

Baum, Herbert

Article — Digitized Version

Weites Oligopol oder "Oligopolspitze"? Anmerkungen zur gruppenbezogenen Marktbeherrschung

Wirtschaftsdienst

Suggested Citation: Baum, Herbert (1982) : Weites Oligopol oder "Oligopolspitze"? Anmerkungen zur gruppenbezogenen Marktbeherrschung, Wirtschaftsdienst, ISSN 0043-6275, Verlag Weltarchiv, Hamburg, Vol. 62, Iss. 1, pp. 38-42

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/135641>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

„Weites“ Oligopol oder „Oligopolspitze“?

Anmerkungen zur gruppenbezogenen Marktbeherrschung

Herbert Baum, Hamburg

Das Bundeskartellamt hat im Zusammenschlußverfahren Texaco/Zerssen unmittelbar hintereinander zwei unterschiedliche Thesen zur Marktbeherrschung vertreten. Sind die operativen Schwierigkeiten auf konzeptionelle Mängel der Fusionskontrolle zurückzuführen?

Zunächst wurde vom Bundeskartellamt im Zusammenschlußverfahren Texaco/Zerssen vorgetragen, ein weites Oligopol (mit 16 Unternehmen) könne marktbeherrschend sein¹. Nach der ersten mündlichen Verhandlung vor dem Kammergericht wurde diese These revidiert²: Marktbeherrschend sei nur die Oligopolspitze, d. h. die sieben führenden Unternehmen³. Da hier offensichtlich beträchtliche Optionen bestehen, stellt sich die Frage nach den Gestaltungsmöglichkeiten und -absichten der Fusionskontrolle bei anschlusssuchenden Unternehmen.

Der Umweg über die Gruppenmarktbeherrschung wurde vom Bundeskartellamt beschritten, weil Texaco als Einzelunternehmen auf dem Markt für leichtes Heizöl nicht marktbeherrschend war und auch durch den Zusammenschluß nicht marktbeherrschend geworden wäre. Daher wurde versucht, die Gruppe der 16 Raffineriegesellschaften in der Bundesrepublik Deutschland als marktbeherrschendes Oligopol zusammenzufassen. Gemäß § 22 Abs. 2 GWB in Verbindung mit Abs. 1 Nr. 1 wurde argumentiert, daß das Oligopol mit einem Marktanteil für leichtes Heizöl von 80,26 % keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt wäre. Als Folge (§ 24 Abs. 1 GWB) hätte jeder Raffineriegesellschaft ein Zusammenschluß mit Zerssen untersagt werden müssen.

Aus diesem Verdikt hätte sich eine Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen einstellen können, wenn

Prof. Dr. Herbert Baum, 37, ist Professor für Volkswirtschaftslehre am Institut für Wirtschaftspolitik an der Hochschule der Bundeswehr Hamburg.

die Existenz des anschlusssuchenden Unternehmens ohne Fusion gefährdet gewesen wäre. Nach Einschätzung des Bundeskartellamtes war dies im Fall Zerssen zunächst nicht zu befürchten⁴. Später wurde jedoch eingeräumt, daß mittelständische Mineralölhandelsunternehmen wegen inzwischen eingetretener erheblicher Absatzrückgänge zur Geschäftsaufgabe gezwungen sein könnten⁵. Damit wurde die Frage der Aufkaufmöglichkeit und der Existenzsicherung von Zerssen zum ausschlaggebenden Punkt. Sie führte zu einer Differenzierung der Abwägungsklausel (§ 24 Abs. 1 GWB) mit der Begrenzung der Marktbeherrschungsthese auf die sieben großen Raffineriegesellschaften und der Freistellung der neun kleineren Gesellschaften, die damit als potentielle Fusionspartner zur Verfügung stehen sollten.

Diese Kursänderung des Bundeskartellamtes zeigt das Dilemma der Fusionskontrolle bei der Auswahl des „optimalen“ Käufers zur Abwendung einer Existenzbedrohung des anschlusssuchenden Unternehmens. Wird das weite Oligopolkonzept angewendet, so scheidet jeder Erwerb durch ein Gruppenmitglied aus. Dadurch kann ein Marktaustritt des Unternehmens erzwungen werden. Koppelt man eine bestimmte Teilgruppe von der Marktbeherrschungsbehauptung ab, so fehlt es möglicherweise infolge des „Binnenwettbewerbs“, der die Ausklammerung rechtfertigen würde, an der Untersagungsvoraussetzung für die Oligopolspitze. Gibt es einen Ausweg aus diesem Dilemma?

