

Alexander Eisenkopf

Mehr Wettbewerb durch 6. GWB-Novelle?

Nach langen wissenschaftlichen und wirtschaftspolitischen Diskussionen wurde die 6. Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Mai von Bundestag und Bundesrat verabschiedet. Sie dient im wesentlichen der Harmonisierung des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts sowie der Straffung und Neuordnung des Gesetzes. Inwieweit werden diese Ziele erreicht? Wird der Wettbewerb durch die vorgenommenen Änderungen gestärkt?

Für die Beobachter aus Wissenschaft und Praxis relativ überraschend haben sich Bundestag und Bundesrat nun doch noch in der 13. Legislaturperiode auf eine Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geeinigt. Mit dieser nunmehr 6. Novelle wurde der Schlußstrich unter eine mehrjährige kontroverse Diskussion um die Notwendigkeit einer Harmonisierung des deutschen mit dem europäischen Wettbewerbsrecht und die zur Straffung und Neuordnung des Gesetzes notwendigen Änderungen gezogen.

Um das Ergebnis einer ersten kritischen Prüfung des Novellierungsergebnisses vorwegzunehmen, sei festgestellt, daß zumindest die zweite Zielsetzung erreicht wurde. Das Gesetz gestaltet sich in der neuen Fassung vor allem für den Nicht-Juristen wesentlich besser lesbar. Die Zahl der Paragraphen wurde reduziert, überflüssige Formulierungen wurden entrümpelt und die Logik des Aufbaus ist nun klarer erkennbar. Ob allerdings mit den im Sinne einer Harmonisierung an das europäische Recht vorgenommenen Änderungen eine Stärkung des Wettbewerbs gelungen ist, muß zumindest mit einem Fragezeichen versehen werden.

Die 6. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen wurde durch die Bundesregierung mit der Ankündigung des Reformvorhabens im Jahreswirtschaftsbericht 1995 angestoßen. Im Anschluß hieran etablierte sie eine „Arbeitsgruppe Kartellgesetznovelle“, die auch eine Anhörung der betroffenen Verbände durchführte. Aufbauend auf den Empfehlungen dieser Arbeitsgruppe legte der Bundesminister für Wirtschaft am 2. Mai 1996 dann ein sogenanntes Eckpunktepapier vor.

Diese „Eckpunkte für eine Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ wurden in der wissenschaftlichen und der wirtschaftspolitischen Diskussion heftig kritisiert und teilweise verworfen. Auf der einen Seite des Meinungsspektrums standen die Monopolkommission und der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesminister für Wirtschaft; ihre mehr oder weniger ablehnende Einschätzung der Reform mündete in der Aussage, daß die Anpassung an das europäische Recht zum jetzigen Zeitpunkt keine adäquate Perspektive darstelle. Eine ausführliche Begründung ihrer Position hat die Monopolkommission in ihrem 11. Hauptgutachten formuliert¹. Auch in der Verbändeanhörung zur Kartellnovelle am 30. März 1998 hat sie noch einmal festgestellt, daß eine Novellierung des GWB zur Stärkung des Wettbewerbs in Deutschland nicht erforderlich sei.

Ablehnend zu den Novellierungsvorschlägen hat sich in mehreren Stellungnahmen auch der Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) geäußert². Allerdings vertritt die Industrie eine der Wissenschaft diametral entgegengesetzte Position. Für den BDI ist die Reform verfehlt, weil keine durchgreifende Angleichung an das europäische Kartellrecht erfolge und damit der fortschreitenden Globalisierung der Wirtschaft nicht Rechnung getragen werde. Die deutsche Wirtschaft und insbesondere der Mittelstand werde weiterhin gegenüber den Großunternehmen benachteiligt, die unter das („laxere“) europäische Wettbewerbsrecht fallen. Außerdem stelle in einer Zeit des Zusammenwachsens der Märkte und der Währungs-

¹ Vgl. Monopolkommission: 11. Hauptgutachten 1994/1995: Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Baden-Baden 1996, Tz. 897 ff. Allerdings gab es von seiten der Wissenschaft auch positive Voten für eine Harmonisierung des Kartellrechts; vgl. hierzu stellvertretend Hermann-Josef Bunte: Ein Votum für eine 6. GWB-Novelle: Gründe, Leitlinien, Vorschläge für Einzelregelungen, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 44 (1994), S. 5 ff.

² Vgl. zuletzt Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.: Stellungnahme zum Regierungsentwurf der 6. GWB-Novelle vom 28.11.1997.

Dr. Alexander Eisenkopf, 35, ist Wissenschaftlicher Assistent am Fachbereich Wirtschaftswissenschaften der Justus-Liebig-Universität Gießen.

union ein vom europäischen Standard abweichendes nationales Kartellrecht einen Anachronismus dar.

Es ist angesichts des generellen Reformstaus in der Wirtschaftspolitik zumindest bemerkenswert, daß die Novellierung des Wettbewerbsrechts trotz dieser starken Widerstände aus Wissenschaft und Wirtschaft noch in der Endphase der abgelaufenen Legislaturperiode verabschiedet wurde. Allerdings ist der Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens geprägt durch diese problematische Ausgangskonstellation und stellt daher auch ein kleines Lehrstück der Politökonomie dar.

