

Bundesrepublik Deutschland
Der Bundeskanzler
6 — 61010 — 5891/62

Bonn, den 22. August 1962

An den Herrn
Präsidenten des Deutschen Bundestages

Unter Bezugnahme auf Ihr Schreiben vom 29. Juni 1961 über-
sende ich hiermit den von der Bundesregierung beschlossenen

**Bericht über Änderungen des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen.**

Der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für
Wirtschaft hat in mehreren Sitzungen Vorschläge für eine
Reform des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen er-
arbeitet. Sein Gutachten füge ich als Arbeitsunterlage bei.

Ich bitte, das Gutachten des Beirates zusammen mit dem Bericht
der Bundesregierung zu veröffentlichen.

Der Stellvertreter des Bundeskanzlers
Ludwig Erhard

**Bericht der Bundesregierung
über Änderungen des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen
gemäß Bundestagsdrucksache 2886 der 3. Wahlperiode**

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Erstes Kapitel	
Vorbemerkung und allgemeiner Überblick	8
1. Vorbemerkung	8
2. Allgemeiner Überblick	8
Zweites Kapitel	
Normen- und Typenkartelle (§ 5 Abs. 1 GWB)	10
1. Einleitung	10
1.1. Die Begriffe: „Normen“ und „Typen“	10
1.2. Normung und Typung in der Wettbewerbsordnung	10
1.3. Warum braucht die Wirtschaft Normen- und Typenkartelle?	12
2. Die Erfahrungen mit § 5 Abs. 1 GWB	12
2.1. Der Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 GWB	12
2.2. Die Anwendung des § 5 Abs. 1 GWB in den Jahren 1958 bis 1961	13
2.3. Änderungswünsche der interessierten Kreise der Öffentlichkeit	14
3. Die kartellrechtliche Problematik der Normen- und Typenempfehlungen	15
3.1. Zum Empfehlungsbegriff	15
3.2. Empfehlungsverbot und Rationalisierungsverbände	15
3.3. Änderungswünsche der interessierten Kreise der Öffentlichkeit	16
4. Änderungsvorschläge zu § 5 Abs. 1 GWB	16
4.1. Erleichterung des Verfahrens bei Normen- und Typenkartellen	16
4.1.1. Vorschlag: Übergang vom Anmelde- und Widerspruchsverfahren zum Anmeldeverfahren im Sinne des § 6 Abs. 1 GWB	16
4.1.2. Ohne Anmeldung wäre eine wirksame Mißbrauchsaufsicht nicht möglich	16
4.1.3. Auf das Anhören der betroffenen Lieferanten und Abnehmer könnte verzichtet werden, wenn jeder Anmeldung die Stellung- nahme eines Rationalisierungsverbandes beizufügen wäre	17
4.2. Freistellung von Empfehlungen, die lediglich die einheitliche Anwen- dung von Normen oder Typen zum Gegenstand haben	17
4.3. Gebührenminderung	18
5. Bemerkungen zu den Änderungswünschen der Verbände betreffend das Ver- fahren bei Spezialisierungskartellen nach § 5 Abs. 2 GWB	18
Drittes Kapitel	
Preisbindung der zweiten Hand (§§ 16, 17 und 38 Abs. 2 GWB)	21
1. Einleitung	21
2. Die Anwendung der §§ 16 und 17 GWB	21
2.1. Die Zahl der Preisbindungen (und Preisempfehlungen)	21

	Seite
2.2. Registrierung und statistische Auswertung der Preisbindungsanmeldungen	22
2.3. Die Mißbrauchsaufsicht nach § 17 GWB	23
3. Die wirtschaftsordnungspolitischen Wirkungen der Preisbindung für Markenwaren	24
3.1. Die Preisbindung mindert die Intensität des Wettbewerbs und fördert die Preiserstarrung	24
3.2. Tendenz zu horizontalen Absprachen in der Herstellerstufe infolge der Preisbindung	25
3.3. Die Preisbindung als Grundlage für weitere vertikale Bindungen	25
3.4. Der Ausgleich zwischen Produktion und Nachfrage wird durch die Preisbindung erschwert	25
3.5. Die Preisbindung führt meist zur Preis- und Spannenüberhöhung	26
3.6. Die Preisbindung trägt zu einer Verfälschung der Einkommensverteilung bei	27
3.7. Die Preisbindung schafft konjunkturelle Disparitäten	27
3.8. Vorteilhafte Auswirkungen der Preisbindung für den Hersteller	27
3.9. Nachteilige Auswirkungen der Preisbindung für den Hersteller	28
3.10. Vorteilhafte Auswirkungen der Preisbindung für den Handel	29
3.11. Nachteilige Auswirkungen der Preisbindung für den Handel	29
3.12. Die mittelstandspolitischen Wirkungen der Preisbindung	30
a) Auswirkungen in der Herstellerstufe	31
b) Auswirkungen in der Handelsstufe	31
3.13. Folgen der Preisbindung für den Verbraucher	32
4. Die Bedeutung der Preisbindung für Verlagserzeugnisse	33
4.1. Vorbemerkungen	33
4.2. Verlagserzeugnisse sind wirtschaftlich sonstigen Waren gleichzuachten	33
4.3. Vertriebs- oder abrechnungstechnische Besonderheiten des Buchgeschäfts rechtfertigen nicht die Preisbindung	34
4.4. Die Erfüllung der Aufgaben des Buchhandels ist nicht von der Preisbindung abhängig	34
5. Folgerungen aus den Erfahrungen mit den Vorschriften über die vertikale Preisbindung	35
5.1. Strengere Wirksamkeitsvoraussetzungen und Mißbrauchsvorschriften wären keine wirksamen Mittel zur Verhütung von Mißbräuchen	36
5.2. Eine partielle Beschränkung des Preisbindungsprivilegs ist wettbewerbspolitisch nicht vertretbar und rechtlich bedenklich	37
5.3. Ersetzung vertikaler Preisbindungen durch vertikale Preisempfehlungen	38
5.4. Umfang der Aufhebung des Empfehlungsverbots	39
5.5. Sicherung gegen Mißbräuche bei vertikalen Preisempfehlungen	40
Anlage 1 Übersicht über die Erfahrungen mit der vertikalen Preisbindung im Ausland	42
Anlage 2 Gemeldete Preisänderungen von preisgebundenen Markenwaren	50
Anlage 3 Zahl der bestehenden Preisbindungen und Preisempfehlungen	51
Anlage 4 Handelsspannen bei preisgebundenen Markenwaren	53

	Seite
Viertes Kapitel	
Ausschließlichkeitsverträge (§ 18 GWB)	56
1. Erfahrungsbericht zu § 18 GWB	56
1.1. Erfahrungen mit § 18 Abs. 1 GWB	56
1.2. Erfahrungen mit § 18 Abs. 2 GWB	56
2. Folgerungen aus dem Erfahrungsbericht zu § 18 GWB	57
3. Die Auffassungen der interessierten Kreise der Öffentlichkeit	57
4. Stellungnahme zu den Auffassungen der interessierten Kreise der Öffentlichkeit	58
Fünftes Kapitel	
Marktbeherrschende Unternehmen (§§ 22 bis 24 GWB)	59
1. Einleitung	59
1.1. Die §§ 22 bis 24 GWB im System des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen	59
1.2. Der Anwendungsbereich der §§ 22 bis 24 GWB	59
1.2.1. Der Anwendungsbereich des § 22	59
1.2.2. Der Anwendungsbereich der §§ 23 und 24	60
1.3. Aus der Vorgeschichte der Entschließung des Deutschen Bundestages vom 29. Juni 1961	61
1.3.1. Die Große Anfrage betreffend „Wirtschaftskonzentration“ der Fraktionen der CDU/CSU und DP	61
1.3.2. Das Gesetz über die Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft	61
1.3.3. Die Anträge der Fraktion der SPD laut Drucksachen 1279 und 2293	62
2. Die Erfahrungen mit den §§ 22 bis 24 GWB	62
2.1. Die Erfahrungen mit § 22 Abs. 1 und 2 (Definition des Begriffs „marktbeherrschendes Unternehmen“)	62
2.2. Die Erfahrungen mit § 22 Abs. 3 bis 5 (Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen)	64
2.3. Die Erfahrungen mit den §§ 23 und 24 (Zusammenschlüsse von Unternehmen)	64
3. Vorschläge zur Änderung der §§ 22 bis 24 GWB	65
3.1. Allgemeine Bemerkungen	65
3.2. Bemerkungen zu § 22 Abs. 1 und 2	68
3.3. Vorschlag zur Erweiterung des § 22 Abs. 3	70
3.4. Weitere Vorschläge zu § 22	70
3.5. Vorschläge zur Verbesserung des § 23	71
3.6. Vorschläge zur Verbesserung des § 24	73
4. Sollten die vorgeschlagenen Änderungen der §§ 22 bis 24 GWB eingeleitet werden, bevor die Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft auf Grund des Gesetzes vom 31. Dezember 1960 (Konzentrationsenquete) abgeschlossen ist?	73

	Seite
5. Ist die Bundesrepublik durch den Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag) gehalten, bei einer Änderung der §§ 22 bis 24 GWB bestimmte Grundsätze zu beachten?	73
6. Die Auffassungen der interessierten Kreise der Öffentlichkeit	74
6.1. Überblick	74
6.2. Darstellung der Auffassungen	75
7. Stellungnahme zu den Auffassungen der interessierten Kreise der Öffentlichkeit	84
7.1. Allgemeine Bemerkungen	84
7.2. Stellungnahme zu einzelnen Anregungen der Verbände	84
Sechstes Kapitel	
Schiedsverträge (§ 91 GWB)	87

ERSTES KAPITEL

Vorbemerkung und allgemeiner Überblick

1. Vorbemerkung

Der Deutsche Bundestag hat am 29. Juni 1961 folgenden Antrag der Abgeordneten Schmücker, Brand, Kurlbaum, Lange (Essen), Dr. Atzenroth und Genossen — Drucksache 2886, 3. Wahlperiode — einstimmig angenommen:

„Der Bundestag fordert die Bundesregierung auf, bis spätestens 1. April 1962 einen Bericht darüber vorzulegen, welche Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nach den bisherigen Erfahrungen notwendig sind. Der Bericht soll insbesondere auch folgende Fragen behandeln:

1. Welche Folgerungen müssen aus den Erfahrungen mit den Vorschriften des Zweiten Abschnitts (Sonstige Verträge — Preisbindung der zweiten Hand, Bindungen anderer Art und Lizenzverträge —; §§ 15 bis 21) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gezogen werden? Welche Erfahrungen aus anderen Ländern liegen hierzu vor?
2. Welche Folgerungen müssen aus den bisherigen Erfahrungen der Kartellbehörde mit den Vorschriften des Dritten Abschnitts (Marktbeherrschende Unternehmen — §§ 22 bis 24) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gezogen werden?

Der Bericht soll sich auch mit den Auffassungen der interessierten Kreise der Öffentlichkeit zu den im Bericht behandelten Fragen auseinandersetzen.

Die Regierung wird aufgefordert, gegebenenfalls zusammen mit ihrem Bericht einen Gesetzentwurf zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorzulegen.“

Da die Bundesregierung sich in dem Bericht auch mit den Auffassungen der interessierten Kreise der Öffentlichkeit zu den im Bericht behandelten Fragen auseinandersetzen soll, hat das Bundesministerium für Wirtschaft die in Betracht kommenden Wirtschaftsverbände und anderen Organisationen über die Entschließung des Bundestages unterrichtet und sie gebeten, ihre Auffassung bis zum 31. Oktober 1961 mitzuteilen; soweit einzelne Verbände ihr Interesse an einer Beteiligung erst später bekunden, wurden ihnen jeweils angemessene Fristen zur Stellungnahme eingeräumt. Insgesamt wurde 54 Wirtschaftsverbänden und Organisationen Gelegenheit zur Äußerung gegeben. Die Äußerungen sind jedoch, trotz wiederholter Erinnerungen, sehr schleppend eingegangen und ermöglichten erst Anfang Februar den für die weiteren Arbeiten erforderlichen Über-

blick über die Auffassungen der interessierten Kreise der Öffentlichkeit; auch zu diesem Zeitpunkt lagen jedoch von 14 der unterrichteten Organisationen noch keine Stellungnahmen vor. Infolgedessen konnte der Bericht nicht zu dem vom Bundestag angegebenen Termin vorgelegt werden. Der Bundesminister für Wirtschaft hat den Präsidenten des Deutschen Bundestages mit Schreiben vom 23. März 1962 über diese Verzögerung und ihre Gründe unterrichtet.¹⁾

Im übrigen läßt auch der verspätete Eingang der Äußerungen erkennen, daß die zu behandelnden Vorschriften grundsätzliche Fragen von erheblicher Bedeutung aufwerfen, die eingehende Überlegungen erfordern. In mehreren Fällen dürfte der späte Eingang der Äußerungen außerdem darauf zurückzuführen sein, daß sich bei der Meinungsbildung in den verschiedenen Organisationen größere Schwierigkeiten ergeben haben und daß einige Verbände bestrebt gewesen sind, mit anderen Verbänden abgestimmte Äußerungen abzugeben.

2. Allgemeiner Überblick

Die bisherigen Erfahrungen mit dem am 1. Januar 1958 in Kraft getretenen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) haben bestätigt, daß dieses Gesetz einen wesentlichen Beitrag zur Förderung und Erhaltung der sozialen Marktwirtschaft darstellt und grundsätzlich geeignet ist, diese wirtschaftspolitische Konzeption zu verwirklichen. Es hat sich aber auch gezeigt, daß nicht alle Regelungen des Gesetzes ausreichen, die Freiheit des Wettbewerbs und damit die Funktionsfähigkeit der Marktwirtschaft in möglichst weitgehendem Umfang sicherzustellen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf die Vorschriften über die Preisbindung der zweiten Hand (§§ 16 und 17), die Ausschließlichkeitsverträge (§ 18) und die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen (§ 22) hinzuweisen.

Die Bundesregierung und die Kartellbehörden haben das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen auch daraufhin überprüft, ob es nach den bisherigen Erfahrungen ohne Gefährdung der Ziele des Gesetzes vertretbar ist, eine Vereinfachung des Gesetzes vorzuschlagen.

In den folgenden Abschnitten wird über die bisherigen Erfahrungen bei der Anwendung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und die sich daraus ergebenden Folgerungen berichtet,

¹⁾ vgl. Anlage 2 zum Stenographischen Bericht über die 23. Sitzung des Deutschen Bundestages am 5. April 1962, S. 899

soweit durch die Praxis bereits eine ausreichende Beurteilungsgrundlage gewonnen werden konnte. Es handelt sich dabei um die Vorschriften über

Normen- und Typenkartelle (§ 5 Abs. 1),
die Preisbindung der zweiten Hand (§§ 16 und 17),
Ausschließlichkeitsverträge (§ 18),
marktbeherrschende Unternehmen (§§ 22 bis 24)
und Schiedsverträge (§ 91).

Darüber hinaus werden auch einige andere Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Hinblick auf eine Änderung überprüft werden müssen. Auf einige dieser Vorschriften haben die Bundesregierung und das Bundeskartellamt bereits in den jährlich veröffentlichten Berichten über die Tätigkeit des Bundeskartellamtes sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet und in den Stellungnahmen der Bundesregierung zu diesen Berichten hingewiesen¹⁾. Indessen reichen die Erfahrungen, die bei der Anwendung dieser Vorschriften bisher gesammelt werden konnten, noch nicht aus, um bereits jetzt berichten und gegebenenfalls Änderungen vorschlagen zu können. Dies gilt insbesondere für die §§ 20 und 21 (Lizenz-

¹⁾ vgl. insbesondere den Tätigkeitsbericht für 1960 Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 2734, S. 4

verträge) sowie § 103 GWB (Bereichsausnahmen für Versorgungsunternehmen). Ob die in § 103 geregelte Freistellung der Versorgungsunternehmen von den Vorschriften der §§ 1, 15 und 18 GWB in diesem Umfange notwendig ist und welche Folgen diese Regelung gehabt hat, läßt sich im Augenblick noch nicht abschließend beurteilen. Deshalb sollten die bereits vor längerer Zeit aufgenommenen Arbeiten zunächst fortgesetzt werden. Zu den Erfahrungen mit der Anwendung des § 104 GWB (Mißbrauchsaufsicht) auf Versorgungsunternehmen ist darauf hinzuweisen, daß bisher weder die Grenzen der Mißbrauchsaufsicht gemäß § 104 GWB noch die Auswirkungen der nach dieser Vorschrift zulässigen Mißbrauchsverfügungen eindeutig aufgezeigt werden können, da erst wenige Mißbrauchsverfahren gegen Versorgungsunternehmen durchgeführt worden sind und höchstrichterliche Entscheidungen zur Klärung von Zweifelsfragen auf diesem Gebiet nicht vorliegen.

Die Bundesregierung beabsichtigt, auf der Grundlage dieses Berichtes zu gegebener Zeit einen Entwurf zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen einzubringen. Dabei wird sie dann auch prüfen, welche weiteren, ebenfalls änderungsbedürftigen Vorschriften in diese Novelle einbezogen werden können.

ZWEITES KAPITEL

Normen- und Typenkartelle

(§ 5 Abs. 1 GWB)

1. Einleitung

§ 5 Abs. 1 GWB behandelt Verträge und Beschlüsse, die lediglich die einheitliche Anwendung von Normen oder Typen zum Gegenstand haben.

1.1. Die Begriffe: „Normen“ und „Typen“

Die Vereinheitlichung durch Normung und Typung ist eines der wichtigsten Mittel der Rationalisierung. Zahlreiche Unternehmen, vom Staat geförderte Rationalisierungsverbände, nationale und internationale Organisationen befassen sich damit, Normen und Typen auszuarbeiten, aufzustellen und selbst anzuwenden oder zur Anwendung in der Wirtschaft herauszugeben (je nach dem Umfang der Anwendung unterscheidet man Werksnormen, Verbandsnormen, nationale Normen und internationale Normen). Die bedeutendsten Rationalisierungsverbände in Deutschland sind das Rationalisierungskuratorium der Deutschen Wirtschaft e. V. (RKW) und der Deutsche Normenausschuß (DNA). Das Rationalisierungs-Kuratorium der Deutschen Wirtschaft ist eine gemeinnützige, weitgehend von der öffentlichen Hand finanzierte Organisation zur Pflege und Förderung des Rationalisierungsgedankens, die aus dem im Jahre 1921 von Verbänden der Wirtschaft mit Unterstützung des Reichs gegründeten Reichskuratorium für Wirtschaftlichkeit hervorgegangen ist. Es bearbeitet den gesamten Bereich der Rationalisierung. Von den in § 5 Abs. 1 GWB behandelten Bereichen befaßt es sich insbesondere mit der Typenbeschränkung. Der im Jahre 1917 gegründete Deutsche Normenausschuß, ebenfalls ein gemeinnütziger eingetragener Verein, ist die umfassendste Normungsorganisation in Deutschland. Der Deutsche Normenausschuß legt — wie es in seiner Satzung heißt — durch Gemeinschaftsarbeit aller Beteiligten Normen fest und veröffentlicht sie und vertritt die Deutsche Normung in Deutschland und dem Ausland gegenüber. Dem Rationalisierungs-Kuratorium der Deutschen Wirtschaft und dem Deutschen Normenausschuß entsprechende Organisationen gibt es in allen Kulturstaaten. Im internationalen Bereich ist unter anderen die Internationale Organization for Standardization (ISO) tätig. Neben dem Rationalisierungskuratorium der Deutschen Wirtschaft und dem Deutschen Normenausschuß bestehen zahlreiche Fachorganisationen für Rationalisierung, die in enger Zusammenarbeit mit den beiden großen Verbänden jeweils auf ihren Fachgebieten Normungs- und Typungsfragen bearbeiten.

Im technischen und betriebswirtschaftlichen Sprachgebrauch wird als „Normung“ die Vereinheitlichung

einzelner Teile, als „Typung“ die Vereinheitlichung des ganzen Produktes bezeichnet. Von Normung und nicht von Typung wird auch bei der Vereinheitlichung solcher Produkte gesprochen, die nur aus einem einzigen Teil bestehen. Der Deutsche Normenausschuß behandelt die Typung als Unterfall der Normung und nennt sie „Typnormung“. Er definiert den Begriff wie folgt¹⁾:

„Typnormen betreffen die Stufung — Typnormung, Typung (früher Typisierung), Typenbeschränkung — bestimmter Erzeugnisse nach Art, Form, Größe und sonstigen gemeinsamen Merkmalen. Beispiele: Arten von Exzenterpressen; Baugrößen von Luft- und Dampfhammern; Größen von Bügelsägen.“

Normen im weiteren Sinne sind auch die sogenannten nichttechnischen Normen. So gibt zum Beispiel der Deutsche Normenausschuß außer den von ihm so bezeichneten Planungsnormen, Konstruktionsnormen, Stoffnormen, Abmessungsnormen, Arbeitsverfahrensnormen, Prüfnormen, Sortierungsnormen, Verständigungsnormen (zur Vereinheitlichung zum Beispiel von Begriffen, Benennungen und Bezeichnungen, Bildzeichen, Kennzeichen, Berechnungs- und Abrechnungsverfahren), Sicherheitsnormen und Typnormen unter anderen auch Liefer- und Dienstleistungsnormen (Lieferbedingungen, Verdingungsordnungen) heraus. Im Schriftlichen Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik (21. Ausschuß) über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen²⁾, zu § 3, ist aber klargestellt, daß unter Normen im Sinne des § 5 Abs. 1 „nur technische Normen, nicht aber Rechtsnormen oder Bindungen (gelegentlich ebenfalls als DIN-NORM-Bedingungen bezeichnet) zu verstehen sind“. Zum Beispiel Vereinbarungen über die einheitliche Anwendung von — genormten wie nicht genormten — Lieferbedingungen fallen unter § 2 GWB.

1.2. Normung und Typung in der Wettbewerbsordnung

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen will die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung einträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt.

¹⁾ Normblatt DIN 820 über Grundbegriffe, Grundsätze und Geschäftsgang der Normungsarbeit, Blatt 1, Seite 2 zu 2.1.3.

²⁾ Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, zu Drucksache 3644

Verträge und Beschlüsse über die einheitliche Anwendung von Normen oder Typen beschränken die Freiheit des Wettbewerbs. Noch keine Einschränkung des Wettbewerbs liegt in der Ausarbeitung und Aufstellung von Normen oder Typen, auch wenn sich mehrere Unternehmen kooperativ damit befassen. Wenn aber Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen vereinbaren oder beschließen, Normen oder Typen einheitlich anzuwenden, ist die in § 1 GWB geforderte objektive Eignung gegeben, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. Die Wettbewerbsbeschränkung besteht in diesen Fällen zum Beispiel darin, daß eine sonst mögliche Vielfalt des Angebots und die Möglichkeit, auf spezielle Kundenwünsche einzugehen, beschränkt werden.

Die mit einer Wettbewerbsbeschränkung durch Normen- oder Typenkartelle verbundene Nachteile wiegen jedoch meistens nicht schwer und werden im allgemeinen durch den eintretenden Rationalisierungserfolg ausgeglichen. Im einzelnen ist dazu zu sagen:

Der Preiswettbewerb wird durch Normen- und Typenkartelle vertraglich nicht beschränkt (§ 5 Abs. 1 Satz 1 GWB). Es wird sogar geltend gemacht, daß die bessere Marktübersicht, zu der eine Verringerung der Zahl der angebotenen oder verlangten Teile, Arten, Größen, Muster, Modelle usw. führt, den Wettbewerb auf die wichtigsten Faktoren, auf Preis und Qualität konzentriert. Normen- und Typenkartelle wirkten sich daher — so wird gesagt — sogar wettbewerbsfördernd aus. Es kann dahingestellt bleiben, ob das zutrifft. Jedenfalls ist ein Wettbewerb zum Beispiel mit Sortimenten, die nach dem Stand der technischen und betriebswirtschaftlichen Erkenntnisse und unter Berücksichtigung der Interessen der vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen als zu breit oder sonst als unzweckmäßig anzusehen sind, von geringem volkswirtschaftlichem Nutzen.

Demgegenüber hat die technische Rationalisierung durch Normung und Typung in der Regel erhebliche volkswirtschaftliche Vorteile. Normung und Typung sind geeignet, eine ökonomisch nicht gerechtfertigte Vielfalt von Teilen, Arten, Größen, Mustern und Modellen auf ein vernünftiges Maß zurückzuführen. Dadurch können zum Beispiel Produktionskosten gesenkt, kann die Lagerhaltung vereinfacht, die Austauschbarkeit von Teilen der Erzeugnisse verschiedener Hersteller oder von Erzeugnissen selbst gefördert und — wie bereits oben erwähnt worden ist — das Angebot eines Wirtschaftszweiges überschaubarer gestaltet werden. Das Rationalisierungskuratorium der Deutschen Wirtschaft hat in seiner Stellungnahme zu § 5 Abs. 1 GWB auf das gesamtwirtschaftliche Interesse an Normung und Typung hingewiesen. Es hat unter anderem ausgeführt:

„Es hat sich erwiesen, daß Vereinbarungen von Unternehmen über Rationalisierung außerordentliche Reserven zur Produktivitätssteigerung aktivieren. Dies gilt in erster Linie für alle Maßnahmen der Vereinheitlichung von Erzeugnissen und

Teilen in den Fertigungsprogrammen der Unternehmen.

Seit der Währungsreform ist es auf dem Markt zu einer erstaunlichen Differenzierung des Angebots gekommen. Diese Differenzierung resultiert aus einer ebenso außergewöhnlichen Verbreiterung und Differenzierung der Sortimente der einzelnen Unternehmen, namentlich der mittleren.

Im Anfang kam diese Tendenz zur Ausweitung des Angebots sicher den Wünschen aller Verwender und Verbraucher entgegen. Die jetzige Breite der Sortimente der Industrie ist jedoch nur auf wenigen Gebieten Ausdruck des tatsächlichen Bedarfs. Sie hat für alle Marktbeteiligten — für die Erzeuger ebenso wie für Handel und Verbraucher — nachteilige Folgen und kann nach den Untersuchungsergebnissen nur als Verschwendung bezeichnet werden. Sie bewirkt eine überproportionale Steigerung der Kosten und muß Tendenzen zur Preissteigerung verstärken. Deshalb betrachtete das RKW diese Entwicklung bereits in ihren Anfängen mit großer Sorge.

Anlaß zu dieser Sorge sind nicht nur die volks- und betriebswirtschaftlichen Nachteile des Typenwirrwarrs, sondern auch die Ergebnisse jener extremen Maßnahmen, die die Planwirtschaften des Ostblocks ergriffen haben, um die Vorteile der Vereinheitlichung zu nutzen. Wenn auch jene Maßnahmen für unsere Wirtschaft keinesfalls als Maßstab dienen können, so sollten sie dennoch eine Warnung sein. Die freie Wirtschaft sollte dieses Mittel zur Leistungssteigerung nicht außer acht lassen . . .“

Indessen ist es nichts stets so, daß die volkswirtschaftlichen Vorteile eines Normen- oder Typenkartells seine Nachteile überwiegen. Normung und Typung sind nicht unbedingt volkswirtschaftlich vorteilhaft. Damit ist nichts gegen die technische Rationalisierung durch Normung oder Typung an sich gesagt. Vom Begriff her gesehen ist die technische Rationalisierung nur positiv zu beurteilen. Die Verwirklichung des Rationalisierungsgedankens in der Praxis birgt jedoch Gefahren in sich. Sie werden treffend gekennzeichnet durch eine Bemerkung, die der damalige Direktor des Vereins Deutscher Ingenieure (VDI) im Jahre 1917 in einer Sitzung im Königlichen Fabrikationsbureau in Spandau, der Keimzelle des Deutschen Normenausschusses, gemacht haben soll¹⁾:

„Ich habe eine große Scheu, mit großen Plänen an die Industrie zu gehen; das Normalisieren ist eine heikle Sache. Die Interessenten kämpfen nämlich häufig nicht mit rein sachlichen Gründen, sondern vielfach auch aus wirtschaftlichen.“

Bei jeder Vereinheitlichung müssen außer den technischen bestimmte kommerzielle Gesichtspunkte berücksichtigt werden, wie zum Beispiel die Herstellmenge und -kosten, der Personalbedarf, die Lagerhaltung und die notwendigen Umstellungszeiten. Das gilt insbesondere für die Typung und die damit verbundene Typenbeschränkung, die nicht

¹⁾ Die Deutsche Normung 1917—1957, herausgegeben vom Deutschen Normenausschuß zu seinem vierzigjährigen Bestehen, S. 26.

wie die Normung ein vorwiegend technisch bedingtes Aufbau- und Festlegeverfahren ist, sondern bei der die Auslese aus der technisch möglichen Typenvielfalt in erster Linie unter kommerziellen Voraussetzungen getroffen wird. In dieser engen Verbindung von technischen und kommerziellen Aspekten liegen die Gefahren der Normungs- und Typungspraxis. So ist zum Beispiel denkbar, daß es einzelnen starken Herstellern gelingt, in ihrem Bereich solche Normen oder Typen durchzusetzen oder aufrechtzuerhalten, die zwar den wirtschaftlichen Interessen dieser Hersteller am weitesten entgegenkommen (etwa weil sie keinen oder keinen hohen Umstellungsaufwand erforderlich machen), aber nicht oder nicht mehr dem letzten Stand der Technik entsprechen. Normung und Typung können auch als Mittel aggressiver privater Marktpolitik benutzt werden. Wettbewerber können zum Beispiel in der Weise behindert werden, daß ein von einem Außenseiter hergestelltes Modell bewußt ausgeschlossen wird. Schließlich ist an die mannigfaltigen Wirkungen zu denken, die von einer Normung und Typung, zum Beispiel von einer Vereinheitlichung bestimmter Produkte, auf die vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen ausgehen können. Gewisse Unbequemlichkeiten für einzelne Lieferanten, Verwender und Verbraucher werden stets entstehen. Es ist aber auch denkbar, daß eine Normung oder Typung ohne jede oder ohne ausreichende Berücksichtigung der wirtschaftlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten auf seiten der Lieferanten, Verwender und Verbraucher erfolgt und sich deshalb als — gesamtwirtschaftlich gesehen — überwiegend nachteilig erweist.

1.3. Warum braucht die Wirtschaft Normen- und Typenkartelle?

Ohne eine wettbewerbsbeschränkende Zusammenarbeit der Unternehmen eines Wirtschaftszweiges vermag sich technische Rationalisierung durch Normung und Typung, insbesondere durch Typenbeschränkung, oft nicht durchzusetzen.

Eine der Ursachen dieser Erfahrung hat das Rationalisierungs-Kuratorium der Deutschen Wirtschaft in seiner Stellungnahme zu § 5 Abs. 1 GWB erwähnt:

„Die Ursachen für diese Entwicklung (Anmerkung: gemeint ist die Entwicklung zu dem vom Rationalisierungs-Kuratorium so bezeichneten „Typenwirrwarr“) sind hauptsächlich im Wettbewerb der Unternehmen zu suchen, den wir sonst allen Grund haben zu schätzen. Er ist die Ursache dafür, daß die Unternehmen fast aller Branchen mit immer neuen Variationen ihrer Erzeugnisse ihren Umsatz zu erweitern suchen. Diese Variationen bieten den Verbrauchern nur selten wirkliche Vorteile und lassen ebenso häufig realen technischen Fortschritt vermissen. Nach betriebswirtschaftlichen Gesetzen ist eine solche Erweiterung des Angebots mit Kosten verbunden, die häufig genug sogar höher sind als der durch den erhöhten Umsatz erzielte Erlös.“

Angesichts der erheblichen Bedeutung, welche die Wettbewerbsfaktoren „Vielfalt des Angebots“ und

„Erfüllung auch spezieller Kundenwünsche“ selbst in den Fällen haben, in denen dieser Wettbewerb zu einer technisch und wirtschaftlich unzweckmäßigen Sortimentsbreite führt, nimmt es nicht wunder, daß einzelne Unternehmer regelmäßig nicht mit einer Sortimentsbeschränkung vorangehen wollen.

Hinzu kommt folgender Grund, der sich aus den Rückwirkungen einer Normung oder Typung auf die Lieferanten und Abnehmer ergeben kann: Eine Beschränkung der Anzahl der angebotenen Arten, Größen, Muster oder Modelle eines Erzeugnisses verursacht häufig auch in den Unternehmen der vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen Umstellungskosten. Dies betrifft insbesondere diejenigen Lieferanten und Abnehmer, die bestimmte von ihnen bisher gelieferte oder bezogene Waren oder gewerbliche Leistungen nun nicht mehr absetzen oder beziehen können. Wenn in einem solchen Fall nur ein einzelnes oder nur einige Unternehmer des Wirtschaftszweiges ihr Produktionsprogramm einschränken, besteht für sie die Gefahr, daß ihre Lieferanten und Abnehmer zu den Unternehmen abwandern, die nach wie vor das volle Sortiment herstellen.

2. Die Erfahrungen mit § 5 Abs. 1 GWB

2.1. Der Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 GWB

Der Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sah keine Privilegierung der Normen- und Typenkartelle im Verhältnis zu den übrigen Rationalisierungskartellen vor. Demgegenüber traten während der Beratungen des Gesetzes Rationalisierungsverbände wiederholt dafür ein, daß Normung und Typung überhaupt nicht dem Gesetz unterworfen werden sollten. Bereits der Ausschuß für Wirtschaftspolitik des 1. Deutschen Bundestages schlug folgenden § 3 Abs. 1 vor¹⁾:

„§ 1 gilt nicht für Verträge und Beschlüsse, die ausschließlich die Verpflichtung zur Anwendung von Normen und zu Typisierungen zum Gegenstand haben, soweit Rationalisierungsverbände, die der Bundesminister für Wirtschaft bestimmt, diesen Normen und Typisierungen zugestimmt haben.“

Ergänzend sah § 5 c Abs. 1 dieses Vorschlages vor:

„Verträge und Beschlüsse gemäß § . . . 3 Abs. 1 . . . bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Anmeldung zur Eintragung in das Register für Marktabsprachen.“

Der Bundesrat regte folgende Fassung des § 3 Abs. 1 des Entwurfs an²⁾:

„§ 1 gilt nicht für Verträge und Beschlüsse, auf Grund deren keine anderen als die von anerkannten Rationalisierungsverbänden aufgestellten oder empfohlenen Normen und Typen anzuwenden

¹⁾ Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, Drucksache 1158, Anlage 1.

²⁾ Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, Drucksache 1158, Anlage 2.

sind. Die Rationalisierungsverbände können vom Bundesminister für Wirtschaft anerkannt werden, wenn sie die Gewähr dafür bieten, daß sie die Belange der Gesamtwirtschaft wahren.“

Zur Begründung führte der Bundesrat aus:

„Die Rationalisierung kann zur Leistungssteigerung führen. Dieser Beurteilung unterziehen sich sachkundige Rationalisierungsverbände. Kartelle über die von ihnen aufgestellten oder empfohlenen Normen und Typen können daher kraft Gesetzes zugelassen werden. Voraussetzung muß sein, daß die Rationalisierungsverbände die Belange der Gesamtwirtschaft wahren.“

Der Ausschuß für Wirtschaftspolitik des 2. Deutschen Bundestages stellte die jetzige Fassung des § 5 Abs. 1 GWB her:

„§ 1 gilt nicht für Verträge und Beschlüsse, die lediglich die einheitliche Anwendung von Normen oder Typen zum Gegenstand haben. § 2 Abs. 2 und 3 finden entsprechende Anwendung. Der Anmeldung sollen auch die Stellungnahmen von Rationalisierungsverbänden beigelegt werden.“

Er begründete sie wie folgt¹⁾:

„Die in den §§ 3 und 4 der Regierungsvorlage enthaltene Ausnahme für einfache Rationalisierungskartelle ohne Preisregelung (§ 3) und höherstufige Rationalisierungskartelle mit Preisbildung (§ 4) wurde bei grundsätzlicher Anerkennung der wirtschaftlichen Notwendigkeit solcher Kartellverträge gegenüber der Regierungsvorlage in folgenden Punkten geändert:

a) Die nach der Regierungsvorlage notwendige Empfehlung von Normen und Typen durch anerkannte Rationalisierungsverbände entfällt für die ohne besondere Erlaubnis zulässigen technischen Rationalisierungskartelle des § 1 Abs. 1. Dafür soll der Anmeldung solcher Kartellverträge zum Kartellregister (§ 5 c Abs. 2) die Stellungnahme von Rationalisierungsverbänden beigelegt werden. Der Ausschuß wünscht, klarzustellen, daß unter dem Ausdruck „Norm“ nur technische Normen, nicht aber Rechtsnormen oder Bindungen (gelegentlich ebenfalls als DIN-NORM-Bedingungen bezeichnet) zu verstehen sind.

b) ...“

§ 5 Abs. 1 GWB ist das Ergebnis der Bemühungen, zwischen dem Interesse an der Freiheit des Wettbewerbs und dem Interesse an technischer Rationalisierung durch Normung und Typung einen rechts- und wirtschaftspolitisch vertretbaren Ausgleich zu finden. In § 5 Abs. 1 in Verbindung mit § 2 Abs. 2 und 3 sowie § 9 Abs. 2 GWB ist die Freistellung eines Normen- und Typenkartells von einem Anmelde- und Widerspruchsverfahren abhängig gemacht. Die Verträge oder Beschlüsse sind bei der Kartellbehörde anzumelden und werden nur

wirksam, wenn die Kartellbehörde innerhalb einer Frist von drei Monaten seit dem Eingang der Anmeldung dem Kartell nicht widerspricht (§ 5 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 3 Satz 1). Bei der Anmeldung ist nachzuweisen, daß die Lieferanten und Abnehmer, die durch das Kartell betroffen werden, in angemessener Weise gehört worden sind. Ihre Stellungnahmen sind der Anmeldung beizufügen (§ 5 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 2). Der Widerspruch der Kartellbehörde kann — abgesehen von der Vorschrift in § 12 Abs. 1 Nr. 2, die im vorliegenden Zusammenhang außer Betracht bleiben kann — nur darauf gestützt werden, daß die Verträge oder Beschlüsse oder die Art ihrer Durchführung einen Mißbrauch der durch Freistellung der durch § 1 erlangten Stellung im Markt darstellen würden (§ 5 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 3 Satz 2 und § 12 Abs. 1 GWB). Auch nachdem sie wirksam geworden sind, unterliegen Normen- und Typenkartelle der Mißbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörde nach § 12 GWB. Danach kann die Kartellbehörde Verträge oder Beschlüsse über die einheitliche Anwendung von Normen oder Typen für unwirksam erklären oder dem beteiligten Unternehmen aufgeben, die Vereinbarungen zu ändern oder einen beanstandeten Mißbrauch abzustellen, soweit die Verträge oder Beschlüsse oder die Art ihrer Durchführung sich als mißbräuchlich erwiesen haben.

Normen- und Typenkartelle werden somit verfahrensrechtlich ebenso behandelt wie die Konditionen- und Rabattkartelle (§§ 2 und 3 GWB). Ein noch weiter erleichtertes Zulassungsverfahren gilt lediglich für die sogenannten Exportkartelle ohne Inlandsbindung nach § 6 Abs. 1 GWB. Diese Kartelle werden bereits mit der Anmeldung des Vertrages oder Beschlusses bei der Kartellbehörde wirksam. Auch sie stehen aber unter der Mißbrauchsaufsicht nach § 12 GWB.

2.2. Die Anwendung des § 5 Abs. 1 GWB in den Jahren 1958 bis 1961

In den Jahren 1958 bis 1961 sind nur zwei Verträge nach § 5 Abs. 1 GWB bei der Kartellbehörde angemeldet und in das Kartellregister eingetragen worden. Im ersten Fall handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen Spinnereien des Fachverbandes der Hartfaserindustrie über den Wegfall einiger bis dahin hergestellter Qualitäten bei Sisalgarnen, -kordeln und -schnüren für Verpackungszwecke sowie über weitere Vereinheitlichungsmaßnahmen in diesem Bereich. Der zweite Fall ist die Rationalisierungsgemeinschaft betreffend die Verwendung genormter Bierflaschen. Das eine Kartell ist im Jahre 1958 das andere im Jahre 1961 in das Kartellregister eingetragen worden.

Angesichts der wachsenden Bedeutung der technischen Rationalisierung durch Normung und Typung und der intensiven Aufklärungsarbeit der Rationalisierungsverbände auf diesem Gebiet ist die Zahl der seit dem Inkrafttreten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen angemeldeten Normen- und Typenkartelle erstaunlich niedrig. Das Bundeskartellamt hat im Bericht über seine Tätig-

¹⁾ Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik (21. Ausschuß) über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, zu Drucksache 3644.

keit im Jahre 1958 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet die Vermutung ausgesprochen, „daß wegen der beratenden Tätigkeit des RKW auf dem Gebiet der Typisierung und Normung der Wunsch, Kartellvereinbarungen über Normen- und Typenbestimmungen abzuschließen, stark gemindert worden ist“¹⁾. Demgegenüber führt die Wirtschaft die geringe Anzahl der Vereinbarungen nach § 5 Abs. 1 darauf zurück, daß das Widerspruchsverfahren zu umständlich und die dafür vorgesehenen Gebühren zu hoch seien.

2.3. Änderungswünsche der interessierten Kreise der Öffentlichkeit

Die Rationalisierungsverbände und weite Kreise der Wirtschaft halten es für erforderlich, daß Normen- und Typenkartelle soweit wie möglich erleichtert werden. In diesem Sinne haben sich außer dem Rationalisierungs-Kuratorium der Deutschen Wirtschaft und dem Deutschen Normenausschuß die Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft, die Arbeitsgemeinschaft der Lebensmittelbetriebe, die Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer, der Bundesverband der Deutschen Industrie, der Gesamtverband des Deutschen Groß- und Außenhandels, der Deutsche Industrie- und Handelstag und der Zentralverband des Deutschen Handwerks ausgesprochen. Das Bundeskartellamt unterstützt diese Anregung. Es hat bereits im Bericht über seine Tätigkeit im Jahre 1960 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet ausgeführt²⁾:

„Verträge, die die einheitliche Anwendung von Normen oder Typen zum Gegenstand haben (§ 5 Abs. 1), sind auch im Jahre 1960 nicht angemeldet worden. Zu der im Tätigkeitsbericht 1958 (Seite 47) geäußerten Vermutung, daß wegen der Maßnahmen der Rationalisierungsverbände ein Bedürfnis für diese Kartellformen nicht bestände, ist von seiten der Wirtschaft geäußert worden, daß das ‚schwerfällige und umständliche‘ Verfahren des § 5 Abs. 1 dazu geführt habe, die rationalisierungswilligen Unternehmen von dem Abschluß solcher Verträge abzuhalten. Bei Vereinbarungen, die lediglich die einheitliche Anwendung von Normen oder Typen zum Gegenstand haben, werden die nachteiligen Wirkungen der Wettbewerbsbeschränkung im Regelfall durch die erreichte Rationalisierungswirkung aufgehoben; Normen- und Typenabreden sollten zur weiteren Rationalisierung der Wirtschaft gefördert werden. Für eine Ergänzung des Gesetzes wird daher vorgeschlagen, vom Widerspruchsverfahren zum reinen Anmeldeverfahren, wie in § 6 Abs. 1 geregelt, überzugehen. Die Mißbrauchsaufsicht dürfte ausreichend sein, störende Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern.“

Die Bundesregierung hat in ihrer Stellungnahme zu diesem Bericht ebenfalls zum Ausdruck gebracht, daß das Verfahren bei Normen- und Typenkartel-

len überprüft werden sollte¹⁾. Lediglich der Christliche Gewerkschaftsbund Deutschlands schlägt eine Verschärfung des § 5 Abs. 1 GWB vor; er regt an, in § 5 Abs. 1 Satz 3 („Der Anmeldung sollen auch die Stellungnahmen von Rationalisierungsverbänden beigelegt werden.“) das Wort „sollen“ durch das Wort „müssen“ zu ersetzen.

In der Frage, wie weit Vereinbarungen über die einheitliche Anwendung von Normen und Typen kartellrechtlich erleichtert werden sollten, sind die Meinungen der interessierten Kreise der Öffentlichkeit geteilt. Alle Verbände, die sich in diesem Sinne geäußert haben, sind damit einverstanden oder wünschen es sogar, daß die Mißbrauchsaufsicht über Normen- und Typenkartelle nach § 12 GWB beibehalten wird. Im übrigen unterscheiden sich die Vorschläge wie folgt:

Das Rationalisierungs-Kuratorium der Deutschen Wirtschaft, die Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer und der Bundesverband der Deutschen Industrie treten dafür ein, daß das in § 5 Abs. 1 in Verbindung mit § 2 Abs. 2 und 3, § 9 Abs. 2 GWB vorgesehene Anmelde- und Widerspruchsverfahren ersatzlos wegfällt und daß Normen- und Typenkartelle in Zukunft ohne weiteres mit dem Abschluß der Verträge oder der Beschlußfassung durch die Beteiligten wirksam werden. Zur Begründung machen sie geltend:

- a) Vereinbarungen über die einheitliche Anwendung von Normen und Typen verbesserten die Bedarfsdeckung, erleichterten die Marktübersicht der Verwender und intensivierten den Wettbewerb der Hersteller in bezug auf Qualität und Preis.
- b) § 5 Abs. 1 geltender Fassung hemme die gemeinschaftliche Rationalisierung und behindere damit insbesondere die mittelständische Industrie, die oft nur durch technische und betriebswirtschaftliche Kooperation ihre Leistungsfähigkeit und Wettbewerbskraft steigern könne.
- c) Die Vergrößerung der Märkte, vor allem durch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, führe zu einem wesentlich verstärkten Wettbewerb und mache eine zwischenbetriebliche Zusammenarbeit gerade im Bereich der mittleren Unternehmen notwendig, schon damit diese in der Lage seien, gegenüber der Großwirtschaft bestehen zu können.
- d) Für die wenigen Fälle, in denen Normen- und Typenkartelle wettbewerbspolitisch bedenklich erscheinen könnten, genüge die Mißbrauchsaufsicht nach § 12 GWB. Sie setze nicht voraus, daß Normen- und Typenkartelle angemeldet würden; denn jeder, der sich durch ein Normen- und Typenkartell beeinträchtigt fühlte, könnte eine Untersuchung durch die Kartellbehörde anregen.

In einem Hilfsvorschlag regt das Rationalisierungs-Kuratorium der Deutschen Wirtschaft an, wenigstens solche Kartelle im Sinne des § 5 Abs. 1 GWB ohne Anmeldeverfahren zuzulassen, denen

¹⁾ Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 1000, Seite 47.

²⁾ Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 2734, Seite 11.

¹⁾ Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 2734, Seite 4.

Normen oder Typen zugrunde lägen, die der Deutsche Normenausschuß oder das Rationalisierungs-Kuratorium der Deutschen Wirtschaft empfohlen oder aufgestellt hätten. Diese Organisationen böten die Gewähr dafür, daß ihre Empfehlungen die Belange der Gesamtwirtschaft wahren. Sie könnten das Bundeskartellamt ständig über solche Empfehlungen unterrichten.

Die übrigen Verbände, die zu § 5 Abs. 1 GWB Erleichterungen für die Wirtschaft vorgeschlagen haben, wünschen — wie das Bundeskartellamt — eine Angleichung des Verfahrens bei Normen- und Typenkartellen an das Verfahren nach § 6 Abs. 1 GWB. Das bedeutet insbesondere, daß nach diesen Vorschlägen Normen- und Typenkartelle, damit sie wirksam werden, weiterhin bei der Kartellbehörde angemeldet werden müssen. Die Ansichten unterscheiden sich hier jedoch darin, wie weit § 5 Abs. 1 an § 6 Abs. 1 GWB anzupassen sei.

Der *Deutsche Industrie- und Handelstag* will im wesentlichen nur die Widerspruchsmöglichkeit entfallen lassen. Die betroffenen Abnehmer sollten nach wie vor gehört und ihre Stellungnahmen der Anmeldung beigefügt werden. (Auch die *Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels*, der *Zentralverband gewerblicher Einkaufsvereinigungen des Handels* und der *Rat des Deutschen Handels* haben in allgemeinen Bemerkungen zu den §§ 2 ff. GWB gefordert, daß sämtliche Vorschriften, in denen eine Anhörung betroffener Lieferanten und Abnehmer vorgesehen ist, beibehalten werden.) Die Stellungnahmen der betroffenen Abnehmer — so meint der Deutsche Industrie- und Handelstag zu § 5 Abs. 1 GWB weiter — würden ein Verfahren bei etwaigen Mißbräuchen erleichtern. Darüber hinaus solle erwogen werden, ob es den am Kartell Beteiligten freigestellt werden könnte, statt der Stellungnahme der Abnehmer die befürwortende Stellungnahme eines Rationalisierungsverbandes wie des Rationalisierungs-Kuratoriums der Deutschen Wirtschaft oder des Deutschen Normenausschusses vorzulegen.

Der *Gesamtverband des Deutschen Groß- und Außenhandels* und der *Zentralverband des Deutschen Handwerks* schlagen vor, auf jegliche Erschwerung gegenüber dem reinen Anmeldeverfahren im Sinne des § 6 Abs. 1 GWB, das heißt sowohl auf das Anhören der Lieferanten und Abnehmer als auch auf die Stellungnahme von Rationalisierungsverbänden zu verzichten. Ebenso hat sich die *Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft* geäußert. Nach Ansicht der zuerst genannten Verbände könne darüber hinaus erwogen werden, Vereinbarungen über Erzeugnisnormen und Typisierungen, die auf Grund einer Empfehlung des Deutschen Normenausschusses oder des Rationalisierungs-Kuratoriums der Deutschen Wirtschaft getroffen würden, noch weiter zu erleichtern. Beide Institutionen hätten das Gesamtinteresse der Wirtschaft zu wahren, und ihre Objektivität und Neutralität würden allgemein anerkannt.

Die *Arbeitsgemeinschaft der Lebensmittel-Filialbetriebe* hat sich ohne nähere Erläuterung der Anregung des Bundeskartellamtes angeschlossen, bei Normen- und Typenkartellen vom Anmelde- und

Widerspruchsverfahren zum Anmeldeverfahren überzugehen.

Außer der Änderung des § 5 Abs. 1 GWB fordern das Rationalisierungs-Kuratorium der Deutschen Wirtschaft und ein Teil der Wirtschaftsverbände eine Herabsetzung der Gebühren für die Zulassung von Normen- und Typenkartellen.

3. Die kartellrechtliche Problematik der Normen- und Typenempfehlungen

3.1. Zum Empfehlungsbegriff

Um die Freiheit des Wettbewerbs sicherzustellen, verbietet das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht nur die Anwendung von Kartellverträgen und Kartellbeschlüssen, sondern auch — rechtlich unverbindliche — Empfehlungen, sofern sie eine Umgehung der im Gesetz ausgesprochenen Verbote bewirkt haben (§ 38 Abs. 2 Satz 2 GWB). Das Empfehlungsverbot richtet sich an jedermann. Wer also Unternehmen zum Beispiel die Einhaltung einheitlicher Warenpreise empfiehlt und damit Erfolg hat, macht sich ebenso einer Ordnungswidrigkeit schuldig, wie sich diese Unternehmen schuldig machen würden, wenn sie ein entsprechendes Preiskartell praktizierten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes liegt eine Empfehlung bereits vor, wenn „jemand etwas als für einen anderen gut oder vorteilhaft bezeichnet und es ihm deshalb anrät, nahelegt oder vorschlägt“¹⁾. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen sieht keine Möglichkeit vor, Empfehlungen, die unter § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB fallen, zulässig zu machen.

3.2. Empfehlungsverbot und Rationalisierungsverbände

Soweit das Verbot nach § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB sich gegen Empfehlungen zur einheitlichen Anwendung von Normen oder Typen im Sinne des § 5 Abs. 1 GWB richtet, berührt es insbesondere die Tätigkeit der Rationalisierungsverbände. So hat zum Beispiel der Deutsche Normenausschuß nach seiner Satzung den Hauptzweck, Normen festzulegen und zu veröffentlichen. Er hat sich in diesem Zusammenhang auch zur Aufgabe gesetzt, „darauf hinzuwirken, daß sich die DIN-Normen gut einführen“²⁾. Unter diesen Umständen könnte angenommen werden, daß der Deutsche Normenausschuß seit Inkrafttreten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen fortgesetzt den Tatbestand des Empfehlungsverbotes erfüllt. Denn in der Veröffentlichung der DIN-Normen und der bewußten Förderung ihrer

¹⁾ Beschluß vom 14. Januar 1960 — KRB 12/59 — abgedruckt in: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Band 14, Seite 55 ff. Eine Zusammenfassung der Ausführungen des Bundesgerichtshofes über den Empfehlungsbegriff befindet sich im Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1960 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 2734, Seite 45 f.

²⁾ Normblatt DIN 820, Blatt 1, S. 11, zu 7.

Anwendung dürften — im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs — Äußerungen liegen, durch die „jemand etwas als für einen anderen gut oder vorteilhaft bezeichnet und es ihm deshalb anrät, nahelegt oder vorschlägt“. Die Normenempfehlungen des Deutschen Normenausschusses sind auch ursächlich dafür, daß zahlreiche Unternehmen einzelne Teile, Produkte, Arbeitsverfahren oder dergleichen einheitlich herstellen, beziehen, liefern oder anwenden. Insoweit dürften die Empfehlungen bewirken, daß eines der im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausgesprochenen Verbote, nämlich das Verbot, ein unwirksames, nicht im Anmelde- und Widerspruchsverfahren nach § 5 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 3 GWB zugelassenes Normen- oder Typenkartell zu praktizieren, durch gleichförmiges Verhalten der Empfehlungsempfänger umgangen wird. Vorausgesetzt, daß der Deutsche Normenausschuß mit der Veröffentlichung und Verbreitung der DIN-Normen Empfehlungen nach § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB ausspricht, könnte unter Umständen die ehrenamtliche Mitarbeit der Vertreter der Wirtschaft, Wissenschaft, Technik und der Behörden bei der Aufstellung der Normen als Teilnahmehandlung nach § 10 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (Anstiftung, Beihilfe) angesehen werden. Die Tätigkeit der anderen Rationalisierungsverbände, zum Beispiel die Herausgabe von Empfehlungen zur Typenbeschränkung durch das Rationalisierungs-Kuratorium der Deutschen Wirtschaft, ist unter denselben rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen.

3.3. Änderungswünsche der interessierten Kreise der Öffentlichkeit

Die Kartellbehörden haben zwar weder das Rationalisierungs-Kuratorium der Deutschen Wirtschaft noch den Deutschen Normenausschuß wegen Verletzung des Empfehlungsverbots verfolgt. Die genannten Rationalisierungsverbände und die Wirtschaft wollen aber, daß die Tätigkeit dieser Organisationen, soweit sie — wie bisher — in der Herausgabe von Normen und Typen sowie von Empfehlungen zur Typenbeschränkung besteht, kartellrechtlich nicht nur nicht verfolgt wird (§ 81 Abs. 2 GWB), sondern als gesetzmäßig angesehen wird oder wenigstens zulässig gemacht werden kann. Empfehlungen zur einheitlichen Anwendung von Normen oder Typen — so machen sie geltend — förderten die Rationalisierung in ähnlicher Weise wie Normen- und Typenkartelle. Das Rationalisierungs-Kuratorium der Deutschen Wirtschaft und der Deutsche Normenausschuß böten die Gewähr dafür, daß ihre Empfehlungen die Belange der Gesamtwirtschaft wahrten; ihre Objektivität und Neutralität seien unbestritten.

4. Änderungsvorschläge zu § 5 Abs. 1 GWB

Die oben dargestellten Erfahrungen mit § 5 Abs. 1 GWB veranlassen die Bundesregierung zu folgenden Änderungsvorschlägen:

4.1. Erleichterung des Verfahrens bei Normen- und Typenkartellen

4.1.1. Vorschlag: Übergang vom Anmelde- und Widerspruchsverfahren zum Anmeldeverfahren im Sinne des § 6 Abs. 1 GWB

Die Bundesregierung schlägt vor, bei Verträgen oder Beschlüssen, die lediglich die einheitliche Anwendung von Normen oder Typen zum Gegenstand haben, von dem in § 5 Abs. 1 GWB vorgesehenen Anmelde- und Widerspruchsverfahren zu einem Anmeldeverfahren im Sinne des § 6 Abs. 1 GWB überzugehen. Die Erfahrungen mit der geltenden Fassung des § 5 Abs. 1 GWB und die Stellungnahmen der interessierten Kreise der Öffentlichkeit überzeugen zwar nicht davon, daß die Wirtschaft nur deshalb von Normen- und Typenkartellen so wenig Gebrauch gemacht hat, weil sie das Anmelde- und Widerspruchsverfahren für zu umständlich hält. Diese Frage braucht aber nicht weiter erörtert zu werden. Wettbewerbspolitisch läßt es sich vertreten, bei Normen- und Typenkartellen auf die Widerspruchsmöglichkeit nach § 5 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 3 GWB zu verzichten. Solche Kartelle beschränken den Wettbewerb meist nicht wesentlich, und der durch das Kartell ermöglichte Rationalisierungserfolg gleicht die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung im allgemeinen aus¹⁾. Da die Rationalisierung dadurch gefördert werden könnte, sollte die auch von der Wirtschaft gewünschte Änderung vorgenommen werden.

4.1.2. Ohne Anmeldung wäre eine wirksame Mißbrauchsaufsicht nicht möglich

Das Rationalisierungs-Kuratorium der Deutschen Wirtschaft, die Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer und der Bundesverband der Deutschen Industrie haben angeregt, Normen- und Typenkartelle ohne Anmeldung wirksam werden zu lassen. Diesem Vorschlag kann nicht gefolgt werden. Wie in der Einleitung zu diesem Kapitel ausgeführt ist²⁾, können auch Normen- und Typenkartelle den Wettbewerb gefährden. Die Mißbrauchsaufsicht nach § 12 GWB sollte daher beibehalten werden, womit auch alle Verbände, die sich dazu geäußert haben, einverstanden sind. Eine wirksame Mißbrauchsaufsicht über Kartellverträge und Kartellbeschlüsse oder über die Art ihrer Durchführung ist aber kaum möglich, wenn die Verträge oder Beschlüsse nicht anzumelden und damit der Kartellbehörde zur Kenntnis zu bringen sind. Die Ansicht der Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer, daß bei Normen- und Typenkartellen eine Anmeldung unnötig wäre, weil die von einem Mißbrauch betroffenen Unternehmen erforderlichenfalls bei der Kartellbehörde eine Untersuchung anregen könnten, überzeugt nicht. Es erschiene nicht zweckmäßig, die Initiative zur Bekämpfung von Mißbräuchen allein den Betrof-

¹⁾ Siehe dazu die Ausführungen im Abschnitt 1.2. Auch in Artikel 4 der Verordnung Nr. 17 des Rates der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 6. Februar 1962 sind für Normen- und Typenkartelle Erleichterungen vorgesehen. Hierfür war der Gedanke leitend, daß Normen- und Typenkartelle den Handel zwischen den Mitgliedstaaten weniger stark beeinträchtigen als andere horizontale Bindungen.

²⁾ Siehe oben Abschnitt 1.2.

fenen aufzuerlegen. Erfahrungsgemäß bestehen dort oft große Hemmungen, insbesondere, wenn auf der anderen Seite ein starker Lieferant oder Abnehmer steht. Schon aus diesem Grunde, aber auch, damit der offensichtlich mißbräuchlichen Gestaltung oder Durchführung eines Normen- und Typenkartells möglichst frühzeitig entgegengetreten werden könnte, sollte auf die Anmeldung nicht verzichtet werden. Die Kartellbehörde könnte dann bereits anläßlich der Anmeldung eine Prüfung nach § 12 GWB vornehmen. Darüber hinaus würden die Anmeldung und die damit zu verbindende Eintragung der Verträge und Beschlüsse in das öffentliche Kartellregister die Mißbrauchsaufsicht insofern erleichtern, als die Unternehmen dadurch veranlaßt werden würden, auf klar formulierte sowie technisch (in bezug auf die zugrunde gelegten Normen und Typen) und kartellrechtlich einwandfreie Vereinbarungen bedacht zu sein. Aus diesen Gründen ist im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen — von einigen Fällen in den sogenannten Ausnahmereichen nach § 99 ff. abgesehen — ü b e r a l l dort, wo eine Mißbrauchsaufsicht angeordnet ist, auch vorgesehen, daß die davon betroffenen Verträge und Beschlüsse anzu- melden sind. Die enge Verbindung zwischen Mißbrauchs- und Anmeldeprinzip ist allgemein anerkannt und findet sich auch in vielen ausländischen Kartellgesetzen, soweit sie auf dem Mißbrauchsprinzip aufgebaut sind.

4.1.3. Auf das Anhören der betroffenen Lieferanten und Abnehmer könnte verzichtet werden, wenn jeder Anmeldung die Stellungnahme eines Rationalisierungsverbandes beizufügen wäre

Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 geltender Fassung in Verbindung mit § 2 Abs. 2 GWB ist bei der Anmeldung nach § 9 Abs. 2 GWB nachzuweisen, daß die Lieferanten und Abnehmer, die durch ein Normen- oder Typenkartell betroffen werden, in angemessener Weise gehört worden sind; ihre Stellungnahmen sind der Anmeldung beizufügen. Einige Verbände haben vorgeschlagen, diese Vorschrift zu beseitigen. Im Hinblick auf die nachteiligen Wirkungen, die von Normen- und Typenkartellen gerade auf Abnehmer und Lieferanten ausgehen können¹⁾, erscheint es nicht unbedenklich, auf deren Stellungnahmen zu verzichten. Das Rationalisierungs-Kuratorium der Deutschen Wirtschaft meint zwar, daß das Anhören der betroffenen Lieferanten und Abnehmer bei Normen- und Typenkartellen schlechthin „überflüssig“ sei. Das ist aber nicht richtig. Das Rationalisierungs-Kuratorium begründet seine Auffassung damit, daß „Normen- und Typenvereinbarungen, die einen (für die Gesamtbeurteilung) wesentlichen Bedarf ungedeckt lassen, nur eine theoretische Möglichkeit“ seien und daß „von der Ausschaltung ungängiger Sorten und Typen . . . immer nur ein kleiner Teil der Abnehmer und ein noch geringerer Teil der Lieferanten betroffen sein“ werde. Damit räumt das Rationalisierungs-Kuratorium ein, daß Nachteile für Angehörige vor- und nachgelagerter Wirtschaftsstufen möglich sind. Das könnte ohnehin nicht be-

¹⁾ Siehe oben Abschnitte 1.2., letzter Absatz, und 1.3.

zweifelt werden. Auch der Deutsche Normenausschuß hebt in seiner Satzung und im Normblatt DIN 820 über Grundbegriffe, Grundsätze und Geschäftsgang der Normungsarbeit hervor, daß Normung eine „Gemeinschaftsarbeit“ sei, die „unter Beteiligung“ aller jeweils interessierten Kreise“ durchzuführen sei²⁾. Wenn Normen oder Typen durch Kartell für alle Beteiligten, unter Umständen für einen ganzen Wirtschaftszweig, verbindlich eingeführt werden sollen, erscheint um so größere Aufmerksamkeit geboten.

Gleichwohl meint die Bundesregierung, daß das Anhören und die Stellungnahmen der von einem Normen- und Typenkartell betroffenen Lieferanten und Abnehmer im Anmeldeverfahren unterbleiben könnten. Das erscheint jedoch nur unter der Voraussetzung möglich, daß — im Gegensatz zur Sollvorschrift in § 5 Abs. 1 Satz 3 geltender Fassung — in Zukunft jeder Anmeldung eines Normen- und Typenkartells die Stellungnahme eines Rationalisierungsverbandes beizufügen wäre, der nach seiner Satzung verpflichtet und nach seinen personellen und sächlichen Mitteln in der Lage ist, ein Normungs- und Typungsvorhaben objektiv zu prüfen und die betroffenen Lieferanten und Abnehmer in angemessener Weise zu beteiligen. Dadurch könnte sichergestellt werden, daß nur Verträge und Beschlüsse über solche Normen und Typen angemeldet würden, die hinreichend geprüft und deren einheitliche Anwendung erwünscht wäre. Eine der Rationalisierung hinderliche Erschwerung des Anmeldeverfahrens träte durch diese Einschaltung der Rationalisierungsverbände nicht ein; denn diese Verbände haben die nötige Sachkunde, damit sie ihre Stellungnahmen ohne großen zeitlichen und finanziellen Aufwand abgeben könnten.

Besonders einfach wäre die Stellungnahme der Rationalisierungsverbände bei Absprachen, durch die sich die Beteiligten nur verpflichten würden, die vom Rationalisierungs-Kuratorium der Deutschen Wirtschaft empfohlenen Typen oder die Normen des Deutschen Normenausschusses einheitlich anzuwenden. Daher bestände kein Anlaß, in diesen Fällen auf die Stellungnahme zu verzichten. Die Kartellbehörde würde sonst gezwungen sein, sich zur Nachprüfung der angemeldeten Verträge oder Beschlüsse an diese Rationalisierungsverbände zu wenden oder in einem unter Umständen zeitraubenden Verfahren selbst festzustellen, ob der Vertrags- oder Beschlußinhalt mit den empfohlenen Normen oder Typen übereinstimmt.

