

Unterrichtung

durch die Bundesregierung

Stellungnahme der Bundesregierung zum Dritten Hauptgutachten der Monopolkommission 1978/1979 — Drucksache 8/4404 —

Inhalt	Seite
I. Vorbemerkung	1 bis 4
II. Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration in den Wirtschaftszweigen der Industrie und im Bereich von Großunter- nehmen und der Pressewirtschaft (Zu Kapitel I. bis III. des Gutachtens)	5 bis 10
III. Praxis der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unter- nehmen und der Fusionskontrolle einschließlich ihrer internatio- nalen Implikationen (Zu Kapitel IV. und V. des Gutachtens)	11 bis 18
A. Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen ..	11 bis 12
B. Fusionskontrolle	13 bis 18
IV. Entflechtung (Zu Kapitel VI. des Gutachtens)	19 bis 25

I. Vorbemerkung

1. Die Monopolkommission hat nach § 24 b des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) alle zwei Jahre Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration sowie die Praxis der Fusionskontrolle und der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen zu begutachten. Mit der Vorlage ihres Dritten Hauptgutachtens an die Bundesregierung Mitte vergangenen Jahres hat sie diesem gesetzlichen Auftrag entsprochen. Die Bundesregierung hat — wie gesetzlich vorgesehen — dem Deutschen Bundestag und dem Bundesrat das Gutachten unverzüglich zugeleitet (siehe Unterrichtung durch die Bundesregierung am 17. Juli 1980, Drucksache 8/4404) und legt nunmehr ihre Stellungnahme dazu vor.

2. Die Monopolkommission hat ihrer umfangreichen Untersuchung das Motto „Fusionskontrolle bleibt vorrangig“ vorangestellt. Die Bundesregierung begrüßt diese Grundaussage des Gutachtens, die der Sicherung funktionsfähiger Wettbewerbsstrukturen zentrale Bedeutung beimißt. Angesichts der steigenden Anforderungen an die Anpassungsfähigkeit der Wirtschaft infolge teilweise weltweiter Strukturprobleme unterstreicht die Bundesregierung ihre Auffassung, daß sich die im Strukturwandel liegenden Chancen für Wachstum und Beschäftigung nur dann voll erschließen lassen, wenn die Märkte nach außen und innen offen bleiben und die Anpassungsprozesse ungehindert im Wettbewerb ablaufen können.

Die Bundesregierung sieht es daher mit der Monopolkommission auch weiterhin als dringlichste Aufgabe der Wettbewerbspolitik an, einer Verkrustung der Märkte durch protektionistische und dirigistische Tendenzen ebenso konsequent entgegenzutreten wie einer Verfestigung von Marktstrukturen durch Vermachtung, die Wettbewerbsspielräume insbesondere zu Lasten der kleinen und mittleren Unternehmen weiter einengen würde.

3. Die Feststellung der Monopolkommission zur Unternehmenskonzentration sowie zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen und zur Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen bestätigen die Richtigkeit des mit der 4. Kartellgesetznovelle von 1980¹⁾ verfolgten Novellierungskonzepts der Bundesregierung zur Fortentwicklung des Wettbewerbsrechtes. Zugleich belegen sie eindrucksvoll, wie notwendig vor allem der weitere Ausbau der Fusionskontrolle gewesen ist. Die Bundesregierung hält das verbesserte wettbewerbsrechtliche Instrumentarium auch angesichts der bestehenden Strukturprobleme und der davon ausgehenden wettbewerbspolitischen Herausforderungen für ausreichend. Es kommt nunmehr darauf an, die verfügbaren

Instrumente konsequent zur Sicherung ausgewogener Wettbewerbsstrukturen einzusetzen und den erweiterten kartellrechtlichen Aktionsradius auszuschöpfen.

4. Die Monopolkommission hat erstmals auch ein umfangreiches Kapitel dem Thema der Unternehmensentflechtung gewidmet und die Möglichkeiten diskutiert, irreversibel erscheinende Machtballungen nachträglich aufzulösen. Die Bundesregierung stellt sich der Diskussion dieser Thematik. Sie ist allerdings der Auffassung, daß auch insoweit der Fusionskontrolle eindeutig der Vorrang einzuräumen ist und sich die Frage einer gesetzlichen Initiative erst stellen kann, wenn der Regelungsbedarf und die vielfältigen rechtlichen und politischen Probleme eines so weitgehenden Eingriffsinstruments auch im einzelnen näher erklärt sind. Hierzu erscheinen noch eingehende Untersuchungen notwendig.

Zur Vertiefung der Meinungsbildung hat der Bundesminister für Wirtschaft am 18. Dezember 1980 die betroffenen Verbände sowie die Gewerkschaften und die Arbeitsgemeinschaft der Verbraucher angehört. Dabei standen die Ausführungen der Monopolkommission zur Unternehmensentflechtung im Mittelpunkt der Erörterungen. Bei aller Differenziertheit des Meinungsspektrums hat sich gezeigt, daß derzeit ganz überwiegend keine Notwendigkeit für eine kartellrechtliche Entflechtungsregelung gesehen wird.

II. Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration in den Wirtschaftszweigen der Industrie sowie im Bereich von Großunternehmen und der Pressewirtschaft

(Zu Kapitel I. bis III. des Gutachtens)

5. Die Monopolkommission hat mit ihrem neuen Gutachten ihre Berichterstattung über Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Industrie bis zum Jahre 1977 fortgeführt. Sie gelangt zu dem Ergebnis, daß die Unternehmenskonzentration gegenüber 1975 weiter vorangeschritten ist und 1977 insgesamt ein hohes Niveau erreicht hat (Tz. 199, 242). Der durchschnittliche Umsatzanteil der zehn größten Industrieunternehmen am Gesamtumsatz in den 33 untersuchten Wirtschaftszweigen sei im Berichtszeitraum um 1,4 Prozentpunkte auf 43,7 v. H. gestiegen und damit doppelt so stark gewachsen wie im Zweijahreszeitraum zuvor. Die hochkonzentrierten Branchen haben nach den Feststellungen der Kommission weiter an gesamtwirtschaftlicher Bedeutung gewonnen (Tz. 204).

Die Unternehmensgrößenunterschiede sind nach dem Urteil der Kommission in den meisten Wirtschaftszweigen gewachsen: Bei überdurchschnittlichen Umsatzgewinnen und unterdurchschnittlichen Veränderungen des Personalbestandes (Tz. 255) konnten sich

¹⁾ Siehe Viertes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26. April 1980 (BGBl. I S. 458)

die Großunternehmen in der Mehrzahl der Branchen deutlich von den kleineren Unternehmen absetzen (Tz. 259).

6. Die Fortschreibung der Konzentrationsstatistischen Analyse der Monopolkommission hat nach Ansicht der Bundesregierung erneut wichtige Hinweise für die wettbewerbliche Beurteilung des Konzentrationsgeschehens im Berichtszeitraum erbracht. Das vorgelegte Datenmaterial enthält eine Fülle von Indizien, die auf einen kontinuierlichen Fortgang der Unternehmenskonzentration hindeuten. Angesichts der damit verbundenen wettbewerblichen Risiken sieht sich die Bundesregierung auf ihrem mit der 4. Kartellgesetznovelle beschrittenen Weg bestätigt, den konzentrativen Tendenzen vor allem auch durch eine effiziente Fusionskontrolle entgegenzuwirken.

