

Unterrichtung

des Ausschusses für Wirtschaft (9. Ausschuß)

zu dem von den Fraktionen der SPD, FDP eingebrachten Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen — Drucksache 7/76 —

Bericht der Abgeordneten Dr. Frerichs und Dr. Jens

I. Behandlung der Vorlage

Der Gesetzentwurf — Drucksache 7/76 — wurde vom Deutschen Bundestag in der 12. Sitzung am 1. Februar 1973 in erster Lesung beraten und an den Ausschuß für Wirtschaft federführend, an den Rechtsausschuß mitberatend sowie an den Haushaltsausschuß mitberatend und gemäß § 96 GO überwiesen. Der Ausschuß für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten beteiligte sich gutachtlich an den Beratungen. Der Rechtsausschuß hat den Gesetzentwurf in seinen Sitzungen am 23., 24. und 25. Mai sowie 6. Juni 1973, der Haushaltsausschuß in seiner Sitzung am 6. Juni 1973 beraten. Der Ernährungsausschuß hat zu der Vorlage in seinen Sitzungen am 21. Februar und 21. März 1973 gutachtlich Stellung genommen. Alle drei Ausschüsse stimmen dem Gesetzentwurf zu. Der Haushaltsausschuß wird seinen Bericht gemäß § 96 GO gesondert erstatten.

Der Gesetzentwurf war von der Bundesregierung schon in der 6. Wahlperiode vorgelegt worden. Wegen der vorzeitigen Auflösung des 6. Deutschen Bundestages kam es jedoch nicht zu einer endgültigen Verabschiedung des Gesetzentwurfs.

Der Ausschuß für Wirtschaft hat den Gesetzentwurf in seinen Sitzungen am 21. Februar, 14. und 21. März, 16., 23. und 24. Mai 1973 sowie am 6. Juni 1973 beraten. Er konnte bei seinen Beratungen auf die Vorarbeiten des Ausschusses für Wirt-

schaft des 6. Deutschen Bundestages zurückgreifen. Er hat die Eingaben, die Arbeitsunterlagen, die ihm vom Bundesministerium für Wirtschaft zur Verfügung gestellt wurden, sowie das Ergebnis der Sachverständigenanhörung vom 8. und 9. Dezember 1971, bei der Vertreter der Wissenschaft sowie Vertreter der Spitzenverbände der Wirtschaft zu Fragen der Kooperationserleichterungen, der Mißbrauchsaufsicht und der Fusionskontrolle gehört wurden, seinen Beratungen zugrunde gelegt.

Der Ausschuß selbst hat zu den Fragenkomplexen vertikale Preisbindung und Preisempfehlung bei Markenwaren am 4. Juni 1973 Sachverständige gehört. Als sachverständig sind folgende Vertreter der Wissenschaft und Wirtschaft gehört worden:

Prof. Dr. Ernst-Joachim Mestmäcker

Prof. Dr. Philipp Möhring

Arbeitsgemeinschaft der wirtschaftswissenschaftlichen Institute, Bonn

Arbeitsgemeinschaft der Verbraucher, Bonn

Bundesverband des Deutschen Groß- und Außenhandels, Bonn

Bundesverband der Deutschen Industrie, Köln

Centralvereinigung Deutscher Handelsvertreter- und Handelsmakler-Verbände, Köln

Deutsche Angestellten-Gewerkschaft, Köln

Deutscher Gewerkschaftsbund, Düsseldorf
 Deutscher Industrie- und Handelstag, Bonn
 Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels, Köln
 Markenverband, Wiesbaden
 Zentralverband des Deutschen Handwerks, Bonn
 Zentralverband der genossenschaftlichen Großhandels- und Dienstleistungsgüterunternehmen, Bonn
 Zentralverband des Kraftfahrzeughandels, Frankfurt (Main).

Der von den Koalitionsparteien vorgelegte Gesetzentwurf entsprach vollinhaltlich dem von der Bundesregierung in der 6. Wahlperiode vorgelegten Entwurf einer Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen — Drucksache VI/2520 —, so daß der Ausschuß die diesem Entwurf beiliegende Begründung seiner Beratung zugrunde legen konnte.

II. Allgemeiner Überblick

Wie schon in der 6. Wahlperiode, so gingen die Fraktionen auch jetzt bei ihren Beratungen der Kartellnovelle davon aus, daß für die Sicherung der marktwirtschaftlichen Ordnung die Weiterentwicklung der Wettbewerbspolitik zentrale Bedeutung hat. Diesen ordnungspolitischen Ansatzpunkt vorausgesetzt, war es zwischen den Fraktionen unstrittig, daß das geltende Wettbewerbsrecht in bestimmten Zeitabständen den sich ändernden wirtschaftlichen Gegebenheiten angepaßt werden muß, wenn es weiterhin die Voraussetzungen für einen funktionsfähigen Wettbewerb in der Wirtschaft sichern soll.

Hinzu kam, daß während der Beratungen im Ausschuß außer dem Erfordernis „Sicherung der wettbewerblichen Ordnung“ die Förderung wettbewerblicher Aktivitäten zur Wiedererlangung der Stabilität und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes mit Vorrang bedacht werden mußte. Gerade dieses aktuelle Anliegen veranlaßte den Ausschuß, die Beratung der Novelle so zu beschleunigen, daß sie noch vor der Sommerpause des Parlaments zusammen mit dem Stabilitätsprogramm der Bundesregierung in Kraft treten kann.

Da die Parteien in diesen wichtigen Ausgangspositionen übereinstimmten, kann jetzt das Ergebnis der Beratung als einstimmiger Beschluß des Ausschusses vorgelegt werden.

Diese Übereinstimmung in den Grundsätzen machte eine zügige Beratung möglich, die auch dadurch begünstigt wurde, daß der Ausschuß in wesentlichen Punkten auf Vorklärlungen in der 6. Wahlperiode zurückgreifen konnte. Der Ausschuß ging von der Konzeption des Koalitionsantrages aus. Dieser Antrag hat sich bewußt darauf beschränkt, das Wettbewerbsrecht schwerpunktmäßig zu novellieren. Die notwendige Überprüfung der Ausnahmebereiche wurde von den Antragstellern zurückgestellt. Der Antrag eines Mitgliedes der CDU/CSU-Fraktion, die Anmeldevoraussetzungen und die Mißbrauchsaufsicht bei Verträgen nach

§ 102 GWB zu verschärfen (Beifügung einer Stellungnahme der betroffenen Wirtschaftskreise; Ersetzung des „Einvernehmens“ der Fachaufsichtsbehörde durch „Benehmen“), fand keine Mehrheit.

Nach der Vorlage der Koalitionsparteien soll einmal der Unternehmenskonzentration in der Wirtschaft dadurch begegnet werden, daß neben einer Verschärfung der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen eine vorbeugende Fusionskontrolle eingeführt wird. Maßnahmen, die sich nur gegen eine zunehmende Vermachtung der Märkte richten, können aber sowohl nach Auffassung der Antragsteller als auch nach Auffassung der CDU/CSU-Fraktion allein nicht ausreichen, den Wettbewerb zu sichern. Diese Maßnahmen müssen vielmehr durch Regelungen ergänzt werden, die die wettbewerbliche Marktstruktur auf Dauer gewährleisten können. Dies bedeutet, daß neben der verschärften Mißbrauchsaufsicht und der Fusionskontrolle gleichzeitig auch die Wettbewerbsbedingungen für kleine und mittlere Unternehmen spürbar verbessert werden, um diese Unternehmen in den Stand zu setzen, im Wettbewerb gegenüber marktmächtigen Wettbewerbern zu überleben.

Die Koalitionsparteien haben in ihrem Antrag zur Verwirklichung dieser beiden Ziele vorgeschlagen,

- Kooperationserleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen zu schaffen (§§ 5 b und 28)
- die Mißbrauchsaufsicht über Ausschließlichkeitsverträge zu verschärfen (§ 18)
- die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen zu verbessern (§ 22)
- eine vorbeugende Fusionskontrolle neu einzuführen (§§ 23 bis 24 b).

Der Ausschuß hatte zu prüfen, ob diese Vorschläge ausreichen, um die angestrebten Ziele zu erreichen, und insbesondere inwieweit es notwendig ist, Ergänzungen des Gesetzes zur Sicherung der Preisstabilität und des Verbraucherschutzes vorzusehen.

Der Ausschuß ist zu dem Ergebnis gekommen vorzuschlagen,

- a) die Maßnahmen zur Verschärfung der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und zur Einführung einer vorbeugenden Fusionskontrolle in folgenden Punkten zu modifizieren: Die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen soll dadurch wirksamer ausgestaltet werden, daß die Vermutung für die Marktbeherrschung schon bei einem Marktanteil von mindestens einem Drittel und nicht, wie in der Vorlage vorgesehen, bei 40 v. H. einsetzen soll (§ 22 Abs. 3 Nr. 1). Die Oligopolvermutung (§ 22 Abs. 3 Nr. 2) wurde auf Marktanteil umgestellt. Die Erfahrungen mit Unternehmenszusammenschlüssen in der letzten Zeit haben den Ausschuß sodann veranlaßt, das Aufgreifskriterium für die Fusionskontrolle von 1 Mrd. DM auf 500 Mio. DM zu senken (§ 24 Abs. 8). Zusätzlich hat der Ausschuß in Anlehnung an die Regelung im EG-Vertrag das Kartellverbot des Gesetzes durch ein Verbot der

„aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen“ ergänzt (§ 25 Abs. 1);

- b) die Regelungen zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen für kleine und mittlere Unternehmen nachhaltiger zu verbessern. Der Ausschuß hat klargestellt, daß die nach § 5 b zugelassenen Kooperationserleichterungen nur der Förderung der Leistungsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen dienen sollen. Sodann soll ebenfalls für kleine und mittlere Unternehmen der Tatbestand der Mittelstandsempfehlung praktikabler gefaßt werden (§ 38 Abs. 2 Nr. 1). Schließlich soll das Diskriminierungsverbot bei realen Abhängigkeiten (§ 26 Abs. 2 Satz 2) verschärft werden;
- c) zur Förderung der Wettbewerbsaktivitäten zugunsten der Stabilität und des Verbraucherschutzes die vertikale Preisbindung bei Markenwaren (§ 16) aufzuheben und gleichzeitig die Mißbrauchsaufsicht über vertikale Preisempfehlungen bei Markenwaren (§ 38 a) zu verschärfen. Die Koalitionsparteien wollen mit der Zulassung von unverbindlichen Preisempfehlungen bei Markenwaren sicherstellen, daß einerseits negative Strukturveränderungen in den Absatzwegen mit dem Verbot der Preisbindung der zweiten Hand nicht entstehen und zum anderen, daß die Preistransparenz für die Verbraucher nicht gefährdet wird. Sie haben aber gleichzeitig zu erkennen gegeben, daß sie die Entwicklung auf dem Markt einerseits und die Handhabung der Mißbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörde andererseits sehr genau beobachten werden, um im gegebenen Fall zu prüfen, ob die Handhabung der unverbindlichen Preisempfehlung bei Markenwaren zu Nachteilen für den Verbraucher und den mittelständischen Handel führt. In diesem Falle müßte auch ein Verbot dieses Instituts in Erwägung gezogen werden. Einige Mitglieder der CDU/CSU-Fraktion meinen dagegen, daß es dem Verbraucher sowie dem Einzelhandel mehr dienen würde, wenn die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Markenwarenpreisbindung sowie deren Überwachung verschärft würden. Die Aufrechterhaltung der vertikalen Markenwarenpreisempfehlung, auch bei verschärfter Mißbrauchsaufsicht, wurde von der CDU/CSU-Fraktion dagegen abgelehnt.

