

Der Open-Access-Publikationsserver der ZBW – Leibniz-Informationzentrum Wirtschaft  
*The Open Access Publication Server of the ZBW – Leibniz Information Centre for Economics*

Böge, Ulf

Article

## Das Wettbewerbsprinzip: Der Feind wirtschaftlicher Macht

Wirtschaftsdienst

Suggested citation: Böge, Ulf (2007) : Das Wettbewerbsprinzip: Der Feind wirtschaftlicher Macht, Wirtschaftsdienst, ISSN 0043-6275, Vol. 87, Iss. 7, pp. 428-432, doi:10.1007/s10273-007-0671-8 , <http://hdl.handle.net/10419/42816>

**Nutzungsbedingungen:**

Die ZBW räumt Ihnen als Nutzerin/Nutzer das unentgeltliche, räumlich unbeschränkte und zeitlich auf die Dauer des Schutzrechts beschränkte einfache Recht ein, das ausgewählte Werk im Rahmen der unter

→ <http://www.econstor.eu/dspace/Nutzungsbedingungen> nachzulesenden vollständigen Nutzungsbedingungen zu vervielfältigen, mit denen die Nutzerin/der Nutzer sich durch die erste Nutzung einverstanden erklärt.

**Terms of use:**

*The ZBW grants you, the user, the non-exclusive right to use the selected work free of charge, territorially unrestricted and within the time limit of the term of the property rights according to the terms specified at*

→ <http://www.econstor.eu/dspace/Nutzungsbedingungen>  
*By the first use of the selected work the user agrees and declares to comply with these terms of use.*

# 50 Jahre Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

*Vor 50 Jahren, am 3. Juli 1957, wurde das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom Bundestag verabschiedet. Wie wurde das Gesetz zu Beginn beurteilt und welche Wandlungen hat es bis heute erfahren? Wie sehen die Beziehungen zur europäischen Wettbewerbspolitik aus? Welche Aufgaben müssen noch bewältigt werden?*

Daniel Zimmer

## 50 Jahre GWB – ein Grund zum Feiern?

Vor hundert Jahren war Deutschland ein Land der Kartelle. 1907 betrug die Kartellierungsquote im Bereich der Zementindustrie 48%, bei Rohstahl 50% und bei Papier gar 90%.<sup>1</sup> Der hohe Kartellierungsgrad der deutschen Wirtschaft hielt noch für Jahrzehnte an. Auch die so genannte Kartellverordnung von 1923 brachte kein Verbot mit sich, sondern gewisse Formanforderungen für Gründer und ein an das Vorliegen eines „wichtigen Grundes“ gebundenes Kündigungsrecht für Kartellmitglieder.<sup>2</sup> Kartellrecht war in jenen Jahren Organisationsrecht. Es regelte im Wesentlichen die innere Organisation von Kartellvereinigungen. Über verbandsinterne Streitigkeiten entschied oft zu diesem Zweck geschaffene interne Kartellschiedsgerichte.

In der Zeit des Nationalsozialismus stieg der Organisationsgrad der deutschen Wirtschaft noch an. Das Zwangskartellgesetz von 1933 ermöglichte eine Überführung auch zuvor kartellfreier Unternehmen in ein zentralistisch gesteuertes

System.<sup>3</sup> Die Ausrichtung der Wirtschaftstätigkeit an staatlich vorgegebenen Zielen erreichte während des Zweiten Weltkrieges ihren Höhepunkt.

Eine grundlegende Neuorientierung erfolgte erst nach dem Kriegsende. Die Siegermächte einigten sich auf eine Dezentralisierung des deutschen Wirtschaftslebens und insbesondere auf die Auflösung der bestehenden „Kartelle, Trusts, Syndikate und Monopolvereinigungen“<sup>4</sup>. Im Jahr 1947 wurden in den westlichen Besatzungszonen nahezu gleichlautende Dekartellierungsverordnungen erlassen. Parallel hierzu setzten erste Vorbereitungsaktivitäten für eine eigenständige deutsche Gesetzgebung ein.<sup>5</sup> Schon 1949 legte auf Betreiben des Länderrates ein Gremium von Sachverständigen einen Gesetzentwurf vor, der ein striktes Kartellverbot, eine Aufsicht über Monopole und eine Zusammenschlusskontrolle vorsah (so genannter Josten-Entwurf). Einfluss auf die fortan intensiv geführte Dis-

kussion hatten auch weitere, zum Teil auf Betreiben der britischen und amerikanischen Besatzungsmächte entwickelte Vorschläge.

### **GWB von 1957: ein Kompromiss**

Das GWB war keineswegs unumstritten. Insbesondere von Seiten der Industrieverbände gab es bei den in den 50er Jahren geführten Auseinandersetzungen erbitterten Widerstand gegen die geplante Gesetzgebung. Ein erster Regierungsentwurf von 1952, der ein konsequentes Kartellverbot und eine Zusammenschlusskontrolle vorsah, scheiterte. Unterstützung erfuhr das Projekt einer Wettbewerbsordnung namentlich von Wirtschaftsminister Ludwig Erhard und dem Bundestagsabgeordneten Franz Böhm. Die Opponenten setzten sich demgegenüber für die Ersetzung des Kartellverbotes durch eine Missbrauchsaufsicht und für die Streichung der Fusionskontrolle ein. Das am 3. Juli 1957 beschlossene Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen<sup>6</sup> wies dementsprechend alle Züge eines politischen Kompromisswerkes auf: Es enthielt in den §§ 2 ff. vielfältige Durchbrechungen des Kartellverbotes und eine aus-

<sup>1</sup> Schätzungen bei Wernhard Möschel: *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln, Berlin, Bonn, München 1983, S. 18.

<sup>2</sup> Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923, Reichsgesetzblatt 1923 I, S. 1067.

<sup>3</sup> Gesetz vom 15.7.1933, Reichsgesetzblatt 1933 I, S. 488.

<sup>4</sup> So das Potsdamer Abkommen vom 2.8.1945, Ziffer 12.

<sup>5</sup> Eingehende Darstellung bei Wernhard Möschel, a.a.O., S. 22 ff.

<sup>6</sup> Bundesgesetzblatt 1957 I, S. 1081.

drückliche Zulassung der vertikalen Preisbindung für Markenwaren. Auch die im ersten Entwurf vorgesehene Zusammenschlusskontrolle wurde zunächst nicht Gesetz.

### Sieben Novellen

Von den bis heute sieben Gesetzesnovellen verdient zunächst die zweite GWB-Novelle von 1973 besondere Erwähnung: Sie ergänzt die bis dato bruchstückhafte Wettbewerbsordnung um ein Verbot aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen, ein grundsätzliches Verbot der Preisbindung der zweiten Hand und um eine Zusammenschlusskontrolle.

Mit der vierten GWB-Novelle kam 1980 ein Element in das Gesetz, das vielen Kritikern system- und zweckwidrig – da seinerseits in der Tendenz wettbewerbsbeschränkend – erschien: Ein neu geschaffener Paragraph 37a Abs. 2 eröffnete für die Kartellbehörde die Möglichkeit, einem Unternehmen mit „gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegene(r) Marktmacht“ ein Verhalten zu untersagen, das diese Wettbewerber „unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert und geeignet ist, den Wettbewerb nachhaltig zu beeinträchtigen“. Die Novelle zielte, wie dem Bericht des Wirtschaftsausschusses zu entnehmen ist, namentlich auf eine „Bekämpfung des „systematische(n) und gezielte(n) Einsatz(es) aggressiver Preis- und Rabattpraktiken gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern“<sup>7</sup>. Diese Regelung wurde in den beiden folgenden Novellen noch ausgeweitet: zunächst durch Ausgestaltung als ohne vorangehende behördliche Anordnung unmittelbar wirkendes Verbot (§ 26 Abs. 4 in der Fassung der fünften

GWB-Novelle von 1989), sodann durch zusätzliche Aufnahme eines Regelbeispiels für das „nicht nur gelegentlich(e)“ Angebot unter Einstandspreis durch einen mit überlegener Marktmacht ausgestatteten Wettbewerber (§ 20 Abs. 4 Satz 3 in der Fassung der sechsten GWB-Novelle von 1998). Diese Entwicklungslinie soll nach den Plänen der Bundesregierung im Jahr 2007 eine weitere Vertiefung erfahren, indem für Untereinstandspreisverkäufe im Lebensmittelhandel die Begrenzung des Verbotes auf „nicht nur gelegentliche“ Untereinstandspreisverkäufe entfällt.

In anderer Hinsicht ist im vergangenen Jahrzehnt eine Ausweitung des Wettbewerbsprinzips erfolgt: Mit dem Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts sind 1998 umfangreiche Freistellungstatbestände der zuvor geltenden §§ 103 f. gestrichen worden. Auch andere Bereiche, namentlich in der

Kredit-, der Versicherungs- und der Verkehrswirtschaft, sind durch Streichung von Bereichsausnahmen verstärkt für den Wettbewerb geöffnet worden.

Die sechste GWB-Novelle von 1998 hat zudem eine teilweise Annäherung an das europäische Kartellverbot mit sich gebracht. Das Verbot des § 1 wurde demjenigen des Art. 81 Abs. 1 EG zu einem Teil angeglichen. Insbesondere wurde die gesetzliche Formulierung vom Kartellvertrag als einem Vertrag „zu einem gemeinsamen Zweck“ gestrichen. Damit dokumentierte die Novelle von 1998, was die Praxis schon Jahrzehnte zuvor vollzogen hatte: die Lösung vom ursprünglichen „organisationsrechtlichen“ Denken, das Kartelle als – regelungsbedürftige – Gesellschaften bürgerlichen Rechts (eben als Vereinigungen „zu einem gemeinsamen Zweck“) begriffen hatte. Die siebte GWB-Novelle brachte schließlich im Jahr 2005 eine noch weitergehende Angleichung an das europäische Recht. Die grundlegende Differenzierung zwischen verbotenen Kartellvereinbarungen unter Wettbewerbern und – weitgehend zulässigen, freilich einer Missbrauchsaufsicht unterliegenden – Vereinbarungen zwischen Angehörigen unterschiedlicher Wirtschaftsstufen (etwa Ausschließlichkeitsbindungen) findet sich seit 2005 nicht mehr im Wortlaut des GWB. Vielmehr werden – in inhaltlicher Übereinstimmung mit Art. 81 Abs. 1 des EG-Vertrages – vom Kartellverbot in einem ersten Zugriff sämtliche Vereinbarungen gleichermaßen erfasst, die eine „Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken“. Die erwähnte Differenzierung zwischen Horizontal- und Vertikalvereinbarungen ergibt sich nun zum einen aus der Maßgeblichkeit der differenzierenden Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte

Die Autoren  
unseres Zeitgesprächs:

*Prof. Dr. Daniel Zimmer, 47, ist Inhaber des Lehrstuhls für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Bonn.*

*Dr. Ulf Böge, 65, war von 2000 bis 2007 Präsident des Bundeskartellamtes in Bonn.*

*Prof. Dr. Wernhard Möschel, 66, lehrt Wirtschaftsrecht an der Universität Tübingen und ist seit 1987 Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, dessen Vorsitzender er von 2000 bis 2004 war. Von 1989 bis 2000 war er Mitglied der Monopolkommission, zuletzt als Vorsitzender.*

<sup>7</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft zu dem Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des GWB, Bundestagsdrucksache 8/3690, zu § 26 Abs. 2 und 3, § 37a Abs. 3.

zu Art. 81 Abs. 1 EGV, zum anderen aus einer in § 2 enthaltenen pauschalen Verweisung auf die von der EU-Kommission erlassenen Gruppenfreistellungsverordnungen.