4.2. Freistellung von Empfehlungen, die lediglich die einheitliche Anwendung von Normen oder Typen zum Gegenstand haben

Nach Ansicht der Bundesregierung sollte es im Interesse der Gesamtwirtschaft an Normung und Typung ferner zugelassen werden, Empfehlungen über die einheitliche Anwendung von Normen und Typen auszusprechen. Dadurch würde insbesondere erreicht werden, daß die Rationalisierungsverbände

²⁾ Siehe oben Abschnitt 1.1. sowie das Normblatt DIN 820, Blatt 1, Seite 1, zu 1.

ihre Aufgaben wahrnehmen könnten, ohne gegen das Gesetz zu verstoßen. Die Möglichkeit, Normen- und Typenempfehlungen rechtmäßig auszusprechen, sollte indessen nicht nur den Rationalisierungsverbänden, sondern jedermann gewährt werden; denn sie könnte nicht nur von Rationalisierungsverbänden zweckentsprechend ausgenutzt werden. Gleichwohl dürfte in der Praxis das Schwergewicht bei diesen Verbänden, vor allem beim Rationalisierungskuratorium der Deutschen Wirtschaft und beim Deutschen Normenausschuß, liegen.

Da Empfehlungen zur einheitlichen Anwendung von Normen und Typen, die von den Empfehlungsempfängern befolgt werden, faktisch wie ein Normen- und Typenkartell wirken, sollten auch sie in bezug auf Inhalt und Durchführung einer Mißbrauchsaufsicht entsprechend § 12 GWB unterstellt werden. (Eine Mißbrauchsaufsicht über Empfehlungen wäre im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht ohne Vorbild; vgl. § 104 Abs. 1 Nr. 1 GWB.) Dazu wäre aber erforderlich, daß auch Normen- und Typenempfehlungen bei der Kartellbehörde anzumelden wären, wobei indessen auf die Eintragung in ein Register entsprechend § 9 Abs. 2 GWB verzichtet werden könnte. Ferner sollte aus den gleichen Erwägungen wie bei den Normen- und Typenkartellen vorgesehen werden, daß der Anmeldung die Stellungnahme eines Rationalisierungsverbandes beizufügen ist. Dieses Erfordernis könnte entfallen, soweit Rationalisierungsverbände ihre eigenen Empfehlungen anmelden.

Weiter sollte vorgesehen werden, daß insbesondere folgende Vorschriften, die für Normen- und Typenkartelle gelten, auf Empfehlungen zur einheitlichen Anwendung von Normen oder Typen entsprechend anzuwenden sind: § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GWB, wonach die Anmeldungen von Normen- und Typenkartellen im Bundesanzeiger bekanntzumachen sind (für den Fall, daß Rationalisierungsverbände ihre eigenen Empfehlungen anmelden, könnte auf die Bekanntmachung der Anmeldung verzichtet werden, soweit diese Verbände durch laufende Veröffentlichung ihrer Empfehlungen selbst für die erforderliche Publizität sorgen); § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 in Verbindung mit § 9 Abs. 4 Nr. 8 und § 58 Nr. 4 GWB, wonach Verfügungen der Kartellbehörde nach § 12 Abs. 2 GWB (Mißbrauchsaufsicht) im Bundesanzeiger bekanntzumachen sind.

Nach alledem könnte § 5 Abs. 1 GWB wie folgt neu gefaßt werden:

„§ 1 gilt nicht für Verträge und Beschlüsse sowie für Empfehlungen, die lediglich die einheitliche Anwendung von Normen oder Typen zum Gegenstand haben. Der Anmeldung nach § 9 Abs. 2 ist die Stellungnahme eines Rationalisierungsverbandes beizufügen; das gilt nicht, wenn ein Rationalisierungsverband seine Empfehlungen anmeldet.“

4.3. Gebührenminderung

Nach § 1 Abs. 1 der Verordnung über die Gebühren der Kartellbehörden und die Erstattung der durch das Verfahren vor den Kartellbehörden entstandenen Kosten vom 23. Januar 1958 (Bundesgesetzbl. I

S. 61) werden für die Tätigkeit der Kartellbehörden Kosten (Gebühren und Auslagen) nach dem der Verordnung anliegenden Tarif erhoben. Zu den laufenden Nummern 2 a) und 3 a) des Gebührentarifs ist für die Anmeldung eines Vertrages oder Beschlusses nach § 5 Abs. 1 GWB (Anmelde- und Widerspruchsverfahren) eine Gebühr von 3000 bis 30 000 Deutsche Mark und für die Anmeldung eines Vertrages oder Beschlusses nach § 6 Abs. 1 GWB (Anmeldeverfahren) eine Gebühr von 1000 bis 10 000 Deutsche Mark vorgeschrieben. Falls bei Normen- und Typenkartellen vom Anmelde- und Widerspruchsverfahren zum Anmeldeverfahren im Sinne des § 6 Abs. 1 GWB übergegangen wird, sollte durch entsprechende Änderung des Gebührentarifs gebührenmäßig die Hälfte des für Kartelle nach § 6 Abs. 1 GWB geltenden Satzes vorgesehen werden (500 bis 5000 Deutsche Mark statt — wie bisher — 3000 bis 30 000 Deutsche Mark). Die Unterschreitung des für Kartelle nach § 6 Abs. 1 GWB geltenden Gebührensatzes wäre gerechtfertigt, weil die Stellungnahme eines Rationalisierungsverbandes, die nach dem Vorschlag der Bundesregierung der Anmeldung eines jeden Normen- und Typenkartells beizufügen ist, der Kartellbehörde die Arbeit erheblich erleichtern würde. Für Normen- und Typenempfehlungen sollte eine Gebühr in Höhe von 250 bis 2500 Deutsche Mark eingeführt werden. Die Vorschrift in § 9 Abs. 3 der Gebührenverordnung, wonach aus Gründen der Billigkeit die Gebühr bis auf ein Zehntel der Mindestgebühr ermäßigt werden kann, bliebe unberührt.

5. Bemerkungen zu den Änderungswünschen der Verbände betreffend das Verfahren bei Spezialisierungskartellen nach § 5 Abs. 2 GWB

Einzelne Verbände haben auch angeregt, die Bildung der in § 5 Abs. 2 GWB unter anderen behandelten Spezialisierungskartelle zu erleichtern. Sie führen an, daß Normung, Typung, Typenbeschränkung und Spezialisierung — betriebswirtschaftlich gesehen — gleichartig seien und daß Spezialisierungskartelle ebenso die Rationalisierung fördern wie Normen- und Typenkartelle. Nur durch Spezialisierungskartelle könnten auch die kleineren und mittleren Unternehmen sich die Vorteile der Serienproduktion verschaffen und dadurch ihre Konkurrenzfähigkeit und wirtschaftliche Unabhängigkeit auf dem europäischen Markt stärken und erhalten. Das Erlaubnisverfahren nach § 5 Abs. 2 GWB sei zu schwerfällig und zu kostspielig. Im einzelnen wird gefordert:

Die *Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer* geht am weitesten. Sie meint, daß bei Spezialisierungskartellen ein reines Anmeldeverfahren genüge, wie es nach geltendem Recht für die Kartelle nach § 6 Abs. 1 GWB vorgesehen ist. Zwar werde durch Spezialisierungsabsprachen — so meint die Arbeitsgemeinschaft weiter — die Zahl der Anbieter verringert; diese Beeinträchtigung des Wettbewerbs werde aber durch den Zuwachs an Unternehmen, der mit der Vergrößerung der Märkte verbunden

sei, mehr als ausgeglichen. Es sei nicht gerechtfertigt, wegen der wenigen Fälle, in denen eine Spezialisierung zu einer gefährlichen Wettbewerbsbeschränkung führen könne, alle Spezialisierungskartelle einem Erlaubnis- oder Anmelde- und Widerspruchsverfahren zu unterwerfen. Ein reines Anmeldeverfahren in Verbindung mit einer Mißbrauchsaufsicht nach § 12 GWB reichte aus.

Demgegenüber fordern das *Rationalisierungskuratorium der Deutschen Wirtschaft* und der *Bundesverband der Deutschen Industrie* bei Spezialisierungskartellen lediglich den Übergang vom Erlaubnisverfahren zum Anmelde- und Widerspruchsverfahren. Das Rationalisierungskuratorium räumt ein, „daß eine extreme Spezialisierung zu Monopolbildungen führen könnte“, und regt an, „das Gesetz so zu gestalten, daß Monopolbildungen oder erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen mit Sicherheit verhindert werden“.

Der *Deutsche Industrie- und Handelstag* schlägt vor, bei solchen Spezialisierungskartellen vom Erlaubnisverfahren zum Anmelde- und Widerspruchsverfahren überzugehen, die den „Nachweis eines verhältnismäßig geringen Marktanteils“ führen.

Zu diesen Vorschlägen ist zu sagen:

Es mag zutreffen, daß Spezialisierungskartelle in gleichem Maße wie Normen- und Typenkartelle der Rationalisierung dienen können. Als eine Vorstufe der Mechanisierung und Automatisierung kann die Spezialisierung auch geeignet sein, die Wettbewerbschancen kleinerer und mittlerer Unternehmen gegenüber den Großunternehmen zu verbessern. Sie mag ferner in Fällen als erwünscht erscheinen, in denen eine Rationalisierung durch Typenbeschränkung nicht in Betracht kommt.

In der öffentlichen Diskussion wird jedoch oft nicht beachtet, daß in wettbewerbspolitischer Sicht ein großer Unterschied zwischen den Kartellen nach § 5 Abs. 1 und den Spezialisierungsabreden nach § 5 Abs. 2 GWB besteht. Während die Normen- und Typenkartelle den Wettbewerb unter den Kartellmitgliedern weitgehend unberührt lassen, in manchen Fällen sogar verstärken mögen, wird durch Spezialisierungskartelle der Wettbewerb unter den Kartellmitgliedern vollständig oder zumindest teilweise ausgeschlossen. Wenn keine oder nur unbedeutende Außen-seiter vorhanden sind, kann ein Spezialisierungskartell den Wettbewerb auf dem gesamten Markt für die von ihm betroffenen Waren oder gewerblichen Leistungen beseitigen. Es kann zu einer Aufteilung des Marktes unter die am Kartell beteiligten Unternehmen und zu Monopolbildungen auf den einzelnen Teilmärkten kommen. Spezialisierungskartelle können daher s c h w e r w i e g e n d e Wettbewerbsbeschränkungen sein. Das kommt auch in § 5 Abs. 2 Satz 3 GWB zum Ausdruck, wonach eine Erlaubnis zur Rationalisierung durch Spezialisierung nur erteilt werden darf, „wenn die Spezialisierung den Wettbewerb auf dem Markt nicht ausschließt“. Das Gesetz sieht also die Gefahr, daß der Wettbewerb auf einem Markt ausgeschlossen wird, bei Spezialisierungskartellen als

besonders naheliegend an. Angesichts dieser großen Nachteile für den Wettbewerb, die von Spezialisierungskartellen ausgehen können, vermag die Bundesregierung auf das in § 5 Abs. 2 GWB vorgesehene Erlaubnisverfahren und die daraus sich ergebende Möglichkeit sorgfältiger Prüfung nicht zu verzichten. Eine dreimonatige Widerspruchsfrist würde oft nicht ausreichen, um über die in § 5 Abs. 2 aufgeführten Voraussetzungen für die Erteilung einer Erlaubnis zu entscheiden.

In den Stellungnahmen der Verbände ist auch nicht dargetan, daß § 5 Abs. 2 geltender Fassung Spezialisierungskartelle unnötig erschwert oder gar verhindert hätte. Der Grund, aus dem es verhältnismäßig selten zu Spezialisierungskartellen kommt, dürfte in erster Linie darin liegen, daß die Unternehmen sich oft nicht dazu entschließen wollen, auf Teile ihres Sortiments zu verzichten. Das Rationalisierungskuratorium der Deutschen Wirtschaft hat in seiner Stellungnahme auf dieses Hemmnis der Rationalisierung in anderem Zusammenhang selbst hingewiesen¹⁾. Hingegen läuft die Regelung in § 5 Abs. 2 GWB dem Interesse der Wirtschaft an Spezialisierung nicht zuwider. Nach § 5 Abs. 2 Satz 1 GWB hat die Kartellbehörde auf Antrag die Erlaubnis zu einem Kartellvertrag oder -beschluß zu erteilen, wenn die Regelung der Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge dient und geeignet ist, die Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen in technischer, betriebswirtschaftlicher oder organisatorischer Beziehung wesentlich zu heben und dadurch die Befriedigung des Bedarfs zu verbessern. Der Rationalisierungserfolg soll in einem angemessenen Verhältnis zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung stehen (§ 5 Abs. 2 Satz 2). Eine Erlaubnis zur Rationalisierung durch Spezialisierung darf zwar nur erteilt werden, wenn die Spezialisierung den Wettbewerb auf dem Markt nicht ausschließt (§ 5 Abs. 2 Satz 3). Diese Einschränkung ist aber wettbewerbspolitisch notwendig und wird auch von den Verbänden anerkannt, die für eine erleichterte Zulassung von Spezialisierungskartellen eintreten. Gleichwohl ist eine Rationalisierung durch Spezialisierung möglich. Das gilt insbesondere für die sogenannte „Randsortenspezialisierung“ (Spezialisierungsvereinbarungen, die sich lediglich auf einen bei allen Beteiligten umsatzschwachen Teil der Produktionsprogramme beziehen), die das Rationalisierungskuratorium der Deutschen Wirtschaft in seiner Stellungnahme hervorhebt; denn der im Sinne des § 5 Abs. 2 Satz 3 GWB relevante Markt dürfte regelmäßig weiter sein als eine Randsortenspezialisierung reicht. In diesem Zusammenhang ist noch auf § 56 GWB hinzuweisen, wo vorgesehen ist, daß die Kartellbehörde unter anderen auch in Fällen nach § 5 Abs. 2 GWB bis zur endgültigen Entscheidung über eine Erlaubnis „einstweilige Anordnungen zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes treffen“ kann. Die Kartellbehörde kann also unter Umständen zulassen, daß eine Spezialisierungsabrede bereits vor der endgültigen Entschei-

¹⁾ Siehe oben Abschnitt 1.3.

derung über einen Antrag nach § 5 Abs. 2 GWB praktiziert wird.

Nach alledem hält es die Bundesregierung gegenwärtig nicht für geboten, eine Änderung des § 5 Abs. 2 GWB in bezug auf Spezialisierungskartelle vorzuschlagen.

Das gilt auch für die oben bereits erwähnte Anregung des Deutschen Industrie- und Handelstages, für Spezialisierungskartelle mit nur geringem Marktanteil ein Anmelde- und Widerspruchsverfahren einzuführen. Der Grundgedanke dieses Vorschlags kommt den wettbewerbspolitischen Bedenken der Bundesregierung zwar entgegen. Es ist aber

aus Gründen der Rechtssicherheit nicht möglich, Unterschiede im Verfahren bei ein und derselben Kartellart von einem so schwierigen und — wie zum Beispiel die Erfahrungen mit den §§ 22 und 23 GWB gezeigt haben — umstrittenen Merkmal wie dem Marktanteil abhängig zu machen. Insbesondere Verfahrensvorschriften müssen klar und eindeutig sein.

Gegen eine Auflockerung des in § 5 Abs. 2 vorgesehenen Erlaubnisverfahrens haben sich auch der *Gesamtverband des Deutschen Groß- und Außenhandels* und der *Zentralverband des Deutschen Handwerks* ausgesprochen.

DRITTES KAPITEL

Preisbindung der zweiten Hand

(§§ 16, 17 und 38 Abs. 2 GWB)

1. Einleitung

Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen am 1. Januar 1958 ist die Diskussion über die Berechtigung der vertikalen Preisbindung gemäß § 16 GWB nicht verstummt. Die Preisbindungsdebatte ist ebenso durch die Vielfalt der verwendeten Argumente wie durch die Unterschiede in der Bewertung der mit der Preisbindung verbundenen Wirkungen gekennzeichnet. In den Diskussionen des vergangenen Jahrzehnts sind diese Wirkungen der Preisbindung in der Volkswirtschaft immer klarer herausgearbeitet worden. Es ist vor allem deutlich geworden, daß die vertikale Preisbindung zum Teil in den verschiedenen Branchen gleiche, zum Teil aber auch in ein und derselben Branche ganz verschiedene Wirkungen zeitigen kann und daß diese Wirkungen je nach den konjunkturellen Schwankungen unterschiedlich sind. Ebenso deutlich hat sich gezeigt, daß die vertikale Preisbindung nicht unabhängig von den Funktionen der beteiligten Wirtschaftsstufen und — auf der gleichen Wirtschaftsstufe — nicht unabhängig von der Größe der beteiligten Unternehmen und den Vertriebsformen beurteilt werden kann.

Aus der Unterschiedlichkeit der Wirkungen der vertikalen Preisbindung ergeben sich sowohl für die wirtschaftspolitische Wertung der beobachteten Tatsachen und Entwicklungen als auch für die Beurteilung der Stellungnahmen der interessierten Wirtschaftskreise mehrere Erfordernisse: Bei der Feststellung und Analyse der Wirkungen der Preisbindung ist hinreichend deutlich zu unterscheiden zwischen den in der Regel verschiedenen Wirkungen auf die einzelnen von der Preisbindung betroffenen Wirtschaftsstufen. Auch für die wirtschaftspolitische Beurteilung der beobachteten Folgen der Preisbindung sind von Wirtschaftsstufe zu Wirtschaftsstufe unterschiedliche Überlegungen anzustellen. Ferner müssen die für einzelne Gruppen festgestellten Folgen in jedem Falle gegen die gesamtwirtschaftlichen Interessen und die Erfordernisse unserer Wirtschaftsordnung abgewogen werden. Schließlich ist das Interesse an einer möglichst gesunden Struktur der von der Preisbindung betroffenen Branchen und Wirtschaftsstufen wie auch das Ziel der Erhaltung und Vervollkommnung der Wettbewerbsordnung genügend zu berücksichtigen.

Für die wirtschaftspolitische Prüfung und Beurteilung der Preisbindungswirkungen ist nach nunmehr vierjähriger Anwendung der §§ 16 und 17 GWB durch das Bundeskartellamt ausreichendes Erfah-

rungsmaterial vorhanden. Die Auswertung dieses Materials ermöglicht auch die Feststellung bestimmter Wirkungen der Preisbindung (z. B. Tendenz zur Übersetzung des Handels in einigen Branchen), die zwar deutlich erkennbar sind, die aber nicht als ausschließliche Folgen des Preisbindungsprivilegs dargetan werden können. Daß in derartigen Fällen die Preisbindung nicht als alleinige oder überwiegende Ursache einer festgestellten Wirkung nachgewiesen werden kann, liegt daran, daß ein Vergleich mit dem Zustand ohne Preisbindung nur selten möglich ist.

Im folgenden werden zunächst die Erfahrungen des Bundeskartellamtes mit den Preisbindungsvorschriften dargestellt. Dabei wird nicht nur über die Ergebnisse der angefallenen Verfahren nach §§ 16, 17 GWB, sondern auch über das aus der Sammlung und Aufbereitung der Meldungen nach § 16 Abs. 4 GWB gewonnene Material berichtet. Weiter wird anhand der vorliegenden Verfahrensergebnisse auf die Schwierigkeiten bei der Anwendung der wesentlichen Normelemente der §§ 16 und 17 GWB eingegangen. Außerdem sind überall die allgemeinen Erfahrungen des Bundeskartellamtes aus der Beobachtung der Märkte berücksichtigt. Beigefügt sind eine Übersicht über die Erfahrungen mit der vertikalen Preisbindung in einigen anderen Ländern — insbesondere auch nach ihrer Aufhebung — (Anlage 1) und drei Tabellen (Anlagen 2 bis 4).

Die Auffassungen der interessierten Kreise der Öffentlichkeit sind jeweils bei den einzelnen im Bericht behandelten Fragen dargelegt. Soweit diese Auffassungen mit den dargestellten Erfahrungen und Schlußfolgerungen nicht übereinstimmen, setzt sich der Bericht bei jeder Einzelfrage mit den vorgebrachten Gegenargumenten auseinander.

2. Die Anwendung der §§ 16 und 17 GWB**2. 1. Die Zahl der Preisbindungen (und Preisempfehlungen)**

Nach § 16 Abs. 4 GWB bedürfen vertikale Preisbindungen für Markenwaren zu ihrer Wirksamkeit der Anmeldung beim Bundeskartellamt und der schriftlichen Bestätigung des Eingangs der Anmeldung. Die folgende Tabelle zeigt die Zahlen der preisbindenden Unternehmen, der insgesamt angemeldeten Preisbindungen und der für Kraftfahrzeugersatzteile angemeldeten Preisbindungen am Ende der Jahre 1958 bis 1961.

Stichtag	Preisbindende Unternehmen	Angemeldete Preisbindungen*)	darunter Preisbindungen für Kraftfahrzeugersatzteile
31. Dezember 1958	949	168 808	78 942
31. Dezember 1959	1 056	203 109	94 254
31. Dezember 1960	1 095	191 762	85 175
31. Dezember 1961	1 109	198 059	87 196

Diese Tabelle gibt insofern ein unvollkommenes Bild, als sie nicht die Zu- und Abgänge der Preisbindungen während der drei genannten Jahre erkennen läßt. So ist z. B. die große Differenz zwischen der Zahl der Preisbindungen am 31. Dezember 1958 und der Zahl am 31. Dezember 1959 vor allem darauf zurückzuführen, daß die Zahl der angemeldeten Preisbindungen für Kraftfahrzeugersatzteile am 31. Dezember 1958 wegen Zurücknahme von ca. 20 000 später zum Teil wieder angemeldeten Preisbindungen erheblich niedriger als sonst lag.

Im ganzen zeigt sich eine auffallende Konstanz der Gesamtzahl der Preisbindungen und eine gewisse Steigerungstendenz bei der Zahl der preisbindenden Unternehmen. Das Absinken der Zahl der Preisbindungen vom 31. Dezember 1959 bis zum 31. Dezember 1960 ist durch gewisse Änderungen in der Zählmethode entstanden; tatsächlich haben sich Zugänge und Rücknahmen im Jahre 1960 etwa die Waage gehalten: 23 594 Zugänge gegenüber 23 240 Rücknahmen. Die relativ große Fluktuation im Zu- und Abgang von ca. 12 v. H. innerhalb der etwa gleichgebliebenen Gesamtzahl ist jedoch nur zum kleineren Teil darauf zurückzuführen, daß weitere Unternehmen Preisbindungen angemeldet haben. Vielmehr haben zahlreiche Unternehmen — vor allem aus Branchen, deren Erzeugnisse laufend modischen und technischen Neuerungen unterliegen — lediglich große Teile ihrer Sortimente der einen Periode gegen die Artikel der folgenden durch Rücknahme und Neuangemeldung sozusagen ausgetauscht. Die dabei vorgenommenen Preis- und Qualitätsänderungen sind nicht gesondert erfaßt worden. Bei den gemeldeten Preisänderungen für bestehende Preisbindungen handelt es sich hauptsächlich um Preiserhöhungen. Für den Zeitraum von Januar bis Dezember 1961 hat das Bundeskartellamt ein Verhältnis der Preissenkungen zu den Preiserhöhungen von 1 zu 12 ermittelt.

Nach den Kraftfahrzeugersatzteilen liegen preisgebundene Verkaufseinheiten aus der Textil- und aus der Bekleidungsindustrie der Zahl nach an zweiter Stelle mit einem knappen Zehntel aller Preisbindungen. Größere Zahlen (über 5000 Verkaufseinheiten) erreichen ferner elektrotechnische Erzeugnisse, feinmechanische und optische Erzeugnisse einschließlich Uhren, Musikinstrumente und

*) Preisbindungen werden gezählt nach preisgebundenen Verkaufseinheiten, d. h. Waren in den tatsächlich gehandelten Abmessungen, z. B. eine Garnitur Bettwäsche; 20, 50, 100 Tabletten; 485 g, 940 g Waschmittel usw.

Spielwaren aller Art, Pharmazeutika, chemisch-technische Erzeugnisse, Kunststoffe, Eisen-, Blech- und Metallwaren, Gummi- und Asbestwaren, Erzeugnisse der Ernährungsindustrie (vgl. Anlage 3). In vielen Fällen deutet die Zahl der Preisbindungen für einzelne Spezialbranchen darauf hin, daß für sie die preisgebundenen Artikel besonders charakteristisch sind.

Die seit Mai 1960 durch die Bekanntmachung Nr. 45/60 des Bundeskartellamtes ermöglichte Anmeldung vertikaler Preisempfehlungen für Markenwaren haben 276 Unternehmen für 18 759 Verkaufseinheiten vorgenommen (Stand 31. Dezember 1961). Davon betreffen 4934 Empfehlungen wiederum Kraftfahrzeugersatzteile, für die bis dahin Preisbindungen angemeldet waren. Sonst waren Ummeldungen von Preisbindungen in Preisempfehlungen nur in geringem Umfang zu verzeichnen. Die Verteilung der Preisempfehlungen auf einzelne Branchen gibt wegen der absolut geringen Zahlen keine besonderen Aufschlüsse (vgl. Anlage 3).

2.2. Registrierung und statistische Auswertung der Preisbindungsanmeldungen

Die Entgegennahme, Registrierung und Bestätigung der Preisbindungsanmeldungen haben eine zunächst erhebliche, später jedoch sich vermindernde Verwaltungsarbeit verursacht. So mußte im Jahre 1958 noch mehr als die Hälfte der Anmeldungen aus formellen Gründen beanstandet werden. Im Jahre 1959 konnten schon etwa zwei Drittel der Anmeldungen ohne Rückfrage bestätigt werden. Aber auch in den Jahren 1960 und 1961 waren noch viele Hinweise und Beanstandungen aus formellen Gründen erforderlich.

Als Anhang zu diesem Bericht erscheint eine Übersicht über die durchschnittlichen Minimal- und Maximalhandelsspannen bei den preisgebundenen Markenartikeln, nach Einzelhandelssparten gegliedert, soweit in diesen Sparten für 1000 und mehr Verkaufseinheiten Preisbindungen angemeldet worden sind (vgl. Anlage 4). Diese Spannen werden in der Tabelle mit den durchschnittlichen Roherträgen (d. h. Betriebshandelsspannen) verglichen, die das Statistische Bundesamt für 1960 veröffentlicht hat. Der Vergleich zeigt, daß in neun der angeführten 17 Einzelhandelsbranchen über 90 v. H. der jeweils angemeldeten Minimalspannen schon den jeweiligen Durchschnittsrohertrag erreichen oder z. T. erheblich überschreiten. In weiteren drei Branchen ist dies bei über 60 v. H. aller angemeldeten Mindestspannen der Fall.

Über den Anteil der Reingewinne aus Umsätzen von preisgebundenen Markenartikeln am Gesamtreingewinn läßt sich ohne Kenntnis der Umsatzgrößen und Kosten nichts aussagen. Die in der Tabelle ausgewiesenen, über dem Branchendurchschnitt liegenden Handelsspannen bei preisgebundenen Markenartikeln erhöhen aber wahrscheinlich die Gewinne noch mehr, als sich aus dem bloßen Vergleich mit den — niedrigeren — branchendurchschnittlichen Spannen ergibt. Denn erstens spart der Einzelhandel bei den vom Hersteller bereits „vorverkauften“ Markenartikeln Kosten. Zweitens ist die Um-

schlagshäufigkeit wenigstens bei einigen Markenartikeln größer als bei vergleichbaren markenlosen Erzeugnissen; insoweit entstehen geringere Verteilungskosten je Stück. Bei der Beurteilung der Tabellenwerte darf ferner nicht übersehen werden, daß der Abstand der Mindestspannen bei den preisgebundenen Markenartikeln zum Durchschnitt der übrigen (nicht gebundenen) Spannen tatsächlich noch größer sein dürfte, als die Tabelle erkennen läßt. Denn der vom Statistischen Bundesamt errechnete Durchschnittsrohertrag ist durch die erkennbar höheren Spannen der preisgebundenen Artikel bereits je nach dem Anteil der Markenwaren in unterschiedlichem Maße nach oben verschoben. Ein charakteristisches Beispiel hierfür ist der Wirtschaftszweig Foto und Optik. In diesem Wirtschaftszweig sind die Preise eines großen Teils der Erzeugnisse gebunden (7583 Verkaufseinheiten). Die vom Statistischen Bundesamt errechnete Rohertragsziffer wird hier dementsprechend weitgehend von den Handelsspannen der preisgebundenen Markenartikel bestimmt. Daraus ist es auch zu erklären, daß von den dem Bundeskartellamt gemeldeten Mindestspannen über 95 v. H. unter der Ziffer des Statistischen Bundesamtes liegen (vgl. Anlage 4).

2.3. Die Mißbrauchsaufsicht nach § 17 GWB

Bei insgesamt 198 059 am 31. Dezember 1961 angemeldeten Preisbindungen sind 440 Verfahren wegen Verdachts eines Mißbrauchs nach § 17 eingeleitet worden; davon haben bisher 23 zu Aufhebungsverfügungen gegen preisbindende Unternehmen geführt. Elf dieser Verfügungen sind unanfechtbar geworden. Zehn Verfügungen wurden nach dem Abschluß eines Muster-Rechtsmittelverfahrens vor dem Kammergericht wieder aufgehoben. Am 31. Dezember 1961 befanden sich noch 197 Verfahren im Stadium der rechtlichen und wirtschaftlichen Prüfung. Von den übrigen 220 Verfahren sind 52 eingestellt worden, nachdem der beanstandete Mißbrauch abgestellt worden war; 168 Verfahren sind aus anderen Gründen, z. B. weil der Mißbrauch nicht nachgewiesen werden konnte, eingestellt worden.

Bei diesen Mißbrauchsaufsichtsverfahren handelt es sich entweder um Mißbräuche, die durch einzelne Bedingungen der angemeldeten Preisbindungen ausgelöst wurden, oder um mißbräuchliches Verhalten gegenüber einzelnen Abnehmern bzw. Abnehmergruppen oder um sonstige mißbräuchliche Handhabung der Preisbindung. In einer Reihe von Fällen mußte geklärt werden, ob das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung bestimmter Preise (§ 16 Abs. 1 GWB) vorliegt, ob die im Preis gebundenen Waren mit denen anderer Hersteller als gleichartig (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 GWB) anzusehen sind (sachliche Marktabgrenzung) und ob sie im Preiswettbewerb miteinander stehen. Zahlreiche Verfahren wurden wegen vermuteter Diskriminierung von Abnehmern oder wegen Mißbrauchs von Preisbindungen im Zusammenhang mit lückenhaften Preisbindungssystemen eingeleitet. Einzelheiten solcher Verfahren sind aus den Tätigkeitsberichten des Bundeskartellamtes zu ersehen (vgl. insbesondere Tätigkeitsbericht für 1960, S. 40 ff.).

Fragen der bisher erwähnten Art treten nur bei einzelnen Preisbindungen auf und sind nicht zwangsläufig mit dem Institut der Preisbindung verbunden. Sie können in der Regel im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht gelöst werden. Bestehen bleibt jedoch das grundsätzliche Problem, wie mit den Eingriffsmöglichkeiten des § 17 wettbewerbspolitisch unerwünschte Folgen von Preisbindungen verhindert werden können, die schlechthin mit dem Institut der Preisbindung verbunden sind. Es ist deshalb die Frage zu beantworten, ob das Erfordernis des Preiswettbewerbs in § 16 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und die allgemeine Mißbrauchsklausel des § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, vor allem aber die Vorschrift des § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 für das Bundeskartellamt ausreichen, marktkonforme Preisreaktionen bei gebundenen Markenwaren herbeizuführen und eine mißbräuchliche Ausnutzung des Preisbindungsprivilegs zu verhindern.

Maßstab für die Mißbrauchsaufsicht nach § 17 soll der Marktpreis sein. Der Gesetzgeber hat deutlich gemacht, daß nur die Bindung von Preisen zugelassen werden soll, welche sich nicht zu lange und zu weit von den Preisen entfernen, die sich ohne Preisbindung, also bei Preiswettbewerb — nicht nur zwischen den Herstellern, sondern auch zwischen den Händlern — bilden würden. Sowohl das Erfordernis des Preiswettbewerbs als auch die Eingriffsbefugnis der Kartellbehörde im Falle ungerechtfertigter Warenverteuerung durch die Preisbindung weisen auf die Aufgabe des Bundeskartellamtes hin, dafür zu sorgen, daß sich die gebundenen Preise nach Möglichkeit an die jeweiligen Marktgegebenheiten anpassen.

Begriff und Ausmaß des nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 erforderlichen Preiswettbewerbs konnten jedoch bei dem gegenwärtigen Erkenntnisstand der Wirtschaftswissenschaft noch nicht abschließend geklärt werden. Zudem bleibt es selbst bei vollständiger Klärung dieser Voraussetzungen schwierig, das Vorliegen eines nicht ausreichenden Preiswettbewerbs im konkreten Fall nachzuweisen. Häufig wird sich zwar feststellen lassen, daß bei Änderung der Marktverhältnisse ein Preisanpassungsvorgang stattfindet; es wird aber fast immer streitig sein, ob die Anpassung an eine veränderte Angebots-Nachfrage-Situation sich mit ausreichender Schnelligkeit und in adäquatem Ausmaß vollzieht, wie es bei ausreichendem Preiswettbewerb zu erwarten wäre.

Statt wegen Fehlens des als Zulässigkeitsvoraussetzung geforderten Preiswettbewerbs nach § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 vorzugehen, kann die Kartellbehörde in solchen Fällen aber auch versuchen, an die mangels Preiswettbewerbs eingetretenen Wirkungen auf dem Markt anzuknüpfen und die Preisbindung unter dem Gesichtspunkt des § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 zu überprüfen.

In solchen Verfahren ist in der Regel dem Einwand zu begegnen, aus dem Recht, überhaupt Preise zu binden, folge die Freiheit, die Preise und Spannen in der Höhe zu binden, die der Preisbinder im Rahmen des Preiswettbewerbs für vorteilhaft halte. Solange Preiswettbewerb zwischen dem preisbin-

denden Unternehmen und Herstellern anderer gleichartiger Waren bestehe, könne die Preisbindung nicht die in § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 vorausgesetzte Eignung haben. Dieser Einwand ist kaum zu widerlegen. Hier wird der innere Widerspruch in der Konstruktion des Preisbindungsprivilegs deutlich. Er zeigt, daß bei der Interpretation des § 16 in Wirklichkeit gar nicht von voll funktionsfähigem Preiswettbewerb ausgegangen werden kann, sondern nur von einem — den Umständen gemäß — unvollständig funktionsfähigen Preiswettbewerb. Mit dem Instrument des § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 kann praktisch nur eingegriffen werden, wenn der Preiswettbewerb so abgeschwächt ist, daß es zu Preis- und Spannenhöhen kommt, die offensichtlich über das systembedingte Maß hinausgehen. Es ist also der Maßstab zu suchen, mit dessen Hilfe der Grad der unzulässigen Überhöhung festgestellt werden kann. Entweder muß diese an stets umstrittenen Als-Ob-Wettbewerbspreisen und -spannen oder aber an den Kosten und Gewinnen gemessen werden. Bei der ersten Möglichkeit gelingt es nur, in besonders krassen Fällen einzugreifen, weil der Vergleich mit Als-Ob-Wettbewerbspreisen nur dann möglich ist, wenn die Überhöhung ganz außergewöhnlich ist und sich etwa auf einem breiten „grauen Markt“ schon ausreichende Anhaltspunkte für die Bestimmung dieser fiktiven Wettbewerbspreise ergeben haben. Das Bundeskartellamt hat bisher auf dieser Grundlage nur in einem Falle Preisbindungen für unwirksam erklären können. Bei der zweiten Möglichkeit kann nach § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 nur dann eingegriffen werden, wenn nach umfangreichen Kostenuntersuchungen, die das gesamte Produktionsprogramm des preisbindenden Unternehmens umfassen müssen, festgestellt worden ist, daß die Gewinne ein ungewöhnlich hohes Maß erreicht haben. Diese Feststellung wird dadurch erschwert, daß es in einer im Prinzip marktwirtschaftlichen Ordnung kein ausreichendes Kriterium für die Höhe des „angemessenen“ Gewinns im Einzelfall gibt. Trotzdem muß die Kartellbehörde aber Entscheidungen über die Angemessenheit von Preisen, Rabatten und Gewinnen treffen. Damit werden der Kartellbehörde praktisch quasi-preisbehördliche Interventionen auferlegt. Das Bundeskartellamt hat bisher ein Mißbrauchsverfahren wegen zu hoher Gewinne noch nicht durchgeführt.

3. Die wirtschaftsordnungspolitischen Wirkungen der Preisbindung für Markenwaren

Die Erfahrungen mit der Anwendung der §§ 16 und 17 zeigen, daß die Preisbindungsvoraussetzungen des § 16 (Preiswettbewerb der Preisbinder, Qualitätsgarantie, Anmeldung) und die Mißbrauchsvorschriften des § 17 nicht geeignet sind, zahlreiche Nachteile verschiedener Art zu vermeiden oder auszugleichen, die mit dem Institut der Preisbindung zwangsläufig verbunden sind und nicht nur in Einzelfällen auftreten. Die wichtigsten der wirtschaftsordnungspolitisch relevanten Wirkungen der vertikalen Preisbindung sind nachstehend aufgeführt.

3.1. Die Preisbindung mindert die Intensität des Wettbewerbs und fördert die Preiserstarrung

Nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 müssen die zu bindenden Markenwaren im Preiswettbewerb mit gleichartigen Waren anderer Unternehmen stehen. Diese einschränkende Bedingung ist um so wirkungsloser, je weiter die Preisbindung in einer Branche verbreitet ist. In Branchen, in denen die Preisbindung vorherrscht, können die einzelnen Hersteller darauf vertrauen, daß ihre preisbindenden Konkurrenten auf wechselnde Marktlagen nicht oder nur zögernd mit Änderungen der gebundenen Preise reagieren. Daraus ergibt sich häufig — zumindest für längere Fristen — eine faktische Beschränkung des an sich möglichen Preiswettbewerbs, die aber nur in seltenen, krassen Fällen zur Rechtfertigung eines Verbots der Preisbindung nach § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 (Fehlen einer Voraussetzung des § 16 Abs. 1) ausreicht. Ein eindeutiger Beweis für solche mangelnde Intensität des nach dem Gesetz erforderlichen Preiswettbewerbs ist das Bestehen jahrelang unverändert bleibender Preisklassen in Branchen mit weitverbreiteter Preisbindung (z. B. Preisklasse von 1,30 DM für Tafelschokolade). Sind Markenartikelmärkte — wie oft — gar durch oligopolistisches Angebot gekennzeichnet und sind sich die Hersteller der Interdependenz ihrer absatzpolitischen Maßnahmen besonders deutlich bewußt, führt die Preisbindung in der Regel zur Erstarrung des Preisgefüges.

Bei dieser Sachlage kann auch kein Vorteil darin gesehen werden, daß eine weite Verbreitung von Preisbindungen die „Transparenz“ des betreffenden Marktes, d. h. die Marktübersicht, verbessert. Diese Art von „Transparenz“ erweitert nicht die Möglichkeiten wirksamen Preiswettbewerbs und seiner Nutzung durch die Verbraucher, sondern entsteht im Gegenteil erst aus der Erschwerung oder Beseitigung des Preiswettbewerbs.

*

Die Erfahrung, „daß die Preisbindung tendenziell auch den Ausschluß des Preiswettbewerbs auf der Produktionsstufe begünstigt,“ wird besonders von der *Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände (AGV)* hervorgehoben. „Erschwerend“ tritt dazu, wie die Arbeitsgemeinschaft feststellt, „das Bestreben der Preisbinder, die Endverbraucherpreise über lange Zeiträume hinweg zu stabilisieren, so daß auch bei steigendem Angebot die Preise starr auf überhöhtem Niveau verharren.“

Ähnlich äußert sich auch der *Zentralverband deutscher Konsumgenossenschaften (ZdK)*. „Die vertikale Preisbindung erschwert und verzögert“ nach seiner Ansicht „eine rechtzeitige Anpassung der Preise an die Marktverhältnisse“.

Von der *Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft* wird vor allem auf die nach den Erfahrungen der letzten Jahre zunehmende Gefahr hingewiesen, daß wirtschaftlich überholte Bindungen durch kollektive Zwangsmaßnahmen der Hersteller aufrechterhalten werden. Die Aktionsgemeinschaft erwähnt in diesem Zusammenhang „Testkäufe durch Spitzel, Einschüchterung der unterbietenden Händler, Unterwerfungsverhandlungen“, abgestimmte „Schiedsvereinbarungen“, „Liefersperren und Boykott“.

3.2. Tendenz zu horizontalen Absprachen in der Herstellerstufe infolge der Preisbindung

Die vertikale Preisbindung verhindert nicht nur den horizontalen Preiswettbewerb in den Handelsstufen, sondern löst auch Tendenzen zu horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen auf der Herstellerstufe aus. Da den Händlern durch die Preisbindung die Möglichkeit genommen ist, ihrerseits mit dem Preis auf wechselnde Marktlagen zu reagieren, versuchen sie meist, dadurch ihren Gewinn zu erhalten oder zu vermehren, daß sie von den einzelnen Herstellern höhere Rabatte oder günstigere Konditionen verlangen. Die Hersteller aber würden den Erfolg ihrer Preisbindung gefährden, wenn sie den gebundenen Endverbraucherpreis häufig ändern. Sie können sich daher bei starker Marktposition des Handels gegen dessen Druck nur dadurch schützen, daß sie untereinander Rabatt- und Konditionenregelungen sowie weitergehende „Marktordnungen“ vereinbaren. Diese Tendenz zu horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen bei den Herstellern ist um so stärker, je weiter verbreitet die Preisbindung in einer Branche ist und je weniger die Händler daher auf Waren ausweichen können, deren Preise sie selbst bestimmen können. Sie zeigt sich um so nachhaltiger, je wirkungsloser der Nebenleistungswettbewerb ist, d. h. je geringer die Möglichkeiten für den Handel sind, die Umsätze durch eigene Anstrengungen auszuweiten. Die Preisbindung führt deshalb vielfach zu Kartellen und kartellähnlichen Einrichtungen (z. B. bei Rundfunk- und Fernsehgeräten, Kfz-Reifen, Ofen, Kühlschränken, Glühlampen, technischen Gummiwaren).

3.3. Die Preisbindung als Grundlage für weitere vertikale Bindungen

Neben den Tendenzen zu horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen infolge der Preisbindung zeigt sich — besonders bei marktstarken preisbindenden Herstellern — die Neigung, dem Handel noch weitere Bindungen aufzuerlegen (z. B. Ausschließlichkeitsklauseln, Kundendienstverpflichtungen, Sortimentsauflagen, Lieferverbote, Teilzahlungsvorschriften, Regelungen der Nachlässe bei Sonderverkäufen u. ä.). Teilweise beeinflussen solche Bindungen, wie etwa Preisbestimmungen für in Zahlung genommene Gebrauchsgüter (z. B. Kraftfahrzeuge), sogar die Verhältnisse auf anderen Märkten. Die Marktgeltung führender Markenerzeugnisse ist oft so groß, daß die Händler mit wenigen Ausnahmen gezwungen sind, auch starke Eingriffe in ihre wirtschaftliche Betätigungsfreiheit hinzunehmen, weil sie auf den betreffenden Markenartikel in ihrem Sortiment nicht verzichten können. Klagen darüber werden oft deshalb unterdrückt, weil die Händler den Ausschluß von der Belieferung fürchten. Systeme vertikaler Ausschließlichkeitsverträge, die von marktstarken Unternehmen parallel zu Preisbindungssystemen errichtet werden, behindern bisweilen auch den Zugang anderer — meist kleiner und mittelständischer — Hersteller oder Großhändler zu den Absatzwegen.

*

Der Gesamtverband des Deutschen Groß- und Außenhandels beklagt u. a., „daß marktstarke Preis-

binder ihre Marktstellung dazu benutzen, um mit Geschäftspartnern trotz jahrelanger guter Verbindungen nicht mehr über den Abschluß und die Änderung von Konditionen zu verhandeln, sondern um ihnen die Bedingungen zu diktieren . . .“

3.4. Der Ausgleich zwischen Produktion und Nachfrage wird durch die Preisbindung erschwert

Mit dem Ausschluß des Preiswettbewerbs im Verteilerbereich wird dem Handel für die gebundenen Waren seine wichtigste volkswirtschaftliche Aufgabe entzogen: Er kann die Abstimmung von Verbraucherwünschen und Herstellerplänen nicht mehr über eine freie Preisbindung in die Wege leiten. Schädliche Wirkungen auf die Anpassung von Angebot und Nachfrage sind unvermeidlich. Das preisbindende Unternehmen selbst kann die Preise nicht oder nicht so vollkommen den kurzfristigen und örtlichen Nachfrageschwankungen anpassen, wie dies den Händlern bei fehlender Preisbildung möglich wäre. Seine Preisbindung muß auf lange Sicht und möglichst ohne regionale Unterschiede berechnet sein. Auch seine Markterforschung — vor der Bestimmung des festen Preises — kann die von ungebundenen Händlern vermittelten Impulse nicht ersetzen. Die Störung des vertikalen Preiszusammenhangs durch Festsetzung nicht marktgerechter Preise und Spannen führt immer wieder zu falschen Produktionsentschlüssen (z. B. Rundfunk- und Fernsehgeräte, Kühlschränke, Ofen und Herde). Tatsächlich hat die partielle Überproduktion preisgebundener Waren infolge falscher Unternehmererwartungen in der Hersteller-, aber auch in der Handelsstufe bisher schon vielfach zur Vergeudung anderweitig dringend benötigter Produktivleistungen geführt.

*

Nach Auffassung der *Centralvereinigung Deutscher Handelsvertreter- und Handelsmakler-Verbände* „dürfte die praktische Auswirkung der jetzigen gesetzlichen Regelung vor allem deswegen unbefriedigend sein, weil sie zu einer Inflation von Markenartikeln geführt hat und außerdem die Entstehung und Vergrößerung des sogenannten grauen Marktes gefördert wurde“.

Der *Gesamtverband des Deutschen Groß- und Außenhandels* bemängelt, „daß einzelne Hersteller Marken und Preisbindungen einführen, ohne sich zuvor ein klares Bild über die tatsächlichen Marktgegebenheiten gemacht zu haben oder ohne ausreichenden Kontakt mit den Abnehmern zu suchen“.

Nach Ansicht des *Zentralverbandes des genossenschaftlichen Groß- und Außenhandels* „bestehen bisher keine konkreten Vorstellungen über das wirkliche Ausmaß nicht marktgerechter Preise bei preisgebundenen Markenartikeln“. Der Verband betont aber, „daß die Preisbindung mit und nicht gegen den Markt gesteuert werden muß. Gebundene Preise müssen dementsprechend marktgerecht gebildet und in ihrer Höhe veränderten Gegebenheiten angepaßt werden“. Diese Auffassung hat sich auch der Deutsche Genossenschaftsverband zu eigen gemacht.

3.5. Die Preisbindung führt meist zur Preis- und Spannenüberhöhung

Die in § 16 Abs. 1 Nr. 1 geforderte Voraussetzung, daß die gebundenen Markenwaren im Preiswettbewerb mit gleichartigen Waren anderer Hersteller stehen müssen, stellt keine wirksame Sicherung gegen Preis- und Spannenüberhöhungen dar. Das geht einmal aus der diesem Bericht angefügten Tabelle (Anlage 4) hervor, die zeigt, wie weit in einzelnen Branchen bereits die durchschnittlichen Mindestspannen preisgebundener Markenartikel über den durchschnittlichen Betriebshandelsspannen (vgl. Abschnitt 2.2.) liegen. Das folgt aber auch aus einigen weiteren Erfahrungen und Überlegungen. Die Handelsspannen müssen vom Hersteller so festgelegt werden, daß genügend Spielraum für Absatz- und Kostenschwankungen auch bei den schwächsten Handelsunternehmen bleibt, die zum Absatz des betreffenden Markenartikels noch für nötig gehalten werden. Ferner müssen die Preise von vornherein so bemessen werden, daß über längere Zeit hin ein ausreichender Spielraum zum Auffangen von Kostensteigerungen vorhanden ist. Deshalb sind viele gebundene Preise schon seit mehr als 10 Jahren unverändert geblieben, was nicht allein mit Hinweisen auf die Rationalisierung der Produktion und die Mengenkonjunktur erklärt werden kann. Schließlich darf nicht übersehen werden, daß nach Ausschaltung des Preiswettbewerbs der Händler um die Konsumenten sich häufig ein Rabattwettbewerb der Hersteller um die Händler entwickelt. Es bedarf keiner besonderen Darlegung, daß dieser Spannenwettbewerb der Produzenten die Handelsspannen immer nur nach oben treiben oder aber eine etwa beabsichtigte Senkung der Spannen immer nur hemmen kann, solange der Endverbraucherpreis fest bleibt. Alle diese Umstände verstärken den im System der Preisbindung wirksamen Trend zur relativen Überhöhung der gebundenen Preise, und zwar auch dann, wenn Preiswettbewerb zwischen den gebundenen Markenartikeln und gleichartigen Waren anderer Hersteller besteht.

In welchem Ausmaß Preise und Spannen preisgebundener Markenwaren tatsächlich überhöht sind, ergibt sich u. a. daraus, daß in vielen Branchen die Einhaltung der gebundenen Preise nur noch mit Hilfe der Gerichte erzwungen werden kann und daß die Verbraucher trotzdem ein breites Sortiment von Waren auf „grauen Märkten“ zu Preisen einkaufen können, die teilweise beachtlich unter den gebundenen Endverbraucherpreisen liegen. Die dadurch beim regulären Einzelhandel eintretenden Umsatzeinbußen veranlassen diesen oft, bei den Herstellern auf Erhöhung der Stückspannen zu drängen. Dies verstärkt die Tendenz zur Preis- und Spannenüberhöhung noch weiter.

*

Der dargelegte Zusammenhang zwischen Preisbindung und Preisüberhöhung wird ausdrücklich bestätigt vom *Deutschen Städtetag*. Die Städte empfinden die vertikale Preisbindung bei „der bekanntlich sehr umfangreichen, außerordentlich vielfältigen kommunalen Auftragsvergabe als erhebliche Beein-

trächtigung des Wettbewerbs“ und erblicken „darin einen wichtigen Grund für das relativ hohe Niveau der Marktpreise der Wirtschaft der Bundesrepublik“. „Die Feststellungen des Bundeskartellamtes in seinem Jahresbericht 1960 . . . zu den Preisbindungen für Markenwaren (Teil B) werden durch die Erfahrungen“ der Städte „voll bestätigt“. Den Städten erscheint daher die vertikale Preisempfehlung „eher als die Preisbindung erträglich . . .“.

Nach Ansicht der *Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels* können Preisunterbietungen bei gebundenen Markenwaren „nicht als Beweis dafür angesehen werden, daß Preise oder Handelsspannen nicht marktgerecht seien. Die Ursachen des Unterprieverkaufs liegen in der Regel darin, daß die Hersteller einem Teil ihrer Abnehmer im Handel . . . Rabatte geben, die ihrer Leistung nicht entsprechen. Diese Erscheinung hat mit der Angemessenheit der Einzelhandelsspanne beim gebundenen Markenartikel nichts zu tun, sondern beweist lediglich eine falsche Rabattgewährung durch den Hersteller“. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Da der Hersteller die Handelsrabatte festsetzt und diese Rabatte stets in dem ebenfalls von ihm festgelegten Endverbraucherpreis enthalten sind, kann dieser bei „falscher Rabattgewährung“ erheblich überhöht sein und ist es in vielen Fällen tatsächlich. Überdies gibt es einen Maßstab für richtige oder „falsche“ Rabatte außerhalb des Wettbewerbs nicht. Unzutreffend ist auch die von der Hauptgemeinschaft aufgestellte Behauptung, „volkswirtschaftliche Schäden“ könnten „nicht eintreten“, „da nicht marktgerechte Preisbindungen durch den Markt von selbst korrigiert werden“. Auch eine nicht marktgerechte Preisbindung bleibt rechtlich so lange wirksam, wie das preisbindende Unternehmen sie aufrechterhalten will und gegen Preisunterbieter zivilrechtlich vorgeht. Eine automatische Korrektur überhöhter gebundener Preise „durch den Markt“ gibt es nicht. Entschlüsse zur Senkung solcher Preise aber werden erfahrungsgemäß nur selten und zögernd gefaßt.

Der *Markenverband* räumt zwar ein, „daß Artikel, die mit höheren Handelsaufschlägen vertrieben werden, gegen Unterbietungen anfälliger sind als solche mit niederen, besonders wenn es sich um hochpreisige Waren handelt“. Er ist jedoch der Ansicht, daß „nicht die Preisbindungen“, „sondern die vielfältigen Gelegenheiten, Handelsgewinne einzustreichen, ohne die hierfür geforderten Funktionen voll zu erfüllen“, „der Nährboden“ der grauen Märkte sind. „Die Lieferanten“ dieser Märkte „sind hauptsächlich bestimmte Grossisten, die sich unter der Vorspiegelung, nur Einzelhändler zu beliefern, den Großhandelsrabatt erschleichen“. Selbst soweit diese Erklärung des Entstehens grauer Märkte zutrifft, wird dadurch nicht die Feststellung entkräftet, daß die gebundenen Preise meist zu hoch sind. Nur weil dies der Fall ist, können nämlich Markenwaren zu niedrigeren Preisen in die Hände der Verbraucher gelangen und kann der „graue“ Handel dennoch zufriedenstellende Gewinne durch ihren Absatz erzielen. Daß dabei, wie der Markenverband erklärt, irgendwelche „geforderten Funktionen“ nicht voll erfüllt werden, wird offensichtlich von

den am grauen Markt beteiligten Händlern und Verbrauchern in Kauf genommen.

„Weil mit Hilfe der Preisbindung überhöhte Preise vom Verbraucher gefordert werden,“ tritt auch die *Käufer-Interessen-Gemeinschaft* für die Abschaffung des Preisbindungsprivilegs ein. Sie weist darauf hin, „daß bei Aufhebung der Preisbindung sich die Preise bisher in allen Fällen sofort erheblich niedriger einpendelten.“

3.6. Die Preisbindung trägt zu einer Verfälschung der Einkommensverteilung bei

Die bei preisgebundenen Markenwaren festzustellende Preisstarre hindert nicht nur den Handel, sondern hemmt auch die Hersteller, Kostenminderungen oder Rationalisierungserfolge in ausreichendem Maße und rechtzeitig in den Verkaufspreisen zu berücksichtigen. Denjenigen Produktions- und Handelsunternehmen, die Kosteneinsparungen erzielen, fließen auf diese Weise — im Verhältnis zu den kostengünstiger arbeitenden Unternehmen — z. T. sehr beachtliche zusätzliche Erträge zu, die bei freier Preisbildung in der Regel nicht erzielt werden könnten. Insofern verfälscht die Preisbindung auch die Einkommensverteilung im Verhältnis zu den tatsächlich erbrachten produktiven Leistungen. Diese Tatsache hat vornehmlich die Kritik von Händlern hervorgerufen, die aufgrund ihrer größeren Leistungsfähigkeit bereit wären, sich mit niedrigeren als den gebundenen Preisen zufriedenzugeben. Die durch den zwangsweisen Verzicht auf Umsatzausweitung oder sogar durch eine Umsatzeinbuße hervorgerufene Benachteiligung in der Einkommensverteilung widerspricht dem Grundsatz der leistungsgerechten Entlohnung aller produktiven Leistungen. Das Fortbestehen zahlreicher Kleinbetriebe, insbesondere im Handel, die im Verhältnis zu ihrer geringen Umsatzleistung zu hohe Stückentgelte erhalten, aber trotzdem ein unbefriedigendes Gesamteinkommen erzielen, zeigt, wie die durch die Preisbindung verfälschte Einkommensverteilung auch die Bestrebungen zur Förderung existenzfähiger mittelständischer Unternehmen behindern kann.

3.7. Die Preisbindung schafft konjunkturelle Disparitäten

Die Preisbindung wirkt sich auf die konjunkturbestimmenden volkswirtschaftlichen Globalgrößen (Investition, Beschäftigung, Volkseinkommen usw.) nicht oder nur entfernt mittelbar aus. Grundsätzlich sind die Preise eine Folge der jeweiligen Konjunkturphase und werden in ihrer Gesamtheit (Preisniveau) durch die wirksame Gesamtnachfrage bestimmt. Diese aber wird durch die Bindung einzelner Preise überhaupt nicht beeinflusst. Verändert wird durch die Preisbindung allenfalls die Verteilung der Nachfrage. Halten z. B. einige Unternehmen an — relativ zur Angebotssituation — zu hohen Preisen fest und ist die Nachfrageelastizität gering, so absorbieren diese Unternehmen zuviel Kaufkraft. Dementsprechend wird sich die Nachfrage nach anderen Gütern vermindern müssen. Die Folge davon ist, daß bei den überteuerten preisgebundenen Waren die Produktionsanreize fortbestehen und

dadurch eine „Scheinkonjunktur“ vorgetäuscht wird, während bei anderen Warengruppen rezessive Tendenzen auftreten.

Eine Verbraucherschutzwirkung gebundener Preise ist praktisch niemals festzustellen; sie kann sich nur ergeben, wenn im Konjunkturaufschwung eine preisgebundene Ware geraume Zeit trotz der Produktionsanstrengungen so knapp angeboten wird, daß bei Wegfall der Preisbindung eine Preiserhöhung wegen unzureichenden Angebots zu befürchten wäre. Bei dem tatsächlich fast stets reichlichen Angebot an Markenartikeln tritt jedoch durch die Bindung der Markenwarenpreise nahezu ausschließlich ein Stabilisierungseffekt nach unten ein.

*

Der *Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)* nimmt einen „stabilisierenden Einfluß von Preisbindungen bei starken Konjunkturveränderungen“ an. Er bezeichnet die Feststellung des Bundeskartellamtes, daß stabilisierte Preise in einzelnen Bereichen unter Umständen ein überproportionales Ansteigen oder Absinken anderer Preise bewirken und damit — gesamtwirtschaftlich — keineswegs zur Dämpfung der Konjunkturausschläge beitragen (vgl. Tätigkeitsbericht 1960, S. 115, Nr. 11), als „eine rein theoretische Erwägung, die sich anhand der Praxis nicht nachweisen läßt“. Es ist richtig, daß die erwähnten Nachfrageverschiebungen im einzelnen weder in ihrem Ausmaß noch in ihrer Richtung statistisch erfaßt werden können. Trotzdem kann ernsthaft nicht bestritten werden, daß nach der Erfahrung viele Haushalte und Unternehmen ihre Nachfrage nach verschiedenen Erzeugnissen entsprechend der jeweiligen Preisentwicklung variieren.

3.8. Vorteilhafte Auswirkungen der Preisbindung für den Hersteller

Das Preisbindungsprivileg ermöglicht es dem Hersteller (oder dem preisbindenden Großhändler), die Preise beim Absatz seiner Markenwaren über alle Vertriebsstufen hin zu bestimmen. Der Preisbinder kann damit eine Absatzpolitik betreiben, die alle Märkte bis zum Verbraucher umfaßt. Insbesondere ist es dem preisbindenden Unternehmen auf diese Weise möglich, eine langfristige Preis- und Mengenpolitik zu verfolgen, die nicht durch individuelle Maßnahmen seiner Abnehmer (Händler) durchkreuzt werden kann. Dies ist besonders wichtig, wenn wenige führende Hersteller (Oligopol) nicht in Preiswettbewerb miteinander treten wollen. Da zwischen dem Preis einer Ware und der nachgefragten Menge eine wechselseitige Abhängigkeit besteht, kann der Hersteller über die gebundenen Preise die Nachfrage und damit die zu produzierende Menge seiner Markenerzeugnisse weitgehend selbst beeinflussen. Auf diese Weise kann das preisbindende Unternehmen Preis und auszubringende Menge jedes preisgebundenen Erzeugnisses leichter in dasjenige Verhältnis bringen, das den höchsten Ertrag gewährleistet. Die Chancen, einen relativ hohen Preis bei großem Umsatz durchzusetzen, sind dabei für den Hersteller um so günstiger, je größer die Marktgeltung seiner Waren und je weniger abhängig er daher von den Preisen

vergleichbarer konkurrierender Erzeugnisse ist. Das Streben nach Marktgeltung, nach Förderung und Erhaltung des good will zwingt das preisbindende Unternehmen in der Regel, durch intensive Einführungs- und laufende Erinnerungswerbung seine Markenwaren so gut wie möglich „vorzuverkaufen“. Markenwarehersteller, die dies nicht tun wollen oder können, müssen normalerweise versuchen, den Handel durch Gewährung besonders reichlicher Spannen nachhaltig am Absatz ihrer Produkte zu interessieren. Mit Hilfe der Preisbindung erstrebt der Hersteller jedenfalls eine Vereinfachung der Unternehmensdispositionen durch möglichst kontinuierliche Gestaltung seiner Wirtschaftspläne.

*

Als „entscheidenden Gesichtspunkt“ stellt der *Zentralverband des Deutschen Handwerks* heraus, „daß der Hersteller einer Markenware . . . ein berechtigtes Interesse daran haben kann, selbst zu entscheiden, welcher Preis marktgerecht ist und auf welchem Absatzwege seine Ware an den Verbraucher gelangt. Denn der Hersteller trägt das volle Investitions-, Produktions- und Absatzrisiko und tritt mit der Kennzeichnung seiner Ware gegenüber dem Verbraucher selbst in Erscheinung. Besonders bei Markenwaren mit einer bedeutenden Marktgeltung ist vielfach weniger das Verkaufsgespräch oder die Werbung des Einzelhändlers als vielmehr der Name der Ware ein ausschlaggebender Faktor für den Absatz. Auch deshalb muß der Markenartikel-Hersteller die Möglichkeit haben, den Preis selbst festzusetzen . . .“.

Demgegenüber weist der *Zentralverband gewerblicher Einkaufsvereinigungen des Handels* darauf hin, daß „mit demselben Recht . . . vom Handel geltend gemacht werden“ könnte, „daß dieser auf die Industriespanne Einfluß nehmen muß, da er ja schließlich derjenige ist, der die Ware an den Letztverbraucher absetzt und damit das letzte Absatzrisiko trägt“.

Der *Markenverband* ist der Ansicht, daß ohne Preisbindung „manche Handelsbetriebe bekannte Markenartikel zu stark herabgesetzten Preisen als Lockartikel verwenden“ würden „in der Erwartung, der Käufer werde noch andere Waren einkaufen, die gewinnbringend kalkuliert sind. Derartige befristete Sonderangebote, die vor allem in Diskonthäusern üblich sind, schädigen den Goodwill der Marken.“

Die *Deutsche Angestellten-Gewerkschaft (DAG)* weist demgegenüber darauf hin, daß der Vertrieb von Markenwaren auch ohne Preisbindung denkbar ist¹⁾ und Markenartikel ausländischer Hersteller auf dem deutschen Markt tatsächlich zu unterschiedlichen Preisen angeboten werden. Dies hat „weder dem Ansehen der Produkte, noch dem Ruf der Händler und erst recht nicht, worauf es letztlich ankommt, dem Wohl der Verbraucher geschadet“.

Nach Auffassung des *Bundesverbandes der Deutschen Industrie (BDI)* würde „eine Aufhebung der

¹⁾ Bekannte deutsche Markenartikel werden tatsächlich ohne Preisbindung zu unterschiedlichen Preisen vertrieben.

Herstellerpreisbindung . . . zu einer Ungleichbehandlung der Wirtschaftsstufen“ führen, „. . . weil damit die ‚Handelsmarken‘, soweit sie von Zusammenschlüssen vertrieben werden, besondere Wettbewerbsvorteile erlangen würden“. „In den Handelszusammenschlüssen bestehen auf Grund der Eigenheiten der von ihnen geübten Kooperation starke faktische Preisbindungen . . .“ „von einer Aufhebung der Preisbindung wäre die kollektive Handelsmarke nicht berührt; die individuelle Herstellermarke würde dagegen in den Handelsstufen zu einem Spielball der jeweiligen Wettbewerbskonstellation werden.“ Von Unternehmen und Zusammenschlüssen des Handels wird demgegenüber seit Jahren darauf hingewiesen, daß die Handelsmarke im Verhältnis zur Herstellermarke, der ganz überwiegend das Preisbindungsprivileg zugute kommt, benachteiligt sei. Diese Benachteiligung wird in dem fehlenden Preisschutz und den — bei niedrigeren Spannen und Verbraucherpreisen — geringeren Möglichkeiten gesehen, eine große Marktgeltung zu erlangen.

