

08.12.97**Empfehlungen
der Ausschüsse**Wi - A - R - Uzu Punkt der 720. Sitzung des Bundesrates am 19. Dezember 1997

**Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen****Der federführende Wirtschaftsausschuß (Wi),****der Agrarausschuß (A),****der Rechtsausschuß (R) und****der Ausschuß für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (U)**

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

1. Zu Artikel 1 (§ 3 ff. GWB)

Wi

Der Bundesrat bittet die Bundesregierung zu prüfen, ob die großzügigeren Freistellungsvoraussetzungen für Rationalisierungs- und Spezialisierungskartelle gegenüber den Mittelstandskartellen wettbewerbspolitisch gerechtfertigt sind, die sich durch die unterschiedlichen Wettbewerbsklauseln in §§ 3 ff. ergeben.

Begründung:

Nach § 3 sind Spezialisierungskartelle, nach § 5 Abs. 1 Rationalisierungskartelle vom Verbot des § 1 freistellbar, wenn sie nicht zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen; Mittelstandskartelle können dagegen nach § 4 Abs. 1 nur freigestellt werden, wenn durch sie der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird. Der Begriff der marktbeherrschenden Stellung in §§ 3 und 5 Abs. 1 verweist auf § 19; Marktbeherrschung liegt also vor, wenn das Kartell ohne Wettbewerber oder

**Ausgeliefert am
09. DEZ. 1997**

(noch Ziff. 1)

keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs wird man dagegen im Regelfall bereits ab 10 bis 15 % Marktanteil annehmen müssen.

Bereits nach geltendem Recht bestehen Unterschiede hinsichtlich des Grades an Wettbewerbsbeschränkung auf dem örtlich und sachlich relevanten Markt, welchen das Gesetz in den jeweiligen 'Wettbewerbsklauseln' der Vorschriften zuläßt. Während bei Rationalisierungskartellen nach § 5 Abs. 2 und 3 GWB a.F. "der Rationalisierungserfolg in einem angemessenen Verhältnis zu der damit bewirkten Wettbewerbsbeschränkung stehen" soll und Spezialisierungskartelle nach § 5a GWB a.F. "einen wesentlichen Wettbewerb auf dem Markt bestehen lassen" müssen, sind Mittelstandskartelle gemäß § 5b GWB a.F. nur dann freistellbar, wenn durch sie "der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird". Aus der Zusammenschau dieser Klauseln wird die Folgerung gezogen, daß das Maß an Wettbewerbsbeschränkung, das durch Rationalisierungskartelle nach § 5 Abs. 2 und 3 GWB a.F. sowie Spezialisierungskartelle nach § 5a GWB a.F. bewirkt werden darf, das Ausmaß der gemäß § 5b GWB a.F. für Mittelstandskartelle zulässigen Wettbewerbsbeschränkung übersteigt.

Insbesondere für die dadurch bewirkte Privilegierung der Spezialisierungskartelle gegenüber den Mittelstandskartellen ist ein Sinn und Zweck nicht auszumachen. Die Gesetzesmaterialien geben keinen Aufschluß. Zwar wurde erkannt, daß die Klausel des § 5b GWB a.F. die „schärfere Fassung darstellt“, eine Begründung dafür aber nicht gegeben (Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft zu dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des GWB, BT-Drs. 7/765, S. 3). Im Schrifttum herrscht die Auffassung vor, Grund für die unterschiedliche Regelung sei, daß § 5a GWB a.F. die Zulassung einer speziellen rationalisierungsintensiven Kooperationsart regle, während § 5b GWB a.F. eine Vielfalt der Zusammenarbeit legalisiere, die in sehr unterschiedlicher Weise zur Rationalisierung geeignet sei; im Interesse des Wettbewerbs sei dabei Zurückhaltung geboten (Benisch in Gemeinschaftskommentar, § 5b Rn. 16; Kiecker in Langen/Bunte, § 5b Rn. 17). Jedoch stellt gerade die Spezialisierung, die bis zum Rückzug der beteiligten Unternehmen aus bestimmten Geschäftsfeldern führen kann, eine qualitativ äußerst schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung dar. Berücksichtigt man noch, daß an Spezialisierungskartellen Großunternehmen mitwirken können, während Mittelstandskartelle prinzipiell kleinen und mittleren Unternehmen vorbehalten sind, lassen sich großzügigere Freistellungs Voraussetzungen für erstere kaum rechtfertigen.

Die Formulierungen des § 3, wonach Spezialisierungskartelle lediglich nicht "zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung" führen dürfen, sowie des § 5 Abs. 1 Satz 3, wonach auch für Rationalisierungskartelle das Entstehen oder Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung als Grenze

(noch Ziff. 1)

aufgenommen wird, schreiben die Privilegierung der Spezialisierungs- und Rationalisierungskartelle gegenüber den Mittelstandskartellen nunmehr ausdrücklich im Gesetzestext fest. Der Bundesrat hält es für fraglich, ob eine solche Regelung wettbewerbspolitisch zu rechtfertigen ist.

Wi

2. Zu Artikel 1 (§ 9 Abs. 1 und 3 GWB)

In Artikel 1 sind in § 9

a) in Absatz 1 nach Satz 3 folgender Satz anzufügen:

"In den Fällen der §§ 3 und 4 Abs. 1 ist bei der Anmeldung nachzuweisen, daß die dort bezeichneten Voraussetzungen vorliegen."

b) in Absatz 3 nach Satz 1 folgende Sätze einzufügen:

"In den Fällen des § 2 hat die Kartellbehörde zu widersprechen, sofern die dort bezeichneten Voraussetzungen nicht nachgewiesen sind und die in Absatz 1 Satz 2 genannten Stellungnahmen nicht beigelegt werden. Sie kann widersprechen, wenn die in § 12 Abs. 1 bezeichneten Voraussetzungen gegeben sind. In den Fällen der §§ 3 und 4 Abs. 1 hat die Kartellbehörde zu widersprechen, wenn nicht nachgewiesen ist, daß die dort bezeichneten Voraussetzungen vorliegen. Sie kann widersprechen, wenn die Voraussetzungen des § 12 Abs. 1 gegeben sind."

Begründung:

1. Durch Absatz 1 Satz 4 wird (entsprechend den Regelungen der §§ 3 Abs. 2 a.F. und 5 a Abs. 2 a. F.) die Behauptung - bzw. die Beweisführungslast hinsichtlich des Vorliegens der Freistellungsvoraussetzungen den Anmeldern auferlegt. Daraus folgt insoweit eine Einschränkung der kartellbehördlichen Pflicht zur Amtsermittlung.

Werden die erforderlichen Nachweise von den Anmeldern nicht beigebracht, so muß es der Kartellbehörde möglich sein, bereits aufgrund dieser nicht oder nur unzureichend erfüllten Nachweispflicht dem Kartell zu widersprechen. Aus diesem Grunde bedarf es einer - den §§ 3 Abs. 3 Nr. 1 a.F. und § 5 a Abs. 3 Satz 2 entsprechenden - Regelung in Absatz 3 Satz 4.

