

Schmidt, Ingo L. O.

Article — Digitized Version

Hauptprobleme der 6. Kartellnovelle

Wirtschaftsdienst

Suggested Citation: Schmidt, Ingo L. O. (1997) : Hauptprobleme der 6. Kartellnovelle, Wirtschaftsdienst, ISSN 0043-6275, Nomos, Baden-Baden, Vol. 77, Iss. 11, pp. 637-646

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/137553>

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 6. Kartellnovelle

Das Bundesministerium für Wirtschaft hat einen Entwurf zur 6. Kartellnovelle vorgelegt. Im Mittelpunkt steht dabei eine Anpassung des deutschen an das europäische Kartellrecht. Widerspricht diese Harmonisierung den wettbewerbspolitischen Grundsätzen des deutschen Kartellrechts? Welche Fortschritte und welche Schutzlücken sind mit der 6. Kartellnovelle verbunden?

Der Ende Oktober 1997 vom Kabinett gebilligte Entwurf des Bundeswirtschaftsministeriums zur Reform des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz)¹ zielt auf die Stärkung des Wettbewerbsprinzips im Hinblick auf neue Anforderungen sowie auf die Harmonisierung des deutschen mit dem europäischen Kartellrecht ab; außerdem sollte die Gelegenheit wahrgenommen werden, das Gesetz neu zu ordnen und zu straffen. Dabei ist insbesondere die Frage in der Fachliteratur umstritten, ob die Harmonisierung des deutschen mit dem europäischen Kartellrecht erforderlich ist, denn der Leitbildcharakter des europäischen Kartellrechtes wird aufgrund eines unterschiedlichen wettbewerbspolitischen Grundverständnisses und der starken industriepolitischen Komponente von den Vertretern der neoliberalen Schule abgelehnt. Die Vertreter der Gegenseite wollen dagegen das europäische Kartellrecht im Interesse einer Harmonisierung möglichst weitgehend übernehmen².

Die neoliberale Sicht

Die Hauptargumente der Vertreter der neoliberalen Schule lauten wie folgt³:

□ Es bestehen erhebliche Unterschiede im wettbewerbspolitischen Grundverständnis. Während das deutsche Recht den Wettbewerb als Ausprägung individueller Handlungsfreiheit und damit als Wert an sich schütze, werde in Brüssel der Wettbewerb als ein Instrument unter anderen angesehen, um vielfältige Ziele der Gemeinschaft zu verfolgen. Wettbewerbs-

beschränkungen seien in Brüssel ein Instrument für Zwecke der Forschungs-, der Außenhandels-, der Industrie-, der Arbeitsmarkt- und der Regionalpolitik.

□ Entsprechend diesem unterschiedlichen Grundverständnis wolle die Kommission innerhalb des Freistellungstatbestandes des Art. 85 Abs. 3 EGV weitere Zielsetzungen des EG-Vertrages (z.B. regional-, forschungs- oder industriepolitische Ziele) berücksichtigen, womit eine rein wettbewerbliche Orientierung verlorengelange.

□ Die europäische Fusionskontroll-Verordnung (FKVO) sehe in Art. 2 Abs. 1 lit. b die Berücksichtigung „des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts“ vor. Bei dieser sogenannten französischen Klausel handele es sich um einen Formelkompromiß aus dem Jahre 1989 zwischen der stärker wettbewerbsorientierten deutschen und der industriepolitisch orientierten französischen Verhandlungsposition. Dieses Tatbestandsmerkmal sei von der Europäischen Kommission erstmals im Untersagungsfall Nordic Satellite Distribution geprüft und abgelehnt worden⁴. Bedeutung und Reichweite dieser Klausel seien derzeit zwar offen, jedoch stelle sie für die Zukunft

¹ Veröffentlicht als Bundesrats-Drucksache 852/97.

² Vgl. stellvertretend für die Anhänger der Harmonisierungsthese Hermann-Josef Bunte: Ein Votum für eine 6. GWB-Novelle: Gründe, Leitlinien, Vorschläge für Einzelregelungen, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 44 (1994), S. 5 ff. Dagegen Wernhard Möschel: Kartellrecht in der Reform, in: Ulrich Immenga (Hrsg.): *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden 1996, S. 673 ff., der den Gesichtspunkt der Rechtsbeständigkeit und Anwendungserfahrung betont. Seine sehr kritische Einstellung zur Frage der Notwendigkeit einer Harmonisierung hat auch ihren Niederschlag im 11. Hauptgutachten der Monopolkommission sowie in einer Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirates beim BMWi gefunden; vgl. Monopolkommission: 11. Hauptgutachten 1994/1995: Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Baden-Baden 1996, Tz. 251 ff. und 897 ff.; sowie Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirates beim Bundesministerium für Wirtschaft: Anpassung des deutschen Kartellgesetzes an das europäische Recht?, abgedruckt in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 46 (1996), S. 812 ff.

Prof. Dr. Ingo Schmidt, 65, ist Inhaber des Lehrstuhls für Volkswirtschaftslehre, insbesondere Preis-, Markt- und Wettbewerbstheorie und -politik an der Universität Hohenheim.

einen möglichen Weg für industriepolitische Einflüsse dar.

Die Monopolkommission weist zu Recht darauf hin, daß die unglückliche institutionelle Ausgestaltung des europäischen Wettbewerbsrechts, in dem die Europäische Kommission als Gremium entscheide, die Berücksichtigung wettbewerbsfremder Gesichtspunkte erleichtere. Die Monopolkommission kritisiert, daß sich die Kommissionsmitglieder im Einzelfall nicht nur der Europäischen Union als Ganzem, sondern auch den spezifischen Interessen ihrer eigenen Ressorts und nationalen Herkunftsländer verpflichtet fühlen⁵.

Die Harmonisierungsthese

Die Vertreter der Harmonisierungsthese begründen die Notwendigkeit einer Harmonisierung damit, daß ein einheitlicher Wirtschaftsraum (Binnenmarkt) einen einheitlichen rechtlichen Rahmen erfordere; unterschiedliche wettbewerbsrechtliche Wertungen des nationalen und des europäischen Gesetzgebers seien bei gleichgelagerten ökonomischen Sachverhalten nicht mehr vertretbar. Deutschland müsse daher – ähnlich wie andere Länder (z.B. Italien) – sein nationales Wettbewerbsrecht an das europäische Vorbild anpassen. Die Forderung nach einheitlichen rechtlichen Rahmenbedingungen ist allerdings derzeit in all den Fällen erfüllt, in denen der zwischenstaatliche Handel betroffen ist.

Auch das wettbewerbsrelevante Verhalten auf lokalen, regionalen und nationalen Märkten, das keine gemeinschaftsweite Bedeutung erlangt, unterliegt einem einheitlichen wettbewerbsrechtlichen Rahmen, das ist das jeweilige nationale Recht, für jedes dort tätige in- oder ausländische Unternehmen⁶. Ein Unternehmen, das auf verschiedenen nationalen Märkten tätig ist, unterliegt allerdings jeweils verschiedenen nationalen Rechtsordnungen, was Mehrkosten verursacht.