Zur Vermeidung von Fehlinterpretationen hat die Bundesregierung mehrfach im Einklang mit der Monopolkommission darauf hingewiesen, daß die vorgenommenen Konzentrationsmessungen nicht an Wettbewerbsmärkten, sondern an Branchen orientiert sind und somit unvermeidliche methodische Begrenzungen aufweisen. Dies gilt zumal dann, wenn — wie im vorliegenden Gutachten — auf Grund der Neuordnung der Statistik im Produzierenden Gewerbe gewisse Brüche in den statistischen Ausgangsdaten zu verzeichnen sind, denen die Monopolkommission vielfach nur auf der Basis von Schätzungen und im Rahmen bestimmter Umrechnungsfaktoren Rechnung tragen konnte. Es ist auch anzumerken, daß unter diesen Umständen der wirklichen Lage in Einzelfällen — wie etwa die tatsächliche Entwicklung der Unternehmenszahlen im Ernährungsgewerbe belegt — nicht immer ausreichend Rechnung getragen wurde. Damit ist jedoch nach Auffassung der Bundesregierung die grundsätzliche Verwertbarkeit der Daten, insbesondere für die Einschätzung konzentrativer Trends nicht in Frage gestellt.

7. Die Bundesregierung hat sich angesichts der methodischen Unvollkommenheiten für eine schrittweise Fortentwicklung der bestehenden Untersuchungsansätze ausgesprochen. Sie begrüßt es daher, daß die Monopolkommission auf der Grundlage der reformierten amtlichen Industriestatistik ein verbessertes Konzentrationsstatistisches Programm konzipiert hat. Nachdem der Acht-Punkte-Katalog der Monopolkommission (siehe I. Hauptgutachten, Tz. 154 ¹⁾) zur Verbesserung der Konzentrationsstatistik durch die Neuordnung der Statistik im Produzierenden Gewerbe in wesentlichen Teilen verwirklicht wurde, ist dies ein weiterer bedeutsamer Schritt, der die bisherige Analyse der horizontalen Konzentration um Feststellungen zur vertikalen und konglomeraten Konzentration ergänzen soll.

Den dadurch gestiegenen Anforderungen an das zu verarbeitende Datenmaterial wird das Statistische Bundesamt im Rahmen seiner aufbereitungstechnischen Möglichkeiten und gegebenen Kapazitäten soweit wie möglich Rechnung tragen. Dabei müssen auch noch Fragen der Geheimhaltung des Datenma-

terials, die gesetzlich vorgeschrieben sind, abschließend geklärt werden.

Die von der Monopolkommission vorgeschlagene Erfassung von Unternehmensverbindungen nach § 15 Aktiengesetz als integrierter Teil der Industriestatistik würde jedoch nicht nur bei den statistischen Ämtern, sondern nicht zuletzt auch bei den betroffenen Unternehmen zu einem nicht unerheblichen Mehraufwand führen. Die Bundesregierung hält deshalb derzeit eine weitere, auch Konzernverflechtungen im Sinne des § 15 Aktiengesetz transparent machende Differenzierung der Industriestatistik nicht für durchführbar.

8. Die Monopolkommission hat ihre Darstellung der Konzentration im Bereich von Großunternehmen anhand der 100 größten wirtschaftlich selbständigen Inlandsunternehmen ¹⁾ auf das Jahr 1978 fortgeschrieben. Zugleich hat sie ihr Untersuchungsprogramm zur besseren Abschätzung der Ressourcen und der Marktstellung der Unternehmen um ressourcenorientierte Maßstäbe wie Wertschöpfung, Cash-flow und personelle Verflechtungen erweitert (Tz. 270, 273). Zur gesamtwirtschaftlichen Bedeutung der „100 Größten“ stellt sie fest, daß diese Unternehmensgruppe mit rd. 24,2 v. H. am Umsatz der Gesamtwirtschaft (Tz. 297) und mit rd. 16,5 v. H. an der gesamtwirtschaftlichen Nettowertschöpfung (Tz. 305) beteiligt war und überdies rd. 25 v. H. der volkswirtschaftlichen Sachanlagen hielt (Tz. 309) sowie rd. 17,9 v. H. der sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigte (Tz. 313). Die „100 Größten“ seien überdurchschnittlich exportorientiert und hätten über die Hälfte des deutschen Exports erbracht (Tz. 317 f.). Im internationalen Größenvergleich deute vieles darauf hin, daß sich die Position der deutschen Großunternehmen langfristig verbessert habe (Tz. 328 f.). Zur Frage der Verflechtung konstatiert die Kommission das Bestehen einer Vielzahl von wechselseitigen Beziehungen über Gemeinschaftsunternehmen, aber auch auf Grund personeller Bindungen zwischen den Geschäftsführungs- oder Kontrollorganen der Gesellschaften (Tz. 389, 892). Hierbei spiele insbesondere die Gruppe der Banken eine gewichtige Rolle (Tz. 395 ff.).

Was die Zusammenschlußaktivitäten angeht, waren nach den Ermittlungen der Monopolkommission die „100 Größten“ an 42,8 v. H. der beim Bundeskartellamt angezeigten Unternehmenszusammenschlüssen beteiligt, wobei die Unternehmen an der Spitze der Rangliste besonders zusammenschlußaktiv waren. Die drei zusammenschlußaktivsten Unternehmen kamen aus dem Mineralölbereich: Allein auf die Veba AG sowie auf die Deutsche BP und Deutsche Shell AG entfielen 117 der insgesamt 496 Zusammenschlußfälle, an denen Großunternehmen beteiligt waren.

Die erworbenen Unternehmen stammten zum erheblichen Teil aus dem Kreis kleiner und mittlerer Unternehmen. Nahezu die Hälfte der Zusammenschlüsse sei nach der früher geltenden fusionsrecht-

¹⁾ Hauptgutachten 1973/1975, Mehr Wettbewerb ist möglich, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden

¹⁾ Ausgenommen Landwirtschaft, Banken und Versicherungen

lichen Anschlußklausel der Fusionskontrolle entzogen gewesen.

9. Die Bundesregierung begrüßt die Bemühungen der Monopolkommission, die Analyse im Bereich der Großunternehmen durch die Einbeziehung weiterer, ressourcenorientierter Beurteilungskriterien zu verfeinern. Die ermittelten Daten für Wertschöpfung, Sachanlagen und Cash-flow ermöglichen im Grundsatz eine differenzierte Betrachtung der vertikalen Konzentration und der Investitionstätigkeit sowie der Ertragslage der Unternehmen. Zugleich gestatten sie auch verbesserte Rückschlüsse auf branchentypische Besonderheiten.

Für die wettbewerbliche Beurteilung sind vor allem auch der Grad der Verflechtung der Unternehmen und ihre Zusammenschlußaktivitäten von besonderem Interesse. Die erweiterte Analyse der Monopolkommission, die erstmalig auch die über den Bankenbereich hinausgehenden personellen Bindungen zwischen Großunternehmen näher untersucht, zeigt deutlich auf, daß die bestehenden und zum Teil sehr erheblichen Kooperationsmöglichkeiten sowohl kapitalmäßig im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen als auch personell durch Mandatsträger auf der Ebene der Kontroll- und Geschäftsorgane abgesichert sind.

Auch die Übersicht über die Unternehmenszusammenschlüsse der „100 Größten“ bestätigt erneut, daß der Kauf kleiner und mittlerer Unternehmen durch Großunternehmen ein Schwerpunkt der konzentrativen Entwicklung gewesen ist und es daher besonders dringlich war, die Eingriffsmöglichkeiten der Fusionskontrolle im Rahmen der 4. Kartellgesetznovelle gezielt gegenüber derartigen Konzentrationsvorgängen zu erweitern.

10. Die Darstellungen der Monopolkommission über die Pressewirtschaft beruhen auf den Ergebnissen der amtlichen Pressestatistik der Jahre 1975 bis 1977. Unter Zugrundelegung dieser Daten stellt die Monopolkommission nur marginale und zudem nicht einheitliche Veränderungen der Umsatz- und Auflagenkonzentration fest. Bei der Einschätzung dieser Aussage ist zu berücksichtigen, daß eindeutige Schlußfolgerungen für die Konzentrationsentwicklung — wie die Monopolkommission selbst darlegt — sich erst dann ableiten lassen, wenn längere Zeitreihen der Konzentrationsraten vorliegen und die Aussage der amtlichen Pressestatistik mit zunehmendem Datenanfall größer wird. Zur allgemeinen Einschätzung der Pressekonzentration verweist die Bundesregierung auf die detaillierten Aussagen im Medienbericht 1978 (Drucksache 8/2264) und im Erfahrungsbericht mit der Fusionskontrolle bei Presseunternehmen (Drucksache 8/2265).