Über kurz oder lang ist auch für die zweite und dritte Säule des deutschen Kartellrechts – die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und die Zusammenschlusskontrolle – mit einer Angleichung an das EU-Recht zu rechnen. In beiden Bereichen erscheint die Praxis in Deutschland bis heute in einzelnen Hinsichten restriktiver als die der Gemeinschaftsorgane.<sup>8</sup> Namentlich im Hinblick auf die Untersagungskriterien bei der Fusionskontrolle dürfte die Diskussion um eine Angleichung an den mit der Fusionskontrollverordnung von 2004 in das europäische Recht eingeführten so genannten SIEC-Test (für significant impediment to effective competition) bis zu einer Änderung des deutschen Rechts nicht mehr abreißen.

#### **Inhaltliche Ausrichtung der Wettbewerbspolitik**

Die unumgängliche Auseinandersetzung mit der Entwicklung des EG-Kartellrechts lässt eine Frage in den Mittelpunkt des Interesses rücken: Woran ist die Wettbewerbspolitik inhaltlich auszurichten? Können Entscheidungsgrundsätze, die inländische Rechtsanwender aufgrund einer autonomen Auslegung des deutschen Rechts entwickelt haben, fortgeschrieben werden? Oder ist, in Befolgung einer inhaltlichen Neuausrichtung der Wettbewerbspolitik, wie sie sich namentlich die EU-Kommission auf die Fahnen geschrieben

hat, eine Neuorientierung auch im deutschen Wettbewerbsrecht angezeigt?

Oft ist gesagt und geschrieben worden, das deutsche wie auch das europäische Wettbewerbsrecht der 50er Jahre – der EWG-Vertrag ist wie das GWB am 1.1.1958 in Kraft getreten – gingen inhaltlich auf die so genannte Freiburger Schule und hier wieder insbesondere auf die am Schutz individueller Handlungsfreiheit orientierte ordoliberalen Lehre zurück. Daran mag viel Wahres sein – die ganze Wahrheit ist es sicher nicht. Das deutsche Gesetz war – wie oben berichtet – bei seiner Verabschiedung ein nur bruchstückhaftes und zudem durch zahlreiche Ausnahmebestimmungen durchlöcherntes „Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“.

Das Gemeinschaftskartellrecht seinerseits war nicht allein auf den Schutz der Wettbewerbsfreiheit, sondern auch auf einen Abbau von Handelshemmnissen zwischen Mitgliedstaaten und damit auf ein integrationspolitisches Ziel (Schaffung eines Gemeinsamen Marktes) gerichtet. Der materiale Gehalt beider Regelungsmaterien lässt sich nur erfassen, wenn man die Anwendungspraxis der frühen Jahre in die Betrachtung einbezieht. Hier erweist sich, dass das Kartellrecht der Gemeinschaft wie das GWB im Ausgangspunkt nicht auf die Erzielung gewisser Ergebnisse, sondern auf die Ermöglichung des Wettbewerbsprozesses gerichtete Regelwerke sind. Die Kommission formulierte im Jahr 1962: „Wettbewerb bedeutet Wahlmöglichkeit für Produzenten, Hersteller und Verbraucher. Aufgabe der Wettbewerbspolitik ist es, diese Wahlmöglichkeit sicherzustellen und darüber zu wachen, dass die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung nicht dazu missbraucht wird,

das gleiche Freiheitsrecht anderer zu beseitigen.“<sup>9</sup>

Auch der Europäische Gerichtshof – oberste Autorität für die Auslegung der Bestimmungen des EG-Vertrages – ließ schon recht früh erkennen, dass er ein auf die Sicherung der Voraussetzungen des Wettbewerbsprozesses, nicht ein auf die Erzielung bestimmter Ergebnisse gerichtetes Verständnis des kartellrechtlichen Zentralbegriffs „Wettbewerb“ vertritt. Im Jahr 1973 hatte der Gerichtshof im Continental-Can-Verfahren über die Zulässigkeit eines Mehrheitserwerbs an einem Unternehmen durch den konkurrierenden Marktführer zu entscheiden. Der EuGH führte aus, das Kartellverbot und das Verbot des Missbrauchs beherrschender Stellungen verfolgten das gleiche Ziel der Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt. Das Verbot eines Missbrauchs beherrschender Stellungen beziehe sich nicht nur auf Verhaltensweisen, durch die Verbrauchern unmittelbar Schaden entstehe, sondern auch auf solche, die ihnen durch „Eingriff in die Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs“ Schaden zufügen könnten. Eine unzulässige Ausschaltung des Wettbewerbs wäre jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Wettbewerb „so wesentlich beeinträchtigt ist, dass die verbleibenden Wettbewerber kein ausreichendes Gegengewicht mehr bilden könnten“<sup>10</sup>.

Neben den hiermit bezeichneten marktstrukturellen Voraussetzungen schützt der EG-Vertrag nach seiner verbindlichen Auslegung durch den Gerichtshof auch verhaltensbezogene Bedingungen des Wettbewerbsprozesses. Im

<sup>8</sup> Vgl. für einen Vergleich der Fusionskontrollpraxis der Kommission mit der des Bundeskartellamtes unter dem Gesichtspunkt koordinierter Zusammenschlusseffekte Ulrich Schwalbe, Daniel Zimmer: Kartellrecht und Ökonomie – Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, Frankfurt a.M. 2006, S. 331-334.

<sup>9</sup> EU-Kommission: Memorandum über das Aktionsprogramm der Gemeinschaft für die zweite Stufe, 1962, S. 24.

<sup>10</sup> Europäischer Gerichtshof: Amtliche Entscheidungssammlung 1973, 495 ff. (Entscheidungsgründe 25, 26 und 29).

Fall Suiker Unie war ein der Aufteilung des europäischen Zuckermarktes dienendes Kartell zu beurteilen. Der Gerichtshof führte in seinem von 1975 datierenden Urteil aus, unzulässig sei nicht allein der Abschluss expliziter Kartellvereinbarungen. Das Kartellverbot stehe vielmehr bereits jeder „Fühlungsnahme“ zwischen Wettbewerbern entgegen, die bezwecke oder bewirke, das Marktverhalten des jeweils anderen zu beeinflussen oder aber diesen über das künftige eigene Marktverhalten „ins Bild zu setzen“<sup>11</sup>.

### Politikwechsel bei der EU-Kommission

Kommission und EuGH haben somit ein im Ausgangspunkt offenes Verständnis des im Zentrum des Kartellrechts stehenden Rechtsbegriffs „Wettbewerb“ entwickelt. Wettbewerb wird hiernach nicht anhand bestimmter anzustrebender Ergebnisse definiert, sondern als ergebnisoffener Prozess begriffen. Das Recht hat nur gewisse äußere Rahmenbedingungen zu setzen – etwa durch Schutz der Marktstruktur gegen eine Monopolbildung und eine Sicherung der selbständigen Entscheidungsfindung der Wirtschaftssubjekte gegenüber Kartellierungstendenzen.

Die prinzipielle Ergebnisoffenheit dieses Ansatzes bedeutet keineswegs eine Ergebnisblindheit. Im Gegenteil: Die Kommission hat schon in ihrer frühen Praxis deutlich gemacht, dass sie mit dem – als solchem geschützten – Wettbewerbsprozess eine ganze Reihe von günstigen Wirkungen verbindet. So soll Wettbewerb die Nutzung der Produktionsfaktoren optimieren, für eine rasche Anpassung des Angebots an Nachfrageentwicklungen sorgen und die Unternehmen zur Verbesserung

<sup>11</sup> Europäischer Gerichtshof: Amtliche Entscheidungssammlung 1975, S. 1663 ff. (Entscheidungsgründe, S. 173 ff.).

ihrer Leistungsfähigkeit animieren. Die Kommission hat schon frühzeitig die dynamische Dimension des Wettbewerbsprozesses betont, welcher im Wege von vorstoßender Innovation und nachfolgender Imitation die technische Entwicklung stetig vorantreibt.<sup>12</sup>

In neuerer Zeit hat die Kommission aber einen „Politikwechsel“ angekündigt. Mit dem Schlagwort ein „more economic approach“ verknüpft sie nicht nur einen – vom hier eingenommenen Standpunkt aus zu begrüßenden – Einsatz modernster ökonomischer Analysetechniken bei der Beurteilung von Fällen und beim Design rechtlicher Regelungen, sondern eine grundsätzliche Neuausrichtung ihrer Wettbewerbspolitik. Die Wettbewerbspolitik soll sich hiernach unmittelbar an den Zielen der Steigerung wirtschaftlicher Effizienz und der Optimierung der Konsumentenwohlfaht orientieren.<sup>13</sup> Wettbewerbsregeln sollten nach den Worten eines führenden Kommissionsbeamten „nur eingreifen ..., wenn unter Einsatz aller bekannten Erkenntnismittel einschließlich ökonomischer Grundsätze die Konsumentenwohlfaht bedroht ist oder Schaden erlitten hat“<sup>14</sup>.

Die Konsequenz scheint zu sein, dass die Anwendung des Kartellrechts aus Sicht der Kommission

<sup>12</sup> Vgl. zum Vorstehenden EU-Kommission: Memorandum über das Aktionsprogramm a.a.O., S. 23 ff.; EU-Kommission: Erster Wettbewerbsbericht, 1972, S. 11; EU-Kommission: Fünfzehnter Wettbewerbsbericht, 1986, S. 11.

<sup>13</sup> Hierzu beispielhaft Philip Lowe: Consumer Welfare and Efficiency – New Guiding Principles of Competition Policy?, Rede des Generaldirektors der GD Wettbewerb bei der 13. Internationalen Kartellkonferenz und beim 14. Europäischen Wettbewerbstag in München am 27.3.2007, abrufbar auf der Homepage der Generaldirektion Wettbewerb.