So wurden in dem vom Bundeskabinett Ende Oktober 1997 verabschiedeten Referentenentwurf z.B. einige von der Monopolkommission im Eckpunktepapier kritisierte Sachverhalte entschärft (etwa die Berücksichtigung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts bei der Beurteilung einer überragenden Marktstellung – sogenannte französische Klausel); andererseits kam es im Referentenentwurf bzw. bei der Beratung im Wirtschaftsausschuß zu bedenklichen Erweiterungen. Zu erwähnen ist vor allem ein explizites Verbot des Verkaufes unter Einstandspreis – ein Lieblingskind der Mittelstandspolitik aller Parteien – und die Erweiterung des Kataloges der Ausnahmbereiche um den Sport. So soll in Zukunft die zentrale Vermarktung von Fernsehenderechten durch Sportverbände vom Kartellverbot freigestellt sein – eine Regelung, die vor allem vom Bundeskartellamt im Vorfeld heftig bekämpft wurde, aber mit zu dem im Wahlkampf erstaunlichen Konsens beigetragen hat, in dem alle Fraktionen des Bundestages mit Ausnahme der PDS am 7. Mai 1998 die 6. Kartellrechtsnovelle beschlossen haben. Nachdem auch der Bundesrat am 29. Mai dem Gesetzentwurf zugestimmt hat, kann das „Sechste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ – verkündet im Bundesgesetzblatt I vom 2.9.98, Heft 59, S. 2510 ff. – am 1.1.1999 in Kraft treten.

Wesentliche Änderungen im Überblick

Die wichtigsten materiellen Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch die 6. Novelle betreffen folgende Sachverhalte:

- In Anlehnung an die Formulierung des Art. 85 Abs. 1 EG-Vertrag (EGV) wird für Kartelle und abgestimmte Verhaltensweisen ein echter Verbotstatbestand eingeführt; im Zusammenhang hiermit steht die Bereinigung der Kartellausnahmen und die Einführung eines ergänzenden Freistellungstatbestandes.
- Bei der Mißbrauchsaufsicht erfolgt ein Übergang zum Verbotprinzip; der Katalog der Regelbeispiele

für Mißbrauch wird durch den Tatbestand der Verweigerung des Zugangs zu Netzen und anderen Infrastruktureinrichtungen ergänzt. Das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot wird durch das Regelbeispiel eines unbilligen Verkaufs unter Einstandspreis erweitert.

- Die Ausnahmbereiche Verkehr sowie Banken und Versicherungen werden eingeschränkt bzw. gestrichen; andererseits führt die Novelle einen Ausnahmbereich Sport neu ein.
- Hinsichtlich der Zusammenschlußkontrolle erhöht der Gesetzgeber die Umsatz- und Bagatellschwellen; darüber hinaus erfolgt die Fusionskontrolle jetzt generell als präventive Kontrolle. Die Zusammenschlußtatbestände werden gestrafft und durch den sogenannten Kontrollerwerb ergänzt.

Verfahrenstechnisch sind zwei Änderungen bedeutsam: Sie betreffen zum einen die Zusammenschlußkontrolle; hier ist in Zukunft auch im Falle der Freigabe im Hauptprüfverfahren eine begründungs- und publizitätspflichtige förmliche Entscheidung notwendig. Zum anderen wird versucht, die sogenannte „Roß- und Reiter-Problematik“ durch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens von Amts wegen und die mögliche Anonymität des Beschwerdeführers während des Verwaltungsverfahrens zu entschärfen.

Insgesamt entspricht der Tenor dieser Novellierung weder den Forderungen der einhelligen Harmonisierungsbefürworter, noch werden die Bedenken der Novellierungskritiker ausgeräumt. Damit steht die 6. GWB-Novelle in der Tradition der letzten Novellen, die – von der zweiten Novelle 1973 abgesehen – ebenfalls nur schrittweise Anpassungen an veränderte Rahmenbedingungen brachten. Zu einem abschließenden Urteil über die Frage, ob die Novelle ein Signal für mehr Wettbewerb ist oder man besser die „Pfoten vom Gesetz gelassen hätte“³ bedarf es aber einer intensiveren Auseinandersetzung mit den einzelnen Regelungen, die ab 1.1.1999 auf die Wirtschaft zukommen. Das Kartellverbot des § 1 GWB n.F. betrifft (horizontale) Vereinbarungen von im Wettbewerb stehenden Unternehmen sowie Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Die neue Formulierung lehnt sich sehr eng an das Kartellverbot des Art. 85 Abs. 1 EGV an und umfaßt jetzt auch die bisher gesetzestechnisch un-

³ Mit dieser Äußerung wird Professor Dr. Wernhard Möschel, Tübingen, in der Wirtschaftswoche zitiert; vgl. Olaf Gersemann, Christian Ramthun: Die Pfoten weglassen, in: Wirtschaftswoche Nr. 20 vom 7.5.1998, S. 27.

glücklich in § 25 Abs. 1 GWB a.F. plazierten abgestimmten Verhaltensweisen. Die Harmonisierung geht allerdings zu Recht nicht so weit, daß das Verbot – wie im EGV – auch auf vertikale Vereinbarungen ausgedehnt würde, die für den zwischenstaatlichen Handel natürlich eine wesentlich größere Rolle spielen.

