

Schmidt, Ingo

**Article — Digitized Version**

## Reform des GWB: Aufgabe des nächsten Bundestages

Wirtschaftsdienst

*Suggested Citation:* Schmidt, Ingo (1969) : Reform des GWB: Aufgabe des nächsten Bundestages, Wirtschaftsdienst, ISSN 0043-6275, Verlag Weltarchiv, Hamburg, Vol. 49, Iss. 8, pp. 450-456

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/134004>

**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.*

# Reform des GWB

## Aufgabe des nächsten Bundestages

Dr. Ingo Schmidt, Berlin

Die im Jahre 1968 geplante 2. Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist bekanntlich im „Kreßbronner Kreis“ an der Frage gescheitert, ob die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Preisbindung der zweiten Hand verschärft werden sollten. Dennoch ist im Bundeswirtschaftsministerium die Arbeitsgruppe Wettbewerbspolitik reaktiviert worden, und zusammen mit den Landeskartellbehörden ist eine weitere Arbeitsgruppe Kartellrecht geschaffen worden, die die verfahrensrechtlichen Grundlagen des GWB überprüfen soll. Aufgabe dieser beiden Arbeitsgruppen ist es, die im nächsten Bundestag anstehende größere Novellierung des Kartellgesetzes in materiell- und verfahrensrechtlicher Hinsicht vorzubereiten. Dies soll Anlaß für die nachfolgenden Überlegungen zur Reform des GWB sein, wobei zum Teil auf einige Vorschläge von Kantzenbach und Mumme<sup>1)</sup> zurückgegriffen werden soll, die sich seinerzeit im WIRTSCHAFTSDIENST kritisch mit der damals zur Diskussion stehenden 2. Novelle zum GWB befaßt haben.

### Ansatzpunkte einer Reform

Ausgangspunkt der folgenden Untersuchung sollen zwei vieldiskutierte Problemkreise sein:

Im deutschen Kartellgesetz werden Wettbewerbsbeschränkungen durch Vertrag oder Beschluß, die grundsätzlich – wengleich mit Ausnahmevorbehalt – verboten sind, und die Wettbewerbsbeschränkungen durch internes oder externes Unternehmenswachstum, die nur einer korrektiven Mißbrauchsaufsicht unterworfen sind, ungleich behandelt. Kantzenbach und Mumme weisen zu Recht darauf hin, daß es „gerade die festen und dauerhaften Organisationsformen des

Monopols (sind), die im Gesetz die nachsichtiger Behandlung erfahren, während die lockere, vertragliche Basis der Monopolisierung die volle Schärfe der Verbotsnorm trifft“. Der Grund für diese – auf den ersten Blick unverständliche – unterschiedliche Behandlung der beiden Haupttypen der Wettbewerbsbeschränkung ist – neben dem Einfluß der Lobby – die Befürchtung des federführenden Wirtschaftspolitischen Ausschusses gewesen, daß von einer Fusionskontrolle negative Einflüsse auf die Realisierung von Massenproduktionsvorteilen, den technischen Fortschritt und die internationale Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Unternehmen ausgehen könnten.

Die lange Dauer der Mißbrauchsverfahren gegen Preisbinder, Marktbeherrscher oder Kartelle von drei bis fünf Jahren hat eine Reihe von verfahrensrechtlichen Unzulänglichkeiten deutlich werden lassen, die ebenfalls dringend der Abhilfe bedürfen. Denn die besten materiell-rechtlichen Normen bleiben wirkungslos, wenn die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten zur Durchsetzung der materiellen Rechtsnormen fehlen.

### Verfehlte Abgrenzungen

Das grundsätzliche Kartellverbot des § 1 GWB greift nur dann ein, wenn durch Vertrag oder Beschluß die wettbewerbsrelevante Handlungsfreiheit beschränkt wird, d. h. die rechtliche Beschränkung der wettbewerbsrelevanten Handlungsfreiheit muß Gegenstand = Inhalt des Vertrages sein (sog. Gegenstandstheorie). Diese Kriterien (rechtliche Bindung = Inhalt des Vertrages) sind jedoch wettbewerbspolitisch ungeeignet, um eine vernünftige Trennung zwischen schädlichen Kartellen und unbedenklichen oder wünschenswerten Formen der Kooperation vorzunehmen. Maßgeblich für die Wettbewerbspolitik können nicht der rechtliche Organisationskern,

<sup>1)</sup> Erhard Kantzenbach und Carl-Heinz Mumme: Auf dem Wege zur „aufgeklärten“ Wettbewerbspolitik? In: WIRTSCHAFTSDIENST, Jg. 48 (1968), H. 5, S. 261 ff.

sondern nur die Auswirkungen auf den Markt sein (sog. Folgentheorie). Eine Umformulierung von § 1 GWB unter Einbeziehung des abgestimmten Verhaltens (zur Erleichterung der Beweiswürdigung) und der Marktwirkungen ist daher von der Sache her geboten und würde zugleich der Harmonisierung mit Art. 85 EWG-Vertrag dienen, der das abgestimmte Verhalten und die Marktfolgen in das Verbot einbezieht.

