zusammensetzung optimal zu gestalten und den Erfordernissen entsprechend zu verändern<sup>1</sup>.

Die *betriebswirtschaftliche Sicht* bringt zusätzliche Elemente in die volkswirtschaftliche Betrachtungsweise des Wettbewerbs. Die Organisation eines Unternehmens, das nach Diversifikation in mehreren Bereichen tätig ist, mag zuvor nach *Profitzentren* organisiert gewesen sein.

Dadurch werden Entscheidungsbefugnisse auf eine Anzahl übersichtlicher Einzelbereiche übertragen. Dort wird dann versucht, die Gewinne zu maximieren; es droht die Gefahr, daß Unternehmen als Einheit desintegriert werden.

Durch die strategische Planung des Produktportfolios und seiner Finanzierung sollen hingegen alle Bereiche integriert werden. Es erfolgt eine Einteilung der Aktivitäten eines Unternehmens in einzelne strategische *Geschäftsfelder*, die auf ihre Vor- und Nachteile hin untersucht werden, um die jeweiligen wie auch künftige Marktpositionen zu erfassen. Danach sind vor allem die Investitionen auszurichten.

---

<sup>1</sup> Grundlegend H. M. Markowitz, *Portfolio Selection, Efficient Diversification of Investments*, New York - London 1959.

Fragen der internen Finanzierung werden durch die Analyse des cash flow in und zwischen den Geschäftsfeldern vorgeklärt. Ermittelt wird, wo Eigenmittel aus Gewinn und Abschreibungen anfallen und wo sie für Investitionen eingesetzt werden sollen.

Kritiker werden sagen, daß wieder einmal nur alter Wein in neue Schläuche gefüllt wird, daß die vielfältigen Elemente dieser Lehre alle irgendwie schon bekannt waren. Sie haben damit zugleich Recht und Unrecht. Denn im Gesamtergebnis ergeben sich zahlreiche neue Aspekte für die strategische Führung von Unternehmen und daraus abgeleitet für eine marktüberschreitende Wettbewerbstheorie.

## II. Zur Entwicklung des Produktportfoliokonzepts (PPK)

Mit Nachdruck sei zunächst betont, daß es sich beim PPK nicht um eine von der Wissenschaft ausgelöste Folge von betriebswirtschaftlichen Lehrsätzen handelt, sondern um von Praktikern angeregte Regeln des strategischen Managements. Diese wollen die komplexen Zusammenhänge in einem auf vielen Märkten tätigen Großunternehmen systematisch aufzeigen und zu einer Langfristplanung, zu einer grundsätzlich einfachen Unternehmensstrategie führen. Es sollen Entscheidungsgrundlagen geschaffen werden zur Beantwortung der Frage, in welchen Bereichen eines Unternehmens die Investitionen verstärkt und wo sie vermindert oder gar eingestellt werden sollen.

Die ungewöhnlich weit diversifizierte US-Firma General Electrics hatte in den fünfziger Jahren ein System von quasiautonomen profit centers eingeführt und diesen neben den Gewinnen noch weitere Zielgrößen vorgegeben. Dieses Zielsystem dient zur Führung der Bereiche wie auch zur Kontrolle der Leistungen. Es setzt sich aus acht Einzelzielen<sup>2</sup> zusammen:

- (1) profitability
- (2) market position
- (3) productivities
- (4) product leadership
- (5) personnel development
- (6) employee attitudes
- (7) public responsibility
- (8) balance between short range and long range goals.

---

<sup>2</sup> R. Villers, *Dynamic Management in Industry*, Englewood Cliffs, New York 1960, S. 147; R. W. Lewis, *Financial Analysis for Management*, Englewood Cliffs, N. Y. 1959, S. 598 ff. — Zitiert nach W. D. Menz, *Die Profit Center Konzeption*, Bern und Stuttgart 1973, S. 66.

Der Versuch, die Resultate in den einzelnen Gewinnzentren zu optimieren, führt jedoch nicht zu einer Optimierung des Gesamtergebnisses eines Unternehmens. Unzureichend wird die Frage beantwortet, wo langfristig am erfolgreichsten zu investieren und wo zu desinvestieren ist.

Ein Vizepräsident von General Electrics für das Marketing, Fred Borch, regte 1960 an, die Beziehungen zwischen einem wachsenden Marktanteil und den Gewinnen näher zu untersuchen, um daraus Management-Strategien abzuleiten. Nach einer Vorstudie entwickelten sich daraus umfangreiche Untersuchungen. Im Rahmen des PIMS (Profit Impact of Market Strategies)-Projektes an der Harvard Business School<sup>3</sup> wurden 57 Firmen mit ca. 620 Geschäftsfeldern analysiert.

Inzwischen hat sich der Kreis der Unternehmen, dessen Informationen in einer Datenbank gespeichert und ausgewertet sind, auf 220, davon 20 aus Europa, erweitert<sup>4</sup>. Aus den Erkenntnissen wurden „laws of the market place“ (Borch) abgeleitet.

Einige Ergebnisse seien erwähnt:

1. Je höher der Marktanteil, um so höher ist der Ertrag aus dem investierten Kapital (Return on Investment = ROI), und zwar insbesondere, wenn die Produktqualität überdurchschnittlich ist.
2. Je höher der Marktanteil, um so höher sind auch die F & E-Ausgaben.
3. Je mehr in einer Periode investiert wird, um so geringer ist der ROI.
4. Großunternehmen haben besonders häufig einen hohen Marktanteil.

In den Schlußbemerkungen wird darauf hingewiesen, daß der Wettbewerb das Herz des ökonomischen Systems (der USA) sei. Durch Nutzung der PIMS-Information könnten Effizienzsteigerungen in der Wirtschaft erreicht werden.

„While competition has been one of the mainsprings for the dynamic growth of the US economy, the great wastage of competition is increasingly retarding our national productivity. Can we maintain the benefits while reducing the wastage<sup>5</sup>?“

Diese empirisch fundierten Ergebnisse wurden durch zahlreiche Unternehmensberater — vor allem die Boston Consulting Group — zum

---

<sup>3</sup> Vgl. S. Schoeffler, R. D. Buzell, D. F. Heany, Impact of strategic planning on profit performance, in: Harvard Business Review, March - April 1974, S. 137 - 145.

<sup>4</sup> Vgl. F.-F. Neubauer, Portfolio-Management, Neuere Entwicklungen in der strategischen Unternehmensplanung, Beiträge zur Unternehmensführung, Nr. 7/79, Düsseldorf 1979, S. 5 f.

<sup>5</sup> S. Schoeffler u. a., a.a.O., S. 145. Die Frage wird selbstverständlich bejaht.

Produktportfolio-Konzept weiterentwickelt und später von einem Schwarm von Nachahmern aufgenommen. Ungezählte Seminare dieser Berater in allen Industrieländern, vor allem aber ihre Vorschläge für die Umstrukturierung der Firmenorganisation und des Ressourceneinsatzes, haben sicherlich das Wettbewerbsverhalten zahlreicher Unternehmen verändert. Dies gilt bislang vornehmlich für Groß- und Mittelunternehmen. — Die Unternehmensberater wollten ihre Kunden überzeugen und gingen deshalb pragmatisch, anschaulich und bewußt simplifizierend vor. Dies war höchst werbewirksam. Später wurden jedoch für die Kunden immer mehr Kriterien in langen „Check-Listen“ aufgestellt. Jeder Berater hat sein „Patentrezept“, das er an sich geheimzuhalten beabsichtigt, soweit es die Eigenwerbung für seine Erfolgsmethode zuläßt. Der theoretische Überbau wurde nachträglich geschaffen und befriedigt z. T. wenig.

Den größten Markterfolg haben dabei jedoch ohne Zweifel die auf strategische Planung spezialisierten Unternehmensberater selber gehabt. Fraglich bleibt es allerdings, wie lange die Euphorie für strategisches Planen nach dem PPK anhalten wird.

In den folgenden Betrachtungen konzentrieren wir uns auf die marktwirtschaftlichen Probleme und lassen alle Fragen der gesellschaftlichen und politischen Umwelt wie auch Probleme der Ressourcenbeschaffung außer acht, obgleich dadurch die Wettbewerbsverhältnisse erheblich beeinflußt oder verfälscht werden. Wir schließen damit auch die Möglichkeit einer Subventionierung aus.

### **III. Methoden und Begriffe der traditionellen Wettbewerbstheorie und des PPK**

Zunächst stellen wir 11 den Volkswirten in der einen oder anderen Form bekannte Methoden und Begriffe der traditionellen Wettbewerbstheorie und des PPK einander gegenüber.

1. In seiner Marktformenlehre hat Walter Eucken bereits eine *Matrix* angewandt<sup>6</sup>. Diese Methode wird beim PPK in mehreren Varianten — Matrizen mit vier, neun und 25 Feldern — angewandt. Sie dient in diesem Konzept zur Ableitung von Normstrategien für das Management. In einer Matrix werden die einzelnen strategischen Geschäftsfelder nach bestimmten Kriterien eingeordnet. Daraus wird eine Finanzierungs- und indirekt eine Kostenverflechtungsanalyse abgeleitet.

---

<sup>6</sup> Vgl. W. Eucken, Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Aufl., Berlin - Göttingen - Heidelberg 1950, S. 111.

2. Das *Zeitelement* wird seit langem in der Wettbewerbstheorie berücksichtigt, so bei Überlegungen von Monopolisten und Oligopolisten, die *langfristig* ihre Gewinne maximieren wollen<sup>7</sup>, bei der Darstellung der Marktphasen<sup>8</sup>, des *vorstoßenden und nachziehenden Wettbewerbs*<sup>9</sup>.

Bei dem PPK geht es um eine Langfriststrategie für die einzelnen *Produkt-/Marktkombinationen* eines Unternehmens unter Beachtung des *Produktzyklus*<sup>10</sup>, der nicht mit den Marktphasen identisch zu sein braucht, der *Kostendegression* in Produktion und Absatz wie auch der *Erfahrungskurven* (Lernkurven)<sup>11</sup>.

3. Nach Cournots Oligopollehre werden die Gewinne eines Unternehmens für ein Erzeugnis um so höher sein, je höher sein *Marktanteil* ist. Diese werden über eine Symmetrieannahme durch die Anzahl der Anbieter bestimmt.

Das PPK hingegen geht vom *relativen Marktanteil* im Angebotsoligopol aus, vom Abstand eines Unternehmens zu seinen wichtigsten Wettbewerbern. Denn wer mehr gleichartige Produkte als die Wettbewerber herstellen und absetzen kann, hat nicht nur die Kostenvorteile der Massenproduktion, insbesondere sammelt er mehr Erfahrungen. Auf Grund einer angeblich empirisch nachweisbaren *Lern- und Erfahrungskurve* sinken seine Stückkosten degressiv.

4. Die bisherige Wettbewerbstheorie wie die neue Lehre haben Schwierigkeiten mit der *Abgrenzung des relevanten Marktes*. — *Strategische Geschäftsfelder* — so Marktsegmente — können sich auf ein Produkt oder eine Produktgruppe, auf bestimmte Abnehmergruppen sowie auf bestimmte Regionen beziehen. — Sie können aber auch direkt auf den wichtigsten Wettbewerber bezogen sein. — Es geht dabei nicht primär um die Gesamtstrategie für ein Unternehmen als Einheit — um dessen Unternehmensphilosophie —, sondern um die strategisch zweckmäßigen Verhaltensweisen für die einzelnen Geschäftsfelder.

5. Der *Umfang der einzelnen Märkte*, vor allem deren Wachstum, Stagnation oder Schrumpfen spielen für die strategischen Entscheidungen eine wichtigere Rolle als in der traditionellen Wettbewerbstheorie.

<sup>7</sup> Vgl. B. Röper, Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklungen, Volkswirtschaftlichen Schriften, Heft 6, Berlin 1952, S. 179 - 228.

<sup>8</sup> Vgl. E. Heuß, Allgemeine Markttheorie, Tübingen - Zürich 1965, S. 25 - 104.

<sup>9</sup> Vgl. E. Hoppmann, Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Hrsg.: H. K. Schneider, Berlin 1968. Ansätze zeigte bereits J. Schumpeter auf.

<sup>10</sup> Zuerst bei R. B. Prescott, Law of Growth in Forecasting Demand, in: The Journal of the American Statistical Association, Vol. 18 (1922), S. 471 ff.

<sup>11</sup> Vgl. B. Henderson, Perspectives on Experience, 3. Aufl., Boston 1972, dt. Übersetzung: Die Erfahrungskurve in der Unternehmensstrategie, Frankfurt - New York 1974.



6. In der neueren Wettbewerbspolitik gewinnt bei der Fusionskontrolle die *überragende Finanzmacht* (deep pocket) — die Ressourcentheorie — an Bedeutung, die ein auf mehreren Märkten tätiges Unternehmen geballt auf einem Markt einsetzen kann<sup>12</sup>. Das PPK erklärt, wie marktstrategisch die vornehmlich intern finanzierten Investitionen — wie auch die Arbeitskräfte — zu lenken sind, damit insgesamt für das Unternehmen innerhalb der mittleren und längeren Planungsperioden höchste returns on investment (ROI) zu erwarten sind<sup>13</sup>. Dazu werden die relativen Stärken und Schwächen des eigenen gegenwärtigen (Ist-)Produktportfolios analysiert und daraus die erfolgversprechende Positionierung aller strategischen Geschäftsfelder für eine Planungsperiode (Soll- oder Ziel-Produktportfolio) abgeleitet. Die eigenen Schwächen werden aus dem Portfolio des jeweils stärksten Wettbewerbers ermittelt.

7. Wirksamer Wettbewerb soll *Präferenzen*, die sich in hohen Preisen niederschlagen, *zur Erosion bringen*. — Die neue Lehre zeigt, daß es auch sinnvoll sein kann, über längere Zeit weiterhin noch relativ hohe Preise trotz sinkenden Umsatzes zu halten. Weil es sich nicht mehr lohnt, in einem schrumpfenden Markt zu investieren, werden dort Finanzmittel freigesetzt, die Investitionen in expandierenden Märkten ermöglichen und damit evtl. dort zu wachsenden Marktanteilen führen. Die traditionelle Preistheorie ging implizit von Märkten mit annähernd *homogenen* Gütern und hoher Markttransparenz aus, auf denen sich ein Marktgleichgewicht einspielt. Beide Theorien beachten die Kosten-Preis-Relation.

8. Das Preisniveau ist auf homogenen Märkten — abgesehen von Zeiten stürmischer Nachfrage — im Vergleich zu den Kosten relativ niedrig. — Anders ist es auf Märkten *heterogener* Produkte. Offensichtlich sind nach dem Urteil vieler Käufer Qualitätsunterschiede durch Innovationen und/oder durch Markennamen von Belang und werden im Preis honoriert. Daraus ergibt sich für die Anbieter eine hohe *Marktattraktivität*, die noch durch weitere Faktoren — vor allem das Marktwachstum — gesteigert werden kann. Die Marktattraktivität ist ein wesentliches Kriterium zur Beurteilung von strategischen Geschäftsfeldern.

9. Die traditionelle Wettbewerbstheorie und -politik haben sich bislang vornehmlich auf das *Preisverhalten* für einzelne Produkte konzentriert. Die Preissetzung ist vor allem für die kurzfristige (*operative*) Planung (bis ein Jahr) wichtig, weniger jedoch für die mittelfristige (*tak-*

<sup>12</sup> Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten I, Baden-Baden 1976, Tz. 916 ff.

<sup>13</sup> Dies gilt unter Beachtung des sozialen und ökonomischen Umfeldes und seiner voraussichtlichen Entwicklung.

tische, ein bis fünf Jahre) und nur sehr beschränkt für die langfristige (strategische) Planung (i. a. fünf bis zwölf Jahre). Letztere will die Investitionen, aber auch andere Ressourcen so lenken, daß in der Zukunft eine nach Rentabilitätskriterien ausgerichtete Unternehmenssicherung gewährleistet wird.

10. Schumpeters *dynamischer Unternehmer*, der neue Kombinationen sieht und nutzt, hat ebenfalls bei dem PPK Pate gestanden.