Die Überlegungen, die den Ausschuß zu den Modifizierungen und den Erweiterungen des Kartellgesetzes im einzelnen geführt haben, werden im folgenden dargestellt.

III. Zum Inhalt des Gesetzes

Zu § 5 b (Kooperationserleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen)

Der Ausschuß sieht in den Kooperationserleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen einen Schwerpunkt der Kartellgesetznovelle, der außerdem in den §§ 28 und 38 Abs. 2 Nr. 1 (Wettbewerbsregeln, Mittelstandsempfehlung) Ausdruck gefunden hat. Eine breite Schicht kleiner und mittlerer Unternehmen ist nach Auffassung des Ausschusses eine

der wichtigsten strukturellen Voraussetzungen für einen funktionsfähigen Wettbewerb.

Der Ausschuß hat die Fassung des Entwurfs einstimmig wie folgt abgeändert bzw. ergänzt

Der Begriff „Koordinierung einzelner Unternehmensfunktionen“ wurde durch den Ausdruck „zwischenbetriebliche Zusammenarbeit“ ersetzt. Damit soll klargestellt werden, daß § 5 b alle Formen der Kooperation, einschließlich der Ausgliederung einzelner Unternehmensfunktionen, erfaßt. Gleichzeitig wurde hierdurch auch einer Anregung des Bundesrates entsprochen, der in seiner Stellungnahme zum früheren Regierungsentwurf den Ausdruck „Koordinierung“ ebenfalls als nicht eindeutig genug bezeichnet hatte.

Der Ausschuß hat die Entwurfsfassung ferner durch den Zusatz „und der Vertrag oder Beschluß dazu dient, die Leistungsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen zu fördern“ ergänzt. Dadurch soll die Zielvorstellung des § 5 b, die Kooperationsmöglichkeiten für kleine und mittlere Unternehmen zu verbessern, im Gesetzestext selbst zum Ausdruck gebracht werden. Die Formulierung schließt nicht aus, daß u. U. auch große Unternehmen an dem Vertrag beteiligt sind. Entscheidend ist, daß der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird und der Vertrag der Förderung der Leistungsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen dient. Dagegen ist die Kooperation zwischen Großunternehmen durch § 5 b nicht gedeckt.

Der Ausdruck „dazu dient, die Leistungsfähigkeit ... zu fördern“, wurde in Anlehnung an § 5 Abs. 2 GWB gewählt. Im Zeitpunkt des Vertragschlusses kann es sich nur darum handeln, die Vereinbarung nach ihrer Eignung zu beurteilen, den in § 5 b vorausgesetzten Förderungszweck zu erfüllen.

Der Ausschuß hat auch geprüft, ob der Begriff „kleine oder mittlere Unternehmen“ ausreichend bestimmt ist. In diesem Zusammenhang ist der Ausschuß davon ausgegangen, daß durch diesen Begriff nur die Zielrichtung des § 5 b umschrieben werden soll und daß die entscheidenden materiellen Voraussetzungen für die Zulassung von Kooperationsabsprachen in den Tatbestandsmerkmalen „Rationalisierung“ und „keine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs“ liegen. Im übrigen enthält der Begriff „kleine oder mittlere Unternehmen“ sowohl eine Relation, die sich aus der Stellung der betreffenden Unternehmen im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern ergibt, als auch eine absolute Grenze, für die aus den Umsatzzahlen in den §§ 22 ff. Anhaltspunkte für die Kartellbehörde hergeleitet werden können.

Der Ausschuß hat außerdem die Frage erörtert, inwieweit sich die Wettbewerbsklausel des § 5 b von der des § 5 a („einen wesentlichen Wettbewerb auf dem Markt bestehen lassen“) unterscheidet. Es bestand Übereinstimmung, daß § 5 b die schärfere Fassung darstellt. Eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs kann auch dann vorliegen, wenn ein wesentlicher Wettbewerb fortbesteht. Der Ausschuß sieht die kritische Grenze für eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs in der Re-

gel bei einem kartellierten Marktanteil von 10 bis 15 v. H., wenn z. B. Preise, Rabatte oder Zahlungsbedingungen, die im konkreten Fall tatsächlich Preisbestandteile sind, abgesprochen werden. Eine Aufnahme bestimmter Marktanteils Grenzen in das Gesetz erschien dem Ausschuß jedoch nicht angezeigt, weil es entscheidend auf die Qualität der Beschränkung ankommt. Ist z. B. allein die Werbung betroffen, ohne daß weitere für den Wettbewerb wichtige Faktoren wie Preise, Konditionen, Qualität abgesprochen werden, kann u. U. auch eine branchenumfassende Beteiligung hingenommen werden.

Der Anregung des Bundesrates, Preisabreden in § 5 b völlig auszuschließen, ist der Ausschuß nicht gefolgt. Es gibt Fälle, in denen eine leistungssteigernde Kooperation ohne Preisabreden praktisch nicht möglich ist. Jedoch sind wegen der in § 5 b geforderten Rationalisierung bloße Preisabsprachen nicht zulässig.

Die Kooperationsfibel des Bundeswirtschaftsministeriums wird durch § 5 b nicht berührt. Die Kooperationsfibel grenzt den Bereich der Kooperation ab, der mangels Wettbewerbsbeschränkung von vornherein nicht unter das Kartellverbot fällt. Demgegenüber betrifft § 5 b die unter das Kartellverbot des § 1 fallenden Kooperationsformen und schafft hierfür eine neue Freistellung vom Kartellverbot.

Zu §§ 16 und 17 (Aufhebung der vertikalen Preisbindung bei Markenwaren)

Die Mehrheit des Ausschusses ist der Ansicht, daß die vertikale Preisbindung bei Markenwaren nunmehr abgeschafft werden sollte. Dafür sind im wesentlichen folgende Erwägungen maßgebend:

Die Markenwarenpreisbindung ist überlebt. Die Bindung der Abnehmer von Markenwaren an einheitliche, vom Hersteller festgelegte Abgabepreise paßt nicht mehr in die heutige Volkswirtschaft, die über einen leistungsfähigen Handel verfügt und in der auch der Verbraucher kritischer und beweglicher geworden ist. Überdies macht die zunehmende Verflechtung der europäischen Konsumgütermärkte die deutsche Markenwarenpreisbindung immer problematischer. Das Kartellrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft verbietet es inländischen Markenwarenh Herstellern, ihre Preise durch vertragliche Import- und Exportbeschränkungen abzusichern. Daher ist es in den letzten Jahren gerade für die Produzenten international verbreiteter Markenartikel immer schwieriger geworden, ihre inländischen Preisbindungen lückenlos zu erhalten.

Dem Begriff des Markenartikels tut der Wegfall der Preisbindung, wie die Erfahrung gezeigt hat, keinen Abbruch. Hohe Qualität in Verbindung mit notwendigen Nebenleistungen (z. B. Kundendienst) werden immer ihren Preis finden.

Der leistungsfähige mittelständische Fachhandel wird sich auch ohne Preisbindung behaupten können. Breite räumliche Streuung, umfassendes Sortiment, individuelle Beratung und Kundendienst sind die besonderen Wettbewerbsvorteile des Fachhan-

dels. Es ist nicht zu erwarten, daß allein durch die Abschaffung der Markenwarenpreisbindung zusätzliche, volkswirtschaftlich unerwünschte Konzentrationstendenzen entstehen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß in letzter Zeit nur noch ein relativ geringer Prozentsatz des gesamten Einzelhandelsumsatzes auf preisgebundene Waren entfiel.

Für den Verbraucher werden durch die Beseitigung der Markenwarenpreisbindung die Wahlmöglichkeiten erweitert. Damit wird zugleich die marktwirtschaftliche Steuerung verbessert und der Anreiz zur Leistungssteigerung in Industrie und Handel verstärkt. Selbst wenn es dazu kommen sollte, daß Erlöse einbußen bei früher preisgebundenen Artikeln durch Mischkalkulation weitgehend ausgeglichen werden, so wird durch Abschaffung der Preisbindung die wettbewerbliche Preisbildung tendenziell gefördert. Flexible Preise sind auch Voraussetzung dafür, daß die konjunktur- und stabilitätspolitischen Instrumente greifen können.

Nach Wegfall der Markenwarenpreisbindung muß sichergestellt werden, daß marktmächtige Hersteller von Markenwaren nicht durch selektiven Vertrieb faktisch Preisbindungen aufrechterhalten. In diesem Zusammenhang hat die Verschärfung des Diskriminierungsverbots (§ 26 Abs. 2 Satz 2) besonderes Gewicht. Eine vorausschauende Wettbewerbs- und Preispolitik wird ferner darauf zu achten haben, daß übermäßige Nachfragemacht und entsprechende Vorzugsstellungen auf der Handelsstufe nicht dazu mißbraucht werden, eine nicht leistungsgerechte Einkommensverteilung zu Lasten schwächerer industrieller Anbieter oder entsprechender Konkurrenten im Handel herbeizuführen. Eine Konzentration in Industrie und Handel auf wenige Großunternehmen brächte auf lange Sicht gerade auch dem Verbraucher keinen Nutzen. Im übrigen kann nicht stets davon ausgegangen werden, daß z. B. Einkaufsvorteile, die durch Ausnutzung übermäßiger Nachfragemacht erzielt werden, sich auch vollständig im Verbraucherpreis niederschlagen. Die Verschärfung der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen (§ 22), des Diskriminierungsverbots (§ 26 Abs. 2 Satz 2) und der Mißbrauchsaufsicht über vertikale Markenwarenpreisempfehlungen (neuer § 38 a Abs. 3) sowie die Kooperationserleichterungen des neuen § 5 b und der verbesserten §§ 28 und 38 Abs. 2 Nr. 1 (Wettbewerbsregeln, Mittelstandsempfehlung) bieten die erforderlichen rechtlichen Grundlagen, um einer derartigen Entwicklung entgegenzuwirken.