Darüber hinaus werden von den Vertretern der Harmonisierungsthese zwei Argumente angeführt:

□ Die Anpassung des deutschen an das europäische Wettbewerbsrecht werde zu sinkenden Transaktionskosten und damit höherer Effizienz führen. Die Harmonisierung würde eine größere Planungssicherheit für die Unternehmen gewährleisten, die derzeit den

Ausgang kartellrechtlicher Streitigkeiten aufgrund abweichender Wettbewerbsordnungen nur schwer vorausehen könnten. Die Monopolkommission weist allerdings darauf hin, daß einheitliche nationale und europäische Gesetzestexte keine Rechtsklarheit garantieren, solange hinter den Gesetzestexten unterschiedliche Wettbewerbskonzeptionen und damit unterschiedliche Vorverständnisse stünden. Analog argumentiert der Wissenschaftliche Beirat, daß es weniger auf das Maß der Unterschiedlichkeit des materiellen Rechts als vielmehr auf die Selbständigkeit der Rechtsordnungen ankomme, die allerdings zu entsprechenden Kosten führen könne.

□ Die These, daß ein strengeres nationales Wettbewerbsrecht einen Standortnachteil für deutsche Unternehmen bedeute, wird sowohl von der Monopolkommission als auch vom Wissenschaftlichen Beirat zurückgewiesen, da inländische und ausländische Anbieter in Deutschland gleichermaßen erfaßt würden. Die Monopolkommission betont, daß das Kartellrecht für die Frage der Standortwahl von Unternehmen allenfalls eine geringe Bedeutung im Vergleich zu anderen Standortfaktoren wie Lohn- und Lohnzusatzkosten sowie Steuer- und Umweltrecht habe. Wenn man davon ausgehe, daß die Aufrechterhaltung unverfälschten Wettbewerbs im Hinblick auf die von ihm ausgeübte Kostenkontrolle auch von Vorteil für die Unternehmen ist, dann leiste ein strenges Kartellgesetz einen positiven Beitrag für die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen.

Der Regierungsentwurf

Das Bundeswirtschaftsministerium versucht, in seinem Regierungsentwurf eine mittlere Linie zwischen Anhängern und Gegnern einer Harmonisierung einzuschlagen, wenn es in der Begründung darauf abstellt, daß die Harmonisierung mit dem europäischen Recht einerseits die Schaffung weitgehend übereinstimmender Rechtsgrundlagen bedeute, andererseits aber auch die Beibehaltung des deutschen Wettbewerbsrechtes, wo dieses konkretere Regelungen enthalte, wo sich das europäische Recht noch in der Entwicklung befinde oder das nationale dem europäischen deutlich überlegen sei (wie z.B. bei der Erfassung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen).

³ Vgl. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirates beim BMWi, a.a.O., Zl. 5, 6 und 7; sowie Monopolkommission, a.a.O., Tz. 907 f. und 915.

⁴ Vgl. Nordic Satellite Distribution, in: Amtsblatt EG 1996, Nr. L 53, S. 20.

⁵ Vgl. Monopolkommission, a.a.O., Tz. 908, unter Hinweis auf die politischen Interventionen in den Fällen Nestlé/Perrier, Kali + Salz/Mitteldeutsche Kali AG und Mercedes-Benz/Kässbohrer. Dieser Hinweis auf politische Interventionen in laufende Fusionskontrollverfahren in Brüssel wäre zu ergänzen um die Fälle Alcatel/AEG Kabel und Mannesmann/Vallourec/Ilva.

⁶ Vgl. Monopolkommission, a.a.O., Tz. 916 f.

Die 6. Kartellnovelle behandelt schwerpunktmäßig fünf Themenkomplexe:

- Die Einführung eines echten Kartellverbotes für horizontale Absprachen und eines ergänzenden Freistellungstatbestandes für Kartelle;
- die Erfassung vertikaler Absprachen und Freistellungstatbestände;
- das Verbot der mißbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung wie in Art. 85 EGV;
- Einschränkung der Ausnahmereiche der §§ 99 ff. GWB und
- Ex-ante-Kontrollen von Unternehmenszusammenschlüssen mit mehr als 1 Mrd. DM Umsatz (generelle Prävention).

Ein echtes Kartellverbot

Nach geltendem Recht (§ 1 GWB) ist der Abschluß von Kartellverträgen zwischen Unternehmen auf dem gleichen relevanten Markt nicht verboten, sondern erst die Praktizierung solcher Verträge (das sogenannte „Sichhinwegsetzen über die Unwirksamkeit“). In Zukunft soll das Kartellverbot in Anlehnung an Art. 85 Abs. 1 EGV zu einem echten Verbotstatbestand umgestaltet werden, der das Unwerturteil über wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen deutlicher zum Ausdruck bringt.

Der relativ umfangreiche, kasuistisch ausgestaltete Ausnahmekatalog der §§ 2 bis 8 GWB soll bereinigt werden, indem die Regelungen über Rabattkartelle (i.S. des § 3 GWB) sowie Ausfuhr- und Einfuhrkartelle (§§ 6 und 7 GWB) gestrichen werden. Dagegen sollen die bisherigen Ausnahmen für Konditionenkartelle (i.S. des § 2 GWB), Normen- und Typenkartelle (i.S. des § 5 Abs. 1 GWB), Spezialisierungskartelle (i.S. des § 5a GWB), Mittelstandskartelle (i.S. der §§ 5b und c GWB), Rationalisierungskartelle (i.S. des § 5 Abs. 2 und 3 GWB) sowie Strukturkrisenkartelle (i.S. des § 4 GWB) beibehalten werden.

Je nach dem Grad der Wettbewerbsgefährdung sehen die §§ 9 und 10 des Regierungsentwurfs (RegE) eine Freistellung durch bloße Anmeldung, ein dreimonatiges Anmelde- und Widerspruchsverfahren oder ein Erlaubnisverfahren vor.

Für Einkaufskooperationen nach dem bisherigen § 5c GWB, die in der Vergangenheit trotz ihres wettbewerbsgefährdenden Potentials eine Art Legalfreistellung genossen, findet in Zukunft ein vereinfachtes Anmeldeverfahren Anwendung; damit ist zumindest eine kartellbehördliche Ex-post-Kontrolle darüber ge-

währleistet, ob die Ausnahme zu Recht in Anspruch genommen wird oder nicht. Die Einführung eines – über den Einzelfall (z.B. pauschalisierte Beschaffungsaufträge bei Auslandsgeschäften) hinausgehenden – Bezugszwanges für Einkaufskooperationen wird zu Recht abgelehnt, zumal die Zulassung von Bezugsbindungen für die Marktgegenseite mit der Schaffung von künstlicher Nachfragemacht verbunden wäre⁷. Der Gedanke des Nachteilsausgleiches zugunsten kleiner und mittlerer Unternehmen verbiete eine Ausweitung dieser Vorschrift, die zu einer starken Abhängigkeit von der Kooperationszentrale führe und einer allmählichen Filialisierung nahekomme. Das Bundeswirtschaftsministerium weist in der Begründung darauf hin, daß im Einzelfall eine Verhaltenskoordinierung in Verbundgruppen unterhalb der Spürbarkeitschwelle des § 1 liegen oder nach den §§ 5a und b freigestellt werden könne; auch könnten Kostendeckungs- und Mindestumsatzregelungen unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein.