Die Regierungsbegründung zur Gesetzesnovelle führt an, daß durch die neue Formulierung mit einem ausdrücklichen Kartellverbot das Unwerturteil bezüglich wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen deutlicher zum Ausdruck käme. Andererseits wird auch konzediert, daß in der Praxis zwischen der Formulierung im EU-Recht und der Auslegung des § 1 GWB a.F. in der deutschen Rechtsprechung kein wesentlicher Unterschied bestünde. Nach geltendem Recht ist in Deutschland erst die Hinwegsetzung über die Unwirksamkeit eines Kartellvertrages verboten. Daß es sich hierbei um eine kartelljuristische Feinheit handelt, die zumindest aus ökonomischer Sicht wenig Bedeutung aufweist, läßt sich auch daraus schließen, daß bisher unter Wettbewerbspolitikern hinsichtlich dieser Norm stets vom Kartellverbot gesprochen wurde.

Ausnahmeregelungen neu gefaßt

Ähnlich verhält es sich mit den Kartellausnahmen. Auch hier wurden sprachliche Veränderungen vorgenommen, die zu einer besseren Lesbarkeit beitragen (z.B. wurden die Verfahrensregelungen in die §§ 9 und 10 GWB n.F. ausgegliedert), aber inhaltlich keine wesentlichen Änderungen bzw. Verbesserungen bringen. Wie bisher können Normen- und Typenkartelle (§ 2 Abs. 1 GWB n.F.), Konditionenkartelle (§ 2 Abs. 2 GWB n.F.), Spezialisierungskartelle (§ 3 GWB n.F.), Mittelstandskartelle (Rationalisierung und gemeinsamer Einkauf, § 4 GWB n.F.), Rationalisierungskartelle (§ 5 GWB n.F.) und Strukturkrisenkartelle (§ 6 GWB n.F.) vom Verbot des § 1 GWB n.F. freigestellt werden.

Gestrichen werden die Freistellungsmöglichkeiten für Export- und Importkartelle sowie Rabattkartelle, was aus wettbewerbslicher Sicht begrüßenswert ist. Die Verfahrensregelungen (Anmeldung, Erlaubnis- oder Widerspruchsverfahren) ändern sich gegenüber der bisherigen Rechtslage nicht wesentlich. So werden Normen- und Typenkartelle neu in das Widerspruchsverfahren einbezogen, während für Einkaufskooperationen kleiner und mittlerer Unternehmen (§ 4 Abs. 2 GWB n.F.) in Zukunft erstmals ein vereinfachtes Anmeldeverfahren gilt, um eine kartellamtliche Export-Kontrolle zu ermöglichen.

Neu im GWB ist die Generalklausel für sonstige Kartelle in § 7 GWB n.F. Hier wurde in Anlehnung an den Ausnahmetatbestand des Art. 85 Abs. 3 EGV un-

ter bestimmten Bedingungen eine Legalisierungsmöglichkeit für Absprachen geschaffen, die der Verbesserung der Entwicklung, Erzeugung, Verteilung, Beschaffung, Rücknahme oder Entsorgung von Waren oder Dienstleistungen dienen. Kartelltypen, die in der Kasuistik des § 2 Abs. 2 und der §§ 3-5 GWB n.F. enthalten sind, dürfen jedoch explizit nicht nach der Generalklausel des § 7 GWB n.F. freigestellt werden.

Diese Generalklausel wurde im Vorfeld von der Monopolkommission wegen der weiten Interpretationsspielräume und der Einbeziehung außerwettbewerblicher Kriterien sehr heftig kritisiert⁴. Der Kritik wurde allerdings im Gesetzestext die Spitze dadurch genommen, daß diese Ausnahmeregelung nunmehr als Erlaubniskartell ausgestaltet ist, d.h., explizit vom Kartellamt freigestellt werden muß, wobei die Freistellung zeitlich befristet ist. Die Auswirkungen dieser Vorschrift hängen also sehr stark davon ab, wie das Bundeskartellamt und die Gerichte mit dieser Vorschrift umgehen werden.

Aufgrund der restriktiven Fallpraxis in der Vergangenheit steht nicht zu befürchten, daß hier ein Einfallstor für wettbewerbspolitisch bedenkliche Freistellungen entstanden ist. Andererseits besteht mit dieser Vorschrift die Möglichkeit, bisher stillschweigend geduldete Kooperationen – z.B. in der Entsorgungswirtschaft (Stichwort Duales System) – auf eine eindeutige kartellrechtliche Grundlage zu stellen. Außerdem wurde bei der Formulierung der Generalklausel auf das Merkmal „Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“ aus Art. 85 Abs. 3 EGV verzichtet. Solche industriepolitischen Erwägungen können nach wie vor nur in die Ministererlaubnis für ein Kartell eingehen, deren Beibehaltung auch von allen Kritikern der Reform begrüßt wurde, um ganz klar die institutionelle Trennung der Betrachtungsebenen herauszuarbeiten.

