

Schmidt, Ingo L. O.

Article — Digitized Version

Hauptprobleme der 5. Kartellnovelle

Wirtschaftsdienst

Suggested Citation: Schmidt, Ingo L. O. (1989) : Hauptprobleme der 5. Kartellnovelle, Wirtschaftsdienst, ISSN 0043-6275, Verlag Weltarchiv, Hamburg, Vol. 69, Iss. 3, pp. 131-139

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/136496>

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.

Ingo Schmidt

Hauptprobleme der 5. Kartellnovelle

Die Bundesregierung hat am 1. Februar 1989 den Regierungsentwurf zur 5. Kartellnovelle vorgelegt¹. Ziel der Novelle ist „insbesondere die Verbesserung und wirksamere Ausgestaltung der bestehenden Instrumente der Fusions- und Verhaltenskontrolle im Hinblick auf die Situation im Handel und die Beseitigung zu weitgehender Sondervorschriften in den Ausnahmebereichen“. Sind die Vorschläge der Bundesregierung geeignet, diese Zielsetzungen zu realisieren?

Der Lebensmittelhandel ist durch einen sehr starken Strukturwandel gekennzeichnet, der zum Marktaustritt von vor allem kleinen und mittleren Unternehmen geführt hat. Die Monopolkommission² hat unter Berufung auf Untersuchungen des Bundeskartellamtes festgestellt, daß von 1980 bis 1986 im deutschen Lebensmittelhandel – unter Herausrechnung von gruppeninternen Erwerbsvorgängen bei der co op AG, EDEKA und REWE – 187 Zusammenschlüsse mit 12 Mrd. DM Umsatz stattgefunden haben, wobei die meisten Zusammenschlüsse von den Mitgliedern des führenden Oligopolkerns Leibbrand, REWE, Tengelmann, co op, EDEKA und Metro getätigt worden sind. Die Versuche des Bundeskartellamtes, diesem radikalen Strukturwandel im Lebensmittelhandel durch Anwendung des Instruments der Fusionskontrolle entgegenzutreten, sind durch die Entscheidungen des Kammergerichtes im Fall co op-Wandmaker und des Bundesgerichtshofes im Fall Metro-Kaufhof gescheitert³. Diese rechtskräftigen Entscheidungen hatten im Jahre 1987 eine förmliche Fusionswelle zur Folge, die 1988 allerdings wieder abgeflacht ist.

Bei der Gruppe der sechs größten Unternehmen des Lebensmittelhandels hatte sich offenbar ein Zusam-

mensschlußpotential aufgebaut, das aufgrund der neueren Rechtsprechung dazu führte, daß im Jahr 1987 – wiederum bereinigt um gruppeninterne Erwerbsvorgänge – 69 Zusammenschlüsse mit einem Gesamtvolumen von 22,4 Mrd. DM stattgefunden haben; für 1988 waren es (bereinigt) nur noch 39 Zusammenschlüsse mit 8,4 Mrd. DM Umsatz. Damit ist eine dominierende Position der sechs größten Unternehmen des Lebensmittelhandels mit einem Gesamtumsatz von 87,5 Mrd. DM im Jahr 1987 und einem Anteil am Lebensmittelumsatz von ca. 50 % entstanden⁴.

Konzentration im Lebensmittelhandel

Die zuvor skizzierten strukturellen Wandlungen auf den Handelsmärkten haben Veränderungen des Verhaltens sowohl auf den Beschaffungs- als auch auf den Absatzmärkten des Handels verursacht. Auf den Beschaffungsmärkten hat der Konzentrationsprozeß in Verbindung mit der Existenz von langfristigen Käufermärkten zur Folge, daß große Handelsunternehmen bei ihren Lieferanten Preise und Konditionen durchsetzen können bzw. zugestanden bekommen, die kleineren Handelsunternehmen nicht gewährt werden (Nachfragemacht). Auf den Absatzmärkten werden von Großbetriebsformen des Handels zunehmend aggressive Wettbewerbsstrategien verfolgt (Verkauf unter Einstands-

Prof Dr. Ingo Schmidt, 56, ist Ordinarius für Volkswirtschaftslehre, insbesondere Preis-, Markt- und Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik an der Universität Hohenheim. Bis 1973 Referatsleiter im Bundeskartellamt, war er von 1973 bis 1977 als Abteilungsleiter beim Senator für Wirtschaft in Berlin u. a. für Ernährungs-, Verbraucher- und Handelspolitik zuständig.

¹ Vgl. Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, abgedruckt in: *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)*, Jg. 39 (1989), S. 209 ff. (erscheint demnächst als Bundestagsdrucksache im Verlag Dr. Hans Weger in Bad Godesberg).

² Vgl. Monopolkommission: *Die Wettbewerbsordnung erweitern*, Hauptgutachten 1986/1987, Baden-Baden 1988, Tz. 460.

³ Vgl. co op-Wandmaker, in: *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW/E OLG)* 3917 ff.; und Metro-Kaufhof, in: *WuW/E BGH* 2231 ff.

preis), die durch den Transfer der auf den Beschaffungsmärkten erzielten Wettbewerbsvorteile erleichtert werden.

Der Wandel der Marktverhältnisse im Handel ist daher nicht (nur) Ausdruck funktionsfähigen Wettbewerbs, sondern hat aufgrund des starken Konzentrationsanstiegs zu einer Steigerung des wettbewerbsgefährdenden Potentials geführt, dem das GWB nicht ausreichend Rechnung tragen kann. Die Fusionskontrolle im Handel ist nach den Entscheidungen des Kammergerichts im Fall *co op-Wandmaker* und des Bundesgerichtshofs im Fall *Metro-Kaufhof* nahezu außer Kraft gesetzt. Das Bundeskartellamt hat sich weder mit seiner Vorgehensweise bei der Abgrenzung des relevanten Beschaffungsmarktes (Sortimentskonzept) und bei der Abgrenzung des relevanten Absatzmarktes (Vollsortimenter) noch bei der Ermittlung beherrschender Stellungen einzelner oder einer Gruppe von Handelsunternehmen auf Beschaffungsmärkten (Unverzichtbarkeitstheorie) durchsetzen können.