<sup>14</sup> Michael Albers: Der „more economic approach“ bei Verdrängungsmisbräuchen: Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission, abrufbar auf der Homepage der Generaldirektion Wettbewerb.

erheblich zurückzuschneiden ist.<sup>15</sup> Nur wo nachzuweisen ist, dass Beeinträchtigungen des Wettbewerbsprozesses zu Nachteilen für Verbraucher führen, scheint die Kommission noch einen Anlass zum Tätigwerden zu sehen.<sup>16</sup> Dass es einen erheblichen Unterschied macht, ob der Wettbewerb als Prozess oder aber unmittelbar die Konsumentenwohlfaht zum Leitstern der Wettbewerbspolitik erkoren wird, lässt sich an dem einfachen Beispiel eines Nachfragekartells zeigen: Steigern beispielsweise Automobilhersteller ihre Nachfragemacht durch ein Nachfragekartell, so verletzt dies bei einem herkömmlich-wettbewerbsorientierten Verständnis das Kartellverbot. Der Wettbewerb wird hiernach in alle Richtungen geschützt mit dem Effekt, dass Anbieter – etwa Hersteller von Zulieferteilen – vor einer Ausübung von Nachfragemacht geschützt werden. Eine einseitig an der Konsumentenwohlfaht orientierte Betrachtung würde demgegenüber danach fragen, ob die Nachfragekartellierung den Verbrauchern – etwa den Käufern von Kraftfahrzeugen – schadet. Solange dies nicht anzunehmen ist, erschiene die Kartellierung unbedenklich; der vom Wettbewerbs-

<sup>15</sup> Vgl. hierzu Michael Albers, a.a.O., S. 3: „Die Kommission will mit dem von ihr verfolgten Ansatz nicht nur moderne ökonomische Methoden zur empirischen Analyse möglicher Wettbewerbsbeschränkungen anwenden. Sie will vielmehr eine Akzentverschiebung in ihrer Wettbewerbspolitik mit Folgen für den Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechts sowie die Anwendung seiner Verbotstatbestände.“

<sup>16</sup> Dezidiert kritisch Ingo Schmidt, der den „more economic approach“ als „Versuch, die Anwendung des europäischen Kartellrechts unmöglich und damit sich selbst überflüssig zu machen, kurz als eine Art Suizidversuch von GD IV“ betrachtet: I. Schmidt: More economic approach: Ein wettbewerbspolitischer Fortschritt?, in: Recht und Wettbewerb, Festschrift für Rainer Bechtold, München 2006, S. 409, 418; zu Zweifeln an der Operabilität des „mehr ökonomischen“ Ansatzes Arndt Christiansen: Die „Ökonomisierung“ der EU-Fusionskontrolle: Mehr Kosten als Nutzen?, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 2005, S. 285, 288 ff.

recht herkömmlich vermittelte Schutz von Lieferanten vor einer Ausübung von Nachfragemacht entfielen.

Es bleibt abzuwarten, ob die von der Kommission propagierte Reduktion des Wettbewerbsrechts auf ein Recht zur Förderung der Konsumentenwohlfaht sich durchsetzt. Der Europäische Gerichtshof, dem die letzte Kompetenz zur verbindlichen Auslegung der Vorschriften des Gemeinschaftsrechts zukommt, ist der Kommission hierin bisher nicht gefolgt. Im Gegenteil: In seinem *British-Airways-Urteil* vom 15. März 2007 wiederholte der Gerichtshof seine schon im *Continental-Can-Urteil* getroffene Aussage, dass das Wettbewerbsrecht nicht nur Verhaltensweisen entgegenstehe, durch die Verbrauchern unmittelbar Schaden erwachsen könne, sondern auch solchen, die ihnen durch Eingriff „in die Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs“ Schaden zufügen könnten.<sup>17</sup> Der Gerichtshof fügte hinzu, dem in gleicher Sache in der Vorinstanz entscheidenden Gericht sei „kein Rechtsfehler unterlaufen“, als es, „anstatt zu prüfen, ob das Verhalten von BA den Verbrauchern einen Schaden im Sinne von Art. 82 Abs. 2 Buchst. b EGV zugefügt hat, untersucht hat, ob die fraglichen Prämienregelungen eine beschränkende Wirkung auf den Wettbewerb gehabt haben ...“<sup>18</sup>.

Eine unmittelbare Inrechnungstellung von Effizienzwirkungen und Verbrauchervorteilen kommt erst auf einer zweiten Stufe – derjenigen der Effizienzrechtfertigung einer Wettbewerbsbeschränkung – in Betracht. Für das Kartellverbot des EG-Rechts war dies von Anfang an anerkannt: Abs. 3 des Kartellverbotstatbestands sah vom

<sup>17</sup> Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 15.3.2007, Rdnr. 106.

<sup>18</sup> Europäischer Gerichtshof, a.a.O., Rdnr. 107 (Hervorhebung hinzugefügt).

Inkrafttreten des EG-Vertrags im Jahr 1958 an die Freistellung von Vereinbarungen vor, die „unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung und -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen“; Voraussetzung ist freilich die Notwendigkeit der wettbewerbsbeschränkenden Abrede zur Erreichung dieses (Effizienz-)Ziels und die Aufrechterhaltung eines wirksamen Restwettbewerbs. In der Fusionskontrollverordnung von 2004 hat der Rat der Europäischen Gemeinschaften klargestellt, dass die Möglichkeit zu einer entsprechenden „efficiency defence“ auch im Recht der Zusammenschlusskontrolle bestehen solle.<sup>19</sup>

Mit seinem *British-Airways-Urteil* vom März 2007 hat der Europäische Gerichtshof nun klargestellt, dass auch bei der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen eine Effizienzverteidigung zuzulassen ist.<sup>20</sup> Das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft weist damit in allen drei Bereichen – Kartellverbot, Zusammenschlusskontrolle und Missbrauchsaufsicht – die gleiche Struktur auf: Auf einer ersten Stufe werden Funktionsvoraussetzungen des Wettbewerbsprozesses ergebnisoffen geschützt. Auf einer zweiten Stufe ist – gleichfalls in allen drei Bereichen – eine als Ausnahme ausgestaltete Effizienzrechtfertigung zugelassen, die im Hinblick auf eine Erforderlichkeitsprüfung und die Notwendigkeit des Fortbestandes eines

<sup>19</sup> Verordnung Nr. 139/2004, Erwägungsgrund 25. Immenga zufolge hat der Rat mit der Verordnung seine Normsetzungskompetenz überschritten: Ulrich Immenga: Der SIEC-Test der europäischen Fusionskontrolle als Kompetenzfrage, in: Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, Baden-Baden 2006, S. 269, 277 ff.

<sup>20</sup> Europäischer Gerichtshof, a.a.O., Rdnr. 86.

Restwettbewerbes unter engen Voraussetzungen steht.

### Die Zukunft des GWB

Gute Gründe sprechen dafür, auch für das GWB an einer im Ausgangspunkt ergebnisoffenen Interpretation des – im Zentrum der Kartellrechtsnormen stehenden – Rechtsbegriffs des Wettbewerbs festzuhalten. Eine solche auf die Sicherung des Wettbewerbsprozesses gerichtete Auslegung findet ihre Grundlage in der dem Gesetz zugrunde liegenden Vermutung, dass der Wettbewerb als Prozess günstige Wirkungen der einen oder anderen Art entfalte. In der Vergangenheit sind zu den vom Wettbewerbsprozess erhofften Wirkungen unter anderem das Interesse von Verbrauchern an einer günstigen Versorgung mit von ihnen begehrten Gütern, ein überindividuelles Interesse an der Förderung der technischen Innovation, aber auch ein Schutz Einzelner vor der Ausübung wirtschaftlicher Macht Anderer gerechnet worden.

Die Annahme, dass der Wettbewerbsprozess günstige Wirkungen dieser oder auch anderer Art entfalte, bedarf, da in die gesetzgeberische Entscheidung eingegangen, keines Nachweises im Einzelfall. Die Darlegungs- und Beweislast für Effizienzwirkungen und Konsumentenbegünstigung liegt vielmehr weiterhin auf Seiten derer, die – auf der Grundlage der oben beschriebenen Effizienzrechtfertigung

<sup>21</sup> Vgl. hierzu beispielsweise Oliver Budzinski, Arndt Christiansen: The Oracle/PeopleSoft Case Unilateral Effects, Simulation Models and Econometrics, in: Contemporary Merger Control, Legal Issues of Economic Integration, 34 (2) 2007, S. 133 ff.; Daniel Zimmer: Vorzüge und Leistungsgrenzen quantitativ-ökonomischer Analysen in Fusionskontrollverfahren: Das Beispiel Oracle/PeopleSoft, in: Festschrift für Rainer Bechtold, München 2006, S. 677 ff. Allgemein zur Verwendung moderner ökonomischer Analysemittel in Fusionskontrollverfahren Ulrich Schwalbe, Daniel Zimmer, a.a.O. (passim).

– eine Ausnahme vom Wettbewerbsprinzip für sich in Anspruch nehmen. Mit einem solchen Verständnis von Regel und Ausnahme bleibt das Kartellrecht operabel. Zu dieser Operabilität trägt die in 50 Jahren gewonnene Erfahrung der Kartellbehörden und -gerichte wesentlich bei. Im Ganzen ist zu konstatieren, dass das Land mit dem

Gesetz und seiner verantwortungsbewussten Anwendung durch Behörden und Gerichte nicht schlecht gefahren ist. So gesehen kann die eingangs gestellte Frage (50 Jahre GWB – ein Grund zum Feiern?) in bejahendem Sinne beantwortet werden. Wichtig erscheint, dass die Praxis den Anschluss an die Entwicklung der ökonomischen

Forschung nicht verliert. Die moderne Ökonomie hat in den vergangenen Jahrzehnten erhebliche Erkenntnisfortschritte gemacht. Hinzuweisen ist insbesondere auf Verfahren zur Marktabgrenzung, zur Prognose koordinierter Effekte und zur Feststellung nicht koordinierter Wirkungen von Zusammenschlüssen.<sup>21</sup>

Ulf Böge

## Das Wettbewerbsprinzip: der Feind wirtschaftlicher Macht

**W**ettbewerb wird im Sport oft als Wettkampf bezeichnet. Dabei passt diese Kriegssprache eigentlich gar nicht zu sportlichen Ereignissen, denn es geht primär ja nicht um die Ausschaltung von Gegnern, sondern um die Steigerung der eigenen Leistung. Dagegen ist der Wettbewerb als Ordnungsprinzip immer wieder in seiner Existenz bedroht.

