

Empfehlungen

der Ausschüsse

zum

Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Punkt der 599. Sitzung des Bundesrates am 21. April 1989

Der federführende Wirtschaftsausschuß (Wi),

der Finanzausschuß (Fz),

der Ausschuß für Innere Angelegenheiten (In) und

der Rechtsausschuß (R)

empfehlen dem Bundesrat, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Artikel 1 Nr. 1 (§ 5 c)

Wi

In Artikel 1 ist die Nummer 1 zu streichen.

Als Folgen

- sind in Artikel 1 die Nummern 2 bis 4 zu streichen;
- sind in Artikel 1 Nr. 19 Buchstabe d in § 80 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 die Worte
", 5b und 5c"
durch die Worte
"und 5b"
zu ersetzen;

Ausgeliefert am 11. APR. 1989

- ist in Artikel 1 die Nummer 20 wie folgt zu fassen:

'20. In § 91 Abs. 1 Satz 1 werden die Worte
", 99 Abs. 2 Nr. 1 a bis 4"
durch die Worte
", 99 Abs. 1 Nr. 2"
ersetzt.'

Begründung:

Die Einfügung des § 5 c wird von den Wirtschaftskreisen, die diese Norm begünstigen soll, nicht gewünscht. Die gegenwärtige Rechtslage kommt den Interessen der kleinen und mittleren Handelsunternehmen offenbar in besserer Weise entgegen.

2. Artikel 1 Nr. 9 Buchstabe a (§ 26 Abs. 2 Satz 2)

Wi

In Artikel 1 Nr. 9 Buchstabe a sind in § 26 Abs. 2 Satz 2 die Worte
"kleine oder mittlere Unternehmen als"
zu streichen.

Begründung:

Zur Lockerung des aus § 26 Abs. 2 Satz 2 resultierenden Belieferungszwanges besteht kein ausreichender Anlaß. Die Vorschrift läßt schon in ihrer derzeit geltenden Fassung das Dispositionsrecht auch des (marktstarken) Normadressaten prinzipiell unangetastet und ermöglicht so beispielsweise den Aufbau und die Praktizierung von Vertriebsbindungssystemen. Auf diese Weise wird dem Anliegen vieler Normadressaten an ausreichender Pflege ihrer Marken und angemessener Präsentation ihrer Ware Rechnung getragen. Andererseits hat sich die Vorschrift des § 26 Abs. 2 Satz 2 auch als Garant dafür erwiesen, daß Vertriebsbindungssysteme nicht zur Wiedereinführung einer verdeckten Preisbindung der zweiten Hand geführt haben. Gerade preisbewußte Handelsunternehmen konnten ihre Belieferung über die genannte Vorschrift erzwingen und so für im Interesse der Verbraucher lebhaften Wettbewerb mit qualitativ hochwertigen Produkten auf der Einzelhandelsstufe sorgen.

Die Rechtsprechung des BGH zu § 26 Abs. 2 weist in den letzten Jahren eine deutlich restriktive Tendenz auf. Befürchtungen, wonach es zu unerwünschten Ausuferungen des Belieferungszwanges kommen könnte, haben sich nicht bewahrheitet. Die Voraussetzungen der Abhängigkeit werden spätestens seit der "Technics-Entscheidung" wesentlich enger definiert. In die Abwägung der Interessen von Anbieter und großem Nachfrager kann sogar der Aspekt einfließen, daß für den Fall der Belieferung des Großunternehmens der ortsansässige Einzelhandel den Abbruch der Geschäftsbeziehungen in Aussicht stellt ("Belieferungswürdige Verkaufsstätten"). Schließlich darf als Gesichtspunkt für die Rechtfertigung einer Lieferverweigerung in Betracht gezogen werden, daß eine über längere Zeit wirkende Belieferungspflicht eine Abhängigkeit von einem Großunternehmen der Nachfrageseite bedingen kann ("Plaza SB-Warenhaus").

Die vorgesehene Einschränkung des Diskriminierungsverbotes trägt zudem die etwa auch im Rahmen des § 5 b bestehende Unsicherheit, unter welchen Voraussetzungen von "kleinen und mittleren" Unternehmen auszugehen ist, in die Vorschrift des § 26 Abs. 2 hinein. Geht man davon aus, daß "kleine und mittlere Unternehmen" die Existenz von "Großunternehmen" in der betreffenden Branche voraussetzen, so bleibt die vorgesehene Einschränkung des § 26 Abs. 2 in jedem Fall dort ohne sachliche Begründung, wo ein Markt ausschließlich durch mittelständische Anbieter oder Nachfrager geprägt ist. Einige typische Fälle der unternehmensbedingten Abhängigkeit - z. B. im Verhältnis von Kfz-Hersteller und -Händlern - würden in Zukunft überhaupt nicht mehr vom Diskriminierungsverbot erfaßt.