Auch mit Hilfe der Verhaltenskontrolle konnte dem Konzentrationsprozeß im Handel nicht Einhalt geboten werden. Die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Nachfrager im Sinne des § 22 GWB ist bis auf einen Fall (*Metro-Eintrittsvergütung*)⁵ unbedeutend geblieben, weil der Nachweis marktbeherrschender Stellungen wie bei der Fusionskontrolle nicht zu erbringen war. Das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 und 3 GWB ist wegen der Roß- und Reiter-Problematik nicht zur Anwendung gekommen. Die wenigen Entscheidungen zu § 37a Abs. 3 GWB im Hinblick auf Verkäufe unter Einstandspreisen (*co op Bremen* und *Kaufmarkt*)⁶ haben die mangelnde Operationalität und Justitiabilität dieser Vorschrift offenbart.

Die bisherigen Entscheidungen zum Kartellverbot gegenüber Einkaufskooperationen (*HFGE* und *Selex-Tania*)⁷ haben eine lebhafte Diskussion darüber entfacht, unter welchen Bedingungen derartige Kooperationen zulässig sind. Das bisherige gesetzliche Instrumenta-

rium erlaubt keine Differenzierung nach der Größe der beteiligten Unternehmen und nach möglichen wettbewerbsbelebenden Elementen (horizontale und vertikale Gegenmacht).

Gefährdung des Wettbewerbs

Somit ist aufgrund der ökonomischen Entwicklung im Handel und der Mängel des kartellrechtlichen Instrumentariums ein Novellierungsbedarf zu bejahen.

Die Bundesregierung kommentiert diese Entwicklung dahingehend, daß zwar gegenwärtig auf der Nachfrager- wie Anbieterseite des Lebensmittelhandels – trotz der hohen Konzentration – wesentlicher Wettbewerb herrsche, daß ihr jedoch Ausmaß und Geschwindigkeit der Konzentrationsentwicklung Sorgen bereiten. Sie will mit der Novelle Vorsorge gegen eine denkbar künftige Gefährdung des Wettbewerbs treffen und die Bekämpfung wettbewerbschädlicher Verhaltensweisen erleichtern (womit implizit eine derzeitige Gefährdung des Wettbewerbs verneint wird!).

Die Begründung des BMWi macht die unterschiedliche wettbewerbspolitische Beurteilung des Konzentrationsphänomens im Handel zwischen Bundeskartellamt und BMWi deutlich.

Das Bundeskartellamt hat in dem seit 15 bis 20 Jahren andauernden und in den letzten Jahren sich stark beschleunigenden Konzentrationsprozeß im Handel eine erhebliche Gefährdung des Wettbewerbs gesehen und vergeblich versucht, diesen Konzentrationsprozeß zu unterbinden. Das Amt ist mit seinen Versuchen im wesentlichen daran gescheitert, daß die führenden Unternehmen des Lebensmittelhandels nachweisen konnten, daß die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen auch nach dem Zusammenschluß wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen, d. h., daß trotz des starken Konzentrationsprozesses wesentlicher Wettbewerb im Innenverhältnis verblieb. Bei dieser Argumentation der Gerichte steht nicht der Marktstrukturtest (das ist der hohe Konzentrationsgrad), sondern der Marktverhaltenstest im Vordergrund; eine – zumindest hilfsweise – Heranziehung des Marktergebnistests (das sind die Auswirkungen auf Lieferanten und Abnehmer sowie kleinere Mitbewerber) erfolgt nicht⁸.

Wettbewerbspolitische Auswirkungen

Die wettbewerbspolitischen Probleme und Gefahren der permanenten Konzentration im Lebensmittelhandel

⁴ Nach Glendinning & Lehning, Top 200 1988, gliedern sich die Umsätze der sechs größten Handelsunternehmen im Food- und non food-Bereich 1987 wie folgt auf:

– Aldi (nur internes Wachstum!)	19,4 Mrd. DM
– Metro	18,9 Mrd. DM
– REWE/Leibbrand-Gruppe	15,1 Mrd. DM
– Tengelmann-Gruppe	12,5 Mrd. DM
– Asko/Schaper.Massa-Gruppe	11,3 Mrd. DM
– co op	10,3 Mrd. DM

insgesamt 87,5 Mrd. DM

Der Gesamtumsatz der 200 größten Unternehmen im Handelsbereich betrug 1987 182,4 Mrd. DM, davon 130 Mrd. DM im Food-Bereich. Von diesen 130 Mrd. DM entfiel ca. die Hälfte (also 65 Mrd. DM) auf die ersten sechs Unternehmen.

⁵ Vgl. *Metro-Einkaufsvergütung*, in: WuW/E BKartA 2092 ff.

⁶ Vgl. *co op Bremen*, in: WuW/E BKartA 2029 ff.; und *Kaufmarkt*, in: WuW/E BGH 2073 ff.

⁷ Vgl. *HFGE*, in: WuW/E OLG 2745 ff.; und *Selex-Tania*, in: WuW/E OLG 3737 ff.

sind in dem immer stärkeren Auseinanderklaffen zwischen der formalen Handlungs- und der materialen Entschließungsfreiheit der auf diesem Markt tätigen Unternehmen zu sehen, was wettbewerbspolitische Auswirkungen in zweierlei Hinsicht hat:

□ In horizontaler Sicht wird die Situation der kleinen und mittleren Einzelhändler im Vergleich zu der Gruppe der sechs führenden Unternehmen immer schwieriger. Die Gleichheit der Wettbewerbschancen wird in flagranter Weise verletzt; die Gruppe der Mitläufer im Teilligopol wird in eine hoffnungslose Außenseiterposition gedrängt (Verletzung des sogenannten Individualschutzes im Kartellrecht). Die großen Unterschiede in der materialen Entschließungsfreiheit zwischen den Mitläufern und der Gruppe der sechs führenden Unternehmen können auch als gravierende Wettbewerbsverfälschung im Sinne des EG-Rechtes interpretiert werden⁹.

□ In vertikaler Sicht hat die Konzentration zu einer starken Abhängigkeit weiter Bereiche der Zulieferindustrie geführt, für die keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, im Sinne des § 26 Abs. 2 S. 2 GWB bestehen.