Das weite Gruppenkonzept

Die Marktbeherrschungsaussage könnte zunächst auf das gesamte Oligopol gerichtet bleiben. Daß eine

Anbietergruppe mit 16 Mitgliedern einen monolithischen Block ohne Wettbewerbskräfte bildet, ist zwar ungewöhnlich, aber gleichwohl nicht auszuschließen. Dies müßte durch den Nachweis, daß wesentlicher Wettbewerb fehlt und daß wegen der Strukturbedingungen des Marktes bei selektiven Kaufoptionen keine Wettbewerbsintensivierung zu erreichen ist, gesichert werden.

Bei Fusionsverbot der gesamten Oligopolgruppe und Marktaustritt würden sich Wettbewerbswirkungen dann noch aus den „Haifischeffekten“ einstellen. Im Fall Zerssen wurde dies vom Bundeskartellamt erwartet⁶: Bei Aufgabe des Vertriebs würden sich den anderen Wettbewerbern eher Chancen für Marktanteilsgewinne aus dem ehemaligen Kundenkreis von Zerssen ergeben als bei einem Zusammenschluß mit Texaco. Mit dieser Hypothese wurde versucht, das Kompensationsargument in § 24 Abs. 1 zu entkräften, d. h. die Verschlechterung der Marktstruktur durch den Marktaustritt hätte günstigere Wettbewerbswirkungen als ein Zusammenschluß.

Ob dies zutrifft, ist zu bezweifeln. Sowohl bei Marktaustritt als auch bei Fusion verringert sich die Anzahl der Anbieter. Im Ausscheidungsfall würden sich die freigewordenen Marktanteile zwar weniger ungleich auf die übrigen Konkurrenten verteilen als im Fusionsfall⁷. Wenn aber bisher im gesamten Oligopol kein wesentlicher Wettbewerb herrschte, so ist nicht zu erwarten, daß durch den Marktaustritt eines freien Händlers der Wettbewerb gefördert wird. Nach allen Erfahrungen auf dem Mineralölmarkt bedeutet das Ausscheiden eines nicht-markengebundenen Anbieters eine Verringerung des Wettbewerbsgrades. Dies ergibt sich aus dem „Trichter-Prinzip“ in der Preisbildung bei einem Billiganbieter und aus der Befreiung der anderen Unternehmen von einem mindestens latenten Wettbewerbsdruck, wenn dieser Billiganbieter ausscheidet. Dieser Effekt

kann sich in der Summation über einzelne Regionalmärkte bundesweit ausdehnen. Zur Wettbewerbserhaltung käme es also darauf an, das Marktpotential des bedrohten Unternehmens durch Beteiligung eines wettbewerbsgeneigten Oligopolmitgliedes zu sichern. Dies aber ist bei Anwendung des weiten Gruppenkonzepts nicht möglich.

Begrenzung auf die Oligopolspitze

Die Marktbeherrschungsaussage kann als Alternative zu dieser Vorgehensweise auf die Oligopolspitze begrenzt bleiben. Im Verfahren Texaco/Zerssen hat das Bundeskartellamt nach dem ersten Kammergerichtstermin seine These dahingehend abgeändert⁸. Damit sind nur die sieben großen Raffinerieunternehmen, nicht aber die neun kleineren Gesellschaften von einer Beteiligung ausgeschlossen. Hierdurch sollen die kleineren Mineralölgesellschaften in die Lage versetzt werden, ihre Marktstellung gegenüber den Großen durch „Aufholfusionen“ zu verbessern. Für den Wettbewerb sei es günstiger, daß die kleineren Raffineriegesellschaften wachsen, als daß die Großen noch größer werden⁹.

Das Bundeskartellamt rechtfertigt diese Differenzierung mit einer graduellen Abstufung der Wettbewerbsbereitschaft der beiden Teilgruppen. Bei den sieben Großen würde wegen besonderer Marktstrukturmerkmale (hoher Marktanteil, große und bundesweit gestreute Destillationskapazität, vorhandene Krackkapazitäten, Marktführerschaft bei Vergaserkraftstoff, Beteiligung an Marktinformationssystemen, gemeinsames Engagement im Erdgasgeschäft) eine geringere Wettbewerbsneigung als bei den neun kleineren Gesellschaften bestehen.