3. Artikel 1 Nr. 10 (§ 34)

R

Wi

In Artikel 1 ist die Nummer 10 zu streichen.

Als Folge

sind in Artikel 1 Nr. 26 in § 105

die Worte "§§ 13 und 14"

durch die Worte

"§§ 13, 14 und 34"

zu ersetzen.

Begründung:

Eine Abschaffung des Schriftformerfordernisses des § 34 GWB wird die gerichtliche Praxis insgesamt nicht entlasten, sondern über notwendig werdende Beweiserhebungen bei umstrittenen mündlichen Vereinbarungen zusätzlich belasten.

Wie in der Begründung des Entwurfes zutreffend ausgeführt, hat § 34 den Sinn sicherzustellen, daß die Kartellbehörden und Gerichte den Inhalt und die Tragweite wettbewerbsbeschränkender Verträge vollständig aus den Schriftstücken entnehmen können und sie nicht darauf angewiesen sind, langwierige Untersuchungen über zusätzliche mündliche Vereinbarungen anzustellen.

Nach den Erfahrungen der gerichtlichen Praxis würde eine Streichung des § 34 GWB dem ohnehin schon häufigen Streit der Parteien über den zwischen ihnen vereinbarten Vertragsinhalt Vorschub leisten. Umfangreiche Beweisaufnahmen zur Feststellung des Vertragsinhaltes wären erforderlich, die zeitaufwendig sind, den Parteien Kosten und dem Gericht zusätzlichen Arbeitsaufwand machen. Ins Gewicht fällt hierbei, daß es sich regelmäßig um auf längere Dauer angelegte Schuldverhältnisse handelt, die für die

Parteien von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung sind und deshalb ohnehin regelmäßig schriftlich abgefaßt werden. Durch die Abschaffung des Formzwangs würde eine unnötige Unsicherheit über die Vertragsgestaltung herbeigeführt, die im Falle gerichtlicher Auseinandersetzungen zusätzlichen Arbeitsaufwand der Gerichte durch Ermittlung der Parteierklärungen und ihre Würdigung erforderlich machten.

Die Schriftform der Verträge erleichtert nicht nur die Kontrolle des Vertragsinhaltes durch Gerichte und Behörden, sondern übt auch eine gewisse Warnfunktion auf die Vertragsbeteiligten aus, deren wirtschaftliche Bewegungsfreiheit durch die getroffene Regelung regelmäßig länger dauernd eingeengt wird. Die Verfolgung übermäßiger Ausnutzung von wirtschaftlicher Macht in Form von Boykott und Diskriminierung würde ebenfalls erschwert, wenn die Beteiligten auf mündliche Absprachen ausweichen könnten.

Demgegenüber kommt dem Umstand, daß die Wirksamkeitsprüfung durch das Kartellgericht grundsätzlich eine Verdoppelung der Verfahren bewirkt, da diese Feststellung der Entscheidung des Prozeßgerichts entzogen ist, die geringere Bedeutung zu. Es besteht die Möglichkeit, über § 88 GWB die Zuständigkeit des Kartellgerichts sowohl für die vertragliche Leistungsklage als auch für die kartellrechtliche Vorfrage zu begründen. Zudem sind die mit § 34 GWB verbundenen Rechtsfragen, insbesondere hinsichtlich des Umfangs des Schriftformerfordernisses und der Folgen eines Verstoßes, mittlerweile im wesentlichen höchstrichterlich geklärt.

Wi

4. Artikel 1 Nr. 12a - neu - (§ 38 a)

In Artikel 1 ist nach Nummer 12 folgende Nummer 12 a einzufügen:

'12a. § 38 a wird gestrichen.'