Schon die Gegenüberstellung der sich widersprechenden Argumente zeigt, daß der Anspruch, die Preisbildung von Unternehmen einer anderen Wirtschaftsstufe beeinflussen zu dürfen, innerhalb des marktwirtschaftlichen Systems nicht gerechtfertigt werden kann. Den Vorteilen für die intervenierende Wirtschaftsstufe entsprechen stets Nachteile für die von der Intervention betroffenen Unternehmen (und Haushalte) der anderen Wirtschaftsstufen. Eine gleichmäßige Berücksichtigung der Interessen aller Wirtschaftsstufen ist grundsätzlich nur bei freier Preisbildung möglich.

3.9. Nachteilige Auswirkungen der Preisbindung für den Hersteller

Da der Markenwarehersteller in der Regel dafür sorgt, daß seine Produkte überall und zu möglichst langfristig stabilen Preisen erhältlich sind, muß er seine Kalkulation auf relativ hohe und starre Preise einstellen. Diese aber schränken die Möglichkeiten zu einer flexiblen Marktstrategie erheblich ein. Der Hersteller muß zum Ausgleich dafür nach einem Höchstmaß von Marktstärke streben. Eine marktstarke Position setzt aber große Marktgeltung der preisgebundenen Ware voraus. Erwerb und Erhaltung von Marktgeltung erfordern normalerweise, wie bereits erwähnt, eine wirksame Großwerbung, die hohen Kostenaufwand mit sich bringt. Sehr oft beeinträchtigen sich die Werbemaßnahmen verschiedener Hersteller für vergleichbare Markenartikel in ihrer Wirkung gegenseitig (z. B. Spirituosen, Fotoerzeugnisse, Waschmittel usw.). Die Werbung führt so häufig nur zu einer vorübergehenden Mehrnachfrage nach dieser oder jener Markenware.

Die Einführung der Preisbindung ist nach den Angaben namhafter preisbindender Unternehmen regelmäßig mit „enormen Kosten“ verbunden. Auch der Aufwand für die Durchsetzung der Preisbindung dürfte beträchtlich sein, insbesondere wenn diese, wie in vielen Branchen, mehr und mehr lückenhaft wird. Die Verfolgung preisunterbietender Händler

vermindert in der Regel nur deren Umsatz, vermag jedoch nicht, ihre Kunden zur Entrichtung als überhöht empfundenen gebundener Preise zu veranlassen. Statt dessen wenden sich die Konsumenten erfahrungsgemäß vielmehr anderen billiger verkauften Händlern zu oder bevorzugen nicht preisgebundene Erzeugnisse.

Im Falle schrumpfender Nachfrage erklären sich preisbindende Hersteller unter dem Druck des Handels oft bereit, die Handelsspannen zu erhöhen, statt die Endverbraucherpreise ihrer Produkte heruntersetzen. Zur Umsatzeinbuße tritt dann noch eine Schmälerung der Stückelöse hinzu, so daß sich beim Hersteller eine empfindliche Ertragsminderung ergibt. Ist jedoch ein Hersteller bereit, etwa durch Rationalisierung erzielte Kostenersparnisse zu einer Senkung des Konsumentenpreises zu verwenden, wehrt sich in der Regel der Handel dagegen, weil er eine entsprechende Kürzung seiner prozentual berechneten Spanne fürchtet.

3.10. Vorteilhafte Auswirkungen der Preisbindung für den Handel

Die Preisbindung garantiert Groß- und Einzelhändlern über längere Zeit hinweg eine gleichbleibende, im Vergleich zu den nicht preisgebundenen Waren meist reichliche Artikelspanne und schaltet für sie das sich sonst aus möglichen Preisveränderungen ergebende Risiko aus. Die Händler brauchen sich beim Absatz preisgebundener Waren nicht dem Preiswettbewerb auszusetzen. Allerdings können sie auf Umsatz- und Gewinnverluste nicht mit selbständigen Preissenkungen reagieren, sondern sind zum Ausgleich auf erhöhte Rabattforderungen gegenüber den Produzenten angewiesen.

Soweit den Handelsunternehmen Preiswettbewerb bei ungebundenen Waren möglich ist, wird auch dieser je nach der Verbreitung preisgebundener Markenartikel in einer Branche faktisch gemildert, weil die gebundenen Preise der Markenwaren oft als Anhalt für die Preiskalkulation bei Nichtmarkenwaren dienen. Nach im Handel weit verbreiteter Meinung werden so durch Ausschaltung jedes als ruinös empfundenen Wettbewerbs die traditionellen Vertriebswege geschützt und die Handelsunternehmen in ihrer bisherigen Struktur erhalten.

Manche Einzelhändler begrüßen gebundene Preise, insbesondere bei Niedrigpreisartikeln, als erwünschte Kalkulationshilfen. Als Vorteil wird auch die Vereinfachung des Verkaufsgesprächs durch gebundene, überall gleiche Preise herausgestellt.

*

Gegenüber Vorwürfen, daß die Handelsspannen bei preisgebundenen Markenwaren oft nicht marktgerecht seien, weist die *Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels* darauf hin, daß der Einzelhandel „nicht einzelne Waren, sondern Sortimente“ verkauft. „Das bedeutet, daß er die einzelnen Waren je nach ihrer Marktgängigkeit und nach ihrer Umschlagsgeschwindigkeit mit verschiedenen hohen Aufschlägen versehen muß, um zu der Durchschnitts-Handelsspanne zu kommen, die seine Ge-

samtkosten deckt.“ Dieses Verfahren ist tatsächlich weithin üblich; es setzt allerdings weder die Preisbindung voraus, noch kann es zu ihrer Rechtfertigung dienen. Die Sortimentskalkulation erfordert im Gegenteil eine möglichst weitgehende unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Händlers, insbesondere bei der Preisbildung. Zudem ist es auch dem Verbraucher nicht zuzumuten, daß er durch den Kauf von preisgebundenen Markenwaren (z. B. Waschmittel) den Absatz anderer Artikel (z. B. Reis) subventioniert.

3.11. Nachteilige Auswirkungen der Preisbindung für den Handel

Im Handel führt die vertikale Preisbindung zu dem gleichen Effekt, wie ihn Preiskartelle auf den gebundenen Handelsstufen hervorrufen würden. Die Wirkung der Preisbindung auf den Wettbewerb ist dabei um so restriktiver, je weiter verbreitet preisgebundene Markenartikel in der betreffenden Branche sind. Gegenüber einem Preiskartell in der Handelsstufe wird die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der vertikalen Preisbindung noch wesentlich dadurch verstärkt, daß die Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt des unlauteren Wettbewerbs Preisbindungsverträge nur dann als wirksam anerkennt und Verstöße gegen diese Verträge nur dann untersagt, wenn die Preisbindungssysteme lückenlos sind. Unter dieser Voraussetzung begeht nach ständiger Rechtsprechung auch derjenige unlautere Wettbewerb, der einen fremden Vertragsbruch ausnutzt, um dadurch einen Wettbewerbsvorsprung vor vertragstreuen Mitbewerbern zu erlangen. Bei dieser Sachlage ist die Duldung von Außenseitern mit dem Wesen eines Preisbindungsvertrages nicht vereinbar. Wer einen Preisbindungsrevers nicht zu unterschreiben bereit ist, muß deshalb aus Rechtsgründen auf den Verkauf preisgebundener Waren verzichten. Der Ausschluß aller — darunter häufig besonders leistungsfähiger — Außenseiter beeinträchtigt somit auch den Wettbewerb außerhalb des vom Preisbindungssystem erfaßten Kreises der Händler.

Die Qualität der Handelsleistungen ist je nach Art und Umfang der Handelsfunktionen, welche die verschiedenen Handelsunternehmen entsprechend der Branche, der Lage, der Einrichtung, dem Personal, dem Sortiment und der Vertriebsmethode ihres Geschäfts erfüllen, sehr unterschiedlich. Durch die vertikale Preisbindung wird dem Handel jedoch die Möglichkeit genommen, Spannen und Preise entsprechend der individuellen Leistung zu variieren. Unterschiedliche Handelsleistungen werden mit einer vom Hersteller festgesetzten Einheitsspanne abgegolten. Aus diesem Grunde wenden sich viele Händler nachdrücklich gegen die Einengung ihrer unternehmerischen Funktionen und fordern im Interesse ihrer Absatzbemühungen die Wiederherstellung der Möglichkeit zu freiem Preiswettbewerb. Tatsächlich mindert die Garantie gleicher Handelsspannen bei gebundenen Endverkaufspreisen häufig das Leistungsstreben der Händler und verleitet sie zu dem von Herstellern oft — und an sich nicht mit Unrecht — beklagten Spannendenken. In vielen

Fällen bewirkt sie, daß sich der Handel auf kostensteigernden Nebenwettbewerb, wie Ladenausstattung, spezielle Werbung, Service usw., verlegt. Eine Auslese der Handelsunternehmen, die derjenigen durch den Preiswettbewerb vergleichbar wäre, kann jedenfalls nicht stattfinden, und das Aufkommen neuartiger, rationeller Handelsformen wird behindert.

Dazu kommt die Übersetzung des Handels, die in vielen Markenartikelbranchen infolge der lukrativ erscheinenden Handelsspannen eingetreten ist.

Alle diese Umstände sind ursächlich für das Fortbestehen eines vielfach noch unrationellen und leistungsschwachen Verteilerapparates, der allzu viele — bei geringem Stückumsatz — ertragsschwache Betriebe¹⁾ umfaßt und damit die Verbraucherversorgung unnötig verteuert. Die als direkte Folge der Preisbindung entstandenen sogenannten „grauen Märkte“ bewirken oft einen zusätzlichen Absatzschwund, insbesondere im regulären Einzelhandel, dem dieser nicht durch absatzbelebenden Preiswettbewerb begegnen kann.

*

Die nachteiligen Wirkungen der Preisbindung im Handel bestimmen vornehmlich auch die ablehnende Haltung des *Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB)*. Nach seiner Ansicht erschwert die Preisbindung „die Produktivitätssteigerung in der Volkswirtschaft, indem sie den Wettbewerb auf den Handelsstufen hemmt, ein Sinken der Verbraucherpreise behindert und eine Übersetzung des Handels fördert. Darüber hinaus gefährdet die vertikale Preisbindung“ nach Auffassung des DGB „die Entscheidungsfreiheit des Handels wie des Verbrauchers. Beide können ihre unverzichtbare volkswirtschaftliche Funktion, zwischen den einzelnen Anbietern auch unter Preisgesichtspunkten zu wählen, nicht erfüllen, weil sie sich einem einheitlichen Preis gegenübersehen. Da-

durch werden anstelle des Preises Nebenleistungen zum entscheidenden Element des Wettbewerbs. Diese Verlagerung ist volkswirtschaftlich unerwünscht“.

Gegen die vertikale Preisbindung wendet sich auch die *Hauptvereinigung des ambulanten Gewerbes und der Schausteller in Deutschland*. „Die festen Endverbraucherpreise hindern“, wie die Vereinigung ausführt, „den kleinen Händler daran, nach seinen eigenen betrieblichen Notwendigkeiten zu kalkulieren und gegebenenfalls zu niedrigeren Preisen zu verkaufen. Der Kleinhandel ist wohl oder übel den Markenartikelfirmen ausgeliefert, wird dadurch abhängig und verliert weitgehend seine eigene Entschlußkraft und Initiative“.

Der *Zentralverband deutscher Konsumgenossenschaften (ZdK)* hebt besonders hervor, daß die Preisbindung „die Steigerung der Produktivität“ hemmt, „indem sie den Wettbewerb auf den Handelsstufen beeinträchtigt“. „Insbesondere führt sie dazu, daß anstelle des Preises Nebenleistungen zum entscheidenden Element des Wettbewerbs werden. Diese Verlagerung führt zu volkswirtschaftlich unerwünschten Aufwendungen und Investitionen.“

3.12. Die mittelstandspolitischen Wirkungen der Preisbindung

Bei der Frage, wie weit strukturpolitische Interessen an der Erhaltung mittelständischer Hersteller- und Handelsunternehmen und an der Eindämmung der Konzentration durch die Preisbindung berührt werden, ist von zwei Grundvorstellungen auszugehen:

- (1) Das gesellschaftspolitisch erstrebte Ziel der wirtschaftlichen Selbständigkeit kann für um so mehr wirtschaftende Menschen realisiert werden, je mehr Chancen die Wirtschaftsstruktur für mittlere und kleinere Unternehmen bietet.

¹⁾ Nach veröffentlichten Zahlen des Statistischen Bundesamtes ergibt sich für das Jahr 1960 folgendes Bild:

Anzahl der Steuerpflichtigen und Umsatz im Groß- und Einzelhandel 1960

Umsatzgrößenklassen	Großhandel		Einzelhandel		Großhandel		Einzelhandel	
	Zahl der Steuerpflichtigen	Umsatz in Mio DM	Zahl der Steuerpflichtigen	Umsatz in Mio DM	Steuerpflichtige v. H. *)	Umsatz v. H. **)	Steuerpflichtige v. H. *)	Umsatz v. H. **)
8 500 bis unter 20 000 DM	9 967	141	58 364	816	7,3	0,1	13,0	0,9
20 000 bis unter 50 000 DM	17 142	578	106 930	3 642	12,5	0,3	23,8	4,2
50 000 bis unter 100 000 DM	18 879	1 378	115 764	8 394	13,8	0,8	25,4	9,6

*) v. H. der Gesamtzahl der Steuerpflichtigen im Groß- bzw. Einzelhandel

**) v. H. des Gesamtumsatzes im Groß- bzw. Einzelhandel

Quelle: Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik, 1961, Heft 12, S. 758/759

Aus vorstehender Übersicht läßt sich errechnen:

durchschnittlicher Jahresumsatz eines *Einzelhändlers* in der Umsatzgrößenklasse 8 500 bis unter 20 000 DM also 13 980 DM; bei einem Erfahrungssatz des durchschnittlichen Reingewinns von 6,2 v. H. somit ein durchschnittlicher jährlicher Reingewinn von 847 DM;

durchschnittlicher Jahresumsatz eines *Großhändlers* in der Umsatzgrößenklasse 8 500 bis unter 50 000 DM also 26 520 DM; Angaben über den durchschnittlichen Reingewinnsatz des Großhandels (insgesamt) liegen nicht vor.

(2) Der Wirtschaftsablauf kann mit um so größerer Aussicht auf Erfolg sinnvoll durch Wettbewerb geordnet werden, je mehr Wettbewerber auf den einzelnen Märkten auftreten.

Im Hinblick auf diese Vorstellungen lassen sich die Erfahrungen mit der vertikalen Preisbindung wie folgt zusammenfassen:

a) Auswirkungen in der Herstellerstufe

Die Preisbindung beeinflusst die Unternehmensstruktur auf der Herstellerstufe durch die Anforderungen, die sie an die Markenartikelproduzenten stellt. Nach dem GWB muß der preisbindende Hersteller die gleichbleibende oder verbesserte Güte seiner Markenwaren gewährleisten. Zur Sicherstellung solcher Eigenschaften sind Anlagen für eine hinsichtlich des Produktionsergebnisses genau kontrollierbare Serien- oder Massenfertigung mit meist beachtlichen Kapitalinvestitionen erforderlich. Ferner bedarf es als Vor- und Dauerleistung in der Regel einer weitgespannten Werbung, um die für den Preisbinder unerläßliche Marktgeltung seiner Erzeugnisse zu sichern. Beide Voraussetzungen können regelmäßig nur größere Unternehmen erfüllen, die über eine hinreichende Kapitalkraft verfügen. Auch die Durchsetzung der Preisbindung auf dem Markt erfordert eine starke Marktposition, die normalerweise nur größere Produktionsunternehmen erringen können. Insoweit ergeben sich aus dem Institut der Preisbindung für die großen Unternehmen gegenüber den kleinen und mittleren erhebliche Wettbewerbsvorteile.

b) Auswirkungen in der Handelsstufe

Soweit die Preisbindung Handelsunternehmen dem Preiswettbewerb entzieht, kann sie das nur dadurch, daß sie den Grad der Selbständigkeit des Unternehmers mindert. Der Handel wird für preisgebundene Waren gleichsam zum verlängerten Arm des preisbindenden Herstellers ohne ausreichende Handlungsfreiheit. Das Ziel der wirtschaftlichen, nicht nur rechtlich-formalen Selbständigkeit möglichst vieler Unternehmer mit eigener Initiative ist daher mit der Preisbindung nicht zu vereinbaren. Auch das weitere strukturpolitische Ziel der sinnvollen Ordnung des Wirtschaftsablaufs durch Wettbewerb zahlreicher Konkurrenten kann nur erreicht werden, wenn diesen tatsächlich wirksame Wettbewerbsmittel zur Verfügung stehen. Die Preisbindung reduziert aber gerade die Wettbewerbsmöglichkeiten der Händler entscheidend und verschiebt wichtige Funktionen von der Handels- zur Herstellerstufe.

Aus den relativ hohen Handelsspannen bei preisgebundenen Markenwaren ergeben sich in vielen Fällen Vorteile für die Großunternehmen des Einzelhandels. Da diese auch beim Bezug preisgebundener Markenartikel die höchsten Rabattsätze erzielen, können sie Nichtmarkenwaren um so leichter zu konkurrenzlos niedrigen Preisen anbieten und auf diese Weise zusätzliche Kunden an sich ziehen. Dies zeigt sich besonders augenfällig dann, wenn Waren der gleichen Gattung (z. B. Schokolade, Spirituosen usw.) neben überbewerteten preisgebundenen Marken-

waren angeboten werden. Die durch solche Methode der Mischkalkulation geschickt genutzten, durch die hohen gebundenen Spannen jedenfalls erheblich vermehrten Ertragschancen versetzen gerade die Großunternehmen des Handels in die Lage, durch weitere Investitionen ihren Einflußbereich auszuweiten. Insofern begünstigt die vertikale Preisbindung vornehmlich das Wachstum der großen Handelsunternehmen.

Im Lebensmitteleinzelhandel wird demgegenüber die Preisbindung z. T. als mittelstandsfördernd angesehen, weil die bei preisgebundenen Markenwaren hohen Handelsspannen gerade hier zum Ausgleich der niedrigen Spannen bei den sogenannten „sozial kalkulierten“ Waren verwendet werden müßten. Selbst wenn ein solcher Ausgleich notwendig wäre, könnte dieser Umstand überhöhte Handelsspannen bei preisgebundenen Markenwaren nicht rechtfertigen. Denn der Grundsatz der freien, marktgerechten Preisbildung muß gleichermaßen für alle Waren und Leistungen gelten. Abgesehen davon spricht eine Vermutung dafür, daß das angeführte Argument wesentliche Umstände des in Frage stehenden Sachverhalts außer Betracht läßt. Die Umschlagsgeschwindigkeit der „sozial kalkulierten“ Erzeugnisse (z. B. Butter, Eier, Brot, Milch, Frischfleisch u. a.) beträgt nämlich oft ein Vielfaches derjenigen preisgebundener Markenwaren. Trotz geringerer Stückelöse dürfte sich daher bei vielen lebenswichtigen „sozial kalkulierten“ Waren ein vollkommen ausreichender Gesamtgewinn ergeben. Es ist bisher noch niemals nachgewiesen worden, daß „sozial kalkulierte“ Waren subventioniert werden müssen. Angesichts der Tatsache, daß zahlreiche kleine Fachgeschäfte existieren, deren Sortiment zu einem bedeutenden Teil aus derartigen Produkten besteht, ist auch nicht anzunehmen, daß ein solcher Nachweis jemals geführt werden kann.

Eine Beeinträchtigung kleiner und mittlerer Unternehmen gegenüber großen ergibt sich schließlich auch daraus, daß ein Ausweichen auf Händlermarken nur Großunternehmen und Mitgliedern großer Handelsorganisationen (z. B. Lebensmittelgenossenschaften, freiwillige Handelsketten) möglich ist. Ein Teil der mittelständischen Händler, insbesondere soweit sie überwiegend preisgebundene Markenartikel führen, ist demgegenüber völlig von der Preis- und Vertriebspolitik der Hersteller abhängig, auf deren Markenwaren sie angewiesen sind.

Hinsichtlich der weiteren u. U. mittelstandspolitisch relevanten Wirkungen der vertikalen Preisbindung kann auf die Abschnitte 3.3., 3.6. und 3.11. verwiesen werden.

★

Nach Ansicht des *Bundesverbandes der Deutschen Industrie (BDI)* wirkt die Preisbindung der zweiten Hand „sich konzentrationshemmend im Handel aus“. „Wenn man allerdings“, so meint der BDI, „die Auslese im Handel mittels eines uneingeschränkten Preiskampfes betreiben will, können auf die Dauer nur Großbetriebe oder straff geführte Zusammenschlüsse überleben.“ Es ist verständlich, daß die Industrie, die aus Gründen des Kräfteverhältnisses

am Markt an einer möglichst wenig konzentrierten Nachfrage interessiert sein muß, einer Zunahme größerer Handelsunternehmen und -organisationen mit Besorgnis entgegensieht. Vom Standpunkt der Industrie aus gesehen, muß jede Belebung des Preiswettbewerbs durch expansive Handelsunternehmen deren Streben nach günstigeren (d. h. für die Produzenten ungünstigeren) Bezugspreisen verstärken. Die Sorge, daß nach Abschaffung der Preisbindung „auf die Dauer nur Großbetriebe oder straff geführte Zusammenschlüsse überleben“ könnten, wird von der Herstellerstufe aus ihrer Interessenlage heraus verständlicherweise betont. Tatsächlich ist zu erkennen, daß die Großunternehmen und Zusammenschlüsse des Handels fast durchweg danach streben, sich von der Preispolitik der Markenwarenhersteller unabhängig zu machen. Es besteht daher die begründete Vermutung, daß es gerade die vertikale Preisbindung gewesen ist, die das Aufkommen neuer Handelsformen und die Ausbreitung größerer Unternehmen und Gruppen im Handel mit begünstigt hat. Die Abschaffung der Preisbindung würde diese Entwicklung voraussichtlich nicht wesentlich hemmen, aber auch keinesfalls fördern, denn Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum leistungsfähiger kleiner und mittlerer Handelsunternehmen wären dann nicht mehr in der bisherigen Weise beeinträchtigt (vgl. die Darlegungen im ersten, zweiten und vierten Absatz).

Ebenfalls mit Überlegungen, die den Handel betreffen, argumentiert der Markenverband. Nach seiner Meinung „betrachten viele kleine und mittlere Händler die gebundene Handelsspanne als eine unentbehrliche Kalkulationsstütze im Wettbewerb mit den Großbetrieben, deren Überlegenheit auf andere Weise kaum auszugleichen wäre“. Mit diesem Hinweis auf die Meinung vieler kleiner und mittlerer Händler können jedoch die tatsächlichen Erfahrungen mit der Preisbindung, wie sie zuvor im zweiten Absatz sowie unter Abschnitt 3.11. im zweiten und dritten Absatz dargelegt worden sind, nicht bestritten werden.

Daß die Preisbindung „durchaus nicht ausschließlich im Interesse der Mittel- und Kleinbetriebe“ liegt, wird vom Zentralverband gewerblicher Einkaufsvereinigungen des Handels betont. Wenn „durch die einheitlich vorgeschriebenen Verkaufspreise keine Konkurrenzierung durch die Großbetriebe erfolgt, wird sich dieser Preiskampf auf dem nicht preisgebundenen Sektor um so stärker auswirken, nicht zuletzt durch etwaige größere Überschüsse der Großbetriebe im gebundenen Warenssektor“.

3.13. Folgen der Preisbindung für den Verbraucher

Von allen Wirkungen der vertikalen Preisbindung ist die für den Verbraucher bedeutsamste die langfristige Warenverteuerung [vgl. Abschnitt 2.2., Abschnitte 3.1., 3.5. und 3.12. b)]. Sie wiegt um so schwerer, als gerade diejenigen Waren des täglichen Lebensbedarfs und diejenigen langlebigen Gebrauchsgüter von ihr betroffen werden, die reichlich angeboten sind und daher — bei niedrigeren Preisen — zur Verbesserung der Lebenshaltung bei-

tragen könnten. Da die gebundenen Preise bei dieser Angebotslage sich praktisch nur als Mindestpreise auswirken (vgl. Abschnitt 3.7.), ist außerdem eine Verbraucherschutzwirkung nahezu niemals festzustellen.

Die Ausnutzung der Marktgeltung mancher Markenartikel durch die sogenannte Preisspaltung, bei der Waren von objektiv gleicher Beschaffenheit zugleich als Markenwaren zu erheblich überhöhten gebundenen Preisen wie auch als anonyme Erzeugnisse zu Wettbewerbspreisen verkauft werden, ist ein Anzeichen für die quasimonopolistische Preisverfälschung bei einigen Markenwaren. Sie führt, ähnlich wie der Tatbestand der sogenannten „grauen Märkte“, dazu, daß die Verbraucher nur durch Zufall oder nach Aufspürung entsprechender Gelegenheiten ihren Bedarf zu niedrigeren Preisen decken können.

Die nachteiligen Folgen der Preisbindung zeigen sich weiterhin in den falschen Produktions- und Investitionsimpulsen, die von den überhöhten Preisen gebundener Waren ausgehen. Die dadurch häufig verursachte Überproduktion (z. B. Rundfunk- und Fernsehgeräte, Kühlschränke usw.) veranlaßt die Hersteller dann zu kostspieligen Reklamefeldzügen oder zur Gewährung überhöhter Spannen, welche die Absatzbemühungen des Handels forcieren sollen. Die aus solcher Spannenpolitik folgende Übersetzung des Handels verursacht weitere — vornehmlich die Verbraucher belastende — Verschwendung durch unzureichende Ausnutzung der Leistungskapazitäten und durch meist als nutzlos empfundenen Nebenleistungswettbewerb, wie Ausstattungs- und Verpackungsluxus, oft nicht gewünschten Service, und dergleichen mehr.

Zu der dauernden Überhöhung der gebundenen Preise für Markenwaren tritt in Branchen mit vorherrschender Preisbindung noch die Verteuerung vergleichbarer anonymer Erzeugnisse, die im Schatten der Markenartikel ebenfalls zu — wenn auch weniger — überhöhten Preisen (vgl. Abschnitt 3.10., letzter Absatz) abgesetzt werden (z. B. Spirituosen, Seifen, Badeanzüge u. a.). Das volle Ausmaß der Überhöhung gebundener Preise entzieht sich aus diesem Grunde vielfach der exakten Feststellung (vgl. z. B. Fußnote 10 zu Anlage 4).

Bei gebundenen Abgabepreisen des Handels ist es dem Verbraucher nicht möglich, eine bestimmte Markenware ohne die vom Hersteller einkalkulierten Leistungen des Handels und deshalb billiger als bei größeren Ansprüchen an den Händler zu erwerben. Die vom Hersteller vorgesehenen Handelsleistungen — Beratung, Service, Ausstattung, Sortimentsbreite u. a. — müssen in jedem Fall bezahlt werden (vgl. Abschnitt 3.11.).

Die tatsächlichen Wirkungen der Preisbindung in der Verbraucherstufe zwingen zu sorgfältiger Abwägung insbesondere mit den festgestellten mittelstandspolitischen Wirkungen. Wie dargelegt (vgl. Abschnitt 3.12.), dient die Preisbindung nicht den von der Bundesregierung verfolgten strukturellen Zielen. Dennoch wird das Verlangen, die durch die Preisbindung garantierten überhöhten Handels-

spannen weiter zu erhalten, von manchen Kreisen des Handels mit mittelstandspolitischen Argumenten begründet. Dieser Forderung ist das Interesse des zahlenmäßig überwiegenden nichtgewerblichen Mittelstandes entgegenzuhalten, dessen Angehörige als Verbraucher auf Versorgung zu marktgerechten Preisen Anspruch haben. Darüber hinaus sind die Belange der Bezieher kleiner und kleinster Einkommen zu berücksichtigen. Das Versorgungsinteresse dieser breiten, nicht selbst gewerblich tätigen Bevölkerungsschichten wird durch die Aufrechterhaltung zu hoher gebundener Preise bei vielen lebenswichtigen Waren erheblich beeinträchtigt.

Die gelegentlich bei Umfragen von Verbrauchern geäußerte Meinung, einheitliche Preise erleichterten den Einkauf, beruht auf mangelnder Einsicht in die wirtschaftlichen Zusammenhänge. Denn die befragten Verbraucher wissen nicht, wieviel sie — mit der überhöhten Handelsspanne (vgl. Anlage 4) — für diesen Vorteil in der Regel zahlen müssen. Es kann angenommen werden, daß ihre Antwort anders ausfallen würde, wenn ihnen dies bekannt wäre. Auch nach Abschaffung der Preisbindung ist kein Verbraucher gezwungen, zeitraubende Preisvergleiche anzustellen, sondern kann auf die Suche nach dem preisgünstigsten Angebot verzichten und einen höheren Preis zahlen, sofern er dazu willens und in der Lage ist. Dieser kann bei dem normalerweise reichlichen Angebot an Markenwaren in der Regel nicht höher als der bisherige gebundene Preis sein. Im übrigen leistet die durch die Preisbindung herbeigeführte Preisgleichheit bei gebundenen Markenwaren der Kritiklosigkeit beim Einkauf Vorschub, fördert den gedankenlosen Rückschluß von einem höheren Festpreis auf bessere Warenqualität und mindert die Neigung der Verbraucher, Preise zu vergleichen und erst nach sorgfältiger Auswahl zu kaufen. Richtige Kaufentschlüsse können unter diesen Umständen vom Verbraucher nicht erwartet werden. Die Folge davon ist schließlich, daß die in einer marktwirtschaftlichen Ordnung Produktion und Handel bestimmende Rolle des Verbrauchers mehr und mehr zurückgedrängt wird. Dieser Wirkung der Preisbindung kann mit allgemeinen Mitteln der Verbraucheraufklärung kaum wirksam begegnet werden.

*

Auf dieselben Erfahrungen, wie sie zuvor dargelegt worden sind, weist die *Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände (AGV)* hin. Besonders betont die Arbeitsgemeinschaft, daß der vom Gesetz „als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Preisbindung geforderte Preiswettbewerb auf der Stufe der preisbindenden Unternehmen“ nicht ausreicht, „den Verbraucher vor Übervorteilungen zu schützen“. „Der Zusammenbruch der Preisbindungssysteme in zahlreichen Branchen beweist das gewaltige Ausmaß der auf die Preisbindung zurückzuführenden Preisüberhöhungen.“

Der *Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB)* fordert die Abschaffung der Preisbindung u. a., weil diese „ein Sinken der Verbraucherpreise behindert“, weil sie es dem Verbraucher unmöglich macht, „zwischen den einzelnen Anbietern auch unter Preisgesichts-

punkten zu wählen,“ und weil „anstelle des Preises Nebenleistungen zum entscheidenden Element des Wettbewerbs“ werden.

Der *Deutsche Beamtenbund* hält das Preisbindungsprivileg für mit der Zielsetzung der sozialen Marktwirtschaft unvereinbar und fordert, daß die Bundesregierung dem Bundestag „umgehend“ Vorschläge zu ihrer Beseitigung unterbreitet. Er erwartet, daß „im Mittelpunkt aller Maßnahmen zur Reform des Kartellgesetzes der verstärkte Schutz des Verbrauchers steht“.

Die *Deutsche Angestellten-Gewerkschaft (DAG)* ist im Hinblick auf den Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für 1960 der Ansicht, daß „die Nachteile der Preisbindung für Markenwaren . . . eindeutig“ überwiegen und die Preisbindung „daher abzulehnen“ ist.

Im Ergebnis seiner Erwägungen neigt auch der *Zentralausschuß der Deutschen Landwirtschaft* zu der Auffassung, daß „die Nachteile der Preisbindung der zweiten Hand die Vorteile überwiegen“.

4. Die Bedeutung der Preisbindung für Verlagserzeugnisse

4.1. Vorbemerkungen

Die vertikale Preisbindung für Verlagserzeugnisse ist vom Gesetzgeber in § 16 GWB aus ähnlichen Erwägungen wie die Preisbindung für Markenwaren vom allgemeinen Preisbindungsverbot des § 15 GWB ausgenommen worden [vgl. amtliche Begründung zu § 11 des Gesetzentwurfs, Nr. 1 c)]. Für die Preisbindung gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 2 kommen in Betracht z. B. Presseerzeugnisse, die Werke der Literatur, der Tonkunst, Kunst und Photographie, die durch ein graphisches oder photomechanisches Verfahren vervielfältigt sind, wie Bücher, Zeitschriften, Musikalien, Kunstblätter, Atlanten, Landkarten, Globen und entsprechend hergestellte Lehrmittel.

Im Unterschied zur Preisbindung für Markenwaren beschränken die Verleger sämtlich die Bindung auf den Ladenpreis. Soweit dem Ladenbuchhandel Zwischenhändler vorgeschaltet sind, werden deren Spannen nicht gebunden. Preisbindungen für Verlagserzeugnisse bedürfen nach der geltenden Regelung des § 16 GWB — anders als Markenwaren — nicht der Anmeldung beim Bundeskartellamt.

4.2. Verlagserzeugnisse sind wirtschaftlich sonstigen Waren gleichzuachten

Eine wettbewerbspolitische Sonderbehandlung des Buches — als Repräsentanten für alle Verlagserzeugnisse — wird mit der Begründung gefordert, daß es wegen seines geistigen Inhalts ein Kulturgut sei. Da die geistige Substanz sich jedoch im Buch zu einer Ware konkretisiert und diese Gegenstand des wirtschaftlichen Tauschverkehrs, d. h. des Ge-

schäftsumsatzes der Verlage und Buchhandlungen, wird, läßt sich die Subsumierung des Buches unter den Warenbegriff nicht vermeiden. Bücher werden in der Regel in einer größeren Stückzahl produziert. Sowohl Herstellung als auch Vertrieb unterliegen kaufmännischen Erwägungen. Das Angebot wird in aller Regel nach ökonomischen Grundsätzen auf die erwartete Nachfrage abgestellt, und auch die Preisbildung richtet sich wie bei sonstigen Waren nach den gegebenen Marktverhältnissen. Die Tatsache, daß bei Verlagserzeugnissen die Produktion zunächst jeweils auf eine bestimmte Auflage begrenzt werden muß, bringt lediglich einige kalkulatorische Modifikationen mit sich, wie sie auch in anderen Wirtschaftszweigen, insbesondere mit vorherrschender Serienfertigung, auftreten.

Die auf dem Büchermarkt umgesetzten Bücher lassen sich in zwei Gruppen einteilen:

- a) Bücher, die weitgehend durch andere vertretbar sind; zu ihnen zählen die sog. Zweckbücher (z. B. Gesetzestexte), wissenschaftliche und belletristische Werke, bei denen die Verlagsrechte bereits abgelaufen sind. Diese Bücher können von sämtlichen Verlegern herausgebracht und von sämtlichen Buchhandlungen vertrieben werden. Ferner gehört zu dieser Gruppe noch ein großer Teil der einfachen Unterhaltungsliteratur, bei der es keine wesentliche Rolle spielt, ob das Erzeugnis von diesem oder jenem Autor stammt;
- b) Bücher, die ihren eigenen, d. h. — vom Verlag aus gesehen — monopoloiden Markt haben. Hierher gehören die sog. esoterischen Werke (Fachliteratur) und Werke, bei denen entweder der Name des Autors oder der Name des Verlages oder der Titel oder auch die Aufmachung des Buches eine besondere Nachfrage schaffen, die nicht durch ein anderes Buch befriedigt werden kann.

Die übrigen Verlagserzeugnisse, wie Werke der Kunst, der Tonkunst und der Photographie, lassen sich ähnlich einteilen.

Die erste, unter a) genannte Gruppe von Erzeugnissen entspricht den relativ homogenen Waren der sonstigen gewerblichen Wirtschaft; die zweite, unter b) genannte Gruppe ist den auf (monopoloiden) Märkten heterogener Waren, insbesondere den Markenartikelmärkten, gehandelten Produkten vergleichbar. Die Erzeugnisse der ersten Gruppe sind innerhalb einer Art (z. B. Gesetzestexte) hinsichtlich Verwendungszweck und Gebrauchsnutzen austauschbar. Sie stehen insofern unmittelbar in Wettbewerb miteinander, und zwar sowohl bei den Verlagen als auch bei den Buchhändlern. Die Erzeugnisse der zweiten Gruppe können nur auf der Stufe des Buchhandels, nicht jedoch bei den Verlegern (Herstellern) unmittelbar miteinander in Wettbewerb stehen. Ein Preiswettbewerb der Buchhändler ist aufgrund ihrer unterschiedlichen Betriebskosten durchaus möglich. Durch die vertikale Preisbindung des Verlegers wird jedoch für die Buchhändler der Preiswettbewerb ausgeschlossen, ähnlich wie für die Einzelhändler der anderen Wirtschaftszweige durch die Preisbindung der Warenproduzenten.

4.3. Vertriebs- und abrechnungstechnische Besonderheiten des Buchgeschäfts rechtfertigen nicht die Preisbindung

Der Sortimentler kauft in beträchtlichem Umfang nicht „fest“, er wird nicht Eigentümer des gelieferten Buches, sondern dieses bleibt Eigentum des Verlegers; der Sortimentler erhält es nur „bedingt“. Bedingtlieferungen an seine Geschäftsfreunde führt der Verleger vielfach ohne vorherige Bestellung aus. Für diese besondere technische Methode des Geschäftsverkehrs zwischen Verlegern und Sortimentern ist der feste Ladenpreis nicht, wie oft behauptet wird, Voraussetzung. Sie kann auch bei Zugrundelegung des Verlagsabgabepreises ohne jede Einbuße angewendet werden.

Der feste Ladenpreis des Buches ist häufig Bezugsgrundlage für die Berechnung des Autorenhonorars. Diese Tatsache wird bisweilen als Argument dafür angeführt, daß die vertikale Preisbindung für Verlagserzeugnisse unentbehrlich sei. Es gibt jedoch noch zahlreiche andere Arten der Honorarberechnung. Zu den bisher schon üblichen Möglichkeiten der Autorenentlohnung gehören u. a. die prozentuale Beteiligung an den tatsächlichen Einnahmen, das Pauschalhonorar für die Gesamtauflage, die Honorarbemessung nach dem Bogenpreis. Die Preisbindung ist demnach nicht erforderlich, um den jeweils gewünschten Autorenanteil am Ertrag festzulegen.

4.4. Die Erfüllung der Aufgaben des Buchhandels ist nicht von der Preisbindung abhängig

Der Handel mit Verlagserzeugnissen erfüllt eine Reihe von Aufgaben, die kulturell bedeutungsvoll sind. Die mit Hilfe der Preisbindung gewährleisteten relativ hohen Handelsspannen werden in manchen Kreisen des Buchhandels als Voraussetzung zur Erfüllung dieser Aufgaben angesehen. In diesem Zusammenhang wird auf das allgemeine Interesse an einem gut geschulten, leistungsfähigen und gebildeten Sortimentlerstand hingewiesen, ferner auf die Wichtigkeit der Unterhaltung eines möglichst breiten Sortiments, in dem auch wertvolle wissenschaftliche Werke ihren Platz haben müßten, und schließlich auch auf die buchhändlerische Katalogarbeit, insbesondere die Bibliographie.

Nach den bisherigen Erfahrungen ist die vertikale Preisbindung nicht Bedingung für die Entwicklung oder Existenz eines leistungsfähigen Buchhandels, der den an ihn gestellten Anforderungen gerecht wird. Auch gegenwärtig — bei erlaubter Preisbindung — gibt es sehr viele Buchhandlungen, die nur ein unzureichendes Sortiment haben und praktisch nur zur Übersetzung des Buchhandels beitragen, ohne eine kulturelle Aufgabe zu erfüllen. Wissenschaftliche Bücher werden auch jetzt in beachtlichem Umfang nur von den größeren Buchhandelsunternehmen geführt. Gerade bei der Fachliteratur aber ist die Preisbindung infolge der Gewährung von Vorzugspreisen, z. B. für Studenten, Hörer, Volksbüchereien, wissenschaftliche Bibliotheken usw., weitgehend durchbrochen. Im Buchhandel — bei dem im übrigen durchaus auch Mög-

lichkeiten zur Spezialisierung bestehen — kommt es unter kulturellen Gesichtspunkten vornehmlich auf das intellektuelle Niveau des Buchhändlers und in wirtschaftlicher Beziehung auf das von ihm eingesetzte Kapital an. Die Zulässigkeit gebundener Preise ist in diesem Zusammenhang von untergeordneter Bedeutung. Was die Katalogarbeit angeht, so erstreckt diese sich vornehmlich auf den Bereich des Antiquariats, wo es Preisbindungen nicht gibt. Es ist üblich, daß die einzelnen Buchhandlungen für ihr Antiquariat eigene Kataloge und Preislisten herausgeben. Verschiedene Buchhandlungen fertigen darüber hinaus auch für ihr übriges Sortiment, insbesondere soweit es sich um Neuerscheinungen handelt, Kataloge an. Für die Herausgabe dieser Kataloge ist es ohne Belang, ob dabei die vom Verleger festgesetzten oder die vom Buchhändler selbständig kalkulierten Preise eingesetzt werden. Die Bibliographie dient vornehmlich dem Buchhandel. Ihr eigentlicher Zweck ist, einen Überblick über das erschienene Schrifttum zu verschaffen. Die Angaben über die festen Ladenpreise sind kein unentbehrlicher Bestandteil der Bibliographie. Soll dem Buchhandel für den Einkauf auch eine Übersicht über die Preisverhältnisse gegeben werden, genügt auch die Angabe von Verlagsabgabepreisen oder von empfohlenen Verkaufspreisen (vgl. Abschnitt 5.3.).

*

Der *Börsenverein des Deutschen Buchhandels* weist auf den Zusammenhang zwischen der Verkehrs- und Verkaufsordnung (VVO) und der vertikalen Preisbindung hin. „Die VVO verankert das System der festen Ladenpreise im Buchhandel.“ „Wesentlicher Bestandteil der VVO ist die einheitliche Regelung einer Anzahl von Preisvergünstigungen, wie Serien-, Staffel- und Subskriptionspreisen,“ ferner von Vorzugspreisen für Studenten sowie Sonderpreisen für „Behörden, Organisationen und Unternehmen“ in bestimmten Fällen. Da die VVO auch nach Auffassung des Börsenvereins kartellrechtlich problematisch ist und das Bundeskartellamt insbesondere gegen die Einheitlichkeit der Preisbindungsverträge der Verleger Bedenken erhoben hat, „erstrebt der Buchhandel eine Gesetzesänderung, die ihm ausdrücklich erlaubt, Sammelreverse zu verwenden, in denen die Verlagsunternehmen ihre Preisnachlässe und Vorzugspreise gemeinschaftlich und einheitlich festsetzen“. Zur Frage der Rechtfertigung des Instituts der Preisbindung selbst bemerkt der Börsenverein lediglich, daß „ohne sie die Mehrzahl der Sortimenter, vor allem in der Provinz, nicht existieren kann, damit aber auch den Verlegern, den Autoren und dem Publikum schwerster Schaden zugefügt wird“. Gegenüber den Feststellungen im zweiten Absatz vermag diese — nicht näher begründete — Behauptung des Börsenvereins nicht zu überzeugen.

5. **Folgerungen aus den Erfahrungen mit den Vorschriften über die vertikale Preisbindung**

Nach den bisherigen Erfahrungen stellt die im geltenden Recht zugelassene vertikale Preisbindung

ein so erhebliches Hindernis für eine konsequente Wettbewerbspolitik dar, daß eine Gesetzesänderung geboten erscheint. Die Preisbindung beseitigt für die betroffenen Waren den Preiswettbewerb in der Handelsstufe und schließt dort eine freie, marktgerechte Preisbildung aus. Zugleich beeinflußt sie auch die Preisstellung bei gleichartigen, ungebundenen Waren in der Handelsstufe, wie dies in Abschnitt 3.10. ausgeführt worden ist. Schließlich sind auch Rückwirkungen auf die Preisbildung der preisbindenden Produzenten zu verzeichnen, es wird insoweit auf die Abschnitte 3.1. und 3.5. verwiesen. Da bei erlaubter Preisbindung auch die Festsetzung überhöhter Preise und Handelsspannen möglich ist und eine Preis- und Spannenüberhöhung tatsächlich weithin festgestellt worden ist — vgl. Abschnitte 2.2. und 3.5. —, muß das Institut der Preisbindung selbst, zumal angesichts des ständig reichlichen Angebots an preisgebundenen Markenwaren, als ursächlich für die aufgetretenen Mißstände angesehen werden. Schon im Hinblick auf diese Auswirkungen des Preisbindungsprivilegs erscheint es geboten, die Ausnahme (§ 16 GWB) von dem grundsätzlichen Verbot vertikaler Preisbindung (§ 5 GWB) sowohl für Markenwaren als auch für Verlagssergiegenstände generell aufzuheben.

*

Der *Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)* ist der Ansicht, daß ein etwaiges Verbot der Preisbindung „gegen eines der grundlegenden marktwirtschaftlichen Prinzipien verstoßen“ würde. Es ist nicht erkennbar, welches Prinzip damit gemeint sein könnte. Da gerade die Preisbildungsfreiheit das hauptsächliche Unterscheidungsmerkmal der Marktwirtschaft gegenüber dem konträren Typ der Zentralverwaltungswirtschaft darstellt, ist zweifellos die gegenteilige Feststellung der *Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände (AGV)* richtig, daß „die vertikale Preisbindung . . . gegen den fundamentalen Grundsatz der Marktwirtschaft: die freie Preisbildung“ verstößt. Auch nach Meinung des *Zentralverbandes gewerblicher Einkaufsvereinigungen des Handels* stellt „die Behauptung des BDI“ „die Dinge auf den Kopf“. „Selbstverständlich wird die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Handels durch die Markenartikel-Preisbindung einfach aus der Sache heraus in ganz erheblichem Umfang eingeschränkt. Dies trifft auch dann zu, wenn zwar konkurrenzierende Preise und nicht preisgebundene Artikel auf dem Markt sind, durch den ungeheuren Reklameaufwand des Herstellers der Handel aber . . . de facto gezwungen wird, die Ware zu führen.“ Entsprechend haben sich auch die *Konsumgenossenschaften* „bei ihren Überlegungen von dem Gedanken leiten“ lassen, „daß eine Revision des GWB den Schutz der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit der Verbraucher und der Unternehmen zu sichern hat. Daraus ergibt sich . . . als notwendige Folge die Aufhebung des nach § 16 GWB erlaubten Preisbindungs.“ Eine ähnliche Einstellung bekundet der *Christliche Gewerkschaftsbund Deutschlands (CGB)*. Nach seiner Auffassung ist § 16 GWB „mit den Grundsätzen einer freien und sozialen Marktwirtschaft unvereinbar und beschränkt das Wett-

bewerbsprinzip in nicht vertretbarem Umfange zugunsten einer möglichst weiten Ausschaltung des Unternehmerrisikos auf Kosten der Verbraucher“.

Der *Zentralverband des Deutschen Handwerks* meint, daß „bei einem Verbot der Preisbindung“ „sich die Tendenz zum Absatz über ein eigenes Vertriebsnetz, also der Drang zur vertikalen Konzentration, möglicherweise verstärken könnte“. Diese in ähnlicher Form auch vom *Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)* geäußerte Besorgnis erscheint nicht begründet. Eine „Tendenz“ zum Eigenvertrieb durch Herstellerunternehmen konnte bisher nicht festgestellt werden. Der Absatz über ein eigenes Vertriebsnetz ist in der Regel nur bei Waren lohnend, die — als Monoprodukte oder in begrenztem Sortiment — in speziellen Vertriebsstätten eine ausreichende Umschlagsgeschwindigkeit erzielen können (z. B. bei Mineralölen, Schuhen, Haushaltswaren und Süßwaren). Dies würde, wie bisher, auch nach Abschaffung der Preisbindung nur selten der Fall sein. Ein „Drang zur vertikalen Konzentration“ ist daher nicht zu befürchten.

5.1. Strengere Wirksamkeitsvoraussetzungen und Mißbrauchsvorschriften wären keine wirksamen Mittel zur Verhütung von Mißbräuchen

Eine Beseitigung der eingetretenen Mißstände kann nach den bisherigen Erfahrungen nicht etwa von strengeren Wirksamkeitsvoraussetzungen (§ 16 Abs. 4 GWB) erwartet werden. Weder dadurch noch durch eine Verschärfung der Mißbrauchsvorschriften des § 17 GWB könnte der innere Widerspruch überwunden werden, der darin liegt, daß einerseits eine vom Wettbewerbspreis abweichende Preisfestsetzung erlaubt ist, andererseits aber diese Preisfestsetzung von einer unbestimmten Preishöhe ab mißbräuchlich sein soll. Es sollte nicht Aufgabe der Kartellbehörde sein, durch quasi-preisbehördliche Eingriffe eine Art öffentlich-rechtlicher Preisbildung zu praktizieren. Auf die diesbezüglichen Ausführungen in Abschnitt 2.3., letzter Absatz, wird verwiesen.

*

Die Ansicht, daß „die bei § 16 aufgetretenen Mängel . . . sich auch nicht durch eine Verschärfung der Anmeldevoraussetzungen oder der Mißbrauchsaufsicht beseitigen“ lassen, vertritt auch der *Christliche Gewerkschafts-Bund Deutschlands (CGB)*.

Der *Rat des Deutschen Handels (RAT)* fordert demgegenüber einen gesetzlichen Zwang für „die preisbindenden Hersteller“, „sich bei der Anmeldung ihrer Preisbindung gegenüber der Kartellbehörde und den Unterzeichnern der Reverse zu verpflichten, die Lückenlosigkeit der Preisbindung zu überwachen“. „Gleichzeitig muß vorgesehen werden, daß die Hersteller glaubhaft machen, daß sie in der Lage sind, diese Überwachung durch Einrichtung eines entsprechenden Kontrollapparates auch sicherzustellen.“ „Die Verletzung dieser Verpflichtung“ müßte nach Auffassung des RAT „die Voraussetzung für einen Eingriff der Kartellbehörde nach § 17 schaffen“. Weiter schlägt der RAT vor, „die Mißbrauchstatbestände des § 17 dadurch“ zu ergänzen, „daß eine Preisbindung für unwirksam

erklärt werden kann, wenn der betroffene Markenartikel innerhalb eines gewissen Zeitraumes nach der Anmeldung (beispielsweise zwei Jahre) keine Verkehrsgeltung gewonnen hat“. In § 17 „Absatz 1 Satz 1 sollte die Kann-Vorschrift (. . . kann von Amts wegen . . .) in eine Muß-Vorschrift geändert werden“. Darüber hinaus sollte nach Ansicht des RAT „die Berechtigung zur Stellung des Antrags“ auf Unwirksamklärung einer Preisbindung „auch den Wirtschaftsvereinigungen von gebundenen Abnehmern eingeräumt werden“. Den Vorschlägen des RAT haben sich im wesentlichen angeschlossen: Die *Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels*, der *Gesamtverband des Deutschen Groß- und Außenhandels*, der *Zentralverband des genossenschaftlichen Groß- und Außenhandels*, der *Bundesverband des Deutschen Versandhandels*, die *Centralvereinigung Deutscher Handelsvertreter- und Handelsmakler-Verbände (CDH)* sowie — mit Abweichungen — der *Zentralverband gewerblicher Einkaufsvereinigungen des Handels* und der *Zentralverband des Deutschen Handwerks*, der für Handwerker Stellung genommen hat, die auch Einzelhandel betreiben. Der *Deutsche Industrie- und Handelstag (DIHT)*, nach dessen Auffassung ebenfalls „jede Lückenhaftigkeit eines Preisbindungssystems zu dessen sofortiger Aufhebung“ führen soll, meint, für die Aufhebung „sollte es . . . genügen, daß ein Hersteller die ihm mitgeteilten Verstöße . . . nicht ausreichend verfolgt hat“ oder „daß sich für eine bestimmte preisgebundene Markenware ein grauer Markt entwickelt hat“. Einige Großhandelsverbände treten für eine gesetzliche Anhörungspflicht zugunsten der von der Preisbindung betroffenen Wirtschaftsstufen ein, wie sie z. B. bei Konditionenkartellen (§ 2 GWB) bereits besteht. Der *Zentralverband des Deutschen Handwerks* weist auf die Möglichkeit hin, die Preisbindung nur für zulässig zu erklären, „wenn der Hersteller die Einhaltung des Wiederverkaufspreises bei Abgabe der Ware an den Verbraucher für alle Verteilerstufen einheitlich vorschreibt, also z. B. auch den Großhändlern für den Fall des Verkaufs an den Verbraucher“. Der *Zentralverband gewerblicher Einkaufsvereinigungen des Handels* hält es für erforderlich, im Gesetz zu bestimmen, „daß eine mißbräuchliche Ausnutzung gemäß § 17 GWB dann vorliegt, wenn (1) derselbe Artikel preisgebunden und nicht preisgebunden auf dem Markt erscheint, (2) etwaige Rabatte nicht leistungsgerecht sind, z. B. Mengenrabatte zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung von Großbetrieben gegenüber Mittel- und Kleinbetrieben führen oder Funktionsrabatte ohne eingehende vorherige Prüfung auch an „Rucksack-Grossisten“ gewährt werden“. Die sogenannte Preisspaltung sollte auch nach Ansicht des DIHT „ausdrücklich“ „als besonderer Mißbrauchstatbestand“ „festgelegt werden“.

Alle diese Vorschläge lassen das Bestreben erkennen, die Wahrscheinlichkeit von Preisunterbietungen durch Einführung strengerer Wirksamkeitsvoraussetzungen und eine Erweiterung der Mißbrauchstatbestände, verbunden mit einer Verschärfung der Mißbrauchsaufsicht über Preisbindungen, zu vermindern. Einige Änderungsvorschläge zielen ferner darauf ab, bestimmte Auswirkungen der

Preisbindung, die besonders vom Handel als unangenehm empfunden werden, abzustellen (Anhörungsspflicht für preisbindende Unternehmen, Zwang zur Bindung auch der Großhandelsstufe, Verbot der Preisspaltung, Verhinderung „nicht leistungsgerechter“ Rabattgewährung). Die Erfahrungen sehr zahlreicher Händler und Hersteller in der gesamten Bundesrepublik haben bestätigt, daß die nachteiligen Auswirkungen der Preisbindung nicht durch eine Perfektionierung der Preiskontrolle beseitigt werden können, sondern unvermeidlich mit dem Institut der Preisbindung selbst verbunden sind. Sie würden nur dann nicht auftreten, wenn die gebundenen Preise stets gleich den frei gebildeten Marktpreisen wären. In diesem Falle entfielen jedoch das Motiv zur Preisbindung, durch die in der Regel ein höherer Preis gesichert werden soll. Die Verbände des Handels sind auf diese Zusammenhänge in ihren Stellungnahmen nicht eingegangen. Sie haben sich daher auch nicht mit dem inneren Widerspruch (vgl. die Ausführungen im ersten Absatz) auseinandergesetzt, der die geltende Regelung kennzeichnet.

Der Vorschlag des *Rates des Deutschen Handels*, vom preisbindenden Unternehmen eine besondere Verpflichtung zur Lückenloserhaltung des Preisbindungssystems gegenüber dem Bundeskartellamt zu verlangen und die Verletzung dieser Verpflichtung als Mißbrauchstatbestand zu statuieren, begegnet im übrigen schwerwiegenden rechtlichen Bedenken. Bei Verletzung eines Preisbindungsvertrages kann das preisbindende Unternehmen gegen den preisunterbietenden Händler gegenwärtig auf Grund des bürgerlichen Rechts, insbesondere des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), vorgehen. Nach den Vorstellungen der Handelsverbände soll künftig bei Vertragsverstößen preisgebundener Händler die Kartellbehörde im Wege der Mißbrauchsaufsicht mit öffentlich-rechtlicher Sanktion eingreifen können, wenn der Preisbinder gegen ihm bekanntgewordene oder von ihm zugelassene Verstöße seiner Revershändler nicht einschreitet. Es sollen also öffentlich-rechtliche Maßnahmen vorgesehen werden, um letztlich die Erfüllung privater Verträge zu sichern, deren Einhaltung allein im Interesse des der vorgeschlagenen Mißbrauchsaufsicht unterworfenen Preisbinders liegt. Eine derartige Regelung wäre rechtspolitisch und wettbewerbspolitisch nicht vertretbar. Die vertragswidrige Preisunterbietung als solche ist eine für die kartellrechtliche Betrachtung irrelevante Handlung. Das Erfordernis der Lückenlosigkeit eines Preisbindungssystems ergibt sich aus der zivilrechtlichen Rechtsprechung zum Vertragsrecht und zum Recht gegen den unlauteren Wettbewerb. Es besteht kein Anlaß, die Preisunterbietung bei preisgebundenen Markenwaren als einen Verstoß gegen das Kartellrecht zu qualifizieren. Zweck des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist es gerade, Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern oder im Falle ausnahmsweise zulässiger Wettbewerbsbeschränkungen deren Voraussetzungen zu bestimmen und Auswirkungen zu begrenzen. Es müßte daher auch widersinnig erscheinen, wenn gerade der Behörde, welche die gesetzmäßige Handhabung ausnahmsweise zulässiger Wettbewerbsbeschrän-

kungen überwachen soll, die Aufgabe der Aufrechterhaltung und Sicherung wettbewerbsbeschränkender Praktiken übertragen werden würde.

5.2. Eine partielle Beschränkung des Preisbindungsprivilegs ist wettbewerbspolitisch nicht vertretbar und rechtlich bedenklich

Im Hinblick darauf, daß Mißstände besonders bei den Preisbindungen für höherwertige langlebige Gebrauchsgüter offenkundig geworden sind, ist vorgeschlagen worden, das Preisbindungsprivileg nur teilweise abzuschaffen. In diesem Falle soll die Preisbindungsmöglichkeit erhalten bleiben entweder für alle Verbrauchsgüter (nicht jedoch Gebrauchsgüter) oder für alle Markenwaren bis zu einer bestimmten Preisgrenze von beispielsweise 10 DM oder nur für Markenartikel bestimmter Branchen, etwa Drogeriewaren und Lebensmittel.

Der Fortbestand einer besonderen Kategorie von „bindungsfähigen“ Markenwaren gegenüber einer anderen Gruppe „nicht bindungsfähiger“ Markenartikel wäre wettbewerbspolitisch nicht zu vertreten. Denn der Ausschluß der freien Preisbildung bei dieser Kategorie würde die festgestellten Preisüberhöhungen noch bei einem großen Kreis von Waren des täglichen oder lebensnotwendigen Bedarfs weiterbestehen lassen. Dies wäre insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes nicht zu rechtfertigen, zumal die daraus folgende Belastung die Angehörigen der unteren Einkommensschichten verhältnismäßig schwerer treffen würde als die Bezieher höherer Einkommen.

Eine differenzierende Regelung würde auch praktischen Schwierigkeiten begegnen. Sie lägen z. B. in der Abgrenzung zwischen Gebrauchsgütern und Verbrauchsgütern, in der Trennung von Lebensmitteln und Genußmitteln und in den Manipulationsmöglichkeiten hinsichtlich der Preisgrenze (Abpackung oder Trennung von Waren in Einheiten, die weniger als 10 DM kosten). Überdies wären endlose Kämpfe um die Aufnahme von Waren in die Gruppe der privilegierten „preisbindungsfähigen“ Markenartikel zu erwarten.

Eine partielle Beschränkung des Preisbindungsprivilegs wäre unter diesen Umständen auch im Hinblick auf Artikel 3 des Grundgesetzes nicht unbedenklich. Ob es überhaupt gelingen kann, „bindungswürdige“ Markenwaren so zu definieren, daß für ihre Privilegierung der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu fordernde „sachlich einleuchtende Grund“ dargetan werden könnte, muß ernstlich bezweifelt werden. Zumindest würde eine der verfassungsrechtlichen Prüfung standhaltende Differenzierung dieser Art auf sehr erhebliche gesetzestechnische Schwierigkeiten stoßen.

*

Der *Rat des Deutschen Handels (RAT)* und andere Verbände des Handels fordern, das „Artikel, die nach ihrer Wesensart kurzfristigen modischen oder technischen Veränderungen oder kurzfristigen Veränderungen in Form und Aufmachung unterliegen, von der Preisbindung ausgeschlossen bleiben“. Nach Auffassung der *Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels* sollte dies dadurch bewirkt werden,

daß „der Begriff der ‚gleichbleibenden Güte‘ in § 16“ entsprechend „erläutert“ wird. Auch der *Deutsche Industrie- und Handelstag (DIHT)* regt an, die Frage zu prüfen, ob Preisbindungen für derartige Markenwaren „in § 16 GWB“ oder — hilfsweise — „in § 17 GWB“ ausgeschlossen werden können“. Darüber hinaus sollten nach Ansicht des RAT und einiger anderer Handelsvereinigungen „Preisbindungen... vom Preisbindungsprivileg des § 16 . . . ausgeschlossen bleiben“, die „nur für eine begrenzte Zeit erfolgen“.

Vom *Zentralverband des genossenschaftlichen Groß- und Außenhandels* wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß bei solchen partiellen Beschränkungen des Preisbindungsprivilegs „erhebliche Abgrenzungs- und Auslegungsschwierigkeiten bestehen“. Es ist daher „zu bezweifeln, ob es gesetzestechisch möglich und praktikabel wäre, in § 16 GWB entsprechende Unterschiede zu fixieren“.

Der *Deutsche Industrie- und Handelstag (DIHT)* hält es ebenfalls „für sehr schwierig, den Begriff der preisbindungsfähigen Markenwaren direkt einzuengen“. „Das gilt für eine nach dem Verbraucherpreis festgesetzte Obergrenze, aber auch für eine nach Warenarten gegliederte Positiv- oder Negativliste und für die Unterscheidung nach Verbrauchs- und Gebrauchsgütern.“

Gegen Bestrebungen, „die Preisbindung wenigstens bei bestimmten Warengruppen (etwa Lebensmittel und Drogerieartikel) zuzulassen“, wendet sich auch der *Zentralverband deutscher Konsumgenossenschaften (ZdK)*. „Eine Trennung angeblich bindungsfähiger und nicht bindungsfähiger Artikel ist sachlich nicht zu begründen und überdies praktisch undurchführbar.“

Zusammenfassend ist festzustellen, daß keines der für eine partielle Beschränkung des Preisbindungsprivilegs vorgeschlagenen Kriterien eine Regelung erlaubt, die den zuvor im zweiten, dritten und vierten Absatz dargelegten Erwägungen und Bedenken gerecht werden könnte. Insbesondere der Vorschlag, Markenwaren, die kurzfristigen modischen oder technischen Veränderungen unterliegen, mit Hilfe des Tatbestandsmerkmals der gleichbleibenden Güte (§ 16 Abs. 2 GWB) vom Preisbindungsprivileg auszuschließen, erscheint unpraktikabel. Denn ein allgemein gültiger Maßstab für die Kurzfristigkeit und für den modischen Charakter von Änderungen dürfte kaum zu finden sein. Dazu kommt, daß die Gewährleistung „gleichbleibender oder verbesserter Güte“ vom Gesetzgeber als ein Korrelat für das Preisbindungsprivileg gedacht ist. Die Ausnahme vom allgemeinen Preisbindungsverbot soll wenigstens teilweise durch die Forderung einer Qualitätsgarantie des preisbindenden Unternehmens aufgewogen werden. Mit diesem gesetzgeberischen Gedanken wäre es nicht zu vereinbaren, zwar Markenartikel von gleichbleibender Güte in den Genuß der Preisbindung gelangen zu lassen, solche, die ständig in ihrer technischen Qualität oder modischen Gestaltung verbessert werden, aber hiervon auszuschließen.

5.3. Ersetzung vertikaler Preisbindungen durch vertikale Preisempfehlungen

Im Hinblick auf die lange Gewöhnung der Wirtschaft an die Möglichkeit vertikaler Preisbeeinflussung erscheint es bedenklich, die Preisbindung sofort ersatzlos zu beseitigen. Es sollten daher vertikale Preisempfehlungen, die bisher nach § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB Ordnungswidrigkeiten darstellen, für eine angemessene Übergangszeit zugelassen werden. Damit könnte auch dem Bedürfnis, Verlagerzeugnisse mit Preisaufrück zu versehen, Rechnung getragen werden.

Wettbewerbspolitisch können auf diese Weise viele Nachteile vermieden werden, die sich für die betroffenen Händler und Verbraucher aus der Preisbestimmung durch das preisbindende Unternehmen ergeben. Zwar wird auch durch Empfehlungen der Preiswettbewerb sowohl unter den preisempfehlenden Herstellern oder Großhändlern als auch im Einzelhandel faktisch mehr oder weniger abgeschwächt. Immerhin erlaubt jedenfalls die vertikale Preisempfehlung einen Preiswettbewerb in den bisher gebundenen Handelsstufen. Damit kann sich der Handel wieder auf die Erfordernisse einstellen, die sich aus Nachfrageänderungen ergeben, insbesondere soweit sie örtlich und zeitlich begrenzt auftreten.