Die Konsequenz, daß schon der mangelnde Nachweis der Freistellungsvoraussetzungen zum Widerspruch führt, ist erforderlich, da nur so dem Sinn und Zweck von Widerspruchskartellen Rechnung

(noch Ziff 2)

getragen werden kann. Wenn sich die Kartellbehörde ihrerseits dem Druck ausgesetzt sieht, innerhalb von drei Monaten eine Entscheidung über die Freistellung eines Kartells zu treffen, so muß damit auf der anderen Seite eine sanktionierbare Verpflichtung der Anmelder korrespondieren, alle zu dieser Beurteilung notwendigen Unterlagen so zeitig zur Verfügung zu stellen, daß diese auch hinreichend ausgewertet werden können.

Allein die in Absatz 3 Satz 3 des Regierungsentwurfes enthaltene Regelung über die Beweislastverteilung genügt dazu nicht. Danach hätte die Kartellbehörde wegen des Amtsermittlungsgrundsatzes bei Unterlassen von Mitwirkungshandlungen der Anmelder zunächst eigene Untersuchungen anzustellen. Erst im Rahmen der abschließenden Entscheidung über einen etwaigen Widerspruch wirkt sich dann eine Nichterweislichkeit der Freistellungsvoraussetzungen zu Lasten der Anmelder aus. Demgegenüber hat der obige Änderungsvorschlag den verwaltungsökonomischen Vorteil, daß der Widerspruch bereits auf das Nichtvorliegen entsprechender Nachweise gestützt werden kann.

2. In die gleiche Richtung zielt die Änderung zu Absatz 3 Satz 2. Auch die dort normierte Pflicht der Kartellbehörde zum Widerspruch bei fehlenden Stellungnahmen im Sinne des Absatzes 1 Satz 2 soll sicherstellen, daß die Anmelder diese rechtzeitig beibringen. Dadurch wird die Kartellbehörde in die Lage versetzt, schon ab Beginn der Drei-Monats-Frist eventuell problematische Aspekte umfassend prüfen zu können.
3. Die in der Änderung zu Absatz 3 Satz 3 und 5 enthaltene Möglichkeit zum Widerspruch bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 12 Abs. 1 schreibt die bereits nach der gegenwärtigen Rechtslage bestehende Befugnis der Kartellbehörde fest, im Rahmen des Prüfungsverfahrens eine antizipierte Mißbrauchskontrolle durchzuführen. In § 2 Abs. 3 Satz 2 war dies im geltenden Gesetz ausdrücklich geregelt.

Im Hinblick auf eine Freistellung nach § 2 des Regierungsentwurfs stellt die vorgeschlagene Fassung des Absatzes 3 Satz 3 klar, welche Kriterien die Kartellbehörde im Rahmen ihrer Prüfung zu berücksichtigen hat.

Wi

3. Zu Artikel 1 (§ 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB)

In Artikel 1 ist in § 19 Abs. 4 die Nummer 3 wie folgt zu fassen:

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

(noch Ziff. 3)

Begründung:

Eine eindeutige Regelung der Beweislast ist aus verfahrensökonomischen Gründen erforderlich. Die Formulierung des Entwurfes der Bundesregierung übernimmt den Wortlaut des bisherigen § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 GWB. Möschel in Immenga/Mestmäcker (GWB Kommentar, 2. Auflage § 22 Rdnr. 171) wertet die Beweislastregelung der bisherigen gesetzlichen Fassung als unklar.

Eine Umkehr der Beweislast in § 19 Abs. 3 ist für eine wirksame und effiziente Mißbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörden erforderlich, um den Ermittlungsaufwand und die Ermittlungsdauer vor einer Untersagung des mißbräuchlichen Verhaltens durch einen Beschluß oder eine Verfügung der Kartellbehörde in vertretbaren Grenzen zu halten.

Angesichts der Erfahrungen der Kartellbehörden mit den extrem hohen Anforderungen der Rechtsprechung an den Nachweis der Tatbestandsvoraussetzungen für die Annahme eines mißbräuchlichen Verhaltens verhindert der dafür notwendige hohe Ermittlungsaufwand ein schnelles Unterbinden mißbräuchlichen Verhaltens. Ein schnelles Handeln kann zum Schutz der durch den Mißbrauch Benachteiligten notwendig sein, um nicht jegliche Schutzgewährung zu vereiteln.

Es ist sachgerecht, den marktbeherrschenden Unternehmen die Beweislast für sachliche Rechtfertigungsgründe aufzuerlegen, da diese in erster Linie auf unterschiedlichen Kosten beruhen, deren Nachweis in die Sphäre der Unternehmen fällt.

Wi

4. Zu Artikel 1 (§ 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB)

In Artikel 1 ist in § 19 Abs. 4 die Nummer 4 wie folgt zu fassen:

- "4. den Zugang eines anderen Unternehmens gegen ein angemessenes Entgelt zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen verweigert, ohne deren Mitbenutzung Wettbewerb insbesondere gegenüber dem Inhaber des Netzes oder der Infrastruktureinrichtung auf dem vor- oder nachgelagerten Markt aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich ist (wesentliche Einrichtungen); dies gilt nicht, wenn der Inhaber der wesentlichen Einrichtung nachweist, daß die Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht zumutbar ist."

(noch Ziff. 4)

Begründung

In den Mißbrauchskatalog des § 19 Abs. 4 soll als neues Regelbeispiel der Tatbestand der Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung aufgenommen werden. Wesentliche Einrichtungen sind Netze oder Infrastruktureinrichtungen, die als strategische Engpaßeinrichtungen den Charakter eines natürlichen Monopols haben. Mit dem neuen Regelbeispiel soll Wettbewerb auf den Märkten, die der wesentlichen Einrichtung vor- oder nachgelagert sind und auf denen der Inhaber der wesentlichen Einrichtung selbst tätig ist, gewährleistet werden. Im Vordergrund steht also die horizontale Dimension der Bekämpfung von Wettbewerberbehinderungen auf den vor- oder nachgelagerten Märkten, die ihre Ursache in der marktbeherrschenden Stellung des Inhabers der wesentlichen Einrichtung haben.