Als Folge sind

- in § 38 Abs. 1 Nr. 4 die Worte "§ 38 a Abs. 3 oder 6",
(vgl. Artikel 1 Nr. 12 Buchstabe b)
- in § 38 Abs. 1 Nr. 5 die Worte "oder einer vollziehbaren Verfügung nach § 38 a Abs. 3 oder 6",
- in § 39 Abs. 1 Nr. 1 die Worte ", § 38 a Abs. 4",
- in § 44 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b die Worte "und Empfehlungen der in § 38 a",
- in § 56 Nr. 3 die Worte ", § 38 a Abs. 3 oder 6",
- in § 58 Nr. 4 die Worte ", § 38 a Abs. 3 oder 6",
- in § 80 Abs. 2 Nr. 2 die Worte ", § 38 a Abs. 3 oder 6",
- in § 80 Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 die Worte ", § 38 a Abs. 3 und 6"
(vgl. Artikel 1 Nr. 19 Buchstabe d)

zu streichen,

und

- § 104 Abs. 1 Satz 2 (vgl. Artikel 1 Nr. 25 Buchstabe b) ist entsprechend anzupassen.

Begründung:

Die durch § 38 a GWB als Ausnahme von den Empfehlungsverboten des § 38 Abs. 1 Nr. 11 und 12 GWB erlaubte unverbindliche Preisempfehlung für Markenwaren führt zur Verfälschung von Marktergebnissen.

Die Erfahrung lehrt, daß die Verbraucherpreisempfehlung zum Nachteil des Verbrauchers mißbräuchlich gehandhabt wird, weil der empfohlene Preis oftmals weit höher angesetzt wird, als es dem Marktpreis entsprechen würde.

Des weiteren dient die Verbraucherpreisempfehlung nicht selten als Preisbindungersatz. Sie gibt dem Hersteller die Möglichkeit, über Vertriebsmaßnahmen darauf hinzuwirken, daß die empfohlenen Preise eingehalten werden. Diese Preisbindungsfunktion ist aber vom GWB nicht gewollt.

Auch die Händlerpreisempfehlung ist unter mehreren Gesichtspunkten geeignet, den Preiswettbewerb einzuschränken. Ähnlich der Verbraucherpreisempfehlung ermöglicht sie den Herstellern, Abnehmer an einer aktiven Preispolitik zu hindern, indem beim Vertrieb eine Bevorzugung empfehlungskonformer Anbieter erleichtert wird. Sie trägt, wie die Verbraucherpreisempfehlung, zu einer Vereinheitlichung des Preisverhaltens des Handels bei, die bis zu einer kollektiven Übertragung der Preiskalkulation auf die Herstellerseite gehen kann. Die Preiskalkulation ist jedoch in einer Marktwirtschaft eine fundamentale Aufgabe jedes Unternehmens. Wie Anbieter in anderen Wirtschaftsbereichen hat auch der Handel nach den individuellen Kosten und den Besonderheiten der Marktlage den von ihm geforderten Preis selbständig festzusetzen. Die Preisempfehlung ist somit ein einer wettbewerblichen Ordnung prinzipiell fremdes Element.

Eine wirksame Kontrolle von Mißbräuchen der unverbindlichen Preisempfehlung erscheint praktisch nicht möglich. Dies ist darauf zurückzuführen, daß die Preisempfehlungen nicht anzumelden sind und selbst bei einer obligatorischen Registrierung von Preisempfehlungen in Anbetracht der Vielzahl der Empfehlungen eine effektive Kontrolle praktisch nicht durchgeführt werden könnte.

Wi

5. Artikel 1 Nr. 19 (§ 80 Abs. 2)

Der Bundesrat bittet die Bundesregierung, bei der weiteren Beratung eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen darauf hinzuwirken, daß die Kartellbehörden künftig auch für Auskünfte nach § 9 Abs. 4 GWB Gebühren erheben können. In Betracht käme folgende Regelung:

- a) In Artikel 1 Nr. 19 ist vor Buchstabe a folgender Buchstabe a₀) einzufügen:

'a₀) In Absatz 2 wird Satz 1 wie folgt gefaßt:

"Zur Deckung der Verwaltungskosten erheben die Kartellbehörden Gebühren und Auslagen.""

- b) In Artikel 1 Nr. 19 ist nach Buchstabe b folgender Buchstabe b₁ einzufügen:

'b₁) In Absatz 2 Satz 2 wird folgende Nummer 5 angefügt:

"5. Erteilung schriftlicher Auskünfte aus den Akten der Kartellbehörden im Sinne von § 9 Abs. 4.""