Die Interessen der Hersteller werden von der Ersetzung der Preisbindung durch die Preisempfehlung unterschiedlich berührt. Den Produzenten sogenannter echter Markenartikel mit meist bedeutender Marktgeltung bietet die Preisempfehlung größere Möglichkeiten, die Endverbraucherpreise ihrer Waren zu beeinflussen, als anderen Herstellern. Soweit die Preisbindung dem Handel, wie behauptet wird, die Kalkulation erleichtert, bleibt dieser Vorteil auch bei der Preisempfehlung erhalten; kleinere Handelsunternehmen ohne ausreichendes Rechnungswesen können sich bei ihren — dann allerdings mehr auf die jeweilige Marktsituation abzustellenden — Preisüberlegungen an den empfohlenen Preisen ausrichten. Für die Verbraucher bringt die vertikale Preisempfehlung gegenüber der Preisbindung beachtliche Vorteile mit sich. Es ist zu erwarten, daß die Konsumenten schneller und in größerem Ausmaß in den Genuß der Preissenkungen kommen, die der Angebotslage entsprechen.

*

Mit einer allgemeinen Erlaubnis vertikaler Preisempfehlungen anstelle von Preisbindungen würde sich „im Hinblick auf die Verlagerzeugnisse und die in vielen Branchen üblichen Bruttopreissysteme“ (vgl. folgenden Abschnitt 5.4., ersten Absatz) auch die *Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände (AGV)* abfinden.

Ebenso erscheint dem *Deutschen Städtetag* „die sogenannte vertikale Preisempfehlung . . . gesamtwirtschaftlich eher als die Preisbindung erträglich, weil sie für die eigenverantwortliche freie Preisbildung bei Anbietern und Kaufinteressenten einen erheblich breiteren Spielraum läßt“.

Die *Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer (ASU)*, die zur vertikalen Preisbindung nicht Stellung genommen hat, vertritt zu dem bisher geltenden Empfehlungsverbot die Meinung, daß „vertikale Empfehlungen, soweit sie unverbindlich sind und kein Druck zu ihrer Durchsetzung angewendet wird, ... keine Ordnungswidrigkeiten darstellen“ sollten.

Dagegen ist die *Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels* „der Ansicht, daß die Nennung eines unverbindlichen Richtpreises durch den Hersteller gegenüber dem Verbraucher verboten werden sollte“. „Der unverbindliche Verbraucherpreis führt zu einer Irreführung des Verbrauchers, zu unlauterem Wettbewerb innerhalb des Handels und zu seiner Diffamierung gegenüber dem Verbraucher.“ Er „gaukelt dem Verbraucher vor, er sei der wirkliche Marktpreis und die billiger anbietenden Händler böten besondere Leistungen“. „Bei höherwertigen Artikeln, wie bei Elektrogeräten, Kühlschränken, Waschmaschinen, Uhren, Rundfunk- und Fernsehgeräten, ist der Einzelhandel der Ansicht, daß hier auch die Händlerempfehlung, also auch die sogenannte Bruttopreisliste, verboten sein sollte.“ Die Bruttopreisliste wirkt hier nach Auffassung der Hauptgemeinschaft „ähnlich wie die Verbraucherpreisempfehlung, weil der eigentlich nur für den Händler bestimmte empfohlene Preis vielfach doch dem Kunden mitgeteilt“ wird, „um die eigenen Preise in um so rosigerem Licht erscheinen zu lassen“. Um diesen Erwägungen Rechnung zu tragen, andererseits jedoch Bruttopreislisten bei Niedrigpreisartikeln nicht auszuschließen, hält es die Hauptgemeinschaft für „zweckmäßig“, „das Verbot der vertikalen Preisempfehlung zwar allgemein auszusprechen, aber eine Ausnahmemöglichkeit vorzusehen, etwa in der Form, daß das Bundeskartellamt auf Antrag eines Wirtschafts- oder Berufsverbandes Bruttopreislisten zulassen kann. Die Anhörungspflicht der Betroffenen müßte dabei in gleicher Weise gewährleistet werden, wie das in den §§ 2 und 3 GWB vorgesehen ist“.

„Keine Bedenken“ „gegen ein Verbot der Verbraucherpreisempfehlung bestehen“ aus nicht näher dargelegten Gründen auch bei der *Arbeitsgemeinschaft der Lebensmittel-Filialbetriebe*.

Der *Deutsche Industrie- und Handelstag (DIHT)* weist auf das Interesse des Einzelhandels an einem Verbot von Verbraucherpreisempfehlungen hin. Er bemerkt andererseits jedoch, „daß die Verbraucherpreisempfehlungen ein oft notwendiges Werbemittel des Markenwarenerstellers sind“. „Insbesondere mittlere oder neu am Markt auftretende Unternehmen, die eine vertikale Preisbindung für ihre Erzeugnisse nicht einführen oder durchsetzen können, legen darauf Wert.“ In seiner Stellungnahme zu einem etwaigen Verbot der Preisbindung vertritt auch der *Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)* die Ansicht, daß „eine unmittelbare Werbung des Herstellers beim Endverbraucher ... nur dann erfolgversprechend“ ist, „wenn sie die Angabe des Verbraucherpreises enthält“. Nach Abwägung dieser Argumente spricht sich der DIHT für eine gesetzliche Festlegung der bestehenden „durch die Recht-

sprechung des Bundesgerichtshofs“ geschaffenen Rechtslage, d. h. die Zulässigkeit von Verbraucherpreisempfehlungen mit Unverbindlichkeitsvermerk und deren Anmeldung beim Bundeskartellamt, aus.

Der Vorschlag, bei Aufhebung des Preisbindungsprivilegs für eine Übergangsperiode vertikale Preisempfehlungen zuzulassen, beruht u. a. auf der Erwägung, daß viele Unternehmen an die vertikale Preisbeeinflussung gewöhnt sind. Diesen Unternehmen sollte die Preisempfehlung als eine weniger wettbewerbsbeschränkende Beeinflussungsmethode zur Erleichterung der Umstellung noch eine Zeitlang zugestanden werden. „Die vertikale Preisempfehlung ... kann“, wie der DIHT zutreffend feststellt, „wirtschaftlich wie eine Preisbindung wirken“. „Sie setzt zwar psychologisch eine obere Grenze für die Preisbildung des Handels, im übrigen aber ist ihre Einhaltung von der Marktlage abhängig und gibt damit einen größeren Spielraum für die Preisbeweglichkeit.“ Wenn die *Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels* sogar Verbraucherpreisempfehlungen und Preisempfehlungen für den Handel bei höherwertigen Artikeln verboten wissen will, so entspringt dies der Besorgnis, daß die Verbraucher — ausgehend von dem empfohlenen Preis — versuchen könnten, diesen Preis mehr oder weniger „herunterzuhandeln“. Die Hauptgemeinschaft hält offenbar nur überall gleiche und rechtlich erzwingbare Preise für erstrebenswert, wie sie bisher durch die Preisbindung garantiert werden. Ausnahmen von diesem Grundsatz will sie nur im Rahmen des von ihr vorgeschlagenen Erlaubnisverfahrens für Bruttopreislisten bei geringerwertigen Artikeln in Betracht ziehen. Durch die von der Hauptgemeinschaft dargelegte Konzeption würde der Preiswettbewerb im Handel teils weiterhin ausgeschlossen bleiben (Preisbindung), teils noch mehr als bisher in seinen Ausdrucksmöglichkeiten beschränkt werden (Verbot empfohlener Richtpreise). Es bedarf keiner besonderen Darlegung, daß damit die in diesem Erfahrungsbericht festgestellten schädlichen Auswirkungen der vertikalen Preisbindung sich noch mehr verstärken würden. Die Preisempfehlung soll gerade die Preisbindung ersetzen, um einen Preiswettbewerb in den Handelsstufen zu ermöglichen und damit die aufgetretenen Mißstände zu beseitigen. Sollte diese Erwartung durch die Praxis nicht bestätigt werden, müßte allerdings als weiterer Schritt zur Wiederherstellung des Preiswettbewerbs ein Verbot auch der vertikalen Preisempfehlung in Betracht gezogen werden.

5.4. Umfang der Aufhebung des Empfehlungsverbots

Die Aufhebung des Verbots für vertikale Preisempfehlungen sollte nicht auf Markenwaren und Verlagserzeugnisse beschränkt, sondern auch auf markenlose Waren ausgedehnt werden. Dies erscheint zweckmäßig, weil andernfalls die in vielen Branchen üblichen Bruttopreislisten, die dem Handel bei Kleinpreisartikeln als Kalkulationshilfe dienen sollen, weiterhin gesetzwidrig bleiben würden. Die Herausgabe von Bruttopreislisten stellt nämlich

praktisch eine Preisempfehlung dar, die an sich nach § 38 Abs. 2 GWB unzulässig ist. Bisher hat das Bundeskartellamt, soweit es ein wirtschaftliches Bedürfnis für derartige Bruttopreisempfehlungen anerkannt hat, sich damit geholfen, daß es ein öffentliches Interesse an ihrer Verfolgung nicht bejaht hat (§ 81 Abs. 2 GWB). Die Neuregelung würde die Herausgabe von Bruttopreislisten legalisieren.

Vertikale Preisempfehlungen können — etwa bei oligopolistischen Märkten — ähnlich wie Preisbindungen auf den Preiswettbewerb wirken. Es muß daher gefordert werden, daß diejenigen Waren, für die eine Preisempfehlung beabsichtigt ist — mit Ausnahme der überwiegend nicht miteinander vergleichbaren Verlagserzeugnisse —, im Preiswettbewerb mit gleichartigen Waren anderer Hersteller oder Händler stehen. Dies entspricht dem Grundsatz, daß Unternehmen einer Wirtschaftsstufe in die wirtschaftliche Entschlußfreiheit von Unternehmen einer anderen Wirtschaftsstufe nur dann eingreifen dürfen, wenn die beschränkenden Unternehmen selbst sich nicht willkürlich verhalten können, sondern vom Marktverhalten ihrer Konkurrenten abhängig sind. Nur für derart im Preiswettbewerb stehende Unternehmen dürfen vertikale Preisempfehlungen zugelassen werden.

*

Nach Ansicht der *Centralvereinigung Deutscher Handelsvertreter- und Handelsmakler-Verbände (CDH)* sollte „im Gesetz Klarheit darüber geschaffen werden, daß Empfehlungen innerhalb der Handelsstufen vom Kartellgesetz unberührt bleiben“. Die CDH verweist hierzu auf „die Preislisten, nach denen Erzeugnisse den Abnehmern in der nächsten Handelsstufe angeboten werden und in denen in manchen Geschäftszweigen üblicherweise der Verbraucherpreis genannt bzw. der Verkaufspreis nach einer Rabattstaffel ... berechnet wird“. „Diese Art der Berechnung des Verkaufspreises ... hat sich in manchen Branchen eingebürgert und seit Jahrzehnten bewährt. Sie erleichtert auch den kleineren Abnehmern die Kalkulation und dient damit dem mittelständischen Gewerbetreibenden.“

Auch der *Gesamtverband des Deutschen Groß- und Außenhandels* weist darauf hin, daß „im Groß- und Außenhandel ... seit jeher mit Bruttopreislisten gearbeitet“ wird, „in denen oft mehrere tausend Artikel ... für den Wiederverkauf und für die Weiterverarbeitung zur betriebswirtschaftlichen Hilfestellung ... kalkuliert sind, ohne daß ein irgendwie gearteter Druck auf die Einhaltung der empfohlenen Preise ausgeübt wird“. Der Gesamtverband schlägt vor, solche „Empfehlungen zu gestatten, wenn zu ihrer Durchsetzung kein wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder sonstiger Druck angewendet oder angedroht wird“. (Vgl. folgenden Abschnitt 5.5., ersten Absatz.)

„Unverbindliche Handelsempfehlungen für Marken- und Nichtmarkenwaren“ sollten auch nach Auffassung des *Deutschen Industrie- und Handelstages (DIHT)* „uneingeschränkt zugelassen werden“. „Es ist selbstverständlich“, daß zu ihrer Durchsetzung „keinerlei Druck angewandt werden darf und daß

sie einer allgemeinen Mißbrauchsaufsicht unterliegen“. (Vgl. folgenden Abschnitt 5.5., ersten und zweiten Absatz.)

5.5. Sicherung gegen Mißbräuche bei vertikalen Preisempfehlungen

Um den Empfehlungscharakter vertikaler Preisempfehlungen zu sichern, erscheint es erforderlich, ihre Zulässigkeit davon abhängig zu machen, daß zu ihrer Durchsetzung kein wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder sonstiger Druck angewendet wird. Auf diese Weise soll vermieden werden, daß z. B. marktmächtige Markenartikelhersteller, auf deren Lieferungen viele Unternehmen angewiesen sind, indirekt die Beachtung ihrer Preisempfehlungen erzwingen. Nicht als unzulässige Druckausübung in diesem Sinne sind Einwirkungen auf die Entscheidungsfreiheit des Empfehlungsempfängers anzusehen, die aufgrund anderer Rechtsvorschriften mittelbar von der Preisempfehlung selbst ausgelöst werden. So gilt z. B. ein in der Preisauszeichnung für das Publikum genannter empfohlener Preis als im Sinne des § 1 Abs. 2 des Rabattgesetzes allgemein geforderter Preis. Solange der Händler in seiner Preisankündigung von diesem — etwa auf der Warenpackung aufgedruckten — Preis nicht abweicht, darf er ihn nur unter den Voraussetzungen des Rabattgesetzes unterschreiten. Diese aus rabattrechtlichen Gründen eintretende Bindung an den angekündigten empfohlenen Preis beruht aber nicht auf unzulässiger Druckanwendung des empfehlenden Unternehmens. — Der bisher gemäß Bekanntmachung Nr. 45/60 des Bundeskartellamtes (Bundesanzeiger Nr. 81 vom 28. April 1960, S. 2) geforderte Unverbindlichkeitsvermerk bei Preisempfehlungen für Markenwaren erscheint künftig entbehrlich. Ein solcher Vermerk würde zwar die Verbraucher ausdrücklich darauf hinweisen, daß der Händler den empfohlenen Preis allgemein herabsetzen darf und daß andere Händler das gleiche Erzeugnis möglicherweise billiger anbieten. Dieser wettbewerbspolitische Nutzen würde jedoch den durch einen obligatorischen Unverbindlichkeitszusatz verursachten Aufwand kaum rechtfertigen. Das gilt um so mehr, als die schon nach dem Wortsinn unverbindliche Preisempfehlung nach Abschaffung der Preisbindung nicht mehr mit dieser verwechselt werden dürfte (vgl. Ziffer II/3 der Bekanntmachung Nr. 45/60).

Um sämtliche Mißbräuche im Zusammenhang mit vertikalen Preisempfehlungen verhindern zu können, sollte für die Eingriffsbefugnis der Kartellbehörde eine Generalklausel vorgesehen werden. Diese sollte alle Fälle erfassen, in denen die Freistellung vom Empfehlungsverbot mißbräuchlich ausgenutzt wird, sei es, daß der Mißbrauch im Aufbau des Empfehlungssystems oder im Inhalt der Empfehlungen liegt, sei es, daß ein preisempfehlendes Unternehmen die durch die Empfehlungen erlangte Stellung im Markt mißbraucht. In allen diesen Fällen muß die Kartellbehörde die Preisempfehlungen für unzulässig erklären und neue gleichartige Empfehlungen verbieten können. Es erscheint jedoch zweckmäßig, der Kartellbehörde außerdem das Recht zu verschaffen, dem preisempfehlenden Unterneh-

men die Abstellung eines einzelnen beanstandeten Mißbrauchs aufzugeben. Auf diese Weise kann sich die Kartellbehörde, ohne das gesamte System der Preisempfehlungen zu beseitigen, auf einen punktuellen Eingriff beschränken. Die Möglichkeit der Unzulässigerklärung von Empfehlungen und des Verbots neuer gleichartiger Empfehlungen muß auch für den Fall vorgesehen werden, daß die Voraussetzungen für die vertikale Preisempfehlung (Preiswettbewerb — vgl. Abschnitt 5.4., Absatz 2 —; keine Druckenwendung — vgl. vorstehenden Absatz 1 —) nicht oder nicht mehr vorliegen. Dies entspricht der bisherigen Regelung des § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 für vertikale Preisbindungen.

*

Die Notwendigkeit, bei einem Verbot der Preisbindung auch „vertikale Preisempfehlungen, die mit einem wirtschaftlichen oder sonstigen Druck verbunden sind, grundsätzlich zu verbieten“, wird besonders vom *Zentralverband deutscher Konsumgenossenschaften (ZdK)* betont.

Auch die *Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände (AGV)* hält es für unerlässlich, „durch eine besondere Vorschrift“ sicherzustellen, „daß die Anwendung jeglichen Zwanges zur Beachtung solcher Empfehlungen als Verstoß gegen das Gesetz (Ordnungswidrigkeit) verfolgt wird“.

Weiter tritt der *Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB)* dafür ein, „die Entscheidungsfreiheit der Abnehmer dadurch zu schützen, daß Empfehlungen, die unter Anwendung von wirtschaftlichem oder

sonstigem Druck ausgesprochen werden, ... unterbunden werden ...“. „Gegenüber einfachen Empfehlungen genügt“ nach Ansicht des DGB „die bloße Mißbrauchsaufsicht“.

Sicherungen gegen die Anwendung von Druck bei vertikalen Preisempfehlungen fordern schließlich der *Deutsche Industrie- und Handelstag (DIHT)* und der *Gesamtverband des Deutschen Groß- und Außenhandels* (vgl. Stellungnahmen unter vorstehendem Abschnitt 5.4.).

Der *Deutsche Industrie- und Handelstag (DIHT)* hält ferner eine allgemeine Mißbrauchsaufsicht über Preisempfehlungen für „selbstverständlich“ (vgl. Stellungnahme unter vorstehendem Abschnitt 5.4.) und fordert, daß „ein Unverbindlichkeitsvermerk ausdrücklich vorgeschrieben“ wird.

Die Frage, ob bei vertikalen Preisempfehlungen ein ausdrücklicher Hinweis gefordert werden soll, der die Unverbindlichkeit der Empfehlungen klarstellt, ist eingehend geprüft worden. Die Prüfung hat ergeben, daß auf einen Unverbindlichkeitsvermerk verzichtet werden kann. Einmal sind Empfehlungen ihrer Natur nach unverbindlich (vgl. ersten Absatz, Ende), zum anderen dürften sich Händler wie Verbraucher dieser Tatsache nach einem etwaigen Verbot der Preisbindung wohl bald bewußt werden. Ferner dürfte der Empfehlungscharakter vertikaler Preisempfehlungen dadurch ausreichend gesichert sein, daß zu ihrer Durchsetzung kein wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder sonstiger Druck angewendet werden darf (vgl. ersten Absatz, Anfang).

Übersicht
über die Erfahrungen mit der vertikalen Preisbindung
im Ausland

I n h a l t

	Seite
1. Entwicklung und Bedeutung der vertikalen Preisbindung in anderen Ländern	43
2. Die rechtliche Situation in einzelnen Ländern	43
2. 1. Frankreich	43
2. 2. Italien	43
2. 3. Belgien	43
2. 4. Niederlande	44
2. 5. Luxemburg	44
2. 6. Großbritannien	44
2. 7. Schweden	44
2. 8. Norwegen	44
2. 9. Dänemark	44
2.10. Schweiz	45
2.11. Österreich	45
2.12. USA	45
2.13. Kanada	46
3. Ausländische Erfahrungen mit der vertikalen Preisbindung	46
3.1. Wirkungen der vertikalen Preisbindung	46
3.2. Erfahrungen nach Aufhebung der Preisbindung	47
4. Verhältnis der ausländischen Regelungen und Erfahrungen zur Situation in Deutschland	49

1. Entwicklung und Bedeutung der vertikalen Preisbindung in anderen Ländern

Bis zum ersten Weltkrieg war die Preisbindung der zweiten Hand in den Industriestaaten beim Vertrieb von Markenartikeln weithin üblich und wurde fast allgemein hingenommen. Zwischen den beiden Weltkriegen machte sich jedoch ein gewisser Widerstand einzelner rationell arbeitender Handelsunternehmen bemerkbar, die ihren Umsatz durch Preisermäßigungen erhöhen wollten. Sie beschafften sich als Außenseiter preisgebundene Waren, ohne sich vertraglich zur Einhaltung bestimmter Preise zu verpflichten. Da sich die Preisbindung praktisch nur durchsetzen läßt, wenn auch die Außenseiter zur Beachtung der gebundenen Preise gezwungen werden können, verlor die Preisbindung überall dort an Bedeutung, wo dies nicht möglich war. Als Beispiel hierfür sind Italien und diejenigen Staaten der USA zu nennen, in denen gesetzliche Nichtunterzeichnerklauseln — sogenannte non signer-Klauseln —, die auch die Außenseiter binden, für verfassungswidrig erklärt und aufgehoben worden sind. Nach dem zweiten Weltkrieg wurde die Einstellung zur vertikalen Preisbindung allgemein kritischer. In keinem Land war daher eine Initiative in Richtung auf Beseitigung bestehender gesetzlicher Verbote oder Erleichterung der Preisbindung festzustellen. Dagegen wurde die Preisbindung in einer Reihe von Ländern gesetzlich verboten oder einschränkenden Bedingungen unterworfen. Wo dies noch nicht geschah, machten sich dahin zielende Bestrebungen geltend.

2. Die rechtliche Situation in einzelnen Ländern

2.1. Frankreich

In Frankreich wie auch in Belgien war die vertikale Preisbindung stets zulässig, beschränkte sich jedoch auf Markenartikel. Die Bindung der Außenseiter an die vom Markenwarenhersteller festgesetzten Preise wurde vor dem ersten Weltkrieg als herrschendes Prinzip angesehen. Sie wurde zu dieser Zeit sowohl von der Judikatur in Frankreich als auch in Belgien bejaht. In der Folgezeit änderte sich daran zunächst nichts. Erst nach dem zweiten Weltkrieg wurde in Frankreich die Festsetzung von Mindestpreisen — vorerst noch nicht für Markenwaren — durch das Gesetz vom 18. Juli 1952 verboten. Von den im Einzelhandel vertriebenen Erzeugnissen waren jedoch schon damals nur 10 v. H. bis 20 v. H. der Markenartikel preisgebunden. Viele Einzelhändler hielten sich auch bei diesen Waren nicht an die vorgeschriebenen Preise. Durch Rechtsverordnung vom 9. August 1953 wurden schließlich alle Vereinbarungen, die das „freie Spiel des Wettbewerbs behinderten“, indem sie der „Herabsetzung der Herstellungs- und Verkaufspreise im Wege stehen oder eine künstliche Erhöhung der Preise begünstigen“, verboten. Darüber hinaus wurden durch das Dekret vom 9. August 1953

ausdrücklich bestimmte — erschöpfend aufgezählte — Praktiken verboten. So ist es u. a. jedermann untersagt, „Mindestpreise für Waren oder Dienstleistungen oder Mindesthandelspreisen zu vereinbaren, aufrechtzuerhalten oder zu erzwingen, sei es mit Hilfe von Preislisten, Preisschemata oder privatrechtlichen Verträgen irgendwelcher Art“. Es können befristete Ausnahmegenehmigungen erteilt werden, jedoch nur durch gemeinschaftlichen Erlaß der beteiligten Ministerien. Nach den zuletzt erteilten Genehmigungsbefehlen dürfen Händler die gebundenen Preise um 3 v. H. bis 6 v. H. unterschreiten. Die Zahl der genehmigten Preisbindungen ist unbedeutend. Selbst in der Parfüm-Industrie, deren Auslandsabsatz begünstigt werden soll, werden Bindungsgenehmigungen nur erteilt, wenn die Handelspreisen einen bestimmten Prozentsatz vom Endpreis nicht übersteigen. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, ohne Rücksicht auf etwaige Preisbindungen Höchstpreisen festzusetzen.

2.2. Italien

In Italien sind Preisbindungsverträge nur in einigen wenigen Branchen üblich. Die gebundenen Preise werden zudem überwiegend nicht beachtet. Eine Möglichkeit, Außenseiter zur Einhaltung gebundener Preise zu zwingen, besteht nicht. Der Gedanke, die Unterbietung durch Außenseiter als unlauteren Wettbewerb hinzustellen, wird insbesondere von der herrschenden Rechtslehre strikt abgelehnt. Es würde nach weit überwiegender Meinung einen Mißbrauch des Unlauterkeitsbegriffs darstellen, Dritte zu zwingen, sich Wettbewerbsbeschränkungen zu unterwerfen, die ein Unternehmen in seinem Interesse durchzusetzen versucht.

2.3. Belgien

Bei grundsätzlich zulässiger Preisbindung wurde die Bindung des Außenseiters vor dem ersten Weltkrieg überwiegend bejaht (vgl. Abschnitt 2.1., Anfang). Zwischen den beiden Weltkriegen war die Entwicklung uneinheitlich. Teilweise wurde die Außenseiterbindung von den Gerichten mit der Begründung abgelehnt, sie lege dem Handel ungebührliche Fesseln an und stelle einen direkten Angriff auf die Interessen der Verbraucher dar. Diese Auffassung setzte sich jedoch bis heute noch nicht durch. Der Vorbeugung gegen Mißbräuche dienen gegenwärtig die Vorschriften des Gesetzes gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht vom 27. Mai 1960 und ein Erlaß vom 8. Oktober 1959, der für beabsichtigte Preiserhöhungen bei preisgebundenen Markenwaren eine Vorankündigung vorschreibt. Danach muß die Preiserhöhung mindestens 21 Tage vor dem geplanten Inkrafttreten der Preisbehörde (Wirtschaftsministerium) gemeldet werden, die innerhalb dieser Frist Widerspruch erheben kann. Erhöhungen gebundener Preise müssen bei einer Anzahl besonders wichtiger Artikel veröffentlicht werden. Im übrigen kann die Regierung für Waren und gewerbliche Leistungen auf preisrechtlicher Grundlage Höchstpreise festsetzen. Im Jahre 1959

ist dem belgischen Parlament ein Gesetzentwurf vorgelegt worden, der neue Möglichkeiten bieten soll, gegen Beschränkungen oder Verfälschungen des normalen Wettbewerbs und gegen Einschränkungen der Freiheit von Produktion, Handel und Verbrauchern vorzugehen. Als Mißbrauch im Sinne dieses Gesetzes soll auch die Preisbindung gelten, sofern sie die Entwicklung der Produktion oder des Warenaustausches beeinträchtigt und die Konkurrenz verfälscht.

2.4. Niederlande

In den Niederlanden war die Preisbindung schon vor dem ersten Weltkrieg bekannt und mangels besonderer gesetzlicher Regelung geduldet. Die holländische Rechtspraxis schloß sich zwischen den Weltkriegen teilweise der deutschen Judikatur an, d. h. sie sah in einzelnen Fällen auch Preisunterbietungen durch Dritte als unlauteren Wettbewerb an. Nach dem am 14. November 1958 in Kraft getretenen Gesetz über wirtschaftlichen Wettbewerb unterliegt die vertikale Preisbindung einer Mißbrauchsaufsicht. Bei Gefährdung des öffentlichen Interesses kann die Regierung Preisbindungen ganz oder teilweise für unverbindlich erklären. Kollektive Preisbindungen sind beim Wirtschaftsministerium anzumelden. Aufgrund des Preisgesetzes vom 1. Juli 1961 kann die Regierung für bestimmte Branchen, Waren oder Dienstleistungen Höchstpreise festsetzen. Über die Wirkungen der Preisbindung liegen ausführliche Untersuchungen vor. Sie werden von der Regierung im Hinblick auf eine etwaige Aufhebung der Preisbindung geprüft.

2.5. Luxemburg

Etwaige Mißbräuche der Preisbindung können mit Hilfe des allgemeinen Preisrechts bekämpft werden (z. B. Festsetzung von Höchstpreisen in bestimmten Fällen). Erhöhungen gebundener Preise müssen bei der Preisbehörde angemeldet werden und werden nur nach Bestätigung durch diese Behörde wirksam.

2.6. Großbritannien

In Großbritannien wurde die vertikale Preisbindung schon vor Mitte des vorigen Jahrhunderts geübt. Bis zum Inkrafttreten des Restrictive Trade Practices Act vom 2. August 1956 wurde jedoch in der englischen Rechtsprechung — erstmalig im Jahre 1835 — die Bindung des Außenseiters an bestimmte Preise nach dem Grundsatz abgelehnt „conditions do not run with goods“.¹⁾ Nach dem zweiten Weltkrieg machten sich Bestrebungen geltend, Preisbindungen überhaupt zu erschweren. Anknüpfend an ein Weißbuch über die Preisbindung vom 10. Juni 1951, wurden durch das erwähnte Gesetz von 1956 die bis dahin üblichen kollektiven Maßnahmen zur Einführung und Durchsetzung der Preisbindung untersagt. Wohl als Ausgleich für diese Erschwerung der Preisbindung gewährte der Gesetzgeber dem preisbindenden Hersteller oder Importeur — nicht aber Händler — einen Anspruch auf

Preiseinhaltung gegenüber nicht vertragsgebundenen Dritten, die bei Erwerb der Ware die Bindung kannten. Der im Gesetz vorgesehene Restrictive Practices Court kann Preisbindungen mit einschneidenden Rechtsfolgen für den Preisbinder als gegen das öffentliche Interesse verstößend erklären. Im Hinblick auf den Zusammenbruch der Preisbindung in vielen Branchen, insbesondere im Lebensmittelhandel, und auf zahlreiche scharf kritisierte Mißstände (z. B. mutwillige Beschädigung von elektrischen Geräten zur Rechtfertigung von Preisnachlässen) soll sich der britische Handelsminister dem Vernehmen nach im Frühjahr 1962 gegen eine Aufrechterhaltung der Preisbindung ausgesprochen haben und beabsichtigen, das britische Kabinett für eine Änderung der einschlägigen Gesetze zu gewinnen.

2.7. Schweden

Durch das Antikartellgesetz vom 25. September 1953 ist die vertikale Preisbindung in Schweden verboten worden. Die vertikale Preisempfehlung ist nur zulässig, wenn das empfehlende Unternehmen seine Abnehmer ausdrücklich darauf hinweist, daß der empfohlene Preis unterschritten werden darf. Ausnahmegenehmigungen für Mindestpreisbindungen kann der Wirtschaftsfreiheitsrat erteilen. Von dieser Möglichkeit wird äußerst selten Gebrauch gemacht.

2.8. Norwegen

Nach einem Erlaß vom 18. Oktober 1957 ist Herstellern und Großhändlern die Festsetzung von Wiederverkaufspreisen und -bedingungen sowie von Handelsspannen verboten. Die vertikale Preisempfehlung wie auch der bloße Aufdruck eines Preises auf die Warenpackung ist nur erlaubt, wenn für jedermann ersichtlich ist, daß der empfohlene Preis unterschritten werden kann. Empfehlungen von Gruppen oder Vereinigungen von Unternehmen bedürfen in jedem Falle einer Genehmigung der Preisbehörde. Die direkte und indirekte Ausübung irgendeines Druckes zur Durchsetzung von Empfehlungen ist ausdrücklich verboten.

2.9. Dänemark

Nach dem zweiten Weltkrieg forderten vor allem die Verbraucherorganisationen nachdrücklich ein Verbot der Preisbindung. Bis zum Erlaß eines diesbezüglichen Gesetzes hob die dänische Preisbehörde die Preisbindung für verschiedene Waren oder Warengruppen auf. In einigen dieser Fälle hatte der „Rabattwettbewerb“ der Hersteller die Handelsspannen auf eine nicht mehr vertretbare Höhe hinaufgetrieben. Durch das Gesetz betreffend die Überwachung von Monopolen und Wettbewerbsbeschränkungen vom 31. März 1955 ist seit 1. Juli 1956 die Durchsetzung von Mindestpreisen und -handelsspannen grundsätzlich verboten. Die Monopolüberwachungsbehörde kann jedoch Preisvereinbarungen genehmigen, wenn wichtige Gründe dafür sprechen. Solche Genehmigungen sind für einzelne Waren erteilt worden. Auch für Markenartikel, die mit preis-

¹⁾ Geschäftsbedingungen folgen nicht der Ware.

gebundenen ausländischen Erzeugnissen in Wettbewerb stehen, können Genehmigungen erteilt werden. Die Wirkung genehmigter Preisbindungen erstreckt sich — im Gegensatz zu der früher geübten, aus Deutschland übernommenen Praxis — nicht auf Außenseiter.

2.10. Schweiz

Die vertikale Preisbindung war stets fast unangefochten zulässig. Jedoch gibt es keine Bindung für Außenseiter. Diese sind auch dann nicht an die vorgeschriebenen Preise gebunden, wenn sie sich die Ware durch Ausnutzung des Vertragsbruches eines anderen verschafft haben. Unter dem 18. September 1961 hat der Bundesrat der Bundesversammlung einen Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen zugeleitet. Danach soll die Aufrechterhaltung der Preisbindung der zweiten Hand, soweit sie durch Kartelle und ähnliche Organisationen auferlegt oder durchgesetzt wird, vor allem in jenen Fällen durch das Kartellgesetz erschwert werden, in denen Abnehmer die Preisbindung nicht freiwillig akzeptieren. Werden diese deshalb nicht beliefert, so sollen sie, gestützt auf Artikel 4, die Liefersperre zivilrechtlich anfechten können. Als kartellähnliche Organisation sollen dabei auch schon mehrere Unternehmen gelten, die ohne Abrede ihr Verhalten gegenseitig abstimmen (Artikel 3). Gemäß Artikel 19 soll das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement ferner die Kartellkommission beauftragen können, im Rahmen einer Sonderuntersuchung abzuklären, ob eine Preisbindung der zweiten Hand volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen hat. Zu dem Gesetzentwurf sind inzwischen vom Ständerat Änderungen beschlossen worden. In welcher Fassung der Entwurf als Gesetz in Kraft treten wird, läßt sich zur Zeit noch nicht übersehen.

2.11. Österreich

Preisbindungsvereinbarungen waren im Rahmen des allgemeinen Vertragsrechts immer erlaubt. Von der österreichischen Rechtsprechung wurde jedoch schon zwischen den beiden Weltkriegen die Unterbietung gebundener Preise durch Dritte als zulässig angesehen. Es galt der Grundsatz: Wer nicht durch Vertrag gebunden ist, braucht Maßnahmen zur Erhaltung des Preisbindungssystems nicht zu beachten oder zu fördern; wenn er solche Maßnahmen vereitelt, handelt er weder gesetzwidrig noch grundsätzlich gegen die Sitten. Nachdem durch die dritte Novelle zum österreichischen Kartellgesetz (Neufassung bekanntgemacht am 10. November 1959) die vertikale Preisbindung nahezu prohibitiv wirkenden Beschränkungen unterworfen worden ist, spielt die Frage der Bindung von Außenseitern keine Rolle mehr. Nach dem Gesetz müssen Preisbindungsvereinbarungen (für Markenwaren und anonyme Waren) gesamtwirtschaftlich gerechtfertigt erscheinen; die gebundenen Spannen dürfen die üblicherweise gewährten durchschnittlichen Sätze nicht überschreiten und auch nicht „an sich“ über-

höht sein. Alle Preisbindungen und Erhöhungen gebundener Preise müssen gemeldet und in das Kartellregister eingetragen werden. Das Eintragsverfahren, zu dem ein Gutachten des „Paritätischen Ausschusses für Kartellangelegenheiten“ beigebracht werden muß, ist im Vergleich zu dem Anmeldeverfahren nach dem deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen sehr zeitraubend. In der Zeit vom 1. Juli 1958 bis Ende 1961 sind daher nur insgesamt drei Preisbindungen eingetragen worden. Vertikale Preisempfehlungen werden wie Preisbindungen behandelt, es sei denn, sie werden ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet, und es wird keinerlei Druck zu ihrer Durchsetzung angewendet. In einem Bericht des österreichischen Bundesministeriums für Justiz, der unter dem 6. Oktober 1961 dem Präsidenten des Nationalrates übermittelt wurde, ist vorgeschlagen worden, alle Preisbindungen der zweiten Hand zu untersagen; denn solche Vereinbarungen sind nach Ansicht des Justizministeriums für die Allgemeinheit schädlich, weil sie den Wettbewerb von den Preisen auf die Handelsspannen verlagern. Entsprechend einer Regierungsvorlage vom 16. Mai 1962 hat das österreichische Parlament gegen Ende des Monats Juni 1962 die vierte Kartellgesetznovelle verabschiedet. Danach können Preisbindungsvereinbarungen nur eingetragen werden, wenn sie unter besonderer Beachtung auf die Interessen der Letztverbraucher volkswirtschaftlich gerechtfertigt erscheinen.

2.12. USA

Durch den Sherman Act von 1890 wurde die vertikale Preisbindung als „restraint of trade“ qualifiziert und damit verboten. Nach dem ersten Weltkrieg wurden in einzelnen Staaten sogenannte Fair Trade-Gesetze erlassen, die innerstaatliche Preisbindungsvereinbarungen für zulässig erklärten. Später wurden Preisbindungen für Markenartikel, die im Wettbewerb mit anderen Waren gleicher Art standen und nach einem der Fair Trade-Gesetze zulässig waren, auch im zwischenstaatlichen Warenverkehr gestattet (Miller Tydings Amendment vom 17. August 1937). Das heißt, preisgebundene Waren konnten in jedem Staat verkauft werden, in dem ein Fair Trade-Gesetz galt. Die Bindung von Außenseitern blieb zunächst umstritten, wurde jedoch vom Bundesgericht 1951 in einem Falle verneint. Durch den McGuire Act vom 14. Juli 1952 wurde dann bestimmt, daß auch Außenseiter (non signer) an die Fair Trade-Gesetze gebunden sein sollen. In vielen Staaten wurden daraufhin entweder die Fair Trade-Gesetze überhaupt oder wenigstens die sogenannten non signer-Klauseln für verfassungswidrig erklärt. Gegenwärtig sind bereits in etwa der Hälfte der amerikanischen Staaten die non signer-Klauseln aufgehoben, so daß die Preisbindung praktisch nicht mehr durchgesetzt werden kann. In sieben Staaten, im District of Columbia (mit der Bundeshauptstadt Washington) und auf dem Territorium Porto Rico ist die Preisbindung verboten. Infolge dieser Entwicklung und im Hinblick auf die der Preisbindung ungünstige Einstellung der Antitrustbehörden und der meisten Wissenschaftler geben viele Unternehmen die Preisbindung auf.

2.13. Kanada

Nachdem ein vom Justizminister berufener Ausschuß zum Studium der Gesetzgebung über Zusammenschlüsse im Jahre 1951 die Untersagung der vertikalen Preisbindung empfohlen hatte, wurde sie durch Gesetz vom 28. Dezember 1951 verboten. Ausnahmemöglichkeiten sind in dem Gesetz nicht vorgesehen. Auch die nichtvertragliche Einflußnahme auf Wiederverkaufspreise durch Drohungen, Versprechungen und ähnliches ist untersagt. Sogar der Versuch dazu ist strafbar.

3. Ausländische Erfahrungen mit der vertikalen Preisbindung

3.1. Wirkungen der vertikalen Preisbindung

Der vom Justizminister der USA eingesetzte Nationalausschuß zum Studium der Antitrust-Gesetze äußerte sich in seinem Bericht vom 31. März 1955 (eine Übersetzung wurde vom Bundesminister für Wirtschaft veranlaßt und dem Wirtschaftspolitischen Ausschuß des Bundestages im Jahre 1955 überreicht) auf den Seiten 153 f. wie folgt:

„Sieht man einmal von dem Interesse der Hersteller ab, Marke und good will zu schützen, so setzt die vertikale Preisbindung die Händler in den Stand, den Preiswettbewerb völlig auszulöschen. Ein Händler, dessen Warenbestände zum überwiegenden Teil preisgebunden sind, kann seine Geschäfte frei von dem Druck und den Leiden des Preiswettbewerbs betreiben. Folglich empfehlen Händler in einigen Wirtschaftsbereichen eine vertikale Preisbindung durch die Hersteller, um auf legale Weise der Segnung einer horizontalen Preisabsprache teilhaftig zu werden, die die Antitrust-Gesetzgebung verbietet... Jedes wirksame Preisbindungssystem erleichtert horizontale Preisabsprachen auf der Ebene der Hersteller und auf jeder nachfolgenden Verteilerstufe.“

Der gleiche Gedanke findet auch Ausdruck in einem früheren Bericht der Federal Trade Commission über die Preisbindung aus dem Jahre 1945, der zusammenfassend über die Einführung der vertikalen Preisbindung unterrichtet. Danach wurde zwar die Einführung der Preisbindung ursprünglich von den Herstellern befürwortet,

„als sie aber endgültig durch den Kongreß und durch die Einzelstaaten verabschiedet wurde, waren die Fürsprecher fast nur noch wenige wohlorganisierte Händlerverbände, die darauf abzielten, den Preiswettbewerb zwischen den Händlern zu unterdrücken, und zwar sowohl zwischen solchen, die sich gleicher Vertriebsmethoden bedienen, als auch zwischen solchen, die neue und abweichende Methoden anwandten. . . . in der Praxis dient die Preisbindung als Brennpunkt für kollektive Anstrengungen des Handels, auf die Hersteller einen Druck auszuüben, damit diese die Preise ihrer Produkte binden und dabei Handelsspannen einkalkulieren, die den Händlervertretungen zusagen . . .“.

Nach den im vorerwähnten Bericht dargelegten Erfahrungen finden sich die Hersteller zur Einführung eines Preisbindungssystems nicht bereit, wenn hinreichend Wettbewerber vorhanden sind, die ihre Produkte weiterhin ohne Preisbindung vertreiben. In Fällen dieser Art können sich die preisbindungswilligen Hersteller die durch die Preisbindung herbeigeführte Uniformität der Preise nicht leisten, weil sie durch den Wettbewerb mit nicht gebundenen Waren Umsatzverluste erleiden würden. Daraus folgt, daß die vertikale Preisbindung in der Praxis regelmäßig nur durchführbar ist, wenn unter den Wettbewerbern eine Einigung oder zumindest eine Abstimmung über die Preise erfolgt. Die Preisbindung schafft somit einen starken Anreiz zu Verstößen gegen das Verbot horizontaler Absprachen (vergl. Report of the Federal Trade Commission on Resale Price Maintenance, 1945, Nr. 5, 6, 12, 15, 20).

Hinsichtlich des Einflusses der Preisbindung auf die Preishöhe wird in verschiedenen Berichten auf folgende Tatsachen hingewiesen:

- Die Preisbindung führt zu höheren Preisen als sie sich ohne Preisbindung ergeben würden (so *USA, Kanada, Irland, Schweden, Dänemark*). Diese Folge wurde nachgewiesen sowohl durch Preiserhöhungen nach Einführung der Preisbindung (so *USA*) als auch durch Preissenkungen infolge eines Verbots der Preisbindung (so *Kanada und Irland*).
- Die Preisbindung trägt den unterschiedlichen Vertriebskosten der verschiedenen Handelsformen nicht Rechnung (so *Dänemark und USA*) und hindert rationeller arbeitende Handelsunternehmen, die eingesparten Kosten dem Verbraucher zugute kommen zu lassen (so *USA*).
- Die feste Handelsspanne beseitigt zum Schaden des Verbrauchers jeden Impuls zur Verbesserung der Warenverteilung (so *Irland*). Statt des Preiswettbewerbs wird eine kostspielige Werbung getrieben, welche die Vertriebskosten noch erhöht und das Verlangen des Handels nach höheren Spannen verstärkt (so *Dänemark*).

Nachdem die Preisbindung in den *USA* etwa drei Jahre nach Erlaß des Miller Tydings Amendment von 1937 praktiziert worden war, äußerte sich der amerikanische Commissioner of Labor Statistics dem Temporary National Economic Committee gegenüber wie folgt zur Preisbindungsgesetzgebung (Monography No. 1 vom 20. Juni 1940):

„Dieser Bericht läßt gewisse gewichtige Erstarungen der Einzelhandelspreise erkennen, die einer freien Preisherabsetzung im Wege stehen und denen das Committee seine Aufmerksamkeit zuwenden möge. Ich beziehe mich auf die sogenannten Fair Trade-Gesetze, die von 44 Einzelstaaten erlassen worden sind, sowie auf den Miller Tydings Enabling Act, der die Preisbindung der zweiten Hand im zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr legalisiert. Ich beziehe mich auch auf die Unfair Practices-Gesetze, die . . . zu höchst wettbewerbsbeschränkenden Aktivitäten ausgenutzt werden.“

Ähnliche Erfahrungen wurden auch in anderen Ländern gemacht, die sich zur Aufhebung der Preisbindung entschlossen, so z. B. in *Dänemark*, *Schweden* und *Kanada*. Die von ihnen zur Begründung angeführten Überlegungen entsprechen im wesentlichen der *französischen Auffassung*, die in einer Entscheidung des Court d'Appel de Paris vom 7. Februar 1961 wie folgt zum Ausdruck kommt:

„Nach einer langen Periode, in der die Ereignisse eine Verknappung und zugleich Verteuerung der Erzeugnisse sowie eine genaue Bewirtschaftung ihrer Herstellung und Verteilung hervorgerufen hatten, erschien es — nachdem die wirtschaftlichen Bedingungen wieder einen normalen Charakter angenommen hatten — erforderlich, die Freiheit des Wettbewerbs wiederherzustellen, um die anhaltende Hausse zu bekämpfen und zu einer Baisse oder zumindest zu einer Preisstabilisierung zu gelangen.“

Daß andererseits gerade bei normalem Preiswettbewerb ruinöse Preisunterbietungen unwahrscheinlich sind, ergibt sich aus einem Bericht der *irischen Fair Trade Commission* (Enquiry into the Conditions which Obtain in Regard to the Supply and Distribution of Radio Sets and Accessories, Dublin, 1954, Nr. 93). Danach verstärkt vor allem die bei preisgebundenen Erzeugnissen fehlende Möglichkeit, auf Preisherabsetzungen bei anderen Waren in gleicher Weise zu reagieren, das Interesse an derartigen Unterbietungen. Die Intensität derartiger Verkaufsbemühungen ist nicht so stark, wenn Preisenkungen durch gleiche Maßnahmen der Wettbewerber ohne weiteres in ihren Wirkungen neutralisiert werden können.

In den *USA* hat sich herausgestellt, daß die Preisbindung — zumindest in einigen Wirtschaftsbereichen — geeignet ist, die Stellung der kleinen Händler im Wettbewerb mit den großen zu verschlechtern. Da preisgebundene Artikel feste Handelsspannen garantieren, regt die Preisbindung zur Gründung neuer Handelsunternehmen und zur Vergrößerung des Warensortiments, insbesondere bei den Supermarkets und Filialunternehmen, an. Diese Entwicklung führt zu einer Übersetzung des Handels, die einen Rückgang der bisherigen Umsätze und damit ein Ansteigen der Vertriebskosten (zum Nachteil der Verbraucher) zur Folge hat (vgl. Fair Trade, The Problem and the Issues, Report of the Select Committee on Small Business, House of Representatives, 82^d Congress, 2^d Session, 1952, S. 59; Fair Trade, 1959, Hearings before the Committee on Interstate and Foreign Commerce, House of Representatives, 86th Congress, 1st Session, S. 255). Die Preisbindung für bekannte amerikanische Markenartikel hat überdies die Stellung der großen Filialunternehmen, Kaufhäuser, Supermarkets und Versandhäuser gegenüber den anderen Einzelhandelsunternehmen auch dadurch verstärkt, daß die Großunternehmen eigene Hausmarken zu erheblich herabgesetzten Preisen vertreiben können; denn die großzügig kalkulierten Gewinnspannen bei preisgebundenen Erzeugnissen gleichen den dadurch entstehenden Gewinnausfall aus (Fair Trade, The Problem and the Issues, S. 57; Fair Trade, 1959,

S. 255, 510 — an dieser Stelle weist der damalige Leiter der Antitrust Division, Robert A. Bicks, darauf hin, daß die großen New Yorker Kaufhäuser von ein und demselben Hersteller stammende, der Substanz nach identische Erzeugnisse (insbesondere Pharmazeutika) unter Verwendung einer eigenen Hausmarke weit billiger als zum gebundenen Preis verkaufen —).

3.2. Erfahrungen nach Aufhebung der Preisbindung

Soweit aus den Ländern, die ein gesetzliches Verbot der Preisbindung erlassen haben, Erfahrungsberichte vorliegen, zeigen diese, daß die pessimistischen Prophezeiungen der Verteidiger der Preisbindung nicht eingetroffen sind. Weder die erprobten Absatzwege, noch der gute Ruf des Markenartikels sind zerstört worden. Statt dessen haben sich als positive Auswirkungen des Verbots eine Belebung der Initiative im Bereich des Handels sowie eine Verbesserung und Fortentwicklung der traditionellen Vertriebsmethoden gezeigt.

So schreibt z. B. Gammelgaard über *Dänemark* (Resale Price Maintenance, Paris, 1958, S. 104):

„Die Wirkungen des Verbots auf die Preise und Handelsspannen sind noch nicht untersucht worden, doch ist es in einigen Bereichen augenfällig, daß wesentliche Herabsetzungen der Handelsspannen durchgeführt wurden, besonders für die am weitesten verbreiteten Markenwaschmittel und Kaffee-Extraktarten, bei denen die Einzelhandelsabgabepreise jetzt in der Regel weit unter den von den Herstellern empfohlenen Preisen liegen. Ein vor dem allgemeinen Verbot entschiedener Fall verdient besonderes Interesse: Im Dezember 1948 hatte die dänische Preisbehörde alle Preisbindungen für Rundfunkempfänger aufgehoben. Die Behörde hatte festgestellt, daß der Rabattwettbewerb zwischen den Herstellern die Spannen auf ein nicht mehr vertretbares Niveau (unreasonably high level) hinaufgeschraubt hatte und daß die Preisbindung der zweiten Hand die Verbraucher daran hinderte, Nutzen aus dieser Wettbewerbsentwicklung zu ziehen. Ein Sinken der Verbraucherpreise um 15 bis 20 % — etwas mehr in der Hauptstadt, etwas weniger in anderen Teilen des Landes — scheint das unmittelbare Ergebnis des Verbots gewesen zu sein.“

In einigen Staaten der *USA* ist die Preisbindung, wie erwähnt, zulässig, in anderen Staaten ist sie verboten oder wegen Unzulässigkeit der sogenannten non signer-Klausel nicht durchsetzbar. Diese Situation erlaubt vergleichende Beobachtungen. Bowman setzt sich in einer Untersuchung (The Prerequisites and Effects of Resale Price Maintenance, University of Chicago Law Review, 1955, S. 825 ff.) ausführlich mit den Preisvergleichen auseinander, die von Verbänden angestellt worden sind und beweisen sollen, daß in Staaten ohne Preisbindung die Preise etwas höher liegen als in den Staaten mit Preisbindung. Am Beispiel der Zahnpasta beweist er jedoch, daß in Zeiten allgemeinen Preisanstiegs bestimmte preisgebundene Artikel zwar an der Preissteigerung nicht in vollem Umfange teilnehmen, daß es aber gerade dieselben

Artikel sind, die auch an einer allgemeinen Preissenkung den geringsten Anteil haben. Es fehlen Beweise dafür, so erklärt Bowman, daß die erstarrten Preise denjenigen entsprechen, die sich in wirklich freiem Wettbewerb bilden.

Da in *Frankreich* das Verbot der Preisbindung zu einer Zeit in Kraft trat, in der noch viele Erzeugnisse der amtlichen Festpreiskontrolle unterlagen, konnte sich die Aufhebung der Preisbindung nicht überall sofort auf die Preise auswirken. Es entwickelte sich jedoch ein schärferer Wettbewerb, vor allem bei Haushaltsmaschinen, Elektro-, Phono- und Photoartikeln. Diskonthäuser wurden gegründet und zahlreiche Preissenkungen setzten sich bis zum Fachhandel durch. Bei Lebensmitteln und Textilien kamen rationellere Vertriebsformen auf.

Für *Großbritannien* rechnet Yamey (Der Markenartikel, 1960, S. 417) damit, daß bei Freigabe der gebundenen Preise die betroffenen Waren um 5 v. H. billiger werden. Diese Schätzung wurde durch eine Untersuchung der Londoner Werbeagentur Garland-Compton betreffend den Lebensmittelhandel in der Stadt London (Der Verbraucher, 1961, S. 809) bestätigt.

Die irische *Fair Trade Commission* hat nach Erlaß von Verboten der Preisbindung für einzelne Wirtschaftszweige deren Situation überprüft und darüber in ihrem Jahresbericht für 1960 berichtet. Bei Kinderwagen waren danach die Preise früher gebunden und werden jetzt empfohlen. Einzelne Händler hatten sich über Unterbietungen durch andere beschwert. Die Kommission fand,

„daß die große zur Verfügung stehende Einzelhändlerspanne (27,5 v. H. vom Verbraucherpreis) Möglichkeit genug für Nachlässe auf den empfohlenen Preis gewähre und daß die sich ergebende Wettbewerbslage zweifellos dem kaufenden Publikum zugute komme“.

Zu ähnlichen Beschwerden betreffend Baumaterial erklärte die Kommission, daß auf das Verbot der Preisbindung ein zunehmender Preiswettbewerb gefolgt sei und dieser für die Gewährleistung eines wirtschaftlicheren Warenflusses vom Hersteller zum Verbraucher nützlich gewesen sei. Bei Rundfunkgeräten wurde fast allgemein auf den Einzelhandelsverkaufspreis ein Nachlaß von 10 bis 12½ v. H. gewährt, was einer entsprechenden Preissenkung gleichkommt.

In einem nach Aufhebung der Preisbindung in *Kanada* erstatteten Bericht (Report on an Inquiry into Loss-Leader Selling, Ottawa, 1955, S. 263) heißt es zusammenfassend:

„Nach den der Kommission zugänglich gemachten Informationen ist festzustellen, daß in einigen Marktgebieten bei bestimmten Produkten, besonders bei elektrischen Haushaltsgeräten und Zigaretten und Kolonialwaren, in einem beträchtlichen Teil des Handels ein Absinken der Handelsspannen eingetreten ist, letztlich zugunsten des Verbrauchers.“

In *Norwegen* wurde etwa zwei Jahre nach Erlaß des Verbots der Preisbindung untersucht (Pristidende 1959, Nr. 17, S. 480/81, nebst Tabellen S. 472

und 482), wieweit die zuvor gebundenen — nunmehr empfohlenen — Preise gehalten worden waren. Aus den darüber erstellten Tabellen läßt sich ablesen, daß mehr Unterschreitungen als Überschreitungen vorgenommen sind, daß also insgesamt eine — wenn auch geringe — Verbilligung eingetreten ist.

Auch in *Schweden* wurden nach Mitteilung des Vorsitzenden des Rates für die Sicherung der Wirtschaftsfreiheit ähnliche Untersuchungen durchgeführt. Die Ergebnisse zeigen stärkere Preissenkungen als in *Norwegen*. So wird die Reduktion der Handelsspannen amtlich auf 1,5 v. H. vom Umsatz der betroffenen Wirtschaftszweige geschätzt. Bei elektrischen Geräten, Radio- und Fernsehempfängern werden hohe Umsätze zu Preisen unterhalb der empfohlenen Preise getätigt. Sehr erhebliche Preissenkungen wurden auch für Waschmittel (bis zu 10 v. H.) und für Seife und Zahncreme (bis zu 8 v. H.) festgestellt.

In vielen Berichten ist weiterhin erwähnt, daß die Aufhebung der Preisbindung im Handel allgemein zu einer Belebung der Umsatzfähigkeit und Rationalisierung geführt hat. Die Verfechter der vertikalen Preisbindung haben diese Folge niemals bestritten. Sie hatten aber sehr häufig befürchtet, daß das Verbot der Preisbindung zum Ausscheiden unwirtschaftlicher Unternehmen und damit zu mehr oder minder schweren Schädigungen der mittelständischen Gewerbetreibenden führen könnte. Diesen Befürchtungen wurde in einigen Fällen nachgegangen. Sie erwiesen sich jedoch z. B. in *Kanada* und *Irland* als durch die Erfahrungen nicht gerechtfertigt. So enthält der *kanadische Bericht* (S. 137 ff.) eine Untersuchung über die Entwicklung der Insolvenzen nach dem Verbot. Der Bericht kommt zu dem Ergebnis, daß eine geringe Zunahme der Insolvenzen im Bereich des Einzelhandels auf allgemeine Faktoren zurückzuführen ist und nicht auf das Fehlen der Preisbindung der zweiten Hand. Zu einem ähnlichen Ergebnis ist die *irische Kartellbehörde* gelangt (Bericht PR 3722 „Grocery Goods and Provisions“, Dublin, 1956, Randziffer 180).

Manche Befürworter der Preisbindung hatten ferner befürchtet, daß nach Aufhebung der Preisbindung „Lockvogelverkäufe“ die gesamte Absatzstruktur gegen den Willen des Herstellers erschüttern könnten. Der *kanadische Bericht* beschäftigt sich hauptsächlich mit diesem Problem. Schon darüber, was überhaupt unter einem „Lockvogelverkauf“ zu verstehen ist, bestehen jedoch nach dem Bericht erhebliche Meinungsverschiedenheiten. Bestimmte Wirtschaftskreise glauben, daß jeder Verkauf zu einem Preis, der nicht ihrer Empfehlung entspricht, unter diesen Begriff fällt. Die Händler jedoch, die solcher Praktiken beschuldigt werden, machen geltend, daß von einem eigentlichen „Lockvogelverkauf“ erst gesprochen werden könne, wenn sie ohne Gewinnaufschlag oder gar unter den Beschaffungskosten anböten. Hierzu heißt es im Bericht (S. 261):

„Angesichts der Vielfalt von Sachverhalten, auf die der Begriff Lockvogelverkäufe angewendet wird, und angesichts der Unmöglichkeit, die ver-

schiedenen Merkmale, die man dem Begriff zuordnet, auf einen Nenner zu bringen, ist die Kommission zu dem Ergebnis gekommen, daß es unnützlich wäre, eine Definition anzustreben, die doch willkürlich bleiben müßte."

Über die Wirkungen von einzelnen Preisherabsetzungen wird im Bericht an anderer Stelle (S. 151) ausgeführt:

"Der Kommission konnten keine beweiskräftigen Beispiele für Umsatzeinbußen vorgelegt werden, die von einem auf Preisunterbietungen beruhenden Nachlassen des Kundenvertrauens ausgelöst worden waren . . . Andererseits wurde ihr eine Reihe von Beispielen vorgelegt, in denen die Preisherabsetzungen für bestimmte Markenartikel zu erhöhten Einkäufen durch die Verbraucher geführt hatten."

Weiter hat die kanadische Kommission geprüft, ob Preisunterbietungen etwa als Mißbrauch von Marktmacht aufgetreten sind. Hierfür fand sie jedoch keine Anhaltspunkte. Derartige Preisherabsetzungen sind nach dem Bericht (S. 262)

"in der Regel das Ergebnis eines lebendigen Wettbewerbs zwischen Händlern von vergleichbarem Status und nicht einer marktbeherrschenden Stellung eines Händlers oder einer Händlergruppe".

Die *amerikanische Federal Trade Commission*, die der gleichen Frage nachgegangen ist, hat folgendes festgestellt (Resale Price Maintenance, S. LIX):

"Die Bücher von Filialunternehmen, Warenhäusern und Supermarkets, die im Rahmen dieser Untersuchung überprüft wurden, zeigen, daß vor Einführung der Preisbindung die Preise dieser Großunternehmen erhebliche Durchschnittserträge . . . erbrachten, obgleich sie niedriger als die der selbständigen Einzelhändler waren."

In Zusammenhang mit der Aufhebung der vertikalen Preisbindung für Radios im Jahre 1955 hat die *irische Kommission* (Enquiry into the Conditions which Obtain in Regard to the Supply and Distribution of Radio Sets and Accessories, Dublin, 1955, Randziffer 96) erklärt, daß für langlebige Konsumgüter ein Loss-Leader-Problem nicht existiere. Die Anschaffung solcher Waren ist nach ihrer Meinung in der Regel vorgefaßter Entschluß des Kunden,

wenn er einen Laden betritt. Der Kunde werde kaum — nur durch das „billige“ Radio in das Geschäft gelockt — auch noch eine Waschmaschine oder einen Staubsauger kaufen. Die Kommission teilt demgemäß nicht die Besorgnis, daß einzelne Geschäfte mit sehr geringen Verdienstspannen einen sehr großen Anteil des Umsatzes bestimmter Waren an sich ziehen könnten, während andere Geschäfte diese Artikel aufgeben müßten. Die Befürchtung, daß solche Erzeugnisse deshalb nicht mehr überall erhältlich sein könnten, hält die irische Kartellbehörde für unbegründet. Sie kommt vielmehr zu dem Ergebnis, daß nur auf Märkten, die durch Preisbindungen geschützt sind, Preisunterbieter solche Einbrüche mit Aussicht auf Erfolg versuchen können. Sind Preisbindungen verboten, werden nämlich solche Versuche zur Umsatzausweitung durch entsprechende Preissenkungen der Konkurrenten aufgefangen. Damit läßt die Anziehungskraft dieser Art von Verkaufsbemühungen nach.

4. Verhältnis der ausländischen Regelungen und Erfahrungen zur Situation in Deutschland

Die in den meisten der vorerwähnten Staaten für die Preisbindung geltenden Regelungen lassen dem Wettbewerb mehr Spielraum, als in der Bundesrepublik besteht. Entweder ist die Preisbindung verboten, oder sie ist sehr einschränkenden Bedingungen unterworfen, oder die preisbindenden Unternehmen sind in der Bemessung der gebundenen Preise durch preisrechtliche Eingriffe oder die Möglichkeit dazu beschränkt, oder die Preisbindung ist gegenüber Außenseitern nicht durchsetzbar.

Im überwiegenden Teil des Auslands ist eine Tendenz zur Abschaffung oder Einschränkung der vertikalen Preisbindung festzustellen. Die Möglichkeit, Preisbindungen auch gegenüber nicht vertragsgebundenen Dritten durchzusetzen, wie sie in Deutschland aufgrund des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb (unter dem Gesichtspunkt der Ausnutzung eines fremden Vertragsbruchs) besteht, ist nur noch in wenigen Ländern gegeben. Auch in diesen Ländern brechen die Preisbindungssysteme in vielen Branchen zusammen.

Anlage 2

**Gemeldete Preisänderungen von preisgebundenen Markenwaren
in der Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 1961**

Waren- gruppe	Bezeichnung	Preis- gebun- dene Ver- kaufs- einheiten	Preiserhöhungen		Preissenkungen		Preisänderungen insgesamt	
			Ver- kaufs- einheiten	v. H. von Spalte 3	Ver- kaufs- einheiten	v. H. von Spalte 3	Ver- kaufs- einheiten	v. H. von Spalte 3
1	2	3	4	5	6	7	8	9
22	Mineralölerzeugnisse und Kohlenwertstoffe	142	10	7,0	5	3,5	15	10,6
25	Steine und Erden	21	1	4,8	—	—	1	4,8
30	Erzeugnisse der Ziehereien und Kaltwalzwerke und der Stahlverformung	1 340	14	1,0	—	—	14	1,0
32	Maschinenbauerzeugnisse	3 277	2 072	63,3	—	—	2 072	63,3
33	Landfahrzeuge	87 665	39	0,04	7	0,01	6 700	7,6
	davon							
	Fahrzeuge und Fahrzeugteile ..	469	39	8,3	7	1,6	46	9,8
	Kfz.-Ersatzteile und -Zubehör ..	87 196	6 654	7,6
36	Elektrotechnische Erzeugnisse	8 097	452	5,6	85	1,0	537	6,6
37	Feinmechanische und optische Erzeugnisse; Uhren	13 049	660	5,1	58	0,4	718	5,5
	davon							
	Mikroskope, Lupen u. ä.	1 029	1 029	100,0
38	Eisen-, Blech- und Metallwaren ..	5 283	1 620	30,6	44	0,8	1 664	31,5
39	Musikinstrumente, Spielwaren, Turn- und Sportgeräte, Schmuckwaren, bearbeitete Edelsteine ..	6 808	924	13,6	13	0,2	937	13,8
40	Chemische Erzeugnisse	19 891	528	2,7	148	0,7	676	3,4
	davon							
	Organische Chemikalien	21	—	—	1	4,8	1	4,8
	Pharmazeutika	5 758	232	4,0	24	0,4	256	4,4
	Kunststoffe	7 414	92	1,2	94	1,3	186	2,5
	Chemisch-technische Erzeugnisse	6 690	204	3,0	29	0,4	233	3,5
51	Feinkeramische Erzeugnisse	1 196	919	76,8	—	—	919	76,8
52	Glas und Glaswaren	2 604	1 632	62,7	14	0,5	1 646	63,2
54	Holzwaren	650	216	33,2	20	3,1	236	36,3
55	Holzschliff, Zellstoff, Papier und Pappe	882	746	84,7	—	—	746	84,7
56	Papier- und Pappwaren	1 379	49	3,5	20	1,5	69	5,0
57	Druckereierzeugnisse, Lichtpaus- und verwandte Waren	138	1	0,7	—	—	1	0,7
58	Kunststoff erzeugnisse	1 212	14	1,2	28	2,3	42	3,5
59	Gummi- und Asbestwaren	13 601	72	0,5	143	1,1	215	1,6
62	Lederwaren und Schuhe	2 490	9	0,3	—	—	9	0,3
63	Textilien	18 020	416	2,3	171	1,0	587	3,3
64	Bekleidung	2 565	54	2,0	3	0,1	57	2,1
68	Erzeugnisse der Ernährungsindustrie	7 422	299	4,0	136	1,8	435	5,9

Im Jahre 1961 wurden folgende Preisänderungen angemeldet:

Preiserhöhungen wurden für 9,7 v. H., Preissenkungen für 0,8 v. H. der preisgebundenen Verkaufseinheiten (VE) ¹⁾ angemeldet. Außerdem wurden für 0,9 v. H. der VE ¹⁾ Preisänderungen angemeldet, bei denen infolge von Globalmeldungen nicht ermittelt werden konnte, ob es sich um Preiserhöhungen oder -senkungen handelte. Das gleiche trifft für Preisänderungen bei Kraftfahrzeug-Ersatzteilen und -Zubehör zu, die für 7,6 v. H. der für diese Warenart preisgebundenen VE angemeldet wurden.

