

Schmidt, Ingo

Article — Digitized Version

Hauptprobleme der vierten GWB-Novelle: Wettbewerbspolitik

Wirtschaftsdienst

Suggested Citation: Schmidt, Ingo (1978) : Hauptprobleme der vierten GWB-Novelle: Wettbewerbspolitik, Wirtschaftsdienst, ISSN 0043-6275, Verlag Weltarchiv, Hamburg, Vol. 58, Iss. 2, pp. 71-77

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/135159>

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.

WETTBEWERBSPOLITIK

Hauptprobleme der vierten GWB-Novelle

Ingo Schmidt, Stuttgart-Hohenheim

Das Bundeswirtschaftsministerium hat für den 21. Februar zu einer Anhörung über den Referentenentwurf zu einer vierten Novellierung des GWB eingeladen. Professor Ingo Schmidt analysiert den Referentenentwurf und setzt damit die in der Augustausgabe des WIRTSCHAFTSDIENST¹⁾ begonnene Diskussion um die GWB-Novellierung fort.

Aufgrund der bisherigen Erfahrungen mit der Anwendung des Kartellgesetzes sollen im folgenden unter Einbeziehung des von der Bundesregierung vorgelegten ersten Referentenentwurfes (RefE) zur Novellierung des GWB vom 10. 1. 1978 schwerpunkttartig diejenigen Komplexe behandelt werden, die aus wettbewerbspolitischer und wettbewerbsrechtlicher Sicht am dringlichsten geändert werden müssen. Dabei handelt es sich um folgende Bereiche:

- Fusionskontrolle,
- Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen im Hinblick auf eine adäquate Erfassung des Behinderungs- und Ausbeutungsmißbrauchs, die notwendige Verzahnung von UWG und GWB sowie die Gewährleistung von Schadensersatz und
- Sicherung eines leistungsgerechten Wettbewerbs im Hinblick auf die Erfassung der Nachfragemacht.

Eingreifkriterium bei der Fusionskontrolle

Die Bundesregierung geht in der Begründung zum Referentenentwurf (S. 3) davon aus, daß sich die Entscheidung aus dem Jahre 1973, eine Fusionskontrolle einzuführen und damit eine wesentliche

¹⁾ Vgl. das Zeitgespräch „Pro und contra GWB-Novellierung“, in: WIRTSCHAFTSDIENST, 57. Jg. (1977), H. 8, S. 379 ff. mit Artikeln von Erhard Kantzenbach, Hans A. Fischer, Werner Benisch und Doris Schneider-Zugowski.

Prof. Dr. Ingo Schmidt, 45, ist Inhaber des Lehrstuhls für Volkswirtschaftslehre, insbesondere Preis-, Markt- und Wettbewerbstheorie und -politik an der Universität Hohenheim.

Lücke des Wettbewerbsrechtes zu schließen, als richtig erwiesen habe, da die Unternehmenskonzentration den Wettbewerb ebenso beeinträchtigen könne wie die Kartellierung. Zudem seien politische Demokratie und Marktwirtschaft ohne Zentralisierung der Macht nicht denkbar.

Diesem neuerlichen Bekenntnis zur Fusionskontrolle folgt allerdings der Hinweis, daß es sich insbesondere als richtig erwiesen habe, die Fusionskontrolle wie bisher an den Begriff der marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 22 GWB zu knüpfen. Diese Auffassung der Bundesregierung ist im Denkansatz verfehlt. Da die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen – trotz aller Verbesserungsvorschläge und noch nicht realisierter Verbesserungsmöglichkeiten – immer nur ein Behelfsinstrument bleiben wird, muß das Ziel der Fusionskontrolle darauf gerichtet sein, kompetitive Marktstrukturen zu erhalten und damit eine Mißbrauchsaufsicht im Sinne des § 22 GWB soweit wie möglich überflüssig zu machen.

Das bedeutet:

Das Eingriffskriterium der Fusionskontrolle muß erheblich vor der Schwelle der Marktbeherrschung liegen, nämlich spätestens dort, wo kompetitive Marktstrukturen in Gefahr geraten. Das ist dann der Fall, wenn zu erwarten ist, daß durch einen Zusammenschluß die Wettbewerbsbedingungen wesentlich beeinträchtigt werden. Durch die Formulierung „Wettbewerbsbedingungen“ wäre zugleich klargestellt, daß das Eingriffskriterium in § 22 GWB sich nur an der Struktur orientiert (während das Eingreifkriterium Marktbeherrschung in § 22 GWB aufgrund des unterschiedlichen Schutzzweckes sowohl auf Marktstruktur als auch Marktverhalten abstellen muß).

Daher sollte § 24 Abs. 1 GWB (Zusammenschlußkontrolle) wie folgt geändert werden:

„(1) Ist zu erwarten, daß durch einen Zusammenschluß die Wettbewerbsbedingungen wesentlich beeinträchtigt werden, so hat die Kartellbehörde die in den folgenden Bestimmungen genannten Befugnisse.“

Durch die neue Formulierung: „wesentliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsbedingungen“, entfällt die Notwendigkeit, eine Abwägung zwischen Marktbeherrschung einerseits und Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen andererseits vorzunehmen.