Die bisherigen Mißbrauchstatbestände des § 19 Abs. 4 bzw. das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 und 2 sind nur bedingt geeignet, Dritten den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen zu öffnen. Aus der Tatsache, daß spezifische Zugangsregelungen für den Bahn- und den Telekommunikationssektor bestehen, könnte zudem der Schluß gezogen werden, daß die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung nicht unter diese allgemeinen Mißbrauchstatbestände fällt. Dies würde gerade bei der Liberalisierung der leistungsgebundenen Energie, für die nur partiell eine spezielle Durchleitungsvorschrift vorgesehen ist, zu erheblichen Problemen führen. Zur effektiven Durchsetzung des Zugangs und zur Schließung einer möglichen Rechtslücke ist daher die Einführung eines eigenständigen Mißbrauchstatbestands, der den diskriminierungsfreien Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung regelt, erforderlich. Über die genannten überkommenen Monopolbereiche hinaus ist der vorgeschlagene Tatbestand von Bedeutung, um als flexible und zukunftsgerichtete Norm den Zugang zu neu entstehenden Netzstrukturen offenzuhalten.

Das Regelbeispiel soll sich darauf beschränken, den Zugang zu Einrichtungen zu ermöglichen, die den Charakter eines natürlichen Monopols besitzen. Damit werden vor allem - aber nicht ausschließlich - physische Netze erfaßt. An das Merkmal "wesentliche Einrichtung" sind hohe Anforderungen zu stellen. Es ist erfüllt, wenn die folgenden Voraussetzungen vorliegen:

- Den Wettbewerbern ist es bei objektiver Betrachtungsweise nicht möglich, eine vergleichbare Einrichtung selbst zu errichten bzw. auf dem vor- oder nachgelagerten Markt auch ohne Nutzung der Einrichtung des beherrschenden Unternehmens tätig zu werden.
- Die Gewährung des Zugangs ist objektiv notwendig, um auf dem vor- oder nachgelagerten Markt wirksamen Wettbewerb sicherzustellen.

(noch Ziff. 4)

Liegt eine wesentliche Einrichtung vor, so kann die Verweigerung des Zugangs jedoch durch sachliche oder rechtliche Gründe - z.B. nur beschränkt zur Verfügung stehende Kapazität, mögliche Störungen im Betriebsablauf der Einrichtung - gerechtfertigt sein.

Die Beweislast für das Vorliegen hinreichender Ablehnungsgründe, deren mögliches Spektrum wegen der bestehenden Marktbeherrschung kleiner sein muß als sonst in Fällen von Geschäftsabschlußverweigerung, trägt allerdings der Inhaber der wesentlichen Einrichtung. Die darin liegende strengere Behandlung eines Marktbeherrschers i.S.d. neuen Nummer 4 ist gerechtfertigt, weil die vorgenannten Voraussetzungen für das Vorliegen einer wesentlichen Einrichtung einen besonders hohen Grad von wettbewerblich nicht kontrollierter Marktmacht definieren. Sie kann wegen der fehlenden Möglichkeit der Duplizierbarkeit der Einrichtung nur abgebaut werden, wenn Dritte durch Gewährung des Zugangs die Chance zur Eröffnung von Wettbewerb erhalten. Zudem liegen die möglichen Rechtfertigungsgründe für die Verweigerung des Zugangs überwiegend in der Sphäre des Eigentümers der wesentlichen Einrichtung und sind für das Zugang begehrende Unternehmen nicht oder nur schwer zu überprüfen. Dieser Gedanke liegt auch der in § 20 Abs. 5 vorgesehenen Beweislastumkehr zugrunde. Daneben ist zu berücksichtigen, daß die fehlende Duplizierbarkeit, insbesondere bei natürlichen Monopolen in Verbindung mit öffentlich-rechtlichen Zugangsbeschränkungen, ein erhebliches Indiz dafür ist, daß die Monopolstellung des Inhabers der Einrichtung nicht nur auf eigener Leistung beruht.

Die letztgenannte Erwägung macht auch deutlich, daß mit dem zusätzlichen Beispielstatbestand der wettbewerbspolitische Grundsatz, Pioniergewinne als Innovationsanreiz zu akzeptieren, nicht in Frage gestellt werden soll. Ziel der neuen Nummer 4 ist es vielmehr, bisher als natürlich angesehene Monopole zu öffnen und die notwendigen Voraussetzungen für nachstoßenden Wettbewerb überhaupt erst zu schaffen.

Dem Inhaber der wesentlichen Einrichtung steht für die Nutzung seiner Einrichtung durch Dritte ein angemessenes Entgelt zu. Damit darf das Entgelt nicht diskriminierend sein; Dritte dürfen also nicht anders behandelt werden als der Inhaber der wesentlichen Einrichtung sich selbst behandelt. Dieser Grundsatz gilt bereits für die Öffnung des Netzes eines Marktbeherrschers in der Telekommunikation (vgl. § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG). Der Inhaber der wesentlichen Einrichtung darf bei der Festsetzung des Entgelts neben den Grenzkosten der Nutzung durch ein drittes Unternehmen auch weitere mit der Einrichtung in unmittelbarem Zusammenhang stehende Aufwendungen in angemessener Weise berücksichtigen.

(noch Ziff. 4)

Der Inhaber wird durch die Zugangsregelung in der eigenen Nutzung seiner Einrichtung nicht beeinträchtigt und erhält über die Entgelte Dritter angemessene Beiträge zur Deckung der Gesamtkosten der Einrichtung, so daß die Öffnung der Einrichtung für Dritte nicht in seine Eigentumsrechte eingreift. Damit bleibt die Öffnung wesentlicher Einrichtungen durch den vorgeschlagenen Tatbestand weit hinter einer ordnungspolitisch bedenklicheren Enteignung zurück.

Wi

5. Zu Artikel 1 (§ 19 Abs. 4 Nr. 5 -neu- GWB)

In Artikel 1 ist in § 19 Abs. 4 am Ende der Nummer 4 der Punkt durch ein Semikolon zu ersetzen und folgende Nummer 5 anzufügen:

“5. als Betreiber oder Inhaber einer wesentlichen Einrichtung für Waren oder Leistungen, die es über die wesentliche Einrichtung anbietet, ungünstigere Entgelte oder Geschäftsbedingungen fordert als Inhaber oder Betreiber gleichartiger wesentlicher Einrichtungen, es sei denn, es weist nach, daß der Unterschied auf abweichenden Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind.”

Begründung:

Eine effiziente Mißbrauchsaufsicht erfordert nicht nur eine besondere Regelung über den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung, sondern auch für die Waren oder Leistungen, die vom Inhaber oder Betreiber der wesentlichen Einrichtung angeboten werden.

Dies gilt insbesondere für die leitungsgebundene Energiewirtschaft nach der Aufhebung des § 103 GWB im Zusammenhang mit der Neuordnung des energiewirtschaftlichen Ordnungsrahmens, weil gerade hier die derzeitigen Strukturen zunächst weiter bestehen bleiben, so lange es noch keinen substantiellen Wettbewerb gibt. Nach der Streichung des § 103 entfallen zwar die bisher durch ausschließliche Konzessionsverträge rechtlich abgesicherten Gebietsmonopole. Sie bestehen aber als einfache Wegerechte und damit zunächst als faktische Gebietsmonopole fort, weil nicht sofort alternative Netze anderer Anbieter zur Verfügung stehen. Die bisher bestehenden Strukturen werden sogar durch das vom Gesetzgeber zugunsten der Kommunen vorgesehene Single-Buyer-Modell verfestigt.