Die Preisbindung für Verlagserzeugnisse wird in der bisherigen Form beibehalten. Das System der festen Ladenpreise im Buchhandel kann unter kulturpolitischen Gesichtspunkten hingenommen werden.

Aufgrund des Ergebnisses der Sachverständigenanhörung vom 4. Juni 1973 vermochte sich eine große Mehrheit des Ausschusses nicht dazu zu entschließen, die Markenwarenpreisbindung partiell aufrechtzuerhalten. Der Antrag einiger Mitglieder der CDU/CSU-Fraktion, ein Erlaubnisverfahren für Preisbindungen vorzusehen, wenn

1. die Anzahl der Verkaufsstellen für diese Waren zum Schaden der Allgemeinheit wesentlich vermindert würde oder
2. notwendige Serviceleistungen, die bei oder nach dem Verkauf erbracht werden, zum Schaden der Allgemeinheit nicht oder nicht mehr erbracht oder erheblich eingeschränkt würden,

wurde daher nicht angenommen.

Die Aufhebung der Markenwarenpreisbindung betrifft auch die Bindung der Abgabepreise des Tabakwarengroßhandels. Von der Aufhebung der Preisbindung hat der Verbraucher unmittelbar keinen Nutzen, da die Kleinverkaufspreise für Tabakwaren steuerrechtlich festgelegt sind. Es besteht jedoch die Gefahr, daß durch einen „Rabattkampf“ auf der Großhandelsstufe an sich leistungsfähige kleine und mittlere Großhandelsunternehmen verdrängt werden. Der Ausschuß hält es daher für erwünscht, daß unter Ausschöpfung der kartellrechtlichen Möglichkeiten einem solchen Verdrängungswettbewerb entgegengewirkt werden kann, solange die Kleinverkaufspreise für Tabakwaren noch gesetzlich festliegen.

Zu § 18 (Ausschließlichkeitsverträge)

Der Ausschuß hält, entsprechend der Begründung zum früheren Regierungsentwurf, einen verbesserten Individualschutz bei Ausschließlichkeitsverträgen für erforderlich. Dabei ist er der Anregung des Bundesrates gefolgt, das Wort „Vielzahl“ durch die Worte „für den Wettbewerb auf dem Markt erhebliche Zahl“ zu ersetzen. Damit soll klargestellt werden, daß die Kartellbehörde eingreifen kann, wenn durch gleichartige Bindungen eine Gruppe von Unternehmen betroffen ist, die für den Wettbewerb auf dem relevanten Markt offensichtlich erheblich ist.

Der Ausschuß legt Wert auf die Feststellung, daß der Bierlieferungsvertrag als solcher nach wie vor als ein legitimes Instrument der Absatzpolitik der Brauwirtschaft anzusehen ist. Die Ergänzung des § 18 soll eine wirksamere Bekämpfung von Mißbräuchen ermöglichen.

Im übrigen ging der Ausschuß davon aus, daß § 18 keine Beschränkung auf bestimmte Arten von Vertragsverhältnissen enthält.

Zu § 22 (Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen)

Bei der Erörterung des § 22 hat der Ausschuß an die Beratungsergebnisse des Wirtschaftsausschusses der 6. Legislaturperiode angeknüpft. Er ist dabei der Auffassung der Bundesregierung gefolgt, daß sich die geltende Fassung als nicht hinreichend praktikabel erwiesen hat. Durch die Neufassung wird die Marktbeherrschung zusätzlich durch den Begriff „überragende Marktstellung“ sowie zwei Marktbeherrschungs-Vermutungen konkretisiert. Der Begriff „überragende Marktstellung“ ist nach Auffassung des Ausschusses vor allem deshalb bedeutsam, weil er anhand von fünf Kriterien

- Marktanteil
- Finanzkraft
- Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten
- Verflechtungen mit anderen Unternehmen sowie
- Marktzutrittsschranken

positiv umschrieben ist. Aus diesem Grunde ist die Kartellbehörde nicht mehr — wie nach der bisherigen Rechtslage — gezwungen, anhand einer Vielzahl von negativen Merkmalen nachzuweisen, daß kein wesentlicher Wettbewerb besteht. Zugleich wird durch diese Kriterien deutlich gemacht, daß der Marktbeherrschungsbegriff über die bloße Marktanteilsbetrachtung hinausgeht und eine umfassende Würdigung aller Ressourcen des Unternehmens (auch Finanzkraft usw.) voraussetzt.

Der Ausschuß hat eingehend die Frage erörtert, ob die einzelnen Kriterien wie Marktanteil, Finanzkraft, Marktzutrittsschranken usw. für die Annahme einer überragenden Marktstellung kumulativ oder nur einzeln in überragendem Maße vorliegen müssen. Der Ausschuß war übereinstimmend der Auffassung, daß die Kartellbehörde zwar in einer Gesamtschau bei ihrer Prüfung alle Merkmale berücksichtigen muß, es aber für die Annahme einer überragenden Marktstellung ausreichen kann, wenn ein Merkmal in überragendem Maße vorhanden ist.

Daß bei der Feststellung einer überragenden Marktstellung einzelne Faktoren nicht isoliert betrachtet werden dürfen, zeigt sich z. B. an der Situation vieler kleiner und mittlerer Unternehmen. Gerade hier läßt sich die Marktstellung oft nicht allein durch den Marktanteil ausdrücken. In derartigen Fällen kommt es wesentlich auf die Höhe der Marktzutrittsschranken an. Diese Schranken sind besonders niedrig, wenn andere Unternehmen mit ähnlichen oder gar überlegenen technischen und wirtschaftlichen Grundlagen bestehen, die sofort in diesen Markt eindringen könnten. So kann ein Zulieferer bei seinem Produkt einen relativ hohen Marktanteil haben, ohne marktbeherrschend zu sein, wenn er jederzeit damit rechnen muß, daß seine Aufgabe einem anderen zugewiesen wird. Bei wirtschaftlich interessanten Produktionen sind es im allgemeinen nur Unternehmen mit einer erheblichen Wirtschafts- und Finanzmacht, die einen hohen Marktanteil auch wirksam absichern können.

Umgekehrt ist es denkbar, daß bei einem relativ niedrigen Marktanteil andere Faktoren eine überragende Marktstellung begründen. Das kann z. B. der Fall sein, wenn ein vertikal oder diagonal verflochtenes Unternehmen einstufigen Wettbewerbern gegenübersteht.

Die Gesamtbetrachtung bedeutet nicht, daß jeweils sämtliche im Entwurf genannten Faktoren in überragendem Maße vorliegen oder nachgewiesen werden müßten. Möglich ist auch, daß neben dem Marktanteil ein einzelner Faktor, wie z. B. Finanzkraft, eine überragende Marktstellung ergibt, wenn er im konkreten Fall die Stellung des Unternehmens entscheidend prägt. Eine überragende Marktstellung kann auch aus dem Zusammenwirken einer Reihe von Vorteilen folgen, die jeder für sich nicht

als überragend erscheinen. Indessen wird eine überragende Marktstellung im Zweifel zu verneinen sein, wenn ein Unternehmen auf Grund seiner Ressourcen zwar einen größeren Verhaltensspielraum als andere Unternehmen auf einem Markt hat, sein Vorsprung aber nur ein temporärer ist und die für wettbewerbliche Marktprozesse notwendige Chance zu einem Wechsel in der Führungsrolle vorhanden ist. Je größer ein Vorsprung ist, um so eher wird das Unternehmen im allgemeinen in der Lage sein, ihn abzusichern.

Zu den einzelnen Kriterien stellt der Ausschuß folgendes fest:

- Der Schutz- und Anwendungsbereich des Gesetzes endet an der Grenze seines Geltungsbereichs. Das bedeutet, daß die unter § 22 fallenden Unternehmen im Schutzbereich des Gesetzes tätig, wenn auch nicht ansässig sein müssen und daß der von der Kartellbehörde zu berücksichtigende räumliche Markt nur der inländische Markt oder ein Teil desselben sein kann. Dabei ist aber auch die Wettbewerbssituation auf ausländischen Märkten in Betracht zu ziehen, wenn sie auf den Wettbewerb auf dem Inlandsmarkt einwirkt. Dies kann in der Form von tatsächlichen Importen erfolgen, möglicherweise aber auch schon durch den potentiellen Wettbewerb solcher ausländischer Unternehmen, die zum Eintritt in den deutschen Markt bereit und in der Lage sind.

Die ausländische Wettbewerbssituation kann ferner dann von Bedeutung sein, wenn ein inländisches Unternehmen auf Auslandsmärkten wirksamem Wettbewerb ausgesetzt ist und sich daraus eine Wettbewerbskontrolle auch für sein inländisches Marktverhalten ergibt. Dies entspricht auch der Auffassung des Rechtssausschusses.

- Der Begriff der Finanzkraft umfaßt die Gesamtheit der finanziellen Mittel und Möglichkeiten eines Unternehmens, insbesondere die Finanzierungsmöglichkeiten nach Eigen- und Fremdfinanzierung sowie sein Zugang zum Kapitalmarkt. Die Feststellung, ob ein Unternehmen finanzstark ist, bedeutet nicht, daß die Kartellbehörde im Einzelfall Bilanzanalysen vornehmen muß. Es wird vielmehr darauf ankommen zu klären, wie sich die Finanzkraft eines einzelnen Unternehmens zu derjenigen seiner Mitbewerber auf dem Markt verhält.
- Die Marktzutrittsschranken werden zum Beispiel durch die optimale Betriebsgröße im Verhältnis zur Gesamtnachfrage, rechtliche Barrieren (z. B. Patente), technisches Wissen, Formen der Lizenzvergabe, durch den Zugang zu Rohstoffen oder Kapital, durch die Organisation der Absatzwege oder durch die Produktdifferenzierung bestimmt.