Damit wird unterstellt, daß von den neun Kleinen mindestens latent oder potentiell Konkurrenz entfaltet wird. Dann aber ist zu fragen, ob von fehlendem wesentlichen Wettbewerb im Binnenverhältnis (Oligopolspitze vs. Mini-majors) ausgegangen werden kann. Genauer: kann es fehlenden wesentlichen Wettbewerb bei gleichzeitigem Restwettbewerb geben, der immerhin so stark ist, daß den ihn entfaltenden Unternehmen Fusionen gestattet werden können?

In diesem Problem hat sich das Bundeskartellamt verfangen: Auf der einen Seite hat es mit gewichtigen Argumenten (Einbindung des deutschen in den weltweiten Mineralölmarkt, Unmöglichkeit eines vorstoßenden

¹ Bundeskartellamt, Beschluß vom 28. 10. 1980 in dem Verwaltungsverfahren wegen Anmeldung eines Zusammenschlußvorhabens Texaco/Zerssen, S. 20 ff.; Bundeskartellamt, Stellungnahme vom 29. 4. 1981 zur Beschwerde von Texaco/Zerssen gegen die Untersagung eines Zusammenschlußvorhabens vor dem Kammergericht, S. 27 ff.

² Das Kammergericht will mehr wissen, in: FAZ, Nr. 216 vom 19. 9. 1981, S. 13; Das Kartellamt ändert seine Oligopolthese, in: FAZ, Nr. 220 vom 23. 9. 1981, S. 13.

³ Zu den sieben großen Raffineriegesellschaften werden gerechnet: Esso, BP, Veba, Shell, Mobil, Texaco, Wintershall. Die neun kleineren Gesellschaften sind: Elf, UK Wesseling, Deutsche Marathon, Chevron, Agip, Saarberg, Conoco, Deutsche Fina, Deutsche Total.

⁴ Bundeskartellamt, Beschluß vom 28. 10. 1980 . . . , a. a. O., S. 50.

⁵ Das Kartellamt ändert seine Oligopolthese, a. a. O., S. 13.

⁶ Bundeskartellamt, Beschluß vom 28. 10. 1980 . . . , a. a. O., S. 50.

⁷ Zur Frage der Wettbewerbswirkungen von Fusionen und Marktaustritten vgl. Helmut Gröner, Helmut Köhler: Wettbewerbsprobleme der Sanierungsfusion, in: Ordo. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Band 31 (1980), S. 109 f.

⁸ Diese Korrektur war bereits in der Stellungnahme vom 29. 4. 1981 für den Fall vorgesehen, daß das Kammergericht der Annahme eines aus allen 16 Raffineriegesellschaften bestehenden marktbeherrschenden Oligopols nicht folgen würde. Vgl. Bundeskartellamt, Stellungnahme vom 29. 4. 1981 . . . , a. a. O., S. 72 ff.

⁹ Vgl. Das Kartellamt ändert seine Oligopolthese, a. a. O., S. 13.

Wettbewerbs, oligopolistische Gruppendisziplin) darzulegen versucht¹⁰, daß Wettbewerb weder im Binnen- noch im Außenverhältnis stattfindet und auch nicht stattfinden kann. Daß in der korrigierten Marktbeherrschungsaussage einige Marktmerkmale aufgeführt werden, die mindestens implizit schon in der These der strukturellen Wettbewerbsdefizienz für den gesamten Markt enthalten waren und die die Wettbewerbsblockierung zwischen den Großen nachweisen sollen, schaufelt sozusagen die kleinen Gesellschaften als Fusionspartner nicht frei. Das Bundeskartellamt legt keine Gründe dar, daß von diesen Unternehmen wirksamer Preiswettbewerb, der die Oligopolstabilität aufheben könnte, entfaltet wird¹¹. Das aber bedeutet, daß es in der amtlichen Argumentation keine Wettbewerbsgründe gibt, die eine Ausnahme vom Fusionsverbot rechtfertigen würden. Die Freistellung der kleineren Gesellschaften muß daher als Maßnahme einer unternehmensbezogenen Größenstrukturpolitik angesehen werden, die den Wettbewerbsbehörden nicht zusteht.