¹⁾ jeweils ohne Kraftfahrzeug-Ersatzteile und -Zubehör

Zahl der bestehenden Preisbindungen und Preisempfehlungen, aufgeschlüsselt nach Warengruppen unter Verwendung der Meldenummern des Systematischen Warenverzeichnisses für die Industriestatistik

Stand 31. Dezember 1961

Waren- gruppe	Bezeichnung	Preisbindungen		Preisempfehlungen	
		Unter- nehmen	Verkaufs- einheiten	Unter- nehmen	Verkaufs- einheiten
21	Bergbauliche Erzeugnisse	4	5	3	5
22	Mineralölerzeugnisse und Kohlenwertstoffe	13	142	3	168
25	Steine und Erden	5	21	—	—
27	Eisen und Stahl	—	—	—	—
28	NE-Metalle und -Metallhalbzeuge	—	—	—	—
29	Gießereierzeugnisse	—	—	—	—
30	Erzeugnisse der Ziehereien und Kaltwalzwerke und der Stahlverformung	7	1 340	2	721
31	Stahlbauerzeugnisse	1	6	—	—
32	Maschinenbauerzeugnisse	33	3 277	8	4 876
33	Landfahrzeuge	27	87 665	2	5 008
	davon				
	Kfz-Ersatzteile und -Zubehör	17	87 196	2	4 934
34	Wasserfahrzeuge	—	—	—	—
35	Luftfahrzeuge	—	—	—	—
36	Elektrotechnische Erzeugnisse	78	8 097	18	210
37	Feinmechanische und optische Erzeugnisse; Uhren ..	70	13 049	22	1 487
38	Eisen-, Blech- und Metallwaren	92	5 283	12	449
39	Musikinstrumente, Spielwaren, Turn- und Sport- geräte, Schmuckwaren, bearbeitete Edelsteine ..	59	6 808	4	60
40	Chemische Erzeugnisse	278	19 891	37	851
	davon				
	anorganische Chemikalien und Grundstoffe	2	8	2	7
	Organische Chemikalien	8	21	1	5
	Pharmazeutika	101	5 758	11	253
40	Mineralfarben und Teerfarbstoffe	—	—	1	30
	Kunststoffe	20	7 414	2	168
	Chemisch-technische Erzeugnisse	183	6 690	30	388
51	Feinkeramische Erzeugnisse	10	1 196	—	—
52	Glas und Glaswaren	6	2 604	1	2
53	Schnittholz, Sperrholz und sonstiges bearbeitetes Holz	4	6	—	—
54	Holzwaren	27	650	5	76
55	Holzschliff, Zellstoff, Papier und Pappe	9	882	—	—
56	Papier- und Pappwaren	28	1 379	7	442
57	Druckereierzeugnisse, Lichtpaus- und verwandte Waren	9	138	—	—
58	Kunststofferzeugnisse	47	1 212	7	54
59	Gummi- und Asbestwaren	36	13 601	2	7

Waren- gruppe	Bezeichnung	Preisbindungen		Preisempfehlungen	
		Unter- nehmen	Verkaufs- einheiten	Unter- nehmen	Verkaufs- einheiten
61	Leder	—	—	—	—
62	Lederwaren und Schuhe	22	2 490	8	428
63	Textilien	103	18 020	14	1 616
64	Bekleidung	43	2 565	6	214
68	Erzeugnisse der Ernährungsindustrie	281	7 422	136	2 073
69	Tabakwaren	15	219	—	—
78	Küken, Honigerzeugnisse, Saat- und Pflanzengut ..	13	86	2	12
	Insgesamt	—	198 059	—	18 759

Handelsspannen bei preisgebundenen Markenwaren und Roterträge im Einzelhandel

Vorbemerkung

Zum Vergleich wurden mit Rücksicht auf die statistische Repräsentation nur die Geschäftszweige herangezogen, in denen die Preisbindung 1000 und mehr Verkaufseinheiten umfaßt. Der Kfz-Ersatzteil- und Reparaturdienst wurde in die Übersicht nicht aufgenommen, weil er mit den aufgeführten Geschäftszweigen besonders wegen des großen Anteils von handwerklichen Dienstleistungen nicht vergleichbar ist. Den vom Statistischen Bundesamt errechneten durchschnittlichen Rotertragsquoten liegen sowohl preisgebundene als auch nichtpreisgebundene Markenwaren wie auch Nichtmarkenwaren zugrunde. Bei diesen Rotertragsquoten handelt es sich um tatsächlich erzielte (Durchschnitts-)Spannen, bei den angemeldeten Minimal- und Maximalspannen für preisgebundene Markenartikel hingegen um mögliche bzw. erzielbare Spannen. Lediglich die Minimalspannen können als Ist-Zahlen bewertet und insofern mit den Rotertragsquoten des Statistischen Bundesamtes, die ebenfalls Ist-Zahlen sind, unmittelbar verglichen werden, denn jeder Abnehmer kann wenigstens die Minimalspanne erzielen. Die Hauptbedeutung der Übersicht ist daher im Vergleich der angemeldeten Minimalspannen der preisgebundenen Markenartikel mit den durchschnittlichen Rotertragsquoten des Statistischen Bundesamtes zu sehen.

Im übrigen ist die Tabelle aufgrund verschiedener statistischer Vorbehalte, die in den unterschiedlichen statistischen Grundlagen der Rotertragsquoten und der angemeldeten Handelsspannen bei preisgebundenen Markenwaren liegen, nur als ein grober Vergleich zu werten und auch nur so gedacht.

Die Rahmensätze der Finanzverwaltung wurden als weitere fakultative Vergleichsziffern aufgeführt.

noch Anlage 4

**Handelsspannen bei preisgebundenen Markenwaren
und Roherträge im Einzelhandel
1960**

Geschäftszweig des Einzelhandels	Verkaufseinheiten der preisgebundenen Markenwaren ¹⁾	Durchschnittliche Rohertragsquote in v. H. des wirtschaftlichen Umsatzes ²⁾	Gewogene durchschnittliche Minimal- und Maximalspannen bei preisgebundenen Markenwaren in v. H. des Endverbraucherpreises ³⁾	Minimal- und Maximalspannen ⁴⁾ ⁵⁾		Durchschnittliche Handelsspannen bei preisgebundenen Markenwaren ⁶⁾
				die die Rohertragsquote der Spalte 3 erreichen		
				in v. H. der Spalte 2	in v. H. der Spalte 2	
1	2	3	4	5	6	7
Einzelhandel insgesamt	66 604	25,9	36,2	.	.	36,2
Nahrungs- und Genußmittel insgesamt	6 214	19,7	30,0	70,3	91,7	30,0
davon:						
Lebensmittel aller Art	1 263	18,9	24,6—28,0	96,7	97,2	26,3
Schokolade und Süßwaren	3 006	26,9	30,7—36,9	93,8	98,0	33,8
Wein und Spirituosen	1 510	27,1 ¹⁰⁾	22,9—32,0	5,2	83,3 ¹⁰⁾	27,5
Bekleidung, Wäsche, Schuhe insgesamt	19 757	29,0	35,0	97,4	99,1	35,0
davon:						
Oberbekleidung	1 418	29,2	32,0—32,6	100	100	32,3
Textilien aller Art	1 010	28,3	34,0—37,4	84,1	100	35,7
Wirk-, Strick- und Kurzwaren ..	15 373	29,8	34,3—35,3	98,9	99,5	34,8
Schuhwaren	1 368	27,1	33,7—45,5	100	100	39,6
Hausrat insgesamt	12 153	31,1	33,7	31,4	66,2	33,7
davon:						
Eisenwaren und Küchengeräte einschließlich Ofen	2 340	25,2	28,3—36,6	60,1	99,8	32,5
Porzellan und Glaswaren	1 098	35,9	46,1—47,8	91,2	99,8	47,0
Beleuchtungs- und Elektrogeräte einschließlich Glühlampen	5 922	37,6	28,1—36,4	—	31,9	32,3
Rundfunk-, Fernseh- und Phonogeräte	1 537	31,3	24,4—35,4	16,3	100	29,9
Möbel	1 115	31,1	35,2—35,8	97,1	97,1	35,5
Sonstige Waren insgesamt	28 480	29,0	39,4	55,7	87,3	39,4
davon:						
Papier- und Schreibwaren	2 387	30,2	34,0—40,6	64,9	99,2	37,3
Uhren, Gold- und Silberwaren ..	6 111	40,9 ¹²⁾	40,8—45,9	48,6	74,0 ¹²⁾	43,4
Drogerien, Farben- und Anstrichbedarf sowie Seifen, Bürsten, Parfümerien usw.	6 078	31,7	37,1—44,6	93,4	95,9	40,9
Photo und Optik	7 583	39,3 ¹³⁾	34,0—43,3	4,9	83,0 ¹³⁾	38,7
Kraftwagen und	292	20,6	15,1—18,6	—	21,9	16,9
Zubehör	3 857		25,1—48,1	97,6	98,3	36,6

Rohertrags-Rahmensätze der Finanzverwaltung ⁷⁾	Anteil der preisgebundenen Markenwaren am Gesamtumsatz in v. H.		Bemerkungen
	1958 ⁸⁾	1960 ⁹⁾	
8	9	10	11
.	.	.	
.	.	.	
13,0—24,0	15	.	
21,0—34,0	.	.	
20,0—35,0	.	.	
.	.	.	
21,0—33,0	.	.	
21,0—31,0	5	.	
21,0—31,0	.	.	
16,0—30,0	18	18	
.	.	.	
24,0—36,0	6	5	Gesamtumsatzrabattkartell für Ofen
25,0—39,0	.	1	
25,0—38,0	30	5	Gesamtumsatzrabattsystem für Glühlampen
27,0—36,0	60/70 ¹¹⁾	50	Gesamtumsatzrabattkartell für Rundfunk- und Fernsehgeräte
23,0—34,0	.	.	
.	.	.	
25,0—40,0	40	5	
35,0—51,0	10	15	
22,0—42,0	27 ¹²⁾	.	
34,0—55,0	75	60	
.	.	.	
.	.	.	

1) Zahl der zum Vergleich ausgewählten Markenartikel (VE = Verkaufseinheiten), für die nach § 16 GWB die Preise gebunden sind; Stand 31. Dezember 1960.

2) Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik 1961, Heft 12, S. 698. Den Berechnungen des Statistischen Bundesamtes liegen die Ergebnisse der Jahresehebung über die Wareneinkäufe und die Lagerbestände im Einzelhandel für das Jahr 1960 zugrunde. Betrieblicher Rohertrag = wirtschaftlicher Umsatz zu Verkaufspreisen abzüglich Wareneinsatz zu Einstandspreisen.

3) Mit der Zahl der gemeldeten Verkaufseinheiten gewogene durchschnittliche Minimal- und Maximalspannen bei preisgebundenen Markenwaren; Stand per 31. Dezember 1960.

4) Von den in Spalte 2 aufgeführten Verkaufseinheiten der preisgebundenen Markenwaren erreichen bzw. überschreiten . . . v. H. mit ihrer Minimalspanne (Spalte 5) die in Spalte 3 genannte, vom Statistischen Bundesamt errechnete Rohertragsquote.

5) Von den in Spalte 2 aufgeführten Verkaufseinheiten der preisgebundenen Markenwaren erreichen bzw. überschreiten . . . v. H. mit ihrer Maximalspanne (Spalte 6) die in Spalte 3 genannte, vom Statistischen Bundesamt errechnete Rohertragsquote.

6) Vergleichsangaben zu den Rohertragsquoten in Spalte 3, errechnet als ungewogenes arithmetisches Mittel aus den gewogenen durchschnittlichen Minimal- und Maximalspannen der Spalte 4.

7) Niedrigst- und Höchstwerte der Rohertrags-Rahmensätze der Oberfinanzdirektionen der Bundesrepublik Deutschland, Veranlagung 1959 bzw. 1960.

8) K. Mellerowicz, Der Markenartikel als Vertriebsform und als Mittel zur Steigerung der Produktivität im Vertrieb, 1959, S. 41 ff.

9) Markenwarenteil und Anteil preisgebundener Markenartikel am Umsatz der Einzelhandelsgeschäftszweige im Jahre 1960, veröffentlicht in der Stellungnahme des Markenverbandes zur Kartellgesetzenquete des Bundeswirtschaftsministeriums vom 20. Dezember 1961, S. 11 ff.

10) Es besteht die Vermutung, daß in diesem Geschäftszweig die preisgebundenen Markenwaren einen großen Umsatzanteil einnehmen, so daß die vom Statistischen Bundesamt errechnete durchschnittliche Rohertragsquote weitgehend von den preisgebundenen Markenwaren bestimmt wird und deshalb die beim BKartA angemeldeten Handelsspannen nicht allzuweit von der Ziffer des Statistischen Bundesamtes abweichen können.

11) einschließlich Schallplatten.

12) Die vom Statistischen Bundesamt errechnete Rohertragsquote enthält neben reinen Handelsleistungen in erheblichem Umfange auch Uhren-Reparatur- und Goldschmiedeleistungen; demgegenüber beziehen sich die angemeldeten Handelsspannen in der Hauptsache auf reine Handelsleistungen.

13) In diesem Geschäftszweig besitzen die preisgebundenen Markenwaren den überwiegenden Umsatzanteil, so daß die durchschnittliche Rohertragsquote des Statistischen Bundesamtes überwiegend durch die preisgebundenen Markenwaren bestimmt wird. Vgl. vorstehende Fußnote 10).

. = Zahl ist nicht bekannt oder nicht errechnet.

— = In keinem Fall erreichen die Minimalspannen die Rohertragsquoten in Spalte 3.

VIERTES KAPITEL

Ausschließlichkeitsverträge

(§ 18 GWB)

1. Erfahrungsbericht zu § 18 GWB

1.1. Erfahrungen mit § 18 Abs. 1 GWB

Nach der geltenden Fassung des § 18 Abs. 1 ist ein Eingriff der Kartellbehörde nur möglich, wenn sowohl eine unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eines Vertragsbeteiligten oder anderer Unternehmen als auch eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt für die vom Vertrag betroffenen und andere Waren oder gewerbliche Leistungen vorliegen. Diese Häufung der Eingriffsvoraussetzungen macht eine Unwirksamklärung von Ausschließlichkeitsverträgen durch die Kartellbehörde in den meisten Fällen unmöglich. Denn auch bei ausgesprochen unbilliger Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eines Vertragsbeteiligten oder eines Dritten ist eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs sehr häufig nicht gegeben. Selbst wenn im Einzelfall Anhaltspunkte für eine solche Beeinträchtigung bestehen, sind regelmäßig umfangreiche und langwierige Marktuntersuchungen notwendig, wodurch die Anwendung des § 18 erheblich erschwert wird. Andererseits mag durch das Ausmaß von Beschränkungen der in § 18 bezeichneten Art, die in einzelnen Branchen systematisch angewandt werden (z. B. Kraftfahrzeugsatzteile, Autoöle, Bier und alkoholfreie Getränke der Brauereien), der Wettbewerb auf dem Markt oft wesentlich beeinträchtigt werden, ohne daß die Kartellbehörde nach § 18 eingreifen könnte, da weder die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit eines Vertragsbeteiligten noch die eines anderen Unternehmens unbillig eingeschränkt ist.

Die geltende Fassung des § 18 Abs. 1 erfüllt somit ihren Zweck nicht, weil wegen der Häufung der genannten Eingriffsvoraussetzungen weder ein vollständiger Schutz vor unbilligen Einschränkungen der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der Vertragsbeteiligten oder anderer Unternehmen gewährleistet ist noch sämtliche wesentlichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen für die vom Vertrag betroffenen oder anderen Waren oder gewerbliche Leistungen erfaßt werden. So sind alle zwar unbilligen, aber den Wettbewerb nicht wesentlich beeinträchtigenden Verträge sowie alle zwar den Wettbewerb wesentlich beeinträchtigenden, aber nicht unbilligen Verträge der Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde entzogen.

Tatsächlich hat die unzureichende Fassung des § 18 Abs. 1 die Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörden bisher stark behindert. So ist beispielsweise

anläßlich eines an das Bundeskartellamt gerichteten Auskunftersuchens der EWG-Kommission betreffend Ausschließlichkeitsbindungen bei Kraftfahrzeugsatzteilen und -zubehör (B 5 — 331000 — R — 150/60) folgendes festgestellt worden:

Die deutschen und auch die nach Deutschland importierenden ausländischen Kraftfahrzeughersteller verpflichten vielfach die Vertragshändler und -werkstätten, alle einzubauenden Ersatzteile sowie Zubehör nur von ihnen zu beziehen, auch soweit es sich um Erzeugnisse handelt, die sie nicht selbst herstellen, sondern von Spezialherstellern beziehen. Dabei wird oft auch nicht danach unterschieden, ob es sich um für die Verkehrssicherheit des Fahrzeugs notwendige oder sonstige Ersatz- oder Zubehörteile handelt. Der Kraftfahrzeugsatzteile- und -zubehör-Handel wendet sich gegen diese Bindung, soweit sie für die Verkehrssicherheit unbedeutende Teile erfaßt, mit der Begründung, daß durch diese Ausdehnung der Bindung der freie Handel sowie die freien Reparaturwerkstätten in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit unbillig eingeschränkt würden. Selbst wenn diese Behauptung sich bestätigen sollte, könnte das Bundeskartellamt gleichwohl nicht nach § 18 einschreiten, solange die Häufung der Eingriffsvoraussetzungen in § 18 Abs. 1 besteht. Es müßte vielmehr noch untersuchen, ob der Wettbewerb auf dem Markt wesentlich beeinträchtigt ist. Diese Untersuchung ist erfahrungsgemäß langwierig und schwierig, insbesondere wenn davon ausgegangen wird, daß sie sich nicht nur auf die Wirkungen der konkreten Bindung, sondern auch auf die Wirkung aller gleichgelagerten Bindungen in dem jeweiligen Markt zu erstrecken hat.

1.2. Erfahrungen mit § 18 Abs. 2 GWB

Nach § 18 Abs. 2 ist bei Verträgen der in Absatz 1 bezeichneten Art auch eine solche Einschränkung als unbillig anzusehen, der keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht. Diese Vorschrift gibt eine Auslegungsregel zu Absatz 1 (unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eines Vertragsbeteiligten); sie bezieht sich nur auf das Innenverhältnis der Vertragsparteien, nicht jedoch auf in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit etwa unbillig beschränkte Dritte. Wenn Rechte und Pflichten der Vertragsparteien sich nicht entsprechen, mag dies unter bürgerlich-rechtlichen Gesichtspunkten als Kriterium für die Unbilligkeit angesehen werden; im Hinblick auf den Zweck des GWB erscheint dieses Kriterium jedoch sachfremd. Da die Bestimmung auch den Umkehrschluß ermöglicht, daß Einschränkungen als billig anzusehen sind, wenn

ihnen nur eine angemessene Gegenleistung gegenübersteht, kann sie, wie sich in der Praxis des Bundeskartellamts gezeigt hat, sogar wettbewerbspolitisch unerwünschte Auswirkungen haben. Die Vorschrift kann nämlich wie eine Aufforderung an den beschränkenden Vertragspartner wirken, seinem Kontrahenten die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit mit Geld abzukaufen.

2. Folgerungen aus dem Erfahrungsbericht zu § 18 GWB

Die Erfahrungen mit § 18 Abs. 1 lassen es angezeigt erscheinen, die Häufung der Eingriffsvoraussetzungen zu beseitigen und Unwirksamerklärungen der Kartellbehörde zuzulassen, soweit entweder der Wettbewerb durch das Ausmaß der vertraglichen Beschränkungen wesentlich beeinträchtigt wird oder die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit dritter Unternehmen durch einen Ausschließlichkeitsvertrag unbillig eingeschränkt wird. Der Schutz der Vertragsbeteiligten selbst vor unbilligen Beschränkungen könnte ohne Schaden dem bürgerlichen Recht und damit den ordentlichen Gerichten überlassen werden, soweit nicht die unbillige Beschränkung von einem marktbeherrschenden Unternehmen ausgeht. Damit würden auch die möglicherweise zahlreichen Fälle, in denen ein Vertragspartner die Aufhebung der Bindung wegen einer unbilligen Beeinträchtigung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit erstrebt, die Kartellbehörde nicht belasten. Andererseits wäre der freie Zugang zum Markt für dritte Unternehmen, die übrigens durch Ausschließlichkeitsverträge nur Nachteile und nicht Vorteile haben können, eher gewährleistet als nach der jetzigen Rechtslage. Gewisse Schwierigkeiten, denen die Feststellung der Unbilligkeit in diesen Fällen begegnet, sind unvermeidlich. Sie bestehen jedoch auch bei der geltenden Fassung des § 18 Abs. 1. Um klarzustellen, daß im Falle wesentlicher Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt die Kartellbehörde das gesamte System gleichartiger Ausschließlichkeitsverträge eines Unternehmens und nicht nur einzelne Verträge für unwirksam erklären kann, erscheint eine weitere Änderung zweckmäßig. Die Kartellbehörde sollte „Verträge für unwirksam erklären und die Anwendung neuer gleichartiger Bindungen verbieten“ können, „soweit sie die Vertragsbeteiligten“ in den in § 18 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 genannten Fällen beschränken. Nach dieser Klarstellung würde die Eingriffsbefugnis der Kartellbehörde in den Fällen des § 18 GWB mit der Regelung übereinstimmen, die in § 17 GWB für Mißbrauchseingriffe gegenüber Preisbindungssystemen getroffen worden ist.

Die Vorschrift des bisherigen § 18 Abs. 2, die sich bei der geltenden Regelung als wettbewerbspolitisch bedenklich erwiesen hat (vgl. Abschnitt 1.2.), könnte entfallen, wenn die Kartellbehörde Ausschließlichkeitsverträge nicht mehr daraufhin zu prüfen hätte, ob Vertragspartner unbillig behindert sind.

3. Die Auffassungen der interessierten Kreise der Öffentlichkeit

Die Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft schlägt vor, das Eingriffsrecht der Kartellbehörde durch eine Unwirksamkeitsvorschrift zu ersetzen. Danach sollen „Verträge zwischen Unternehmen über Waren oder gewerbliche Leistungen“ kraft Gesetzes „unwirksam“ sein, wenn eine der bisherigen Eingriffsvoraussetzungen (unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eines Unternehmens oder wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt) gegeben ist. „Die Verbindung beider Erfordernisse wird“ nach Ansicht der Aktionsgemeinschaft „der selbständigen Bedeutung jedes Tatbestandsmerkmals nicht gerecht.“

Gegen die bestehende Häufung der Eingriffsvoraussetzungen wendet sich auch der Verband der Kraftfahrzeug-Ersatzteile- und -Zubehör-Großhändler. Er schlägt darüber hinaus vor, die Kannvorschrift in § 18 Abs. 1 durch eine Mußvorschrift zu ersetzen. Zur Begründung weist der Verband darauf hin, daß „die Zahl der vertragsgebundenen Kraftfahrzeug-Werkstätten ständig“ zunimmt. Die Ausschließlichkeitsverträge betreffen „nicht nur Ersatzteile, sondern erstrecken sich... auch schon auf Zubehörteile und Werkzeuge. Wenn der bisherigen Entwicklung auf dem Kraftfahrzeug-Ersatzteile- und -Zubehör-Markt nicht bald Einhalt geboten wird, ist“ nach Auffassung des Verbandes „der Zeitpunkt abzusehen, von dem ab es auf diesem Markt wegen der Ausschließlichkeitsbindungen überhaupt keinen Wettbewerb mehr geben kann“.

Der Zentralverband deutscher Konsumgenossenschaften spricht sich ebenfalls gegen die Häufung der Eingriffsvoraussetzungen aus und setzt sich für ein Antragsrecht der Betroffenen ein. In ihrer gegenwärtigen Form hält er die Bestimmung des § 18 Abs. 1 für „nicht geeignet, mißbräuchlichen Praktiken wirksam entgegenzutreten“.

Die gleiche Auffassung vertritt der Deutsche Hotel- und Gaststättenverband, „weil in einem aus 185 000 Betrieben bestehenden Gewerbe kein Einzelvertrag den Wettbewerb auf dem Markt wesentlich beeinflussen kann“. „Bei der derzeitigen Fassung des § 18 GWB wird das Bundeskartellamt niemals wirksam in einen unbilligen Bierlieferungsvertrag eingreifen können.“

Auch der Zentralverband gewerblicher Einkaufsvereinigungen des Handels tritt dafür ein, die Häufung der Eingriffsvoraussetzungen zu beseitigen. „Die Formulierungen ‚unbillig‘ und ‚wesentlich‘ in den beiden Alternativmöglichkeiten setzen auch dann noch erhebliche Grenzen.“

Ebenso hält die Arbeitsgemeinschaft der Lebensmittelfilialbetriebe die „einem freien Wettbewerb mehr als notwendig zuwiderlaufende Bestimmung“ des § 18 Abs. 1 „für reformbedürftig“. „Den Interessen des bindenden Unternehmens dürfte auch dann gedient sein, wenn die in Absatz 1 aufgestellten Voraussetzungen nicht kumulativ, sondern alternativ verlangt werden.“

Nach Auffassung der Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände sollte § 18 Abs. 1 „dahingehend geändert werden, daß die Behörde eingreifen kann, wenn die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit eines Vertragsbeteiligten oder eines dritten durch die Vereinbarung betroffenen Unternehmens unbillig eingeschränkt wird“. „Hauptzweck der vorgeschlagenen Neuregelung ist in jedem Falle die Gewährleistung einer realen Möglichkeit für dritte Unternehmen, sich Zugang zum Marktwettbewerb zu verschaffen und damit dem Konsumenten ein Minimum an Wahlmöglichkeiten zu sichern.“

Den „Fortfall“ der „wirtschaftsfeindlichen Beschränkungen“ durch Verträge nach § 18 fordert die Hauptvereinigung des ambulanten Gewerbes und der Schausteller in Deutschland. Sie ist der Ansicht, daß es bei vielen Vertriebsbindungen „offenbar einfach darum“ geht, „den Einzelhandel von einer nicht unbedeutenden Konkurrenz zu befreien“.

Gegen eine Gesetzesänderung spricht sich die Arbeitsgemeinschaft selbständiger Unternehmer aus. „Insbesondere die Ausschließlichkeitsbindung ist ein wesentlicher Bestandteil vieler heute üblicher Absatzsysteme. Die Beschränkungen, die ein Lieferant seinem Abnehmer... auferlegen kann, verschaffen ihm oft erst die Möglichkeit eines wirtschaftlichen Absatzes. Vielfach wird dem Abnehmer dabei als Ausgleich ein Alleinverkaufsrecht gewährt.“ „Eine... Gesetzesänderung würde aber vielen Unternehmen die Freiheit in der Organisation ihrer Absatzwege nehmen...“

Nach Ansicht des Bundesverbandes der Deutschen Industrie birgt „jede Verschärfung des Vorgehens gegen vertragliche Vereinbarungen nach § 18 GWB... die Gefahr der (in diesem Falle) vertikalen Kapitalkonzentration in sich“. „Für einen Eingriff in Vertragsverhältnisse lediglich im Hinblick auf das individuelle Interesse eines Vertragspartners sind die ordentlichen Gerichte zuständig.“

Der Gesamtverband des Deutschen Groß- und Außenhandels ist der Auffassung, daß es „nicht zu den Befugnissen einer Verwaltungsinstanz“ gehört, „auch dann zivilrechtliche Verträge nur aus dem Gesichtspunkt einer Wettbewerbsbeeinträchtigung für unwirksam zu erklären, wenn ein Vertragspartner gewillt ist, an dem Verträge festzuhalten, und selbst keine unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit empfindet“. Nach seiner Ansicht muß „ein weiterer Tatbestand hinzutreten“, „der die Beschränkung erst mißbräuchlich macht und als sachlich nicht gerechtfertigt hinstellt“. Im übrigen meint der Gesamtverband, „daß sich bei einer Erschwerung oder gar Versagung von Ausschließlichkeitsverträgen oder Vertriebsbindungen strukturell sehr unerwünschte Folgen ergeben können. Die Hersteller werden veranlaßt, eigene Vertriebsysteme aufzubauen... und sich von der Produktion bis zum Letztverbraucher vertikal zu konzentrieren“.

Die Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels weist darauf hin, daß die „mehrfach geäußerten Wünsche, in § 18 GWB die Voraussetzungen für das Eingreifen der Kartellbehörde zu erleichtern,... im Einzelhandel verschieden beurteilt“ werden. Sie ist

jedoch der Auffassung, „daß es bei der bisherigen Regelung bleiben... sollte“.

Gegen eine Änderung des § 18 sprechen sich auch der Zentralverband des genossenschaftlichen Groß- und Außenhandels, der Markenverband und der Zentralverband des deutschen Handwerks aus. „Die Bewahrung der individuellen Freiheit vor unbilligen oder sittenwidrigen vertraglichen Beschränkungen obliegt“ nach Ansicht des Handwerksverbandes „dem bürgerlichen Recht und den ordentlichen Gerichten, die dieses Recht anzuwenden haben“.

Der Deutsche Industrie- und Handelstag äußert sich ähnlich. Jedoch kommt es nach seiner Meinung „unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten... darauf an, daß durch... Vertriebsbindungen die Absatzwege nicht ein für allemal festgelegt werden und daß auch neue Unternehmen am Markt auftreten können“.

Zu § 18 Abs. 2 nimmt die Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft kritisch Stellung. In Übereinstimmung mit den in Abschnitt 1.2. dargelegten Erfahrungen hält auch sie die „Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen durch Entgelte“ für „unter wirtschaftspolitischen und unter rechtlichen Gesichtspunkten gleich sachfremd“. „Die Vorschrift sollte deshalb“ nach ihrer Ansicht „gestrichen werden“.

4. Stellungnahme zu den Auffassungen der interessierten Kreise der Öffentlichkeit

Obwohl die Äußerungen der interessierten Kreise in wesentlichen Punkten nicht übereinstimmen, lassen sich aus der Gesamtheit der Stellungnahmen dennoch folgende Grundgedanken entnehmen, die einer wettbewerbspolitisch vertretbaren und im Verhältnis zum geltenden Recht praktikableren Neuregelung zugrunde gelegt werden sollten.

- a) Verträge nach § 18 sollten grundsätzlich zulässig bleiben, da Ausschließlichkeitsbindungen auch gesamtwirtschaftlich sinnvoll sein können.
- b) Die Eingriffsmöglichkeiten der Kartellbehörde sollten verbessert werden.
- c) Deshalb sollte die Kumulation der Eingriffsvoraussetzungen beseitigt werden.
- d) Jedoch sollte der Schutz der Vertragsbeteiligten vor unbilligen Beschränkungen den ordentlichen Gerichten überlassen werden.
- e) Um den freien Zugang dritter Unternehmen zum Markt zu sichern und damit eine starre Festlegung der Absatzwege zu verhindern, sollte die Kartellbehörde gegen unbillige Einschränkungen der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit Dritter durch Unwirksamklärung von Verträgen vorgehen können.
- f) Einer Umwandlung der Kannvorschrift in eine Mußvorschrift oder der Begründung eines Antragsrechts für den Betroffenen bedarf es nicht, weil die Eingriffsbefugnis der Kartellbehörde wettbewerbspolitische Ziele hat. Die Verfolgung dieser Ziele erscheint auch ohne Bindung der Kartellbehörde gesichert.

FÜNFTES KAPITEL

Marktbeherrschende Unternehmen

(§§ 22 bis 24 GWB)

1. Einleitung**1.1. Die §§ 22 bis 24 GWB im System des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen**

Für die Aufnahme der §§ 22 bis 24 GWB in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen war die Erwägung maßgebend, daß Wettbewerbsbeschränkungen nicht nur durch „Kartellverträge und Kartellbeschlüsse“ (§§ 1 bis 14 GWB) und „Sonstige Verträge“ (§§ 15 bis 21 GWB) eintreten können. Dem Wettbewerbsgedanken sollte auch in den Wirtschaftsbereichen Geltung verschafft werden, in denen die freie Konkurrenz wegen einer monopolistischen oder oligopolistischen Struktur des Marktes, das heißt im Gegensatz zu den vertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen: aus tatsächlichen Gründen nicht wirksam werden kann. Im Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik des Deutschen Bundestages ist dazu unter anderem ausgeführt¹⁾:

„Der Ausschuß für Wirtschaftspolitik hatte ebenso wie die Regierungsvorlage der Tatsache Rechnung zu tragen, daß in der wirtschaftlichen Wirklichkeit die Marktform der vollständigen Konkurrenz, wie sie dem wirtschaftspolitischen Leitbild von der Marktwirtschaft entspricht, sehr häufig nicht gegeben oder nicht realisierbar ist. Selbst dort, wo die formalen Voraussetzungen dieser Marktform vorliegen, ist mitunter ein wirksamer Wettbewerb tatsächlich nicht feststellbar. Ein bloßes Kartellverbot, das lediglich die durch rechtliche Vereinbarungen errungenen kollektiven Machtpositionen treffen kann, erschien daher als nicht ausreichend. Ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen sollte vielmehr auch die Voraussetzungen für eine möglichst reibungslose Einordnung der Wirtschaftsbereiche in das marktwirtschaftliche System schaffen, in denen der Wettbewerb aus tatsächlichen Gründen nicht wirksam werden kann. . . . Die Unabänderlichkeit der Monopolsituation beschränkt in diesen Fällen den Gesetzgeber auf Maßnahmen der Monopolaufsicht und Vorkehrungen zur Korrektur des Marktverhaltens der monopolistischen Unternehmen.“

In den §§ 22 bis 24 GWB sind diese Gedanken verwirklicht worden

¹⁾ Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik (21. Ausschuß) über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, zu Drucksache 3644, Generalbericht des Abgeordneten Dr. Hellwig, Abschnitt C. II.

durch eine Mißbrauchsaufsicht über das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen (§ 22) sowie

durch Vorschriften, die der Kartellbehörde eine Übersicht über bestimmte größere Zusammenschlüsse von Unternehmen verschaffen sollen (§§ 23 und 24).

1.2. Der Anwendungsbereich der §§ 22 bis 24 GWB**1.2.1. Der Anwendungsbereich des § 22**

(1.) § 22 Abs. 1 und 2 bestimmt den Begriff „marktbeherrschendes Unternehmen“; in § 22 Abs. 3 bis 5 sind die Voraussetzungen der Mißbrauchsaufsicht (Absatz 3) und die Aufsichtsbefugnisse der Kartellbehörde (Absätze 4 und 5) geregelt.

(2.) Nach § 22 Abs. 1 ist ein Unternehmen „marktbeherrschend“, soweit es für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist (monopolistische Marktbeherrschung). Nach § 22 Abs. 2 gelten als marktbeherrschend auch zwei oder mehr Unternehmen, soweit zwischen ihnen aus tatsächlichen Gründen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und soweit sie in ihrer Gesamtheit für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber sind oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sind (oligopolistische Marktbeherrschung). Das Merkmal „Marktbeherrschung“ drückt die relative, nicht die absolute Größe eines Unternehmens aus. Auf räumlich oder sachlich kleinen Märkten können auch kleine Unternehmen marktbeherrschend sein.

(3.) § 22 Abs. 3 nennt die Voraussetzungen, unter denen die Kartellbehörde im Wege der Mißbrauchsaufsicht eingreifen darf. Danach hat die Kartellbehörde gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen die in § 22 Abs. 4 genannten Befugnisse, soweit diese Unternehmen

1. bei Abschluß von Verträgen über diese Waren oder gewerblichen Leistungen ihre Marktstellung beim Fordern oder Anbieten von Preisen oder bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen mißbräuchlich ausnutzen, oder
2. durch mißbräuchliche Ausnutzung ihrer Marktstellung den Abschluß von Verträgen über diese Waren oder gewerblichen Leistungen davon abhängig machen, daß

der Vertragsgegner sachlich oder handelsüblich nicht zugehörige Waren oder Leistungen abnimmt (Kopplungsgeschäfte).

Bei der Beurteilung, ob die Marktstellung mißbräuchlich ausgenutzt ist, sind alle Umstände zu berücksichtigen (§ 22 Abs. 3 Satz 2).

(4.) Nach § 22 Abs. 4 kann die Kartellbehörde unter den in Absatz 3 genannten Voraussetzungen marktbeherrschenden Unternehmen ein mißbräuchliches Verhalten untersagen und Verträge für unwirksam erklären. Soweit die Voraussetzungen des Absatzes 1 bei einem Konzern im Sinne des § 15 des Aktiengesetzes¹⁾ vorliegen, stehen der Kartellbehörde die Befugnisse nach Absatz 4 gegenüber jedem Konzernunternehmen zu (§ 22 Abs. 5).

(5.) Die Mißbrauchsaufsicht nach § 22 Abs. 3 bis 5 GWB erstreckt sich mithin nur auf solche Mißbräuche einer marktbeherrschenden Stellung, die im Zusammenhang mit dem Abschluß von Verträgen stehen (§ 22 Abs. 3). Ergänzend neben § 22 Abs. 3 bis 5 GWB tritt aber § 26 Abs. 2 GWB, der unter der Überschrift „Wettbewerbsbeschränkendes und diskriminierendes Verhalten“ steht. Nach § 26 Abs. 2 GWB ist es marktbeherrschenden Unternehmen verboten, ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, unbillig zu behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich zu behandeln. Dieses sogenannte Diskriminierungsverbot erfaßt den Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Verhalten, das nicht im Zusammenhang mit dem Abschluß von Verträgen steht (zum Beispiel durch gezielten Vernichtungswettbewerb oder durch die sachlich ungerechtfertigte Weigerung, einen Nachfrager zu beliefern). Die Rechtsfolgen sind hier: Geldbuße sowie zivilrechtliche Schadensersatz-(Unterlassungs)-ansprüche (§ 38 Abs. 1 Nr. 8 und Abs. 3 Nr. 1; § 35 GWB).

1.2.2. Der Anwendungsbereich der §§ 23 und 24

(1.) Nach § 23 ist der Zusammenschluß von Unternehmen der Kartellbehörde unverzüglich anzuzeigen, wenn die beteiligten Unternehmen durch den Zusammenschluß für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen einen Marktanteil von 20 vom Hundert oder mehr erreichen oder ein beteiligtes Unternehmen einen Marktanteil dieser Höhe bereits ohne den Zusammenschluß hat. Als Zusammenschluß gelten:

¹⁾ § 15 des Aktiengesetzes lautet:

„(1) Sind rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.“

(2) Steht ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluß eines anderen Unternehmens, so gelten das herrschende und das abhängige Unternehmen zusammen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen.“

1. Verschmelzung mit anderen Unternehmen;
2. Erwerb des Vermögens anderer Unternehmen;
3. Erwerb des Eigentums an Betriebsstätten anderer Unternehmen;
4. Betriebsüberlassungsverträge und Betriebsführungsverträge über Betriebsstätten anderer Unternehmen;
5. Erwerb von Anteilsrechten jeder Art an anderen Unternehmen, sofern diese Anteilsrechte allein oder zusammen mit anderen dem Unternehmen selbst oder einem Konzernunternehmen im Sinne des § 15 des Aktiengesetzes bereits zustehenden Anteilsrechten 25 vom Hundert des stimmberechtigten Kapitals des anderen Unternehmens erreichen.

(2.) § 23 sieht also nur eine Pflicht zur nachträglichen Anzeige von Zusammenschlüssen vor, die zu einem Marktanteil von 20 vom Hundert oder mehr führen oder an denen ein Unternehmen mit einem Marktanteil dieser Höhe beteiligt ist²⁾. Dagegen ist die Kartellbehörde nicht befugt, Zusammenschlüsse zu verhindern. Nach § 24 kann sie nach dem Eingang der Anzeige die Beteiligten nur zu einer mündlichen Verhandlung oder zu einer schriftlichen Äußerung über den Zusammenschluß auffordern, wenn zu erwarten ist, daß die beteiligten Unternehmen durch den Zusammenschluß die Stellung eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne des § 22 Abs. 1 oder 2 erlangen oder wenn durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung verstärkt wird. Diese Fassung der §§ 23 und 24 GWB geht auf den Ausschuß für Wirtschaftspolitik des Deutschen Bundestages zurück. Im Regierungsentwurf war ein Erlaubnisverfahren für Zusammenschlüsse vorgesehen³⁾. Der Ausschuß für Wirtschaftspolitik hat die Umgestaltung des Regierungsentwurfs in diesem Punkt wie folgt begründet⁴⁾:

„Der Ausschuß ist nach reiflicher Überlegung zu dem Ergebnis gekommen, daß die Einführung einer solchen Erlaubnispflicht möglicherweise die vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus begrüßenswerte Tendenz zur optimalen Betriebsgröße an ihrer vollen Entfaltung hindern könne. ... Es erschien dem Ausschuß klarer, auf diesem schwierigen Gebiet zunächst volle Übersicht zu gewinnen und ein bloße Anmeldepflicht bestimmter Zusammenschlüsse zu stipulieren.“

²⁾ Der Ausschuß für Wirtschaftspolitik des Deutschen Bundestages nahm an, daß bei einem Marktanteil von 20 vom Hundert „zumindest die Vermutung gerechtfertigt erscheint, daß der Wettbewerb erheblich eingeschränkt und gegebenenfalls — bei Mißbrauch der Marktmacht — § 17 (§ 22 GWB) anwendbar ist“ [Schriftlicher Bericht, a. a. O., zu § 18 des Entwurfs (§ 23 GWB), Berichterstatter: Abgeordneter Illerhaus].

³⁾ Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, Drucksache 1158, Anlage 1, §§ 18 bis 22.

⁴⁾ Schriftlicher Bericht, a. a. O., zu § 18 des Entwurfs (§ 23 GWB), Berichterstatter: Abgeordneter Illerhaus.

Zu § 24 GWB (Befugnis der Kartellbehörde, die Beteiligten zu einer mündlichen Verhandlung oder zu einer schriftlichen Äußerung über den Zusammenschluß aufzufordern) ist im Ausschußbericht ausgeführt¹⁾:

„Diese Regelung ist die Konsequenz aus dem Entschluß des Ausschusses, gegenüber Unternehmenszusammenschlüssen kein über die allgemeinen Eingriffsmöglichkeiten des § 17 (§ 22 GWB) hinausgehenden Eingriffe zu schaffen. Im eigenen Interesse der Betroffenen ist es jedoch angezeigt, der Kartellbehörde die Befugnis zu verleihen, die beteiligten Unternehmer zur näheren Aufklärung der durch den Zusammenschluß entstandenen Lage zu veranlassen, um sie über die möglichen Folgen genau zu unterrichten.“

1.3. Aus der Vorgeschichte der Entschließung des Deutschen Bundestages vom 29. Juni 1961

Ob und wie das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen wirksamer beaufsichtigt und der Neigung zu Unternehmenszusammenschlüssen mit wettbewerbsrechtlichen Mitteln oder auf andere Weise begegnet werden könnte, war seit der Verabschiedung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Jahre 1957 mehrmals im Deutschen Bundestag erörtert worden. Folgende Vorgänge sind hervorzuheben:

1.3.1. Die Große Anfrage betreffend „Wirtschaftskonzentration“ der Fraktionen der CDU/CSU und DP

Um die Jahreswende 1958/59 richteten die Fraktionen der CDU/CSU und DP eine Große Anfrage betreffend „Wirtschaftskonzentration“ an die Bundesregierung²⁾. Die Anfrage wurde in der 82. Sitzung des Deutschen Bundestages am 15. Oktober 1959 vom Abgeordneten Schmücker begründet und vom Bundesminister für Wirtschaft beantwortet.

Es handelte sich um folgende Einzelfragen:

1. Was versteht die Bundesregierung unter wirtschaftlich und gesellschaftspolitisch unerwünschter Konzentration?
2. Kann die Bundesregierung einen Überblick über den Umfang solcher Konzentrationen in der Wirtschaft geben oder was gedenkt sie zu tun, um sich einen solchen Überblick zu verschaffen?
3. Inwieweit sind die Grundstoff- und Investitionsgüterindustrien mit der nachgeordneten Verarbeitung und dem Handel verbunden?
4. Welche Einflüsse gehen von der Kreditwirtschaft auf die Konzentration aus?
5. In welchem Ausmaß beeinflussen die Maßnahmen der kommunalen Wirtschaftsförderung die Konzentration?

¹⁾ Schriftlicher Bericht, a. a. O., zu § 19 des Entwurfs (§ 24 GWB), Berichterstatter: Abgeordneter Illerhaus.

²⁾ Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 702.

6. Wie beurteilt die Bundesregierung die Konzentrationsvorgänge in ihrer Wirkung auf die Mitbestimmung der Arbeitnehmer?
7. Wird die Konzentration nach Ansicht der Bundesregierung durch den Unterschied in der Belastung begünstigt, wie sie sich zwischen lohn- und kapitalintensiven Wirtschaftszweigen durch die Bemessung der gesetzlichen Sozialabgaben auf der Grundlage der Beschäftigung und Lohnsumme ergibt?
8. Welche gesetzlichen Bestimmungen begünstigen nach Ansicht der Bundesregierung die Konzentration? Wird die Bundesregierung Änderungen von Gesetzen vorschlagen? Welche Änderungen hält sie für vordringlich?
9. Welche weiteren Maßnahmen hält die Bundesregierung für notwendig, um eine gesunde Struktur der deutschen Wirtschaft im Sinne ihrer Regierungserklärung vom 29. Oktober 1957 zu gewährleisten?

In seiner Antwort auf die Fragen zu 8. ging der Minister auf das Gesellschaftsrecht (Aktiengesetz, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Depotstimmrecht, Genossenschaftsrecht Firmenrecht), das Steuerrecht (Umsatzsteuer, Organisationsprivileg, Erbschaft- und Schenkungssteuertarife) und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ein³⁾.

An strukturpolitischen Maßnahmen (Frage 9) hob der Minister hervor: die Förderung der Selbsthilfe für die kleinen und mittleren Existenzen in der gewerblichen Wirtschaft durch öffentliche Kreditprogramme, berufliche Ausbildung und Fortbildung, durch Steigerung der Rationalisierung, durch Verbesserung der Organisation mittelständischer Betriebe, durch Forschungsvorhaben und durch Vergabe öffentlicher Aufträge⁴⁾.

1.3.2. Das Gesetz über die Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft

Die Fraktionen der CDU/CSU und DP stellten gelegentlich der Konzentrationsdebatte die Anträge, der Bundestag wolle die Bundesregierung ersuchen,

- a) den Entwurf eines Gesetzes für eine Enquete über den Grad der Konzentration in der Wirtschaft vorzulegen (Umdruck 391),
- b) zur Vermeidung unerwünschter Konzentration in der Wirtschaft und zur Schaffung gleicher Start- und Wettbewerbsbedingungen für Groß- und Kleinbetriebe Vorschläge zu machen,
 1. welche Bestimmungen der geltenden Gesetze und welche Maßnahmen die Konzentration besonders begünstigen und daher geändert werden müssen,
 2. welche gesetzlichen Bestimmungen und welche Maßnahmen zusätzlich notwendig sind (Umdruck 392).

³⁾ Stenographischer Bericht über die 82. Sitzung des Deutschen Bundestages am 15. Oktober 1959, Seite 4431 B ff.

⁴⁾ Stenographischer Bericht, a. a. O., Seite 4434 D ff.

Der Antrag zu b) wurde an den Wirtschaftsausschuß überwiesen, wo er nicht abschließend behandelt wurde. Auf den Antrag zu a) geht das „Gesetz über eine Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft“ vom 31. Dezember 1960¹⁾ zurück. In § 1 des Gesetzes ist der Zweck der Untersuchung wie folgt umschrieben:

„(1) Die Konzentration in der Wirtschaft ist zu untersuchen.

(2) Die Untersuchung soll der Klärung der Marktstellung der Unternehmen und Unternehmensverbindungen in den verschiedenen Wirtschaftsbereichen dienen und sich dabei auch auf die Frage erstrecken, welche Änderungen in den Zahlen- und Größenverhältnissen von kleinen, mittleren und großen Unternehmen eingetreten sind sowie ob und inwieweit sich hierdurch und durch Unternehmensverbindungen die Wettbewerbsverhältnisse wesentlich verändert haben.

(3) Im Rahmen der in Absatz 2 gekennzeichneten Zielsetzung der Untersuchung sind insbesondere zu ermitteln

1. die Entwicklung der Unternehmen nach kleinen, mittleren und großen Betriebs- und Unternehmenseinheiten und die Veränderungen innerhalb von Größenklassen,
2. Entwicklung, Art und Ausmaß von Unternehmensverbindungen,
3. die hauptsächlichen Ursachen und Erscheinungsformen der zu Nummer 1 und 2 festgestellten Vorgänge,
4. die Wettbewerbsbedingungen für verschiedene Unternehmensgrößen unter Berücksichtigung des internationalen Wirtschaftsverkehrs.“

§ 6 des Gesetzes lautet:

„Das Bundesamt hat nach Ablauf von zwei Jahren seit Inkrafttreten des Gesetzes einen zusammenfassenden schriftlichen Bericht über das Ergebnis der Untersuchung zu erstatten. Der Bericht ist dem Bundestag mit einer Stellungnahme der Bundesregierung vorzulegen²⁾.“

1.3.3. Die Anträge der Fraktion der SPD laut Drucksachen 1279 und 2293

(1.) Kurz vor der Konzentrationsdebatte hatte die Fraktion der SPD einen Antrag betreffend Maßnahmen zur Verhinderung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht eingebracht³⁾, wonach der Bundestag die Bundesregierung beauftragen sollte, Entwürfe zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in folgenden Punkten vorzulegen:

1. Beschränkung der Preisbindung der zweiten Hand auf unverbindliche Preisempfehlungen (§ 16);

¹⁾ Bundesgesetzbl. 1961 I, Seite 9.

²⁾ Das Gesetz ist am 1. Mai 1961 in Kraft getreten.

³⁾ Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 1279.

2. die Erweiterung der Eingriffsmöglichkeiten des Bundeskartellamtes gegen marktbeherrschende Unternehmen (§ 22) und gegenüber anderen, die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit einschränkenden Individualverträgen (§ 18);

3. die Einführung einer Genehmigungspflicht für Zusammenschlüsse von Unternehmen und die Möglichkeit ihrer Auflösung durch das Bundeskartellamt (§ 23).

Dieser Antrag wurde zusammen mit dem oben erwähnten Antrag der Fraktionen der CDU/CSU und DP⁴⁾ an den Wirtschaftsausschuß überwiesen und ebenfalls nicht abschließend behandelt.

(2.) Am 7. Dezember 1960 legte die Fraktion der SPD dem Bundestag einen weiteren Antrag vor, der den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der §§ 18 und 22 bis 24 GWB enthielt⁵⁾. Der Entwurf sah eine Verschärfung des § 18 GWB sowie eine Verstärkung der Befugnisse der Kartellbehörde gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen (Erweiterung des § 22 Abs. 3 GWB um eine Generalklausel zur Erfassung sämtlicher Mißbräuche einer marktbeherrschenden Stellung) und gegenüber Zusammenschlüssen von Unternehmen vor (Erlaubnisverfahren bei Zusammenschlüssen in Anlehnung an den Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen). Er wurde am 19. April 1961 an den Wirtschaftsausschuß überwiesen. Wegen des Ablaufs der Legislaturperiode wurde er sachlich nicht beraten.

2. Die Erfahrungen mit den §§ 22 bis 24 GWB

2.1. Die Erfahrungen mit § 22 Abs. 1 und 2 (Definition des Begriffs „marktbeherrschendes Unternehmen“)

(1.) Der Begriff „marktbeherrschendes Unternehmen“ im Sinne des § 22 Abs. 1 oder 2 GWB ist der Anknüpfungspunkt für die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen nach § 22 Abs. 3 bis 5 GWB, für die Befugnisse der Kartellbehörde nach § 24 GWB sowie für das Diskriminierungsverbot in § 26 Abs. 2 GWB, soweit es sich an marktbeherrschende Unternehmen richtet.

(2.) Die Befugnisse, welche der Kartellbehörde in den §§ 22 bis 24 GBW übertragen sind, nimmt nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 c) GWB ausschließlich das Bundeskartellamt wahr. In der Zeit vom 1. Januar 1958 bis zum 30. April 1962 hat das Bundeskartellamt auf Anregung von Marktteilnehmern, die sich durch stärkere Unternehmen mißbräuchlich behandelt fühlten, 67 Verfahren nach § 22 Abs. 3 bis 5 sowie eine Reihe von Verfahren nach § 26 Abs. 2 eingeleitet. Auch die Gerichte hatten Gelegenheit, § 22 Abs. 1 und 2 GWB anzuwenden, da für die Entscheidung über die zivilrechtlichen Schadensersatz-(Unterlassungs-)ansprüche aus § 26 Abs. 2 in Verbindung mit § 35 GWB die ordentlichen Gerichte zuständig sind

⁴⁾ Umdruck 392.

⁵⁾ Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 2293.

und eine Reihe solcher Verfahren gegen marktbeherrschende Unternehmen durchgeführt worden ist.

In den 41 Verfahren nach § 22 Abs. 3 bis 5, die das Bundeskartellamt inzwischen abgeschlossen hat, ließ sich eine Marktbeherrschung zumeist nicht feststellen. Soweit das Bundeskartellamt und die Gerichte in anderen Fällen marktbeherrschende Stellungen angenommen haben, handelte es sich um Monopole der öffentlichen Hand (Beispiel: die Deutsche Bundesbahn als Anbieterin bestimmter Transportleistungen), um private Monopole, die auf gesetzlicher Vorschrift beruhen (Beispiel: Molkereigenossenschaft als einzige Abnehmerin von Milch in ihrem Einzugsgebiet; §§ 1 und 2 des Milch- und Fettgesetzes), oder aber vorwiegend um örtliche Monopolstellungen (Beispiel: Energieversorgungsunternehmen).

(3.) Rechtliche Schwierigkeiten haben sich daraus ergeben, daß § 22 Abs. 1 und 2 aus einer Häufung unbestimmter Rechtsbegriffe besteht („für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen“; „ohne Wettbewerber“; „keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt“). Das hat zu einer Reihe von Fragen geführt, vor allem nach der Abgrenzung des Marktes „für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen“ sowie nach konkreten Merkmalen für das Vorliegen marktbeherrschender Stellungen.

Zum Marktbegriff haben sich insbesondere folgende Fragen ergeben:

Welcher räumliche Markt ist zugrunde zu legen? Wo liegen die Grenzen eines Marktes „für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen“ in sächlicher Beziehung; inwieweit sind sogenannte Substitutionsgüter (Güter, die vom Abnehmer nach Gebrauchswert oder Verbrauchswert sowie Preis als gleichartig angesehen werden) zu berücksichtigen und kommt es für den relevanten Markt auf die Export- und Importanteile an?

Ist für den Marktanteil eines Unternehmens der Wert oder die Stückzahl seines Umsatzes oder seiner Produktion auf dem Markt maßgebend?

Zur Frage nach dem Begriff des räumlich und sächlich relevanten Marktes sind einige Entscheidungen ergangen:

Das Bundeskartellamt hatte in einem Verfahren nach § 23 darüber zu befinden, wie der Markt für Kraftfahrzeuge abzugrenzen ist (das Merkmal „Marktanteil von 20 vom Hundert oder mehr“ in § 23 Satz 1 wirft auch die Frage nach den Marktgrenzen auf). Es hat dazu unter anderem ausgeführt¹⁾:

„In § 23 GWB wird der Begriff des Marktanteils und damit auch der des Marktes näher bezeichnet durch die Formulierung ‚für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen‘. Die systematische Stellung des § 23 GWB im Dritten

Abschnitt des Gesetzes und der Zweck der Vorschrift, der Kartellbehörde Kenntnis über Konzentrationsvorgänge zu verschaffen... zeigen, daß das Gesetz in § 23 GWB den Begriff des Marktes im gleichen Sinne versteht, wie in § 22 GWB. Es kommt darauf an, ob für eine bestimmte Art von Waren Wettbewerb besteht. Nur solche Produkte, die im Rahmen von Angebot und Nachfrage hinsichtlich Verwendungszweck und Bedarfsbefriedigung austauschbar sind, können Gegenstand eines Wettbewerbs sein und zu einer „bestimmten Art von Waren“ im Sinne des Gesetzes gehören. ... Die Abgrenzung und Bestimmung des Marktes richtet sich also nach der funktionellen Austauschbarkeit der auf dem Markt angebotenen und gefragten Produkte.“

Auf Grund dieser Auffassung von der Abgrenzung des Marktes „für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen“ in sächlicher Hinsicht hat das Bundeskartellamt den Markt für Personenkraftwagen in besondere Märkte für verschiedene Wagenklassen gegliedert.

Das Oberlandesgericht Stuttgart hat in zwei Entscheidungen²⁾ bei der Abgrenzung der Märkte für Kohle und Bier im Verhältnis zu den Märkten für andere Brennstoffe und andere Getränkearten ebenfalls auf die „funktionelle Austauschbarkeit“³⁾ abgestellt.

In dem einen Beschluß hat es dazu ausgeführt:

„Für den Kohlenverbrauch im Kreise Saulgau, vor allem für Privathaushaltungen, soweit für ihn die Kleinverkaufspreise in Frage kommen, ist nach wie vor eine bestimmte Verbraucherschicht da, die nicht ohne weiteres auf andere Heizmittel zurückgreift und zurückgreifen kann. Zwar ist die funktionelle Austauschbarkeit für Kohle, Holz und Öl generell und in abstracto als gegeben anzusehen, dagegen in concreto bei den derzeitigen Wirtschaftsverhältnissen für diesen Markt zu verneinen.“

In dem anderen Beschluß heißt es:

„Danach ist für die Abgrenzung des Marktes einer bestimmten Ware wesentlich auf die Verkehrsauffassung und die Gewohnheit der Durchschnittsverbraucher abzustellen.“

Zur Frage nach den räumlichen Marktgrenzen hat der Bundesgerichtshof entschieden⁴⁾, daß der An-

²⁾ Beschlüsse vom 17. und 19. Mai 1961 — 2 Kart B 1/60 und 2 Kart B 1/59 —, abgedruckt in der Entscheidungssammlung der Zeitschrift „Wirtschaft und Wettbewerb“ unter OLG 423 ff. und 411 ff.

³⁾ Beschluß vom 17. Mai 1961.

⁴⁾ Urteil vom 7. November 1960 — KZR 1/60 —, abgedruckt in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen Band 33, S. 259 ff., sowie in der Entscheidungssammlung der Zeitschrift „Wirtschaft und Wettbewerb“ unter BGH 407 ff. Urteil vom 26. Oktober 1961 — KZR 1/61 —, abgedruckt in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen Band 36, S. 91 ff., sowie in der Entscheidungssammlung der Zeitschrift „Wirtschaft und Wettbewerb“ unter BGH 442 ff.

¹⁾ Beschluß vom 11. August 1961 — B 5 — 156/61 —, abgedruckt in der Entscheidungssammlung der Zeitschrift „Wirtschaft und Wettbewerb“ unter BKartA 425 ff.

wendung des § 22 Abs. 1 und damit auch des § 26 Abs. 2 GWB nicht entgegensteht, daß eine Monopolstellung sich räumlich auf ein engbegrenztes Gebiet beschränkt. So haben im Ergebnis auch das Oberlandesgericht Celle¹⁾ sowie das Oberlandesgericht Neustadt²⁾ erkannt.

In zwei Verfahren vor den ordentlichen Gerichten war darüber zu entscheiden, ob die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen über marktbeherrschende Unternehmen angewendet werden können, wenn die marktbeherrschende Stellung auf gesetzlicher Vorschrift beruht. Der Bundesgerichtshof³⁾ hat diese Frage ausdrücklich, das Kammergericht⁴⁾ hat sie inzident bejaht.

2.2. Die Erfahrungen mit § 22 Abs. 3 bis 5 (Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen)

(1.) Das Bundeskartellamt hat — wie schon im vorangegangenen Abschnitt angegeben worden ist — in der Zeit vom 1. Januar 1958 bis 30. April 1962 insgesamt 67 Verfahren nach § 22 Abs. 3 bis 5 eingeleitet, von denen in der Referenzperiode 41 abgeschlossen wurden. 26 Fälle werden noch rechtlich und wirtschaftlich geprüft. 5 Verfahren sind eingestellt worden, nachdem die Unternehmen, gegen die sie sich richteten, das beanstandete Verhalten aufgegeben hatten; 36 Verfahren sind aus anderen Gründen eingestellt worden.

Eine Verfügung nach § 22 Abs. 4 GWB hat das Bundeskartellamt bisher nicht erlassen. Meistens konnte bereits das Merkmal „marktbeherrschendes Unternehmen“ nicht festgestellt werden (siehe oben, Abschnitt 2. 1., zu 2.).

(2.) Das Bundeskartellamt hält die Aufzählung der Mißbrauchstatbestände in § 22 Abs. 3 GWB für unzulänglich. Es befürchtet, daß viele Marktbeteiligte, die von einem marktbeherrschenden Unternehmen behindert worden sein mögen, sich nicht an die Kartellbehörde gewandt haben, weil sie angesichts der engen Fassung des § 22 Abs. 3 nicht mit Hilfe rechneten.

2.3. Die Erfahrungen mit den §§ 23 und 24 (Zusammenschlüsse von Unternehmen)

(1.) In der Zeit vom 1. Januar 1958 bis zum 30. April 1962 sind dem Bundeskartellamt 73 Zusammenschlüsse von Unternehmen nach § 23 GWB angezeigt worden. In 46 Fällen haben die beteiligten Unternehmen die Anzeige unaufgefordert erstattet; in 27 Fällen hat das Bundeskartellamt sie zur Anzeige auffordern müssen. In diesen Fällen hatte das

¹⁾ Urteil vom 1. September 1958 — 3 U 114/58 —, abgedruckt in der Entscheidungssammlung der Zeitschrift „Wirtschaft und Wettbewerb“ unter OLG 254 ff.

²⁾ Urteil vom 1. April 1958 — 1 U 57/58 (Kart) —, abgedruckt in der Entscheidungssammlung der Zeitschrift „Wirtschaft und Wettbewerb“ unter OLG 252 ff.

³⁾ A. a. O.

⁴⁾ Urteil vom 8. Dezember 1959 — 5 U (Kart) 1153/59 —, abgedruckt in der Entscheidungssammlung der Zeitschrift „Wirtschaft und Wettbewerb“ unter OLG 307 ff.

Bundeskartellamt von den Zusammenschlüssen durch die Wirtschaftspresse erfahren.

(2.) Von seinen Befugnissen nach § 24 GWB (Aufforderung der Beteiligten zu einer mündlichen Verhandlung oder zu einer schriftlichen Äußerung über den Zusammenschluß, wenn zu erwarten ist, daß die beteiligten Unternehmen durch den Zusammenschluß die Stellung eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne des § 22 Abs. 1 oder 2 erlangen oder wenn durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung verstärkt wird) hat das Bundeskartellamt in keinem Fall Gebrauch gemacht. Unter den Fällen, die es bisher abschließend geprüft hat, war keiner, in dem sich erwarten ließ, daß die beteiligten Unternehmen durch den Zusammenschluß die Stellung eines marktbeherrschenden Unternehmens erlangen würden (§ 24 GWB, erster Fall). Lediglich in einem Fall (Übernahme zweier Verkehrsunternehmen durch die Deutsche Bundesbahn) hat das Bundeskartellamt festgestellt, daß die marktbeherrschende Stellung der Deutschen Bundesbahn, die bereits ohne den Zusammenschluß bestand, verstärkt worden ist (§ 24 GWB, zweiter Fall). Eine Reihe von rechtlich und wirtschaftlich schwierigeren Fällen, in denen sich nach Ansicht des Bundeskartellamtes herausstellen könnte, daß die in § 24 vorausgesetzten Erwartungen gerechtfertigt sind, werden noch geprüft.