Der Ausschuß hat auf Grund eines Antrags der Koalitionsfraktionen SPD und FDP folgende Änderungen gegenüber dem Entwurf beschlossen:

- Redaktionelle Zusammenfassung der Marktbeherrschungs-Definitionen in § 22 Abs. 1 Satz 1,
- Neufassung der beiden Marktbeherrschungs-Vermutungen in § 22 Abs. 1 und 2 (insbesondere:

33¹/₃ statt 40 v. H. Marktanteil beim einzelnen Marktbeherrscher; Marktanteilsvermutung auch für das marktbeherrschende Oligopol),

- Zusammenfassung der beiden Vermutungen in einem besonderen Absatz des § 22.

Durch die Zusammenfassung der beiden Vermutungen soll — entsprechend einer Anregung des Bunderates in seiner Stellungnahme zum früheren Regierungsentwurf — klargestellt werden, daß im Einzelfall eine marktbeherrschende Stellung auch dann gegeben sein kann, wenn die Vermutungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind. Der Ausschuß hat bei der Erörterung der Vermutungen festgestellt, daß es sich dabei nicht um Vermutungen im zivilrechtlichen Sinne handelt. Die Vermutungen sind vielmehr ihrer Art nach eher „Aufgreifmaßstäbe“, durch die die Kartellbehörde in diesen Fällen zur Einleitung des Verfahrens veranlaßt werden soll; denn es kann mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, daß schon bei den in den Vermutungen genannten Marktanteilen eine marktbeherrschende Stellung besteht. Liegen die Vermutungsvoraussetzungen vor, so hat die Behörde auf Grund der in diesem Verfahren geltenden *Offizialmaxime* von Amts wegen allen von den Unternehmen substantiiert vorgebrachten Einwänden nachzugehen, daß sie trotz der Vermutung begründenden Marktanteils wesentlichem Wettbewerb ausgesetzt sind und nicht über eine im Verhältnis zu ihren Mitbewerbern überragende Marktstellung verfügen. Lassen sich diese Gegengründe nicht feststellen, so ist davon auszugehen, daß Marktbeherrschung im Sinne des Gesetzes vorliegt. Diese Auslegung entspricht auch der Auffassung des Rechtsausschusses, der eine andere Interpretation der Vermutungen auch für rechtspolitisch bedenklich hält.

Der Senkung der Marktanteilsgrenze von 40 v. H. auf ein Drittel in § 22 Abs. 3 Nr. 1 stimmt der Ausschuß mit der Erwägung zu, daß ein Marktanteil von einem Drittel eher den auch in anderen Ländern geltenden Marktanteilsgrenzen entspricht. Nach einheitlicher Auffassung des Ausschusses sollen die Bagatellgrenzen der Vermutungen sicherstellen, daß kleine und mittlere Unternehmen nicht mit der Vermutung angegriffen werden können. Dabei bestand Einigkeit darüber, daß die Bagatellgrenze für die Oligopolvermutung (§ 22 Abs. 3 Nr. 2 b) bereits dann eingreift, wenn ein Unternehmen, das zur Oligopolgruppe gehört, weniger als 100 Millionen DM Umsatz hat. Für dieses Unternehmen gilt dann die Vermutung nicht. Auf den Umsatz der gesamten Oligopolgruppe kommt es nicht an.

Die Mitglieder der CDU/CSU-Fraktion stimmten gegen die Vermutungen des § 22 Abs. 3.

Zu § 23 (Anzeigepflicht von Zusammenschlüssen)

§ 23 regelt die Anzeigepflicht für Zusammenschlüsse von Unternehmen. Eine Neufassung war erforderlich, weil diese Vorschrift nunmehr auch für die Fusionskontrolle (§§ 24 bis 24 b) von Bedeutung ist.

Der Ausschuß stimmte der von den Koalitionsfraktionen SPD und FDP vorgeschlagenen Änderung der „Verbundklausel“ des Entwurfs (§ 23 Abs. 1 Satz 2) zu. Damit soll klargestellt werden, daß auch die sogenannten Mehrmüttergesellschaften, bei der zwei oder mehr untereinander koordinierte Unternehmen gemeinsam einen beherrschenden Einfluß ausüben, durch die „Verbundklausel“ erfaßt werden. Die Formulierung „Zusammenwirken auf Grund einer Vereinbarung oder in sonstiger Weise“ stellt nach Ansicht des Ausschusses sicher, daß nur ein bewußtes und gewolltes Zusammenwirken mit einer gewissen Planmäßigkeit unter diese Regelung fällt. Die Bedenken, der Begriff „in sonstiger Weise“ sei nicht justitiabel, wurden von der Mehrheit des Ausschusses nicht geteilt, da dieser Begriff durch den Zusammenhang mit „Vereinbarung“ und die Bezugnahme auf „Zusammenwirken“ hinreichend eingegrenzt ist. Erforderlich ist jedoch ein gemeinsamer Beherrschungswille mehrerer Unternehmen. Dieser kann auch in Fällen vorliegen, in denen eine vertragliche Vereinbarung wie Stimmbindungs- oder Konsortialvertrag nicht besteht.

Die Berechnungsklausel für Handelsunternehmen (§ 23 Abs. 1 Satz 6) wurde gegenüber dem Entwurf geändert. Damit soll bei Unternehmen, die sowohl in der Produktion als auch im Handel tätig sind, dem unterschiedlichen Gewicht der Handelsumsätze Rechnung getragen werden.

Der Ausschuß war sich darin einig, daß die Liste der in Absatz 2 aufgeführten Zusammenschlußformen gegenüber der geltenden Fassung — wie im Koalitionsentwurf vorgeschlagen — erweitert werden muß. Da der Zusammenschlußbegriff in Zukunft auch für die Zusammenschlußkontrolle maßgebend ist, muß § 23 Abs. 2 alle Zusammenschlußformen lückenlos erfassen. Aus diesem Grunde war es nach Auffassung des Ausschusses auch nicht möglich, die Gemeinschaftsunternehmen aus der Anzeigepflicht herauszunehmen, da sie damit auch der Fusionskontrolle entzogen wären. Der Ausschuß war sich dabei über die Bedeutung der Gemeinschaftsunternehmen für die gemeinschaftliche Forschung und Entwicklung einig. Nach Auffassung des Ausschusses kann die Einbeziehung der Gemeinschaftsunternehmen auch nicht dahin verstanden werden, daß damit grundsätzlich Schranken gegen die Gemeinschaftsunternehmen errichtet oder die gemeinschaftliche Forschung und Entwicklung unmöglich gemacht oder erschwert werden. Gegen ein Gemeinschaftsunternehmen, dessen ausschließlicher Zweck die gemeinschaftliche Forschung und Entwicklung ist, werden im allgemeinen keine Bedenken bestehen. Es muß aber geprüft werden, ob durch ein solches Gemeinschaftsunternehmen die Forschungs- oder Entwicklungskapazität auf dem Markt oder der Wettbewerb bei der Verwertung der Ergebnisse i. S. von Marktbeherrschung monopolisiert wird. Die Sicherung des vorstoßenden Wettbewerbs ist eine besonders wichtige wettbewerbspolitische Aufgabe. Deshalb sind auch Gemeinschaftsunternehmen, soweit dadurch erst die Entstehung eines neuen Marktes ermöglicht wird, wettbewerbspolitisch positiv zu beurteilen und nicht zu beanstanden.

Der Ausschuß hat sich eingehend insbesondere mit dem „Auffangtatbestand“ des Absatzes 2 Nr. 5 befaßt. Der Ausschuß stimmte folgender, gegenüber dem Entwurf geänderten Fassung zu:

- „5. jede sonstige Verbindung von Unternehmen, auf Grund deren ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß auf ein anderes Unternehmen ausüben können.“

Durch die Änderung soll — entsprechend der neuen Verbundklausel des Absatzes 1 Satz 2 — sichergestellt werden, daß auch die Begründung von Leitungsmacht durch mehrere untereinander koordinierte Unternehmen, z. B. auf Grund eines Stimmbindungsvertrages, als Zusammenschluß erfaßt werden kann. Der Ausschuß war sich darin einig, daß es sich dabei im wesentlichen um rechtliche Verbindungen handeln wird. Er verzichtete jedoch auf eine entsprechende ausdrückliche Begrenzung, um nicht Umgehungsmöglichkeiten durch entsprechende faktische Unternehmensverbindungen zu eröffnen.

Zu §§ 24 bis 24 b (Fusionskontrolle)

Die Neufassung der sogenannten Abwägungsklausel in § 24 Abs. 1 stellt klar, daß die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen die Tatsachen darlegen und gegebenenfalls zu beweisen haben, die nach ihrer Ansicht und zu ihren Gunsten die Feststellung gerechtfertigt erscheinen lassen, die Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen überwiegen die Nachteile der Marktbeherrschung. Nach dieser Formulierung genügt es im Unterschied zum Entwurf nicht mehr, daß die Verbesserungen die Nachteile der festgestellten Marktbeherrschung aufwiegen; sie müssen diese vielmehr überwiegen.

Nach Auffassung der CDU/CSU-Fraktion sollte die Abwägungsklausel des § 24 Abs. 1 wie folgt gefaßt werden:

„... , daß durch den Zusammenschluß

1. weder ein beherrschender Einfluß ermöglicht noch Leitungsmacht auf andere Weise zusammengefaßt wird oder
2. auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und daß diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen.“

Dadurch sollte erreicht werden, daß ein Zusammenschluß nur dann untersagt werden darf, wenn dadurch Leitungsmacht tatsächlich entsteht, da die Fusionskontrolle nicht in erster Linie gegen den Zusammenschluß als anzeigepflichtigen Vorgang, sondern gegen die Konzentration wirtschaftlicher Macht gerichtet ist.

Außerdem wünschte die CDU/CSU-Fraktion einen ausdrücklichen Zusatz im Absatz 1, wonach bei der Prüfung, ob durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird,

„auch die Wettbewerbsverhältnisse auf Märkten außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes zu berücksichtigen sind.“

In diesem Punkt einigte sich der Ausschuß darauf, diesen Zusatz in den Absatz 3 Satz 1 als Halbsatz aufzunehmen, da die ausdrückliche Erwähnung dieses Gesichtspunktes im Absatz 1 einen von keiner Seite gewünschten und gewollten Umkehrschluß auf die Feststellung der Marktbeherrschung nach § 22 GWB eröffnet hätte. Im übrigen erschien es dem Ausschuß auch sachgerecht, die Exportfähigkeit der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen im Rahmen der „Ministererlaubnis“ zu prüfen. Der Ausschuß war sich aber darin einig, daß die Frage der internationalen Konkurrenz bei der Frage der Marktbeherrschung insoweit zu berücksichtigen sei, als sie sich auf die inländische Wettbewerbssituation auswirkt.