Eine Kostensenkung entsprechend den Erfahrungskurven ergibt sich nämlich nicht automatisch, sondern zeigt nur das Kostensenkungspotential für kreative Unternehmer. „Es ist jedoch kennzeichnend für die Marktwirtschaft und den freien Wettbewerb, daß sie immer wieder Unternehmen hervorbringen, die dieses Potential zu realisieren verstehen<sup>14</sup>.“

11. Das Denkgerüst moderner Managementstrategien wie das PPK eignet sich nicht nur als *Strategieanweisung für Großunternehmen*, insbesondere multinationale, wenn sie auch von diesen zunächst angewandt wurden. Vielmehr ist sie für alle Unternehmen anwendbar, deren Aktivitäten sich in mehrere strategische Geschäftsfelder einteilen lassen, d. h. auch für mittlere und kleine, soweit sie langfristig zu planen beabsichtigen. Und das erscheint uns stets sinnvoll zu sein!

#### IV. Erfahrungskurve und relativer Marktanteil

Die Erfahrungskurven finden vor allem auf rasch wachsenden jungen Märkten hohe Beachtung, so im Bereich der Mikroelektronik und dem Flugzeugbau. Zunächst stellen wir die Bedeutung des relativen Marktanteils und der Erfahrungskurven in einfachen Beispielen dar, wie sie in der Literatur mit geringfügigen Abänderungen mehrfach beschrieben worden sind<sup>15</sup>.

Eine *Marktanteils-Wachstums-Matrix* baut auf zwei strategischen Erfolgsfaktoren auf, dem relativen Marktanteil und dem künftigen Marktwachstum<sup>16</sup>. Nach zahlreichen empirischen Untersuchungen<sup>17</sup> soll sich

<sup>14</sup> B. Henderson, a.a.O., S. 20.

<sup>15</sup> Vgl. u. a. A. Gälweiler, Unternehmensplanung, Frankfurt - New York 1974, S. 241 ff.; H. H. Hinterhuber, Strategische Unternehmensführung, 2. Aufl., Berlin - New York 1980, S. 167 ff.

<sup>16</sup> Vgl. K. H. Dunst, Portfolio-Management für die strategische Unternehmensplanung, in: Industrielle Organisation, Heft 11/1979, S. 474 ff. Dunst ist Projektleiter u. a. für strategische Planung beim internationalen Berater A. T. Kearney GmbH, so des Strategic Planning Institute, Cambridge/Mass., Profit Impact of Marketing Strategies (PIMS).

<sup>17</sup> Vgl. A. Gälweiler, a.a.O., S. 241; dort zitiert: Boston Consulting Group, Perspectives on Experience, 3rd ed., Boston 1972.

ein direkter Zusammenhang zwischen Ertrag und Marktanteil aufgrund der Erfahrungs(Lern-)kurven ergeben<sup>18</sup>.

„Mit jeder *Verdoppelung* der im Zeitablauf *kumulierten Produktionsmengen* gehen die auf den *Wertschöpfungsanteil* bezogenen und in *konstanten* Geldeinheiten ausgedrückten Stückkosten eines Produkts *potentiell* um 20 bis 30 % zurück, und zwar sowohl innerhalb einer Branche als auch beim einzelnen Anbieter<sup>19</sup>.“

Dreierlei Einschränkungen sind zu betonen:

- Die kumulierten Ausbringungsmengen schaffen — wie zuvor gesagt — eine *Möglichkeit* zur Kostensenkung, die erkannt und genutzt werden muß.
- Als Bezugsgröße dienen *Mengenangaben*, z. B. Stück, Megawatt usw. Hieraus können sich Probleme ergeben.
- *Geldwertschwankungen* werden bei den Kosten ausgeschlossen. (Die Formulierung „konstante Geldeinheit“ kann irrig ausgelegt werden.)

Das folgende Gedankenmodell soll diese Zusammenhänge erläutern: Unterstellt ist ein Stückkostenrückgang aufgrund der Erfahrungskurve um 30 %.

Als Marktstruktur sei ein homogenes Angebotsteiloligopol von drei Oligopolisten mit Marktanteilen von 50, 25 und 12,5 % sowie fünf Kleinherstellern angenommen. Falls das kumulierte Produktionsvolumen und die Jahresabsatzmenge sich parallel entwickeln, dann bestimmen die Marktanteile das Kostengefüge einzelner Anbieter. Der *relative Marktanteil* wird als Quotient aus dem Marktanteil der eigenen Unternehmung und dem des stärksten Wettbewerbers ermittelt.

Die Auswirkungen eines hohen relativen Marktanteils auf die Stückkosten und damit auf den Stückgewinn zeigen Tab. 1 und Abb. 1.

Wir können annehmen, daß die fünf Kleinanbieter gerade noch die Stückkosten decken können, ihre Durchschnittskostenkurve in ihrem Minimum also die Preisgerade (DM 1,20/St.) tangiert. Die Durchschnittskosten der anderen Anbieter liegen jedoch wesentlich niedriger; sie können daher beträchtliche Stückgewinne erzielen. Die Marginalanbieter haben also im Gegensatz zu den drei Großen im Oligopol keine Produ-

<sup>18</sup> F.-F. *Neubauer*, a.a.O., S. 11, nennt als weitere Erklärungsversuche die „Economics of Scale sowie die Marktmacht, die z. B. im Einkauf eingesetzt werden kann“.

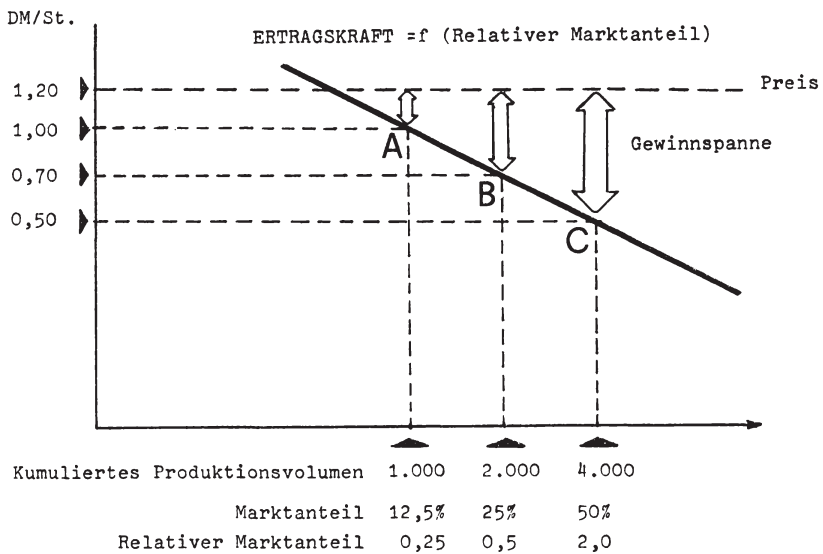
<sup>19</sup> K. H. *Dunst*, Portfolio-Management für die strategische Unternehmensplanung, a.a.O., S. 474.

Tabelle 1

**Bedeutung des relativen Marktanteils**

Anbieter	Kumuliertes Produktionsvolumen (in Stück)	Absatzmenge im Jahr t (in Stück)	Marktanteil (in %)	Relativer Marktanteilsfaktor (RMA)	Stückkosten (in DM)	Gewinnspanne bei einem Marktpreis von 1,20 DM/St.
C .....	4 000	400	50	2,0	0,50	0,70
B .....	2 000	200	25	0,5	0,70	0,50
A .....	1 000	100	12,5	0,25	1,00	0,20
5 kleinere Hersteller ..	1 000	100	12,5	—	—	—
Gesamt ....	8 000	800	100,0	—	—	—

Abb. 1: Ertragspotential in Abhängigkeit des relativen Marktanteils



Quelle: K. H. Dunst, Portfolio Management — Konzeption für die strategische Unternehmensplanung, Berlin - New York 1979, S. 76.

zentenrente. — In der vereinfachten Modellannahme werden keine Aussagen über die Umsatzvermehrung und Preisgestaltung im Zeitablauf sowie über die Absatzmöglichkeiten gemacht. Nehmen wir eine Absatzvermehrung von 10 % p. a. an, dann hat sich nach ca. 7,25 Jahren die kumulierte Produktion verdoppelt; die Stückkosten sind gemäß der Annahme um 30 % gesunken. Falls die Preise gleichfalls um 30 % auf DM 0,84 gefallen sind, ist es wahrscheinlich, daß die fünf kleinen Hersteller irgendwann aus dem Markt ausgeschieden sind, weil sie keine Gewinnerwartungen mehr hatten. Es lassen sich vermutlich aus den Kosten-Erfahrungskurven, die das Kosteneinsparungspotential bei Wettbewerb anzeigen, auch Preis-Erfahrungskurven ableiten<sup>20</sup>. Vermutlich steigt der Absatz durch die Erschließung neuer Anwendungsbereiche mit sinkendem Preis.

Die Erfahrungskurve gilt selbstverständlich auch, falls der größte Anbieter am Markt<sup>21</sup> 10 % Marktanteil und der nächstgrößte 5 % Marktanteil hat.

Sinn des Modells sollte jedoch nur der Nachweis gewesen sein, daß das Ertragspotential eines Produktes von der Höhe eines relativen Marktanteils abhängig ist.

Kritisch ist zu fragen, was bei einer Variation des Gedankenmodells geschieht. Angenommen, B und C haben den gleichen Marktanteil von je einem Drittel, A von einem Sechstel und die fünf kleinen ebenfalls von insgesamt einem Sechstel. Weil C und B dann gleiche Stückkosten und Gewinnspannen haben, können sie nach diesen Modellbedingungen einander nicht erfolgreich bekämpfen, sondern werden u. E. eine wechselseitige Pattsituation anerkennen<sup>22</sup>.

Wettbewerbspolitisch interessant ist die von Dunst und anderen nicht angesprochene Frage, welche Auswirkungen die höhere potentielle Gewinnspanne aufgrund eines höheren Marktanteils auf die weitere Konzentration haben wird. U. E. müßte der Tendenz nach *langfristig die Konzentration zunehmen*, da entweder die tatsächlich sinkenden Gewinnchancen oder die Erwartung geringerer Gewinne die kleinen Anbieter vom Markt vertreiben.

Im Zusammenhang mit einem von der Firma Allis Chalmers angestregten Antitrustverfahren wurden in einem Hearing die direkten sowie die Gemeinkosten für den Bau von Dampfturbinen-Generatoren

<sup>20</sup> Vgl. K. H. Dunst, Portfolio Management — Konzeption für die strategische Unternehmensplanung, New York - Berlin 1979, S. 72 ff.

<sup>21</sup> Nach Dunst: Marktführer.

<sup>22</sup> Vgl. Abb. 12.

der drei führenden Hersteller veröffentlicht<sup>23, 24</sup>. Daraus ergibt sich, daß der Marktführer stets die niedrigsten Kosten bei einer im Zeitablauf allgemein sinkenden Kostentendenz entsprechend der „Markterfahrungskurve“ von ca. 90 % hatte.

Das Bild für die direkten Kosten ist eindeutiger als das für die „overhead costs“ (vgl. Abb. 2).

Kritisch ist zu bemerken, daß die Kostensenkung von zahlreichen Faktoren abhängt. So setzt sich jeder Dampfgenerator aus zahlreichen *Komponenten* zusammen, welche die Hersteller selber fertigen oder von Zulieferern beziehen können. Für jede einzelne Komponente ergeben sich damit beim Hersteller Erfahrungskurven. Technische Neuerungen führen zur Verwendung anderer Herstellverfahren, anderer Werkstoffe, zu Gewichtseinsparungen usw. Die Wertanalyse kann neue Möglichkeiten aufzeigen. Die Tendenz zu größeren Serien für Komponenten kann das technische Potential von Zulieferern so erhöhen, daß eine Eigenfertigung in kleineren Serien unwirtschaftlich wird.

So kann z. B. ein Hersteller von *Baumaschinen* (Erdbewegungsgeräten) mit einem relativ geringen Marktanteil durchaus ebenbürtig einem Hersteller mit einem weitaus größeren Marktanteil sein, wenn er zahlreiche Komponenten einsetzen kann, die er in großen Serien vornehmlich für Ackerschlepper fertigt. Dadurch wird das Eindringen in andere Märkte für fertigungstechnisch ähnliche Produkte mit völlig abweichenden Abnehmerkreisen möglich. Da für den Komponentenhersteller, wenn er Zulieferer ist, die von ihm gelieferte Komponente sein am Markt abzusetzendes Produkt ist, gilt auch für ihn die Problematik des relativen Marktanteiles.

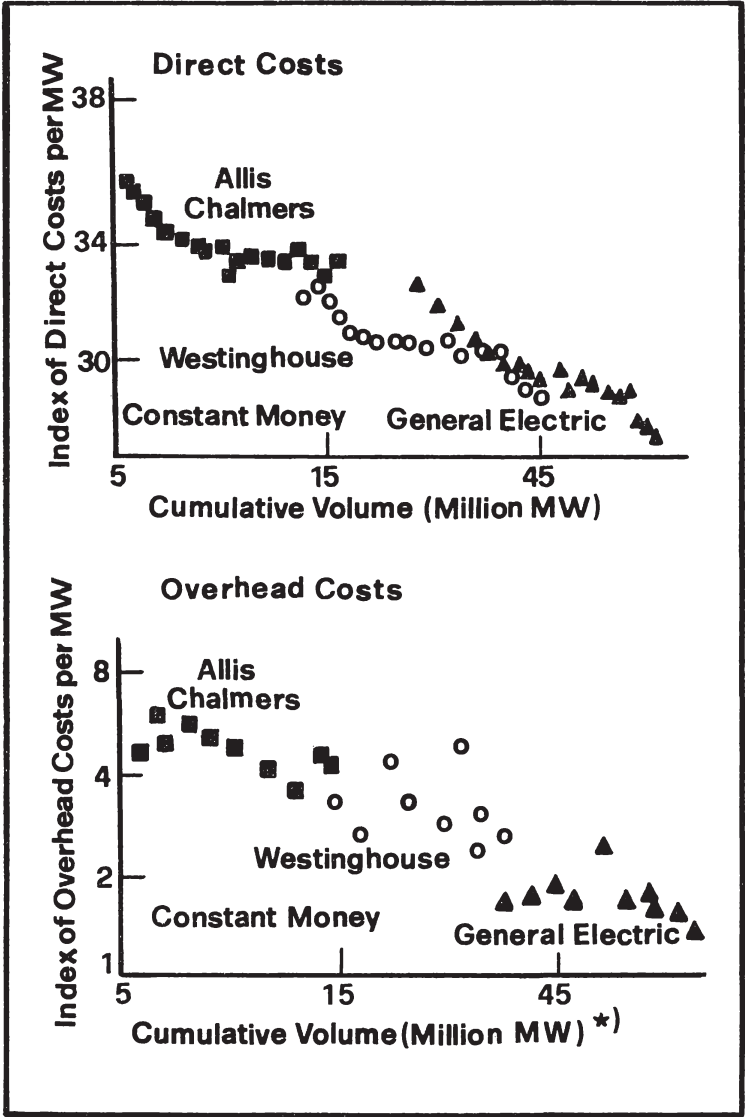
Aus den eigenen Erfahrungskurven und den unter Berücksichtigung des relativen Marktanteiles ähnlich verlaufenden Kurven der wichtigsten Wettbewerber läßt sich abschätzen, wie weit alljährlich die Kosten

<sup>23</sup> Vgl. B. Hedley, A Fundamental Approach to Strategy Development, in: Long Range Planning, Vol. 9, Nr. 6 (1976), S. 8.

<sup>24</sup> Die Aussage, daß die Firma Allis Chalmers dieses Antitrust-Verfahren angestrebt habe, stammt von Roland Berger, Vorsitzender der Geschäftsführung Roland Berger & Partner GmbH, International Management Consultants, der weitgehend auf strategische Unternehmensplanung spezialisiert ist. — Andererseits wurde ungefähr zur gleichen Zeit von der US-Regierung ein Verfahren gegen die genannten drei Unternehmen eingeleitet. Diese Unternehmen wurden wegen Kartellabsprachen über Preise, Ausschreibungsgebote sowie Aufteilung der Märkte für schwere elektrische Ausrüstungen zu Geldstrafen von insgesamt nahezu 2 Mill. US-\$ verurteilt. Die Geldstrafen wurden z.T. auch gegen leitende Angestellte der am Verfahren beteiligten Hersteller verhängt, in Einzelfällen wurden sogar Freiheitsstrafen ausgesprochen. Vgl. hierzu o. Verf., USA-Antitrustverfahren gegen Elektroindustrie, in: WuW 1961, S. 28 f. und WuW 1962, S. 33 f.