Der erweiterte Verbotsbereich einer derart neu gefaßten Vorschrift müßte durch einen neuen § 1a GWB aufgelockert werden. Dieser sollte die Möglichkeit zur Legalisierung von solchen Bagatellkartellen enthalten, die den Wettbewerb nur unwesentlich beeinträchtigen. Zudem sollte er volkswirtschaftlich erwünschte Formen der Kooperation erlauben, d. h. Formen, die die Wettbewerbsfähigkeit von kleinen und mittleren Unternehmen gegenüber Großunternehmen durch Ausgliederung von Unternehmensfunktionen erhöhen.

Um eine wirksame Kontrolle der Kartellbehörden zu ermöglichen, sollte eine solche Freistellung – wie bei den Konditionenkartellen – in Form eines Anmelde- und dreimonatigen Widerspruchsverfahrens erfolgen. Dieses Verfahren würde auch dem Bedürfnis der Wirtschaft nach raschen Entscheidungen innerhalb der Dreimonatsfrist Rechnung tragen.

Der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesminister für Wirtschaft hatte bereits in seinem Gutachten zur Reform des GWB vom 23. Juni 1962 (BTDr. IV/617, S. 91 f.) die Abschaffung der Ausnahmenvorschrift des § 3 GWB für Rabattekartelle empfohlen. Diese Auffassung machte sich die SPD in ihrem Novellierungsvorschlag aus dem Jahre 1964 (BTDr. IV/2337, S. 1) zu eigen. Es ist nämlich keine volkswirtschaftlich stichhaltige Begründung für die Zulassung derartiger Rabattekartelle ersichtlich. Was im Sinne des § 3 GWB ein „echtes Leistungsentgelt“ sein soll, wonach die Rabatte zu bemessen sind, vermag bis heute noch kein Mensch zu erklären.

### Aufhebung der Preisbindung

Die Preisbindung der zweiten Hand sichert knapp 1000 Markenartikelherstellern in der Bundesrepublik ein Privileg zu, für das eine volkswirtschaftliche Rechtfertigung noch nie ersichtlich war (politischer Kompromiß bei der Verabschiedung des Gesetzes im Jahre 1957). Die für den erfolgreichen Einsatz der konjunkturpolitischen Instrumente notwendige Flexibilität der Preise und der Gedanke des Verbraucherschutzes lassen die Beseitigung dieses Privilegs notwendig erscheinen. Die Aufhebung dieses feudalistischen Privilegs würde – abgesehen von einem kurzfristigen Kaufkrafteffekt – langfristig einen Preisdruck auf die Her-

steller ausüben, der im Interesse der Preisstabilität konjunkturpolitisch wünschenswert wäre.

Wenn man quasi als Ausgleich für die Abschaffung der Preisbindung den Unternehmen die Möglichkeit geben will, vertikale Preisempfehlungen verstärkt als Marketinginstrument einzusetzen, so bestünde die Gefahr, daß angesichts der restriktiven Auslegung des § 25 Abs. 1 GWB durch den Bundesgerichtshof<sup>2)</sup> die Belebung des Preiswettbewerbs im Handel durch Liefersperrn vereitelt wird. Dem müßte durch eine gesetzliche Beweislastumkehr für Zivilklagen hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Preisbeeinflussungsabsicht in § 25 Abs. 1 GWB rechtzeitig begegnet werden.

### Ausschließlichkeitsverträge

Die am 1. Januar 1966 in Kraft getretene 1. Novelle zum GWB hat leider bei der in § 18 GWB vorgesehenen Mißbrauchsaufsicht über Ausschließlichkeitsverträge den Schutz der Vertragsbeteiligten beseitigt und diese auf den Zivilrechtsweg verwiesen. Eine solche Regelung benachteiligt in der Regel den wirtschaftlich schwächeren Vertragspartner und sollte deshalb durch die Wiedereinführung des Officialverfahrens auch zugunsten der Vertragsbeteiligten beseitigt werden.

Zudem sollten Kopplungsverträge nicht nur nach § 22 GWB, sondern auch schon nach den strengeren Vorschriften des § 18 GWB (das Tatbestandsmerkmal „wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs“ greift eher ein als das Tatbestandsmerkmal des § 22 GWB „Fehlen von wesentlichem Wettbewerb“) einer Mißbrauchsaufsicht unterliegen. Denn Kopplungsverträge ohne Marktmacht sind nicht denkbar. Darüber hinaus sollte überlegt werden, ob nicht die Praktizierung derartiger Verträge für marktstarke und marktbeherrschende Unternehmen im Sinne eines novellierten § 22 GWB überhaupt verboten werden sollte, da sie lediglich der Absicherung oder Ausweitung der marktbeherrschenden Position dienen. Das gilt im Prinzip analog für Ausschließlichkeitsverträge, die von marktstarken oder marktbeherrschenden Unternehmen abgeschlossen werden.

