

Schriften des Vereins für Socialpolitik

Band 201

Wettbewerbsfragen der Europäischen Gemeinschaft

Herausgegeben von

Helmut Gröner



Duncker & Humblot · Berlin

Schriften des Vereins für Socialpolitik
Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften
Neue Folge Band 201

SCHRIFTEN DES VEREINS FÜR SOCIALPOLITIK

Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften

Neue Folge Band 201

**Wettbewerbsfragen der
Europäischen Gemeinschaft**



Duncker & Humblot · Berlin

Wettbewerbsfragen der Europäischen Gemeinschaft

Herausgegeben von

Helmut Gröner



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Wettbewerbsfragen der Europäischen Gemeinschaft / hrsg. von
Helmut Gröner. – Berlin: Duncker und Humblot, 1990
(Schriften des Vereins für Socialpolitik, Gesellschaft für Wirtschafts-
und Sozialwissenschaften; N. F., Bd. 201)
ISBN 3-428-06998-6
NE: Gröner, Helmut [Hrsg.]; Gesellschaft für Wirtschafts- und
Sozialwissenschaften: Schriften des Vereins . . .

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten
© 1990 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41
Druck: Druckerei Gerike GmbH, Berlin 36
Printed in Germany

ISSN 0505-2777
ISBN 3-428-06998-6

Vorwort des Herausgebers

I.

Die Kontroverse über Sinn, Notwendigkeit und Probleme einer gemeinsamen Wettbewerbspolitik im Rahmen der EG beherrscht seit geraumer Zeit die wissenschaftliche und öffentliche Diskussion. Die Arbeitsgruppe Wettbewerb des Wirtschaftspolitischen Ausschusses im Verein für Socialpolitik nahm dies zum Anlaß, um auf ihrer Tagung im April 1989 in Tübingen das Thema „Wettbewerbsfragen der Europäischen Gemeinschaft“ zu erörtern. Um einen umfassenden Einblick in alle Aspekte dieses Problemkreises zu bekommen, ergingen Einladungen an Vertreter der zuständigen nationalen und EG-Behörden, an Hochschullehrer der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften sowie an Kartelljuristen aus der Industrie. Als die Arbeitsgruppe Wettbewerb tagte, wurde die EG-Fusionskontrolle noch beraten. Mittlerweile hat der EG-Ministerrat die Kontroll-Verordnung verabschiedet, sie tritt am 21. September 1990 in Kraft.

Das Eingangsreferat übernahm Dr. Manfred Caspari, der seinerzeit als Generaldirektor für Wettbewerb der EG-Kommission zur Abgrenzung von Industrie- und Wettbewerbspolitik durch die EG Stellung nahm. Außerdem stellte er in einem weiteren Vortrag die Praxis der Kartellpolitik der EG-Kommission vor.

Einen Einblick in die Rechtsprechung des EuGH zu Wettbewerbsfragen vermittelte Prof. Dr. Ulrich Everling, der dort als Richter tätig war.

Der damalige Vorsitzende der Monopolkommission, Prof. Dr. Ulrich Immenga, erläuterte in seinem Beitrag die Probleme der Abgrenzung zwischen europäischer und deutscher Wettbewerbspolitik, während Prof. Dr. Ernst Niederleithinger über den Standpunkt des Bundeskartellamtes zur geplanten EG-Fusionskontrolle referierte.

Den Abschluß der Tagung bildeten schließlich die Ausführungen von Rechtsanwalt Jürgen Lindemann, Syndikus und Abteilungsdirektor der Siemens AG, über die geplante EG-Fusionskontrolle sowie die bisherige Praxis des EWG-Kartellrechts aus Unternehmenssicht.

II.

Gäste der Arbeitsgruppe waren:

Dr. Manfred Caspari, Generaldirektor für Wettbewerb bei der EG-Kommission,
Brüssel

Prof. Dr. Ulrich Everling, Richter am Europäischen Gerichtshof a. D., Luxemburg

Prof. Dr. Ulrich Fehl, Universität Marburg

Dr. Horst Greiffenberg, Generalsekretär der Monopolkommission, Köln

Prof. Dr. Ulrich Immenga, Universität Göttingen, Vorsitzender der Monopolkommission

Rechtsanwalt Jürgen Lindemann, Syndikus und Abteilungsdirektor der Siemens
AG, München

Prof. Dr. Josef Molsberger, Universität Tübingen

Prof. Dr. Wernhard Möschel, Universität Tübingen

Prof. Dr. Ernst Niederleithinger, Vizepräsident des Bundeskartellamtes, Berlin

Prof. Dr. Joachim Starbatty, Universität Tübingen

Inhalt

<i>Manfred Caspari: Zur Abgrenzung von Industriepolitik und Wettbewerbspolitik der EG</i>	9
Schwerpunkte der Diskussion	22
<i>Ulrich Everling: Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs über Wettbewerbsfragen</i>	35
Schwerpunkte der Diskussion	56
<i>Manfred Caspari: Die Kartellpolitik der EG-Kommission</i>	61
Schwerpunkte der Diskussion	76
<i>Ulrich Immenga: Grenzen nationaler Wettbewerbspolitik</i>	81
Schwerpunkte der Diskussion	95
<i>Ernst Niederleithinger: Wettbewerbsfragen der Europäischen Gemeinschaft</i>	103
<i>Jürgen Lindemann: Die geplante EWG-Fusionskontrolle sowie die bisherige Praxis des EWG-Kartellrechts aus Unternehmenssicht</i>	115
Schwerpunkte der Diskussion	124

Zur Abgrenzung von Industriepolitik und Wettbewerbspolitik der EG*

Von *Manfred Caspari*, Brüssel

I. Das Problem

1. Zunächst möchte ich eine Anmerkung zu den Begriffen machen, wie sie sich in meinem Thema finden, die vielleicht erstaunen mag: Wenn ich natürlich etwas mit dem Begriff „Wettbewerbspolitik“ anzufangen weiß, so habe ich doch erhebliche Schwierigkeiten mit dem Begriff „Industriepolitik“, oder besser gesagt: mit der genauen Abgrenzung dessen, was damit gemeint ist. Diese Definitionsschwierigkeit hat, so glaube ich, wenig mit wirtschaftspolitischen Grundauffassungen zu tun; sie hängt eher damit zusammen, daß der Umgang mit mehreren Sprachen — und das gehört zum Brüsseler Geschäft — zu besonderer Vorsicht im Gebrauch allgemein gehaltener ideologisierte Begriffe anhält. So übertrug mein früherer englischer Übersetzer — er ist nicht nur Linguist, sondern auch Nationalökonom — den Begriff „Ordnungspolitik“ in „Industrial policy“. Aus „sozialer Marktwirtschaft“ wird dann übrigens auch leicht „mixed economy“. In diesem Sprachexercitium lernte ich, daß „Industriepolitik“, „Industrial policy“ und „politique industrielle“ jeweils etwas anderes bedeuten.

2. Das scheint in der deutschen Diskussion doch alles viel einfacher zu sein. Wettbewerbsordnungs-Politiker benutzten den Begriff „Industriepolitik“, um das anzuprangern, was die Wirtschaftspolitik nicht tun sollte: nämlich punktuell und sektoriell zu intervenieren und dadurch den marktbestimmten Wirtschaftsablauf zu verfälschen. Dem MITI-Mythos verfallene Wettbewerbsfähigkeits-Politiker hingegen benutzten ihn zur Beschreibung dessen, was der deutschen wettbewerbsorientierten Wirtschaftspolitik angeblich fehlt, um für Produkte der sogenannten Schlüsseltechnologien auf dem Weltmarkt gegenüber den Amerikanern und Japanern wieder aufholen zu können oder zumindest kein weiteres Terrain zu verlieren. Sie fordern eine gezielte Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und der Industrie, begleitet natürlich von staatlichen Finanzspritzen.

Ich frage mich aber: Reichen diese beiden Positionen aus, um die ökonomische Realität und Problematik hinreichend zu beschreiben? Besteht eine solche Antino-

* Der Verfasser drückt hier seine eigenen Ansichten aus, die nicht notwendigerweise diejenigen der EG-Kommission sind.

mie zwischen Wettbewerbs- und Industriepolitik? Sagt nicht Wolfgang Kartte, ein ausgewiesener Wettbewerbspolitiker, daß jede Fusionsentscheidung des Bundeskartellamtes auch eine industriepolitische Entscheidung sei? Stellen nicht eine Reihe von — als durchaus „normal“ angesehenen — Steuerregelungen oder Verkehrs- und Forschungsinfrastrukturmaßnahmen ganz eindeutig — und oft sehr gezielt — industriepolitische Maßnahmen dar? Oder nehmen wir die Handelspolitik, über die ich aus eigener Erfahrung sprechen kann: Hier gibt es ja nicht nur speziell verhandelte (Stahl, Textil) oder einseitig verfügte offene Einfuhrbeschränkungen zum Schutz der heimischen Industrie, die sicherlich nur wenig mit den GATT-Prinzipien Meistbegünstigung, Entwicklungsländerpräferenzen und Reziprozität zu tun haben. Auch die Anti-Dumping-Regeln, deren Anwendungsbereich weit über Fälle des predatory behaviour hinausgeht, werden zum punktuellen Schutz gegen aggressive ausländische Konkurrenz eingesetzt, und ich wundere mich darüber, daß deutsche Wettbewerbsprofessoren sich nicht präziser mit diesem Thema befassen. Die Zolltarife der Industrieländer sind in manchen Bereichen so gestaffelt, daß es den Entwicklungsländern kaum möglich ist, Produkte der ersten Verarbeitungsstufe zu exportieren. Nationale technische Normen haben auch protektionistische Effekte. Subventionen werden eingesetzt, um entweder notleidende Industrien gegen ausländische Konkurrenz zu schützen oder Markteroberungsstrategien der eigenen Industrie zu unterstützen.

3. Schon diese wenigen Beispiele zeigen: Die Tätigkeit der öffentlichen Hand führt zu vielfältigen spezifischen Begünstigungen und Benachteiligungen. Die Interventionen wirken gezielt oder mehr zufällig. Sie kumulieren sich bei einem Unternehmen oder aber sie konterkarieren sich. Ein Land mit einer solchen Regelungsdichte und mit einer solchen Vielzahl von Interventionsebenen wie die Bundesrepublik (Bund, Länder und Gemeinden) macht davon keine Ausnahme. Die Forderung der zitierten Wettbewerbsfähigkeits-Politiker dürfte also insoweit erfüllt sein, als sich in der Realität der Staat durchaus nicht auf die Rolle des Hüters der Marktwirtschaft beschränkt. Allerdings mögen die Interventionen nicht so zielgerichtet und so effizient sein wie in Japan — und möglicherweise nicht gerade die Wirtschaftszweige begünstigen, denen sich diese Politiker besonders verbunden fühlen.

Wenn das so ist, dann sollte dieser Aspekt der staatlichen Politik nicht verdrängt oder als etwas „Unkeusches“ der wissenschaftlichen Diskussion entzogen werden — etwa nach dem Motto „was nicht sein kann (für den Marktwirtschaftler), das nicht sein darf“. Man sollte sich vielmehr damit auseinandersetzen, mit dem Ziel, den Dschungel zu lichten und die vielfältigen Eingriffe der öffentlichen Hand transparenter und rationeller zu gestalten. Aber das ist wohl ein Thema für sich, das über den Rahmen meines Referates hinausgeht.

Ich werde meine weiteren Ausführungen auf den EWG-Vertrag (EWGV) und dessen Wettbewerbskonzept basieren und prüfen, inwieweit andere — mehr oder weniger legitime — ökonomische oder politische Zielsetzungen dieses Konzept

berühren. Dabei geht es vor allem um den Rang des Wettbewerbsprinzips in der Abwägung gegenüber anderen Vertragszielen.

II. Die Diskussion in der EG

1. Auch im EG-Rahmen hat es heftige Diskussionen gegeben, die mit dem heutigen Thema zu tun haben, und diese Diskussion gibt es — wenn auch unter anderen Vorzeichen — noch heute. Bis weit in die sechziger Jahre hinein galt Brüssel bei deutschen Marktwirtschaftlern als staatsinterventionistischer Beelzebub: Die Brüsseler Kommission wurde von ihnen als eine Art Transmissionsriemen für die Übertragung der Planifikation auf die Gemeinschaft angesehen. Man denke nur an die Rededuelle zwischen Hallstein und Erhard. Die Argumente

- daß erstens eine tatsächliche greifende Planifikation eine wirksame Zentralgewalt voraussetzt und die Brüsseler Behörde niemals über eine solche Gewalt verfügen kann und der Rom-Vertrag sie ja auch nicht vorsieht,
- daß zweitens bei einem Wettbewerb von Wirtschaftssystemen innerhalb eines Wirtschaftsraums mit Freizügigkeit sich das effizientere, und das ist nun einmal die Marktwirtschaft, durchsetzt,

kamen seinerzeit kaum an.

In der Zwischenzeit ist die französische Planifikation durch die ökonomische Realität des Gemeinsamen Marktes hinweggefegt worden. Auch die Verstaatlichung hat sich als antikompetitiv erwiesen. Vor einigen Jahren, anlässlich einer Sitzung der EG-Wettbewerbsgeneraldirektoren, gab dann mein französischer Kollege, Christian *Babusiaux*, eine Erklärung über Bedingungen und Aufgaben des Wettbewerbs ab, die ein Beamter aus der Grundsatzabteilung des Bonner BWI nicht besser hätte formulieren können. In der Tat hat sich in den Hauptstädten der Gemeinschaft immer deutlicher die Einsicht durchgesetzt, daß im Prinzip

- stabiles Geld besser ist als Inflation,
- der Staatsanteil zu hoch ist und gesenkt werden muß, auch durch Subventionsabbau,
- wettbewerbsfähige und -willige Unternehmen den leistungsfähigsten Motor des Wirtschaftsprozesses darstellen,
- im Grundsatz der wettbewerbliche Preismechanismus als Lenkungsmechanismus der Planifikation und staatlichen Preisbildung überlegen ist.

Diese Entwicklung in unseren Nachbarländern wurde sicherlich nicht durch das Studium der Schriften *Euckens*, *Müller-Armacks* oder *Erhards* verursacht. Sie beruht auf praktischen Erfahrungen mit marktwirtschaftlichen und planifikatorischen Rezepten. Die EG-bedingte Zusammenarbeit der Administrationen mag den Lernprozeß noch beschleunigt haben. Das ohnehin kaum übertragbare Wort

„Ordnungspolitik“ habe ich allerdings in diesem Zusammenhang nicht gehört. Freie Preise mit Wettbewerb werden vielmehr als die in der Regel effizienteste Industriepolitik angesehen.

Dieser Trend wird noch besonders akzentuiert durch die neuerlichen Anstrengungen zur Schaffung des Binnenmarktes ab 1992. „Deregulierung“ und „Marktöffnung“ heißen jetzt die Schlagworte. Man denke nur an die Luftfahrt, an Banken und Versicherungen, an Telekommunikation, an das Schicksal der Hoflieferanten auf einem auch im öffentlichen Auftragswesen von Freizügigkeit und Wettbewerb bestimmten Gemeinsamen Markt. Die Veränderung der wettbewerbspolitischen Großwetterlage findet ihren Ausdruck auch in den letzten beiden Studien über die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes, dem *Padoa-Schioppa*- und dem *Cecchini*-Bericht. Beide weisen dem Wettbewerb eine zentrale Rolle für die Verwirklichung des Binnenmarktes und insbesondere für die Umsetzung des Vorteil-Potentials dieses Materials in Wachstum und Wohlstand zu.

2. Diese Entwicklung in der europäischen Diskussion kann den Wettbewerbspolitiker nur freuen. Doch gibt es auch andere Nachrichten im Zusammenhang mit dem Herannahen des Datums 1992. Da ist einmal das Schlagwort von der „Festung Europa“. Wird die Gemeinschaft zum Schutz ihrer Industrie den Markt nach außen abschließen? Wird sie das Reziprozitätsprinzip als Vorwand für einen neuen Protektionismus nehmen? Werden uns damit neue Marktzutrittschranken beschert? Trotz aller feierlichen Anti-Protektionismus-Erklärungen will ich diese Gefahr nicht leugnen. Sie ist gewiß für einige Sektoren nicht auszuschließen, denken wir nur an die Kampagne einiger Autoproduzenten im Hinblick auf die japanische Konkurrenz. Die bisherige Erfahrung weist aber — auch entsprechend der Interessenlage der Gemeinschaft als der Welt größter Exporteur — in eine andere Richtung. Danach mag die Gemeinschafts-Handelspolitik zwar nicht ganz so liberal sein wie die deutsche, sie ist jedoch merklich liberaler als diejenige des Durchschnitts der Gemeinschaftsländer. Vergessen wir nicht die Rolle der Gemeinschaft für das Gelingen von Kennedy- und Tokyo-Runde im GATT. Vergessen wir vor allem nicht, daß auf dem Höhepunkt der zweiten Ölkrise nur die Disziplin der gemeinsamen Handelspolitik protektionistische Alleingänge großer europäischer Länder verhindern konnte, die nur zu leicht eine weltweite Kettenreaktion hätten auslösen können. Ich bin jedenfalls optimistisch und glaube, daß die Gemeinschaft das Reziprozitätsprinzip in erster Linie dafür einsetzen wird, den Zugang zu anderen Märkten zu verbessern, also ein „Mehr“ an freiem Welthandel zu schaffen.

3. Eine andere Besorgnis der Anti-Industriepolitiker hängt mit dem durch die Einheitliche Europäische Akte (EEA) dem EWGV neu hinzugefügten Titel „Forschung und technologische Entwicklung“ zusammen. Mit Art. 130 f) wird erstmals — wenn auch in sehr begrenztem Rahmen — eine eindeutige industriepolitische Terminologie in den EWGV eingeführt. Ich zitiere den ersten Absatz dieses

Artikels: „Die Gemeinschaft setzt sich zum Ziel, die wissenschaftlichen und technischen Grundlagen der europäischen Industrie zu stärken und die Entwicklung ihrer internationalen Wettbewerbsfähigkeit zu fördern“. Zur Erreichung dieses Zieles soll die Gemeinschaft die Forschung und technologische Entwicklung unterstützen und Zusammenarbeitsbestrebungen fördern (Art. 130 f) (2)). Ein Ausdruck dieser Politik sind die mit Finanzmitteln ausgestatteten Forschungsprogramme der Gemeinschaft. Sie verfolgen grosso modo folgende Ziele:

- Rationalisierung von Forschungs-Interventionen, die von verschiedenen Mitgliedstaaten vorgenommen werden;
- Vorbereitung von europäischen technischen Standards, die notwendig sind, um bisher bestehende unterschiedliche nationale Standards zu ersetzen;
- Verstärkung der Forschung in Bereichen, in denen die Gefahr besteht, daß die Industrie der Gemeinschaft hinter derjenigen der USA und Japans nachhinkt.

Insbesondere das letztgenannte Ziel stellt natürlich mit aller Deutlichkeit die Frage nach der Abgrenzung zwischen Wettbewerbspolitik und industrieorientierter Forschungspolitik.

Die EEA schuf im EWGV auch einen neuen Titel „Wirtschaftlicher und sozialer Zusammenhalt“, der für unsere heutige Diskussion nicht ohne Relevanz ist. Auf ihm basiert insbesondere die Erhöhung der Mittel und damit der ökonomischen Bedeutung des Regionalfonds. Dieser Fonds wird in erster Linie für die Entwicklung von Regionen eingesetzt, die nach Gemeinschaftskriterien als unterentwickelt bezeichnet werden können. Finanziert werden nicht nur Infrastruktur-Maßnahmen, sondern auch industrielle Neuinvestitionen. Ein anderes wichtiges Einsatzziel des Regionalfonds — allerdings mit geringerer Beihilfeintensität — sind notleidende alte Industriegebiete oder ländliche Räume, die mit den Folgen einer stabilitätsorientierten Agrarpolitik zu kämpfen haben. Der Einsatz der Finanzfonds unterliegt nicht den Beihilferegeln des Vertrages, denn diese befassen sich mit nationalen Subventionen. Doch kann die Kommission nicht mit zweierlei Maß messen. Was sie den Mitgliedstaaten entgegenhält, muß sie auch selbst beachten. Insofern verweise ich auf meine späteren Ausführungen zu Artikel 92 ff.

III. Das Wettbewerbskonzept des EWGV

1. Ich möchte nun zum Kern meines Referates kommen, nämlich zum Wettbewerbskonzept des EWGV: Art. 3 EWGV, ein Grundsatzartikel, legt die Tätigkeiten und Aufgaben der Gemeinschaft im Sinne der in Art. 2 EWGV definierten allgemeinen Ziele fest. Er spricht zwar von der Einführung gemeinsamer Politiken auf dem Gebiet der Landwirtschaft und des Verkehrs, von einer Industriepolitik ist jedoch nicht die Rede. Wohl aber fordert Art. 3 f) die Errichtung eines Systems

des unverfälschten Wettbewerbs. Dieses Wettbewerbsprinzip wird in erster Linie im Kapitel „Wettbewerbsregeln“ (Art. 85-94) konkretisiert. Es prägt aber auch weitgehend andere Regeln des Rom-Vertrags, so die Vorschriften über staatliche Handelsmonopole (Art. 37) oder Wettbewerbsverzerrungen auf Grund von Unterschieden in den nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften (Art. 101, 102). Es findet Anwendung auf privates und staatliches Handeln, so auch auf staatliche Beihilfen. Aus dem Verfassungsrang von Art. 3 folgt, daß die Vertragsregeln, die Art. 3 f) konkretisieren, in ihrer Auslegung und Anwendung wiederum an Art. 3 f) zu messen sind.

Diesem System entspricht völlig, daß Art. 85 (3), der die Möglichkeit eröffnet, unternehmerische Absprachen, die zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, vom Verbot des Art. 85 (1) freizustellen, dies davon abhängig macht, daß genügend Restwettbewerb verbleibt. Daran könnte auch eine Gemeinschafts-Fusionskontroll-Verordnung nicht vorbeikommen. Das heißt: Niemals kann die EG-Kommission eine Ermächtigung erhalten, die es ihr erlaubte, ausnahmsweise Fusionen zu genehmigen, die zur vollen Monopolisierung eines Marktes führen. Insoweit ist also die EG-Kommission strenger an die Wettbewerbsleine gelegt als der deutsche Wirtschaftsminister mit der Ministererlaubnis.

2. Die zentrale Rolle des Wettbewerbs ergibt sich auch aus dessen direktem Zusammenhang mit dem Binnenmarktkonzept. Das Wettbewerbsrecht wird dazu eingesetzt, Praktiken von Mitgliedstaaten und Unternehmen zu eliminieren, die dem Binnenmarktkonzept entgegenstehen. Andererseits führt jedes „Mehr“ an Binnenmarkt wegen der Erweiterung des räumlich relevanten Marktes, wegen der Erhöhung der Zahl der Anbieter und Nachfrager zu einem „Mehr“ an Wettbewerb. Der Gemeinsame Markt hat tiefgreifende Restrukturierungen mit der Folge beachtlicher Spezialisierungen und „economies of scale“ bewirkt oder überstanden, ohne daß damit die Wettbewerbsintensität insgesamt nachgelassen hat — eher ist das Gegenteil der Fall. Binnenmarktpolitik ist also insoweit zugleich Wettbewerbspolitik. Ich möchte gleich hinzufügen: Das ist die gegenwärtige Situation. Natürlich besteht die Gefahr einer künftigen Gegenbewegung. So können binnenmarktorientierte Restrukturierungen auch zu wettbewerblich höchst bedenklichen Konzentrationen führen. Gerade deswegen insistiert ja die EG-Kommission so sehr auf der Annahme ihres Fusionskontroll-Vorschlags.

Das ist der eine Zusammenhang zwischen Binnenmarkt und Wettbewerb. Der andere dürfte künftig noch wichtiger werden. Der Binnenmarkt ist kein Selbstzweck. Er dient wirtschaftlich der Steigerung der Leistungsfähigkeit und Stabilität der Wirtschaft, dem Heranführen der ärmeren an die reicheren Regionen. Dafür sind die Wirtschaften zusammenzuführen, die ökonomischen Ressourcen zu entwickeln, die innovativen und organisatorischen Kräfte zu mobilisieren. Sie müssen sich im großen EG-Raum voll entfalten können. Es ist das System des

unverfälschten Wettbewerbs, das als Grundsatz diesen Anforderungen entspricht. Es ist die konfliktärmste Form des Zusammenwirkens der Kräfte — insbesondere in einem Wirtschaftsraum, auf den verschiedene Souveränitätsrechte oder -vorstellungen einwirken. Zugleich ist es das Wirtschaftssystem, das — wie es die Kommission in ihrem 15. Wettbewerbsbericht unterstrich — den demokratischen Grundvorstellungen der Gemeinschaft entspricht.

Damit komme ich wieder auf die Forderung des Art. 3 f) zurück. Mit ihr ist nicht nur der Wettbewerb als Instrument zur Eliminierung von Binnenmarkthemmnissen angesprochen. Für die Zukunft noch wichtiger erscheint mir, daß damit der Wettbewerb im Grundsatz als wirtschaftliches Organisationsprinzip des künftigen EG-Binnenmarktes festgelegt wird, an das sich Unternehmen wie die öffentliche Hand zu halten haben — wegen des Bezugs auf die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Vertragsregeln, allerdings nur, soweit eine EG-Binnenmarktrelevanz besteht. Die Verantwortung für die Errichtung und das Funktionieren dieses Systems liegt bei den Gemeinschaftsorganen, insbesondere bei der Kommission. Damit hat der EWGV eine Wettbewerbsordnung der Gemeinschaft geschaffen.

IV. Grenzen des Wettbewerbsprinzips

1. Der EWGV legt aber auch Grenzen für die Anwendung des Wettbewerbsprinzips fest oder gibt Hinweise, wo und wie eine Abwägung zwischen unterschiedlichen Vertragszielen zu erfolgen hat. Der eklatanteste Fall ist Art. 42. Er sieht vor, daß die Wettbewerbsregeln des EWGV nur insoweit auf Produktion und Handel mit Agrarprodukten Anwendung finden, als dies der Rat unter Berücksichtigung der Ziele der Gemeinsamen Agrarpolitik bestimmt. Hier geht es also um das Verhältnis zwischen den Grundsätzen von Art. 3 d) und 3 f). Die auf dieser Basis erlassene Verordnung Nr. 26/62 macht im Prinzip die Wettbewerbsregeln anwendbar, jedoch mit solchen Einschränkungen, daß man sagen kann: Im Falle von Zielkonflikten hat die Agrarordnung den Vorrang — was nicht nur einer bedauerlichen deutschen Tradition entspricht, sondern leider auch weitverbreiteter Brauch in anderen westeuropäischen Ländern zu sein scheint.

Auch für den Verkehr enthält der EWGV marktordnungsorientierte Vorschriften. Trotzdem sind die allgemeinen Wettbewerbsregeln für diesen Sektor gültig. In der Anwendung wird man sicherlich den — tatsächlichen, nicht den vorgebliehen — Besonderheiten der verschiedenen Verkehrsträger Rechnung tragen müssen, was sich auch in den Verordnungen zur Anwendung von Art. 85 und 86 im Verkehrsbereich widerspiegelt. Daneben sind die Spezialvorschriften des Verkehrs-Titels zu beachten. So statuiert Art. 77, daß Beihilfen, die der Verkehrskoordination oder Leistungen des öffentlichen Dienstes entsprechen, mit dem Vertrag vereinbar sind. Obwohl die gemeinsame Verkehrspolitik ebenfalls im Grundsatzartikel drei angesprochen ist, scheint doch für diesen Sektor der Vertrag den

Wettbewerbsregeln einen höheren Rang einzuräumen als für die Landwirtschaft. Das wird sich in der künftigen Kommissionspolitik niederschlagen — so beispielsweise bei den Vorschlägen für die nächste Etappe der Liberalisierung des Luftverkehrs.

Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interessen betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten nach Art. 90 (2) die Wettbewerbsregeln nur insoweit, als sie nicht die Erfüllung der übertragenen Aufgaben verhindern. Die Termini „betrauen“ (durch einen hoheitlichen Akt) und „verhindern“ (und nicht lediglich „erschweren“) zeigen schon den engen Rahmen dieser Ausnahme. Hinzu kommt noch die Bedingung, daß der Handelsverkehr nicht in einem Ausmaße beeinträchtigt werden darf, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Mir scheint, als ob sich die deutsche Elektrizitätswirtschaft mit ihrem Vertragsgeflecht auf diese Vorschrift berufen will, und zwar wegen der Verpflichtungen aus dem Energiewirtschaftsgesetz. Ich habe meine Zweifel über eine solche Auslegung.

2. In der Anwendung der Beihilferegeln des EWGV ist die EG-Kommission permanent mit dem Problem der Abwägung konfrontiert zwischem dem Prinzip des unverfälschten Wettbewerbs nach Art. 3 f) und anderen Forderungen, die teilweise Gemeinschaftspolitiken oder auch Vertragszielen entsprechen. Art. 92 (1) verbietet alle staatlichen Beihilfen, die den Wettbewerb im innergemeinschaftlichen Handel verfälschen — aber nur im Prinzip; Art. 92 nennt auch eine Reihe von Ausnahmen.

Art. 92 (2) sieht Legalausnahmen von diesem Verbot vor. Diese Beihilfen sind mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar. Anderen Zielen wird also insoweit ein höherer Rang eingeräumt als dem Wettbewerbsprinzip. Dazu gehören Beihilfen, soweit sie zum Ausgleich der durch die deutsche Teilung verursachten Nachteile erforderlich sind. Die EG-Kommission hat bis jetzt noch keine Prüfung dieser Nachteile und deren Relation zu den Beihilfen vorgenommen. Die Frage stellt sich, ob sie diese Abstinenz noch lange fortsetzen kann.

Von größerer Bedeutung sind die Beihilfen, die in Artikel 92 (3) aufgeführt sind. Das sind Beihilfen, welche die EG-Kommission genehmigen, also als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklären kann. Die Masse der Fälle — die EG-Kommission muß jährlich über rund 300 bis 400 Beihilfenotifizierungen entscheiden — werden auf der Basis von Artikel 92 (3) c) entschieden. Danach können Beihilfen zur Förderung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete genehmigt werden, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft. Hierunter fallen etwa die Regionalbeihilfen niederer Intensität in den Zentralregionen der Gemeinschaft, die nationale Forschungsförderung, die Mittelstandsbeihilfen, die Beihilfen für notleidend gewordene Unternehmen und andere mehr. In der Anwendung dieser Vorschrift stellt meines Erachtens das Prinzip des Art. 3 f) eindeutig die

Meßlatte dar. Die Genehmigung einer Beihilfe ist eine Ausnahme von der Norm. Deswegen sind strenge Maßstäbe anzulegen. Das schließt nicht aus, daß die Kommission beispielsweise in der Bundesrepublik Regionalbeihilfen genehmigt, die Territorien erfassen, in denen etwa 40 Prozent der Bevölkerung leben, daß sie Forschungsbeihilfen genehmigt, die für die Grundlagenforschung bis zu 50 Prozent des Forschungsaufwandes abdeckt, daß sie in Frankreich und Großbritannien in der Automobilindustrie Beihilfen akzeptierte, die als notwendig erachtet wurden für eine Privatisierung oder eine Umwandlung einer Staatsregie in eine Gesellschaft des Handelsrechts.

Von den Regeln des Art. 92 (3) a) und b) wird — bis jetzt jedenfalls — weniger Gebrauch gemacht. Bei 92 (3) a) geht es um Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Gebiete mit niedriger Lebenshaltung oder mit erheblicher Unterbeschäftigung. Art. 92 (3) b) betrifft Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaates. In beiden Fällen besteht nicht — wie in der „Generalklausel“ des Art. 92 (3) c) — das ausdrückliche Erfordernis, daß die Handels- und Wettbewerbsverzerrung kein dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufendes Ausmaß annehmen darf. Trotzdem können auch in diesen Fällen Entscheidungen nicht ohne Beachtung der Prinzipien des Art. 3 f) getroffen werden.

Nehmen wir das Beispiel der Beihilfen nach 92 (3) a), also der Beihilfen für die ärmeren Randgebiete (Griechenland, Irland, Portugal, Teile Spaniens, Mezzogiorno). Diese Beihilfen entsprechen dem neu in den EWGV eingeführten Zusammenhaltserfordernis. Die Eignung und Angemessenheit zur Erreichung dieser Forderung kann jedoch nicht das alleinige Genehmigungskriterium darstellen. Das Wettbewerbsprinzip setzt Grenzen fest. Nicht jede regionalfördernde Beihilfe kann genehmigt werden. Bestünde andernfalls nicht die Gefahr, daß bei einer Beihilfeintensität von bis zu 75 Prozent gerade in kapitalintensiven Sektoren erhebliche wettbewerbsverzerrende Überkapazitäten aufgebaut würden?

Ähnliches gilt beispielsweise für Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem Interesse nach Art. 92 (3) b), eine Vorschrift, die zunehmend für mehrere Mitglieds- (und eventuell auch EFTA-)länder übergreifende Forschungsaktivitäten verwendet wird. Auch hier wird nicht nur die Sachgerechtigkeit der Subvention für den angestrebten Zweck geprüft, vielmehr müssen auch die als wettbewerbspolitisch tolerabel angesehenen Beihilfeobergrenzen eingehalten werden.

Ich möchte nicht verhehlen, daß meines Erachtens die EG-Kommission im Zuge der fortschreitenden Entwicklung des Binnenmarktes in einer Abwägung bei Zielkonflikten der Sicherung eines unverfälschten Wettbewerbs einen zunehmend höheren Rang einräumen muß. Das betrifft vor allem die Gemeinschafts-Beihilfenkontrolle und insbesondere deren Anwendung auf staatliche Stützungs-

maßnahmen zugunsten von maroden Groß- und Größtunternehmen. Oder anders ausgedrückt: Industriepolitische Überlegungen müssen weiter zurückgedrängt werden zugunsten der Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips.

V. Fallbeispiele

1. Zum Abschluß möchte ich meine Ausführungen mit einigen Fallbeispielen illustrieren. Es handelt sich um Stahl — womit ich auch auf den sektoriell und damit auch deutlicher industriepolitisch angelegten EGKS-Vertrag (EGKS) zu sprechen komme —, um Chemiefasern und um Telekommunikation.

Zunächst zum Stahl, dem wohl eklatantesten Beispiel industriepolitischer Eingriffe der Brüsseler Behörde in den letzten Jahren. In diesem Sektor hatten sich — übrigens gefördert durch das internationale Kartell der „Vorhersager“, und dazu gehört auch die EG-Kommission — bis Mitte der siebziger Jahre erhebliche Überkapazitäten aufgebaut. Der Boom setzte sich nicht fort, die Ölkrise begann. Der Preiswettbewerb wurde ruinös, die innergemeinschaftlichen Preise unterschritten merklich die Preise in Japan und den USA. Mehrere Mitgliedstaaten begannen mit einer massiven Subventionierung, um ihre Unternehmen — und dabei standen die Staatsunternehmen im Vordergrund — auch bei nicht auskömmlichen Erlösen am Leben zu erhalten. Andere Mitgliedstaaten erwogen Gegenmaßnahmen. Der Gemeinsame Markt für Stahl drohte auseinanderzufallen, mit Rückwirkungen auch für andere Sektoren.

Die EG-Kommission versuchte zunächst — im Zusammenwirken mit EUROFER — über mehr oder weniger freiwillige Quotenabmachungen eine Stabilisierung des Markts zu erreichen. Später kam es zu verordneten Quoten mit hohen Strafen bei Quotenüberschreitungen. Nach außen wurde dieses System durch Arrangements mit den wichtigsten Lieferländern abgesichert, durch welche diese sich mit der Beibehaltung traditioneller Marktanteile begnügten. Diese Lösung war sicherlich im Ergebnis liberaler als ein konsequenter Einsatz des Anti-Dumping-Instrumentariums. Damit war aber das Beihilfeproblem nicht gelöst. Ein Außenstehender mag da zunächst fragen: Wie konnte es überhaupt entstehen angesichts des Art. 4 c) EGKS, der nationale Beihilfen strikt verbietet? Nun, dieses Verbot wurde schon bei Beginn der europäischen Kohlekrise Anfang der sechziger Jahre durchlöchert. Mehrere Länder, insbesondere die Bundesrepublik, sahen sich veranlaßt, in eine massive Subventionierung des heimischen Kohlebergbaus einzusteigen. Aber auch die Stahlindustrie partizipierte überall an allgemeinen Beihilfeprogrammen. Gegen diese Beihilfen war nicht vorgegangen worden. Sie wurden ignoriert oder sie kamen in den Genuß einer Rechtskonstruktion, die unter Notzüchtigung des Art. 67 EGKS entwickelt wurde. Danach wurden Beihilfen, die im Rahmen allgemeiner Regelungen an EGKS-Unternehmen abgegeben wurden, dem Verbot des Artikels 4 c) entzogen. Dabei mag auch eine

Rolle gespielt haben, daß Verstöße gegen Art. 4 c) nicht vor den EUGH gebracht werden können. Art. 88 EGKSV eröffnet in diesen Fällen nur die Möglichkeit einer Befassung des Rates, der beispielsweise mit einer Zweidrittel-Mehrheit zum Ergreifen von Ausgleichsmaßnahmen ermächtigen kann. Würde das aber den Gemeinsamen Markt fördern?

In dieser Situation kam es zu den beiden Beihilfekodizes von 1980 und 1981. Sie etablierten stufenweise eine Totalkontrolle aller Beihilfen zugunsten der Stahlindustrie. Sie war verbunden mit einer Restrukturierungspolitik mit dem Ziel der Wiederherstellung der Viabilität ab 1986 und der Reduzierung der Kapazitäten um mindestens 30 Mio. t bis Ende 1985. Dieses Ziel wurde insoweit erreicht, als etwa 32 Mio. t stillgelegt wurden und nunmehr mit Ausnahme von *Finsider* alle Unternehmen — sicherlich auch dank der guten Konjunktur — wieder schwarze Zahlen vorweisen. Ab 1. Januar 1986 wird das Beihilfeverbot des Art. 4 c) wieder strikt angewandt. Ausnahmen davon bedürfen einer Entscheidung nach Art. 95 EGKSV. Aufgrund einer solchen Entscheidung sind Beihilfen — in einem streng limitierten Rahmen — für Forschung und Entwicklung, Umweltschutz und Stilllegungen zugelassen. Auch Beihilfen für die noch immer notleidende italienische staatliche Stahlindustrie können nur auf der Basis einer einstimmigen Ratsentscheidung gewährt werden. Weiterhin wurden inzwischen die Quoten abgeschafft, und die EG-Kommission geht wieder gegen Marktaufteilungsabsprachen zwischen Stahlunternehmen vor. Damit herrschen in der Stahlindustrie wieder die Gesetze des Marktes.

2. Auch im Chemiefasersektor hatten sich Ende der siebziger Jahre in Westeuropa massive Überkapazitäten aufgebaut, die sich noch zu erhöhen drohten. Das war die Folge von Fehleinschätzungen der Marktentwicklung, aber auch von expansiven Politiken staatlich subventionierter öffentlicher Unternehmen. In dieser Situation akzeptierte die EG-Kommission auf der Basis von Art. 85 (3) eine Kapazitätsstilllegungsabsprache zwischen den wichtigsten Produzenten der Gemeinschaft. Parallel dazu verabschiedete die EG-Kommission Regeln für eine strikte sektorale Beihilfedisziplin, die praktisch alle Beihilfen für eine Erhöhung oder künstliche Aufrechterhaltung von Produktionskapazitäten für Synthesefasern ausschloß. Das Kartell lief Ende 1985 aus. Es hatte seinen Zweck erreicht. Die Kapazität wurde um rund 20 Prozent reduziert. Die Beihilfedisziplin wird jedoch noch fortgesetzt.

Anfang der achtziger Jahre fühlte die europäische Chemieindustrie bei der EG-Kommission vor, ob sie ähnliche Kapazitätsabsprachen auch für weitere Bereiche der petrochemischen Industrie dulden würde. Die Kommission reagierte negativ, erklärte jedoch ihre Bereitschaft, eine offene Haltung gegenüber Abkommen über Spezialisierung oder über gegenseitigen Austausch oder Zusammenlegung von Produktionen zwischen einzelnen Unternehmen einzunehmen. Auf dieser Basis wurden dann eine Reihe von bilateralen Übertragungen, Spezialisie-

rungen und Gemeinschaftsunternehmen notifiziert. Sie wurden überwiegend nach Art. 85 (3) genehmigt. Gegen Marktaufteilungs- und Preisabsprachen ging dagegen die Kommission mit aller Härte vor.

3. Von besonderer Bedeutung für die Verwirklichung des Binnenmarkts ist das Vorgehen der EG-Kommission auf dem Gebiet der Telekommunikation. Dieser Sektor ist gekennzeichnet durch ein hohes Maß an nationaler Reglementierung und Monopolisierung, durch nationale Normen und Hoflieferanten. Die EG-Kommission spricht sich in ihrem Grünbuch, das zu ähnlichen Ergebnissen kommt wie die Mehrheit der deutschen Witte-Kommission, für den Abbau staatlicher Eingriffe und für mehr Wettbewerb aus. Das Staatsmonopol ist auf das Netz zu beschränken; darüber hinaus wird es unter den gegenwärtigen Umständen auch für die Basisdienste, mithin praktisch für den Telefondienst akzeptiert. Das Monopol darf nicht diskriminieren, die gemeinschaftliche Interkonnektivität ist sicherzustellen, die Normen sind zu harmonisieren, der Endgerätemarkt und die Dienste sind dem Wettbewerb auszusetzen, die öffentlichen Aufträge sind zu liberalisieren. Zur Erreichung dieser Ziele setzt die EG-Kommission einerseits ein weitgefächertes juristisches Instrumentarium ein, darunter die Wettbewerbsregeln. Andererseits bedient sie sich aber auch des Instruments der Forschungsprogramme, um zu erreichen, daß künftige Normen von vornherein gemeinschaftsweit konzipiert werden.

Dies ist nur ein kurzer Abriß. So viel sollte aber schon klar geworden sein: Es handelt sich um einen abgestimmten Einsatz von Maßnahmen wettbewerbspolitischer wie auch industriepolitischer Art. Wo aber liegt die Trennlinie zwischen beiden? Und was ist mit dem Ziel? Für mich fällt es unter den Bereich Wettbewerbspolitik. Mein französischer Kollege, der genau das gleiche erreichen will, würde es als „politique industrielle“ definieren.

VI. Zusammenfassung

Ich schließe meine Ausführungen ab. Sie begannen mit der Darlegung meiner Schwierigkeiten mit dem Begriff „Industriepolitik“. Ein kurzer Abriß über die Entwicklung der EG- internen wirtschaftspolitischen Diskussion zeigte dann, wie stark doch das Wettbewerbsprinzip inzwischen über die deutschen Grenzen hinaus an Boden gewonnen hat. Wäre vor 25 Jahren ein so wettbewerbsorientierter Cecchini-Bericht vorstellbar gewesen? Neue Probleme stellen sich mit der Verwirklichung des Binnenmarkts ab 1992: Die Angst vor der „Festung Europa“, die ich für weitgehend unbegründet halte; die erstmalige Einführung einer industriepolitischen Terminologie in den EWGV durch die EEA; die Erhöhung der Fonds für Gemeinschaftssubventionen. Auch darauf bin ich eingegangen. Im Zentrum des Vortrags stehen meine Ausführungen, in denen ich mich mit der Wettbewerbskonzeption des EWGV auseinandersetze. Ich kam zu dem Schluß,

daß der EWGV in der Tat eine Gemeinschafts-Wettbewerbsordnung geschaffen hat. In der konkreten Anwendung werden diesem Ordnungssystem jedoch Grenzen durch andere Vertragsziele gesetzt, wobei bei der Abwägung in der Regel dem Wettbewerbsprinzip der Vorrang einzuräumen ist. Zum Schluß brachte ich drei Beispiele. Sie zeigen die Zwänge, aber auch die Gestaltungsmöglichkeiten der Gemeinschaftspolitik. Sie zeigen ebenfalls, daß trotz mancher Umwege industriepolitischer Art, die eingeschlagen werden mußten, die Zielvorstellung des Wettbewerbsprinzips niemals aus den Augen gelassen wurde. Am Ende derzeitiger Operationen darf in der Tat niemals ein „Weniger“, sondern muß, wo immer möglich, ein „Mehr“ an funktionsfähigem Wettbewerb stehen.