Zur Frage der begrenzten Aussagefähigkeit einer lediglich an Konzentrationsraten orientierten Analyse verweist die Bundesregierung auf ihre Stellungnahme zum II. Hauptgutachten (Drucksache 8/2835 Tz. 39). Insbesondere ist zur Vermeidung von Fehlinterpretationen die Berücksichtigung ergänzender qualitativer Gesichtspunkte unerlässlich. So haben beispielsweise die von der Monopolkommission festgestellte Zunahme der Zeitschriftenverlage und die

— in Wirklichkeit nicht zutreffende — Verdoppelung der Zeitschriftenauflage rein statistische bzw. auf Fehlrechnungen zurückgehende Ursachen; die Unterschiede in den Beschäftigungszahlen bei Zeitungen und Zeitschriften beruhen im wesentlichen auf dem umfangreichen Druckereibesitz der Zeitungsverlage und der unterschiedlichen Erscheinungsweise; schließlich kann auch der Begriff der redaktionellen — oder besser publizistischen — Einheit, der die publizistische Konzentration erfassen soll, angesichts der bei den Zeitschriftenobjekten regelmäßig vorhandenen, allerdings sehr häufig außerhalb des Verlags liegenden Redaktion nicht einheitlich auf Zeitungen und Zeitschriften angewandt werden.

Die von der Monopolkommission erneut vorgebrachten Einschränkungen hinsichtlich der Aussagefähigkeit der Pressestatistik (Abschnitt 416 bis 418) liegen im Wesen der amtlichen Statistik begründet, für die strenge Geheimhaltungsvorschriften bei Einzelangaben bestehen. Jedoch stellt die Monopolkommission trotz der dargelegten Unzulänglichkeiten den Aussagewert der amtlichen Pressestatistik grundsätzlich nicht in Frage.

III. Praxis der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und der Fusionskontrolle einschließlich ihrer internationalen Implikationen

(Zu Kapitel IV und V des Gutachtens)

A. Mißbrauchsaufsicht

11. Die Bundesregierung sieht in Übereinstimmung mit der Monopolkommission (Tz. 437) derzeit keine Möglichkeiten, die Wirksamkeit der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen über die durch die 4. Kartellgesetznovelle geschaffenen und auch von der Kommission begrüßten Verbesserungen hinaus zu erhöhen. Der schmale Grat zwischen dem notwendigen Schutz vor Machtmißbrauch einerseits und der unerläßlichen Sicherung des Frei-raums für den Wettbewerb andererseits läßt für gesetzliche Maßnahmen naturgemäß nur begrenzt Raum, wenn das wettbewerbliche Grundprinzip, die Mißbrauchskontrolle erst dort einzusetzen, wo eine ausreichende Kontrolle durch den Wettbewerb selbst versagt, nicht in Frage gestellt werden soll. Es bleibt daher auch künftig vor allem eine Aufgabe der kartellbehördlichen Praxis, zur Sicherung eines funktionsfähigen Wettbewerbs die Möglichkeiten und Grenzen der Mißbrauchsaufsicht mit besonderem Augenmaß für die mit diesem Instrument zwangsläufig auch verbundenen marktwirtschaftlichen Risiken auszuloten. Die von der Monopolkommission erneut befürwortete Schaffung eines Antragsrechts Dritter auf Durchführung eines Mißbrauchsverfahrens (Tz. 440) vermag allerdings nach Auffassung der Bundesregierung wenig zu einer erhöhten Effizienz der Mißbrauchsaufsicht beizutragen. Vielmehr bestünde die Gefahr, daß die Kartellbehörden und Gerichte von einer Vielzahl von Bagatelverfahren überzogen würden und die Einleitung der Verfahren nicht mehr vornehmlich vom Ausmaß und Gewicht der mißbräuchlichen Praktiken, sondern von der privaten Interessenlage her bestimmt wäre.

12. Die Bundesregierung ist mit der Monopolkommission der Auffassung, daß wegen der ordnungspolitischen Problematik und der besonderen praktischen Schwierigkeiten jeder Preismißbrauchsaufsicht das Schwergewicht der Mißbrauchskontrolle auf der Bekämpfung von Behinderungspraktiken liegen muß (Tz. 451). In diesem Sinne hat auch das Bundeskartellamt seine Verwaltungspraxis verstärkt fortgesetzt, insbesondere Behinderungsmißbräuche aufzugreifen, zumal monopolistische Preissetzungsmöglichkeiten nicht zuletzt durch wettbewerbschädliche Behinderungen erst geschaffen oder zumindest abgesichert werden können. Wie auch die vom Amt eingeleiteten Verfahren gegenüber konzentrationsfördernden Jahresumsatzbonus- und Gesamtumsatzrabattsystemen von marktmächtigen Herstellern gezeigt haben, gehen solche Praktiken vielfach vor allem zu Lasten von neu auf den Markt tretenden Konkurrenten und führen letztlich über die Erstarrung und Abschottung der Märkte auch zu einer Schwächung des Preiswettbewerbs.

Demgegenüber hält die Bundesregierung wie die Monopolkommission die direkte Mißbrauchskontrolle der Preise aus einer Reihe von Gründen nur in besonders eklatanten Mißbrauchsfällen für sinnvoll (Tz. 442 ff.). Angesichts der mit der Bestimmung des wettbewerbskonformen Preises verbundenen erheblichen rechtlichen und praktischen Schwierigkeiten der Überprüfung von Preisen im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht beurteilt die Bundesregierung mit der Monopolkommission die Aussichten für eine effizientere Kontrolle von Ausbeutungsmißbräuchen nach wie vor zurückhaltend. Zudem dürfen auch die von der Monopolkommission zu Recht hervorgehobenen wettbewerblichen Risiken nicht unterschätzt werden, wenn Preiserhöhungen, sei es auch nur im Rahmen eines inoffiziellen Verfahrens, kartellbehördlich „abgesegnet“ oder auf der Basis einer generellen Kostenkontrolle überprüft würden. Dies schließt nicht aus, daß das Bundeskartellamt in besonderen Fällen — wie etwa in letzter Zeit im Mineralölsektor — eine kartellbehördliche Antwort auf Preiserhöhungsvorgänge bereithalten und deutlich machen muß, wo bei Ausschöpfung der vorhandenen gesetzlichen Mittel die Möglichkeiten und Grenzen des Kartellrechts liegen.

Wie die Erfahrungen zeigen, lösen Preiserhöhungen im Mineralölsektor zum Teil sehr scharfe Reaktionen in der Öffentlichkeit aus, die oft auch mit dem Vorwurf des Machtmißbrauchs verbunden werden. Hierzu wird darauf hingewiesen, daß das Bundeskartellamt gehalten ist, möglichst rasch eine Prüfung und Klärung der kartellrechtlichen Gesichtspunkte herbeizuführen, wobei angesichts häufig schnell aufeinander folgender unternehmerischer Entscheidungen vielfach auch sehr kurzfristige kartellbehördliche Untersuchungen erforderlich sein können. Soweit das Amt mit Ergebnissen an die Öffentlichkeit tritt, hat es darauf zu achten, daß Erklärungen über die Einleitung oder den Abschluß von amtlichen Verfahren nicht als staatliches „Gütesiegel“ für Preiserhöhungen mißdeutet werden können. Andernfalls geriete die Preismißbrauchsaufsicht in der Tat in die von der Monopolkommission beanstan-

dete gefährliche Nähe einer staatlichen „Absegnungspraxis“.