(3.) Ebenso wie auch aus § 22 Abs. 1 und 2 GWB (Definition des Begriffs „marktbeherrschendes Unternehmen“) haben sich auch aus der Fassung des § 23 Satz 1 GWB Anwendungsschwierigkeiten ergeben; denn auch das Merkmal „Marktanteil von 20 vom Hundert oder mehr“ wirft die Frage nach der Abgrenzung des relevanten Marktes auf. Hierüber hat es nicht selten Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Bundeskartellamt und den an Zusammenschlüssen beteiligten Unternehmen gegeben. In den meisten Fällen ließ sich nicht sofort bestimmt sagen, ob das Merkmal „Marktanteil von 20 vom Hundert“ erfüllt war. Der Ausschuß für Wirtschaftspolitik des Deutschen Bundestages hat bei der Abfassung des § 23 Satz 1 zwar angenommen, daß „jede Unternehmensleitung . . . sich wenigstens in großen Zügen darüber klar sein (wird), welchen Marktanteil das eigene Unternehmen besitzt“⁵⁾. Es hat sich aber gezeigt, daß die Bemessungsgrundlage, der jeweils relevante Markt, streitig sein kann. Das Bundeskartellamt hat daher in seinem Tätigkeitsbericht für 1960 ausgeführt⁶⁾:

„Um Zusammenschlüsse ausreichend erfassen zu können, müssen zu dem relativen Begriffsmerkmal Marktanteil noch absolute Kriterien hinzukommen, die sich leicht und eindeutig bestimmen lassen. Als solche bieten sich an: Kapital, Beschäftigtenzahl, Produktion und Umsatz.“

Über einige Teilfragen der Abgrenzung des Marktes „für eine bestimmte Art von Waren oder ge-

⁵⁾ Schriftlicher Bericht, a. a. O., zu § 18 des Entwurfs (§ 23 GWB), Berichterstatter: Abgeordneter Illerhaus.

⁶⁾ Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1960 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 2734, Seite 112.

werblichen Leistungen“ hat das Bundeskartellamt in seinem Beschluß vom 11. August 1961 entschieden (siehe oben, Abschnitt 2.1., zu 3.).

Auch bei der Prüfung der angezeigten Zusammenschlüsse nach § 24 GWB stand das Bundeskartellamt vor den Schwierigkeiten, welche die Frage nach dem relevanten Markt sowie nach konkreten Merkmalen für eine monopolistische oder oligopolistische Marktbeherrschung im Sinne des § 22 Abs. 1 oder 2 GWB aufgibt.

(4.) In mehreren Fällen von Zusammenschlüssen hat sich eine weitere wichtige Frage ergeben: Nach § 23 Satz 1 ist der Zusammenschluß von Unternehmen anzuzeigen, wenn die beteiligten Unternehmen dadurch einen Marktanteil von 20 vom Hundert oder mehr erreichen (erster Fall) oder wenn ein beteiligtes Unternehmen einen Marktanteil dieser Höhe bereits ohne den Zusammenschluß hat (zweiter Fall). Im zweiten Fall sagt der Wortlaut nichts darüber, ob die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen auf demselben oder einem gleichartigen Markt tätig gewesen oder tätig sein müssen oder ob es darauf nicht ankommt. Diese Frage ist aber für die lückenlose Erfassung wettbewerbsbeschränkender Marktmacht aus folgenden Gründen wichtig:

Die Konzentrationsbewegung in der Wirtschaft geht nicht nur dahin, daß Unternehmen sich durch den Zusammenschluß mit Wettbewerbern ausdehnen. Es kommen auch vor:

Zusammenschlüsse von Unternehmen, die zwar auf derselben Wirtschaftsstufe, aber nicht auf demselben oder einem gleichartigen, sondern auf einem benachbarten Markt „für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen“ tätig sind (Beispiele aus der Praxis des Bundeskartellamtes: Zusammenschluß zweier Automobilhersteller, von denen der eine Kleinwagen und Wagen der Mittelklasse, der andere große Wagen produziert; Zusammenschluß zweier Tabakwarenhersteller, von denen der eine Zigaretten, der andere Rauchtobak produziert); Zusammenschlüsse von Unternehmen, die zwar auf verschiedenen, im Verhältnis zueinander aber vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen tätig sind (vertikale Konzentration; Beispiel aus der Praxis des Bundeskartellamtes: Zusammenschluß eines Schallplattenherstellers mit einem Musikverlag);

Zusammenschlüsse von Unternehmen, die weder horizontal noch vertikal sachlich miteinander verbunden sind (Konglomerate; Beispiel: Zusammenschluß eines Unternehmens der Nahrungsmittelherstellung mit einer Reederei).

Nach Ansicht des Bundeskartellamtes besteht die Anzeigepflicht nach § 23 Satz 1, zweitem Fall, auch dann, wenn die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen nicht auf demselben oder einem gleichartigen Markt tätig waren oder tätig sind. Über den eben als Beispiel genannten Zusammenschluß zweier Automobilhersteller hat das Bundeskartellamt in dem oben (Abschnitt 2.1., zu 3.) erwähnten Beschluß so entschieden. Zur Begründung hat es ausgeführt:

„Die Anzeigepflicht des § 23 GWB hat nicht nur den Zweck, die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen (§ 22 GWB) zu erleichtern und die Vorgänge aufzuzeigen, die eine marktbeherrschende Stellung zu begründen oder zu verstärken geeignet sind. Sie soll darüber hinaus der Kartellbehörde Auskunft geben, in welche fremden Wirtschaftsbereiche Unternehmen, die für eine bestimmte Art von Waren bereits über einen Marktanteil von 20 vom Hundert verfügen, vordringen und dadurch ihre wirtschaftliche Position erweitern.“

Es besteht kein Anlaß, Fälle, in denen sich Unternehmen mit einem schon vorhandenen Marktanteil von 20 vom Hundert mit einem anderen Unternehmen geringeren Marktanteils zusammenschließen, bei der Anwendung des § 23 GWB danach unterschiedlich zu behandeln, ob das andere Unternehmen an dem gleichen oder an einem anderen Markt beteiligt ist. Die Möglichkeit der Gewinnung zusätzlicher Marktmacht ist nicht auf den einen dieser beiden Fälle beschränkt; auch durch den Zusammenschluß heterogener Unternehmen kann die wirtschaftliche Macht eines Unternehmens verstärkt werden, so daß es seine Stellung am Markt festigen und ausweiten kann. In beiden Fällen dient die Anzeigepflicht in gleicher Weise dem Zweck, Kenntnis von solchen Konzentrationsvorgängen zu erlangen.“

3. Vorschläge zur Änderung der §§ 22 bis 24 GWB

3.1. Allgemeine Bemerkungen

Auf Grund der oben geschilderten Erfahrungen hält die Bundesregierung eine Reihe von Änderungen der §§ 22 bis 24 GWB für notwendig. Die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen nach § 22 GWB sollte erweitert, und die Möglichkeiten zur Beobachtung der Unternehmenskonzentration nach den §§ 23 und 24 GWB sollten verbessert werden. Die einzelnen Änderungsvorschläge sind unten (Abschnitte 3.3. bis 3.6.) erläutert.

Von den Anregungen, bestimmte Zusammenschlüsse von Unternehmen von der Zustimmung der Kartellbehörde abhängig zu machen, oder etwa von der Möglichkeit, ein allgemeines Verbot der Monopolisierung vorzuschlagen, hat die Bundesregierung keinen Gebrauch gemacht. Sie verkennt nicht die Erwägungen, aus denen zum Beispiel im Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ein Erlaubnisverfahren für bestimmte Zusammenschlüsse von Unternehmen vorgesehen war¹⁾, und die von interessierten Kreisen der Öffentlichkeit jetzt wieder geltend gemacht werden (siehe unten, Abschnitt 6.). Die Bundesregierung ist aber der Auffassung, daß im gegenwärtigen Zeitpunkt derartige Regelungen nicht getroffen werden sollten. Die Erfahrungen reichen noch nicht aus. Zu einer über-

¹⁾ Siehe Abschnitt B.I.3. der Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, Drucksache 1158, nach Anlage 1.

eilten Entscheidung besteht kein Anlaß, da zunächst die Möglichkeiten zu indirekten Eingriffen ausgeschöpft werden sollten und zudem wichtige Fragen, die das Konzentrationsproblem aufwirft, mit wettbewerbsrechtlichen Mitteln ohnehin nicht gelöst werden könnten. Das ergibt sich im einzelnen aus folgenden Überlegungen:

(1.) Nach den Vorstellungen des Deutschen Bundestages bei der Verabschiedung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sollen die §§ 23 und 24 GWB dazu dienen, auf dem schwierigen Gebiet der Unternehmenskonzentration „zunächst volle Übersicht zu gewinnen“. Im wesentlichen mit dieser Begründung hat der Bundestag das im Regierungsentwurf vorgesehene Erlaubnisverfahren für Zusammenschlüsse abgelehnt und eine endgültige Entscheidung über die Behandlung der Unternehmenskonzentration im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf einen späteren Zeitpunkt verschoben (siehe oben, Abschnitt 1.2.2.). Die Bundesregierung ist der Ansicht, daß dieser Zweck der §§ 23 und 24 GWB noch nicht erfüllt ist. Das Bundeskartellamt hat in der Zeit vom 1. Januar 1958 bis zum 30. April 1962 insgesamt 67 Verfahren nach § 22 Abs. 3 bis 5 GWB eingeleitet; im gleichen Zeitraum sind bei ihm 73 Zusammenschlüsse nach § 23 GWB angezeigt worden (siehe oben, Abschnitt 2.2. und 2.3.). Die Bundesregierung sieht sich nicht in der Lage, nach Ablauf eines Erfahrungszeitraumes von nur vier Jahren seit dem Inkrafttreten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen aus diesen verhältnismäßig wenigen Fällen, die zudem großenteils noch bearbeitet werden, eine sichere, begründete Aussage darüber abzuleiten, welche Rolle in der Bundesrepublik marktbeherrschende Macht im Sinne des § 22 GWB tatsächlich spielt. Bevor aber die tatsächlichen Verhältnisse nicht hinreichend bekannt sind, läßt sich ein abschließendes Urteil über notwendige Änderungen der §§ 22 bis 24 GWB nicht abgeben. Das wird erst möglich sein, nachdem die bisherigen Erfahrungen mit den §§ 22 bis 24 GWB in einem längeren Beobachtungszeitraum erweitert und auch mit den Ergebnissen der Untersuchung über die Konzentration in der Wirtschaft auf Grund des Gesetzes vom 31. Dezember 1960 (Konzentrationsenquete) verbunden werden könnten.

(2.) Die Beantwortung der Frage, welche Bedeutung in der Bundesrepublik marktbeherrschende Macht hat, in welcher Richtung die Entwicklung voraussichtlich weitergehen wird und welche Änderungen der §§ 22 bis 24 GWB danach notwendig sind, wird auch dadurch erschwert, daß die Einflüsse des Gemeinsamen Marktes der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft wie überhaupt der zunehmenden Öffnung der nationalen Märkte auf die Konzentrationsbewegung sich noch nicht übersehen lassen. Die Entwicklung zu größeren, zwischenstaatlichen Märkten rückt auch das Konzentrationsproblem in ein neues Licht. Vermutlich wird es auf den erweiterten Märkten weniger als bisher möglich sein, marktbeherrschende Macht zu bilden und zu erhalten. Es mag aber auch zu neuen Formen wirtschaftlicher Zusammenarbeit kommen, welche die Größenordnungen, in denen Marktmacht bisher aufgetreten ist, erheblich verschieben. Eine auch nur

einigermaßen sichere Voraussage läßt sich gegenwärtig noch nicht machen.

In dieser Übergangszeit sollten die §§ 22 bis 24 GWB nicht durchgreifend umgestaltet werden, zumal die Bundesrepublik mit einer Verbotsregelung für marktbeherrschende Unternehmen in Europa allein stehen würde. Eine Verbotsregelung auf dem Gebiet der marktbeherrschenden Unternehmen wird im wesentlichen nur in den Vereinigten Staaten von Nordamerika praktiziert. Auch dort besteht eine Pflicht, Zusammenschlüsse von Unternehmen vor dem Vollzuge anzuzeigen, grundsätzlich nicht; die Handhabung des Verbots liegt weitgehend in der Hand der Behörde. In den letzten Jahren sind im Kongreß mehrere Gesetzentwürfe für Verfahren zur Vorprüfung von Zusammenschlußvorhaben nach Art eines Anzeige- und Widerspruchsverfahrens eingebracht worden. Sie hatten jedoch bisher keinen Erfolg. Im übrigen westlichen Ausland, wo einschlägige Gesetze zumeist erst in neuerer Zeit entstanden sind oder noch entstehen, wird gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen das Prinzip der Mißbrauchsaufsicht angewendet. Größere Erfahrungen liegen — ebenso wie in der Bundesrepublik — noch nicht vor. Die grundsätzliche Einstellung zur Unternehmenskonzentration ist im Ausland, insbesondere in kleineren Ländern, die auf eine starke Exportindustrie Wert legen, weitgehend positiv. Im zwischenstaatlichen Bereich sieht der Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (Montanvertrag) ein Genehmigungsverfahren bei Zusammenschlüssen vor. Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag) kennt nur eine Mißbrauchsaufsicht über beherrschende Stellungen.

Die Bundesregierung ist gleichwohl der Auffassung, daß eine stärkere Betonung des Wettbewerbsgedankens in den Vorschriften über marktbeherrschende Unternehmen geeignet wäre, die Leistungsfähigkeit der deutschen Wirtschaft auf lange Sicht zu fördern. Indessen muß zunächst volle Übersicht auch über die Entwicklung der Konzentrationsbewegung auf den zwischenstaatlichen Märkten gewonnen werden. Starke Unterschiede zwischen der inländischen Regelung einerseits und den Regelungen im Ausland sowie auf dem Gemeinsamen Markt andererseits würden eine Reihe rechtlicher und praktischer Fragen aufwerfen, die besser beurteilt werden könnten, nachdem Gewißheit über die tatsächlichen Verhältnisse besteht.

(3.) Ein Erlaubnis- oder Anzeige- und Widerspruchsverfahren für bestimmte Zusammenschlüsse von Unternehmen, verbunden mit der Möglichkeit, rechtswidrige Zusammenschlüsse zu entflechten, oder ein allgemeines Verbot der Monopolisierung wäre ein sehr schwerwiegender direkter Eingriff. Es ist nämlich zu bedenken, daß der Aufbau eines Unternehmens und seine Verbindung mit anderen Unternehmen Aufgaben sind, die ihrer Natur nach ausgesprochen unternehmerische Entscheidungen erfordern. Es erscheint fraglich, ob diese, oft kurzfristig zu fassenden unternehmerischen Entschlüsse durch eine Behörde in einem notwendigerweise bürokratisch geregelten Verfahren mit mehreren Instanzen ersetzt werden können. Der in einem Er-

laubnis- oder Anzeige- und Widerspruchsverfahren liegende direkte Eingriff sollte nach Auffassung der Bundesregierung nicht vorgesehen werden, solange die Möglichkeiten zu indirekten Eingriffen nicht ausgeschöpft sind. Dabei wäre zuerst an den Abbau solcher Interventionen im geltenden Recht zu denken, welche die Konzentration geradezu fördern, wie insbesondere im Bereich des Steuerrechts. Wesentliche Anreize zur Konzentration gehen von den leistungsfremden Vorteilen und Vorsprüngen aus, die vor allem das geltende Umsatzsteuersystem, das Schachtelprivileg und die Organshaft einem vertikal oder auch horizontal integrierten Unternehmen bieten. Die zahlreichen indirekten Mittel, die als geeignet erscheinen, einer Konzentration der Macht in der Wirtschaft entgegenzuwirken, können hier nur angedeutet werden; sie bedürfen im einzelnen auch noch sorgfältiger Prüfung.

Bereits der Ausschuß für Wirtschaftspolitik des Deutschen Bundestages hat es als „zusätzliche Aufgabe für den Gesetzgeber“ bezeichnet, „das Steuer-, Gesellschafts- und Werberecht möglichst wettbewerbsneutral zu gestalten“¹⁾. Im Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen hieß es, daß die Aufgabe, den Leistungswettbewerb zu fördern, nicht allein durch ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelöst werden kann. Die gesamte Wirtschaftspolitik muß vielmehr darauf ausgerichtet sein, durch gesetzliche Maßnahmen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, des Patentrechts, des Steuerrechts, des Gewerberechts und durch sonstige wettbewerbshilffördernde Maßnahmen der Entstehung wettbewerbsausschließender Marktgebilde entgegenzuwirken.²⁾ Auch das Bundeskartellamt hat in seinen Tätigkeitsberichten wiederholt bemerkt, daß eine Reform des Steuer-, Gesellschafts- und Patentrechts als notwendig erscheine. Wie auch in der Konzentrationsdebatte des Deutschen Bundestages am 15. Oktober 1959 ausgeführt worden ist (siehe oben, Abschnitt 1.3.1.), kommen insbesondere folgende Gebiete für eine nähere Prüfung im Hinblick auf die Beseitigung konzentrationsfördernder Tendenzen in Betracht: das Steuerrecht (Schachtelprivileg, Organshaft, Umsatzsteuerrecht, Einkommen- und Körperschaftsteuerrecht), das Gesellschaftsrecht (Aktienrecht, Recht der Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Recht der Personalgemeinschaften des Handelsrechts, Firmenrecht) und die unterschiedlichen Möglichkeiten der Kapitalbildung bei den Groß- und bei den kleineren Unternehmen. Ferner kommen zum Beispiel folgende Maßnahmen in Betracht: die weitere Förderung der Selbsthilfe für die kleinen und mittleren Existenzen in der gewerblichen Wirtschaft durch öffentliche Kreditprogramme, berufliche Ausbildung und Fortbildung, durch Steigerung der Rationalisierung, durch Verbesserung der Organisation mittelständischer Betriebe, durch Forschungsvorhaben und durch Vergabe öffentlicher Aufträge.

¹⁾ Schriftlicher Bericht über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a. a. O., Generalbericht des Abgeordneten Dr. Hellwig, Abschnitt C. II.

²⁾ Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a. a. O., Abschnitt A. V.

(4.) Das Konzentrationsproblem besteht nicht nur darin, daß durch den Zusammenschluß von Unternehmen — ebenso wie zum Beispiel durch Kartelle — der Wettbewerb beschränkt und dadurch ein wirtschaftspolitisch erwünschter Marktmechanismus gestört wird. Im Gegensatz zur Kartellierung führt die Unternehmenskonzentration zu einer Verminderung des Bestandes an rechtlich oder wirtschaftlich selbständigen Unternehmen. Dadurch wird sie zu einer Strukturfrage, deren Bedeutung über die speziellen wettbewerbspolitischen Gesichtspunkte hinausgeht und im allgemeinen gesellschaftspolitischen Bereich liegt. Der Leitgedanke läßt sich mit Worten aus der Regierungserklärung zu Beginn der dritten Wahlperiode des Deutschen Bundestages wiedergeben:

„Wir wollen nicht, daß schließlich bei immer größerer Konzentration der Wirtschaft zu Großbetrieben das Volk aus einer kleinen Schicht von Herrschern über die Wirtschaft und einer großen Klasse von Abhängigen besteht.“

Dieses Ziel ist nur mit wettbewerbsrechtlichen Mitteln nicht zu erreichen.

In der geltenden Fassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist auf strukturpolitische Eingriffe, das heißt auf Maßnahmen zur Verhinderung des Zusammenschlusses von Unternehmen bewußt verzichtet worden. Im Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik ist von der „Unabänderlichkeit der Monopolsituation“ die Rede, welche den Gesetzgeber auf „Maßnahmen der Monopolaufsicht und Vorkehrungen zur Korrektur des Marktverhaltens der monopolistischen Unternehmen“ beschränke (siehe oben, Abschnitt 1.1.).

Nun könnten zwar aus der Erwägung, daß eine Monopolisierung der Märkte durch Zusammenschlüsse von Unternehmen dem Wettbewerb ebenso sehr schade wie kartellmäßige Bindungen, mit einem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen auch wettbewerbspolitisch unerwünschte strukturelle Veränderungen bekämpft werden. Von diesem Gedanken ging zum Beispiel der Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen aus, in dem auch für Zusammenschlüsse von Unternehmen ein Erlaubnisverfahren vorgesehen war. Gerade die Regelung im Regierungsentwurf zeigt aber, wie begrenzt die Möglichkeiten einer Strukturpolitik mit Mitteln des Wettbewerbsrechts sind. In § 18 des Regierungsentwurfs war vorgesehen, daß Zusammenschlüsse, durch die eine marktbeherrschende Stellung erlangt oder verstärkt werden würde, einer Erlaubnis bedürfen sollten. Die Verhinderung bestimmter marktbeherrschender Unternehmensverbindungen ist auch das Ziel aller übrigen Vorschläge für ein Erlaubnis- oder ein Anzeige- und Widerspruchsverfahren bei Zusammenschlüssen von Unternehmen, die in neuerer Zeit von interessierten Kreisen der Öffentlichkeit gemacht worden sind (siehe unten, Abschnitt 6.). Der Anknüpfungspunkt „Marktbeherrschung“, der durch wettbewerbspolitische Überlegungen bestimmt ist, liegt jedoch für eine wirksame Strukturpolitik gegenüber den Tendenzen zur Konzentration in der Wirtschaft viel zu hoch. Er würde immer nur eine Korrektur in den

verhältnismäßig seltenen Fällen erlauben, in denen die durch Zusammenschluß oder — bei einem allgemeinen Verbot der Monopolisierung — auf sonstige Weise erlangte Marktmacht bis zur Marktbeherrschung reichen oder in denen eine marktbeherrschende Stellung verstärkt werden würde. Eine Strukturpolitik zur Erhaltung einer Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung, die auf möglichst vielen selbständigen Existenzen aufbaut, müßte tiefer ansetzen. Sie dürfte überhaupt nicht auf die durch einen Zusammenschluß erlangte, verstärkte oder auch nur erstrebte Marktstellung abstellen, sondern müßte an die Konzentration schlechthin anknüpfen und zum Beispiel schon bestimmten Tendenzen zur Zusammenfassung selbständiger Unternehmen entgegenzutreten. Für eine Strukturpolitik in diesem Sinne ist das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ungeeignet. Im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen wären nur direkte Eingriffe in die Unternehmenskonzentration möglich, wie zum Beispiel ein Zusammenschlußverbot mit oder ohne Erlaubnisvorbehalt. Solche schweren Interventionen könnten aber nur vorgesehen werden, wenn durch den Zusammenschluß der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wird oder beeinträchtigt werden kann. Der Anknüpfungspunkt „Marktbeherrschung“ in § 22 Abs. 1 und 2 GWB beruht auf der Vorstellung, daß es das Monopol und die dem Monopol sich nähernden oder ihm ähnelnden Marktstellungen sind, die — wettbewerbspolitisch gesehen — der Überwachung bedürfen und denen gegenüber direkte staatliche Eingriffe in Betracht kommen. Diese Voraussetzungen werden aber bei vielen Zusammenschlüssen, die strukturpolitisch unerwünscht sind, nicht gegeben sein. Für eine Strukturpolitik sind daher in erster Linie die oben (zu 3.) erwähnten indirekten Mittel geeignet.

3.2. Bemerkungen zu § 22 Abs. 1 und 2

(1.) Die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung des Marktes „für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen“ sowie der Merkmale „ohne Wettbewerber“ und „keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt“ (siehe oben, Abschnitt 2. 1., zu 3.) lassen die Frage entstehen, ob die Definition des Begriffs „marktbeherrschendes Unternehmen“ in § 22 Abs. 1 und 2 GWB verdeutlicht werden könnte.

Im Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen¹⁾ war der Begriff „marktbeherrschendes Unternehmen“ konkreter gestaltet. Nach dem Entwurf sollte Marktbeherrschung angenommen werden,

„soweit einem Unternehmen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein wesentlicher Wettbewerb nicht gegenübersteht, insbesondere soweit ein Unternehmen mit Rücksicht auf die Größe seines Marktanteils in der Lage ist, die Erzeugung für eine bestimmte Art von Waren oder die Preise und Geschäftsbedingungen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen

Leistungen ohne wesentliche Rücksichtnahme auf Wettbewerber zu gestalten und dadurch den Markt fühlbar zu beeinflussen“.

Durch die Merkmale „Größe seines Marktanteils“, „ohne wesentliche Rücksichtnahme auf Wettbewerber“ und „in der Lage ist, ... den Markt fühlbar zu beeinflussen“ in dem mit „insbesondere ...“ eingeleiteten zweiten Satzteil sollten die Grenzen der vorangestellten Generalklausel deutlich abgesteckt werden²⁾. Der Ausschuß für Wirtschaftspolitik des Deutschen Bundestages hat sich jedoch insoweit dem Regierungsentwurf nicht angeschlossen. Er hat die von ihm beschlossene geltende Fassung des § 22 Abs. 1 wie folgt begründet³⁾:

„Die vom Ausschuß für Wirtschaftspolitik beschlossene Fassung des § 17 (§ 22 GWB) unterscheidet sich von der Regierungsvorlage im Absatz 1 durch eine engere Definition des Begriffs des marktbeherrschenden Unternehmens. Hierfür ist die Überlegung maßgebend, daß als Ergebnis des Leistungswettbewerbs Positionen im Markt entstehen können, die einen Machtmißbrauch zulassen und daß diese Positionen je nach Marktlage, also etwa im Käufer- oder im Verkäufermarkt sowie je nach Stufen und Branchen andere Wirkungen haben können. Das Kriterium der Marktbeherrschung könne daher nicht der Marktanteil oder die Verhaltensweise sein, sondern lediglich die Tatsache, daß solchen Positionen gegenüber ein wesentlicher Wettbewerb nicht oder nicht mehr vorhanden sei. Demgemäß wird die Marktbeherrschung dahin definiert, daß ein Unternehmen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist.“

In der Tat erscheint es kaum möglich, erschöpfend alle Situationen zu beschreiben, die einem Unternehmen übermäßige Macht im Markt gewähren und damit begründeten Anlaß geben, gegen einen Mißbrauch dieser Marktstellung einzuschreiten. Dazu sind die Formen sowie die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, unter denen wirtschaftliche Macht sich bilden kann, zu vielfältig. Insbesondere auch das amerikanische Antitrustrecht, das auf eine jahrzehntelange Praxis zurückblicken kann, begnügt sich bis heute damit, Maßnahmen zur Bekämpfung übermäßiger Marktmacht an eine noch allgemeiner gehaltene Generalklausel zu knüpfen (Verbot des „Monopolisierens“). Dazu hat sich allerdings eine ausgedehnte Entscheidungspraxis entwickelt. Auch in Artikel 66 § 7 des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (Montanvertrag) sowie in Artikel 86 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag), welche die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen im Bereich der Montanunion sowie der Europäischen Wirtschaftsgemein-

²⁾ So die Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a. a. O., zu § 17 des Entwurfs (§ 22 GWB), Nr. 2.

³⁾ Schriftlicher Bericht, a. a. O., zu § 17 des Entwurfs (§ 22 GWB), Berichterstatter: Abgeordneter Illerhaus.

¹⁾ a. a. O., § 17 des Entwurfs (§ 22 GWB).

schaft regeln, ist der dort jeweils verwendete Anknüpfungspunkt „beherrschende Stellung“ nicht näher erläutert. All das spricht für die geltende Fassung des § 22 Abs. 1 GWB. Die Bundesregierung sieht daher gegenwärtig davon ab, eine Konkretisierung des Begriffs „marktherrschendes Unternehmen“ in § 22 Abs. 1 und 2 vorzuschlagen.

(2.) Dabei geht die Bundesregierung aber davon aus, daß es dem Bundeskartellamt und den Gerichten gelingen wird, konkrete Merkmale für die Markt-abgrenzung sowie das Vorliegen marktbeherrschender Stellungen zu gewinnen.

Zur Frage nach den sächlichen Marktgrenzen ist im Erfahrungsbericht der Gedanke erwähnt worden, daß es bei der Beurteilung der „funktionellen Austauschbarkeit“ der auf dem Markt angebotenen oder gefragten Güter nicht auf die abstrakte, sondern auf die konkrete Betrachtungsweise (Verkehrsauffassung, Gewohnheit der Durchschnittsverbraucher) ankommt.¹⁾ Daraus können sich verhältnismäßig enge Marktgrenzen ergeben, was die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung erleichtert.

Die Frage nach konkreten Merkmalen für das Vorliegen marktbeherrschender Stellungen versucht eine Reihe ausländischer Gesetze und Gesetzentwürfe zur Bekämpfung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht zu beantworten. Auch diese Regelungen erfassen nicht nur das echte Monopol (§ 22 Abs. 1 GWB: „Soweit ein Unternehmen... ohne Wettbewerber ist“), sondern stellen bereits wettbewerbsbeschränkende Macht niedrigeren Grades unter Mißbrauchsaufsicht (§ 22 Abs. 1 GWB: „Soweit ein Unternehmen... keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist“). So lautet zum Beispiel Artikel 1 des belgischen Gesetzes zum Schutz gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung vom 27. Mai 1960:

„Eine wirtschaftliche Machtstellung im Sinne dieses Gesetzes ist die Macht einer einzeln handelnden natürlichen oder juristischen Person oder einer gemeinsam handelnden Gruppe dieser Personen innerhalb des Gebietes des Königreiches, durch eine industrielle, kaufmännische, landwirtschaftliche oder finanzielle Tätigkeit einen überwiegenden Einfluß auf die Versorgung des Waren- oder Kapitalmarktes oder auf den Preis oder die Qualität einer bestimmten Ware oder gewerblichen Leistung auszuüben.“

Nach Artikel 3 des schweizerischen Entwurfs eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen²⁾ sollen unter anderem Unternehmungen der Mißbrauchsaufsicht unterliegen, die den Markt für bestimmte Waren oder Leistungen „maßgeblich beeinflussen“. Nach der Begründung zu Artikel 3 „mag“ dafür zum Beispiel „die Preis-

führerschaft ein Indiz sein“³⁾. Das belgische Gesetz und der schweizerische Entwurf beruhen — ebenso wie der oben wiedergegebene § 17 des Regierungsentwurfs zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen — auf dem Gedanken, daß von der Fähigkeit eines Unternehmens, sich auf Märkten in bestimmter Weise willkürlich zu verhalten, auf eine beherrschende Stellung dieses Unternehmens zurück geschlossen werden kann. Auch in der Rechtsprechung zu den Monopolisierungsverboten im amerikanischen Antitrustrecht hat der Gedanke Ausdruck gefunden, daß der beste Beweis übermäßiger Marktmacht ihre Ausübung sei. Diese Betrachtungsweise verdient volle Aufmerksamkeit.

Bemerkungswert ist auch § 36 d der österreichischen Regierungsvorlage vom 16. Mai 1962 zu einer 4. Novelle zum Kartellgesetz 1959⁴⁾. Hier wird — ähnlich den Regelungen in Großbritannien und Norwegen — versucht, die für die Mißbrauchsaufsicht relevante marktbeherrschende Macht durch einen bestimmten prozentualen Anteil des Normadressaten an der Versorgung des inländischen Marktes auszudrücken. Die genannte Bestimmung, in der auch eine besondere einfache Methode der Markt-abgrenzung vorgeschlagen wird, steht unter der Überschrift „Erfassung marktbeherrschender Unternehmen“ und lautet:

„Als marktbeherrschend im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt ein Unternehmen, dessen Anteil an der Versorgung des inländischen Marktes mit einer Ware oder Warengattung, die im Zolltarif als Tarifnummer oder eigene Unterposition aufscheint und die bei diesem Unternehmen kein Nebenprodukt bildet, nach dem in dem betreffenden Wirtschaftszweig zur Erfassung der Produktion üblichen Maßstab mehr als 30 v.H., wenn jedoch der inländische Markt durch mehr als drei Unternehmen versorgt wird, mehr als 50 v.H. beträgt.“

In diesem Zusammenhang ist auch der Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik des Deutschen Bundestages zu § 18 des Entwurfs eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§ 23 GWB) hervorzuheben. Dort heißt es, daß bereits

„für den Fall, daß ein Unternehmen... einen Marktanteil von mehr als 20 v.H. besitzt, zumindest die Vermutung gerechtfertigt erscheint, daß der Wettbewerb erheblich eingeschränkt und gegebenenfalls — bei Mißbrauch der Marktmacht — § 17 (§ 22 GWB) anwendbar ist“.

Aus dieser Bemerkung kann zugleich entnommen werden, daß nach Ansicht des Ausschusses das Merkmal „keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt“ in § 22 Abs. 1 GWB bereits erfüllt ist, wenn der Wettbewerb „erheblich eingeschränkt“ ist.

Konkrete Merkmale für das Vorliegen marktbeherrschender Stellungen finden sich auch in den Gesetzen anderer Staaten, zum Beispiel Dänemarks, der Niederlande und Schwedens.

¹⁾ Siehe oben, Abschnitt 2. 1., zu 3., insbesondere die dort wiedergegebenen Ausführungen des Oberlandesgerichts Stuttgart in seinen Entscheidungen vom 17. und 19. Mai 1961.

²⁾ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 18. September 1961, Bundesblatt Band II Nr. 40 vom 5. Oktober 1961, Seite 553 ff.

³⁾ A. a. O., Seite 575.

⁴⁾ 651 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates IX. GP. Die Novelle ist inzwischen vom österreichischen Parlament verabschiedet worden.

3.3. Vorschlag zur Erweiterung des § 22 Abs. 3

In Übereinstimmung mit dem Bundeskartellamt hält die Bundesregierung die Fassung des § 22 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GWB für zu eng. Sie schlägt vor, § 22 Abs. 3 durch folgende Generalklausel zu ersetzen:

„Die Kartellbehörde hat gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen die in Absatz 4 genannten Befugnisse, soweit diese Unternehmen auf dem Markt für diese oder andere Waren oder gewerbliche Leistungen ihre Marktstellung mißbräuchlich ausnutzen.“

Dadurch würde der Anwendungsbereich des § 22 Abs. 3 GWB wie folgt erweitert werden:

(1.) Ein Verfahren nach § 22 Abs. 4 mit dem Ziel, ein mißbräuchliches Verhalten zu untersagen und Verträge für unwirksam zu erklären, wären dann zum Beispiel auch bei Mißbräuchen möglich, die nicht im Zusammenhang mit dem Abschluß von Verträgen stehen und die gegenwärtig nur dem § 26 Abs. 2 GWB und den daran geknüpften Rechtsfolgen (Geldbuße; zivilrechtliche Schadensersatzansprüche) unterliegen. Die Kartellbehörde könnte also in derartigen Fällen daß mißbräuchliche Verhalten nicht nur — wie nach geltendem Recht — durch einen Antrag auf Festsetzung einer Geldbuße ahnden; daneben wäre möglich, daß sie von ihrer Befugnis zu unmittelbaren Eingriffen nach § 22 Abs. 4 Gebrauch machte. Das würde aus folgenden Gründen zu erheblichen Erleichterungen für die von einem Mißbrauch Betroffenen führen: Nach geltendem Recht kann der Betroffene andere als die in § 22 Abs. 3 bezeichneten Mißbräuche, zum Beispiel die mißbräuchliche Verweigerung der Belieferung, nur in einem oft langwierigen und kostspieligen Zivilprozeß auf Grund des § 26 Abs. 2 in Verbindung mit § 35 GWB unmittelbar angreifen. Nach der vorgeschlagenen Generalklausel wäre es aber möglich, daß er bei der Kartellbehörde ein (kostenfreies) Amtsverfahren mit dem Ziel eines unmittelbaren Eingriffs der Kartellbehörde nach § 22 Abs. 4 anregt. Auf diesem Wege könnte der Betroffene rascher und ohne finanziellen Aufwand zum Ziel gelangen, zumal die Kartellbehörde auch vom Mittel der einstweiligen Anordnung nach § 56 Nr. 3 GWB Gebrauch machen könnte.

(2.) Ferner würde durch die Generalklausel das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen auch auf Märkten erfaßt werden, auf denen die marktbeherrschende Stellung zwar nicht besteht, aber sich auswirkt. In § 22 Abs. 3 Nr. 1 und 2 geltender Fassung ist das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen auf anderen Märkten als denen, die sie beherrschen, durch die Worte „über diese Waren oder gewerblichen Leistungen“ (nämlich über die Waren oder gewerblichen Leistungen im Sinne der Absätze 1 und 2) ausdrücklich aus dem Bereich der Mißbrauchsaufsicht ausgeschlossen. Das ist wettbewerbspolitisch bedenklich. Ein Unternehmen, das auf einem Markt eine beherrschende Stellung hat, kann die daraus sich ergebenden Vorsprünge auch auf anderen Märkten gebrauchen und damit auch mißbrauchen. So ist es zum Beispiel möglich, daß

ein Unternehmen den Monopolgewinn aus einer marktbeherrschenden Stellung dazu benutzt, um auf einem anderen Markt Wettbewerber — etwa durch gezielte Preisunterbietung — auszuschalten, potentielle Konkurrenten fernzuhalten und so auch auf diesem Markt eine beherrschende Stellung zu erlangen. Fälle dieser Art sollten in die Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB einbezogen werden. Zu § 26 Abs. 2 GWB (Verbot des Mißbrauchs marktbeherrschender Macht durch tatsächliches Verhalten) liegt bereits eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vor, die in diesem Sinne verstanden werden kann. Der Bundesgerichtshof hat ausgeführt¹⁾:

„Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen verbietet in § 26 Abs. 2 den . . . marktbeherrschenden Unternehmen . . . um ihrer . . . Machtstellung willen gewisse Verhaltensweisen, die es anderen Unternehmen grundsätzlich nicht verbietet. Aus dieser Anknüpfung des Diskriminierungsverbots an eine Machtstellung ist mit dem Bundeskartellamt zu folgern, daß das Verbot nur für den Markt gelten kann, auf dem die Machtstellung besteht oder sich auswirkt. Das Diskriminierungsverbot wird also durch ein marktbeherrschendes Unternehmen nur dann verletzt, wenn die marktbeherrschende Stellung des diskriminierenden Unternehmens gerade auf dem Markt besteht oder sich auswirkt, auf dem das betroffene Unternehmen behindert oder unterschiedlich behandelt wird.“

(3.) Der Begriff des Mißbrauchs, von dem § 22 GWB ausgeht, bedarf nach Auffassung der Bundesregierung keiner gesetzlichen Regelung. Er kann aus dem Schutzzweck des § 22 GWB abgeleitet werden. Zum Beispiel in Artikel 2 des oben (Abschnitt 3.2.) bereits erwähnten belgischen Gesetzes zum Schutz gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung ist der Begriff des Mißbrauchs wie folgt umschrieben:

„Ein Mißbrauch im Sinne dieses Gesetzes liegt vor, wenn eine oder mehrere Personen, die eine wirtschaftliche Machtstellung innehaben, das allgemeine Interesse durch Verhaltensweisen verletzen, welche das normale Spiel des Wettbewerbs verfälschen oder beschränken oder welche die wirtschaftliche Freiheit der Hersteller, der Händler oder Verbraucher oder die Entwicklung der Produktion oder des Wirtschaftsverkehrs behindern.“

Eine der wichtigsten Aufgaben der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen liegt darin, den Zugang zum Markt für andere Unternehmen offenzuhalten.

3.4. Weitere Vorschläge zu § 22

(1.) Interessierte Kreise der Öffentlichkeit haben geltend gemacht, daß der Anknüpfungspunkt

¹⁾ Urteil vom 7. November 1960 — KZR 1/60 —, abgedruckt in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen Band 33, S. 259 ff., sowie in der Entscheidungssammlung der Zeitschrift „Wirtschaft und Wettbewerb“ unter BGH 407 ff.

„Marktbeherrschung“ nicht ausreiche, um alle Fälle einer für den Wettbewerb schädlichen Ausnutzung wirtschaftlicher Macht zu erfassen. Es ist vorgeschlagen worden, Befugnisse der Kartellbehörde bereits für den Fall vorzusehen, daß Großunternehmen durch nicht marktbeherrschende „Wirtschafts- und Finanzmacht“ eine den Wettbewerb verfälschende Situation auf den Märkten schaffen (siehe unten, Abschnitt 6.2.).

Wie bereits oben (Abschnitt 3.1., zu 4.) ausgeführt worden ist, liegt dem Begriff „Marktbeherrschung“ in § 22 Abs. 1 und 2 GWB die Vorstellung zugrunde, daß eine Kontrolle wirtschaftlicher Macht in wettbewerbspolitischer Sicht an Positionen anknüpfen hat, denen gegenüber ein wesentlicher Wettbewerb nicht oder nicht mehr besteht¹⁾. An diesem Grundsatz ist festzuhalten. Gleichwohl ergeben sich in diesem Zusammenhang folgende Überlegungen über eine Ergänzung des § 22 GWB:

Starke wirtschaftliche Macht neigt oft dazu, sich zu einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 22 Abs. 1 oder 2 GWB auszuweiten. Der Hauptfall ist die gezielte Unterbietung von Wettbewerbern zu dem Zweck oder mit der Wirkung, ein Monopol zu begründen. Er ist zum Beispiel in Artikel 60 § 1 des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (Montanvertrag) berücksichtigt, wonach „auf dem Gebiet der Preise“ unter anderem verboten sind

„die Praktiken unlauteren Wettbewerbs, vor allem die nur vorübergehenden oder nur örtlichen Preissenkungen, die auf Erlangung einer Monopolstellung innerhalb des Gemeinsamen Marktes gerichtet sind“.

Ein ähnliches Verbot findet sich unter anderem im amerikanischen Antitrustrecht, in dem darüber hinaus jeglicher Versuch der Monopolisierung verboten ist.

Unter der einschränkenden Voraussetzung, daß der Zweck oder die Wirkung der Monopolisierung gegeben sein muß, könnte in § 22 GWB auch die mißbräuchliche Ausnutzung nicht marktbeherrschender wirtschaftlicher Macht erfaßt werden. Die Bundesregierung hält diese Ergänzung für wettbewerbspolitisch erwünscht.

(2.) Es ist ferner angeregt worden, dem Gedanken der öffentlichen mündlichen Verhandlung in den Vorschriften über marktbeherrschende Unternehmen mehr Geltung zu verschaffen.

In § 61 Abs. 1 GWB ist bestimmt, daß die Einspruchsabteilung über den Einspruch gegen eine Verfügung des Bundeskartellamtes „auf Grund öffentlicher mündlicher Verhandlung“ entscheidet. Das gilt auch für alle Verwaltungsverfahren nach den §§ 22 bis 24 GWB, weil für sie nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 c) GWB ausschließlich das Bundeskartellamt

¹⁾ Siehe dazu den oben, Abschnitt 3.2., zu 1., wiedergegebenen Teil des Schriftlichen Berichts des Ausschusses für Wirtschaftspolitik zu § 17 des Entwurfs (§ 22 GWB) sowie Abschnitt E. I. des Schriftlichen Berichts, a. a. O., Berichterstatter: Abgeordneter Dr. Hellwig.

zuständig ist. Eine öffentliche mündliche Verhandlung ist also insoweit, nämlich in der zweiten Verwaltungsinstanz, bereits vorgesehen.

Nach Auffassung der Bundesregierung empfiehlt es sich, in den Fällen des § 22 GWB auch im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren vor den Beschlußabteilungen des Bundeskartellamtes eine öffentliche mündliche Verhandlung zu ermöglichen. § 53 Abs. 1 GWB („Die Kartellbehörde hat den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben und sie auf Antrag eines Beteiligten zu einer mündlichen Verhandlung zu laden.“) sollte entsprechend ergänzt werden. Die Möglichkeit, daß durch eine öffentliche mündliche Verhandlung wichtige Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse gefährdet werden könnten, wäre in § 53 Abs. 1 neuer Fassung zu berücksichtigen.

Auch im Ausland, insbesondere auch in den neueren Gesetzen gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht, ist die Publizität, unter anderem in der Form einer öffentlichen mündlichen Verhandlung („Hearing“), ein bevorzugtes Mittel der Mißbrauchsaufsicht.

3.5. Vorschläge zur Verbesserung des § 23

(1.) Die Erfahrungen mit der Anzeigepflicht in § 23 Satz 1 GWB haben gezeigt, daß es oft nicht möglich ist, rasch und sicher festzustellen, ob das Merkmal „Marktanteil von 20 vom Hundert oder mehr“ erfüllt ist. Ebenso wie bei der Ermittlung der Machtstellung eines Unternehmens am Markt (§ 22 Abs. 1 und 2 GWB) muß auch bei der Anwendung des relativen Begriffs „Marktanteil“ in jedem Einzelfall die Bezugsgrundlage, der relevante Markt, ermittelt werden (siehe oben, Abschnitt 2.3., zu 3.). Die Bundesregierung ist der Auffassung, daß bei den an einem Zusammenschluß beteiligten Unternehmen Rechtsunsicherheit vermieden und daß § 23 wirksamer gehandhabt werden könnte, wenn die Pflicht zur Anzeige außer an den Marktanteil wahlweise an die absolute Größe der beteiligten Unternehmen geknüpft werden würde.

Von den zahlreichen Anknüpfungspunkten, die sich denken lassen (Vermögen, Bilanzsumme, Grund- oder Stammkapital, Zahl der Beschäftigten, Umsatz, Zahl der Betriebsstätten), erscheinen die Merkmale: Umsatz, Zahl der Beschäftigten und Grund- oder Stammkapital oder Bilanzsumme als am besten geeignet; diese Daten sind leicht zu ermitteln und geben am wenigsten Anlaß zu Zweifeln. Um der unterschiedlichen Umsatzleistung sowie Arbeits- und Kapitalintensität der einzelnen Wirtschaftszweige Rechnung zu tragen, sollte vorgesehen werden, daß es genügt, wenn nur eines der drei Merkmale erfüllt ist.

Die zahlenmäßige Größe des relevanten Umsatzes, Personalbestandes und Grund- oder Stammkapitals oder der Bilanzsumme wäre so zu bemessen, daß nur bedeutende Konzentrationsvorgänge erfaßt würden. Dabei müßte in Kauf genommen werden, daß Zusammenschlüsse kleinerer Unternehmen nach wie vor nur durch das Merkmal „Marktanteil von 20 vom Hundert oder mehr“ erfaßt werden könnten.

Wenn zum Beispiel die Grenzen wie folgt gesetzt würden:

Umsatz: 100 Millionen Deutsche Mark oder mehr,
Zahl der Beschäftigten: 3000 oder mehr,
Grund- oder Stammkapital: 20 Millionen Deutsche Mark oder mehr oder Bilanzsumme: 75 Millionen Deutsche Mark oder mehr,

würden dadurch alle Unternehmensverbindungen erfaßt werden, die größtmäßig nach dem gegenwärtigen Stand schätzungsweise den 500 bis 600 größten deutschen Unternehmen entsprechen. Die Grenzen sollten eher höher als niedriger festgesetzt werden.

Die Bundesregierung verkennt nicht, daß die absolute Größe der an einem Zusammenschluß beteiligten Unternehmen über deren Marktstellung ohne weiteres nichts aussagt. Da jedoch auch im Interesse der beteiligten Unternehmen praktikable Anknüpfungspunkte für die Anzeige gefunden werden müssen, da ferner die absoluten Größenmerkmale zahlenmäßig so bemessen werden sollten, daß sie nur Zusammenschlüsse erfassen, an denen bedeutende Unternehmen beteiligt sind und bei denen die Möglichkeit, daß sie zu einem hohen Marktanteil führen, besonders nahe liegt, und da schließlich die betroffenen Unternehmen durch die Pflicht zur nachträglichen Anzeige des Zusammenschlusses nicht wesentlich belastet werden, hält die Bundesregierung die vorgeschlagene Regelung für gerechtfertigt.

(2.) Die Bundesregierung regt ferner an, in § 23 Satz 1 neuer Fassung folgende **Konzernklausel** vorzusehen:

„Ist ein am Zusammenschluß beteiligtes Unternehmen ein Konzernunternehmen im Sinne des § 15 des Aktiengesetzes, so sind für die Berechnung des Marktanteils alle Konzernunternehmen als einheitliches Unternehmen anzusehen.“

Dieser Vorschlag wiederholt einen Gedanken, der bereits in § 22 Abs. 5 GWB Ausdruck gefunden hat. Im Konzern richtet das einzelne Konzernunternehmen sein geschäftliches Verhalten regelmäßig nach der Marktpolitik der Konzernleitung aus. Diese Eigenart der konzernmäßigen Verflechtung rechtfertigt es, bei der Ermittlung der Marktstellung eines Konzernunternehmens auch die Stellung der anderen Konzernunternehmen auf diesem Markt zu berücksichtigen. Bei dem Zusammenschluß eines Konzernunternehmens mit einem anderen Unternehmen wäre also zum Beispiel bei der Prüfung, ob die beteiligten Unternehmen einen Marktanteil von 20 vom Hundert oder mehr erreichen, der Marktanteil aller Konzernunternehmen und der Marktanteil des anderen Unternehmens zu berücksichtigen¹⁾.

Für die vorgeschlagenen absoluten Größenmerkmale sollte jedoch auf die Einbeziehung der Kon-

¹⁾ Nach dem Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes, der dem Deutschen Bundestag zur Zeit vorliegt, soll auch der Konzernbegriff in § 15 des geltenden Gesetzes umgestaltet werden. § 22 Abs. 5 und § 23 Satz 2 Nr. 5 GWB sowie die hier vorgeschlagene Ergänzung des § 23 Satz 1 GWB wären zu gegebener Zeit entsprechend zu ändern.

zernunternehmen verzichtet werden. Da es für diese Merkmale nicht — wie für den Marktanteil — auf die Tätigkeit der beteiligten Unternehmen auf einem bestimmten Markt, sondern auf ihre Größe schlechthin ankommt, würde der Kreis der anzuzeigenden Zusammenschlüsse zu weit ausgedehnt werden, wenn auch insoweit die Konzernunternehmen berücksichtigt werden würden.

(3.) In § 23 Satz 1 neuer Fassung wäre ferner vorzusehen, daß bei der Berechnung des Umsatzes die Innenumsätze zwischen den beteiligten Unternehmen nicht mitzuzählen und daß Umsätze in fremder Währung nach dem amtlichen Kurs in Deutsche Mark umzurechnen sind.

(4.) Darüber hinaus sollte in § 23 ausdrücklich bestimmt werden, wer verpflichtet ist, die Anzeige vorzunehmen. Das erscheint insbesondere im Hinblick auf § 39 Abs. 1 Nr. 2 GWB erforderlich, wonach eine mit Geldbuße bedrohte Ordnungswidrigkeit begeht, wer die Anzeige nach § 23 nicht unverzüglich vornimmt oder dabei unrichtige oder unvollständige Angaben macht. Zur Vornahme der Anzeige sollten verpflichtet werden,

- „1. in den Fällen der Verschmelzung mit anderen Unternehmen die Inhaber des aufnehmenden oder des neugebildeten Unternehmens oder deren Vertreter, bei juristischen Personen oder Gesellschaften die nach Gesetz oder Satzung zur Vertretung berufenen Personen;
2. in den übrigen Fällen die Inhaber sämtlicher beteiligter Unternehmen oder deren Vertreter, bei juristischen Personen und Gesellschaften die nach Gesetz oder Satzung zur Vertretung berufenen Personen.“

(5.) Außerdem wäre durch eine entsprechende Ergänzung des § 23 sicherzustellen, daß die Kartellbehörde zusammen mit der Anzeige das **Mindestmaß an Auskünften** erhält, welches sie für eine zweckentsprechende Auswertung der Anzeige braucht. Die Bundesregierung hält für die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen folgende Angaben für erforderlich:

1. die Firma oder sonstige Bezeichnung und den Ort der Niederlassung oder den Sitz;
2. die Art des Geschäftsbetriebes;
3. die Form des Zusammenschlusses;
4. den Marktanteil, soweit die Größe erreicht ist, welche eine Anzeigepflicht auslöst;
5. die Zahl der Beschäftigten, den Umsatz sowie das Grund- oder Stammkapital oder die Bilanzsumme.

(6.) Zusätzlich sollte vorgesehen werden, daß die Kartellbehörde von den beteiligten Unternehmen Auskunft über ihre Umsätze auf einzelnen Märkten verlangen kann; denn für die Ermittlung der Marktstellung eines Unternehmens, das auf mehreren Märkten tätig ist, reicht die Kenntnis des Gesamtumsatzes nicht aus. Konzernunternehmen im Sinne des § 15 des Aktiengesetzes sollten verpflichtet sein, bei der Erteilung der Auskunft auch die Umsätze der anderen Konzernunternehmen auf die-

sem Markt mitzuteilen; die Kartellbehörde sollte diese Auskunft auch von den anderen Konzernunternehmen verlangen können. Diese Anregung entspricht der oben (zu 2.) vorgeschlagenen Konzernklausel. Im Interesse der von Auskunftsverlangen betroffenen Unternehmen sollte eine Regelung entsprechend § 46 Abs. 5, 8 und 9 GWB vorgesehen werden.

3.6. Vorschläge zur Verbesserung des § 24

Im Zusammenhang mit den zu § 23 vorgeschlagenen Änderungen erscheint es auch als erforderlich, die in § 24 GWB geregelten Befugnisse der Kartellbehörde auszugestalten. In der geltenden Fassung des § 24 ist vorgesehen, daß die Kartellbehörde die Beteiligten zu einer mündlichen Verhandlung oder zu einer schriftlichen Äußerung „über den Zusammenschluß“ auffordern kann. Diese Befugnis sollte in einer Neufassung des § 24 konkretisiert werden. Bei Zusammenschlüssen, die erwarten lassen, daß die beteiligten Unternehmen dadurch eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 22 Abs. 1 oder 2 GWB erlangen oder daß dadurch eine marktbeherrschende Stellung verstärkt wird, sollte die Kartellbehörde von den beteiligten Unternehmen Auskunft über Grund, Zweck und wirtschaftliche Wirkungen des Zusammenschlusses sowie über die Entwicklung ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse nach dem Zusammenschluß verlangen können. Insbesondere die Entwicklung des Marktanteils, des Umsatzes und des Verhältnisses der beteiligten Unternehmen zu ihren Lieferanten und Abnehmern müßte die Kartellbehörde beobachten können. Das wäre nötig, damit sie auf dem Gebiet der Unternehmenskonzentration volle Übersicht gewinnen könnte (siehe oben, Abschnitt 3.1., zu 1.). Außerdem sollte die in § 24 vorgesehene mündliche Verhandlung über den Zusammenschluß öffentlich sein. Auch in § 24 neuer Fassung sollte im Interesse der betroffenen Unternehmen eine Regelung entsprechend § 46 Abs. 5, 8 und 9 GWB vorgesehen werden.

4. Sollten die vorgeschlagenen Änderungen der §§ 22 bis 24 GWB eingeleitet werden, bevor die Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft auf Grund des Gesetzes vom 31. Dezember 1960 (Konzentrationsenquete) abgeschlossen ist?

Nach § 1 Abs. 2 des Gesetzes über die Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft vom 31. Dezember 1960 (siehe oben, Abschnitt 1.3.1.) soll die Enquete „der Klärung der Marktstellung der Unternehmen und Unternehmensverbindungen in den verschiedenen Wirtschaftsbereichen dienen“. Im Rahmen dieser Zielsetzung sind insbesondere zu ermitteln:

- „1. Die Entwicklung der Unternehmen nach kleinen, mittleren und großen Betriebs- und Unternehmenseinheiten und die Veränderungen innerhalb von Größenklassen,
2. Entwicklung, Art und Ausmaß von Unternehmensverbindungen,

3. die hauptsächlichen Ursachen und Erscheinungsformen der zu Nummer 1 und 2 festgestellten Vorgänge,
4. die Wettbewerbsbedingungen für verschiedene Unternehmensgrößen unter Berücksichtigung des internationalen Wirtschaftsverkehrs.“

Die Enquete wird das Erscheinungsbild der Konzentration aufhellen und Schlüsse auf zweckmäßige strukturpolitische Maßnahmen erlauben. In wettbewerbspolitischer Sicht dürfte die Konzentrationsenquete — zusätzlich zu den Erfahrungen mit den §§ 22 bis 24 — Aufschluß über die Verbreitung marktbeherrschender Unternehmen und Unternehmensverbindungen sowie über Tendenzen zur Monopolisierung von Märkten geben. Der Gedanke, die ersten Erfahrungen des Bundeskartellamtes mit dem Ergebnis der Konzentrationsenquete zu verbinden (und zwar auch, wenn eine Umgestaltung der §§ 23 und 24 GWB im Grundsätzlichen zunächst nicht beabsichtigt wird), liegt daher nahe. Da indessen die Frist für die Erstattung des schriftlichen Berichts über das Ergebnis der Konzentrationsenquete am 30. April 1963 abläuft (§ 6 in Verbindung mit § 13 des Gesetzes über eine Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft), dürfte auch dann noch Gelegenheit dazu bestehen, das Ergebnis der Enquete zu verwerten, wenn die von der Bundesregierung vorgeschlagenen Änderungen der §§ 22 bis 24 GWB sofort eingeleitet werden.

5. Ist die Bundesrepublik durch den Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag) gehalten, bei einer Änderung der §§ 22 bis 24 GWB bestimmte Grundsätze zu beachten?

Die Wettbewerbsregeln in den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrages¹⁾ betreffen Wettbewerbsbeschränkungen, die geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Artikel 86 verbietet „die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen“. Insoweit wird das Recht der Mitgliedstaaten vom zwischenstaatlichen Recht überlagert.

Soweit für die Anwendung nationalen Rechts Raum ist, sind die Mitgliedstaaten — vorbehaltlich des Artikels 100 EWG-Vertrag — nicht verpflichtet, ihre nationalen Gesetze den Vorschriften des EWG-Vertrages anzupassen. Artikel 100 EWG-Vertrag (Harmonisierung der Rechtsvorschriften) enthält eine „Gemeinsame Regel“ für die „Politik der Gemeinschaft“, wonach der Rat Richtlinien für die Angleichung derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten erlassen kann, die sich

¹⁾ Siehe auch die Verordnung Nr. 17 des Rates der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft — Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages — vom 6. Februar 1962.

unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken.

Gleichwohl mag es als erwünscht erscheinen, daß auf dem Gebiet der §§ 22 bis 24 GWB Regelungen, die vom Recht der Gemeinschaft wesentlich abweichen, nicht getroffen werden. Indessen könnte ein Gegensatz zum deutschen Recht nur eintreten, wenn im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom reinen Prinzip der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen abgegangen und zusätzlich zur Mißbrauchsaufsicht etwa ein Zustimmungsverfahren bei Zusammenschlüssen von Unternehmen eingeführt werden würde; denn sowohl Artikel 86 des EWG-Vertrages als auch die entsprechenden nationalen Gesetze der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft sehen lediglich eine Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen vor¹⁾.

Hingegen würde das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch die zu § 22 Abs. 3 vorgeschlagene Generalklausel (siehe oben, Abschnitt 3.3.) dem Artikel 86 EWG-Vertrag sogar angeglichen werden; denn die Generalklausel entspräche dem Anwendungsbereich des Artikels 86 Abs. 2 EWG-Vertrag mehr als die geltende Fassung des § 22 Abs. 3. Diese erfaßt nämlich zum Beispiel die in Artikel 86 Abs. 2 Buchstaben b und c EWG-Vertrag vorgesehenen Fälle eines mißbräuchlichen Verhaltens nicht; hingegen würde die vorgeschlagene Generalklausel auch sie erfassen. Die übrigen Vorschläge zu § 22 GWB (siehe oben, Abschnitt 3.4.) laufen den Bestimmungen im EWG-Vertrag auch nicht zuwider.

Die zu den §§ 23 und 24 GWB vorgeschlagenen Änderungen (siehe oben, Abschnitte 3.5 und 3.6.) werfen im vorliegenden Zusammenhang keine Fragen auf, weil es sich dabei nur um Vorschriften zur besseren Beobachtung der Konzentrationsbewegung handelt.

¹⁾ Artikel 86 EWG-Vertrag lautet:

„Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ist die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Dieser Mißbrauch kann insbesondere in folgendem bestehen:

- a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;
- c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
- d) der an den Abschluß von Verträgen geknüpften Bedingung, daß die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.“

6. Die Auffassungen der interessierten Kreise der Öffentlichkeit

Die folgende Darstellung beruht auf den schriftlichen Stellungnahmen von 23 Wirtschaftsverbänden und anderen Organisationen (im folgenden: Verbände), die sich auf Ersuchen der Bundesregierung hin zu den §§ 22 bis 24 GWB geäußert haben.

6.1. Überblick

Die Äußerungen sind sehr vielfältig. Sie reichen von der strikten Ablehnung jeglicher Änderung der §§ 22 bis 24 GWB (so vor allem der Bundesverband der Deutschen Industrie) bis zu Vorschlägen, die eine starke Erweiterung der Mißbrauchsaufsicht nach § 22 sowie ein Erlaubnisverfahren bei Zusammenschlüssen von Unternehmen vorsehen (so vor allem die Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft). Grob eingeteilt, lassen sich drei Gruppen von Meinungen unterscheiden, denen die einzelnen Verbände wie folgt zugeordnet werden können:

1. Die §§ 22 bis 24 sollten überhaupt nicht oder nicht schon nach einem so kurzen Erfahrungszeitraum, insbesondere nicht vor Abschluß der Konzentrationsenquete, geändert werden:

Arbeitsgemeinschaft der Lebensmittel-Filialbetriebe,
 Bundesarbeitsgemeinschaft der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels,
 Bundesverband der Deutschen Industrie,
 Bundesverband des Deutschen Versandhandels,
 Deutscher Genossenschaftsverband (Schulze-Delitzsch),
 Deutscher Industrie- und Handelstag,
 Rat des Deutschen Handels,
 Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht²⁾,
 Zentralausschuß der Deutschen Landwirtschaft,
 Zentralverband des genossenschaftlichen Groß- und Außenhandels.

2. Meinungen, die im Gegensatz dazu stehen: Die §§ 22 bis 24 sollten sofort gründlich verschärft werden, wobei auch vorgesehen werden sollte, bestimmte Zusammenschlüsse von Unternehmen von der Zustimmung der Kartellbehörde abhängig zu machen:

Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft,
 Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer,
 Deutscher Beamtenbund,
 Gesamtverband des Deutschen Groß- und Außenhandels,

²⁾ Dieser Verband hat sich auf die Äußerung beschränkt, daß eine Änderung der Vorschriften über marktbeherrschende Unternehmen „im Hinblick auf gewerbliche Schutzrechte“ nicht erforderlich sei.

Deutscher Gewerkschaftsbund,
Zentralverband des Deutschen Handwerks,
Zentralverband Deutscher Konsumgenossenschaften.

3. Meinungen, die in der Mitte liegen: Die §§ 22 bis 24 GWB sollten oder könnten schon jetzt verbessert oder verschärft werden; jedoch sollte über durchgreifende Änderungen, insbesondere die Einführung eines Zustimmungsverfahrens bei Zusammenschlüssen erst entschieden werden, wenn weitere Erfahrungen oder wenn die Ergebnisse der Konzentrationsenquete vorliegen:

Deutsche Angestellten-Gewerkschaft,
Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände,
Centralvereinigung Deutscher Handelsvertreter- und Handelsmakler-Verbände,
Christlicher Gewerkschaftsbund Deutschland,
Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels,
Zentralverband gewerblicher Einkaufsvereinigungen des Handels.

6.2. Darstellung der Auffassungen

Am weitesten auseinander liegen die Auffassungen des Bundesverbandes der Deutschen Industrie und der Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft.

Der *Bundesverband der Deutschen Industrie* begründet seine ablehnende Haltung gegenüber einer verschärfenden Novellierung der §§ 22 bis 24 GWB im wesentlichen mit folgenden Erwägungen:

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und mit ihm die Vorschriften über marktbeherrschende Unternehmen seien nach siebenjährigen eingehenden Beratungen verabschiedet worden. Überzeugende Gründe, die eine Änderung schon nach vier Jahren Geltungsdauer rechtfertigen könnten, seien nicht ersichtlich. Die bisher vorgebrachten Novellierungsvorschläge schienen lediglich die im Jahre 1957 mit der Verabschiedung des Gesetzes abgeschlossene Debatte mit den damals ausgiebig diskutierten Argumenten wieder aufnehmen zu wollen.

Dies sei auch aus der Begründung zu schließen, mit der das Bundeskartellamt in seinem Tätigkeitsbericht für das Jahr 1960¹⁾ eine „Genehmigungspflicht“ für kapitalmäßige Zusammenschlüsse empfohlen habe. Das Vertrauen der Unternehmer, die langfristig planen und investieren müßten, auf die Beständigkeit der Wettbewerbsordnung würde aber erschüttert werden, wenn der Gesetzgeber sich bereits nach so kurzer Zeit erneut mit dem Gesetz beschäftigen würde.

Die bisher bekanntgewordenen Vorschläge zur Verschärfung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen beruhten vorwiegend auf einseitigen

theoretischen Überlegungen, Annahmen und Vermutungen, dagegen kaum auf fundierten und breiten praktischen Erfahrungen. Eine Entscheidung des Gesetzgebers setze aber eine umfassende Klärung der Tatsachen voraus, die auf dem Gebiet der Konzentration noch fehle. Eine Übersicht über die Konzentration in der Wirtschaft solle das Enquetegesetz vom 31. Dezember 1960 erst schaffen. Dieses Gesetz und die anlaufenden Untersuchungen würden sich weitgehend als überflüssig erweisen, wenn auf Grund von — zumeist vorgefaßten — Meinungen ein bestimmtes Untersuchungsergebnis bereits jetzt unterstellt und zum Anlaß für die Einführung einer behördlichen Interventionsbefugnis gemacht werden würde.