Ein Ausweg

Wie könnte es im Fall Texaco/Zerssen weitergehen? Die Frage hat eine pragmatische und eine grundsätzliche Seite. Sie zieht letztlich die Konzeption der Fusionskontrolle in der Bundesrepublik Deutschland in Zweifel.

Daß das Bundeskartellamt sich in eine Konfliktlage manövriert hat, liegt an der „Überbestimmung“ der Marktbeherrschungsthese, also in der Behauptung, daß wesentlicher Wettbewerb im gesamten Oligopol fehle, kein Außenwettbewerb bestehe und die Strukturbedingungen den Wettbewerb ausschließen würden.

Ob diese Diagnose den Tatsachen entspricht, ist umstritten. Es gibt auch eine andere Sicht. Aus ihr würde sich – wenn man „systemendogen“ und unter Zurück-

¹⁰ Bundeskartellamt, Beschluß vom 28. 10. 1980 . . . , a. a. O., S. 25 ff.; Bundeskartellamt, Stellungnahme vom 29. 4. 1981 . . . , a. a. O., S. 12 ff.

¹¹ Zur Kritik an dem Versuch, den Wettbewerbsgrad durch „Aufholfusionen“ zu steigern, vgl. Heinrich H ö f e r : Gegen Marktmacht oder für Gegenmacht?, in: Zeitschrift für Wirtschaftspolitik, 30. Jg. (1981), S. 179 ff.

stellung der ordnungstheoretischen Bedenken argumentiert – eine Lösungsmöglichkeit für die Fusionskontrolle anbieten.

Ausgangspunkt ist das Eingreifkriterium des „fehlenden wesentlichen Wettbewerbs“. Nach der Definition des Bundeskartellamtes setzt wesentlicher Wettbewerb voraus¹², daß die Unternehmen ihre Wettbewerbsinstrumente (Preis, Qualität, Nebenleistungen, Forschung und Entwicklung) einsetzen, um ihre Marktanteile zu steigern. Erkennbar muß sein, daß sie um Verhaltensweisen bemüht sind, die ihnen bei den Nachfragern einen Wettbewerbsvorsprung gegenüber ihren Konkurrenten erbringen. Dabei ist eine Gesamtbetrachtung aller maßgebenden Umstände des relevanten Marktes unerlässlich. Setzt sich aufgrund der marktstrukturellen Bedingungen bei allen Wettbewerbern die Erkenntnis durch, daß vorstoßende Wettbewerbsaktivitäten mittel- oder langfristig zu Umsatzeinbußen für alle Beteiligten führen und nur ein bewußtes Parallelverhalten aus dieser Gefahr herausführt, so fehlt es am wesentlichen Wettbewerb.

Empirische Fakten

Akzeptiert man dieses Kriterium und die Möglichkeit, dazu Aussagen zu machen, so gibt es aufgrund der empirischen Fakten mehrere Gegenpositionen in der Interpretation der Wettbewerbsbedingungen und des Wettbewerbsverhaltens.

Auf dem Heizölmarkt sind durchaus Spielräume für Preiswettbewerb vorhanden. Die Preisentwicklung wird zwar in starkem Maße von der Entwicklung der Rohöleinstandspreise geprägt. Eine zwingende Kostenparallelität besteht jedoch nicht und wird auch nicht praktiziert.

Das Preisverhalten der Mineralölgesellschaften hängt von den Marktverhältnissen ab. Die Preise werden gemeinschaftlich und in etwa gleichmäßig und gleichzeitig erhöht, wenn Angebotsverknappungen ein-

¹² Vgl. Bundeskartellamt, Stellungnahme vom 29. 4. 1981 . . . , a. a. O., S. 28 ff.