### **Unternehmen und Staat hebeln das Wettbewerbsprinzip aus**

Die Gegner sind nicht nur Unternehmen, die ein Monopol oder die Stellung eines Marktbeherrschers als die beste Marktform für sich selbst oft mit allen Mitteln anstreben. Der Wettbewerb wird in noch stärkerem Maße durch die Politik ausgehebelt, wenn sie mit gesetzlichen Sonderregelungen zugunsten ganzer Branchen oder Berufsgruppen oder durch wettbewerbsverzerrende Subventionen und Steuergesetze dem Druck wirtschaftlicher Sonderinteressen nachgibt.

Auch klare Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht durch Marktaufteilungen oder Boykottmaßnahmen – wie seitens der staatlichen Toto- und Lottogesellschaften bis vor kurzem praktiziert – sind hier

einzuordnen. Es ist zu bedauern, dass solche Gesetzesverstöße gerade in Deutschland, das sich einer hohen Wettbewerbskultur rühmt, durch den Staat selbst, der diese Gesetze ja erlassen hat, erst durch Verfahren des Bundeskartellamtes und dann erst nach einer höchstrichterlichen Entscheidung des Bundesgerichtshofes beendet werden.

Noch grundsätzlicher aber ist die Gegnerschaft, wenn entweder der umfassende Fürsorgestaat, der individuelle Risiken sozialisiert, gegen das marktwirtschaftliche System mit eigenverantworteter Freiheit in Stellung gebracht wird, oder wenn es darum geht, eine Verbesserung der Wettbewerbsgesetze zur wirksameren Bekämpfung wirtschaftlicher Macht zu verhindern.

Auf einen Nenner gebracht: Es geht um die Balance von individueller Freiheit und staatlicher Eingriffstiefe einerseits und andererseits um die Begrenzung wirtschaftlicher Macht Einzelner zur Gewährleistung von Konsumentensouveränität und ungehinderte unternehmerische Handlungsmöglichkeiten Dritter. Es geht um die Gratwanderung zwischen Freiheit und Macht.

### **Kartellgesetz vor 50 Jahren zunächst ohne Fusionskontrolle**

Schon die Geburtsstunde des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vor 50 Jahren, das nach den Worten von Fritz Hellwig, dem damaligen Vorsitzenden des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestages, „...eine erzieherische Funktion ausüben“ sollte, war von diesem Machtkampf geprägt. Den Vertretern des Wettbewerbsprinzips, mit Ludwig Erhard an der Spitze, gelang zunächst aber nur ein halber Sieg, denn auf das Instrument der Fusionskontrolle – neben der Bekämpfung von Kartellen und dem Missbrauch von Marktmacht die dritte Säule eines wirksamen ordnungsrechtlichen Aufsichts- und Kontrollsystems – musste das GWB noch fünfzehn Jahre warten. Dabei hatte nicht zuletzt Walter Eucken stets vor einer Vermachtung der Märkte gewarnt, da vom Wettbewerb nicht mehr kontrollierte Macht die Marktwirtschaft an sich bedrohe. Für Walter Eucken stand folgerichtig nicht die Missbrauchsaufsicht über marktmächtige Unternehmen im Vordergrund, sondern er forderte die Politik auf, sich

„gegen die Entstehung von Machtkörpern überhaupt“ zu wenden.

Erst 1973 gelang es dank einer optimalen personellen Konstellation, Hans Friderichs als Bundeswirtschaftsminister, Otto Graf Lambsdorff als wirtschaftspolitischer Sprecher der FDP, Uwe Jens (SPD) und Göke Frerichs (CDU), beide als Berichterstatter mit hoher ordnungspolitischer Kompetenz, sowie Wolfgang Kartte als Referatsleiter für Wettbewerbspolitik im Bundeswirtschaftsministerium, mit der 2. GWB-Novelle diese „ordnungspolitische Lücke“ zu schließen. Seither ist es möglich, dem Entstehen marktbeherrschender Stellungen durch Unternehmenszusammenschlüsse oder -beteiligungen von vornherein entgegenzuwirken.

### **GWB-Novelle stoppt Pressekonzentration**

Nur drei Jahre später ging es dem Gesetzgeber darum, den Besonderheiten der Konzentrationsentwicklung im Presse- und Verlagswesen Rechnung zu tragen, dem heikelsten Bereich wirtschaftlicher Macht in einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung. Er tat das mit der 3. GWB-Novelle von 1976, indem er die Anmeldepflicht für Zeitungsfusionen auf ein Zwanzigstel der allgemeinen Aufgreifschwelle festsetzte (die so genannte Pressererechenklause). Der Gesetzgeber reagierte vor dem Hintergrund, dass allein in den zwanzig Jahren zuvor die Zahl der deutschen Zeitungsverlage um mehr als 50% zurückgegangen war und mehr als die Hälfte aller Landkreise so genannte Einzeitungskreise geworden waren. Ziel der Novelle war es, die für die Meinungsvielfalt besonders wichtigen kleineren regionalen oder sogar lokalen Verlage vor einer ungewollten Übernahme zu schützen und die Pressevielfalt zu sichern. Eine zweifache Zielsetzung also.

Nach 30 Jahren Erfahrung steht außer Frage, dass sich die Pressererechenklause bewährt hat: Die Vielfalt wirtschaftlich selbständiger Zeitungsverlage und die damit verbundene Meinungsvielfalt konnte weitgehend erhalten werden, ohne dass sinnvolle strukturelle Veränderungen auf der Verlagsseite verhindert wurden.

Sich dieses seinerzeitige Ringens um die unternehmerische Vielfalt im Pressebereich in Erinnerung zu rufen, ist angesichts immer wieder angestrebter Versuche, Zeitungsverlage von der Fusionskontrolle zu „befreien“ – so erst 2004/2005 –, nicht unwichtig, denn bei solchen Vorhaben war nicht zu übersehen, dass versucht wurde, kritische Stimmen vom öffentlichen und politischen Willensbildungsprozess in interessierten Blättern fernzuhalten.

### **Wettbewerbskultur in Deutschland strahlt auf die EU aus**

Wenn wir uns heute in Deutschland trotz vieler Schwachstellen und Sündenfälle einer im internationalen Vergleich hohen Wettbewerbskultur rühmen können, dann ist der Grundstein dafür im Grunde 1957 und 1973 gelegt worden. Denn obwohl eine Reihe von Branchen wie z.B. die Strom- und Gaswirtschaft, Banken und Versicherungen mehr oder weniger – und die Landwirtschaft bis heute – vom Kartellgesetz ausgenommen sowie Bahn, Luftverkehr, Post und Telefonie als staatliche Daseinsvorsorge eingeordnet waren, von Ministerien verwaltet oder gelenkt wurden oder sich im Eigentum des Bundes befanden, so galt ansonsten für die Unternehmen in Deutschland ein stringenter wettbewerbsorientierter Ordnungsrahmen. So manche Verbände und Unternehmen leiteten daraus angebliche Wettbewerbsnachteile für sich ab, wobei sie zumeist Frankreich als Vergleich bemühten. Die Marktergebnisse

belegen allerdings, dass die internationale Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen mittel- und längerfristig damit eher gesteigert und die Wohlfahrt des Landes insgesamt erhöht wurde.

Klagen aus der Wirtschaft über den staatlich verordneten Wettbewerb durften zudem als Indiz dafür gewertet werden, dass das GWB in Deutschland nicht nur auf geduldigem Papier gedruckt war, sondern dass Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden von Anfang an auf die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen achteten. Sie bildeten nach den Worten von Eberhard Günther, dem ersten Präsidenten des Bundeskartellamtes, „den Vorposten des wettbewerbliehen Geschehens“.

Zeitgleich mit dem GWB waren auch die Wettbewerbsbedingungen des europäischen Vertragswerkes in der damaligen Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft in Kraft getreten. Sie entsprachen im Großen und Ganzen inhaltlich dem GWB, und so fehlte auch hier 1958 noch das Instrument der Fusionskontrolle. Welche Bedeutung das europäische Recht zur Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips in ganz Europa – wenn auch erst nach einer Generation – einmal erlangen würde, hatte man sich 1958 wohl selbst in Deutschland kaum vorstellen können, denn über Jahre hinweg waren selbst unspektakuläre Entscheidungen der EU-Kommission Mangelware geblieben. Dagegen hat das Bundeskartellamt das europäische Wettbewerbsrecht schon 1959 in einem Verfahren im Bereich von Gewindeschneidemaschinen angewandt.

Die europäische Fusionskontrolle folgte 1990. Die wettbewerbs- und wirtschaftspolitische Bedeutung dieses Instrumentes war angesichts der immer intensiver werdenden Globalisierung und zunehmenden Vermachtung selbst

weltweiter Märkte nicht zu übersehen. Dass bei der Einführung der europäischen Fusionskontrolle das deutsche System Pate stand – allerdings ohne die so genannte Ministererlaubnis, da die EU-Kommission sowieso als Ganze über ein Vorhaben zu entscheiden hatte –, war nicht verwunderlich, denn außer in den USA und Deutschland gab es damals keine vergleichbaren Regelungen. Hierzulande war die Kontrolle des Entstehens wirtschaftlicher Macht indessen zum Haupttätigkeitsfeld des Bundeskartellamtes geworden.

### Kartellbehörden globalisieren

Das letzte Jahrzehnt hat zunehmend deutlicher werden lassen, dass die einzelne nationale Wettbewerbsbehörde dem Wettbewerbsprinzip auf globalen Märkten nicht ausreichend Geltung verschaffen kann. Die Globalisierung des Wirtschaftsgeschehens bietet zwar eine große Chance für eine weltweite Wohlfahrtssteigerung. Chancen bergen aber immer zugleich auch Risiken. Das gilt insbesondere für den Wettbewerb. Denn mit der Marktöffnung haben sich parallel grenzüberschreitende Wettbewerbsbeschränkungen entwickelt. Die Europäisierung bzw. Globalisierung des kartellrechtlichen Ordnungsrahmens sowie vor allem die kartellbehördliche Zusammenarbeit zur Verhinderung oder Bekämpfung solcher Wettbewerbsbeschränkungen wurde daher um die Jahrhundertwende zur wichtigsten Zielfunktion der Wettbewerbspolitik.

### Vier Fallgruppen

Grundsätzlich können wir vier Fallgruppen von Wettbewerbsbeschränkungen unterscheiden:

- Die erste Fallgruppe betrifft Vorgänge und Verhaltensweisen von Unternehmen, die sich auf mehrere Rechtsordnungen auswirken, wie insbesondere inter-

nationale Kartellabsprachen, supranationaler Missbrauch von Marktmacht und unter bestimmten Bedingungen größere Fusionen.