Deshalb sollte zunächst der bisherige Maßstab des § 103 GWB für die Mißbrauchsaufsicht mit der entsprechenden Beweislastregelung bestehen bleiben, bis sich substantieller Wettbewerb gebildet hat. Bei diesem Maßstab für die Mißbrauchsaufsicht können im Rahmen des Vergleichsmarktpinzips auch

(noch Ziff. 5)

Monopolisten miteinander verglichen werden. Dies ist notwendig, um eine effiziente Mißbrauchsaufsicht zu gewährleisten, wie dies der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 19.12.1996 [Bundesrats-Drucksache 906/96 (Beschluß)] in den Ziffern 13 und 15 gefordert hat.

Die allgemeine Auffangzuständigkeit der Kartellbehörden für die Mißbrauchsaufsicht auch für die Energiewirtschaft ist vor dem Hintergrund der Tatsache notwendig, daß die Bundesregierung in das EnWG keine Regelung der Behördenzuständigkeit aufgenommen hat, um die Zustimmungsbedürftigkeit durch den Bundesrat zu vermeiden.

Die Darlegungs- und Beweislast ist für den Inhaber oder Betreiber der wesentlichen Einrichtung auch zumutbar, weil eine wesentliche Einrichtung ein besonders hohes Maß an wettbewerblich nicht kontrollierter Marktmacht im Bereich der wesentlichen Einrichtung gewährt, die sich auch erheblich auf die Marktstärke auf vor- oder nachgelagerten Märkten auswirken kann.

Daneben ist zu berücksichtigen, daß die Marktmacht bei natürlichen Monopolen dadurch abgesichert sein kann, daß öffentlich-rechtliche Hindernisse, wie z.B. die Versagung bau- oder umweltrechtlicher Genehmigungen einer Duplizierung der wesentlichen Einrichtung entgegenstehen. Im Falle einer solchen Absicherung der Marktmacht beruht diese dann nicht allein auf der Leistungskraft des Inhabers oder des Betreibers der wesentlichen Einrichtung.

Wi

6. Zu Artikel 1 (§ 20 Abs. 4 GWB)

In Artikel 1 ist in § 20 Abs. 4 der Satz 2 zu streichen.

Begründung:

Im Rahmen der geltenden marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftsordnung kann der Unternehmer grundsätzlich seine Preisgestaltung in eigener Verantwortung vornehmen. Mit der beabsichtigten Ergänzung des horizontalen Behinderungsverbotes würde erstmals ein tragendes Element der deutschen und europäischen Wettbewerbsordnung gesetzlich verboten: Die Nutzung des unternehmerischen Handlungsspielraumes, Waren oder gewerbliche Leistungen unter den eigenen (Einstands-) Kosten anzubieten und damit auch die Verbraucher an den Ergebnissen funktionierenden Wettbewerbs partizipieren zu lassen, würde mit einem Unwerturteil des Gesetzgebers versehen. Der Rechtsprechung ist es bisher gut gelungen, die Eigenverantwortung des Unternehmers nur insoweit zu begrenzen, als der Einsatz des Wettbewerbsparameters Preis in der erkennbaren Absicht erfolgte, andere Unternehmen auf Dauer vom Markt zu verdrängen oder es jedenfalls objektiv erkennbar war, daß das Verhalten nicht ohne Folgen für die Marktstruktur bleiben würde (vgl. BGH Urteil vom 04.04.1995 WuW/E BGH

(noch Ziff. 6)

2977, 2982 - Hitlisten - Platten). Der BGH hat damit zu Recht die Eingriffsbefugnisse der Kartellbehörden auf eine Marktstrukturkontrolle begrenzt. Gefahren für den Wettbewerb sind aber nicht immer schon dann indiziert, wenn - wie es der vorliegende Entwurf vorsieht - häufiger als nur gelegentlich unter den Einstandspreisen verkauft wird.

Der Regierungsentwurf läßt jeglichen empirischen Beleg für die Notwendigkeit der vorgeschlagenen Tatbestandsergänzung vermissen. Andererseits steht zu befürchten, daß die jetzt beabsichtigte Regelung gleichbedeutend mit dem Einstieg in eine umfassende Reglementierung der Preisgestaltung insbesondere im Handel sein wird. Wie Erfahrungen aus Frankreich zeigen, ist ein gesetzliches Verbot des Verkaufes unter Einstandspreis allein nicht ausreichend, um die mit dem Regierungsentwurf angestrebten Ziele zu erreichen. Definition und Ermittlung des Einstandspreises werfen meist große Probleme auf. Man hat deshalb dort nicht nur ein Kalkulationsschema für den Einstandspreis festgelegt, sondern auch zwingende Vorschriften zur Ausgestaltung der Rechnungen sowie ein Regelwerk über gesetzliche Zahlungsfristen, Sondervorschriften für von Handelsunternehmen selbst aufbereitete Erzeugnisse sowie Ausnahmeregelungen geschaffen. Zeitperioden und Dauer von Sonderangebotsaktionen sowie die betreffenden Produkte werden von verschiedenen staatlichen und kommunalen Stellen nach Bewertung der jeweiligen Situation auf den betroffenen Märkten festgelegt.

Wie eine Marktuntersuchung in Frankreich gezeigt hat, führt ein Verbot des Verkaufes unter Einstandspreis zu erhöhten Endverbraucherpreisen und höheren Gewinnmargen bei den Handelskonzernen. Daneben profitieren erfahrungsgemäß die großen Markenhersteller, während viele Produkte kleiner Lieferanten sogar billiger angeboten werden müssen, weil diese keine Werbemittel zur Verfügung stellen können, die nicht über den Produktpreis refinanziert werden. Handelskonzerne können sich schließlich den Reglementierungen leichter entziehen, indem sie preisgünstige Eigenmarken anbieten.

Neben der Unklarheit des Begriffes „Einstandspreis“ weist der vorgeschlagene Tatbestand weitere Defizite auf: Ob der „nicht nur gelegentliche“ Verkauf unter Einstandspreis synonym mit „systematisch“ zu verstehen sein soll, und welche sonstigen Anforderungen an dieses Merkmal zu stellen sind, bleibt ebenso offen, wie die Frage, wie der „Einstandspreis“ für gewerbliche Leistungen ermittelt werden soll. Schließlich fordert das vorgesehene Regelbeispiel zu einer doppelten Interessenabwägung auf: Die nach ständiger Rechtsprechung im Rahmen der Unbilligkeit „unter besonderer Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbes gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ vorzunehmende Interessenabwägung soll ihrerseits durch die Wertung determiniert werden, ob der Verkauf unter Einstandspreis „sachlich gerechtfertigt“ ist; dieses Merkmal

(noch Ziff. 6)

kann ebenfalls - schon aus rechtssystematischen Gründen (vgl. § 20 Abs. 1 n.F.) - nicht anders als über die übliche wiederum wettbewerbsorientierte Interessenabwägung ausgefüllt werden.