Generalklausel für sonstige Kooperationen

Besonders strittig war die Einführung einer ergänzenden Generalklausel für sonstige Kooperationen in Anlehnung an Art. 85 Abs. 3 EGV⁸, der im Rahmen eines sehr weiten Interpretationsspielraumes auch die Berücksichtigung aller möglichen außerwettbewerblichen Gesichtspunkte zuläßt, worin die Abkehr von einem möglichst strikten Rule-of-law-Prinzip gesehen wird. Nach Auffassung des Wirtschaftsministeriums hat eine Kasuistik den Vorteil der Rechtssicherheit und des an der Schwere der voraussichtlichen Wettbewerbsbeschränkung orientierten Zulassungsverfahrens, während eine generelle Freistellungsklausel besser geeignet ist, komplexe wirtschaftliche Sachverhalte zu erfassen. Mit der Aufnahme eines § 7 in den Regierungsentwurf verfolgt das Wirtschaftsministerium eine Kombination zwischen Kasuistik in den §§ 2 bis 6 RegE und der Auffangklausel, die im Hinblick auf die Gefahr einer Aufweichung des Kartellverbotes durch tagespolitisch genehme Absprachen sehr umstritten war.

Die neue Vorschrift über sonstige Kooperationen soll in bestimmten Fällen der bisherigen bloßen Duldung (z.B. Kooperationen im Umweltbereich) einen klar konturierten, nach wettbewerblichen Kriterien begrenzten Rahmen für Unternehmenskooperationen

⁷ Vgl. Monopolkommission, a.a.O., Tz. 958.

⁸ Vgl. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirates beim BMWi, a.a.O., Zi. 9-12; sowie Monopolkommission, a.a.O., Tz. 944 ff.

schaffen und eine gesetzliche Grundlage für Freistellungen bilden. Voraussetzung für eine Freistellung von dem Kartellverbot des § 1 GWB ist, daß die Verbesserung von den beteiligten Unternehmen auf andere Weise nicht erreicht werden kann, in einem angemessenen Verhältnis zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung steht und die Wettbewerbsbeschränkung nicht zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

Darüber hinaus stellt § 7 Abs. 2 RegE klar, daß Vereinbarungen und Beschlüsse im Sinne der §§ 2 Abs. 2 und 3 bis 5 nur nach diesen Spezialvorschriften freigestellt werden können (und nicht nach der Generalnorm des § 7 Abs. 1 RegE). Im Gegensatz zu Art. 85 Abs. 3 EGV ist auf den Freistellungsaspekt „Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“ verzichtet worden, um einem denkbaren Mißverständnis über die Verfolgung industriepolitischer Zielsetzungen von vornherein den Boden zu entziehen. Lediglich im Rahmen der weiterhin vorgesehenen Ministererlaubnis des § 8 RegE könnten derartige Aspekte berücksichtigt werden.

Der Freistellungskatalog der §§ 3 bis 7 RegE für Spezialisierungs-, Mittelstands-, Rationalisierungs-, Strukturkrisen- und sonstige Kartelle sieht als Frei-

stellungsvoraussetzung unter anderem vor, daß die mit dem Kartell verbundene Wettbewerbsbeschränkung nicht zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt. Lediglich in § 4 RegE (Mittelstandskartelle) ist als Freistellungsvoraussetzung vorgesehen, daß durch das Kartell der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird; § 6 RegE (Strukturkrisenkartelle) verlangt lediglich eine „Berücksichtigung der Wettbewerbsbedingungen“. Diese unterschiedlichen Freistellungsvoraussetzungen sind wettbewerbspolitisch nicht begründbar; vielmehr sollte grundsätzlich bei allen Freistellungen vom Kartellverbot die in § 4 RegE vorgesehene Freistellungsklausel „Wettbewerb darf nicht wesentlich beeinträchtigt werden“ Anwendung finden. Eine Legalisierung von Kartellen bis kurz vor die Grenze der Marktbeherrschung ist wettbewerbspolitisch nicht zu rechtfertigen; eine Begründung dafür wird im Regierungsentwurf nicht gegeben.

Das bisher in § 25 Abs. 1 GWB erfaßte aufeinander abgestimmte Verhalten ist nunmehr in das Kartellverbot des § 1 GWB einbezogen worden. Dagegen ist – abweichend vom europäischen Recht in Art. 85 Abs. 1 EGV – die Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen beibehalten worden.

Kathrin Becker-Schwarze

Steuerungsmöglichkeiten des Kartellrechts bei umweltschützenden Unternehmenskooperationen

Das Beispiel der Verpackungsverordnung

Durch den Staat beeinflusste Unternehmenskooperationen werfen zwangsläufig wettbewerbsrechtliche Probleme auf. Am Beispiel der Verpackungsverordnung und des Dualen Systems Deutschland (DSD) beleuchtet die Arbeit steuerpolitische und -theoretische Aspekte solcher Kooperation und zieht Folgerungen für das nationale wie europäische Kartellrecht. Das Spannungsverhältnis zwischen Umweltschutzinteressen und Wettbewerbsinteressen verdeutlicht die Autorin an einer praktischen Konkordanz dieser unterschiedlichen Politikziele. Neben der grundlegenden Fragestellung einer Öffnung des nationalen wie europäischen Kartellrechts für andere Politikziele, geht die Arbeit auf die neuesten Entwicklungen auf der europäischen Ebene durch die Verabschiedung der EG-Verpackungsrichtlinie ein und fragt nach der Vereinbarkeit der Verpackungsverordnung mit der Richtlinie.

Insgesamt belegt die Studie, daß bei neuen indirekten Regelungsmodellen wie dem Dualen System Recht so strukturiert werden muß, daß eine Steuerung des Entwicklungsprozesses von Selbstorganisationen möglich bleibt.