Zugleich werden die Versorgungsalternativen der Verbraucher, die aus wirtschaftlichen oder Altersgründen nicht (mehr) Auto fahren können, immer stärker eingeschränkt. Diese Einschränkung der Versorgungsalternativen – bzw. das Fehlen jeglicher Versorgung in Vororten oder auf dem flachen Land überhaupt (!) – müssen ebenfalls als eine wesentliche Beeinträchtigung der Konsumentenwohlfaht gesehen werden, was von vielen Preistheoretikern gerne übersehen wird, die nur im Rahmen des ihnen geläufigen Preis-Mengen-Diagramms argumentieren¹⁰.

Irreversible Konzentrationsprozesse

Diese kritische Sicht und wettbewerbspolitische Deutung des Konzentrationsprozesses im Handel wird allerdings nicht überall geteilt. Vielmehr wird häufig argumentiert, daß eine Konzentration so lange unbedenklich, ja sogar wünschenswert sei, wie sie sich im Wettbewerb vollziehe, so daß überhaupt jeglicher Handlungsbedarf verneint wird¹¹. Die ordo-liberale Idee eines dezentralen Wirtschaftssystems wird dabei allerdings negiert, was angesichts des Wandels mancher Ordo-Libe-

ralen zu Alt-Liberalen nicht wunder nimmt. Das BMWi scheint dieser – einem Laissez-faire-Denken verhafteten – Position weit stärker zuzuneigen als den wettbewerbs- und ordnungspolitischen Besorgnissen des Bundeskartellamtes.

In der wettbewerbspolitischen Diskussion wird zudem häufig übersehen, daß dieser Konzentrationsprozeß irreversibel ist, da der Marktzutritt infolge des Vorliegens von economies of scale bei Beschaffung, Lagerhaltung und Absatz (insofern hohe mindestoptimale Betriebsgröße!) und des stagnierenden Lebensmittelmarktes ökonomisch-faktisch beschränkt ist¹². Marktzutritte im Sinne des Hinzufügens einer zusätzlichen Verkaufskapazität sind daher in den letzten Jahren nicht zu beobachten. Jeder Marktzutritt hätte zusätzliche Kapazitäten und damit einen Preisverfall zur Folge.

Ausgehend von dem oben skizzierten wettbewerbs- und ordnungspolitischen Vorverständnis sollen im folgenden die Vorschläge der Bundesregierung für eine bessere Erfassung der Konzentration im Lebensmittelhandel dargestellt und kritisch gewürdigt werden.

Verbesserung der Fusionskontrolle

Im Hinblick auf die Erfassung des Konzentrationsphänomens im Handel sehen die Vorschläge der Bundesregierung Änderungen in drei Bereichen vor:

- Konkretisierung der Feststellung einer überragenden Marktstellung im Sinne des § 22 Abs. 1 Nr. 2 RegE durch Berücksichtigung nachfragebezogener Elemente zur Verbesserung der Fusionskontrolle,
- Verbesserung der Verhaltenskontrolle (§ 26 Abs. 2-4 RegE) und
- Einführung eines Freistellungstatbestandes für

¹⁰ Dabei darf nicht verkannt werden, daß das free rider-Verhalten der Verbraucher, bevorzugt in billigen Filialgeschäften einzukaufen, zu diesem Konzentrationsprozeß wesentlich beigetragen hat. Andererseits beklagen die gleichen Verbraucher jedoch die gravierende Verschlechterung der Versorgungsalternativen (!).

¹¹ Diese Position fußt auf dem Hayekschen Wettbewerbsverständnis, wonach jedes qua Wettbewerb zustande gekommene Marktergebnis (z. B. Preise oder Konzentrationsgrad) per se gut ist. Jede andere Position sei eine Anmaßung von Wissen, womit der Wettbewerbsmechanismus allerdings zum Selbstzweck wird. Danach ist kein Wirtschaftspolitiker befugt, kritisch zu hinterfragen, ob der Wettbewerb die wirtschaftspolitisch gewünschten vorgegebenen Ziele erbringt (oder nicht). Der Gegensatz zwischen dem instrumental-funktionalistischen und dem systemtheoretischen Wettbewerbsverständnis kommt hier klar zum Ausdruck.

¹² Diese Gesichtspunkte werden im wettbewerbspolitischen Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWi, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 37. Jg. (1987), S. 287 ff., Zi. 19, übersehen. Vgl. zu der Existenz von Marktzutrittschranken im Handel Ulrich Kirschner: *Die Erfassung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen*, Hohenheimer Volkswirtschaftliche Schriften, Bd. 8, Frankfurt a. M. u. a. 1988, S. 97-110. Die Arbeit von Kirschner gibt einen guten Überblick über die relevante Literatur bis Mitte 1988.

⁸ Zum Zusammenhang zwischen Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis vgl. Ingo Schmidt: *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 2. Aufl., Stuttgart, New York 1987, S. 56-60, 273 und 275.

⁹ So nunmehr auch Erhard Kantzenbach: *Aktuelle Wettbewerbspolitik: Konzentration und Wettbewerb im Handel*, Schriftenreihe der Klaus-Dieter-Arndt-Stiftung e. V., Heft 42, Bonn 1988, S. 18, der von einer Wettbewerbsverfälschung bei sehr intensivem Preiswettbewerb spricht.

Einkaufskooperationen zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen (§ 5c RegE).

Gemäß § 24 Abs. 1 GWB kann das Bundeskartellamt eine Fusion untersagen, wenn zu erwarten ist, daß durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 22 Abs. 1 oder 2 GWB entsteht oder verstärkt wird (sogenanntes Eingreifkriterium). Der Begriff der marktbeherrschenden Stellung ist in § 22 Abs. 1 GWB für das dominierende Einzelunternehmen und in § 22 Abs. 2 GWB für enge Oligopole ohne wesentlichen Wettbewerb bzw. Teiloligopole mit überragender Marktstellung des Oligopolkerns gegenüber Außen-seitern definiert.

Die Bundesregierung will eine direkte Abkopplung von dem für unser System der Fusionskontrolle zur Zeit noch zentralen Begriff der Marktbeherrschung vermeiden und dafür den Begriff der überragenden Marktstellung eines dominierenden Einzelunternehmens im Verhältnis zu seinen Mitbewerbern neu definieren, indem bei der Feststellung einer überragenden Marktstellung weitere für die Bewertung der Nachfragemacht maßgebliche Elemente berücksichtigt werden:

- Handelsunternehmen weisen im Vergleich zur Industrie eine größere Umstellungsflexibilität und damit einen zusätzlichen Handlungsspielraum auf.
- Mit wachsender Größe der Handelsunternehmen werden die Auswahlalternativen der Marktgegenseite begrenzt (womit auf den sogenannten Austauschprozeß im Sinne Hoppmanns abgestellt wird).