Wi

Hilfsempfehlung zu 6.*

7. Zu Artikel 1 (§ 20 Abs. 4 Satz 2 GWB)

In Artikel 1 sind in § 20 Abs. 4 Satz 2 die Wörter "oder gewerbliche Leistungen" zu streichen.

Begründung:

§ 20 Abs. 4 Satz 2 des Entwurfs schränkt die Abgabe von Waren oder gewerblichen Leistungen unter Einstandspreis ein. Von einem "Einstandspreis" kann sinnvollerweise nur bei der Abgabe am Markt beschaffter Waren die Rede sein. Bei gewerblichen Leistungen ist ein Einstandspreis nur im Ausnahmefall der Weitergabe von vorher - eventuell bei Subunternehmern - beschafften Leistungen gegeben.

Hinsichtlich des Angebots gewerblicher Leistungen wäre demnach die neue Regelung nur auf untypische Fallgestaltungen anwendbar. Legte man den Begriff des "Einstandspreises" für gewerbliche Leistungen als Selbstkostenpreis aus, um der Regelung bei Dienstleistungen einen größeren Anwendungsbereich zu geben, ergäben sich Wertungswidersprüche zur Regelung bei Waren, da der "Einstandspreis" bei Waren vom Selbstkostenpreis verschieden ist. Die Kartellbehörde müßte darüber hinaus, um den Selbstkostenpreis zu finden, in die unternehmerische Kalkulation der entsprechenden Preise für Dienstleistungen einsteigen. Abgesehen davon, daß dies von der Arbeitsökonomie her kaum zu leisten wäre, setzt dies die Festlegung bestimmter unternehmerischer Kalkulationsmethoden, insbesondere von Zuschlagssätzen, voraus. Ohne diese Festlegung von Kalkulationsgrundsätzen wäre die Bindung an einen Selbstkostenpreis für Dienstleistungen wenig sinnvoll, da die Preise für Dienstleistungen sich typischerweise auf Basis der Kalkulation einer Vielzahl von Faktoren ergeben. Die Festlegung von Kalkulationsprinzipien und die Bindung der Marktteilnehmer daran widerspricht jedoch der auf Freiheit der Wirtschaftsbetätigung gerichteten Zielsetzung des GWB. Im Lichte der vorstehend benannten Anwendungsprobleme sollte die Regelung auf die Untereinstandspreisverkäufe von Waren beschränkt werden.

* Die Hilfsanträge unter Nummer 7 und 8 schließen einander nicht aus.

WI

Hilfsempfehlung zu 6.***8. Zu Artikel 1 (§ 20 Abs. 4 GWB)**

In Artikel 1 sind in § 20 Abs. 4 Satz 2 am Ende folgende Wörter einzufügen:

"und wenn dieses Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb nachhaltig zu beeinträchtigen".

Begründung:

Die mit Satz 2 vorgesehene Ergänzung des derzeit geltenden § 26 Abs. 4 läßt die nötige marktstrukturbezogene Komponente vermissen. Regelbeispiel des horizontalen Behinderungsverbotes kann niemals ein rein unlauteres Verhalten sein; es muß vielmehr deutlich werden, daß die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbes insgesamt gefährdet erscheint. Dies hat die höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 26 Abs. 4 GWB (vgl. BGH WuW/E BGH 2977, 2982 - Hitlisten - Platten) zu Recht festgestellt und nach der Streichung des § 37 a Abs. 3 GWB a.F. die Eignung zur nachhaltigen Beeinträchtigung der strukturellen Voraussetzungen für wirksamen Wettbewerb als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zur Voraussetzung des horizontalen Behinderungsverbotes erhoben. Demzufolge ist der Gesetzestext unvollständig, wenn schon allein die Feststellung von Verkäufen unter Einstandspreis zur Unbilligkeit eines unternehmerischen Verhaltens führen soll.

Der Hauptempfehlung (Ziffer 6) sowie den Hilfsempfehlungen (Ziffern 7 und 8) widerspricht der Agrarausschuß mit folgender Begründung:

Der Einwand, die eigenverantwortliche Nutzung des unternehmerischen Handlungsspielraums bei der Preisgestaltung würde mit einem Unwerturteil des Gesetzgebers versehen, geht in der Sache fehl. Die vorgeschlagene gesetzliche Regelung begründet - und dies zu recht - allenfalls punktuell in solchen Fällen ein Unwerturteil, wo ein sachlich gerechtfertigter Grund für den Unter-Preis-Verkauf fehlt. Außerdem kann von einer verantwortlichen Nutzung eines Handlungsspielraumes dort nicht mehr die Rede sein, wo "nicht nur gelegentlich", sondern häufiger Waren unter Einstandspreis (z. B. Joghurt für 8 Pfennige; 500 Gramm Butter für 1,39 DM) verkauft werden. Insofern ist auch kein Grund für die Annahme eines Einstiegs in eine umfassende Preisreglementierung ersichtlich.

* Die Hilfsanträge unter Nummer 7 und 8 schließen einander nicht aus.

Die von der Rechtsprechung zu § 26 Abs. 4 GEB a. F. aufgestellten Erfordernisse für die Annahme einer unbilligen Härte bieten keinen hinreichenden Schutz, da durch die Beschränkung auf eine Marktstrukturkontrolle die landwirtschaftlichen Erzeuger und mittelständischen Nahrungsmittelbetriebe aus dem Prüfungsspektrum der Kartellbehörde weitgehend ausgeblendet sind. Das Merkmal einer nachhaltigen Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs greift für diese Wettbewerber zu kurz. Der individuelle wirtschaftliche Vorteil des Verbrauchers bei einem Unter-Einstandspreis-Erwerb wandelt sich auf die Dauer in einen Nachteil infolge der immer größer werdenden Konzentration der Nachfragemacht im Handel.

Den behaupteten begrifflichen Unklarheiten im Regierungsentwurf kann mit den gebräuchlichen Auslegungsregeln sowie einer entsprechenden Ergänzung der bisher ohnehin nur unzureichenden amtlichen Gesetzesbegründung un schwer begegnet werden. Ebenso wenig verfängt der rechtssystematische Einwand doppelter Interessensabwägung, da durch die beispielhafte Nennung der Unter-Einstandspreis-Verkäufe im Zusammenhang mit der Formulierung "nicht nur gelegentlich" zumindest deren Ausnahmecharakter hervorgehoben wird, was bei der bisherigen wettbewerbsorientierten Interessenabwägung nicht der Fall wäre. Insofern bedeutet das Merkmal "ohne sachlichen Grund" keine Wiederholung der Interessenabwägung, sondern eine Möglichkeit für den Wettbewerber zur Rechtfertigung des Unter-Einstandspreis-Verkaufs im Einzelfall.