- Die zweite Fallgruppe betrifft grenzüberschreitende Wettbewerbsbeschränkungen an der Schnittstelle von Handels- und Wettbewerbspolitik. Dazu zählen z.B. (Staats-)Monopole oder bestimmte Formen vertikaler Marktzugangsbeschränkungen. Besonderes Merkmal hierbei ist, dass durch die Zugangsschranken für ausländische Konkurrenten der Wettbewerb im Inland und nicht im Ausland behindert wird.
- Die dritte Fallgruppe betrifft staatliche Maßnahmen, die den Wettbewerb beeinträchtigen oder verzerren. Beispiele sind nationale technische Standards, die Subventionierung nationaler Industrien, aber auch die staatliche Förderung so genannter „nationaler Champions“.
- Die vierte Fallgruppe schließlich sind zum Beispiel: Kartelle von Staaten wie das OPEC-Kartell oder das neuerdings ins Gespräch gebrachte Gas-Kartell von Förderländern, die sich nur im Ausland auswirken.

Während eine engere Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden die Wettbewerbsbeschränkungen der ersten Fallgruppe erfolgreich bekämpfen kann, nehmen ihre unmittelbaren Aktions- und Sanktionsmöglichkeiten von der zweiten zur vierten Fallgruppe zunehmend ab. Was ihnen hier bleibt, ist das aktive Eintreten, das Werben für das Wettbewerbsprinzip, das so genannte „competition advocacy“. Die umfassende Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips geht aber letztlich nicht ohne politisches Handeln, was bei der vierten Fallgruppe am offensichtlichsten ist.

### Weltweite Netzwerke

Die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden in der Europäischen Union hat heute ein vorher nicht gekanntes Niveau erreicht. Seit Mai 2004 ist sie institutionell und durch ein Netzwerk der europäischen Behörden abgesichert. Selbst der Austausch vertraulicher Daten und die gegenseitige Unterstützung bei Durchsuchungen in Kartellverdachtsfällen ist möglich und wird praktiziert.

Aber auch weltweit hat sich seit 2001 mit dem International Competition Network ein Netzwerk etabliert, in dem gut hundert Wettbewerbsbehörden informell aber ergebnisorientiert zusammenarbeiten. Eine bemerkenswerte Facette dieser in spezifischen Arbeitsgruppen stattfindenden Zusammenarbeit ist die Mitwirkung so genannter Non-Governmental-Advisers (NGAs) aus der Wissenschaft und der Wirtschaft bzw. von Anwaltskanzleien. Auch wenn dieser Prozess der Zusammenarbeit noch nicht abgeschlossen ist, so lässt sich doch festhalten, dass die Wettbewerbsbehörden damit ihre Entschlossenheit demonstrieren, das Wettbewerbsprinzip konsequent durchzusetzen. Und die Politik?

### Machtkampf zwischen Wettbewerbs- und Industriepolitik

Der schon vor 50 Jahren stattfindende Machtkampf zwischen einer ganzheitlichen, wettbewerbsorientierten marktwirtschaftlichen Ordnung und einer mit selektiven Eingriffen in das Wettbewerbsgeschehen einhergehenden Industriepolitik ist nach wie vor im Gange. Beispielhaft dafür stehen Begriffe wie „nationaler/europäischer Champion“ und Protektionismus.

Kann aber in einem freiheitlichen Wirtschafts- und Gesellschaftssystem eine selektive, direkte Intervention des Staates in Wirtschafts-

abläufe ordnungspolitisch wünschenswert sein oder im Interesse der Unternehmen liegen?

Es gibt keine grundsätzlichen Einwände dagegen, dass Unternehmen aus eigener Leistungskraft zu einem „Champion“ heranwachsen. Wenn ihnen aber durch politische Unterstützung Marktmacht auf den heimischen bzw. nationalen Märkten eingeräumt wird mit der Begründung, man brauche „global player“ für die internationale Wettbewerbsfähigkeit der eigenen Volkswirtschaft, blenden die Befürworter dieses Interventionismus zwei Konsequenzen aus: zum einen bietet Größe an sich noch keine Erfolgsgarantie auf dem Weltmarkt, und zum zweiten werden die volkswirtschaftlichen Auswirkungen auf den Heimatmarkt negiert, denn die politische Förderung eines nationalen Champions geht letztlich zulasten inländischer, leistungsfähiger Wettbewerber, zulasten von Unternehmen vor- und nachgelagerter Wirtschaftsstufen sowie zulasten der Verbraucher. Die verliehene Marktmacht versetzt den Champion in die Lage, Preis-spielräume auf dem Heimatmarkt auszunutzen. Diese Preispolitik dient aber allein der Gewinnmaximierung des Unternehmens und keineswegs, wie der Begriff „national champion“ implizieren könnte, dem Wohle der Nation.

Ein anschauliches Beispiel für die politische Geburt eines nationalen Champions liefert die Ministererlaubnis des Zusammenschlussvorhabens E.ON-Ruhrgas. Sie orientierte sich am Wettbewerb um Gasressourcen auf dem Weltmarkt. Die Auswirkungen auf den maßgeblichen räumlichen Absatzmarkt – in diesem Fall den deutschen Markt – blieben unberücksichtigt. Unabhängig davon, dass E.ON-Ruhrgas seine Rolle als Champion bereits auf internationaler Ebene beim verlorenen Bieter-

wettbewerb um das westsibirische Gasfeld Yuschno Russkoje gegen die BASF-Tochter Wintershall nicht ausspielen konnte, sind die Folgen für den heimischen Strom- und Gasmarkt hinlänglich bekannt. Beide Märkte sind seit der Ministererlaubnis hochkonzentriert. Die dadurch bedingten Preiserhöhungsspielräume belasten private Verbraucher wie industrielle Abnehmer und beeinträchtigen die internationale Wettbewerbsfähigkeit energieintensiver Unternehmen.

Mit steigender wirtschaftlicher Macht einzelner Unternehmen ist immer die Gefahr verbunden, dass diese einen erheblichen Einfluss auf politische Entscheidungsprozesse und Entscheidungsträger ausüben. So verhinderte die Energiebranche im Rahmen der Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes, dass die sofortige Vollziehbarkeit kartellrechtlicher Entscheidungen als Regelfall im Kartellgesetz verankert und zum leichteren Nachweis eines missbräuchlichen Verhaltens die Beweislast auf die Unternehmen gelegt wurde, so wie es im Gesetz zur Telekommunikation der Fall ist. Beides hätte die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht und damit das Wettbewerbsprinzip wesentlich gestärkt – eine Konsequenz, die in der Branche ganz offensichtlich unerwünscht ist.

Auf die Ausnutzung der den Unternehmen erwachsenen Marktmacht reagieren die politischen Entscheidungsträger häufig erst spät, lassen das Pendel dann allerdings meist zu kräftig in die andere Richtung zurückschwingen. Die Energiebranche erlebt das zur Zeit mit einer Regulierung, die bis zur Ex-ante-Preisfestsetzung durch die Bundesnetzagentur reicht, sowie mit der Debatte um Entflechtungsmaßnahmen. Es bleibt zu hoffen, dass dies nicht der Start eines interventionistischen Staatsverständnisses wird, der letztlich

das Wettbewerbsprinzip und die freiheitliche Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung in Frage stellt.

In die gleiche Richtung von Interventionismus steuert die Politik, wenn sie nationale Unternehmen vor ausländischer Konkurrenz schützt. Diese Form des Interventionismus ist in weiten Teilen Europas erneut in Mode gekommen. Man denke an den Schutz polnischer Kreditinstitute vor einer ausländischen Übernahme, die politische Abwehrschlacht Spaniens im Fusionsvorhaben Endesa/E.ON oder die von der französischen Regierung initiierte Verschmelzung der nationalen Energiekonzerne EdF mit SUEZ. Aber die politische Forderung nach einer „nationalen Lösung“ nach dem Fusionsverbot des Bundeskartellamtes bezüglich der Übernahme des Fernsehsenders pro7/sat 1 durch den Axel Springer Verlag hat demonstriert, dass auch im Lande Ludwig Erhards bestimmte Kräfte jederzeit bereit sind, marktwirtschaftliche Prinzipien über Bord zu werfen.

Sei es die Bildung nationaler Champions mit Hilfe der Politik oder sei es der Schutz heimischer Unternehmen vor ausländischen Wettbewerbern – eine solche Art des Protektionismus führt dazu, dass Markt- und Unternehmensstrukturen letztlich von der Politik bestimmt werden, nicht aber mehr vom Leistungswettbewerb. Wer in diesem Kampf von Interventionismus gegen eigenverantwortliche Leistungs- und Risikobereitschaft letztlich die Oberhand behält, beeinflusst die Konsumenten-souveränität und die volkswirtschaftliche Wohlfahrt entscheidend, denn empirische Beobachtungen haben die wettbewerbstheoretische These immer wieder bestätigt, dass eine Vermachtung von Märkten zu Einbußen der volkswirtschaftlichen Produktivität führt, individuelle Freiheiten einschränkt und über

das Anwachsen der Verfügungsgewalt über Ressourcen eine einseitige konzentrierte Vermögensverteilung begünstigt.

Das jüngste Beispiel bietet die politische Auseinandersetzung um das Briefmonopol der Deutschen Post. Läuft es Ende des Jahres 2007 – so wie im Gesetz vorgesehen – aus und eröffnet damit neuen, vor allem kleineren und mittelständischen Unternehmen den Marktzutritt oder müssen diese ihre im Hinblick auf das Ende des Monopols getätigten Investitionen abschreiben, weil sich das einflussreiche Großunternehmen Deutsche Post mit gewerkschaftlicher Unterstützung – denn nur bei der Post hat die Gewerkschaft einen hohen Organisationsgrad – zulasten auch der Verbraucher durchsetzt? Es

ist im fünfzigsten Jahr der Verabschiedung des deutschen Kartellrechts ein neuer Lackmusest für die deutsche Wettbewerbskultur.

### Fazit nach 50 Jahren GWB

Die Erfahrung aus 50 Jahren Wettbewerbsgesetzgebung in Deutschland sollte uns lehren, dass wirtschaftliche Macht – so wie es die Gründungsäter des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung seinerzeit vorhersahen – einer wirksamen Kontrolle bedarf und am besten schon bei ihrer Entstehung begrenzt oder verhindert wird. Nur so lässt sich vermeiden,

- dass Preiserhöhungsspielräume entstehen, die Produkte und Dienstleistungen unangemessen verteuern,

- dass an sich leistungsfähige Unternehmen aus dem Markt verdrängt werden,

- dass der Druck auf Unternehmen nachlässt, innovative Prozesse zu entwickeln und ein Höchstmaß an Qualität anzubieten und

- dass der Einfluss marktmächtiger Unternehmen auf politische Entscheidungsprozesse zu stark wird.

