

Schmidt, Ingo

**Article — Digitized Version**

## Vierte Kartellnovelle verabschiedet

Wirtschaftsdienst

*Suggested Citation:* Schmidt, Ingo (1980) : Vierte Kartellnovelle verabschiedet, Wirtschaftsdienst, ISSN 0043-6275, Verlag Weltarchiv, Hamburg, Vol. 60, Iss. 4, pp. 188-191

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/135427>

**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.*

# Vierte Kartellnovelle verabschiedet

Ingo Schmidt, Stuttgart-Hohenheim

Am 21. März hat der Bundesrat der vierten Kartellnovelle zugestimmt, die der Bundestag schon Ende Februar verabschiedet hatte. Wenn man die endgültige Fassung mit dem Regierungsentwurf<sup>1</sup> vergleicht, so zeigt sich, daß der federführende Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages die Vorschläge des Regierungsentwurfes zwar im großen und ganzen übernommen, jedoch eine Reihe von Änderungen und Ergänzungen für notwendig gehalten hat. Prof. Schmidt analysiert die endgültige Fassung.

Die jetzt verabschiedete Novelle zum GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) hat insbesondere folgende Bereiche zum Gegenstand:

□ Verschärfung der Fusionskontrolle durch Einführung von zusätzlichen Marktbeherrschungsvermutungen, um horizontale, vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse besser erfassen zu können, die durch (1) eine weitere Verstärkung von gesamtwirtschaftlich wichtigen Oligopolsteilungen, (2) das Vordringen großer Unternehmen auf mittelständisch strukturierte Märkte, (3) die Kombination von Unternehmensgröße mit Marktbeherrschung oder (4) durch die Größe des Zusammenschlusses schlechthin gekennzeichnet sind.

Darüber hinaus wird die sogenannte VEBA-Anschlußklausel geändert, die nunmehr Zusammenschlüsse von großen mit kleinen und mittleren Unternehmen weitgehend der Fusionskontrollpflicht unterwirft, und es wird der Bereich der präventiven Fusionskontrolle mit der Verpflichtung zur vorherigen Anmeldung aller Zusammenschlüsse, an denen Unternehmen mit mindestens 2 Mrd. DM Jahresumsatz beteiligt sind, ausgedehnt.

□ Verbesserung der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen durch Schließung der sogenannten Sanktionslücke und Konkretisierung der generellen Mißbrauchsklausel durch Beispieldatbestände für den Behinderungs- und Ausbeutungsmißbrauch.

<sup>1</sup> Vgl. dazu Ingo Schmidt: Hauptprobleme der vierten GWB-Novelle, in: WIRTSCHAFTSDIENST, 58. Jg. (1978), H. 2, S. 71 ff.

□ Sicherung des Leistungswettbewerbs durch bessere Erfassung von Diskriminierungen, die auf Mißbrauch von Nachfragemacht beruhen, und verstärkter Schutz kleiner und mittlerer Wettbewerber gegenüber den Verdrängungs- und Behinderungspraktiken marktmächtiger Konkurrenten.

□ Wettbewerbliche Auflockerung im Ausnahmebereich der Energieversorgungswirtschaft durch Verbesserung der Mißbrauchsaufsicht und Befristung der Gebietsschutzverträge auf 20 Jahre.

## Verschärfung der Fusionskontrolle

Die Bundesregierung war bei dem vorgelegten Regierungsentwurf zur Änderung des GWB davon ausgegangen, daß es in der Vergangenheit gelungen war, horizontale Zusammenschlüsse zu erfassen, daß dagegen eine erhebliche Lücke bei der Erfassung von vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen klaffte, was zu einer asymmetrischen Behandlung von horizontalen Zusammenschlüssen einerseits und vertikalen sowie konglomeraten Zusammenschlüssen andererseits geführt habe. Die Bundesregierung hatte daher eine Reihe von widerleglichen Legalvermutungen vorgeschlagen, jedoch an dem Untersagungskriterium der Marktbeherrschung festgehalten.