- c) In Artikel 1 Nr. 19 Buchstabe d ist in § 80 Abs. 3 Satz 2 die Nummer 11 wie folgt zu fassen:

"11. 35 DM für die Erteilung beglaubigter Abschriften (Absatz 2 Nr. 4) und schriftlicher Auskünfte nach § 9 Abs. 4 (Absatz 2 Nr. 5);"

- d) In Artikel 1 Nr. 19 ist nach Buchstabe f folgender Buchstabe f₁) einzufügen:

'f₁) In Absatz 7 wird nach Nummer 3 folgende Nummer 3 a eingefügt:

(noch Ziffer 5)

- 9 -

"3a. in den Fällen des Absatzes 2 Satz 2 Nr. 5, wer die Auskunft beantragt hat;"

Als Folge

ist in Artikel 1 Nr. 19 nach Buchstabe e folgender Buchstabe e₁) einzufügen:

'e₁) In Absatz 5 Nr. 1 werden am Ende die Worte "außer in den Fällen des Absatzes 2 Nr. 5" eingefügt.'

Begründung:

Die geltende Rechtslage berücksichtigt nicht die erst seit der Änderung durch das Gesetz zur Bereinigung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 27. Februar 1985 (BGBl. I S. 457) für die Kartellbehörden statuierte Pflicht zur Erteilung von Auskünften nach § 9 Abs. 4 GWB. Solche Auskünfte - die in der Praxis überwiegend über Verträge nach § 103 Abs. 1 Nummern 1 und 2 GWB erbeten werden - erfordern, soweit sie schriftlich erteilt werden, erheblichen Verwaltungsaufwand. Da sie in aller Regel nicht durch einfache Abschriften bzw. Kopien aus den Akten der Kartellbehörde erteilt werden können, ist eine Gebührenpflicht nach § 80 Abs. 2 Nr. 2 GWB zumindest zweifelhaft. Dies gilt jedenfalls, solange § 80 Abs. 2 Satz 1 GWB als Obersatz vor Satz 2 Gebühren nur für Amtshandlungen "im Verfahren vor der Kartellbehörde" vorsieht.

Wi

6. Artikel 1 Nr. 21 (§ 99 Abs. 1 Nr. 1 a - neu -)

In Artikel 1 Nr. 21 ist in § 99 Abs. 1 nach Nummer 1 folgende Nummer 1 a einzufügen:

"1a. Verträge von Unternehmen der Seeschifffahrt, für die die Verordnung (EWG) Nr. 4056/86 nicht gilt, sowie auf Beschlüsse und Empfehlungen von Verbänden dieser Unternehmen, wenn und soweit sie die Beförderung über die Grenze oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes zum Gegenstand haben;"

Als Folge sind in Artikel 1

- Nr. 9 Buchstabe a in § 26 Abs. 2 Satz 1,
- Nr. 25 Buchstabe a in § 104 Abs. 1 und
- Nr. 26 in § 105

jeweils die Worte

" § 99 Abs. 1 Nr. 1 und 2"

durch die Worte

"§ 99 Abs. 1 Nr. 1, 1a und 2"

zu ersetzen.

Begründung:

Die deutschen Seeschiffahrtsunternehmen befinden sich in einer durch - auf sie einwirkende - internationale Bedingungen und starken Wettbewerbsdruck geprägten besonderen Situation, die eine Beibehaltung der Bereichsausnahme vom allgemeinen Kartellverbot notwendig macht. Diesem Erfordernis trägt der vorliegende Gesetzentwurf nicht Rechnung. Zudem wird von der unzutreffenden Annahme ausgegangen, daß der Bereich des Seeverkehrs heute bereits vom

(noch Ziffer 6)

EG-Recht erfaßt würde. Für den wichtigen Bereich der Trampschifffahrt gilt die EWG-Verordnung Nr. 4056/86 nicht. Hier bedarf es der vorgeschlagenen nationalen Regelung, durch die insbesondere alle Absprachen erfaßt blieben, die sich auf den Cross Trade beziehen. Darüber hinaus ermöglicht eine Beibehaltung der Bereichsausnahme die wirtschaftspolitisch gebotene weitere Stabilisierung des Wirtschaftszweiges, eine Begrenzung der Rechtsunsicherheiten gegenüber dem europäischen Kartellrecht sowie weiterhin flexible Problemlösungen, wie z. B. bei Konsortien, Joint Ventures und Stillegeaktionen.