Vertikale Absprachen und Bindungen

Der zweite Abschnitt des neuen GWB beschäftigt sich in den §§ 14 bis 18 mit Vertikalvereinbarungen (früher: sonstige Verträge). Festzuhalten ist hier, daß das grundsätzliche Verbot der Preisbindung der zweiten Hand bestehen bleibt (§ 14 GWB n.F.). Beibehalten wurde allerdings auch die Ausnahme der Preisbindung bei Verlagserzeugnissen. Hier ist mit einiger Spannung zu erwarten, ob diese Vorschrift in Zukunft Bestand haben wird, nachdem die Europäische

⁴ Vgl. Monopolkommission, a.a.O., Tz. 945 ff. In einer Generalklausel mit einem Anmelde-/Widerspruchsverfahren sah die Monopolkommission eine Abkehr vom Verbots- zum Mißbrauchsprinzip mit Anmeldepflicht, also zu einem Systemwechsel mit erheblichen Signalwirkungen.

Kommission diesen Markt sehr kritisch unter die Lupe genommen hat. Bei der Mißbrauchsaufsicht über Ausschließlichkeits- und Kopplungsbindungen in § 16 GWB n.F. wurde durch die Neuformulierung der Beurteilungskriterien die Eingriffsschwelle erhöht. Nunmehr wird nur noch auf die wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs abgestellt, um bestimmte Ausschließlichkeitsbindungen für unwirksam zu erklären; der in § 18 GWB a.F. enthaltene Individualschutz von Unternehmen entfällt. Ergänzend hinzuweisen ist auf die Anpassung der Vorschriften über Lizenzverträge und Verträge über andere geschützte und nicht geschützte Leistungen bzw. Saatgut an das EU-Recht.

Definition der Marktbeherrschung

Der dritte Abschnitt des neuen GWB beschäftigt sich mit der Marktbeherrschung und dem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten marktbeherrschender Unternehmen. In Anpassung an Art. 86 EGV wurde die Mißbrauchsnorm des § 22 GWB a.F. in ein explizites Verbot der mißbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung umgewandelt. Ob damit tatsächlich – wie das Bundeswirtschaftsministerium in der Gesetzesbegründung schreibt – eine bessere Vorfeldwirkung erreicht wird und zukünftig zivilgerichtliche Schadensersatz- und Unterlassungsklagen betroffener Firmen erleichtert werden, ist nicht zwangsläufig; verwiesen sei auch auf die bisher schon als Verbotsnorm ausgestaltete Ersatzregelung des § 26 Abs. 2-4 GWB a.F.

Bedeutsam sind dagegen die Änderungen bei der Marktbeherrschungsdefinition im neuen Recht. Zwar wird weiterhin am gewohnten Marktbeherrschungsbegriff festgehalten, doch ergeben sich Anpassungen im Detail. So wird bei den Kriterien zur Bestimmung einer überragenden Marktstellung nach § 19 Abs. 2 Ziff. 2 GWB n.F. der „tatsächliche oder potentielle Wettbewerb durch innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässige Unternehmen“ eingefügt (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit a FusKontrVO). Diese Regelung wurde im Vorfeld z.B. von der Monopolkommission kritisiert, die befürchtete, aus diesem Passus könne auf eine eigentlich nicht beabsichtigte materielle Änderung der Rechtsanwendungspraxis geschlossen werden⁶.

Wesentlich stärker hatten sich jedoch die Monopolkommission und andere Kritiker an einem letztlich

doch nicht umgesetzten Vorschlag im Eckpunktepapier gestoßen, nämlich der Einfügung des Kriteriums „Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts“ (sogenannte französische Klausel) bei der Bestimmung einer überragenden Marktstellung. Ein solches potentielles industriepolitisches Einfallstor wurde jedoch erfreulicherweise nicht geschaffen.

Eine weitere Änderung betrifft die Marktbeherrschungsvermutungen. Diese sollten ursprünglich für die Mißbrauchsaufsicht gestrichen werden; was in der Novellierungsdiskussion von Kartellrechtsexperten kritisch hinterfragt wurde⁷. In den Beratungen im Wirtschaftsausschuß wurde dann aber ein Abs. 3 in § 19 GWB n.F. eingefügt, der die aus dem bisherigen Recht bewährten marktanteilsbezogenen Marktbeherrschungsvermutungen enthält. Allerdings wurde für die Oligopolvermutung die Formulierung des § 23a Abs. 2 GWB a.F. übernommen, die eine Beweislastumkehr enthält; letzteres scheint jedoch für die Praxis der Mißbrauchsaufsicht weniger bedeutsam.