Dem Hinweis der Monopolkommission, daß die sog. Sockeltheorie bei einer konsequenten Anwendung die Gefahr einer sich ständig ausweitenden Verhaltenskontrolle in sich birgt (Tz. 449), ist auch insoweit zuzustimmen, als eine auf Kostenentwicklungen im Zeitablauf aufbauende Betrachtung Elemente in die Preisüberprüfung hineinträgt, die nicht mehr primär an Wettbewerbsmaßstäben orientiert sind.

Im Hinblick hierauf hat der Gesetzgeber bei der Konkretisierung des Mißbrauchsbegriffs in der 4. Kartellgesetznovelle in dem neuen § 22 Abs. 4 Nr. 2 GWB ausdrücklich als vorrangigen Grundsatz für die Feststellung eines Mißbrauchs beim Fordern von Entgelten das sog. „Als-ob-Wettbewerbsprinzip“ verankert, für dessen Anwendung der Vergleich mit wettbewerblich strukturierten Märkten („Vergleichsmarktprinzip“) besonders große Bedeutung besitzt. Dies heißt jedoch nicht, daß das Bundeskartellamt bei der Frage, ob es Preisbewegungen als mißbrauchsverdächtig aufgreifen soll, im Einzelfall bei Fehlen wettbewerblich strukturierter Vergleichsmärkte nicht auch Kostenentwicklungen in die Prüfung einbeziehen kann. In diesem Sinne ermittelt das Amt im Mineralölbereich seit längerem anhand unternehmensexterner Daten längerfristige Markttrends und vergleicht sie mit den unternehmensindividuellen, auch kostenbezogenen Unternehmensdaten. Ergibt sich hierbei ein auffälliges Mißverhältnis, so hat das Amt ausreichend Anlaß, ein Verwaltungsverfahren einzuleiten. Damit ist jedoch weder der Mißbrauchsmaßstab für die Mineralölindustrie generell bestimmt, noch erst recht im Einzelfall ein Mißbrauch schon festgestellt.

B. Fusionskontrolle

13. Nach den Feststellungen der Monopolkommission sind im Berichtszeitraum 1978/79 von den insgesamt 1 160 beim Bundeskartellamt angezeigten oder angemeldeten Unternehmenszusammenschlüssen 13 untersagt worden. Vor diesem Hintergrund hat die Kommission zu zahlreichen kartellrechtlichen Einzelfragen Stellung genommen. Darüber hinaus hat sie erstmals auch eingehend die sich bei fortschreitendem Zusammenwachsen der Märkte über die nationalen Grenzen hinweg stellenden Fragen der Zusammenschlußkontrolle untersucht. Die Bundesregierung sieht hierin einen wichtigen Beitrag, die rechtliche Tragweite des Kartellgesetzes weiter auszuloten, auch wenn sie der Kommission nicht in allen Punkten zu folgen vermag. Dies gilt auch für die Überlegungen der Kommission zur Behandlung von Gemeinschaftsunternehmen, von Einkaufszusammenschlüssen im Handel und zur Handhabung der Zusagenpraxis, die sicherlich von besonderem wettbewerbspolitischen Interesse sind.

14. Die Bundesregierung stimmt mit der Monopolkommission darin überein, daß die Unternehmensverflechtung über Gemeinschaftsunternehmen, nicht zuletzt auch weil sie im Bereich von Großunternehmen besonderes gesamtwirtschaftliches Gewicht hat, ein erhebliches Risiko für den Wettbewerb bedeuten

kann (Tz. 378 ff., 530 ff.). Ihre wettbewerbliche Kontrolle erfordert daher vor allem unter dem Gesichtspunkt der Fusionskontrolle die Anlegung eines strengen Maßstabs. Darüber hinaus können sich Gemeinschaftsunternehmen auch unter dem Blickwinkel des Kartellverbots als problematisch erweisen, wenn die Beteiligung an Gemeinschaftsunternehmen nicht auf die Investition von haftendem Kapital mit der Folge einer dauerhaften Beeinflussung der Wettbewerbsstrukturen ausgerichtet ist, sondern primär die Koordinierung des Unternehmensverhaltens angestrebt wird. Angesichts der hierbei auftretenden erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten begrüßt es die Bundesregierung, daß das Amt im Jahre 1978 Grundsätze über die rechtliche Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen veröffentlicht hat.

Der Vorschlag der Kommission, über diese Leitlinien hinaus das Kartellverbot nach § 1 GWB auf Gemeinschaftsgründungen von Wettbewerbern anzuwenden, wenn die gemeinsame Tochter zwar nicht auf dem Markt der Mütter tätig, aber für diese von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung ist, berücksichtigt nicht hinreichend, daß der möglicherweise auch mit solchen Gemeinschaftsunternehmen verbundene Gruppeneffekt nach den bisher von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen für sich allein noch nicht die Annahme eines unzulässigen Kartells rechtfertigt. Besteht wegen der wirtschaftlichen Bedeutung der Zusammenarbeit die Vermutung wettbewerblichen Wohlverhaltens der Mütter auch auf anderen, von der Gemeinschaftsgründung nicht betroffenen Märkten, so wird eine kartellbehördliche Maßnahme nach § 1 GWB in der Regel entfallen, weil der konkrete Nachweis eines derartigen weitergehenden Zusammenwirkens und des Kausalzusammenhangs mit der Gemeinschaftsgründung notwendig bleibt und nicht durch den bloßen Hinweis auf die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens ersetzt werden kann.

15. Der Monopolkommission ist darin zuzustimmen, daß es angesichts der anhaltenden Konzentrationstendenzen im Handelsbereich verstärkt darauf ankommt, der Herausbildung marktbeherrschender Nachfragepositionen mit den Mitteln der Fusionskontrolle entgegenzuwirken (Tz. 548 ff., 569 ff.). Dies gilt nicht nur für Zusammenschlüsse großer Einzelunternehmen, sondern im Grundsatz auch für die Zusammenschlußaktivitäten von Unternehmensgruppen, soweit sie trotz rechtlicher Selbständigkeit der Einzelunternehmen einen konzernartigen Verbund im Sinne der kartellrechtlichen Verbundklausel des § 23 Abs. 1 Satz 2 GWB bilden. Im Einzelfall ist auch nicht auszuschließen, daß Einkaufsvereinigungen — unter der Voraussetzung eines solchen Verbundes — in ihrer Gesamtheit der Fusionskontrolle zu unterwerfen sind. Für die Beurteilung dieser Frage wird insbesondere auch von Bedeutung sein, ob die Einkaufsvereinigungen — ihrem genossenschaftlichen Förderungsauftrag entsprechend — ihre vorrangige Aufgabe darin sehen, auf einen Abbau der Benachteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen auf der Einzelhandelsstufe durch gruppeninterne Hilfsleistungen hinzuwirken. Andererseits kann mit zunehmender Straffung der Organisation der tatsächliche

Einfluß der Gruppenzentrale die Möglichkeit einer Beherrschung der einzelnen Mitgliedsunternehmen eröffnen, so daß auch die damit einhergehende Bündelung der Nachfrage eine neue, wettbewerbsschädliche Qualität bekommen könnte. Richtig erscheint auch die Überlegung der Kommission, daß die Annahme eines solchen Verbundes kein Konzernverhältnis im Sinne des Aktienrechts voraussetzt, sondern entscheidend davon abhängt, inwieweit ein Einfluß geeignet ist, einen koordinierten Einsatz der Gruppenressourcen herbeizuführen. Wenn das Bundeskartellamt anläßlich des Zusammenschlußfalles HORTEN/EDEKA — im Unterschied zur Auffassung der Monopolkommission — beherrschungsähnliche Steuerungsmöglichkeiten innerhalb der EDEKA-Gruppe letztlich verneint hat, so ist dies vor allem darauf zurückzuführen, daß nach den Ermittlungen des Amtes erhebliche Zweifel daran bestanden, ob die Möglichkeit der dauerhaften und gesicherten Einflußnahme auf alle Gruppenmitglieder gegeben war. Die festgestellten wirtschaftlichen Einflußmöglichkeiten der EDEKA-Zentrale hat das Amt in ihren Auswirkungen nicht mit entsprechenden rechtlichen Bindungen als gleichwertig angesehen, so daß die allein auf tatsächliche Gegebenheiten zurückzuführende, partielle Einschränkung der Entscheidungsfreiheit der Gruppenmitglieder die Annahme der wettbewerblichen Einheit nicht rechtfertigte.