Besonderes Gewicht legt der Bundesverband der Deutschen Industrie auf die rechtlichen und praktischen Gesichtspunkte, die sich nach seiner Auffassung aus der Mitgliedschaft der Bundesrepublik in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft ergeben:

Eine Weiterentwicklung der §§ 22 bis 24 GWB sei — so meint er zunächst — mit den Zielsetzungen und Erfordernissen der Integration der europäischen Wirtschaft unvereinbar. Das gelte in ganz besonderem Maße wegen der Problematik, die sich aus der Konkurrenz zwischen Artikel 86 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag) und den nationalen Vorschriften gegen marktbeherrschende Unternehmen ergebe. Mindestens für Unternehmen, deren marktbeherrschende Stellung sich nicht eindeutig auf den Hoheitsbereich eines einzelnen Mitgliedstaates beschränken lasse, umfasse der Anwendungsbereich des Artikels 86 auch den von § 22 GWB geregelten Tatbestand. Darüber hinaus sei es sehr zweifelhaft, ob nicht bereits eine Marktbeherrschung, welche sich ausschließlich auf den Hoheitsbereich eines einzelnen Mitgliedstaates erstreckte, die Anwendbarkeit des Artikels 86 auslöse. Denn Artikel 86 setze nicht eine beherrschende Stellung auf dem gesamten Gemeinsamen Markt voraus, sondern lasse eine partielle Marktbeherrschung genügen. Die völlige oder zumindest nahezu vollständige Überlagerung des § 22 durch Artikel 86 habe zunächst die „rechtlich unvertretbare Folge“, daß ein und derselbe Tatbestand durch zwei verschiedene Gesetze geregelt werde und daß für seine Untersuchung zwei verschiedene Behörden, die zu widersprechenden Entscheidungen kommen könnten, zuständig seien. Hiervon abgesehen, könne die Durchführung von Entscheidungen der deutschen Kartellbehörde unter Beschränkung auf den deutschen Hoheitsbereich den Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft verletzen, da es dem marktbeherrschenden Unternehmen sowohl nach dem allgemeinen Diskriminierungsverbot in Artikel 7 als auch nach dem besonderen Diskriminierungsverbot in Artikel 86 Abs. 2 c) untersagt sei, in den verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen anzuwenden. Die Entscheidung habe mithin übernationale Bedeutung und sollte deshalb der übernationalen Behörde vorbehalten sein.

Überdies — so meint der Bundesverband der Deutschen Industrie in diesem Zusammenhang wei-

¹⁾ a. a. O., Seite 8 und 107 ff.

ter — würden durch eine Verschärfung der §§ 22 bis 24 GWB die Startbedingungen der deutschen Industrie im Verhältnis zu ihren europäischen Wettbewerbern weiter verschlechtert werden. In den übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft wie in der gesamten freien Welt sei die wirtschaftliche Zusammenarbeit der Unternehmen gesetzlich entweder garnicht oder kaum erschwert. Zusammenschlüsse vollzögen sich zur Zeit nicht nur in Deutschland, sondern überall in der westlichen Welt, in besonders starkem Maße in Großbritannien und in Frankreich. Sie verfolgten vorwiegend den Zweck, Unternehmenseinheiten in konkurrenzfähiger Größenordnung für die internationalen Märkte zu schaffen. Darüber hinaus hätten einige Länder, wie Frankreich, Belgien und Italien, sogar steuerliche und sonstige Erleichterungen geschaffen, um die vertragliche Kooperation sowie kapitalmäßige Zusammenschlüsse zu fördern und damit die Produktivität und Wettbewerbskraft ihrer Wirtschaft zu erhöhen. Die deutsche Kartellpolitik wirke sich also schon jetzt nachteilig auf die internationale Konkurrenzfähigkeit der deutschen Industrieunternehmen aus. Um so weniger dürfe der Industrie die verschiedentlich erwogene Einführung einer „Erlaubnispflicht“ für Zusammenschlüsse zugemutet werden. Dabei dränge sich vor allem folgender Gesichtspunkt auf: Der deutsche Gesetzgeber habe konsequenterweise durch die Bestimmung des § 98 Abs. 2 GWB¹⁾ das allgemeine Kartellverbot auch auf ausländische Absprachen erstreckt, soweit sie sich im Inland auswirkten. Eine solche Regelung sei in der Tat geboten, solange der Schutz des deutschen Marktes in Frage stehe. Es ergebe sich also die sehr naheliegende Frage, wie der deutsche Markt vor Unternehmenszusammenschlüssen geschützt werden solle, die sich außerhalb der Deutschen Grenzen vollzögen. Glaubten die Verfechter einer Erlaubnispflicht für Zusammenschlüsse, auf den Schutz verzichten zu können mit der notwendigen Folge, daß nunmehr ausländischen Großunternehmen die Beherrschung des deutschen Marktes erleichtert würde? Oder glaubten sie, ihre eigene Konzeption auf weltweiter Ebene verwirklichen zu können? Die Einführung einer Erlaubnispflicht für Zusammenschlüsse sei ferner deshalb praktisch überflüssig, weil die angebliche „Konzentrationsgefahr“ im europäischen Rahmen völlig anders zu beurteilen sei als auf nationaler Ebene.

Der Bundesverband der Deutschen Industrie wendet gegen die Einführung eines Genehmigungsverfahrens bei Zusammenschlüssen von Unternehmen ferner ein:

Der von manchen Volkswirten vertretene Standpunkt, daß ein erhöhter Konzentrationsgrad eine Verminderung des Wettbewerbs zur Folge habe, entspreche dem klassischen Modelldenken, werde aber durch die Praxis nicht bestätigt. Die Bereitschaft zum Wettbewerb und die Wettbewerbsinten-

¹⁾ § 98 Abs. 2 GWB lautet:

„(2) Dieses Gesetz findet Anwendung auf alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes auswirken, auch wenn sie außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes veranlaßt werden.“

sität seien nicht von der Größe eines Unternehmens oder der Zahl der Marktbeteiligten abhängig. Es komme nicht auf die Marktform, sondern auf die Verhaltensweise, die technische Entwicklung, die Substitutionslage und so weiter an.

Es sei bisher nicht gelungen, auch nur annähernd sichere Maßstäbe für die Konzentrationsmessung zu entwickeln. Die Abgrenzung des räumlich und sachlich relevanten Marktes stoße jeweils auf unüberbrückbare Schwierigkeiten. Hilfslösungen, wie die vom Bundeskartellamt vorgeschlagene Messung der absoluten Größe von Unternehmen nach Kapital, Beschäftigtenzahl und Umsatz, gäben für eine monopolrechtliche Beurteilung keinen Aufschluß.

Erst recht fehle es an Maßstäben dafür, wo eine übermäßige oder volkswirtschaftlich unerwünschte Konzentration beginne. Die optimale Unternehmens- oder Betriebsgröße sei, da sie sich objektiv nicht bestimmen lasse, kein geeignetes Kriterium.

Nach den marktwirtschaftlichen Prinzipien müsse die Entscheidung über Zusammenschlüsse den Unternehmen selbst überlassen bleiben.

Ein Genehmigungsverfahren für Zusammenschlüsse würde die Behörde überfordern und wäre auch mit Rücksicht auf die damit zwangsläufig verbundenen Verzögerungen unerträglich. Die Veräußerung oder der Erwerb eines Unternehmens oder von Anteilen an Unternehmen erfordere oft rasche Entscheidungen, wenn Schäden, Verluste oder Spekulationen vermieden werden sollten. Bevor sich eine Behörde aber eine einigermaßen sachgerechte Entscheidung zutraue, würden nach den bisherigen Erfahrungen Monate und Jahre vergehen. Das würde bedeuten, daß ein Genehmigungsverfahren bei Zusammenschlüssen sich in der Praxis prohibitiv auswirken würde.

Der Tendenz zu unerwünschter Konzentration könne wirkungsvoller durch indirekte Maßnahmen, insbesondere durch die bereits eingeleitete Reform des Gesellschaftsrechts sowie durch steuer- und kreditpolitische Eingriffe begegnet werden.

Im schärfsten Gegensatz zur Auffassung des Bundesverbandes der Deutschen Industrie steht die Stellungnahme der Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft.

Nach Ansicht der *Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft* setzt eine erfolgreiche Wettbewerbspolitik in besonders hohem Maße eine grundsätzliche, in sich geschlossene Entscheidung für die Ordnungsprinzipien der Marktwirtschaft voraus. Wenige Rechtsnormen wirkten so unmittelbar und so tiefgreifend auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen wie das Recht der Wettbewerbsbeschränkung. Das geltende Recht sei dadurch gekennzeichnet, daß es Wettbewerbsbeschränkungen durch Kartelle grundsätzlich verbiete, Wettbewerbsbeschränkungen durch Unternehmenszusammenschlüsse hingegen überhaupt nicht und systemwidriges Verhalten von Unternehmen mit Marktmacht nur unzulänglich erfasse. Eine solche Regelung müsse den Erwerb und die Ausnutzung von Marktmacht mit Hilfe der vom Gesetz nicht erfaßten Formen der Wettbewerbsbeschränkung begünstigen und die-

jenigen Unternehmen benachteiligen, denen ein Marktverhalten dieser Art unmöglich sei. Die Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft sieht „die Aufgabe einer Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im wesentlichen darin, dieses Ungleichgewicht des geltenden Rechts zu beseitigen oder zu mildern“. Dazu sei es erforderlich,

den Tatbestand der Marktbeherrschung neu abzugrenzen,

die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen zu verschärfen und

der Entstehung marktbeherrschender Unternehmen entgegenzuwirken.

Sie schlägt folgende Neufassung des § 22 Abs. 1 bis 3 und des § 23 GWB vor:

„§ 22

(1) Marktbeherrschend im Sinne dieses Gesetzes ist ein Unternehmen, das für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist. Marktbeherrschend ist auch ein Unternehmen, das auf einem Markt den Zugang neuer Unternehmer verhindern oder Wettbewerber vom Markt ausschließen kann.

(2) unverändert

(3) Die Kartellbehörde hat gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen die in Absatz 4 genannten Befugnisse, soweit diese Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzen, insbesondere

- a) bei Abschluß von Verträgen ihre Marktstellung beim Fordern oder Anbieten von Preisen oder bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen mißbräuchlich ausnutzen oder
- b) durch mißbräuchliche Ausnutzung ihrer Marktstellung den Abschluß von Verträgen davon abhängig machen, daß der Vertragsgegner sachlich oder handelsüblich nicht zugehörige Waren oder Leistungen abnimmt.

§ 23

(1) Ein Zusammenschluß von zwei oder mehreren Unternehmen ist der Kartellbehörde anzuzeigen, sofern eines der an dem Zusammenschluß beteiligten Unternehmen in den letzten drei Jahren vor dem Zusammenschluß ein steuerpflichtiges Gewerbekapital (§ 12 Gewerbesteuergesetz) von mehr als zehn Millionen DM oder einen Umsatz von mehr als fünfzig Millionen DM hatte.

(2) Der Zusammenschluß darf durchgeführt werden, wenn

- a) seit der Anzeige drei Monate verstrichen sind und das Bundeskartellamt innerhalb dieser Frist kein Verfahren nach § 23 b eröffnet,
- b) das Bundeskartellamt der Durchführung vor Ablauf von drei Monaten zustimmt.

(3) Soweit die Voraussetzungen des Absatzes 1 bei einem Konzern im Sinne des § 15 des Aktiengesetzes vorliegen, gilt diese Vorschrift für jedes Konzernunternehmen.

§ 23 a

(1) Das Bundeskartellamt leitet ein Erlaubnisverfahren ein, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß der Zusammenschluß die Voraussetzungen des Absatzes 2 erfüllt.

(2) Das Bundeskartellamt muß die Erlaubnis zu einem Zusammenschluß erteilen, wenn es feststellt, daß die zusammengeschlossenen Unternehmen durch den Zusammenschluß nicht die Stellung eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von § 22 Abs. 1 erhalten würden und der Zusammenschluß aus überwiegenden Gründen der Wirtschaftlichkeit und privatwirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der zusammengeschlossenen Unternehmen geboten ist. Überwiegende Gründe der Wirtschaftlichkeit der privatwirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sind nur anzunehmen, wenn ein vergleichbarer Erfolg auf andere Weise nicht erreicht werden kann und dieser Erfolg die Nachteile, die aus der marktbeherrschenden Stellung zu besorgen sind, wesentlich überwiegt.

(3) Absatz 1 gilt entsprechend, falls ein an dem Zusammenschluß beteiligtes Unternehmen bereits eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 22 Abs. 1 hat und diese Stellung durch den Zusammenschluß verstärkt wird.

(4) Ist eines der zusammenschließenden Unternehmen ein Konzernunternehmen im Sinne des § 15 des Aktiengesetzes, so sind für die Vorschriften der Absätze 1 bis 3 alle Konzernunternehmen als einheitliches Unternehmen anzusehen.

§ 23 b

(1) Als Zusammenschluß im Sinne der §§ 23 und 23 a gelten

1. Erwerb des Eigentums oder eines dinglichen Nutzungsrechts an Betriebsstätten anderer Unternehmen;
2. Miete und Pacht von Betriebsstätten anderer Unternehmen;
3. Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge über Betriebsstätten anderer Unternehmen;
4. Erwerb des Vermögens anderer Unternehmen und Erwerb des Nießbrauchs an anderen Unternehmen;
5. Verschmelzung mit anderen Unternehmen;
6. Abschluß von Gewinngemeinschaftsverträgen mit anderen Unternehmen;
7. jedes Rechtsgeschäft, durch das sich ein Unternehmen der Leitung eines anderen Unternehmens unterstellt (Beherrschungsvertrag);
8. der Erwerb von Anteilsrechten jeder Art, sofern diese Anteilsrechte für sich allein oder in Verbindung mit einem Tatbestand der Ziff. 1 bis 6 die Möglich-

keit gewähren, das andere Unternehmen zu beherrschen oder sein Verhalten im Wettbewerb maßgeblich zu beeinflussen.

(2) Der Erwerb von Anteilsrechten im Sinne der Ziff. 8 ist unter der Voraussetzung des § 23 stets anzuzeigen, wenn der Erwerb der Anteilsrechte ausreichende Stimmrechte gewährt, um eine Satzungsänderung bei einem anderen Unternehmen zu verhindern."

Zur Begründung dieses Formulierungsvorschlages führt die Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft im wesentlichen aus:

Die Bestimmung des Begriffs „marktbeherrschendes Unternehmen“ in § 22 Abs. 1 GWB sei zu eng. Das wettbewerbspolitisch wichtigste Element der Marktmacht sei die Fähigkeit eines Unternehmens, den Zugang zum Markt zu beherrschen. Diesen Gedanken berücksichtige § 22 Abs. 1 Satz 2 der vorgeschlagenen Neufassung.

Nach § 22 geltender Fassung werde ein Unternehmen, das einen Markt für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen beherrsche, nur insoweit als „marktbeherrschendes Unternehmen“ behandelt, als es auf diesem Markt tätig werde. Auf anderen Märkten, auf denen es nicht marktbeherrschend sei, unterliege es nicht der Mißbrauchsaufsicht. Diese Regelung sei unbefriedigend; denn wenn ein Unternehmen auf einem Markt marktbeherrschend sei, habe es auch auf den Konkurrenzmärkten leistungsfremde Vorsprünge. Das gelte insbesondere für die vertikale Konzentration. Diese ermögliche mißbräuchliches Verhalten im Wettbewerb, wenn das integrierte Unternehmen auf einer Stufe über Marktmacht verfüge, während auf den anderen Stufen die Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 nicht vorlägen. Gerade auf diesen Märkten könne aber das integrierte Unternehmen die Wettbewerbslage seiner Konkurrenten willkürlich beeinflussen. Das gleiche gelte für Unternehmen, die auf verschiedenen, miteinander nicht verbundenen Märkten tätig seien (Konglomerate). Auch sei es zweifelhaft, ob § 22 geltender Fassung ausreiche, wenn marktstarke Nachfrager, die das gelieferte Vorprodukt weiterverarbeiten und erst auf dem Markt für das weiterverarbeitete Produkt eine beherrschende Stellung einnehmen, ihre Macht gegenüber dem Lieferanten des Vorprodukts mißbrauchen. Die vorgeschlagene Neufassung des § 22 (Streichung des Wortes „soweit“ in § 22 Abs. 1 und der Worte „über diese Waren oder gewerblichen Leistungen“ in § 22 Abs. 3 Nr. 1 und 2 der geltenden Fassung) würde in allen diesen Fällen dazu führen, daß die Kartellbehörde gegen ein marktbeherrschendes Unternehmen auch einschreiten könnte, wenn es seine Marktstellung auf einem anderen als dem von ihm beherrschten Markt mißbrauche.

Die Aufzählung der Mißbrauchstatbestände in § 22 Abs. 3 Nr. 1 und 2 sei unzureichend. Der Vielfalt der in der Wirtschaftspraxis möglichen Mißbräuche könne nur eine Generalklausel gerecht werden, wie sie in dem Formulierungsvorschlag zu § 22 Abs. 3 vorgesehen sei.

Zu § 23 schlägt die Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft vor, ein Erlaubnisverfahren für Zusammenschlüsse einzuführen. Das sei notwendig, weil — wie die Erfahrung zeige — die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen nur geringen Erfolg verspreche. Daher müsse schon die Entstehung marktbeherrschender Stellungen verhindert werden. Ein Erlaubnisverfahren für Unternehmenszusammenschlüsse werde zwar immer nur eine grobe Korrektur in Grenzfällen ermöglichen; in erster Linie sollten die Konzentrationstendenzen durch mittelbar wirkende Maßnahmen der Wirtschaftspolitik auf ihr wirtschaftlich gerechtfertigtes Maß zurückgeführt werden. Aber auch bei optimaler Gestaltung der Wirtschaftspolitik würden stets Fälle übrigbleiben, in denen der unmittelbare Eingriff des Rechts der Wettbewerbsbeschränkung nicht zu entbehren sei. In der Entwicklung dieser Rechtsnormen bilde das vorgeschlagene Erlaubnisverfahren nur einen ersten vorsichtigen Schritt. Ausgeklammert bleibe die praktisch wahrscheinlich wichtigere Unternehmenskonzentration im Oligopol. Auf diesen Märkten mit wenigen sich gegenseitig unmittelbar beeinflussenden Großunternehmen wirkten „Unternehmenszusammenschlüsse häufig ansteckend“. Ob und welche Maßnahmen hier geboten seien, werde sich erst entscheiden lassen, wenn weitere Erfahrungen vorlägen, besonders wenn die Ergebnisse der Konzentrationsuntersuchung bekannt seien.

Rechtstechnisch seien zwei Fragen zu trennen: Die Information der Kartellbehörde über Zusammenschlüsse und die materielle Entscheidung, ob der Zusammenschluß zu untersagen sei. Die Pflicht zur Meldung von Zusammenschlüssen müsse an absolute Größenmerkmale anknüpfen. Die Erfahrungen mit § 23 geltender Fassung hätten erwiesen, daß eine Anzeigepflicht, die an ein relatives Merkmal anknüpfe (Marktanteil von 20 vom Hundert), wirkungslos bleibe. Deshalb würden in der vorgeschlagenen Neufassung des § 23 die Voraussetzungen der Anzeigepflicht durch bewußt grob gefgriffene absolute Größen umschrieben.

Die Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft tritt schließlich für eine Erweiterung der Liste der relevanten Zusammenschlußformen in § 23 Satz 2 geltender Fassung ein (§ 23 b ihres Formulierungsvorschlages).

Die Auffassungen des Bundesverbandes der Deutschen Industrie und der Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft sind zuerst wiedergegeben worden, weil sie am weitesten auseinanderliegen und deshalb einen Überblick über die ganze Skala der Gedanken und Vorschläge ermöglichen, die in der öffentlichen Diskussion für und wider eine Novellierung der §§ 22 bis 24 GWB vorgebracht worden sind.

Folgende Verbände sprechen sich — in der gleichen Richtung wie der Bundesverband der Deutschen Industrie — gegen oder gegen eine sofortige verschärfende Novellierung der Vorschriften über marktbeherrschende Unternehmen aus:

Der *Deutsche Genossenschaftsverband (Schulze-Delitzsch)* meint, daß Markteinfluß als Folge des Größenwachstums in der Wirtschaft in sehr vielen

Fällen das Ergebnis besonderer Leistungsfähigkeit sei. Er sei nach der Konzeption des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht schlechterdings unerwünscht, sondern unterliege nur der Mißbrauchsaufsicht. Der Deutsche Genossenschaftsverband fährt fort: „Diese Behandlung des marktbeherrschenden Unternehmens entspricht nach unserer Auffassung den Grundprinzipien der Marktwirtschaft. Gerade in der Handhabung der Mißbrauchsaufsicht nach diesen Vorschriften stehen die Kartellbehörden noch in den Anfängen. Wir würden es für verfrüht halten, ohne einen längeren Erfahrungszeitraum Änderungen vorzunehmen, ehe die Möglichkeiten, die die jetzige Gesetzesformulierung bietet, annähernd abgesteckt sind.“

Der *Deutsche Industrie- und Handelstag* hält es für erforderlich, daß vor gesetzgeberischen Maßnahmen zunächst ausreichende Erfahrungen gesammelt werden und das Ergebnis der Konzentrationsenquete abgewartet wird. Erst dann seien gezielte Maßnahmen möglich, die auch schon den Gemeinsamen Markt berücksichtigen könnten. Eine Änderung der §§ 23 und 24 GWB allein zu dem Zweck, dem Bundeskartellamt den Überblick über Zusammenschlüsse zu erleichtern, sei im Hinblick auf das Enquetegesetz unnötig.

§ 22 sei bisher kaum angewendet worden. Schwierigkeiten im Geschäftsverkehr mit marktbeherrschenden Unternehmen würden meist nur unter dem Gesichtspunkt des § 26 Abs. 2 GWB behandelt.

Auch die *Bundesarbeitsgemeinschaft der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels* ist der Auffassung, daß eine Änderung der §§ 22 und 23 erst in Angriff genommen werden sollte, nachdem der Bericht der Enquetekommission vorliegt.

Der *Rat des Deutschen Handels* führt aus: Die Unternehmen des Handels verfolgten die Entwicklung der großen Unternehmen mit besonderer Aufmerksamkeit. Der Rat des Deutschen Handels halte daher eine Prüfung der Fragen, die sich aus den §§ 22 bis 24 GWB ergäben, für unbedingt erforderlich. Erst nach Beendigung der Konzentrationsenquete dürfte aber eine zutreffende Beurteilung der Gründe, auf die Konzentration und Expansion zurückzuführen seien, in vollem Umfange möglich sein.

Für den Handel würde eine Ausweitung der Befugnisse der Kartellbehörde gegenüber marktbeherrschende Unternehmen praktisch keine Bedeutung haben, da marktbeherrschende Unternehmen im Handel kaum entstehen könnten.

Der Stellungnahme des Rates des Deutschen Handels haben sich die *Arbeitsgemeinschaft der Lebensmittel-Filialbetriebe* und der *Bundesverband des Deutschen Versandhandels* angeschlossen.

Die *Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht* sieht „im Hinblick auf gewerbliche Schutzrechte“ keine Notwendigkeit, Vorschläge für eine Novellierung der Vorschriften über marktbeherrschende Unternehmen zu unterbreiten.

Der *Zentralausschuß der Deutschen Landwirtschaft* spricht sich gegen eine sofortige Novellierung der §§ 22 bis 24 GWB aus. Die damit zusammenhängenden Fragen bedürften noch einer gründlichen Klä-

rung. Es sollte daher zunächst das Ergebnis der Konzentrationsenquete abgewartet werden. Im übrigen sei wohl eine Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen allein nicht geeignet, das Problem der Eindämmung der Konzentration zu lösen.

Der *Zentralverband des genossenschaftlichen Groß- und Außenhandels* hebt die Schwierigkeiten einer Abgrenzung des Marktes „für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen“ sowie der Ausfüllung des Mißbrauchsbegriffs hervor und meint weiter: „Die sog. Konzentrationsenquete auf Grund des Gesetzes über eine Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft vom 31. Dezember 1960 dürfte Anhaltspunkte geben, in welcher Form die §§ 22 ff. GWB praktikabler fixiert werden könnten. Eine wesentliche Bedeutung dürfte auch einer wettbewerbsneutralen und nicht konzentrationsfördernden Gestaltung des Umsatzsteuerrechtes und des Körperschaftsteuerrechtes zukommen. Wir denken hierbei an eine Abschaffung oder Beschränkung der Organschaft und des Schachtelprivilegs.“

Demgegenüber befürworten folgende Verbände — in der gleichen Richtung wie die Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft — eine alsbaldige gründliche Verschärfung der Vorschriften über marktbeherrschende Unternehmen, insbesondere ein Zustimmungsverfahren bei Zusammenschlüssen von Unternehmen:

Die *Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer* schlägt folgende Neufassung der §§ 22 und 23 GWB vor:

„§ 22

(1) Soweit ein Unternehmen oder ein Zusammenschluß von Unternehmen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist, ist das Unternehmen oder der Zusammenschluß marktbeherrschend im Sinne dieses Gesetzes.

(2) Als marktbeherrschend gelten auch zwei oder mehr Unternehmen oder Zusammenschlüsse, soweit zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen allgemein oder auf bestimmten Märkten aus tatsächlichen Gründen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und soweit sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen.

(3) Als Zusammenschlüsse im Sinne der Absätze 1 und 2 gelten sinngemäß die in § 23 Abs. 2 aufgeführten Verträge.

(4) Die Kartellbehörde hat gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen und Zusammenschlüssen die Befugnis, mißbräuchliches Verhalten zu untersagen, soweit diese Unternehmen oder Zusammenschlüsse

1. bei Abschluß von Verträgen über diese Waren oder gewerblichen Leistungen ihre Marktstellung bei Fordern oder Anbieten von Preisen oder bei Gestaltung von Geschäftsbedingungen mißbräuchlich ausnutzen, oder

2. durch mißbräuchliche Ausnutzung ihrer Marktstellung den Abschluß von Verträgen über diese Waren oder gewerblichen Leistungen davon abhängig machen, daß der Vertragsgegner sachlich oder handelsüblich nicht zugehörige Waren oder Leistungen abnimmt, oder
3. in sonstiger Weise, insbesondere durch wirtschaftlichen Druck, ihre marktbeherrschende Stellung mißbrauchen.

Bei der Beurteilung, ob die Marktstellung mißbräuchlich ausgenutzt ist, sind alle Umstände zu berücksichtigen.

(5) Die Kartellbehörde kann unter der Voraussetzung des Absatzes 4 marktbeherrschenden Unternehmen und Zusammenschlüssen ein mißbräuchliches Verhalten untersagen und Verträge gemäß Ziffer 1 und 2 für unwirksam erklären; § 19 gilt entsprechend. Zuvor soll die Kartellbehörde die Beteiligten auffordern, den beanstandeten Mißbrauch abzustellen.

(6) Soweit die Voraussetzungen des Absatzes 1 bei einem Konzern im Sinne des § 15 des Aktiengesetzes vorliegen, stehen der Kartellbehörde die Befugnisse nach Absatz 5 gegenüber jedem Konzernunternehmen zu.

§ 23

(1) Der Zusammenschluß von Unternehmen ist der Kartellbehörde unverzüglich anzuzeigen, wenn für die beteiligten Unternehmen nach dem Zusammenschluß zwei der folgenden Voraussetzungen gegeben sind:

1. eine Bilanzsumme von mindestens 200 000 000,— DM
2. ein Umsatz von mindestens 400 000 000,— DM
3. eine Beschäftigtenzahl von mindestens 10 000.

(2) Als Zusammenschluß gelten:

1. Erwerb des Eigentums oder eines dinglichen Nutzungsrechts an Betriebsstätten anderer Unternehmen;
2. Miete und Pacht von Betriebsstätten anderer Unternehmen;
3. Betriebsüberlassungsverträge und Betriebsführungsverträge über Betriebsstätten anderer Unternehmen;
4. Erwerb des Vermögens anderer Unternehmen und Erwerb des Nießbrauchs an anderen Unternehmen;
5. Verschmelzung mit anderen Unternehmen;
6. die Bildung von Interessen-, Einkaufs-, Verkaufs- und Gewinngemeinschaften mit anderen Unternehmen;
7. jedes Rechtsgeschäft, durch das Mitglieder der Geschäftsführung eines Unternehmens (Mitglieder des Vorstandes, Geschäftsführer, Mitglieder des Auf-

sichtsrates, leitende Angestellte) Mitglieder der Geschäftsführung eines anderen Unternehmens werden;

8. Erwerb von Anteilsrechten jeder Art durch Unternehmen, Zusammenschlüsse oder Privatpersonen an anderen Unternehmen, sofern diese Anteilsrechte allein oder zusammen mit anderen bereits vorhandenen Anteilsrechten einen beherrschenden Einfluß auf andere Unternehmen oder ausreichende Stimmrechte gewähren, um eine Satzungsänderung bei anderen Unternehmen zu verhindern.

Zur Begründung führt die Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer im wesentlichen aus:

§ 22 Abs. 1 GWB erfasse nur marktbeherrschende Unternehmen. Es gebe aber Zusammenschlüsse von Unternehmen, die zwar nicht zu einer vollen Verschmelzung führten, deren Mitglieder aber so eng zusammenarbeiteten, daß sie in ihrer Gesamtheit eine marktbeherrschende Stellung innehaben könnten. Das gelte unter Umständen auch für die Nachfragezusammenschlüsse, wie Einkaufsgenossenschaften und Einzelhandelsketten. Deshalb sollte die Mißbrauchsaufsicht auch auf Zusammenschlüsse ausgedehnt werden (§ 22 der vorgeschlagenen Neufassung). Dies würde dazu führen, daß auch vertikale Verflechtungen in einem gewissen Umfang der Mißbrauchsaufsicht unterliegen würden, und zwar insoweit, als ein vertikaler Zusammenschluß auf einer integrierten Stufe eine marktbeherrschende Stellung einnähme. Diese Erweiterung des Wirkungsbereichs des § 22 sei nötig, weil gerade vertikal oder diagonal konzentrierte Unternehmen die Möglichkeit hätten, durch Verschiebung ihrer Gewinne aus einem Produktionszweig in einen anderen eine Strategie zur Erreichung größerer Marktanteile zu betreiben, die bis zum planmäßigen Vernichtungswettbewerb gehen könne.

Die Aufzählung der Eingriffsvoraussetzungen in § 22 Abs. 1 Nr. 1 und 2 müsse um eine Generalklausel erweitert werden, damit auch der Mißbrauch marktbeherrschender Macht unter das Gesetz falle, der sich nicht in Verträgen manifestiere (§ 22 Abs. 4 Nr. 3 der von der Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer vorgeschlagenen Neufassung).

Über ihren Formulierungsvorschlag hinaus macht die Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer geltend: Die Wirksamkeit des § 22 würde gesteigert werden, wenn das Verfahren vor der Behörde mehr als bisher den Charakter der öffentlichen Verhandlung hätte, sich also dem in einigen Ländern, insbesondere in Schweden, üblichen „Hearing“-Verfahren anpaßte. Eine weitgehend öffentliche Verhandlung hätte die indirekte Wirkung, daß marktbeherrschende Unternehmen künftig aufmerksamer darauf bedacht wären, ihre Machtstellung nicht mißbräuchlich auszunutzen.

Die Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer regt ferner an, ein besonderes „Hearing“-Verfahren, in dem die Kartellbehörde keine Entscheidungsbefugnis zu haben brauchte, bereits für den Fall vorzusehen, daß Großunternehmen durch Wirt-

schafts- und Finanzmacht eine wettbewerbsverfälschende Situation auf den Märkten schaffen. Viele Großunternehmen, die nicht auf einem bestimmten Markt eine marktbeherrschende Stellung innehätten, seien dennoch auf Grund ihrer Wirtschafts- und vornehmlich ihrer Finanzmacht in der Lage, wirtschaftlichen Druck auf ihre Konkurrenten auszuüben.

Der Formulierungsvorschlag der Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer zu § 23 unterscheidet sich von der geltenden Fassung zunächst dadurch, daß die Pflicht zur Anzeige von Zusammenschlüssen statt an das Merkmal „Marktanteil von 20 vom Hundert“ an absolute Größenmerkmale geknüpft ist. Diese sind so hoch angesetzt, daß — wie die Arbeitsgemeinschaft angibt — weniger als die hundert größten deutschen Unternehmen erfaßt werden würden. Dadurch soll eine Beschränkung auf die wesentlichen Fälle erreicht werden. Eine Überprüfung aller Zusammenschlüsse, für die ein Marktanteil von 20 vom Hundert gegeben sein könnte, hält die Arbeitsgemeinschaft für eine unerträgliche Belastung der Wirtschaft, die zu einem gefährlichen Dirigismus führen würde.

Die Liste der relevanten Zusammenschlußformen ist in der Neufassung, welche die Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer vorschlägt, erweitert.

Die Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer tritt ferner für ein Widerspruchsrecht der Kartellbehörde gegen Zusammenschlüsse ein, durch die eine marktbeherrschende Stellung erreicht, verstärkt oder auch nur angestrebt wird.

Der *Deutsche Beamtenbund* fordert unter dem Gesichtspunkt eines verstärkten Verbraucherschutzes, ebenso wie die Kartelle auch die marktbeherrschenden Unternehmen dem Verbotssatz zu unterstellen.

Der *Gesamtverband des Deutschen Groß- und Außenhandels* führt aus: Der Groß- und Außenhandel betrachte mit Sorge die zunehmenden Konzentrationserscheinungen in der deutschen Wirtschaft, von denen er in besonderem Maße und auf verschiedenen Ebenen berührt sei.

Der Binnengroßhandel spüre einerseits die Tendenzen zur Konzentration seiner industriellen und landwirtschaftlichen Lieferanten und andererseits die nicht minder bedeutende Entwicklung zu marktstarken Zusammenschlüssen seiner Abnehmer in Industrie, Landwirtschaft und Einzelhandel.

Dem Exporthandel werde das Betätigungsfeld durch im Ausland errichtete Verkaufsorganisationen großbetrieblicher Industrieunternehmen eingengt. Der Importhandel verliere seine großbetrieblichen Industrieabnehmer und werde Einkaufsagent.

Schließlich vollziehe sich im Groß- und Außenhandel selbst ein Prozeß der Umsatzkonzentration mit einer weiteren Verschiebung der Marktgewichte zugunsten einer kleinen Zahl von Unternehmen.

Damit sollte kein Werturteil über die Konzentration an sich gefällt werden. Sie sei in vielen Fällen — auch im Hinblick auf die scharfe Konkur-

renz innerhalb der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft — technologisch und betriebswirtschaftlich bedingt. Ebenso werde anerkannt, daß es schwierig sei, eine „marktkonforme Konzentration“ von einer „strukturgefährdenden Machtzusammenballung“ zu unterscheiden, sowie wirtschaftstheoretisch einwandfreie und wirtschaftspolitisch brauchbare Definitionen zu finden.

Bedenklich und unerwünscht erschienen jedoch die Konzentrationsvorgänge dann, wenn sie entweder zu einer Einschränkung oder gar Beseitigung des Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt führten oder die Zahl der selbständigen Unternehmen wesentlich und nachhaltig verringerten und damit eine soziologisch und wirtschaftspolitisch unerwünschte Entwicklung einleiteten. Der Groß- und Außenhandel habe daher das Enquetegesetz begrüßt, sei jedoch der Auffassung, daß die Überlegungen einer Verschärfung der Vorschriften über marktbeherrschende Unternehmen nicht bis zur Vorlage der Untersuchungsergebnisse zurückgestellt werden sollten. In der Änderung der Bestimmungen über marktbeherrschende Unternehmen und Zusammenschlüsse sehe der Groß- und Außenhandel ein Hauptanliegen im Rahmen der Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Die Fassung des § 22 GWB reiche nicht aus, um wirksame Eingriffsmöglichkeiten gegen bestehende marktbeherrschende Unternehmen zu geben. Es fehle neben einer klaren Begriffsbestimmung für marktbeherrschende Unternehmen in § 22 Abs. 1 und 2 auch an der Möglichkeit, in allen Fällen einer mißbräuchlichen Ausübung von Marktmacht mit Erfolg eingreifen zu können. Die Einführung einer möglichst scharf umrissenen Generalklausel sollte erwogen werden.

§ 23 GWB biete keine ausreichende Handhabe zur Verhinderung personeller und kapitalmäßiger Zusammenschlüsse. Es erscheine angebracht, dem relativen Begriffsmerkmal „Marktanteil“ absolute Kriterien an die Seite zu stellen. Neben den Daten „Kapital, Beschäftigtenzahl, Produktion und Umsatz“ sollte als weiterer Maßstab „die Verhaltensweise am Markt“ in Betracht gezogen werden. Ferner sollten über die in § 23 Satz 2 aufgezählten Erscheinungsformen der Konzentration hinaus der Erwerb von Anteilen durch Nichtunternehmen, Rechtsgeschäfte, durch die Mitglieder der Geschäftsführung eines Unternehmens Mitglieder der Geschäftsführung eines anderen Unternehmens würden (personelle Verflechtungen), sowie die Bildung von Interessengemeinschaften, wie Einkaufs-, Verkaufs-, Gewinngemeinschaften und Partnerverträge mit ausländischen Kapitalgesellschaften, der Anzeigepflicht unterliegen.

Da eine Anzeigepflicht allein Zusammenschlüsse zur Marktbeherrschung nicht verhindern könne, werde angeregt, erneut das ursprünglich in der Regierungsvorlage vorgesehene und vom Bundesrat gebilligte Erlaubnisverfahren wieder einzuführen. Hierbei könne auch ein öffentliches Verfahren vorgesehen werden, bei dem geheimzuhaltende Tatbestände allerdings einer internen Verhandlung vorbehalten bleiben müßten.

Auch der *Deutsche Gewerkschaftsbund* wünscht sofortige Maßnahmen zur Verstärkung der Mißbrauchsaufsicht in § 22 GWB (bessere Erfassung des Tatbestandes des marktbeherrschenden Unternehmens; Erweiterung der Eingriffsbefugnisse der Kartellbehörde) sowie die Verhinderung für den Wettbewerb schädlicher Zusammenschlüsse durch ein Genehmigungsverfahren (§§ 23 und 24). Das Merkmal für die Anzeigepflicht in § 23 Satz 1 („Marktanteil von 20 vom Hundert“) sollte daraufhin überprüft werden, ob nicht auch andere, absolute Größenmerkmale eingeführt werden könnten (insbesondere Umsatz, Kapitalausstattung sowie die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer). Indessen dürfe nicht verkannt werden, daß der unerwünschten Konzentration nicht allein mit wettbewerbsrechtlichen Maßnahmen begegnet werden könne. Es müsse auch untersucht werden, welche Maßnahmen auf anderen Rechtsgebieten notwendig seien (zum Beispiel im Gesellschafts-, Konzern- und Steuerrecht).

Der *Zentralverband des Deutschen Handwerks* hält die Gefahren, die von einer Zusammenballung wirtschaftlicher Macht ausgehen können, für so groß, daß er beschleunigte konkrete Maßnahmen noch in dieser Legislaturperiode fordert. Er bezeichnet eine „alsbaldige Inangriffnahme von Änderungen der §§ 22 ff.“ als die einzige Möglichkeit, auf dem Gebiet des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen wirksame Maßnahmen gegen die Zusammenballung wirtschaftlicher Macht zu treffen. Denn zu der Erkenntnis, daß das Kartellverbot ohne eine wirksame Vorbeugung gegen die Entscheidung von Marktmacht durch Zusammenschlüsse oder Aufkauf sehr unvollkommen sei, könne die Konzentrationsenquete nichts Neues beitragen. Es sei im übrigen damit zu rechnen, daß die Beratungen über Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen so lange andauern würden, bis die Ergebnisse der Konzentrationsenquete vorlägen und noch gründlich berücksichtigt werden könnten.

Die neue Legislaturperiode müsse auch dazu genutzt werden, das Steuer- und Gesellschaftsrecht sowie die Sozialgesetzgebung darauf zu überprüfen, wie unerwünschte Konzentration eingedämmt und verhindert werden könne.

Zu § 22 GWB habe die Praxis gezeigt, daß verschiedene Begriffsbestimmungen in § 22 unzulänglich seien. Das Bundeskartellamt könne nur in ganz speziellen Fällen des Mißbrauchs von Marktmacht eingreifen. Auch dann sei ein Eingreifen noch erschwert, weil die Merkmale des Begriffs „marktbeherrschendes Unternehmen“ zu unbestimmt seien („bestimmte Art von Waren“, „wesentlicher Wettbewerb“). Es fehle auch an einer **Möglichkeit zum Eingreifen**, wenn ein Unternehmen oder Konzern auf verschiedenen Märkten unerwünschten Einfluß ausübe, ohne im Sinne des § 22 auf dem jeweiligen Markt „ohne wesentlichen Wettbewerb“ zu sein. Bei einer Änderung des Gesetzes wäre zum Beispiel auch daran zu denken, die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung wenigstens für einen Teil der Fälle dadurch zu erleichtern, daß im Gesetz ein bestimmter Mindestmarktanteil — von vielleicht zwei Dritteln — festgesetzt würde, von dem an die

Marktbeherrschung bei einem Unternehmen oder einer obligopolistischen Gruppe von Unternehmen stets anzunehmen sei.

Abgesehen davon fehle es an einer ausreichenden Möglichkeit der Kartellbehörde, in allen Fällen der mißbräuchlichen Ausnutzung von Marktmacht tätig zu werden. Das Handwerk halte es daher für erforderlich, in § 22 Abs. 3 eine Generalklausel aufzunehmen. Der Kartellbehörde müßte von Amts wegen oder auf Antrag eines Beteiligten das Einschreiten gegen ein marktbeherrschendes Unternehmen ermöglicht sein, wenn es

bei Abschluß von Verträgen über Waren oder gewerblichen Leistungen seine Marktstellung beim Fordern oder Anbieten von Preisen, bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen oder in sonstiger Weise mißbräuchlich ausnutzt, oder wenn es

durch mißbräuchliche Ausnutzung seiner Marktstellung den Abschluß von Verträgen über Waren oder gewerbliche Leistungen ablehnt oder davon abhängig macht, daß der Vertragspartner sachlich oder handelsüblich nicht zugehörige Waren oder Leistungen abnimmt.

Auch zu § 23 sei darauf hinzuweisen, daß die Begriffe des Marktanteils und des Marktes nicht ausreichen, um alle Erscheinungsformen wirtschaftlicher Macht durch vertikale oder gestreute Konzentration zu erfassen. Der Kartellbehörde müßten zur Beurteilung der Meldepflicht und der Eingriffsbefugnisse auch **absolute Kriterien für die Bemessung des Marktanteils und der Marktmacht zur Verfügung stehen**. Ferner sei es nötig, auch den Anteilserwerb durch Nichtunternehmer, personelle Verflechtungen und Interessengemeinschaften der Meldepflicht zu unterwerfen.

Schließlich sei die in § 23 vorgesehene Meldepflicht für sich allein nicht geeignet, für den Wettbewerb schädliche Zusammenschlüsse zu verhindern. In einer Genehmigungspflicht, wie sie ursprünglich die Regierungsvorlage vorgesehen und wie sie auch der Bundesrat gebilligt habe, sehe das Handwerk eine unerläßliche Voraussetzung für die wirksame Bekämpfung unerwünschter Konzentrationsvorgänge. Es sei wohl zweckmäßig, für die der Genehmigung vorausgehenden Verhandlungen das Öffentlichkeitsprinzip vorzusehen, wobei der Kartellbehörde allerdings freistehen müsse, von der öffentlichen Verhandlung abzusehen, wenn es sich um Fragen des internationalen Marktes handle oder wenn Produktionsgeheimnisse verletzt werden könnten.

Der *Zentralverband deutscher Konsumgenossenschaften* meint zu den §§ 22 bis 24 GWB, daß der Kartellbehörde größere Befugnisse eingeräumt werden sollten, um einem Mißbrauch von Marktmacht entgegenzutreten. In diesem Zusammenhang sei auch an die Möglichkeit zu denken, Zusammenschlüsse von Unternehmen zu untersagen und aufzulösen, die sich in einer für die Verbraucherversorgung schädlichen Weise betätigten. Darüber hinaus sollte versucht werden, den Begriff und den Tatbestand der Marktbeherrschung durch Unternehmen

besser zu erfassen. Die einseitige Festlegung auf einen bestimmten Marktanteil (§ 23) habe sich nicht bewährt.

Die Bundesregierung sollte so rasch wie möglich alle Maßnahmen in Angriff nehmen, die zu baldiger Verabschiedung einer Gesetzesreform führen könnten. Es bleibe zu wünschen, daß sie zusammen mit dem in der Entschließung des Deutschen Bundestages vom 29. Juni 1961 angeforderten Bericht einen Gesetzentwurf zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorlege.

Folgende Verbände nehmen eine Mittelstellung ein, indem sie zwar eine Verbesserung oder Verschärfung der Vorschriften über die Mißbrauchsaufsicht oder eine Ausgestaltung der Anzeigepflicht in § 23 befürworten, aber nicht darauf dringen, daß überhaupt oder sofort ein Zustimmungsverfahren bei Zusammenschlüssen eingeführt wird:

Die *Deutsche Angestellten-Gewerkschaft* regt an, das von ihr als höchst problematisch bezeichnete Merkmal „Marktanteil von 20 vom Hundert“ in § 23 zu streichen und damit Zusammenschlüsse jeglicher Größe der Anzeigepflicht zu unterwerfen. Darüber hinaus schlägt sie vor, die Liste der relevanten Zusammenschlußformen in § 23 Satz 2 um den Anteilserwerb durch Nichtunternehmen, Zusammenschlüsse durch personelle Verflechtungen sowie die Bildung von Interessengemeinschaften zu erweitern.

Die *Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände* meint, daß zur Frage der etwaigen Neugestaltung der Vorschriften über marktbeherrschende Unternehmen noch nicht abschließend Stellung genommen werden könne. Grundsätzlich verträten die Verbraucherverbände die Auffassung, daß nicht nur Machtstellungen auf vertraglicher Basis (zum Beispiel Kartelle), sondern auch solche rein tatsächlicher Art einer umfassenden Kontrolle unterworfen werden müßten. Sie befürworteten daher hinsichtlich der bestehenden Machtpositionen eine Ergänzung des § 22 Abs. 3 durch eine Ziffer 3 (Generalklausel), wonach die Kartellbehörde auch eingreifen könne, soweit marktbeherrschende Unternehmen „in sonstiger Weise ihre Marktstellung mißbrauchen“. Es sollte ferner geprüft werden, ob und inwieweit die nur negativen Gestaltungsbefugnisse der Kartellbehörde nach § 22 Abs. 4 (Untersagung mißbräuchlichen Verhaltens, Erklärung, daß Verträge unwirksam seien) durch positive Gestaltungsrechte ersetzt oder ergänzt werden könnten.

Im Zusammenhang mit § 23 seien die Vor- und Nachteile einer kartellbehördlichen Vorzensur gegenüber denen einer nachträglichen Entflechtung bei nachgewiesenem Mißverhalten abzuwägen. Die Verbraucherverbände hielten es für richtig, vor Entscheidung dieser grundlegenden Frage zunächst empirisches Material über das Verhalten von Machtgebilden, die durch Zusammenschluß entstanden seien, zu sammeln. Um das zu ermöglichen, sollte die Anzeigepflicht in § 23 erweitert werden. Dabei sollte das Merkmal „Marktanteil von 20 vom Hundert“ durch objektive Merkmale (zum Beispiel Jahresumsatz, Eigenkapital) ergänzt werden. „Eine laufende Beobachtung des Preisgebarens der auf diese Weise

erfaßten Unternehmen und Unternehmenskomplexe“, so fährt die Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände fort, „könnte in allmählich zunehmendem Maße Aufschluß über Zwecke und Wirkungen durchgeführter Zusammenschlüsse geben. Auf Grund der so gesammelten Erfahrungen sollte schließlich über die künftige gesetzgeberische Behandlung von Konzentrationsvorgängen entschieden werden“.

Der Christliche Gewerkschaftsbund Deutschlands regt an, die Kannvorschrift in § 22 Abs. 4 Satz 1 in eine Mußvorschrift umzuwandeln. Dadurch würde die Kartellbehörde verpflichtet werden, in jedem Falle eines Mißbrauchs einzuschreiten.

In § 23 Satz 1 sollte das Merkmal „Marktanteil von 20 vom Hundert“, das sich als unpraktikabel erwiesen habe, gestrichen werden. Da sichergestellt werden müsse, daß sämtliche marktbeherrschenden Unternehmen erfaßt würden, sei es erforderlich, eine Pflicht zur Anzeige von Zusammenschlüssen jeglicher Größe vorzusehen.

Die *Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels* befürchtet, daß die zunehmende Expansion der großen Unternehmungen den Lebensraum der kleinen und mittleren Betriebe immer mehr einschränke, auch wenn diese mit den Mitteln moderner Betriebsführung den Wettbewerb aufnahmen. Einzelhandelsunternehmen würden allerdings nie marktbeherrschend im Sinne des § 22 sein, weil sie bei der Struktur des Einzelhandels immer eine genügende Zahl von Wettbewerbern haben würden. Für das Problem der Marktmacht im Einzelhandel könne daher durch eine Erweiterung der Eingriffsmöglichkeiten in § 22 GWB keine Lösung gefunden werden. Auf welche Gründe Konzentration und Expansion zurückzuführen seien, werde sich wahrscheinlich erst nach Abschluß der Konzentrationsenquete beurteilen lassen. Die Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels hätte allerdings keine Bedenken, daß die Anmeldevorschriften des § 23 GWB verschärft würden, da es nur im allgemeinen Interesse sein könne, wenn die Konzentrationsvorgänge genau beobachtet werden könnten.

Der *Zentralverband gewerblicher Einkaufsvereinigungen des Handels* bezeichnet die Vorschriften über marktbeherrschende Unternehmen als stark reformbedürftig und führt aus: Zwar gebe es marktbeherrschende Unternehmen im Sinne der Begriffsbestimmung in den §§ 22 ff. GWB im Handel zur Zeit überhaupt nicht, in der Konsumgüterindustrie nur in vereinzelt Fällen. Die starke Marktstellung einzelner Firmen sowohl im Handel als auch in der Industrie habe aber zu sehr nachteiligen Wirkungen geführt, ohne daß nach geltendem Recht Eingriffsmöglichkeiten vorhanden seien, da hierzu die Voraussetzungen in § 22 GWB fehlten. Eine Ergänzung des Gesetzes in dieser Hinsicht sei notwendig. Die Klärung der Begriffe „Markt“, „marktbeherrschend“, „marktbeeinflussend“, „Konzentration“ und so weiter sei vorweg erforderlich. Manche Auseinandersetzungen seien wohl auf die fehlende terminologische Abgrenzung zurückzuführen. Es sei zu hoffen, daß die Konzentrationsenquete eine solche Klärung und darüber hinaus Tatsachenmaterial für

eine letzte Entscheidung bringe. Diese sollte jedoch nicht der Anlaß sein, die Behandlung dieser entscheidenden Frage, die keinen weiteren Aufschub dulde, zurückzustellen. Bereits jetzt seien Anzeichen dafür zu erkennen, daß im Zuge des Europamarktes marktstarke Firmen im Industriebereich in verstärktem Umfang entstanden.

Die *Centralvereinigung Deutscher Handelsvertreter- und Handelsmakler-Verbände* bringt zu den §§ 22 bis 24 keinen konkreten Lösungsvorschlag, spricht sich jedoch allgemein dafür aus, dem Bundeskartellamt weitergehende Befugnisse gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen, die ihre Marktstellung mißbräuchlich ausnutzten, einzuräumen. Auch zur Erhaltung mittelständischer Unternehmen sollte die ungerechtfertigte Unternehmenskonzentration erschwert werden.

7. Stellungnahme zu den Auffassungen der interessierten Kreise der Öffentlichkeit

7.1. Allgemeine Bemerkungen

(1.) Die Auffassungen der Verbände zu den §§ 22 bis 24 GWB bringen wenig Neues. Sie gehen vielfach auf den Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder auf Bemerkungen des Bundeskartellamtes in seinen Tätigkeitsberichten für die Jahre 1958 bis 1960 zurück. Gemessen an der großen Variationsbreite, die sich aus den Auffassungen der Verbände — insgesamt gesehen — ergibt, stellen die Änderungsvorschläge der Bundesregierung sich als *Mittellösung* dar.

(2.) Auf der einen Seite stehen die Auffassungen derjenigen Verbände, die eine Änderung der Vorschriften über marktbeherrschende Unternehmen überhaupt ablehnen oder anregen, zuerst weitere Erfahrungen und das Ergebnis der Konzentrationsenquete abzuwarten (siehe oben, Abschnitt 6.1.). Da die Vorschläge der Bundesregierung nicht vorsehen, daß Zusammenschlüsse von Unternehmen von der Zustimmung der Kartellbehörde abhängig gemacht werden sollen, nähern sie sich im Ergebnis zum Teil diesen Auffassungen; denn insbesondere der Bundesverband der Deutschen Industrie wendet sich in erster Linie gegen Maßnahmen zur Verhinderung der Konzentration, etwa durch Einführung eines Erlaubnisverfahrens bei Zusammenschlüssen im Sinne des Regierungsentwurfs eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Soweit der Bundesverband der Deutschen Industrie unter Hinweis auf Artikel 86 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag) auch eine Verschärfung des § 22 GWB ablehnt, ist zu bemerken, daß die Generalklausel, welche die Bundesregierung zu § 22 Abs. 3 vorgeschlagen hat, dem Artikel 86 EWG-Vertrag mehr entspricht als die geltende Fassung des § 22 Abs. 3 (siehe oben, Abschnitt 5.).

(3.) Auf der anderen Seite stehen diejenigen Verbände, die auf eine alsbaldige durchgreifende Verschärfung der §§ 22 bis 24 GWB dringen, wobei nach ihrer Ansicht auch ein Zustimmungsverfahren

bei Zusammenschlüssen von Unternehmen vorgesehen oder wenigstens ins Auge gefaßt werden sollte (siehe oben, Abschnitt 6.1.). Elemente dieser Auffassungen enthalten insbesondere der Vorschlag der Bundesregierung, durch eine Generalklausel in § 22 Abs. 3 GWB sämtliche Mißbräuche einer marktbeherrschenden Stellung, auch auf anderen Märkten, zu erfassen, sowie die weiteren Vorschläge zu § 22 GWB (siehe oben, Abschnitte 3.3. und 3.4.). Auch die Vorschläge der Bundesregierung zur Verstärkung der §§ 23 und 24 GWB gehen in die Richtung dieser Auffassungen. Die Gründe, aus denen die Bundesregierung gegenwärtig nicht auch Maßnahmen zur Verhinderung von Zusammenschlüssen von Unternehmen vorgeschlagen hat, sind oben (Abschnitt 3.1.) dargelegt; sie liegen nicht in einem Gegensatz zu den gesellschafts- und wirtschaftspolitischen Vorstellungen der Verbände, die bereits die Entstehung unerwünschter Marktmacht verhindert wissen wollen.

(4.) Schließlich wird auch die Auffassung der Bundesregierung, daß unerwünschter Konzentration mit indirekten Mitteln begegnet werden kann (siehe oben, Abschnitt 3.1., zu 3.), von einer Reihe von Verbänden (Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft, Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer, Bundesverband der Deutschen Industrie, Deutscher Gewerkschaftsbund, Zentralausschuß der Deutschen Landwirtschaft, Zentralverband des genossenschaftlichen Groß- und Außenhandels, Zentralverband des Deutschen Handwerks) geteilt.

7.2. Stellungnahme zu einzelnen Anregungen der Verbände

Die Stellung der Bundesregierung zu den meisten Anregungen der Verbände ergibt sich bereits aus den Abschnitten 3. bis 5. Zu den übrigen Anregungen ist zu bemerken:

(1.) Die Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände hat angeregt zu prüfen, ob die „negativen Gestaltungsbefugnisse“ der Kartellbehörde nach § 22 Abs. 4 GWB (Untersagung mißbräuchlichen Verhaltens; Erklärung, daß Verträge unwirksam sind) durch „positive Gestaltungsrechte“ ersetzt oder ergänzt werden könnten.

Dabei war zu überlegen, ob es sich mit dem Prinzip der Marktwirtschaft vereinbaren ließe, daß das Bundeskartellamt einem Unternehmen ein bestimmtes Verhalten, zum Beispiel die Preise und Geschäftsbedingungen sowie die Lieferanten- und Kundenbeziehungen, vorschreiben hätte. Die Bundesregierung hat die Frage verneint. Indessen ist anzumerken, daß in einigen Staaten solche Möglichkeiten bestehen; zum Beispiel in Schweden (Festsetzung von Höchstpreisen) sowie in Dänemark, Norwegen und den Niederlanden (Festsetzung von Höchst- und Mindestpreisen sowie von Konditionen; Anwendung von Kontrahierungszwang).

(2.) Nach Auffassung des Christlichen Gewerkschaftsbundes und des Zentralverbandes des Deutschen Handwerks sollte in Fällen des § 22 GWB das Ermessen der Kartellbehörde dadurch eingeschränkt

werden, daß die „Kannvorschrift“ in § 22 Abs. 4 in eine „Mußvorschrift“ umgewandelt (Christlicher Gewerkschaftsbund) oder daß in § 22 ein Antragsrecht der von einem Mißbrauch Betroffenen eingeführt wird (Zentralverband des Deutschen Handwerks). Dazu ist zu bemerken:

Die bisherige Handhabung des § 22 GWB durch das Bundeskartellamt gibt der Bundesregierung keinen Anlaß, diesen Vorschlägen zu entsprechen. Nach § 22 Abs. 4 geltender Fassung ist das Bundeskartellamt gehalten, in allen Fällen, in denen die Besorgnis eines Mißbrauchs marktbeherrschender Macht besteht und die von Betroffenen an das Amt herangetragen werden oder die ihm auf andere Weise bekanntwerden, nach pflichtmäßigem Ermessen Ermittlungen einzuleiten, und gegen einen festgestellten Mißbrauch einzuschreiten. Ein Bedürfnis nach einer zusätzlichen Sicherung der von einem Mißbrauch Betroffenen ist nicht ersichtlich, zumal auch im Rahmen des § 22 GWB der Schutz des Wettbewerbs ein öffentliches Anliegen ist.

(3.) Die Deutsche Angestellten-Gewerkschaft und der Christliche Gewerkschaftsbund meinen, daß in § 23 Satz 1 GWB das „höchst problematische“ (so die Deutsche Angestellten-Gewerkschaft) oder „unpraktikable“ (so der Christliche Gewerkschaftsbund) Merkmal „Marktanteil von 20 vom Hundert“ ersatzlos gestrichen und eine Pflicht zur Anzeige **sämtlicher Zusammenschlüsse** eingeführt werden sollte.

Eine solche Regelung würde jeden — für die Wettbewerbsverhältnisse auf dem betroffenen Markt noch so unbedeutenden — Konzentrationsvorgang erfassen und eine unabsehbare Zahl von Anzeigen auslösen. Sie ließe sich durch den Zweck der §§ 23 und 24 GWB kaum rechtfertigen. Die Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer, die im übrigen für eine gründliche Verschärfung der §§ 22 bis 24 GWB eintritt, hält sogar schon die Anzeigepflicht nach § 23 Satz 1 geltender Fassung für zu weit und tritt dafür ein, daß weniger als die hundert größten deutschen Unternehmen erfaßt werden. Der Vorschlag der Bundesregierung (siehe oben, Abschnitt 3.5., zu 1.) liegt in der Mitte.

(4.) Einige Verbände regen an, die Aufzählung der relevanten Zusammenschlußformen in § 23 Satz 2 GWB (siehe oben, Abschnitt 1.2.2.) um folgende Tatbestände zu erweitern:

1. über den Erwerb des Vermögens anderer Unternehmen (§ 23 Satz 2 Nr. 2 GWB) hinaus den Erwerb des Nießbrauchs an anderen Unternehmen (Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft, Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer);
2. über den Erwerb des Eigentums an Betriebsstätten anderer Unternehmen (§ 23 Satz 2 Nr. 3 GWB) hinaus den Erwerb eines dinglichen Nutzungsrechts an Betriebsstätten anderer Unternehmen (Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft, Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer);

3. Miete und Pacht von Betriebsstätten anderer Unternehmen (Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft, Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer);
4. Abschluß von Gewinngemeinschaftsverträgen mit anderen Unternehmen (Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft, Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer, Gesamtverband des Deutschen Groß- und Außenhandels, Zentralverband des Deutschen Handwerks, Deutsche Angestellten-Gewerkschaft);
5. jedes Rechtsgeschäft, durch das Mitglieder der Geschäftsführung eines Unternehmens — Mitglieder des Vorstandes, Geschäftsführer, Mitglieder des Aufsichtsrates, leitende Angestellte — Mitglieder der Geschäftsführung eines anderen Unternehmens werden (Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer, Gesamtverband des Deutschen Groß- und Außenhandels, Zentralverband des Deutschen Handwerks, Deutsche Angestellten-Gewerkschaft).

Diese Tatbestände waren bereits im Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen enthalten (§ 19 Nr. 1, 2, 4, 6 und 7). Außerdem schlugen die genannten Verbände vor, folgende Tatbestände in eine Neufassung des § 23 GWB aufzunehmen:

6. über die Gewinngemeinschaften hinaus sämtliche Interessengemeinschaften, wie Einkaufs-, Verkaufsgemeinschaften, Partnerverträge mit ausländischen Kapitalgesellschaften (Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer, Gesamtverband des Deutschen Groß- und Außenhandels, Zentralverband des Deutschen Handwerks, Deutsche Angestellten-Gewerkschaft);
7. jedes Rechtsgeschäft, durch das sich ein Unternehmen der Leitung eines anderen Unternehmens unterstellt (Beherrschungsvertrag; so die Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft);
8. über § 23 Satz 2 Nr. 5 hinaus
 - a) den Erwerb von Anteilsrechten jeder Art, sofern diese Anteilsrechte für sich allein oder in Verbindung mit einem anderen Zusammenschluß die Möglichkeit gewähren, das andere Unternehmen zu beherrschen oder sein Verhalten im Wettbewerb maßgeblich zu beeinflussen (Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft);
 - b) den Erwerb von Anteilsrechten jeder Art an anderen Unternehmen, sofern diese Anteilsrechte allein oder zusammen mit anderen bereits vorhandenen Anteilsrechten einen beherrschenden Einfluß auf andere Unternehmen gewähren (Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer);

- c) den Erwerb von Anteilsrechten durch Nichtunternehmen (Einzel- oder Privatpersonen; so die Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer, der Gesamtverband des Deutschen Groß- und Außenhandels, der Zentralverband des Deutschen Handwerks und die Deutsche Angestellten-Gewerkschaft).

Die Anregungen zu 5., 6. und 8.c) gehen auf Bemerkungen des Bundeskartellamtes zurück, das zuletzt in seinem Tätigkeitbericht für 1960¹⁾ darauf aufmerksam gemacht hat, daß diese Zusammenschlußformen von der Anzeigepflicht nach § 23 Satz 1 GWB nicht erfaßt würden.

Die Bundesregierung hat sich die angeführten Vorschläge nicht zu eigen gemacht. Dabei hat sie sich von folgenden Erwägungen leiten lassen:

In § 19 des Regierungsentwurfs eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mußten möglichst alle Zusammenschlußformen genannt werden, weil die Unternehmen sonst durch die Wahl einer im Gesetz nicht erfaßten Form das im Entwurf vorgesehene Erlaubnisverfahren hätten umgehen können. Die Bundesregierung hat jedoch gegenwärtig

keine Maßnahmen zur Verhinderung von Zusammenschlüssen vorgeschlagen. Unter diesen Umständen erscheint es nicht als erforderlich, alle Zusammenschlußformen, die sich denken lassen, in das Gesetz aufzunehmen. Für den Zweck der §§ 23 und 24 GWB, auf dem schwierigen Gebiet der Unternehmenskonzentration zunächst volle Übersicht zu gewinnen, genügt es, wenn das Bundeskartellamt die in § 23 Satz 2 geltender Fassung vorgesehenen Formen der Konzentration beobachten kann.

Die Bundesregierung hält es gegenwärtig auch aus folgenden Gründen nicht für zweckmäßig, § 23 Satz 2 zu ändern:

Der Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes, der dem Deutschen Bundestag zur Zeit vorliegt, regelt in seinem Dritten Buch das Recht der Unternehmensverbindungen neu und eingehender als das geltende Recht; er sieht weitere Formen der vertraglichen Unternehmensverbindung vor. Nachdem diese Vorschriften in Kraft getreten sind, dürfte es in jedem Fall notwendig sein, die Aufzählung von Zusammenschlußformen in § 23 Satz 2 GWB an die neue Rechtslage anzupassen. Dieser Zeitpunkt sollte abgewartet werden.

¹⁾ A. a. O., Seite 111.