Abb. 2: Kostenvergleich dreier US-Hersteller von Dampfturbinengeneratoren für den Zeitraum 1946 - 1963



\*) MW = Megawatt

\*) Mw = Megawatt

Quelle: B. Hedley, A Fundamental Approach to Strategy Development, a.a.O., S. 8.

reduziert werden müssen, um wettbewerbsfähig zu bleiben. Diese potentielle Kostensenkung kann einem Geschäftsbereich einer Unternehmung als *Vorgabe* — als Planziel — gesetzt werden.

## V. Marktwachstum und Cash Flow

Zu untersuchen ist nun die Bedeutung des *Marktwachstums*. Hohe Zuwachsraten des Marktvolumens beschleunigen den Erfahrungskurveneffekt. Damit können die Stückkosten relativ schnell reduziert werden.

Gelingt es einem Anbieter, seinen Marktanteil zu vergrößern und Marktführer zu werden, werden seine Kosten schneller als die der anderen sinken. Seine potentielle Ertragsspanne je Stück wird größer. — Nach unseren Überlegungen wird er jedoch eine Marktanteilserweiterung nur durch niedrigere Preise oder bessere Leistung (Produktqualität und/oder Service) als die der anderen Anbieter erreichen. Durch Ausdehnung des Absatzvolumens und durch sinkende Kosten kann der Marktführer auch in diesem Fall höhere Gewinne als seine Wettbewerber erzielen.

In einem rasch wachsenden Markt ist eine Vergrößerung des Marktanteils ohne Verringerung des Produktvolumens der Konkurrenten möglich und mithin eher zu erreichen als auf einem stagnierenden oder gar schrumpfenden Markt. Notwendig sind aber hohe Investitionen.

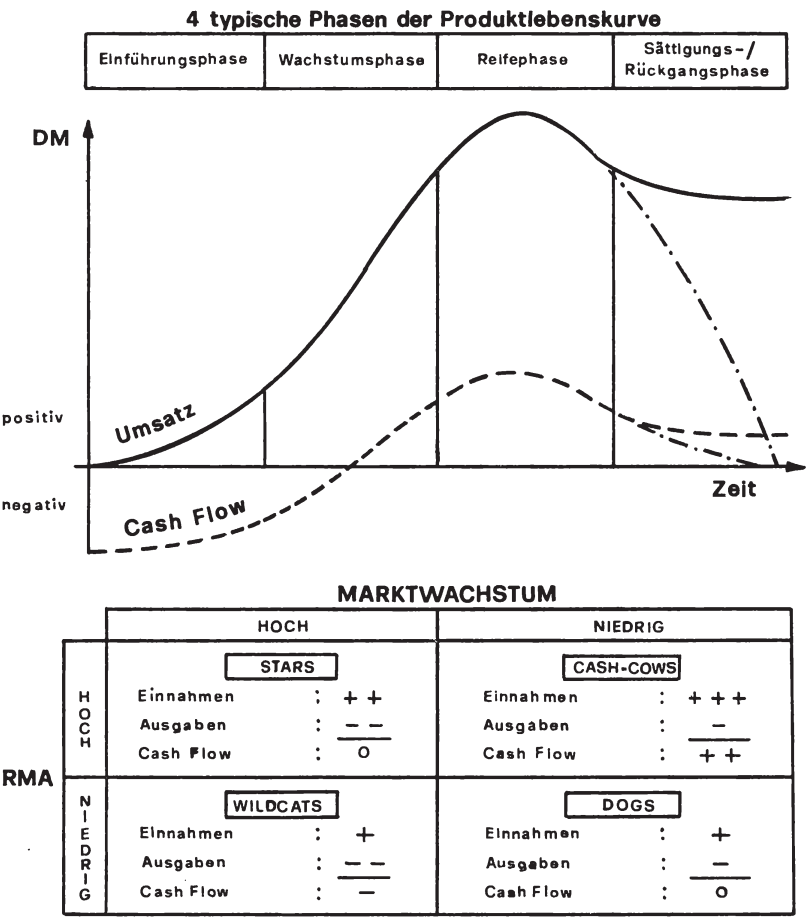
Das künftige Marktwachstum — das erwartete und realisierte — sowie der relative Marktanteil (RMA) beeinflussen eine dritte Größe, den *cash flow* eines Produktes<sup>25</sup>.

Unter Verwendung des Produktlebenszyklus, der vereinfacht als Synonym für das Marktwachstum angenommen wird, des relativen Marktanteils (RMA) und des Investitionsaufwandes, der hoch oder niedrig sein kann, werden Umsatz und cash flow abgeleitet (vgl. Abb. 3).

Wir verwenden die einprägsamen, wenig wissenschaftlich klingenden amerikanischen Originalbezeichnungen, die deshalb in den deutschen Übersetzungen vielfach verwandelt worden sind: Wildcat, Star, Cash Cow und Dog zur Kennzeichnung der vier Sektoren in der Marktanteils-Wachstums-Matrix und beschreiben sie nachfolgend.

<sup>25</sup> K. H. Dunst, Portfolio Management — Konzeption . . . , a.a.O., S. 95, bevorzugt den cash flow als Steuerungsgröße gegenüber dem sonst oft verwandten ROI oder Gewinn, weil der produktspezifische cash flow vom Management direkt beeinflusst werden kann. Der Produktgewinn sei vielfach eine fiktive Rechengröße, die durch Abschreibungsart (linear oder degressiv), Bewertung und Lagerkosten (FIFO- oder LIFO-Methode) und Aufteilung der Gemeinkosten beeinflusst werden kann. Die Wahl des cash flow sei als Basis für eine Finanzplanung zur Sicherheit der Unternehmensliquidität zweckmäßig.

Abb. 3: Ableitung der Marktanteils-Wachstums-Matrix



Quelle: K. H. Dunst, Portfolio Management — Konzeption . . . , a.a.O., S. 96.

Die Darstellung des Produktzyklus beginnt mit der Einführung eines neuen Produktes in den Markt und klammert so dessen mehr oder weniger lange Entwicklungsperiode aus, was u. E. als eine heroische Vereinfachung fragwürdig ist. — Wir kommen hierauf noch zurück.

1. *Wildcat*. Der Begriff weist auf Unsicherheiten hin. Bei der Ölprospektierung bezeichnet man Explorationsbohrungen in noch nicht erschlossenen Feldern als eine Wildcat, die zumeist erfolglos ist, gelegentlich aber wie eine Pionierleistung ungewöhnliche Gewinne auslösen

kann. — Nach Einführung eines neuen Produktes erhofft man bei zunächst niedrigem relativen Marktanteil ein hohes Marktwachstum und entsprechend der Erfahrungskurve ein hohes Kostensenkungspotential. Zunächst muß jedoch in die Vervollkommnung des Produktes wie der Fertigungsverfahren und des Vertriebes viel investiert werden, müssen Schwierigkeiten beim Vertrieb überwunden werden. Die Einnahmen sind noch spärlich, der cash flow daher negativ.

Während beim Abschluß einer Ölbohrung leicht festzustellen ist, ob diese erfolgreich war, steht dies bei Einführung von Produkten der Industrie jedoch keineswegs eindeutig fest. — In der pharmazeutischen Industrie, in der Zigarettenindustrie, im Konfektionsgewerbe wie auch in der Elektronik liegt die Trefferquote von erfolgreichen Innovationen u. W. unter 1 %. Von wenigen ungewöhnlich erfolgreichen „Rennern“ abgesehen, haben die meisten Produkte nur eine kurze Lebensdauer, werden oft nicht einmal national gesehen marktreif und bleiben verlustbringend.

2. *Stars*. Überlegene Qualität und/oder Vertriebsmethoden können jungen Produkten nach einem „Durchbruch“ am Markt zu hohen Umsätzen verhelfen. Sie werden „Stars“ mit einem alsbald hohen Marktanteil<sup>26</sup> mit der Eignung, bei rasch wachsenden Märkten Marktführer zu werden (Beispiel PKW, Farbfernseher in den sechziger Jahren). Nur wenn hohe Finanzmittel zur Verfügung stehen, läßt sich in einem solchen Markt der Marktanteil halten oder vergrößern. Bei hohen Umsätzen wird der cash flow also zu weiteren Investitionen, zum Ausbau des Vertriebsnetzes usw. verwandt. Die Sicherung des relativen Marktanteils in einem wachsenden Markt erfordert diesen Mitteleinsatz.

3. *Cash Cow*. Produkte in der Reifephase, bei denen eine Absatz- oder Markterweiterung nur noch im Gleichschritt mit dem Sozialprodukt erfolgt, erfordern im wesentlichen *nur noch Erhaltungs- und Rationalisierungs-Investitionen*. Sie werfen hohe Einnahmen ab, erzielen einen hohen cash flow, der u. a. zur Finanzierung der notwendigen (Vorab-) Investitionen für die Zyklus-Perioden 1 und 2 anderer Produkte eingesetzt wird. Die Zeiten eines turbulenten Wachstums und hartnäckiger Verfolgungskämpfe sind beendet. Es kann sich am Markt der Zustand des *reifen Oligopols* entwickeln. Bei niedrigen Stückkosten und hohen Gewinnen möchte keiner das labile und höchst ertragreiche Marktgleichgewicht stören. Es kann so eine Art Dämmerzustand eintreten, an den sich alle Anbieter gewöhnen. Sie betrachten die Marktsituation als unproblematisch und merken nicht, wie ihnen allmählich die Felle wegzuschwimmen beginnen, da neue Produkte aufkommen.

<sup>26</sup> Nach F.-F. Neubauer, a.a.O., S. 19, über 10 % real.

4. *Dogs*. Im Produktzyklus handelt es sich um Produkte in der Sättigungsphase, die auf dem Absterbeetat eines Unternehmens zu stehen scheinen. Die Verbraucher sind ihrer überdrüssig geworden und wenden sich anderen Produkten zu. Falls Versuche der Produkterneuerung (u. a. face lifting) scheitern, müssen Modelle und Serien auslaufen. Bei relativ hohen Fertigungskosten im Vergleich zu den Preisen lohnt sich die Fertigung kaum noch. Das Modell wird schließlich aus dem Markt genommen, und dadurch werden Ressourcen freigesetzt. Das bekannteste Beispiel für den europäischen Markt ist wohl der „VW-Käfer“ gewesen, der nach vielen Jahren hoher Markterfolge trotz erheblicher Neuerungen von den bisherigen Kunden als technisch überholt angesehen wurde.

*Einige kritische Bemerkungen:*

Unseres Erachtens sollte hervorgehoben werden, daß die vier geschilderten Produktportfoliokategorien nicht einen *normalen* Produktlebenslauf darstellen, sondern nur schematisch den Lebensweg *erfolgreicher* Produkte. Denn bei vielen Produkten werden die Phasen 2 und 3 niemals erreicht. Wie gesagt, haben wohl die meisten Neuheiten, die alljährlich auf den Markt gebracht werden, kaum einen nachhaltigen Erfolg. Der Marktanteil bleibt gering. Der Einführungsphase folgt oft unmittelbar das Auslaufen des Produktes. Die dadurch anfallenden Kosten wie auch die für Forschung und Entwicklung neuer Produkte müssen die Cash Cows hereinbringen (vgl. auch Abb. 4).

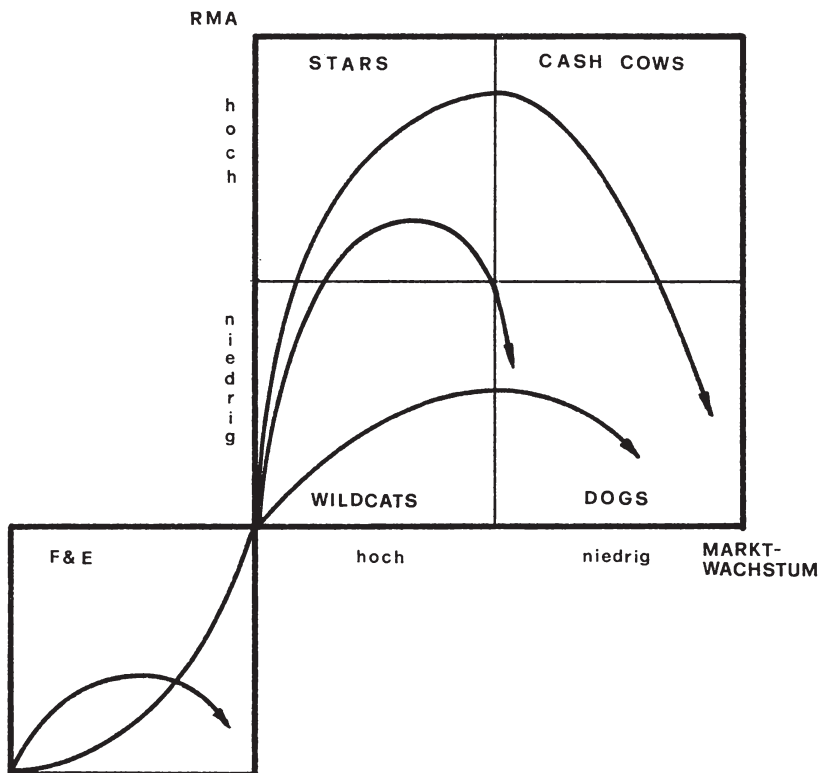
Zahlenbeispiel für die Wahrscheinlichkeit der Erreichung der verschiedenen Phasen im Produktlebenslauf:

F&E	von 100 Ideen wird eine marktreif von marktreifen Produkten erreichen
Phasen I und IV	70 %
Phasen I, II und IV	20 %
vollständiger Phasenablauf	10 %
	<hr/> 100 %

Zu fragen ist demnach, ob das PPK diese Risiken hinreichend berücksichtigt. Das wird z. T. bezweifelt<sup>27</sup>. Die Schemadarstellung kann selbstverständlich nichts darüber aussagen, wie lange sich ein Produkt jeweils in den vier Quadranten aufhält. U. E. ist die Darstellung vorwiegend auf technische Produkte bezogen.

<sup>27</sup> Vgl. H. Koch, Zum Verfahren der strategischen Programmplanung, in: ZfbF 1979, S. 145 ff., insbes. S. 151 - 154. — Im Gegensatz zur ursprünglichen Portfolioanalyse für Wertpapiere entfällt u. E. die explizite Berücksichtigung des Anlage- bzw. des Investitionsrisikos.

Abb. 4: Mögliche Produktlebensläufe unter Berücksichtigung von F&amp;E



## VI. Ableitung von marktüberschreitenden Strategien

Ein Mehrprodukt-Marktunternehmen kann langfristig nur bestehen, wenn es strategisch sinnvoll handelt, d. h. planmäßig unter Berücksichtigung des cash flow neue Produkte auf den Markt bringt und überalterte ausscheidet und auf eine zufallsbedingte weite Diversifikation verzichtet. Dieses die einzelnen Märkte (Produkte) überschreitende strategische Denken und Handeln gilt es näher zu erläutern. Die Matrix zeigt augenfällig, welche bereits angedeuteten *Normstrategien* für die einzelnen, in die vier Matrixfelder eingeordneten strategischen Geschäftsfelder zweckmäßig sind, um langfristig erfolgreich zu sein.