In 7. Artikel 1 Nr. 22 a - neu - (§ 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB)

Wi In Artikel 1 ist nach Nummer 22 folgende Nummer 22 a einzufügen:

'22a. § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 wird wie folgt gefaßt:

"2. ein Versorgungsunternehmen ungünstigere Preise oder Geschäftsbedingungen fordert als gleichartige Versorgungsunternehmen, es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, daß der Unterschied auf abweichenden Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind; Nummer 1 bleibt unberührt, oder"

(noch Ziffer 7)

Begründung:

Das kartellrechtliche Instrumentarium zur Mißbrauchsaufsicht über die Unternehmen der leistungsgebundenen Versorgungswirtschaft muß erheblich verbessert werden. Ohne eine praktikable Fortentwicklung der Mißbrauchsaufsicht ist eine wirkungsvolle Arbeit der Kartellbehörden, wie die bisherigen Kartellverwaltungsverfahren gezeigt haben, kaum möglich. Die Mißbrauchsaufsicht über die Unternehmen der Versorgungswirtschaft leidet vor allem erheblich darunter, daß ihre gesetzlichen Grundlagen teilweise unklar und unpraktikabel formuliert sind. Die kartellrechtlichen Eingriffsbefugnisse, insbesondere der Beispielstatbestand für Preismißbräuche (§ 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB), sind präziser und effizienter auszugestalten. Der Bundesrat hält daher insbesondere folgende Verbesserungen für erforderlich:

- Das Tatbestandsmerkmal "spürbar" in § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB ist zu streichen, da mit dem in der Preismißbrauchsaufsicht notwendigen Einzelkundenvergleich eine unklare und je nach Interessenrichtung unterschiedlich auslegbare Toleranzschwelle nicht zu vereinbaren ist. Der Mißbrauchsbegriff des § 103 Abs. 5 GWB ist - wie die höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 22 GWB zeigt - im übrigen dahin auszulegen, daß nicht bereits jede geringfügige Preisabweichung die Annahme eines Mißbrauchs rechtfertigen kann. Es kann daher nicht im Sinne einer wirkungsvollen Mißbrauchsaufsicht sein, zu beanstandende Preisunterschiede am Merkmal "spürbar" als weiterer - zweiter - Toleranzschwelle zu messen.
- In § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB ist klarzustellen, daß unterschiedliche Preisstellungen nur gerechtfertigt sind, wenn sie auf unbefeinflußbaren Umständen beruhen, die das Vergleichsunternehmen in seinem Versorgungsgebiet nicht vorfindet. Es ist deshalb das Wort "abweichende" in § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB einzufügen. Damit wird gleichzeitig klargestellt, daß beispielsweise Immissionschutzinvestitionen auf Grund gesetzlicher Vorgaben - wie sie etwa die Verordnung über Großfeuerungsanlagen vorsieht - keine gegenüber gleichartigen Unternehmen ungünstigeren Preise rechtfertigen können, wenn die Vergleichsunternehmen hinsichtlich ihrer Feuerungsanlagen den gleichen Vorschriften unterliegen.

(noch Ziffer 7)

- Es ist durch Einfügung der Worte "Nummer 1 bleibt unberührt" in § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB klarzustellen, daß die Beispielsatbestände des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 und 2 GWB in der Preismißbrauchsaufsicht nebeneinander anwendbar sind.

In 8. Artikel 1 Nr. 23 (§ 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 4 GWB)

Wi In Artikel 1 ist Nummer 23 zu streichen.

Begründung:

Eine Streichung der Regelvermutung, daß die Verweigerung einer Durchleitung in der Regel nicht unbillig ist, wenn die Durchleitung zur Versorgung eines Dritten im Gebiet des Energieversorgungsunternehmens (EVU) führen würde, würde den gesetzlichen Schutz von Versorgungsgebieten durch Gebietsschutzverträge erheblich einschränken und damit die sichere und preiswürdige Versorgung aller Verbraucher gefährden. Zwar ist laut der Begründung des Entwurfs keine Änderung der materiellen Rechtslage (Vorrang der dem Inhaber des Versorgungsnetzes obliegenden Versorgungspflicht vor den wirtschaftlichen Interessen des die Durchleitung anstrebenden EVU) beabsichtigt, es ist aber nicht auszuschließen, daß einzelne Großabnehmer aus dem Versorgungsgebiet eines EVU herausgebrochen werden. Dies hätte zur Folge, daß die Energiepreise für die übrigen Abnehmer steigen würden, zumal die Versorgungspflicht des Gebiets-EVU generell bestehen bliebe.