Mit der Einbeziehung dieser beiden nachfragetypischen Elemente soll erreicht werden, daß eine Fusion zwischen zwei der sechs größten Unternehmen im Lebensmittelhandel untersagt werden kann, „sofern dadurch ein herausragendes Unternehmen entstünde“.

Die zentrale Vorschrift des § 22 Abs. 1 GWB soll daher nach dem Regierungsentwurf folgende Fassung erhalten:

„(1) Ein Unternehmen ist marktbeherrschend im Sinne dieses Gesetzes, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen

1. ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder
2. eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; hierbei sind insbesondere sein Marktanteil, seine Finanzkraft, sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen, rechtliche oder tatsächliche

Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen, die Fähigkeit, sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen, sowie die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen, zu berücksichtigen.“

Der vorliegende Regierungsentwurf zu § 22 Abs. 1 GWB bringt zwar Beweiserleichterungen für die Feststellung des Vorliegens der überragenden Marktstellung eines einzelnen Unternehmens im Verhältnis zu den übrigen am Markt befindlichen Unternehmen (Flexibilitäts- und Alternativenkonzept), ist jedoch nicht dazu geeignet, die anstehenden Probleme im Handel zu lösen. Novellierungsbedarf besteht nicht im Hinblick auf § 22 Abs. 1 GWB (dominierendes Einzelunternehmen), sondern im Hinblick auf enge Oligopole bzw. Teiloligopole im Sinne des § 22 Abs. 2 GWB. In diesen Fällen sind die Kartellbehörden bisher am Gegenbeweis des Vorliegens wesentlichen Wettbewerbs (im Sinne des Marktverhaltenstests) auch nach dem Zusammenschluß gescheitert. Wenn man die Meinung vertritt, daß eine Fusion zwischen zwei der sechs größten Unternehmen im Lebensmittelhandel aus ordnungs- und wettbewerbspolitischen Gründen ipso iure verhindert werden muß, dann ist der vorliegende Regierungsentwurf nicht dazu geeignet, dieses Ziel zu erreichen. Im folgenden Abschnitt soll daher auf andere Vorschläge zur Erfassung der Konzentration im Lebensmittelhandel eingegangen werden.

Verbesserung der Verhaltenskontrolle

Auch mit Hilfe der Verhaltenskontrolle im Sinne der §§ 22, 26 Abs. 2 und 3 sowie 37a Abs. 3 GWB konnte dem Konzentrationsprozeß im Lebensmittelhandel bislang nicht Einhalt geboten werden. Die Bundesregierung macht daher drei Vorschläge für eine Verbesserung der Verhaltenskontrolle:

- Gegen die unbillige Behinderung kleiner und mittlerer Unternehmen durch Wettbewerber mit gegenüber diesen überlegener Marktmacht wird mit § 26 Abs. 4 RegE eine neue Verbotsnorm geschaffen, die an die Stelle des bislang unwirksamen § 37a Abs. 3 GWB tritt. Die neue Vorschrift stellt nur noch auf zwei Tatbestandsmerkmale ab: überlegene Marktmacht und unbillige Behinderung. Während § 37a Abs. 3 GWB nur ein Untersagungsverfahren der Kartellbehörden vorsah, eröffnet § 26 Abs. 4 RegE den von der Behinderung betroffenen Unternehmen wie ihren Verbänden die Möglichkeit der Zivilklage.

Der neue § 26 Abs. 4 RegE soll folgende Fassung haben:

„(4) Unternehmen mit gegenüber kleineren und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht dürfen ihre Marktstellung nicht dazu ausnutzen, solche Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern.“

Bei der Interpretation dieser Vorschrift wird es maßgeblich darauf ankommen, ob die Rechtsprechung in der Lage ist, den Begriff der unbilligen Behinderung¹³ adäquat zu interpretieren, ohne daß Legalvermutungen oder Legaldefinitionen für das Vorliegen einer unbilligen Behinderung eingeführt werden. Die bisherigen Erfahrungen sprechen allerdings gegen diese Hoffnung¹⁴.

Die zusätzliche Möglichkeit der Zivilklage von betroffenen Unternehmen oder ihren Verbänden scheint in ihrem Nutzen fraglich zu sein. Wenn in der Vergangenheit das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden mit ihrem ungleich größeren Apparat und den Ermittlungsbefugnissen nach § 46 GWB nicht in der Lage waren, den § 37a Abs. 3 GWB mit Leben zu erfüllen, so muß die Frage erlaubt sein, ob eine Anwaltssozietät diese Aufgaben besser erfüllen kann.

Der Hinweis der Bundesregierung auf die künftige Entwicklung von Beweiserleichterungen durch die Rechtsprechung, auf die aus Treu und Glauben entwickelte Aufklärungspflicht des Beklagten im Prozeß und insbesondere das Rechtsinstitut des Beweises des ersten Anscheines können bei jedem Kenner der einschlägigen Rechtsprechung nur ungläubiges Staunen erwecken. Rechtsfragen, die im juristischen Seminar relativ leicht zu klären sind, bedürfen zu ihrer Durchsetzung in der praktischen Rechtsprechung Zeiträume von Dezennien.

□ Die Beweiserleichterung des § 26 Abs. 2 Satz 3 GWB galt bisher nur für das Untersagungsverfahren nach § 37a Abs. 3 GWB. Nach dem Regierungsentwurf soll die Beweissituation des Klägers bei diskriminierendem Verhalten im Vertikalverhältnis dadurch verbessert werden, daß die Abhängigkeitsvermutung des § 26 Abs. 2 Satz 3 RegE generell gefaßt wird und damit in Zukunft auch im Zivilprozeß wirken kann, wenn ein Nachfrager einen Anbieter dazu zwingt, ihm sachlich ungerechtfertigt Vorzugsbedingungen zu gewähren.