Wirksamer Wettbewerb ist die effizienteste Kontrolle wirtschaftlicher Macht, denn er wirkt als Automatismus und macht selektives Eingreifen des Staates entbehrlich. Im Spannungsfeld von Freiheit und Macht bietet Wettbewerb den bestmöglichen Ausgleich.

---

Wernhard Möschel

## Wettbewerb unverändert als Aufgabe

---

Im Juli 1957 hatte der Deutsche Bundestag „bei zahlreichen Gegenstimmen“ das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) angenommen.<sup>1</sup> Dem waren über Jahre hinweg beispiellos heftige Auseinandersetzungen vorangegangen. Verglichen mit den ursprünglichen Regierungsentwürfen konnte das GWB zum 1.1.1958 nur in einer zerfledderten Form in Kraft treten. Franz Böhm, dem das Gesetz nicht weit genug ging, meinte damals, gleichwohl sei es ein erfolgversprechender Startschuss.<sup>2</sup> Heute, 50

<sup>1</sup> Verhandlungen des Deutschen Bundestages, Stenographische Berichte, Bd. 38, 223. Sitzung vom 4. Juli 1957, S. 13249.

<sup>2</sup> Ebenda, S. 13250/51; hierzu W. Möschel: Herausforderungen an die Wettbewerbspolitik, in: Wirtschaftsordnung als Aufgabe. Zum 100. Geburtstag von Franz Böhm, Krefeld 1995, S. 35 ff.

Jahre später, nach mittlerweile sieben Novellierungen des Gesetzes, darunter die 1973 nachgeholte Fusionskontrolle, und flankiert von den sich gleichzeitig entwickelnden Wettbewerbsregeln des europäischen Gemeinschaftsrechts, hat sich seine Prognose als zutreffend erwiesen. Hinzu traten europaweit vielfältige Deregulierungen, namentlich in den Sektoren Banken, Versicherungen, Verkehr, Telekommunikation und Energiewirtschaft. Wiederum europaweit zogen sich die Staaten aus eigener Wirtschaftstätigkeit, z.B. den Postdiensten, nachhaltig zurück. International hat sich Wettbewerb als Ordnungsprinzip des Wirtschaftsverkehrs im Grundsatz durchgesetzt. Es sei dazu nur auf das vor wenigen Jahren gegründete International Com-

petition Network verwiesen. Dieser Plattform regelmäßigen Meinungsaustausches gehören mittlerweile Kartellbehörden aus über 100 Staaten an.

Dieses Bild ist freilich mit einem sehr breiten Pinsel gemalt. Von einem Verständnis für eine Wettbewerbsordnung mit all ihren Chancen, aber auch Risiken kann in der breiten Öffentlichkeit, auch in der politisch interessierten Öffentlichkeit, nicht die Rede sein. Man verinnerliche dazu nur die zahllosen kritischen Stellungnahmen zur so genannten Globalisierung! Was an einer marktwirtschaftlichen Ordnung überzeugt, ist offenbar nur der zu beobachtende alltägliche Erfolg. Gerät dieser ins Zwielicht – Stichworte: persistent hohe Arbeitslosigkeit, Anpassungslasten aus dem

Strukturwandel –, ist die Legitimität einer Wettbewerbsordnung infrage gestellt. Ein Gesetzgeber, der ohne ordnungspolitischen Kompass sich im Wesentlichen an kurzfristiger politischer Opportunität orientiert, tut das Seine dazu. Insofern ist der Buchtitel von Leonhard Miksch aus dem Jahre 1947 „Wettbewerb als Aufgabe“ unverändert aktuelles Programm.

### Der leichtfertige Gesetzgeber

Beginnen wir unsere Kritik mit dem überaus leichtfertigen Gesetzgeber! Ich beschränke mich dabei auf das Wettbewerbsrecht im engeren Sinne.

1. Im Dezember 1997 hatte der Bundesgerichtshof in der gemeinsamen Vermarktung der UEFA-Cup-Spiele im Fernsehen durch die deutschen Fußballvereine einen Verstoß gegen das Kartellverbot des § 1 GWB gesehen.<sup>3</sup> Egidius Braun, der damalige Präsident des Deutschen Fußballbundes, rief bei Bundeskanzler Kohl an mit der Bitte, das in Ordnung zu bringen. Der Kanzler beauftragte damit das Bundeswirtschaftsministerium. Dies war wenige Monate vor der Bundestagswahl von 1998; der DFB hat rund 6,5 Mio. Mitglieder. Plötzlich hatten wir mit § 31 GWB a.F. eine Bereichsausnahme für die zentrale Vermarktung von Rechten an der Fernsehübertragung von Sportveranstaltungen im Gesetz. Keine der politischen Parteien hielt etwas davon. Keine wagte freilich zu widersprechen.<sup>4</sup>
2. Ich erwähne weiter die fast schon groteske Buchpreisbindung in

Deutschland. Sie ist gegen Ende des 19. Jahrhunderts vom Börsenverein des Deutschen Buchhandels mit rabiaten Mitteln wie Liefersperrern und Boykottaufrufen durchgesetzt worden. Später wurden kulturpolitische Weihen darübergegossen. Als das vertraglich gestützte Bindungssystem zunehmend mit den Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags (Art. 81 ff.) in Konflikt geriet, stellte der Gesetzgeber im Herbst 2002 das System auf eine gesetzliche Grundlage.<sup>5</sup> Er folgte damit einem französischen Muster (Loi Lang). Denn die Art. 81 ff. EG-Vertrag richten sich nur an Unternehmen, nicht an den Staat selbst. Der Text des ersten Gesetzentwurfs war im Wesentlichen vom Börsenverein des Deutschen Buchhandels geschrieben worden. Der Cheflobbyist selbst hatte also die Feder geführt. Man kann wirklich fragen, wer bei uns letztlich die Gesetze macht.

3. Vor wenigen Jahren initiierte die Kommission in Brüssel eine weitgehende Umstellung der europäischen Wettbewerbsregeln. Anstelle eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt trat ein System der Legalausnahme. Wettbewerbsbeschränkungen müssen nicht mehr angemeldet werden. In Deutschland hielt man von diesem Verlust an Kontrolle nichts. Die Bundesregierung mit dem Bundeswirtschaftsminister Clement nahm freilich einen völlig defätistischen Standpunkt ein. In Wirklichkeit war sie an dem Gegenstand nicht interessiert. Richtig war, dass ein Mitgliedstaat hier nicht über eine Vetoposition verfügt. Doch entsprach es ständiger Praxis, ein Mitgliedsland nicht zu überstim-

men, sondern weiter zu verhandeln, bis ein Konsens gefunden war. Auch wäre es möglich gewesen, ein „wichtiges nationales Interesse“ geltend zu machen. Die englische Regierung hatte z.B. nicht gezögert, auf diesem Wege eine Richtlinie zum Folgerecht von Urhebern bei Kunstverkäufen zu verwässern. Es ging um die Geschäftsinteressen der Auktionshäuser Christie's und Sotheby's. Was diese Auktionshäuser für Großbritannien sind, hätte der Wettbewerbschutz für Deutschland allemal sein können.<sup>6</sup>

4. Gesetzliche Krankenkassen in Deutschland geraten bei ihrer Beschaffungstätigkeit aufgrund ihrer hohen Marktanteile leicht in Konflikt mit dem Kartellrecht. Im Jahre 2000 schuf die damalige rot-grüne Regierungskoalition mit § 69 SGB V eine Bereichsausnahme. Der Richter am Bundesgerichtshof und Mitglied des dortigen Kartellsenats, Bornkamm, von Berufs wegen zu Besonnenheit verpflichtet, sprach in diesem Zusammenhang von handstreichartigem Verfahren und Irreführung des Parlaments.<sup>7</sup> Das Gesundheitsreformgesetz, welches zum 1. April 2007 in Kraft getreten ist, wollte es bei diesem Rechtszustand belassen. In letzter Minute wurde § 69 SGB V marginal verändert.<sup>8</sup> Die Kartellbehörden bleiben unverändert außen vor. Auch ist das Kartellverbot nicht anwendbar. Privatrechtsschutz bei Missbräuchen marktbeherrschender Stellungen wird möglich, dies freilich nur vor

<sup>3</sup> Vgl. Beschluß vom 11.12.1997, in: *Wirtschaft und Wettbewerb/Entscheidungen, Deutschland-Rechtsprechung*, 17, „Europapokalheims Spiele“.

<sup>4</sup> Die 7. GWB-Novelle von 2005, welche das GWB weitgehend an die Vorschriften des europäischen Gemeinschaftsrechts anpasste, hat die Vorschrift mittlerweile aufgehoben.

<sup>5</sup> Hierzu W. Möschel: *Buchpreisbindungsgesetz im Streit*, in: *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 50 (2004), S. 857 ff.

<sup>6</sup> Siehe dazu W. Möschel: *Defätismus gegenüber Brüssel*, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 50 (2000), S. 951.

<sup>7</sup> In Eugen Langen, Hermann-Josef Bunte: *GW B*, 10. Aufl. 2006, § 87 Rn. 13.

<sup>8</sup> Ausführlich W. Möschel: *Gesetzliche Krankenversicherung und das Kartellrecht*, in: *JuristenZeitung*, 62 (2007), S. 601 ff.

den Sozialgerichten. Diese sind aufgrund von Hartz IV-Klagen völlig überlastet und in Wettbewerbsangelegenheiten verfügen sie über keinerlei Expertise. Insgesamt hat das Reformgesetz von 2007 einen Schritt in Richtung eines noch stärker staatlich administrierten Gesundheitswesens gemacht. Insbesondere werden in Zukunft die Beitragssätze nicht mehr von den einzelnen Kassen festgesetzt, sondern zentral vom Bundesgesundheitsministerium. Der aparte Titel „Wettbewerbsstärkungsgesetz“ wirkt von daher wie eine Verhöhnung des Publikums, die freilich folgenlos bleibt.