Darüber hinaus ist der behauptete Aufwand einer schwierigen Preiskalkulation - wenn überhaupt - nur in wenigen Grenzfällen von Relevanz, da diese Sachverhalte bereits aufgrund der Interessenabwägung aus dem Anwendungsbe- reich fallen werden. Der § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB dient in erster Linie zur Reglementierung der evidenten Dumping-Preis-Fälle.

Im übrigen wird darauf hingewiesen, daß sich die von der Bundesregierung vorgeschlagene Fassung des § 20 Abs. 4 Satz 2 - Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis - auch aus der Sicht des BDI vertreten läßt.

Wi 9. Zu Artikel 1 (§ 23 Abs. 1 GWB)

In Artikel 1 sind in § 23 Abs. 1 nach dem Wort "wenn" die Wörter

"mit den Empfehlungsempfängern keine Vereinbarungen im Sinne des § 16 Nr. 1 bis 3 getroffen worden und"

einzufügen.

(noch Ziff. 9)

Begründung:

Die Vorschrift des derzeitigen § 38 a wurde 1973 nach „reiflicher Überlegung“ geschaffen, weil es den Markenwarenh Herstellern nach Beseitigung der Preisbindung für ihre Produkte ermöglicht werden sollte, „sogenannte Unverbindliche Preisempfehlungen als Orientierungshilfen für den Verbraucher auszusprechen“ (vgl. Bericht des BT-Ausschusses für Wirtschaft Drs. 7/765, abgedr. in WRP 1973, 376, 388). Schon damals hielt der Gesetzgeber (a.a.O. Seite 377) den Hinweis für erforderlich, es müsse sichergestellt werden, daß marktmächtige Hersteller von Markenwaren „nicht durch selektiven Vertrieb faktisch Preisbindungen aufrechterhalten“.

Die Erfahrungen des für den Vollzug des § 38 a ausschließlich zuständigen Bundeskartellamtes zeigen, daß dieses Anliegen nicht nur in bezug auf marktmächtige Markenartikelproduzenten berechtigt war. Die Unverbindliche Preisempfehlung wird häufig als Preisbindungsersatz mißbraucht. Insbesondere im Rahmen selektiver Vertriebsbindungssysteme versuchen Hersteller, für ihre Markenartikel einheitliche Endabnehmerpreise am Markt durchzusetzen. Über die Androhung von Liefersperren sollen Einzelhändler zur Einhaltung der eigentlich unverbindlichen Preisempfehlung veranlaßt werden (vgl. TB 1995/96 = BT-Drs. 13/7900 S. 41). Die Mißbrauchsaufsicht nach § 38 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 hat in diesem Zusammenhang keine Bedeutung erlangt; jedoch wurden Geldbußen verhängt, deren Höhe die Bedeutung der Zuwiderhandlungen gegen den Grundsatz der freien Preisbildung verdeutlichen. Die Zahl dieser Verfahren ist in den beiden letzten Jahren z. B. im Bekleidungshandel erheblich angestiegen (vgl. TB 1995/96 S. 87).

Der Bundesrat hat wiederholt, zuletzt in seiner Stellungnahme zum Elften Hauptgutachten der Monopolkommission (BR-Drs. 451/97) zu bedenken gegeben, ob das Institut der Unverbindlichen Preisempfehlung nicht gestrichen werden sollte. Da die Bundesregierung darauf nicht eingegangen ist, sieht die hier vorgeschlagene Ergänzung des § 23 n.F. eine maßvolle, aber auch notwendige Beschränkung dieses Institutes vor. Zum einen wird sich die Änderung meist auf Märkten auswirken, auf denen die bisherigen Preisempfehlungen den Endverbrauchern gar nicht bekannt wurden und demzufolge auch nicht als Orientierungshilfe dienen konnten. Zum anderen bleibt jedem Markenartikelhersteller die Wahl, eine Unverbindliche Preisempfehlung auszusprechen oder den Vertrieb über ausgewählte Facheinzelhändler zu bevorzugen. Dem mittelständischen Einzelhandel kann dementsprechend die Unverbindliche Preisempfehlung weiterhin als Kalkulationshilfe zur Verfügung gestellt oder das exklusive Vertriebsrecht für bestimmte Markenwaren eingeräumt werden.

Wi

10. Zu Artikel 1 (§ 34a - neu- GWB)

In Artikel 1 ist nach § 34 folgender § 34a - neu - einzufügen:

"§ 34 a

Schriftform

Vereinbarungen und Beschlüsse im Sinne der §§ 2 bis 7 sowie Verträge, die Beschränkungen oder Bindungen der in den §§ 15 bis 18 bezeichneten Art enthalten, sind schriftlich abzufassen. § 126 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches findet Anwendung. Es genügt, wenn die Beteiligten Urkunden unterzeichnen, die auf einen schriftlichen Beschluß, eine schriftliche Satzung oder eine Preisliste Bezug nehmen. § 126 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches findet keine Anwendung."

Als Folge

- ist in § 15 der Absatz 2 zu streichen;
- ist die Überschrift des Sechsten Abschnittes wie folgt zu fassen:

"Sanktionen, Schriftform"

Begründung:

Das Schriftformerfordernis für Kartellverträge und Vertikalvereinbarungen ist weiterhin unverzichtbar, damit Kartellbehörden und Gerichte ohne langwierige Ermittlungen die Tragweite wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen er-messen können. Da viele Verträge ohnehin schriftlich fixiert werden, ist durch eine Streichung des Schriftformerfordernisses keine spürbare Entlastung des Wirtschaftsverkehrs zu erwarten. Die mit § 34 GWB verbundenen Rechtsfragen, insbesondere hinsichtlich des Umfanges der Regelung und der Folgen eines Verstoßes, sind mittlerweile höchstrichterlich geklärt.

Andererseits würde eine Streichung dem ohnehin häufigen Streit der Parteien über den Inhalt nicht fixierter Vereinbarungen Vorschub leisten; umfangreiche

(noch Ziff. 10)

Beweisaufnahmen, die den Parteien Kosten und bei den Gerichten zusätzlichen Arbeitsaufwand verursachen, wären die Folgen.

Den Kartellbehörden würde ohne schriftlichen Beleg die Prüfung der ohnehin schwer und nur mit erheblichem Arbeitsaufwand nachzuweisenden Voraussetzungen des Mißbrauchs von Ausschließlichkeitsbindungen (§ 16 n.F.) weiter erschwert. Eine vergleichbare Problematik besteht beim Nachweis von

Boykottaufrufen. Nach geltendem Recht kann die Richtigkeit des Einwandes des verurteilenden oder auch des sperrenden Unternehmens, es halte sich lediglich an eine wirksam vereinbarte Ausschließlichkeits- und/oder Vertriebsbindungsklausel, ohne weiteres überprüft werden, da diese wegen § 34 GWB in Schriftform vorliegen muß.