□ Das erweiterte Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB für relativ marktstarke Unternehmen wird auf das Verhalten gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen eingeschränkt, so daß in Zukunft z. B. ein re-

lativ marktstarker mittelständischer Markenartikelproduzent nicht gezwungen werden kann, ein ungleich größeres, jedoch nicht marktbeherrschendes Handelsunternehmen wie Tengemann zu beliefern. Diese Einschränkung des Kontrahierungszwanges erscheint sachgerecht und beleuchtet zugleich die Problematik des geltenden Marktbeherrschungsbegriffes.

Freistellung von Einkaufskooperationen

Die bisherigen Entscheidungen zum Kartellverbot gegenüber Einkaufskooperationen haben die Frage aufgeworfen, unter welchen Bedingungen derartige Kooperationen zulässig sind. Das geltende Recht erlaubt keine Differenzierung nach der Größe der beteiligten Unternehmen und nach möglichen wettbewerbsbelebenden Elementen im Sinne der Gegenmachtbildung. Daher ist im Hinblick auf die Rechtssicherheit der beteiligten Unternehmen, die Systematik des Kartellgesetzes (Verbotnorm des § 1 GWB im Verhältnis zu den Ausnahmenvorschriften der §§ 2 bis 8 GWB) und eine wünschenswerte Differenzierung zwischen wettbewerbspolitisch erwünschten und unerwünschten Einkaufskontoren ein Novellierungsbedarf zu bejahen.

Die Bundesregierung hat sich daher die von mir schon 1987 vorgeschlagene Freistellungsmöglichkeit für Einkaufskooperationen kleiner und mittlerer Unternehmen¹⁵ zu eigen gemacht und die Einfügung eines § 5c GWB vorgeschlagen:

„§ 1 gilt nicht für Verträge und Beschlüsse, die den gemeinsamen Einkauf zum Gegenstand haben, ohne einen Bezugszwang für die beteiligten Unternehmen zu begründen, wenn dadurch der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird und der Vertrag oder Beschluß dazu dient, die Wettbewerbsfähigkeit kleinerer oder mittlerer Unternehmen zu verbessern.“

Die Bundesregierung begründet die Notwendigkeit der Schaffung einer solchen Vorschrift mit dem strukturellen Nachteilsausgleich für kleine und mittlere Unternehmen. Der Vorschlag entspreche zugleich der seit jeher positiven wettbewerbspolitischen Bewertung von Einkaufskooperationen, ohne die viele kleine und mittlere Unternehmen im Handel gegenüber Großbetrieben nicht mehr wettbewerbsfähig sind. Die fehlende materiale Entschließungsfreiheit kleinerer und mittlerer Un-

¹³ Die Unbilligkeit der Behinderung erfordert nach ständiger Rechtsprechung eine Abwägung der Interessen der Beteiligten (sogenannter Individualschutz) unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB (sogenannter Institutionschutz).

¹⁴ Zu überlegen wäre daher, ob nicht eine Regel à la Areeda-Turner eingefügt werden sollte, wonach der nachhaltige Verkauf unter den durchschnittlichen variablen Kosten durch ein marktstarkes Unternehmen unbillig wäre, es sei denn, es handele sich um leicht verderbliche oder modische Waren.

¹⁵ Vgl. Ingo Schmidt, a.a.O., S. 224.

ternehmer wird durch die Möglichkeit einer Einkaufskooperation erst wieder hergestellt.

Der Wandel der Marktverhältnisse im Handel ist nicht (nur) Ausdruck funktionsfähigen Wettbewerbs – wie manche meinen –, sondern hat zu einer Steigerung des wettbewerbsgefährdenden Potentials geführt, dem das GWB nicht ausreichend Rechnung tragen kann. Ordnungspolitisch dürfte Einigkeit zumindest darüber bestehen, daß einer verschärften Strukturkontrolle (Fusionskontrolle) der Vorzug vor einer Verschärfung der Verhaltenskontrolle zu geben ist; denn eine entsprechende Marktstrukturkontrolle macht eine spätere Verhaltenskontrolle unnötig.

Bei den Vorschlägen für eine sinnvolle Verbesserung der Fusionskontrolle ist zwischen Vorschlägen zu unterscheiden, die auf eine direkte Abkopplung von der Marktbeherrschungsklausel (generell oder sektoralisiert) oder nur auf eine indirekte Abkopplung (wiederum generell oder sektoralisiert) abzielen.

Absenkung des Eingreifkriteriums

Wenn man davon ausgeht, daß die ratio legis der Fusionskontrolle darin besteht, kompetitive Marktstrukturen zu erhalten bzw. das Entstehen von Marktstrukturen zu verhindern, in denen der Wettbewerb gefährdet ist, dann muß es als systemwidrig angesehen werden, für die Fusionskontrolle das gleiche Eingreifkriterium wie bei der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen zu verwenden. Die Fusionskontrolle muß vielmehr so frühzeitig einsetzen, daß das Entstehen wettbewerbsgefährdender Strukturen rechtzeitig verhindert wird, damit ein möglichst breiter kontrollfreier Raum ohne staatliche Regulierung erhalten bleibt – was meines Erachtens ordnungspolitisch wünschenswert ist.

Eine Absenkung des Eingreifkriteriums in Richtung auf eine „wesentliche Beeinträchtigung von Wettbewerbsbedingungen“ birgt allerdings die Gefahr zunehmender Zielkonflikte zwischen der Sicherung des Wettbewerbs einerseits und dem Entstehen von economies of scale (bei horizontalen Fusionen), transaction-cost economies (bei vertikalen Fusionen) bzw. economies of scope (bei konglomeraten Fusionen) andererseits in sich. Dem wäre bei einer Novellierung mit Hilfe einer Beweislastumkehr zu Lasten der die Kostenvorteile im weiteren Sinne geltend machenden Unternehmen Rechnung zu tragen.

Im Hinblick auf die im Zusammenhang mit Zusammenschlüssen ständig vorgebrachten Rechtfertigungsgründe der Realisierung von Kostenvorteilen muß aller-

dings darauf hingewiesen werden, daß sich Kostenersparnisse nicht ad infinitum vergrößern lassen; die im Handel erzielten Kostenvorteile in weiterem Sinne sind vielmehr zunehmend machtbedingt und stellen damit keine reale volkswirtschaftliche Kostenersparnis dar.