Sechstes Kapitel

Schiedsverträge

(§ 91 GWB)

Nach § 66 Abs. 1 Satz 1 des Regierungsentwurfs eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (jetzt: § 91 Abs. 1 Satz 1 GWB) sollten Schiedsverträge über künftige Rechtsstreitigkeiten aus anderen als Exportkartellen schlechthin nichtig sein. Schiedsverträge über künftige Rechtsstreitigkeiten aus Exportkartellen sollten unwirksam sein, soweit nicht die Kartellbehörde auf Antrag eine Erlaubnis erteilt (§ 66 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs, jetzt § 91 Abs. 1 Satz 2 GWB). Auf Vorschlag des Ausschusses für Wirtschaftspolitik ist der Regierungsentwurf geändert und § 91 Abs. 1 Satz 1 GWB dahin gefaßt worden, daß Schiedsverträge zu anderen als Exportkartellen nur nichtig sind, wenn sie nicht jedem Beteiligten das Recht geben, im Einzelfalle statt einer Entscheidung durch das Schiedsgericht eine Entscheidung durch das ordentliche Gericht zu verlangen. Eine entsprechende Änderung des § 66 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs ist unterblieben. Nach § 91 Abs. 1 Satz 2 GWB sind also Schiedsverträge über künftige Rechtsstreitigkeiten aus Exportkartellen — vorbehaltlich der Erlaubnis — auch dann unwirksam, wenn sie die Wahl des ordentlichen Rechtsweges zulassen. Dadurch wird die schon im Regierungsentwurf vorgesehene und mit § 91 Abs. 1 Satz 2 GWB bezweckte Besserstellung der Schieds-

verträge zu Exportkartellen in ihr Gegenteil verkehrt; denn an Schiedsverträge zu Exportkartellen, die die Wahl des ordentlichen Rechtsweges zulassen, werden strengere Anforderungen gestellt als an gleichartige Verträge zu anderen Arten von Kartellabsprachen.

Es sollte daher durch Neufassung des § 91 Abs. 1 Satz 2 GWB klargestellt werden, daß Schiedsverträge über künftige Rechtsstreitigkeiten aus Verträgen oder Beschlüssen der in § 6 bezeichneten Art (Exportkartellen) nur dann unwirksam sind, wenn sie nicht jedem Beteiligten das Recht geben, im Einzelfalle statt der Entscheidung durch das Schiedsgericht eine Entscheidung durch das ordentliche Gericht zu verlangen.

Daraus ergibt sich für § 91 Abs. 1 Satz 2 GWB folgende Neufassung:

„Schiedsverträge über künftige Rechtsstreitigkeiten aus Verträgen oder Beschlüssen der in § 6 bezeichneten Art, die nicht jedem Beteiligten das Recht geben, im Einzelfalle statt der Entscheidung durch das Schiedsgericht eine Entscheidung durch das ordentliche Gericht zu verlangen, sind unwirksam, soweit nicht die Kartellbehörde auf Antrag eine Erlaubnis erteilt.“

Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundeswirtschaftsministerium

Der Wissenschaftliche Beirat beim Bundeswirtschaftsministerium hat sich in mehreren Sitzungen, zuletzt am 22./23. Juni 1962, mit der

Reform des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

befaßt und ist dabei zu folgender Stellungnahme gelangt:

I.

- 1: Mit Fragen der Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen und der Förderung des Wettbewerbs hat der Beirat sich bereits in seinen Gutachten vom 18. April 1948, 24. Juli 1949 und 2. Oktober 1954 befaßt.

Seither haben sich neue, für die Wettbewerbspolitik wichtige Tatbestände ergeben. Insbesondere ist am 1. Januar 1958 das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Kraft getreten. Die Erfahrungen mit der Anwendung des Gesetzes in den vergangenen vier Jahren, die wettbewerbspolitisch relevanten Ergebnisse der Wirtschaftspolitik in dieser Zeit sowie der Fortgang der öffentlichen Diskussion über Sinn und Methode der Wettbewerbspolitik geben Anlaß, die Frage des gesetzlichen Schutzes des Wettbewerbs erneut zu durchdenken. Auch sind neue wettbewerbspolitische Fragen daraus entstanden, daß aufgrund des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft bestimmte Grundsätze für die Wettbewerbspolitik innerhalb der Gemeinschaft der Sechs rechtliche Geltung erlangt haben.

2. Nach wie vor ist der Beirat überzeugt, daß die marktwirtschaftliche Ordnung mit Wettbewerb der Anbieter und Nachfrager zu den Grundlagen unserer Wirtschaftspolitik gehört. Aufgabe dieser Politik und der Gesetzgebung ist es daher, den Wettbewerb zu fördern und gegen Beschränkungen und Verfälschungen zu sichern. Angesichts der offenen und versteckten Angriffe, denen diese Politik ausgesetzt ist, sei an die Gründe erinnert, die sie stützen.
3. Im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland sind als Ordnungsprinzipien unserer Gesellschaft die Freiheit der Person und die soziale Gerechtigkeit festgelegt. Zu den Elementen dieser freiheitlichen Ordnung gehören auch die Vertragsfreiheit und das Privateigentum am Produktivvermögen. Beide lassen sich jedoch nur vertreten, wenn zumindest sichergestellt ist, daß der Gebrauch der Freiheit und die Nutzung des eigenen Vermögens andere nicht daran hindert, sich gleichermaßen dieser Rechte zu bedienen. Wollte man diese Sicherung in erster Linie durch direkte staatliche Lenkungsmaßnahmen herbeiführen, so würden die individuelle Freiheit mehr als notwendig eingeschränkt und unternehmerische Initiative an ihrer Entfaltung gehindert werden. Neben der öffent-

lichen Meinung als einem wichtigen Kontrollmittel bildet der Wettbewerb eine sehr wichtige Garantie für die angestrebte Ordnung. Er spornt die unternehmerische Aktivität an und setzt ihr zugleich Grenzen. Aber diese Ordnung ist ständig durch die Tendenz der Wirtschaftssubjekte bedroht, allein oder im Zusammenwirken mit anderen wirtschaftliche Machtstellungen zu bilden und dadurch sich Vorzugsgewinne zu sichern, sich dem mit dem Wettbewerb verbundenen Risiko für die eigene Existenz zu entziehen und freiheitsgefährdenden politischen Einfluß zu gewinnen. Daher kann die marktwirtschaftliche Ordnung nicht dem freien Spiel der Kräfte überlassen bleiben, sondern muß rechtlich gesichert werden.

4. Aus dieser Einsicht ergeben sich zwei Folgerungen. Erstens: um der persönlichen Freiheit einen möglichst großen Spielraum zu gewähren, sollte der Wettbewerb überall da durchgesetzt werden, wo es die Art der gesellschaftlichen Aufgaben überhaupt zuläßt. Zweitens: um zu vermeiden, daß die Chancen und Risiken, die mit der Freiheit und dem Wettbewerb verbunden sind, zur Begünstigung oder Benachteiligung einzelner Gruppen führen, muß der Wettbewerb in allen Wirtschaftsbereichen gegen die Gefahr geschützt werden, Vermachtungstendenzen zu erliegen.

Soweit der Gesetzgeber den Wettbewerb auf einzelnen Märkten durch öffentlich-rechtliche Maßnahmen bisher ausgeschlossen oder beschränkt hat, sollte geprüft werden, ob Wettbewerbsbeschränkungen dieser Art und dieses Ausmaßes wirklich unerlässlich sind, um die erstrebten öffentlichen Zwecke zu erreichen. Keinesfalls darf aus öffentlich-rechtlichen wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen auf einzelnen Märkten geschlossen werden, daß gleichgerichtete private Wettbewerbsbeschränkungen auf diesen Märkten erwünscht oder zulässig seien. Ebenso wenig können öffentlich-rechtliche wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen als Vorwand dafür dienen, private Wettbewerbsbeschränkungen als Gegenmacht aufzurichten.

Widerspruchsvoll wäre es vor allem, Branchen, die sich in Absatzkrisen befinden, Wettbewerbsbeschränkungen zuzugestehen, nachdem sie in Zeiten guten Geschäftsganges die Chancen der wirtschaftlichen Freiheit in Anspruch genommen haben. Anderenfalls könnten weder die unternehmerischen Dispositionsbefugnisse als konstitutives Element der Gesellschaftsordnung noch die Gewinne als Wagnisentgelt gerechtfertigt werden.

Wenn in diesem Gutachten vom Arbeitsmarkt nicht die Rede ist, so deshalb, weil er gegenüber allen anderen Märkten Besonderheiten aufweist, die seine Einbeziehung in die allgemeine Betrachtung dieses Gutachtens verbieten.

5. Was die einkommenspolitische Bedeutung des Wettbewerbs angeht, so ist zu unterscheiden zwischen der branchen- und firmenmäßigen Verteilung der Gewinne und der Verteilung des Sozialprodukts zwischen Unternehmern und Nichtunternehmern.

Der Wettbewerb, insbesondere in der Form der Preiskonkurrenz, bewirkt eine gleichmäßigere Verteilung der Gewinne auf die einzelnen Bereiche der Wirtschaft. Nur so können die Gewinne ihre wichtige Funktion der Steuerung des Investitionsprozesses ausüben, auf welche sich unser marktwirtschaftliches System stützt. Sind jedoch einzelne Branchen nicht dem Preiswettbewerb ausgesetzt, weil marktbeherrschende Unternehmen, Kartelle und bestimmte oligopolistische Verhaltensweisen in verhindern, so wird aufgrund erhöhter Gewinne und Selbstfinanzierungsmöglichkeiten die Gefahr von Fehlinvestitionen, die stets eine Unterlassung dringlicherer Investitionen in anderen Bereichen bedeuten, erhöht. Solche Fehlentwicklungen verlangsamen das Wachstum des Produktionspotentials, sofern sie nicht zu Lasten des Konsums gehen. Die partiellen Überkapazitäten können aber auch Branchenkrisen auslösen, die unter Umständen sogar einen allgemeinen Konjunkturrückschlag zur Folge haben. Die Verteilung des realen Sozialprodukts zwischen Unternehmern und Nichtunternehmern ist — bei gegebenen Geldlöhnen — abhängig von der öffentlichen und privaten Investitionstätigkeit, dem Sparen der Nichtunternehmer und der Preispolitik der Unternehmer. Der Spielraum für eine solche Preispolitik ist um so größer, je höher der Monopolisierungsgrad der Wirtschaft ist, d. h. je mehr Wirtschaftsbereiche eine monopolistische Struktur aufweisen und je höher der Gewinnaufschlag ist, den die Unternehmer, selbst auf die Gefahr zeitweiliger Absatzrückgänge hin, auf die Dauer glauben durchsetzen zu können. Welche Verteilung zustandekommen wird, läßt sich ohne weitere Annahmen über das Verhalten der Tarifpartner, der Notenbank und der öffentlichen Hand nicht aussagen. In jedem Fall aber ist bei Wettbewerb der preispolitische Spielraum der Unternehmungen, soweit überhaupt vorhanden, erheblich geringer. Der Preiswettbewerb wirkt daher darauf hin, den Anteil der Gesamtgewinne am Volkseinkommen auf jenes Maß herabzudrücken, das für die Funktionsfähigkeit einer von der Unternehmerinitiative getragenen Wirtschaft nicht entbehrt werden kann.

6. Maßnahmen, die den Wettbewerb verschärfen und damit den preispolitischen Spielraum der Unternehmungen einengen, wirken auch der Tendenz ständigen Auftriebs der Kosten und Preise entgegen. Da es immer Bereiche mit geringen Chancen der Produktivitätssteigerung geben wird, in denen bei steigenden Löhnen die Preise steigen, kann die gewünschte Stabilisierung des Preisniveaus nur dann erreicht werden, wenn in Branchen, deren Produktivität überdurchschnittlich steigt, die Preise entspre-

chend sinken. Aber gerade dies wird durch monopolistische Praktiken wie „administrierte Preise“ und Preisbindung der zweiten Hand unmöglich gemacht oder zumindest sehr erschwert; das Preisniveau wird nach unten starr. Sind durch Wettbewerb die Gewinne gleichmäßiger verteilt, so entfallen auch die in einzelnen Branchen durch augenfällig hohe Gewinnraten und Effektivlöhne herausgeforderten übermäßigen Lohnforderungen, die sich über den Gesamtbereich der Wirtschaft ausbreiten und einen allgemeinen Preisauftrieb auslösen.

7. Wettbewerbsbeschränkungen gestatten zudem den Unternehmern bei rückläufiger Konjunktur, ihre Investitionen stärker zu beschränken. Das würde den Staat, der die Beschäftigung auf hohem Niveau stabilisieren will, zu viel massiveren Eingriffen nötigen als bei uneingeschränktem Wettbewerb.
8. Ein wirksamer Wettbewerb ist auch notwendig für eine im Sinne der Verbraucher mehr befriedigende Steuerung der Produktion. Streng genommen wäre sie nur gewährleistet in einer Wettbewerbsordnung, in der auf allen Märkten sehr viele Anbieter und Nachfrager miteinander konkurrieren. Da hier kein Anbieter (Nachfrager) in der Lage ist, von sich aus das Gesamtangebot (die Gesamtnachfrage) merklich zu beeinflussen, und der Wettbewerb die Absatzpreise den Tiefpunkten der Stückkostenkurven am meisten annähert, würde der Einsatz der in einer Volkswirtschaft verfügbaren Produktionsfaktoren den Nachfragerwünschen in der bestmöglichen Weise angepaßt. Diesem Zustand kann man sich jedoch nur annähern. Man sollte in dieser Richtung aber so weit gehen, wie es möglich und mit Rücksicht auf optimale Betriebsgrößen vertretbar ist. Jeder geringere Grad von Wettbewerb bedeutet eine Verschlechterung der Güterversorgung, einmal weil die Betriebe weniger unter Kostendruck stehen, zum andernmal weil der Verbraucher nur die Wahl zwischen Gütern, deren Preise verschieden stark manipuliert sind, und daher keine wirklich freie Konsumwahl hat.
9. In einer mit Monopolen und Kartellen stark durchsetzten Wirtschaft verliert der Preis als Lenkungsinstrument auch deshalb erheblich an Wirksamkeit, weil ein solches System ungleich größere Möglichkeiten bietet, Verluste an der einen Stelle durch Gewinne an anderer Stelle auszugleichen oder trotz Änderung der Marktlage eine Zeitlang das bisherige Angebot unverändert beizubehalten. Etwaige Vorteile dieser größeren Trägheit dürften in einer wachsenden Wirtschaft, die durch einen ständigen Wandel in der Nachfragestruktur und in den Erzeugungsbedingungen gekennzeichnet ist, durch den Nachteil verminderter Reagibilität des volkswirtschaftlichen Produktionsapparats bei weitem übertroffen werden.
10. Der Tendenz des Gesetzes, Kartelle und marktbeherrschende Unternehmen zu bekämpfen, wird heute oft entgegengehalten, daß es gerade

solche Wettbewerbsbeschränkungen sind, die den beteiligten Unternehmen erlauben, Forschungen großen Ausmaßes zu finanzieren, den technischen Fortschritt zu fördern und damit das wirtschaftliche Wachstum zu beschleunigen. Dem sind folgende Argumente entgegenzuhalten: Solche Wettbewerbsbeschränkungen können gerade das Gegenteil bezwecken, nämlich den technischen Fortschritt hemmen, indem z. B. Patente erworben werden, um ihre Ausnutzung zu verhindern, oder indem die Lebensdauer der Güter bewußt verkürzt wird. Aber selbst wenn dies nicht der Fall wäre, vermindert gerade die Wettbewerbsbeschränkung den Zwang, die Monopolgewinne in vollem Umfang und möglichst wirkungsvoll für den technischen Fortschritt zu verwenden. Hierzu sind die Unternehmen nur dann gezwungen, wenn sie unter dem Druck aktueller oder zumindest potentieller Konkurrenz stehen. Dafür sprechen auch die Erfahrungen in der Bundesrepublik. Gewiß gab es starke Monopolisierungs- und Kartellisierungstendenzen, trotzdem war ein erheblicher Wettbewerbsdruck vorhanden, u. a. weil weite Bereiche der westdeutschen Wirtschaft zuerst durch den Abbau der Importrestriktionen und dann durch die Zollsenkungsmaßnahmen im Rahmen von GATT und EWG einem wirksamen internationalen Wettbewerb ausgesetzt worden sind.

11. Auch auf unvollkommenen Märkten und im Oligopol gibt es Wettbewerb, der die Anbieter zu Leistungen anreizt, auch wenn er seine Lenkungsfunktion im Sinne einer verbraucherorientierten Marktwirtschaft nicht mehr zufriedenstellend erfüllt. Die Intensität dieses Wettbewerbs hängt wesentlich davon ab, in welchem Maße die einzelnen Anbieter die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit haben und sich Erfolg davon versprechen, durch Preisabschläge, höhere Rabatte u. dgl. sowie durch Qualitätsverbesserung und Nebenleistungen ihre Marktstellung zu stärken oder zu verteidigen. Einem lebhaften Wettbewerb auch dieser Art stehen manche Koordinierungspraktiken einzelner Verbände und eine verfehlte Auslegung des Begriffs „unlauterer Wettbewerb“ nicht weniger entgegen als offene oder stillschweigende Kartellabsprachen.
12. Wo der Wettbewerb mangels unternehmerischer Aktivität oder infolge einer übergroßen Nachfrage keine lebhaften Formen annimmt, kommt es entscheidend darauf an, die Märkte rechtlich und tatsächlich offen zu halten, so daß Außen-seiter eindringen können. Diese potentielle Konkurrenz kann von neuen Unternehmungen, von anderen Branchen oder aus dem Ausland kommen. Sie verdient im Rahmen einer aktiven Wettbewerbsförderung vor allem dann Beachtung, wenn die bisherigen Anbieter sich oligopolistisch verhalten und aus Furcht vor einer ruinösen Konkurrenz allzu sehr aufeinander Rücksicht nehmen. Dieser Gesichtspunkt sollte auch im Zusammenhang mit der Betriebs- und Unternehmenskonzentration berücksichtigt werden, weil allein schon das Vorhandensein von Großanbietern den Zutritt zum Markt wesentlich erschwert. Technische und privatwirtschaftliche Vorteile der Konzentration können auf diese Weise durch eine langfristige Minderung der Wettbewerbsintensität mehr als aufgewogen werden.
13. Gegen den Wettbewerb wird eingewendet, daß die Rivalität der Anbieter häufig Formen annimmt, die gesamtwirtschaftlich verschwenderisch seien; sie äußerten sich vor allem in übertriebenem Reklameaufwand, belanglosen Neuerungen an den angebotenen Gütern und einer aus dem Bedürfnis nach Produktdifferenzierung resultierenden Typenvielfalt sowohl bei Fertigerzeugnissen als auch bei Halbfabrikaten.
Diese nicht zu bestreitende Verschwendung darf jedoch nicht dazu verleiten, dort, wo ein vollkommener Wettbewerb nicht hergestellt werden kann, auf den Wettbewerb völlig zu verzichten. Die Vorteile des selbst auf unvollkommenen Märkten immerhin noch vorhandenen Wettbewerbs überwiegen diese Mängel bei weitem. Der Typenvielfalt, wo sie wirklich verschwenderisch ist, läßt sich vielfach auch auf anderem Wege als durch Kartelle begegnen, z. B. auch durch Normungsempfehlungen.
14. Unter Oligopolisten pflegt ein Ausscheidungskampf nur dann auszubrechen, wenn einer von ihnen eine reale Chance sieht, eine dauerhafte Monopolstellung zu erringen, die er nachher ausnutzen kann. Deswegen bedarf es zum Schutz gegen einen ruinösen Wettbewerb der Oligopolisten nicht ihrer Kartellierung; vielmehr empfiehlt sich eine möglichst wirksame Monopolkontrolle, die Monopolpositionen wenig erstrebenswert erscheinen läßt.
15. Die Meinung, eine Politik des Laissez faire führe über spontan sich bildende gegengewichtige Marktmacht zu einem Ausgleich der Monopolisierungsgrade, bei dem sich die Verzerrungen im Preissystem und in der Produktionsstruktur gegenseitig aufheben, überzeugt schon darum nicht, weil ein solcher Zustand zwar denk-möglich ist, aber kaum jemals Aussicht hat, sich zu verwirklichen. Wo sich gegengewichtige Marktmacht bildet, pflegen die Partner nach aller Erfahrung sich auf Kosten Dritter zu verständigen, die nicht in der Lage sind, ihrerseits wieder Gegenmacht gleicher oder ähnlicher Stärke aufzubauen; das sind neben schwer kartellierbaren Gruppen von Anbietern vor allem die Verbraucher. — In diesem Zusammenhang sollte nicht übersehen werden, daß die Auslesefunktion des Wettbewerbs mit zunehmender Konzentration verloren geht.
16. Grundsätzlich hält der Beirat an der Auffassung fest, daß die Aufgabe, den Leistungswettbewerb zu fördern und zu schützen, nicht allein durch eine Spezialgesetzgebung gelöst werden kann.

Wie der Beirat bereits in seinem Gutachten vom 24. Juli 1949 über Grundsatzfragen der Monopolverordnung zum Ausdruck gebracht hat, handelt es sich hier vielmehr um ein Teilstück der gesamten Wirtschaftsverfassung. Im besonderen sollte alles geschehen, „was dazu beitragen kann, die freie Beweglichkeit von Arbeit, Waren und Kapital zu fördern. Alle Selbsthilfekräfte sind zu ermutigen, sich an der Ausweitung des Wettbewerbs und an der Beseitigung wirtschaftlicher Machtstellungen zu beteiligen. Die öffentlichen Unternehmen sollen sich der preislichen Ausnutzung etwaiger Monopolverordnungen enthalten und sollen überall, wo dies angängig ist, ihrerseits als Instrument der Sicherung des Leistungswettbewerbs in den betreffenden Wirtschaftszweigen verwendet werden“.

17. Die Wettbewerbsordnung wurde hier zunächst im Hinblick auf die Ordnung des wirtschaftlichen Geschehens betrachtet; ein geordneter und gesicherter Wettbewerb wirkt aber weit über den Bereich der Wirtschaft hinaus und erweist sich als eine Angelegenheit von verfassungspolitischer Bedeutung. Wirtschaftliche Machtstellungen sind dazu angetan, eine „Verfassungswirklichkeit“ zu schaffen, die der geschriebenen Verfassung demokratischer Staaten zuwiderläuft und dahin tendiert, die Funktion der verfassungsmäßigen Organe zu beeinträchtigen. Indem der Wettbewerb wirtschaftlichen Machtstellungen entgegenwirkt, sie entweder gar nicht entstehen läßt oder schon bestehende durch immer wiederholte Angriffe schwächt, unter Umständen sogar auflöst, trägt er dazu bei, das gesellschaftliche und staatliche Leben vor eigennützigen Einflüssen unkontrollierter Macht zu schützen und das Walten der allein legitimen, demokratisch kontrollierten Macht zu sichern; damit sichert er zugleich den Rechtsstaat.

II.

Aus der grundsätzlichen Stellungnahme und aus den bisherigen Erfahrungen bei der Anwendung des GWB ergeben sich folgende Empfehlungen für die Änderung des Gesetzes.

A. Kartelle

18. Die Anwendung der Ausnahmenvorschriften für Kartelle hat ganz allgemein gezeigt, daß die Wirkungen der Kartellverträge nicht aus ihrem Inhalt allein abgeleitet werden können. Von dieser Voraussetzung ist aber der Gesetzgeber bei der Formulierung der Ausnahmenvorschriften ausgegangen. Vielmehr hängt die Wirkung der Kartelle in gleichem Maße von der Eigenart der Marktverhältnisse ab, in die sie eingreifen. Es sollte ausdrücklich klargestellt werden, daß das Bundeskartellamt grundsätzlich einer Wettbewerbsbeschränkung zu widersprechen oder eine Erlaubnis zu versagen hat, wenn die Ab-

sprache die letzten noch wirksamen Wettbewerbsfaktoren ausschalten würde.

19. In seinem Gutachten vom 2. Oktober 1954 vertritt der Beirat die Auffassung, daß grundsätzlich keine Bedenken gegen die Erlaubnis von Konditionenkartellen bestehen, die nur den technischen Ablauf des Geschäftsverkehrs regeln und sich nicht auf Preise oder Preisbestandteile beziehen. Dabei ist jedoch vorausgesetzt, daß der Begriff „Preisbestandteil“ weit ausgelegt wird. Beispielsweise ist eine kollektive Regelung der Behandlung und Berechnung von Frachtkosten auch dann als Festlegung von Preisbestandteilen aufzufassen, wenn die Nachfrager einen merklich anderen Preis zu zahlen hätten oder die Anbieter einen merklich anderen Nettostückerlös erhalten würden, als es ohne eine solche Regelung der Fall wäre. Um die Wirkungen von Konditionenkartellen auf den Wettbewerb zu erfassen, reicht die in § 2 GWB enthaltene Unterscheidung nach dem Inhalt des Kartellvertrages nicht aus. Auf Märkten, auf denen der Wettbewerb ohnehin erheblich eingeengt ist, können Konditionenkartelle zu einer weiteren nachhaltigen Wettbewerbsbeschränkung führen, indem sie bestimmte Nebenleistungen dem Wettbewerb entziehen.
20. Geschäftsbedingungen, soweit sie nachgiebiges Gesetzesrecht abändern, geben oft zu erheblichen Bedenken Anlaß; es wäre zu wünschen, daß die Kartellbehörde unter Inanspruchnahme ihres Widerspruchsrechts auf die Beseitigung solcher Bestimmungen hinwirkt, wenn die Abweichung vom nachgiebigen Gesetzesrecht nicht rechtspolitisch zureichend begründet werden kann.
21. Rabattkartelle hat der Gesetzgeber in § 3 als Anmeldekartelle zugelassen, weil er in ihnen eine der leichteren Formen der Wettbewerbsbeschränkung erblickte. In den Beratungen des Gesetzes ging man davon aus, daß Rabattkartelle geeignet seien, die Markttransparenz zu erhöhen, mißbräuchliche Preisdiskriminierungen auszuschalten sowie mittelständische Unternehmen auf der Angebots- und auf der Nachfrageseite des Marktes zu schützen. Dabei wurde jedoch übersehen, daß auf oligopolistischen Märkten der Wettbewerb mit Rabatten oft die einzige Form des Wettbewerbs ist, die sich gegen Preisführerschaft und Parallelverhalten durchsetzen kann. Die Erfahrungen mit der Anwendung der Vorschrift zeigen überdies, daß Rabattkartelle meist tiefgreifende und nachhaltige Wettbewerbsbeschränkungen hervorrufen. Nicht selten hat die Kartellierung der Rabatte sogar zum Ausschluß des Wettbewerbs im Grundpreis geführt. So wird der Bruttopreis, von dem die Rabatte abgesetzt werden, leicht zu einem effektiven, von den Unternehmen einheitlich angewendeten Preis. Dies gilt in erhöhtem Maß, wenn das Rabattkartell, wie es häufig der Fall ist, mit der erlaubten Preisbindung zweiter Hand für Markenartikel verbunden wird.

22. Besonders deutlich treten die schädlichen Wirkungen der Rabattkartelle hervor, wenn Gesamtumsatzrabatte oder Funktionsrabatte vereinbart werden. Der Gesamtumsatzrabatt vergütet den Umsatz eines Abnehmers mit der Gesamtheit der Kartellmitglieder. Dieser Rabatt weist keinen Zusammenhang mit der Kostenersparnis auf, die sich daraus ergeben kann, daß ein Lieferant große Mengen liefert; er kann darüber hinaus die Großunternehmen der Nachfrageseite begünstigen, weil der Gesamtumsatz ohne Rücksicht auf die Art und Weise des Bezuges und ohne Rücksicht auf die im einzelnen Fall oder von einem einzelnen Lieferanten bezogenen Mengen vergütet wird. Schon aus diesem Grunde ist die Annahme, daß Gesamtumsatzrabattkartelle den Mittelstand schützen, jedenfalls nicht generell zutreffend. Im übrigen hält der Beirat Kartelle grundsätzlich für ungeeignet, gesellschaftspolitische Aufgaben zu lösen. Das gilt auch für den Schutz des Mittelstandes.

Bei kollektiver Regelung von Funktionsrabatten besteht obendrein die Gefahr, daß die Struktur des Handels auf dem Stand einfriert, den sie im Zeitpunkt der Kartellierung aufweist. Dies gilt vor allem dann, wenn das Kartell die Qualifikation für die Rabatteinstufung im einzelnen festlegt.

Das zur Rechtfertigung der Kartellierung von Funktionsrabatten vorgebrachte Argument, der Handel erbringe mit dem Vertrieb der Ware lediglich eine Leistung für den Hersteller und stelle somit ein reines Absatzorgan dar, verkennt die eigenständige unternehmerische Funktion des Handels und geht von der Vorstellung aus, den Herstellern stehe das Recht zu, kollektiv den Markt zu ordnen.

23. Der Beirat empfiehlt deshalb, die Ausnahmenvorschrift für Rabattkartelle im § 3 GWB zu streichen. Diejenigen Rabatte, die zu einer monopolistischen Diskriminierung führen, lassen sich durch das im § 26 Abs. 2 GWB enthaltene Diskriminierungsverbot besser bekämpfen, als es durch die Zulassung von Rabattkartellen geschehen kann.
24. Die Voraussetzungen, unter denen nach § 5 Absatz 2 und 3 GWB Rationalisierungskartelle erlaubt werden können, haben sich als zu breit und zu unscharf erwiesen. Die Vorschrift begründet in ihrer geltenden Fassung die Gefahr, daß die in § 1 zugunsten des Wettbewerbs getroffene Entscheidung auf dem Umweg über die Rationalisierungskartelle zurückgenommen wird. Der Begriff der „volkswirtschaftlichen Rationalisierung“, den man in die Auslegung des § 5 einführen wollte, bietet hierfür ein treffendes Beispiel. Mögliche volkswirtschaftliche Vorteile kollektiver Preis- und Produktionsregelungen dürfen nicht die Grundlage für die Erlaubnis von Rationalisierungskartellen bilden, wenn man nicht dem Bundeskartellamt für jeden einzelnen Fall die Entscheidung über-

tragen will, ob Kartelle im allgemeinen überwiegend nützlich oder schädlich sind. Ein Rationalisierungseffekt im Sinne von § 5 ist nur dann anzuerkennen, wenn in den beteiligten Unternehmen selbst eine Verbesserung der betrieblichen Leistung erzielt wird. Eine zentrale Aufteilung der Produktions- und Absatzmengen sowie die Bildung von gemeinsamen Beschaffungs- oder Vertriebseinrichtungen mit Benutzungszwang (Syndikate) sollte in keinem Fall erlaubt werden. § 5 Abs. 3 GWB sollte in diesem Sinne geändert werden.

25. Die Praxis des Bundeskartellamtes hat darüber hinaus einen in § 5 angelegten Konflikt offenbart, den zu lösen dem Gesetzgeber obliegt. Der Umstand allein, daß das Kartell zu Kostenersparnissen führt, genügt nicht, um ein Rationalisierungskartell zu rechtfertigen. Es ist vielmehr der Nachweis zu fordern, daß ohne Kartell ein gleichwertiger Rationalisierungserfolg nicht erzielt werden kann. Die Unternehmen, die ein Rationalisierungskartell beantragen, hätten das zu beweisen. Diese Regelung der Beweislast folgt unmittelbar aus dem vom Beirat vertretenen Grundsatz, daß eine Vermutung zugunsten des Wettbewerbs und gegen Wettbewerbsbeschränkungen spricht. Ferner handelt es sich um Tatsachen, die im Erfahrungsbereich der beteiligten Unternehmen liegen, so daß die Antragsteller durch die Beweislast nicht unbillig beschwert werden.

B. Sonstige Verträge

26. § 16 GWB erlaubt die Preisbindung zweiter Hand für Markenartikel und Verlagserzeugnisse. In seinem Gutachten vom 2. 10. 1954 hat der Beirat empfohlen, die Preisbindung zweiter Hand schrittweise abzubauen. Er hat dabei die Erwartung ausgesprochen, daß die praktische Erfahrung mit der Mißbrauchsaufsicht Kriterien ergeben werde, um das System vertikaler Preisbindung künftig immer stärker einzuschränken und das Gesetz auch hier auf das Prinzip des Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt umzustellen. Die Befürchtungen, die der Beirat als Begründung für seine Empfehlung angeführt hat, sind durch die Erfahrungen mit der erlaubten Preisbindung weitgehend bestätigt worden.
27. Die notwendige Wirkung jeder Preisbindung besteht darin, den Preiswettbewerb zwischen den Händlern auszuschalten. Diese Wirkung unterscheidet sich nicht von derjenigen eines Kartells der Händler untereinander. Grundsätzlich gelten für diese Wettbewerbsbeschränkung die gleichen Erwägungen, wie sie der Beirat für Kartelle im allgemeinen angestellt hat.
28. Die Erfahrungen zeigen darüber hinaus, daß die Preisbindung dahin tendiert, auch den Preiswettbewerb der Hersteller untereinander zu beeinträchtigen. Das Erfordernis des § 16, daß Preisbindungen nur für solche Markenwaren

zulässig sein sollten, die mit gleichartigen Waren anderer Hersteller in Preiswettbewerb stehen, hat sich als wirkungslos erwiesen. Der Wettbewerb in den Abgabepreisen wird häufig durch ergänzende Konditionen- und Rabattkartelle der preisbindenden Markenartikelhersteller ausgeschlossen. Außerdem bewirkt der Ausschluß des Wettbewerbs im Vertrieb, daß die Impulse zum Preiswettbewerb der Hersteller vermindert oder ausgeschaltet werden. Auf Märkten mit oligopolistischer Preisstarre fördert die Preisbindung das Ausweichen der Anbieter in den Reklame- und Nebenleistungswettbewerb. Die restriktiven Wirkungen der Preisbindung werden noch dadurch verschärft, daß sie fast ausnahmslos mit Vereinbarungen über die zugelassenen Absatzwege verbunden sind.

29. Diese Umstände wirken zusammen darauf hin, den Preiswettbewerb bei preisgebundenen Markenartikeln auszuschalten, die Entwicklung neuer Vertriebsformen zu verhindern, dem Handel fortschreitend seine unternehmerischen Funktionen zu entziehen und dadurch die steuernden Wirkungen des Wettbewerbs weitgehend außer Kraft zu setzen.
30. Die zur Begründung der Preisbindung vorgebrachten Argumente rechtfertigen es nach Auffassung des Beirats nicht, die aufgezeigten wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen in Kauf zu nehmen. Der Schutz der Marke des Herstellers vermag die Notwendigkeit der Preisbindung nicht zu begründen. Der Markenschutz ist von der Preisbindung rechtlich und tatsächlich unabhängig, wie die Erfahrungen in den Ländern zeigen, in denen die Preisbindung ganz oder teilweise verboten ist. Das Argument, dem Hersteller müsse die Preisbindung erlaubt sein, weil er durch den Aufbau der Marke die Vertriebsleistung für den Händler bereits erbracht habe, bestätigt nur die Gefahr, auf die der Beirat in seinem Gutachten vom 2. 10. 1954 hingewiesen hat, daß die Preisbindung dem Groß- und Einzelhandel schließlich jede unternehmerische Aufgabe nehmen werde. Das preisbewußte Verhalten der Verbraucher im sog. Beziehungshandel zeigt, daß sie einen beweglichen Preis als unternehmerische Leistung bewerten.
31. Die Preisbindung zwingt den Hersteller, in den Festpreis das Entgelt für die Vertriebsleistung des Handels einzukakulieren, und zwar ohne Rücksicht auf die besondere Lage des einzelnen Händlers. Daraus entsteht die Tendenz, die Handelsspannen so zu bemessen, daß auch die unwirtschaftlich arbeitenden Händler noch auf ihre Kosten kommen. Dafür, daß — wie gelegentlich behauptet wird — bei Preisbindung die Handelsspannen erfahrungsgemäß geringer seien als bei freier Preisbildung, fehlt jeder Beweis; daß die Preisbindung dahin dränge, die Handelsspannen einzuengen, erscheint dem Beirat in keiner Weise einsichtig, vielmehr spricht vieles für das Gegenteil. Gesetzlich oder behördlich vorgeschriebene Höchstspannen würden zur Folge haben, daß die Preise noch weniger dazu beitragen würden, Produktion und Absatz mit den Wünschen der Nachfrager in Übereinstimmung zu bringen. Die Gefahr, daß die Händler, falls keine Preisbindung bestünde, in die Lage kämen, lokale Monopolstellungen auszubeuten, erscheint gering, wenn man die Mobilität der Nachfrager und die Ausdehnung der Märkte durch den Versandhandel berücksichtigt. Gegen die Annahme, Preise und Handelsspannen würden ohne Preisbindung vergleichsweise höher sein, sprechen schließlich die Erfahrungen, die mit der Aufhebung der Preisbindung in Kanada und in einzelnen Staaten der USA gesammelt worden sind.
32. Außer den wirtschaftlichen Bedenken sprechen auch rechtliche Erwägungen dagegen, die Preisbindung zu erlauben. Die Rechtsprechung hat vertraglich ungebundene Händler mit der Begründung in die Preisbindung einbezogen, daß die Markenware nur durch Vertragsbruch erlangt werden könne, so daß in dem Vertrieb gebundener Markenwaren unter Preis die sittenwidrige Ausnutzung eines fremden Vertragsbruches zu sehen sei. Die vielfältigen Überwachungsmaßnahmen des organisierten Einzelhandels, die Testkäufe durch Spitzel und die Einschüchterung der unterbietenden Händler durch die Androhung kollektiver Zwangsmaßnahmen sind Begleiterscheinungen eines Systems, das nur im Widerspruch zu den Kräften des Wettbewerbs aufrechterhalten werden kann.
33. Der Beirat empfiehlt, die in § 16 enthaltene Erlaubnis der Preisbindung zweiter Hand für Markenartikel aufzuheben. Dabei geht er davon aus, daß unverbindliche Kalkulationspreise dem Empfehlungsverbot des § 38 GWB nicht unterliegen. Gegebenenfalls sollte das vom Gesetzgeber klargestellt werden.
34. Aus den gleichen Erwägungen, aus denen der Beirat die Preisbindung für Markenartikel ablehnt, empfiehlt die Mehrheit seiner Mitglieder, auch die Preisbindung für Verlagserzeugnisse aufzuheben. Der Beirat hat sich eingehend mit den Argumenten beschäftigt, die angesichts der besonderen Struktur der Büchermärkte für die Beibehaltung der Preisbindung für Verlagserzeugnisse vorgebracht werden. Die Mehrheit des Beirats teilt die Befürchtung nicht, daß ohne Preisbindung die Erhaltung leistungsfähiger Buchhandlungen mit breitgestreutem Sortiment gefährdet wäre. Sie ist auch nicht der Auffassung, daß der Preiswettbewerb den Absatz minderwertiger Verlagserzeugnisse fördern würde.
35. Gegenüber Ausschließlichkeitsverträgen reichen die Befugnisse des Bundeskartellamts nicht aus. Nach § 18 GWB kann es solche Verträge nur für unwirksam erklären, wenn die wirtschaft-

liche Bewegungsfreiheit eines Vertragsbeteiligten oder anderer Unternehmen unbillig eingeschränkt wird und wenn außerdem das Ausmaß der Einschränkungen zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt. Letzteres allein sollte ausreichen, um Ausschließungsverträge für unwirksam zu erklären. Der Beirat empfiehlt deshalb, die Voraussetzungen, unter denen die Kartellbehörde diese Verträge für unwirksam erklären kann, nicht kumulativ, sondern alternativ zu fassen. Die in § 18 Absatz 2 enthaltene Vorschrift, wonach eine Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit nicht unbillig ist, wenn ihr eine angemessene Gegenleistung gegenübersteht, sollte gestrichen werden. Das Gesetz sollte einem Unternehmen, das die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit seiner Abnehmer einschränkt, keine Möglichkeit eröffnen, sich von der Geltung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen freizukaufen.

C. Marktbeherrschende Unternehmen

36. Marktbeherrschende Unternehmen können sich im Gegensatz zu Unternehmen in schwächerer Marktposition auch ohne jede Kartellvereinbarung ungerechtfertigte Vorteile im Wettbewerb verschaffen; erfahrungsgemäß stehen ihnen vielfältige Verhaltensweisen offen, die den Wettbewerb nachhaltig beeinträchtigen, die aber nur schwer kontrollierbar sind und die nicht ohne unmittelbare Eingriffe in die unternehmerischen Dispositionen unterbunden werden können. Ungeachtet der unverkennbaren Schwierigkeiten, die sich einer wirksamen wettbewerbspolitischen Behandlung marktbeherrschender Unternehmen entgegenstellen, müssen den Maßnahmen gegen Kartelle und sonstige den Wettbewerb beschränkende Verträge entsprechende Bestimmungen über marktbeherrschende Unternehmen an die Seite gestellt werden. Eine einseitig gegen bestimmte Arten von Wettbewerbsbeschränkungen gerichtete Politik verleitet die Unternehmen dazu, in die vom Gesetz nicht erfaßten Formen der Wettbewerbsbeschränkung durch Unternehmenszusammenschlüsse auszuweichen.

Es reicht daher nicht aus, und es wäre auch inkonsequent, Wettbewerbsbeschränkungen durch Vertrag zu verbieten, wenn man nicht gleichzeitig auch dem Zusammenschluß zu marktbeherrschenden Unternehmen entgegenwirkt und der Ausnutzung marktbeherrschender Stellungen Grenzen zieht.

37. Eine aktive Wettbewerbspolitik muß sich einmal mit den bereits bestehenden marktbeherrschenden Unternehmen auseinandersetzen; zum anderen muß sie entscheiden, ob und wie dem Entstehen solcher Unternehmen begegnet werden kann und soll.

Beide Fragen wären gelöst, wenn man sich entschloesse, das Monopolverbot des amerikanischen Rechts zu übernehmen und marktbeherr-

schende Unternehmen, die dennoch entstanden sind, aufzuspalten oder zu entflechten. Gegen so weitgehende Eingriffe sprechen jedoch überwiegende rechtliche und wirtschaftspolitische Bedenken. Erst wenn sich alle anderen Versuche, das Problem der marktbeherrschenden Unternehmen zu lösen, als unzulänglich erwiesen haben, wäre u. U. daran zu denken, auf eine solche Regelung zurückzugreifen.

Die erwähnten Bedenken gegen die Auflösung bestehender marktbeherrschender Unternehmen sind je nach der Art der Unternehmenskonzentration von sehr unterschiedlichem Gewicht. Soweit es sich um echte Unternehmenseinheiten handelt, deren Auflösung güterwirtschaftlich gesehen höhere Kosten zur Folge haben würde, kann es geboten sein, die vorhandene Unternehmenseinheit bestehen zu lassen. Anders verhält es sich, ganz abgesehen von reinen Finanzkonzernen, bei Unternehmenszusammenschlüssen, die lediglich dazu dienen, das Marktverhalten der beteiligten Unternehmen zu koordinieren. Durch Auflösung solcher Zusammenschlüsse kann man der Monopolisierung entgegenwirken, ohne mit den Erfordernissen zweckmäßiger und fortschrittlicher Unternehmensorganisation in Konflikt zu geraten. Es wird eine wichtige Aufgabe der Konzentrationsenquete sein, zu ermitteln, in welchem Umfange solche Formen des Zusammenschlusses bestehen.

38. Grundsätzlich besteht kein Anlaß, gegen Unternehmen einzuschreiten, die auf Grund besonderer betriebstechnischer und betriebswirtschaftlicher Leistungen in eine marktbeherrschende Stellung hineinwachsen. Die Konzentration zu Großunternehmen darf jedoch auf keinen Fall durch zusätzliche Antriebe oder Erleichterungen gefördert werden. Das geltende Recht, insbesondere das Gesellschafts-, Steuer- und Patentrecht, um nur die wichtigsten Beispiele zu nennen, tut das jedoch in erheblichem Umfang. Es ist deshalb zu fordern, daß das geltende Recht und die Gesetzgebung sorgfältig darauf geprüft werden, inwieweit sie die Unternehmenskonzentration begünstigen. Fallen diese Begünstigungen für die integrierten Großunternehmen fort, so dürfte das nicht nur den Fortgang der Unternehmenskonzentration merklich hemmen, sondern — namentlich wenn marktbeherrschende Unternehmen einer wirksamen Kontrolle unterworfen sind — darüber hinaus sogar Anlaß dazu bieten, manche bereits bestehenden Zusammenschlüsse aufzulösen.
39. An dem Aufstieg der meisten zu Marktbeherrschung gelangten Unternehmen haben Zusammenschlüsse einen entscheidenden Anteil. Der Gesetzgeber hat daher Veranlassung, den Zusammenschluß zu marktbeherrschenden Unternehmen zu erschweren oder zu verhindern. Auf diese Weise würde der Staat entlastet, weil die Zahl der Fälle, in denen marktbeherrschende Unternehmen aufzulösen oder der Mißbrauchsaufsicht zu unterstellen wären, erheblich kleiner

würde. Diese vorbeugende Verfahrensweise ist jedoch nur anwendbar, wenn das Bundeskartellamt einen Überblick über alle Unternehmenszusammenschlüsse besitzt, die möglicherweise zu einer marktbeherrschenden Stellung führen. Darum sind beabsichtigte Unternehmenszusammenschlüsse meldepflichtig zu machen. Die Meldepflicht ist an eindeutige Merkmale anzuknüpfen, z. B. steuerpflichtiges Gewerbekapital, Umsatz oder Beschäftigtenzahl bestimmter Höhe. Liegt bei einem der an dem geplanten Zusammenschluß beteiligten Unternehmen eines der vorgenannten Merkmale vor, so besteht Meldepflicht. Der Marktanteil des zu bildenden Unternehmens ist ein zu unbestimmtes Merkmal; die daran nach § 23 GWB geknüpfte Meldepflicht hat sich daher als wirkungslos erwiesen.

40. Das Bundeskartellamt muß die Befugnis haben, einem gemeldeten Zusammenschluß innerhalb einer kurz bemessenen Frist zu widersprechen. Der Widerspruch kann nur darauf gestützt werden, daß Grund zu der Annahme besteht, das durch den Zusammenschluß entstehende Unternehmen werde marktbeherrschend sein. Der Widerspruch des Bundeskartellamtes hat aufchiebende Wirkung und leitet, falls die Anmeldung nicht zurückgezogen wird, das materielle Prüfungsverfahren ein. Läßt das Bundeskartellamt die Frist ablaufen, ohne Widerspruch zu erheben, oder erklärt es vorher, daß ein Widerspruch nicht erhoben werde, so darf der Zusammenschluß vollzogen werden.

41. Falls durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von § 22 Abs. 1 GWB entsteht, muß das Bundeskartellamt Widerspruch erheben. Von diesem Grundsatz sollte keine Ausnahme zugestanden werden.

Die Fälle, in denen durch Zusammenschluß eine solche Marktbeherrschung entsteht, werden jedoch verhältnismäßig selten sein. Häufiger führen Unternehmenszusammenschlüsse zu oligopolistischen Marktsituationen. Im Oligopol aber besteht die Gefahr, daß Parallelverhalten, Verdrängungsstrategie oder andere wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen schließlich zur kollektiven oder individuellen Marktbeherrschung führen. Deshalb kann es gerechtfertigt sein, Unternehmenszusammenschlüssen entgegenzuwirken, die zu solchen Marktsituationen führen. Daher sollte das Bundeskartellamt Unternehmenszusammenschlüssen schon dann widersprechen können, wenn sie dahin tendieren, den Wettbewerb wesentlich zu beschränken, oder wenn sie die Gefahr einer marktbeherrschenden Stellung vergrößern. Weisen die beteiligten Unternehmen nach, daß durch den Zusammenschluß wesentliche Ersparnisse an Realkosten entstehen, so muß das Bundeskartellamt abwägen, ob dieser Vorteil den Nachteil eines verstärkten Monopolisierungsgrades wirklich übertrifft. Der Gesetzgeber wird diesen Tatbestand ähnlich formulieren können,

wie es für Rationalisierungskartelle in § 5 Abs. 2 GWB geschehen ist.

Der Einwand, eine solche Regelung könne verhindern, daß die deutschen Unternehmen in eine den sich erweiternden Märkten angepaßte Größenordnung hineinwachsen, trifft die hier vorgeschlagene Regelung nicht. Denn bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen seinen Markt beherrscht oder ob der Zusammenschluß eine wesentliche Wettbewerbsbeschränkung hervorrufen würde, müssen auch die Wettbewerbseinflüsse berücksichtigt werden, die aus der Ausweitung der Märkte, insbesondere aus der wirtschaftlichen Integration Europas, herrühren.

42. Die nach § 23 GWB meldepflichtigen Arten von Unternehmenszusammenschlüssen erschöpfen die in Betracht zu ziehenden Tatbestände nicht. § 19 des ursprünglichen Regierungsentwurfs zum GWB enthielt in Ziff. 1—6 einen umfassenderen Katalog von Unternehmenszusammenschlüssen, auf den der Gesetzgeber zurückgreifen sollte. Über § 23 GWB hinaus ist insbesondere an die folgenden Formen des Zusammenschlusses zu denken: Dingliche Nutzungsrechte an Betriebsstätten anderer Unternehmen, Nießbrauch an anderen Unternehmen, Miete und Pacht von Betriebsstätten anderer Unternehmen; Gewinngemeinschaften mit anderen Unternehmen; Rechtsgeschäfte zwischen Unternehmen über die einseitige oder gegenseitige Repräsentation in ihrer Geschäftsführung oder im Aufsichtsrat; Rechtsgeschäfte, durch die sich ein Unternehmen der Leitung eines anderen Unternehmens unterstellt (Beherrschungsvertrag).

Über die gesellschaftsrechtlichen Kriterien zur Beurteilung von Konzernen hinaus sollte das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen einen Unternehmenszusammenschluß immer schon dann erfassen, wenn er die Möglichkeit eröffnet, das Verhalten eines der beteiligten Unternehmen im Wettbewerb maßgeblich zu beeinflussen.

43. Zusammenschlüsse, die unter Mißachtung der Meldepflicht vollzogen worden sind und zur Bildung eines marktbeherrschenden Unternehmens geführt haben, sind aufzulösen. Diese Sanktion ist unerlässlich, um die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen wirksam zu machen.
44. Besonders zu prüfen ist die Frage, wie den wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen zu begegnen ist, die von gemeinsamen Tochtergesellschaften konkurrierender Unternehmen ausgehen. Diese anscheinend weit verbreitete Art des Zusammenwirkens von Unternehmen kann zu kartellgleichen Wirkungen oder zur Marktbeherrschung führen, ohne daß das Kartellverbot oder die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen eine zureichende Abhilfe bieten. Bevor der Gesetzgeber entscheiden kann, wie diese und ähnliche Erscheinungen zu behandeln sind, bedarf es jedoch genauerer

Kenntnisse über ihren Anwendungsbereich, über die Organisationstechnik sowie über die Wirkungen auf die beteiligten Unternehmen und auf die in Mitleidenschaft gezogenen Märkte.

45. Alle marktbeherrschenden Unternehmen, sowohl die bereits bestehenden als auch neu entstehende, sind einer wirksamen Mißbrauchskontrolle zu unterwerfen. Die Vorschriften des GWB haben sich in dieser Beziehung als wenig wirksam erwiesen. § 22 GWB umschreibt die mißbräuchlichen Verhaltensweisen zu eng. Marktbeherrschende Unternehmen können ihre Stellung nicht nur „bei Abschluß von Verträgen“ über Waren oder gewerbliche Leistungen mißbrauchen. Außerdem bezieht sich der Mißbrauch nicht notwendig auf diejenigen Waren oder Leistungen, für die das Unternehmen marktbeherrschend ist. § 22 Abs. 3 GWB erfaßt aber nur diese Form des Mißbrauchs, nicht dagegen den weiten Bereich des außervertraglichen faktischen Marktverhaltens. Das gleiche gilt für den Mißbrauch der Marktbeherrschung durch integrierte Unternehmen, die sich auf den vor- oder nachgeordneten Märkten ungerechtfertigte Vorsprünge im Wettbewerb verschaffen können, indem sie ihre Konkurrenten auf diesen Märkten behindern oder sie von ihnen verdrängen. Das Diskriminierungsverbot des § 26 GWB bietet keine zureichende Abhilfe, weil das Bundeskartellamt in diesen Fällen nicht über die Befugnisse des § 22 Abs. 4 GWB verfügt.

46. Der Vielfalt der möglichen Mißbräuche kann nur durch eine Generalklausel wirksam begegnet werden. Die in § 22 GWB genannten Verhaltensweisen sollten deshalb nur als Beispiele für den Mißbrauch aufgeführt werden. Die Maßstäbe, nach denen zu beurteilen ist, ob ein Verhalten mißbräuchlich ist, sind aus den Ordnungsprinzipien einer Wettbewerbswirtschaft abzuleiten. Die Kennzeichnung als mißbräuchlich behaftet ein solches Verhalten also nicht mit dem Makel der Sittenwidrigkeit.

Die Mißbrauchsaufsicht kann und will den marktbeherrschenden Unternehmen nicht ein bestimmtes Verhalten vorschreiben; sie beschränkt sich darauf, solche Verhaltensweisen zu untersagen, die ihm allein auf Grund seiner Marktmacht offenstehen, die einem einzelnen Unternehmen bei Vorherrschen von Wettbewerb unmöglich wären oder durch die andere Unternehmen in einer Weise behindert oder benachteiligt werden, wie es bei wirksamem Wettbewerb ausgeschlossen wäre. Die Mißbrauchsaufsicht richtet sich also gegen bestimmte, abgrenzbare Verhaltensweisen. Ihr Ziel sollte vor allem darin bestehen, den Zugang zum Markt des marktbeherrschenden Unternehmens offen zu halten und seine Konkurrenten gegen Schädigung zu schützen.

Neben den angeführten Merkmalen können Anzeichen für einen Machtmißbrauch auch darin gefunden werden, daß fortlaufend ungewöhn-

lich hohe Gewinnraten erzielt werden, wie sie auf vergleichbaren Märkten mit wirksamer Konkurrenz nicht vorzukommen pflegen.

Ein Mitglied ist der Meinung, daß Regelungen gemäß Ziffern 39—46 nicht ausreichen, wenn auch den verfassungspolitischen Bedenken Rechnung getragen werden soll, die marktbeherrschenden und zugleich überragend großen Unternehmen entgegengehalten werden müssen. In diesen Fällen dürften nicht nur Maßnahmen gegen mißbräuchliches Verhalten im Wirtschaftsleben getroffen werden. Nötig seien vielmehr auch Vorschriften über die willensbildenden Organe dieser Unternehmen bzw. Konzerne, durch die politischer Mißbrauch der entstehenden sozialökonomischen Macht verhindert wird, oder gleichwertige Maßnahmen.

47. Die Erfahrung lehrt, daß die durch marktbeherrschende Unternehmen Geschädigten nur selten bereit sind, das Bundeskartellamt auf Mißbräuche hinzuweisen oder eventuelle Schadenersatzansprüche gerichtlich durchzusetzen. Das Bundeskartellamt sollte deshalb verpflichtet sein, Untersuchungen in solchen Branchen durchzuführen, in denen Anzeichen für den Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen vorliegen.

D. Sonderregelungen

48. Gegenstand des GWB ist der Wettbewerb nicht im Gesamtbereich der Wirtschaft, sondern nur im Verkehr mit Waren und gewerblichen Leistungen. Aber auch den Wettbewerb in diesen Grenzen regelt es keineswegs erschöpfend. Einmal gibt es außerhalb des GWB eine Vielzahl gesetzlicher Vorschriften und wirtschaftspolitischer Maßnahmen, die sich auf diesen Bereich oder doch auf Teile davon wettbewerbsbeschränkend auswirken, so z. B. auf den Außenhandel oder die Wohnungswirtschaft. (In diesem Zusammenhang ist auch nochmals zu erinnern an die in Teil II C behandelte konzentrationsfördernde Wirkung zahlreicher Bestimmungen unseres Gesellschafts- und Steuerrechts usw.) Auch das GWB selbst enthält Bestimmungen, die wesentliche Teile seiner Vorschriften auf Tatbestände und Vorgänge seines eigenen Geltungsbereichs für nicht anwendbar erklären und in erheblichem Umfang die Möglichkeit anderweitiger, ja gegenteiliger Regelungen offen halten.
49. Auf Grund solcher Sonderregelungen sind bestimmte Unternehmen Wettbewerbsbeschränkungen unterworfen und/oder zu einem nicht-wettbewerblichen Verhalten befugt, das anderen Unternehmen verwehrt ist. Ausmaß und Gewicht der auf diese Weise herbeigeführten Durchbrechung des Wettbewerbsprinzips sind so groß, daß sie eine ernste Gefahr für die Wettbewerbsordnung überhaupt bilden. Diese Gefahr hat ihre Ursache vor allem darin, daß bei dieser Sach- und Rechtslage ganze Bereiche

der Wirtschaft nicht sinnvoll in die Wettbewerbsordnung eingegliedert sind. Gewiß kann die allgemeine Wettbewerbsordnung des GWB nicht allen Wirtschaftsbereichen ohne Rücksicht auf deren besondere Verhältnisse und Bedürfnisse schematisch aufgezwungen werden. Wenn es aber für einzelne Wirtschaftsbereiche einer Sonderregelung bedarf, dann kann diese nicht darin bestehen, den Wettbewerb von ihnen fernzuhalten oder ihnen den Wettbewerb zu ersparen; vielmehr gilt es, für jeden von ihnen Bestimmungen zu treffen, die einen ihnen gemäßen Wettbewerb herbeiführen. Nur dadurch kann verhütet werden, daß die wettbewerbliche Ordnung der Wirtschaft im ganzen an inneren Widersprüchen scheitert.

50. Das grundsätzliche Anerkenntnis, daß Sonderstatbestände vorliegen können, denen durch Sonderregelungen Rechnung zu tragen ist, besagt in keiner Weise, daß in all den Bereichen, denen im GWB Sonderregelungen zugestanden sind, auch wirklich Tatbestände vorliegen, die ein solches Zugeständnis überhaupt oder in diesem Ausmaß rechtfertigen. Insbesondere sollte geprüft werden, ob die getroffenen Bestimmungen nicht den Wettbewerb, anstatt ihn in der jeweils geeigneten Weise zu gestalten, mehr als notwendig ausschließen oder doch erschweren.
51. Soweit es einer besonderen Gestaltung des Wettbewerbs für bestimmte Wirtschaftsbereiche bedarf, sollte diese nicht durch Sondergesetze und noch weniger durch Gelegenheitsgesetze geschaffen, sondern systematisch in das GWB eingearbeitet werden. Eine solche Gesetzgebungspraxis würde wirksam davor bewahren, die tragenden Grundsätze der Wettbewerbsordnung zu durchbrechen.
52. Diejenigen Sonderregelungen des Wettbewerbs, auf die aus zwingenden Gründen nicht verzichtet werden kann, sollten im Rahmen des Möglichen Mißbräuchen vorbeugen; soweit trotzdem Mißbräuche sich einschleichen, muß die Aufsichtsbehörde über ausreichende Befugnisse verfügen, um ihnen wirksam entgegenzutreten.
53. Um die Einheitlichkeit der Wettbewerbsordnung zu wahren, muß das Bundeskartellamt für die Handhabung der Wettbewerbsvorschriften in allen Bereichen zuständig sein, also auch in denjenigen, für die Sonderregelungen getroffen sind und/oder Sonderaufsichtsbehörden bestehen. Die im GWB für die Bereiche der Bank- und Versicherungswirtschaft vorgesehene Art der Zusammenarbeit sollte auf alle Bereiche mit Sonderaufsichtsbehörden erstreckt werden.

III.

54. Zusätzliche Gesichtspunkte für die Ausgestaltung des deutschen Wettbewerbsrechts ergeben sich, weil seit Erlaß des GWB der EWG-Vertrag mit wettbewerbsrechtlichen Vorschriften (Artikel 85 ff.) in Kraft getreten ist und die jüngst

ergangene erste EWG-Kartell-Verordnung eine zunehmende Ausgestaltung und Anwendung des EWG-Kartellrechts erwarten läßt. Das Nebeneinander von EWG-Recht und nationalem Recht im Bereich des Wettbewerbs mag Wissenschaft und Praxis vor neue und noch nicht gelöste Fragen der Rechtsanwendung stellen. Soviel aber steht fest: für weiteren Ausbau nationalen Wettbewerbsrechts bleibt nicht nur Raum, sondern besteht nach wie vor echtes Bedürfnis.

55. Das EWG-Wettbewerbsrecht regelt nur Wettbewerbsbeschränkungen, die geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Auf Grund der allgemeinen Interdependenz aller ökonomischen Größen trifft das strenggenommen auf alle Wettbewerbsbeschränkungen überhaupt zu. Eine so extensive Auslegung dieser Klausel, die alle erdenklichen mittelbaren Auswirkungen wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen einbezieht, ist jedoch nicht zu erwarten. Sie würde selbst über die heute gebräuchlichste, gegenüber früher sehr viel extensivere Auslegung ähnlicher Formulierungen im amerikanischen Recht (Begriff des Interstate Commerce) noch weit hinausgehen. Schon aus diesem Grund bleibt ein beträchtlicher Spielraum für nationale rechtliche Regelungen des Wettbewerbs.
56. Darüber hinaus gibt es zahlreiche und wichtige Fälle, in denen sich ein und dieselbe Wettbewerbsbeschränkung sowohl auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten als auch auf den innerstaatlichen Handel eines Mitgliedstaates auswirkt. Grundsätzlich kann auf Wettbewerbsbeschränkungen EWG-Recht und nationales Recht nebeneinander angewendet werden, zielt doch dieses auf die Sicherung des Wettbewerbs im nationalen Raum, jenes aber auf die Erhaltung eines ungehinderten Wirtschaftsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten.
57. Das deutsche Recht in Richtung auf eine Stärkung der Wettbewerbsordnung weiterzuentwickeln und auszugestalten, empfiehlt sich schon deshalb, weil die Auslegung, Ergänzung und Anwendung der Wettbewerbsvorschriften des EWG-Vertrages erst am Anfang einer in ihren Einzelheiten notwendig ungewissen Entwicklung stehen. Diese Entwicklung wird sich nicht unabhängig von den nationalen Rechten vollziehen. Die hier vorgeschlagene Fortentwicklung des deutschen Wettbewerbsrechts steht in Übereinstimmung mit der durch die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages im Grundsatz normierten Wettbewerbspolitik.
58. Die empfohlenen Reformen des GWB könnten vorübergehend die Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsvorschriften der EWG-Mitgliedstaaten vergrößern. Daraus brauchen sich jedoch weder für die EWG als Ganzes noch für die deutsche Volkswirtschaft Nachteile zu ergeben. Soweit wettbewerbspolitische Maßnahmen einzelner Regierungen den Wettbewerb

in ihrem Land verbessern und von Beschränkungen befreien, kann dadurch der Wettbewerb im gesamten EWG-Raum nur gefördert werden. Auf lange Sicht erfordert die Herstellung binnenmarktähnlicher Bedingungen im EWG-Raum, daß gleiche Tatbestände und Vorgänge innerhalb der EWG auch gleich geregelt und behandelt werden. Zur Erreichung dieses Zieles bieten die Artikel 85 und 86 des EWG-Vertrages der EWG die Grundlage zu einer eigenen aktiven Wettbewerbspolitik.

59. Das Bedenken, daß ein strenges Wettbewerbsrecht in Deutschland die deutschen Unternehmer benachteilige, ist insoweit nicht stichhaltig, als dieses Recht auch dem Versuch fremder Unternehmer Schranken setzt, aus dem andersgearteten Wettbewerbsrecht ihres Landes bei der Betätigung auf dem deutschen Markt Nutzen zu ziehen, denn das deutsche Recht findet auf das Verhalten ausländischer Unternehmen in

der Bundesrepublik genauso Anwendung wie auf deutsche Unternehmen. Soweit die deutschen Unternehmen auf den Märkten im EWG-Raum tätig werden, werden sie durch die Wettbewerbsregeln der EWG geschützt. Deshalb kommt der konsequenten Anwendung beider Rechte große Bedeutung zu.

60. Im übrigen bestätigt die Erfahrung immer wieder, daß Volkswirtschaften, in denen die Unternehmer stärker dem Wettbewerb ausgesetzt sind, davon nicht nur keinen Nachteil erleiden, sondern auf die Dauer bessere Erfolgchancen haben. Die Behauptung, daß ein strenges Wettbewerbsrecht in einem Land nachteilige Wirkungen für dieses Land habe, stützt sich überwiegend auf die Vorstellungen, mit denen die Vorteile von Wettbewerbsbeschränkungen überhaupt begründet zu werden pflegen. Mit diesen Vorstellungen hat sich bereits Teil I dieses Gutachtens kritisch auseinandergesetzt.

Margaretenhöhe (Siebengebirge), den 23. Juni 1962

Der Vorsitzende
des
Wissenschaftlichen Beirats
beim Bundeswirtschaftsministerium
Prof. Dr. E. von Beckerath