Die sog. Ausnahmereiche im GWB (§§ 99 ff.) für Verkehr, Landwirtschaft, Versorgungswirtschaft, Banken und Versicherungen bedürfen ebenfalls einer Durchforstung im Hinblick darauf, ob und inwieweit die Freistellung von den wichtigsten Bestimmungen des GWB noch sachlich gerechtfertigt ist<sup>3)</sup>. Soweit möglich, sollte die Kontrolle durch

<sup>2)</sup> § 25 Abs. 1 GWB verbietet Unternehmen die Ausübung von wirtschaftlichem Druck, um andere Unternehmen zu einem Verhalten zu veranlassen, „das nach diesem Gesetz ... nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf“.

<sup>3)</sup> Vgl. Eberhard Günther: Zehn Jahre Bundeskartellamt: Rückblick und Ausblick. In: Zehn Jahre Bundeskartellamt – Beiträge zu Fragen und Entwicklungen auf dem Gebiet des Kartellrechts, Köln/Berlin/Bonn/München 1968, S. 11 ff., 29 ff.

den Wettbewerb wiederhergestellt werden. Anderenfalls müßte die fehlende Marktkontrolle durch eine gründlichere und umfassendere Kontrolle der staatlichen Aufsichtsbehörden wie bei den „regulated industries“ in den USA ersetzt werden.

### Korrektive Mißbrauchsaufsicht

Der ursprüngliche Regierungsentwurf aus den fünfziger Jahren hatte nach amerikanischem Vorbild (vgl. sec. 7 Clayton Act) eine Fusionskontrolle für den Fall vorgesehen, daß durch einen Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung erreicht oder verstärkt wird (§§ 18–22 Regierungsentwurf). Aus den oben angedeuteten Überlegungen heraus — economies of large scale, technischer Fortschritt und internationale Wettbewerbsfähigkeit — blieb von dem Regierungsentwurf nur eine korrektive Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Einzelunternehmen und Unternehmensgruppen übrig. Deren Schutzzweck geht dahin, das Regulativ des Wettbewerbs durch eine Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörden im Interesse marktschwächerer Mitbewerber oder Zulieferer bzw. Abnehmer zu ersetzen. Diesem Normzweck wird die geltende Vorschrift und ihre restriktive Auslegung durch die Rechtsprechung allerdings nicht gerecht (vgl. z. B. die Fensterglas-Entscheidung). Das Verfahren des Bundeskartellamtes gegen die vier internationalen Mineralölfirmen hat zudem die großen Beweisschwierigkeiten bei der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Oligopolgruppen deutlich werden lassen.

Abgesehen von den Schwierigkeiten der Beweisführung machen es die bisherigen Erfahrungen der Kartellbehörden auch nötig, nicht nur marktbeherrschende, sondern auch wirtschaftlich und finanziell marktstarke Unternehmen in die Mißbrauchsaufsicht einzubeziehen. Gerade marktstarke, aber noch nicht marktbeherrschende Unternehmen versuchen häufig, durch wettbewerbsbeeinträchtigende Verhaltensweisen ihre Mitbewerber zu verdrängen und eine marktbeherrschende Stellung durch Monopolisierung i. w. S. (z. B. Diskriminierung, Kopplungs- und Ausschließlichkeitsverträge, unbillige Behinderung) zu erringen. Dieser verstärkte Individualschutz liegt in der Regel langfristig zugleich auch im Interesse eines verbesserten Institutionsschutzes, da die Monopolisierung eines Marktes nicht nur die Existenz marktschwächerer Mitbewerber (= Individualschutz), sondern zugleich die Wirksamkeit des Wettbewerbs als Institution bedroht.

### Erleichterung der Beweisführung

Die Beweisführung der Kartellbehörden und Gerichte, die immer mit einem Hypothesentest bei

der Feststellung des „wesentlichen Wettbewerbs“ arbeiten müssen, ist also zu erleichtern. Zudem muß die Mißbrauchsaufsicht auf marktstarke Unternehmen ausgedehnt werden. Deshalb erscheint es zweckmäßig anzunehmen, daß die Marktbherrschaft gemäß § 22 GWB nicht nur durch das Fehlen von „wesentlichem“ Wettbewerb oder besser: durch die wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs (vgl. § 18 GWB) gegeben ist, sondern alternativ auch bei Vorliegen bestimmter relativer oder absoluter Kriterien (relatives Kriterium: Marktanteil; absolute Kriterien: Umsatz, Beschäftigtenzahl oder Bilanzsumme). Während man das relative Kriterium von 20 % Marktanteil beibehalten könnte, erscheinen die in § 23 Abs. 1 GWB genannten absoluten Kriterien (10000 Beschäftigte oder 500 Mill. Umsatz oder 1 Mrd. Bilanzsumme) als zu hoch. Man sollte deshalb die im — soeben verabschiedeten — Publizitätsgesetz angeführten absoluten Kriterien heranziehen (5000 Beschäftigte oder 250 Mill. Umsatz oder 125 Mill. Bilanzsumme).