Der Ausschuß hat auf Antrag der CDU/CSU-Fraktion Absatz 3 einstimmig noch wie folgt ergänzt:

„Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn durch das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung die marktwirtschaftliche Ordnung nicht gefährdet wird.“

Eingehend hat sich der Ausschuß auch mit der Frage befaßt, ob bei der Erlaubnis nach Absatz 3 eine unabhängige Monopolbehörde in der Weise eingeschaltet werden soll, daß der Bundesminister für Wirtschaft nicht gegen das Votum der Monopolkommission und des Bundeskartellamtes entscheiden kann. Die Mitglieder der CDU/CSU-Fraktion, die eine unabhängige Institution befürworteten, machten vor allem auf die Einflüsse aufmerksam, denen der jeweilige Bundeswirtschaftsminister von allen denkbaren Seiten und in unterschiedlichster Stärke ausgesetzt sei. In diesem Zusammenhang wurde die Ansicht vertreten, daß in einer Marktwirtschaft dem Staat die Aufgabe zufällt, die notwendigen und unabdingbaren Rahmenbedingungen zu schaffen, es aber nicht seine Aufgabe sei, Einzelfälle zu entscheiden. Die Ausschlußmehrheit hielt dem entgegen, daß so bedeutende politische Entscheidungen, wie die Ausnahmeerlaubnis in Fusionsfällen nicht einer Instanz übertragen werden kann, die nicht parlamentarisch kontrolliert ist. Zudem müsse berücksichtigt werden, daß sich das öffentliche Bewußtsein in Fragen der Konzentration wirtschaftlicher Macht mehr und mehr schärfe. Schließlich sei es Aufgabe der Monopolkommission, durch kritische Würdigung der Anwendung des § 24 Abs. 3 durch den Bundesminister für Wirtschaft zu einer effektiven Fusionskontrolle beizutragen. Der Bundesminister für Wirtschaft habe außerdem die Möglichkeit, nach § 24 b Abs. 5 Satz 6 in Einzelfällen, die nach § 24 Abs. 3 zur Entscheidung vorliegen, eine gutachtliche Stellungnahme der Monopolkommission einzuholen. Ferner sei die Monopolkommission ermächtigt, ihre Gutachten nach § 24 b Abs. 8 zu veröffentlichen.

Die vorgenommenen Ergänzungen in § 24 Abs. 2 beruhen auf Vorschlägen des Bundesrates, denen die Bundesregierung zugestimmt hatte.

Die fortschreitende Konzentration und auch gesamtwirtschaftlich bedeutende Zusammenschlüsse in jüngster Zeit, die eine Fusionskontrolle mit einem Aufgreifkriterium von 1 Milliarde DM Umsatz nicht

erfaßt hätte, haben die Mehrheit des Ausschusses veranlaßt, dieses Aufgreifkriterium in § 24 Abs. 8 Nr. 1 auf 500 Millionen DM festzusetzen. Dafür war auch die Erwägung maßgebend, daß sich nach Auskunft des Bundeskartellamtes die Zahl der kontrollpflichtigen Zusammenschlüsse nach den Erfahrungen der letzten Jahre nur um etwa $\frac{1}{3}$ erhöhen würde.

Die Toleranzklausel in § 24 Abs. 8 Nr. 4 hat der Ausschuß auf Antrag der CDU/CSU-Fraktion mit großer Mehrheit von 5 auf 10 Millionen DM Umsatz erhöht, da es sich hier um den gesamten Marktumsatz handelt.

Die Änderung des § 24 a Abs. 4, die der Ausschuß beschlossen hat, berücksichtigt den Vorschlag des Bundesrates, dem die Bundesregierung zugestimmt hat.

Im Zusammenhang mit der Monopolkommission hat der Ausschuß die Frage erörtert, ob bei der Berufung der Kommissionsmitglieder auch das Parlament mitwirken soll. Mit Rücksicht auf die Stellung der Kommission als Beratungsorgan der Regierung hat der Ausschuß von einer solchen Regelung abgesehen.

Dem Vorschlag des Rechtsausschusses, § 24 b (Monopolkommission) zu streichen, ist der Wirtschaftsausschuß nicht gefolgt. Nach seiner Auffassung hat die Monopolkommission im Rahmen der Zusammenschlußkontrolle eine wesentliche Überwachungs- und Beratungsfunktion.

Der Ausschuß hat die Aufgaben einer Geschäftsstelle der Monopolkommission nicht dem Statistischen Bundesamt übertragen. Die Auskunftsbereitschaft der Unternehmen ausschließlich für statistische Zwecke und die Qualität der amtlichen Statistik können durch eine Verbindung von Monopolkommission und Statistischem Bundesamt Schaden nehmen.

Hinsichtlich des § 24 b Abs. 2 Satz 1 stimmte der Ausschuß darin überein, daß die Qualifikation „Hochschullehrer“ auch dann weiterbesteht, wenn ein Hochschullehrer zeitweilig in der Universitätsverwaltung, z. B. als Präsident, tätig ist.

§ 25 Abs. 1 (aufeinander abgestimmtes Verhalten)

Der Ausschuß hat einstimmig beschlossen, das aufeinander abgestimmte Verhalten in die Novelle einzubeziehen, da die Teerfarben-Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Europäischen Gerichtshofs eine Lücke des deutschen Kartellrechts offenkundig gemacht haben.

Der Ausschuß sieht in der Einführung des Verbotes eines aufeinander abgestimmten Verhaltens eine wesentliche Verbesserung des Kartellgesetzes. Er hat bewußt eine Formulierung verabschiedet, die sich an die Fassung des EWG-Vertrages anlehnt und durch die Rechtsprechung schon eine Auslegung erfahren hat.

Der Ausschuß hat sich sehr eingehend mit der Abgrenzung des aufeinander abgestimmten Verhaltens gegenüber dem bloßen Parallelverhalten befaßt. Eine nähere Umschreibung des Begriffs „auf-

einander abgestimmtes Verhalten" sieht z. B. auch Artikel 85 Abs. 1 EWG-Vertrag nicht vor. Da die Stufenfolge Vertrag — Abstimmung — bloßes Parallelverhalten in der Kartellrechtspraxis geläufig ist, erscheint eine gesetzliche Definition der Abstimmung auch nicht erforderlich. Sie ist insbesondere nicht im Interesse der betroffenen Unternehmen nötig; denn auch durch die Teerfarben-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs ist klaggestellt, daß ein bloßes Parallelverhalten noch keine Abstimmung ist.

Es muß daher der durch den Teerfarben-Fall bereits entwickelten Rechtsanwendung überlassen bleiben, wie im Einzelfall die Abstimmung nachzuweisen ist.

Der Bundesminister der Justiz hat auf Wunsch des Ausschusses eingehend geprüft, ob gegen die Verwendung des Begriffs „aufeinander abgestimmtes Verhalten“ im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Artikel 103 Abs. 2 GG verfassungsrechtliche Bedenken bestehen.

Der Bundesminister der Justiz hat folgende Erklärung abgegeben, der auch der Rechtsausschuß zugestimmt hat:

„Die Erfahrung hat gezeigt, daß eine den Wettbewerb beschränkende Beeinflussung der Marktverhältnisse nicht nur durch einen Vertrag zwischen Unternehmen oder durch einen Beschluß von Vereinigungen von Unternehmen herbeigeführt werden kann, sondern auch durch ein gegenseitiges Abstimmen des Verhaltens aufeinander. Ziel der neuen Bestimmung ist es, eine solche von den Beteiligten ohne Abschluß eines Vertrages oder ohne einen Beschluß herbeigeführte und auf bewußtem tatsächlichen Zusammenwirken beruhende Beschränkung des Wettbewerbs zu unterbinden.

Der Begriff des ‚Aufeinander-Abstimmens‘ verlangt seinem Inhalt nach die Beteiligung von zwei oder mehr Unternehmen. Er setzt darüber hinaus nach dem üblichen Sprachgebrauch bei dem Sachverhalt, der vom Gesetzgeber geregelt werden soll, voraus, daß zwei oder mehr Unternehmen ihr Verhalten bewußt und gewollt voneinander abhängig machen, ohne damit schon eine vertragliche Bindung einzugehen.

Damit scheidet ein bewußtes Nachmachen des Verhaltens eines anderen Unternehmens aus. Das Nachmachen ist kein ‚Aufeinander-Abstimmen‘, weil es hier an einem Mitwirken der anderen Seite fehlt, es ist ein einseitiges Verhalten. Noch weniger erfüllt ein zufälliges gleichförmiges Verhalten den Begriff des Aufeinander-Abstimmens.“

Sollten die Marktbedingungen im konkreten Fall eindeutig für eine Abstimmung sprechen, so wird man an den Nachweis der tatsächlichen Kollision der Beteiligten um so geringere Anforderungen stellen dürfen. Der Unterschied gegenüber § 1 liegt in jedem Fall darin, daß der Begriff „aufeinander abstimmen“ nicht den Nachweis einer echten vertraglichen Einigung voraussetzt, der sich — wie etwa

der Teerfarben-Fall gezeigt hat — oft nicht oder nur schwer führen läßt.

Mit der Formulierung „Verhalten . . .“, das nach diesem Gesetz nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf“, wollte der Ausschuß einerseits an einen im Gesetz (§ 25 Abs. 1 alter Fassung) bereits enthaltenen Begriff sowie an die Rechtsprechung und Verwaltungspraxis hierzu anknüpfen, andererseits klarstellen, daß nicht nur horizontale Abstimmungen unter das Verbot fallen sollen.

Der Ausschuß hat auch die Frage geprüft, ob — entsprechend Artikel 85 Abs. 3 EWG-Vertrag — auch für aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen ein Genehmigungsverfahren vorgesehen werden sollte. Diese Frage wurde verneint, zumal auch die Regelung im EWG-Vertrag keine praktische Bedeutung erlangt hat. Wird für die Wettbewerbsbeschränkung eine Legalisierung erforderlich, so muß dies in der gesetzlich vorgesehenen Form (schriftlich abgefaßter Vertrag oder Beschluß) erfolgen. Soweit Wettbewerbsbeschränkungen, die die Kartellbehörde bisher toleriert hat, in Zukunft unter das Abstimmungsverbot fallen, wird sich nach Auskunft der Bundesregierung und des Bundeskartellamtes allein dadurch an der wettbewerbspolitischen Beurteilung dieser Beschränkungen nichts ändern. Allerdings kann es notwendig werden, derartige Beschränkungen nunmehr im Verfahren nach § 5 (Rationalisierungskartell) zu legalisieren.