1. *Wildcats* benötigen — wie gesagt — Investitionsmittel von anderen Bereichen; denn ihr cash flow ist noch negativ. Sie verkörpern die



Hoffnung auf das *Wachstum von morgen*, eine Hoffnung, die leicht enttäuscht werden kann. Zu überlegen ist, ob neue Produkte überhaupt hinreichende Markchancen besitzen, welche Ergebnisse bei der experimentellen Erprobung auf bestimmten regionalen Testmärkten erreicht werden müssen, um die Produkte alsdann auf dem nationalen Markt einzuführen. Dabei wird auch mit verschiedenen Preisen experimentiert, um die Reaktion der Nachfrage zu ermitteln. Eine Beschränkung auf wenige Produkte mit hohen Aussichten, einen beachtlichen relativen Marktanteil zu erringen, d. h. alsbald Stars zu werden, ist notwendig. Ebenso sind Verbesserungen der Qualität, falls andere Anbieter überlegen oder gleichwertig sind, der Vertriebsorganisation usw. erforderlich. Bis die Zeit eines chronischen Liquiditätsbedarfs überwunden ist, müssen regelmäßig aus anderen Geschäftsfeldern Mittel zufließen. Daß bei der Markteinführung Mehrproduktunternehmen Vorteile haben gegenüber Einproduktunternehmen, ist demnach verständlich. Denn diese müssen möglicherweise zur Überwindung der Durststrecke, d. h. bis der Durchbruch am Markt erfolgt, ihre Eigenmittel erhöhen und/oder Fremdkapital aufnehmen. Möglich ist es, daß dadurch die Marktauslese strenger oder härter wird. Außerdem verfügen Mehrproduktunternehmen meist über bessere Markt- und Organisationserfahrungen, kennen z. T. die mögliche Kundschaft und sind bei ihr oftmals schon eingeführt. Vielleicht können sie durch die neuen Produkte ihre Vertriebsorganisation besser auslasten. Diese *Synergieeffekte*<sup>28</sup> unterstreichen das größere Wettbewerbspotential von Mehrproduktunternehmen.

2. *Stars* können an sich ihr weiteres Wachstum selber finanzieren. Sie weisen zwar buchmäßig Gewinne auf, die aber wieder investiert werden müssen, um nicht an relativem Marktanteil zu verlieren, zumal wenn der Markt rasch expandiert. Sie repräsentieren das *Wachstum in der operativen Planungsperiode*, das Wachstum von heute und den *cash flow von morgen*. Falls diese Mittel nicht aufgebracht werden können, ist zu überlegen, ob andere Unternehmen in einem Joint Venture beteiligt werden sollen, ob Lizenzen für andere Länder zu vergeben sind oder gar die Herstellungsanlage insgesamt zu verkaufen ist. Am meisten müßte nach dem PPK derjenige Wettbewerber zu zahlen bereit sein, der durch einen solchen Ankauf und damit durch den Zuwachs an relativem Marktanteil eine kritische Schwelle überspringt. Wie bei den Wildcats ist auch bei den Stars die Gefahr vorhanden, daß ein Unternehmen seine Kräfte verzettelt und zu wenige Cash Cows heranzüchten kann. Zu bedenken bleibt dabei, daß sinkende Produktionskosten bei hinreichendem Wettbewerb nach geraumer Zeit ein deutliches Absinken des Preisniveaus auslösen. Dies ist in der Finanzplanung zu berücksichtigen.

<sup>28</sup> Vgl. hierzu H. H. Hinterhuber, a.a.O., S. 82.

3. Erklärtes Ziel des PPK ist es, durch eine Anzahl von *Cash Cows* hohe Rückflüsse und dadurch eine hohe Rentabilität zu erreichen, durch welche die drei anderen PP-Kategorien finanziert und planmäßig entwickelt werden können. Sie sollen die Einnahmen erzielen, welche die für Investitionen notwendigen Ausgaben in anderen Märkten, das Eindringen in neue Märkte, die Erweiterung des Marktanteils ermöglichen. Sie schaffen die „deep pocket“, den cash flow der aktuellen, der operativen Planungsperiode und sollten zu dieser Leistung möglichst lange fähig sein.

Cash Cows von anderen Unternehmen zu erwerben wird kostspielig sein; sie rechtzeitig zu veräußern, wenn ihre Leistungskraft nachläßt und ein Umschlag zum „armen Hund“ droht, ist eine unternehmerische Leistung!

4. Die unbefriedigende Situation der *Dogs* ist so deutlich geschildert worden, daß die Unternehmensstrategie nur lauten kann: möglichst bald handeln und die Lage verändern.

Entweder bestehen Aussichten, diese Produkte, die — wie sie gegenwärtig angeboten werden — weder Finanzmittel abwerfen noch Wachstum verheißen, entscheidend zu verbessern, oder es ist die Produktion einzustellen. Die Anlagen sind zu verschrotten oder abzustoßen. Durch Verkauf einer als Dog zu bezeichnenden Tochterfirma würden Finanzmittel freigesetzt.

Ein Zahlenbeispiel, erweitert um die Berücksichtigung von Forschung und Entwicklung (F&E), zeigt Abb. 5, wobei jede PP-Phase vereinfachend als ein Geschäftsfeld angesehen wird.

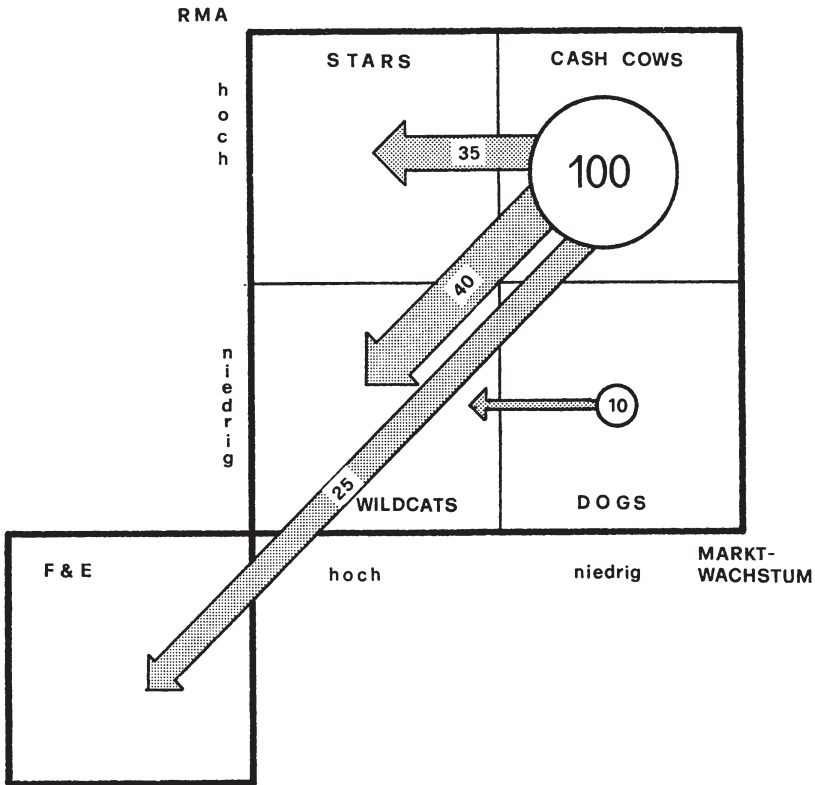
Vom gesamten cash flow in Höhe von 110 RE, der von den Cash Cows (100 RE) und den Dogs (10 RE) erwirtschaftet wird, fließen 50 RE den Wildcats, 35 RE den Stars zu, und 25 RE dienen der Entwicklung neuer Produkte (F&E).

Nicht berücksichtigt wird in Abb. 3 und 5 zudem, daß ein Teil des cash flow der Gewinnausschüttung dient.

Zur Ermittlung der langfristigen Strategien ist zunächst das gesamte eigene *Produktprogramm* eines Unternehmens, aufgegliedert in verschiedene strategische Geschäftsfelder, in eine Matrix einzubringen. In einer graphischen Darstellung wird das derzeitige Marktvolumen der einzelnen Geschäftsfelder mit unterschiedlich großen Kreisen gekennzeichnet.

Eine Einordnung (Positionierung) innerhalb der vier Sektoren erfolgt aufgrund der zu ermittelnden quantitativen Maßstäbe (relativer Marktanteil und Marktwachstum). Dabei wird nach Dunst der relative Markt-

Abb. 5: Zahlenbeispiel für die Verwendung des cash flow

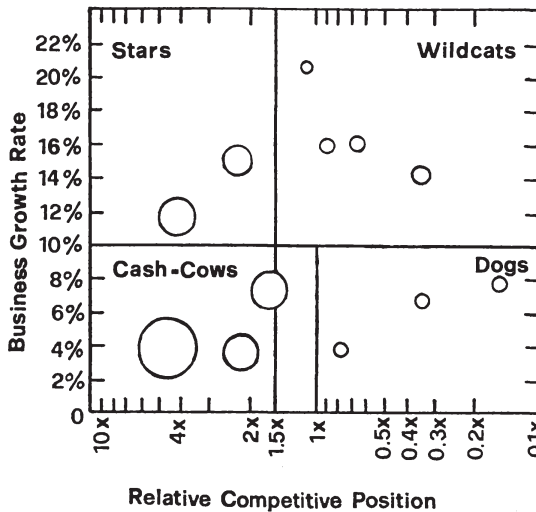


anteil auf einen relevanten geographischen Markt bezogen, auf die Region, „in der die Unternehmung und/oder derzeitige und künftige potentielle Wettbewerber das Produkt anbieten“<sup>29</sup>. Das Marktwachstum wird mittelfristig definiert als die „reale Zuwachsrate, errechnet als Durchschnittsgröße der nächsten fünf Jahre“<sup>30</sup>. Die Einordnung in die PP-Matrix gestattet nun eine Bewertung der (Ist-)Marktposition der einzelnen Produkte in anschaulicher Form und die Beurteilung, ob das Programm ausgewogen und wie es zu verändern ist.

<sup>29</sup> K. H. Dunst, *Portfolio Management ...*, a.a.O., S. 477. — A. Gälweiler, a.a.O., S. 234, berücksichtigt in einer Produktlebens-Kurve auch die embryonale Lebensphase der Entwicklung.

<sup>30</sup> K. H. Dunst, *Portfolio Management — Konzeption ...*, a.a.O., S. 97. Damit wird in das „Ist-Portfolio“ eine Prognose über die mittelfristige Entwicklung einbezogen.

Abb. 6: Beispiel einer Ist-Portfolio-Darstellung mit Hilfe der Marktanteils-Wachstums-Matrix



Quelle: B. Hedley, Strategy and the „Business Portfolio“, in: Long Range Planning, Vol. 10, Nr. 1 (1977), S. 12.

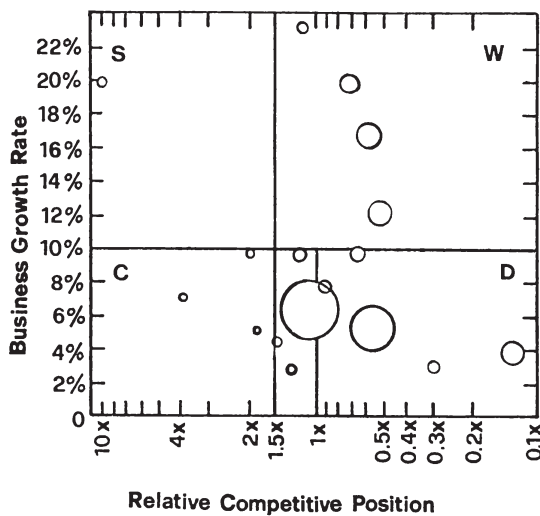
Der relative Marktanteil wird in logarithmischem Maßstab aufgetragen, um damit einen direkten Zusammenhang zur relativen Kosten-situation im Vergleich zum stärksten Wettbewerber aufzuzeigen. Als Trennlinie zwischen hohem und niedrigem relativen Marktanteil wird der Quotient 1,5 festgelegt. Denn die Praxis habe ergeben, daß sich Kostenvorteile erst bemerkbar machen, wenn ein Marktführer mindestens 1 1/2 mal so groß ist wie der nächstgrößere Anbieter<sup>31</sup>. Die gegenüber den vorherigen Abbildungen veränderte Achsenbezeichnung zeigt den relativen Marktanteil auf der Horizontalen und das Marktwachstum auf der Vertikalen. Es beginnt also in zeitlicher Reihenfolge ein Produkt oben rechts; der Lebenslauf läuft nun entgegengesetzt der Uhrzeigerrichtung.

In der Praxis multinationaler Großunternehmen werden oft mehrere PP ermittelt, um Normstrategien für das Verhalten in den einzelnen Geschäftsfeldern zu gewinnen.

Neben einem *Ist*- wird auch ein *Soll*-PP erstellt, das die anzustrebenden mittel- oder langfristigen Ziele, d. h. die gewollten Positionen in der Matrix aufzeigt. Ferner ist ein *Trend*-PP zu ermitteln, das auf-

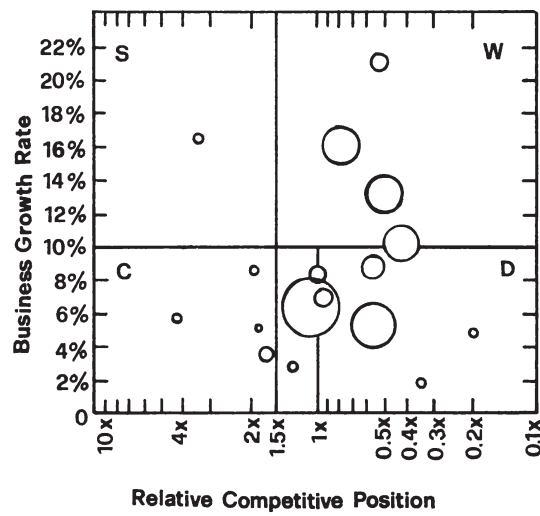
<sup>31</sup> B. Hedley, Strategy and the „Business Portfolio“, a.a.O., S. 12.

Abb. 7: Beispiel eines Ist-PP



Quelle: B. Hedley, Strategy and the „Business Portfolio“, a.a.O., S. 14.

Abb. 8: Beispiel eines Trend-PP



Quelle: B. Hedley, Strategy and the „Business Portfolio“, a.a.O., S. 14.

zeigt, wie die Entwicklung ohne veränderte Aktivitäten voraussichtlich verlaufen wird. Daraus wird ein „gap analysis“ abgeleitet, d. h. es wird darzustellen versucht, wie sich im Zeitablauf die Marktpositionen mit oder ohne geänderten Aktivitäten gestalten werden. Gleiches gilt für das *PP des oder der Wettbewerber*, deren voraussichtliche Aktivitäten (Aktionen oder Reaktionen) berücksichtigt werden müssen.

Bei der *Feindanalyse* wird in zwei Schritten vorgegangen:

- (1) Zunächst werden die großen Stoßrichtungen ermittelt, die vermutliche Strategie für die nächsten 5 - 8 Jahre. Dabei kann die Szenariotechnik angewandt werden.
- (2) Über die eigene Marketingabteilung werden dann zusätzliche Stärken und Schwächen in Marketing, know how und man power ermittelt.

Zu ermitteln ist, was die Vorzüge des Produkts oder der Produktgruppe der anderen sind. Ferner sind folgende Fragen zu beantworten:

- Ist deren technisches Potential und Vertriebspotential dem eigenen über- oder unterlegen?
- Auf welchen regionalen Märkten haben die Wettbewerber (Feinde) Präferenzen oder Nachteile?
- Was sind meine und was der anderen Hauptabnehmergruppen?

Aus diesen sechs Portfolien (Eigen-Ist-, -Trend- und -Soll-PP sowie Feind-Ist-, -Trend- und -Soll-PP) ist das strategische Konzept zu entwickeln: Welche Ziele kann ich mit meinen begrenzten Mitteln (Finanzen, man power, know how usw.) erreichen? Welche erweisen sich als unerreichbar? Welche Konsequenzen sind daraus zu ziehen?

## VII. Branchen-Attraktivitäts- und Geschäftsfeldstärken-Matrix

Während sich die Marktanteils-Wachstums-Matrix an quantifizierbaren Parametern orientiert, werden für die daraus abgeleitete Branchenattraktivitäts-Geschäftsfeldstärken-Matrix primär qualitative Faktoren verwandt, die systematisch zu gewichten und zu bewerten sind und damit auch quantifiziert werden.

Für die *Branchenattraktivität* eines Geschäftsfeldes werden z. B. elf branchenspezifische Faktoren beurteilt:

1. Das höchste Gewicht hat das erwartete künftige *Marktwachstum*.
2. Die *Marktgröße*.
3. Das *Marktrisiko*, das u. a. von der politischen und wirtschaftlichen Lage einer Volkswirtschaft abhängt.