Verbesserung der Legalvermutungen

Im Einklang mit der Monopolkommission²⁾ geht die Bundesregierung davon aus, daß die Fusionskontrolle in dem wichtigen Bereich der horizontalen Zusammenschlüsse aufgrund der Legalvermutungen funktioniere und eine spürbare Verringerung der Konzentrationstendenzen bewirkt habe; dagegen fehlten entsprechende Legalvermutungen für vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse, was zu einer asymmetrischen Behandlung von horizontalen Zusammenschlüssen einerseits und vertikalen sowie konglomeraten Zusammenschlüssen andererseits geführt habe (S. 3).

§ 23 a RefE sieht daher widerlegliche Vermutungen für vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse³⁾ vor, die durch das Auftreten von Großunternehmen auf mittelständischen Märkten (Abs. 1 Nr. 1 a), durch Kombination von Größe und Marktbeherrschung (Abs. 1 Nr. 1 b) oder durch eine sehr starke Finanzkraft (Abs. 1 Nr. 2) bestimmt sind. Die Bundesregierung betont, daß die Anwendung dieser Vermutungen im Sinne des § 23 a RefE auf die Zusammenschlußkontrolle beschränkt sein soll (S. 30). Damit wird zumindest im Ansatz – unter Berufung auf die unterschiedliche ratio legis der Mißbrauchsaufsicht im Sinne des § 22 GWB und der Fusionskontrolle im Sinne des § 24 GWB – eine Differenzierung der Eingriffsschwelle vorgenommen, wenn sich auch die Bundesregierung (noch?) nicht zu unterschiedlichen Eingreifskriterien versteht:

§ 23 Abs. 1 Nr. 1 a RefE enthält eine Legalvermutung über den Zusammenschluß finanzstarker Großunternehmen (2 Mrd. DM oder mehr Umsatzerlöse) mit anderen Unternehmen, die auf mittel-

²⁾ Vgl. Erstes Hauptgutachten der Monopolkommission 1973/1975, Baden-Baden 1977, Tz. 912 ff., 952 und 957.

³⁾ Die Bundesregierung schlägt allerdings auch für horizontale Zusammenschlüsse eine weitere Legalvermutung im Hinblick auf den Innenwettbewerb in Oligopolen im Sinne des § 22 Abs. 2 GWB vor. Für die Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB sollen unverändert sowohl der Innen- als auch der Außenwettbewerb berücksichtigt werden: „Diese Betrachtungsweise ist für die Mißbrauchsaufsicht nach § 22, die auf das aktuelle Marktverhalten abstellt, sicher sachgemäß; sie entspricht jedoch – jedenfalls was die bedeutenden Großoligopole angeht – nicht dem strukturbezogenen Ansatz der Fusionskontrolle“ (S. 4).

ständischen Märkten tätig sind; das sind Märkte, auf denen kleine und mittlere Unternehmen insgesamt einen Marktanteil von mindestens zwei Dritteln und die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen insgesamt einen Marktanteil von wenigstens 5% haben.

§ 23 Abs. 1 Nr. 1 b RefE enthält eine Legalvermutung für die Verbindung von finanzstarken Unternehmen mit mindestens 2 Mrd. DM Umsatz und Marktbeherrschung auf einem oder mehreren Märkten, auf denen insgesamt 100 Mill. DM oder mehr umgesetzt worden sind⁴⁾.

§ 23 Abs. 1 Nr. 2 RefE sieht eine Legalvermutung für den Fall vor, daß an einem Zusammenschluß zwei Umsatzmilliardäre beteiligt sind, die insgesamt Umsatzerlöse von mindestens 10 Mrd. DM haben.

Die US-amerikanischen Erfahrungen, insbesondere mit der Kontrolle der konglomeraten Zusammenschlüsse, haben die besonderen Schwierigkeiten einer operationalen Erfassung deutlich gemacht. Der Ansatz des Referentenentwurfes, durch Verwendung von absoluten Kriterien (Umsatzerlöse und/oder Marktanteile) derartige Zusammenschlüsse in den Griff zu bekommen, erscheint daher sinnvoll, zumal durch die Festsetzung entsprechend hoher quantitativer Kriterien nur wirtschafts- und gesellschaftspolitisch bedeutende Fusionen erfaßt werden (S. 6). Der Referentenentwurf geht zu Recht davon aus, daß die „disproportionale Unternehmensgröße an sich“ den Wettbewerb gefährdet (Gefährdungstatbestand); denn Fusionen von Großunternehmen bergen das höchste Potential an Wettbewerbsbeschränkungen in sich, so daß eine derartige Legalvermutung gerechtfertigt ist.