Bundesregierung und Bundeskartellamt haben ferner erklärt, daß die Kooperationsfibel des Bundeswirtschaftsministeriums durch die vorgesehene Verschärfung des Kartellrechts, insbesondere durch § 25 Abs. 1 (aufeinander abgestimmtes Verhalten), grundsätzlich nicht berührt werde. Die Kooperationsfibel umschreibe den Bereich der Kooperation, der mangels Wettbewerbsbeschränkung von vornherein nicht unter das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen falle. Demgegenüber erfasse auch das Abstimmungsverbot nur solche Fälle, in denen — materiell gesehen — Wettbewerbsbeschränkungen vorlägen.

Zu § 26 Abs. 2 (Diskriminierungsverbot)

Der Ausschuß hat den Entwurf eines neuen § 26 Abs. 2 Satz 2 in zwei Punkten ergänzt. Er hat beschlossen,

- a) das Diskriminierungsverbot auch auf Vereinigungen von Unternehmen auszudehnen und
- b) neben einer ausreichenden auch eine zumutbare Möglichkeit vorauszusetzen, auf andere Unternehmen auszuweichen.

Eine ausreichende Möglichkeit, auf andere Unternehmen auszuweichen, ist dann nicht zumutbar, wenn damit unverhältnismäßige Belastungen verbunden wären oder sich ein Unternehmen z. B. durch eine langjährige Geschäftsverbindung auf den nachgefragten Artikel besonders eingestellt und den Geschäftsbetrieb darauf eingerichtet hat, so daß in

einer Umstellung der Produktion oder des Vertriebes ein zu großes oder nicht kalkulierbares Risiko läge.

Der neue § 26 Abs. 2 Satz 2 erfaßt auch diejenigen Diskriminierungsfälle aufgrund von Angebots- oder Nachfragemacht, in denen das diskriminierende Unternehmen nicht marktbeherrschend ist. Nach übereinstimmender Auffassung des Ausschusses verbietet diese Vorschrift einem Konzernunternehmen, das auf mehreren nachgeordneten Wirtschaftsstufen tätig ist, die Belieferung mit der Begründung einzustellen oder abzulehnen, daß die vorhandene Kapazität nur für die Belieferung der konzerneigenen Verkaufsstellen ausreicht. In einem solchen Falle ist das Konzernunternehmen zur Repartierung verpflichtet und darf sich nicht auf die vorrangige Versorgung des eigenen Vertriebsnetzes als sachliche Rechtfertigung für die Lieferverweigerung berufen.

Ferner setzt § 26 Abs. 2 Satz 2 dem denkbaren Bestreben von Markenartikelherstellern Grenzen, durch einen gezielt selektiven Vertrieb oder entsprechende Rabattierung die Einhaltung der empfohlenen Verkaufspreise für berühmte Markenartikel sicherzustellen. Für die Hersteller von Markenartikeln, die ein Händler, wenn er wettbewerbsfähig sein will, in seinem Sortiment führen muß, besteht nach der neuen Vorschrift grundsätzlich eine Lieferpflicht.

Eine Belieferung kann allerdings in den Fällen verweigert werden, in denen die nachgefragte Ware ganz offensichtlich zu Lockvogelangeboten im Sinne des § 3 UWG dienen soll. Eine Lieferungsverweigerung kann außerdem dann sachlich gerechtfertigt sein, wenn das nachfragende Unternehmen es ablehnt, einen von der Ware her gebotenen und im Interesse des Verbrauchers liegenden Kunden-, Service- und Ersatzteiledienst zu leisten, indem es sich z. B. weigert, ein Ersatzteillager zu unterhalten.

Zu § 28 (Wettbewerbsregeln)

Der Ausschuß war einstimmig der Auffassung, daß durch die Neufassung von § 28 Abs. 2 Wettbewerbspraktiken, die dem Gedanken des Leistungswettbewerbs zuwiderlaufen, besser entgegengetreten werden kann.

Zu § 37 a (Objektives Verfahren)

Der Anregung, im objektiven Verfahren nach § 37 a auch den Antrag auf Erteilung eines „Negativattests“ zuzulassen, ist der Ausschuß nicht gefolgt. Es bestand vor allem die Sorge, daß dadurch die Genehmigungstatbestände der §§ 2 bis 7 des Gesetzes unterlaufen werden könnten. Der Ausschuß hat jedoch die Erklärung der Bundesregierung und des Bundeskartellamtes entgegengenommen, daß das Amt an seiner bisherigen Praxis festhalten wird, im Wege des sogenannten informellen Verfahrens Auskünfte zu erteilen.

Zu § 38 Abs. 2 Nr. 1 (Mittelstandsempfehlung)

Im Ausschuß bestand übereinstimmend die Auffassung, daß die geltende Fassung des § 38 Abs. 2

Nr. 3 dem Grundgedanken der Mittelstandsempfehlung nicht voll gerecht wird. Wie schon in § 5 b hält es der Ausschuß für erforderlich, die Zielvorstellung, kleinen und mittleren Unternehmen erleichterte Möglichkeiten zur Kooperation zu geben, auch in einer Neufassung der Mittelstandsempfehlung deutlicher zum Ausdruck zu bringen.

Eine praktikablere Fassung der Mittelstandsempfehlung erscheint zweckmäßig, da § 38 Abs. 2 Nr. 3 in der bisherigen Praxis zum Teil zu eng interpretiert worden ist (z. B. Nichtzulassung von Preisempfehlungen für Sortimente, bei denen nicht alle Preise unterhalb derjenigen der Großunternehmen liegen). Nunmehr soll dem Gedanken des strukturellen Nachteilsausgleichs (Möglichkeiten gleicher unternehmerischer Strategie für kleine und mittlere Unternehmen im Wettbewerb) mehr Raum gegeben werden. Zu diesem Zweck wurde der Ausdruck „wettbewerbsfördernde Bedingungen“ durch den Ausdruck „Förderung der Leistungsfähigkeit“ ersetzt, allerdings auch eine „Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen“ vorausgesetzt. Dieser Begriff zielt auf den erwähnten Ausgleich struktureller Nachteile ab. Er ist insbesondere dann erfüllt, wenn durch die Mittelstandsempfehlung den konkurrierenden Großbetrieben oder großbetrieblichen Unternehmensformen leistungsfähige Wettbewerber erwachsen.

Um den Förderungszweck des neuen § 38 Abs. 2 Nr. 1 deutlich hervorzuheben, soll es in Zukunft nur Vereinigungen von kleinen und mittleren Unternehmen erlaubt sein, Mittelstandsempfehlungen auszusprechen. Dabei kann es sich auch um sog. Ad-hoc-Gemeinschaften handeln, die sich erst zu diesem Zweck zusammengefunden haben. Im übrigen hat sich der Ausschuß der Interpretation angeschlossen, die die frühere Bundesregierung in der Beantwortung der Kleinen Anfrage betreffend Vereinbarkeit kooperativer Werbemaßnahmen mit dem Kartellrecht (Drucksache V/2565) vertreten hat.

Die neue Mittelstandsempfehlung beschränkt sich nicht mehr auf Preis- und Kalkulationsempfehlungen. Preis- und Kalkulationsempfehlungen für einzelne Produkte sind im Wettbewerb nicht immer entscheidend. Für die mittelständischen Unternehmen kommt es vielmehr auf Empfehlungen an, die z. B. auch Werbung, Absatzgestaltung usw. umfassen. In diesem Zusammenhang geht es nach Auffassung des Ausschusses nicht nur darum, daß die Preise eines jeden einzelnen Produktes im Vergleich zu denjenigen von Großunternehmen niedriger sein müssen; wichtig ist vielmehr, daß die Empfehlung im ganzen konkurrenzfördernden Charakter gegenüber den Großwettunternehmen hat. Preistreibende Empfehlungen, die lediglich Preiserhöhungen zum Inhalt haben, sind von der Mittelstandsempfehlung nicht gedeckt. Daß preistreibende Empfehlungen ausgeschlossen sind, ist durch das Erfordernis „Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen“ sowie die Mißbrauchsaufsicht nach § 38 Abs. 3 sichergestellt.

Durch die Streichung des Ausdrucks „Wettbewerbsfördernde Bedingungen“ wird auch klargestellt, daß das Tatbestandsmerkmal „gegenüber Großbetrieben oder großbetrieblichen Unterneh-

mensformen“ auch die Fälle erfaßt, in denen die Großbetriebe oder großbetrieblichen Unternehmensformen auf der vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen. Bei stark unterschiedlicher Marktmacht auf zwei Wirtschaftsstufen (z. B. mehrere im Wettbewerb stehende kleine Zulieferer gegenüber einem Großabnehmer) können Empfehlungen ein Mittel sein, um wettbewerbliche Marktstrukturen auf der marktschwächeren Seite auch langfristig zu sichern.

Der Begriff „kleine oder mittlere Unternehmen“ wird durch die Gegenüberstellung mit den „Großbetrieben oder großbetrieblichen Unternehmensformen“ bestimmt, denen gegenüber die Leistungsfähigkeit gefördert werden soll. Unter diesen Begriff fallen im Bereich der Industrie Vereinigungen kleiner oder mittlerer Hersteller, im Bereich des Handels und Handwerks z. B. die bekannten kooperativen Zusammenschlüsse wie Genossenschaften und freiwillige Ketten sowie entsprechende Ad-hoc-Vereinigungen.

Durch die Neufassung des Buchstaben b wird jetzt klargestellt, daß es genügt, wenn die Mittelstandsempfehlung gegenüber dem Empfehlungsempfänger ausdrücklich als unverbindlich gekennzeichnet ist. Wenn der Empfehlungsempfänger sich z. B. eine Preisempfehlung durch die Verwendung und Kennzeichnung des gemeinschaftlichen Kataloges mit seinem Firmenstempel zu eigen macht, so handelt es sich von diesem Augenblick an um seinen eigenen Preis. Diese Praxis wird schon heute bei Empfehlungen der Lebensmitteleinkaufsgenossenschaften anerkannt.