Die inhaltliche Ausfüllung des Mißbrauchsbegriffs hält an den gewohnten Regelbeispielen für den Behinderungs-, Ausbeutungs- und Preisstrukturmißbrauch fest (§ 19 Abs. 4 Ziff. 1-3 GWB n.F.). Neu hinzu kommt – vor allem auf Initiative des Bundeskartellamts – ein allgemeiner Netzzugangstatbestand (Ziff. 4). Hiernach handelt der (marktbeherrschende) Inhaber eines Netzes oder einer anderen Infrastruktureinrichtung mißbräuchlich, wenn er einem anderen Unternehmen den Zugang zu diesen Einrichtungen verwehrt, und dieses deshalb nicht auf einem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens aktiv werden kann. Die im Wirtschaftsausschuß hierfür gefundene Formulierung lehnt sich sehr eng an die in der US-amerikanischen Antitrustrechtsprechung entwickelte „essential facilities doctrine“ an. Obwohl in wichtigen Netzindustrien (Telekommunikation, Energiewirtschaft, Eisenbahn) der Netzzugang mittlerweile aufgrund spezialgesetzlicher Regelungen ermöglicht wird, ist diese allgemeine Netzzugangsregelung als Signal für eine grundsätzliche wettbewerbliche Öffnung von Netzen und als langfristiges Instrument gegen eine Sektoralisierung des Kartellrechts wichtig⁷.

⁶ Vgl. Ingo Schmidt: Hauptprobleme der 6. Kartellnovelle, in: WIRTSCHAFTSDIENST 77. Jg. (1997), H. 11, S. 641 f.

⁷ Vgl. die unterschiedlichen Positionen zu einer allgemeinen Netzzugangsregelung bei Kurt Markert: Durchleitung von Strom und Gas: Allgemeines Kartellrecht oder Sonderregelung, in: Betriebsberater, 52 (1997), S. 1421-1426 versus Hermann-Josef Bunte: 6. GWB-Novelle und Mißbrauch wegen Verweigerung des Zugangs zu einer „wesentlichen Einrichtung“, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 47 (1997), S. 302-318.

⁵ Vgl. Monopolkommission, a.a.O., Tz. 993 ff. Die Kritik richtete sich insbesondere gegen eine mögliche Anwendung eines solchen Kriteriums bei der Marktabgrenzung im Rahmen der Fusionskontrolle. Potentieller Wettbewerb und Auslandswettbewerb würden ohnehin bei der vorzunehmenden umfassenden Gesamtanalyse der Wettbewerbsverhältnisse berücksichtigt.

Ebenfalls in das neue Kartellrecht übernommen wurden die Regelungen des § 26 Abs. 2-4 GWB a.F. (Diskriminierungsverbot, Verbot der Gewährung von Vorzugsbedingungen, Verbot der unbilligen Behinderung kleiner und mittlerer Wettbewerber). Sie finden sich nunmehr in den Abs. 1-4 des § 20 GWB n.F. Bedeutsam ist hier vor allem das (vertikale) Behinderungs- und Diskriminierungsverbot für sogenannte marktstarke Unternehmen in § 20 Abs. 2 GWB n.F. Das (horizontale) Behinderungsverbot für Unternehmen mit überlegener Marktmacht des § 20 Abs. 4 GWB n.F. wird nunmehr durch ein Verbot des Verkaufes unter Einstandspreis konkretisiert. Demnach liegt eine unbillige Behinderung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ohne sachliche Rechtfertigung Waren oder gewerbliche Leistungen nicht nur gelegentlich unter Einstandspreis anbietet. Die Beweislast liegt bei dem jeweiligen Unternehmen.

Mit dieser Regelung wurde ein langgehegter Wunsch der Mittelstandspolitik der großen Parteien Wirklichkeit. Daß eine Allianz aus Bauern- und Markenverband das Verbot des Verkaufes unter Einstandspreis als Schritt gegen leistungswettbewerbsfeindliche Auswüchse im Handel begrüßt, nährt die beim unabhängigen Beobachter keimenden Zweifel an der Sinnhaftigkeit dieser Vorschrift. Dieser Eingriff in die Freiheit der unternehmerischen Preisbildung ist aus grundsätzlichen wettbewerbstheoretischen Erwägungen abzulehnen, auch wenn die Gesetzesbegründung die Grenzen zulässiger Preisgestaltung erst dort sieht, wo „vorsätzliche Verdrängungspraktiken oder systematische Untereinstandspreisverkäufe zu einer Gefährdung des funktionierenden Wettbewerbs auf den betroffenen Märkten führen“.

Zudem sprechen praktische Gründe gegen das Verbot: Der gerichtsverwertbare Nachweis eines Verkaufes unter Einstandspreis ist in der Vergangenheit kaum geglückt und wird auch in Zukunft mit diesem neuen gesetzlichen Instrumentarium nicht überzeugend gelingen, trotz der durch verfahrensrechtliche Änderungen im GWB teilweise entschärften Roß- und Reiter-Problematik. Kleine Wettbewerber oder von marktmächtigen Nachfragern abhängige Zulieferer können nämlich in Zukunft während des kartellbehördlichen Verwaltungsverfahrens anonymisiert gehalten werden, nachdem auf entsprechendes Ersuchen zum Schutz eines Beschwerdeführers das Verfahren von Amts wegen eingeleitet wurde (§ 54 Abs. 1 GWB n.F.).