1997, 277 S., brosch., 76,- DM, 555,- öS, 69,- sFr, ISBN 3-7890-4976-X

(Schriftenreihe des Zentrums für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen (ZERP), Bd. 25)



NOMOS Verlagsgesellschaft • 76520 Baden-Baden

Erfassung von Vertikalvereinbarungen

Im Hinblick auf Vertikalvereinbarungen sieht der RegE folgendes vor⁹:

- Das in § 15 GWB enthaltene Verbot von Vereinbarungen über die Gestaltung von Preisen und Geschäftsbedingungen wird beibehalten (§ 14 RegE).
- Die Preisbindung für Verlagserzeugnisse bleibt gemäß § 15 RegE zulässig, wobei die Bundesregierung eine Rechtsgüterabwägung zwischen der Beschränkung des Preiswettbewerbs für Bücher und bildungs- und kulturpolitischen Zielen vornimmt.
- Abgesehen von dem Preis- und Konditionenbindungsverbot des § 14 RegE wird die Mißbrauchsaufsicht über sonstige vertikale Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des § 18 GWB beibehalten (§ 16 RegE). Die in § 18 Abs. 1 lit. a bis c GWB (z.B. Kopplungs- und Ausschließlichkeitsbindungen) kasuistisch geregelten wettbewerbsbeschränkenden Effekte sollen in Zukunft mit einer Generalklausel („wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs“) erfaßt werden, so daß nur noch der Wettbewerb als Institution geschützt wird. Der Individualschutz von Unternehmen beim Marktzutritt (wie in lit. b) ist dann nur noch als Reflex des Institutionsschutzes gewährleistet.
- Die Vorschriften für Lizenzverträge und Verträge über andere geschützte und nicht geschützte Leistungen sowie über Saatgut sollen in den §§ 17 und 18 RegE an das EG-Recht angepaßt werden.

Die unterschiedliche Behandlung von horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen (grundsätzliches Kartellverbot mit Ausnahmen in den §§ 2 bis 8 RegE) und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen (nur Verbot von Preis- und Konditionenbindungen) erscheint sachgerecht, da der aufgrund der Grundig/Consten-Entscheidung des EuGH¹⁰ sehr viel umfangreichere Schutzbereich des Art. 85 EG-Vertrag – quasi als Korrektiv – durch eine Vielzahl von Gruppenfreistellungsverordnungen eingeschränkt worden ist¹¹. Der deutsche Weg erscheint als der wettbewerbspolitisch konsequentere.

Mißbrauchsaufsicht über Marktbeherrscher

Im Hinblick auf die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen im Sinne des § 22 GWB sind folgende Punkte von Bedeutung¹²:

- Analog zu Art. 86 EGV soll die Mißbrauchsnorm des § 22 GWB in eine unmittelbar wirkende Verbotsnorm umgestaltet werden. Das Bundeswirtschafts-

nisterium verspricht sich davon eine bessere Vorfeldwirkung. Darüber hinaus erhielten Unternehmen die Möglichkeit, sich in Fällen des Mißbrauchs selbst mit zivilgerichtlichen Schadensersatz- und Unterlassungsklagen zur Wehr zu setzen.

- Der Marktbeherrschungsbegriff soll zwar beibehalten, jedoch zusätzlich durch das Element „Berücksichtigung des tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbs durch innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes ansässige Unternehmen“ ergänzt werden. Das Wirtschaftsministerium knüpft hier an die BGH-Entscheidung vom 24. 10. 1995 im Falle „Backofen“¹³ an, wonach im Einklang mit der ratio legis der räumlich relevante Markt im Sinne der Zusammenschlußkontrolle des GWB allenfalls so groß wie das Bundesgebiet ist. Allerdings hatte bereits der Bundesgerichtshof klargestellt, daß ausländische Sachverhalte, die auf die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Inlandsmarkt (tatsächliche oder potentielle Importe) Einfluß haben, in die notwendige Gesamtbeurteilung einzubeziehen sind. Dies war auch die ständige Praxis des Bundeskartellamtes und der Gerichte. Daher weist die Monopolkommission¹⁴ darauf hin, daß die Beschränkung auf Inlandsmärkte bei der Marktabgrenzung die Erfassung des Auslandswettbewerbs nicht ausschließe; dieser sei vielmehr Teil einer umfassenden Gesamtanalyse der Wettbewerbsverhältnisse. Die Monopolkommission befürchtet allerdings nicht zu Unrecht, daß die Einfügung des zusätzlichen Tatbestandsmerkmals bei den Gerichten den falschen Eindruck entstehen lassen könnte, daß der Gesetzgeber eine materielle Änderung der gegenwärtigen Rechtsanwendungspraxis und damit eine Absenkung des Schutzniveaus beabsichtige. Diese angelegliche Klarstellung sollte daher im Interesse der Vermeidung von Mißverständnissen und der vom Bundeswirtschaftsministerium beschworenen „Stärkung des Wettbewerbsprinzips“ entfallen.

- Kritisch ist auch zu sehen, daß die Marktbeherrschungsvermutungen des § 22 Abs. 3 GWB (Verwendung der Konzentrationsraten CR₁, CR₃ und CR₅) für den Bereich der Mißbrauchsaufsicht gestrichen wer-

⁹ Vgl. Monopolkommission, a.a.O., Tz. 966 ff.

¹⁰ Vgl. Grundig/Consten, in: Wirtschaft und Wettbewerb/E EWG/MUV 125 ff.

¹¹ Vgl. den Überblick bei Ingo Schmidt: Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 5. Aufl., Stuttgart 1996, S. 195 ff.

¹² Vgl. Monopolkommission, a.a.O., Tz. 972 ff.

¹³ Vgl. Backofen, in: Wirtschaft und Wettbewerb/E BGH 3026 ff.

¹⁴ Vgl. Monopolkommission, a.a.O., Tz. 995.

den sollen, da Art. 86 EGV derartige marktanteilsbezogene Vermutungen nicht kenne¹⁵. Auch in diesem Fall befürchtet die Monopolkommission¹⁶, daß die Streichung des § 22 Abs. 3 GWB eine negative Signalwirkung in Richtung auf eine Absenkung des Wettbewerbsschutzes auslösen könnte. Sie argumentiert, daß diese Vermutungsregelung für das Bundeskartellamt – meines Erachtens aber insbesondere für die Gerichte – als Anhaltspunkt und Argumentationshilfe diene. Daher sollte im Interesse einer Aufrechterhaltung des Schutzniveaus die in § 36 Abs. 2 RegE für die Fusionskontrolle vorgesehene Legalvermutung (CR₁ = 33%, CR₃ = 50% und CR₅ = 66% oder mehr) in § 19 RegE eingefügt werden (als § 19 Abs. 4 RegE), so daß die Legalvermutungen im Interesse eines wirksamen Wettbewerbsschutzes gleichermaßen für die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen wie auch für die Fusionskontrolle Gültigkeit hätten.

□ Die Regelbeispiele des § 22 GWB, die sich unter Berücksichtigung der Rechtsprechung herauskristallisiert haben, sollen im Hinblick auf den Behinderungs- und Ausbeutungsmißbrauch beibehalten werden, da sie die maßgeblichen Mißbrauchsformen auf einer Abstraktionsebene abdeckten, die eine hinreichende Generalisierung mit der für Beispieltatbestände wünschenswerten Anschaulichkeit verbinde. Darüber hinaus sollen die Regelbeispiele um eine eigenständige Mißbrauchsregelung für die Verweigerung des Zuganges zu wesentlichen Einrichtungen (essential facilities doctrine) ergänzt werden (§ 19 Abs. 4 Nr. 4 RegE). Insbesondere die aktuellen Probleme auf den Telekommunikations-, Post-, Bahn- oder ähnlichen Märkten im Hinblick auf den Netzzugang von tatsächlichen und potentiellen Wettbewerbern demonstrieren die Notwendigkeit, den Mißbrauchstatbestand in § 19 RegE um einen Auffangtatbestand entsprechend zu erweitern.