4. Die *Markteintrittskosten*, die sich u. a. aus der Kapitalintensität, den Arbeitsmarktbedingungen und den technologischen Imitationssperren (z. B. Patente) ergeben.
5. Die *Konkurrenzsituation*, die durch die Wettbewerbskonzentration und -intensität bestimmt wird. Dunst führt folgende Kriterien an:  
„atomistischer/oligopolistischer Markt  
internationale/nationale Konkurrenz  
Existenz eines eindeutigen Marktführers  
Marktanteilsveränderungen einzelner Konkurrenten“<sup>32</sup>.
6. „Die *Preiselastizität* bestimmt die Wechselbeziehung zwischen der Abnehmernachfrage und der Preispolitik der Anbieter. Je höher die Preiselastizität, um so schneller kann ein Anbieter durch relativ geringe Preisreduzierungen zusätzliche Marktanteile gewinnen. Eine Branche mit einer hohen Preiselastizität erlaubt einen großen Entscheidungsspielraum in bezug auf die Preispolitik und kann unter diesem Aspekt als attraktiv bewertet werden“<sup>33</sup>.“
7. Die *Bestellhäufigkeit*.
8. Die *Investitionsattraktivität* in Abhängigkeit von der Umsatzrentabilität und dem Kapitalumschlag.
9. Die *Rohstoffattraktivität*.
10. Das *Innovationspotential*, das u. a. abhängig ist von den unausgeschöpften Reserven wertanalytischer Verbesserungsmöglichkeiten.
11. Die *soziale Attraktivität*, die sich aus den negativen oder positiven Folgeerscheinungen aus der Produktion und Produktanwendung auf die Umwelt, die öffentliche Meinung usw. ergibt.

Die *Geschäftsfeldstärke* wird ähnlich aus neun Faktoren, die vielfach untergliedert sind, ermittelt. Als besonders wichtig gilt der *relative Marktanteil*, während erst unter Punkt 8 im Rahmen des Marketing-Mix der Preis (!) angeführt wird.

Die folgenden zwei Abbildungen zeigen ein SGF (strategisches Geschäftsfeld)-Portfolio in einer 9-Felder-Matrix und die drei daraus abgeleiteten Verhaltensregeln: Wachsen, Selektieren und Ernten.

<sup>32</sup> K. H. Dunst, Portfolio Management — Konzeption ..., a.a.O., S. 101.

<sup>33</sup> Ebenda. — H. H. Hinterhuber (a.a.O., S. 76/77) spricht von Markt- statt Branchenattraktivität, die auch von der Marktqualität abhängt. Gefragt wird dabei zunächst, ob die Branche durch eine hohe und konstante Rentabilität gekennzeichnet sei, ob die Gewinnspannen auch in Zeiten von Überkapazitäten gehalten werden können und ob die Unternehmung einen großen Spielraum für die Preispolitik habe.

Abb. 9: Graphische Darstellung eines SGF-Portfolios mit Hilfe einer Branchenattraktivitäts-Geschäftsfeldstärken-Matrix

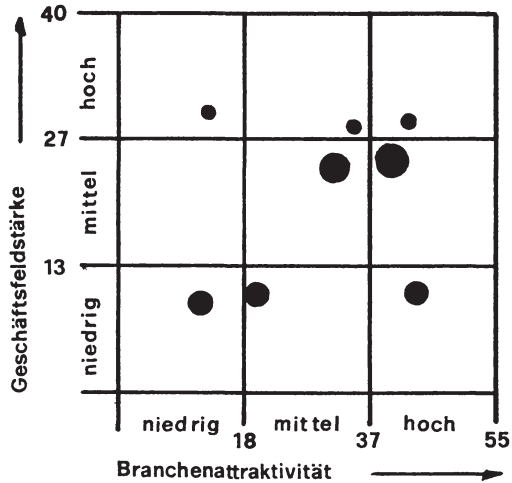
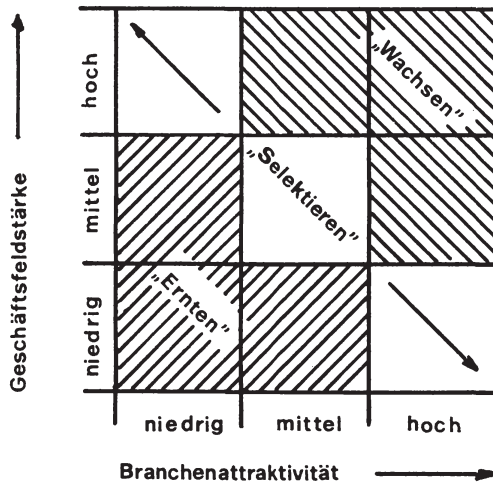


Abb. 10: Ableitung der Branchenattraktivitäts-Geschäftsfeldstärken-Matrix



Quelle: K. H. Dunst, Portfolio Management — Konzeption . . . , a.a.O., S. 105.

### VIII. Wettbewerbsverflechtungen

Bekanntlich ist außer dem eigenen strategischen Geschäftsfeld-(SGF-) Portfolio dasjenige der jeweiligen Hauptwettbewerber zu analysieren, um daraus eine integrierte Wettbewerbsstrategie für das gesamte Unternehmen zu erarbeiten. Man möchte das Verhalten der Konkurrenten durchschauen und zum eigenen Nutzen beeinflussen. Informationen lassen sich nach Dunst am besten durch ein systematisches Abfragen der Kunden ermitteln. Da der Wettbewerb als eine beeinflussbare Größe gilt, ist eine allgemein sinnvolle Wettbewerbsstrategie zu entwickeln. Diese hat u. a. zu berücksichtigen, daß ein Angriff in einem Geschäftsfeld auf den Hauptkonkurrenten dessen Reaktion in einem anderen auslösen kann. Falls z. B. in dem SGF I die Firma A mit 40 % Marktanteil dem B mit 10 % überlegen ist, im SGF II die Situation aber umgekehrt ist, erscheint ein Angriff als unzweckmäßig. Denn ein Angriff aus der überlegenen Position im Markt I droht einen erfolgreichen Gegenangriff von B im Markt II auszulösen. Diese einfache Überlegung kann als eine marktübergreifende Oligopolverhaltensstrategie verstanden werden. Kooperationsaktivitäten, z. B. gemeinsame F&E, Werbung, Einkauf, können insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen mit betriebsspezifischen Nachteilen sinnvoll sein.

„Aber auch für große Industrieunternehmen kann eine Kooperation vorteilhaft für alle Parteien werden. Das im Januar 1975 gegründete deutsch-französisch-italienische Nutzfahrzeugunternehmen IVECO ist ein Beispiel für eine erfolgreiche Kooperationsstrategie, die es einem europäischen Unternehmen ermöglicht, gegenüber den amerikanischen und japanischen Konkurrenten im Weltmarkt wettbewerbsfähig zu sein<sup>34</sup>.“

### IX. Zur langfristigen Preisentwicklung

Vor drei Jahrzehnten wiesen wir darauf hin, daß sich langfristig erfolgreiche Monopolisten intensiv um eine Kostensenkung bemühen werden und mit einer *Politik der allmählichen Preissenkung* Konkurrenten abwehren könnten<sup>35</sup>. Der Monopolpreis ergibt sich — so schrieben wir — aus einer Maximierung der Gewinne einer Planungsperiode unter Be-

<sup>34</sup> K. H. Dunst, Portfolio Management — Konzeption . . . , a.a.O., S. 138. Diese Aussage ist Anfang 1982 nur bedingt haltbar. Denn die Firma KHD hat ihre Minderheitsbeteiligung bei der IVECO durch Einbringung der Firma Magirus Deutz AG, Ulm (AK 250 Mill. DM) auch nur als reine Kapitalanlage angesehen und deshalb die Auszahlung dieser Kapitalanlage gefordert.

<sup>35</sup> Vgl. B. Röper, Ansätze zu einer wirklichkeitsnahen und dynamischen Theorie der Monopole und Oligopole, in: Weltwirtschaftliches Archiv, Bd. 67, Heft 2, 1951, S. 218 ff.

rücksichtigung der langfristigen Entwicklung des Marktes<sup>36</sup>. Ähnlich, aber weitaus differenzierter, werden sich Oligopolisten verhalten, wobei wir auf die Größe des jeweiligen Marktanteils hinwiesen.

Das PPK kommt namentlich aufgrund der durch die Erfahrungskurven bedingten Kostensenkung zu ähnlichen Ergebnissen, ohne allerdings von Marktformen zu sprechen. Vielmehr werden vor allem die Vorteile eines hohen relativen Marktanteils, insbesondere des Marktführers, herausgestellt.

Unternehmen, die ihre Kosten nicht entsprechend der Erfahrungskurve der Branche senken können, werden langfristig aus dem Markt ausscheiden<sup>37</sup>. Hersteller mit der größten kumulierten Produktion werden die niedrigsten Kosten aufweisen. Sie können einen Teil ihrer Gewinne zur Produktverbesserung, zur Erweiterung des Kundendienstes wie auch zur Entwicklung neuer Produkte verwenden. (Falls dies tendenziell zutreffen würde, müßte sich daraus eine eindeutige Konzentrationstendenz ergeben.)

Neue Produkte sind oft mit derart hohen F&E- sowie Produktionskosten belastet, daß sie zunächst zu *Unterkostenpreisen* — während der Wildcat-Periode — angeboten werden und auch während ihres Aufstiegs zum Star noch nicht voll die Investitionskosten<sup>38</sup> abdecken können.

Tendenziell werden langfristig die Preise parallel mit den Kosten sinken, falls der Wettbewerb oder der Substitutionswettbewerb wirksam ist. Bei technologie-intensiven neuen Gütern — gedacht wird dabei vor allem an die Mikroelektronik — und rasch zunehmenden Produktionsziffern werden die Preise ungewöhnlich schnell absinken. Erinnt sei daran, daß, gemessen in Funktionen, die verschiedene Halbleiter erfüllen, die Kosten je Funktion in manchen Bereichen auf ein Tausendstel gesunken sind. Das erklärt sich u. a. daraus, daß bei einer Ausbeute von Chips von zunächst 4 % der Ausschuß 96 % beträgt. Ein Ansteigen der Ausbeute aufgrund neuer Erfahrungen auf 8 % stellt somit eine Verdoppelung der Produktion dar. Dabei fallen keine sonderlichen Investitionskosten an, vielmehr kann nur ein verbessertes know how entscheidend gewesen sein.

<sup>36</sup> Vgl. B. Röper, Ansätze zu einer wirklichkeitsnahen . . . , a.a.O., S. 230.

<sup>37</sup> Wir beziehen uns mit den folgenden Ausführungen vor allem auf H. Nagtegaal, *Experience Curve & Produktportfolio* — Wie überlebt mein Unternehmen?, Wiesbaden 1977, S. 42 f.

<sup>38</sup> Diese Tendenzen kommen um so deutlicher zum Ausdruck, je höher der Anteil der Investitionskosten an den Gesamtkosten ist und je größer die Vorteile des Marktführers beim Einkauf von Rohstoffen, Energiestoffen und Vorprodukten sind.

Möglich — und vielfach nachweisbar — ist der Fall, daß der (oder die) Marktführer zunächst in der Einführungsphase nicht alle Kosten im Preis abdeckt (abdecken)<sup>39</sup>, später aber zum Ausgleich ihrer Verluste ihre Preise im Vergleich zu den sinkenden Stückkosten kaum senken und dadurch an Marktanteil gegenüber preisaggressiven anderen Anbietern verlieren. Daraufhin werden sie ihre Taktik ändern und scharf ihre Wettbewerber unterbieten.

Das Preisniveau wird nach dieser Phase hitziger Kämpfe um den Absatz und nach dem Ausscheiden der Grenzproduzenten alsdann wieder parallel zu den Erfahrungskurven, d. h. langsam, aber stetig weiter sinken. Nagtegaal schreibt: „Zielsetzung der *Preisbestimmung* für ein neues Produkt sollte die Verhinderung der Gewinnung von Erfahrungen und Marktanteilen durch die Mitbewerber sein, bevor das eigene Produkt größeres Absatzvolumen erreicht hat. Dadurch läßt sich ein Kostenvorsprung gegenüber den Mitbewerbern aufbauen, der durch diese in gewinnträchtiger Weise nicht mehr eingeholt werden kann<sup>40</sup>.“

„Für ein Wachstumsprodukt liegt die erfolgreichste Wettbewerbsstrategie in der frühzeitigen Erreichung einer dominierenden Marktposition durch eine aggressive Preisstrategie oder durch eine Marktsegmentierung, die in Relation zu den verfügbaren Ressourcen die Dominierung des ausgewählten Marktsegmentes gewährleistet. Rückzug aus dem Markt ist die einzig wirtschaftliche Alternative, wenn eine führende Marktposition nicht erzielt werden konnte. Frühzeitig errungene Marktanteile sind am preiswertesten. Grundsätzlich sollten zusätzliche Marktanteile aus einem höheren Anteil an Wachstum des Marktes gewonnen werden und nicht über Verringerung von Mitbewerberumsätzen in absoluten Werten.

Nach Erreichung der Marktdominanz sollten Preissenkungen die Mitbewerber am Ausbau ihrer Kapazitäten hindern bei gleichzeitig voller Ausnutzung der eigenen Kapazität. Bei Einsetzen eines Preiswettbewerbs ist aktive Preissenkungsstrategie mit dem Ziel der Maximierung

<sup>39</sup> Diese Preisstrategie ist von prominenten Markenartikelherstellern häufig angewandt worden bei insgesamt hohen Gewinnen. Voraussetzung war eine relative Preisstabilität der Volkswirtschaft und eine vertikale Preisbindung.

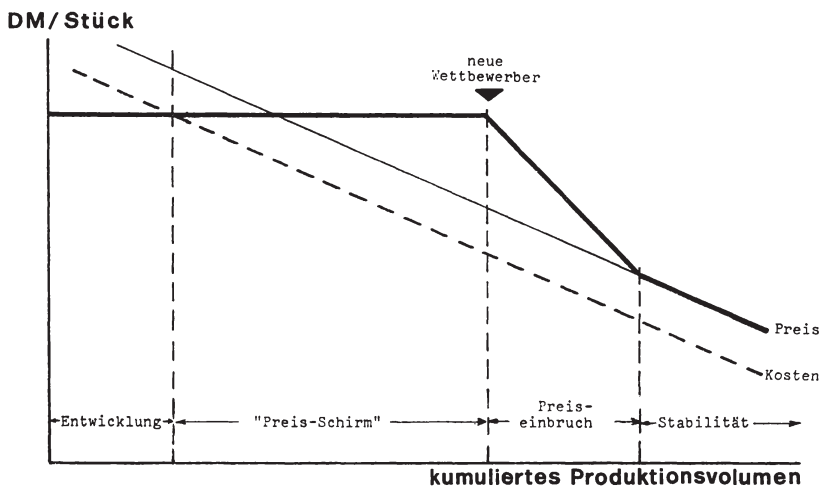
<sup>40</sup> H. Nagtegaal, a.a.O., S. 45 (Hervorhebung durch den Verf.). Aus Zeitmangel gehen wir auf Nagtegaals weitere Überlegungen zur Preispolitik nicht ein. — In der pharmazeutischen Industrie pflegt der Innovator, der ein neuartiges Produkt auf den Markt bringt, i. a. während der Periode des Patentschutzes einen relativ hohen Preis zu verlangen. Dieser kann bereits vor Ablauf des Patentes abbröckeln, falls Wettbewerber das Patent umgehen können. Nach Patentablauf setzt der Wettbewerb der Nachahmer ein. Der Nachahmer ist nicht mit den hohen F&E-Kosten des Innovators belastet, d. h. er baut auf der Erfahrungskurve des Innovators auf; er hat eine kürzere Einführungszeit und kann deshalb zu erheblich niedrigeren Preisen anbieten. Dies führt meist zu einer Erosion der Preise.

des Marktanteils langfristig ertragreicher als eine Strategie zögernder Preisanpassung. Das Ausbrechen des Preiswettbewerbs kann manchmal verzögert oder gar verhindert werden, wenn die Maßnahmen zur Marktanteilsausweitung sich auf die anderen Marketinginstrumente wie Qualität, Verkaufsförderung, Kundendienst, Belieferung konzentrieren<sup>41</sup>."