Für diese relativen oder absoluten Kriterien spricht ihre einfache Handhabung und juristische Praktikabilität. Dagegen spricht, daß sie komplizierten ökonomischen Sachverhalten nicht immer gerecht werden können. Derartige Vereinfachungen im Interesse der Rechtssicherheit finden wir jedoch auch auf anderen Rechtsgebieten, wie z. B. dem Straßenverkehrsrecht (vgl. die Promillegrenze von 1,3 oder die Geschwindigkeitsbeschränkung im Stadtverkehr auf 50 km).

Allerdings sollte die generelle Mißbrauchsklausel des § 22 III GWB — wie in Art. 86 Satz 2 EWGV — durch Beispiele konkretisiert werden; für bestimmte typische Mißbrauchstatbestände (z. B. Behinderungspraktiken oder Preismißbrauch) sollten Beweisvermutungen wie bei der Mißbrauchsaufsicht über preisbindende Unternehmen nach § 17 Abs. 1 Satz 2 GWB aufgestellt werden<sup>4)</sup>.

### Präventive Fusionskontrolle

Die notwendige Verschärfung der Mißbrauchsaufsicht über marktstarke und marktbeherrschende Unternehmen läßt jedoch die Faktoren, die das Marktverhalten und Marktergebnis bedingen, d. h. die Marktstruktur i. w. S., unangetastet. Der wettbewerbspolitisch konsequentere Weg besteht eindeutig darin, wettbewerbsfördernde Marktstrukturen durch eine präventive Fusionskontrolle zu erhalten bzw. durch Entflechtungsmaßnahmen wiederherzustellen. Dem Wettbewerb kann dann als

<sup>4)</sup> § 17 Abs. 1 Satz 2 GWB: „Es wird vermutet, daß die Voraussetzungen des Satzes 1 Nr. 3 (d. i. Preisüberhöhung, Anm. d. Verf.) vorliegen, wenn die gebundenen Preise auf dem gesamten Markt oder auf einem Teil des Marktes in einer erheblichen Zahl von Fällen unterschritten werden oder wenn dieselbe Ware des preisbindenden Unternehmens teils zu den gebundenen Preisen, teils ohne oder unter anderen Firmen-, Wort- oder Bildzeichen zu erheblich niedrigeren Preisen angeboten wird.“

anonymem Kontroll- und Steuerungsinstrument freier Lauf gelassen werden. Wirtschaftliche Macht muß dadurch bekämpft werden, daß sie in statu nascendi verhindert wird. Alles andere sind unzulängliche Surrogate.

In Deutschland hat gerade im Jahre 1968 die Konzentrationseuphorie ihren Höhepunkt erreicht. Das Bundeskartellamt hat sich in seinem Vorwort zum Tätigkeitsbericht 1968 (BTDr. V/4236, S. 8 ff.) unter Hinweis auf umfangreiche empirische Untersuchungen in den USA<sup>5)</sup> kritisch mit den drei für eine weitere Konzentration vorgebrachten Argumenten der Kostenersparnisse, des technischen Fortschritts und der internationalen Wettbewerbsfähigkeit auseinandergesetzt.

#### Gegenargumente ...

Das Bundeskartellamt führt dazu aus:

„Die generelle Aussage, daß Großunternehmen aufgrund niedrigerer Stückkosten immer eine höhere Leistungsfähigkeit als mittlere und kleine Unternehmen besitzen, trifft nicht zu.

Erhebliche Zweifel kommen an der Richtigkeit der weitverbreiteten Annahme auf, daß der technische Fortschritt zukünftig Großunternehmen erzwingt, weil er die kostengünstigste Betriebsgröße immer weiter hinausschiebt. Vielmehr können die optimalen Betriebsgrößen für neue Produkte die Entstehung mittlerer und kleinerer Unternehmen begünstigen; neue Produktionsverfahren können die Grenze für die notwendige Mindestgröße auch nach unten verschieben.

Die generelle Überlegenheit von Großunternehmen auf dem Sektor Forschung und Entwicklung wird durch das vorliegende empirische Material nicht bestätigt. Selbst in den Fällen, in denen eine derartige Überlegenheit besteht, scheint nicht gesichert, daß auch der Wille zur Nutzung von Erfindungen in Großunternehmen in jedem Fall vorhanden ist.“

Diese Ergebnisse stellen nach Ansicht des Bundeskartellamtes die von Wirtschaftskreisen geforderte generelle Konzentrationsförderung in Frage. Sie legen nicht nur aus wettbewerbspolitischer, sondern auch aus gesellschaftspolitischer Sicht (Aspekt der Kontrolle von Verfügungsmacht) die Einführung einer nationalen Fusionskontrolle nahe.