Dieser Vorstoß zum Schutz von Unternehmen, die sich aufgrund ihrer Abhängigkeitsposition eine kartellrechtliche Auseinandersetzung mit großen Wettbe-

werbern oder übermächtigen Kunden bzw. Lieferanten nicht leisten können, dürfte jedoch in der Praxis nur geringe Auswirkungen haben, da er an der problembegründenden Situation nichts ändert⁸. Die Vorfeldwirkung, die von der Möglichkeit eines Verfahrens von Amts wegen auf Unternehmen ausgeht, die ihre Marktmacht mißbräuchlich ausnutzen, ist ebenfalls als äußerst gering einzuschätzen. Zudem dürfte in der Unternehmenspraxis der anonyme Störenfried relativ schnell auch über informelle Kanäle zu ermitteln sein und entsprechenden Sanktionen unterworfen werden.

Ergänzend ist noch darauf hinzuweisen, daß § 21 GWB n.F. das Boykottverbot des früheren § 26 Abs. 1 GWB sowie die von § 25 GWB a.F. nach Herausnahme des Verbots abgestimmter Verhaltensweisen verbleibenden Regelungen übernimmt. Hiermit werden sonstige wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen erfaßt wie z.B. die Androhung/Zufügung von Nachteilen, um andere Unternehmen zu einem kartellrechtlich verbotenen Verhalten zu bewegen oder die Ausübung von Zwang zum Beitritt in ein legalisiertes Kartell. Erstmals ist im neuen Recht auch ein Verbot formuliert, einem anderen wirtschaftlichen Nachteil zuzufügen, weil er ein Einschreiten der Kartellbehörde beantragt oder angeregt hat (bisher als Ordnungswidrigkeit in § 38 Abs. 1 Nr. 9 GWB a.F.).

Ausnahmebereiche deutlich eingeschränkt

Die Ausnahmebereiche der §§ 98 GWB a.F. schränkten in der Vergangenheit die Anwendung des Wettbewerbsrechts in erheblichem Maße ein, was unter Wettbewerbspolitikern das Bonmot vom „Ausnahmebereich Wettbewerb“ provozierte. Im neuen Kartellrecht sind die Ausnahmeregelungen für bestimmte Wirtschaftsbereiche deutlich zusammengestrichen. Als einziger echter Ausnahmebereich verbleibt die Landwirtschaft (§ 28 GWB n.F.), während die Kredit- und Versicherungswirtschaft nur noch vom Verbot von

⁸ Problematisch erscheint allerdings auch die Forderung nach einer Entflechtungsregelung bei nachgewiesenem Mißbrauch, um – insbesondere im Handelsbereich – kompetitive Marktstrukturen herzustellen. Dieser Vorschlag findet sich – in Verbindung mit einer Abkopplung der Fusionskontrolle im Handel vom Marktbeherrschungskriterium – bei Ingo Schmidt: Handelskonzentration, Nachfragemacht und 6. GWB-Novelle, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 47 (1997), S. 119. Zwar gingen von einer solchen Regelung erhebliche Vorfeldwirkungen aus, doch erscheinen Entflechtungsmaßnahmen wettbewerbspolitisch grundsätzlich inkonform, solange in der betroffenen Branche Wettbewerb herrscht und relevante Economies of scope oder Economies of scale ausgenutzt werden können. Zudem ist die Frage einer besonderen Nachfragemacht des Handels im Vergleich zur Industrie und der hieraus resultierenden Sektoralisierungsnotwendigkeit des Wettbewerbsrechts sehr umstritten; vgl. zur Kritik einer solchen Maßnahme Rainier Lademann: Industriepolitische Instrumentalisierung des GWB durch handelspezifische Sektoralisierung?, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 47 (1997), S. 496-502.

Empfehlungen und Preisbindungen aufgrund von Verbandsvereinbarungen und -empfehlungen angenommen sind, nicht mehr aber vom Kartellverbot. Als weiterer Ausnahmereich erscheinen Urheberrechtsverwertungsgesellschaften, deren Recht an die relevanten EU-Normen angepaßt wurde. Verkehrs- und Versorgungsunternehmen sind dagegen in Zukunft nicht mehr als Ausnahmereiche qualifiziert. Hier haben – ausgehend von den Anstößen durch die EU – beachtenswerte Deregulierungen stattgefunden; zum Teil finden sich aber auch noch weitreichende Regulierungsmaßnahmen in Spezialgesetzen. Speziell im Elektrizitätssektor wurde durch das Energiewirtschaftsgesetz das System geschlossener Versorgungsgebiete auf der Basis von Demarkations- und Konzessionsverträgen beseitigt. Die in Zukunft zur Belegung des Wettbewerbs erforderlichen Durchleitungslösungen werfen jedoch im Detail noch zahlreiche Fragen auf⁹.

Ein ordnungspolitischer Sündenfall wurde allerdings mit dem neuen Ausnahmereich Sport (§ 31 GWB n.F.) begangen. Danach wird die zentrale Vermarktung von Fernsehrechten von Sportveranstaltungen durch Sportverbände vom Kartellverbot freigestellt, wenn die Verbände auch der Förderung des Jugend- und Amateursports verpflichtet sind und eine entsprechende „solidarische“ Verteilung der Einnahmen vornehmen. Trotz heftigen Widerstandes des Kartellamts wurde hiermit im Vorwahlkampf eine Lex-DFB durchgepaukt und auch noch durch eine förmliche Entschließung im Bundestag gewürdigt.