KONJUNKTUR VON MORGEN

Der vierzehntäglich erscheinende Kurzbericht des HWWA - Institut für Wirtschaftsforschung - Hamburg über die Binnen- und Weltkonjunktur und die Rohstoffmärkte

ISSN 0023-3439

VERLAG WELTARCHIV GMBH - HAMBURG

treten und der Konkurrenzdruck von Binnen- oder Außenwettbewerbern ausbleibt. Preissenkungen (oder zumindest stabile Preise) ergeben sich bei schwacher Nachfrage und Angebotsüberhängen. Wettbewerbsvorstöße kommen dabei insbesondere von ungebundenen Händlern oder kleineren Raffineriegesellschaften, die günstigere Importware einsetzen. Zwischen den großen Markengesellschaften findet kein vorstoßender Preiswettbewerb statt.

□ Bei einem strukturellen Nachfragerückgang infolge längerfristiger Anpassungen und Einsparungsbemühungen der Verbraucher versuchen die großen Raffineriegesellschaften mit Preiserhöhungen zu reagieren. Damit soll bei ungünstigerer Kapazitätsauslastung die Gewinnspanne verteidigt werden. Dies ist solange möglich, wie der Nachfragerückgang noch eine Realisierung der angestrebten Vollkostenpreisfunktion zuläßt. Herrscht Angebotsüberschuß an Importware, so erzwingen Preissenkungen der ungebundenen oder kleineren Anbieter bei den großen Gesellschaften mit sinkenden Preisen eine Reduzierung der Gewinnspanne bzw. die Inkaufnahme von Verlusten.

□ Die Furcht vor Angebotsverknappungen und hohen Spotpreisen fördert eine Anlehnung der unabhängigen Händler an die inländischen Raffineriegesellschaften, wodurch das Wettbewerbspotential geringer wird.

□ Zwischen den Markengesellschaften bestehen wegen des erheblichen Kostengefalles aufgrund unterschiedlicher Rohölbezugsquellen Möglichkeiten zu vorstoßendem Wettbewerb. Derartige Wettbewerbsaktionen finden kurzfristig in den Lieferkapazitäten der Gesellschaften ihre Grenze. Auf mittlere Sicht sind diese Kapazitätsgrenzen durch Wettbewerb in der Beschaffungs- und Kostenpolitik der Gesellschaften veränderbar.

□ Das Argument des „Leergekauftwerdens“ stimmt mit der Wirklichkeit nicht überein. Die bestehende Preispartung zeigt, daß die Beweglichkeit der Nachfrage eingeschränkt ist. Bei Preiswettbewerb in Zeiten eines Angebotsüberschusses sind durchaus zusätzliche Mengen beschaffbar. Wenn außerdem die Billiganbieter infolge von Preisdifferenzen starke Nachfragezuwächse haben, so können entsprechend die teureren Anbieter einen Teil ihrer Mengen nicht mehr absetzen. Sie müßten dann ihre Nachfrage am Weltmarkt drosseln und ihre Überschußmengen frei anbieten. Damit wären aber Zukaufmöglichkeiten für expandierende Unternehmen gegeben.

□ Tauschmengenvereinbarungen und der Betrieb von Gemeinschaftsraffinerien schwächen zwar die Wettbe-

werbsbereitschaft der beteiligten Unternehmen. Die Absprachen könnten jedoch bestehen bleiben, wenn die daraus bezogenen Mengen neben den eigenen Produkten der jeweiligen Gesellschaft zur Bedienung der „Grundmenge“ (ohne Wettbewerbsvorstoß) eingesetzt würden. Wettbewerbsbedingte Zusatzmengen müßten aus anderen Bezugsquellen kommen. Würden dem offensiven Unternehmen die Tauschmengen verweigert, so würde dies an anderen Plätzen auf die sperrenden Konkurrenten zurückschlagen. Daß solche Vereinbarungen kein dominierendes Wettbewerbshindernis sind, zeigen überdies die Erfahrungen mit preisunterbietenden kleineren Gesellschaften, die nach wie vor an Tauschmengenabkommen beteiligt sind¹³.

Veränderliches Wettbewerbsbild

Zusammenfassend ergibt sich ein in Abhängigkeit der Marktlage veränderliches Wettbewerbsbild: In Zeiten knapper Mineralölmengen sinkt der Wettbewerbsgrad; das Potential der Restwettbewerber im Binnen- und Außenwettbewerb geht verloren. Bei Überschußsituationen und schwacher Nachfrage gewinnen die kleineren Gesellschaften und freien Händler an Wettbewerbsspielraum, wodurch die Oligopolspitze zu Preisreaktionen gezwungen wird. Ob dies „wesentlicher Wettbewerb“ ist, kann nach der Form, in der die Fusionskontrolle in der Bundesrepublik angelegt ist und praktiziert wird, nur normativ durch die Kartellgerichte geklärt werden.