Schwerpunkte der Diskussion

Starbatty:

Im Rahmen eines Forschungsprojekts bearbeite ich die Europäische Technologiepolitik, die eine spezielle Form der Industriepolitik ist, gewissermaßen eine moderne Industriepolitik. In diesem Zusammenhang haben wir nicht nur die einschlägigen Dokumente durchgearbeitet, sondern auch mit damit befaßten Leuten aus der EG-Kommission und den einzelnen Generaldirektionen gesprochen. Dabei habe ich einen anderen Eindruck des Verhältnisses von Industriepolitik und Wettbewerbspolitik gewonnen, als es hier gezeichnet wurde. Ich könnte mir vorstellen, daß innerhalb der Kommission oder innerhalb der Generaldirektionen sehr unterschiedliche Auffassungen hierzu vertreten werden. Herr Caspari hat als ‚Oberbegriff‘ die Wettbewerbspolitik aufgefaßt, die in der Regel auf Deregulierung abhebt, und darunter als nachgeordnete Kategorie die Industriepolitik. Demgegenüber habe ich den Eindruck gewonnen, daß die Industriepolitik dominiert, daß also die Wettbewerbspolitik eine Kategorie der Industriepolitik ist, und daß Fusionskontrolle und Wettbewerbsregelungen und deren Auslegungen in Richtung Industriepolitik zielen.

Beispielsweise ist uns bei den Dokumenten folgendes aufgefallen: An erster Stelle steht immer, daß über eine gemeinschaftliche Politik die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Unternehmungen mittels staatlicher Hilfen — auf welche Art auch immer — gesteigert werden müsse. Es wird also von der Grundthese ausgegangen, daß man es im unternehmerischen Bereich gewissermaßen mit einer Form des Marktversagens zu tun hätte: Die Unternehmungen als solche wären alleine nicht mehr in der Lage, mit den japanischen und amerikanischen Konkurrenten mithalten und bedürften deswegen industriepolitischer Anstrengungen. Ich erinnere mich sehr gut daran, daß der Ausdruck Industriepolitik Ende der sechziger und Anfang der siebziger Jahre in verschiedenen Ländern Widerspruch ausgelöst hat. Nunmehr haben mir Vertreter der EG-Kommission ganz eindeutig gesagt, daß die Kommission an sich jetzt dasselbe mache, wie früher intendiert wurde, und daß sie heute aber unter dem Rubrum ‚Technologiepolitik‘ auf keinen Widerstand mehr stoße. Auch nicht auf Widerstand seitens der deutschen Ministerien, die allenfalls Sorge hätten, daß ihnen zu viele Kompetenzen weggenommen würden.

Caspari:

Erstens zeigt das, wie schillernd der Begriff Industriepolitik ist. Wenn Sie mit einem wirtschaftspolitisch ‚aufgeklärten‘ Franzosen sprechen, dann wird der sagen: Wettbewerbspolitik ist die beste Industriepolitik. Da läuft doch die Termi-

nologie ineinander. Zweitens zeigt es ein wirkliches Problem. Es besteht darin, daß die Kommission jetzt über Forschungsmittel verfügt und daß mit dem neuen Forschungskapital erstmals eine industriepolitische Terminologie in den Vertrag eingeführt worden ist. Und eines der Ziele, für die die Kommission diese Forschungsmittel einsetzt, heißt, Verstärkung der Forschung in Bereichen, in denen die Gefahr besteht oder zu bestehen scheint, daß die Industrie der Gemeinschaft hinter derjenigen der USA und Japans nachhinkt.

Mit Ausnahme der Verfügbarkeit über Forschungsmittel sehe ich darüber hinaus nicht, welche Instrumente dieser sogenannten Industriepolitik die Kommission besitzen sollte, sieht man einmal davon ab, daß sie industriepolitische Stellungnahmen abgeben kann.

Möschel:

Herr Caspari hat sicher recht insoweit, als es in Deutschland Wettbewerbspolitik gibt, die wie Pawlowsche Hunde reagieren: Wenn das Wort Industriepolitik fällt, dann beißen sie zu. Es gibt in diesem Bereich gewiß auch erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten, nicht nur was das Ausmaß staatlicher Interventionen anbelangt, sondern auch konzeptionell. Dennoch meine ich, daß man sich dem Problem analytisch nähern kann. Ich sehe den wesentlichen Unterschied darin, daß Wettbewerbspolitik an den Voraussetzungen für wirtschaftliches Handeln der Marktteilnehmer anknüpft, und zwar orientiert an der Abwesenheit von Wettbewerbsbeschränkungen und an sonst nichts. Was unter solchen Systembedingungen herauskommt, ist unbekannt, nicht im Sinne von jenen Strukturaussagen, über die Hoppmann geschrieben hat. Demgegenüber orientiert sich Industriepolitik im Sinne von Nicht-Wettbewerbspolitik wohl an bestimmten konkreten Marktergebnissen, so etwa, daß der Megachip in Europa jetzt gefördert werden muß, damit innerhalb einer bestimmten Zeit ein solcher Chip verfügbar ist. Das hat meines Erachtens mit Wettbewerbspolitik nichts mehr zu tun.

Dann habe ich noch eine Frage: Sie haben aufgezeigt, daß innerhalb des EWG-Vertrages noch mehr vorhanden ist als Wettbewerbsvorstellungen. Ein wichtiger Punkt in dem Zusammenhang ist der Artikel 90 mit der Implikation der öffentlichen Unternehmen. Mich würde interessieren, wie die Kommission Artikel 90 Abs. 2, eine Schlüsselvorschrift des Vertrages, versteht. Dort heißt es, für Unternehmen gelten die Vorschriften des EWG-Vertrages, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Ist das in Ihrem Verständnis eine Bereichsausnahme vom EWG-Vertrag, ähnlich wie die §§ 99 ff. GWB, oder ist das im Grunde genommen ein Verbot mit einem Erlaubnisvorbehalt, der sozusagen alleine in der Kompetenz der Kommission liegt? Nimmt man einmal an, die deutschen EVUs wären Unternehmen im Sinne dieser Vorschrift, gelten dann Artikel 85 und 86 von vornherein nicht oder gelten die Vorschriften solange auch für diese Unternehmen, bis die Kommission sich überzeugt erklärt, daß Artikel 90 Abs. 2 im Sinne eines Erlaubnisvorbehaltes erfüllt sein sollte?

Caspari:

In der Kommission ist man jetzt endlich dabei, Art. 90 zu aktivieren. Angesichts der verschiedenartigen Einflußnahmen der öffentlichen Hand auf „ihre“ Unternehmen in den verschiedenen Mitgliedstaaten dürfte diesem Artikel eine Schlüsselstellung zukommen. Trotzdem war er lange Zeit von der Kommission wie auch von den davon betroffenen Wirtschaftszweigen etwas mit Nichtachtung gestraft worden. Deswegen gibt es hierzu auch noch keine sehr entwickelte Entscheidungspraxis. Natürlich gelten die von Ihnen genannten Vorschriften. Wenn einer meint, daß sie nicht gelten würden, muß er uns darlegen — und notfalls muß der Gerichtshof darüber entscheiden —, daß die Bedingungen des Art. 90 Abs. 2 erfüllt sind. Und wie bei Art. 92 gibt es da ja auch die Bedingung, daß die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden darf, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Das wiederum kann nur von der Kommission beurteilt und entschieden werden —, von niemandem sonst. Das Unternehmen selbst kann nicht die Beurteilung vornehmen und ihm darf auch diese Beurteilung nicht übertragen werden.

Darf ich eine Frage an Sie stellen, Herr Möschel? Wie sehen Sie Abschreibungsregelungen für den Forschungsbereich? Es gibt keine objektiv absolut „richtige“ Abschreibungsregel. Deshalb hat man in allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft Regelungen gewählt, die über das hinausgehen, was betriebswirtschaftlich eigentlich angemessen ist. Die Unternehmen sollen damit zu größeren Forschungsanstrengungen ermutigt werden. In welche Ihrer beiden Kategorien würde diese Forschungsabschreibung fallen?

Möschel:

Nach meinen Kriterien fällt dies in die Kategorie Industriestrukturpolitik. Zwar handelt es sich nicht um eine Förderung eines bestimmten Industriezweiges, der Airbus-Produktion, aber es ist die Förderung einer ganz bestimmten Unternehmenstätigkeit und auch das ist eine Form der Industriestrukturpolitik.

Lenel:

Die aufgeworfene Frage führt zu dem Problem: müssen wir Forschungsaufwendungen überhaupt aktivieren und wie stark dürfen wir sie abschreiben. Dabei hätte ich Bedenken zu sagen, hier liegt schon Industriepolitik vor, obwohl es eindeutig zu einer Förderung oder einer Hemmung führen kann.

Nun zu einem anderen Hinweis: Nach meiner Erfahrung ist die Trennung — hier die Wettbewerbspolitik, dort die Industriepolitik — ja schon fast so alt ist wie die EG selbst. Für die Industriepolitik ist nämlich eine andere Generaldirektion zuständig, die nach meinen Erfahrungen zumindest Ende der sechziger Jahre, Anfang der siebziger Jahre weitgehend an den Grundsätzen der Planifikation ausgerichtet war. Man wollte bestimmte Ziele erreichen, nicht etwa nur einen Rahmen setzen.

Ein weiteres, was die Forschungspolitik anbelangt: Die Bundesrepublik sitzt in dieser Frage im Glashaus, denn genau dasselbe, was bei der EG bemängelt wird, wird vom Bundesforschungsministerium auch gemacht.

Caspari:

Es ist eingerissen, daß überall Staatsbeihilfen für Forschung gezahlt werden. Ich unterscheide — etwas grob gesprochen — die Beihilfepolitiken der Mitgliedstaaten nach zwei Aspekten: Das eine ist eine „defensive“ Beihilfepolitik, um eigene schwache Unternehmen gegenüber leistungsfähigen Unternehmen aus anderen Ländern lebensfähig zu halten. Das andere ist eine „aggressive“ Handelspolitik, um die Position der eigenen Unternehmen in den Bereichen, die man für zukunftsweisend hält, gegenüber der ausländischen Konkurrenz zu stärken und ihnen bei der Markteroberung zu helfen. Die Forschungspolitik ist nach meiner Meinung in der Regel ein Teil dieser zweiten Politik. Und diese wird zunehmend „vergemeinschaftlicht“. Anvisiert wird weniger die innergemeinschaftliche Konkurrenz als die Konkurrenz gegenüber den Amerikanern und Japanern. Dafür werden auch Gemeinschafts- Forschungsmittel eingesetzt.

Seit zwei oder drei Jahren haben wir nun bei der Kommission angefangen, die nationalen Beihilfen für Forschung zu kontrollieren, die vorher nicht überwacht, ja nicht einmal notifiziert wurden. In einer ersten Etappe wurde eine Rahmenregelung für Beihilfen eingeführt, die uns jetzt allmählich ein volles Bild der Subventionen liefert, die die Unternehmen erhalten. Wir haben festgelegt: eine Beihilfe darf nicht mehr als fünfzig Prozent bei Grundlagenforschung betragen und darf mit zunehmender Marktnähe zehn oder zwanzig Prozent nicht übersteigen. Inzwischen haben wir auch schon die ersten negativen Entscheidungen getroffen; andere sind in Vorbereitung. Aber es gibt immer noch eine Lücke in diesem System: manche Mitgliedstaaten geben nämlich keine Beihilfen, sondern vergeben Forschungsaufträge, und diese Forschungsaufträge werden bis jetzt noch nicht von den Beihilferegelungen erfaßt, obwohl sie zum großen Teil nichts anderes als Beihilfen darstellen. Deshalb gilt es, in der nächsten Etappe, in die wir jetzt eintreten, auch diese Praktiken unter Kontrolle zu bekommen.

Die Forschungsbeihilfen entwickeln sich allmählich zum größten Beihilfenblock, wenn man vom Steinkohlebergbau, von der Landwirtschaft und von der Eisenbahn absieht. Das schließt nicht aus, daß in manchen Ländern weniger Forschungsbeihilfen gewährt werden. So erhalten Unternehmen in Irland praktisch keine und in Belgien nur relativ niedrige Beihilfen dieser Art. Das hat dann Auswirkungen auf die Konkurrenzsituation innerhalb des Gemeinsamen Marktes.

Hamm:

Der Wettbewerb soll die Investition und die Desinvestition steuern. Das ist eine der Regeln der Wettbewerbspolitik. Ich habe den Eindruck, daß die Kommission bei dem Abbau von Überkapazitäten, also bei Desinvestitionen, mit großem Mißtrauen auf die Steuerungskraft des Wettbewerbs schaut. Die Binnenschifffahrt

beispielsweise zeigt, daß diese Skepsis bei der Kommission bis in die allerletzte Zeit anhält. In diesem Zusammenhang stellt sich mir die Frage, von welchen Kriterien die Kommission ausgeht, wenn Branchen den Wunsch eines kartellartig organisierten Kapazitätsabbaus vorbringen. Ich befürchte nämlich, daß man in Brüssel in solchen Fällen vornehmlich an das Kurieren von Symptomen denkt. Man registriert die Überkapazitäten und sucht dann Zuflucht bei Kontingenten und bei einem staatlich organisierten Kapazitätsabbau. Den Ursachen dieser Störungen, die im wesentlichen ja in der Beihilfenpolitik liegen, wird indessen zuwenig nachgegangen. In der Rheinschiffahrt beispielsweise hört man nun, daß diese Überkapazitäten seit 1980 bestehen. Deshalb muß man fragen, was hat die Kommission eigentlich seit 1980 getan, um diesen systematischen Aufbau von Überkapazitäten durch staatliche Beihilfen zu verhindern. Wenn man auf diesem Gebiet etwas weitsichtiger verfahren würde, so meine ich, könnten diese Sündenfälle einer Wettbewerbs- und Industriepolitik vermieden werden.

Caspari:

Zum Binnenschiffahrtsfall kann ich mich nicht äußern. Jedenfalls handelt es sich nicht um ein Kartell, das wir ja nach Art. 85 Abs. 3 EWGV genehmigen könnten, denn dann hätten wir diesen Fall nicht dem Ministerrat vorgelegt. Nach den Kartellvorschriften haben wir nur einen einzigen Fall dieser Art genehmigt, nämlich das Chemiefaser-Kartell. Wesentlich als Folge von Zuschüssen an staats-eigene Unternehmen waren große Überkapazitäten aufgebaut worden, die im Rahmen einer zeitlich begrenzten Absprache abgebaut wurden. Vorher war also die Beihilfenkontrolle verloren gegangen. Das hatte die mißliche Situation bei den Chemiefasern geschaffen. Noch eklatanter war das übrigens beim Stahl. Die Beihilfekontrolle für den Bergbau und für die Stahlindustrie war durch die Kohlesituation verlorengegangen. Als man bei der Kohle erst einmal akzeptiert hatte, daß der EGKS-Vertrag insoweit nicht angewendet wurde, war es dann nur ein kleiner Schritt, ihn auch für Stahl nicht anzuwenden. Das Bestreben ging nun dahin, wieder eine Lage zu erreichen, in der die Industrie ohne Beihilfen auskommen kann, und dies in einer Weise, daß politischer Aufruhr verhindert wurde. Über solche politische Probleme kann die Kommission nicht ohne weiteres hinwegsehen. Sie wird also auch nicht das absolute Beihilfeverbot für Kohle abrupt durchsetzen, denn das würde heißen, daß hunderttausend Arbeiter von einem Tag auf den anderen arbeitslos würden. Bei Stahl haben wir einen Prozeß eingeleitet, der dazu führt, daß es inzwischen keine Beihilfen mehr gibt, von Restbeträgen und von Forschungsbeihilfen im üblichen Rahmen einmal abgesehen. Und bei Chemiefasern haben wir eine Dreifachoperation vorgenommen. Wir haben das Chemiefaser-Kartell genehmigt und zugleich ein Beihilfeverbot ausgesprochen. Als dann die Chemiefaserindustrie ihr Kartell fortführen wollte, haben wir dies nicht zugelassen. Danach mußte jedes Unternehmen selbständig rationalisieren, ohne Kartellabsprachen. Manchmal haben die Unternehmen bilateral Produktionen ausgetauscht. Das haben wir geprüft und haben es überwiegend

genehmigt. Aber immer haben wir genau das Marktverhalten überwacht, und wenn wir Kartellierungen festgestellt haben, wurden empfindliche Geldbußen verhängt.

Bei der Rheinschifffahrt scheint es etwas anders zu liegen: In kurzen Zeitabständen wurden immer wieder neue Stilllegungsaktionen vorgenommen und mit jeder Stilllegungsbeihilfe wurden wieder neue rationale Schiffe finanziert. Diese neuen rationalen Schiffe haben eine solche Umlaufgeschwindigkeit, daß damit wieder die nächsten Überkapazitäten vorgeplant sind. So kann man Bürokratien beschäftigen und Schiffe mit staatlichen Beihilfen abwracken.

von Weizsäcker:

Herr Caspari hat einleitend dargelegt, daß es terminologische Unterschiede in verschiedenen europäischen Sprachen gibt. Ich will vielleicht das Thema der Forschungsbeihilfen noch einmal unter diesem Aspekt aufgreifen. Man kann, so glaube ich, selbst wenn man sich auf einen radikal-wettbewerbspolitischen Standpunkt stellt, nicht einfach behaupten, daß Forschungsbeihilfen verfehlt seien. Vielmehr liegen die Dinge sehr viel komplizierter. So kann wohl auch der überzeugteste Wettbewerbspolitiker nicht dagegen sein, daß der Staat als Infrastruktur Straßen baut und daß er zum Bau dieser Straßen private Bauunternehmen beauftragt. Die Frage ist jedoch, wie weit die Entwicklung etwa auf dem Gebiet der Mikroelektronik eine ähnliche infrastrukturelle Bedeutung besitzt wie die Straßen. Das ist nicht a priori zu entscheiden, denn es handelt sich um eine Frage, die im einzelnen zu untersuchen wäre. Ich will hier — schon aus Zeitgründen — auch gar nicht in eine solche Prüfung eintreten, aber es scheint mir in einer hochtechnisierten Welt durchaus Gebiete staatlicher Förderung zu geben. Schließlich wird die Grundlagenforschung sowieso vom Staat bezahlt. Daß es also auch private Unternehmen als staatliche Zuwendungen geben können soll, scheint mir a priori nicht ausschließbar zu sein. Damit ist freilich nichts darüber ausgesagt, wo die Grenzen liegen. Jedenfalls scheint es mir, daß es sich hierbei doch um eine ganz andere Kategorie von Industriepolitik handelt, wenn man sie denn so nennen möchte, als zum Beispiel die Aufrechterhaltung des Kohlebergbaus oder irgendwelcher anderer eingefahrener Produktlinien. Es geht ja eigentlich um die Schaffung eines Wissens, das der Allgemeinheit zur Verfügung steht und damit natürlich doch ganz wesentliche volkswirtschaftliche Beiträge zum Wachstum darstellen könnte. Insofern ist das Wort Industriepolitik in der Tat ein sehr schillerndes und ein viele Dinge umfassendes Wort, Sachverhalte, die sich schwer oder überhaupt nicht mit der Wettbewerbspolitik vereinbaren lassen, und andere, die meines Erachtens vollkommen mit ihr kompatibel sind.

Niederleithinger:

Ich bin nicht generell gegen eine Subventionierung der Forschung von Unternehmen, habe aber zwei Vorbehalte: Wenn Unternehmen Mittel bekommen unter

dem Titel „Forschung“, dient der überwiegende Teil gar nicht diesem Zweck, sondern der Produktentwicklung und -weiterentwicklung.

Zweiter Punkt: Für mich ist es neu, Mittel, die auf diese Art und Weise an Unternehmen gezahlt werden, mit Infrastruktur- und Wegebauinvestitionen zu vergleichen, weil die Forschungsergebnisse später auch der Allgemeinheit zur Verfügung stehen. Ich würde dies vielleicht noch für angebracht halten, wenn ein Unternehmen, das seine Forschungsaufwendungen nur zum Teil mit Staatszuschüssen finanziert hat, sich dann so verhalten müßte wie der Wegeeigentümer, der doch den Gemeingebrauch einräumt. Im Zweifel wird es jedoch anders sein. Das Unternehmen wird versuchen, das neu geschaffene Wissen möglichst für sich zu behalten, erst recht, wenn es nicht in der Forschung, sondern in der Entwicklung anfällt.

Lenel:

Gehört es wirklich zu den Aufgaben des Staates, darüber zu entscheiden, welche Grundlagenforschung in welchem Unternehmen betrieben werden soll, mit Mitteln, die der Staat überwiegend aus dem Steueraufkommen finanzieren muß? Die Grundlagenforschung an Universitäten bedeutet demgegenüber etwas ganz anderes. So stehen etwa die Ergebnisse der Grundlagenforschung der Universitäten der Allgemeinheit zur Verfügung. Und daß der Staat diese Grundlagenforschung finanzieren solle, steht für mich außer Zweifel. Dagegen zweifle ich, ob der Staat auch für die Zweckforschung in Unternehmen aufkommen soll, und ob er entscheiden soll, welche Forschungsvorhaben finanziert werden sollen oder zu entfallen haben.

Pohmer:

Auch für mich ist nicht einleuchtend, warum das, was Unternehmen sinnvollerweise tun, vom Staat subventioniert werden soll. Wo die Unternehmen mit ihrem ureigenen Aufgabenbereich am Zuge sind, dort sollte eigentlich deren eigenes ökonomisches Interesse darüber entscheiden, wo sie investieren wollen und wo nicht. Daß der Staat bestimmt, welche Entwicklungen zukunftssträftig sind und welche nicht, ist zu bezweifeln. Deshalb ist beispielsweise eine gezielte Förderung der Entwicklung des Megachips sicherlich eine Art der Subventionierung, die allenfalls besser getarnt und vor allem populärer ist als andere Formen staatlicher Hilfen. Kurzum: die Unterstützung bestimmter Projekte der angewandten Forschung in der Industrie durch den Staat ist bedenklich, nicht zuletzt deshalb, weil in dieser Förderung zu einem guten Teil der Gedanke eine Rolle spielt, daß man die europäische oder die deutsche Wirtschaft gegenüber den Vorreiterleistungen in anderen Staaten wettbewerbsfähiger machen müsse. Diese protektionistische Vorstellung, die sich mit der Forschungsförderung in den meisten Fällen verbindet, erscheint mir für den internationalen Wettbewerb außerordentlich problematisch.

Möschel:

Herr von Weizsäcker hat die Vokabel ‚Infrastruktur‘ eingeführt am Beispiel des Straßenbaus und eine Parallele zur Forschungsförderung in der elektronischen Industrie gezogen. Diese Vokabel findet sich in der Sache auch schon bei Adam Smith. Außerdem lebe ich in einem Bundesland, dessen Ministerpräsident gleichfalls ständig damit hausieren geht und die Vertreter der ‚reinen‘ Lehre damit lächerlich zu machen versucht. Dennoch habe ich bis heute nicht begriffen, welchen Aufschluß diese ‚Totschlagvokabel‘ eigentlich bringt. Die Infrastruktur — und dann ist die Diskussion angeblich am Ende — sei eine unbestrittene Staatsaufgabe. Nach meinem Eindruck ist die Diskussion eigentlich schon sehr viel weiter, sehr viel differenzierter und präziser, als es diese Vokabel vermuten läßt. Läßt man einmal Staatsaufgaben auf der verteilungspolitischen und auf der makropolitischen Ebene weg und fragt allein alloktionstheoretisch, dann geht es um die Kategorie des Marktversagens. Das kann ein natürliches Monopol sein, es kann ruinöse Konkurrenz vorliegen oder es treten gravierende negative externe Effekte auf. Zum Beispiel könnte es bei der Grundlagenforschung ein zu hohes Risiko geben, daß Unternehmen diese Tätigkeit, weil zu marktfern, nicht übernehmen. Und wenn es der politische Wille ist, daß diese Forschungsarbeit dennoch gemacht werden soll, dann wird es durch Steuermittel finanziert. Aber das ist dann etwas ganz anderes. Ich weiß natürlich auch, daß die Kategorie der externen Effekte eine fließende ist, die auf Abgrenzungsprobleme stößt. Aber mit der Vokabel Infrastruktur macht man es sich zu einfach.

Neumann:

Ich wollte noch einmal unterstützen, was Herr von Weizsäcker gesagt hat. Ich weiß nicht, ob die Vokabel Infrastruktur nun so besonders aufschlußreich ist. Vielleicht ist sie für die Öffentlichkeit besonderr gut geeignet. Ökonomisch besitzt jede Erfindung den Charakter eines öffentlichen Gutes, und zwar insoweit, als sich der Erfinder die Früchte seiner Tätigkeit nicht voll aneignen kann. Das gilt auch bei Patenten, da die Vorteile nicht vollständig approbierbar sind, sondern nur zum Teil. Das trifft für Grundlagenforschungen im ganz besonderen Maß zu. Je mehr man sich mit einer Entwicklung dem Markt nähert, desto mehr kann sich ein Unternehmen die Früchte der eigenen Anstrengungen aneignen. Deshalb besteht bei allen Erfindungen immer ein gewisser Grad von Öffentlichkeit. Das würde dazu führen, daß zuwenig geforscht würde, wenn man Forschung allein privater Initiative überließe. Das Optimum würde verfehlt. Das jeweilige Optimum im einzelnen zu bestimmen, ist ungeheuer schwierig, und darin liegt eigentlich das Problem. Weil es nur wenig objektive Kriterien gibt, kann es sehr unterschiedliche Meinungen darüber geben, wie groß der Öffentlichkeitsgrad einer Erfindung oder eines Forschungsvorhabens ist. Gewisse Anhaltspunkte liefert die Unterscheidung zwischen Grundlagenforschung und Entwicklung. Ob ein Konflikt zwischen Industriepolitik mit der Wettbewerbspolitik entsteht, hängt davon ab, wie der Staat Forschungssubventionen vergibt. Haben Großunterneh-

men einen Vorteil bei der Vergabe solcher Mittel, dann werden dadurch Marktstrukturen verändert, wodurch wieder andere Konsequenzen eintreten, die man wettbewerbspolitisch nicht als wünschenswert ansehen kann.

Schmidtchen:

Allokationstheoretisch ist es unstrittig, daß bei dem Produkt, um das es hier geht, nämlich bei Wissen, Fehlallokationen auftreten können. Aber weniger deshalb, weil diejenigen, die das Wissen produziert haben, dieses Wissen nicht kostenlos an die Allgemeinheit abgeben. Darauf kommt es in dem Zusammenhang gar nicht an. Die entscheidende Frage ist vielmehr, fließen genügend Ressourcen in die Wissensproduktion. Diese Frage läßt sich nur beantworten, wenn man eine Vorstellung von der optimalen Menge an Ressourcen besitzt. Eine solche Vorstellung müssen im übrigen auch diejenigen besitzen, die nicht im Stil der traditionellen Allokationstheorie argumentieren.

Hoppmann:

Zunächst ergänzend zum Begriff Infrastruktur: Wir haben im Jahre 1970 eine Tagung des Vereins für Socialpolitik über Infrastrukturplanung gehabt. Seit der Zeit kann ich den Begriff „Infrastruktur“ nicht mehr unbefangen verwenden, weil sich dort gezeigt hat, daß er eine Leerformel ist, daß er im Ergebnis nur dazu dient, staatliche Investitionen zu rechtfertigen. Der Begriff Infrastruktur hilft uns nicht weiter, wir verschieben das Problem nur auf ein anderes Wort.

Nun noch eine zweite kurze Bemerkung: Wir haben in diesem Arbeitskreis schon öfter über Optimum-Vorstellungen diskutiert. Ein solches Optimum mag es ja vielleicht geben, aber es gibt überhaupt keine Methode, wie wir dies empirisch feststellen können. Und solange uns eine derartige Methode fehlt, ist es in meinen Augen eine reine ‚Glasperlenspielerei‘, mit dem Optimumbegriff zu arbeiten. Wenn man staatliche Tätigkeiten damit begründet, daß irgendetwas unteroptimal sei, ist die empirische Feststellung unmöglich, ob dies vorliegt. Deshalb kann man empirisch mit dem Begriff Optimum nicht arbeiten. Wenn ihn die Juristen manchmal brauchen, ist es in einem ganz anderen als in diesem doch wohlfahrtsökonomisch gemeinten Sinne. Also auch dieses Konzept hilft uns hier nicht weiter.

Damit komme ich zur eigentlichen Frage von Herrn Caspari: Wie kann man ohne die Konzepte „Infrastruktur“ und „Gleichgewicht“ Wettbewerbspolitik und Industriepolitik voneinander abgrenzen? Es handelt sich hierbei um eine Frage von Definitionen. Nun steht aber am Anfang einer wissenschaftlichen Untersuchung nie die Definition, und hier werden wir gleichwohl nach solchen Definitionen gefragt. Ich erinnere mich an die letzte Tagung der Internationalen Kartellkonferenz in Berlin beim Bundeskartellamt 1980. Dort waren über zwanzig Nationen vertreten, die sämtlich für Wettbewerb zwischen Unternehmen waren. Die einzigen, die erbittert dagegen waren, waren die Franzosen. Sie sprachen davon, daß sie ja den eigentlichen, wahren Wettbewerb hätten, nämlich den Wettbewerb der

Nationen versus Wettbewerb der Unternehmen. Damit fiel das Konzept „Wettbewerbspolitik versus Industriepolitik“ überhaupt in sich zusammen. Ich wollte zeigen, daß die Begriffe Wettbewerbspolitik und Industriepolitik noch weitere Facetten haben.

Ergebnis: Es hat nicht viel Sinn, darüber zu diskutieren, „was“ Industriepolitik oder „was“ Wettbewerbspolitik ist, um diese Begriffe a priori zu definieren, sondern wir müßten an die Einzelfragen herangehen. Wenn wir etwa die Einzelheiten der Stahlindustrie oder bei den Chemiefasern oder in der Binnenschifffahrt diskutieren, dann werden wir sehr schnell über einzelne Methoden übereinstimmen. Natürlich gibt es Streitigkeiten, aber die werden nicht mehr so groß sein, und dann brauchen wir die Begriffe Industrie- und Wettbewerbspolitik überhaupt nicht mehr. Deshalb sollten wir lieber, genauso wie wir es immer schon getan haben, die einzelnen Maßnahmen untersuchen und dann fragen, wie sie zu beurteilen sind.

Caspari:

Noch ein Wort zur Forschungsbeihilfe: Man muß eigentlich nur den Vertrag anwenden. Denn nach Artikel 92 Abs. 3 Buchstabe c können Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, also auch Forschungsbeihilfen, nur genehmigt werden, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft. Danach sind zwei Kriterien maßgeblich: Erstens müssen wir, auch nach der Aussage des Gerichtshofes, eine Beurteilung auf Gemeinschaftsniveau vornehmen. Wir müssen prüfen, ob die Förderung auch unter Gemeinschaftsgesichtspunkten zu begrüßen ist. Zweitens geht es um innergemeinschaftliche Handelswirkungen und damit auch um die Frage einer Wettbewerbsverfälschung. Diese kann bis zu einem gewissen Maße hingenommen werden, andernfalls hätte ja Art. 92 keine Ausnahme vom Verbot der Wettbewerbsverfälschung vorgesehen. Aber dies darf nur so weit gehen, daß es nicht gegen das gemeinschaftliche Interesse verstößt.

Wie steht es schließlich aber mit der Forschungsfreiheit? Wenn die Selbstbeteiligung der Unternehmen zu niedrig wäre, dann würde der Staat alleine bestimmen, was geforscht wird. Deshalb dürfen Beihilfen, die mehr als fünfzig Prozent des Forschungsaufwandes betragen, nicht vergeben werden. Diese Schwelle dient dazu, dem Wettbewerbsprinzip wenigstens im gewissen Umfang Geltung zu verschaffen. Und weiter fordern wir, daß der Fördersatz desto niedriger sein muß, je marktnäher das Forschungsprojekt ist. Das führt zu vielen Streitpunkten. Wir kommen jetzt im Schnitt dazu, daß jenseits der Grundlagenforschung der Beihilfersatz höchstens fünfundzwanzig Prozent betragen darf.

Immenga:

Es wurde darauf hingewiesen, daß der Versuch, Wettbewerbspolitik und Industriepolitik zu definieren, nicht sehr viel weiter hilft. Das ist freilich kein großer

Erkenntniswert. In der EG wird Wettbewerbspolitik betrieben und es geht um den Wert der Politik. Dazu benötigt man Maßstäbe, und hier ist ein gewisses Bündel an Vorschlägen bereits am Beispiel der Forschungspolitik erörtert worden, ein Bündel von Legitimitätskriterien. Das scheint mir die eigentlich wichtigste Frage zu sein an die Verantwortlichen in der EG und allgemein an die Ökonomen: Welche Kriterien noch legitimer Industriepolitik gibt es?

Starbatty:

Nach meiner Einschätzung sind Fehlallokationen kein Grund für staatliche Interventionen. Was Fehlallokationen sind, erkennen wir im Rahmen des Marktprozesses. Anders können wir sie nicht erkennen. Der Markt hat die Aufgabe, Fehlallokationen zu beseitigen, und zwar über den Prozeß von Investment und Desinvestment. Und wenn dieser Prozeß nicht funktioniert, dann kann man überlegen, was der Staat hiergegen unternehmen soll.

Jede Erfindung hat insofern Kollektivgutcharakter, als wir alle davon profitieren. Deswegen gibt es Patente. Wenn das nicht ausreicht, kann man sich überlegen, was man steuerpolitisch tun will. Das ist wohl auch nicht strittig. Strittig ist allein die projektbezogene Forschungspolitik. Und die Begründung, die hierfür gegeben wurde, ist die Infrastrukturhypothese. Demnach sei die Wettbewerbsfähigkeit eines Landes gefährdet, wenn die Förderung unterbleibt. Aber das ist eine politische Begründung, denn es gibt keine Industrie, die nicht in irgendeiner Form Infrastrukturcharakter aufweist.

Neumann:

Nach meinen Vorstellungen ist Wohlfahrtsökonomie nicht ein Gebiet, das uns konkrete Handlungsanweisungen vermitteln kann. Das halte ich für ausgeschlossen und deswegen ist es auch nicht nötig zu wissen, was das Optimum ist. Wohlfahrtsökonomie nach meiner Vorstellung ist in der Lage, uns bestimmte Zusammenhänge zu erschließen. Und einer dieser Zusammenhänge, die bei der Frage der Forschungsförderung eine Rolle spielen, liegt darin, daß Märkte nur dann funktionsfähig sind, wenn es durchsetzbare Eigentumsrechte gibt. Das Kernproblem besteht darin, daß man an Wissen eben kein perfektes Eigentum haben kann. Deshalb sind Korrekturen erforderlich. Dazu brauche ich das Optimum gar nicht zu kennen, denn es reicht zu wissen, daß der Markt deswegen, weil Eigentumsrechte nicht durchgesetzt werden können, Funktionsmängel aufweist. Die konkrete Frage, über die wir lange und im einzelnen diskutieren müßten, ist die, auf welche Weise eine solche Korrektur vorgenommen werden kann.

Woll:

In der EG-Kommission besteht — wenn ich das richtig verstanden habe, — die Befürchtung, daß die Forschungsförderung dazu führen könnte, daß bestimmte Länder von ihr profitieren, gegenüber Ländern, in denen eine Forschungsförderung nicht oder nicht in diesem Ausmaß stattfindet. Ich möchte Bedenken gegen

diese Auffassung anmelden. Es kann sein, daß ein Land durch Forschungsförderung eine bessere Position erlangt. Es kann aber auch schief gehen, nämlich dann, wenn die geförderten Projekte sich als Fehlinvestitionen erwiesen. Niemand weiß das vorher. Die Arbeitsgruppe Wettbewerb hat sich vor zehn Jahren mit dieser Frage befaßt.¹ Die Vertreter aus dem Forschungsministerium haben uns eine Reihe von Fällen geschildert, die belegen, daß die meisten der geförderten Projekte Fehlschläge waren. Wenn die Forschungsförderung zwangsläufig zu einer Reihe von Fehlinvestitionen führt, dann sehe ich nicht, wieso daraus Vorteile erwachsen können. Diese Länder sind benachteiligt oder können zumindest benachteiligt sein.

von Weizsäcker:

Es war mein Anliegen, darauf hinzuweisen, daß man aus dem Faktum, daß es einen Gegensatz zwischen Industrie- und Wettbewerbspolitik gibt, nicht ableiten kann, daß alles, was außerhalb der Wettbewerbspolitik geschieht, schon deswegen verkehrt sein müßte und daß selbst einiges von dem, was man heutzutage unter Industriepolitik einordnet, möglicherweise sinnvoll ist. Dafür war mir die Forschungs- und Entwicklungsunterstützung durch den Staat das Beispiel, wobei ich das Wort Infrastruktur zurückziehe, das habe ich nur verwendet, um im Telegrammstil zu reden. Denn ich weiß sehr wohl, welche Schwierigkeiten dieses Wort aufwirft. Wir müssen die eigentlichen Begriffe dahinter feststellen. Denn es ist nicht so einfach, daß man sagt, die Forschung wird an den Universitäten gemacht und damit hat es sich. So ist es etwa vollkommen klar, daß die Kernenergie nicht an der Universität entwickelt werden konnte. Und die Frage ist, wäre die Kernenergie ohne staatliche Unterstützung entstanden? Das hat gar nichts mit Wettbewerbsfähigkeit einzelner Regionen in der Welt zu tun, sondern stellt eine weltweite Angelegenheit dar. Oder nehmen Sie das Analogon heute mit der Sonnenenergie. Wegen des Treibhauseffekts müssen wir schleunigst dafür sorgen, daß wir die fossilen Energieträger einschränken. Frage: Ist dieses einerseits nur an Universitäten und dort über staatliche Förderung zu entwickeln, aber ansonsten dem Markt zu überlassen? Ich glaube nicht. Wenn wir dieses Problem im Detail ansehen, werden wir hier einen Bereich feststellen, in dem eine staatliche Förderung erforderlich ist, sei sie nun national oder überstaatlich, im Optimalfall weltweit. Ich glaube also, daß man hierbei sehr wohl argumentieren kann, daß auch industrielle Forschungsförderung ein sinnvolles Vorgehen ist.

Natürlich ist mir vollkommen klar: die Irrtumswahrscheinlichkeit dessen, was man fördert, ist außerordentlich groß. Das ist aber auch bei der nichtgeförderten Forschung keineswegs anders. Die Probleme sehe ich voll und ganz, nur glaube ich eben: wir können es uns als Ökonomen nicht leisten, unser Begriffssystem so einfach zu halten, daß wir sagen, hier gibt es den Markt und dann gibt es

¹ Siehe: Röper, Burkhardt (Hrsg.), Der Einfluß des Staates auf den Wettbewerb. Schriften des Vereins für Socialpolitik, NF Bd. 158 (1986).

noch die Hochschulen, Professoren, die sich um die Forschung kümmern. Vielmehr gibt es ganz offensichtlich einen Zwischenbereich, der sinnvoll besetzt sein muß, und zwar auch durch staatliche Förderung. Wie dies im einzelnen ordnungspolitisch am besten geleistet werden soll, das hat die ökonomische Forschung bisher nicht gut beantwortet. Es gibt die radikale Position, die eine Forschungsförderung völlig ablehnt. Ich halte diese Position nicht für zureichend. Ich glaube demgegenüber, daß wir eine staatliche, über industrielle Kanäle laufende Förderung von gewissen Gebieten brauchen. Das hat nichts zu tun, da sind wir uns vollkommen einig, mit der Frage der Wettbewerbsfähigkeit. Aber es gibt weltweite Probleme, bei denen wir versuchen sollten, weiter zu kommen in unserem analytischen Rahmen. Überträgt man das auf die Europapolitik, so sehe ich eigentlich auch nicht, daß ich mich nun von Anfang an gegen eine Forschungsförderungspolitik durch die EG aussprechen kann, und ich nun meine, dies sei ein Fremdkörper im Rahmen der Wettbewerbspolitik. Freilich muß man dabei — und dem stimme ich zu — die wettbewerbspolitischen Bedingungen berücksichtigen.

Caspari:

Zu den Kriterien, die Beihilfen legitimieren sollen, wenn sie eigentlich wettbewerbsverfälschend sind, möchte ich folgendes bemerken: Zunächst muß man feststellen, daß im Forschungsbereich und auch sonst, sonst vielleicht sogar noch mehr, die Beihilfen von den Mitgliedsstaaten gegeben werden und nicht von Brüssel. Denn es ist etwas anderes, ob man selbst die Initiative ergreift, um Beihilfen zu vergeben oder ob man Beihilfen zu überprüfen und gegebenenfalls zu verbieten hat, weil sie nicht mit dem gemeinschaftlichen Interesse vereinbar sind. Bei den Beihilfen nach Art. 92 Abs. 3 Buchstabe a und b spielt das gemeinschaftliche Interesse im Gegensatz zu Art. 92 Abs. 3 Buchstabe c sogar überhaupt keine Rolle. Das heißt also, in diesen Vorschriften sind die Kriterien noch weiter gesteckt. Nach meiner Meinung müssen wir wieder verstärkt auf die Beihilfendisziplin in den Mitgliedsländern achten.

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs über Wettbewerbsfragen

Von *Ulrich Everling*, Luxemburg

Die Aufgabe, über die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zum Wettbewerbsrecht zu referieren, ist schon dem Umfang nach schwer lösbar. Angesichts der kaum übersehbaren Zahl von Urteilen kann nur eine Auswahl aus jüngster Zeit behandelt werden; lediglich Tendenzen können aufgezeigt werden. Aber noch größer sind die sachlichen Schwierigkeiten, denn es geht darum darzulegen, wie Juristen Begriffe, die sie der Wirtschaftslehre entlehnt haben, auf wirtschaftlich besonders komplexe Sachverhalte anwenden. Besonders schwierig ist das für ein international zusammengesetztes Gericht, dessen Funktionsweise weitgehend unbekannt ist. Deshalb sollen zunächst einige Hinweise auf Aufgabe und Arbeitsweise des Gerichtshofs und auf seine materiellen und verfahrensrechtlichen Probleme bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln gegeben werden. Sodann ist seine Rechtsprechung einmal im Hinblick auf die Öffnung der Märkte und zum anderen im Hinblick auf Wettbewerbsverfälschungen zu behandeln. Daran soll sich die Darlegung einiger Aspekte der neuesten Rechtsprechung über den sachlichen und räumlichen Anwendungsbezug der Wettbewerbsregeln anschließen. Von dort aus ergeben sich abschließende Ausblicke auf das Verständnis des Gerichtshofs von Wettbewerb und Wirtschaftsordnung.

I. Zu Aufgabe und Arbeitsweise des Gerichtshofs

Die Aufgabe des Gerichtshofs in Wettbewerbssachen ist nur als ein Teil seines Gesamtauftrags zu verstehen. Art. 164 EWGV umschreibt ihn dahin, daß

„der Gerichtshof die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrages (sichert)“.

Der Vertrag wird in erster Linie von den anderen, den politischen Organen der Gemeinschaft angewendet und ausgelegt, ferner von den Mitgliedstaaten, die ihn befolgen und ausführen müssen. Der Gerichtshof kontrolliert deren Tätigkeit, und er sorgt zugleich für eine übereinstimmende Auslegung. Der Gerichtshof erfüllt seine Aufgabe als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz¹.

¹ Vgl. hierzu und zum folgenden: *U. Everling*, Der Gerichtshof als Entscheidungsinstanz — Probleme der europäischen Rechtsprechung aus richterlicher Sicht, in: J. Schwar-

Das Gemeinschaftsrecht ist rudimentär, lückenhaft und auslegungsbedürftig. Der Gerichtshof hat die Ansätze im Vertrag überhaupt erst zu einer Rechtsordnung ausgestaltet, die diesen Namen verdient, und hat dadurch das Funktionieren der Gemeinschaft im Rahmen einer Verfassung ermöglicht. Das von den Gemeinschaftsorganen gesetzte Recht muß er ständig präzisieren und überhaupt erst operabel machen. Dabei orientiert sich der Gerichtshof an den Zielen des Vertrages, wie sie in den besonderen Kapiteln konkretisiert sind. Er entwickelt allgemeine Rechtsgrundsätze, die er in wertendem Vergleich den Grundlagen der Verfassungen und der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten sowie den internationalen Verträgen wie der europäischen Menschenrechtskonvention entnimmt, und stützt sich damit letztlich auf die abendländischer Tradition entsprechenden Vorstellungen von Gerechtigkeit².