#### Schutz der Bauern?

5. Noch in diesem Jahr ist die 8. Novellierung des GWB zu erwarten. Sie bringt unter anderem über den bestehenden § 20 Abs. 4 GWB hinaus jetzt ein umfassendes Verbot des Verkaufs unter Einstandspreisen, beschränkt auf den Sektor Lebensmittelhandel. Man will damit Tante-Emma-Läden beistehen. Das Mittel ist aber völlig ungeeignet. Der sich im Lebensmittelhandel vollziehende dramatische Strukturwandel hängt mit der Mobilität der Bevölkerung zusammen (Stichwort: das Auto), mit der Möglichkeit, Lebensmittel längere Zeit aufzubewahren (Stichworte: der Kühlschrank, die Gefriertruhe) und mit den überragenden Logistikvorteilen von Großvertriebsformen (Stichwort: der Computer). Gegenüber diesen Kräften wirkt § 20 Abs. 4 GWB n.F. wie ein Scherz. Gelegentliche Verkäufe unter Einstandspreis sind nichts weiter als eine Form der Werbung. Diese Werbung ist für die Verbraucher besonders angenehm, weil die „Werbungsausgaben“ in Form von Ersparnissen in ihren Taschen landen. Für

Großvertriebsformen des Handels ist dies ein Instrument, ihr Image als verlässlich preiswerte Anbieter zu pflegen. Worum es tatsächlich geht, ist etwas ganz anderes: In Bayern finden nächstes Jahr Landtagswahlen statt. Die absolute Mehrheit der CSU kann in Gefahr geraten. Der bayerische Bauernverband, dessen Unterstützung sich zu gewinnen lohnt, ist ein dezidierter Gegner von Untereinstandspreisverkäufen im Lebensmittelhandel. Es ist in Bayern in den letzten Jahren mehrfach vorgekommen, dass z.B. bereits abgepackte Milch zu niedrigeren Preisen verkauft wurde, als die Bauern bei der Lieferung an ihre Molkeereien Erlösen konnten. Der Verband bekämpft das Image, dass deutsche Bauern Lebensmittel zu den höchsten Kosten auf diesem Globus herstellen. Die Bayern im Berliner Kabinett haben blitzschnell reagiert. Gleichzeitig wird ein Zusammenhang mit dem so genannten Gammelfleisch-Skandal suggeriert. Hier handelt es sich um Defizite in der Lebensmittelüberwachung, also um Regulierungsversagen. Es hat mit Untereinstandspreisverkäufen nicht das Geringste zu tun. Solche sachfremde Instrumentalisierung gilt wohl als der Inbegriff politischer Schläue. Dies ist freilich Wettbewerbspolitik auf dem Niveau von Filserbriefen.

#### Zwei Reformbereiche

6. Wo die ganz Mächtigen am Werke sind, kuscht die Politik von vornherein. Zwei Sachverhalte sind besonders ärgerlich:
  - Der öffentlich-rechtliche Rundfunk wird weder vom Markt noch – mit Rücksicht auf eine merkwürdige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – vom Gesetzgeber kontrolliert. Wildwüchsige „Freundeskreise“

dominieren oder halten sich wechselseitig in Schach. Es ist eine letzte, zugleich wirtschaftlich wie demokratietheoretisch überaus wichtige Feudalsphäre. Der Zustand schreit nach Reform. Nachdem Brüsseler Bemühungen offenbar nicht weit tragen, muss man Reformserwartungen zumindest vorerst aufgeben. Ein ausgeprägter Skandal ist in diesem Zusammenhang der Umstand, dass die einschlägigen politischen Ausschussgremien bei der Nominierung von Bundesverfassungsrichtern positiv berücksichtigen, wenn sich ein solcher im Medienbereich als „öffentlich-rechtlicher Betonkopf“ darstellt. Dies können praktisch nur die verlässlich-unbelehrbaren Professoren sein.

- Ein gravierender wettbewerblicher Defekt ist weiter das so genannte Dreisäulensystem in der deutschen Bankwirtschaft, bestehend aus dem öffentlich-rechtlichen Sparkassensektor, dem Genossenschaftssektor und den privaten Banken. Rund 70% der Kreditinstitute können von Dritten nicht übernommen werden. Sie sind extra commercium. In Zeiten eines forcierten Strukturwandels, der weltweit im Bankensektor zu beobachten ist, wären wettbewerbliche Rahmenbedingungen hilfreich, nicht ein Gruppendenken in Wagenburgmentalität.<sup>9</sup> Aus Brüssel kam ein – nicht ausreichender – Reformschritt: Anstaltslast und Gewährträgerhaftung mit ihrer Begünstigung der Refinanzierung namentlich bei Landesbanken sind entfallen. Doch beeilten sich die Ministerpräsidenten Oettinger und Rüttgers, in ihren Regierungserklärungen jeweils kundzutun, dass am Dreisäulen-

<sup>9</sup> Näher W. Möschel: Sind die deutschen Bankenstrukturen reformbedürftig?, in: Festschrift für Karl Peter Mailänder, Berlin 2006, S. 33 ff.

system der deutschen Bankwirtschaft nicht gerüttelt werde. Die Kanzlerin stimmte in einer Rede vor dem Deutschen Sparkassen- und Giroverband darin ein, wenig später auch der bayerische Ministerpräsident. Wahrscheinlich ist das realistisch: In den für Gesetzesänderungen primär zuständigen Landtagen findet sich fast überall eine machtvolle Bürgermeisterriege. Diese Bürgermeister sind zugleich die Herren ihrer jeweiligen Sparkasse.

Die aus solchen Strukturen erwachsenden Fehlallokationen dürften gewaltig sein, ebenso die Schäden, die sich für unsere Volkswirtschaft aus verzögerten Anpassungen ergeben. Einmal mehr wird sich ein „deutscher Sonderweg“ nicht bewähren.

### **Die Exekutive: Ein wettbewerbspolitisch unsicherer Kantonist**

Die oberste Exekutive stellt sich in Wettbewerbsfragen in ähnlicher Weise als unsicherer Kantonist dar.

1. So gab es immer wieder Versuche, die Unabhängigkeit von Kartell- und Regulierungsbehörden, die als störend empfunden wurde, zu beseitigen. Bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Eisenbahnwesen ist dies jedenfalls für den Bereich Telekommunikation gelungen. Das Telekommunikationsgesetz (TKG) kannte eine dem Kartellgesetz nachgebildete Vorschrift, wonach der Bundeswirtschaftsminister nur allgemeine Weisungen erteilen durfte. Im Gegenschluss folgte daraus, dass spezielle Weisungen im Einzelfall ausgeschlossen blieben. Durch eine Novellierung des TKG wurde diese Einschränkung der „Allgemeinheit“ geräuschlos aus dem Gesetz entfernt. Die Wirtschaftspresse

unserer Tage scheint anders als ihre Vorgänger in den 50er Jahren ihr öffentliches Wächteramt nicht mit gleichem Erfolg wahrzunehmen.

2. Der Präsident des Bundeskartellamtes ist kein politischer Beamter. Er ist Beamter auf Lebenszeit. Dies sichert seine Unabhängigkeit ab. Er kann nicht jederzeit ohne Angabe von Gründen in den Ruhestand versetzt werden. Es gab immer mal Versuche, bislang vergebliche, den Kartellamtspräsidenten heraufzustoßen, um ihn im Bedarfsfall loswerden zu können bzw. – genauer – um im Besitz dieses Drohinstrumentes zu sein. Mein Freund Dieter Wolf, der im Jahre 2005 verstorbene frühere Kartellamtspräsident, hatte für diesen Fall angekündigt, er werde gegen eine solche „Beförderung“ mit gerichtlichen Mitteln angehen. Was vorkommt, sind Bemühungen, dem Kartellamtspräsidenten einen Maulkorb zu verpassen. In der vergangenen Legislaturperiode versuchte der Bundeswirtschaftsminister Clement, die spezifische Pressefusionskontrolle im Kern abzuschaffen und dem Kartellverbot in dieser Branche die Zähne zu ziehen. Am Anfang dieser Bemühungen stand ein „Spitzengespräch“ zwischen zwei Pressechefs, dem Bundeskanzler und dem Bundeswirtschaftsminister. Der Kartellamtspräsident Ulf Böge, der dies wettbewerbspolitisch für verfehlt hielt, kämpfte dagegen an, vornehmlich in Vorträgen, wie es seines Amtes ist. Der damalige Staatssekretär im Bundeswirtschaftsministerium Tacke sandte ihm daraufhin eine Aufforderung, sich in diesen Dingen zurückzuhalten. Der Maulkorberlass gelangte aufgrund einer Indiskretion, deren

Wege ich kenne, aber hier nicht mitteile, in die Presse und verlor so seine Wirkung.

3. Kennzeichnend auf der Ebene der hohen Administration ist weiter ein Bemühen, „national champions“ zu karessieren. Das bekannteste Beispiel ist die Post AG. Sie erlöst in Deutschland Monopolgewinne im Briefverkehr und kauft damit weltweit Logistikunternehmen auf. Dieser Gedanke stand ferner Pate bei der Ministererlaubnis im Zusammenschlussfall E.ON/Ruhrgas, der vom Bundeskartellamt zunächst untersagt worden war. Am Anfang stand auch hier ein Gespräch zwischen den Unternehmensleitungen, dem Bundeskanzler und dem Wirtschaftsminister. Was dabei besprochen worden war, kann man nicht wissen. Es fiel freilich auf, dass die Unternehmen das nachfolgende Untersagungsverfahren beim Bundeskartellamt überaus „entspannt“ über sich ergehen ließen. Die erteilte Ministerebene wurde von Dritten vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf angefochten. Der Kartellsenat, damals noch unter dem Vorsitzenden Dr. Jäger, machte deutlich, dass er die Genehmigung nicht nur aus formalen Gründen, sondern wegen materieller Rechtswidrigkeit aufheben würde. Der Termin zur Verkündung der Entscheidung war auf einen Freitagnachmittag um 14 Uhr festgesetzt. Die Entscheidungsgründe lagen in ihrer Struktur fest. Daraufhin kaufte E.ON die einzelnen Beschwerdeführer heraus: Wo kein Kläger, dort kein Richter. Teils floss Bargeld, teils wurde in wettbewerblichen Arrangements bezahlt. Das finnische Unternehmen Fortum AG machte als einziger Beschwerdeführer bei diesem Handel nicht mit. Daraufhin in-

tervenierten der Bundeskanzler und der damalige Außenminister Joseph Fischer bei der finnischen Regierung in Helsinki, sie möge ihren Einfluss auf die Fortum AG in Richtung einer Rücknahme der Beschwerde geltend machen. Der finnische Staat hält eine Mehrheitsbeteiligung an der Fortum AG. So geschah es. An dem genannten Freitag gegen 12 Uhr erreichte die Mitteilung das Gericht. Die Akte E.ON/Ruhrgas wurde zugeklappt. Kanzler und Außenminister hatten damit sehenden Auges die Bestandskraft eines Verwaltungsaktes herbeigeführt, der jedenfalls nach Auffassung des Oberlandesgerichtes Düsseldorf rechtswidrig war.