Die von der Bundesregierung gewählten Umsatzgrenzen würden im Ergebnis dazu führen, daß die 60 größten deutschen Unternehmen unter das 2-Mrd.-DM-Kriterium fallen. Die Gesamtumsatzgrenze von 10 Mrd. DM würde Zusammenschlüsse zwischen den 30 größten deutschen Unternehmen erfassen. Darüber hinaus würden Zusammenschlüsse zwischen den 17 größten und jedem anderen Unternehmen aus der Gruppe der 100 größten deutschen Unternehmen erfaßt werden (S. 30 f).

Herabsetzung der Toleranzgrenzen

Gemäß § 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 1–4 GWB sind Zusammenschlüsse von der Fusionskontrolle dann freigestellt, wenn

die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen insgesamt weniger als 500 Mill. DM Umsatzerlöse haben (Nr. 1),

⁴⁾ Diese Legalvermutung würde z. B. in dem beim Bundesgerichtshof anhängigen Fall GKN/Fichtel & Sachs Anwendung finden (GKN hat mehr als 2 Mrd. DM Umsatz, das gekaufte Unternehmen Fichtel & Sachs ist marktbeherrschend für Kupplungen).

□ ein Anschluß suchendes Unternehmen nicht mehr als 50 Mill. DM Umsatz hat (Nr. 2 – Anschlußklausel),

□ der Zusammenschluß sich nicht im gesamten Bundesgebiet oder in einem wesentlichen Teil desselben auswirkt (Nr. 3 – Regionalklausel) oder

□ der Zusammenschluß sich auf einem Markt mit einem Volumen mit weniger als 10 Mill. DM Umsatz auswirkt (Nr. 4 – Bagatellmarktklausel).

Die Bundesregierung geht in dem Referentenentwurf (S. 6 ff. und 37 ff.) davon aus, daß sich die zusätzliche Begrenzung der Fusionskontrolle aufgrund der Nr. 2 bis 4 als verfehlt erwiesen hat, weil sie zahlreiche in ihren Auswirkungen gesamtwirtschaftlich bedeutsame Zusammenschlüsse jeder Prüfung entzogen hat:

□ Nach der *Anschlußklausel* des § 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 2 RefE sollen Umsatzmilliardäre nur noch dann von der Zusammenschlußkontrolle freigestellt werden, wenn das erworbene Unternehmen weniger als 2 Mill. DM Jahresumsatz hat (Bagatellklausel). Kontrollfrei bleiben dagegen Zusammenschlüsse von Unternehmen bis zu 50 Mill. DM Jahresumsatz an größere Unternehmen.

□ Die *Regionalklausel* in § 24 Abs. 8 Nr. 3 GWB soll gestrichen werden, weil auch regionale Zusammenschlüsse gesamtwirtschaftlich von erheblicher Bedeutung sein können.

□ Die *Bagatellmarktklausel* in § 24 Abs. 8 Nr. 4 GWB wird durch Einführung einer Fünfjahresklausel derart geändert, daß zukunftssträchtige Märkte, die noch in der Entwicklungs- oder Experimentierphase sind und auf denen daher noch keine nennenswerten Umsätze erzielt werden, nicht mehr von der Zusammenschlußkontrolle freigestellt sind.

Die Bundesregierung beabsichtigt ferner, die Verpflichtung zur vorherigen Anmeldung von Zusammenschlüssen (präventive Fusionskontrolle) nach § 24 a Abs. 1 S. 2 erstem Halbsatz auf Zusammenschlüsse zu erweitern, an denen ein Doppelumsatzmilliardär beteiligt ist (bisher nur strikt präventive Fusionskontrolle für Zusammenschlüsse zwischen zwei Umsatzmilliardären).

Diese Vorschläge der Bundesregierung zur Herabsetzung der Toleranzgrenzen müssen im Hinblick auf die Notwendigkeit eines möglichst frühzeitig einsetzenden Schutzes kompetitiver Marktstrukturen begrüßt werden. Die in § 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 1–4 GWB enthaltenen Einschränkungen müssen als ein Kompromiß gewertet werden, der wettbewerbspolitischen Zielsetzungen nicht gerecht wird. Entsprechend der Regelung in sec. 7 Clayton Act sollten auch nach deutschem Recht grundsätzlich alle Zusammenschlüsse untersagt werden können, die eine wesentliche Beeinträchtigung der

Wettbewerbsbedingungen erwarten lassen. Die vorgeschlagenen Änderungen können daher als ein Schritt in die richtige Richtung gewertet werden, wenn sie auch insbesondere im Hinblick auf die Begrenzung der Fusionskontrolle auf Zusammenschlüsse mit insgesamt mehr als 500 Mill. DM Umsatz noch weit hinter der Regelung des sec. 7 Clayton Act zurückbleiben.

Das dürfte maßgeblich darauf zurückzuführen sein, daß in Deutschland immer noch ein unzureichendes Bewußtsein dafür vorhanden ist, daß wettbewerbsbeschränkende Fusionen grundsätzlich genauso zu behandeln sind wie wettbewerbsbeschränkende Absprachen – ja im Hinblick auf die Irreversibilität strenger behandelt werden müßten (!)⁵⁾.