Das Schriftformerfordernis beinhaltet darüber hinaus eine wichtige Schutz- und Warnfunktion vor allem für kleinbetriebliche Unternehmer, denen nur so die Tragweite, aber auch - nach kartellbehördlicher Prüfung - die Zulässigkeitsgrenzen wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen vor Augen geführt werden können. Aus letzterem folgt zudem, daß das Schriftformerfordernis eine unabdingbare Voraussetzung für ein ordnungsgemäßes und praktikables Anmeldeverfahren nach § 9 darstellt.

Der Text der neuen Vorschrift übernimmt - unter Anpassung an die neue Terminologie der in Bezug genommenen Vorschriften - die Fassung des derzeit geltenden § 34.

11. Zu Artikel 1 (§ 36 Abs. 1 GWB)

A

In Artikel 1 sind in § 36 Abs. 1 nach den Wörtern

"zu untersagen" die Wörter

"es sei denn, die beteiligten Unternehmen weisen nach, daß durch den Zusammenschluß auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und daß diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen"

einzufügen.

Begründung:

Aufgrund oligopolistischer Marktstrukturen kann ein Unternehmenszusammenschluß nicht nur unter Berücksichtigung der sich daraus ergebenden marktbeherrschenden Stellung auf den Absatz- oder Beschaffungsmärkten beurteilt werden, sondern in die Beurteilung muß auch die Veränderung der Wettbewerbsbedingungen gegenüber den Marktpartnern einbezogen werden.

(noch Ziff. 11)

Die neue Vorschrift des § 40 Abs. 3 ist nicht geeignet, den derzeit eingeräumten Ermessensspielraum in vollem Umfang zu ersetzen, weil ein Zusammenschluß gemäß § 36 Abs. 1 versagt werden muß, wenn eine marktbeherrschende Stellung zu erwarten ist, auch im Falle damit einhergehender - schwerer wiegender - positiver Veränderungen der Wettbewerbsbedingungen gegenüber den Marktpartnern. Die Möglichkeit der Festsetzung von Nebenbestimmungen zur Freigabe nützt in diesen Fällen nichts, da eine Freigabe nicht erfolgen darf. Sie hilft insbesondere nicht, wenn es darum geht, Wettbewerbsnachteile der landwirtschaftlichen Verarbeitungs- und Vermarktungsunternehmen (z. B. Molkeereien) gegenüber der Nachfragemacht des hochkonzentrierten Lebensmittel-einzelhandels bei der Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses mit in die Abwägung einzubeziehen

Wi

12. Zu Artikel 1 (§ 38 Abs. 3 GWB)

In Artikel 1 sind in § 38 Abs. 3 die Wörter

", die Herstellung, den Vertrieb und die Veranstaltung von Rundfunkprogrammen und den Absatz von Rundfunkwerbezeiten"

zu streichen.

Begründung:

Der Bundesrat lehnt die durch den Gesetzentwurf beabsichtigte Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Norm ab. Bisher galt eine niedrigere Aufgreifschwelle lediglich für die Presse. Mit dem Gesetzentwurf soll sie nunmehr auch auf Rundfunkveranstalter erstreckt werden.

Damit überschreitet der Bund seine Gesetzgebungskompetenzen. Dem Bund steht zwar gemäß Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 (Recht der Wirtschaft) und Nr. 16 (Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung) die konkurrierende Gesetzgebung in diesem Bereich grundsätzlich zu. Regelungen des Rundfunks hingegen liegen in der ausschließlichen Kompetenz der Länder. Dies schließt auch medienspezifische Sonderregelungen des Kartellrechts aus. Ansonsten würde die Bundesregierung den Anwendungsbereich einer Länderregelung vorgeben.

Es mag dahinstehen, ob dies im Bereich der Presse zulässig ist. Denn hier besitzt der Bund gemäß Artikel 75 Abs. 1 Nr. 2 die Kompetenz zum Erlaß von Rahmenbestimmungen, von der er allerdings bisher keinen Gebrauch gemacht hat.

Wi

13. Zu Artikel 1 (§ 64 Abs. 1 Nr. 2 GWB)

In Artikel 1 sind in § 64 Abs. 1 in Nummer 2 am Ende die Wörter

„; dies gilt nicht für Verfügungen nach § 32 i.V.m. § 19 Abs. 4 Nr. 4“
einzufügen.

Begründung:

Eine wirksame, funktionierenden Wettbewerb schaffende Öffnung wesentlicher Einrichtungen für Dritte ist nur möglich, wenn die entsprechende kartellbehördliche Verfügung sofort vollziehbar ist. Grundlage für den Erlass einer Mißbrauchsverfügung in Fällen des § 19 Abs. 4 ist § 32. Eine Beschwerde gegen die Verfügung hätte nach § 64 Abs. 1 Nr. 2 aufschiebende Wirkung. Besteht ein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung, so könnte die sofortige Vollziehbarkeit nur durch eine Anordnung der Kartellbehörde nach § 65 Abs. 1 bewirkt werden. Um die Effektivität des Verfahrens zur Öffnung einer wesentlichen Einrichtung sicherzustellen, sollte die sofortige Vollziehbarkeit der entsprechenden Verfügung nicht nur als Ausnahmefall möglich, sondern als Regelfall im Gesetz vorgesehen sein. Dies erfordert eine Anpassung von § 64 Abs. 1 Nr. 2.

Die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde gegen eine kartellbehördliche Verfügung zur Öffnung einer wesentlichen Einrichtung verzögert die Aufnahme von Wettbewerb durch Zugang Begehrende in der Regel um Jahre. Zwischen Erlass der Mißbrauchsverfügung und Eintritt ihrer Rechtskraft kann der Eigentümer der wesentlichen Einrichtung den der wesentlichen Einrichtung vor- oder nachgelagerten Markt also weiterhin beherrschen. Wird die Rechtmäßigkeit der kartellbehördlichen Entscheidung gerichtlich bestätigt, ist der in der Zwischenzeit durch den fehlenden Wettbewerb eingetretene wirtschaftliche Schaden praktisch nicht mehr auszugleichen. Darüber hinaus sind bis dahin die Chancen für einen erfolgreichen, den Wettbewerb eröffnenden Marktzutritt möglicherweise vergangen, zumindest aber erheblich verschlechtert.