Ähnlich berichtet Dunst<sup>42</sup> von der Preis-Erfahrungskurve, daß Stückpreise zwar langfristig sinken, aber kurzfristig nicht in linearer Relation zu den Kosten stehen. Er stellt vielmehr *vier typische Phasen des Preisverhaltens* heraus:

1. Entwicklung: Wegen der hohen F&E- sowie der Markteinführungskosten liegen diese über dem am Markt zu erzielenden Einführungspreis.
2. Preisschirm: Zumeist wird danach versucht, das Preisniveau hoch zu halten. Bei sinkenden Kosten können neue Anbieter ihre Marktanteile aufbauen.
3. Preiseinbruch: Nach Kapazitätserweiterungen und durch verstärkten Wettbewerbsdruck sinken die Preise in einer Krisenphase so weit ab, daß die Marginalproduzenten ausscheiden.
4. Stabilität: Nach einem Konzentrationsprozeß laufen Preise und Kosten parallel.

Abb. 11: Idealtypische Phasen der Preisentwicklung



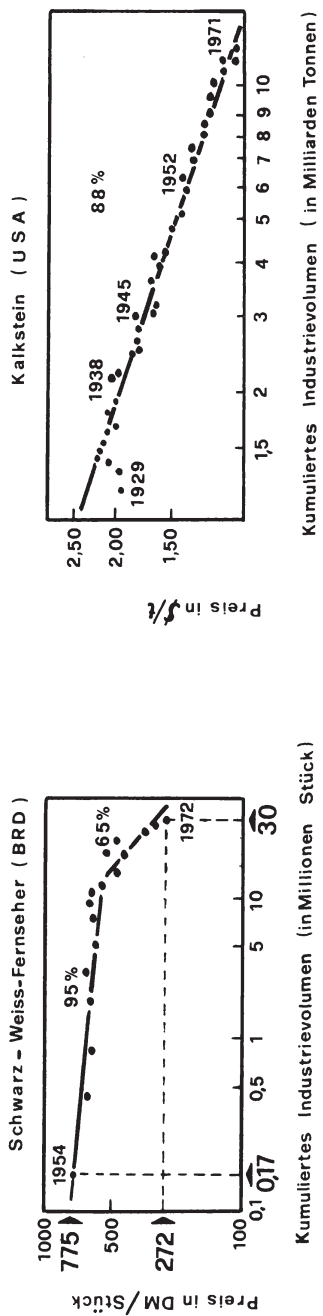
Quelle: K. H. Dunst, Portfolio Management — Konzeption ..., a.a.O., S. 75.

<sup>41</sup> H. Nagtegaal, a.a.O., S. 46/47.

<sup>42</sup> Vgl. K. H. Dunst, Portfolio Management — Konzeption ..., a.a.O., S. 73 ff.

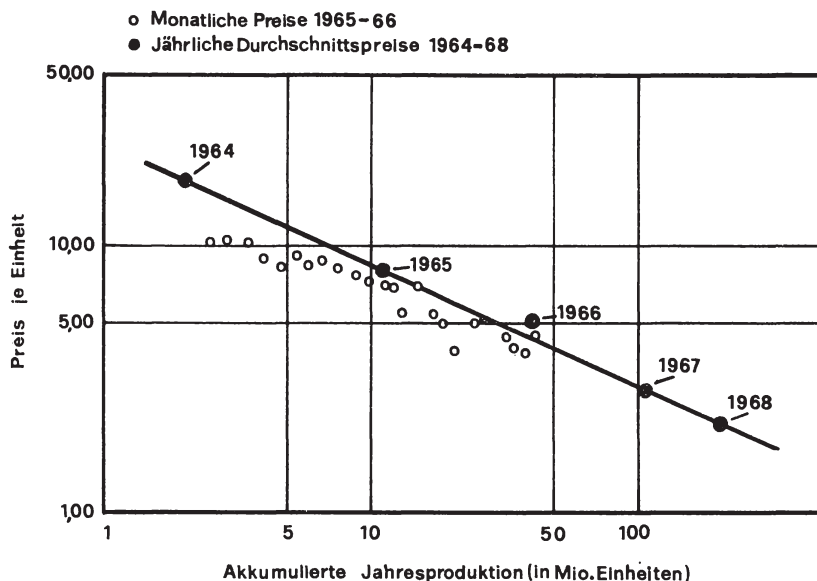


Abb. 12: Beispiele von Preis-Erfahrungskurven

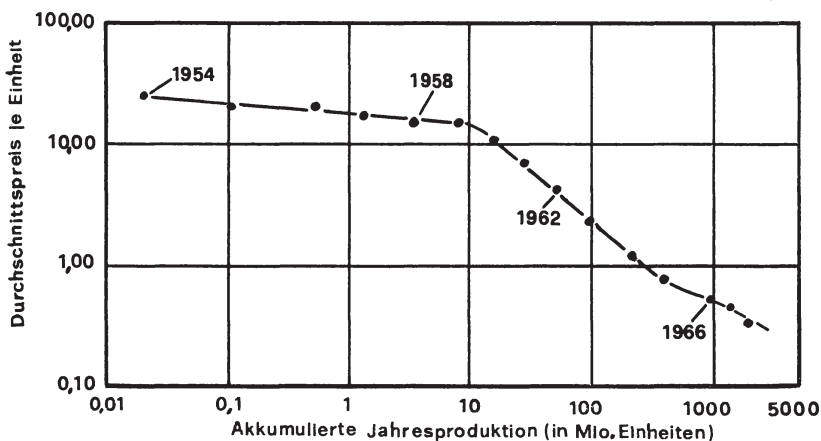


Quelle: K. H. Dunst, Portfolio Management — Konzeption . . . , a.a.O., S. 74.

### Mengen- und Preisentwicklung für Integrierte Schaltkreise 1964–1968 in \$



### Mengen- und Preisentwicklung von Siliziumtransistoren 1954–1966 in \$



Quelle: P. Conley, Institute of Electrical and Electronic Engineering Spectrum, New York 1970, S. 66 und 68, entnommen: B. Röper, Hrsg., Technischer Fortschritt und Unternehmensgröße, Schriftenreihe Wirtschaft und Wettbewerb, Heft 14, Düsseldorf 1973, S. 62 und 63.

### **X. Wo liegen die Ansätze zu einer marktüberschreitenden Wettbewerbstheorie und welche wettbewerbspolitischen Konsequenzen ergeben sich daraus?**

1. Aus dem nur in seinen Grundzügen geschilderten Produktportfolio-Konzept lassen sich u. E. Ansätze zu einer neuartigen marktüberschreitenden Wettbewerbstheorie ableiten, die einiges zum Verständnis des Verhaltens von Vielproduktunternehmen beiträgt.

Denn das PPK beantwortet Fragen, warum, wann und wie Unternehmen, die auf mehreren Märkten tätig sind, die Schwergewichte ihrer Aktivitäten planmäßig zu verlagern suchen; kurz, es führt zu einer marktüberschreitenden Unternehmensstrategie aufgrund von Beobachtungen externer und interner Faktoren.

Das PPK stellt — wie gesagt — u. E. eine Verknüpfung und Ergänzung von mehreren in den Wirtschaftswissenschaften schon seit langem bekannten Erkenntnissen dar. Nach einer Einteilung in strategische Geschäftsfelder und deren Bewertung werden für diese Normstrategien abgeleitet. Diese Strategien sollen sich in den Führungsgrundsätzen des Spitzenmanagements niederschlagen.

Anders formuliert sollen durch das PPK Fehlleitungen von Produktivkräften innerhalb eines Unternehmens verhindert und der interne Wettbewerb unter langfristigem Aspekt, und zwar stets unter Beachtung des externen Wettbewerbs, aktiviert werden. Es soll eine optimale interne Allokation der Ressourcen erreicht werden.

Das PPK geht von der Tatsache aus, daß sich in einer dynamischen Wirtschaft Märkte, Marktanteile und Produkte unterschiedlich entwickeln können. Daraus ergibt sich für Mehrproduktunternehmen der Zwang zum regelmäßigen Umdisponieren, zur Antizipation der voraussehbaren, genauer, der erwarteten künftigen Entwicklung. Als Richtschnur gilt: Wo interne Meßziffern — so vor allem der cash flow — und externe Marktsignale — so Wachstum, Marktanteilsveränderungen, wichtige Innovationen der Konkurrenz — es angezeigt erscheinen lassen, muß mehr oder weniger investiert werden, sind Überlegungen über die langfristige Kosten- und Preisgestaltung in Aktionen umzusetzen.

Mit den Folgerungen, die die Wettbewerbsbehörden aus diesem Managerverhalten ziehen sollten, befinden wir uns im Einklang mit dem langjährigen Chief Economist der Federal Trade Commission Corwin D. Edwards<sup>43</sup>, der bereits 1955 die *traditionelle Einzelmarktbetrachtung*

<sup>43</sup> Vgl. C. D. Edwards, Conglomerate Business as a Source of Power, in: National Bureau of Economic, Ed., Business Concentration and Price Policy, Princeton 1955, S. 331. — Ferner E. Penrose, The Theory of Growth of the Firm, Oxford 1959.

als *unzureichend* kritisierte. In der von ihm entwickelten *Ressourcentheorie* wird herausgestellt, daß die Ressourcen eines Unternehmens über viele Märkte verstreut sind und die der Mitbewerber übersteigen können. Daraus ergeben sich die Möglichkeiten eines internen Verlustausgleiches, einer innerbetrieblichen Subvention (*deep pocket theory*).

2. Die *wichtigsten Erkenntnisse* aus dem PPK für die Wettbewerbstheorie sind folgende:

(1) Praktisch lassen sich beim Angebot aller Wirtschaftseinheiten *mehrere Produkt-/Marktkombinationen* feststellen, sei es, daß sie auf mehreren, mehr oder weniger scharf voneinander getrennten Märkten (strategischen Geschäftsfeldern) anbieten, sei es, daß sie mehrere Produkte anbieten. — Schlußfolgerungen aus einer Einprodukttheorie haben deshalb nur einen geringen Aussagewert. Selbst Handwerker, Landwirt und Einzelhändler agieren auf mehreren Geschäftsfeldern und sind sich zumeist dieser Tatsache bewußt.

(2) Die Gleichsetzung von Unternehmen und Produkt in der traditionellen Wettbewerbstheorie und damit die Begrenzung der Unternehmenstätigkeit auf einen Markt ist zumeist wirklichkeitsfremd.

(3) Dem *relativen Marktanteil* kommt eine entscheidende strategische Bedeutung zu. Dies liegt weniger an der Marktmacht und den sich durch den Reaktionsverbund im Oligopol ergebenden Chancen zu einem stillschweigenden Preiseinverständnis, d. h. einer Marktbeherrschung, als vielmehr an der *positiven Korrelation von Kostensenkungsmöglichkeiten und relativem Marktanteil* im Vergleich zu den Wettbewerbern. Ursachen sind neben den bekannten Vorteilen der Massenproduktion (Kostendegression) vor allem die sich aus dem kumulierten mengenmäßigen Produktionsvolumen ergebenden Erfahrungsvorteile, die sich in einer Erfahrungs- oder Lernkurve niederschlagen. Kritisch ist zu bemerken, daß offensichtlich angenommen wird, der RMA werde zumindest durch die kumulierte Erfahrung auf gleichem Niveau gehalten. Falls jedoch die Kumulation vor langer Zeit weitaus größer als die der Konkurrenz war, seitdem aber Neuerungen der Wettbewerber relevant geworden sind, kann die Erkenntnis der positiven Korrelation keine Gültigkeit mehr haben.

(4) Aus den unter (3) dargelegten Gründen besteht für Märkte mit *altbekannten Massenerzeugnissen* eine Tendenz zu vergleichsweise *niedrigen Preisen*, während bei neuartigen Produkten das Preisniveau, aber auch die Kosten zunächst recht hoch sind. Es fallen in der Phase der Markterschließung und des Kapazitätsausbaus noch *keine Pioniergewinne* an, sondern erst nach Erreichung einer Marktreife mit vermindertem Investitionsaufwand.

(5) Unternehmen, die *langfristig planen* und dabei flexibel den jeweiligen Markterfordernissen in den einzelnen Geschäftsfeldern begegnen, sind nur kurzfristig planenden Unternehmen *überlegen*.

(6) Ziel der Langfristplanung — so auch des PPK — ist es, dem Unternehmen ein *langfristiges Gleichgewicht* des Finanzbedarfes für Investitionen mit den internen Finanzierungsmöglichkeiten durch den cash flow bei einer bestimmten Expansions- und Gewinnrate zu sichern; das kann nur durch eine zweckmäßige Verflechtung von verschiedenen Geschäftsfeldern erreicht werden.

Der hohe Investitionsbedarf für junge Produkte, für erfolgreiche Produkte auf rasch sich erweiternden Märkten kann nur durch eine hinreichende Ergiebigkeit der Cash Cows (oder einer besonders leistungsfähigen) gesichert werden. Diese sind jedoch nicht immer als langfristig gewinnbringend anzusehen. Vielmehr muß mit nachlassenden Gewinnen gerechnet werden.

Das PPK will nicht nur den cash flow und damit die Investitionen lenken, sondern den gesamten Input oder Ressourceneinsatz, beginnend bei den Arbeitskräften, dem Einsatz von F&E, Werbemaßnahmen, usw.

(7) Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß alle Produkte in einer bestimmten Form eine *begrenzte Lebensdauer* haben. Die Perioden können dabei je nach Art des Produktes sehr kurz — z. B. Tageszeitung/Morgenausgabe: fünf bis sieben Stunden — bis relativ lang — z. B. bestimmte Spirituosen — sein. Ein PKW-Modell kann schon nach Jahresfrist von der Form her und technisch überholt sein; es kann entweder vom Markt kaum akzeptiert worden sein (Wildcat — Dog) oder für einige Jahre äußerst erfolgreich gewesen sein (Vollendung des gesamten Produktzyklus). — Beispiel: der bereits genannte VW-Käfer.

(8) In der Langfristplanung spielt die *Preispolitik* eine untergeordnete Rolle. Dominierend sind Überlegungen über die aus der *Kosten-Erfahrungskurve* abgeleitete Kurve der langfristigen *Preiserfahrung*. Selbstverständlich werden aber nur solche Produkte auf den Markt gebracht, die während ihres Produktzyklus mehr als die anfallenden Kosten einschließlich der notwendigen Umlagen für F & E und Gewinnausschüttung zu decken versprechen. Das durch den Drang zur Vergrößerung des relativen Marktanteils ausgelöste Investitionsfieber kann zu Überkapazitäten und zu einem plötzlichen Preistrutsch führen, ein nicht nur kurz-, sondern auch mittelfristig relevantes Problem.

Dies bedeutet, daß im Vergleich zu den Kosten in der Anlaufperiode und auch noch während der Wachstumsperioden geringe Preise gefordert werden, wobei ein Umschlagen zu hohen Gewinnen bei geringen Investitionen für die Zeit der Reife von den Cash Cows erwartet wird.

Für Produkte in der Abstiegsphase ist es oft ratsam, ein relatives hohes Preisniveau beizubehalten, auch wenn die Marktanteile dadurch noch rascher sinken.

(9) Der unternehmensinterne Wettbewerb um Investitionsmittel und andere Ressourcen soll durch das PPK grundsätzlich nach einheitlichen Kriterien gesteuert werden. Übersteigen die als realistisch angesehenen Marktchancen den für ihre Finanzierung notwendigen cash flow, sind *Fremdmittel* aufzunehmen. Dies kann jedoch zu einer Abhängigkeit von den Kreditgebern führen. Diese können z. B. dann eine Fusion oder einen Verkauf von Teilen des Unternehmens anregen.

(10) Bei einem erwarteten Marktwachstum und einem geringen Marktanteil kann es für ein finanzstarkes Unternehmen zweckmäßig sein, sich in diesen Markt einzukaufen. Jedoch lassen sich die eigenen und die hinzugekauften Marktanteile und Erfahrungen nicht ohne weiteres addieren.