Der Gerichtshof legt das Gemeinschaftsrecht dahin aus, daß die Gemeinschaft funktionsfähig ist; er besteht auf der Einheit des Gemeinschaftsrechts. Vorrang und unmittelbare Geltung des Gemeinschaftsrechts sind oberstes Prinzip. Er hat Grundrechte und grundrechtsähnliche Rechte im Gemeinschaftsrecht entwickelt, die den Bürger gegen rechtswidrige Eingriffe schützen³. Diese Grundsätze entwickelt der Gerichtshof im Wege richterlicher Rechtsfortbildung. Diese ist in den Mitgliedstaaten seit jeher üblich und auch unentbehrlich, wird dort aber immer wieder unter methodischen oder verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten in Frage gestellt; es wird nach Legitimation, Bildung und Grenze des Richterrechts gefragt. Aber in den Mitgliedstaaten entsteht es auf der Basis einer langen Tradition ausgeformter Rechtsordnung und auf der Basis eines allgemeinen Konsenses über Grundwerte. Gerade daran fehlt es in der relativ jungen Gemeinschaft noch weitgehend. Richterrecht ist in der Gemeinschaft wegen der Unvollkommenheit ihres Rechts mehr noch als in den Mitgliedstaaten ständige Notwendigkeit und findet zugleich weniger als dort Anhalt im gesetzten Recht und in gemeinsamen Rechtsüberzeugungen⁴.

ze (Hrsg.), *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzzinstanz*, Baden-Baden 1983, S. 173, auch in: *Das Europäische Gemeinschaftsrecht im Spannungsfeld von Politik und Wirtschaft*, ausgewählte Aufsätze 1964 bis 1984, Baden-Baden 1985, S. 424. Zu den internen Verfahren vgl.: *U. Klinke*, *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, Baden-Baden 1989.

² Vgl. *I. Pernice*, in: *E. Grabitz* (Hrsg.), *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Loseblatt München 1983 ff., Art. 164 Anm. 7 ff.

³ Das Bundesverfassungsgericht hat mit Rücksicht auf diese Rechtsprechung, und solange sie besteht, auf die Anwendung nationaler Grundrechte im Gemeinschaftsrecht verzichtet; vgl. BVerfGE 73, S. 339; dazu *H.-P. Ipsen*, *Das Bundesverfassungsgericht löst die Grundrechtsproblematik*, EuR Bd. 23 (1987), S. 1.

⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat die rechtsfortbildende Funktion des Gerichtshofs innerhalb gewisser Grenzen anerkannt. Vgl.: BVerfGE 75, S. 223, 243; dazu: *M. Hilf*, *Der Justizkonflikt um EG-Richtlinien: gelöst*, EuR Bd. 23 (1987), S. 1; kritisch *H. H. Rupp*, *Urteilsanm.*, JZ Bd. 43 (1988), S. 194. Zur Problematik: *J. Schwarze*, *Die Befugnis zur Abstraktion im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden 1976; *U. Everling*, *Zum Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Europa-Institut der Universität

Die Schwierigkeiten der Willensbildung im Gerichtshof werden durch den Umstand deutlich, daß er durch dreizehn Richter aus zwölf Mitgliedstaaten zusammengesetzt ist, zu denen jeweils einer der sechs Generalanwälte als unabhängiger Gutachter tritt⁵. Bemerkenswert ist hieran zunächst die große Zahl der Richter im Plenum, die eine Einigung erschwert; Wettbewerbssachen werden allerdings seit einiger Zeit meistens in Kammern zu fünf Richtern entschieden. Vor allem aber stammen die Richter aus verschiedenen Mitgliedstaaten mit unterschiedlicher Geschichte, Kultur, wirtschaftlicher und sozialer Struktur und vor allem Rechtsordnung. Deren Traditionen, Methoden und Wertungen bringen sie in die Rechtsprechung ein, die demgemäß aus den Beiträgen aller Rechtsordnungen der Gemeinschaft gebildet wird. Dieser Umstand ist für das Verständnis der Urteile wichtig. Der unterschiedliche geschichtliche, wirtschaftliche und rechtliche Erfahrungshintergrund wirkt sich besonders in Wettbewerbssachen aus, die eine wirtschaftliche Wertung verlangen. Bei der Würdigung der Rechtsprechung ist ferner von Bedeutung, daß der Gerichtshof die gesamte Breite des Gemeinschaftsrechts von den Verfassungsfragen bis hin zu Problemen der Anerkennung von Urteilen abdecken muß. Es gibt keine Spezialisierung wie in nationalen Gerichten.

II. Materiell-rechtliche Probleme der Auslegung der Wettbewerbsregeln

Die schwierige Ausgangslage des Gerichtshofs verstärkt noch die Probleme, die ohnedies bei der Anwendung von Regelungen des Wettbewerbsrechts und der Wettbewerbspolitik bestehen. Das Wettbewerbsrecht verwendet Begriffe der Wirtschaftstheorie, die auf wirtschaftlich komplexe Vorgänge wertend angewandt werden müssen. Von der Wettbewerbstheorie wird jedoch kein allgemein anerkannter Begriff des Wettbewerbs angeboten, und in positiver, das Ziel der Wettbewerbspolitik praktikabel umschreibender Form erscheint das auch kaum möglich⁶. Demgemäß bestehen auch keine übereinstimmende Auffassungen über die Abgrenzung von Wettbewerbsbeschränkungen und -verfälschungen.

Der Verlauf der wettbewerbstheoretischen Diskussion der letzten vierzig Jahre vom Modell des vollkommenen Wettbewerbs über die Theorien des workable

des Saarlandes, Heft Nr. 151, Saarbrücken 1989; ferner: RabelsZ, Bd. 50 (1986), S. 193; zurückhaltend: T. Stein, Richterrecht wie anderswo auch — Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als „Integrationsmotor“, in: Richterliche Rechtsfortbildung, Festschrift der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 619; kritisch: H. Rasmussen, On Law and Policy in the European Court of Justice, Dordrecht 1986.

⁵ Vgl. dazu: U. Everling, Der Gerichtshof als Entscheidungsinstanz . . . , a. a. O.

⁶ Vgl. zur Problematik: E. Hoppmann, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, Baden-Baden 1988, S. 235; D. Schmidchen, Wettbewerbspolitik als Aufgabe, Baden-Baden 1978, S. 33.

competition in ihren verschiedenen Ausprägungen unter wohlfahrtsökonomischer Perspektive bis zu den heute wohl meist mehr systemorientierten Ansätzen bietet wenig Orientierung, zumal sämtliche Argumentationsstränge zeitlich nebeneinander verliefen⁷. Gerichte, die im Einzelfall sagen sollen, was rechtens ist, werden weitgehend ohne Hilfe gelassen. Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe und Wertungen ändern zudem mit der Übernahme in Regeln des Rechts notwendig ihren Charakter⁸. Sie werden in eine bestimmte Form gebracht und damit bis zu einem gewissen Grade statisch, da sie Wertungen des Gesetzgebers, im Fall des EWG-Vertrages der Vertragsparteien, widerspiegeln.

Vor allem ist der normative Charakter von Rechtsvorschriften zu beachten. Entgegen Auffassungen, die teilweise mit der Theorie der sogenannten „ökonomischen Analyse des Rechts“⁹ begründet werden, kann Recht nicht und jedenfalls nicht ausschließlich oder in erster Linie als Instrument zu einer optimalen Allokation im Sinne wohlfahrtsökonomischer Theorien angesehen werden. Recht ist — oberhalb einer Ebene rein technischer Ordnungsregeln — immer auch Ausdruck von Wertungen und besitzt Eigengewicht¹⁰.

Es ist offensichtlich, daß unter diesen Umständen eine Orientierung besonders schwierig für ein Gericht ist, das so heterogen zusammengesetzt ist und dessen Mitglieder über derart unterschiedliche Erfahrungen und Sichtweisen verfügen, wie es für den Gerichtshof der Gemeinschaften dargestellt wurde.

⁷ Vgl. außer *E. Hoppmann* und *D. Schmidtchen* (Fn. 6) etwa die Überblicke bei: *I. Schmidt*, Wettbewerbstheorie und -politik, 2. Aufl. 1987; *H. Bartling*, Leitbilder der Wettbewerbspolitik, München 1980; *K. Herdzina*, Möglichkeiten und Grenzen einer wirtschaftstheoretischen Fundierung der Wettbewerbspolitik, Tübingen 1988, S. 23 ff.; *W. Möschel*, Wettbewerbspolitik aus ordoliberaler Sicht, in: Festschrift für Gerd Pfeiffer, Köln 1988, S. 707; *C. Neumann*, Allgemeine Wettbewerbstheorie und Preismißbrauchsaufsicht, Neuwied 1983; *K. Herdzina* (Hrsg.), Wettbewerbstheorie, Köln 1975; *G. Bombach* / *B. Gahlen* und *A. Ott* (Hrsg.), Probleme der Wettbewerbstheorie und -politik, Tübingen 1976; *D. Schmidtchen*, Fehlurteile über das Konzept der Wettbewerbsfreiheit, *Ordo*, Bd. 39 (1988), S. 111.

⁸ Vgl. *R. Lukes*, Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in: Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 199; *E.-J. Mestmäcker*, Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1977, S. 169; *W. Möschel*, Wettbewerb im Schnittfeld von Rechtswissenschaft und Nationalökonomie, Festschrift zum 500-jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät, Tübingen 1977, S. 333.

⁹ Dazu: *P. Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, Tübingen 1988; *K. H. Fezer*, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, *JZ*, Bd. 41 (1986), S. 817, ferner: *JZ*, Bd. 43 (1988), S. 223; *C. Ott* und *H.-B. Schäfer*, Die ökonomische Analyse des Rechts — Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?, *JZ*, Bd. 43 (1988), S. 213.

¹⁰ Vgl.: *L. Raiser*, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, Festschrift für Julius von Gierke, Göttingen 1950, S. 180.

III. Verfahrensrechtliche Probleme der Rechtsprechung in Wettbewerbssachen

Bei der Würdigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs muß weiter seine verfahrensrechtliche Stellung berücksichtigt werden. Der Gerichtshof wird in zwei Arten von Verfahren tätig¹¹. Einmal handelt es sich um Direktklagen, also Klagen, die von Klägern unmittelbar vor ihm erhoben werden, und zum anderen um Vorlagen nationaler Gerichte zur Vorabentscheidung über Fragen der Gültigkeit und Auslegung des Gemeinschaftsrechts. Beide Verfahrensarten haben in Wettbewerbssachen eine erhebliche Bedeutung. Im Vordergrund stehen die Direktklagen, die etwa drei Fünftel der Wettbewerbssachen vor dem Gerichtshof ausmachen. Dabei geht es vor allem um Nichtigkeitsklagen von Unternehmen gegen Entscheidungen, die die Kommission gegen sie aufgrund der Art. 85 und 86 EWG-Vertrag erlassen hat. Ebenso kommen Untätigkeitsklagen von Konkurrenzunternehmen in Betracht, wenn die Kommission es abgelehnt hat, gegen angebliche Wettbewerbsverstöße vorzugehen. Im Rahmen dieser Verfahren wird der Gerichtshof als Kontrollinstanz gegenüber der Kommission tätig.

Dabei stellt sich vor allem die Frage nach der Kontrolldichte, also des Umfangs der Nachprüfung der von der Kommission vorgenommenen Wertungen¹². Nach deutschem Verständnis sind Begriffe, an die Rechtsfolgen geknüpft werden, unbestimmte Rechtsbegriffe, für die es der Idee nach nur eine zutreffende Auslegung gibt und deren Anwendung daher in vollem Umfange von den Gerichten nachgeprüft wird. Nach dem Verständnis der meisten anderen Mitgliedstaaten würden sich die Gerichte mit einem solchen Vorgehen an die Stelle der zuständigen politischen Organe setzen. Sie sprechen von einer *appréciation des faits*, also von einer Bewertung der Tatsachen, die jedenfalls dann, wenn es sich um komplexe wirtschaftliche oder technische Sachverhalte handelt, von Gerichten lediglich daraufhin überprüft wird, ob die Grenzen des Ermessens eingehalten sind.

Der Gerichtshof hat im Urteil *Remia*, in dem es um die zulässige Dauer eines Konkurrenzverbotes im Anschluß an einen Unternehmensverkauf ging, folgendes ausgeführt¹³:

¹¹ Vgl. dazu die Erläuterungen der Artikel 164 ff. in den Kommentaren zum EWG-Vertrag von E. Grabitz (Fn. 2) und H. Groeben / H. Boeckh / J. Thiesing / C.-D. Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, 3. Aufl. Baden-Baden 1983.

¹² Vgl. zum folgenden mit rechtsvergleichenden Hinweisen: J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. I, Baden-Baden 1988, S. 247 ff., 345 ff.; ausführlich: U. Everling, Zur richterlichen Kontrolle der Tatsachenfeststellungen und der Beweiswürdigung durch die Kommission in Wettbewerbssachen, WuW, Bd. 39 (1989), S. 877; ferner: ders., Auf dem Wege zu einem europäischen Verwaltungsrecht, NVwZ, Bd. 6 (1987), S. 7.

¹³ Urteil vom 11. 7. 1985, Rs 42/84, *Remia* (Unternehmensverkauf), Slg. 1985, S. 2567, Nr. 34.

„Zwar nimmt der Gerichtshof grundsätzlich eine umfassende Prüfung der Frage vor, ob die Tatbestandsmerkmale des Art. 85 Abs. 1 erfüllt sind, doch verlangt die Bestimmung der zulässigen Dauer eines in einem Kaufvertrag über ein Unternehmen enthaltenden Wettbewerbsverbots von der Kommission die Würdigung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten. Der Gerichtshof hat daher seine Prüfung dieser Sachverhaltenswürdigung auf die Frage zu beschränken, ob die Verfahrensvorschriften eingehalten worden sind, ob die Begründung ausreichend ist, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt worden ist und ob keine offensichtlich fehlerhafte Würdigung des Sachverhalts und kein Ermessensmißbrauch vorliegt“.

Man wird das wohl dahin verstehen müssen, daß der Gerichtshof selbst die wettbewerbspolitische Wertung von Begriffen wie Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung vornimmt, aber der Kommission weitgehend die Einschätzung des Sachverhalts überläßt und sich insoweit auf die Prüfung beschränkt, ob ein prozeduraler oder materieller Rechts- oder Tatsachenirrtum oder ein Ermessensmißbrauch vorliegt oder ob die Entscheidung offensichtlich unsinnig ist. Die Formulierung bringt noch keine volle Klarheit, vor allem weil Sachverhaltenswürdigung und wettbewerbspolitische Bewertung ineinandergreifen. Jedenfalls neigt aber der Gerichtshof zu größerer Zurückhaltung als insbesondere das Kammergericht, das die Entscheidungen des Bundeskartellamtes nach §§ 69, 70 GWB in vollem Umfange überprüft und an seiner Stelle frei entscheidet¹⁴.

Der Gerichtshof scheint neuerdings diese Zurückhaltung im materiellen Bereich mit einer stärkeren Formenstrenge bei der Kontrolle der Verfahren zu kompensieren. In Wettbewerbssachen¹⁵ ist das allerdings noch nicht so deutlich geworden wie in Anti-Dumping- und Beihilfe-Fällen, wo eine ähnliche Problematik auftritt¹⁶. Ein erheblicher Ermessensspielraum wird der Kommission vor allem bei der Entscheidung über Freistellungen nach Absatz 3 des Art. 85 EWGV zugebilligt. Hier überläßt der Gerichtshof der Kommission auch die wettbewerbspolitische Beurteilung im Rahmen der genannten Ermessensgrenzen¹⁷.

Die zweite Verfahrensart, nämlich die Vorlage eines nationalen Gerichtes, kommt vor allem dann in Betracht, wenn vor diesem ein Rechtsstreit anhängig ist, in dem die Nichtigkeit einer Vereinbarung wegen Verstoßes gegen Art. 85

¹⁴ Die Remia-Formel findet sich erneut in dem viel diskutierten Urteil vom 17. 11. 1987, Rs 142 und 156/84, *BAT / Philip Morris* (Kapitalbeteiligung an konkurrierenden Unternehmen), noch nicht in Slg. Nr. 62. Sie besitzt dort für die Begründung aber wohl nur subsidiäre Bedeutung, weil vorher alle wesentlichen Gesichtspunkte geprüft werden.

¹⁵ *O. Due*, Verfahrensrechte der Unternehmen im Wettbewerbsverfahren vor der EG-Kommission, EuR, Bd. 24 (1988), S. 33.

¹⁶ Vgl. etwa Urteil vom 14. 11. 1984, Rs 323/82, *Intermills* (Beihilfen), Slg. 1984, S. 3809; *R. Landsittel* und *R. Sack*, Dumpingsachen vor dem EuGH, NJW, Bd. 40 (1987), S. 2105.

¹⁷ Vgl. Urteil vom 25. 10. 1977, Rs 26/76, *Metro* (selektives Vertriebssystem), Slg. 1977, S. 1917; Urteil vom 27. 1. 1987, Rs 45/85, *Sachversicherer* (Prämienabsprache), Slg. 1987, S. 405.

EWGV geltend gemacht wird. Nach Art. 177 kann jedes Gericht, vor dem sich die Frage der Auslegung des Gemeinschaftsrechts oder der Gültigkeit eines Gemeinschaftsrechtsaktes stellt, darüber die Vorabentscheidung des Gerichtshofs einholen; letztinstanzliche Gerichte sind dazu verpflichtet. In diesem Verfahren entscheidet der Gerichtshof nur über die abstrakte Frage der Auslegung des Gemeinschaftsrechts; das vorlegende nationale Gericht wendet dann das Gemeinschaftsrecht in der vom Gerichtshof gegebenen Auslegung auf den konkreten Fall an¹⁸.

Dabei kann der Gerichtshof Tatsachen nicht feststellen, er ist also auf die im Vorlagebeschluß enthaltenen Mitteilungen angewiesen. Er muß oft abstrakt und hypothetisch antworten, und das führt nicht immer zu abschließender Klärung¹⁹. Vor allem aber ist in diesen Fällen eine Freistellung nach Absatz 3 des Art. 85 nicht möglich²⁰. Dadurch kann der Gerichtshof verleitet werden, die Gesichtspunkte, die an sich im Freistellungsverfahren zu berücksichtigen wären, bereits in die Untersuchung der Tatbestandsmerkmale des Absatzes 1 einzubeziehen; auf dieses Problem ist zurückzukommen. Auch in diesem Verfahren ist die Rolle des Gerichtshofs also beschränkt. Bei der Würdigung seiner Rechtsprechung ist das zu berücksichtigen.

Anzumerken ist noch, daß künftig für Direktklagen von Unternehmen in Wettbewerbsachen gegen die Kommission das Gericht erster Instanz zuständig sein wird, das inzwischen seine Tätigkeit aufgenommen hat²¹. Davon erhoffen sich vor allem die Unternehmen und ihre Anwälte eine bessere Aufklärung des Sachverhalts, als sie zur Zeit im Verfahren vor der Kommission und später vor dem Gerichtshof stattfindet. Die grundsätzliche Problematik, wie weit Entscheidungen der Kommission nachgeprüft werden können, wird damit allerdings nicht geändert. Gegen die Urteile des Gerichts erster Instanz ist ein auf Rechtsfragen begrenztes Rechtsmittel, also eine Revision, an den Gerichtshof zulässig.

¹⁸ M. Dausies, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 177 EWG Vertrag, Luxemburg 1986, S. 28; U. Everling, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Baden-Baden 1986, S. 21.

¹⁹ Vgl. etwa Urteil vom 6. 10. 1982, Rs 262/81, *Coditel II* (Kabelfernsehen), Slg. 1982, S. 3381, Nr. 18.

²⁰ Urteil vom 3. 7. 1985, Rs 243/83, *Binon* (Pressevertrieb), Slg. 1985, S. 2034.

²¹ Beschluß des Rates vom 24. 10. 1988 zur Errichtung eines Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, ABl. 1988 Nr. L 319/1. Vgl.: H. Jung, Ein erstinstanzliches Gericht für die Europäischen Gemeinschaften, EuGRZ, Bd. 13 (1986), S. 229; H.-W. Neye, Der Ausbau der europäischen Gerichtsbarkeit aufgrund der Einheitlichen Europäischen Akte, DVBl, Bd. 101 (1986), S. 1258; J. Schwarze (Hrsg.), Fortentwicklung des Rechtsschutzes in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1987; W. Müller-Huschke, Verbesserungen des Individualrechtsschutzes durch das neue Europäische Gericht Erster Instanz (EuGEI), EuGRZ, Bd. 16 (1989), S. 213; H.-J. Rabe, Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, NJW, Bd. 42 (1989), S. 3041. Zum Wettbewerbsrecht J. Temple Lang, *The Impact of the New Court of First Instance in EEC Antitrust and Trade Cases*, Fordham ILJ, Jahrg. 1988, S. 579.

IV. Rechtsprechung zu den Wettbewerbsregeln im Hinblick auf die Sicherung des Gemeinsamen Marktes

Bei der Würdigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist weiter zu berücksichtigen, daß die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft in den Dienst der zentralen Aufgabe der Gemeinschaft, nämlich die Öffnung der Märkte der Mitgliedstaaten durch Abbau der Handelsschranken im Gemeinsamen Markt gestellt werden. Der Gemeinsame Markt ist Ausgangspunkt aller Entwicklungen in der Gemeinschaft bis hin zur politischen Zusammenarbeit. Er ist auch heute noch der Kern der Gemeinschaft und soll künftig zum Binnenmarkt ohne innergemeinschaftliche Grenzen ausgebaut werden. Die Gemeinschaft ist sicher mehr als ein Gemeinsamer Markt, aber ohne ihn ist sie in ihrem Bestand gefährdet. Sicherung und Ausbau des Gemeinsamen Marktes ziehen sich deshalb wie ein roter Faden durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs.

Im Mittelpunkt steht dabei die bekannte Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Verbot von Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen, die an die Urteile *Dassonville* und *Cassis de Dijon* anknüpft²². Danach soll grundsätzlich jede Ware, die befugt in einem Mitgliedstaat im freien Verkehr ist, auch in den anderen Mitgliedstaaten gehandelt werden können. Das entspricht dem Anliegen gerade der neueren Wettbewerbspolitik, den Marktzugang zu erleichtern. Allerdings mußte der Gerichtshof erhebliche Vorbehalte anerkennen, soweit nationale Vorschriften über die Beschaffenheit oder Vermarktung von Waren aus Gründen vor allem der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit oder des Schutzes der Verbraucher, des lauter Wettbewerbs oder der Umwelt gerechtfertigt sind. Sie sollen zur Herstellung des Binnenmarktes durch verstärkte Rechtsangleichung beseitigt werden²³.

Eine Besonderheit der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft im Vergleich zu dem Wettbewerbsrecht der USA, die bereits funktionierende Binnenmärkte sind, besteht nun darin, daß sie als Instrument zum Abbau der Handelsschranken zwischen den Mitgliedstaaten und zur Sicherung der Freiheit des Wirtschaftsverkehrs im Gemeinsamen Markt eingesetzt werden. In der Rechtsprechung des Gerichtshofs spielt diese Funktion der Wettbewerbsregeln eine zentrale Rolle. Es ist sicher kein Zufall, daß die erste Serie von Urteilen den absoluten Gebietschutz bei Allein-Vertriebsverträgen betraf. Bereits im Urteil *Grundig/Consten* hat der Gerichtshof festgestellt²⁴:

²² Vgl. die Erläuterungen von Art. 30 ff. durch *H. Matthies* und *R. Wägenbaur* in den oben (Fn. 2 und 11) genannten Kommentaren und die dortigen Hinweise auf die reichhaltige Rechtsprechung und Literatur.

²³ Vgl.: *B. Langeheine*, Rechtsangleichung unter Art. 100 a EWGV — Harmonisierung vs. nationale Schutzinteressen, EuR, Bd. 24 (1988), S. 235.

²⁴ Urteil vom 13. 7. 1966, Rs 56 u. 58/64, *Grundig / Consten* (Alleinvertriebsvereinbarungen), Slg. 1966, S. 321, 388.

„Eine zwischen einem Hersteller und einem Vertriebsunternehmen geschlossene Vereinbarung, die darauf abzielt, die nationalen Schranken im Handel zwischen Mitgliedstaaten wieder einzurichten, könnte im übrigen den grundlegenden Zielen der Gemeinschaft zuwiderlaufen. Der EWG-Vertrag, der nach seiner Präambel und seinem Inhalt darauf gerichtet ist, die Schranken zwischen den Staaten zu beseitigen, und der der Wiedererrichtung dieser Schranken mit einer Reihe strenger Bestimmungen entgegentritt, kann nicht zulassen, daß die Unternehmen neue Hindernisse dieser Art schaffen“.

Dieser Gedanke steht im Mittelpunkt der Rechtsprechung bis in die jüngste Zeit. Er wird sicher mit der Fortentwicklung des Gemeinsamen Marktes zum Binnenmarkt als Raum ohne innergemeinschaftliche Grenzen, die durch den neuen Art. 8 a EWGV postuliert wird, noch größere Bedeutung gewinnen²⁵.

Als besonders bekanntes Beispiel sei der Fall *Nungesser* über das Sortenschutzrecht bei Maissaatgut angeführt²⁶. Der streitige Lizenzvertrag über das Sortenrecht wurde zwar grundsätzlich als vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt angesehen, aber alle Klauseln, die zu einer Marktabstottung führen konnten, wurden als unzulässig bezeichnet. Der Gerichtshof prägte dafür den Begriff der „offenen ausschließlichen Lizenz“, über den teilweise gerätselt wurde²⁷. Er ist im Wettbewerbsrecht das Korrelat für das Verbot von Handelsbeschränkungen durch staatliche Regelungen, insbesondere zu der Rechtsprechung, nach der Parallelimporte nicht behindert werden dürfen.

Ähnlich ist der Gerichtshof in einer ganzen Reihe weiterer Urteile vorgegangen. Besonders bekannt ist das Urteil *Pronuptia* über Franchising²⁸. Auch hier wurde die Vereinbarung im Grundsatz gebilligt, aber jede Klausel beanstandet, die zu Gebietsabgrenzungen führen kann. Im Urteil *Hydrotherm* wurde es als mißbräuchlich angesehen, gewerbliche Schutzrechte, die nach der Rechtsprechung zum Warenverkehr „verbraucht“ sind, aufgrund einer Vereinbarung dazu zu benutzen, Paralleleinfuhren in ein Alleinvertriebsgebiet zu verhindern oder zu erschweren²⁹. Diese Beispiele mögen genügen, um die Bedeutung der Wettbewerbsregeln für die Öffnung der nationalen Märkte innerhalb der Gemeinschaft zu zeigen³⁰.

²⁵ Vgl. E. Steindorff, Spannungen zwischen deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht, in: FIW (Hrsg.), Schwerpunkte des Kartellrechts 1986/87, Köln, Berlin, Bonn und München 1988, S. 27 - 54.

²⁶ Urteil vom 8. 6. 1982, Rs 258/78, *Nungesser* (Saatgutsortenschutz), Slg. 1982, S. 2015.

²⁷ Vgl. G. Reinhart, Urteilsbesprechung, RIW, Bd. 28 (1982), S. 823; D. Hoffmann, Die „offene ausschließliche Lizenz“ — Tragweite und Konsequenzen, RIW, Bd. 30 (1984), S. 93.

²⁸ Urteil vom 28. 1. 1986, Rs 161/84, *Pronuptia* (Franchising), Slg. 1986, S. 374.

²⁹ Urteil vom 12. 7. 1984, Rs 170/83, *Hydrotherm* (Paralleleinfuhren bei Warenzeichen), Slg. 1984, S. 2999.

³⁰ Vgl. weiter aus der neueren Rechtsprechung Urteil vom 7. 6. 1983, Rs 100 bis 103/80, *Pioneer* (Paralleleinfuhren), Slg. 1983, S. 1825; Urteil vom 21. 2. 1984, Rs 86/82,

Ergänzend ist zu bemerken, daß die Forderung nach Abbau der Handelsschranken keine Ausnahme duldet und die gesamte Wirtschaft erfassen muß, soweit nicht ausdrücklich Ausnahmen vorgesehen sind. Schon aus diesem Grunde, aber nicht nur aus diesem, hat der Gerichtshof Bereichsausnahmen, wie sie das GWB vorsieht, mangels einer ausdrücklichen Bestimmung im Gemeinschaftsrecht abgelehnt. Er hat deshalb sowohl die von den Sachversicherern beanspruchte Sonderregelung für Versicherungen verworfen als auch die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auf die Luftfahrt bestätigt³¹.

V. Rechtsprechung zu den Wettbewerbsbeschränkungen

Bei der Rechtsprechung, die sich auf Wettbewerbsbeschränkungen unabhängig von Hindernissen des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs bezieht, verstärkt sich in letzter Zeit die Tendenz, eine Wettbewerbsbeschränkung nicht nach formalen Kriterien zu beurteilen, sondern nach den Wirkungen einer Absprache oder eines Verhaltens im Markt zu fragen. Das ist an sich nicht neu. Bereits in den sechziger Jahren wies die Rechtsprechung etwa zu den Alleinvertriebsverträgen und zu den selektiven Vertriebssystemen in diese Richtung³², aber in letzter Zeit wird die Tendenz besonders deutlich.

Die neuere Entwicklung begann mit dem bereits erwähnten Urteil *Nungesser*³³, in dem Lizenzverträge nicht allgemein als unter das Verbot des Absatzes 1 mit dem Freistellungsvorbehalt des Absatzes 3 des Art. 85 EWGV fallend angesehen wurden, wie es die Kommission gefordert hatte. Vielmehr wurde der konkrete, streitige Lizenzvertrag über Sortenschutzrechte in seiner wirtschaftlichen Bedeutung für das angestrebte Ziel, nämlich die Vermehrung von geschützten Samen, gewürdigt. Lediglich einige Klauseln, die den Warenverkehr über das durch den Zweck gebotene Maß hinaus beeinträchtigten, wurden als unzulässig angesehen. Ebenso wurde im Urteil *Windsurfing* der streitige Lizenzvertrag daraufhin untersucht, ob er wettbewerbsbeschränkende Elemente enthielt³⁴. Auch im jüngsten Fall *Erauw-Jacquery*, der wiederum einen Samenvermehrungsvertrag betraf, wurde in dieser Weise verfahren³⁵.

Hasselblad (Paralleleinführen), Slg. 1984, S. 883; Urteil vom 28. 3. 1984, Rs 29 und 30/83, *Cram* und *Rheinzink* (Handelsbeschränkungen), Slg. 1984, S. 1679; Urteil vom 10. 12. 1985, Rs 290/84, *ETA* (Garantiesystem), Slg. 1985, S. 2933; Urteil vom 2. 3. 1983, Rs 7/82, *GVL* (Verwertungsrechte), Slg. 1983, S. 483.

³¹ Urteil *Sachversicherer* (Fn. 17); Urteil vom 30. 4. 1986, Rs 209 bis 213/84, *Asjes* (Flugtarife), Slg. 1986, S. 1457; Urteil vom 1. 4. 1989, Rs 66/86, *Ahmed Saeed* (Flugtarife), noch nicht in Slg.

³² Vgl. etwa Urteil vom 30. 6. 1966, Rs 56/65, *Maschinenbau Ulm* (Alleinvertriebsverträge), Slg. 1966, S. 281; Urteil *Metro* (Fn. 17).

³³ Oben Fn. 26.

³⁴ Urteil vom 25. 2. 1986, Rs 193/83, *Windsurfing* (Stehsegler), Slg. 1986, S. 643.

³⁵ Urteil vom 19. 4. 1988, *Erauw Jacquery* (Saatgutsortenschutz), noch nicht in Slg.

Das Urteil *Remia* billigte eine Konkurrenzklausel im Rahmen eines Unternehmensverkaufs³⁶. Es erkennt an, daß eine solche Transaktion, die grundsätzlich den Wettbewerb zu verstärken geeignet ist, ohne ein dem Veräußerer auferlegtes Konkurrenzverbot nicht durchgeführt werden kann. Deshalb wurde in der beim Verkauf vereinbarten Konkurrenzklausel keine Wettbewerbsbeschränkung gesehen, sofern sie nicht unverhältnismäßig war. Die von der Kommission festgelegte Höchstdauer von vier Jahren hat der Gerichtshof als im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums liegend nicht beanstandet.

Besonders richtungsweisend ist der Fall *Pronuptia* über Franchising³⁷. Der Gerichtshof hat hier eine neue wirtschaftliche Entwicklung festgestellt, die geeignet ist, den Wettbewerb zu fördern. Er ist davon ausgegangen, daß Franchising-Systeme nur wirksam sein können, wenn sie Maßnahmen vorsehen, die „zum Schutz des vermittelten Know-how und zur Wahrung der Identität und des Ansehens der Vertriebsorganisation notwendig“ sind. Er hat deshalb die Vereinbarung als solche gebilligt, aber ihre einzelnen Vertragsklauseln daraufhin untersucht, ob sie unter dem genannten Gesichtspunkt erforderlich sind.

Das Urteil *BAT/Philip Morris*, das teilweise als Fusionskontrolle überinterpretiert wird, worauf noch zurückzukommen ist, beruht ebenfalls auf einer differenzierten Prüfung. Nach diesem Urteil ist ein Vertrag, durch den eine Beteiligung am Kapital eines Konkurrenzunternehmens vorgesehen wird, nicht für sich allein wegen der Kapitalbeteiligung eine Wettbewerbsbeschränkung. Anders ist dies aber, wenn die Kapitalbeteiligung durch Begleitumstände und Nebenabreden ein Mittel zur Beeinflussung des Geschäftsverhaltens der betreffenden Unternehmen ist. Im konkreten Fall wurde das aufgrund der von der Kommission angeregten Auflagen, die die Unternehmen akzeptiert hatten, verneint.

Diese Beispiele mögen genügen, um die Tendenz der Rechtsprechung aufzuzeigen. Allerdings kann daraus nicht schon auf eine vorbehaltlose Anwendung der „rule of reason“ im Sinne des amerikanischen Rechts oder gar auf eine Einzelfallwürdigung unter Opportunitätsgesichtspunkten, was der amerikanischen Praxis auch nicht entsprechen würde³⁸, geschlossen werden. Vielmehr ist eine differenzierte Betrachtung angebracht. Den geschilderten Fällen stehen nämlich eine Reihe von anderen gegenüber, in denen der Gerichtshof relativ streng geurteilt hat. Abgesehen von den erwähnten Fällen, in denen Vereinbarungen zu Handelsbeschränkungen führen, handelt es sich vor allem um Preisvereinbarungen oder andere Abreden, die in Absatz 1 des Art. 85 EWGV ausdrücklich als Beispiele genannt werden.

³⁶ Oben Fn. 13.

³⁷ Oben Fn. 28.

³⁸ So mit Recht: *R. Joliet*, La licence de marque et le droit européen de la concurrence, *Revue trimestrielle de droit européen*, Bd. 20 (1984), S. 17; *E. Steindorff*, Article 85 and the Rule of Reason, *CMLRev*, Bd. 21 (1984), S. 643; *A. Deringer*, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, in: H. von Bohmer, *Deutsche Unternehmen auf dem amerikanischen Markt*, Stuttgart 1988.

Dazu sei etwa das Urteil *Binon* über Pressevertrieb genannt³⁹, in dem ausdrücklich gegenüber dem Argument, daß die Preisfestsetzungen durch die besonderen Bedingungen des Zeitungsvertriebes gerechtfertigt seien, auf eine mögliche Entscheidung der Kommission nach Absatz 3 des Art. 85 EWGV verwiesen wird. Ähnliches gilt auch für das Urteil VBVB/VBBB, das Vereinbarungen zwischen Verbänden verschiedener Mitgliedstaaten über Preisbindungen für Bücher für unzulässig erklärte, soweit sie grenzüberschreitende Wirkungen hatten⁴⁰. Die Berufung der Parteien auf die Besonderheiten des Buchmarktes konnten lediglich im Rahmen der Entscheidung über eine Freistellung geprüft werden. Darin, daß die Kommission sie nicht gewährt hatte, wurde im konkreten Fall eine Überschreitung des ihr zustehenden Ermessens gesehen.

Ähnlich wurde auch in den Fällen der selektiven Vertriebssysteme entschieden. Alle quantitativen Beschränkungen im Rahmen solcher Systeme sind verboten; nur qualitative Kriterien dürfen angewandt werden. Die Verhältnisse auf dem Markt wurden in diesen Urteilen, für die etwa die Fälle *Binon*, *AEG* oder *Metro* genannt werden, nicht berücksichtigt⁴¹. Allerdings kann von einem per-se-Verbot nicht gesprochen werden, weil die Freistellung nach Absatz 3 immer noch — wenn auch meist nur theoretisch — möglich bleibt.

Zusammenfassend läßt sich die Linie des Gerichtshofs dahin kennzeichnen, daß er immer dann, wenn Vereinbarungen oder Verhaltensweisen Beschränkungen des Handels zwischen Mitgliedstaaten oder Tatbeständen, die in Absatz 1 des Art. 85 besonders aufgezählt sind, die vor allem Preisfestsetzungen und Gebietsabgrenzungen bezwecken oder bewirken, Wettbewerbsbeschränkungen ohne weiteres annimmt und lediglich Freistellungen nach Absatz 3 prüft. Bei Vereinbarungen komplexeren Inhalts dagegen stellt er es auch auf die Marktverhältnisse ab und beurteilt die Vorgänge in ihrem wirtschaftlichen Zusammenhang.

Die Praxis kann trotz gewisser Parallelen nicht ohne weiteres als Anwendung der „rule of reason“ im amerikanischen Sinn bezeichnet werden. Amerikanische Gerichte gehen anders vor; sie wägen insbesondere die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen einer Vereinbarung gegen die wettbewerbsfördernden Elemente ab⁴².

³⁹ Oben Fn. 20.

⁴⁰ Urteil vom 17. 1. 1984, Rs 43/82, *VBVB / VBBB* (Vereinbarung über Buchpreisbindung), Slg. 1984, S. 19.

⁴¹ Urteil *Binon* (oben Fn. 20); Urteil vom 25. 10. 1983, Rs 107/82, *AEG* (Selektives Vertriebssystem), Slg. 1983, S. 3151; Urteil vom 22. 10. 1986, Rs 75/84, *Metro II* (Vertriebssystem), Slg. 1986, S. 3074.

⁴² Vgl. neben den Nachweisen oben Fn. 38 zur Problematik: *M. Schlechter*, The Rule of Reason in European Competition Law, Legal Issues of European Integration, 1982/2, S. 1; *P. Ulmer*, Rule of Reason im Rahmen von Artikel 85 EWGV, RIW, Bd. 31 (1985), S. 517; *R. Kovar*, Le droit communautaire de la concurrence et la „règle de raison“, Revue trimestrielle et droit européen, Bd. 23 (1987), S. 237. Grundlegend *R. Joliet*, The Rule of Reason in Antitrust Law. American, German and Common Market Laws in Comparative Perspective, Liège 1967.

Dem Gerichtshof geht es um die Feststellung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen im Markt. Jedenfalls liegt ihm eine Prüfung nach Opportunitäts Gesichtspunkten, die aber auch der amerikanischen Praxis nicht entsprechen würde, fern.

Die Rechtsprechung ist nicht ohne Kritik geblieben, insbesondere wurde darin eine Ausrichtung auf eine mehr interventionistisch ausgerichtete Wettbewerbskonzeption gesehen⁴³. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß der Gerichtshof schon aus Verfahrensgründen nicht anders vorgehen kann. Vor allem in Vorlageverfahren ist er andernfalls genötigt, dem Wettbewerbsverbot einen weitergehenden Inhalt zu geben, als es bei wirtschaftlicher Betrachtung haben sollte, denn eine Freistellung kann er nicht gewähren. Außerdem sind die Freistellungs Voraussetzungen des Absatzes 3 so eng, daß nur bei sinngemäßer Anwendung der Voraussetzungen des Absatzes 1 angemessene Ergebnisse erzielt werden können. Schließlich ist die Rechtsunsicherheit, die teilweise befürchtet wurde, inzwischen durch Gruppenfreistellungen erheblich vermindert worden⁴⁴. Insgesamt dürfte sich im wesentlichen ein Ergebnis herausgebildet haben, daß den Bedürfnissen der Wettbewerbspolitik ebenso Rechnung trägt wie dem Anspruch der Unternehmen auf angemessenen Rechtsschutz.

VI. Rechtsprechung zum Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln

Aus den zahlreichen Problemen, die die Rechtsprechung des Gerichtshofs behandelt hat⁴⁵, sollen zwei neuere Urteile über den sachlichen und räumlichen Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln herausgegriffen werden.

Zur Zeit wird vor allem diskutiert, ob das Urteil *BAT/Philip Morris*⁴⁶ über das in seinen Wirkungen doch sehr begrenzte Urteil *Continental Can*⁴⁷ hinaus Möglichkeiten zur Fusionskontrolle auf der Grundlage der geltenden Wettbewerbsregeln eröffnet⁴⁸. Dieses Urteil sollte jedoch weder als kopernikanische

⁴³ Vgl.: A. Våth, Die Wettbewerbskonzeption des Europäischen Gerichtshofs, Bayreuth 1987. Dazu auch unten bei Fn. 67.

⁴⁴ Vgl. H.-J. Bunte und H. Sautter, EG-Gruppenfreistellungsverordnungen, München 1988.

⁴⁵ Einen ausgezeichneten, detaillierten Überblick gibt: F. Koenigs, Neuere Entwicklungen des EWG-Rechts, insbesondere des Kartellrechts, in: Schwerpunkte (oben Fn. 25), S. 69.

⁴⁶ Oben Fn. 14.

⁴⁷ Urteil vom 21. 2. 1973, Rs 6/72, *Continental Can* (Unternehmensfusion), Slg. 1973, S. 215.

⁴⁸ Sehr weitgehend E.-J. Mestmäcker, Fusionskontrolle im Gemeinsamen Markt zwischen Wettbewerbspolitik und Industriepolitik, EuR, Bd. 24 (1988), S. 349. Zurückhaltend und nach Meinung des Verfassers, der an dem Urteil nicht beteiligt war, zutreffender:

Wende überinterpretiert noch als Ausrutscher unterschätzt werden. Es handelt sich um die Entscheidung eines konkreten Rechtsstreits, die als solche zu bewerten ist. Wenn das Urteil im Zusammenhang gelesen wird, so muß zunächst die Feststellung berücksichtigt werden, daß

„es für sich genommen kein den Wettbewerb einschränkendes Verhalten dar(-stellt), wenn ein Unternehmen eine Beteiligung am Kapital eines Konkurrenzunternehmens erwirbt“.

Am Schluß der dann folgenden Würdigung der Absprachen heißt es zusammenfassend,

„daß die Kommission nur dann eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 feststellen kann, wenn sie darzutun vermag, daß die Vereinbarung eine Beeinflussung des Wettbewerbsverhaltens der Unternehmen auf dem relevanten Markt bezweckt oder bewirkt“.

Angesichts dieser Formulierung scheint es doch reichlich kühn, aus dem Urteil die richterrechtliche Einführung einer Fusionskontrolle herzuleiten⁴⁹, selbst wenn gewisse Wendungen an anderer Stelle des Urteils weiter gehen. Das Urteil wendet die für Gemeinschaftsunternehmen entwickelten Grundsätze⁵⁰ auf einen Fall an, in dem ein solches Unternehmen durch eine Vereinbarung über den Erwerb von Geschäftsanteilen an einem Tochterunternehmen entsteht.

Aber es muß doch darauf hingewiesen werden, daß Gemeinschaftsunternehmen bereits in den Bereich fallen, der auch für die Fusionskontrolle relevant wird. In die inzwischen vom Rat verabschiedete Regelung der Fusionskontrolle sind sie deshalb mit Recht einbezogen worden⁵¹. Insofern ist das Urteil sicher auch für die Fusionskontrolle relevant und als Hinweis zu verstehen, daß eine Regelung über die Fusionskontrolle einer baldigen Verabschiedung bedurfte, weil sich sonst inkohärente Ergebnisse zeigen könnten⁵².

Beim räumlichen Geltungsbereich geht es nicht um die Abgrenzung gegenüber den Rechtssetzungsorganen, sondern um die Kollision mit anderen Rechtsordnungen. In seinem Urteil *Ahlström* hat der Gerichtshof dazu grundsätzlich Stellung

H. Satzky, Fusionskontrolle nach Art. 85 EWG-Vertrag, DB, Bd. 41 (1988), S. 379; *U. Immenga* und *A. Fuchs*, Art. 85 EWG-Vertrag als Grenze für Unternehmensbeteiligungen, NJW, Bd. 41 (1988), S. 3052; vgl. ferner *V. Korah* und *P. Lasok*, Philip Morris and its Alternath-Merger Control, CMLRev, Bd. 25 (1988), S. 333; *A. von Winterfeld*, EG-Fusionskontrolle durch Richterrecht?, RIW 1988, S. 958; *V. Emmerich*, Anwendbarkeit des Art. 85 EWGV auf Unternehmenszusammenschlüsse — „Zigarettenurteil“, JuS, Bd. 29 (1989), S. 54.

⁴⁹ *E.-J. Mestmäcker*, a. a. O.

⁵⁰ *R. Bechtold*, Die EWG-Fusionskontrolle de lege lata unter Einbeziehung von Gemeinschaftsunternehmen, RIW, Bd. 31 (1985), S. 442.

⁵¹ Art. 3 Abs. 2 der Verordnung Nr. 4064/89 des Rates vom 21. 12. 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1989, Nr. L 395/1.