Mißbrauchsaufsicht

Der Referentenentwurf der Bundesregierung sieht bei der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen⁶⁾ keine materiell-rechtlichen Verschärfungen des § 22 GWB vor, sondern will nur „Schwächen und Lücken im Bereich des Verfahrens und der Sanktionen bei Verfügungen im Falle der mißbräuchlichen Ausnutzung marktbeherrschender Stellungen“ schließen (z. B. die u. E. wettbewerbspolitisch gebotene sofortige Vollziehung von Mißbrauchsverfügungen nach § 22 Abs. 5 GWB).

Der Auffassung der Bundesregierung, § 22 GWB bedürfe keiner weiteren materiell- und verfahrensrechtlichen Verbesserung (S. 9), kann nicht gefolgt werden. Wie die Mißbrauchsverfahren gegen Merck und Hoffmann/La Roche sowie Springer/Tagesspiegel gezeigt haben, wäre es zwar materiell-rechtlich möglich, gegen Preisüberhöhmisbräuche und Behinderungen von Wettbewerbern vorzugehen, wenn die Beweisforderungen im Rahmen des geltenden § 22 Abs. 4 GWB nicht zu hoch wären, um eine effiziente Mißbrauchsaufsicht im Interesse wirtschaftlich schwächerer Unternehmen und der Verbraucher zu gewährleisten. Eine Konkretisierung des allgemeinen Mißbrauchsbegriffes durch typische Mißbrauchstatbestände wie im Europäischen Kartellrecht (vgl. Art. 86 Abs. 2 EWG-Vertrag) würde den Kartellbehörden die Beweisführung erleichtern und damit das gesetzliche Eingriffsinstrumentarium praktikabler machen, ohne die marktbeherrschenden Unternehmen materiell-rechtlich oder prozessual unangemessen zu belasten. Zugleich würde man das Problem der Nachfragemacht besser in den Griff bekommen.

⁵⁾ Vgl. Erhard Kantzenbach: Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., Göttingen 1966, S. 121 f.

⁶⁾ Vgl. dazu Ingo Schmidt: US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, Berlin 1973, S. 164 ff. (Ausbeutungsmißbrauch), 184 ff. (Behinderungsmißbrauch) und 370 ff. (Novellierungsvorschläge).

Joachim Starbatty

Stabilitätspolitik in der freiheitlich-sozialstaatlichen Demokratie

Trotz Stabilitäts- und Wachstumsgesetz haben die Gebietskörperschaften bisher die Konjunkturbewegungen eher verschärft als geglättet. Daher hat der Verfasser eine konjunkturpolitische Konzeption erarbeitet, nach der der Staat bei konjunkturellen Fehlentwicklungen aktiv werden soll, zugleich sind jedoch institutionelle Sicherungen entwickelt worden, daß der Staat nicht von sich aus Fehlentwicklungen erzeugen oder verstärken kann. Diese konjunkturpolitische Konzeption sieht ferner eine Regelung vor, um das Interesse der Arbeitsmarktparteien an stabilitätsgerechten Lohnabschlüssen zu erhöhen.

Es ist unabdingbar, daß der Staat in der freiheitlich-sozialstaatlichen Demokratie das »Recht auf Arbeit« sichert; es ist jedoch ebenfalls evident, daß er dies nicht zu tun vermag, wenn er irgendwelche Garantien in dieser Richtung gibt. Auch jede noch so gut gemeinte Sozialpolitik, die dieses Grundrecht durch Erschwerung von Kündigungen oder durch eine andere Verteilung der Arbeitsmenge sichern will, ist kontraproduktiv in dem Sinne, als sie die Elastizität und die Dynamik einer marktwirtschaftlich ausgerichteten Gesellschaftsordnung lähmt und damit zu Lasten der heute Erwerbslosen und derjenigen geht, die morgen einen Arbeitsplatz suchen. Vollbeschäftigung wird nur dann verwirklicht, wenn der Staat durch eine entsprechende Ordnungs- und Konjunkturpolitik die Leistungsfähigkeit einer Volkswirtschaft sichert und stärkt.

1977, 192 S., 15,3 x 22,7 cm, geb., 33,— DM
ISBN 3-7890-0308-5

Nomos Verlagsgesellschaft
Postfach 610 · 7570 Baden-Baden



Zuvor sollte man sich jedoch über die Eingreifkriterien im Hinblick auf eine adäquate Erfassung des Ausbeutungsmißbrauchs (performance-Kontrolle) und des Behinderungsmißbrauchs klar werden.