Die von der Kommission gesehene Gefahr, daß die Zusammenschlußkontrolle im Bereich der Einkaufsvereinigungen durch die HORTEN/EDEKA-Entscheidung erschwert werden könnte, besteht nach Auffassung der Bundesregierung praktisch nicht. Vielmehr wird das Bundeskartellamt die Frage der wettbewerblichen Einheit von Einkaufsvereinigungen einzelfallbezogen und vor dem Hintergrund gewandelter wirtschaftlicher Tatbestände jeweils neu zu überprüfen und zu entscheiden haben. So hat das Bundeskartellamt beispielsweise kürzlich die Verbundklausel des § 23 Abs. 1 Satz 2 GWB auf eine Einkaufsvereinigung angewandt.

16. Die Monopolkommission sieht in der Praxis des Bundeskartellamtes, bei Zusammenschlußvorhaben bestimmte strukturverbessernde Zusagen der Unternehmen zur Abwendung einer Untersagung entgegenzunehmen, nach wie vor einen neuralgischen Punkt der Fusionskontrolle (Tz. 543 f.). Im Zusammenhang mit dem Fall BAYER/METZELER verweist sie vor allem auf die besondere Problematik von Revisionsklauseln, nach denen abgegebene Zusagen bei Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse nachträglich wieder hinfällig werden können. Dies verlagere die vom Gesetz geforderte Prognose über das Entstehen oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung de facto auf einen späteren Zeitpunkt und unterlaufe die Fusionskontrolle ebenso wie die untersagungsabwendende Berücksichtigung der vom Amt rechtlich nicht durchsetzbaren Trennungszusagen zwischen einzelnen Zusammenschlußbeteiligten.

Auch die Bundesregierung hat im Einklang mit der Monopolkommission wiederholt auf die wettbewerblichen Gefahren aufmerksam gemacht, die mit einer zu häufigen oder zu weitgehenden Handhabung die-

ses von der Rechtspraxis entwickelten Instruments verbunden sein können.

Andererseits ist es — wie auch die Gerichte bestätigt haben — ein Gebot der Verhältnismäßigkeit, glaubwürdige Zusagen, die die Wettbewerbsverhältnisse verbessern, im Fusionskontrollverfahren auch zu berücksichtigen, zumal dies gegenüber einer Untersagung im Einzelfall auch ein Mehr an Wettbewerb bedeuten kann. Dabei bleibt auch künftig unabdingbar, daß Zusagen nicht zu einer laufenden Verhaltenskontrolle durch das Amt führen und den Unternehmen nicht die Verantwortung für die Gestaltung des Zusammenschlußvorhabens aus der Hand genommen wird. Beides wäre vom geltenden Recht nicht mehr gedeckt.

In jedem Fall ist es Aufgabe des Bundeskartellamtes, die Durchsetzbarkeit der Zusage durch bindende rechtliche Vorkehrungen, die vor allem auch nicht durch Revisionsklauseln relativiert sein dürfen, sicherzustellen. Trennungsvereinbarungen allein zwischen den am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen können — der bisherigen Praxis des Amtes entsprechend — nicht als Trennungszusagen entgegengenommen werden.

17. Angesichts der zunehmenden Außenhandelsverflechtung und der weiteren Integration der einzelnen Volkswirtschaften in die weltwirtschaftlichen Zusammenhänge hat die Monopolkommission den internationalen Wettbewerbseinflüssen bei der nationalen Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen verstärkte Beachtung geschenkt (Kap. V, Tz. 575 f.). Sie hält eine rein nationale Betrachtungsweise des Marktgeschehens, von der das Kartellgesetz im Grundsatz ausgehe, aus ökonomischer Sicht für unzureichend und plädiert dafür, bei der kartellrechtlichen Beurteilung die Intensität auch des potentiellen Auslandswettbewerbs angemessen zu berücksichtigen. Auch bei Zusammenschlüssen unter Beteiligung ausländischer Unternehmen zeigen sich nach Auffassung der Kommission die Schwächen einer national begrenzten Fusionskontrolle besonders deutlich. Dementsprechend befürwortet sie eine rechtliche Flankierung auf europäischer Ebene und spricht sich für die Verwirklichung des Vorschlags der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zur Schaffung einer gemeinschaftsweit geltenden Fusionskontrolle aus. Bei alledem bestätigt sie allerdings, daß das Bundeskartellamt seine bisherige Untersagungspraxis auch auf eine eingehende qualitative Würdigung der internationalen Wettbewerbsaspekte gestützt habe.

Die derzeitige Ausgestaltung und Handhabung der Fusionskontrolle steht nach Auffassung der Bundesregierung vom praktischen Ergebnis her nicht im Widerspruch zu den Überlegungen der Monopolkommission. Die Frage, ob eine an nationalen Dimensionen ausgerichtete deutsche Fusionskontrolle den internationalen Wettbewerbsverhältnissen hinreichend Rechnung tragen könne, um die Wettbewerbsposition deutscher Unternehmen im Ausland nicht zu gefährden, ist auch im Zusammenhang mit der 4. Kartellgesetznovelle erneut geprüft worden. Dabei hat der Gesetzgeber die dem geltenden Kartellrecht zugrundeliegende fundamentale Wertent-

scheidung erneut bestätigt, die der Sicherung eines funktionsfähigen Wettbewerbs im Inland auch gegenüber den Expansionsinteressen von Unternehmen im Ausland Vorrang einräumt. Tatsächlich sind nach Überzeugung der Bundesregierung solche Konfliktlagen in der Praxis die Ausnahme, weil die Fusionskontrolle die adäquate Berücksichtigung von Auslandswettbewerb nicht nur zuläßt, sondern sogar erfordert. Wettbewerbseinflüsse aus dem Ausland sind stets, auch wenn sie sich nur als potentieller Wettbewerb greifbar manifestieren, in die kartellrechtliche Betrachtung einzubeziehen, soweit sie geeignet sind, etwaige wettbewerbsschädliche Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf dem Inlandswettbewerb zu relativieren. Dies gilt für Inlandszusammenschlüsse ebenso wie für Fusionen, die im Ausland stattfinden.

Der Kommission ist darin zuzustimmen, daß insbesondere die Im- und Exporte, Transportkosten, Verbraucherpräferenzen oder Handelshemmnisse brauchbare Hinweise auf die Intensität des Auslandswettbewerbs geben (Tz. 622 ff.). Auch die Vernachlässigung der potentiellen Auslandskonkurrenz hieße die tatsächliche Marktbedeutung der jeweiligen Zusammenschlußpartner zu verkennen.

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht kann jedoch nicht jeder nur theoretisch vorstellbare Auslandseinfluß entscheidungserheblich sein. Vielmehr müssen für den Marktzutritt von Außenseitern reale Chancen bestehen. Davon wird namentlich dann auszugehen sein, wenn keine wesentlichen Handelshemmnisse vorliegen, genügend finanz- und ressourcenstarke Wettbewerber in der Lage sind, in den Inlandsmarkt einzutreten und dort den Wettbewerb wesentlich zu beleben oder wenn — etwa auf Grund der Marktattraktivität, der Marktnähe oder des Expansionsinteresses — für ausländische Wettbewerber ein Anreiz gegeben ist, im Inland präsent zu sein. Aus diesen Gründen ist beispielsweise der Zusammenschluß THOMSON-BRAND/SABA nicht untersagt worden.