⁵² *A. von Winterfeld* (Fn. 48).

genommen⁵³. Er hat sich nicht auf den Theorienstreit zwischen Auswirkungs- und Territorialitätsprinzip eingelassen⁵⁴. Nach seiner Ansicht haben die Unternehmen dadurch, daß sie sich über die Preise abstimmten, die sie von ihren Kunden in der Gemeinschaft fordern, an einer Vereinbarung teilgenommen, die eine Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes im Sinne des Art. 85 EWGV bezweckt oder bewirkt. Für diese Beurteilung kommt es nach dem Urteil nicht auf den Ort, an dem die Vereinbarung geschlossen wurde, sondern auf den Ort ihrer Durchführung an, also auf die Preisforderung innerhalb des Gemeinsamen Marktes, wobei es unerheblich ist, ob in der Gemeinschaft ansässige Niederlassungen oder Vermittler eingeschaltet wurden oder nicht. Der Gerichtshof sieht deshalb die Anwendung des Gemeinschaftsrechts in derartigen Fällen als durch das im Völkerrecht allgemein anerkannte Territorialitätsprinzip gedeckt an.

Der Gerichtshof grenzt also das Territorialitätsprinzip gegenüber dem Auswirkungsprinzip in der Weise ab, daß ersteres bereits bei Handlungen von Kartellteilnehmern gilt, die in bloßen Erklärungen gegenüber in der Gemeinschaft ansässigen Wirtschaftsteilnehmern bestehen. Ob das eine Erweiterung gegenüber dem bisherigen Verständnis darstellt, sei dahingestellt. Jedenfalls bleiben damit aber mittelbare Wirkungen ausgeschlossen. Demgemäß hat der Gerichtshof die Entscheidung der Kommission insoweit aufgehoben, als sie eine amerikanische Gesellschaft betraf, in deren Rahmen die streitige Vereinbarung getroffen wurde, ohne daß sie sich selbst an ihrer Durchführung beteiligte. Ob damit das letzte Wort bereits gesprochen ist, muß offen bleiben⁵⁵. Im Ergebnis dürfte der Gerichtshof eine ausgewogene Lösung des lange umstrittenen Problems gefunden haben, die auch der amerikanischen Entwicklung im wesentlichen Rechnung trägt.

⁵³ Urteil vom 27. 9. 1988, Rs 89/85, *Ahlström u. a.* (Papiermasse), noch nicht in Slg.

⁵⁴ Zur Problematik vgl. etwa: *B. Barack*, The application of the Competition rules (antitrust law) of the European Economic Community to enterprises and arrangements external to the Common Market, Cambridge 1981; *U. Huber*, Auswirkungstheorie und extraterritoriale Rechtsanwendung im internationalen Kartellrecht, ZGR, Bd. 10 (1981), S. 510; *U. Immenga*, Extraterritoriale Rechtsanwendung zwischen Recht und Politik, in: Festschrift für Karl Neumayer, Baden-Baden 1986, S. 323; *P. Kuyper*, European Community Law and Extraterritoriality: Some Trends and New Developments, ICLQ, Bd. 33 (1984), S. 1013; *K. M. Meesen*, Der räumliche Anwendungsbereich des EWG-Kartellrechts und das allgemeine Völkerrecht, EuR, Bd. 9 (1973), S. 18; *W. Meng*, Neuere Entwicklungen im Streit um die Jurisdiktionshoheit der Staaten im Bereich der Wettbewerbsbeschränkungen, ZaöRV, Bd. 41 (1981), S. 469; *P. Slot / E. Grabandt*, Extraterritoriality and Jurisdiction, CMLRev, Bd. 23 (1986), S. 359.

⁵⁵ Vgl.: *J. Basedow*, Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts, NJW, Bd. 42 (1989), S. 627, 633.

VII. Rechtsprechung zum „effet utile“ der Wettbewerbsregelungen als Leitlinie für das Wirtschaftsrecht der Mitgliedstaaten

Neue Wege eröffnete der Gerichtshof, als er erstmals im Jahre 1977 im Urteil *Inno/ATAB* davon sprach, daß die Regelungen der Mitgliedstaaten nicht den „effet utile“ der Wettbewerbsregeln beeinträchtigen dürfen⁵⁶. An sich ist es unbestritten, daß die Wettbewerbsregeln nur für Vereinbarungen und Verhaltensweisen der Unternehmen gelten, nicht aber für Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten⁵⁷. Wenn die Gültigkeit dieser Vorschriften nunmehr am „effet utile“ der Wettbewerbsregeln gemessen werden soll, so werden ordnungspolitische Maßstäbe in einer Weise angelegt, die bisher in den Mitgliedstaaten unbekannt ist. Auch in der Bundesrepublik, die sich an der Politik der sozialen Marktwirtschaft orientiert, werden nationale Rechtsvorschriften bekanntlich rechtlich nicht nach einem ordnungspolitischen Modell beurteilt, sondern es wird nach ihrer Vereinbarung mit Grundrechten gefragt, die allerdings den wirtschaftspolitischen Handlungsspielraum in erheblicher Weise begrenzen⁵⁸.

Der Gerichtshof hat seine Formel im Urteil *Leclerc* über die in Frankreich staatlich verordnete Buchpreisbindung wiederholt, daraus jedoch keine Folgerungen im konkreten Fall gezogen⁵⁹. In späteren Urteilen, vor allem im Urteil *Vlaamse Reisbureaus*⁶⁰ hat er sie dann dahin präzisiert, daß ein Verstoß gegen den „effet utile“ vorliege, wenn ein Mitgliedstaat

„verbotene Kartellabsprachen vorschreibe oder erleichtere oder deren Auswirkungen verstärke, indem er sie auf Dritte erstrecke“.

Danach ist vor allem klar, daß Zwangskartelle oder staatliche Sanktionen von Wettbewerbsverträgen unwirksam sind. Insbesondere werden wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen nicht dadurch der Anwendung der Wettbewerbsregeln entzogen, daß sie behördlich genehmigt oder für allgemein verbindlich erklärt werden⁶¹. Schon dadurch hat die Rechtsprechung weitreichende Wirkung⁶².

⁵⁶ Urteil vom 16. 11. 1977, Rs 13/77, *Inno / ATAB* (Tabakwaren), Slg. 1977, S. 2115, Nr. 30.

⁵⁷ Vgl.: *H. Schroeter*, in: Groeben / Boeckh / Thiesing / Ehlermann (Fn. 11), Art. 85 Anm. 49.

⁵⁸ Vgl.: BVerfGE 4 S. 7. — Dazu *G. Dürig*, in: Maunz / Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar 1958, Art. 2 I Rn. 44. Zum Stand der Diskussion vgl.: *H.-J. Papier*, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, in: E. Benda / W. Maihofer / H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin und New York 1983, S. 609.

⁵⁹ Urteil vom 10. 1. 1985, Rs 229/83, *Leclerc* (staatliche Buchpreisbindung), Slg. 1985, S. 17, Nr. 14.

⁶⁰ Urteil vom 1. 10. 1987, Rs 311/85, *Vlaamse Reisbureaus* (Rabattvereinbarung), noch nicht in Slg., Nr. 10. Einen Überblick über den gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung gibt: *R. Joliet*, *Réglementations étatiques anticoncurrence et droit communautaire*, *Cahiers de droit européen*, Bd. 24 (1988), S. 363.

⁶¹ Vgl. Urteil vom 30. 1. 1985, Rs 123/83, *BNIC / Clair* (Cognac), Slg. 1985, S. 392.

Der Gerichtshof hat die zitierte Formel aber mit dem Wort „insbesondere“ eingeleitet und damit zu erkennen gegeben, daß er damit noch keine abschließende Entscheidung getroffen hat. Einige Autoren sind tatsächlich weitergegangen und haben aus der Rechtsprechung gefolgert, daß jede wettbewerbswidrige staatliche Regelung — die Franzosen sprechen von „anticoncurrencielle“ — unter das Verbot fällt⁶³. Was das aber ist, bedarf weiterer Klärung. Letztlich greift jede wirtschaftsrechtliche Regelung, auch wenn sie nur Rahmenbedingungen festsetzt, in den Wettbewerb ein und wirkt so „antikonkurrenzziell“. Insbesondere gilt das für staatliche Preisregelungen und für andere, direkt oder indirekt lenkende Maßnahmen, weil sie den Handlungsspielraum der beteiligten Unternehmen begrenzen und die Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt verändern.

Derartige Regelungen erläßt aber jeder Staat; auch in der Bundesrepublik sind sie, ob man es schätzt oder nicht, üblich und teilweise auch notwendig. Es mag sein, daß im Einzelfall bestritten werde kann, ob eine Regelung „eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt“, wie es Art. 85 Abs. 1 formuliert. Auch dürfte nicht stets eine Eignung zur Beeinträchtigung des Handels im Sinne dieser Vorschrift anzunehmen sein, und schließlich sind auch in manchen Fällen andere Bestimmungen des Vertrages, etwa die Beihilfe-Vorschriften, anwendbar. Aber als Grundsatz bleibt doch, daß wohl die meisten, wenn nicht alle Regeln des öffentlichen Wirtschaftsrechts potentiell dem „effet utile“ der Wettbewerbsregeln widersprechen und damit bei einer Ausweitung der Rechtsprechung erfaßt werden könnten⁶⁴.

⁶² Vgl.: *Y. Galmot und J. Biancarelli*, Les réglementations nationales en matière de prix au regard du droit communautaire, *Revue trimestrielle de droit européen*, Bd. 21 (1985), S. 269; *E.-J. Mestmäcker*, Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht, *RabelsZ*, Bd. 52 (1988), S. 551.

⁶³ So wohl *P. Pescatore*, Public and Private Aspects of European Community Competition Law, *Fordham ILJ*, Jahrg. 1987, S. 373, mit einschränkender Ergänzung S. 444; *B. van der Esch*, The System of Undistorted Competition of Article 3 f. of the EEC Treaty and the Duty of Member States to Respect the Central Parameters thereof, *Fordham ILJ*, Jahrg. 1988, S. 420. Dagegen *G. Marengo*, Competition Between National Economies and Competition Between Businesses, *Fordham ILJ*, Jahrg. 1987, S. 420; *ders.*, Le traité CEE interdit-il aux Etats membres de restreindre la concurrence?, *Cahiers de droit européen*, Bd. 22 (1986), S. 286; *ders.*, Government Action and Antitrust Law: What Lesson for Community Law?, *Legal Issues of European Integration*, Jahrg. 1987, S. 1.

⁶⁴ Zur Problematik vgl. auch: *A. Pappalardo*, Der Europäische Gerichtshof auf der Suche nach einem Kriterium für die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf staatliche Maßnahmen, *Festschrift für Hans von der Groeben*, Baden-Baden 1987, S. 303; *P. Slot*, The Application of Articles 3 f., 5 and 85 to 94 EEC, *ELRev*, Bd. 12 (1987), S. 179; *M. Walterbroeck*, Les rapports entre les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE, *Festschrift für Pierre Pescatore*, Baden-Baden 1987, S. 781. — Schon frühzeitig hatte *E.-J. Mestmäcker* versucht, Grenzen für Interventionen der Mitgliedstaaten in die Wirtschaft aus Art. 90 Abs. 1 EWGV herzuleiten; vgl. *ders.*, Offene Märkte im System des unverfälschten Wettbewerbs in der Europäischen Wirtschaftsgemein-

Dabei enthält Art. 85 nicht einmal Vorbehalte etwa für die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit oder im Interesse des Gemeinwohls, wie es bei der Rechtsprechung über den Warenverkehr anerkannt ist. Der Gerichtshof kann derartige Ausnahmen wohl auch kaum durch Richterrecht einführen, denn dafür findet sich im Vertrag kein Ansatzpunkt.

Die Frage nach der Funktion des Gerichtshofs stellt sich auch allgemein. Es würde ihn an die Grenzen seiner Befugnisse führen, wenn er nach dreißig Jahren Geltung des Gemeinschaftsrechts dieses dahin auslegen würde, daß weite Teile des nationalen Wirtschaftsrechts nunmehr durch Richterspruch für unwirksam erklären werden. So notwendig eine Orientierung des Wirtschaftsrechts am Prinzip des Wettbewerbs sein mag, sie gehört jedenfalls in die Verantwortung der politischen Organe. Die Grenzen des Richterrechts dürften mit derartigen Forderungen erreicht sein.

Ein so weitgehender Eingriff in die nationale Wirtschaftspolitik würde auch der föderalen Struktur der Gemeinschaft widersprechen, die sich besonders darin ausdrückt, daß der Vertrag in allen einschlägigen Artikeln von einer Wirtschafts- und Konjunkturpolitik der Mitgliedstaaten spricht. Allerdings ist die Frage zu stellen, ob die bisherige Formel des Gerichtshofs nicht doch zu eng ist und ob nicht eine gewisse Ausweitung geboten ist. Überzeugende Lösungen sind allerdings bisher dafür in der Diskussion noch nicht angeboten worden.

Bei diesen Erörterungen muß schließlich noch berücksichtigt werden, daß die Gemeinschaft die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten nicht allgemein am Modell einer an den Wettbewerbsregeln orientierten Wirtschaftsordnung messen kann, wenn sie nicht auch an ihre eigenen Rechtsvorschriften einen solchen Maßstab anzulegen bereit ist. Sicher sind die Wettbewerbsregeln Kern der Wirtschaftsordnung der Gemeinschaft, und ihre Regelungen sollten sich daher an Grundsätzen des Wettbewerbs orientieren. Der Gerichtshof hat aber bisher nicht entschieden, daß diese politische Forderung rechtliche Qualität besitzt, daß also Gemeinschaftsregelungen rechtswidrig und damit nichtig sind, wenn sie dem „*effet utile*“ der Wettbewerbsregeln widersprechen.

Im Urteil *Rau* über Berlin-Butter hat er es abgelehnt, eine auf die Milchmarktordnung gestützte Regelung am „*effet utile*“ der Wettbewerbsregeln zu messen, weil er sie als durch die Sonderbestimmungen der Agrarpolitik gedeckt ansah⁶⁵.

schaft, Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 345. Sehr weitgehend neuerdings: G. Bauer, Wettbewerbsbeschränkung durch Staaten?, München 1990.

⁶⁵ Urteil vom 21. 5. 1987, Rs 133 bis 136/85, *Rau* (Berlin-Butter), Slg. 1987, S. 2289, Nr. 13. Ein allgemeines Verbot jeder Intervention der Gemeinschaftsorgane in die Wirtschaft versucht neuerdings A. Bleckmann, Das Verbot der Wettbewerbsverfälschung im EWG-Vertrag, Festschrift für Rudolf Lukes, Köln, Berlin, Bonn und München 1989, S. 271, aus dem Beihilfeverbot abzuleiten. Sehr weitgehend auch: V. Götz, Verfassungsschranken interventionistischer Regulierung nach europäischem Gemeinschaftsrecht im Vergleich mit dem Grundgesetz, JZ, Bd. 44 (1989), S. 1021.

Für den gewerblichen Sektor wurde ihm die Frage noch nicht gestellt. Für ihn enthalten aber vor allem die Richtlinien zur Rechtsangleichung vielfach wirtschaftslenkende Bestimmungen, die von den Mitgliedstaaten umgesetzt werden müssen und bisher deshalb nicht in Frage gestellt wurden. Oft gestatten sie diesen auch, strengere Regeln für inländische Produkte anzuwenden, wodurch sich Nachteile und Verzerrungen auch im Wettbewerb ergeben können⁶⁶. Der Gerichtshof hat das nicht beanstandet. Allerdings dürfte er es nicht zulassen, daß Richtlinien Handelsschranken zwischen Mitgliedstaaten errichten.

Unter diesen Umständen kann nur zusammengefaßt werden, daß die Rechtsprechung des Gerichtshofs in diesem Bereich ihre endgültige Form noch nicht gefunden hat und daß die weitere Entwicklung abzuwarten bleibt. Sie zeigt besonders beim Warenverkehr und bei der Prüfung nationaler Regelungen eine wettbewerbsorientierte, marktwirtschaftliche Tendenz, hat aber bisher nicht ein Stadium erreicht, in dem davon gesprochen werden könnte, daß sie eine bestimmte Wirtschaftsordnung für den Gemeinsamen Markt festlegt. Dies überläßt der Gerichtshof den politischen Organen, denen er nach seinem Selbstverständnis als Rechtsprechungsorgan die politische Verantwortung weder abnehmen kann noch will.

VIII. Wettbewerbskonzeption des Gerichtshofs

Abschließend ist zu fragen, ob die Rechtsprechung eine Wettbewerbskonzeption erkennen läßt, von der sich der Gerichtshof leiten läßt. Die Frage ist unlängst mit wenig Verständnis für die Funktion der Gerichte im allgemeinen und des Gerichtshofs im besonderen kritisch untersucht worden⁶⁷. Dabei hat der Verfasser den von ihm vertretenen heutigen Standpunkt der Wiener Schule absolut gesetzt und zum Maßstab für die Urteile auch früherer Zeit genommen, so daß er sie meist heftig kritisiert. Immerhin attestiert er dem Gerichtshof aber, daß er im wesentlichen, wenn auch zeitversetzt, der wettbewerbstheoretischen Diskussion gefolgt sei und seit Beginn der achtziger Jahre Auflockerungen erkennen lasse.

Die Rechtsprechung des Gerichtshofs läßt sich mit den in der wettbewerbspolitischen Diskussion gebräuchlichen Kategorien, etwa der Gegenüberstellung des wohlfahrtsökonomischen Ansatzes oder ergebnisorientierten Marktanalyse und des systemtheoretischen Ansatzes des freien Marktzutritts und Prozeßablaufs im Markt mit ihren verschiedenen Neben- und Zwischenformen⁶⁸, nur schwer erfassen.

⁶⁶ Das gilt vor allem für die auf Mindeststandards beschränkte Rechtsangleichung. Vgl.: *K. Mortelmans*, Minimum Harmonization and Consumer Law, *EurConsumerLJ*, Jahrg. 1988, S. 2. — Vgl. auch Art. 130 f. EWGV, der über die Gemeinschaftsregelungen hinausgehende nationale Schutzmaßnahmen im Umweltbereich zuläßt und dadurch zu Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der inländischen Unternehmen führen kann.

⁶⁷ *A. Våth* (Fn. 43).

⁶⁸ Vgl.: *K. Herdzina*, Möglichkeiten . . . (Fn. 7).

sen. So ist besonders fraglich, wie sich sein zentrales Anliegen, nämlich die Sicherung der Freiheit des Wirtschaftsverkehrs im Gemeinsamen Markt und insbesondere die Verhinderung von Handelshemmnissen und Marktabstottungen durch Vereinbarungen oder Verhaltensweisen von Unternehmen, unter die beiden Konzeptionen bringen läßt. Es geht dabei nämlich einerseits um die Erleichterung des Marktzutritts und die Erweiterung der Handlungsfreiheit der Unternehmen, also um wesentliche Elemente des systemorientierten Ansatzes, andererseits aber um ein bestimmtes, wohlfahrtsökonomisch erwünschtes Ergebnis, nämlich die Öffnung der Märkte der Mitgliedstaaten.

Der Gerichtshof selbst hat sich 1977 in einem Urteil *Metro I*, für manchen überraschend, mit folgenden Worten zum Konzept der „workable competition“ bekannt⁶⁹:

„Der in den Artikeln 3 und 85 EWG-Vertrag geforderte unverfälschte Wettbewerb setzt das Vorhandensein eines wirksamen Wettbewerbs (workable competition) auf dem Markt voraus; es muß also so viel Wettbewerb vorhanden sein, daß die grundlegenden Forderungen des Vertrages erfüllt und seine Ziele, insbesondere die Bildung eines einzigen Marktes mit binnenmarktähnlichen Verhältnissen, erreicht werden.“

Nun verbinden sich sicher viele Vorstellungen insbesondere in der amerikanischen Theorie mit der Formel der „workable competition“, aber der Wegfall der innergemeinschaftlichen Handelshemmnisse wurde sonst wohl kaum als sein Wesensmerkmal angesehen. In Wahrheit muß wohl davon ausgegangen werden, daß der Gerichtshof sich nicht auf ein bestimmtes Konzept festgelegt hat und daß er pragmatisch vorgeht, um den Unternehmen Handelsspielräume im gesamten Gemeinsamen Markt zu eröffnen. Eine solche wettbewerbstheoretische Offenheit ist nicht verwunderlich, wenn das berücksichtigt wird, was eingangs über Zusammensetzung, Willensbildung und Funktion des Gerichtshofs insbesondere in Wettbewerbsfragen gesagt wurde. Unter diesen Umständen ist keine an einer geschlossenen Doktrin ausgerichtete Rechtsprechung zu erwarten. Es muß aber auch bezweifelt werden, daß sie überhaupt wünschenswert wäre. Der Gerichtshof muß sich in erster Linie an den Vertragszielen orientieren, muß sich offen halten für neue Entwicklungen, ohne die Kontinuität im Interesse der Rechtssicherheit zu gefährden, und muß der Gerechtigkeit im Einzelfall zum Durchbruch verhelfen.

Ein derartiges pragmatisches Vorgehen bedeutet keineswegs das Fehlen jeder Konzeption. Leitlinien des Gerichtshofs sind, wie dargelegt wurde

- die Verhinderung von Handelsschranken zwischen den Mitgliedstaaten, die durch Vereinbarungen oder Verhaltensweisen von Unternehmen herbeigeführt werden;

⁶⁹ Oben Fn. 17.

- die Sicherung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Unternehmen durch Untersagung schwerwiegender Beschränkungen wie Preisabsprachen und Diskriminierungen;
- die Würdigung komplexer Absprachen nach ihrer Funktion im Markt und die Verhinderung wettbewerbsbeschränkender Wirkungen, die nicht durch diese Funktion gerechtfertigt sind.

Theoretischen Anforderungen an eine Wettbewerbskonzeption mag das nicht genügen. In der Praxis führt es aber zu einem im ganzen ausgewogenen Ausgleich zwischen der Handlungs- und Vertragsfreiheit, die den Unternehmen in der Marktwirtschaft zustehen muß, und den Grenzen, die ihnen im Interesse der Handlungsfreiheit der anderen Wirtschaftsteilnehmer auferlegt werden müssen. Ob der Gerichtshof im Einzelfall immer das richtige Maß findet, mag diskutiert werden. Insgesamt aber gibt er mit seiner Rechtsprechung der Wirtschaftsordnung der Gemeinschaft eine freiheitliche, marktwirtschaftliche Orientierung.

Schwerpunkte der Diskussion

Möschel:

Von den vielen aufgeworfenen Punkten will ich einen herausgreifen, der mir am erregendsten erscheint: Das ist die Rechtsprechung zu Art. 3, 5 und 90 EWGV. In dieser Rechtsprechung liegt — wie mir scheint — eine gewisse Logik. Denn es ist wohl im wesentlichen unstrittig, daß diese Rechtsprechung dann eingreift, wenn die staatlichen Maßnahmen akzessorisch sind zu wettbewerbswidrigen Absprachen seitens der beteiligten Unternehmen. Also etwa: Unternehmen treffen eine Preisabsprache und der Preis wird dann für allgemeinverbindlich erklärt. Der wesentliche Teil der Verantwortung liegt in einem solchen Fall unverändert bei einer staatlichen Instanz und die Akzessorietät bedeutet eigentlich nur, daß man sich sozusagen des Sachverständes der Unternehmen bedient. Ob das nun nur dem Anschein nach geschieht oder ob das auch substantiell etwas bedeutet, ist meistens eine eher zweitrangige Frage. Wenn ein Verkehrstarif genehmigt wird, auf den die Marktteilnehmer sich untereinander verständigt haben, so bleibt das ein Verwaltungsakt, der beispielsweise in der Verantwortung des Bundesverkehrsministeriums steht. Die Wirkungen einer solchen staatlichen Preisfestsetzung sind unabhängig von ihrem Urheber im Grunde genommen identisch. Man müßte schon eine Theorie entwickeln, daß bei einer staatlichen Festsetzung sozusagen im Regelfall aus der Sicht des Wettbewerbsrechts ein öffentliches Interesse verwirklicht wird, während dann, wenn Unternehmen mitwirken, die staatliche Mitwirkung zweitrangig ist und damit dieses öffentliche Interesse weniger gewährleistet. Im letzteren Fall: Verbotsverstoß. Im ersten Fall: rechtlich offen. Eine solche Differenzierung scheint mir aber nicht weit zu tragen. Sie läßt keine zuverlässige Grenzziehung zu. Außerdem beeinflußt dies die Mittelauswahl des Staates: Ich will wenigstens den Extremfall nennen, den der EWG-Vertrag ausdrücklich vorsieht, nämlich die Verstaatlichung nach Art. 222. Diese wird nach anderen Vorschriften des EWG-Vertrags im wesentlichen nicht kontrolliert. Wenn der Staat denn eine Wirtschaftspolitik betreibt, mit der er bestimmte Märkte unmittelbar regulieren will, dann soll er die fraglichen Anbieter eben verstaatlichen. Dann trägt er auch alle negativen Wirkungen in direkter Verantwortung. Vorstellbare Konsequenz: Je strenger die Rechtsprechung, desto mehr treibt man die staatliche Wirtschaftspolitik in solche Extremmaßnahmen hinein.

Everling:

Dem muß ich widersprechen: Auch die verstaatlichte Industrie ist den Regeln des Vertrages unterworfen. Falls die Formel, nach der staatliche Regelungen nicht gegen den „effet utile“ der Wettbewerbsregeln verstoßen dürfen, so weit

ausgelegt werden würde, wie ich es als Literaturmeinung gekennzeichnet habe, dann wäre das nach meiner Auffassung auch auf die verstaatlichte Industrie anzuwenden. Aber wenn ein Staat etwa Preisregeln für pharmazeutische Produkte festlegt, weil die Krankenkassen die Kostenbelastungen nicht mehr tragen können, soll dann entschieden werden, der Staat habe dies zu unterlassen, weil Private solche Preise nicht vereinbaren dürfen? Man kann solche Regelungen aus Sachgründen ablehnen, aber soll der Gerichtshof aufgrund des Gemeinschaftsrechts solche Regelungen untersagen? Den Mut hat der Gerichtshof nicht gehabt, so weit in das nationale Recht einzugreifen.

Woll:

Die Öffnung der Märkte ist offensichtlich ein zentraler Gedanke der Rechtsprechung des EuGH. Nun ging es bei den genannten Beispielen immer um Öffnung der Märkte zwischen den Mitgliedsstaaten. Ebenso wichtig ist indessen die Offenhaltung der Märkte gegenüber Drittländern. Inwieweit spielt das eine Rolle? Wenn man Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Gemeinschaftsunternehmen verhindert, wirkt das auch auf Dritte, aber es gibt eine Reihe von Unternehmensentscheidungen, die sich primär gegen Außenstehende richten. Ist das in die Entscheidungen mit eingeflossen?

Everling:

Das Problem der Offenheit nach außen ist ein ernstes Problem, und der Gerichtshof hat in einem anderen Gebiet, nämlich bei den Anti-Dumpingregeln, nach meiner Auffassung recht großzügig entschieden. Aber bei den Wettbewerbsregeln spielt das, so glaube ich, kaum eine Rolle, weil es sich um eine bezweckte und bewirkte Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes handeln muß. Bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln wird also nicht nach der Wirkung auf Drittmärkten gefragt.

Willeke:

Der EuGH konzentriert sich offenbar immer stärker auf die Prüfung der Frage, wie die Absprachen wirken. Es würde mich interessieren, ob es sich hierbei tatsächlich um das Hauptkriterium handelt. Mir scheint, daß hier eine ähnliche Entwicklung zu beobachten ist wie bei der Auslegung des § 1 GWB, bei dem zunächst der Gegenstand der Absprache zur Diskussion stand und später auch die Auswirkungen im Markt im Sinne der sogenannten Folgetheorie. Gibt es hier eine gewisse Parallelentwicklung? Dazu noch eine zweite, ergänzende Frage: Was bedeutet die Prüfung, ob eine Vereinbarung oder ein abgestimmtes Verhalten wettbewerbsbeschränkend wirkt? Welche Kriterien sind dafür maßgeblich? Wird berücksichtigt, daß die Entscheidungsträger prinzipiell selbständig handeln, und daß die Selbständigkeit des Handelns in irgendeiner Weise vermindert wird? Außerdem müßte noch ein zweites Kriterium hinzukommen: Es müssen Entscheidungsträger sein, die irgendwie ökonomisch zusammenhängen.

Everling:

Ich möchte das Vorgehen des EuGH am Franchising-System erläutern, über das er tatsächlich als erstes höheres Gericht in Europa entschieden hat. Dabei handelt es sich zunächst einmal um Vereinbarungen, die das Marktverhalten eines Unternehmens beschränken. Man hätte hier durchaus annehmen können, daß eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt wird. Der Gerichtshof mußte allerdings überlegen, was er damit ‚anrichtet‘. Kann er ein System, das sich im Markt entwickelt und bewährt und das im Grunde zu mehr Wettbewerb geführt hat, einfach für nichtig erklären und auf die Möglichkeit einer Freistellung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV verweisen?

Er mußte dann weiter überlegen, wie weit Handlungsfähigkeit eines Wettbewerbers eingeschränkt wird, ob er dafür andere Wettbewerbschancen bekommt und wie dies unter Marktgesichtspunkten zu beurteilen ist. Aufgrund einer solchen Abwägung wurden einige Klauseln der Franchising-Vereinbarung abgelehnt, bei denen nach Auffassung des Gerichtshofs die Einschränkung zu weit ging. Ob diese Abgrenzung im Einzelfall vernünftig war oder zu weit ging, darüber läßt sich streiten.

Niederleithinger:

Viele haben es begrüßt, daß der Gerichtshof den Versuch unternommen hat, den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung in Art. 85 Abs. 1 auch qualitativ zu fassen, um die Möglichkeit zu geben, daß ein Vertrag, gegen den im Prinzip eigentlich nichts einzuwenden ist, nicht erst dann Wirksamkeit erlangt, wenn er von der Kommission etwa durch eine Einzelfreistellungsentscheidung nach Art. 85 Abs. 3 gebilligt wurde. Gleichwohl stellen wir fest, daß diejenigen Klauseln, die er von vornherein gebilligt hat, für die meisten Franchisesysteme nicht ausreicht. Die meisten derartigen Verträge weisen weitere Wettbewerbsbeschränkungen auf und sie müssen sie wohl auch haben.

Das bedeutet: Es ist auch in diesem Gebiet wie auf den anderen Gebieten der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen wieder der alte Zustand hergestellt. Bei typischen Vereinbarungen, die die Wirtschaft meint zu brauchen und wohl auch braucht, müssen die Unternehmen warten, bis sie eine Freistellung erhalten. Die Kommission kann aber diese Vielzahl von Verträgen überhaupt nicht durch Einzelentscheidungen freistellen. Also erläßt sie, soweit sie dazu ermächtigt ist, eine Gruppenfreistellungsverordnung. In dieser Verordnung geht sie dann einerseits außerordentlich weit über das hinaus, was der EuGH billigen wollte, und regelt dann andererseits auf eine ganz feinsinnige Art und Weise die allerletzten Einzelheiten unter dem Gesichtspunkt der Vertragsgerechtigkeit. So ergibt sich zwar letzten Endes ein weitreichendes Verbot, das — sagen wir einmal — 100 000 Franchise-Verträge in Europa bedroht. Aber 95 Prozent dieser Verträge werden durch die Gruppenfreistellung dann doch zugelassen, allerdings unter meist regulierenden Voraussetzungen, die sich die Kommission ausgedacht hat.

Everling:

Diese Meinung teile ich nicht. Der EuGH hat sich ausdrücklich auf Franchising im Handel beschränkt. Er hat nur zu einigen Klauseln eines bestimmten, ihm vorgelegten Vertrags Stellung genommen. Und dann hat die Kommission das getan, was der Gesetzgeber machen muß: Sie hat versucht, eine allgemeine Regelung zu finden. Dazu hat sie mit der Wirtschaft zusammen ausgelotet, wo die maßgeblichen Grenzen liegen. Das Urteil des EuGH hat der Kommission die Chance gegeben, zu dieser Einigung und zu der eingeschlagenen Linie zu kommen.

Caspari:

Die Generaldirektion Wettbewerb hatte ursprünglich gemeint, daß viele Klauseln des fraglichen Franchise-Vertrages eigentlich nach Art. 85 Abs. 1 verboten seien. Der Gerichtshof hat nach meiner Meinung eine richtige Entscheidung getroffen, indem er die Übertragung des Know-hows und alles, was unmittelbar damit zusammenhängt, als nicht unter Art. 85 fallend freistellt. Ich meine übrigens auch, daß dieses neue Vertriebssystem mehr Wettbewerb auf dem Markt schafft. Denn es verstärkt den — sehr aktiven — Wettbewerb zwischen verschiedenen Vertriebssystemen. Die Gruppenfreistellung stellt klar, was überhaupt nicht unter Art. 85 (1) fällt; sie stellt eine Reihe von Klauseln frei, die unter Art. 85 (1) fallen, darunter übrigens sicherheitshalber auch solche, bei denen es von den Umständen abhängt, ob sie von Art. 85 erfaßt sind. Zugleich wurde festgehalten, daß einige Sachverhalte nicht freistellungsfähig sind, wie zum Beispiel Preisbindungen und die Beschränkung von Parallelimporten.

Schmidtchen:

Nochmals zum bedauerlichen Zustand der Wettbewerbstheorie: Fraglos gibt es unzählige Wettbewerbsdefinitionen. Nun finde ich es bemerkenswert, daß wir hier durchweg Ausdrücke wie Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung oder wettbewerbsbeschränkendes Verhalten gleichsam selbstverständlich verwenden. Aber wohl keiner wird der Meinung sein, daß jeder der hier Argumentierenden den gleichen Wettbewerbsbegriff zugrunde legt. Ich frage mich, was wir in einer wissenschaftlichen Diskussion tatsächlich herausfinden können, wenn wir in dieser Weise vorgehen. Im Anschluß an Hoppmanns Hinweis sollten wir vielleicht den Begriff weglassen. Aber der Jurist möchte gerne wissen, wie denn der Wettbewerb aussieht, der durch das GWB z. B. geschützt werden soll, und was eine Wettbewerbsbeschränkung ist. Manche Ökonomen bieten ihm etwas an, aber es sollte mittlerweile jedem bekannt sein, daß das erfahrungswissenschaftlich verfehlt ist. Die Wettbewerbstheorie kann die Fragen deshalb nicht beantworten, weil es sich um Fragen handelt, die auf eine Wesensdefinition des Wettbewerbs hinauslaufen. Und wie ein seit einiger Zeit bekanntes Unmöglichkeitstheorem zeigt, kann eine erfahrungswissenschaftlich orientierte Wettbewerbstheorie niemals solche Definitionen liefern.

Der Vortrag hat nach meiner Einschätzung einen Beleg für die These geliefert, daß die Entscheidungen des EuGH letztlich doch an einer optimalen Allokation der Ressourcen und an einer irgendwie definierten optimalen Evolution im Marktsystem orientiert sind. Denn er stellt auf Handlungsfreiheit und auf Vertragsfreiheit ab. Und wie im Konzept der Wettbewerbsfreiheit gezeigt wird, sind das die notwendigen Voraussetzungen sowohl für statische wie für dynamische Effizienz.

Möschel:

Zunächst: Die Vorstellung, daß in der Sachverhaltsermittlung die Wettbewerbstheorie keine unmittelbare Relevanz für die Rechtsanwendung hätte, ist meines Erachtens unrichtig. Der Gerichtshof hatte Mitte der sechziger Jahre Art. 85 in dem Sinne außerordentlich weit verstanden, daß er die Vorschrift uneingeschränkt auch auf vertikale Beschränkungen angewandt hat. Dahinter stand — wie angedeutet wurde — auch ein integrationspolitisches Ziel, daß sozusagen die staatlichen Grenzen, die fallen sollten, nicht ersetzt werden durch produktbezogene Grenzen der Unternehmen. Allerdings handelt es sich hierbei um keinen wettbewerbspolitischen Gesichtspunkt, jedenfalls nicht ohne die Einführung zusätzlicher Überlegungen. Und es ist, darüber herrscht wohl kein Streit, ein Unterschied, ob vertikale oder horizontale Beschränkungen vorliegen. Dennoch findet sich in der Auslegung des Art. 85 durch den EuGH ein weiterer Ansatz einer Gleichbehandlung von horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen und vertikalen Bindungen.

Hoppmann:

Zunächst klingt die Rechtssprechung des EuGH zwar etwas erratisch. Aber der Gerichtshof hat, wenn ich recht sehe, den Zweck ‚Öffnung der Märkte‘ obenangestellt. Und wenn er die Öffnung der Märkte und damit die Sicherung der Handlungsfreiheit im Markt zugrunde legt, so besitzt er ein Wettbewerbskonzept, und zwar ein sehr genaues. Mich hatte bloß immer wieder irritiert, daß der EuGH den Begriff „workable competitions“ für Sachverhalte verwendet, die dann eigentlich gar nicht gemeint sind. Mit dieser langen Rechtssprechung hat der EuGH doch schon nach und nach eine Position gefunden, die sicherlich, so bin ich der Meinung, zukunftsfruchtig sein könnte.

Die Kartellpolitik der EG-Kommission*

Von *Manfred Caspari*, Brüssel

I. Die Regeln des EG-Kartellrechts im Überblick

1. Kartell- und Monopolkontrolle stellen einen sehr wichtigen Teilaspekt — aber eben nur einen Teilaspekt — der Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft dar, die unternehmerisches wie staatliches Handeln gleichermaßen erfaßt. Im gestrigen Vortrag bin ich schon darauf eingegangen. Ich brauche dem heute nichts mehr hinzuzufügen.

2. Ich werde meine Ausführungen auf den EWG-Vertrag (EWGV) beschränken, demnach in erster Linie auf den Art. 85 und 86 EWGV und deren Anwendung eingehen, die Besonderheiten des EGKS-Vertrags also beiseite lassen. Die Art. 85 und 86 sind — so möchte ich sagen — von monumentaler Einfachheit und Klarheit. Ihr Anwendungsanspruch ist universal. Sie sind geschmeidig genug für eine Auslegung und Anwendung, die dem Fortschritt des Gemeinsamen Marktes und der wirtschaftlichen Entwicklung Rechnung tragen.

3. Nach Art. 85 (1) sind alle Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Beschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten — unter der Voraussetzung allerdings, daß sie geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Nach Artikel 85 (2) sind derartige Vereinbarungen und Beschlüsse nichtig.

Hier geht es um den Schutz des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt, übrigens unabhängig davon, wo der Verursacher der Störung seinen Sitz hat. Geschützt wird nicht nur der aktuelle, sondern auch der potentielle Wettbewerb. Das bedeutet jedoch nicht, daß jede Vertragsklausel, welche die Handlungsfähigkeit eines oder mehrerer Partner beschränkt, unter das Verbot fällt. Der wettbewerbsbeschränkende Charakter ist vielmehr an Hand der konkreten Marktauswirkung zu beurteilen. Abkommen mit handlungsbeschränkenden Klauseln können nämlich durchaus neuen Wettbewerb schaffen oder den Wettbewerb stimulieren.

Was die innergemeinschaftliche Handelsbeeinträchtigung anlangt, so bedeutet diese Bedingung nicht, daß Art. 85 nur auf grenzüberschreitende Operationen

* Der Verfasser drückt hier seine eigenen Ansichten aus, die nicht notwendigerweise diejenigen der EG-Kommission sind.

Anwendung findet. Auch rein nationale Absprachen können den zwischenstaatlichen Handel in der Gemeinschaft beeinträchtigen, insbesondere wenn sie marktabschottende Wirkungen haben. Dabei wird nicht von einer rein theoretischen Beeinträchtigungsmöglichkeit ausgegangen. Sie muß spürbar sein.

Art. 85 (3) gibt die Möglichkeit für eine Freistellung vom Verbot des Art. 85 (1), wenn in einer Art ökonomischer Bilanz die Vorteile überwiegen. Voraussetzung ist allerdings, daß die Beschränkungen unerlässlich sind und daß hinreichender Rest-Wettbewerb bestehen bleibt. Eine Monopolisierung kann also niemals genehmigt werden. Damit wird, bei voller Beachtung des Vorrangs wettbewerbspolitischer Zielvorstellungen, ein hohes Maß an Flexibilität zugunsten leistungsteigernder Restrukturierungs-Kooperation eröffnet. Ein typisches Beispiel dafür sind Gemeinschaftsunternehmen (joint ventures).

4. Art. 86 verbietet die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen — auch hier wieder verbunden mit dem Kriterium der innergemeinschaftlichen Handelsbeeinträchtigung. Die beherrschende Stellung muß nicht notwendigerweise im Gemeinsamen Markt als ganzem bestehen. Es genügt eine solche Stellung auf einem wesentlichen Teil dieses Marktes — worunter früher praktisch jeweils ein Mitgliedstaat verstanden wurde, jetzt aber der tatsächlich relevante Markt, der ja auch durch Transportkosten und Verbrauchergewohnheiten bestimmt wird.

Eine ausdrückliche Fusionskontrollregel existiert noch nicht. Das ist kein Wunder: Während der Verhandlungen über den EWG-Vertrag kannte keiner der sechs Gründerstaaten derartige Vorschriften in seinem eigenen Rechtssystem. Die schon seinerzeit bestehenden Regeln des EWG-Vertrags zur Fusionskontrolle sehe ich mehr im Kontext der Ruhr-Kontrolle.

5. Das Gemeinschafts-Wettbewerbsrecht einschließlich des abgeleiteten Rechts und der Entscheidungen sind Teil der Gemeinschafts-Rechtsordnung, zu der — in der Costa / Enel-Entscheidung¹ — der EuGH feststellte, daß der EWGV eine eigene Rechtsordnung geschaffen habe, die in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufgenommen und von deren Gerichten anzuwenden sei. Dieser Rechtskörper sei für die Mitgliedstaaten und ihre Angehörigen verbindlich. Die Mitgliedstaaten hätten nicht das Recht, nachträglich einseitige Maßnahmen zu ergreifen, die dieser Ordnung entgegenstehen. Dem vom Rom-Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließendem Recht könne keine wie immer geartete innerstaatliche Rechtsvorschrift vorgehen, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden solle.

Dieser Vorrang des Gemeinschaftsrechts wird durch die Walt-Wilhelm-Entscheidung des EuGH² auch für das Kartellrecht bestätigt, das ja die Eigenschaft

¹ Urteil vom 15. 7. 1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251.

² Urteil vom 13. 2. 1969, Rs. 14/68, Slg. 1969, 1.

aufweist, daß auch die meisten Mitgliedstaaten mehr oder weniger ausgeformte Anti-Trust-Vorschriften besitzen. In der Praxis bedeutet dies, daß zwar durchaus parallele Verfahren nach nationalem und nach Gemeinschaftsrecht möglich sind, jedoch dürfen die Mitgliedstaaten keine Entscheidung treffen, welche die praktische Wirksamkeit einer Kommissionsentscheidung, beispielsweise einer Freistellung nach Art. 85 (3), beeinträchtigt. Damit ist die Substanz — unter Gemeinschaftsgesichtspunkten — der Entscheidung angesprochen, nicht jede Einzelheit. Die Probleme, die sich aus dem Nebeneinander von nationalem und Gemeinschafts-Kartellrecht ergeben, waren Gegenstand unzähliger akademischer Diskussionen, Dissertationen, Juristentagungen. In der Realität werden sie in enger Zusammenarbeit zwischen den nationalen Behörden und Brüssel gelöst. Sicherlich ist dabei auch die klare Position des EuGH sehr hilfreich.

6. Von dem gleichen Rechtsprinzip geht Art. 5 EWGV aus, der die Verpflichtung zur Gemeinschaftstreue statuiert. Wenn auch die Entscheidungspraxis des EuGH zu Art. 5 im Zusammenhang mit Art. 85 und 86 noch im Fluß ist, so dürfte doch unstrittig dann ein Verstoß gegen diese Vorschrift vorliegen, wenn eine staatliche Maßnahme ein Unternehmensverhalten anordnet, fördert oder begünstigt, das als solches gegen Art. 85 oder 86 verstößt. Erst kürzlich entschied der EuGH, daß eine ministerielle Verordnung, durch die eine gegen Art. 85 (1) verstoßende Vereinbarung für allgemeinverbindlich erklärt wurde, gegen die Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus Art. 5 in Verbindung mit Art. 3 f) und 85 verstößt³.

Art. 90 (1) EWGV stellt wiederum eine Spezialregel für die Anwendung des Prinzips der Gemeinschaftstreue hinsichtlich der öffentlichen Unternehmen dar. Diese Vorschrift zielt im wesentlichen darauf ab, zu verhindern, daß einerseits die öffentliche Hand die ihrem Einfluß unterliegenden Unternehmen dazu benutzt, ein Verhalten zu praktizieren, das der staatlichen Autorität selbst untersagt ist und daß andererseits öffentliche Unternehmen sich bei einem vertragswidrigen Verhalten hinter dem Staat verstecken.