Im Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages ist zwar die Frage einer Absenkung der Untersagungsschwelle, d. h. ein unter der Marktbeherrschungsschwelle des § 22 GWB liegendes Eingreifkriterium bei der Fusionskontrolle, eingehend diskutiert worden. So hatte der Bundesminister für Wirtschaft auf Wunsch des Ausschusses einen Vorschlag unter dem Arbeitstitel „Potentiallösung“ vorgelegt, die eine Verdeutlichung des für die Fusionskontrolle entscheidenden

*Prof. Dr. Ingo Schmidt, 47, ist Inhaber des Lehrstuhls für Volkswirtschaftslehre, insbesondere Preis-, Markt- und Wettbewerbstheorie und -politik an der Universität Hohenheim.*

den Gedanken der Gefahrenabwehr zum Ziel hatte. Da jedoch sowohl die Meinungen der Sachverständigen als auch die Einschätzungen der Ausschußmitglieder zur Potentiallösung differierten, ist es bei der Marktbeherrschung im Sinne des § 22 GWB als Untersagungskriterium für die Fusionskontrolle geblieben. Andererseits sind aber – abweichend von den Legalvermutungen bei der Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB – in § 23 a GWB eine Reihe von Legalvermutungen speziell für die Fusionskontrolle eingeführt worden, so daß man von einer gewissen indirekten Abkopplung von dem Kriterium der Marktbeherrschung mit Hilfe von weitergehenden und schärfer gefaßten Legalvermutungen sprechen kann.

#### Umkehr der Beweislast

Im einzelnen hat der Wirtschaftsausschuß bei der Fusionskontrolle insbesondere folgende Änderungen vorgenommen:

□ Die Legalvermutung für die Erfassung konglomerater Zusammenschlüsse ist von 10 auf 12 Mrd. DM Umsatzerlöse heraufgesetzt worden. Das heißt, für den Fall, daß mindestens zwei der an einem Zusammenschluß beteiligten Unternehmen Umsatzerlöse von jeweils mindestens 1 Mrd. DM haben und die Umsatzerlöse insgesamt mindestens 12 Mrd. DM betragen, wird das Vorliegen einer überragenden Marktstellung im Sinne des § 22 Abs. 1 und 3 GWB vermutet.

□ Im Hinblick auf die Gefährdung des Wettbewerbs auf oligopolistischen Märkten hat der Wirtschaftsausschuß in § 23 a Abs. 2 GWB eine Legalvermutung mit Beweislastumkehr zwecks besserer Erfassung enger Oligopole eingeführt. Danach gilt eine Gesamtheit von Unternehmen dann als marktbeherrschend im Sinne des § 22 Abs. 2 bzw. 3 GWB, wenn die drei größten Unternehmen 50 % oder die fünf größten Unternehmen 2/3 des Marktes kontrollieren, es sei denn, die Unternehmen weisen ihrerseits nach, daß auch nach dem Zusammenschluß die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen.

Diese Legalvermutung mit Umkehr der Beweislast muß als der ordnungspolitisch bedeutsamste Teil der vierten Kartellnovelle angesehen werden, da sie das Entstehen wettbewerbspolitisch unerwünschter enger Oligopole, die durch eine zu starke Interdependenz und damit eine faktische Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne des § 22 Abs. 2 GWB gekennzeichnet sind, in Zukunft verhindern kann.

□ Die sogenannte VEBA-Anschlußklausel des § 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 2 GWB ist vom Wirtschaftsausschuß

von 2 auf 4 Mill. DM Jahresumsatz heraufgesetzt worden, so daß Umsatzmilliardäre in Zukunft nur noch dann von der Zusammenschlußkontrolle freigestellt werden, wenn das erworbene Unternehmen weniger als 4 Mill. DM Jahresumsatz hat (Bagatellklausel). Kontrollfrei bleiben dagegen nach wie vor Zusammenschlüsse von Unternehmen bis zu 50 Mill. DM Jahresumsatz mit Großunternehmen mit weniger als 1 Mrd. DM Jahresumsatz.