Für die Frage der Aufkauffähigkeit des anschlusssuchenden Unternehmens wäre die zeitliche Dominanz des wesentlichen oder nicht-wesentlichen Wettbewerbs entscheidend¹⁴: Überwiegen Wettbewerbsphasen, so fehlt es an der Marktbeherrschung auch für die Oligopolspitze. Nach allen Preis- und Mengenprognosen für Mineralöl¹⁵ ist mittel- und langfristig von ausgesprochenen Verkäufermärkten auszugehen. Dies würde für ein Zusammenschlußverbot in der Oligopolspitze sprechen. In nachhaltig angespannten Versorgungslagen fehlt den Restwettbewerbern die Wettbewerbsfähigkeit, obwohl sie möglicherweise wettbewerbswillig

¹³ Vgl. dazu die Preispolitik der Conoco Mineralöl („Jet“) bei Benzin gegenüber den großen Markengesellschaften im Ruhrgebiet. Siehe Heinz Günter Kemmer: Das Spiel mit dem Pfennig, in: Die Zeit, Nr. 44 vom 23. 10. 1981, S. 19.

¹⁴ Die Notwendigkeit einer „dynamischen“ Betrachtung der Marktbeherrschung (allerdings bezogen auf Marktanteilsveränderungen) wird betont von Ulrich Immenga und Reinhard Schulte-Braucaks: Zum Verhältnis der Monopol- und der Oligopolvermutung in § 22 Abs. 3 GWB. Kritische Anmerkungen zur Entscheidung des Kammergerichts in der Sache „Blei- und Silberhütte Braubach“ vom 16. 1. 1980 in: Betriebs-Berater, Heft 3 vom 30. 1. 1981, S. 152 ff.

¹⁵ Vgl. Hans K. Schneider: Neun Thesen zur Energieversorgung und Energiepolitik, in: Rainer Willeke (Hrsg.): Bedingungen nachhaltiger Energiesicherung für den Verkehr, Düsseldorf 1980, S. 39 ff.

wären. Würde ihnen die Fusion gestattet, so würde sich die Marktbeherrschung nicht verstärken. Ihr dadurch erweitertes Wettbewerbspotential käme in Knappheitszeiten zwar nicht zur Entfaltung. Es würde aber für Entscheidungsphasen zur Verfügung stehen. Damit könnte erreicht werden, daß in einem aufgrund der Entwicklungsperspektive aufwärts gerichteten Preistrend der Preisaufrtrieb auf den inländischen Produktenmärkten bei temporären Mengenüberschüssen, Dollarkursenkungen oder Uneinigkeit der OPEC-Länder über die Forcierung des Wettbewerbs abgeschwächt würde oder zeitweilig auch Preissenkungen durchgesetzt werden könnten. Dies würde für eine Abkoppelung der Oligopolspitze von den Restwettbewerbern und für eine Fusionserlaubnis der kleineren Gesellschaften sprechen.

Wettbewerb als offener Prozeß

Die operativen Schwierigkeiten, in denen sich die Fusionskontrolle im Verfahren *Texaco/Zerssen* befindet, hat konzeptionelle Ursachen. Sie werden in ähnlich gelagerten Fällen immer wieder auftreten.

Die Fusionskontrolle nach dem GWB interveniert nur dann, wenn Marktbeherrschung erzeugt oder verstärkt wird. Auf Oligopolmärkten wird Marktbeherrschung am Fehlen eines wesentlichen Wettbewerbs identifiziert. Wann dieses Kriterium erfüllt ist, bleibt Auslegungssache. Weder die Thesen des Bundeskartellamtes noch mögliche Gegenpositionen lassen sich objektiv absichern. Dies liegt daran, daß wesentlicher Wettbewerb nicht an „externen“ Ergebnisansprüchen, sondern nur erfahrungswissenschaftlich, d. h. durch Tatbestände, die am Markt vorgefunden werden, beurteilt werden kann. Ein Verfahren der Offenlegung wäre der „Koordinationsansatz“¹⁶: Es müßte geprüft werden, ob durch Veränderung der institutionellen Marktbedingungen (etwa durch Diskriminierungsverbot, Verbot von Ausschließlichkeits- und Preisbindungen) die Wirksamkeit des Wettbewerbs im Sinne der Koordinationsleistung, d. h. des unternehmerischen Strebens, den Nachfragern „bessere“ Gelegenheiten als bisher zu bieten, gesteigert oder vermindert würde.