(11) Je *höher das Wachstum und/oder die strukturellen Veränderungen* in einer Volkswirtschaft wie in der Weltwirtschaft sind, *um so mehr* kommen die *Überlegungen des PPK zur Geltung*. — Umgekehrt werden in einer annähernd stationären Volkswirtschaft, in der Erfahrungskurven für Neuerungen und dynamische Veränderungen weniger relevant sind, die traditionellen Überlegungen der Wettbewerbstheorie *belangreicher* sein.

(12) Zum Wesen einer Marktwirtschaft gehört es jedoch, daß bei zu erwartenden Sättigungstendenzen auf Märkten intensiv nach *neuen Einsatzmöglichkeiten* des Unternehmenspotentials gesucht wird.

(13) *Mischkonzerne* — conglomerates — lassen sich durch Anwendung des PPK besser, weil systematischer führen. Das Konzept hilft, die Stärken und Schwächen der einzelnen Geschäftsfelder in Gegenwart und Zukunft besser zu erkennen, sinnvoll zu selektieren und für die einzelnen Geschäftsfelder zweckmäßige Auflagen über den Einsatz der knappen Ressourcen zu machen. Die Unternehmensstrategie kann dadurch für das Management leichter in operative Pläne umgesetzt werden.

(14) Daß dennoch die alte Regel von *Irrtum und Irrtumsberichtigung* weiterhin Gültigkeit hat und Unternehmen, die das PPK anwenden, nicht immer zu den erfolgreichsten gehören, hat zahlreiche Gründe. Wir erwähnen die vielen Imponderabilien aus Veränderungen des Umfeldes, eine falsche Einschätzung der Effizienz der Wettbewerber wie auch der eigenen Effizienz, sprunghafte Auswirkungen des technischen Fortschrittes, nachhaltige Erhöhungen der Energie- und Rohstoffpreise, höhere Anforderungen des Umweltschutzes, veränderte politische Bedin-



gungen in einzelnen Ländern, unvorhergesehene Wechselkursschwankungen, Staatshilfen für die Schwachen auf dem Weltmarkt usw.

(15) Für eine dynamische Volkswirtschaft ist eine *hohe Flexibilität* der Unternehmen, d. h. die Bereitschaft und die Möglichkeit, auf Marktimpulse durch Veränderung der Unternehmensstruktur zu reagieren, überaus wichtig. Nur Unternehmen, welche die Interdependenz von relativem Marktanteil und Marktzuwachs und damit die Kostenentwicklung aufgrund der Erfahrungskurve beachten, und zwar simultan für alle Geschäftsfelder in Gegenwart und Zukunft, d. h. marktüberschreitende Wettbewerbsstrategien betreiben, werden auf Dauer erfolgreich sein.

3. Welche *Auswirkungen* wird das Unternehmerverhalten nach dem PPK auf den Wettbewerb haben?

(1) Die *Tendenz*, Konglomerate mit Aktivitäten auf *möglichst vielen Märkten* zu bilden, wird *langfristig abnehmen*. Das zeigen Beispiele aus dem Maschinenbau, der Elektrotechnik und der chemischen Industrie. Nur wenn es gelingt, auf einem eigenständigen Geschäftsfeld einen hohen Marktanteil zu erringen und langfristig zu halten, lohnen sich in diesem Bereich nachhaltige Investitionen.

Als ein Beispiel sinnvoller Desinvestitionen wird das Ausscheiden von General Electrics, USA, aus dem Computemarkt genannt. Als man erkannt hatte, daß General Electrics trotz hoher Investitionen kaum jemals den hohen Abstand gegenüber dem Marktführer IBM mindern könnte und damit stets eine ungünstigere Kostengestaltung als IBM haben würde, entschloß man sich, den gesamten Computerbereich an Honeywell zu einem die bisherigen Aufwendungen deckenden Preis zu verkaufen. Die Firma RCA hingegen sah sich wenige Jahre später gezwungen, ihre Computeraktivitäten mit einem Verlust von 250 Mill. US-\$ zu liquidieren.

(2) Dieses Beispiel zeigt zugleich das Problem der *Geschäftsfeldabgrenzung*<sup>44</sup>, die, wie gesagt, nach dem Tätigkeitsbereich des Marktfüh-

<sup>44</sup> H. Albach, Zur Messung von Marktmacht und ihres Mißbrauchs, in: WuW 1978, S. 538, schrieb unter Hinweis auf Hinterhuber (H. H. Hinterhuber, Die organisatorische Untersuchung der strategischen Planung im Unternehmen, in: ZfB 1978, S. 425): „Die strategischen Geschäftseinheiten sind genau auf den relevanten Markt zugeschnittene Organisationseinheiten der Unternehmen.“ Er fährt fort: „Für den Betriebswirt ist also der relevante Markt der Kreis von Konsumenten und Wettbewerbern, deren Verhalten die Marketing-Strategie und das Absatzverhalten des Unternehmens bestimmen.“

H. Baum, Der relevante Markt als Problem der Wettbewerbspolitik, in: WuW 1980, S. 405, schreibt ebenfalls unter Hinweis auf Hinterhuber: „Das Marketing-Konzept findet seine organisatorische Konsequenz in der Schaffung strategischer Geschäftseinheiten. Die strategischen Geschäftseinheiten sind dann genau auf den relevanten Markt zugeschnittene Organisationseinheiten der Unternehmen.“ Wir wiederholen: Zugeschnitten ist das strategi-

riers abzugrenzen ist. Dies war für General Electrics der Computermarkt im weiteren Sinne als eine Einheit. Für kleinere Unternehmen können z. B. bestimmte periphere Gebiete das strategische Geschäftsfeld darstellen, und in diesem Sonderbereich können sie Marktführer sein.

In der Regel wird mit einer *Grob-, Mittel- und Feineinteilung* gearbeitet<sup>45, 46</sup>. So kann z. B. ein Konzern unter anderem in der Landtechnik tätig sein. Dieser Bereich kann aufgeteilt sein in Traktoren und sonstige mobile Landmaschinen. Der Markt für Traktoren wird weiter produktbezogen unterteilt nach Leistungsklassen, nach Zweirad- oder Allradantrieb sowie nach Modellen und ihrem Alter. — Ferner gibt es neben dem Markt für fabrikneue Traktoren einen Markt für gebrauchte Traktoren. In der BR unterscheidet man jedoch auch bedarfsmarktorientiert Ackerschlepper von sonstigen, z. B. für kommunale Zwecke, die sich z. T. nur durch die Farbe unterscheiden. Was vor 20 Jahren als Ackerschlepper bezeichnet wurde, gilt heute als Kleintraktor für Parkanlagen und Gärten, kurz, als Hobbygerät.

*Regional* werden der heimische Markt, auf dem man i. a. das beste Vertriebssystem hat, sowie die einzelnen Auslandsmärkte unterschieden. Dabei ist die Einteilung in offene und geschlossene Märkte von beson-

---

sche Geschäftsfeld auf den oder die wichtigsten Wettbewerber, auf die Großen im Oligopol oder im Teilogopol, nicht aber auf sämtliche Anbieter, wie es sonst in der Wettbewerbstheorie üblich ist.

<sup>45</sup> M. *Andreae*, Wie mehrstufiges Portfolio-Management eingeführt wird, in: Absatzwirtschaft, 3/1981, S. 74 ff., zeigt an einem Beispiel aus dem Dienstleistungssektor, daß es sinnvoll ist, ein Unternehmens-, ein Geschäftsbereichs- und ein Produktportfolio aufzustellen.

<sup>46</sup> Welche Auswirkungen die Wahl der Kriterien zur Abgrenzung von strategischen Geschäftsfeldern auch auf die Organisationsstruktur eines Unternehmens hat, läßt sich am Beispiel von General Electrics anschaulich darstellen. Da man auf das Kriterium „einheitliches Konkurrenzbild“ abstellt, faßt man alle Aktivitäten des Nuklear-Energie-Bereiches als Gegenpol zu *Westinghouse* und im Bereich Flugzeug-Antriebe gegen *Pratt and Whitney* zusammen. Grundsätzlich können diversifizierte Unternehmen der Investitionsgüterindustrie Produkt-/Markt-Segmente nach folgenden Kriterien bestimmen:

- einheitliches, typisches Konkurrenzbild
  - einheitlicher, typischer Kundenkreis
  - gleiche, technische Merkmale des Produktes
  - gleiche Vertriebsmethode
- für ein Segment.

In differenzierten Märkten muß zur Abgrenzung von Segmenten und damit zur Festlegung möglicher strategischer Richtungen häufig eine Kombination von Kriterien gewählt werden. Für ein Unternehmen, das u. a. auch Motoren produziert, könnte ein strategisches Geschäftsfeld „Dieselmotoren für Nutzfahrzeuge über 200 PS, Nordamerika“ lauten. So kann ein Unternehmen, das in vielen differenzierten Märkten engagiert ist, über siebzig auf diese Weise voneinander abgegrenzte strategische Geschäftsfelder aufweisen. Vgl. B. *Liebe*, Methoden strategischer Unternehmensplanung und ihr Einsatz in der Praxis, in: H. *Vormbaum* (Hrsg.), Unternehmenspolitik bei veränderten Umweltbedingungen, Düsseldorf 1982, S. 11.

derer Bedeutung. Geschlossen werden Märkte von Regierungen im Interesse der heimischen Produktion. Exporte dorthin sind dann praktisch unmöglich, nur eine Eigenfertigung dort oder Lizenzvergabe eröffnen den Zugang zum Markt.

(3) Damit ist implizit die Frage des *Marktzutrittes* angesprochen. Generell besagt das PPK, daß Vielproduktunternehmen i. a. den cash flow, erzeugt in kaum noch wachsenden strategischen Geschäftsfeldern, zum Eindringen in andere aussichtsreiche Geschäftsfelder verwenden sollten. Somit wird das Eindringen in neue, zukunftssträchtige Märkte im Vergleich zu Einproduktunternehmen erleichtert. Diese Aussage wird jedoch erheblich abgeschwächt durch unsere Feststellung, daß eigentlich alle Unternehmen auf mehreren strategischen Geschäftsfeldern tätig sind. Durch die systematische Ausschau nach neuen Wachstumsmärkten wird die *Innovationsgeschwindigkeit* in einer Volkswirtschaft *erhöht*.

Weiterhin ist zu beachten, daß in Märkten mit einem eindeutigen Marktführer, der den Vorteil einer größeren Kostensenkung im Vergleich zu seinen Konkurrenten genießt, die kleineren Anbieter nur die Wahl haben, entweder durch einen verstärkten Mitteleinsatz den Führer technologisch oder durch ein attraktiveres Marketing zu verdrängen, oder — falls dies nicht gelingt — *Marktnischen* zu bilden. Dadurch kann eine konzentrationsfördernde Tendenz entstehen. Die Wirkung des PPK auf die *Konzentration* scheint also *ambivalent* zu sein.

Als ein Beispiel für die Nutzung der *Finanzkraft* im Sinne des PPK sei die Politik der Mannesmann AG, die sich vom Stahl- zum diversifizierten Maschinenbau- und Regelungstechnik-Unternehmen entwickelt, genannt<sup>47</sup>. Mannesmann hat sich stets solche Unternehmen als Tochtergesellschaften angegliedert, die sowohl technologisch ihren Wettbewerbern voraus waren als auch entsprechend große Marktanteile hatten. Von einer solchen Position aus ist es leichter, in benachbarte Bereiche, deren Entwicklung man zuvor genau beobachtete, vorzustoßen als zu versuchen, mit eigenen Entwicklungen die technologische Lücke zu den Wettbewerbern bei einer Diversifizierung zu schließen.

Die Erschließung solcher Wachstumsreserven ist aus betriebswirtschaftlicher Sicht eine einleuchtende Strategie von Großunternehmen. Erleichtert wird eine Strategie des externen Wachstums häufig dadurch, daß gerade die überdurchschnittlich erfolgreichen Mittelbetriebe mit einem hohen Marktanteil durch ihre „Stars“ in solche finanziellen Abhängigkeiten „hineinwachsen“. Sie haben mit ihren Innovationen am

<sup>47</sup> Vgl. H. Müller-Vogg, Mannesmann — weg vom Stahl, in: FAZ vom 21. 5. 1981.

Markt Erfolg, sie wachsen und benötigen daher oft schneller Kapital als weniger leistungsfähige Wettbewerber. Kann dieses nicht aus eigenen Mitteln bereitgestellt werden, muß den Unternehmen Kapital von außen zugeführt werden; häufig lehnen sie sich dazu an finanzstarke Konzerne an.

Dies ist die große Chance von Konzernen, die über ausreichende liquide Mittel verfügen und deren Management Gespür für kleine Märkte mit großem Wachstumspotential hat. Mannesmann hat diese Chancen in der Vergangenheit konsequent genutzt und dadurch mit dazu beigetragen, den Konzentrationsgrad in der deutschen Wirtschaft zu erhöhen. Dies ist die — volkswirtschaftlich gesehen — bedauerliche Kehrseite der Strategie des externen Wachstums.

(4) Oben (S. 133) sind bereits *oligopolistische Verhaltensweisen* angesprochen worden. Das PPK betont kämpferische Verhaltensweisen in den ersten beiden Perioden des Produktzyklus, um den relativen Marktanteil bis zur eindeutigen Marktführerschaft zu vergrößern. In der dritten Periode ist ein friedfertiges Marktverhalten wie in reifen Oligopolen durchaus nachweisbar. Bei konsequentem Weiterdenken müßte ein Anbieter A auf einem Markt, auf dem er einige Jahre hindurch versucht hat, durch bessere Qualitäten oder niedrigere Preise den höchsten relativen Marktanteil zu erringen, jedoch erkennen muß, daß er nur einen annähernd gleichgroßen Anteil wie die Anbieter B und C erlangt hat, resignieren; sinnvoll wäre es, auszuweichen in andere Märkte, für die er sich größere Chancen ausrechnet, oder sich im bisherigen Markt ein spezielles Marktsegment abzusichern. Sonst wird der „Star“ allzu hohe Mittel erfordern, nicht nur, um seinen Marktanteil zu erweitern, sondern auch, weil das Unterbieten im Preis oder Überbieten in der Qualität seinen cash flow verringert.

(5) In einer freien Marktwirtschaft steht es den Unternehmen frei, im Rahmen der gesetzlich zulässigen Möglichkeiten ihre Produktionsmittel nach Belieben einzusetzen. Sie werden versuchen, durch rationalen Einsatz ihrer Ressourcen ihren langfristig gesteckten Zielen möglichst nahezukommen. Wer auf mehreren Märkten gleichzeitig operiert, kann nach dem PPK für ihn vorteilhafte Marktstrategien entwickeln und anwenden.

Dies scheint von der Wettbewerbstheorie und -politik bislang i. a. unzureichend beachtet worden zu sein. Zur langfristigen Unternehmensstrategie gehört es, wenigstens einen Teil der Gewinne der Cash Cows in den Geschäftsfeldern mit hohen Zukunftserwartungen einzusetzen, um langfristig die Existenz des Unternehmens zu sichern. Mit anderen Worten: *Es kann sinnvoll sein, Wildcats und Stars eine Zeitlang unter*

*Kosten zu verkaufen* und diese aus dem cash flow der Cash Cows zu finanzieren.

(6) Dadurch erscheint das viel diskutierte Problem der *Mischkalkulation* in einem anderen Licht. Sie ist sinnvoll und notwendig zur Sicherung des Unternehmenserhalts.

Im übrigen sei darauf hingewiesen, daß der technische Fortschritt ohne Mischkalkulation nur unvollkommen zur Entfaltung käme. Bekanntlich werden durch erfolgreiche Pharmaka — z. B. ist Aspirin seit 80 Jahren eine Cash Cow — die Aufwendungen für die Forschung wie für die Entwicklung neuer Arzneimittel finanziert.

Wo die Grenzen zwischen einer Preispolitik, die nicht durch hohe Preise Wettbewerber anlocken will, und gezieltem Vernichtungswettbewerb liegen, kann jeweils nur im Einzelfall ermittelt werden.

Sicherlich gibt es Fälle, wo Vernichtungswettbewerb durch Einsatz *überlegener Finanzmacht* erfolgt. Vor Jahrzehnten (1949) wurde in den USA dem Einzelhandels-Filialunternehmen A. & P. u. a. schon seine Schachbrettstrategie vorgeworfen, nämlich an neuen Standorten durch Unterbieten am Markt sich durchzusetzen und diese Strategie durch die Gewinne bereits etablierter Filialbetriebe zu finanzieren. — Damit ist es für eine Aufsichtsbehörde — wie in der Bundesrepublik Deutschland das BKartA — außerordentlich schwierig, einen *Preismißbrauch* nachzuweisen.