Die Geschichte hat noch zwei Pointen: Der Wirtschaftsminister wurde wenig später Vorstandsvorsitzender der RAG. Chef des Aufsichtsrats, der ihn berief, war der Vorstandsvorsitzende der E.ON AG. Kurz darauf wurde Dr. Tacke als Vorstandsvorsitzender zur Steag AG geholt; dies ist eine Tochtergesellschaft der RAG. Ich hatte über diesen Vorgang eine Glosse in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung verfasst mit dem Titel „Stamokap oder Wettbewerbspolitik?“ Die Redaktion ließ das Fragezeichen weg und titelte „Stamokap statt Wettbewerbspolitik“.<sup>10</sup> Man erreicht in der FAZ ca. 1 Mio. Leser. Niemand in dieser Republik interessierte sich für den Vorgang. Offenbar wurde er als normal eingeschätzt.

### **Das Bundeskartellamt im Zwielicht**

Das Bundeskartellamt selbst hat viel von seinem früheren Glanz eingebüßt.

1. So verlor es Zuständigkeiten an die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Eisenbahnwesen. Daran

war das Amt nicht ganz unschuldig. So hatte es fünf Jahre gedauert, bis das Kartellamt nach der Liberalisierung der Elektrizitäts- und Gasmärkte vom Jahre 1998 erste Missbrauchsentscheidungen zur Durchleitung beim Strom erließ. Es hatte seine Chancen gehabt, aber nicht genutzt. Die Bundesnetzagentur wird nach allen bürokratiethoretischen Erkenntnissen ihre Zuständigkeiten nie wieder hergeben.

2. Gravierend war, dass das Bundeskartellamt bei seinem Wechsel von Berlin nach Bonn die Hälfte seiner Mannschaft verlor. Die Lücken wurden mit Mitarbeitern aus dem Bundeswirtschaftsministerium gefüllt, deren einzige Qualifikation darin bestand, dass sie nicht von Bonn nach Berlin umziehen wollten. Der Qualitätsverlust in der Rechtsanwendung ist dramatisch. Zu beobachten ist ein Phänomen, welches man mechanistische Rechtsanwendung nennen kann. Märkte werden atomisiert, um auf diese Weise angeblich beherrschende Stellungen begründen zu können. Vor lauter Bäumen sieht man den Wald nicht mehr. Besonders ärgerlich waren diese Defizite innerhalb eines Feldzuges, den das Amt gegen Zusammenschlüsse von Kabelunternehmen und gegen Zusammenschlüsse im Sektor Fernsehsender führt. Man macht damit in diesen ohnehin durch hohe Veränderungsdynamik gekennzeichneten Sektoren den Privaten das Leben unnötig schwer und stabilisiert – mit strammem Blick zurück in die Vergangenheit – eine verstaubte ARD-Welt. Nicht zu Unrecht hat man hier vom Bundeskartellamt als Standortrisiko für Deutschland gesprochen.

3. Nicht nur dadurch untergräbt das Amt seine Autorität. Wenn nach Beschwerde gegen eine Kartellamtsentscheidung das Oberlandesgericht Düsseldorf als Beschwerdegericht klarmacht, dass es die Rechtsmeinung des Amtes für fehlerhaft hält, so kommt es vor, dass der Prozessvertreter des Amtes mit völlig neuem Sachverhalt aufwartet, auf den niemand vorbereitet sein kann. Einziges Ziel ist es, den Erlass einer Entscheidung zu verhindern. Wird ein Kartellamtsvorbringen fallen gelassen und kommt man in einem späteren Stadium des Verfahrens darauf zurück, so wird man belehrt, dies sei nur Prozesstaktik gewesen. Wenn nach Rückverweisung vom Bundesgerichtshof an das Oberlandesgericht weitere Sachverhaltsermittlungen erforderlich werden, so beauftragt das Gericht damit die Kartellbehörde. So wird der Bock zum Gärtner gemacht. Auch hier gibt es ein Bemühen, ein Verfahren sozusagen um jeden Preis zu gewinnen. Schriftsätze mit neuem Vorbringen werden so spät eingereicht, dass man darauf nicht mehr reagieren kann. Nun bleibt dafür immer noch die letzte mündliche Verhandlung. Dies ist aber häufig zu spät, da ein Gericht hier nicht mit leeren Händen antritt, sondern in der Regel mit einem vorbereiteten Entscheidungsvorschlag. Darin sind dann aber alle Vorverständnisse enthalten, die man jetzt nur noch schwer korrigieren kann. Solche Verhaltensweisen würde man allenfalls von einem Winkeladvokaten erwarten, nicht von einer Behörde, die kraft Grundgesetzes an Recht und Gesetz gebunden ist. Dass hier Unternehmen zu Unrecht gegebenenfalls Schäden in Millionenhöhe zu gewärtigen haben, ist die eine Seite. Ge-

<sup>10</sup> FAZ Nr. 90 vom 16. April 2003, S. 14.

fährlicher ist vielleicht noch die andere Seite: Solche Verhaltensweisen registriert ein Beobachter mit Verachtung.

#### Brüsseler Praxis in Fluss

Die Brüsseler Praxis, die über längere Zeit in einem positiven Sinne stabil war, ist in jüngster Zeit in Fluss geraten.

1. Dies hängt im Kartellbereich mit dem erwähnten Übergang von einem Anmeldesystem auf ein System der Legalausnahme zusammen. Ob letzteres in gleicher Weise wirksam ist, muss sich erst noch zeigen. Ungeklärt ist des Weiteren die Frage, ob dieses Regime mit dem primären Gemeinschaftsrecht wirklich vereinbar ist. Sicher ist nur, dass sich die Kommission durch diese Reform in die beste aller Arbeitswelten bugsiiert hat: Sie thront über allen nationalen Kartellbehörden und entscheidet weitgehend nach ihrem Ermessen, ob sie tätig werden will oder nicht.
2. Bei der Feststellung von Wettbewerbsbeschränkungen will die Kommission einem „more economic approach“ folgen. Solange dies nur bedeutet, dass man ökonomische Theorien korrekt anwenden will, sollte sich das von selbst verstehen. Soweit man dadurch eine in der Vergangenheit vorhandene „zu juristische Betrachtungsweise“ zurückdrängen will, dürfen innerhalb einer „rule of law“ die Eigengesetzlichkeiten von Rechtsanwendung nicht außer Acht gelassen werden. Administrabilität von Recht ist dabei ein überragender Gesichtspunkt. Es liegt vielfach in der Natur der Sache, dass juristische Beurteilungskriterien aus der Sicht verfeinerter ökonomischer Modellvorstellungen schon einmal den

Charakter des Holzschnittartigen annehmen.

3. Auch Brüssel bzw., soweit die Gerichte betroffen sind, Luxemburg leisten sich gelegentlich gravierende Fehlentscheidungen. So hat die Kommission den Zusammenschluss von Veba/Viag zur E.ON im Jahre 2000 mit der Erwartung freigegeben, der sich entwickelnde europäische Binnenmarkt für Elektrizität werde das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung verhindern.<sup>11</sup> Man hätte schon zum Zeitpunkt der Entscheidung wissen können, dass dies nicht mehr war als eine schlecht fundierte Spekulation. Zusammen mit dem gleichzeitig und in enger Kooperation mit Brüssel vom Bundeskartellamt genehmigten Zusammenschluss zwischen RWE und VEW<sup>12</sup> hat dies zur Herausbildung jener wettbewerbspolitisch defizienten Strukturen auf den deutschen Energiemärkten geführt, die Gesetzgeber und Wettbewerbsbehörden bis heute in Atem halten. Eine Luxemburger Fehlentscheidung mit potentiell weitreichender Wirkung ist das Urteil in Sachen FENIN:<sup>13</sup> Wenn gesetzliche Krankenkassen in ihrem Aktivgeschäft mit den Versicherten keine Unternehmen sind, sondern als Teil staatlicher Sozialpolitik zu betrachten sind, dann schlage dies notwendig auf ihre Beschaffungstätigkeit durch. Die Kassen dürfen danach Einkaufskartelle bilden, Lieferanten behindern und diszi-

<sup>11</sup> Entscheidung vom 13.6.2000, in: Wirtschaft und Wettbewerb/Entscheidungen, Europäische Union – Verwaltung, 509 „VEBA/VIAG“; dazu W. Möschel: Großfusionen im engen Oligopol – Fusionskontrolle am Beispiel der deutschen Stromwirtschaft, in: Der Betrieb, 54 (2001), S. 131 ff.

<sup>12</sup> Entscheidung vom 3.7.2000, in: Wirtschaft und Wettbewerb/Entscheidungen, Deutschland Verwaltung, 301 „RWE/VEW“.

<sup>13</sup> Siehe im Einzelnen in Fußnote 8.

plinieren, den Zugang zum Markt missbräuchlich regeln. Dies ist Begriffsjurisprudenz in einer üblen Form. Normalerweise ist die Rechtsprechung der beiden europäischen Gerichte davon meilenweit entfernt. In Verbindung mit dem oben erwähnten § 69 SGB V ergibt sich daraus die wettbewerbsrechtliche Misere innerhalb des deutschen Gesundheitswesens.

4. Kritisch zu betrachten ist schließlich ein ziemlich ungebremster Harmonisierungseifer, der sich in Brüssel ausgebreitet hat. Es hängt dies einmal damit zusammen, dass die in Brüssel versammelte hochqualifizierte Beamtenschaft immer auf der Suche nach interessanter Beschäftigung ist. Wichtiger und zugleich bedenklicher ist dieses: Dieser Eifer ist Ausdruck konstruktivistischen Denkens, eines Denkens in Endzuständen. Man glaubt zu wissen, was im jeweiligen Anwendungsbereich die beste Lösung ist. Diese müsste dann, wenn nicht weltweit, so jedenfalls EU-weit durchgesetzt werden. Man überspringt sozusagen einen Wettbewerb unterschiedlicher Regulierungssysteme, der als Entdeckungsverfahren Schritte zu besseren Lösungen erst möglich macht.

Die Ausführungen sollten nicht insgesamt als Politikerschelte verstanden werden. Die Politik folgt ihren eigenen Gesetzmäßigkeiten, die zugleich ihre Abhängigkeiten sind. Sie ist auf breitere Zustimmung angewiesen. Wenn die Popularität einer Wettbewerbsordnung in diesem Lande nicht wirklich belastbar ist, nimmt sie dies in ihr Kalkül auf. Frustration wäre die falsche Antwort darauf. Die richtige Antwort gab schon Albert Camus: Man muss sich Sisyphus als einen glücklichen Menschen vorstellen.