Das Kartellamt stützt sich bei seiner Argumentation gegen die zentrale Vermarktung auf die Annahme, daß es sich bei den Fußball-Bundesligaclubs um Wirtschaftsunternehmen handle – teilweise beabsichtigten diese ja sogar als Kapitalgesellschaften in den nächsten Jahren an die Börse zu gehen. Eine zentrale Vermarktung der Senderechte über den DFB mit Einnahmenumverteilung stelle daher eine syndikatsähnliche Lösung dar, deren Kartellcharakter im Falle der Europapokalspiele auch vom Bundesgerichtshof bejaht wurde. Der vom DFB vorgetragene Zweck eines Finanzausgleichs sei auch ohne Verstöße gegen das Kartellverbot über eine dezentrale Vermarktung mit anschließender Umverteilung realisierbar. Die jetzt beschlossene Freistellung durch den § 31 GWB n.F. scheint bei nüchterner Betrachtung unangemessen und wettbewerbspolitisch falsch¹⁰; zudem regt sich schon von Seiten der EU-Wettbewerbsbehörden Widerstand. Da die Europäische Kommission einen Einfluß auf den zwischenstaatlichen Handel mit Fernsehrechten sieht, wird sie diese Problematik näher un-

tersuchen und aller Voraussicht nach als Verstoß gegen das EU-Wettbewerbsrecht kennzeichnen.

Präventive Zusammenschlußkontrolle

Zu begrüßen ist, daß der siebente Abschnitt des GWB betreffend die Zusammenschlußkontrolle nunmehr gesetzestechisch klar von den Vorschriften der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen separiert ist. Die erste wichtige materielle Änderung betrifft die Zusammenschlußtatbestände. In § 37 GWB n.F. werden zwar wichtige Zusammenschlußtatbestände der alten Regelung in gestraffter Form übernommen (Vermögenserwerb, Anteils-erwerb, jede sonstige Verbindung mit unmittelbar oder mittelbar wettbewerblich erheblichem Einfluß); diese werden aber durch den sogenannten Kontroll-erwerb ergänzt.

Dieser an die EU-Fusionskontrollverordnung angelehnte Tatbestand sieht einen Zusammenschluß dann begründet, wenn über Eigentums- oder Nutzungsrechte an Vermögen bzw. Rechte und Verträge mit entsprechendem Einfluß auf die Unternehmensorgane ein bestimmender Einfluß auf die Unternehmens-tätigkeit ausgeübt werden kann. Daß sich, wie die Monopolkommission seinerzeit befürchtet hat¹¹, die Einführung des Kontroll-erwerbs restriktiv auf die Prüfungstätigkeit des Kartellamts auswirke, wird hier nicht vertreten; allerdings stellt sich die Frage, was dieser zusätzliche Tatbestand angesichts der in der Praxis bewährten und auch Umgehungstatbestände ausreichend erfassenden Regelungen des § 23 Abs. 3 GWB a.F. für die Effizienz der Zusammenschlußkontrolle bringt.

§ 35 GWB n.F. definiert den Geltungsbereich der Zusammenschlußkontrolle. Demnach fallen Zusammenschlüsse dann unter die Vorschriften des Gesetzes, wenn

- die beteiligten Unternehmen weltweite Umsatzerlöse von mehr als einer Mrd. DM aufweisen und
- mindestens ein Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 50 Mill. DM hat.

Mit dieser Regelung wurde das bisherige Aufgreifkriterium von 500 Mill. DM verdoppelt und damit der inflationären Entwicklung seit 1973 angepaßt. Außer-

⁹ Vgl. zu einer kritischen Würdigung der wettbewerblichen Konsequenzen des neuen Energiewirtschaftsrechts Norbert Eickhof: Die Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, in: WIRTSCHAFTSDIENST, 78. Jg. (1998), H. 1, S. 18-25.

¹⁰ Vgl. zu einer kritischen Gegenmeinung Horst M. Schellhaaß, Gregor Enderle: Die zentrale Vermarktung von Europapokal-spielen aus ökonomischer Sicht, in: WIRTSCHAFTSDIENST, 78. Jg. (1998), H. 5, S. 294-300.

¹¹ Vgl. Monopolkommission, a.a.O., Tz.1012.

dem ist zu bedenken, daß die Zusammenschlußkontrolle in Zukunft ausschließlich präventiv ausgestaltet ist. Das Ministerium schätzt in seiner Gesetzesbegründung, daß nur noch ein Drittel der bisher kontrollpflichtigen Zusammenschlüsse in der Fusionskontrolle verbleiben werden. Die Formulierung mit Bezug auf den weltweiten Gesamtumsatz und den mindestens erforderlichen nationalen Umsatz ist dem entsprechenden Passus in Art.1 Abs. 2 FusKontrVO nachgebildet. Nach wie vor gibt es auch Bagatellklauseln (§ 35 Abs. 2 GWB n.F.); demnach fallen nicht unter die Zusammenschlußkontrolle:

- der Zusammenschluß eines Unternehmens mit weltweit weniger als 20 Mill. DM Umsatz mit einem beliebigen anderen Unternehmen;
- Zusammenschlüsse auf einem mindestens fünf Jahre alten Markt mit weniger als 30 Mill. DM Gesamtumsatz.