□ Die Möglichkeit zur Erfassung des Mißbrauches relativer Marktmacht (unbillige Behinderung im Sinne des § 20 Abs. 4 S. 1 RegE) soll ebenfalls beibehalten werden. Das Bundeswirtschaftsministerium erkennt einen Bedarf für eine wettbewerbsrechtliche Regelung dieser Problematik angesichts der häufigen Berufung auf den bisherigen § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB in zivilrechtlichen Verfahren an und sieht in dieser Vorschrift eine Art Selbsthilfenorm der Wirtschaft. Allerdings soll – angesichts der breit geführten Diskussion über unbillige Praktiken bei Untereinstandspreisen – § 20 Abs. 4 RegE in Satz 2 durch ein Regelbeispiel für eine unbillige Behinderung ergänzt werden. Danach liegt Unbilligkeit im Sinne des § 20 Abs. 4 S. 1 RegE

gemäß S. 2 insbesondere vor, wenn ein Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund Waren oder gewerbliche Leistungen nicht nur gelegentlich unter Einstandspreis anbietet.

In der Regierungsbegründung macht das Wirtschaftsministerium allerdings – unter Berufung auf den 1995 vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall Hitlisten-Platten¹⁷ – deutlich, daß die wettbewerbsrechtlichen Grenzen zulässiger Preisgestaltung ihres Erachtens dort zu ziehen sind, „wo vorsätzlich Verdrängungspraktiken oder systematische Untereinstandspreisverkäufe zu einer Gefährdung des funktionierenden Wettbewerbs führen“. Damit wird klar, daß die – von der mittelständischen Wirtschaft als völlig unzulänglich empfundene – Rechtsprechung des Bundesgerichtshof, die den Individualschutz faktisch ausklammert, festgeschrieben werden soll. Der Gesetzgeber muß endlich eindeutig klären, ob § 20 Abs. 4 RegE primär den Institutionen- oder den Individualschutz kleiner und mittlerer Unternehmen vor relativer Marktmacht zum Ziel hat. Der vom Bundeswirtschaftsministerium vorgeschlagene § 20 Abs. 4 S. 1 und 2 RegE läßt sich nur als sogenannte weiße Salbe charakterisieren, auf die getrost verzichtet werden kann.

□ Das Problem der Nachfragemacht, insbesondere des Handels gegenüber der mittelständischen Wirtschaft, wird mit § 20 Abs. 4 S. 1 und 2 RegE nicht gelöst¹⁸. Das Bundeswirtschaftsministerium beruft sich darauf, daß trotz der sehr stark gestiegenen Konzentration im Handel (insbesondere im Lebensmittelhandel) der Wettbewerb im Handel zugunsten der Verbraucher nach wie vor funktioniere, abstrahiert dabei aber von den negativen Auswirkungen der Konzentration auf kleinere und mittlere Händler (horizontal) sowie von den negativen Auswirkungen der aufgrund der starken Konzentration entstandenen Nachfragemacht auf die mittelständisch strukturierte Zulieferindustrie (vertikal).

Es ist in der Vergangenheit weder gelungen, die relative Marktmacht großer Handelsunternehmen ge-

¹⁵ Das Bundeswirtschaftsministerium verkennt bei dieser Argumentation, daß auch die Europäische Fusionskontrollverordnung keine Legalvermutungen kennt, wenn es diese bei der Fusionskontrolle beibehalten will.

¹⁶ Vgl. Monopolkommission, a.a.O., Tz. 977.

¹⁷ Vgl. Hitlisten-Platten, in: Wirtschaft und Wettbewerb/E BGH 2977 ff.

¹⁸ Vgl. zur wettbewerbsrechtlichen Situation im Handel Ingo Schmidt: Hauptprobleme der 5. Kartellnovelle, in: WIRTSCHAFTSDIENST, 69. Jg. (1989), H. 3, S. 131 ff., mit weiteren Literaturhinweisen.

genüber kleineren Mitbewerbern (horizontal)¹⁹ noch die Ausbeutung mittelständischer Zulieferunternehmen durch die Nachfragemacht des Handels (vertikal)²⁰ zu erfassen. Hauptursache für diesen faktisch rechtsfreien Raum ist die sogenannte Roß- und Reiterproblematik, d.h., die wirtschaftliche Abhängigkeit kleinerer Mitbewerber oder Zulieferunternehmen von nachfragemächtigen Unternehmen ist derartig groß, daß sie es nicht wagen können, unter Nennung von Roß und Reiter die Einleitung eines Mißbrauchsverfahrens bei den Kartellbehörden zu beantragen oder gar Klage vor den Gerichten zu erheben.

Das Wirtschaftsministerium versucht, die Roß- und Reiterproblematik durch zwei neue verfahrensrechtliche Vorschriften zu entschärfen:

□ Zunächst wird § 54 Abs. 1 RegE in der Weise ergänzt, daß die Kartellbehörde auf entsprechendes Ersuchen zum Schutz eines Beschwerdeführers ein Verfahren von Amts wegen einleiten kann. Dadurch soll sichergestellt werden, daß der Name des Beschwerdeführers nicht schon zu Beginn des Verfahrens in den Akten der Kartellbehörde erscheint.

□ Darüber hinaus soll in einem neuen § 70 Abs. 4 RegE die Beweisposition der Kartellbehörden in den Fällen abgesichert werden, in denen die Kartellbehörde den Beschwerdeführer im Rahmen des weiteren Verwaltungsverfahrens anonym halten möchte. Diese Ergänzung des § 70 RegE soll klarstellen, daß für die in § 59 RegE angeführten Auskunftsbefugnisse der Kartellbehörde nur „tatsächliche Anhaltspunkte“ verlangt werden. Zudem genügt es, wenn diese tatsächlichen Anhaltspunkte nur glaubhaft im Sinne des § 294 Abs. 1 Zivilprozeßordnung gemacht werden.

Durch diese Vorschriften soll die Beweisposition der Kartellbehörde so gestützt werden, daß Verwaltungsverfahren auch ohne namentliche Nennung eines Zeugen durchgeführt werden können. Wenngleich diese Beweiserleichterung nur für das behördliche Ermittlungsverfahren gilt, erhofft sich die Bundesregierung auch Auswirkungen auf das – eventuell nachfol-

gende – Gerichtsverfahren. Häufig würden die bis zum Gerichtsverfahren erzielten Ermittlungsergebnisse ausreichend sein, um die angefochtene kartellbehördliche Verfügung zu rechtfertigen. Mit diesen beiden Vorschlägen hat die Bundesregierung erstmals versucht, die sogenannte Roß- und Reiterproblematik durch verfahrensrechtliche Vorschriften besser in den Griff zu bekommen. Diese Vorschläge sind als ein Schritt in die richtige Richtung zu werten. Die Problematik dürfte damit mit Sicherheit nicht völlig gelöst, jedoch zumindest partiell entschärft werden.