Unterschiedliche Eingreifkriterien

Während der Ausbeutungsmißbrauch in ökonomischer Sicht eine weitgehende Beherrschung und Kontrolle des Marktes voraussetzt, ist der Behinderungsmißbrauch auch schon im Vorfeld der Marktbeherrschung festzustellen. Behinderungsmißbrauch muß jedoch im Interesse der Aufrechterhaltung kompetitiver Marktstrukturen möglichst frühzeitig verhindert bzw. unterbunden werden (sogenannte „incipiency doctrine“ im US-amerikanischen Antitrust-Recht). Die Monopolkommission⁷⁾ hat bereits 1975 eine verstärkte Kontrolle des Behinderungsmißbrauchs sowie die Untersagung von Verhaltensweisen gefordert, die gegen Konkurrenten gerichtet sind und einer weiteren Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung dienen; sie hat sich jedoch noch nicht zu der Forderung nach einem generellen Monopolisierungsverbot i. S. des amerikanischen Antitrust-Rechts durchgerungen.

Bei einer solchen generellen Erfassung des Behinderungsmißbrauchs würden sich im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen drei Eingriffsschwellen ergeben:

- Im Hinblick auf den Behinderungsmißbrauch keine Begrenzung des Normadressatenkreises (generelle Monopolisierungsklausel à la sec. 2 Sherman Act),
- wesentliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsbedingungen als Untersagungskriterium für Fusionen im Sinne des § 24 GWB und
- Marktbeherrschung als Fehlen von wesentlichem Wettbewerb i. S. des § 22 GWB als Voraussetzung für die Erfassung von Ausbeutungsmißbrauch.

Erfassung des Behinderungsmißbrauchs

Im deutschen Kartellrecht fehlt bislang eine allgemeine Schutznorm für wirtschaftlich schwache Unternehmen und für Verbraucher, die es den Kartellbehörden — ohne jede Begrenzung auf bestimmte (marktbeherrschende) Unternehmen — ermöglichen würde, alle Formen des Behinderungswettbewerbs einschließlich der unbilligen Verweigerung von Patentlizenzen und des unlauteren, irreführenden Wettbewerbs als Mißbrauch zu untersagen und notwendige Maßnahmen anzuordnen. Die Beweiswürdigung im Kartellrecht würde sich dann nur noch auf ein Tatbestandsmerk-

⁷⁾ Vgl. Monopolkommission: Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle, Sondergutachten 1, Baden-Baden 1975, Tz. 73 (im folgenden als Monopolkommission 1 zitiert).

mal, das ist der im Interesse der Rechtssicherheit durch die Aufstellung von gesetzlichen Tatbestandsgruppen zu konkretisierende Mißbrauch, beschränken. Im Ergebnis würden mit einer solchen Generalklausel auch nur Unternehmen mit wirtschaftlicher Macht erfaßt werden, da nur diese sich mißbräuchlich verhalten können (wirtschaftliche Macht als implizite Voraussetzung für Mißbrauch).

Die Möglichkeiten der Federal Trade Commission in Washington, nach sec. 5 FTC Act alle Formen des Behinderungswettbewerbs sowie unlauterer Wettbewerbsmethoden von Amts wegen zu untersagen, sind viel weiterreichend als die Möglichkeiten des geltenden deutschen Kartellrechts und könnten dem deutschen Gesetzgeber als Vorbild eines wirksamen Verbraucherschutzes dienen.

Das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) und das GWB haben als gemeinsames Schutzobjekt die Erhaltung eines freien und leistungsgerechten Wettbewerbs, der durch die Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen und faktischen Machtstellungen (im GWB) sowie die Untersagung unlauteren und nicht leistungsgerechten Verhaltens (im UWG) gesichert werden soll.

Die Durchsetzung des UWG ist jedoch bisher häufig an faktischen Macht- und Abhängigkeitsverhältnissen sowie an dem Kostenrisiko der geschädigten Unternehmen gescheitert. Die Klagebefugnis der Verbände kommt häufig deshalb nicht zum Tragen, weil die geschädigten Unternehmen davor zurückschrecken, die notwendigen Angaben zu machen.

Im Hinblick auf eine stärkere Durchsetzung wettbewerbspolitischer Ziele muß daher überlegt werden, welche verfahrensrechtlichen Verbesserungen vorzunehmen sind; zumindest sollten die *faktischen* Möglichkeiten der Verbandsklage im Sinne des § 13 UWG durch entsprechende sachliche und personelle Ausstattung verbessert werden, andernfalls bleibt die Verbandsklage ein „Papiertiger“.

Darüber hinaus könnte in einem neu einzuführenden Amtsverfahren der Kartellbehörden wettbewerbspolitisch unerwünschten Entwicklungen eher wirksam entgegengetreten werden. Die im Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums zur Änderung des UWG vorgesehene und vom Bundeswirtschaftsministerium (S. 16) als ausreichend erachtete bloße Beteiligung der Kartellbehörden in den Fällen des Behinderungswettbewerbs, auf die sowohl Vorschriften des UWG wie das GWB zur Anwendung kommen, muß als völlig unzureichend angesehen werden.