II. Die Anwendung des EG-Kartellrechts

1. Lassen Sie mich nun konkret auf die Anwendung der Art. 85 und 86 eingehen: 1962 erließ der EWG-Ministerrat die Verordnung Nr. 17⁴, die sogenannte Kartell-Verordnung, die noch durch zwei Verfahrensverordnungen ergänzt

³ Urteil vom 3. 12. 1987, Rs. 136/86, *Bureau National Interprofessionel de Cognac (BNIC)* gegen *Ives Aubert*, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht. Zum Inhalt dieses Urteils siehe: EG-Kommission. Siebzehnter Wettbewerbsbericht, Brüssel und Luxemburg 1988, Ziffer 99.

⁴ Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. 2. 1962 (Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrags), ABI Nr. 13 vom 21. 2. 1962, S. 204/62, zuletzt geändert durch die Akte über den Beitritt Spaniens und Portugal, ABI Nr. L 302 vom 15. 11. 1985, S. 28, 165 (Nr. 5).

wurde. Damit war die Voraussetzung für eine systematische Anwendung der Art. 85 und 86 geschaffen worden.

Die Verordnung Nr. 17 bestätigte die unmittelbare Geltung der in diesen beiden Artikeln enthaltenen Verbote. Sie konzentriert die Zuständigkeiten für die Anwendung des Gemeinschafts-Kartellrechts bei der Brüsseler Kommission. Insbesondere weist sie der Kommission die ausschließliche Kompetenz für die Anwendung des Art. 85 (3) zu. Die Gerichte und Behörden der Mitgliedstaaten bleiben jedoch daneben für die Anwendung des Verbots zuständig. Sie statuiert das Prinzip, daß Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne des Art. 85 (1) nicht vom Kartellverbot freigestellt werden können, wenn und solange sie nicht bei der Kommission angemeldet worden sind. Schließlich statuet die Verordnung Nr. 17 die Kommission mit weitreichenden Ermittlungs-, Verfahrens-, Entscheidungs- und Sanktionsbefugnissen zur Bekämpfung von Zuwiderhandlungen aus.

2. Im gleichen Jahr verabschiedete der Rat die Verordnung Nr. 26⁵ zur Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Produktion und Handel mit Agrarerzeugnissen. Danach sind die Wettbewerbsregeln des EWGV im Prinzip anwendbar, jedoch mit erheblichen Einschränkungen. So gilt das Verbot des Art. 85 (1) nicht für Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen, die entweder

- wesentlicher Bestandteil einer einzelstaatlichen Marktordnung oder
- zur Verwirklichung der Ziele der gemeinsamen Agrarpolitik (sie sind in Art. 39 definiert) notwendig sind.

3. Nachdem der Verkehr durch die Ratsverordnung Nr. 141⁶ wieder aus dem Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 17 herausgenommen war, ergab sich eine Lücke in den Anwendungsregeln. Zwar blieben Art. 85 und 86 nach wie vor anwendbar, jedoch nur über die unhandlichen und wenig wirkungsvollen Vorschriften der Art. 88 und 89, die ihrer Natur nach Übergangsregeln darstellen. Durch die Ratsverordnungen Nr. 1017/68 für den Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr⁷, Nr. 4056/86 für den Seetransport⁸ und schließlich Nr. 3975/87 für den Luftverkehr⁹ wurde diese Lücke wieder geschlossen — was, insbesondere für den See- und Luftverkehr, erheblicher politischer Anstrengungen bedurfte. Die beiden letztgenannten Regelungen sind übrigens nicht ganz vollständig. So wird die Trampschiffahrt ebensowenig davon erfaßt wie der

⁵ ABl. Nr. 30 vom 20. 4. 1962, S. 993/62, geändert durch Ratsverordnung Nr. 49, ABl. Nr. 53 vom 1. 7. 1962, S. 1571/62.

⁶ ABl. Nr. 124 vom 28. 11. 1962, zuletzt geändert durch Ratsverordnung Nr. 1002/67, ABl. Nr. 306 vom 16. 12. 1967, S. 1.

⁷ ABl. Nr. L 175 vom 23. 7. 1968, S. 1, zuletzt geändert durch die Akte über die Beitritt Griechenlands, ABl. Nr. L 291 vom 19. 11. 1979, S. 21, 92 (Nr. 1).

⁸ ABl. Nr. L 378 vom 31. 12. 1986, S. 4.

⁹ ABl. Nr. L 374 vom 31. 12. 1987, S. 1.

Flugverkehr zwischen der Gemeinschaft und Drittstaaten. Inwieweit hier noch Regelungsbedarf besteht, wird sich zeigen.

Generell kann gesagt werden, daß nunmehr die Voraussetzungen für eine umfassende Anwendung der Art. 85 und 86 gegeben sind.

4. Auf dieser Basis hat sich die Tätigkeit der EG-Kommission zunehmend intensiviert und verbreitert. Die Zahl der inzwischen getroffenen Einzelfall-Entscheidungen liegt bei knapp 300. Hinzu kommen etwa 140 Urteile des EuGH. Für die Praxis immer wichtiger werden die sogenannten *comfort-letters*. Das sind Verwaltungsschreiben der Generaldirektion Wettbewerb, mit denen den betreffenden Firmen auf ihre Notifizierung — mit dem Antrag auf Negativattest oder Freistellung nach Art. 85 (3) — mitgeteilt wird, daß die Dienststellen keinen Anlaß zum Einschreiten sehen, sei es, weil die Absprachen nicht unter das Verbot des Art. 85 (1) fallen oder weil die Freistellungsbedingungen nach Art. 85 (3) erfüllt sind. In wichtigen Fällen erfolgt diese Mitteilung erst nach einer Veröffentlichung im Amtsblatt, die derjenigen entspricht, die einem förmlichen Negativattest oder einer Freistellungsentscheidung vorauszugehen hat. Der *comfort-letter* gibt nicht die gleiche Rechtssicherheit wie eine Kommissionsentscheidung. Deswegen können unsere „Kunden“, die diese Sicherheit wünschen, auf einer Entscheidung bestehen. In der Regel ziehen sie jedoch die prompte „Bedienung“ vor. Entscheidungen müssen nämlich einen langen Weg durch die Instanzen der Gemeinschaft gehen. Sie sind zunächst innerhalb der Generaldirektion Wettbewerb und mit dem Juristischen Dienst, der eine eigene Wettbewerbssequipe hat, abzustimmen und vom zuständigen Kommissar zu billigen. Dann werden sie im Beratenden Ausschuß, der sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten zusammensetzt — und der die Texte der Entscheidungsentwürfe in allen Amtssprachen fordert — erörtert. Die Endfassung wird schließlich über den zuständigen Kommissar der EG-Kommission zur Entscheidung vorgelegt. Schließlich muß der Text in allen neun Sprachen der Gemeinschaft im Amtsblatt veröffentlicht werden. Rund ein Viertel bis ein Drittel der Arbeitskapazität meiner Beamten wird allein für Übersetzung und Übersetzungskontrolle benötigt — obwohl die EG-Kommission den größten Übersetzerdienst der Welt hat.

5. Es würde zu weit führen, unsere Fallpraxis im einzelnen aufzulisten. Doch möchte ich einige Grundorientierungen aufzeigen, die sich im Zusammenwirken von EG-Kommission und EuGH immer klarer herausgebildet haben:

Selbstverständlich sind horizontale Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen über eine gemeinsame Festlegung von Preisen, Produktions- und Lieferquoten oder über die Aufteilung der Gemeinschaft in geographische Teilmärkte unvereinbar mit Art. 85. Das gleiche gilt für Absprachen über die Absatzpolitik zwischen Konkurrenten sowie über kollektive gegenseitige Ausschließlichkeitsvereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern und private Exportverbote, womit die „heilige Kuh“ der Freiheit für den innergemeinschaftlichen Parallelhandel angesprochen ist.

Negativ werden auch Regelungen bewertet, die unter dem Vorwand des Lauterkeitsschutzes ganze Industriezweige einer privaten Marktordnung unterwerfen, desgleichen Marktinformationssysteme, soweit sie zur Ausschaltung des oligopolistischen Geheimwettbewerbs führen.

Eine differenziertere Position nimmt die Kommission gegenüber Gemeinschaftsunternehmen ein. Zunächst wird geprüft — was im Einzelfall nicht unproblematisch ist —, ob es sich um einen konzentrativen oder um einen kooperativen Vorgang handelt, wobei wir eine etwas weitere Auslegung des Begriffs „kooperativ“ haben mögen als das Bundeskartellamt. Nur letzterer fällt nach bisheriger Praxis unter Art. 85 (1). In diesen Fällen wird Art. 85 (3) recht großzügig angewendet — nur: Die Freistellung kann nach Verordnung Nr. 17 lediglich zeitlich begrenzt gewährt werden. Mit zwei Beispielen möchte ich unsere Politik auf diesem Gebiet, die immer deutlicher auf marktbezogene Kriterien zurückgreift, illustrieren. Kürzlich befand die Kommission, daß Netze von Gemeinschaftsunternehmen (GU), die eine marktmächtige Unternehmensgruppe in verschiedenen Mitgliedstaaten mit jeweils anderen Partnern gründet, vom Kartellverbot erfaßt sein können, selbst wenn die einzelnen GU, isoliert betrachtet, den Wettbewerb nicht beschränken¹⁰. In einem anderen Fall wurde entschieden, daß auch die Beziehungen zwischen jeder der Muttergesellschaften und dem GU grundsätzlich nach Art. 85 zu beurteilen sind; die wirtschaftliche Freiheit der Beteiligten einschränkende Vertragsklauseln — wie etwa Konkurrenzverbote — fallen dann aber nicht unter das Kartellverbot, wenn sie für die Schaffung und das ordnungsgemäße Funktionieren eines wettbewerbsneutralen GU unerlässlich sind¹¹.

Ein weiterer Bereich, den wir differenziert beurteilen, ist der selektive Vertrieb. Eine auf objektiven Kriterien aufbauende und ohne Diskriminierung praktizierte reine Fachhandelsbindung wird dann nicht vom Kartellverbot erfaßt, wenn — auch durch das Bestehen paralleler Vertriebssysteme für konkurrierende Produkte — der wirksame Wettbewerb nicht beeinträchtigt wird. Darüber hinausgehende wettbewerbsbeschränkende Regelungen können je nach der Art des Erzeugnisses und der Struktur der Märkte nach Art. 85 (3) freigestellt werden.

Als Beispiele für die Nichtanwendbarkeit des Kartellverbots sind zeitlich begrenzte Konkurrenzverbote im Zusammenhang mit dem Unternehmensverkauf zu nennen oder Konkurrenzverbote in der Zusammenarbeit kleiner und mittlerer Unternehmen, soweit sie die Beteiligten in die Lage versetzen, außerhalb ihres Heimatlandes tätig zu werden.

6. Was die Anwendung des Art. 86 anlangt, haben sich die Entscheidungen insbesondere mit dem Abbruch von Lieferbeziehungen, der Auferlegung von Alleinbezugspflichten, der Gewährung von Treueprämien, der Koppelung zwischen erwünschten und unerwünschten Warenlieferungen und dem predatory

¹⁰ Entscheidung *Lichtwellenleiter*, ABI Nr. L 236 vom 22. 8. 1986, S. 30.

¹¹ Entscheidung *Mitchell / Cotts / Sofitra*, ABI Nr. L 41 vom 11. 2. 1987, S. 31.

behaviour gegenüber kleineren Konkurrenten befaßt. In der *Continental-Can*-Entscheidung von 1971¹² war klargemacht worden, daß auch die Ausweitung einer marktbeherrschenden Stellung durch Zukauf eines Konkurrenten einen Mißbrauch im Sinne des Art. 86 darstellen kann. Leider ist es jedoch seitdem zu keiner Folgeentscheidung gekommen.

7. Im Laufe der Jahre haben sich die Schwerpunkte der Einzelfallpraxis verändert. Lange Zeit schien die Kommission ihr Hauptaugenmerk auf vertikale Beschränkungen gerichtet zu haben — schon wegen des Problems der Parallelimporte —, was Testentscheidungen in verschiedenen anderen Gebieten nicht ausschloß. In den letzten Jahren wurde mehr Wert auf die Verfolgung von „klassischen“ Kartellen und Monopolmißbrauch gelegt. Die Geldbußen wurden drastisch erhöht. Im Polypropylen-Fall¹³ betrug die Buße insgesamt rund 120 Mio. DM. In einem Fall des predatory behaviour¹⁴ belief sie sich auf rund 20 Mio. DM. Beide Fälle sind allerdings noch vor dem EuGH anhängig. Gegenüber Kartellen von Unternehmen mit Sitz in Drittstaaten wurde das Wirkungsprinzip durchgesetzt, auch wenn der EuGH es etwas vorsichtiger umschrieb¹⁵. Bereiche, die lange Zeit „außen vor“ gelassen waren, wie Banken und Versicherungen, Warenterminbörsen, wurden durch Entscheidungen in die Anwendungspraxis der Art. 85 und 86 eingeschlossen. Das gleiche gilt neuerdings auch für den See- und Lufttransport.

8. Die allgemeine, breit angelegte, horizontale und vertikale Operationen gleichermaßen umfassende Tragweite der Art. 85 und 86 ruft nach Klarstellungen darüber, was von diesen Regeln erfaßt wird, was verboten ist, was freigestellt werden kann. Diese Klarstellungen waren auch nötig, um mit dem Massenproblem fertig zu werden: Das Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 provozierte eine Notifizierungslawine; in kurzer Zeit gingen 40 000 Anmeldungen in Brüssel ein. Individualentscheidungen waren keine Antwort darauf. Die Antwort bestand in Bekanntmachungen und Gruppenfreistellungen. Sie dienten einerseits der Rechtsklarheit und -sicherheit, andererseits sollten sie die EG-Kommission, die ja nur eine zahlenmäßig sehr begrenzte Personalausstattung hat, von unnützer Arbeit entlasten.

9. Beginnen wir mit den Bekanntmachungen. Einige sind inzwischen überholt oder durch Gruppenausnahmen ersetzt. Einige bedürfen auch der Modernisierung.

¹² ABI Nr. L 7 vom 8. 1. 1972, S. 25, im wesentlichen bestätigt durch EuGH, Rs. 6/72, *Europemballage und Continental Can gegen Kommission*, Slg. 1973, 215.

¹³ ABI Nr. L 236 vom 18. 8. 1986, S. 1.

¹⁴ Entscheidung *ECS / AKZO*, ABI Nr. L 374 vom 31. 12. 1985, S. 1.

¹⁵ Entscheidung *Zellstoff*, ABI Nr. L 85 vom 26. 3. 1985, S. 1, hinsichtlich der hier interessierenden Aussage, bestätigt durch EuGH, Urteil vom 27. 9. 1988, verbundene Rs. 89, 104, 114, 116, 117, 125 bis 129/85, *Ahlström Osakeyhtiö, Helsinki*, u. a. gegen Kommission, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht. Wegen des Inhalts dieses Urteils siehe: EG-Kommission, Achtzehnter Wettbewerbsbericht, Brüssel und Luxemburg 1989.

Für die Bekanntmachung über Handelsvertreterverträge soll dies in diesem Jahr geschehen. Von bleibender Bedeutung ist die Bekanntmachung über die zwischenbetriebliche Zusammenarbeit von 1968¹⁶. Sie beschreibt eine Anzahl häufig vorkommender Absprachen, die ihrer Natur nach, also aus qualitativen Gründen, nicht geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken. Sie ist weitgehend von der deutschen Kooperationsfibel beeinflusst worden.

Die „Bagatell-Bekanntmachung“ — sie wurde 1970 erlassen und 1986 geändert¹⁷ — definiert anhand von quantitativen Kriterien (Marktanteil und Gesamtumsatz) diejenigen Vereinbarungen und Praktiken, die wegen ihrer geringen wirtschaftlichen Bedeutung keine spürbaren Störungen des Wettbewerbs sowie des innergemeinschaftlichen Handels mit sich bringen und deshalb aus dem Anwendungsbereich des Art. 85 (1) herausfallen. Die Sensitivitätsschwellen liegen bei 5 Prozent Marktanteil und 200 Mio. ECU Gesamtumsatz. Der Marktanteil wird am relevanten Markt gemessen, der geographisch auch — und dies zunehmend — die gesamte Gemeinschaft umfassen kann.

10. Das wohl interessanteste Phänomen der Gemeinschafts-Kartellpolitik sind die Gruppenfreistellungs-Verordnungen. Sie bezwecken, bestimmte Kategorien von Absprachen, die unter Art. 85 fallen, bei denen die EG-Kommission aber überzeugt ist, daß sie regelmäßig die Voraussetzungen des Art. 85 (3) erfüllen, ohne Notifizierung vom Verbot des Art. 85 (1) freizustellen. Wir haben dieses Instrument aber auch dazu benutzt, für bestimmte Kategorien festzustellen: „Es ist nicht sicher, ob dieses oder jenes Abkommen unter Art. 85 fällt oder nicht — für den Fall, daß es darunter fällt, wird es freigestellt.“

In einigen dieser Verordnungen — sie betreffen die Gruppenfreistellungen für Patentlizenzen, Know-how-Verträge, Spezialisierungsvereinbarungen sowie die gemeinsame Forschung und Entwicklung — ist ein Oppositionsverfahren vorgesehen. Es betrifft Kategorien von Absprachen, von denen die Kommission meint, daß sie zwar meistens, jedoch nicht immer „freistellungswürdig“ sind. Diese Abkommen sind zu notifizieren, gelten jedoch als genehmigt, wenn die Kommission innerhalb von sechs Monaten keinen Widerspruch einlegt. In manchen Fällen hat die Kommission Gruppenfreistellungen noch durch ergänzende Bekanntmachungen zu verdeutlichen versucht — eine Praxis, die meines Erachtens künftig etwas kritischer beurteilt werden sollte. Freistellungs-Verordnungen sind keine abschließende Regelung, kein Prokrustesbett. Im Einzelfall können auch Vereinbarungen genehmigt werden, die über den Rahmen einer Gruppenfreistellung hinausgehen. Dann müssen aber sehr konkrete Argumente für eine Anwendung von Art. 85 (3) vorgetragen werden.

¹⁶ ABl Nr. C 75 vom 29. 7. 1968, S. 3, berichtet im ABl Nr. C 93 vom 18. 9. 1968, S. 3.

¹⁷ Der vollständig neugefaßte Text der Bekanntmachung ist veröffentlicht im ABl Nr. C 231 vom 12. 9. 1986, S. 2.

In zwei Fällen sind Gruppenfreistellungen unmittelbar in Rats-Verordnungen zur Anwendung von Art. 85 aufgenommen worden: In der Verordnung Nr. 1017/68, die den Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr betrifft und in der Seeverkehrs-Verordnung Nr. 4056/86. Die Freistellungen der Verordnung Nr. 1017 betreffen vor allem technische Vereinbarungen und Gemeinschaften kleiner und mittlerer Unternehmen. Beim Seeverkehr wurden auch technische Regeln und — unter bestimmten Voraussetzungen — Liner-Konferenzen freigestellt. Normalerweise werden jedoch die Freistellungs-Verordnungen aufgrund einer Ratsermächtigung von der EG-Kommission erlassen, allerdings nach ausgiebiger Konsultation, nicht nur der Beteiligten, sondern auch der Mitgliedstaaten.

11. Die erste bahnbrechende Gruppenfreistellung, die Verordnung Nr. 67/67¹⁸, betraf die Alleinvertriebsverträge. Sie legte das Prinzip der offenen Gebietskonzession und damit die Freiheit der Parallel-Lieferungen fest. Sie regelte seinerzeit auf einen Schlag rund 25 000 Notifizierungen. Im Jahr 1984 wurde diese Freistellung modernisiert. Nunmehr sind Alleinvertriebs- und Alleinbezugsvereinbarungen jeweils Gegenstand einer eigenen Regelung (Verordnungen Nr. 1983/83 und Nr. 1984/83)¹⁹. In diesem Zusammenhang wurden für Bierlieferungs- und Tankstellenverträge spezielle Vorschriften erlassen. Soeben hat übrigens Sir Leon Brittan eine neuerliche Überprüfung des Bierliefer-Komplexes angeordnet.

Mit der Gruppenfreistellung über den Kraftfahrzeugvertrieb (Verordnung Nr. 123/85)²⁰ wurde der Versuch unternommen, die besonderen Probleme dieses Sektors mit dem Anspruch auf wirksamen Wettbewerb und freien Handel auch über die Binnengrenzen hinweg in Einklang zu bringen.

Kürzlich wurde eine Gruppenfreistellung für Franchise-Vereinbarungen über den Vertrieb von Waren und die Erbringung von Dienstleistungen erlassen (Verordnung Nr. 4087/88)²¹. Danach sind alle diejenigen Klauseln, ohne die ein normales Franchisesystem nicht funktionieren kann, kartellrechtlich unbedenklich. Im Vordergrund steht der Schutz des Know-how des Franchisegebers und die Wahrung der Einheitlichkeit und des Ansehens des Systems. Freigestellt werden neben anderem Gebietsschutzklauseln zugunsten der einzelnen Mitglieder des Franchisenetzes, die diese zu besonderen Absatzanstrengungen in ihren Vertragsgebieten anhalten sollen. Nicht zulässig sind dagegen Abreden, die zu einem absoluten Gebietsschutz führen oder die Franchisenehmer an einer autonomen Preispolitik hindern. Innerhalb des Franchisenetzes hat der Grundsatz des Freiverkehrs zu gelten: Ein Querlieferungsverbot ist unzulässig.

¹⁸ ABI Nr. 57 vom 25. 3. 1967, S. 849/67, zuletzt geändert durch die Akte über den Beitritt Spaniens und Portugals, ABI Nr. L 302 vom 15. 11. 1985, S. 28, 166 (Nr. 8).

¹⁹ ABI Nr. L 175 vom 30. 6. 1983, S. 1, 5, geändert durch die Akte über den Beitritt Spaniens und Portugals, ABI Nr. L 302 (Fn. 18).

²⁰ ABI Nr. L 15 vom 18. 1. 1985, S. 16, geändert durch die Akte über den Beitritt Spaniens und Portugals, ABI Nr. L 302 (Fn. 18).

²¹ ABI Nr. L 359 vom 28. 12. 1988, S. 46.

Die Gruppenfreistellung für Spezialisierungsabkommen wurde seit ihrer Erstfassung von 1972 mehrmals revidiert, zuletzt durch die Verordnung Nr. 417/85²². Sie erfaßt nunmehr auch die Gemeinschaftsproduktion. Die Marktanteils-grenze liegt bei 20 Prozent des relevanten Marktes, der höchstzulässige Gesamtumsatz bei 500 Mio. ECU.

Die Gruppenfreistellung für Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (Verordnung Nr. 418/85)²³ beruht auf der Erkenntnis, daß der Wettbewerb zunehmend durch Innovation, durch die Einführung neuer Produkte und Verfahren geprägt wird. Da mag es auch in manchen Fällen notwendig sein, die finanziellen und technischen Risiken auf mehreren Schultern zu verteilen. Deshalb sollen derartige Kooperationen erleichtert werden, vorausgesetzt allerdings, daß innerhalb der Gemeinschaft hinreichender Wettbewerb zwischen mehreren Forschungszentren sowie auf der Stufe der Verwertung der Ergebnisse bestehen bleibt. Auch hier gibt es eine 20 Prozent-Marktanteils-grenze. Die Verordnung schließt Abreden über die Produktion und die Lizenzpolitik gegenüber Dritt-Unternehmen ein, nicht jedoch Vertriebsabreden.

Die Gruppenfreistellung für Patentlizenzvereinbarungen (Verordnung Nr. 2349/84)²⁴ läßt Gebietsschutzabreden zu, durch die ein direkter Wettbewerb zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer während der gesamten Vertragsdauer und zwischen Lizenznehmern während einer auf fünf Jahre begrenzten Markteinführungsphase so gut wie ausgeschlossen wird. Diese Regelung soll den Unternehmen mehr Rechtssicherheit geben und zugleich ein günstiges Klima für den Technologietransfer schaffen. Ein wirksamer Wettbewerb für die Lizenzzeugnisse und ein — vorbehaltlich der genannten Einschränkungen — freier innergemeinschaftlicher Handel müssen gleichwohl gewährleistet bleiben.

Die soeben verabschiedete Gruppenfreistellung für Know-how-Vereinbarungen (Verordnung Nr. 556/89)²⁵ entspricht in ihrer Konzeption, ihrem Aufbau und ihrer inhaltlichen Ausgestaltung weitgehend derjenigen für Patentlizenzen. Sie enthält jedoch besondere Vorschriften, die dem Know-how einen dem Patent vergleichbaren Rechtsstatus verleihen sollen. In Ermangelung verbindlicher Definitionen im nationalen Recht obliegt es dem Gemeinschaftsgesetzgeber, den gegenständlichen und zeitlichen Schutzzumfang des Know-how festzulegen. Die Gruppenfreistellung hängt davon ab, daß das lizenzierte Know-how geheim, wesentlich und in geeigneter Form identifizierbar ist. Die Schutzfrist beträgt

²² ABl Nr. L 53 vom 22. 2. 1985, S. 1, geändert durch die Akte über den Beitritt Spaniens und Portugals, ABl Nr. L 302 (Fn. 18), S. 167 (Nr. 14).

²³ ABl Nr. L 53 vom 22. 2. 1985, S. 5, geändert durch die Akte über den Beitritt Spaniens und Portugals, ABl Nr. L 302 (Fn. 18), S. 167 (Nr. 15).

²⁴ ABl Nr. L 219 vom 16. 8. 1984, S. 15, berichtigt in ABl Nr. L 280 vom 22. 10. 1985, S. 32, geändert durch die Akte über den Beitritt Spaniens und Portugals, ABl Nr. L 302 (Fn. 18), S. 166 (Nr. 12).

²⁵ ABl Nr. L 61 vom 4. 3. 1989, S. 1.

zehn Jahre, und zwar beginnend mit dem Zeitpunkt des Abschlusses der ersten Know-how-Vereinbarung innerhalb der EG. Die Freistellungs-Verordnung gilt nicht nur für reine Know-how-Verträge, sondern auch für gemischte Patentlizenzen-/Know-how-Vereinbarungen, die meistens nicht den Schutz der Patentlizenzen-Verordnung genießen. Weiterhin wurden im letzten Jahr Gruppenfreistellungen erlassen, welche die technische und kommerzielle Zusammenarbeit der Fluggesellschaften im Linienverkehr regeln. Vom Kartellverbot befreit sind nunmehr Vereinbarungen, die zum Gegenstand haben:

- die gemeinsame Planung und Koordinierung der Beförderungskapazität, die Aufteilung der Einnahmen, gegenseitige Konsultationen über Tarife oder die Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen (Verordnung Nr. 2671/88)²⁶;
- den gemeinsamen Betrieb computergesteuerter Buchungssysteme (Verordnung Nr. 2672/88)²⁷;
- die Erbringung von Versorgungsleistungen auf Flughäfen (Verordnung Nr. 2673/88)²⁸.

Andere Gruppenfreistellungskandidaten zeichnen sich ab. Die Versicherungswirtschaft hat schon deutlich ihr Interesse bekundet — wobei es natürlich nur um bestimmte Klauseln in Versicherungsverträgen geht, nicht aber um die Versicherungswirtschaft als solche. Wir sollten aber, so glaube ich, einmal eine Verschnaufpause einlegen. Sicherlich ist die Bilanz der Gruppenfreistellungspolitik insgesamt positiv zu bewerten. Die Gefahr sollte auch gesehen werden, daß zu viele Freistellungs-Verordnungen mehr Verwirrung — oder gar Reglementierung — schaffen können als Rechtssicherheit.

III. Aufgaben der zukünftigen EG-Kartellpolitik

1. Und damit sind wir schon beim Blick in die Zukunft. Manches bleibt zu tun. Vordringlich ist die Vorbereitung der nächsten Etappe in der Luftverkehrsliberalisierung. Sie beginnt am 1. Januar 1991. Die Liberalisierung im Telekommunikationsbereich wird auch unter Zuhilfenahme der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft — weiter vorangetrieben werden.

Was die Einzelfallentscheidungen anlangt, müssen wir schnellere Verfahren finden. Der Rückstand unerledigter Fälle (rund 3 000) wächst weiter an. Eine adäquate Personalausstattung kann offensichtlich ebensowenig erwartet werden wie eine Entkomplizierung der Verfahren, die zu formalen Entscheidungen führen. So bleibt nichts anderes übrig, als noch systematischer mit *comfort letters* zu arbeiten. Auch hoffen wir auf einen Erfolg unserer Bemühungen, die nationalen

²⁶ ABl Nr. L 239 vom 30. 8. 1988, S. 9.

²⁷ ABl Nr. L 239 vom 30. 8. 1988, S. 13.

²⁸ ABl Nr. L 239 vom 30. 8. 1988, S. 17.

Gerichte stärker mit Kartellentscheidungen zu befassen. Dafür gibt es einen Anreiz: Sie können Schadenersatzleistungen zugunsten von Geschädigten einer verbotenen wettbewerbswidrigen Absprache verhängen — die EG-Kommission kann das nicht. Andererseits kann die Kommission eine Freistellung nach Artikel 85 (3) gewähren. Sie arbeitet auch spesenfrei.

2. Die wichtigste wettbewerbspolitische Aufgabe ist aber natürlich die Schaffung eines Instrumentariums zur Fusionskontrolle. Sie ist inhärenter Teil des Konzeptes „Binnenmarkt ab 1992“. Die EG-Kommission hat ihren Verordnungsvorschlag aus dem Jahre 1973²⁹ modernisiert, und zwar nach ausgiebigen bilateralen Diskussionen mit allen Mitgliedstaaten³⁰. Der Vorschlag wird zur Zeit im Ministerrat erörtert. Nach deutlichen Fortschritten in der ersten Hälfte des letzten Jahres — unter deutscher Präsidentschaft — hatten sich zum Jahresende die Diskussionen festgefahren.

Im Zentrum der Diskussion stehen drei Fragenkreise:

- Die Definition der Fusion von gemeinschaftsweiter Bedeutung. Hier geht es um die Werte der Aufgreiffsschwellen.
- Die exklusive Kommissionszuständigkeit sowie die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen EG-Kommission und Mitgliedstaaten. Hierzu möchte ich drei spezielle Probleme nennen: Das (nationale) „public interest“; die Frage, ob und gegebenenfalls wie in den Fällen, in denen die Kommission unter Anwendung von Gemeinschaftskriterien keinen Anlaß für ein Einschreiten sieht, nationale Behörden tätig werden können, um lokalen Wettbewerbserfordernissen Rechnung zu tragen; und schließlich: Was geschieht mit Fusionen unterhalb des Gemeinschaftsdimensions-Schwellenwertes.
- Die Derogationsklausel nach der Art von Art. 85 (3). Jeder weiß, daß es ohne eine solche Klausel keine Verordnung geben wird, jeder will sie aber mit seinen nationalen wirtschaftspolitischen Vorstellungen befruchten. Wichtig erscheint mir vor allem die richtige Hierarchie: Wettbewerbsüberlegungen müssen den Vorrang behalten.

Diese drei Fragen hängen politisch zusammen. Wenn sie gelöst sind, werden sich schnell alle anderen Fragen regeln lassen.

Ende März 1989 hat die EG-Kommission neuerliche Änderungen dieser Position beschlossen. Sie hofft, damit eine Basis für einen nunmehr zügig zu erarbei-

²⁹ Vorschlag einer Verordnung (EWG) des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl Nr. C 92 vom 31. 10. 1973, S. 1, geändert in den Jahren 1981 (ABl Nr. C 36 vom 22. 2. 1982, S. 3), 1984 (ABl Nr. C 51 vom 23. 2. 1984, S. 8) und 1986 (ABl Nr. C 324 vom 17. 12. 1986, S. 5).

³⁰ Siehe geänderter Vorschlag einer Verordnung (EWG) des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl Nr. C 130 vom 15. 5. 1988, S. 4, revidierte Fassung veröffentlicht im ABl Nr. C 22 vom 28. 1. 1989, S. 14.

tenden Gesamtkompromiß geschaffen zu haben. Die wesentlichen Elemente des Vorschlags sehen danach wie folgt aus:

Alle Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung, einschließlich joint ventures, sind vorab bei der EG-Kommission zu notifizieren. Ein Suspensiveffekt für den Vollzug ist damit jedoch nicht mehr verbunden. Die Kommission ist für die Behandlung dieser Fälle ausschließlich zuständig. Sie kann allerdings Fälle, für die kein Entscheidungsbedarf auf Gemeinschaftsebene besteht, wegen lokaler Wettbewerbsprobleme dem betreffenden Mitgliedstaat zur weiteren Behandlung überweisen.

Gemeinschaftsdimension hat ein Zusammenschluß dann,

- wenn der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen mehr als 2 Mrd. ECU, aber während einer Übergangszeit bis 31. 12. 1992 5 Mrd. ECU beträgt und
- wenn der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen jeweils höher ist als 100 Mio. ECU,

es sei denn, daß die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweisen Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen. Die Schwellenwerte 2 Mrd. ECU und 100 Mrd. ECU sind nach den Lebenshaltungskosten zu indexieren.

Zusammenschlüsse, die auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken — das ist gemeint, wenn auch die letzte Textfassung etwas differiert —, sind mit dem Gemeinsamen Markt grundsätzlich unvereinbar. In einem solchen Fall wäre die Genehmigung zu versagen, es sei denn eine wirtschaftliche Klausel, die etwa dem Art. 85 (3) entspricht, käme zur Anwendung.

Außer der Veränderung der Schwellenwerte bringt die neue Initiative noch folgende neue Elemente:

Erstens eine klare Erklärung der Kommission, daß sie eine Lösung anstrebt, nach der sie in Fällen, die nicht durch die Definition der Gemeinschaftsdimension gedeckt sind, nicht tätig sein wird. Dieser Bereich soll den nationalen Regeln und Behörden überlassen bleiben. Voraussetzung dafür ist allerdings, daß insbesondere der Schwellenwert von 2 Mrd. ECU nicht erhöht wird.

Zweitens eine wichtige prozedurale Vereinfachung: Die Kommission wird das förmliche Verfahren, das eine neue Vier-Monats-Frist einleitet, nur dann eröffnen, wenn sie Gefahren für den Wettbewerb befürchtet. In den anderen Fällen, einschließlich der Überweisung an einen Mitgliedstaat in der Anwendung der „Lokalklausel“, ist eine vereinfachte Prozedur in einer Ein-Monats-Frist vorgesehen.

Drittens macht die Kommission geltend, daß die kurzen Fristen auch eine wesentliche Vereinfachung der Verfahren der Zusammenarbeit zwischen den

Behörden der Mitgliedstaaten und der Kommission erfordern. Weiterhin wurde klargestellt, daß für die ordnungsgemäße Administration einer Fusionskontroll-Verordnung auch zusätzliches Personal benötigt wird.

Sollte es nicht gelingen, zu einer befriedigenden Lösung zu kommen — und der EG-Ministerrat muß ja, wegen der Hinzuziehung des Art. 235 EWGV als Rechtsbasis, mit Einstimmigkeit entscheiden — wird die EG-Kommission ihren Vorschlag zurückziehen müssen, um dann eine Politik auf Grund der bestehenden Regeln ins Auge zu fassen. Eine ideale Lösung wäre das freilich nicht. So ist nach der Continental-Can-Doktrin Art. 86 nur auf Fälle anwendbar, in denen durch den Zusammenschluß eine schon bestehende beherrschende Stellung verstärkt wird. Art. 85 erfaßte auch nach dem Zigaretten-Urteil des EuGH³¹ — selbst bei einer weiten Auslegung — nur vertraglich vereinbarte Zusammenschlüsse, nicht dagegen einseitige Übernahmen (unfriendly take-overs). Zudem könnte die Kommission nach der Verordnung Nr. 17 eine Freistellung nur für einen begrenzten Zeitraum und unter dem Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs erteilen. Von dem Schicksal der Fusionskontroll-Verordnung hängt übrigens auch die schon seit längerem vorbereitete Bekanntmachung über die kartellrechtliche Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen ab. Die Endfassung dieser Bekanntmachung muß selbstverständlich dem Inhalt der Fusionskontroll-Verordnung Rechnung tragen.

IV. Fazit

1. Insgesamt glaube ich sagen zu können, daß sich Art. 85 und 86 als wirksames und zugleich flexibles Instrument bewährt haben. Was in den Anfangsjahren zum Teil heftig kritisiert worden war, nämlich die weite Fassung der Verbotsbestimmungen in Art. 85 (1) und 86, aber auch die Ausnahmeregelung des Art. 85 (3) erwies sich zunehmend als entscheidender Vorteil gegenüber nationalen Kartellgesetzen, die stärker dem Enumerationsprinzip verpflichtet sind.

2. Die Anti-Trust-Regeln der Gemeinschaft — und die Art und Weise, wie wir sie anwenden — sind daher nicht zufällig immer mehr zum Vorbild des nationalen Gesetzgebers geworden. Manche Mitgliedstaaten, die sich Kartellgesetze erst schaffen mußten, haben das Gemeinschaftsrecht zum Teil wörtlich übernommen (Großbritannien, Spanien, Portugal), andere Mitgliedstaaten haben sich bei Reformen ihrer Wettbewerbsgesetzgebung davon leiten lassen (Frankreich) oder sind dabei, dies zu tun (Belgien, Griechenland, Italien). Dabei findet vor allem das Verbotsprinzip für Kartelle, verbunden mit flexiblen Freistellungs-

³¹ Urteil vom 17. 11. 1987, verbundene Rs. 142 und 156/84, *British American Tobacco Company* und *Reynolds Industries* gegen Kommission, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht. Zum Inhalt dieses Urteils siehe: EG-Kommission, Siebzehnter Wettbewerbsbericht, a. a. O., Ziffer 101.

möglichkeiten immer mehr Anhänger. Wir bezeichnen dies als eine „soft harmonization“ der nationalen Rechtsvorschriften.

In der Fusionskontrolle besteht bisher keine derartige Annäherung. Es fehlt eben die von Brüssel gesetzte Orientierung. Aber das wird sich ändern mit Erlaß der Gemeinschafts-Fusionskontrollregeln.

3. Sicherlich gibt es noch Unebenheiten und Unvollkommenheiten im Gemeinschafts-Anti-Trust-Recht. Immerhin konnte aber ein stabiles Gebäude errichtet und mit Leben erfüllt werden. Was früher als eine deutsche Marotte erschien, ist zum anerkannten Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung, zum Anliegen der Gemeinschaftspolitik geworden.

Schwerpunkte der Diskussion

Greiffenberger:

Zunächst zu den Comfort-Letters und zu der Kompetenzverteilung in diesem Zusammenhang: Diese Entscheidungen sollen ja auch im Interesse der Unternehmen möglichst schnell ergehen. Handelt es sich dann um eine Art eigenständiger Entscheidung der Generaldirektion? Denn es wurde darauf hingewiesen, daß diese Comfort-Letters nicht unbedingt übersetzt und der Kommission vorgelegt werden müssen. Eine solche Art der Entscheidung bedeutet aber dann, daß die Generaldirektion Wettbewerb ungefähr die Stellung hat wie das Bundeskartellamt in den Fällen der Fusionskontrolle, in denen es allein entscheidet. Das Wirtschaftsministerium ist in diesem Punkt vermutlich anderer Auffassung. Und weiter nun: Wenn die Comfort-Letters — wie es hieß — mit geringerer Rechtssicherheit verbunden sind für die Unternehmen, bedeutet dies, daß etwa die Kommission in Einzelfällen Entscheidungen nochmals aufgreifen und gegebenenfalls abändern kann? Es geht also um die Eigenständigkeit und um die der Endgültigkeit der Entscheidung.

Caspari:

Die Comfort-Letters sind Verwaltungsschreiben, die die Kommission nicht formal binden und die sicherlich nicht dem nationalen Recht vorgehen. Aber dennoch gilt, daß sie sich allmählich zu einem Instrument entwickelt haben, das allgemein respektiert wird. Falls der Empfänger eines Comfort-Letters dies zur Sicherung der Rechtsgültigkeit der Absprache braucht, wurde eine förmliche Entscheidung mit demselben Inhalt nachgeschoben. Grundsätzlich binden diese Comfort-Letters also nur die Generaldirektion. Aber dies schafft einen gewissen guten Glauben, so daß es hinterher der Kommission sehr schwierig sein wird, eine andere Entscheidung zu treffen, es sei denn, es träten ganz neue Tatbestände auf.

Lenel:

Dazu noch ergänzend: Ein ganz wesentlicher Punkt ist, daß nach Art. 85 verbotene Vereinbarungen zivilrechtlich unwirksam sind, was durch die Comfort-Letters nicht beseitigt wird. Darin liegt ein ganz entscheidender Nachteil für die Unternehmen, weil sich jeder auf die Nichtigkeit berufen kann. Ich glaube, daß die Comfort-Letters nur deshalb so beliebt sind, weil sie die einzige Art der Stellungnahme der Kommission sind, die man in den meisten Fällen von ihr erhalten kann.

Caspari:

Die Wirtschaft muß selbstverständlich darauf vertrauen können, wenn sie etwa wegen großer Investitionen eine Entscheidung benötigt, daß die Kommission sie dann schnell nachliefert.

Molsberger:

Zwei Fragen zur Klarstellung: Erstens hieß es, die VO 67/67 sei 1983 ersetzt worden durch mehrere getrennte Verordnungen. Ist dies so zu verstehen, daß die VO 67/67 vollständig außer Kraft gesetzt worden ist? Und zweitens hieß es zum Wirkungsprinzip für Kartelle mit Sitz in Drittstaaten, daß der EuGH in diesem Zusammenhang nur sehr vorsichtig entschieden hat. Aus welchen Gründen?

Caspari:

Ja, die VO 67/67 ist tatsächlich ersetzt worden. Es war eine Verordnung, die den Alleinvertrieb regelte, die aber durch eine Entscheidung des Gerichtshofs auch den Alleinbezug mit einschloß. Da dies sachlogisch nicht haltbar war, hat die Kommission 1983 getrennte Verordnungen für den Alleinvertrieb und für den Alleinbezug erlassen, wobei die bis dahin vorliegenden Erfahrungen berücksichtigt wurden. Zum Problem des Wirkungsprinzips für Kartelle mit Sitz in Drittstaaten gab es einen Fall, in dem die amerikanischen, kanadischen und die nordeuropäischen Zellstoffproduzenten sich nach Meinung der Generaldirektion Wettbewerb über die Preise abgestimmt hatten. Keines dieser Unternehmen hatte seinen Sitz in der Gemeinschaft. Dieses Kartell wurde angegriffen und auch mit Bußgeldern bedacht. Der Gerichtshof, der über diesen Fall zu entscheiden hatte, prüfte zunächst die grundsätzliche Frage, ob das europäische Kartellrecht überhaupt auf solche Fälle anwendbar ist. Der Gerichtshof hat dies bejaht und ist damit praktisch dem Wirkungsprinzip gefolgt.

Everling:

Es gibt einen Streit über das Auswirkungsprinzip einerseits und über das Territorialitätsprinzip andererseits. Der Gerichtshof hat nun — man kann sagen — einen Trick angewandt: Er hat das Territorialitätsprinzip ausgedehnt auf Bereiche, die man normalerweise in der Literatur schon unter das Auswirkungsprinzip bringt. Er hat entschieden, daß es nicht auf den Abschluß des Vertrages ankommt, sondern auf seine Durchführung. Und durchgeführt wird ein Kartell dort, wo es in die Praxis umgesetzt wird. Selbst dann, wenn jemand keinen Sitz in der Gemeinschaft hat, aber mit einem Abnehmer in der Gemeinschaft einen Liefervertrag abgeschlossen hat, denn handelt es sich um eine Durchführung des Kartells in der Gemeinschaft, und damit ist das Territorialitätsprinzip anwendbar, das völkerrechtlich unbestritten ist. Wahrscheinlich läuft dies auf eine Ausdehnung des Territorialitätsprinzips hinaus, nicht aber auf eine Anwendung des Auswirkungsprinzips.

Niederleithinger:

Das Kartellamt hat als sehr wirksames Instrument die Kooperation mit anderen Kartellbehörden insbesondere auch im multilateralen Rahmen der OECD-Arbeitsgruppen entwickelt. Die Kommission ist eigentlich auch auf eine derartige Kooperation angewiesen. Wie funktioniert sie etwa mit den USA und mit der Schweiz? Die Schweiz wird zunehmend zum Eldorado für ‚Kartellsünder‘.

Caspari:

Die Zusammenarbeit mit den Amerikanern ist besser als mit der Schweiz. Die Konsultationen mit den Amerikanern sind zwar sachlich manchmal hart, aber immer fair. Die Amerikaner haben letztlich akzeptiert, daß das EG-Recht für das gilt, was in der Gemeinschaft geschieht. Auch die Schweizer scheinen jetzt flexibler zu werden und zunehmend anzuerkennen, daß Schweizer Firmen von der EG kartellrechtlich belangt werden können. Denn die Schweizer möchten den Eindruck vermeiden, daß sie auf der einen Seite eine Annäherung an die Gemeinschaft suchen, aber auf der anderen Seite zu einem Hord von Kartellvereinbarungen für die Gemeinschaft werden.