Zu dem in diesem Zusammenhang häufig vorgebrachten Argument, daß der gesamte Weltmarkt der räumlich relevante Markt sei, bemerkt das Bundeskartellamt kritisch (Tätigkeitsbericht, S. 9): „Der häufig vorgebrachte Einwand, daß der ge-

samte Weltmarkt der räumlich relevante Markt und damit eine nationale Fusionskontrolle nicht notwendig sei, ist in dieser Allgemeinheit nicht zu halten. Der räumlich relevante Markt kann je nach den spezifischen Gegebenheiten einer Branche (Marktzutrittsschranken, Abnehmerkreis, Transportkosten usw.) von kleinen Regionalmärkten (Dienstleistungen, Presse, transportintensive Güter) bis zum Weltmarkt (Schiffs-, Flugzeugbau) reichen. Dieser Erkenntnis wäre bei einer präventiven Fusionskontrolle je nach Einzelfall Rechnung zu tragen.“

#### ... zur Fusionskontrolle

Wenn in der Konzentrationsdiskussion regelmäßig auf die im internationalen Wettbewerb angeblich zu geringe Größe deutscher Unternehmen, insbesondere gegenüber der amerikanischen Konkurrenz, hingewiesen wird, so steht dahinter offensichtlich die Annahme, daß die Unternehmensgröße von ausschlaggebender Bedeutung für die internationale Wettbewerbsfähigkeit ist. Zu den für die internationale Wettbewerbsfähigkeit entscheidenden Einflußgrößen äußert sich das Bundeskartellamt wie folgt (S. 9): „Die wichtigsten Kriterien, die über den Erfolg am Weltmarkt entscheiden, sind Preis und Art der Produkte. Diese werden zwar einerseits von der Unternehmensgröße beeinflußt, soweit sie entscheidend auf die kostenmäßige Leistungsfähigkeit des Unternehmens einwirkt; andererseits gibt es aber auch Faktoren, die ohne Rücksicht auf die Größe der Unternehmen einen nicht unerheblichen Einfluß ausüben. Diese sind im wesentlichen die Währungs-, Konjunktur-, Steuer- und Zollpolitik, die Politik und Struktur der Gewerkschaften und die Qualität des Managements. Alle diese Faktoren wirken gleichzeitig auf die internationale Wettbewerbsfähigkeit ein und können zur Folge haben, daß ein an den Kosten gemessen leistungsfähiges Unternehmen international nicht wettbewerbsfähig ist und vice versa.“

Wenn man an die Entwicklung unserer Handelsbilanz und die damit verbundenen aktuellen Probleme denkt, so kann man das Argument der unzureichenden internationalen Wettbewerbsfähigkeit getrost ad acta legen. Solange die Preisniveaustabilität in Deutschland stärkere Präferenzen als in den meisten anderen Industrienationen genießt, dürfte sich an diesen künstlichen Wettbewerbsvorteilen und damit an der größeren Wettbewerbsfähigkeit nichts ändern – es sei denn, wir würden zu einem wie auch immer gearteten System flexibler Wechselkurse übergehen.

#### Ausgestaltung der Kontrolle

Bei der Ausgestaltung einer präventiven Fusionskontrolle könnten m. E. grundsätzlich zwei Wege beschriftet werden:

<sup>5)</sup> Economic Concentration, Hearings before the Subcommittee on Antitrust and Monopoly, United States Senate, Washington D.C., U.S. Government Printing Office 1964-1968. Die Protokolle dieser Anhörungen bestehen aus 7 Bänden und 2 Anlagebänden.

Die Wahl relativer oder absoluter Kriterien, wie oben bei der Marktbeherrschungsklausel vorgeschlagen. Die Vor- und Nachteile einer solchen Lösung wären die gleichen, wie oben erörtert.

Wenn man die Nachteile relativer oder absoluter Kriterien vermeiden, jedoch eine wirksame Kontrolle sicherstellen will, könnte an die im amerikanischen Antitrustrecht entwickelte „incipiency“-Doktrin und die „before and after theory“ angeknüpft werden. D. h. bereits die drohende, wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs reicht für die Verweigerung der Fusionserlaubnis aus. Kartellamt und Gerichte hätten dann im Rahmen eines „before and after“-Vergleichs nur mit einer vernünftigen – und nicht wie üblich mit an Sicherheit grenzender – Wahrscheinlichkeit nachzuweisen, daß die Fusion zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu führen droht.