Wenn man daher davon ausgeht, daß der Konzentrationsprozeß im Handel volkswirtschaftlich weitgehend nicht notwendig, sondern nur dazu geeignet ist, wettbewerbspolitische Probleme zu vergrößern, dann sollte nach Wegen gesucht werden, diesen unerwünschten Konzentrationsprozeß einzudämmen. Im Hinblick auf dieses Ziel könnte § 24 Abs. 1 GWB folgende Fassung erhalten:

„Ist zu erwarten, daß durch einen Zusammenschluß eine wesentliche Beeinträchtigung von Wettbewerbsbedingungen entsteht oder verstärkt wird, so hat die Kartellbehörde die in den folgenden Bestimmungen genannten Befugnisse, es sei denn, die beteiligten Unternehmen weisen nach, daß durch den Zusammenschluß wesentliche Kostenersparnisse, wesentliche Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf Drittmärkten oder eine wesentliche Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen auf Märkten außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes eintreten und daß diese Kostenersparnisse, Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen oder der internationalen Wettbewerbsfähigkeit die Nachteile der Beeinträchtigung der Wettbewerbsbedingungen überwiegen.“

Da es sich bei der Regelung von Zielkonflikten zwischen Wettbewerb und internationaler Wettbewerbsfähigkeit in § 24 Abs. 3 GWB um eine ökonomisch-rechtliche und nicht eine gesamtwirtschaftlich-politische Frage handelt, sollte das Bundeskartellamt auch für die Regelung derartiger Zielkonflikte zuständig sein. Der Bundesminister für Wirtschaft würde dann nur noch für die Entscheidung von Zielkonflikten zwischen Wettbewerb und Fragen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls zuständig sein (§ 24 Abs. 3 GWB).

Eine derartige Absenkung des Eingreifkriteriums würde eine Differenzierung zwischen dem Einzelmachtkonzept in § 22 Abs. 1 und dem bisher nicht justitiablen Gruppenmachtkonzept (enge Oligopole und Teiloligopole) in § 22 Abs. 2 GWB überflüssig machen. Die Konzentration im Handel könnte wirksam unterbunden werden; die Konzentration im industriellen Bereich könnte – je nach dem Vorliegen von Kostenersparnissen oder einer Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit – flexibel gehandhabt werden. Über eine bessere Erfassung wettbewerbschädlicher horizontaler und vertikaler Zusammenschlüsse hinaus würde das veränderte Eingreifkriterium es auch erlauben, zumindest einen er-

heblichen Teil der konglomeraten Zusammenschlüsse unter § 24 Abs. 1 GWB zu subsumieren.

Sollte eine explizite Abkopplung der Fusionskontrolle von der Marktbeherrschung als Eingreifkriterium politisch nicht durchsetzbar sein, könnte an eine indirekte Abkopplung von der Marktbeherrschung als Eingreifkriterium durch eine Neudefinition der überragenden Marktstellung bzw. die Einführung einer nicht widerleglichen Legaldefinition für den Wettbewerb innerhalb der Oligopolgruppe im Sinne des § 23a Abs. 2 Satz 1 GWB gedacht werden.

Unverzichtbarkeitsthese

Wie oben ausgeführt, ist der Regierungsentwurf zu § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB (Erweiterung der überragenden Marktstellung durch Einbeziehung nachfragetypischer Elemente) unzureichend und nicht geeignet, eine weitere Verengung des Oligopolkerns bei den großen Anbietern im Lebensmittelhandel zu verhindern. Das Bundeswirtschaftsministerium will mit seinem Vorschlag explizit sowohl eine Abkopplung der Fusionskontrolle von dem Marktbeherrschungskriterium als auch eine Sektoralisierung vermeiden; mit diesen beiden politischen Vorgaben wird jedoch eine wirksame Bekämpfung der Konzentration auf dem Handelssektor unmöglich gemacht.

Meines Erachtens ist der Formulierungsvorschlag von Ulmer, einen § 22 Abs. 1 Nr. 3 GWB einzufügen, bedenkenswert¹⁶:

„Marktbeherrschend ist auch ein Handelsunternehmen, wenn eine für den Wettbewerb erhebliche Zahl von Anbietern der zu seinem Sortiment gehörenden Waren von ihm in der Weise abhängig ist, daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Handelsunternehmen auszuweichen, nicht bestehen.“

Der Vorschlag von Ulmer basiert auf der Unverzichtbarkeitsthese des Bundeskartellamtes, wobei allerdings nicht auf einzelne Verkäufer-Käuferbeziehungen abgestellt wird, sondern – nach dem Vorbild des § 18 Abs. 1 lit. a GWB – auf die Unverzichtbarkeit eines großen Nachfragers für eine Vielzahl gleichartiger Anbieter. Dieser Formulierungsvorschlag würde – im Gegensatz zum Regierungsentwurf – sicherstellen, daß nicht nur das Entstehen oder die Verstärkung einer überragenden Marktstellung eines einzelnen marktstarken Unternehmens, sondern auch die weitere Verengung von Oligopolkernen im Sinne des § 22 Abs. 2 GWB wirksam erfaßt und unterbunden werden könnten.

Ein früherer Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums vom 15. 10. 1968¹⁷ enthielt damals

bereits nahezu identische Formulierungen, wenngleich ohne Eingrenzung auf den Handel. Die Sektoralisierung eines § 22 Abs. 1 Ziff. 3 GWB könnte allerdings ordnungspolitischen Bedenken begegnen, wenngleich wir bereits bei der Pressefusionskontrolle im Hinblick auf die Aufrechterhaltung der Meinungsvielfalt auf eng abgegrenzten räumlichen Märkten eine derartige Sektoralisierung bei der Nichtanwendbarkeit der Anschlußklausel des § 24 Abs. 8 Ziff. 2 GWB (Mindestumsatz von 4 bzw. 50 Mill. DM) finden.

Eine Gemeinsamkeit zwischen der Presse- und Handelsfusionskontrolle ist darin zu sehen, daß sowohl auf den Absatzmärkten des Handels als auch auf lokalen Pressemärkten eine enge räumliche Marktabgrenzung notwendig ist, so daß in beiden Fällen bereits Kleinstfusionen ein wettbewerbspolitisches Problem im Hinblick auf die Versorgung der Verbraucher mit Handelsdienstleistungen oder Presseinformationen darstellen¹⁸.