□ Um die Einflüsse der Lobby auf sogenannte Ministerfusionen im Sinne des § 24 Abs. 3 GWB in Zukunft zu begrenzen, hat der Wirtschaftsausschuß eine Anhörung der Monopolkommission zwingend vorgeschrieben (§ 24 b Abs. 5 GWB). Darüber hinaus hat der Wirtschaftsausschuß eine Streitwertbegrenzung für Beigeladene befürwortet, um die gerichtliche Kontrolle von Verfügungen der Kartellbehörden, insbesondere auch im Rahmen des Ministererlaubnisverfahrens nach § 24 Abs. 3 GWB, durch Herabsetzung des Kostenrisikos zu erleichtern (Einfügung des § 78 Abs. 2 GWB). Weitergehenden Vorschlägen, die auf ein Beteiligungsrecht betroffener Unternehmen und Personenvereinigungen im Sinne des § 51 GWB mit der Möglichkeit der Beschwerde und Rechtsbeschwerde an Kammergericht und BGH abzielten, ist der Wirtschaftsausschuß leider nicht gefolgt, wenngleich mit Sicherheit zu erwarten gewesen wäre, daß die Auffassungen der von einer Ministerfusion Betroffenen zu Fragen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls erheblich von denen der fusionierenden Unternehmen abweichen.

An der Einflußnahme der Lobby auf die Erlaubnisentscheidungen des Bundeswirtschaftsministers wird sich daher in Zukunft kaum etwas ändern; denn auch in der Vergangenheit hat der Wirtschaftsminister bereits – auch ohne rechtliche Verpflichtung – im Einzelfall ein Votum der Monopolkommission eingeholt, ohne daß dem Lobbyismus damit wirksame Schranken gesetzt wurden.

#### Verschärfte Mißbrauchsaufsicht

Der Regierungsentwurf hatte die Schließung der sogenannten Sanktionslücke bei der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen im Sinne des § 22 GWB durch erweiterte Schadensersatzansprüche Geschädigter (§ 35 Abs. 2 GWB) und die Abschöpfung von durch Mißbrauch erlangten Vermögensteilen (§ 37 b GWB) vorgesehen. Darüber hinaus hat der Wirtschaftsausschuß die generelle Mißbrauchsklausel des § 22 Abs. 4 GWB (ähnlich wie bei der Versorgungswirtschaft in dem neuen § 103 Abs. 5 – 7 GWB und in Art. 86 Abs. 2 EWGV) durch Beispielstat-

bestände für den sogenannten Behinderungs- und Ausbeutungsmißbrauch konkretisiert, dafür jedoch auf die vorgesehene Regelung zur sofortigen Volziehbarkeit von Mißbrauchsverfügungen (§ 63 GWB) verzichtet.

Ein Behinderungsmißbrauch im Sinne des § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 GWB liegt danach vor, wenn „die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt“ werden. Dabei weist der Ausschuß zu Recht darauf hin, daß im Falle der Marktbeherrschung die Gefahr einer weiteren Verschlechterung der wettbewerblichen Strukturen auch durch Verhaltensweisen begründet werden kann, „die bei Wettbewerbsmärkten unbedenklich und insbesondere auch nicht ‚leistungswidrig‘ i. S. etwa des § 28 Abs. 2 sind. Entsprechend der Zielsetzung der Mißbrauchsaufsicht, den noch bestehenden Restwettbewerb auf den betroffenen Märkten zu sichern, greift der Tatbestand des Behinderungsmißbrauchs in Nummer 1 nicht erst dann ein, wenn eine Beeinträchtigung der Marktstrukturen durch die beanstandeten Verhaltensweisen bereits eingetreten ist. Vielmehr kommt es darauf an, präventiv gegen ein Verhalten von Marktbeherrschern vorzugehen, das erfahrungsgemäß nach Art und Ausmaß, insbesondere wegen der in der Ausnutzung von Marktmacht generell liegenden Risiken für den Wettbewerb, eine weitere Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen für andere Unternehmen als naheliegend erscheinen läßt. Bei der Prüfung, ob ein sachlich gerechtfertigter Grund vorliegt, sind unter vorrangiger Berücksichtigung der auf die Sicherung von Wettbewerbsstrukturen ausgerichteten Zielsetzung der Mißbrauchsaufsicht die Interessen der betroffenen Wettbewerber mit denen des marktbeherrschenden Unternehmens abzuwägen.“

#### Vergleichsmarktkonzept verankert

Zur Konkretisierung des sogenannten Ausbeutungsmißbrauches wird auf den Vergleich mit wettbewerblich strukturierten Märkten desselben Unternehmens (regionale Preisdifferenzierung) oder anderer Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb abgestellt. Danach liegt ein Mißbrauch im Sinne von § 22 Abs. 4 GWB vor, „wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen

1. . . .

2. Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirk-

samem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen;

3. ungünstigere Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, als sie das marktbeherrschende Unternehmen selbst auf vergleichbaren Märkten von gleichartigen Abnehmern fordert, es sei denn, daß der Unterschied sachlich gerechtfertigt ist.“

Damit hat der Gesetzgeber das Vergleichsmarktkonzept zur Konkretisierung des von der Freiburger Schule entwickelten Als-ob-Wettbewerbsprinzips im Gesetz verankert. Den in der Literatur teilweise geltend gemachten Bedenken und Angriffen gegen jegliche „performance“-Kontrolle ist insofern endgültig der Boden entzogen.

Bedenklich stimmt allerdings, daß der Bericht des Wirtschaftsausschusses wiederum sehr stark die vom BGH eingeführten sogenannten Sicherheitszuschläge bei der Berechnung des Als-ob-Preises betont, die den Unterschieden zwischen dem wettbewerblichen Vergleichsmarkt und dem für die Mißbrauchsaufsicht relevanten Markt Rechnung tragen sollen. Da sich angesichts der Schwierigkeiten und Unsicherheiten bei der Beweiswürdigung schon bei der Feststellung des Vergleichspreises implizit erhebliche Zuschläge ergeben, scheint es nicht gerechtfertigt, darauf noch ein weiteres Mal Sicherheitszuschläge vorzunehmen. Derartige Formulierungen laufen auf eine Begünstigung marktbeherrschender Unternehmen hinaus, die eigentlich vermieden werden sollte. Der Ausschußbericht spiegelt insofern die offensichtlich divergierenden Auffassungen seiner Mitglieder wider.

#### Sicherung des Leistungswettbewerbs

Der Regierungsentwurf hatte in § 26 Abs. 2 Satz 3 eine neue Legalvermutung hinsichtlich eines vertikalen Abhängigkeitsverhältnisses und in einem neuen Absatz 3 die Veranlassung zur Diskriminierung durch marktbeherrschende Unternehmen eingefügt. Der Wirtschaftsausschuß hat darüber hinaus die Vorschläge der Regierung durch einen neuen § 37 a Abs. 3 GWB ergänzt, durch den kleine und mittlere Wettbewerber einen verstärkten Schutz gegenüber den Verdrängungs- und Behinderungspraktiken marktmächtiger Konkurrenten erhalten sollen. Der Behinderungswettbewerb wird damit in dreifacher Hinsicht erfaßt:

§ 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 GWB soll *präventiv* den Behinderungsmißbrauch marktbeherrschender Unternehmen erfassen, wobei die Sicherung von Wettbe-

werbsstrukturen *vorrangig* berücksichtigt werden soll. Damit soll offensichtlich die bisher sehr restriktive Beschlußpraxis des Berliner Kammergerichts korrigiert werden, das die Schwelle für das Vorliegen eines Behinderungsmissbrauchs in der Vergangenheit sehr hoch angesetzt hat.

Der neue § 37 a Abs. 3 GWB zielt darauf ab, unbillige Behinderungen kleiner und mittlerer Unternehmen durch Konkurrenten mit deutlich überlegener Marktmacht zu unterbinden. Dabei erfolgt interessanterweise eine Abkopplung von dem Marktmachtbegriff im Sinne des § 22 GWB, die man im Rahmen der Fusionskontrolle nicht bereit war vorzunehmen. Der neue § 37 a Abs. 3 GWB definiert überlegene Marktmacht mittels der Fähigkeit „Marktverhältnisse wesentlich zu beeinflussen“; damit ist die Marktmachtschwelle erheblich abgesenkt worden.

Der neue § 37 a Abs. 3 GWB erfaßt allerdings nur den Fall des horizontalen Behinderungswettbewerbs, dagegen nicht Diskriminierungen im Vertikalverhältnis zwischen vor- bzw. nachgelagerten Wirtschaftsstufen, wozu auf den Abhängigkeitstatbestand im Sinne des § 26 Abs. 2 und 3 GWB verwiesen wird. Das erweiterte Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 und 3 GWB verfolgt das Ziel einer gleichmäßigen Anwendung des Diskriminierungsverbotes „sowohl auf die durch die Nachfrageseite veranlaßten Diskriminierungen als auch auf die angebotsbedingten Diskriminierungen“. Im Hinblick auf Belieferungsdiskriminierungen ist das Verbot des § 26 Abs. 2 GWB als eine „lex specialis“ gegenüber § 37 a Abs. 3 GWB anzusehen.