Reduktion der Ausnahmereiche

Ein wesentliches Anliegen der letzten Kartellnovelle ist die seit Jahrzehnten diskutierte und als wettbewerbspolitisch notwendig anerkannte Überprüfung der Ausnahmereiche mit dem Ziel ihrer Aufhebung oder Einschränkung. Nach dem Regierungsentwurf sollen die bisherigen Ausnahmereiche in § 99 ff. GWB erheblich „zurückgeführt“ werden, womit eine Annäherung an das europäische Recht vollzogen wird, das einen echten Ausnahmetatbestand gemäß Art. 42 EGV nur für die Landwirtschaft kennt.

So sieht der Regierungsentwurf in § 29 eine Freistellung für die Landwirtschaft vor (bisher § 100 GWB), die in der Substanz weitgehend erhalten bleiben soll. Der Ausnahmereich Banken und Versicherungen (bisher § 102 GWB) soll in § 30 RegE stärker an das europäische Wettbewerbsrecht angepaßt werden. So fehlt eine generelle Freistellung horizontaler Vereinbarungen allgemeiner Natur: Im Einzelfall reichen nach Auffassung des Bundeswirtschaftsministeriums die allgemeinen Freistellungsvorschriften der §§ 2 ff. RegE aus. Die Freistellungsmöglichkeit für vertikale Bindungen und Empfehlungen wird auf Verbandsvereinbarungen, -beschlüsse und -empfehlungen beschränkt; für Einzelvereinbarungen von Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen seien die bestehenden Ausnahmen vom Preis- und Konditionenbindungsverbot des § 14 RegE sowie vom Kartellverbot des § 1 RegE weiterhin erforderlich und ausreichend.

Die bisher in § 99 GWB enthaltenen Ausnahmen von den Verboten der §§ 1 und 38 Abs. 1 Nr. 11 GWB für den Verkehrsbereich sollen gestrichen werden, da das deutsche Wettbewerbsrecht im Verkehrsbereich zunehmend durch die europäischen Regelungen verdrängt werde und der Anwendungsbereich für nationale Sonderregelungen so eingeschränkt sei, daß die Ausnahmeregelungen nach § 99 GWB der derzeit gültigen Fassung nicht mehr gerechtfertigt erscheinen. Für eventuell notwendige Freistellungen im nationalen

¹⁹ So ist es in dem zuletzt vom BGH entschiedenen Fall Hitlisten-Platten wiederum nicht gelungen, den Individualschutz kleiner und mittlerer Unternehmen vor relativer Marktmacht zu gewährleisten. Vielmehr hat der Bundesgerichtshof eine unbillige Behinderung nur dann angenommen, wenn einzelne Wettbewerber gezielt vom Markt verdrängt werden sollen oder die Voraussetzungen für wirksamen Wettbewerb insgesamt nachhaltig beeinträchtigt werden; vgl. dazu die Kritik von Ingo Schmidt: Handelskonzentration, Nachfragemacht und 6. GWB-Novelle, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 47 (1997), S. 101 ff., 115 f.

²⁰ Vgl. ebenda, S. 110 ff.

Bereich sind nach Auffassung des Wirtschaftsministeriums die §§ 2 ff. RegE ausreichend. Die Zulässigkeit von Kooperationen im öffentlichen Personennahverkehr soll in § 8 des Personenbeförderungsgesetzes und § 12 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes geregelt werden.

Der für Urheberrechts-Verwertungsgesellschaften derzeit geltende § 102 a GWB soll der Weiterentwicklung des europäischen Rechts angepaßt werden (§ 31 RegE), indem die bisherige Legalausnahme für Tätigkeiten nach dem Gesetz über die Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten gestrichen wird (da das Kartellgesetz auf diese Tätigkeiten ohnehin nicht anwendbar sei), während die Bildung von Verwertungsgesellschaften von den §§ 1 und 14 RegE ausdrücklich freigestellt wird, da hierfür weiterhin ein gesetzliches Bedürfnis bestehe. Die Mißbrauchsaufsicht wird auf die neuen §§ 19 und 20 RegE beschränkt.

Die Ausnahmeregelungen für Strom und Gas (§§ 103 und 103a GWB) sollen in Zusammenhang mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts gestrichen werden. Die Sonderregeln für Wasser bleiben in einer Übergangsregelung bestehen.

Der Versuch, die Ausnahmebereiche im Sinne der §§ 99 ff. GWB zu reduzieren, erfolgt nur vordergründig, da die Ausnahmen zum Teil in Spezialgesetzen – wie dem Personenbeförderungsgesetz – weiter gelten sollen. Insbesondere im Energiebereich besteht die konkrete Gefahr, daß die Ausnahmen nicht reduziert, sondern ausgeweitet werden.

Fusionskontrolle

Im Hinblick auf die Zusammenschlußkontrolle geht der Entwurf des Wirtschaftsministeriums von folgenden Eckpunkten aus²¹:

□ Die präventive (Ex-ante-)Zusammenschlußkontrolle soll im Einklang mit der europäischen Fusionskontrolle auf alle Zusammenschlüsse ausgeweitet werden; zugleich sollen das Aufgreifkriterium von 500 Mill. auf 1 Mrd. DM Umsatzerlöse weltweit und die Bagatellschwelle auf weltweit 20 Mill. DM erhöht werden (§ 35 RegE). Dafür sprechen die Schwierigkeiten der sogenannte unechten Entflechtung von bereits vollzogenen Zusammenschlüssen und das Wachstum

der nominalen Umsätze von Unternehmen seit 1973. Die Anhebung der Aufgreifschwelle wird dazu führen, daß etwa zwei Drittel der bisher ex post kontrollpflichtigen Zusammenschlüsse aus der Fusionskontrolle herausfallen.

□ Die Zusammenschlußtatbestände sollen in § 37 RegE gestrafft werden, indem einerseits die wesentlichen Vorschriften aus dem Katalog des bisherigen § 23 Abs. 2 GWB übernommen, zum anderen der Zusammenschlußtatbestand „Kontrollerwerb“ in Anlehnung an Art. 3 FKVO neu eingefügt wird. Mit dem aus dem europäischen Recht übernommenen Kontrollbegriff werde eine flexible Generalklausel geschaffen, die alle möglichen Konstruktionen erfassen soll, mit denen ein „steuernder Einfluß“ auf ein Zielunternehmen erreicht wird.

□ Als Eingreifkriterium bleibt die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erhalten; die quantitativen Legalvermutungen sollen mit Ausnahme des § 23a Abs. 1 Zi. 2 (12 Mrd. Umsatzkriterium für die Erfassung konglomerater Unternehmenszusammenschlüsse) ebenfalls erhalten bleiben, da – anders als bei der Mißbrauchsaufsicht im Sinne des § 19 RegE – bei der Prognose künftiger Marktentwicklungen Marktanteilen eine größere Bedeutung zukomme.