Unwiderlegbare Oligopolvermutung

Eine andere Möglichkeit, weitere Fusionen auf dem Handelssektor wirksam zu unterbinden, geht auf einen Vorschlag des Bundeskartellamtes zurück. Die Oligopolvermutung des § 23a Abs. 2 Satz 1 GWB sieht eine Beweislastumkehr dergestalt vor, daß die Unternehmen den Gegenbeweis dafür führen können, „daß die Wettbewerbsbedingungen auch nach dem Zusammenschluß zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen oder die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat“. Diese Beweislastregelung stellt auf die Situation im Teiloligopol ab – die wir gegenwärtig auf dem Handelssektor finden – und unterscheidet zwischen dem Wettbewerb innerhalb der Gruppe der führenden Unternehmen und dem Außenseiterwettbewerb im Verhältnis von Oligopolkern zu Mitläufer.

Das Bundeskartellamt ist bei seinen Versuchen, die weitere Konzentration im Lebensmittelhandel zu stoppen, bisher immer daran gescheitert, daß die Gruppe der dem Oligopolkern zugehörigen Unternehmen mit Hilfe des Marktverhaltenstestes nachweisen konnte, daß trotz hoher Konzentration zwischen ihnen auch nach dem Zusammenschluß die Wettbewerbsbedingungen wesentlichen Wettbewerb erwarten ließen. Wenn man die weitere Konzentration im Lebensmittelhandel

¹⁶ Peter Ulmer: Muß der Leistungswettbewerb stärker geschützt werden?, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, Jg. 37 (1987), S. 701 ff., 704 f.

¹⁷ Abgedruckt bei Werner Benisch: Die Erweiterung des Diskriminierungsverbots in der Kartellgesetznovelle, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 21. Jg. (1971), S. 887 ff., 888.

¹⁸ Vgl. Ulrich Kirschner, a.a.O., S. 266.

wirksam unterbinden will, würde sich daher anbieten, im Einklang mit dem RegE von 1978 zu § 23a Abs. 2 die Möglichkeit des Gegenbeweises der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen zu beseitigen. § 23a Abs. 2 Satz 1 letzter Halbsatz könnte daher folgende Fassung erhalten:

„...es sei denn, die Unternehmen weisen nach, daß die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat oder, soweit nicht der Wettbewerb im Handel (alternativ: um Letztverbraucher) beschränkt wird, daß die Wettbewerbsbedingungen auch nach dem Zusammenschluß zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen.“

Die alternative Formulierung „Wettbewerb um Letztverbraucher“ hätte den Vorteil, daß sie – ähnlich wie bei der Pressefusionskontrolle – auf den Gedanken sehr enger räumlicher Märkte generell abstellen würde. Die Sektoralisierung würde damit eingeschränkt werden bzw. wäre nicht so weitgehend wie bei der Formulierung „Wettbewerb im Handel“.

Einschränkung von Ausnahmereichen

Die Bundesregierung weist in ihrer Begründung zum Gesetzentwurf darauf hin, daß die bisher geltend gemachten Gründe für die kartellrechtlichen Ausnahmereiche in erheblichem Umfang nicht mehr tragfähig seien, so daß zu weitgehende Sondervorschriften beseitigt und mehr Wettbewerb ermöglicht werden sollen. Die Bundesregierung betont zugleich, daß der Abbau von nicht mehr gerechtfertigten kartellrechtlichen Privilegien sich zugleich am Europäischen Wettbewerbsrecht orientiere, das keine Ausnahmereiche für einzelne Wirtschaftssektoren kenne. Die vorgeschlagenen Änderungen in den kartellrechtlichen Ausnahmereichen beziehen sich auf die Sektoren Verkehr, Banken und Versicherungen sowie Versorgungswirtschaft.

Der im wesentlichen deklaratorische § 99 Abs. 1 GWB, der den Vorrang staatlicher Regulierung gegenüber dem Wettbewerbsrecht zum Ausdruck bringt, wird ersatzlos aufgehoben. Von den zahlreichen Einzelfreistellungen des § 99 Abs. 2 GWB werden diejenigen Regelungen aufgehoben und modifiziert, die keine praktische Bedeutung mehr haben oder durch das EG-Wettbewerbsrecht obsolet geworden sind.

§ 99 Abs. 1 RegE sieht nur noch eine Freistellung vom Kartell- und Empfehlungsverbot für folgende Bereiche vor:

Die Ziffer 1 stellt den internationalen Luftverkehr sowie die internationale Binnenschifffahrt über die Gren-

zen der EG hinaus vom Kartell- und Empfehlungsverbot frei.

Die Ziffer 2 stellt Verkehrsgemeinschaften und Verkehrsverbände von dem Kartell- und Empfehlungsverbot frei.

Die Ziffer 3 stellt Absprachen von Eisenbahnunternehmen untereinander oder mit anderen Verkehrsunternehmen vom Kartellverbot frei, die dazu dienen, Entgelte oder Bedingungen, die staatlicher Festsetzungen oder Genehmigungen bedürfen, aufeinander abzustimmen.

§ 99 Abs. 2 RegE stellt branchenbreite Preisempfehlungen im Spediteursammelgutverkehr sowie Preisempfehlungen für bestimmte Dienstleistungen in den deutschen Häfen von dem Empfehlungsverbot des GWB frei. Der umfangreiche Freistellungskatalog des § 99 Abs. 2 Ziff. 1-5 GWB ist damit an die heutige EG-rechtliche und tatsächliche Situation angepaßt worden.

§ 102 GWB g. F. stellt Banken und Versicherungen vom Kartellverbot des § 1 GWB, vom Verbot vertraglicher Preis- und Konditionenabsprachen im Sinne des § 15 GWB sowie vom Verbot der Verbandsempfehlungen im Sinne des § 38 Abs. 1 Nr. 11 GWB frei und unterwirft diese Branchen lediglich einer Mißbrauchsaufsicht. Diese Freistellung von den Verbotsnormen des GWB wird mit verschiedenen ökonomischen und politischen Argumenten begründet (insbesondere dem Vertrauensschutz der Anleger bzw. Versicherungsnehmer).

§ 102 RegE will dagegen Banken und Versicherungen grundsätzlich dem Verbotsprinzip unterwerfen, da die Gründe für die Einführung des Mißbrauchsprinzips für Banken und Versicherungen heute überholt seien; zugleich sei eine Anpassung an das EG-Wettbewerbsrecht notwendig, das keine Branchenausnahmen vom Verbotsprinzip kenne.