Da das UWG nach bisheriger Rechtsprechung nur betroffene Mitbewerber schützt, dagegen dem Verbraucherschutz nur als Reflex dieser Funktion

dient, sollte das Kartellrecht so geändert werden, daß es auch Aufgaben eines unmittelbaren, direkten Verbraucherschutzes zu erfüllen hätte – wie z. B. jetzt schon in den USA, Japan, Kanada und Großbritannien.

Daher sollte nach § 22 GWB ein neuer § 22 a GWB (*Behinderungsmißbrauch*) eingefügt werden:

„(1) Die Kartellbehörde kann Unternehmen mißbräuchliches Verhalten untersagen, Verträge für unwirksam erklären und die zur Beseitigung des Mißbrauches sowie die Verhinderung künftiger Mißbräuche gleicher oder ähnlicher Art geeigneten Maßnahmen anordnen. § 19 gilt entsprechend. Zuvor soll die Kartellbehörde die Beteiligten aufordern, den beanstandeten Mißbrauch abzustellen.“

(2) Als Mißbrauch i. S. des Abs. 1 gelten insbesondere:

1. alle Formen der Behinderung anderer Unternehmen, wenn zu erwarten ist, daß die Handlungs- oder Entschließungsfreiheit dieser Unternehmen unbillig beschränkt oder der Wettbewerb wesentlich beeinträchtigt werden,
2. die unbillige Verweigerung von Lizenzen über gewerbliche Schutzrechte oder der Weitergabe von geschütztem technischem Wissen (know-how) gegen angemessenes Entgelt, und
3. alle Formen des unlauteren Wettbewerbs, auch soweit nur Verbraucher davon betroffen sind.“

Erfassung des Ausbeutungsmißbrauchs

Im Hinblick auf eine bessere Erfassung des Ausbeutungsmißbrauchs sollte der Mißbrauchsbegriff durch drei Tatbestandsgruppen im Interesse einer Beweiserleichterung der Kartellbehörden konkretisiert werden.

§ 22 Abs. 4 GWB (*Ausbeutungsmißbrauch*) ist wie folgt zu ändern:

„Die Kartellbehörde hat gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen die in Absatz 5 genannten Befugnisse, soweit diese Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für diese oder andere Waren oder gewerbliche Leistungen mißbrauchen. Als Mißbrauch gelten insbesondere

1. Verhaltensweisen (z. B. hinsichtlich des Forderns oder Anbietens von Preisen, Konditionen, Qualitäten oder Service), die zu Marktergebnissen führen, die *s p ü r b a r* von den Markt-

⁸⁾ Vgl. neuerdings Rupert Scholz: Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage, in: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 141 (1977), S. 520 ff., 553, der die kartellbehördliche Preiskontrolle prinzipiell als legitimen, systemkonformen und verfassungsmäßigen Bestandteil der Mißbrauchsaufsicht sieht. So auch aus ordnungspolitischer Sicht Werner Zöllnhöfer: Wettbewerbspolitik im Oligopol, Tübingen 1968, S. 233, der sich mit dem Vorwurf eines angeblichen Dirigismus auseinandersetzt: „Es ist daher nicht einzusehen, warum die Modifizierung einer schon vorhandenen, auf Ausschaltung des Preiswettbewerbs beruhenden, privatwirtschaftlichen Preiskontrolle einen zunehmenden staatlichen Dirigismus mit sich bringen soll.“

ergebnissen abweichen, die bei wesentlichem Wettbewerb zu erwarten gewesen wären, oder

2. *Verhaltensweisen, die zu Marktergebnissen führen, die spürbar von den von dem marktbeherrschenden Unternehmen auf anderen Märkten für gleiche Erzeugnisse oder gewerbliche Leistungen geforderten oder angebotenen Marktergebnissen abweichen, es sei denn, das Unternehmen weist nach, daß die Unterschiede zwischen den Marktergebnissen sachlich gerechtfertigt sind, oder*
3. *Verhaltensweisen, die zu Marktergebnissen führen, die unter Berücksichtigung der Kosten- und Gewinnverhältnisse bei vergleichbaren Unternehmen, Abnehmer oder Anbieter unangemessen benachteiligen.“*

Mit Ziffer 1 soll u. a. auch verhindert werden, daß neben den – großzügig bemessenen – Zuschlägen zum Ausgleich struktureller Unterschiede bei der Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises noch ein weiterer Erheblichkeitszuschlag zugunsten des Marktbeherrschers erhoben wird. Durch einen solchen Zuschlag, der nach Ansicht des BGH im Fall Hoffmann/La Roche „notwendig erheblich über dem wettbewerbsanalogen Preis liegt“ (WuW/E BGH 1445 ff., 1454), werden Marktbeherrscher gegenüber in wirksamem Wettbewerb stehenden Unternehmen ungerechtfertigt bevorzugt.

Ziffer 2 richtet sich vor allem gegen die regionale und internationale Preisdifferenzierung als wichtigste Form des Preisstrukturmißbrauchs. Die Beweislast für die Rechtfertigung liegt beim Marktbeherrscher.