□ § 40 Abs. 2 Satz 1 RegE sieht vor, daß im Hauptprüfverfahren Fusionen auch in Fällen der Freigabe durch eine Verfügung abgeschlossen werden müssen, womit sowohl eine Begründungs- als auch eine Bekanntmachungspflicht für Freigabeentscheidungen verbunden ist. Dies erhöht nicht nur die Transparenz der Verfahren, sondern bewirkt zugleich, daß Dritte künftig gegen Freigabeentscheidungen Beschwerde einlegen können (Rechtsschutz Dritter). Damit wird eine seit langem erhobene wettbewerbspolitische Forderung verwirklicht, da bisher Unternehmen, die von einer Freigabeentscheidung negativ betroffen sind, keine rechtlichen Möglichkeiten haben, gegen diese Freigabe vorzugehen.

Nach § 40 Abs. 3 RegE können Freigabeentscheidungen künftig mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden, so daß die Hilfskonstruktion öffentlich-rechtlicher Verträge entfällt. Darüber hinaus enthielt § 32 des Referentenentwurfes vom 22. Juli 1997 in Anlehnung an Art. 3 Abs. 1 VO Nr. 17/62 die Möglichkeit, ein Unternehmen zu verpflichten, ein nach dem Gesetz verbotenes Verhalten abzustellen (sogenannte positive Tenorierung). Diese Formulierung hätte den Vorteil, daß kartellbehördliche Verfügungen nicht mehr ausschließlich negativ gefaßt

²¹ Vgl. Monopolkommission, a.a.O., Tz. 980 ff.; sowie Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirates beim BMWi, a.a.O., Zi. 14.

werden müssen. Der Vorschlag ist leider verfassungsrechtlichen Bedenken des Bundesjustizministeriums zum Opfer gefallen, so daß § 32 RegE nur noch besagt, daß die Kartellbehörde einem Unternehmen ein Verhalten untersagen kann, das nach diesem Gesetz verboten ist. Damit lassen sich jedoch bestimmte Mißbräuche nicht erfassen.

□ Die Ministererlaubnis (bisher § 24 Abs. 3 GWB) soll beibehalten werden (§ 42 RegE). Sie stellt auch in Zukunft auf gesamtwirtschaftliche Vorteile des Zusammenschlusses und auf ein überragendes Interesse der Allgemeinheit ab, wobei auch die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen auf Märkten außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes zu berücksichtigen ist.

Wenngleich der Regierungsentwurf zur Änderung des Kartellgesetzes eine ganze Reihe von Lücken offen läßt, die im Rahmen der parlamentarischen Beratung geschlossen werden sollten, stellt er insgesamt doch eine gute Neuordnung und Straffung des Gesetzes dar und bringt eine Annäherung und Harmonisierung mit dem europäischen Kartellrecht, soweit diese aus deutscher Sicht – die nicht immer mit der Brüsseler Sicht identisch ist (!) – wünschbar und vertretbar ist. Die massive Kritik von Monopolkommission und Wissenschaftlichem Beirat beim BMWi an dem sogenannte Eckwertepapier des Bundeswirtschaftsministeriums vom 2. 5. 1996 hat offensichtlich eine gewisse Wirkung gezeitigt.

Schutzlücken der 6. Kartellnovelle

Die 6. Kartellnovelle bringt eine Reihe von Fortschritten im Hinblick auf eine klare Formulierung des Verbotsprinzips bei Kartellen und vertikalen Absprachen sowie ein Verbot des Machtmißbrauches. Andererseits bleiben eine Reihe von Ungereimtheiten bzw. Schutzlücken. Auf die mangelnde Harmonisierung der Freistellungsvoraussetzung in den §§ 3 bis 7 RegE, das Fehlen von Legalvermutungen bei dem Machtmißbrauchsverbot und die Berücksichtigung des tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbs durch außerhalb des Geltungsbereiches des GWB ansässige Unternehmen ist bereits oben hingewiesen worden. Eine Lösung der insbesondere im Handel anstehenden Probleme könnte im Rahmen der 6. Kartellnovelle bei der Strukturkontrolle ansetzen.

Eine Verbesserung der Strukturkontrolle könnte einmal im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht, zum anderen durch eine Verschärfung der Fusionskontrolle erfolgen. Das deutsche Kartellgesetz kennt in § 22

GWB lediglich eine korrektive Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, wonach derartigen Unternehmen ein Behinderungs- oder Ausbeutungsmißbrauch ex post untersagt werden kann. Anders als das amerikanische Antitrustrecht (vgl. Sec. 2 Sherman Act) kennt das Kartellgesetz keine Mißbrauchsaufsicht mit Beseitigungsfolge, d.h. Entflechtung zur Wiederherstellung einer kompetitiven Marktstruktur und damit einer Beseitigung der Ursache für den Mißbrauch.

Die Monopolkommission hat in ihrem 3. Hauptgutachten²² eine derartige Mißbrauchsaufsicht mit Beseitigungsfolge, d.h. Entflechtung als Sanktion bei Mißbrauch marktbeherrschender Unternehmen, vorgeschlagen. Diese mögliche Sanktion einer Entflechtung bei nachgewiesenem Mißbrauch würde marktbeherrschende Unternehmen zu einem Wohlverhalten im Hinblick auf ihre gesamte Geschäftspolitik veranlassen und den Umfang möglicher Mißbräuche voraussichtlich reduzieren (prophylaktische Wirkung). § 19 RegE sollte daher durch folgenden Absatz (5) ergänzt werden: „Im Falle des wiederholten Mißbrauchs hat die Kartellbehörde die Entflechtung anzuordnen und alle dafür erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen.“

Die Fusionskontrolle im Handelssektor hat gezeigt, daß die im Rahmen der 5. Kartellnovelle in den Marktbeherrschungstatbestand des § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB in der derzeit gültigen Fassung eingefügten Kriterien der Umstellungsflexibilität und der Ausweichmöglichkeiten der damit verfolgten Zielsetzung einer besseren Erfassung von Nachfragemacht nicht gerecht wurden. Da im Hinblick auf die erheblich größere

²² Vgl. Monopolkommission: 3. Hauptgutachten 1978/1979: Fusionskontrolle bleibt vorrangig, Baden-Baden 1980, Tz. 662-804.

²³ Dieser permanente Nachfrageüberhang widerspricht allem Lehrbuchwissen. Otto Lenel hat versucht, ihn damit zu erklären, daß die mittelständische Zulieferindustrie gezwungen sei, ständig Reserverkapazitäten vorzuhalten, um nicht mangels Liefermöglichkeit ausgelastet zu werden.