Sollten gesamtwirtschaftliche Gesichtspunkte dennoch für die Fusion sprechen – was die Unternehmen beweisen müßten –, so hätte das Bundeskartellamt zwischen der Minderung der Wettbewerbsintensität und den sonstigen Gesichtspunkten abzuwägen<sup>6)</sup>.

Maßnahmen gegen ein internes Unternehmenswachstum erscheinen dagegen weit weniger dringend. Nach den amerikanischen Erfahrungen entstehen nämlich marktbeherrschende Positionen in der Regel nicht allein durch internes Unternehmenswachstum, sondern durch Fusionen und/oder Praktiken des Behinderungswettbewerbs. Eine Analyse der Entscheidungen zu sec. 2 Sherman Act macht dies sehr deutlich. Für den Fall, daß durch ein internes Unternehmenswachstum dennoch eine marktbeherrschende Stellung entsteht, greift einmal die Mißbrauchsaufsicht des (verschärften) § 22 GWB ein; zum anderen könnte man daran denken, wie in Art. 15 des belgischen Kartellgesetzes, bei wiederholtem Mißbrauch als Sanktion eine Entflechtung vorzusehen. Von dieser Drohung würde ein gewisser Druck auf die Unternehmen in Richtung auf ein Wohlverhalten ausgehen.

#### Verfahrensrechtliche Fragen

Die Bedeutung der verfahrensrechtlichen Fragen wird in der wettbewerbspolitischen Diskussion oft unterschätzt. Bei einem Überblick über die wichtigsten Novellierungsgesichtspunkte müssen daher verfahrensrechtliche Probleme kurz mitbehandelt werden.

Mißbrauchsverfügungen der Kartellbehörden werden wegen des Suspensiveffektes von Beschwerde und Rechtsbeschwerde oft erst nach 3 bis 5 Jah-

ren wirksam, d. h. die Marktlage kann bereits eine völlig andere sein. Eine schnelle und wirksame Mißbrauchsaufsicht wird so praktisch unmöglich gemacht.

Dem könnte einmal dadurch begegnet werden, daß der Suspensiveffekt von Beschwerde und Rechtsbeschwerde (§§ 63 und 75 GWB) gegen Verfügungen der Kartellbehörde eingeschränkt wird (vgl. § 80 Abs. 2 Nr. 3 Verwaltungsgerichtsordnung). Gegen die sofortige Vollziehung der Verfügung wäre die Anrufung der ordentlichen Gerichte zulässig, womit der Rechtsweggarantie von Art. 19 GG Genüge getan wäre. Diese Lösung entspräche zudem der Regelung in Art. 185 EWG-Vertrag („Klagen haben keine aufschiebende Wirkung“).

Das zur vorläufigen Regelung derartiger Fragen in § 56 GWB vorgesehene Instrument der einstweiligen Anordnung ist durch die restriktive Haltung des Kartellsenats des Berliner Kammergerichts, der die wirtschaftlichen Interessen der Unternehmen gegenüber denen der Verbraucher grundsätzlich vorrangig zu berücksichtigen pflegt, wirkungslos gemacht worden. Dieser einseitigen Interessenabwägung könnte nur dadurch begegnet werden, daß § 73 Abs. 1 GWB dahingehend geändert wird, daß eine einstweilige Anordnung im Sinne des § 56 GWB auch eine Hauptsache im Sinne dieser Vorschrift darstellt. Das Bundeskartellamt könnte dann in die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof gehen. Zudem könnte man daran denken, in § 56 GWB eine Legaldefinition der bei Erlass einer einstweiligen Anordnung notwendigen Interessenabwägung vorzunehmen.

Zur Klärung von rechtlichen Zweifelsfragen steht den Kartellbehörden praktisch nur das Bußgeldverfahren zur Verfügung. Dieses ist jedoch wegen der Schwierigkeiten des Nachweises des subjektiven Tatbestandes (Schuldvorwurf) für die Klärung von rechtlichen Grundsatzfragen ungeeignet. Daher sollte neben den drei bisherigen Verfahrensarten: Bußgeld-, Verwaltungs- und Zivilverfahren, zusätzlich ein objektives Feststellungsverfahren für die Klärung strittiger Rechtsfragen eingeführt werden.

In diesem Zusammenhang soll auch auf die von Kantzenbach/Mumme angeregte Aufteilung der Kompetenzen: Institutionsschutz durch Bundeskartellamt – Individualschutz durch unabhängige Gerichte eingegangen werden<sup>7)</sup>. Die beiden Autoren begründen ihre Forderung nach dieser Kompetenzaufteilung damit, daß es sich beim Institutionsschutz um den Einsatz des Kartellgesetzes als wirtschaftspolitisches Instrument zur Sicherung des Koordinierungsmechanismus Wettbewerb han-

<sup>6)</sup> So auch Wissenschaftlicher Beirat, a. a. O., Punkt 41, S. 95.