Ziffer 3 soll ermöglichen, das Als-ob-Wettbewerbskonzept durch Einführung der von den Gerichten in Deutschland bisher abgelehnten Kosten- und Gewinnvergleichsmethode praktikabler zu machen. Damit würde zugleich eine generelle Aufangklausel für den Ausbeutungsmißbrauch geschaffen werden.

Da der Ausbeutungsmißbrauch nicht nur das Wettbewerbsmittel Preis, sondern auch Qualitäten, Konditionen, Werbung u. a. erfaßt, müssen die Tatbestandsgruppen generell auf die Marktergebnisse abstellen.

Schadensersatz bei Marktmachtmißbrauch

Die Monopolkommission^{?)} hat in ihrem Sondergutachten zur Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen vorgeschlagen, „die Interessen Dritter an der Anwendung der Mißbrauchsaufsicht in den Dienst ihrer Durchsetzung zu stellen“:

Personen und Personenvereinigungen, die ein berechtigtes Interesse geltend machen, sollte das

Recht zugestanden werden, die Einleitung eines Mißbrauchsverfahrens nach § 22 GWB durch die Kartellbehörde zu beantragen.

Die Vorschrift des § 22 GWB sollte als unmittelbar wirkendes Verbot und Schutzgesetz i. S. von § 35 GWB in Hinblick auf das Geltendmachen von Schadensersatzansprüchen ausgestaltet werden.

Das Recht von Personen und Personenvereinigungen, die ein berechtigtes Interesse an der Einleitung eines Verfahrens geltend machen (z. B. Verbraucherverbände), sollte jedoch nicht nur auf die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen i. S. des § 22 GWB beschränkt sein, sondern generell für das gesamte Kartellgesetz gelten. § 51 Abs. 2 Ziff. 1 GWB sollte daher wie folgt geändert werden:

„(2) An dem Verfahren vor der Kartellbehörde sind beteiligt,

1. *wer die Einleitung eines Verfahrens beantragt hat; Personen und Personenvereinigungen, die ein gerechtfertigtes Interesse geltend machen, können die Einleitung eines Verfahrens beantragen; das gilt auch im Hinblick auf § 22;*
2.“

§ 62 Abs. 2 GWB wäre entsprechend zu ergänzen durch Verweisung auf § 51 Abs. 1.

Die Bundesregierung hat diesen Vorschlag der Monopolkommission leider nicht aufgegriffen; dagegen hat sie den Gedanken des Schadensersatzes bei Mißbrauch von Marktmacht aufgenommen (S. 11 ff.).

§ 35 Abs. 2 RefE sieht daher vor, daß im Falle der Unanfechtbarkeit einer kartellbehördlichen Verfügung Schadensersatz auch für den Zeitraum zwischen dem Erlaß der Verfügung und dem Eintritt ihrer Unanfechtbarkeit zu leisten ist. Darüber hinaus sieht der neue § 37 b RefE eine sogenannte Vorteilsabschöpfung für den Fall vor, daß ein aufgrund von Mißbrauch i. S. des § 22 GWB nach Erlaß der Mißbrauchsverfügung erlangter Vermögensvorteil nicht durch Schadensersatzleistungen gemäß § 35 Abs. 2 RefE ausgeglichen wird, weil z. B. bei mißbräuchlich überhöhten Benzinpreisen der Schaden für den einzelnen Verbraucher so gering ist, daß er nicht das Risiko einer Schadensersatzklage eingehen wird (S. 12).

Das hat einen u. E. sinnvollen zweistufigen Sanktionsmechanismus zur Folge:

Zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch i. S. von § 35 Abs. 2 RefE, der u. U. auch an einen Verband abgetreten und von diesem geltend gemacht werden kann, oder

Vorteilsabschöpfung i. S. des § 37 b RefE in denjenigen Fällen, in denen der Schadensausgleich über § 35 GWB praktisch nicht funktioniert.

^{?)} Monopolkommission I, a. a. O., Tz. 63 ff.

Erfassung der Nachfragemacht

Die Monopolkommission war in ihrem Sondergutachten zur Erfassung von Nachfragemacht¹⁰⁾ zu der Auffassung gelangt, daß die Anwendung des § 22 GWB auf marktbeherrschende Nachfrager grundsätzlich keine Schwierigkeiten bereitet, die sich von denen unterscheiden, welche bei der Anwendung auf Anbieter auftreten. D. h. im Grundsatz Gleichbehandlung des Anbieter- und Nachfragerwettbewerbs bzw. von Wettbewerbsbeschränkungen auf den beiden verschiedenen Stufen.