Außerdem werden explizit Zusammenschlüsse ausgenommen, die nach der FusKontrVO unter die Zuständigkeit der Europäischen Kommission fallen. Die materielle Regelung der Zusammenschlußkontrolle in § 36 Abs. 1 GWB n.F. formuliert als Eingreißkriterium nach wie vor die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Auch die bisherige Abwägungsklausel (strukturelle Verbesserung der Wettbewerbssituation) wurde entgegen der Formulierung im Referentenentwurf berechtigterweise übernommen. Dagegen entfallen die bisherigen zusätzlichen Marktbeherrschungsvermutungen des § 23 a GWB a.F.; bei Untersagung des Zusammenschlusses gibt es neben dem Instanzenweg nach wie vor die Möglichkeit der Ministererlaubnis (§ 42 GWB n.F.).

Die Zusammenschlußkontrolle nach dem GWB ist nunmehr – wie die europäische Fusionskontrolle – ausschließlich als präventive Kontrolle ausgestaltet

(§ 39 Abs. 1 GWB n.F.). Nach § 40 Abs. 2 GWB n.F. muß im Hauptprüfverfahren zukünftig auf jeden Fall – also auch bei Freigabe des Zusammenschlusses – eine Verfügung des Bundeskartellamtes ergehen. Mit dieser Maßnahme wird ohne Zweifel die Transparenz des Verfahrens und der Rechtsschutz Dritter erhöht (Möglichkeit, auch gegen Freigabeentscheidungen Beschwerde einzulegen). Die Option, Freigabeentscheidungen nach § 40 Abs. 3 GWB n.F. mit Bedingungen und Auflagen zu verbinden, ersetzt die bisherige Konstruktion öffentlich-rechtlicher Verträge, die in der Praxis immer als unbefriedigend angesehen wurde.

Ausblick

Die 6. Novelle des GWB hat nur in Teilbereichen Signale für mehr Wettbewerb gesetzt. Häufig beschränken sich diese zudem auf verbale Kosmetik. Da jedoch auf der anderen Seite die Zahl der wettbewerbspolitischen Fehlsignale überschaubar ist, bleibt die Bewertung der Novelle positiv. Es stellt sich allerdings die Frage, ob sich der Aufwand für eine solche Novellierung gelohnt hat.

Die 6. Novelle dürfte jedoch nur eine Übergangslösung bleiben, da die Diskussion um eine Harmonisierung des nationalen mit dem europäischen Wettbewerbsrecht – insbesondere im Bereich der Fusionskontrolle – anhalten bzw. neu aufflammen wird. Zwar haben die Monopolkommission und der Wissenschaftliche Beirat in ihren Gutachten gezeigt, daß die Anpassung an das Referenzmodell Europa derzeit nicht der richtige Weg ist, doch dürften sich die Stimmen derer, die nach einer Angleichung rufen, in der nächsten Legislaturperiode neu zu einem Chor formieren. Ob dessen Gesang dann als wohlklingend oder als Kakophonie empfunden wird, darüber soll an dieser Stelle nicht weiter spekuliert werden.

HERAUSGEBER: HWWA – Institut für Wirtschaftsforschung – Hamburg (Präsident: N. N., Vizepräsident: Prof. Dr. Hans-Eckart Scharer). <http://www.hwwa.uni-hamburg.de>

Geschäftsführend: Dr. Otto G. Mayer

REDAKTION:

Dr. Klaus Kwasniewski (Chefredakteur), Dipl.-Vw. Susanne Erbe, Dipl.-Vw. Claus Hamann, Dipl.-Vw. Cora Wacker-Theodorakopoulos, Helga Wenke, Dipl.-Vw. Irene Wilson, M.A.

Anschrift der Redaktion: Neuer Jungfernstieg 21, 20347 Hamburg, Tel.: (0 40) 35 62 306/307

Verantwortlich für den Inhalt des HWWA-Konjunkturforums: Dr. Eckhardt Wohlers, Dr. Günter Weinert

Die Zeitschrift sowie alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Namentlich gezeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Herausgeber/Redaktion wiedergeben. Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten angenommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung einverstanden.

Verlag, Anzeigenannahme und Bezug:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Waldseestraße 3-5, 76530 Baden-Baden, Tel. (072 21) 21 04-0, Telefax (072 21) 21 04 27

Bezugsbedingungen: Abonnementpreis jährlich DM 118,- (inkl. MwSt.), Studentenabonnement DM 59,- zuzüglich Porto und Versandkosten (zuzüglich MwSt. 7%); Einzelheft DM 10,-; Abbestellungen vierteljährlich zum Jahresende. Zahlungen jeweils im voraus an: Nomos-Verlagsgesellschaft, Stadtparkasse Baden-Baden, Konto 5-002266

Anzeigenpreisliste: Nr. 1 vom 1. 1. 1993

Erscheinungsweise: monatlich

Druck: AMS Wünsch Offset-Druck GmbH, 92318 Neumarkt/Opf.