Wenngleich der Zielsetzung des Gesetzgebers, die Chancen für den Leistungswettbewerb besser zu sichern, grundsätzlich zuzustimmen ist, muß doch mit dem Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages kritisch gefragt werden, warum man nicht in den §§ 22, 26 und 37 a GWB einheitliche Begriffe im Hinblick auf die Erfassung von Marktmacht verwendet, die durch unterschiedliche Legalvermutungen und -definitionen für vertikale Abhängigkeiten und horizontal überlegene Marktmacht konkretisiert werden könnten. Konsequenter wäre letztlich die Einführung einer generellen Monopolisierungsklausel. Der Wirrwarr in der Rechtsprechung angesichts der Vielzahl von Legalvermutungen und Legaldefinitionen ist bereits jetzt abzusehen.

#### **Versorgungswirtschaft verschont**

Der Regierungsentwurf hatte in § 103 Abs. 5 - 7 GWB eine Neuregelung der Mißbrauchsaufsicht über die Versorgungswirtschaft vorgesehen. Ähnlich wie in

§ 22 Abs. 4 GWB werden der Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch beispielhaft konkretisiert. Der Wirtschaftsausschuß hat darüber hinaus durch Einfügung eines neuen § 103 a GWB die Freistellung von Gebietsschutzverträgen auf 20 Jahre befristet und den Katalog der Mißbrauchsfälle im Sinne des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 4 GWB um den Tatbestand der mißbräuchlichen Verweigerung einer Durchleitung erweitert. Damit ist insbesondere den Forderungen einiger Landwirtschaftsminister entsprochen worden, wenngleich deren Forderungen (z. B. Niedersachsens) erheblich weitergingen.

Bedauerlich bleibt, daß der Bundestag sich nicht zu einer weitergehenden Auflockerung der monopolistischen Struktur der Versorgungswirtschaft hat verstehen können. Die Energie-Lobby hat sich im Bundestag wieder einmal durchgesetzt und unter Hinweis auf die angebliche Gefährdung einer sicheren und preisgünstigen Versorgung erreicht, daß die Versorgungswirtschaft weiterhin vom Wettbewerb verschont bleibt. Der Bundestag hat lediglich in einem Entschließungsantrag die Bundesregierung um Prüfung und Voriage eines Berichts gebeten, „ob und ggfs. welche weiteren Möglichkeiten bestehen, durch Änderungen der kartellgesetzlichen Regelungen für die Elektrizitäts- und Gaswirtschaft (§ 103, 103 a GWB) ohne Gefährdung von Sicherheit und Preiswürdigkeit der Energieversorgung den Wettbewerb in diesem Bereich zu verstärken“. Darüber werden Jahre ins Land gehen.

#### **Würdigung und Ausblick**

Die vierte Kartellnovelle hat mit Sicherheit eine Reihe von Fortschritten auf verschiedenen Gebieten gebracht, deren Umsetzung und Realisierung allerdings sehr stark von der Beschlußpraxis des Bundeskartellamts und der Rechtsprechung der Gerichte abhängig ist. Die Erfahrung hat gezeigt, daß manche Rechtsvorschriften nur deshalb novelliert werden müssen, weil die Rechtsprechung nicht in der Lage ist, den objektiven Gesetzeswortlaut in Einklang mit der „ratio legis“ zu interpretieren.

Mit Sicherheit nicht gelöst worden sind im Rahmen der vierten Kartellnovelle zwei Fragenkomplexe:

die ordnungspolitisch gebotene Abkopplung der Fusionskontrolle von dem Kriterium der Marktbeherrschung i. S. des § 22 GWB und

das Fehlen einer Entflechtungsmöglichkeit (vgl. sec. 2 Sherman Act), auf die die Monopolkommission in ihrem dritten Hauptgutachten 1980 mit Sicherheit eingehen wird.