Demgegenüber vertritt die Bundesregierung die Auffassung (S. 42), daß die Legalvermutung des § 22 Abs. 3 GWB in Form von hohen Marktanteilen als Anhaltspunkt für die Erfassung von Nachfragemacht nur in Ausnahmefällen geeignet ist. Die Bundesregierung will daher in § 26 Abs. 2 Satz 3 RefE eine neue Legalvermutung einführen, nach der die regelmäßige Erlangung besonderer Vergünstigungen zusätzlich zu den im Geschäftsverkehr üblicherweise gewährten Preisnachlässen oder sonstigen Leistungsentgelten durch einen Nachfrager von einem Anbieter ein Indiz für dessen Abhängigkeit von diesem Nachfrager ist.

Die Monopolkommission hatte sich in Tz. 26 ihres Gutachtens bereits gegen diesen Vorschlag gewandt, da § 26 Abs. 2 Satz 3 RefE auch Diskriminierungen erfassen würde, die nicht mit einer Beschränkung des Wettbewerbs verbunden sind. Die Implikationen eines allgemeinen Diskriminierungsverbots würden durch den Fortfall des Wettbewerbsbezuges verstärkt werden.

Im Grundsatz muß der Auffassung der Monopolkommission gefolgt werden, daß keinerlei Gründe ersichtlich sind, Nachfragemacht anders zu beurteilen als Anbietermacht. Mit dem gleichen Recht könnten die Verbraucherverbände eine entsprechende Verschärfung der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen durch ein weiteres Herabsetzen der Eingriffsschwelle verlangen. Die Industrieverbände sehen aber offensichtlich den Verhaltensspielraum der Anbieter gegenüber den Nachfragern als wettbewerbspolitisch und -rechtlich legitim an, während umgekehrt ein entsprechender Verhaltensspielraum von marktstarken Nachfragern als illegitim angesehen wird (da er zu Lasten der Anbieter geht). Die Legalvermutung des § 26 Abs. 2 Satz 3 RefE stellt daher eine Privilegierung der Anbieter dar und sollte entfallen; im übrigen gehört § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB als Legaldefinition der Marktbeherrschung in § 22 GWB.

Die von uns vorgeschlagene generelle Monopolisierungsklausel des § 22 a GWB würde auch die Erfassung von allen Formen des Behinderungswettbewerbs auf der Nachfragerseite gestatten,

ohne den auch von der Monopolkommission geforderten notwendigen Wettbewerbsbezug außer acht zu lassen; den Gefahren eines allgemeinen Diskriminierungsverbotes würde durch die von Wortlaut und Begründung eindeutige ratio legis (= Unterbindung aller monopolisierender Praktiken) begegnet werden.

Das in § 26 Abs. 3 RefE vorgeschlagene Verbot der Veranlassung von Diskriminierungen durch marktstarke Nachfrager erscheint überflüssig, da „eine von einem marktstarken Nachfrager veranlaßte Diskriminierung durch einen Anbieter, der seinerseits § 26 Abs. 2 nicht unterfällt, . . . als mittelbare Diskriminierung der Konkurrenten sowohl des Nachfragers als auch des Anbieters verboten sein“ kann¹¹⁾.

Muß das GWB erneut novelliert werden?

In der öffentlichen Diskussion ist in diesen Wochen und Monaten häufig beklagt worden, daß das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, das langfristig wirkende Rahmenbedingungen in unserer Wirtschaftsordnung setzen soll, schon wieder novelliert wird. Die Ursachen dafür sind u. E. in zwei Punkten zu suchen:

Die von der Sache notwendigen Reformen sind politisch nur schrittweise durchsetzbar. So hat bereits der Regierungsentwurf in den fünfziger Jahren im Interesse einer Gleichgewichtigkeit bei der Behandlung von Wettbewerbsbeschränkungen durch Maßnahme oder Zustand die Einführung einer präventiven Fusionskontrolle vorgesehen. Die Fusionskontrolle ist bekanntlich der Lobby im Wirtschaftspolitischen Ausschuß des Deutschen Bundestages zum Opfer gefallen. Erst 1973 konnte die Fusionskontrolle im Gesetz verankert werden, wenn auch nicht in der Form, die von der Sache her notwendig gewesen wäre.

Eine zweite Ursache ist in der mangelnden Bereitschaft der Gerichte zu sehen, das Recht unter Berücksichtigung wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse und der ratio legis zu interpretieren und weiterzuentwickeln. Beispielhaft dafür stehen die Teerfarbenentscheidung des Bundesgerichtshofes, die sogenannte Mosaiktheorie im Falle Fensterglas und die sehr hohen Anforderungen an die performance-Kontrolle im Falle Hoffmann/La Roche, die das Verbot aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen (§ 25 I GWB) sowie die Einführung von Legalvermutungen (§ 22 GWB) notwendig gemacht haben.

Die vierte Novelle zum GWB wird daher mit Sicherheit nicht die letzte GWB-Novelle sein!

¹⁰⁾ Vgl. Monopolkommission: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Baden-Baden 1977, Tz. 21 (im folgenden als Monopolkommission II zitiert).

¹¹⁾ Monopolkommission II, a. a. O., Tz. 24.