§ 102 RegE sieht jedoch zwei neue Sonderregelungen vor:

Einen den §§ 5 und 5a GWB nachempfundenen Freistellungstatbestand für auf Dauer angelegte Kooperationen und Verträge (verbunden mit einem dreimonatigen Anmelde- und Widerspruchsverfahren) sowie

in § 102 Abs. 2 RegE die Befreiung sogenannter Ad-hoc-Geschäfte, das sind auf den Einzelfall beschränkte Kooperationen und vertikale Verträge (z. B. Rückversicherungs- oder Konsortialgeschäfte), von der vorherigen Anmeldung.

Nach § 103 GWB sind Absprachen zwischen Energieversorgungsunternehmen untereinander oder mit Ge-

bietskörperschaften über Versorgungsgebiete (sogenannte Demarkationsverträge), Wegrechte (sogenannte Konzessionsverträge), Preisgestaltungen (Preisbindungsverträge) und Verbundsysteme (Verbundverträge) von den §§ 1, 15 und 18 GWB freigestellt und unterliegen nur einer Mißbrauchsaufsicht. Diese Freistellung wird mit Branchenbesonderheiten wie Leitungsgebundenheit der Energie, geringe Lagerfähigkeit der Elektrizität, hohe Kapitalintensität, Ausrichtung der Kapazitäten auf Höchstbedarf, der allgemeinen Anschluß- und Versorgungspflicht und einer hohen optimalen Betriebsgröße (natürliches Monopol) begründet. Nach Auffassung der Energieunternehmen ziehe ein Wettbewerb zwischen Versorgungsunternehmen Preissteigerungen, eine Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit und Konzentration nach sich.

Die Bundesregierung geht nur sehr behutsam an eine Überführung der Versorgungswirtschaft in das Wettbewerbsprinzip. So wird mit der Einfügung von § 103a Abs. 1 Satz 2 RegE die teilweise Unwirksamkeit von Demarkationsverträgen für den Fall angeordnet, daß diese beim Auslaufen eines Konzessionsvertrages dem effektiven Wechsel des Letztversorgers entgegensteht. Damit soll sichergestellt werden, daß der Zweck der 1980 eingeführten Befristung von Gebietsschutzverträgen erreicht wird und der Wettbewerb um Versorgungsgebiete durch eine Harmonisierung des Ablaufs der Fristen für Gebietsschutz- und Konzessionsverträge wirksam werden kann.

Im Gegensatz zum Ausnahmebereich Banken und Versicherungen (§ 102 RegE) wird nicht der konsequente Schritt vom Mißbrauchs- zum Verbotsprinzip mit Ausnahmen für gewisse Rationalisierungsabsprachen vollzogen. Jedoch bleibt zu hoffen, daß mit der Weiterentwicklung des Gemeinsamen Marktes und der zunehmenden unmittelbaren Anwendung des Europäischen Kartellrechts auch dieser Bereich stärker in den Wettbewerb einbezogen werden wird.

Die beabsichtigte Novellierung der kartellrechtlichen Ausnahmebereiche muß insgesamt als ein Schritt in die richtige Richtung und als Anpassung an das Europäische Kartellrecht gesehen werden – zumindest was die beiden Bereiche Verkehr sowie Banken und Versicherungen betrifft. Im Hinblick auf die Versorgungswirtschaft bleiben die Novellierungsvorschläge der Bundesregierung weit hinter dem Wünschenswerten zurück, was in Pressemeldungen mit dem Interesse der Bundesregierung an der Sicherung des sogenannten Jahrhundertvertrages zwischen Kohle- und Energiewirtschaft erklärt wird.

Weitere Anpassungen und Ergänzungen

Über die beiden Schwerpunkte Handel und Ausnahmebereiche hinaus, sieht die 5. Novelle eine Reihe von weiteren Anpassungen und Ergänzungen vor, von denen die folgenden hervorzuheben sind:

Erweiterung des Zusammenschlußbegriffs, insbesondere durch Einführung eines zusätzlichen Auffangtatbestandes in § 23 Abs. 2 Nr. 6 RegE, um Minderheitsbeteiligungen besser zu erfassen:

„... sofern durch die Verbindung ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluß auf ein anderes Unternehmen ausüben können.“

Die Änderung des Auffangtatbestandes, mit welcher der formale Zusammenschlußbegriff um einen materiellen ergänzt wird, tritt an die Stelle der diskutierten Absenkung der Anteilsgrenze für meldepflichtige Zusammenschlüsse von 25 auf z. B. 10%. Der Vorteil eines derartigen materiellen Zusammenschlußbegriffes ist in seiner größeren Flexibilität, der Nachteil in einer gewissen Rechtsunsicherheit für die fusionierenden Unternehmen zu sehen.

Einschränkung der Anzeigepflicht bei Unternehmenszusammenschlüssen im Sinne des § 23 Abs. 1 GWB (die Anzeigepflicht wegen des Erreichens bestimmter Marktanteile oder Beschäftigungszahlen entfällt in Zukunft; alleiniges Anzeigenkriterium ist nur noch der Umsatz von 500 Mill. DM oder mehr);

Streichung des Schriftformerfordernisses für Kartelle sowie Vertikalverträge (§ 34 GWB); die Vorschrift wird als überflüssig angesehen und soll im Interesse der Deregulierung abgeschafft werden;

Anpassung der Verfahrensvorschriften zur besseren Lösung von Konflikten zwischen Geheimnisschutz und rechtlichem Gehör im Beschwerdeverfahren (§§ 70 und 71 RegE). Durch die Einführung eines Zwischenverfahrens vor dem Beschwerdegericht über die Verwertung von vertraulichen Geschäftsinformationen sollen Beweisschwierigkeiten in verfassungskonformer Weise beseitigt werden.

Von den hervorgehobenen vier Änderungen sind die Verbesserung des Zusammenschlußbegriffs und die Änderung der Verfahrensvorschriften wettbewerbsrechtlich am bedeutsamsten.

Der von der Bundesregierung vorgelegte Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des GWB soll in den nächsten Monaten im Wirtschaftsausschuß beraten und noch vor der Sommerpause verabschiedet werden.