Langfriststrategien werden sicherlich nach Feststellung der relativen Marktanteile der Konkurrenten überlegen, ob diese aus anderen Geschäftsfeldern Mittel flüssig machen können, um einem Angriff durch niedrigere Preise oder qualitätsmäßig bessere Produkte bei gleichen Preisen zu begegnen.

Albach wies in diesem Zusammenhang auf neuere amerikanische Untersuchungen zur Messung der Finanzkraft hin<sup>48</sup>. Als wichtigste Kennziffern werden genannt: Verschuldungsgrad, Kreditwürdigkeit, Ertragskraft und Stärke der Beziehungen zu Banken.

(7) Wie steht es nun mit den Überlegungen über Wettbewerb als einem dynamischen Prozeß, bei dem *Innovatoren vorstoßen und Imitatoren nachziehen*? Das PPK stellt grundsätzlich den hohen Wert zukunfts-trächtiger Neuerungen heraus und will das Unternehmerverhalten in diesem Sinne beeinflussen. Möglichst rasch — doch das kann in manchen Fällen Jahre dauern — soll eine überragende Marktführerschaft,

<sup>48</sup> H. Albach, Zur Messung von Marktmacht und ihres Mißbrauches, a.a.O., S. 540. Dort wird hingewiesen auf eine Weiterentwicklung der Portfoliotechnik durch D. K. Clifford, B. A. Bridgewater, Jr. und Th. Hardy, The Game has Changed, in: McKinsey Quarterly, Herbst 1975, S. 14 ff.



nicht aber eine Monopolstellung erlangt werden. Diese Stellung soll durch Produkt- und Verfahrensverbesserungen ausgebaut und stabilisiert werden. Das kann zur Entmutigung mancher Imitatoren führen. Noch wichtiger sind jedoch die Entwicklung neuer Produkte und deren Durchbruch am Markt.

(8) Umstritten war in der BR Deutschland über Jahrzehnte hinweg die wettbewerbspolitische Bedeutung der *Marktinformationsverfahren* über die Preisforderungen von Anbietern. Welchen Wert haben solche Verfahren im Lichte des PPK? Die hohe Bedeutung der eigenen Informationsgewinnung über Stärken und Schwächen der wichtigsten Wettbewerber haben wir herausgestellt. Andererseits ist es einleuchtend, daß man den Konkurrenten möglichst wenig Informationen über die eigene Strategie, insbesondere über Investitionspläne zukommen lassen möchte. Über die amtliche und die Verbandsstatistik hinaus wird man deshalb mit Informationen zurückhaltend sein. Mit anderen Worten werden Langfriststrategen von der Teilnahme an Marktinformationsverfahren abraten, auch deshalb, weil die aktuellen Preise in ihrem Konzept nur eine untergeordnete Rolle spielen.

(9) Mit Nachdruck sei nochmals auf folgende Tatsache verwiesen: Es ist durchaus nicht immer der Fall, daß die *Perioden eines Produkt-Lebenszyklus* eine gleichlange Dauer haben und es in absehbarer Zeit zum Stagnieren und Rückgang der Absatzzahlen eines Produktes kommt. Als Beispiel nennen wir nochmals den VW-Käfer, der allerdings durch relativ geringe technische Verbesserungen und Variationen der Formgebung mehrfach qualitativ angehoben wurde und der die Produkt-Lebensdauer aller anderen PKW-Modelle der Nachkriegszeit bei weitem überschritten hat.

(10) Anders zu sehen ist die auf das PPK abzielende Frage eines Journalisten an den Vorstandsvorsitzenden der Daimler Benz AG im Dezember 1980, ob man nicht einen fast einmalig hohen cash flow habe, was ein Zeichen für größte Reife des Unternehmens sei. Wenn man im Zenit stehe, könne es nicht mehr höher, sondern nur bergab gehen. Prinz antwortete: „Dieser Gedankengang hat scheinbar einiges für sich. Auf der anderen Seite ergibt unsere realistische Planung, daß wir z. B. den cash flow halten — vielleicht noch verbessern — können, vorausgesetzt, unsere Investitionen sind richtig plaziert. Ich glaube nicht, daß wir nun klassische Erscheinungszüge einer ‚Cash Cow‘ besitzen, denn wir investieren umfangreiche Mittel in neue Produkte und in die Zukunftssicherung<sup>49</sup>.“

<sup>49</sup> o. Verf., Prinz-Gespräch, Mit kalkuliertem Mut, in: Manager-Magazin, 12/1980, S. 88.



Hier wurde einmal nach Stand und Aussichten des Unternehmens als Einheit im Markt für Kraftfahrzeuge gefragt, der nicht dem Produktlebenszyklus unterworfen zu sein braucht, und geantwortet mit Angaben über das Produktportfolio des Unternehmens.

#### 4. *Schlußfolgerung*

Die Mißbrauchsaufsicht vor dem Hintergrund des Produktportfolio-Konzeptes erscheint uns in mancherlei Beziehung noch schwieriger zu sein, als es die bisherigen Wettbewerbstheorien vermuten ließen.

Sicherlich ist es in vielen Fällen nicht sinnvoll, nur einen Markt zu analysieren, wie es die bisherigen Monopol- und Oligopoltheorien getan haben. Denn Stärken und Schwächen von Unternehmen — und auf deren Verhalten sollte die Theorie aufbauen — ergeben sich aus dem mehr oder weniger zweckmäßigen Einsatz der Ressourcen — nicht nur der Finanzmacht — in den Geschäftsfeldern, die sich vor allem durch Marktwachstum — Marktattraktivität — und dem jeweiligen relativen Marktanteil des Unternehmens unterscheiden.

Das Denken in einfachen Preismengenmodellen für ein homogenes Produkt — so die Ermittlung des Cournotschen Punktes — führt vielfach zu Fehlschlüssen. Ein Gleiches gilt für einfache Vergleichsmarktkonzepte und aus diesen abgeleitete Preisherabsetzungsverfügungen von Wettbewerbsbehörden.

Die Logik der Unternehmensstrategie großer und finanzkräftiger Konzerne, auf bislang mittelgroßen Märkten technisch hoch entwickelte und langfristig entwicklungsfähige Unternehmen zu erwerben und durch zuvor nicht möglichen verstärkten Mitteleinsatz auszubauen — wodurch die volkswirtschaftliche Leistung erhöht werden kann —, steht in auffallendem Widerspruch zum strukturpolitischen Konzept der Wettbewerbspolitik.

Dieses Dilemma scheint im Augenblick fast unlösbar zu sein!

## Stichwortverzeichnis

- Abgabepreis-Untergrenze 22 f.
- Abhängigkeitsbeziehung 30, 51
  - ~ position 29
- Abwägungsklausel 45
  - ~ kriterium 83
- Als-ob-Konzept 87
- Alternativkosten 25
- Angebotsmonopol 27
- Ausbeutung 22, 24 f., 30, 34, 46, 49 f.
- Ausbeutungsmissbrauch 15, 20, 22, 48, 50 f., 80, 98
- Ausschließlichkeitsbindung 60 f.
  
- Barriers to entry** 37 ff.
- Behinderungskriterien 83, 86
  - ~ maßnahmen 60 f.
  - ~ missbrauch 40 f., 76 f., 79 ff., 94 f.
  - ~ verbot 67
- Bereitschaftspreise 23
- Beschaffungspreis-Obergrenze 23 ff., 28 f., 50
- Bojkottverbot 66
- Branchenattraktivität 123
- Branchenattraktivitäts-Geschäftsfeldstärken-Matrix 123, 125
  
- Cash Cow 113 ff., 134, 139 f.
- cash flow 102, 113 ff., 117 ff., 132, 134 f., 140 f.
- conglomerates 135
- Cournot-Preis 22, 26 ff., 31 f., 34
  
- Diskriminierung** 17
  - ~ sverbot 67
- Dispositionspflichten 12
  - ~ rechte 11
- Dog 113 f., 116 f., 119 f., 134
- Dumping 17
  
- „Effem“ 75, 98
- Eigentumsrechte 28, 35, 58
- Eingriffsermächtigung 66
- Einzel-Nachfrage 24, 50
- Enteignung 20, 25, 28 f.
- Erfahrungskurve 105, 107 f., 111, 127, 133, 136
- Ergebniskontrolle 92
- Ermessensentscheidung 15, 45 ff., 72
  - ~ spielraum 46, 52, 60
  
- F & E** 120
- Feindanalyse 123
- Finanzierungsanalyse 104
- Finanzkraft 138
- Finanzmacht 106, 140, 142
- Freiheit, formale 18
  - ~ materielle 18
  - ~ reale 18
- Freiheitsschutz 11
- Freiwilligkeit 15, 46 ff., 57 f.
- Fusionskontrolle 63, 65, 88
  
- Gemeinwohl** 16
- General Electrics 102, 136
- Gesamtumsatz-Jahresbonus 75
- Geschäftsfeld, strategisches 101, 104, 132 f., 142
  - ~ abgrenzung 136
  - ~ stärke 124
- Grenzkosten-Preis-Regel 35
- Gut, lebensnotwendiges 29 f., 50
  
- Handeln, wettbewerbsbeschränken-**  
**des** 17
- Handelnsordnung 12, 16 f., 19
- Handlungsbeschränkung 39
  - ~ spielraum 54, 60
  - ~ verbot 57
  
- Ist-Produktportfolio** 121 f.
  
- Kartelle** 65
- Kollektivnachfrage 24, 50
- „Kombinationstarif“ 97, 99
- Konkurrenz, heterogene 33 f.
- Konsumenten souveränität 26 ff., 53
- Kostendegression 105
  - ~ erfahrungskurve 134
  - ~ senkungsmöglichkeit 133
  - ~ senkungspotential 107
  - ~ verflechtungsanalyse 104
  
- Lernkurven** 105, 108, 133
- Leistungsgerechtigkeit 74 f., 77
  - ~ wettbewerb 74, 79 f., 83 f., 91 f.
  - ~ widrigkeit 74 f.
- Liquiditätsbedarf 118

- Macht**, kompetitive 30, 59, 61  
 restriktive 61  
**Markt**, heterogener 33  
 relevanter 105  
**Markt-Anteil**, relativer (RMA) 105,  
 107 ff., 113 f., 117 ff., 133, 136  
 ~ anteils-Wachstums-Matrix 107,  
 113 f.  
 ~ attraktivität 106  
 ~ beherrscher 22, 24, 27 ff., 32, 37,  
 53, 77  
 ~ beherrschung 24, 49, 53, 68  
 ~ erfahrungskurve 111  
 ~ ergebniskontrolle 89, 94  
 ~ informationsverfahren 141  
 ~ macht 76, 83, 84  
 ~ nachfragefunktion 24  
 ~ nische 138  
 ~ phasen 105  
 ~ preissetzung 24  
 ~ protektionismus 85  
 ~ segment 139  
 ~ struktur 82, 89, 95, 99  
 ~ strukturverantwortung 89 f.  
 ~ Strukturverschlechterung 86 f.  
 ~ verhalten 82  
 ~ wachstum 113, 117, 119 f.  
 ~ zutritt 38, 40, 138  
 ~ zutrittsschranken 87  
 ~ zuwachs 136  
**Mehrproduktunternehmen** 101 ff.  
**Meistbegünstigungsklausel** 66  
**Ministererlaubnis** 45  
**Mischkalkulation** 140  
 ~ konzerne 135  
**Mißbrauchsaufsicht** 15, 48 f., 62, 65,  
 67, 69 ff., 76, 87, 142  
 ~ begriff 70, 73, 76  
 ~ kontrolle 52, 64, 80, 83 ff., 88 f.,  
 94  
**Mittelstandsklausel** 85  
 ~ kooperation 65  
**Mitspracherecht** 29  
**Monopolisierung** 58 ff.
- Nichtfreiwilligkeit** 25  
**Nichtleistungswettbewerb** 74, 79 ff.,  
 97 ff.
- öffentliches Interesse** 16  
**Oligopol**, reifes 115  
**Opportunitätskosten** 31, 37  
**overhead costs** 111
- Per-se-Regeln** 87  
**PIMS (Profit Impact of Market  
 Strategy)** 103  
**Pioniergewinne** 133
- Planung**, operative 106 f.  
 taktische 106 f.  
 strategische 107  
**Präferenzen** 54, 106  
**predatory pricing** 17  
**Preisbindungsverbot** 66  
 ~ differenzierung 47, 49  
 ~ einbruch 129  
 ~ erfahrungskurven 130, 134  
**Preisgestaltungsfreiheit** 69  
 ~ herabsetzungsverfügung 20, 142  
 ~ höhenkontrolle 71 ff.  
 ~ höhenmißbrauch 20, 71  
 ~ intervention, staatliche 11  
 ~ mißbrauch 140  
 ~ nehmer 22  
 ~ schirm 129  
 ~ senkungsanordnung 22  
 ~ senkungsverfügung 69  
 ~ setzung, autonome 21  
 ~ setzungsmacht 21 f.  
 ~ setzungsspielraum 21, 29 ff., 39,  
 59 f.  
 ~ verhalten, Phasen des 129  
 ~ wettbewerb 69  
**price-searchers'-market** 21, 23  
**price-takers'-market** 23  
**Privateigentum** 58  
**Produktion**, kumulierte 108, 127  
**Produktlebenslauf** 117  
 ~ lebenszyklus 113, 141  
 ~ -Portfolio-Konzept 101 ff.  
 ~ programm 119  
 ~ wettbewerb 69  
 ~ zyklus 105, 114, 134, 139  
**property rights** 11 ff., 51 f.
- Qualitätswettbewerb** 100
- „Rama-Mädchen“** 97, 99  
**Ressourcentheorie** 133  
**Restwettbewerb** 85, 90  
**ROI (Return on Investment)** 103, 106
- Scenario-Technik** 123  
**Schaltkreise**, integrierte 131  
**Selbstverantwortung** 30  
**Siliziumtransistoren** 131  
**Soll-Produktportfolio** 106, 121, 123  
**„Sonntag aktuell“** 74, 97, 99  
**squeezing** 17  
**Star** 113 ff., 117 f., 120, 138 f.  
**Stellung**, marktbeherrschende 66  
**Substanzrisiko** 12  
**Syndikate** 58  
**Synergieeffekte** 118
- Trend-Produktportfolio** 121 ff.

- Unterkostenpreise 127
- Unternehmen, marktbeherrschende 20, 68, 71, 74, 76
- Unternehmensstrategie 102, 132
- Unternehmenszusammenschluß 59, 66
  
- Valium 68, 72
- Verfügungsrechte 11 f., 19, 28 f., 42
- Vergleichsmarktkonzept 72, 142
- Verhaltensbeschränkung 37 f., 55, 62
  - ~ dirigismus 84
  - ~ kontrolle 92
  - ~ regeln 12
  - ~ spielraum 20, 22
  - ~ weisen, abgestimmte 84 f.
- Vermögensverteilung 18
  - ~ zuwachs, ungerechtfertigter 30
  
- Wettbewerb, leistungsgerechter 79, 95
  - nachziehender 105
  - vorstoßender 105
  
- Wettbewerbsbeeinträchtigung 88
  - ~ beschränkungen 14, 37 ff., 55 ff., 62, 73 f., 85, 89, 90
  - ~ politik, freiheitsgefährdende 17, 19
  - freiheitsorientierte 17, 19
  - Grundsätze der 41 ff.
  - konstruktivistische 19
- Wettbewerbspreis 32, 34, 72 f.
  - ~ regeln 80, 85, 91, 93 f.
  - ~ strategie 126
  - ~ theorie, marktüberschreitende 101 ff.
  - ~ verflechtungen 126
- Wildcat 113 ff., 117, 120, 127, 139
  
- Zugang zum Markt 54
- Zugangsbeschränkung 54 f., 61
  - ~ schranken 60
- Zwang, staatlicher 16
  - willkürlicher 12 ff., 47, 52
- Zwangsgewalt, staatliche 17