Wie die Erfahrungen mit der Praxis der Fusionskontrolle zeigen, sind die Zusammenschlußaktivitäten deutscher Firmen im Ausland durch das Kartellgesetz nicht beeinträchtigt worden. Bislang ist noch keine einzige derartige Unternehmensbeteiligung im Ausland an der deutschen Fusionskontrolle gescheitert. Die von der Monopolkommission festgestellte Entwicklung der Größenverhältnisse in- und ausländischer Unternehmen belegt, daß die deutschen Großunternehmen in den letzten Jahren im Verhältnis zu ausländischen Konkurrenten deutlich gewachsen sind. Insgesamt gesehen hat sich die Fusionskontrolle — auch bei Zusammenschlüssen mit Auslandsbezug — nicht als Hemmnis für unternehmerische Expansionsbestrebungen erwiesen.

18. Die Bundesregierung verkennt nicht, daß bei Auslandszusammenschlüssen die Durchsetzung von Fusionskontrollentscheidungen insofern problematisch werden kann, als nach den völkerrechtlichen Grundsätzen die Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt auf das jeweilige Staatsgebiet begrenzt ist. Sie hält daher ebenso wie die Monopolkommission im Zuge der weiteren Integration des Gemeinsamen

Marktes die Schaffung einer europäischen Fusionskontrolle für wünschenswert, um wettbewerbsbeschränkenden, den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigenden Konzentrationsvorgängen besser als bisher begegnen zu können (Tz. 632 ff.).

Die Bundesregierung hat — in grundsätzlicher Übereinstimmung mit dem Europäischen Parlament — die Zielsetzung eines entsprechenden Verordnungsvorschlags der Kommission der Europäischen Gemeinschaft^{*)}, mit dem das fusionsbedingte, durch den EWG-Vertrag bisher nicht faßbare Entstehen marktbeherrschender Stellungen verhindert werden soll, von Anfang an unterstützt. Dabei hat sie allerdings stets nachdrücklich die Auffassung vertreten, daß eine europäische Fusionskontrolle nur dann sinnvoll erscheint, wenn sie durch ihre Ausgestaltung und Anwendung die effiziente Durchsetzung der primär wettbewerbspolitischen Zielsetzung auch tatsächlich sicherstellt. Administrative „Scheinlösungen“ oder der Einsatz der Kontrolle zu anderen politischen Zwecken wären aus wettbewerblicher Sicht ein deutlicher Rückschritt, zumal damit erhebliche negative Rückwirkungen auch auf die Effizienz der nationalen Fusionskontrolle verbunden wären. Ein Vorrang nationaler Industriepolitiken oder eine industriepolitische Prärogative der Gemeinschaft, wie sie von verschiedenen Mitgliedsländern gefordert werden, kommt daher für die Bundesregierung nicht in Betracht. Sie wird vielmehr bei der Diskussion um die europäische Fusionskontrolle auch künftig darauf hinwirken, daß das Konzept der EG-Kommission nicht in seiner wettbewerblichen Substanz geschwächt wird.

Die Bundesregierung wird darüber hinaus bemüht bleiben, die internationale Zusammenarbeit in wettbewerbsrechtlichen Fragen — über die bereits bestehende vertragliche Regelung mit den USA hinaus — durch Abkommen mit weiteren Staaten auszuweiten und zu intensivieren; gegenüber der japanischen Regierung hat sie diese Bereitschaft bereits seit längerem bekundet.

IV. Entflechtung

(Zu Kapitel VI. des Gutachtens)

19. Angesichts unvermeidlicher Lücken bei der Fusionskontrolle und der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen sieht die Monopolkommission in der Unternehmensentflechtung ein mögliches Instrument, die Wirksamkeit des Kartellgesetzes gegenüber extrem wettbewerbswidrigen Marktstrukturen zu verbessern (Tz. 678). Hierzu hat sie eine generelle Entflechtungsregelung im GWB vorgeschlagen, nach der das Bundeskartellamt im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft die Entflechtung anordnen kann, wenn ein — mit der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht nicht zu beseitigender — strukturbedingter Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt und die Entflechtung selbst keine überwiegenden Nachteile für das Gemeinwohl zur Folge hat

(Tz. 764). Das Entflechtungsverfahren soll mit einem Feststellungsbescheid des Bundeskartellamts über das Vorliegen eines Strukturmißbrauchs eröffnet werden. Sodann hätte das Amt einen Entflechtungsplan — unter Mitwirkung der beteiligten Unternehmen und mit Zustimmung des Bundeswirtschaftsministeriums — aufzustellen. Den Abschluß bildet eine Entflechtungsanordnung, die gerichtlich überprüfbar wäre.

20. Mit ihren Überlegungen zur Unternehmensentflechtung hat die Monopolkommission die Diskussion über ein wettbewerbspolitisches Instrument intensiviert, das in ganz besonders hohem Maße in die Dispositionsfreiheit der Wirtschaft und die bestehenden Marktstrukturen eingreift. Die Bundesregierung ist der Auffassung, daß eine generelle Entflechtungsregelung im Rahmen des Kartellgesetzes schon wegen ihrer extremen Eingriffsintensität nur als wettbewerbsrechtliche „ultima ratio“ in Betracht gezogen werden kann. Sie hält daher — wie die Monopolkommission selbst — eine umfassende Abwägung aller Vor- und Nachteile für unerlässlich, ehe sich die Frage einer etwaigen Gesetzesinitiative stellen kann. Wegen der Fülle der noch offenen wettbewerbspolitischen, aber auch gesellschafts-, steuer- und verfassungsrechtlichen Fragen geht die Bundesregierung davon aus, daß die Probleme allenfalls längerfristig einer Klärung nähergebracht werden können. Vor diesem Hintergrund mißt sie dem konsequenten Einsatz der Fusionskontrolle zur Vermeidung wettbewerbschädlicher Konzentrationsvorgänge vorrangige Bedeutung zu.

21. Nach Auffassung der Bundesregierung sind im Zusammenhang mit dem Entflechtungskonzept der Monopolkommission vor allem die Fragen der Notwendigkeit einer Entflechtungsregelung, der Zweckmäßigkeit des gewählten Eingriffstatbestandes sowie der sich in der Praxis stellenden Durchführungsprobleme einer vertieften Prüfung und Erörterung im wissenschaftlichen und politischen Raum zu unterziehen.

22. Zur Frage, ob das Instrument der Entflechtung zur Verbesserung der Effizienz des geltenden Wettbewerbsrechts erforderlich ist, verweist die Kommission insbesondere darauf, daß marktbeherrschende Stellungen, die durch internes Unternehmenswachstum entstehen oder bereits vor Einführung der Fusionskontrolle durch Unternehmenszusammenschlüsse entstanden sind, der Fusionskontrolle entzogen und lediglich im Rahmen der der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen faßbar seien (Tz. 678). Zwar teilt die Bundesregierung die Auffassung der Monopolkommission, daß es die vordringliche Aufgabe der Wettbewerbspolitik ist, die Herausbildung marktbeherrschender Stellungen möglichst von vornherein zu verhindern und die staatliche Mißbrauchsaufsicht folglich nur als Hilfsmittel dort eine Rolle spielen kann, wo der Wettbewerb auf Grund übermäßiger Marktmacht nicht ausreichend wirksam werden kann. Diese Zielsetzung rechtfertigt für sich allein jedoch noch nicht die Einführung einer Entflechtungsregelung. Angesichts

^{*)} Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 1973 Nr. C 92/1

der einschneidenden Vorfeldwirkungen, die bereits von der bloßen Existenz eines solchen Instruments zur nachträglichen Korrektur von Unternehmensinvestitionen ausgehen, sind Entflechtungsmaßnahmen allein mit der bloßen Chance für mehr Wettbewerb nicht hinreichend zu begründen. Die Bundesregierung hält es vielmehr für notwendig, auch anhand zumindest exemplarischer Analysen bestehender Wettbewerbsstrukturen zu belegen, daß die wettbewerblichen Risiken wirtschaftlicher Machtballungen mit dem geltenden Instrumentarium nicht ausreichend begrenzt werden können.