Die Bundesregierung hatte bereits in ihrem Entwurf zur 4. GWB-Novelle die Beseitigung der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln gegen Mißbrauchsverfügungen nach § 22 Abs. 5 vorgeschlagen. Zur Begründung führte sie an, daß Machtmißbräuche angesichts der verursachten volkswirtschaftlichen Schäden möglichst schnell beseitigt und weitere Schäden verhindert werden müßten, BT-Drs. 8/2136, S. 8 (29). Um zumindest einen Ausgleich für die in dem Zeitraum vom Erlass der Verfügung bis zu ihrer Rechtskraft eingetretenen Schäden zu schaffen, sah der Entwurf weiter vor, daß Schadensersatz nach § 35 Abs. 2 bereits rückwirkend vom Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung geltend gemacht oder der zwischen Erlass der Verfügung und ihrer Rechtskraft beim Marktbeherrscher angefallene Mehrerlös nach § 37 b Abs. 1 abgeschöpft werden kann, BT-Drs. 8/2136, S. 8

(noch Ziff. 13)

(14/15). Im Gesetzgebungsverfahren wurden diese Maßnahmen als ausreichend angesehen, die bestehende Lücke zu schließen, vgl. Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 1980, S. 366 (374).

In den Fällen der Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung sind allerdings weder Schadensersatz (§ 33) noch Mehrerlösabschöpfung (§ 34 Abs. 1) ein geeignetes Korrektiv, um die zwischen Erlaß der Verfügung und ihrer Rechtskraft eingetretenen negativen wirtschaftlichen Folgen auszugleichen. Mit dem neuen Mißbrauchstatbestand sollen primär wettbewerbliche Bedingungen auf bislang wettbewerbslosen Märkten geschaffen werden. Dies ist jedoch rückwirkend nicht möglich. Eine Mehrerlösabschöpfung kommt als aliud für das angestrebte Ziel nicht in Betracht. Die Höhe des Mehrerlöses, d.h. dessen, was der Netzinhaber durch den fehlenden Wettbewerb mehr eingenommen hat, wird sich nicht oder kaum berechnen lassen. Rückwirkende Schadensersatzansprüche des Zugang Begehrenden sind ebenfalls kein adäquates Mittel, da diese bestenfalls die geschädigten Individualinteressen ausgleichen können. Ähnlich ist die Situation bei der Anwendung der Mehrerlösabschöpfungs- bzw. Schadensersatzregelung auf Fälle des Behinderungsmißbrauchs. Damit sind diese Regelungen allenfalls für die Mißbrauchstatbestände des § 19 Abs. 4 Nr. 2 und 3 ein geeignetes Korrektiv, nicht jedoch für § 19 Abs. 4 Nr. 1 und 4. Es wäre daher eigentlich sachgerecht, nicht nur für Verfügungen nach § 19 Abs. 4 Nr. 4, sondern auch für solche nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 die sofortige Vollziehbarkeit im Gesetz vorzusehen und sie deshalb aus dem Katalog in § 64 Abs. 1 Nr. 2 auszunehmen.

Der praktischen Notwendigkeit der sofortigen Vollziehbarkeit hat der deutsche Gesetzgeber für die Telekommunikation Rechnung getragen und in § 80 Abs. 2 TKG festgelegt, daß Beschwerden gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde keine aufschiebende Wirkung haben. Auch nach EU-Recht (Artikel 185 EGV) hat eine Beschwerde gegen eine Verfügung der Kommission nach Artikel 86 EGV keine aufschiebende Wirkung; allerdings kann diese auf Antrag vom Beschwerdegericht angeordnet werden.

Nach der in der 6. GWB-Novelle vorgesehenen Umstellung der Mißbrauchsaufsicht auf das Verbotprinzip spricht sogar vieles dafür, Beschwerden gegen Mißbrauchsverfügungen der Kartellbehörde - entsprechend dem Regierungsentwurf zur 4. GWB-Novelle - generell keine aufschiebende Wirkung zuzubilligen. Mit einem Verbot stellt der Gesetzgeber die hohe Sozialschädlichkeit des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung heraus. Mit der Verfügung wird der beanstandete Mißbrauch auch hinreichend konkretisiert, so daß nicht ungewiß bleibt, welches Verhalten (sofort) abzustellen ist.

14. Zu Artikel 1 (§ 81 Abs. 1 Nr. 7 GWB)

R

In Artikel 1 ist § 81 Abs. 1 Nr. 7 wie folgt zu fassen:

"7. entgegen § 39 Abs. 1 Zusammenschlüsse nicht oder nicht richtig anmeldet,"

Begründung:

Anpassung an die zugrunde liegende Gebotsnorm.

15. Zu Artikel 1 (§ 81 Abs. 1 Nr. 8 GWB)

R

In Artikel 1 ist § 81 Abs. 1 Nr. 8 wie folgt zu fassen:

"8. entgegen einer vollziehbaren Verfügung nach § 39 Abs. 5 oder entgegen § 59 Abs. 2 eine Auskunft nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erteilt, Unterlagen nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig herausgibt, geschäftliche Unterlagen nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig zur Einsichtnahme und Prüfung vorlegt, oder die Prüfung dieser geschäftlichen Unterlagen sowie das Betreten von Geschäftsräumen und -grundstücken nicht duldet,"

Begründung:

Anpassung an die zugrundeliegende Gebotsnorm (§ 59 Abs. 2 GWB-E).

16. Zu Artikel 1 (§ 81 Abs. 3 GWB)

R

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens durch Ergänzung der §§ 30, 130 OWiG ausdrücklich klarzustellen, daß sich die Verjährungsfrist für Ordnungswidrigkeiten nach den genannten Vorschriften an der Verjährungsfrist für die zugrunde liegende Pflichtwidrigkeit der unmittelbar Handelnden ausrichtet.

Begründung:

Mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13. August 1997 (BGBl. I S. 2038) ist die Verjährungsfrist für Ordnungswidrigkeiten nach § 38 Abs. 1 Nr. 1, 8 GWB verlängert worden (§ 38 Abs. 5 Satz 2 GWB). Dem Willen des Gesetzgebers entspricht es, daß die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach §§ 30, 130 OWiG, denen Pflichtverstöße nach § 38 Abs. 1 Nr. 1, 8 GWB oder gar Straftaten (etwa nach § 298 StGB) zugrunde liegen, nicht in kürzerer Frist verjährt als die der Pflichtwidrigkeiten der unmittelbar Handelnden

(noch Ziff. 16)

(Korte, NSTZ 1997, 513, 518, unter Hinweis auch auf § 131 Abs. 3 OWiG). Es erscheint geboten, diesen Grundsatz durch ausdrückliche Regelungen in den §§ 30, 130 OWiG klarzustellen.

U 17. Zum Gesetzentwurf insgesamt

Der Bundesrat weist darauf hin, daß der Gesetzentwurf im Zusammenhang mit dem Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechtes steht.

Er bittet die Bundesregierung, im weiteren Gesetzgebungsverfahren eine systematische Abstimmung beider Gesetze herbeizuführen. Insbesondere bestehen Defizite hinsichtlich des Verhältnisses beider Gesetze zueinander bei den materiellen Bestimmungen über wettbewerbswidriges Verhalten und zu den Aufsichtszuständigkeiten.