<sup>7)</sup> Vgl. E. Kantzenbach / C.-H. Mumme, a. a. O., S. 265 f.

dele. Die Aufgabe der Sicherung des Wettbewerbs als Institutionsschutz sollte dem Bundeskartellamt als abhängiger oberer Bundesbehörde zufallen, die den Weisungen des parlamentarisch verantwortlichen Ministers unterliegt. Wenn Kantzenbach/Mumme in diesem Zusammenhang den Verzicht auf gerichtliche Kontrolle der Entscheidungen des Bundeskartellamtes fordern, so scheidet dies an der Rechtsweggarantie des Art. 19 GG.

Zum zweiten Zielkomplex des GWB, dem sog. Individualschutz, führen Kantzenbach/Mumme aus<sup>8)</sup>: „In der Diskussion um die juristische Interpretation des Gesetzes wird von vielen Autoren neben diesem sog. ‚Institutionsschutz‘ jedoch ein zweiter Zielkomplex des Gesetzes gesehen, der sog. ‚Individualschutz‘. Hierunter wird der Schutz der Handlungsfreiheit des einzelnen Marktteilnehmers gegen Beschränkungen aufgrund individueller oder kollektiver Marktmacht verstanden. Aus dieser Sicht erscheint das Kartellgesetz nicht als wirtschaftspolitisches Instrument, sondern als Bestandteil der allgemeinen Rechtsordnung zum Schutze des Individuums in der Gesellschaft.“

Die Sicherung dieses Individualschutzes sollte nach Auffassung der Verfasser unabhängigen Gerichten übertragen werden.

#### Abhängige oder unabhängige Kartellbehörde

Den beiden Autoren ist grundsätzlich darin zuzustimmen, daß zwischen den beiden Zielkomplexen: Institutions- und Individualschutz, Antinomien auftreten können (z. B. bei den verschiedensten Formen des Behinderungswettbewerbs). Die Möglichkeit dieser Zielkonflikte wird m. E. jedoch von Kantzenbach/Mumme überbetont. In der Regel spielen bei den verschiedenen Tatbeständen des Behinderungswettbewerbs, die fast immer langfristig auf eine Monopolisierung des Marktes abzielen, beide Gesichtspunkte gleichermaßen eine Rolle. Die Notwendigkeit der Abwägung bei Zielkonflikten ist nach den Erfahrungen des Bundeskartellamtes die Ausnahme und nicht die Regel, so daß sich daraus keine Forderung nach einer anderen Kompetenzverteilung ableiten läßt. Sie würde zudem die Gefahr einer unterschiedlichen rechtlichen Beurteilung von gleichen ökonomischen Tatbeständen aufkommen lassen.

Geht man davon aus, daß wie bisher beide Zielkomplexe von einer Behörde verfolgt werden, so stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage nach der von Kantzenbach/Mumme angesprochenen Abhängigkeit oder Unabhängigkeit einer Kartellbehörde von den Weisungen des verantwortlichen Ministers. Zwar ist nach unserem Demo-

kratiemodell und unserer Verfassung der Wirtschaftsminister für die Wirtschaftspolitik und damit für die mikroökonomische Ordnungspolitik verantwortlich, jedoch haben die Erfahrungen in der Vergangenheit gezeigt, daß einflußreiche Unternehmen und Verbände sich der Anwendung des Kartellgesetzes entziehen können. Der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz wird — ähnlich wie offenbar in der Finanzverwaltung — nicht gewahrt. Daß wirtschaftlich schwache und einflußlose Unternehmen und Verbände oder gar die Verbraucher nicht in den Genuß derartiger Vorteile gekommen sind, ja in der Regel die Leidtragenden waren, versteht sich von selbst. Das Demokratiemodell ist daher m. E. — wenn man diese Mängel einmal erkannt hat — insofern reformbedürftig. Eine abhängige Behörde kann niemals Machtgruppen wirksam kontrollieren, wenn und solange eben diese Gruppen ihren wirtschaftlichen oder finanziellen Einfluß dahingehend auszuüben vermögen, daß die Anwendung des Kartellgesetzes unterbleibt.

#### Unabhängiges Bundeskartellgericht

Im Interesse der Gleichheit vor dem Gesetz und der im Prinzip allseits gewünschten Aufrechterhaltung und Sicherung des Wettbewerbs als anonymem Kontrollinstrument sollte daher erwogen werden, ein unabhängiges Bundeskartellgericht zu schaffen, das eine ganze Reihe von Vorteilen bieten würde<sup>9)</sup>:

Trennung von Ermittlungs- und Entscheidungsinstanz (entsprechend Staatsanwaltschaft und Gericht),

erhebliche Verkürzung und Beschleunigung des Verfahrens, da nur noch der Bundesgerichtshof als Rechtsbeschwerdeinstanz in Frage kommt (vgl. z. B. Bundespatentgericht in München und Patentssenat des Bundesgerichtshofs). Eine solche Beschleunigung des Verfahrens läge sowohl im Interesse einer wirksamen Wettbewerbspolitik als auch im Interesse der Unternehmen, die an einer raschen Klärung strittiger Rechtsfragen interessiert sind.