23. Was die möglichen Eingriffskriterien und das Verfahren der Entflechtung anlangt, hat die Monopolkommission nicht nur die maßgeblichen Grundprinzipien diskutiert, sondern auch einen konkreten Gesetzesvorschlag zur Ergänzung des GWB vorgelegt. Die vorgeschlagene Formulierung ist insofern besonders nützlich, als sie die sich bei der Rechtsanwendung stellenden Probleme deutlich hervortreten läßt und hierdurch eine fundiertere Würdigung des Entflechtungsinstruments überhaupt erst ermöglicht.

Die Monopolkommission hält eine an reinen Größenkriterien anknüpfende, gesellschaftspolitisch orientierte Entflechtung, wie sie die kartellrechtliche Diskussion in den USA bestimmt hat, nicht für richtungsweisend. Als alleinige Eingriffsvoraussetzungen kämen auch Marktergebniskriterien wie etwa Gewinnspannen wegen der damit verbundenen Schwierigkeiten der Ermittlung und wettbewerblichen Bewertung nicht in Betracht. Mangels ausreichender Einzelfallanalysen hat die Monopolkommission auch davon abgesehen, bestimmte Sachverhaltsgruppen als strukturbedingte Mißbrauchsfälle zu qualifizieren. Sie deutet allerdings an, daß der sog. Ausbeutungsmißbrauch auf Grund hoher Marktanteilskonzentration eher für einen Strukturmißbrauch spreche als andere Mißbrauchsformen (Tz. 717 ff.).

Die Bundesregierung hält es für sachgerecht, daß die Kommission ihre Konzeption streng wettbewerblich ausgerichtet hat und eine gesellschaftspolitisch orientierte Entflechtung ablehnt, die die bloße Unternehmensgröße zum entscheidenden Eingriffsmaßstab erheben würde. Des weiteren geht die Bundesregierung mit der Monopolkommission davon aus, daß die Entflechtung nur einen Anfangtatbestand für extrem wettbewerbsschädliche Fallgestaltungen darstellt und daher an eine sehr hohe Eingriffsschwelle gebunden sein muß. Gleichwohl erscheint der von der Kommission gewählte Ansatz, der die Entflechtung an einen strukturbedingten — d. h. maßgeblich von strukturellen Ursachen bestimmten — Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung anknüpfen läßt, aus einer Reihe von Gründen problematisch.

Die vorgenommene Verknüpfung struktureller und verhaltensorientierter Kriterien hat zwar konzeptionell den Vorzug, daß die Kartellbehörde eine Art Gesamtschau der strukturellen Gegebenheiten und des tatsächlichen Wettbewerbsverhaltens vorzunehmen hat und so das Risiko unausgewogener Entscheidungen im Prinzip gemindert wird. Zudem las-

sen sich auch schwerwiegende staatliche Eingriffe wie Entflechtungen am ehesten dann legitimieren, wenn sie durch ein zumindest objektives Fehlverhalten der Betroffenen veranlaßt sind. Andererseits ist fraglich, ob sich die wettbewerbspolitische Zielsetzung der Kommission, durch einen einmaligen strukturgestaltenden Eingriff neue Wettbewerbspielräume zu schaffen, statt das Verhalten der Unternehmen einer nur begrenzt wirksamen Mißbrauchskontrolle zu unterstellen, in der Praxis auch erreichen läßt.

Die Kommission überträgt durch das Mißbrauchselement des Eingriffstatbestandes de facto alle Probleme der geltenden Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen auf die Entflechtung und potenziert die Schwierigkeiten noch deutlich, indem sie den kaum zu führenden Nachweis eines maßgeblichen Ursachenzusammenhangs zwischen Mißbrauch und der jeweils bestehenden Wettbewerbsstruktur verlangt.

Abgesehen von den Schwierigkeiten der praktischen Ermittlung und dem damit verbundenen Zeit- und Kostenaufwand der Kartellbehörde wäre wohl auch die Feststellung der Strukturbedingtheit des Mißbrauchs kaum noch justiziabel, so daß der Einsatz des Instruments für die Wirtschaft weitgehend unvorhersehbar bliebe. Angesichts der Unbestimmtheit des Tatbestandes müssen auch die wettbewerblichen Risiken einer administrativen Struktursteuerung gesehen werden.

In der Praxis kann davon ausgegangen werden, daß einerseits jeder mißbräuchlichen Verhaltensweise wie allen anderen Unternehmensstrategien auch strukturelle Ursachen zugrunde liegen und daß es andererseits kaum je strukturelle Bedingungen geben wird, die gleichsam einen Zwang zum Mißbrauch entfalten.

Es fragt sich daher, nach welchem Kriterium innerhalb des weiten Spektrums zwischen einfacher Bedingtheit und unausweichlichem Druck die Maßgeblichkeit des Ursachenzusammenhangs bestimmt werden soll. Die Kommission leitet diesen für die Eingriffsvoraussetzungen entscheidenden Maßstab letztlich aus den Rechtsfolgen ab, indem sie die Entflechtung zum Zuge kommen läßt, wenn die verhaltensbezogenen Sanktionen der geltenden Mißbrauchsaufsicht versagen. Damit wird im Endeffekt die Entflechtung voll auf das Gleis der Mißbrauchsaufsicht geschoben, die insoweit erweiterte Sanktionsmöglichkeiten erhält, als dies zur Sicherung wettbewerblicher Bedingungen erforderlich erscheint. Zugleich gerät die Entflechtung in die Nähe einer vergangenheitsorientierten Sanktion; ihre eigentlich zukunftsorientierte wettbewerbspolitische Zielsetzung verliert damit an Gewicht.

Bereits die vorsichtigen Hinweise der Monopolkommission auf mögliche Anwendungsfälle machen deutlich, welche Komplikationen sich in der Rechts- und Verwaltungspraxis ergeben werden. So führt die Kommission einerseits zur Preismißbrauchsaufsicht zu Recht aus, daß wegen der konzeptionellen Schwierigkeiten der Bestimmung des wettbewerbsanalogen Preises auf vermachteten Märkten eine

sehr zurückhaltende Handhabung der Mißbrauchskontrolle von Ausbeutungspraktiken angezeigt sei. Andererseits spricht nach ihrer Auffassung vieles dafür, daß ein strukturbedingter Mißbrauch gerade im Bereich des Ausbeutungsmißbrauchs bei besonders hoher Marktanteilskonzentration zu finden sei.

24. Mit ihren Überlegungen zur Durchführung von Entflechtungsmaßnahmen hat die Monopolkommission einen weiteren kritischen Bereich angesprochen, der die Effizienz einer etwaigen Entflechtungsregelung entscheidend mitbestimmt (Tz. 745 ff.). Die Kommission hält die Durchführungsprobleme der vorgeschlagenen Regelung im Prinzip für lösbar. Verhältnismäßig leicht erreichbar sei insbesondere die Auflösung personeller und finanzieller Kontrollbeteiligungen sowie — als eigenständige Maßnahme — die Beschränkung gewerblicher Schutzrechte durch Zwangslizensierung. Auch die Entflechtung verbundener Unternehmen — insbesondere durch Verkauf oder Ausgründung von Tochterunternehmen, deren Geschäftsanteile anschließend an die Anteilseigner der Muttergesellschaft verteilt werden — sei zumindest mit flankierenden, die Wirtschaftlichkeit der Unternehmen sichernden Auflagen möglich; die Aufspaltung von Einzelunternehmen käme dagegen kaum in Frage. Was die verfassungsrechtliche Lage anbelangt, betont die Kommission, daß Entflechtungsmaßnahmen, auch im Wege des Verkaufs durch die Anteilseigner verfassungskonform seien und insbesondere auch nicht mit der Eigentumsgarantie nach Artikel 14 Grundgesetz kollidieren.