9. Artikel 1 Nr. 24 (§ 103 a Abs. 1 und 4)

Fz In Artikel 1 ist Nummer 24 zu streichen.

Bei An-
nahme
entfällt
Ziffer 10

begründung:

Das Problem des zeitlichen Überlappens von Konzessions- und Demarkationsverträgen und das hierdurch bedingte wettbewerbspolitische Problem, daß nach Auslaufen eines Konzessionsvertrages kaum andere Versorgungsstrukturen geschaffen werden können, solange ein wirksamer Demarkationsvertrag vorliegt, ist durch die im Entwurf des Gesetzes nunmehr vorgesehene generelle relative Unwirksamkeit von Demarkationsverträgen unbefriedigend gelöst. Damit wird der bestehende kartellrechtliche Ordnungsrahmen im Bereich der Versorgungswirtschaft in seinem Kern berührt. Eine gleichmäßige preiswerte Versorgung, insbesondere in Flächenstaaten, würde nicht mehr aufrechterhalten werden können. Der Begründung der Bundesregierung für die vorgesehene Neufassung, daß auf diese Weise Auswahlalternativen für solche Gemeinden geschaffen würden, die am Rand von Versorgungsgebieten lägen und keine eigenen Versorgungsunternehmen hätten oder errichten könnten, kann der Bundesrat nicht folgen, da von solchen Auswahlalternativen ohnehin nur Gemeinden Gebrauch machen könnten, die sich am Rand eines Versorgungsgebietes befinden. Die Zufälligkeit der Lage einer Gemeinde am Rand eines Versorgungsgebietes kann aber kein ausreichender Grund für eine Rechtfertigung der vorgesehenen generellen relativen Unwirksamkeit der Demarkationsverträge sein. Auch ist - entgegen der Bundesregierung - nicht davon auszugehen, daß die Letztverteiler bzw. Gemeinden, die sich aufgrund des Wettbewerbs ergebenden Vorteile an die Abnehmer in ihrem Gebiet weitergeben werden. Erfahrungen aus der Praxis belegen das Gegenteil.

Der Bundesrat unterstützt daher die Weitergeltung der bisherigen Regelungen und die Aufrechterhaltung eines Gebietsschutzes.

Mit der Streichung von Artikel 1 Nr. 24 werden auch unerwünschte finanzpolitische Folgen verhindert.

10. Artikel 1 Nr. 24 (§ 103 Abs. 5)

In
entfällt
bei Annah-
me von
Ziffer 9

In Artikel 1 ist Nummer 24 wie folgt zu fassen:

'24. In § 103 Abs. 5 wird am Ende folgender Satz angefügt:

"Ein Mißbrauch im Sinne des Satzes 1 Nr. 1 liegt auch vor, wenn eine Vereinbarung der in Absatz 1 Nr. 1 bezeichneten Art nach Ende der Laufzeit eines Vertrages der in Absatz 1 Nr. 2 bezeichneten Art eine Versorgung der überwiegenden Zahl der Abnehmer zu günstigeren Preisen und Bedingungen durch ein anderes Unternehmen verhindert."

Begründung:

Die Laufzeiten von Konzessions- und Demarkationsverträgen enden ganz überwiegend zu unterschiedlichen Zeitpunkten. Dieses zeitliche Überlappen von Konzessions- und Demarkationsverträgen stellt in der Tat ein gewichtiges wettbewerbspolitisches Problem dar. Die gesetzgeberischen Zielvorstellungen des § 103a GWB von einer wirksamen Befristung Versorgungswirtschaftlicher Verträge werden verfehlt, wenn den Versorgungspartnern bei Auslaufen eines Konzessionsvertrages die Möglichkeiten zur Schaffung neuer energiewirtschaftlich rationeller Versorgungsstrukturen allgemein verschlossen bleiben. Es würde indessen zu weit gehen, wenn zur Lösung dieser Frage die generelle relative Unwirksamkeit von Demarkationsverträgen, die einem tatsächlichen Wechsel des Letztversorgers entgegenstehen, angeordnet wird. Der bestehende kartellrechtliche Ordnungsrahmen würde damit in seinem Kern berührt. Es bestünde die Gefahr, daß es in den Flächenstaaten

(noch Ziffer 10)

der Bundesrepublik Deutschland zu einem Auszehren von Versorgungsgebieten kommen und gerade kleinere Abnehmer aufgrund dieser negativ veränderten Versorgungsstruktur zu höheren Preisen versorgt werden müßten.