Zu § 38 a (Unverbindliche Preisempfehlung)

Der Ausschuß ist nach reiflicher Überlegung mehrheitlich zu der Auffassung gelangt, daß es den Markenwarenherstellern nach Beseitigung der Markenwarenpreisbindung zumindest für eine Übergangszeit ermöglicht werden sollte, sog. Unverbindliche Preisempfehlungen als Orientierungshilfen für den Verbraucher auszusprechen. Zugleich wurde eine Einengung der Zulassungsvoraussetzungen und eine schärfere Mißbrauchsaufsicht über solche Empfehlungen vorgesehen. Der neue Begriff „Unverbindliche Preisempfehlungen“ soll diesen Unterschied zu bisherigen Markenwarenpreisempfehlungen verdeutlichen. Für die Auffassung der Ausschlußmehrheit waren folgende Überlegungen maßgebend:

Unverbindliche Preisempfehlungen haben nicht die gleichen wettbewerbspolitischen Nachteile wie die Preisbindung. Sie schließen den Wettbewerb auf der Handelsstufe nicht aus und ermöglichen es dem Hersteller, seinen Abnehmern in geeigneten Fällen Kalkulationshilfen zu geben und gegenüber dem Verbraucher mit einer Preisvorstellung zu werben. Die vor allem vom Einzelhandel geäußerten Bedenken gegen die Beibehaltung der empfohlenen Richtpreise wurden demgegenüber nicht als durchschlagend angesehen.

Es trifft zwar zu, daß die Preisempfehlung in einigen Branchen zu Mondpreisempfehlungen miß-

braucht wird. Nimmt der Händler den Preis auf eine normale Gewinnspanne zurück, so wird dem Verbraucher ein günstiger Preis nur vorgetäuscht. Bei fehlender Konkurrenz (z. B. auf dem Lande) kann der Händler unter Umständen sogar den vollen Mondpreis fordern.

Bei entsprechender scharfer Mißbrauchsaufsicht des Bundeskartellamtes erscheinen Unverbindliche Preisempfehlungen des Herstellers aber geeignet, eine verbraucherfreundliche Kalkulation im Handel zu fördern. Empfohlene Richtpreise sind praktisch Höchstpreise. Nach Wegfall der Markenwarenpreisbindung sind empfohlene Richtpreise die einzige Möglichkeit für die Markenwarenindustrie, Preisvorstellungen zu veröffentlichen und für den Verbraucher, den vom Handel ausgezeichneten Preis zu beurteilen. Würden auch die empfohlenen Richtpreise verboten werden, so wäre dem Konsumenten ein echter Preisvergleich nur unter großen Schwierigkeiten, häufig sogar überhaupt nicht möglich. Die Gefahr einer Benachteiligung der weniger mobilen Verbrauchergruppen wäre ohne solche Preisvergleiche größer. Im übrigen ließe sich das Mondpreisproblem auch durch ein Verbot der vom Hersteller empfohlenen Richtpreise nicht völlig beseitigen. Auch nach einem solchen Verbot wäre es denkbar, daß Handelsunternehmen — wenn auch unter Verstoß gegen die entsprechenden Vorschriften des UWG und des Rabattgesetzes — selbst Mondpreise ansetzten, um dann „Scheinrabatte“ zu gewähren.

Die Einfügung des § 38 a ist erforderlich, da nach Wegfall der Markenwarenpreisbindung eine besondere Ausnahmeregelung für die Unverbindliche Preisempfehlung bei Markenwaren geschaffen werden muß. Die Zulässigkeit der vertikalen Preisempfehlung bei Markenwaren sowie die Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde über solche Empfehlungen ergaben sich bisher aus der analogen Anwendung der §§ 16 und 17 GWB (Urteil des Bundesgerichtshofs vom 8. Oktober 1958, „4711“). Der neue § 38 a knüpft an den bisherigen Rechtszustand an, verzichtet jedoch aus verwaltungsökonomischen Gründen auf die Anmeldung der Empfehlung, schließt die sog. Mondpreisempfehlung aus der Freistellung aus (Absatz 1 Nr. 2) und verschärft die Mißbrauchsaufsicht gegenüber solchen Empfehlungen, die zur Täuschung des Verbrauchers geeignet sind, die in einer Mehrzahl von Fällen über dem tatsächlich geforderten Verbraucherpreis liegen oder durch die preisbindungsähnliche Wirkungen erzielt werden sollen (Absatz 3 Satz 2 Nr. 2 bis 4).

Der Verzicht auf die Anmeldung der Unverbindlichen Preisempfehlung erscheint aufgrund der bisherigen Erfahrungen des Bundeskartellamtes geboten. Der mit der Anmeldung von Preisempfehlungen verbundene Verwaltungsaufwand stand bisher in keinem Verhältnis zu den damit verbundenen Erleichterungen der Mißbrauchsaufsicht. Anlaß für die Einleitung von Mißbrauchsverfahren waren zumeist entweder Ergebnisse der Marktbeobachtung des Bundeskartellamtes oder Beschwerden von Marktbeteiligten oder Verbrauchern. Eine systematische Überprüfung aller Anmeldungen spielte demgegenüber keine Rolle; sie ließ sich mit dem vorhandenen

Personalbestand des Bundeskartellamtes auch gar nicht durchführen. Für eine wirksame Mißbrauchsaufsicht ist ein Auskunftsrecht, wie es der vorgeschlagene § 38 a Abs. 4 vorsieht, von größerem Nutzen als eine generelle Anmeldepflicht.

§ 38 a stellt sowohl die sog. Verbraucher — als auch die sog. Handelsempfehlung bei Markenwaren vom Empfehlungsverbot frei. Für Handelsempfehlungen bei Nichtmarkenwaren bleibt es bei der bisherigen Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes (Nichtverfolgung im Rahmen des § 47 OWiG).

Die CDU/CSU-Fraktion hat sich demgegenüber für die Beseitigung der Preisempfehlungen ausgesprochen. Nach ihrer Auffassung werde die Aufrechterhaltung der Empfehlung zu einer Flut von Markenwaren und Quasi-Markenwaren und zu einer Täuschung des Verbrauchers führen. Das Bundeskartellamt sei mit der Mißbrauchsaufsicht überfordert.

Im einzelnen ist zum vorgeschlagenen § 38 a zu sagen:

Absatz 1 bestimmt, unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen vertikale Preisempfehlungen für seine Markenwaren aussprechen darf.

Nummer 1 entspricht der vom Bundesgerichtshof entwickelten Zulässigkeitsvoraussetzung für vertikale Preisempfehlungen bei Markenwaren.

Die neue Nummer 2 nimmt die sog. Mondpreisempfehlung ausdrücklich aus der Freistellung aus. Solche Mondpreisempfehlungen können in Zukunft sofort mit Geldbuße belegt werden. Gemeint sind Fälle, in denen die Empfehlung bewußt stark überhöht ausgesprochen wird, um dem Handel die Möglichkeit zu geben, mit erheblichen Unterschreitungen des empfohlenen Preises zu werben. Im Zusammenhang mit § 38 a Abs. 1 Nr. 2 steht der neue § 38 Abs. 1 Nr. 12. Der neue § 38 Abs. 1 Nr. 12 verschärft das Empfehlungsverbot des bestehenden § 38 Abs. 1 Nr. 11 für vertikale Preisempfehlungen dahin, daß bereits das Aussprechen solcher Empfehlungen eine Ordnungswidrigkeit darstellt. Diese Ergänzung ist notwendig, damit ein Verstoß gegen den neuen § 38 a Abs. 1 Nr. 2 (Aussprechen von „Mondpreisempfehlungen“) sofort, d. h. ohne den Nachweis eines gleichförmigen Verhaltens der Empfehlungsempfänger, als Ordnungswidrigkeit verfolgt werden kann.

Absatz 2 entspricht der bisherigen Definition des Begriffs „Markenware“ in § 16 Abs. 2 und 3.

Absatz 3 regelt die Mißbrauchsaufsicht.

Nummer 1 entspricht dem bisherigen § 17 Abs. 1 Nr. 3; durch die Nummern 2 bis 4 werden weitere, aufgrund der bisherigen Erfahrungen typische Mißbrauchstatbestände besonders erfaßt.

Nummer 2 richtet sich gegen Mondpreisempfehlungen, bei denen die Eignung der Empfehlung zur Täuschung des Verbrauchers erst bei der Handhabung der Empfehlung ersichtlich wird. Die Täuschung des Verbrauchers besteht in diesen Fällen darin, daß durch das Herausstellen des überhöhten empfohlenen Preises als des „Normalpreises“ der

Eindruck erweckt wird, als handele es sich bei dem niedrigeren tatsächlich geforderten Preis um ein besonders preisgünstiges Angebot.

Nummer 3 erfaßt die Fälle, in denen die Marktbeobachtung ergibt, daß der empfohlene Preis vom allgemein geforderten Preis in einer größeren Zahl von Fällen erheblich abweicht, also überhöht ist. Demgegenüber setzt Nummer 3 nicht unbedingt voraus, daß der überhöhte empfohlene Preis als Werbemittel eingesetzt wird.

Nummer 4 soll verhindern, daß durch Vertriebsregelungen oder sonstige Maßnahmen erreicht wird, daß nur „preistreue“ Abnehmer beliefert werden, daß Handelsunternehmen und Abnehmergruppen, bei denen das empfohlene Unternehmen mit Unterschreitung des empfohlenen Preises rechnet, aus dem Vertrieb ausgeschaltet werden und daß dadurch die Bildung von Marktpreisen, die unter dem empfohlenen Preis liegen, verhindert wird. Als sachlich gerechtfertigte Gründe für selektiven Vertrieb sind z. B. die Unterbindung von Lockvogel-Verkäufen, die unter § 3 UWG fallen, und die Sicherung eines notwendigen Kundendienstes sowie sachkundiger Beratung des Kunden anzusehen. Insofern bleibt es bei den bisher zu § 26 Abs. 2 GWB entwickelten Grundsätzen.

Absatz 4 entspricht § 23 Abs. 6. Die Vorschrift ist das Korrelat dazu, daß eine Anmeldung Unverbindlicher Preisempfehlungen bei den Kartellbehörden nicht generell vorgesehen ist.

Absatz 5 entspricht der Praxis der Kartellbehörden aufgrund des früheren § 17 Abs. 2.

Absatz 6 gibt der Kartellbehörde die Befugnis, einem Unternehmen Unverbindliche Preisempfehlungen generell für alle Waren zu verbieten, wenn wiederholt ein Mißbrauch festgestellt worden ist. Dabei soll Absatz 6 Satz 2 die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs wahren.