²⁴ Wettbewerbspolitisch gesehen muß das – mit Ausnahme der USA in Sec. 7 Clayton Act – allgemein verwendete Eingreiffkriterium der Marktbeherrschung eines einzelnen Unternehmens oder einer Gruppe von Unternehmen als grundsätzlich verfehlt angesehen werden, da der Wettbewerb schon unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung erheblich beeinträchtigt wird und Probleme im Hinblick auf die Behinderung dritter Unternehmen aufwirft. Es muß grundsätzlich als wettbewerbspolitisch zweckmäßiger angesehen werden, die Ursachen des Behinderungsmißbrauchs (d.s. primär zu hoch konzentrierte Märkte) zu beseitigen, als ex post an den Symptomen der Marktmacht durch Mißbrauchsaufsicht zu laborieren. Grundsätzlich sollte daher das Eingreiffkriterium der Marktbeherrschung durch das Kriterium „wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs“ bzw. „der Wettbewerbsbedingungen“ ersetzt werden, wenngleich eine derartige Abkopplung von der Marktbeherrschung im Hinblick auf Art. 86 EGV und die europäische Fusionskontrollverordnung Probleme aufwerfen könnte.

Sortimentsflexibilität des Handels und die vergleichsweise geringe Produktionsflexibilität der Industrie sowie den seit etwa 30 Jahren anhaltenden Nachfrageüberhang²³ bereits bei relativ geringen Marktanteilen Marktbeherrschung auf der Nachfrageseite vorliegt, sollte das vertikale Kriterium der Ausweichmöglichkeiten einer erheblichen Zahl von Anbietern nicht durch einen eigenständigen Marktbeherrschungstatbestand, sondern durch eine Beweislastregel ausgestaltet werden. Damit würde es bei dem Eingreifkriterium der Marktbeherrschung bleiben, dieses würde jedoch im Hinblick auf das Problem der Nachfragemacht eine eigenständige Ausgestaltung in Form einer als Beweislastregel gestalteten Legalvermutung erfahren²⁴.

In Anlehnung an die Stellungnahme des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Technologie vom Mai 1997 sollte nach § 36 Abs. 2 RegE folgender Absatz 3 angefügt werden: „Für die Zusammenschlußkontrolle im Handel gelten ein Unternehmen oder eine Gesamtheit von Unternehmen als marktbeherrschend, wenn eine für den Wettbewerb auf dem Markt erhebliche Zahl von Unternehmen, die von ihnen bezogene Waren oder gewerbliche Leistungen auf dem Markt anbieten, von Nachfragern in der Weise abhängig ist, daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Nachfrager auszuweichen, nicht bestehen. Es wird vermutet, daß die Voraussetzungen des Satzes 1 vorliegen, wenn ein Handelsunternehmen oder eine Gesamtheit von Handelsunternehmen als Nachfrager für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen die Hälfte oder mehr der in Abs. 2 genannten Marktanteile erreichen, es sei denn, die Unternehmen weisen nach, 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.“

²³ Vgl. Peter Ulmer: Muß der Leistungswettbewerb stärker geschützt werden, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 37 (1987), S 701 ff., 704 f.

²⁴ Vgl. Ingo Schmidt: *Handelskonzentration ...*, a.a.O., S. 113 f. Fn. 53. Das als Legalvermutung formulierte vertikale Kriterium der Ausweichmöglichkeit erscheint nur für die Fusionskontrolle notwendig, da das Verbot der unbilligen Behinderung in § 20 Abs. 3 RegE bereits eine relative (horizontale) Machtschwelle vorsieht.

²⁷ Vgl. Klöckner/Becorit, in: *Wirtschaft und Wettbewerb/E BGH* 1749 ff., 1753 f.

²⁸ Vgl. Wolfgang Kerber: *Die Europäische Fusionskontrollpraxis und die Wettbewerbskonzeption der EG*, Schriften zur Nationalökonomie Bd. 12, Bayreuth 1994, S. 69, der darauf hinweist, daß bereits Nachfrager mit eigentlich geringen Marktanteilen von 5-15% erheblichen Druck auf die Preise von Anbietern ausüben können, weshalb die Europäische Kommission in vielen Fällen völlig zu Recht mit einer solchen Nachfragemacht von großen Unternehmen argumentiert habe.

Dieser Formulierungsvorschlag greift die Unverzichtbarkeitsthese des Bundeskartellamts aus den 80er Jahren sowie einen früheren Vorschlag von Ulmer²⁵ auf, wobei nicht auf einzelne Verkäufer-Käufer-Beziehungen, sondern – nach dem Vorbild des § 18 Abs. 1 lit. a GWB – auf die Unverzichtbarkeit eines großen Nachfragers für eine Vielzahl gleichartiger Anbieter abgestellt wird²⁶. Abweichend von dem Vorschlag des Bayerischen Staatsministeriums scheint die bloße Einführung einer Legalvermutung aufgrund der Klöckner/Becorit-Entscheidung des BGH²⁷ nicht ausreichend, da nach Auffassung des BGH „die gesetzliche Vermutung ihre Bindewirkung erst dann entfaltet, wenn das Gericht nach der ihm obliegenden freien Würdigung des gesamten Verfahrensergebnisses eine marktbeherrschende Stellung des Unternehmens weder auszuschließen noch zu bejahen vermag“.

Da der Fall eines sogenannten „non liquet“ nur in etwa 1% der Fälle auftritt, würde die Einführung einer bloßen einfachen Legalvermutung für das Vorliegen von Marktbeherrschung keine echte Beweiserleichterung bringen. Daher wird vorgeschlagen, eine echte Legalvermutung mit Beweislastumkehr vorzusehen. Zudem muß die Legalvermutung – im Einklang mit der Gesetzessystematik – nicht nur die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens, sondern auch einer Unternehmensgruppe (marktbeherrschendes Oligopol) erfassen. Dies geschieht, indem im Bereich des Handels die Marktanteile jeweils nur die Hälfte der in § 36 Abs. 2 RegE genannten Werte betragen, was aufgrund der Unterschiede in der Sortiments- bzw. Produktionsflexibilität und damit dem dauerhaften Machtgefälle zugunsten des Handels sachlich gerechtfertigt erscheint²⁸.

Der Vorschlag des Bayerischen Staatsministeriums vermeidet eine Sektoralisierung („Handel“) und gilt für alle Nachfrager. Ob hierfür ein Bedarf besteht, bedarf der weiteren Prüfung.

Eine Verbesserung der Verhaltenskontrolle erscheint im Hinblick auf die vorgeschlagene Verbesserung der Strukturkontrolle zweitrangig, da eine verbesserte Strukturkontrolle die Ursache der Mißbräuche beseitigen bzw. in Zukunft verhindern würde, während die Verhaltenskontrolle immer nur ein Laborieren an den Symptomen bedeutet, wobei trotz aller Novellierungsvorschläge die Erfolgsaussichten einer solchen Verhaltenskontrolle relativ gering sind. Der neue § 20 Abs. 4 S. 2 RegE, der den Begriff der Unbilligkeit zu konkretisieren versucht, kann jedenfalls nicht dazu beitragen, die vorhandenen Probleme zu verringern.