Dem Versuch, die Lösung einer generellen relativen Unwirksamkeit von Demarkationsverträgen u.a. damit zu begründen, daß auf diese Weise Auswahlalternativen für solche Gemeinden geschaffen würden, die am Rand von Versorgungsgebieten lägen und keine eigenen Versorgungsunternehmen hätten oder errichten könnten, kann der Bundesrat nicht folgen.

Die Zufälligkeit der Lage einer Gemeinde am Rand eines Versorgungsgebiets kann kein Rechtfertigungsgrund dafür sein, ihr auf Kosten anderer vergleichbarer Gemeinden inmitten eines Versorgungsgebiets zu günstigeren Bezugsbedingungen zu verhelfen. Es ist - entgegen der Bundesregierung - auch nicht davon auszugehen, daß die Letztverteiler die sich aufgrund des Wettbewerbs ergebenden Vorteile an die Abnehmer in ihrem Gebiet weitergeben werden. Die Praxis hat gezeigt, daß die Gemeinden bzw. Letztverteilerunternehmen bei der Gestaltung der Preise und Versorgungsbedingungen nahezu ausnahmslos an die - durch das Preisniveau des Vorlieferanten gezogene - Mißbrauchsgrenze herangehen und die Vorteile aus günstigeren Bezugsbedingungen keineswegs an die Letztverbraucher weitergeben. Die Gemeinden bzw. Letztverteilerunternehmen nehmen die abnahmestrukturbedingte Differentialrente, die sich aus einem hohen Tarifabnehmeranteil bei großer Abnahmedichte und damit aus einer günstigeren Abnahmestruktur im Vergleich zu den regionalen Weiterverteilern ergibt, vielmehr regelmäßig für sich in Anspruch.

Der Bundesrat gibt deshalb einer einzelfallbezogenen individuellen Unwirksamkeitsregelung, die im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht als flexibler und in seinen Wirkungen überschaubarer Beispielstatbestand in den Katalog typischer

(noch Ziffer 10)

Mißbrauchsfälle (§ 103 Abs. 5 Satz 3 GWB) aufzunehmen ist, den Vorzug. Eine solche gesetzliche Lösung bedeutet, daß ein Festhalten an einem Demarkationsvertrag dann als mißbräuchlich anzusehen ist, wenn das übernehmende Energieversorgungsunternehmen für die überwiegende Zahl der Abnehmer günstigere Preise und Bedingungen als das bisher - bei vergleichbaren strukturellen Gegebenheiten - versorgende Energieversorgungsunternehmen anbietet. Damit wird gleichzeitig auch ein Wettbewerbs- und Rationalisierungsdruck auf das bisher versorgende Energieversorgungsunternehmen ausgeübt. Dieses kann der Annahme des Mißbrauchs dadurch begegnen, daß es seinerseits zu diesen günstigeren Preisen und Bedingungen des neu anbietenden Energieversorgungsunternehmens die Gemeinde versorgt. In beiden Fällen - Übernahme der Gemeinde durch ein neues Energieversorgungsunternehmen bzw. Versorgung der Gemeinde durch das bisherige Energieversorgungsunternehmen zu günstigeren Preisen und Bedingungen bei der überwiegenden Zahl der Abnehmer - kommt es nach dem anerkannten kartellrechtlichen Grundsätzen des Diskriminierungsverbots (§ 26 Abs. 2 GWB) und der mißbrauchsfreien Preisgestaltung (§ 103 Abs. 5 GWB) zu einem weiterreichenden Rationalisierungs- und Wettbewerbsdruck dergestalt, daß das neu übernehmende bzw. das bisher versorgende Energieversorgungsunternehmen diese günstigeren Preise und Bedingungen in seinem gesamten Versorgungsgebiet anbieten muß. Eine solche Lösung hätte damit eine über diese Gemeinde hinausgreifende rationalisierende Wirkung.

Nach allem ist statt einer Änderung des § 103 a GWB - so Artikel 1 Nr. 24 in der Fassung des Gesetzentwurfs - § 103 Abs. 5 GWB durch einen neuen Satz zu ergänzen.