Die sich in diesem Zusammenhang stellenden Probleme, vor allem die Frage flankierender gesellschaftsrechtlicher und steuerpolitischer Maßnahmen, bedürfen nach Auffassung der Bundesregierung im einzelnen noch einer eingehenden Prüfung.

Wie die Praxis der Fusionskontrolle bei der Auflösung von Unternehmenszusammenschlüssen zeigt, kann der an sich rasch und in einem Vorgang durchführbare Verkauf eines Unternehmens an der mangelnden Kooperationswilligkeit der betroffenen Unternehmen sowie mangels geeigneter Käufer leicht scheitern. Gerade bei größeren Objekten wird schon aus Finanzierungsgründen, vor allem aber auch aus wettbewerblichen Aspekten der Kreis möglicher Erwerber zumeist sehr klein. Denn die Erwerbsinteressenten sind gewöhnlich auf denselben oder benachbarten Tätigkeitsfeldern des zu entflechtenden Unternehmens als aktuelle oder potentielle Konkurrenten tätig, so daß die Entflechtung neue Konzentrationsprobleme schaffen kann. Für eine effiziente Handhabung des Instruments sind daher die von der Monopolkommission erwähnten sog. Pro-rata-Lösungen, die eine wettbewerbspolitisch erwünschte Streuung der Kapitalanteile an den entflochtenen Unternehmensteilen herbeiführen können, von ganz wesentlicher Bedeutung. Das hierzu erforderliche Verteilungsverfahren, das im Prinzip eine Spaltung des Entflechtungsobjekts durch Ausgründung von rechtlich selbständigen Tochterunternehmen vorsieht, an denen wiederum die Anteilseigner der Muttergesellschaft unmittelbar beteiligt

werden, kollidiert jedoch weitgehend mit dem geltenden Gesellschaftsrecht. So läßt das deutsche Aktienrecht nach dem Prinzip der Kapitalerhaltung den Erwerb eigener Aktien durch eine AG nur sehr begrenzt zu. Dasselbe gilt für die — im Rahmen der Verteilung eines Bilanzgewinnes oder im Zuge einer Kapitalherabsetzung grundsätzlich mögliche — Zuwendung von Aktien einer Tochtergesellschaft an die Anteilseigner der Muttergesellschaft.

Eine effiziente Verwirklichung des Pro-rata-Konzepts setzt daher eine gesellschaftsrechtliche Regelung der Unternehmensspaltung voraus, die vor allem die Probleme der Rechtsnachfolge sowie des Gesellschafter- und Gläubigerschutzes zu lösen hätte. Erste Lösungsansätze hierzu sind in dem Entwurf einer „EG-Richtlinie betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften“ vorgesehen. Der Ausgang der Beratungen in den zuständigen Gremien der Europäischen Gemeinschaften ist jedoch noch weitgehend offen. Die Frage einer Gesetzgebungsinitiative zur Regelung der Unternehmensspaltung im deutschen Gesellschaftsrecht stellt sich daher in absehbarer Zeit nicht.

Auch die steuerlichen Konsequenzen sind für Entflechtungsvorgänge von wesentlicher Bedeutung. Über die verkehrssteuerlichen Abgaben, insbesondere die Grunderwerbsteuer, hinaus ist vor allem die ertragsteuerliche Seite zu berücksichtigen. Die Ausgliederung wie die Veräußerung von Unternehmensteilen führt gewöhnlich zur Aufdeckung stiller Reserven, die der Einkommen- und Körperschaftsteuer unterworfen sind. Zwar gestattet das geltende Recht zum Teil, eine sofortige Gewinnrealisierung zu vermeiden, jedoch nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen. So können nach Abschnitt 35 der Einkommensteuerrichtlinien bei der Ersatzbeschaffung von Wirtschaftsgütern, die infolge eines hoheitlichen Eingriffs aus dem Betriebsvermögen ausgeschieden sind, die stillen Reserven auf Ersatzwirtschaftsgüter übertragen werden. Eine steuerneutrale Übertragung von Gewinnen aus der Veräußerung von Beteiligungen auf abnutzbare bewegliche Wirtschaftsgüter, Gebäude oder auf Anteile an Kapitalgesellschaften ist auch nach § 6 b Einkommensteuergesetz und § 4 Auslandsinvestitionsgesetz möglich; für die Übertragung auf Anteile an Kapitalgesellschaften ist Voraussetzung, daß die Investitionen bestimmten volkswirtschaftlich erwünschten Zwecken dienen. Angesichts des begrenzten Anwendungsbereichs dieser Sonderregelungen stellt sich jedoch die Frage, ob etwaige kartellbehördlich angeordnete Entflechtungsmaßnahmen einer steuerlich-rechtlichen Flankierung bedürfen, um die Steuerneutralität — etwa durch Begünstigungen bei der Rücklagenbildung, Eigenkapitalerhöhung oder durch Tarifkorrektur — möglichst sicherzustellen.

25. Zur Entflechtung des bankfremden Beteiligungsbesitzes von Kreditinstituten sowie von Verbindungen zwischen verschiedenen Energieträgern hat die Monopolkommission empfohlen, spezialgesetzliche Regelungen vorzusehen, denen Sektorenuntersuchungen über Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit durch das Bundeskartellamt vorausgehen sollten.

Angesichts der wettbewerblichen Probleme, die sich aus den gebündelten Einwirkungsmöglichkeiten der Banken auf Grund von Anteilsbesitz, Vollmachtstimmrecht und Aufsichtsratsmandaten ergeben, prüft die Bundesregierung derzeit, ob im Rahmen der geplanten Novellierung des Kreditwesengesetzes eine Begrenzung des bankfremden Anteilsbesitzes vorgesehen werden soll. Die Bundesregierung ist mit der Monopolkommission der Ansicht, daß eine solche Regelung wegen ihrer bankenspezifischen Ausrichtung sachgerecht nur im Zusammenhang mit dem Bankrecht erfolgen kann. Allerdings wird bei der konkreten Ausgestaltung auf eine genaue Abstimmung mit den kartellrechtlichen Vorschriften zu achten sein, um auch weiterhin die Fusionskontrolle im Bankenbereich voll zur Geltung bringen zu können.

Die von der Monopolkommission angeregte Ermächtigung des Bundeskartellamtes, zur Vorbereitung von einzelnen branchenspezifischen Entflechtungsregelungen außerhalb des GWB Sektorenuntersu-

chungen vorzunehmen, erscheint der Bundesregierung nicht zweckmäßig. Der Gesetzgeber hat die Frage des Regelungsbedarfs sowie der Angemessenheit und Geeignetheit der Entflechtung autonom zu prüfen. Er wird die hierzu etwa erforderlichen Untersuchungen ohnehin im Rahmen seines Ermessens veranlassen und diese Aufgabe einer je nach Lage des Falles ihm besonders geeignet erscheinenden Institution übertragen.

Was den Energiesektor angeht, so sind mit der von der Bundesregierung initiierten 4. Kartellgesetznovelle auch im Bereich der Versorgungswirtschaft die wettbewerblichen Instrumente verbessert worden. Die Notwendigkeit einer besonderen Entflechtungsregelung für diesen Sektor sieht die Bundesregierung derzeit nicht. Die Bundesregierung wird darüber hinaus — dem Auftrag des Deutschen Bundestages entsprechend (siehe Entschließungsantrag Nr. 2 in Drucksache 8/3690, S. 3) — über die Erfahrungen mit den neuen Vorschriften der GWB-Novelle in diesem Bereich gesondert berichten.