Unabhängigkeit der Entscheidungen und gleichzeitig angemessener Beurteilungsspielraum des Bundeskartellgerichtes als einziger Tatsacheninstanz.

Für den zuständigen Bundesminister würde die Möglichkeit geschaffen, sich des Wettbewerbs in besonders gelagerten Fällen als wirtschaftspolitisches Instrument zu bedienen, und zwar durch die Zusammenfassung der §§ 4 und 8 GWB (Strukturkrisenkartelle und Kartelle im Interesse der

<sup>8)</sup> Vgl. E. Kantzenbach / C.-H. Mumme, a. a. O., S. 264.

<sup>9)</sup> Vgl. Helmut Gutzler: Ein Weg zur Beschleunigung des Kartellverfahrens. In: Wettbewerb in Recht und Praxis, 1967, S. 196 f.

Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls) zu einer neuen Vorschrift. Eingriffe in den Wettbewerbsmechanismus würden damit transparent gemacht und der Kontrolle der Öffentlichkeit zugänglich. Der Forderung von Kantzenbach/Mumme, daß der politisch verantwortliche Minister auch vom Wettbewerbsprinzip abweichen können muß, wäre damit Rechnung getragen.

Entsprechend der Regelung in § 36 b II Patentgesetz sollten die Senate dieses Bundeskartellgerichtes paritätisch mit Juristen und Ökonomen besetzt werden. Damit würde die notwendige Synthese beider Disziplinen sichergestellt und gewährleistet, daß die Gesetzesanwendung in gleicher Weise ökonomischen und juristischen Gesichtspunkten Rechnung trägt.

## Europa braucht die „Europäische AG“

Dr. Dietmar Fuchs, Frankfurt/M.

**E**ines der dringlichsten Ziele der europäischen Industriepolitik ist die Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der Gemeinschaftsindustrie. In Europa müssen Industrieunternehmen aufgebaut werden, die über ausreichende technische und finanzielle Mittel verfügen, damit sie insbesondere gegenüber den amerikanischen Unternehmen konkurrenzfähig sein können. Neben einer Strukturverbesserung und der Gestaltung einer gemeinsamen Handelspolitik muß deshalb eine verstärkte Zusammenarbeit europäischer Unternehmen gefördert werden.

### Vorteile der Kooperation

Von einer stärkeren Unternehmenskooperation können alle Partner profitieren. Die auffälligsten Vorteile, die durch eine Zusammenarbeit erreicht werden, sind:

- Großunternehmen können die Vorteile ausnutzen, die mit einer Vergrößerung des Einkaufs, mit der Massenproduktion und der Automatisierung verbunden sind.
- Eine gemeinsame Marketing-Strategie, die Werbung, Vertrieb und Marketing-Research umfaßt, führt zu einer relativen Senkung und zugleich effektiveren Nutzung der eingesetzten Mittel.
- Im Forschungs- und Entwicklungsbereich werden Überschneidungen und Doppelarbeiten vermieden, die zu Produktivitätseinbußen führen.
- Stabsabteilungen werden besser ausgelastet und erhöhen dadurch ihre Produktivität.

Dazu kommen noch allgemeine Wachstumseffekte, die sich aufgrund des Kooperationsvertrages einstellen.

### Hindernisse für eine Zusammenarbeit

Bisher liegen jedoch in Europa keine günstigen Bedingungen für eine Unternehmenskooperation vor. Noch immer verhindert eine Reihe von Faktoren eine wirksame Zusammenarbeit. Die wichtigsten Hemmnisse sind

- die unterschiedlichen nationalen Steuervorteile,
- die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen,
- die innerhalb der EWG teilweise praktizierte Mitbestimmung und
- die unterschiedlichen Publizitätsvorschriften für die Rechnungslegung.

Die Unterschiede in den steuerlichen Regelungen bestehen vor allem in den Vorschriften über die Besteuerung stiller Reserven, wenn diese bei einer Fusion offengelegt werden, sowie in der Behandlung der Beziehungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften (Schachtelprivileg oder Organschaft). Die gesellschaftsrechtlichen Hemmnisse bestehen in dem Fehlen eines gemeinsamen europäischen Gesellschaftsrechts. Während in den jeweiligen nationalen Rechtssystemen Möglichkeiten für Unternehmenszusammenschlüsse vorgesehen sind, werden Fusionen und Unternehmenszusammenschlüsse innerhalb der EWG durch diesen Mangel erschwert. Darüber hinaus stehen unterschiedliche patentrechtliche Bestimmungen und