11. Zum Gesetzentwurf insgesamt

Fz

Wi

Der Bundesrat fordert die Bundesregierung auf, bei der weiteren Beratung des Entwurfs eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen darauf hinzuwirken, daß künftig die Gebühr im Sinne des § 107 Abs. 1 OWiG auch von juristischen Personen und Personenvereinigungen zu zahlen ist, gegen die eine Geldbuße nach § 30 Abs. 1 oder Abs. 4 OWiG festgesetzt wird.

Begründung:

Durch das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15. Mai 1986 (BGBl. I S. 721) wurde der Zusammenhang zwischen der Verfolgung der natürlichen Person und der Verhängung einer Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG gelockert. Insbesondere wurde die Bezeichnung als "Nebenfolge" im Gesetz gestrichen. Außerdem ist unter erleichterten Umständen die Durchführung eines selbständigen Verfahrens gegen das betroffene Unternehmen möglich, unabhängig von einem Straf- oder Bußgeldverfahren gegen die natürliche Person (§ 30 Abs. 4 OWiG). Das Unternehmen rückt damit in eine "dem Betroffenen ähnliche Rolle" (vgl. Göhler, OWiG, 8. Aufl. 1988, Rdnr. 8 vor § 87). Trotzdem behandelt der Gesetzgeber die juristische Person und Personenvereinigung weiterhin als "Nebenbeteiligte" (vgl. etwa § 444 Abs. 1 StPO i. V. m. § 88 Abs. 1 OWiG; § 467 a Abs. 2 StPO) mit der aus kostenrechtlicher Sicht entscheidenden Konsequenz, daß ihr lediglich die durch ihre Beteiligung erwachsenden besonderen Kosten auferlegt werden können (§ 472 b Abs. 1 Satz 1 StPO). Diese Rechtslage erscheint aus dem Gesichtspunkt der Kostenverursachung heraus unbefriedigend. Die festzusetzenden Gebühren sollen den mit der Durchführung des Verfahrens verbundenen Aufwand der Behörde abdecken. In Verfahren im Bereich der Wirtschaftskriminalität wird dieser Aufwand wesentlich durch die Ermittlungstätigkeit in Unternehmen, die Auswertung unternehmensinterner Unterlagen bis hin zur Verhängung von Geldbußen gegen diese Unternehmen verursacht. Die Verbandsgeldbußen belaufen sich dabei

(noch Ziffer 11)

regelmäßig auf ein Mehrfaches der gegen betroffene Unternehmensmitarbeiter verhängten Geldbußen. Die fehlende Möglichkeit, eine Gebühr gegen die Verfahrensbeteiligten festsetzen zu können, gegen die sich insbesondere Kartellordnungswidrigkeitenverfahren in erster Linie richten, ist deshalb zu beseitigen. Darüber hinaus kommt es nach geltendem Recht zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung zwischen einzelkaufmännischen Unternehmen einerseits sowie juristischen Personen und Personenvereinigungen andererseits. Während die Inhaber der erstgenannten Betriebe die Gebühr in voller Höhe zu entrichten haben, scheidet die Erhebung gegenüber den letztgenannten Verbänden nach derzeitiger Rechtslage aus. Da die Vorteile von Wirtschaftsdelikten regelmäßig den Unternehmungen zugute kommen, werden nach ständiger Verwaltungspraxis selbst bei einer Einmann-GmbH - die spürbaren Bußen gegen die juristische Person verhängt, während auf das gebührenpflichtige Organ nur ein Bruchteil davon entfällt. Bei insgesamt gleicher Bußgeldsumme zahlt also eine juristische Person keine, das einzelkaufmännische Unternehmen hingegen die volle Gebühr in Höhe von 5. v. H. der Geldbuße. Diese Situation tritt besonders kraß in Erscheinung, wenn sowohl einzelkaufmännisch als auch gesellschaftsrechtlich organisierte Unternehmen an derselben Tat und an demselben Verfahren beteiligt sind, wie dies beispielsweise bei Kartellverfahren in mittelständisch strukturierten Branchen oft der Fall ist.

Im übrigen würde mit der Änderung eine Gleichbehandlung juristischer Personen und Personenvereinigungen im kartellrechtlichen Verwaltungs- und Ordnungswidrigkeitenverfahren erreicht. Die verwaltungsverfahrensrechtliche Vorschrift des § 80 GWB erlaubt die Erhebung von Gebühren unabhängig davon, ob es sich um das Unternehmen eines Einzelkaufmanns oder eines der genannten Verbände handelt.