Willeke:

Auf dem schon erwähnten Stahlmarkt ist es wohl so gewesen, daß in den siebziger Jahren lange Zeit Frankostationspreissysteme praktiziert wurden, zwar mit der Modifikation, daß die Preise nach oben abweichen durften, aber nicht nach unten. Es ergab sich also ein Mindestpreiskartell. Wie ist dies einzuschätzen?

Caspari:

Als ich im Jahr 1956 ins Wirtschaftsministerium eintrat in das Referat für Preispolitik, war es meine erste Arbeit, einen Vermerk gegen die unsinnigen Preisregeln des EGKS-Vertrages zu schreiben. Wenn diese nämlich strikt angewendet werden, lassen sie ein Kartell unnötig erscheinen. Sie machen auf oligopolistischen Märkten mit relativ homogenen Produkten die Preise so öffentlich, daß Preissenkungstendenzen damit abgeblockt werden. Dieses Preissystem ist praktisch im EGKS-Vertrag festgeschrieben. Und in der Generaldirektion Wettbewerb gibt es nach wie vor einen eigenen Dienst, der darüber wacht, daß die Unternehmen ihre Preislisten genau einhalten. Aber zum Glück funktioniert das System nur bei guter Konjunktur. In schlechter Konjunktur wird das manchmal über den Haufen geworfen. Dann werden Umgehungsstrategien angewendet.

Hamm:

Noch kurz zu einem anderen Fall: Die grenzüberschreitenden Einkaufsvereinigungen nehmen rasant zu. Der deutsche Kartellgesetzgeber will diese Einkaufsvereinigungen, gleich welcher Rechtsformen, generell als Kartelle einstufen. Die EG-Kommission scheint hier, wie vorgetragen wurde, eine recht pragmatische Haltung einzunehmen. Wie steht es eigentlich mit dem verbleibenden Wettbewerb? Soll man jedes kleine Unternehmen auf eigene Faust beim Großhandel

einkaufen lassen, oder ist es nicht doch zweckmäßig, aus Gründen der Leistungssteigerung gerade bei den Kleinen, irgendwelche Einkaufsvereinigungen zuzulassen? Mußte sich die Kommission mit dieser Frage schon in irgendeiner Weise beschäftigen? Sofern es sich um kartellartige Vereinbarungen handelt, müßten sie unter Art. 85 EWGV fallen.

Caspari:

Ich teile Ihre Auffassung; aber wir haben uns einfach noch nicht dieser Probleme widmen können. Es gibt bisher weder eine Notifizierung noch Klagen, und wenn wir Verfahren aus eigener Initiative einleiten, so müssen wir gewisse Schwerpunkte setzen. Dazu gehörten die Einkaufsvereinigungen bisher noch nicht. Aber es stimmt, daß insbesondere im Zuge des Zusammenwachsens des Gemeinsamen Marktes auch die Einkaufsvereinigungen des Handels geprüft werden müssen. Das Ergebnis einer solchen Prüfung ist indessen offen.

Grenzen nationaler Wettbewerbspolitik*

Von *Ulrich Immenga*, Göttingen

I. Wirkungsweisen europäischer Wettbewerbspolitik

Mit der Fusion Eurocar International S. A., Paris, und der InterRent Autovermietung GmbH, Hamburg, entstand zum 1. Januar 1989 der größte europäische Autovermieter. Laut Pressemitteilungen wurde das neue Unternehmen Eurocar in Frankreich, Großbritannien und in der Bundesrepublik — hier 25 Prozent Marktanteil — als Marktführer angesehen. Das Bundeskartellamt hat den Zusammenschluß wegen seiner Marktbedeutung untersagen wollen. Die EG-Kommission hat jedoch ihre Zustimmung signalisiert, so daß auch in Berlin auf ein Einschreiten verzichtet wurde. Dieser Sachverhalt verweist auf wesentliche Gesichtspunkte für unser Thema. Es ist auf die Wirkungsweise europäischer Wettbewerbspolitik abzustellen. Sie beansprucht ihren Raum nicht nur durch Gemeinschaftsrecht. Das nationale Recht wird vielmehr auch eingeschränkt, wenn seine Anwendung rechtlich noch möglich wäre, jedoch mit Rücksicht auf eine europäische Einschätzung darauf verzichtet wird. Das zeigt dieses Beispiel. Hierauf wird zurückzukommen sein.

Die Frage nach den nationalen Grenzen der Wettbewerbspolitik erhält ihre Dringlichkeit durch die immer weiter gehende Ausgestaltung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsordnung. Zu nennen ist an erster Stelle der jetzt erfolgte Schritt zur Einführung einer Fusionskontrolle nach Gemeinschaftsrecht. Darüber hinaus ist beispielhaft die zunehmende Zahl von Gruppenfreistellungsverordnungen, wie für Franchising und Know-how-Verträge, zu nennen. Ferner beansprucht das Gemeinschaftsrecht seine Geltung gegenüber nationalen wettbewerbsrechtlichen Ausnahmebereichen und — darin liegt ein dramatischer Akzent — gegenüber staatlichen auf den Wettbewerb bezogenen Maßnahmen. Daher ist mit Recht im Hinblick auf die Fünfte Novelle zum GWB gefragt worden, ob die hiermit verfolgte Wettbewerbspolitik sich rechtlich und tatsächlich gegenüber dem Gemeinschaftsrecht durchsetzen kann¹.

* Vortrag, gehalten am 4. 4. 1989 auf der Tagung der Arbeitsgruppe Wettbewerb in Tübingen. Die Vortragsform wurde beibehalten. Eine Aktualisierung erfolgte nur im Hinblick auf die Einführung einer Europäischen Fusionskontrolle.

¹ K. Markert, Nationales Kartellrecht im Europäischen Binnenmarkt, Universität des Saarlandes, Vorträge aus dem Europa-Institut, Nr. 141, Saarbrücken 1988, S. 8.

Um die Grenzen zwischen den Rechtsordnungen zu ermitteln, soll hier nicht unmittelbar an Wirkungsfelder der Wettbewerbspolitik angeknüpft werden. Ausgangspunkt sind vielmehr normative Vorgaben des Gemeinschaftsrechtes, das unmittelbar und mittelbar — oder rechtlich und tatsächlich — in nationale Ordnungen hineinwirkt. Worum geht es?

1. Im Bereich der engeren Wettbewerbspolitik, die gegen Beschränkungen durch Unternehmen gerichtet ist, bestimmt der Vorrang des EG-Rechts die Reichweite nationaler Wettbewerbspolitik. Art. 85 und 86 EWG-Vertrag setzen sich in ihrer Interpretation durch die EG-Kommission und vor allem durch den Europäischen Gerichtshof gegenüber dem GWB durch. Das gilt in besonderem Maße auch für die europäische Fusionskontrolle.
2. Der Staat setzt durch hoheitliche Regelungen Wettbewerbspolitik um. Außerhalb des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen geht es regelmäßig um Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit. Das Gemeinschaftsrecht hat für die meisten unerwartet auch hier Grenzen gezogen. Unternehmensbezogenes Handeln des Staates selbst wird anhand des Vertrages beurteilt. Dazu werden nicht nur die auf staatliche Monopole (Art. 37 EWGV) und öffentliche Unternehmen (Art. 90 Abs. 1 EWGV) bezogenen Normen herangezogen. Wettbewerbsgemäßes Handeln wird vielmehr anhand allgemeiner Grundsätze eingefordert, wie sie in Art. 3 f. EWGV und Art. 5 Abs. 2 EWGV enthalten sind. Danach umfaßt die Tätigkeit der Gemeinschaft die Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt, und die Staaten unterlassen alle Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele des Vertrages gefährden können.
3. Nationale Wettbewerbspolitik wird auch durch die europäischen Marktfreiheiten berührt, die grundrechtsähnlich den Binnenmarkt für Wirtschaftsbeziehungen durchsetzen sollen. Hierzu gehören aus der Sicht der auf Gütermärkte bezogenen Wettbewerbspolitik die Freiheiten des Warenverkehrs (Art. 30 ff. EWGV), des Dienstleistungsverkehrs (Art. 59 ff. EWGV) sowie das Niederlassungsrecht (Art. 52 ff. EWGV). Hoheitliche Marktordnungen können gegenüber diesen Freiheiten zerbrechen. Das Gemeinschaftsrecht dereguliert!
4. Schließlich ergeben sich Grenzen aus einem Anpassungszwang nationaler Politiken gegenüber der Gemeinschaft. Das Eingangsbeispiel ist hierfür charakteristisch. Deutsches Kartellrecht wird es im verbleibenden Anwendungsbereich schwer haben, sich gegenüber anderen Maßstäben europäischen Rechts glaubhaft durchzusetzen. Wenn durch deutsche Unternehmen vergleichbare Sachverhalte verwirklicht werden, wird eine Anwendung strenger nationalen Rechts im Vergleich zum Gemeinschaftsrecht politisch kaum durchzuhalten sein. Es entsteht eine „soft harmonization“.

II. Der materielle Gehalt der Abgrenzungen

Die Antwort auf die Abgrenzungsfrage kann nicht nur als Schauspiel verstanden werden, das der Zuschauer mit mehr oder weniger großem Interesse vor sich entwickeln sieht. Es geht nicht nur um die anhand von Rechtsnormen zu bestimmende Reichweite der Rechtsordnungen, wenn auch das eine eminent wichtige Frage ist. Zu fragen ist vielmehr nach dem wettbewerbspolitischen Gehalt der Abgrenzung. Ist die Einschränkung nationaler Kompetenzen gleichzusetzen mit einem Verlust an wirksamer Gestaltung des Wettbewerbs? Diese Fragen werden gegenwärtig insbesondere in bezug auf die Europäische Fusionskontrolle diskutiert.

Das Gewicht der Abgrenzungsfrage wird durch wettbewerbspolitische Unterschiede und Gemeinsamkeiten von nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht bestimmt. Aus nationaler Sicht ist entscheidend, mit welchem Inhalt verlorengangene Bereiche besetzt werden. Für die europäische Wettbewerbspolitik ist dazu von folgenden Grundsätzen auszugehen:

1. Das Gemeinschaftsrecht enthält eine ausgebaute Rechtsordnung. Das materielle Recht erfaßt in Art. 85 EWGV die wesentlichen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen. Machtbedingte Marktstörungen unterstehen nach Art. 86 EWGV der Mißbrauchsaufsicht. Unternehmenszusammenschlüsse werden nach diesen Vorschriften beurteilt, soweit sie Vertragscharakter tragen oder von einem marktbeherrschenden Unternehmen ausgehen. Die europäische Fusionskontrolle rundet die Kontrollmöglichkeiten ab. Die Ausübung der Wettbewerbsaufsicht ist mit der Verordnung Nr. 17 einem Verfahren unterstellt, das — abgesehen von noch bestehenden Unschärfen — rechtsstaatlichen Anforderungen entspricht. Das gilt für Untersuchungsbefugnisse und Entscheidungen. Letztere unterstehen einheitlicher gerichtlicher Kontrolle, jetzt durch zwei Instanzen des Europäischen Gerichtshofes. Die Wettbewerbsregeln werden durchgesetzt. Die Gemeinschaft ist hier nicht auf die Normsetzung beschränkt, um deren Anwendung nationalen Behörden zu überlassen. Die EG-Kommission hat vielmehr eine eigene Zuständigkeit in der Generaldirektion Wettbewerb und die erforderlichen Befugnisse, die Unternehmen zu wettbewerbsgemäßem Verhalten anzuhalten.
2. Das Gemeinschaftsrecht ist grundsätzlich an marktwirtschaftlichen Prinzipien orientiert. Es gilt ein Verbot horizontaler und vertikaler wettbewerbsbeschränkender Verträge mit Genehmigungsvorbehalt. Dieser ist dem Grunde nach an Tatbestandsmerkmalen ausgerichtet, die mit einem Wettbewerbssystem vereinbar sind. Auch eine Genehmigung darf nicht für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb ausschalten (Art. 85 Abs. 3 b EWGV). Der Mißbrauchsbegriff in Art. 86 EWGV wird anhand der Erfordernisse ausgelegt, noch bestehenden Wettbewerb aufrechtzuerhalten². Das folgt

² V. Emmerich, Kartellrecht, 5. Aufl., München 1988, S. 545.

auch aus den in dieser Norm enthaltenen Regelbeispielen. Die bisherigen Entscheidungen über Zusammenschlüsse sind an der Vermeidung von Wettbewerbsbeschränkungen oder an der Gewährleistung eines Restwettbewerbs ausgerichtet. Eine Abwägung zwischen allgemein politischen Zielsetzungen oder industriepolitischen Auffassungen und dem Wettbewerbsprinzip läßt sich allenfalls eingeschränkt bei Genehmigungen oder Gruppenfreistellungen nach Art. 85 Abs. 3 erkennen. Für die Europäische Fusionskontrolle kann allerdings als Folge der nicht ganz eindeutigen Untersagungskriterien nicht abschließend beurteilt werden, ob die wettbewerbliche Beurteilung eindeutigen Vorrang erhält.

3. Eine marktwirtschaftliche Wettbewerbspolitik gehört zu den Grundlagen der Gemeinschaft. Das folgt aus dem bereits erwähnten Art. 3 f. EWGV, der auf die Errichtung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs gerichtet ist. Der europäische Gerichtshof hat als Normen zur Erreichung dieses Ziels auf den funktionalen Zusammenhang zwischen den Marktfreiheiten und den Wettbewerbsregeln hingewiesen³. Dabei handelt es sich nicht nur um einen Programmsatz, sondern um ein Prinzip zwingender Geltung⁴. Aus diesem Rang des Wettbewerbsprinzips folgt, daß es nicht nur den Wettbewerb schützt, der durch den Wegfall nationaler Handelsschranken der Mitgliedstaaten entsteht. Das System unverfälschten Wettbewerbs ist vielmehr Kennzeichen einer Wirtschaftsverfassung, die den Binnenmarkt marktwirtschaftlicher Koordination anstelle eines Protektionismus unterstellt und auf diese Weise wirtschaftlichen Wohlstand im Gemeinsamen Markt durch unternehmerische Freiheiten verwirklicht⁵.
4. Die Sicherung des Wettbewerbs durch Gemeinschaftsrecht anstelle von nationalem Recht hat eine hohe integrationspolitische Bedeutung. Diese Erkenntnis liegt dem Verzicht auf eine Harmonisierung nationaler Wettbewerbsrechte und die Schaffung europäischer Normen und Zuständigkeiten zugrunde. Der gegenwärtige unterschiedliche Entwicklungsstand des Wettbewerbsrechts in den Mitgliedstaaten bestätigt die Richtigkeit der ursprünglichen Entscheidung der Vertragspartner. Nur eine möglichst einheitliche Wettbewerbspolitik in der Gemeinschaft kann das Ziel harmonischer Wirtschaftsentwicklung auf der Grundlage einer nicht nur internationalen Arbeitsteilung bei angemessener Versorgung der Verbraucher erreichen. Auch die europäische Fusionskontrolle muß unter diesem Gesichtspunkt betrachtet werden.

Fazit: Von nationaler Wettbewerbspolitik ausgegrenzte Bereiche werden weder einem urwaldartigen Wildwuchs noch strammer staatlicher Aufforstung überlas-

³ EuGH Slg. 1966, 322, 324, „Grundig-Consten“.

⁴ EuGH Slg. 1973, 215, 216, „Continental Can“.

⁵ Grabitz / Koch, Kommentar zum EWG-Vertrag, vor Art. 85, Rdnr. 2; E.-J. Mestmäcker, Auf dem Wege zu einer Ordnungspolitik in Europa, in: Festschrift von der Groeben, Baden-Baden 1987, S. 9 ff.

sen. Festzuhalten ist jedoch zweierlei: Erstens, von einer Abdankung nationaler Wettbewerbspolitik kann keine Rede sein. Sie behält ihre Aufgabe nicht nur auf eigenen Märkten, sondern als Garant unternehmerischer Freiheit in einem Gemeinwesen. Das muß insbesondere für die Bundesrepublik gelten, die einen hohen Grad an rechtlich gesicherter Wettbewerbsfreiheit erreicht hat. Zweitens ist die europäische Politik anzuhalten, den Wettbewerb als grundlegendes Vertragsziel weiterhin ernsthaft zu verfolgen. Die gezielte Förderung von Industriezweigen (Spitzentechnologie) bestimmter Unternehmenstätigkeiten (Forschung und Entwicklung) oder stagnierender Wirtschaftsbereiche ist damit nicht vereinbar. Eine konsequente Fortentwicklung europäischer Wettbewerbspolitik ist eine auch von der nationalen Politik zu betreibende Aufgabe.

III. Der Vorrang europäischen Wettbewerbsrechts

1. Das europäische Wettbewerbsrecht auf der Grundlage der Art. 85, 86 EWGV hat einen weiten Anwendungsbereich. Die abgrenzenden Tatbestandsmerkmale, die sogenannte Zwischenstaatlichkeitsklausel in Art. 85 Abs. 1 EWGV und das Erfordernis einer marktbeherrschenden Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes sind vom Europäischen Gerichtshof extensiv interpretiert worden.

Der Handel zwischen den Mitgliedstaaten wird hiernach unter Umständen auch durch nationale Kartelle berührt. Sie schotten nationale Märkte ab oder können im Inland tätige ausländische Unternehmen erfassen. Es genügt auch die Beschränkung inländischen Nachfragewettbewerbs, wenn dadurch der zwischenstaatliche Anbieterwettbewerb berührt wird⁶. Denn nach der Formulierung des Europäischen Gerichtshofes ist das Tatbestandsmerkmal erfüllt, wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver, rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt, daß die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen und dadurch der Errichtung eines einheitlichen Marktes zwischen den Mitgliedstaaten hinderlich sein kann. Der Einfluß muß auch nicht nachteilig sein. Es reicht aus, wenn der zwischenstaatliche Wirtschaftsverkehr von seinem von Wettbewerbsbeschränkungen freien Weg abgelenkt wird⁷.

Ähnlich wird auch die Relevanz des beherrschten Marktes nicht allein durch dessen Grenzüberschreitung bestimmt. Das Gebiet eines Mitgliedstaates — wohl mit Ausnahme von Luxemburg — gilt als wesentlicher Teil des Gemeinsamen

⁶ Zu den Einzelheiten vgl.: *Grabitz / Koch*, a. a. O., Art. 85, Rdnr. 90 ff.; *E. Steindorff*, Spannungen zwischen deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht, in: *FJW* (Hrsg.), *Schwerpunkte des Kartellrechts 1986/87*, Köln, Berlin, Bonn und München 1988, S. 27 ff., hier: S. 32.

⁷ Rs. 56/65 *Maschinenbau Ulm*, Slg. 1966, 282, 303, ständige Rechtsprechung.

Marktes wie auch bereits größere Regionen eines Mitgliedstaates, wie Nord- oder Süddeutschland⁸.

2. Diese Reichweite muß zu Konflikten mit nationalen Rechten führen. Die damit gestellte Rangfrage zwischen dem Gemeinschaftsrecht und dem nationalen Recht ist bis heute noch nicht letztlich geklärt und wird gerade für die europäische Fusionskontrolle diskutiert. Es genügt für unseren Zusammenhang, auf folgende Grundsätze hinzuweisen⁹. Der EWG-Vertrag hat eine eigene Rechtsordnung begründet, die in die Rechtsordnung der Mitgliedstaaten aufgenommen wurde. Das nationale Recht bleibt parallel anwendbar. Im Falle eines Konfliktes darf diese gleichzeitige Anwendung des nationalen Rechtes jedoch nicht die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechtes beeinträchtigen. Ein derartiger, einen Vorrang auslösender Konflikt liegt sicher vor bei gemeinschaftsrechtlich verbotenen, nach nationalem Recht erlaubtem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten. Das muß dem Grunde nach auch für den Vorrang einer Genehmigung nach Gemeinschaftsrecht gelten. Der Europäische Gerichtshof hat hierfür den Vorrang jedoch nur anerkannt, wenn in der Genehmigung ein positiver, mittelbarer Eingriff zur Förderung einer harmonischen Entwicklung des Wirtschaftslebens in der Gemeinschaft liegt¹⁰. Ob diese Qualifikation jeder Genehmigung als Ausnahme vom Kartellverbot nach Art. 85 Abs. 3 EWGV zukommt, ist bis heute umstritten. Eine Klärung durch den Europäischen Gerichtshof fehlt. Unumstritten ist jedoch, daß das nationale Recht anwendbar bleibt, wenn die EG-Kommission keinen Anlaß zum Einschreiten gegen ein bestimmtes Verhalten gesehen hat¹¹.

3. a) Dieses Verhältnis zwischen den Rechtsordnungen führt eindeutig zu Grenzen nationaler Wettbewerbspolitik bei Untersagungen nach Art. 85, 86 EWGV. Die Inanspruchnahme wettbewerbsrechtlicher Ausnahmereiche wird dadurch in Frage gestellt. Ein Urteil des Europäischen Gerichtshofes hat nicht nur die Versicherungswirtschaft aufgeschreckt¹². Zu beurteilen waren Empfehlungen des Verbandes der Sachversicherer zur Erhöhung von Prämiensätzen. Das GWB stellt diese Empfehlungen vom Verbot frei (§ 102 Abs. GWB). Der Europäische Gerichtshof unterstellte die Versicherungswirtschaft mangels ausdrücklicher anderslautender Regelungen im Vertrag oder in Ausführungsverordnungen nach Art. 87 EWGV uneingeschränkt dem Kartellverbot des Art. 85 Abs. 1 EWGV. Dies gelte unabhängig davon, wie in einem Mitgliedstaat die Aufsicht über einen Wirtschaftszweig rechtlich geregelt sei. Besonderheiten bestimmter Wirtschaftszweige könnten von der Kommission im Genehmigungsver-

⁸ EuGH Slg. 1974, 313, 316, „SABAM“; Slg. 1975, 1663, S. 1995 ff., 2011 ff. „Sui-ker-Unie“.

⁹ Zum folgenden: *Immenga / Mestmäcker*, Kommentar zum Kartellgesetz, 1981, Einleitung, Rdnr. 32 ff.

¹⁰ EuGH Slg. 1969, 1, 14 „Farbenhersteller“.

¹¹ EuGH Slg. 1980, 2327, 2328 „Wettbewerb-Parfums“.

¹² WuW/E EWG/MUV 739.

fahren nach Art. 85 Abs. 3 EWGV berücksichtigt werden. Diese Entscheidung konnte nicht überraschen. Auch für den Bankensektor war klargestellt worden, daß hier die Wettbewerbsregeln gelten¹³. Das war grundsätzlich auch für den Luftverkehr bestätigt worden¹⁴.

Diese Judikatur führt zu deutlichen Grenzen für Marktordnungen, die als Ergebnis sektoraler nationaler Wettbewerbspolitik von marktwirtschaftlichen Grundsätzen abweichen. Ausnahmen von Beschränkungsverboten stehen unter dem Vorbehalt ihrer Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht. Das bedeutet nicht unbedingt die Unzulässigkeit jeder Inanspruchnahme derartiger Ausnahmen. Besonderheiten können, wie bereits im Versicherungsurteil deutlich geworden, durch Genehmigungen nach Art. 85 Abs. 3 EWGV oder auch durch auf diese Vorschrift gestützte Gruppenfreistellungsverordnungen berücksichtigt werden. Auch Art. 90 Abs. 2 EWGV kann auftretende Konflikte lösen. Diese Vorschrift schließt die Anwendung der Wettbewerbsregeln zugunsten von Unternehmen aus, die mit Dienstleistungen vom allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, und wenn die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln die Erfüllung der übertragenen Aufgaben verhindern würde. Hierbei handelt es sich jedoch um keine Bereichsausnahme, sondern nur um eine begrenzte Legalausnahme¹⁵. Die Vorschrift ist allerdings bisher eng interpretiert worden. Auf ihrer Grundlage sind noch keine Ausnahmen zugelassen worden.

Die 5. Novelle zum GWB¹⁶ berücksichtigt die rechtliche Begrenztheit nationaler Ausnahmeregelungen gegenüber dem Gemeinschaftsrecht und begrenzt die Beschränkungsmöglichkeiten für die Bank- und Versicherungswirtschaft auf Sachverhalte, die mit Art. 85 Abs. 3 EWGV vereinbar erscheinen.

Festzuhalten ist hier der beschränkte Raum für nationale Regelungen einzelner Wirtschaftszweige. Das gilt für zugelassene unternehmerische Beschränkungen wie auch für hoheitliche Eingriffe, wie noch zu zeigen sein wird.

Nur auf einen Wirtschaftszweig soll beispielhaft noch eingegangen werden. Die Ordnung der Versorgungswirtschaft beruht auf einem System von Verträgen zwischen Energieversorgungsunternehmen und zwischen diesen und Gemeinden, das zu wettbewerbsbeschränkenden Gebietsmonopolen führt. Grundlage sind Demarkationsabreden und Konzessionsverträge, die nach deutschem Recht als horizontale wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen angesehen werden, aber nach § 103 Abs. 1 GWB freigestellt sind. Es entspricht allgemeiner Auffassung, daß das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot grundsätzlich ebenfalls auf derartige Verträge anwendbar ist. Auch die Zwischenstaatlichkeitsklausel dürfte erfüllt

¹³ Slg. 1981, 2021 „Züchner / Bayer. Vereinsbank“.

¹⁴ EuGH Slg. 1986, 1425 „Flugtarife“.

¹⁵ *Grabitz / Pernice*, Kommentar zum EWG-Vertrag, Art. 90, Rdnr. 51.

¹⁶ Siehe hierzu: V. Emmerich, Die Ausnahmereiche in dem Regierungsentwurf der fünften GWB-Novelle, WuW, Bd. 39 (1989), S. 363 ff., hier: S. 375.

sein, soweit die Verträge Stromimporte verhindern. Im Mittelpunkt der Diskussion steht gegenwärtig die Frage, ob die Energieversorgungsunternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind und bei Erfüllung auch der weiteren Tatbestandsmerkmale des Art. 90 Abs. 2 EWGV (hierzu siehe oben) durch diese Norm den Wettbewerbsregeln entzogen sind¹⁷.

Es kann hier nicht versucht werden, diese Fragen zu beantworten. Die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechtes mit den Art. 85, 86 EWGV liegt zumindest nahe. Zu erkennen ist jedoch, daß in traditionell national geordneten Wirtschaftsbereichen bisher ausgeübte Kompetenzen nicht mehr ohne weiteres wahrgenommen werden können. Allerdings wird auch seitens der EG-Kommission geprüft werden müssen, inwieweit angesichts nationaler Versorgungsmonopole in mehreren Mitgliedstaaten das Wettbewerbsrecht gegenüber einer dezentralisierten Versorgungswirtschaft sinnvoll ist.

3. b) Die Verbotswirkungen europäischen Rechts haben, wie skizziert, eindeutig begrenzende Folgen für die nationale Wettbewerbspolitik. Die gemeinschaftsrechtlichen Genehmigungen wirken eher indirekt. Bereits die Vorrangfrage ist für derartige Rechtsakte noch nicht eindeutig beantwortet¹⁸. Ferner können Einzelgenehmigungen nationale, auf dem Verbotsprinzip beruhende Regeln nicht grundsätzlich in Frage stellen, da die Genehmigungen ebenfalls von einem derartigen Prinzip ausgehen. Zu berücksichtigen sind jedoch die von Gruppenfreistellungsverordnungen ausgehenden Wirkungen. Sie konkretisieren die in Art. 87 EWGV gegebene Befugnis, die Einzelheiten der Anwendung des Art. 85 Abs. 3 EWGV festzulegen. Diese Verordnungen beziehen sich auf Alleinvertriebsverträge, Patentlizenzenvereinbarungen, Vertriebs- und Kundenvereinbarungen über Kraftfahrzeuge, Spezialisierungsvereinbarungen, Forschungs- und Entwicklungsgemeinschaften, Franchiseverträge sowie Verträge über Know-how. Auch für die Freistellungsverordnungen ist umstritten, inwieweit sie Vorrang vor nationalen Verboten beanspruchen könnten¹⁹.

Tatsächlich ist ein Konflikt mit dem deutschen Recht — als dem strengsten — noch nicht aufgetreten. Hierin liegt zumindest eine Zurückhaltung der nationalen Kartellbehörden, um widersprechende Entscheidungen zu vermeiden. Außerdem wird auch eine Tendenz zu erwarten sein, die Wertungen des europäischen Rechts bei der Anwendung nationalen Rechts zu berücksichtigen. Gerade bei Vereinbarungen, die wegen geringerer wirtschaftlicher Bedeutung nicht in den Anwendungsbereich des Art. 85 fallen, erscheint es wettbewerbspolitisch kaum vertretbar, das strengere nationale Recht durchzusetzen. Auch diese Einwirkungen auf nationale Wirtschaftspolitik darf nicht unterschätzt werden. Das zeigt

¹⁷ Zur Diskussion vgl.: *M. Seidel*, Die Elektrizitätswirtschaft im System des Gemeinschaftsrechts, Europarecht, Bd. 24 (1988), S. 129 ff.

¹⁸ Vgl. oben Fn. 10.

¹⁹ *Bunte / Sauter*, EG-Gruppenfreistellungsverordnungen, Kommentar, 1988, Einführung, Rdnr. 62 ff. ausführlich mit weiteren Nachweisen.

die verhältnismäßig großzügige Anerkennung von Forschungs- und Entwicklungskooperationen nach Gemeinschaftsrecht, die damit eine Politik der Technologieförderung auch im Rahmen der Wettbewerbspolitik ausdrückt. Ähnliches gilt für den Technologietransfer über Lizenz- und Know-how-Verträge. Nationale Vorstellungen müssen hier zurücktreten.

3. c) In besonderem Maße werden Beschränkungen für die nationale Wettbewerbspolitik von der europäischen Fusionskontrolle ausgehen. Maßgebliche Ansatzpunkte für die Abgrenzungsfrage sind die Aufgreifschwellen sowie die Regelung der Ausschließlichkeit. Im Hinblick auf die Referate Niederleithinger und Lindemann soll hierauf nur kurz hingewiesen werden.

Wer eine umfassende und einheitliche europäische Wettbewerbspolitik fordert, muß für verhältnismäßig niedrige Aufgreifschwellen plädieren²⁰. Nach der Fusionskontrollverordnung²¹ wird bis 1992 die maßgebende Schwelle bei 5 Mrd. ECU liegen, die dann auf 2 Mrd. ECU zurückgeführt werden kann. Eine weitere Herabsetzung erscheint jedoch durchaus vertretbar. Dabei darf, wenn man Wettbewerbspolitik ernst nimmt, die Möglichkeit administrativer Engpässe — etwa durch Personalmangel der Europäischen Wettbewerbsbehörde — nicht entscheidend berücksichtigt werden.

Auch im Rahmen einer Europäischen Fusionskontrolle ist eine parallele Anwendung des nationalen Rechtes grundsätzlich möglich. Sie wäre noch mehr als in übrigen Bereichen der Wettbewerbspolitik jedoch integrationspolitisch äußerst bedenklich. Marktstrukturen würden in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich beurteilt. Daher ist für eine möglichst weitgehende Ausschließlichkeit des europäischen Rechtes zu plädieren²². Das gilt jedoch einmal nur im Anwendungsbereich der Europäischen Fusionskontrolle und ist von daher begrenzt. Die EG-Kommission darf auch keine Befugnisse auf Märkten haben, die nicht als gemeinsamer Teil im Sinne der bisherigen Rechtsprechung zu verstehen sind. Das bedeutet, daß regionale oder lokale Märkte weiterhin der nationalen Aufsicht unterstehen. Voraussetzung für eine Ausschließlichkeit europäischen Rechtes ist ferner, daß tatsächlich eine förmliche Entscheidung vorliegt. Das muß auch für die Fälle der Nichtuntersagung gelten. Schließlich ist für eine Ausschließlichkeit zu fordern, daß die Europäische Fusionskontrolle eindeutig an wettbewerblichen Kriterien ausgerichtet ist. Dazu muß man nicht die Sicht der Bundesrepublik betonen. Entscheidend ist vielmehr, daß das europäische Recht, wie oben gezeigt, seinerseits von einem System unverfälschten Wettbewerbs ausgeht. Für Industriepolitik besteht allenfalls eine äußerst eingeschränkte Kompetenz. Es gilt daher

²⁰ Monopolkommission, Sondergutachten 17, Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle, Baden-Baden 1989, Tz. 64 ff.

²¹ ABl. EG Nr. L 395/1 v. 30. 12. 1989; abgedruckt in: WuW, Bd. 40 (1990), S. 226 ff.

²² Monopolkommission, a. a. O., Tz. 148 ff.

auch in diesem Bereich, daß die nationale Wettbewerbspolitik auf die Entwicklung einer marktwirtschaftlichen Politik im Rahmen der EG hinwirken muß.

Die verabschiedete Fusionskontrollverordnung enthält diese Charakteristika. Die Ausschließlichkeit ist ausdrücklich festgestellt. Im Anwendungsbereich der Verordnung besteht noch eine nationale Kompetenz, wenn ein Mitgliedstaat Störungen der Marktstruktur (Marktbeherrschung) durch einen Zusammenschluß auf einem gesonderten Markt geltend macht und die EG-Kommission daraufhin den Fall an die nationale Behörde überweist. Diese Überweisung kann auch gerichtlich durchgesetzt werden.

Für Zusammenschlüsse von Großunternehmen ist damit in den meisten Fällen eine Kompetenz der Gemeinschaft gegeben. Nicht nur dadurch wird für die Fusionskontrolle der Bereich nationaler Rechtsanwendung zunehmend enger. Weiterhin dem nationalen Recht unterstehende Zusammenschlüsse lassen sich kaum nach anderen Kriterien beurteilen als Zusammenschlüsse, die von der EG-Kommission entschieden werden.

IV. Bindung staatlichen Handelns an das Wettbewerbsprinzip

Nach innerstaatlichem Recht sind der Staat und seine Organe frei, Wettbewerbsbeschränkungen durchzusetzen. Das kann unmittelbar durch Eingriffe in den Preiswettbewerb, wie etwa durch die Festsetzung von Tarifen (zum Beispiel beim Strom) oder auch durch hoheitliche Sanktionierung von Preisabsprachen (so im Verkehrswesen) geschehen. Immer sind derartige Maßnahmen Ausdruck sektoraler staatlicher Marktpolitik. Das Gemeinschaftsrecht schränkt diesen Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten jedoch ein. Das Ziel, einen Binnenmarkt zu verwirklichen, bedarf möglichst einheitlicher Grundsätze für den Wettbewerb.

Die Bindung staatlichen Handelns an die Wettbewerbspolitik der Europäischen Gemeinschaft erfolgt über Art. 5 Abs. 2 EWGV. Hiernach haben die Mitgliedstaaten alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele dieses Vertrages gefährden könnten. Zu diesen Zielen zählt die Errichtung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs (Art. 3 f. EWGV). Dadurch werden die Staaten veranlaßt, Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit von Unternehmen zu unterlassen. Dieses gemeinschaftsrechtliche Verbot gegenüber staatlichen Maßnahmen gilt nicht, soweit Wirtschaftspolitik nicht vergemeinschaftet ist.

Der Europäische Gerichtshof hat in einer sich entwickelnden Judikatur den Rechtssatz entwickelt, daß die Art. 85, 86 EWGV zwar das Verhalten von Unternehmen und nicht Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffen, der EWG-Vertrag aber gleichwohl auch für letztere die Verpflichtung begründet, keine Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit dieser Bestimmungen ausschalten könnten²³. Dieser Fall sei insbesondere gegeben,

²³ Erstmals: EuGH Slg. 1977, 2115 „INNO / ATAB“.

wenn ein Mitgliedstaat Art. 85 EWGV zuwiderlaufende Kartellabsprachen vorschreibt oder erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt²⁴. Die Auswirkungen dieser Bindung werden anhand der entschiedenen Fälle erkennbar.

Einer der typischen Fälle betraf eine ministerielle Verordnung, durch die eine gegen Art. 85 Abs. 1 EWGV verstoßende Vereinbarung für allgemeinverbindlich erklärt wurde²⁵. Als Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht wurde auch ein belgisches Gesetz angesehen, das Reisebüros verpflichtete, vereinbarte und gesetzlich vorgeschriebene Reisetarife einzuhalten und Vereinbarungen zu befolgen, nach denen die von den Reiseveranstaltern erhaltenen Provisionen nicht mit Kunden geteilt werden durften²⁶. Als Ausgangsfall gilt die Beurteilung einer Steuerregelung, die dem Hersteller oder dem Importeur von Tabakerzeugnissen die Befugnis eingeräumt hat, einseitig die Verkaufspreise des Einzelhandels zu bestimmen²⁷. Das Gericht prüfte, ob die gesetzliche Regelung den Herstellern und Importeuren zu einer marktbeherrschenden Stellung und zur Möglichkeit ihres Mißbrauchs im Sinne von Art. 86 verhelfe.

Besonderes Interesse muß auch die Entscheidung im Flugtarife-Fall beanspruchen. Nach französischem Recht bedürfen vereinbarte Flugtarife einer Genehmigung. Dieser Vorbehalt entzieht die Absprachen jedoch nach europäischem Recht nicht Art. 85 Abs. 1 EWGV und führt zu einem Verstoß der gesetzlichen Regelung selbst gegen diese Bestimmung²⁸.

In der neueren Literatur wird in dieser Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 2 EWGV die Formulierung eines generellen Entzugstatbestandes gesehen, der aus einer Wettbewerbsbeschränkung und einer staatlichen Maßnahme besteht, die den Wettbewerbsregeln ihre praktische Wirksamkeit nimmt, indem sie den gegen die Wettbewerbsregeln verstoßenden Unternehmen deren Wirkungsbereich entzieht²⁹. Damit wird staatliches Handeln in gleicher Weise gebunden, wie es gegenüber öffentlichen Unternehmen vorgeschrieben ist. Denn Art. 90 Abs. 1 EWGV sieht vor, daß die Mitgliedstaaten in bezug auf öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine, insbesondere den Art. 85 bis 94 EWGV widersprechenden Maßnahmen treffen oder beibehalten.

Mit dieser Interpretation der Judikatur wird auch die Grenze zu staatlichen wirtschaftspolitischen Maßnahmen deutlich, die, wie typischerweise Preisregeln, den Wettbewerb begrenzen. Es fehlt hier der Bezug zum unternehmerischen

²⁴ EuGH Slg. 1987, 3821 ff. „Flämische Reisebüros“.

²⁵ EuGH Slg. 1987, 4789 ff. „BNIC / Aubert“.

²⁶ Fn. 24.

²⁷ Fn. 23.

²⁸ Slg. 1986, 1457 „Nouvelles Frontières“, ferner Urteil vom 11. 4. 1989, in: Rs. 66/86 „Ahmed Saeed Flugreisen“ (noch nicht in Slg.), dazu: WuW, Bd. 39 (1989), S. 583.

²⁹ E.-J. Mestmäcker, Staat und Unternehmen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Rabels Zeitschrift, Bd. 52 (1988), S. 526, 551.

Handeln. Demgegenüber setzt die Anwendung des Art. 5 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 85 EWGV voraus, daß die Unternehmen zunächst mit ihrem Verhalten gegen die Wettbewerbsregeln verstoßen. Insoweit handelt es sich um eine verhältnismäßig enge Auslegung des Entzugstatbestandes. Darüber hinausgehend wird diskutiert, ob ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 EWGV auch angenommen werden kann, wenn spezielle Gemeinschaftspolitiken zur Verwirklichung der Ziele des Art. 3 f. EWGV entwickelt sind und diese durch Mitgliedstaaten nicht beachtet werden³⁰. Noch weiter geht die Überlegung, wettbewerbsbeschränkende staatliche Maßnahmen grundsätzlich an Art. 3 f. EWGV zu messen. Der Europäische Gerichtshof hat zwar eine weitergehende staatliche Bindung anklingen lassen³¹. Mit Recht werden unmittelbare Preisfestsetzungen jedoch ausschließlich an der Gewährleistung des freien Warenverkehrs nach Art. 30 EWGV gemessen³². Die Wirkungen dieser Rechtsprechung auf die nationale Wettbewerbspolitik sind nur schwer abschätzbar. Eindeutig dürfte sein, daß behördliche Genehmigungen etwa im Bereich der Absprachen der Verkehrsträger der Anwendung der Wettbewerbsregeln nicht entgegenstehen können³³.

Diskutiert wird die Frage, inwieweit nationale Ausnahmeregelungen noch zulässig sind, die vom Kartellverbot befreien, aber den Kriterien des Gemeinschaftsrechts nicht entsprechen. Das wird zum Teil als offene Frage bezeichnet³⁴. Immerhin werden dadurch im Sinne der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes Kartellabsprachen entgegen Art. 85 EWGV erleichtert. Eine derartige Beschränkung des nationalen Gesetzgebers folgt aus dem Gemeinschaftsrecht nicht. Entscheidend ist, daß in diesem Fall wettbewerbsbeschränkendes Verhalten nicht durch staatliche Maßnahmen verbindlich wird. Im übrigen setzen sich die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages, wie gezeigt, im Konfliktfall gegenüber der Inanspruchnahme von nationalen Ausnahmen durch³⁵.

V. Neue Marktordnungen durch europäische Marktfreiheiten

Die Marktfreiheiten des Gemeinschaftsrechtes wenden sich gegen staatliche Beschränkungen. Unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten interessieren insbesondere die Freiheit des Warenverkehrs, die Dienstleistungsfreiheit sowie

³⁰ E. Steindorff (Fn. 6), S. 47; M. Caspari, Europäisches Wettbewerbsrecht und nationale Ausnahmereiche, in: FJW (Hrsg.), Problematik der Ausnahmereiche im Kartellrecht, Köln, Berlin, Bonn und München 1988, S. 69 ff., hier: S. 73.

³¹ EuGH Slg. 1985, 1 „Preisbindung bei Büchern“.

³² EuGH Slg. 1985, 305 „Nationale Treibstoffpreise“.

³³ J. Basedow, Wettbewerb auf den Verkehrsmärkten, Heidelberg 1989, S. 208.

³⁴ E. Steindorff (Fn. 6), S. 45.

³⁵ Im einzelnen: U. Immenga, Nationale Ausnahmeregelungen vom Recht der Wettbewerbsbeschränkungen als Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht?, in: Festschrift für Steindorff, Berlin und New York 1990, S. 967 ff.

die Niederlassungsfreiheit. Diese Freiheiten sind nach Ablauf der Übergangszeit unmittelbar geltendes Recht. Sie berühren nationale Marktordnungen mit deregulierender Kraft. Beispielhaft ist auf die Entwicklungen in der Versicherungswirtschaft, im Medienbereich sowie in der Telekommunikation hinzuweisen. Die Aufhebung nationaler Marktabschottungen führt hier zu Wettbewerbsimpulsen.

Der Europäische Gerichtshof hat mit seinem Urteil vom 4. Dezember 1986 in beschränktem Umfang die Dienstleistungsfreiheit in Versicherungsmärkten durchgesetzt³⁶. In Frage standen aufsichtsrechtliche Regeln des Versicherungsaufsichtsgesetzes. In dem Verfahren wurden die Niederlassungspflicht des führenden Versicherers im Mitversicherungsgeschäft sowie generell die in den §§ 105 ff. Versicherungsaufsichtsgesetz aufgestellten Niederlassungs- und Zahlungspflichten für Direktversicherer angegriffen. Für Mitversicherungsmärkte stellte das Gericht die Dienstleistungsfreiheit her. Niederlassungs- und Zulassungspflichten wurden angesichts der jeweils geschäftlich erfahrenen Partner in diesem Geschäftsbereich nicht als erforderlich angesehen, um eine Regulierung zu begründen. Für die anderen Bedingungen ausgesetzten Bereiche der Massenversicherungen, die eines gewissen Verbraucherschutzes bedürften, wurden staatliche Beschränkungen aus Gründen des Allgemeininteresses weiterhin als zulässig angesehen. Das wurde allerdings nicht für den Niederlassungszwang bejaht, der die Dienstleistungsfreiheit stark einschränkt. Die Versicherer insbesondere der Lebens- und Krankenversicherung müssen sich mit ihren Bedingungen und Tarifen weiterhin der deutschen Aufsicht unterstellen. Damit sind im Zusammenhang mit den bisherigen Koordinierungsrichtlinien erste Schritte zur Öffnung der Versicherungsmärkte unternommen; Schritte zu einer Europäisierung, die in gleichem Maße deutsche Regelungskompetenzen einschränkt.