Für die Anwendung des neuen § 38 a ist das Bundeskartellamt ausschließlich zuständig (Neufassung des § 44 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b). Eine aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen Verfügungen nach § 38 a Abs. 3 und 6 ist nicht vorgesehen. Folgeänderungen ergeben sich ferner zu §§ 37 a, 38, 39 Nr. 1, § 56 Nr. 3, § 58 Nr. 4 und § 80.

Im Hinblick auf die von allen Ausschußmitgliedern in Betracht gezogene Möglichkeit, daß trotz der scharfen Mißbrauchsaufsicht über Unverbindliche Preisempfehlungen Mißbräuche (insbesondere Mondpreisempfehlungen) nicht ausreichend eingedämmt werden können, wurde im Ausschuß erörtert, dem Bundestag folgende Entschließung vorzulegen:

„Der Bundestag fordert die Bundesregierung auf, nach Ablauf von drei Jahren nach Beseitigung der Preisbindung für Markenartikel einen Bericht darüber vorzulegen, welche Erfahrungen mit den Vorschriften über Unverbindliche Preisempfehlungen bei Markenwaren (§ 38 a) gemacht worden sind. Der Bericht soll gegebenenfalls auch Vorschläge für notwendige Änderungen des Gesetzes enthalten.“

Wegen der übrigen Novellierungspunkte verweist der Ausschuß auf die Begründung zum früheren Regierungsentwurf (Drucksache VI/2520).

Bezüglich der Freien Berufe ist der Ausschuß der Auffassung, daß zu einer generellen Freistellung vom Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen keine Notwendigkeit besteht. Die Freien Berufe unterliegen dem Kartellrecht nicht, soweit staat-

liches oder auf staatlicher Ermächtigung beruhendes Berufsstandesrecht besteht.

Als Material werden diesem Bericht die Stellungnahmen des Rechtsausschusses angefügt.

Namens des Ausschusses empfehlen wir dem Hohen Haus, dem vom Wirtschaftsausschuß einstimmig beschlossenen Gesetzentwurf zuzustimmen.

Bonn, den 12. Juni 1973

Dr. Frerichs **Dr. Jens**

Berichterstatter

Anlage 1

Stellungnahme des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 25. Mai 1973
zu dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen — Drucksache 7/76 —

Zu § 5 b

Der Rechtsausschuß schließt sich dem Vorschlag des Wirtschaftsausschusses an, wonach in § 5 b Absatz 1 im Anschluß an die Worte „beeinträchtigt wird“, der Zusatz aufgenommen wird „und die Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit kleinerer oder mittlerer Unternehmen gefördert wird“.

Einstimmig

Zu § 22 (in der Fassung der Anträge der Fraktionen der SPD, FDP)**Zu Absatz 1 Nr. 2**

Der Rechtsausschuß hat festgestellt, daß die Bundesregierung übereinstimmend mit den zuständigen Ausschüssen davon ausgeht, daß bei der Beurteilung der Marktstellung die europäischen und weltweiten Wettbewerbsverhältnisse in Rechnung zu stellen sind, soweit sie auf die inländischen Wettbewerbsverhältnisse von Einfluß sind.

Einstimmig

Zu Absatz 3

Hinsichtlich der beiden Marktbeherrschungs-Vermutungen in § 22 Abs. 3 des Entwurfs geht der Rechtsausschuß von folgendem aus:

Da es sich bei den Mißbrauchsverfahren nach § 22 GWB um förmliche Verwaltungsverfahren handelt, gelten für die Vermutungen nicht die Grundsätze über die Beweisführung im Zivilprozeß. Insbesondere bleibt die aus der Offizialmaxime folgende Ermittlungspflicht der Kartellbehörden, wie sie in den Vorschriften des GWB über das Verwaltungsverfahren (§§ 51 ff.) festgelegt ist, unberührt.

Die Vermutungen haben nach Auffassung des Rechtsausschusses den Charakter von „Aufgreifattbeständen“ in dem Sinne, daß die Kartellbehörde bei Vorliegen der Vermutungsvoraussetzungen in die Prüfung der „Marktbeherrschung“ eintreten muß. Bei dieser Prüfung hat die Behörde alle für die Marktbeherrschung nach § 22 Abs. 1 relevanten Tatsachen, die entweder der Behörde aufgrund ihrer Ermittlungen bekannt oder von den Unternehmen vorgetragen sind, zu berücksichtigen, um die Voraussetzungen der Marktbeherrschung nach § 22 Abs. 1 feststellen zu können. Eine Verfügung der Kartellbehörde kann nur ergehen, wenn diese Gesamtprüfung ergibt, daß dem Marktanteil in Höhe des Vermutungstatbestandes keine Umstände gegenüberstehen, aus denen das Vorliegen „wesentlichen Wettbe-

werbs“ oder das Fehlen einer „überragenden Marktstellung“ folgt.

Nach Auffassung des Rechtsausschusses wäre es rechtspolitisch bedenklich, den Vermutungen eine andere Auslegung zu geben.

Einstimmig

Zu § 24 (in der Fassung der Anträge der Fraktionen der SPD, FDP)**Zu Absatz 2**

Der Rechtsausschuß empfiehlt folgende Fassung des Absatzes 2 Satz 2 zweiter Halbsatz: „vollzogene Zusammenschlüsse darf das Bundeskartellamt nur innerhalb einer Frist von einem Jahr seit Eingang der Anzeige nach § 23 Abs. 4 untersagen.“

Einstimmig

Zu Absatz 4 a

Es wird die Einfügung eines folgenden neuen Absatz 4 a empfohlen: „Das Verfahren vor dem Kartellamt und das Antragsverfahren bei dem Bundesminister für Wirtschaft können nebeneinander in Gang gesetzt werden.“

Einstimmig

Zu Absatz 8 Nr. 2

Der Rechtsausschuß empfiehlt folgende Formulierung der letzten Zeile: „... , sich mit einem anderen Unternehmen zusammenschließt oder“.

Einstimmig

Zu § 24 a (in der Fassung der Anträge der Fraktionen der SPD, FDP)**Zu Absatz 2 Nr. 1**

Es wird in Zeile 2 die redaktionelle Änderung „zugestimmt haben“ empfohlen.

Einstimmig

Zu Absatz 4

Der Rechtsausschuß empfiehlt zu prüfen, ob Absatz 4 durch folgenden Satz ergänzt werden sollte: „Das Bundeskartellamt gestattet den einstweiligen Vollzug eines Zusammenschlusses vor Ablauf der Frist von vier Monaten, wenn nach den gemeldeten Tatsachen eine Untersagung nicht zu erwarten ist und ohne den alsbaldigen Vollzug der Zusammenschluß gefährdet wäre.“

Einstimmig

Zu § 24 b (in der Fassung der Anträge der Fraktionen der SPD, FDP)

Der Rechtsausschuß empfiehlt die Streichung dieser Bestimmung.

Mit 9 : 8 Stimmen gebilligt

Zu § 37 a

Es wird empfohlen, in § 37 a die Möglichkeit eines Negativattestes vorzusehen, wobei klarzustellen wäre, daß ein dahin gehendes Begehren nicht die Anzeige im Sinne des § 23 umfaßt.

Einstimmig

Zu Artikel 4 Satz 1 (in der Fassung der Anträge der Fraktionen der SPD, FDP)

Der Rechtsausschuß empfiehlt, unter Beachtung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der fehlenden Notwendigkeit eines rückwirkenden Inkrafttretens als Zeitpunkt des Inkrafttretens frühestens den Tag der Verkündung festzulegen.

Einstimmig

Zudem wird mitgeteilt, daß die Minderheit zu den §§ 5 b, 18, 22, 24, 24 a und 63 a Anträge gestellt hat, die abgelehnt worden sind. Zu den Regelungen der Preisbindung, Preisempfehlung und zur Frage des „abgestimmten Verhaltens“ wird noch nach Durchführung der Anhörung des Wirtschaftsausschusses eine Stellungnahme abgegeben.

Bonn, den 29. Mai 1973

Dr. Lenz (Bergstraße)

An den

Ausschuß für Wirtschaft

Haushaltsausschuß

Anlage 2

Ergänzende Stellungnahme des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom
6. Juni 1973 zu dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen

— Drucksache 7/76 —

1. Der Rechtsausschuß hat keine rechtlichen Bedenken gegen die Bestimmungen zur Preisbindung und Preisempfehlung in der Fassung, wie sie in dem Antrag der Fraktionen der SPD und FDP vom 5. Juni 1973 vorgeschlagen wird.

Diese Stellungnahme des Rechtsausschusses wurde mit Ausnahme der Einfügung eines § 38 a, dessen Streichung von der Minderheit beantragt worden ist, einstimmig beschlossen.

2. Zu der vom Wirtschaftsausschuß beschlossenen Fassung des Verbots aufeinander abgestimmten Verhaltens (§ 25 Abs. 1 — neu) empfiehlt der Rechtsausschuß einstimmig, in den Schriftlichen Bericht folgende Klarstellung aufzunehmen:

„Ziel der neuen Bestimmung ist es, eine von den Beteiligten ohne Abschluß eines Vertrages oder ohne einen Beschluß herbeigeführte und auf bewußtem tatsächlichen Zusammenwirken beruhende Beschränkung des Wettbewerbs zu unterbinden. Der Begriff des ‚Aufeinander-Abstimmens‘ verlangt seinem Inhalt nach die

Beteiligung von zwei oder mehr Unternehmen. Er setzt darüber hinaus nach dem üblichen Sprachgebrauch bei dem Sachverhalt, der vom Gesetzgeber geregelt werden soll, voraus, daß zwei oder mehr Unternehmen ihr Verhalten bewußt und gewollt voneinander abhängig machen, ohne damit schon eine vertragliche Bindung einzugehen.“

3. Die Stellungnahme des Rechtsausschusses vom 25. Mai 1973 zu § 24 Abs. 4 a wird folgendermaßen ersetzt:

Zu Absatz 4

Es wird die Anfügung folgenden Satzes an den Absatz 4 empfohlen:

„Das Beschwerdeverfahren und das Antragsverfahren bei dem Bundesminister für Wirtschaft können nebeneinander in Gang gesetzt werden.“

Mit 11 : 6 Stimmen beschlossen.

Bonn, den 6. Juni 1973

Metzger

Stellv. Vorsitzender

An den

Ausschuß für Wirtschaft

Haushaltsausschuß