Korrigiert man demgegenüber Marktstrukturen in der Erwartung, bestimmte Verhaltensweisen oder Ergebnisse zu erzielen, so wird Wissen vorausgesetzt, das der Marktprozeß als Entdeckungsverfahren erst schaffen soll¹⁷. Damit wird der Weg einer spielregelgebunde-

nen Wettbewerbspolitik, die den individuellen Marktprozessen einen Handlungsrahmen vorgibt und ihn ohne Rücksicht auf die konkreten Ergebnisse anwendet, verlassen. Statt dessen würde ein Ergebnis vorgegeben und die Spielregel dann angewendet, wenn der tatsächliche Marktprozeß und die daraus prognostizierten Ergebnisse nicht dem postulierten Verlauf entsprechen. Wettbewerb wäre damit kein offener Prozeß mehr, der Unbekanntes zur Entdeckung bringt, sondern eine staatliche Veranstaltung, die jeweils bestimmte vorgegebene Einzelergebnisse erbringen soll. Dies aber wäre eine Ermächtigung zur „direkten (personalen)“ Intervention.

Ein Reformkonzept

Die ordnungskonforme Alternative dazu bildet die Einführung von allgemeinen und abstrakten (per se-) Regeln¹⁸. Bei bestimmten Strukturatbeständen sind Fusionen ohne Rückgriff auf vermutete Wirkungen untersagt. Das derzeit existierende doppelte Bewertungsproblem (Definition des Maßstabes für die Wesentlichkeit des Wettbewerbs und Prüfung der Entsprechung von Norm und Wirklichkeit) würde entfallen. Statt einer abwägenden Fusionskontrolle würde unter bestimmten Voraussetzungen ein Fusionsverbot ausgesprochen.

Eine Theorie relevanter Strukturbedingungen ist bisher jedoch nur in Ansätzen vorhanden¹⁹. Ausgehend von den Erfahrungen der US-amerikanischen Antikonzentrationpolitik könnten etwa „superconcentration“, „incipiency“ oder „leading firm acquisition“ als Einstiegskriterien in Betracht kommen. Mögliche Weiterentwicklungen würden in Typenbildungen bestimmter verbotener Fusionen oder bestimmter wettbewerbsgefährdeter Märkte zu sehen sein. Dies aber erfordert eine Neuorientierung in der Fusionskontrolle.

Daß solche Korrekturen möglich sind, zeigt die Entwicklung bei der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, die sich nach interventionistischen Vorstößen in den ersten Jahren auf allgemeine Regeln und objektiv feststellbare Tatbestände (Behinderungsmißbrauch) zurückzuziehen scheint. In der Entflechtungsdiskussion – jedenfalls in dem von der Monopolkommission vorgebrachten, von extremen Abwägungsnotwendigkeiten durchsetzten Vorschlag (Marktbeherrschung, mißbräuchliche Ausnutzung, Strukturbedingtheit des Mißbrauchs)²⁰ – scheint man jedoch wieder in die alten Fehler zu verfallen.

¹⁶ Vgl. Erich Ho p p m a n n : Das Konzept des wirksamen Preiswettbewerbs, dargestellt am Beispiel der Arzneimittelmärkte, Recht und Staat, Heft 484/485, Tübingen 1978, S. 6 ff., insbesondere S. 16 bis 20.

¹⁷ Vgl. Erich Ho p p m a n n : Fusionskontrolle, Walter Eucken Institut, Vorträge und Aufsätze, Heft 38, Tübingen 1972, S. 31 bis 36.

¹⁸ Vgl. ebenda, S. 59 ff., insb. S. 80 ff.

¹⁹ Vgl. ebenda, S. 88 f.

²⁰ Monopolkommission: Drittes Hauptgutachten 1978/79, BT-Drucksache 8/4404 vom 17. 7. 80, S. 192 ff.