Das gilt auch für Medienmärkte. Der Europäische Gerichtshof hat in nunmehr ständiger Rechtsprechung Fernsehsendungen ihrer Natur nach als Dienstleistungen angesehen. Damit ist auch europarechtlich der gegenwärtig in der Bundesrepublik diskutierte Paradigmenwechsel vom Medienrecht zum Wirtschaftsrecht vorgezeichnet. Im einzelnen entschieden wurde der Dienstleistungscharakter für die Erstausstrahlung von Fernsehsendungen, einschließlich jener zu Werbezwecken³⁷, für die Weiterverbreitung von Fernsehsendungen durch Kabel, auch hier zu Werbezwecken³⁸ und zu kulturellen Zwecken³⁹. Die Dienstleistungsfreiheit gilt damit zunächst für alle rechtlich oder tatsächlich auslandsbezogenen Beschränkungen. Dieses Gebot der Aufhebung gilt allerdings als Ausnahme nicht, wenn Grenzen für Werbesendungen aus Gründen allgemeinen Interesses mangels

³⁶ EWG / MUV 773, dazu: *Hans-Peter Schwintowski*, Europäisierung der Versicherungsmärkte im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, NJW, Bd. 40 (1987), S. 521 ff.

³⁷ EuGH Slg. 1974, 409, 428 „Sacchi“.

³⁸ EuGH Slg. 1980, 833, 855 „Debaue“.

³⁹ EuGH Slg. 1980, 881 „Coditel“.

einer gemeinschaftlichen Regelung hingenommen werden müssen⁴⁰ oder Urheberrechte entgegenstehen⁴¹.

In der Bundesrepublik ist die Dienstleistungsfreiheit erfolgreich gegenüber dem Hamburger Kabelgesetz durchgesetzt worden. Es gestattete die Weiterverbreitung nur für inländische Hörfunk- und Fernsehprogramme, die außerhalb von Hamburg in rechtlich zulässiger Weise, insbesondere hinsichtlich der Meinungsvielfalt, veranstaltet und in Hamburg inhaltlich unverändert, vollständig und zeitgleich weiterverbreitet werden⁴². Die Diskriminierung wurde durch die Gleichstellung inländischer Rundfunkprogramme mit Programmen aus EG-Ländern beseitigt, so daß seit Ende 1985 auch Sendungen wie MUSIK BOX, SKY Channel und TV 5 über Kabel in Hamburg empfangen werden. Diese Europäisierung ist durch eine Koordinierungsrichtlinie des Ministerrates zur Ausübung der Rundfunktätigkeit erweitert worden⁴³. Der Rahmen nationaler Regulierung wirtschaftlicher Tätigkeit von Rundfunkunternehmen wird begrenzt.

Als abschließendes, eindrucksvolles Beispiel ist der Bereich der Telekommunikation zu erwähnen. Die EG-Kommission hat hier mit einer Richtlinie die Initiative ergriffen, auch den Markt für Endgeräte dem Wettbewerb zu eröffnen⁴⁴. Dieser Schritt kann nicht überschätzt werden, handelt es sich doch um einen Markt, dessen Umsatz in der EG sich auf ca. 10 Mrd. ECU beläuft. Die Kommission rechnet nach Beseitigung der rechtlichen Hindernisse mit einem jährlichen Wachstum von 6 bis 7 Prozent auf diesem Markt⁴⁵. Diese Richtlinie macht gleichzeitig deutlich, daß Marktfreiheiten nicht nur durch unmittelbare Durchsetzung, sondern auch über den Weg der Rechtsharmonisierung gegenüber nationalen Marktordnungen einschränkend wirken.

⁴⁰ (Fn. 38).

⁴¹ (Fn. 39).

⁴² Vgl. ABl. Nr. C 263 v. 14. 10. 1985, S. 5.

⁴³ Vgl. ABl. EG Nr. L 298/23 v. 17. 10. 1989.

⁴⁴ ABl. Nr. L 131 v. 27. 5. 1988, S. 73.

⁴⁵ Vgl.: WuW, Bd. 38 (1988), S. 617.

Schwerpunkte der Diskussion

Niederleithinger:

Zu dem angeführten InterRent-Eurocar-Fall möchte ich folgendes anmerken: In der Tat ist diskutiert und versucht worden, den Fall in Deutschland so zu handhaben, daß das Bundeskartellamt deutsches Recht nicht anwendet, sobald die Kommission erkennen läßt, daß sie den Fall nach Art. 85 Abs. 3 EWGV erlaubt. In der Praxis ist es dann anders gelaufen. Denn das Bundeskartellamt hat sich entschlossen, der Kommission den Fall keineswegs im vorausseilenden Gehorsam für zukünftige Regelungen zu überlassen. Vielmehr wurde er ohne Einschränkung nach deutschem Recht behandelt. Dabei hat sich allerdings herausgestellt, daß die Marktbeherrschung nicht nachzuweisen war.

Hopmann:

Erste Frage: Es hieß, nationale Wettbewerbspolitik dankt nicht ab. Aber das war nicht unser Problem. Vielmehr muß es wohl heißen: Nationaler Interventionismus dankt ab, wenn ich es recht sehe. Das führt zu einer Frage, die den Zusammenhang zwischen Wettbewerb und Wirtschaftssystem betrifft. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß das Bundesverfassungsgericht die Verfassung als systemneutral angesehen hat, es sei denn, der Wesensgehalt der Grundrechte werde verletzt. Also ist die Verfassung denn doch nicht wirklich neutral, weil etwa die Grundrechte in einem System des administrierten Sozialismus nicht aufrecht erhalten werden könnten. Infolgedessen sind bestimmte Arten des Wirtschaftssystems ausgeschlossen. Aber diese Formel des Bundesverfassungsgerichts eröffnet dennoch ein sehr breites ordnungspolitisches Spektrum, das in Deutschland auch genutzt wurde. Nun gibt es über das Grundgesetz hinaus das Gemeinschaftsrecht des EWG-Vertrages. Dieses nominiert ein System unverfälschten Wettbewerbs. Der EWG-Vertrag ist zwar nicht mit verfassungsändernder Mehrheit beschlossen worden, aber er hat doch offenbar Verfassungsrang. So haben wir praktisch einen Verfassungsrang des Europarechts, der über unsere nationale Verfassung hinausgeht. Dadurch ist das Spektrum der Gestaltungsmöglichkeiten für das deutsche Wirtschaftssystem sehr viel enger geworden. Also müßten interventionistische Bestimmungen in den nationalen Gesetzen gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen, selbst wenn sie nicht grundgesetzwidrig sind; ersteres hätte dann doch wohl Verfassungsrang. Sehe ich das richtig?

Noch eine zweite Frage: Es wurde der Rundfunk als Dienstleistung angesprochen und darauf hingewiesen, daß die Meinungsvielfalt erhalten werden müßte. Dazu ist zu sagen: Wir haben nicht lediglich die Forderung nach Vielfalt der

Meinungen, sondern wir haben in den deutschen Landesrechten statuiert, daß die Vielfalt der Meinungen „gleichgewichtig“ zu sein habe, was wiederum nur gewährleistet werden könne, wenn öffentlich-rechtliche Fernseh- oder Rundfunkräte darüber wachen. Sie haben nicht nur die öffentlich-rechtlichen Anstalten, sondern auch die privaten Rundfunkunternehmen zu überwachen, ob die Vielfalt der Meinungen „gleichgewichtig“ ist. Also müßten solche Bestimmungen in den Ländergesetzen der Bundesrepublik eigentlich gegen das Gemeinschaftsrecht und damit gegen die Verfassung verstoßen. Sehe ich das richtig?

Immenga:

Zunächst einmal zur Einwirkung des EWG-Vertrages auf unsere wirtschaftliche Grundentscheidung: Die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes hat das Bundesverfassungsgericht in der Tat in den eben genannten Grenzen bestätigt. Der EWGV beansprucht sicher nicht Verfassungsrang im Sinne des deutschen Grundgesetzes. Mit Verfassungsrang meinte ich, daß es sich um einen allgemeinen Grundsatz handelt, der von den Mitgliedstaaten zu beachten ist. In der Tat wäre es sehr problematisch, wenn durch völkerrechtlichen Vertrag (EWG-Vertrag) unsere Verfassungsrechte außer Kraft geetzt würden. Das Bundesverfassungsgericht hat hier zunächst Grenzen gesehen und die deutschen Grundrechte dem Gemeinschaftsrecht entgegengesetzt. Aber vor einigen Jahren hat es diese Rechtsprechung ausdrücklich zurückgenommen und anerkannt, daß sich in der EG dem deutschen Grundrechtskatalog ähnliche Sicherheiten entwickelt hätten, weshalb es nicht erforderlich sei, die deutsche Verfassung entgegenzusetzen. Nun zu der zweiten Frage nach der Zulässigkeit von Fernsehräten: Hierbei muß man ganz deutlich unterscheiden zwischen gemeinschaftsrechtlicher Wirkung und der innerstaatlichen Ordnung. Dienstleistungsfreiheit durchzusetzen heißt zunächst einmal Dienstleistungsfreiheit im grenzüberschreitenden Verkehr. Das bedeutet, daß sich die Bundesrepublik nicht gegen die Empfangsmöglichkeit von Sendern aus anderen EG-Ländern wehren kann. Davon unberührt bleibt die Möglichkeit, für das Inland bestimmte Anforderungen an die Produktion und an die Ausstrahlung von Fernsehsendungen zu stellen. Die deutschen Fernsehräte verstoßen also nicht gegen das Gemeinschaftsrecht. Das führt zu einer Inländer-Diskriminierung, und es wäre dann zu fragen, ob nicht im deutschen Verfassungsrecht diese Diskriminierung berücksichtigt werden sollte.

Caspari:

Zunächst nochmals kurz zur Frage Eurocar: Ich möchte bestätigen, daß der Fall im engen Austausch von EG-Generaldirektion und Bundeskartellamt behandelt wurde. Beide Behörden hatten ursprünglich Zweifel, aber nach einem intensiven Meinungsaustausch kamen sie nach Überwindung gewisser Probleme zu demselben Ergebnis. Zweitens nun zur Frage, inwieweit nationale Ausnahmebereiche vereinbar sind mit Art. 5. Unabhängig davon, was die nationalen Behörden unternehmen, wendet die Kommission EG-Recht an. Die deutschen Ausnahmebereiche würde ich noch nicht als einen Anwendungsfall des Art. 5 sehen. Denn

zunächst kann ja jederzeit nach Art. 85 und 86 vorgegangen werden. Insoweit benötigt man Art. 5 gar nicht. Es sei denn, es würden durch solche nationale Regeln Positionen geschaffen, die es uns unmöglich machen würden, die Art. 85 und 86 anzuwenden. Dies wäre etwa der Fall, wenn Versicherungskartelle allgemeinverbindlich erklärt würden. Bei der Anwendung der Art. 85 und 86 kann es natürlich vorkommen, daß ein Kartell, das etwa in Deutschland genehmigt ist, von der EG verboten wird.

Everling:

Erstens zur Wirtschaftsordnung der Gemeinschaft. Aus der Formulierung von Art. 3 Buchstabe f hat man allerlei hergeleitet. Aber für den Gerichtshof stellt sich nun die Frage, ob er eine Regelung für unwirksam erklären kann, wenn sie nicht einem System entspricht, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt. Der Vertrag eröffnet zum Beispiel auch unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, Bewirtschaftungsmaßnahmen vorzusehen. Und man kann sich durchaus vorstellen, daß einmal irgendeine Mangellage eintritt, in der so etwas geschieht. Es ist also völlig unvorstellbar, daß mit dem Vertrag ein rechtlich-verbindliches System gemeint ist, in dem überhaupt keine Wirtschaftsinterventionen mehr zulässig sind. Das Bundesverfassungsgericht würde in diesem Zusammenhang möglicherweise den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anwenden: Wenn gerechtfertigte Ziele vorliegen, ist dann das Mittel sachlich angebracht? Aber der EWG-Vertrag sieht so etwas nicht vor.

Ich stimme durchaus zu, daß es viele Bestimmungen gibt, die auf eine marktwirtschaftliche Orientierung hindeuten und die in vieler Hinsicht staatlichen Interventionen Grenzen setzen. Ich wollte nur betonen, daß man vorsichtig damit sein muß, Art. 3 Buchstabe f ohne weiteres für justiziabel zu halten. Gerade das ist mein Haupteinwand gegen die weitgehende Theorie einer strengen Verpflichtung der Mitgliedstaaten nach Art. 5 Abs. 2 EWGV. Hierbei handelt es sich um einen Grundsatz der Gemeinschaftstreue, so wie wir im Bund eine Bundestreue kennen. Ebenso also um eine Verpflichtung zur gegenseitigen Loyalität. Soweit ich mich erinnere, hat der Gerichtshof immer verlangt, daß diese Bestimmung mit einer konkreten Sachbestimmung verbunden wird. Und deshalb hat er hier die Verbindung zu den Wettbewerbsregeln gesucht. Wie weit das allerdings geht, ob das wieder völlige Wirtschaftsfreiheit bedeutet, also etwa ein Verbot von Preisregelungen als Hauptbeispiel, das scheint mir doch sehr zweifelhaft, weil es ein ungemein weitreichender Eingriff wäre.

Zweitens zur Wirtschaftsordnung der Mitgliedstaaten: Daß mit dem EWGV die deutsche Verfassung verletzt würde, möchte ich bestreiten. Das Bundesverfassungsgericht hat ja nicht gesagt, es ist verboten, eine bestimmte Wirtschaftsordnung zu verwirklichen, sondern es hat nur ausgeführt, das GG schreibt nicht eine bestimmte Wirtschaftsordnung vor. Insofern war die Bundesrepublik durchaus frei, nach Art. 24 GG Hoheitsrechte zu übertragen, die der Gemeinschaft

bestimmte ordnungspolitische Befugnisse einräumen. Das ist kein Verstoß gegen die Verfassung. Die Verfassung wird vielmehr eingeschränkt durch den Vertrag.

Solange der Gerichtshof der Gemeinschaften Grundrechte anwendet zur Prüfung des Gemeinschaftsrechts, solange erübrigt es sich, deutsches Verfassungsrecht anzuwenden. Neuerdings ist die Debatte über die föderale Struktur der Gemeinschaft verstärkt in Gang gekommen. Es gab eine Zeit, zu der man jede Gemeinschaftsregelung begrüßt hat, weil sie integrierend wirkte. Man sah in ihr einfach deshalb einen Wert an sich, weil sie Gemeinschaftsrecht schuf. Heute fängt man jedoch an zu überlegen, wie die Kompetenzen eigentlich verteilt werden sollten. Und vielleicht wird sich das auch einmal auf den Gerichtshof auswirken.

Ganz kurz noch ein Wort zum Rundfunk: Er wird aufgefaßt als ein Dienstleistungsangebot ohne Niederlassung von einem Land ins andere. Muß nun das Recht des Aufnahmelandes angewendet werden, obwohl keine Niederlassung dort besteht? Der Gerichtshof geht ähnlich wie beim Warenverkehr davon aus: nur dann, wenn das allgemeine Interesse es fordert. Und was das allgemeine Interesse ist, das hat er unterschiedlich ausgelegt. Bei den Versicherungen etwa hat er die Massengeschäfte des täglichen Lebens ausgenommen, weil hier der Verbraucherschutz eine große Rolle spielt. Beim Rundfunk hat er nationale Regelungen im öffentlichen Interesse, zum Beispiel zur öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit durchaus zugelassen.

Immenga:

Zwei kurze Bemerkungen hierzu: Die Entwicklung beruht nicht auf einem plötzlichen Erkennen, sondern vielmehr darauf, daß der Europäische Gerichtshof als Motor der Gemeinschaft gewirkt hat und diese deregulierende Kraft der Marktfreiheiten im Dienstleistungsbereich wie im Warenverkehr im Grunde erst seit der Cassis de Dijon-Entscheidung, also erst seit 1979 möglich ist. Von da an wurde nicht nur auf die Ausländerdiskriminierung abgestellt, sondern allgemein auf die Erschwerung der Grenzüberschreitung. Seitdem gibt es zahlreiche Urteile des EuGH, die diese im Vertrag zum Teil wohl unbewußt angelegten Möglichkeiten zur Marktöffnung erst aufgedeckt und entwickelt haben. Erst in diesem Zeitraum von etwa zehn Jahren hat sich das Gemeinschaftsrecht gegenüber dem nationalen Wirtschaftsrecht durchgesetzt.

Nun noch zur Verfassungsproblematik: Ich meine nicht, daß eine industriepolitisch ausgerichtete Genehmigungsmöglichkeit der Fusionskontrolle an Art. 3 Buchstabe f scheitern würde. Aber was mir demgegenüber wichtig erscheint: Es ist Aufgabe der EG-Wettbewerbspolitik und ebenso der für die nationale Wettbewerbspolitik Verantwortlichen, darauf hinzuweisen, daß die Gemeinschaft selbst den Art. 3 Buchstabe f wirklich ernst nimmt, da sie sich daran ausrichtet und nicht Kompetenzen in Anspruch nimmt, die nicht ohne weiteres gegeben sind.

Woll:

Für das Verhältnis des deutschen und des europäischen Wettbewerbsrechts ist es sicher wichtig, einen zeitgeschichtlichen Zusammenhang zu sehen. Das GWB und das Europarecht haben zum Teil dieselben Personen konzipiert. In den fünfziger Jahren gab es eine Auseinandersetzung um die Gestaltung des GWB. Der Regierungsentwurf von Ludwig Erhardt war nicht durchzusetzen. Es kam zu den allseits bekannten ‚Durchlöcherungen‘. Alfred Müller-Armack vertraute bei den Verhandlungen des EWGV darauf, daß die Art. 85 und 86 des Gemeinschaftsrechts eines Tages das deutsche Wettbewerbsrecht überformen würden. Auf diesem Wege ließe sich nachholen, was in Deutschland nicht zu realisieren war. Deswegen hat man sich im Gemeinschaftsrecht bewußt auf strenge Wettbewerbsregeln konzentriert und auch keine sektoralen Ausnahmereiche vorgesehen. An diesen Vorgang möchte ich erinnern, zumal er für die ratio legis etwas hergibt.

Molsberger:

Zum Vorrang der Freistellungen nach Art. 85 Abs. 3 EWGV hieß es, sei wohl noch nicht ganz geklärt, aber es sei anzunehmen, daß die Freistellung aus Brüssel vorgeht, auch eine nichtformale, also etwa ein Comfort-Letter. Das halte ich für bedenklich. Denn es wurde ja zuvor dargelegt, wie informell ein solcher Comfort-Letter ist. Die Generaldirektion stellt ihn aus, nicht einmal der zuständige Kommissar sieht ihn, geschweige denn, daß die Kommission damit befaßt würde. Darin liegen aber doch erhebliche grundsätzliche Probleme, daß eine bloß informelle Verlautbarung aus Brüssel dem Bundeskartellamt schon die Hände binden soll.

Caspari:

Hier mag ein Mißverständnis vorliegen. Man muß die rechtliche und die tatsächliche Ebene deutlich unterscheiden. Rechtlich genießen Freistellungen nach Art. 85 Abs. 3 Vorrang. Das ist völlig klar im Falle einer individuellen Entscheidung. Bei Gruppenfreistellungen mögen die Dinge im Randbereich nicht so klar liegen. Was die Comfort-Letters anlangt, stellt sich nur die Frage nach den faktischen Reaktionen. Sie binden formal das Bundeskartellamt nicht. Man muß aber wohl davon ausgehen, daß Comfort-Letters vom Bundeskartellamt ernst genommen werden, und daß man sehr zögern wird, bevor es in einem solchen Falle eine Untersagung ausspricht. Vielleicht kann Herr Niederleithinger noch etwas dazu sagen.

Niederleithinger:

Zunächst: Ich möchte davor warnen, allzuviel aus Art. 3 Buchstabe f und Art. 5 Abs. 2 herzuleiten. Denn es gibt ja nicht nur einen Art. 3 Buchstabe f, sondern zum Beispiel auch einen Art. 3 Buchstabe g. Dort ist die Rede von der Anwendung der Verfahren, welche die Koordinierung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten ermöglichen. Damit wird die Tätigkeit der Gemeinschaft um-

schrieben, wie es auch in der Einleitung zu Art. 3 heißt. Aber damit ist nicht gesagt, daß das Vertragswerk zu einer Koordinierung der Wirtschaftspolitik führen muß, solange — bedauerlicherweise, wird man dazusetzen können — das dafür zuständige Organ, der Ministerrat, hierzu kein Verfahren entwickelt hat. Erst recht wäre es meiner Ansicht nach weit hergeholt, wenn man aus Art. 5 Abs. 2, der von den Zielen der Gemeinschaft handelt, die nicht gefährdet werden dürfen, ableiten würde, daß alle Regelungen eines Mitgliedstaates, die zu einer gewissen, nicht perfekten gemeinsamen wettbewerblichen Verfassung des Marktes führten, bereits gemeinschaftswidrig wären. Gerade wenn ich aber zur Vorsicht mahne, muß ich umgekehrt deutlich machen, daß wir uns in einem Prozeß der Entmachtung des nationalen Gesetzgebers und der nationalen Politik befinden, der bereits freilich am 1. Januar 1958 eingesetzt hat und der noch sehr lange weiterlaufen wird. Durch sekundäres Gemeinschaftsrecht, also nicht durch Art. 3, Art. 5, das die Gesetzgebungsmaschinerie der Gemeinschaft pausenlos ausstößt, und zwar insbesondere der Ministerrat oder in der Ausführung von Ministerratsentscheidungen, auch die Kommission, wird dem nationalen Recht, dem nationalen Politiker, dem nationalen Parlament ständig auf dem Rechtsweg Kompetenz entzogen.

Dazu kommt dann noch ein weiteres Problem, nämlich das der faktischen Bindung gewisser Maßstäbe, die die Gemeinschaft vorgibt. Es stellt sich indessen schnell ein Konflikt ein, wenn das Bundeskartellamt eines Comfort-Letters denselben Fall nach § 1 GWB oder nach § 24 GWB verbietet. Aber solche Konflikte muß man auch mal durchstehen können.

Für mich ist jedoch ein anderer Bereich viel wichtiger. Es wird demnächst eine irgendwie von der Kommission konzipierte Fusionskontrolle geben. Sie wird allerdings nur einen Teil der Zusammenschlüsse erfassen. Welchen, das ist noch umstritten. Es unterliegt aber keinem Zweifel, daß die von der Fusionskontrollverordnung nicht erfaßten Zusammenschlüsse uneingeschränkt dem nationalen Recht unterfallen. Unterstellen wir einmal, in der Praxis würde die Fusionskontrolle auf Gemeinschaftsebene für die größeren Fälle und damit für die größeren Unternehmen großzügig gehandhabt. Kann man es dann für denkbar halten, daß eine penible oder eben nur strikt wettbewerbsorientierte Kontrolle der kleineren Zusammenschlüsse im nationalen Bereich weiter praktiziert werden kann? Natürlich wäre das nicht der Fall. Es wäre dann nur noch offen, ob das Bundeskartellamt sich in seiner Entscheidungspraxis angleicht oder ob eine Entscheidung des deutschen Parlaments erforderlich ist, um die Schwelle für die Untersagung kleinerer Zusammenschlüsse anzuheben.

von Weizsäcker:

Eine Frage wurde bisher gar nicht angesprochen, nämlich der Einfluß des Europarechts auf das Arbeitsrecht. Ich weiß nicht, ob es überhaupt irgendwelche Einflüsse gibt. Ich könnte mir aber vorstellen, daß gewisse Dinge des deutschen

Tarifrechts sich nicht mit bestimmten Leitideen wie dem unverfälschten Wettbewerb vertragen.

Hopmann:

In der Diskussion ist wieder das Verständigungsproblem zwischen den in juristischen Kategorien und rechtlicher Dogmatik Denkenden einerseits sowie den ökonomisch Denkenden andererseits festzustellen. Verfassungsrang habe ich anders verstanden als es Juristen üblicherweise tun. Wirtschaftssystem, das ist nach ökonomischem Verständnis nicht irgendein ganz präzise definiertes Modell, sondern alles das, was durch bestimmte Kategorien abstrakt beschrieben werden kann und konkret ein großes Spektrum abdeckt, vom Extrem einer zentraladministrierten Wirtschaft bis zu einem völligen Laissez-faire. Es ging mir um die Frage, ob das Spektrum, innerhalb dessen das deutsche Wirtschaftssystem gestaltet werden kann und das definiert ist durch den Wesensgehalt der Grundrechte und andere Bestimmungen des Grundgesetzes, durch den EWG-Vertrag kleiner wird, und zwar in der Richtung kleiner, daß weniger Interventionen möglich sind.

Hamm:

Eine kurze Frage: Wenn ich es recht verstanden habe, klangen die Äußerungen verhältnismäßig optimistisch, die Sie zu dem Stichwort Stromimport oder zum Energieimport allgemein gemacht haben. Auf diesem Gebiet sind die Erfolge bisher ausgeblieben. Stromimport findet höchstens statt zwischen Elektrizitätsversorgungsunternehmen, aber nicht über direkte Beziehungen zwischen Abnehmern und Lieferanten im Ausland. Wie lassen sich die Hoffnungen begründen, daß auf diesem Gebiet der extreme Protektionismus überwunden werden kann?

Immengä:

Beim Arbeitsrecht gibt es praktisch keine Kompetenzen der Gemeinschaft außer bei der Freizügigkeit, und die sozialpolitischen Kompetenzen des EWG-Vertrages sind ganz eng. Art. 85 ist in diesem Zusammenhang bisher nicht angewandt worden, was auch nicht möglich erscheint.

Nun zum zweiten Punkt: Ich möchte nochmals festhalten, daß in der Tat der EWG-Vertrag unabhängig von Hierarchien, von Verfassungen und von anderen Gegebenheiten eine Beschränkung nicht nur der nationalen Wettbewerbspolitik, sondern gerade auch der Interventionspolitik gebracht hat. Insofern durchaus eine Entmachtung der Mitgliedsländer, wobei ein anderes Problem ist, daß dies ohne direkte demokratische Kontrolle geschieht. Und schließlich zum Stromimport: Dabei geht es natürlich nicht um den Austausch zwischen den EVUs, sondern um den Marktzutritt der Sonderabnehmer.

Caspari:

Wenn ein großer deutscher Stromabnehmer ein Stromangebot aus Frankreich bekäme, und der Bezug dieses Stroms durch Netzmonopolisten blockiert würde, dann könnte nach meiner Meinung ein Fall von Mißbrauch einer marktbeherr-

schenden Stellung gemäß Art. 86 vorliegen. Wenn Durchleitungskapazitäten vorhanden sind, könnten die Netzmonopolisten gezwungen werden, durchzuleiten. Aber für die deutschen Stromverbraucher bleibt das Problem, die jederzeitige Versorgungssicherheit zu gewährleisten.

Wettbewerbsfragen der Europäischen Gemeinschaft

Von *Ernst Niederleithinger*, Berlin

Bei meinem Referat stehe ich vor der Schwierigkeit, daß ich über etwas berichten soll, was es noch gar nicht gibt — die europäische Fusionskontrolle. Wir werden sie wohl demnächst bekommen, aber die Einzelheiten dieser voraussichtlichen europäischen Fusionskontrolle stehen noch nicht fest. Immerhin, ihre Umrisse sind schon deutlich erkennbar.

Trotz aller noch bestehenden Unsicherheiten möchte ich Ihnen zuerst vorstellen, wie die europäische Fusionskontrolle bisher konzipiert ist und — wahrscheinlich — eines Tages in Kraft treten wird. Dabei mache ich zwei Einschränkungen: Einzelne Aspekte wurden bereits in anderen Vorträgen dargestellt und ich werde mich deshalb bemühen, Wiederholungen zu vermeiden. Außerdem gehe ich davon aus, daß in diesem Kreis kein großes Interesse an den verfahrensrechtlichen, wenn auch unter Umständen sehr wichtigen Vorschriften der Fusionskontroll-Verordnung bestehen. Ich werde mich also auf die Vorschriften beschränken, die aus meiner Sicht ein besonderes materielles Gewicht haben und hier noch nicht erörtert worden sind.

In einem letzten Teil werde ich dann noch auf einige Gesichtspunkte aus der Sicht eines deutschen Juristen eingehen, der nicht nur seit 26 Jahren beim Bundeskartellamt tätig ist, sondern seit 1973 auch Erfahrungen speziell mit der deutschen Fusionskontrolle sammeln konnte. Das sind nicht nur gute Erfahrungen, denn er hat auch miterlebt, daß die deutsche Regelung nur beschränkt wirksam ist. Auf dieser Grundlage werde ich die Fragen stellen, ob zu befürchten ist, daß negative Erfahrungen auch bei der europäischen Fusionskontrolle drohen, und ob erwartet werden kann, daß die positiven Elemente der deutschen Fusionskontrolle in Europa gleichermaßen realisiert werden können. Wir sollten uns allerdings davor hüten anzunehmen, daß es irgendwie eine Gesetzmäßigkeit gäbe, nach der die Regelung der europäischen Fusionskontrolle unserem Standard, den der Gesetzgeber 1973 eingeführt und 1976 und 1980 vervollständig hat, entsprechen und in gleicher Weise realisiert werden müsse, wie dies bei uns erreicht worden ist. Davon kann keine Rede sein. Trotzdem ist der Vergleich von bereits vorhandenen Erfahrungen in einem Mitgliedstaat mit den Konzeptionen der europäischen Fusionskontrolle sicher nützlich, um ihr einen möglichst effektiven Anwendungsbereich zu geben.

I. Der Zusammenschlußbegriff

Die materiellen Vorschriften der europäischen Fusionskontrolle beginnen — der Sache nach, nicht nach der Reihenfolge der Artikel — wie im deutschen Recht mit der Definition des Zusammenschlußbegriffes. Hier ist von erheblichem Interesse, daß der Zusammenschlußbegriff der europäischen Fusionskontrolle von der Kontrolle eines Unternehmens durch ein anderes Unternehmen ausgeht. Diese Kontrolle wurde ursprünglich (Fassung vom 30. November 1988) umschrieben mit der Möglichkeit, daß das eine Unternehmen die Tätigkeit des anderen Unternehmens bestimmen kann. Es gibt allerdings inzwischen Überlegungen, den Begriff der Kontrolle als die Möglichkeit, „bestimmenden Einfluß“ auszuüben, zu definieren.

Wir können nicht genau voraussagen, was die Kommission in den ersten Jahren ihrer Praxis mit diesem Begriff anfangen wird und welche Auslegung schließlich der Gerichtshof diesem Begriff geben wird, der als entscheidendes Kriterium die Reichweite der Fusionskontrolle bestimmt. Ich möchte annehmen, daß „Kontrolle“ schließlich so verstanden wird wie der „beherrschende“ Einfluß, den wir für das deutsche Kartellrecht dem deutschen Gesellschaftsrecht sowie Konzernrecht entnommen haben. Dies führt dann aber zu einer engen Begrenzung der Fusionskontrolle. Es mag vernünftig, vielleicht sogar weise sein, sich im ersten Schritt auf die besonders wichtigen und durch besonders intensiven Einfluß gekennzeichneten Konzentrationstatbestände zu beschränken. Im deutschen Bereich, das darf ich vorwegnehmen, versuchen wir zur Zeit aber, die Beherrschungsschwelle deutlich zu unterschreiten. Ich komme auf dieses Problem noch mal zu sprechen.

Mit der zum Teil aus dem Montanvertrag übernommenen Formulierung wurde andererseits aber eine umfassende Regelung gefunden. Ich sehe kaum eine Möglichkeit, daß ein Unternehmen zwar einen bestimmenden, beherrschenden Einfluß erlangt, dies aber in einer Form, die von der Verordnung versehentlich nicht erwähnt wird. Sowohl bei den Mitteln der Beherrschung wie auch bei der Erfassung des bestimmenden Einflusses ist die vorgesehene Regelung umfassend.

Der Zusammenschlußbegriff erwähnt ausdrücklich auch die Fälle, in denen nicht ein einzelnes Unternehmen den bestimmenden Einfluß erlangt, sondern mehrere Unternehmen dabei zusammenwirken. Ein ungelöstes Problem ist dabei im deutschen Recht, welche Qualität das Zusammenwirken der — im Ergebnis beherrschenden — Unternehmen haben muß; der Verordnungsvorschlag übergeht diese Problematik mit Stillschweigen. Umgekehrt werden im Hinblick auf Artikel 85 EWGV und seine uneingeschränkte weitere Anwendung diejenigen Fälle aus der Zusammenschlußkontrolle ausgeschlossen, in denen eine Zusammenarbeit zwar in der Form eines Zusammenschlusses realisiert wird, bei denen aber weiterhin selbständige Unternehmen koordiniert werden. Dies soll ausdrücklich klargestellt werden. Ich vermissе bisher leider noch die umgekehrte Regelung für

konzentrierte Gemeinschaftsunternehmen, daß sie nur unter die Zusammenschlußkontrolle, nicht unter Art. 85 EWGV fallen.

II. Der Anwendungsbereich

Nun zum Anwendungsbereich. Dabei handelt es sich um diejenigen Kriterien, die sicherstellen, daß die neue Fusionskontrolle nicht jeden Zusammenschluß im Gemeinsamen Markt erfaßt, sondern nur die wichtigsten. Der vorgesehene Artikel 1 geht dabei von denjenigen Zusammenschlüssen aus, die „gemeinschaftsweite Bedeutung“ haben — eine gut gewählte Vokabel. Gestern war davon die Rede, es gäbe gewisse „Totschlagsvokabeln“. Hier haben wir das Gegenteil. Wer wird bestreiten wollen, daß das europäische Recht für Zusammenschlüsse von „gemeinschaftsweiter Bedeutung“ gelten soll. Da aber niemand sagen kann, wann ein Zusammenschluß von gemeinschaftsweiter Bedeutung ist, hat jeder Entwurf der Kommission vorgesehen, diese Worthülse durch eine von ihrem sprachlichen Sinn unabhängige Definition zu einem justitierbaren Kriterium zu machen.

Der entsprechende Artikel 1 Abs. 2 hat erst einmal die Funktion, kleine Zusammenschlüsse, mit denen man sich nicht befassen will, aus dem Anwendungsbereich auszuschließen. Das geschieht mit der Klausel, die ursprünglich als Grenzwert einen Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen von einer Milliarde ECU vorsah; maßgebend ist insoweit der weltweite Gesamtumsatz. Jetzt sollen es zwei und in einer Übergangszeit werden es wohl fünf Milliarden ECU sein. Dabei handelt es sich also um eine „Bagatellregelung“, wie wir sie auch im deutschen Recht kennen. Da Zusammenschlüsse unterhalb eines derart hohen Grenzwertes aber sicher keine Bagatellen sind, hat die Regelung insoweit wohl Kompromißcharakter für die Abgrenzung zwischen der europäischen und der verbleibenden nationalen Fusionskontrolle.

Eine weitere Regelung des Artikels 1 hat andere Funktionen. Es ist nämlich davon die Rede, daß mindestens zwei Unternehmen je 100 Mio. ECU ihres Umsatzes in der Gemeinschaft erzielen müssen. Damit werden diejenigen Zusammenschlüsse aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen, bei denen insbesondere das erworbene Unternehmen so klein ist, daß man sich sinnvollerweise nicht mit seinem Aufkauf befassen sollte. Da mindestens zwei Unternehmen über 100 Mio. ECU Umsatz verfügen müssen, fällt also etwa der Zusammenschluß von Siemens mit einem mittelständischen Unternehmen per se nicht unter die europäische Kontrolle, wenn dieses Unternehmen weniger als 100 Mio. ECU umsetzt.

Durch die Beschränkung auf den gemeinschaftsweiten Umsatz hat die Regelung aber auch noch eine weitere, gemeinschaftsspezifische Funktion: Zusammenschlüsse zwischen bedeutenden Unternehmen, möglicherweise weltweit tätige Umsatzmilliardäre, werden aus der Kontrolle entlassen, sofern ihr Umsatz in der Gemeinschaft relativ bescheiden ist. Es handelt sich also auch insoweit um

eine Bagatellklausel — bezogen allerdings auf den Gemeinsamen Markt. Wenn sich etwa ein japanisches und ein amerikanisches Unternehmen zusammenschließen, so besteht zwar ein großes Interesse, einen solchen Fall unter die Kontrolle des Gemeinschaftsrechts zu nehmen, aber das Gemeinschaftsrecht bleibt unanwendbar, wenn nicht beide Unternehmen mindestens 100 Mio. ECU Umsatz in der Gemeinschaft haben.

Unter einem anderen Gesichtspunkt befaßt sich die berühmte Drei-Viertel-Klausel oder jetzt Zwei-Drittel-Klausel mit der gemeinschaftsweiten Bedeutung. Hier wird, wiederum gemessen nur an dem Umsatz in der Gemeinschaft, derjenige Zusammenschluß aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen, der sich nur in *einem* Land wesentlich auswirkt. Wenn also etwa der italienische Konzern Fiat ein anderes großes italienisches Unternehmen erwirbt und beide Seiten wegen der Konzentration auf den Heimatmarkt mehr als zwei Drittel ihres jeweiligen Gemeinschaftsumsatzes in Italien machen, dann findet die europäische Fusionskontrolle keine Anwendung.

Wie bei allen derartigen, notwendigerweise grob gegriffenen Umsatzgrenzen und Relationen wird es zu überraschenden, teilweise nicht plausiblen Ergebnissen kommen. Erwirbt FIAT ein wesentlich kleineres französisches Unternehmen, fällt dieser Zusammenschluß unter das Gemeinschaftsrecht, was ja vielleicht noch plausibel ist. Wenn aber der Volkswagen-Konzern ein deutsches Unternehmen erwirbt, das ausschließlich in Deutschland tätig ist, dann fällt dies unter die Gemeinschaftsfusionskontrolle allein deswegen, weil der Volkswagen-Konzern, was ich unterstelle, mehr als ein Drittel seines Gemeinschaftsumsatzes in den übrigen EG-Ländern macht. Erst recht ist der Volkswagen-Konzern mit der europäischen Kontrolle belastet, wenn er anstelle von FIAT das große italienische Unternehmen erwirbt. Es wird also in der Tat das gemeinschaftsorientierte Unternehmen anders behandelt als der eher noch auf den Heimatmarkt konzentrierte Konkurrent.

III. Die Verbotsregelung

Ich komme nun zu der letztlich ausschlaggebenden Regelung. Es sollen keineswegs alle Zusammenschlüsse, die gemeinschaftsweite Bedeutung haben, verboten werden. Davon kann natürlich keine Rede sein. Bei jeder Fusionskontrolle ist die Untersagung die Ausnahme von der Regel. Es muß also bestimmt werden, unter welchen Voraussetzungen untersagt wird. Hierbei orientieren sich alle bisherigen Vorschläge der Kommission an Artikel 86 EWGV, indem sie von der Marktbeherrschung als Untersagungsvoraussetzung ausgehen. Damit entfernen sie sich zugleich weit von Artikel 85 Absatz 1 EWGV, der keineswegs Marktbeherrschung, sondern nur eine Wettbewerbsbeschränkung voraussetzt.

Im einzelnen sieht die Regelung des Artikels 2 für die Beurteilung von Zusammenschlüssen drei Gesichtspunkte vor. Die erste und für eine Untersagung unab-

dingbare Voraussetzung ist, daß eine Marktbeherrschung im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben entsteht. Dabei wird der Begriff der Marktbeherrschung im Wortlaut nicht verwendet. Vielmehr heißt es, daß insoweit eine Stellung vorausgesetzt wird, durch die wesentlicher Wettbewerb — in einer neueren Formulierung: in erheblicher Weise — behindert wird. Ich bin nicht sicher, ob das in jeder Beziehung mit traditionellen Marktbeherrschungsbegriffen übereinstimmt. Wenn ich hier die Mehrzahl gebrauche, gebe ich gleich zu, daß es einen einheitlichen Marktbeherrschungsbegriff, der sich kraft Logik oder aufgrund eindeutiger gesetzlicher Definition zwingend anbietet, nicht gibt. Man kann unter Marktbeherrschung verschiedene Dinge verstehen. Immerhin wird die Formulierung „Behinderung wesentlichen Wettbewerbs“ oder „Stellung, in der wesentlicher Wettbewerb behindert wird“, jedenfalls in deutscher Sprache, aber auch in den anderen Sprachen synonym mit Marktbeherrschung verwendet.

Neben der Marktbeherrschung wird in einem zweiten Schritt vorausgesetzt, daß diese Stellung oder Situation durch den Zusammenschluß entweder entsteht oder verstärkt wird. Das bedeutet, daß sich die Wettbewerbssituation durch den Zusammenschluß negativ in Richtung auf noch mehr Behinderung ändern muß; dies entspricht unter anderem dem deutschen Recht. Es gibt also kein allgemeines Fusionsverbot für marktbeherrschende Unternehmen, die in Zukunft überhaupt keine Unternehmen mehr erwerben dürften, weder auf demselben noch auf einem anderen Markt. Sie dürfen nur solche Zusammenschlüsse nicht mehr vollziehen, die diese Marktbeherrschung noch weiter verstärken.

Der dritte Gesichtspunkt des Artikels 2 ist wohl der wichtigste für die zukünftige europäische Praxis, nämlich die Ausnahme von der Regel. Ein Zusammenschluß, durch den eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, soll doch nicht scheitern, wenn er entweder einen Beitrag zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschrittes leistet. Eine frühere Formulierung sprach insoweit von einem Beitrag zur Verbesserung der Wettbewerbsstruktur im Gemeinsamen Markt. Ob dabei eine förmliche „Genehmigung“ oder einfach ein Ausschluß der Untersagung vorgesehen wird, ist von zweitrangiger Bedeutung.

Wir sollten in diesem Zusammenhang drei Dinge festhalten: die genannten „Beiträge“ sind als Alternativen nebeneinandergestellt. Es reicht mithin aus, entweder die Förderung des technischen Fortschritts oder die Verbesserung der Warenverteilung oder, jedenfalls nach der alten Fassung, die Verbesserung der Wettbewerbsstruktur festzustellen. Allerdings müssen diese positiven Folgen des Zusammenschlusses seine Nachteile für den Wettbewerb, die ja vorher durch die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung oder durch die Entstehung einer solchen Stellung nachgewiesen worden sind, überwiegen. Es findet also wie auch in anderen Rechtsgebieten ein Abwägen von Vor- und Nachteilen statt. Dies ist nichts Besonderes, wahrscheinlich sogar unvermeidlich. Bis zum Fall Daimler-Benz / MBB gab es auch auf deutscher Seite keinen grundsätzlichen

Zweifel daran, daß eine Abwägung von anderen als wettbewerblichen Gesichtspunkten mit den wettbewerblichen Nachteilen möglich sein sollte, weil man nicht vorhersehen kann, ob es zu einem Zielkonflikt zwischen durchaus gleichrangigen Zielen kommen kann.

Problematischer erscheint mir, daß diese sprachlich nicht sehr glückliche Regelung ergänzt wird durch einige Bemerkungen, die mich sehr kritisch werden lassen. So ist nämlich vorgesehen, daß bei der Abwägung die Wettbewerbsfähigkeit der betroffenen Wirtschaftsbereiche im internationalen Wettbewerb berücksichtigt werden müsse. Das kann man nun wieder als eine „Totschlagsvokabel“ bezeichnen, weil man einerseits einräumen muß, daß es ohne eine solche Klausel vermutlich nicht geht. Andererseits muß man sich darüber im klaren sein, daß die europäische Praxis große, marktbeherrschende Zusammenschlüsse damit jederzeit rechtfertigen kann, wenn man nur hinreichend große Konkurrenten auf dem Weltmarkt findet. Allerdings sind weiterhin die Interessen der Verbraucher zu berücksichtigen und außerdem soll der Wettbewerb nicht ausgeschaltet werden. Ob diese Gesichtspunkte die Genehmigung eines Zusammenschlusses, den man politisch begrüßt, wirklich verhindern, wird man nach Abschluß des Verfahrens Daimler-Benz / MBB deutlicher sehen.

Die Voraussetzungen der Untersagung, sowohl die positiven wie insbesondere die Marktbeherrschung, als auch die negativen, die eine Untersagung ausschließen oder den Zusammenschluß rechtfertigen, sind außerordentlich dehnbar angelegt. Ohne jede Kritik möchte ich sagen, ich würde ganz gerne mit dieser Klausel arbeiten; denn dann kann ich in Zukunft bestimmt machen, was ich will. Irgendwie bringe ich den Zusammenschluß, über den ich zu entscheiden habe, schon so unter, wie ich kann, wie ich will.

IV. Das Kontrollverfahren

Der nächste Punkt, auf den ich nur kurz eingehen möchte, ist die grundsätzliche Entscheidung, ob die Kontrolle in einem präventiven Verfahren vor Vollzug des Zusammenschlusses oder in einem nachträglichen Verfahren nach dem Zusammenschluß durchgeführt werden soll. Hier hat die Kommission Zugeständnisse gemacht. Die Unternehmen sollen zwar die Möglichkeit erhalten, einen Zusammenschluß vor Vollzug kontrollieren zu lassen, zugleich aber auch berechtigt sein, den Zusammenschluß erst zu vollziehen und dann die Kommission nachträglich zu unterrichten. Dies ist ein Punkt, den ich aus meiner Sicht deutlich herausstellen wollte. Gewiß brauchen die Unternehmen kurze und praktikable Verfahren. Die Fusionskontrolle muß sich auf das Notwendige beschränken. Eine Regelung aber, dies möchte ich deutlich sagen, die darauf verzichtet, größere Zusammenschlüsse vor dem Vollzug zu kontrollieren, wird sich in der Praxis unglaublich machen. Daran ändert auch nichts, daß die Kommission vielleicht mit sehr hohen Geldbußen eher als das Bundeskartellamt in der Lage sein wird,

einen Zusammenschluß wieder aufzulösen, also die Unternehmen auflösungswillig zu machen. Diese Auflösung wird ein Problem sein, das sich erst nach einem drei Jahre dauernden Prozeß beim Gerichtshof, also vier Jahre nach dem Vollzug des Zusammenschlusses, stellt. Dies ist aus meiner Sicht die „eingebaute“ Unglaubwürdigkeit der europäischen Fusionskontrolle, es sei denn, die Unternehmen scheuen die Risiken, insbesondere eventuelle wirtschaftliche Risiken, eines vorzeitigen Vollzugs. In Deutschland war dies nach 1973 nicht der Fall, so daß alsbald die zwingend präventive Kontrolle für den Regelfall eingeführt werden mußte.

V. Die Abgrenzung zur nationalen Fusionskontrolle

Nun zum vierten materiellen Punkt: Dabei geht es um die Regelung der Exklusivität der europäischen Fusionskontrolle in Artikel 20 Abs. 2. Die Exklusivität bedeutet, daß die Mitgliedstaaten ihr Fusionskontrollrecht, wenn sie solches haben sollten, nicht mehr anwenden auf Fälle, die in den Anwendungsbereich der europäischen Fusionskontrolle fallen. Das läuft auf nichts anderes hinaus, als daß eine Verordnung des Ministerrats zwar nicht das entsprechende nationale Recht außer Kraft, aber außer Vollzug setzt. Dabei handelt es sich fraglos um eine gewichtige Regelung.

Die Einschränkungen, die dazu vorgesehen sind, halte ich aus deutscher Sicht dagegen für relativ wenig gewichtig. Eine erste Einschränkung besteht darin, daß den Mitgliedstaaten weiterhin das Recht zugebilligt wird, gegen Zusammenschlüsse aus anderen als wettbewerblichen Gesichtspunkten vorzugehen. Ich nenne nur zwei Bereiche, in denen das relevant werden könnte. Der eine ist der Medienbereich, der auch ausdrücklich angesprochen ist. Dort wo eine medienrechtliche Konzentrationskontrolle existiert, kann also ein Mitgliedstaat diese medienrechtliche Fusionskontrolle weiterhin exekutieren; Zusammenschlüsse, die die Kommission aus wettbewerblichen Gründen nicht untersagt, also gebilligt hat, kann der Mitgliedstaat seinerseits aus medienpolitischen Gründen untersagen. Entsprechendes gilt für denjenigen Bereich der Wirtschaft, der einer besonderen Fachaufsicht unterliegt — wie etwa: Kreditwesen, Versicherungen, Versorgungswirtschaft.

Deutschland ist auf diesen Vorbehalt aber nicht vorbereitet. Wir haben es aus guten Gründen abgelehnt, eine medienrechtliche Konzentrationskontrolle einzuführen. Einerseits besteht bei einer medienrechtlichen Konzentrationskontrolle die Gefahr ihrer Ideologisierung; andererseits hat der Bund gar keine Gesetzgebungskompetenz dafür. Es kann also nur eine Landeskonzentrationskontrolle im Medienbereich geben. Gerade das wird uns jetzt zugestanden. Aber die Fusionskontrolle, wie wir sie in Deutschland eben auch für Presseunternehmen haben, wird nicht praktiziert werden können in Fällen, die unter die europäische Fusionskontrolle fallen. Für andere regulierte Wirtschaftsbereiche ist die Bundeskompe-

tenz zwar unstreitig, jedoch sehen die Fachaufsichtsgesetze kaum eine adäquate Kontrolle von Zusammenschlüssen vor, die sich bisher nach Kartellrecht mit wettbewerblichen Kriterien richtete.

Es gibt einen zweiten Vorbehalt, auf den ich aufmerksam machen muß. Die Kommission kann bei der Einstellung eines Verfahrens die Mitgliedstaaten nach Artikel 8 Abs. 2 ermächtigen, den gleichen Fall wegen lokaler Marktherrschaft zu überprüfen und möglicherweise zu untersagen. Es fällt auf, daß hier von lokaler Marktherrschaft die Rede ist. Gemeint sind diejenigen marktherrschenden Stellungen, die auf Märkten bestehen, die weder den gesamten Gemeinsamen Markt noch einen wesentlichen Teil umfassen. Wenn also die Kommission festgestellt hat, auch in Süddeutschland als einem „wesentlichen Teil“ bestehe keine marktherrschende Stellung der beteiligten Zementhersteller, die durch den Zusammenschluß verstärkt worden ist, scheidet insoweit eine Ermächtigung der nationalen deutschen Behörden durch die Kommission aus. Die Ermächtigung könnte nur ergehen, wenn es nicht einen einheitlichen süddeutschen Zementmarkt, sondern nur noch kleinere räumliche relevante Zementmärkte etwa in Südbayern gibt, die dann für sich allein jeweils keine „wesentlichen Teile“ mehr sind. Dann kann wegen der Verstärkung der Marktherrschaft auf dem südbayerischen Zementmarkt deutsches Recht angewendet werden. Ich glaube, dies wird keine große Bedeutung erlangen. Ausnahmefälle werden die regionalen und lokalen Zeitungen und der Einzelhandel sein.

VI. Zu erwartende Anwendungsprobleme

Ich möchte zunächst noch einige Thesen auf der Grundlage meiner Erfahrungen mit der deutschen Fusionskontrolle anschließen. Damit will ich auf einige Probleme aufmerksam machen, die wahrscheinlich auch bei der europäischen Fusionskontrolle auftauchen werden.

Erste These: Die im Jahre 1973 eingeführte deutsche Fusionskontrolle gab dem Wettbewerbsrecht eine neue Qualität, neu im Verhältnis zum bisherigen Kartellrecht, insbesondere der Aufsicht über horizontale und vertikale vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen. Dies lag vor allem daran, daß das klassische Kartellrecht sich darauf beschränkt, eine bestimmte Verhaltensweise — eine Kartellabsprache, eine Preisbindung, einen Boykott — zu verbieten und gegebenenfalls zu sanktionieren. Damit läßt das klassische Kartellrecht den Unternehmen nicht nur die Möglichkeit, ihre bisherigen Verhaltensweisen fortzusetzen, sondern gesteht den Unternehmen auch zu, daß diese versuchen, ihre Pläne und Ziele auf anderem Weg, aber eben ohne eine bestimmte Wettbewerbsbeschränkung zu erreichen. Die Fusionskontrolle dagegen zerschlägt einen unter Umständen großangelegten Plan eines oder mehrerer Unternehmen für die neue Organisation ihrer unternehmerischen Aktivitäten. Sie gibt deshalb aus meiner Sicht dem Kartellrecht eine neue Qualität und den Behörden Einflußmöglichkeiten, viel-

leicht sogar Machtmittel, die mit den bisherigen nicht vergleichbar sind. Ich gehe davon aus, daß das gleiche für die europäische Fusionskontrolle im Verhältnis zum klassischen europäischen Wettbewerbsrecht der Artikel 85 und 86 EWGV gelten wird.

Zweite These: Fusionskontrolle ist jedenfalls dann, wenn sie der Forderung nach präventiver Kontrolle entspricht, eine Vollkontrolle aller in den Anwendungsbereich fallenden Zusammenschlüsse. Im Gegensatz zu allen anderen Wettbewerbsbeschränkungen werden Zusammenschlüsse in jedem Fall von der zuständigen Kartellbehörde administriert. Man bedenke, daß sich die Kommission dagegen nur mit einem kleinen Prozentsatz aller im Gemeinsamen Markt praktizierten Vertriebsbindungen ernsthaft befaßt hat.

Dritte These: Die Fusionskontrolle ist im Gegensatz zum übrigen Kartellrecht eine spezielle Eingriffsverwaltung, bei der das Aufgreifermessen der Kartellbehörde überhaupt nicht, die Untersagungspraxis nur sehr begrenzt kontrollierbar ist. Niemand kann die Kartellbehörde hindern, einen Fall aufzugreifen und in extenso zu prüfen. Umgekehrt ist es aber wohl noch wichtiger, daß in diesem Bereich der Rechtsschutz der vom Zusammenschluß negativ betroffenen Dritten nicht funktioniert, denn sie können die Kartellbehörde nicht zwingen, tätig zu werden; bis die Gerichte über eine eventuell zulässige Untätigkeitsklage entschieden haben, ist jede Untersagungsfrist abgelaufen. Ich halte dies für eine wichtige Feststellung; denn es kann durchaus unterstellt werden, übrigens auch bei den deutschen Kartellbehörden, daß sie nicht in jedem Fall geneigt sind, wettbewerbsbeschränkende Fälle auf Veranlassung der Betroffenen aufzugreifen.

Vierte These: In Deutschland hat sich deutlich gezeigt, daß sich die Fusionskontrolle einer gerichtlichen Kontrolle weitgehend auch in denjenigen Fällen entzieht, in denen die Kartellbehörden eine Untersagung androhen oder aussprechen. Gerichtliche Kontrolle setzt nämlich in diesen Fällen voraus, daß die Unternehmen hinreichend Zeit haben, den Verwaltungsprozeß durch eine, vielleicht auch durch zwei Instanzen zu führen. Das machen in Deutschland Unternehmen in aller Regel nur, wenn aus irgendwelchen Gründen der Zusammenschluß bereits vollzogen worden ist und man also Zeit hat für ein zumindest nicht ganz aussichtsloses gerichtliches Verfahren. Manchmal versuchen dann die Unternehmen sogar Zeit zu gewinnen, um das Auflösungsverfahren, wenn es denn kommen sollte, möglichst weit in die Zukunft zu verschieben. Soweit die Unternehmen aber einen geplanten Zusammenschluß vor dem Vollzug anmelden müssen, können sie oft nicht die Zeit aufbringen, um einen aufwendigen Verwaltungsprozeß zu führen.

In Europa kommt ein weiterer Gesichtspunkt hinzu. Ich habe schon den Eindruck, daß der Gerichtshof ein relativ bequemes Gericht für die Kommission ist, weil er sich wohl notwendigerweise auf eine begrenzte Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Entscheidungen der Kommission beschränkt hat. Dies gilt aus meiner Sicht für die Entscheidungen nach Artikel 85 Abs. 3 EWGV, für die Freistellung ebenso wie für die Verweigerung der Freistellung. Auch bei gegen die Untätigkeit

der Kommission gerichteten Klagen stellt sich der Gerichtshof schnell vor die beklagte Behörde. So findet man etwa im Zigaretten-Urteil nach einer Darlegung der Argumentation der Kommission, die Verbindung zwischen den Unternehmen führe nicht zur Beschränkung des Wettbewerbs zwischen ihnen, letztlich nur die Aussage des Gerichtshofs, dies sei doch eigentlich insgesamt plausibel und infolgedessen die Klage abzuweisen. Für mich ist dies ein wesentlicher Punkt der zukünftigen europäischen Fusionskontrolle, weil sie mit dem unbestimmten Begriff der Behinderung wesentlichen Wettbewerbs als Voraussetzung der Untersagung arbeiten muß. Ich sehe noch nicht so recht, daß der Gerichtshof hier in die Auslegung einsteigen und außerdem noch selbst prüfen wird, ob der festgestellte komplexe Sachverhalt den schwierigen Schluß auf die Untersagungsvoraussetzung rechtfertigt. Das Gericht erster Instanz könnte allerdings eine andere Politik einleiten.

Eine weitere Feststellung hat geringeres Gewicht. Solange in Deutschland relativ hohe Grenzen für den Begriff des Zusammenschlusses durch Anteilserwerb galten (§ 23 Abs. 2 Nr. 2 GWB in der ursprünglichen Fassung von 1973), war es für die Unternehmen ein Leichtes, sich eine gesellschaftsrechtlich exakt entsprechende Stellung unterhalb des Zusammenschlußtatbestands zu verschaffen. Dies ist ein allgemeines Problem der Fusionskontrolle; denn sie muß bei stark formalisierten Zusammenschlußtatbeständen manchmal mit rechtswidrigen Umgehungsversuchen, viel häufiger aber mit rechtmäßigen Vermeidungsstrategien rechnen. Da die europäische Fusionskontrolle einen materiellen Zusammenschlußtatbestand (Kontrolle über ein Unternehmen) erhalten wird, tritt hier ein anderes Problem auf. Es ist vorstellbar, daß dieselben Wettbewerbsbeschränkungen, die bei der Kontrolle eines Unternehmens durch ein anderes auftreten, oft auch zu befürchten sind, wenn ein Unternehmen zwar auf die Kontrolle verzichtet, sich aber doch immerhin einen gewissen Einfluß auf das andere Unternehmen, etwa durch eine Minderheitsbeteiligung, verschafft. Jedenfalls bei Beteiligungen zwischen Wettbewerbern wird das Risiko für den Wettbewerb heute so ernst eingeschätzt, daß die Bundesregierung bei der fünften GWB-Novelle eine Ausdehnung anstrebt.

Schließlich noch zwei abschließende Gesichtspunkte, die wieder größeres Gewicht haben. Meiner persönlichen Erfahrung entspricht es, daß es im Bereich der Fusionskontrolle unpolitische Fälle überhaupt nicht gibt. Jedenfalls gibt es keine unpolitischen Untersagungsfälle. Ich möchte jetzt nicht aus dem „Nähhäuschen“ plaudern und die versuchten politischen Einflußnahmen in vielen Fällen schildern, in denen wir eine Untersagung angekündigt hatten. Manchmal kommt „nur“ der Bürgermeister zusammen mit einem Landtagsabgeordneten; dies ist dann leichter zu übersehen als der Fall, der noch gar nicht so lange zurückliegt, wo ein Regierungschef nur mit Mühe daran gehindert werden konnte, direkt bei uns anzurufen und seine Empörung oder zumindest sein Unverständnis über eine angekündigte Entscheidung mitzuteilen. Man muß zweifellos damit rechnen, daß

sich dies auch in der Gemeinschaft fortsetzen wird. Auch dort wird der politische Druck erheblich sein — meist wohl in einem frühen Stadium der Prüfung, denn dann besteht noch die beste Gelegenheit, eine wohlwollende Erklärung des zuständigen Beamten oder Kommissars zu erreichen.

Ich kann mir nicht vorstellen, daß sich die Kommission diesem Einfluß in vielen Fällen wird entziehen können. Dagegen spricht auch nicht die große Anzahl von Fällen, in denen politischer Einfluß auf das Bundeskartellamt keinen Eindruck gemacht hat. Dies beruht auf der räumlich, sachlich und organisatorisch abgesonderten Position des Amtes und auf der grundsätzlichen Anerkennung der Unabhängigkeit durch den Bundeswirtschaftsminister, wie sie im Laufe vieler Jahre Schritt für Schritt zustande gekommen ist. Diese relative Immunität des Bundeskartellamtes gegen politischen Einfluß kann man nicht unbedingt auf die Kommission übertragen, die unter anderen Umständen arbeiten muß. Es gibt noch lange keine herausgelöste Generaldirektion Wettbewerb, erst recht nicht für die Untersagungen von Zusammenschlüssen.

Nun noch zu einem letzten Punkt: Die Fälle, in denen man mit einigermaßen guter Begründung die Voraussetzungen für eine Untersagung geltend machen kann, sind eine stete Anfechtung für ehrgeizige Personen — fraglos auch für ehrgeizige Beamte, die sich bei dieser Gelegenheit einen Spielraum für das zu verschaffen suchen, was sie für richtig oder auch nur für zweckmäßig halten. Mithin besteht eine Versuchung, eigene persönliche Vorstellungen von der richtigen Organisation eines Teilbereichs der Wirtschaft zu verwirklichen. In Deutschland wird dies in der Fusionskontrolle in Grenzen gehalten, weil das Bundeskartellamt, wenn es legitim handelt, sich ausschließlich auf wettbewerbliche Gesichtspunkte beschränken muß. Würde also das Bundeskartellamt versuchen, aus Anlaß eines Zusammenschlusses zum Beispiel Vorstellungen des Verbraucherschutzes oder der Energiesicherheit so zu verwirklichen, wie man es dort für richtig hält, würde dies schnell auffallen. Die Kommission, einzelne Kommissare und ihre Beamten sind nicht an diese Einschränkung gebunden. Sie haben ja auch darüber zu entscheiden, ob ein marktbeherrschender Zusammenschluß aus Ausnahmegründen nicht untersagt oder ausdrücklich genehmigt wird. Deswegen sollten wir bei der Kommission mit größeren Gestaltungsambitionen rechnen. Es ist gelegentlich schon erschreckend, wenn davon die Rede ist, dies und jenes sei gemacht worden im Rahmen von Operationen der Kommission zur „Restrukturierung“ der XY-Industrie. Solche Aussagen machen deutlich, daß die Kommission bereit sein könnte, das Machtpotential, das eine plausible Untersagungsbeurteilung im Einzelfall gibt, gezielt dafür einzusetzen, wettbewerbsfremde Ziele zu realisieren. Darin liegt ein Risiko, das man bei der Gestaltung und Einführung der europäischen Fusionskontrolle sehen muß. Man sollte es wenigstens im Rahmen der Regelung des Artikels 2 zurückdrängen, indem man dort die notwendigen sachlichen, verfahrensrechtlichen sowie organisatorischen „Bremsen“ einführt.

Die geplante EWG-Fusionskontrolle sowie die bisherige Praxis des EWG-Kartellrechts aus Unternehmenssicht

Von *Jürgen Lindemann*, München

I. Einleitung

Als ich die Einladung erhielt, hier über die EWG-Fusionskontrolle aus Unternehmenssicht zu sprechen, wußte ich noch nicht, daß ich in der Zwischenzeit mit einem Fall befaßt werden würde, der in ganz besonderem Maße die Notwendigkeit einer europäischen Fusionskontrolle aufzeigt. Im November 1988 vereinbarten die britische General Electric Company (GEC) und die Siemens AG, ein gemeinsames („feindliches“) Übernahmeangebot für die Firma Plessey abzugeben. Dieses Vorgehen hatte eine Vielzahl von Kartellverfahren zur Folge. Allein in Europa haben sich nicht weniger als fünf Kartellbehörden des Falles angenommen. Daneben mußten noch kartellrechtliche Anmeldungen in USA, Kanada, Südafrika und Australien vorgenommen werden. Monatelang waren bei Siemens und GEC ganze Abteilungen damit beschäftigt, das Material für die verschiedenen Kartellbehörden herbeizuschaffen und deren Fragen zu beantworten. Gruppen von Anwälten arbeiteten ebenfalls monatelang an den mehrere tausend Seiten umfassenden Schriftsätzen für die Kartellverfahren. Schon jetzt betragen die Kosten dafür mehrere Millionen ECU. Dabei sind die in den Unternehmen selbst angefallenen Kosten noch gar nicht berücksichtigt. Leider kann ich Ihnen über den endgültigen Ausgang des Verfahrens noch nicht berichten; es wäre interessant gewesen zu sehen, ob und inwieweit die verschiedenen Kartellbehörden zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen.

Dieser Fall macht jedoch schon jetzt deutlich, warum die deutschen Unternehmen einer europäischen Fusionskontrolle durchaus positiv gegenüberstehen. Es ist dieses nicht so sehr — wie oft gern behauptet wird — der Wunsch, aus der strenger nationalen Fusionskontrolle in die mildere europäische auszuweichen. Denn ob die europäische Fusionskontrolle tatsächlich die mildere sein wird, steht noch keineswegs fest. Vielmehr sind es folgende Gründe, die für eine europäische Fusionskontrolle sprechen:

- Der europäische Markt erscheint als Maßstab für die Beurteilung wesentlich sachgerechter, insbesondere wenn die Unternehmen — wie dieses meist der Fall ist — europaweit oder sogar weltweit miteinander in Wettbewerb stehen.

- Eine vorrangige europäische Fusionskontrolle erscheint als ein Ausweg aus der Vielzahl nationaler Kartellverfahren mit unterschiedlichen materiellen Kriterien und Verfahrensvorschriften.

Es soll aber auch nicht verhehlt werden, daß hinsichtlich des Verfahrens bei der EG-Kommission bei den Unternehmen erhebliche Skepsis besteht. Die bisherigen Erfahrungen mit der Verfahrensabwicklung, vor allem mit der Verfahrensdauer bei der EG-Kommission sind nicht gerade ermutigend. Deshalb ist die Grundhaltung der Unternehmen zu einer EWG-Fusionskontrolle wohlwollend, aber auch skeptisch. Entscheidend wird es darauf ankommen, wie die Schwerpunkte der Fusionskontrolle gestaltet werden. Dazu gehören insbesondere die folgenden Punkte:

- Die materiellen Beurteilungskriterien
- Die Vorrangfrage
- Die Ausgestaltung des Verfahrens

Auf diese Punkte möchte ich im folgenden näher eingehen.

II. Einzelfragen

1. Die materiellen Beurteilungskriterien

Der Fall Plessey hat uns auch sehr deutlich die Unterschiede in den Beurteilungskriterien bei den verschiedenen Kartellbehörden vor Augen geführt. Während das Bundeskartellamt ausschließlich das Entstehen oder die Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen im Inland prüft, entscheidet die britische Monopolies and Mergers Commission nach Public policy-Kriterien. Für die Unternehmen bedeutet die Public policy-Prüfung eine erhebliche Mehrbelastung: Es müssen umfangreiche Darlegungen zu Fragen der künftigen Rationalisierung, Standortpolitik, Forschung und Entwicklung, Produktpolitik und Arbeitsplatzsicherung gemacht werden. Auch politische Themen wie die nationale Sicherheit im Verteidigungsbereich und die Telekommunikationspolitik fließen über die in dem Verfahren beteiligten Beschaffungsinstanzen in das Verfahren ein. Der Ausgang des Verfahrens ist bei dieser Art der Prüfung kaum noch vorhersehbar. In ähnlichem, wenn auch etwas eingeschränkterem Maße gilt dies auch für das Verfahren bei der EG-Kommission nach Art. 85 EWGV. Ob die EG-Kommission die industriepolitischen Kriterien des Art. 85 Abs. 3 EWGV für eine Einzelfreistellung als erfüllt ansehen wird, ist für die Unternehmen nur schwer vorhersehbar. Auch hier geht der notwendige Sachvortrag weit über die Darlegung der Wettbewerbsverhältnisse hinaus.

Diese Erfahrungen sprechen dafür, für die EWG-Fusionskontrolle die Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung als das entscheidende Kriterium

zu wählen. Nur dann läßt sich der Umfang der Prüfung und des notwendigen Sachvortrags einigermaßen begrenzen und die Entscheidung ungefähr vorhersehen. Die Formulierung in dem Entwurf vom 23. November 1988 wird diesem Wunsch nach Klarheit und Vorhersehbarkeit der Beuteilungskriterien leider noch nicht ganz gerecht. Nach Art. 2 Abs. 3 dieses Entwurfs sind Zusammenschlüsse dann für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären, wenn sie eine Stellung begründen oder verstärken, durch welche die Aufrechterhaltung oder Entwicklung wirksamen Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben behindert wird. Diese Formulierung kann weniger oder auch mehr als Marktbeherrschung bedeuten, und in der Tat werden schon beide Interpretationen vertreten. Anscheinend ist diese Formulierung als Kompromiß gewählt worden, weil man sich auf die bloße Marktbeherrschung als Maßstab nicht hat einigen können. So liest denn in diese Formulierung jeder das hinein, was er gern haben möchte. Aus der Sicht der Unternehmen ist eine solche Formulierung, die Raum für sehr unterschiedliche Interpretationen läßt, abzulehnen. Statt dessen sollte zu dem Begriff der Marktbeherrschung zurückgekehrt werden.

Abzulehnen ist auch die in dem letzten Entwurf vorgesehene Möglichkeit, eine Entscheidung der Kommission selbst dann mit Bedingungen und Auflagen zu verbinden, wenn der Zusammenschluß keine Marktbeherrschung begründet oder verstärkt. Bei Fehlen von Marktbeherrschung fehlt es an einer Rechtfertigung für Bedingungen und Auflagen. Was allenfalls akzeptabel wäre, wäre eine Art Zusagenregelung für den Fall, daß ein Zusammenschluß in Teilbereichen zu Marktbeherrschung führt. Die entsprechende Zusagenpraxis des Bundeskartellamts hat sich aus der Sicht der Unternehmen durchaus bewährt und entspricht praktischen Bedürfnissen. Wenn etwas Entsprechendes mit der genannten Regelung in dem Entwurf ermöglicht werden soll, dann ist das durchaus zu begrüßen, müßte aber wohl deutlicher formuliert werden.

Sehr umstritten ist die Frage, inwieweit ein Zusammenschlußvorhaben trotz Marktbeherrschung aus industriepolitischen Erwägungen zugelassen werden können soll. Aus der Sicht der Unternehmen sollte eine solche Möglichkeit grundsätzlich gegeben sein. Ich persönlich bin aber — insbesondere nach den Erfahrungen im Fall Plessey — für eine klare Trennung der Verfahren, weil sonst wettbewerbliche und industriepolitische Gesichtspunkte miteinander vermengt und die Entscheidungen unvorhersehbar werden. Aus meiner Sicht sollte die Entscheidung nach Wettbewerbskriterien einem europäischen Kartellamt und die industriepolitische Entscheidung der Kommission in einem gesonderten Verfahren übertragen werden.

2. Die Vorrangfrage

Die Frage des Vorrangs der europäischen Fusionskontrolle vor den nationalen Regelungen ist für die Unternehmen die wichtigste Frage überhaupt. Würde die europäische Fusionskontrolle nur neben die nationalen Verfahren treten, dann wäre sie sinnlos. Es würde lediglich der bürokratische Aufwand für die Unternehmen weiter vermehrt. Es erscheint aber auch wenig sinnvoll, den Vorrang nur dann zu gewähren, wenn die EG-Kommission das betreffende Vorhaben aufgreift und entscheidet. Dann würden nämlich ausgerechnet die Fälle privilegiert werden, deren Auswirkungen auf den Wettbewerb gravierend sind. Diejenigen Fälle dagegen, die zwar unter die europäische Fusionskontrolle fallen, die aber für den Wettbewerb offensichtlich unbedenklich sind und deshalb von der Kommission nicht aufgegriffen werden, würden weiterhin unter die nationalen Regelungen fallen und damit möglicherweise mit mehreren Verfahren belastet werden. Das könnte zu der paradoxen Situation führen, daß die Unternehmen einen Zusammenschluß zunächst als für den Wettbewerb bedeutsam hinstellen müßten, um die EG-Kommission dafür zu interessieren und zum Aufgreifen zu veranlassen. Auch während des Verfahrens müßte dieser Eindruck aufrechterhalten werden, damit die Kommission das Verfahren nicht vorzeitig einstellt, sondern mit einer Entscheidung abschließt. Allerdings müßte man wohl dosiert bei der Darstellung der Auswirkungen auf den Wettbewerb vorgehen, damit eine positive Entscheidung der Kommission trotzdem möglich bleibt. Die Unternehmen würden also bei der Darstellung eines Falles zu einer Gratwanderung gezwungen sein: sie müßten den Fall als für den Wettbewerb im gemeinsamen Markt bedeutsam, aber auch nicht als zu bedenklich darstellen, um das gewünschte Ergebnis zu erzielen. Das zeigt deutlich, wie absurd eine solche Regelung wäre, die der europäischen Fusionskontrolle nur bei einer abschließenden — positiven oder negativen — Entscheidung der Kommission Vorrang einräumt. Eine sinnvolle Regelung kann aus der Sicht der Unternehmen nur dahin gehen, daß bei allen Fällen, die gemeinschaftsweite Bedeutung haben, die europäische Fusionskontrolle Vorrang vor den nationalen Verfahren hat, unabhängig davon, ob die EG-Kommission den Fall aufgreift oder nicht oder ob das Verfahren durch Entscheidung, Einstellung oder Fristablauf beendet wird. Der Entwurf der Kommission vom November 1988 wird diesen Vorstellungen weitgehend gerecht, denn er sieht in Art. 20 Absatz 2 vor, daß die Mitgliedstaaten ihr innerstaatliches Recht nicht auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung anwenden, es sei denn, daß sie die Kommission dazu ausdrücklich ermächtigt. Von Gegnern eines so weitgehenden Vorrangs der europäischen Fusionskontrolle wird argumentiert, daß ein Nebeneinander von europäischer und nationaler Fusionskontrolle gar nicht so schlecht sei, weil sich dann im Wettbewerb der Systeme die besten Wettbewerbskonzepte durchsetzen könnten¹. Leider wird dabei übersehen, daß dieser System-

¹ Siehe *Thomas Janiaki*, Perspektiven der Fusionskontrolle im Gemeinsamen Markt, WuW, Bd. 39 (1989), S. 193 ff., hier: S. 202.

wettbewerb zu Lasten der Unternehmen ausgetragen wird. Die Unternehmen haben nicht die Wahl, für welches Wettbewerbskonzept sie sich entscheiden wollen, sondern sie müssen mit allen anwendbaren nationalen Regelungen zugleich vorlieb nehmen. Wer einmal die Belastungen durch das Nebeneinander von verschiedenen nationalen Kartellverfahren und zusätzlich einem EG-Verfahren wie im Fall Plessey mitgemacht hat, hat wenig Verständnis für solche praxisfernen Äußerungen.

Eine Sorge der Gegner eines weitreichenden Vorrangs der europäischen Fusionskontrolle scheint mir allerdings nicht ganz unberechtigt zu sein: Es ist die Sorge, daß die EG-Kommission nicht in der Lage sein wird, eine Vielzahl von Fusionsfällen sachgerecht zu behandeln. Die Folge könnte sein, daß auch bedenkliche Fälle wegen Arbeitsüberlastung der Kommission nicht aufgegriffen oder nicht untersagt werden. Diesem Problem könnte man aber wohl am ehesten dadurch begegnen, daß man das schwerfällige Verfahren strafft. Sollte dieses nicht möglich sein, so bliebe wohl nur die Möglichkeit, daß die Schwellenwerte für die europäische Fusionskontrolle zunächst höher angesetzt werden. Eine nicht sachgerechte Lösung wäre es dagegen, wegen der beschränkten Kapazität der Kommission den Vorrang der europäischen Fusionskontrolle einzuschränken und es bei einer Mehrfachkontrolle zu belassen.

3. Die Ausgestaltung des Verfahrens

Die Praxis im Kartellrecht zeigt, daß der Ausgestaltung des Verfahrens meist eine mindestens ebenso große Bedeutung zukommt wie der Gestaltung der materiellen Vorschriften. Das erweist sich deutlich an den Regelungen des Art. 85 EWGV. Während Art. 85 Abs. 1 EWGV ein sehr weitreichendes Verbot enthält, gibt Art. 85 Abs. 3 EWGV ein flexibles Instrument, um dieses im Einzelfall oft zu weitgehende Verbot durch eine Entscheidung der Kommission zu korrigieren. Dieses Instrument funktioniert jedoch in der Praxis kaum, weil das Verfahren dafür nicht sinnvoll geregelt ist. Jede Korrektur im Einzelfall setzt eine Entscheidung durch die Kommission als Ganze voraus; das Verfahren dafür ist so umständlich ausgestaltet, daß die Kommission nur in ganz wenigen Fällen eine Entscheidung zustande bringt und die Mehrzahl der Fälle unerledigt bleibt. Für die Fusionskontrolle wäre dieser Zustand ganz unerträglich, denn bei Zusammenschlußvorhaben spielt der Zeitfaktor meist eine wesentliche Rolle. Außerdem geht es dabei oft um erhebliche Investitionen, bei denen die Unternehmen keine Rechtsunsicherheit in Kauf nehmen können. Der Entwurf vom November 1988 sieht daher Fristen für die Entscheidungen der Kommission vor, gegen die sachlich kaum etwas einzuwenden ist, denn sie werden sich nicht noch weiter verkürzen lassen. Auch unterscheiden sie sich nicht wesentlich von den Fristen bei der deutschen Fusionskontrolle. Dennoch ist zu befürchten, daß sich in der Praxis eine erhebliche Verschlechterung gegenüber dem Fusionskontrollverfahren beim

Bundeskartellamt ergeben wird. Beim Bundeskartellamt werden die gesetzlichen Fristen nämlich in der Mehrzahl der Fälle bei weitem nicht voll ausgeschöpft. In besonders eiligen Fällen, insbesondere bei Auslandszusammenschlüssen mit geringfügiger Inlandswirkung, läßt sich sogar eine Freigabe innerhalb weniger Tage erhalten. Oft läßt sich bereits in einem informellen Vorgespräch abklären, ob das Zusammenschlußvorhaben auf ernste Bedenken stoßen wird.

Alles das wird bei der europäischen Fusionskontrolle voraussichtlich nicht in gleicher Weise möglich sein, weil das Verfahren ganz anders ausgestaltet ist. Denn es entscheidet nicht die mit der Prüfung und Sachaufklärung befaßte Abteilung der Generaldirektion Wettbewerb, sondern die Kommission als Ganze. Damit wird das Verfahren wesentlich schwerfälliger; einigermäßen verbindliche Vorgespräche und kurzfristige Entscheidungen werden nicht möglich sein. Aus der Sicht der Unternehmen ist daher weniger eine noch weitere Verkürzung der Fristen erforderlich als vielmehr die Schaffung einer europäischen Kartellbehörde mit ähnlicher Struktur und ähnlichen Entscheidungskompetenzen wie das Bundeskartellamt. Nur damit erscheint es möglich, den Bedürfnissen der Praxis für kurzfristige Entscheidungen in unproblematischen Fällen gerecht zu werden.

III. Gemeinschaftsunternehmen

Ich möchte noch auf eine Erscheinungsform der Zusammenarbeit von Unternehmen aufmerksam machen, die in der Praxis zunehmend an Bedeutung gewinnt: es ist dies das Gemeinschaftsunternehmen. Da viele technische Systeme immer komplexer werden und die Entwicklungskosten oft in früher nie gekannte Dimensionen steigen, können selbst große Unternehmen nicht mehr alle Teile eines komplexen Systems selbst entwickeln oder herstellen oder die Entwicklungskosten allein aufbringen. Beispiele dafür sind Systeme der Datenverarbeitung und Telekommunikation, Produkte der Mikroelektronik sowie der Raumfahrt und Luftfahrt. In diesen und anderen Branchen wird es zunehmend erforderlich, daß Unternehmen in Teilbereichen oder bei Gesamtsystemen zusammenarbeiten, ohne daß sie dabei ihre unternehmerische Selbständigkeit aufgeben. Als geeignete Form bietet sich dafür meist das Gemeinschaftsunternehmen an.

Ausgerechnet das Gemeinschaftsunternehmen wird aber vom Kartellrecht besonders stiefmütterlich behandelt und gegenüber der Vollfusion benachteiligt, obwohl es mehr Wettbewerb bestehen läßt als die Vollfusion. Auch der Entwurf für die europäische Fusionskontrolle behandelt das Gemeinschaftsunternehmen schlecht. Nur wenn es sich um ein „konzentratives“ Gemeinschaftsunternehmen handelt, bei dem die Muttergesellschaften ihre gesamten Aktivitäten in einem Bereich auf das Gemeinschaftsunternehmen übertragen, findet die europäische Fusionskontrolle Anwendung. Beschränkt sich dagegen das Gemeinschaftsunternehmen auf Teilbereiche, etwa auf die Fertigung von Vorprodukten oder Teilen für die Muttergesellschaften, so findet das Kartellverbot des Art. 85 Abs. 1

EWGV Anwendung (vgl. Art. 3 Abs. 2 des Entwurfs vom 23. 11. 1988). Das bedeutet aber eine erhebliche Schlechterstellung für diese Gemeinschaftsunternehmen. Denn anders als bei der Fusionskontrolle fallen diese Gemeinschaftsunternehmen auch dann unter das Kartellverbot, wenn keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Eine Freistellung ist nur unter den engen Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 EWGV möglich.

Auch das Verfahren ist erheblich ungünstiger gestaltet: Für die Freistellungsentscheidung gelten keinerlei Fristen, sofern nicht eine Gruppenfreistellungsverordnung — ggf. mit befristetem Widerspruchsverfahren — Anwendung findet. Oft bleibt deshalb das Schicksal des Gemeinschaftsunternehmens jahrelang ungewiß. Daraus folgt, daß auch nach Schaffung der europäischen Fusionskontrolle die Konzentration privilegiert bleibt. Den Wettbewerb weniger beschränkende Formen der Zusammenarbeit wie Gemeinschaftsunternehmen für Teilfunktionen bleiben benachteiligt. Der Jurist im Unternehmen hat Schwierigkeiten, diese paradoxe Situation den unternehmerischen Entscheidungsträgern verständlich zu machen.

IV. Nachtrag

Inzwischen ist die EWG-Verordnung (Nr. 4064/89) über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VO) am 21. Dezember 1989 verabschiedet worden. Für die im Referat behandelten Fragen ist danach folgendes nachzutragen:

1. Die materiellen Beurteilungskriterien

Die VO stellt es in Art. 2 im wesentlichen auf die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung als Beurteilungskriterium ab. Damit scheint eine Entscheidung nach industriepolitischen Gesichtspunkten weitgehend ausgeschlossen. Zwar ist nach Art. 2 Abs. 1 lit. b) der VO von der Kommission bei ihrer Prüfung auch die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts zu berücksichtigen; dies gilt jedoch nur unter der Voraussetzung, daß diese Entwicklung dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert. Damit erscheint es ausgeschlossen, daß die Kommission aus industriepolitischen Erwägungen einen Zusammenschluß zuläßt, der eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Zu begrüßen ist auch, daß damit zugleich die Möglichkeit fortgefallen ist, einen Zusammenschluß nur unter Auflagen oder Bedingungen zu genehmigen, ohne daß dieses an die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung geknüpft gewesen wäre.

2. Die Vorrangfrage

Art. 21 Abs. 1 und 2 der VO begründen die ausschließliche Zuständigkeit der EG-Kommission und den Vorrang der EWG-Fusionskontrolle vor dem nationalen Kartellrecht, sofern ein Zusammenschluß in den Anwendungsbereich der VO fällt. Damit wird eine Doppelkontrolle weitgehend vermieden. Zwar kann die Kommission nach Art. 9 der VO unter bestimmten Voraussetzungen einen Fall an die zuständige Behörde eines Mitgliedstaats verweisen. Aber hier kommt es nicht zu einer Doppelkontrolle, da sich die Kommission einer eigenen Entscheidung enthält.

Unbefriedigend bleibt allerdings, daß der Zusammenschlußbegriff in den nationalen Fusionskontrollbestimmungen meist anders definiert ist als in der VO. Nach Art. 3 Abs. 1 der VO wird ein Zusammenschluß dadurch begründet, daß Unternehmen fusionieren oder daß ein oder mehrere Unternehmen durch den Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten, durch Vertrag oder in sonstiger Weise die unmittelbare oder mittelbare Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen erwerben. Gerade bei dem besonders häufigen Fall des Anteilserwerbs bedeutet dies, daß meist nur der Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung unter die EWG-Fusionskontrolle fällt, während die nationalen Fusionskontrollbestimmungen schon den Erwerb einer Minderheitsbeteiligung erfassen. Besonders weit geht hier das deutsche Kartellrecht, das seit der letzten Kartellnovelle durch den neugeschaffenen § 23 Abs. 2 Ziffer 6 GWB unter bestimmten Voraussetzungen sogar Beteiligungen weit unter 25 Prozent erfaßt. Damit hängt die Frage, ob ein Beteiligungserwerb unter die nationale oder die EWG-Fusionskontrolle fällt, auch von der Art und Höhe der Beteiligung ab. Es kann sogar sein, daß bei einem stufenweisen Erwerb zunächst nationales Kartellrecht und bei der nächsten Stufe EWG-Kartellrecht Anwendung findet. Dieses Ergebnis erscheint wenig sachgerecht. Deshalb sollten die Definitionen des Zusammenschlusses in den nationalen Kartellgesetzen an die EWG-Regelung in der VO angepaßt werden.

3. Die Ausgestaltung des Verfahrens

Hinsichtlich der Ausgestaltung des Verfahrens sind leider keine Verbesserungen mehr erzielt worden. Insbesondere ist kein europäisches Kartellamt mit entsprechenden Entscheidungskompetenzen geschaffen worden. Es bleibt daher bei dem schwerfälligen Verfahren der Entscheidung durch die Kommission. Leider ist auch der erste Entwurf einer Verordnung über die Ausgestaltung des Verfahrens so ausgefallen, daß sich die Befürchtungen über das Verfahren noch verstärken². Insbesondere das von der Kommission vorgesehene Formblatt für

² Entwurf einer EWG-Verordnung der Kommission über die Anmeldungen, über die Fristen sowie über die Anhörung nach der EWG-Verordnung Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.

die Anmeldung von Zusammenschlüssen verlangt von den Unternehmen eine solche Vielzahl von Angaben, daß eine vollständige Beantwortung praktisch unmöglich ist. Für eine unvollständige Anmeldung sieht der Entwurf aber Unwirksamkeit vor, und außerdem werden die Fristen für die Entscheidung der Kommission nicht in Lauf gesetzt. Die Praxis des Bundeskartellamts hat demgegenüber gezeigt, daß eine wirksame Fusionskontrolle auch mit wesentlich weniger Angaben in der Anmeldung möglich ist; sollten diese im Einzelfall tatsächlich einmal nicht ausreichend sein, so können jederzeit zusätzliche Angaben von den Unternehmen angefordert werden. Es bleibt zu hoffen, daß sich die EG-Kommission noch auf ein vernünftiges Maß bei den in der Anmeldung mitzuteilenden Angaben besinnt und den Unternehmen ein Übermaß an bürokratischem Aufwand erspart.

4. Gemeinschaftsunternehmen

Leider enthält die VO auch keine Verbesserungen für die Behandlung von Gemeinschaftsunternehmen. Vielmehr hat die Kommission in dem Entwurf einer Bekanntmachung zur Definition von Konzentrations- und Kooperationstatbeständen nach der VO den Begriff des konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens so eingeeengt, daß die Voraussetzungen dafür in der Praxis kaum noch erfüllt werden können. Damit verstärkt sich noch die oben in Abschnitt III behandelte Benachteiligung der Gemeinschaftsunternehmen gegenüber Vollfusionen und Mehrheitsbeteiligungen. Abhilfe wird hier wohl nur noch eine Gruppenfreistellungs-Verordnung der Kommission bringen können.

Schwerpunkte der Diskussion

Caspari:

Zunächst eine Bemerkung zu den Gemeinschaftsunternehmen, dem letzten Punkt im Referat von Lindemann. Gemeinschaftsunternehmen sind seltsame Geschöpfe. Hinter dieser Rechtskonstruktion können ganz unterschiedliche Inhalte stehen. Ich bin weder der Meinung, Gemeinschaftsunternehmen müßten eigentlich alle als Konzentrationsfälle behandelt werden, denn sie sind sehr oft etwas anderes. Ich bin auch nicht der Meinung, wie auch, daß sie die moderne Form der Kartellierung darstellen. Gemeinschaftsunternehmen können dem Inhalt nach vom Kartell bis zur Konzentration reichen. Hierzu haben wir in der Zwischenzeit eine bestimmte Typologie erarbeitet, die in einer Bekanntmachung zusammengefaßt werden soll. Sie soll den Unternehmen die Einschätzung darüber erleichtern, wie bestimmte Typen von Gemeinschaftsunternehmen behandelt werden. Aber diese Bekanntmachung wird erst herausgegeben werden können, wenn die Regelung der Fusionskontrolle feststeht, unter die ein Teil der Gemeinschaftsunternehmen fallen wird. Das Problem wird also gesehen; vor allem wird auch gesehen, daß Gemeinschaftsunternehmen eine moderne und notwendige Form der Restrukturierung der Industrie darstellen. Aber man muß sehen, was damit angefangen wird und angefangen werden kann.

Zur Frage des Suspensiveffektes: Ich will nicht sagen, daß ich die sich gegenwärtig abzeichnende Lösung für richtig halte. Ursprünglich war vorgesehen, daß Zusammenschlüsse erst nach Ablauf bestimmter Fristen vorgenommen werden können. Jetzt heißt es nur, daß vorher angemeldet werden muß. Bis zur Entscheidung besteht also Rechtsunsicherheit.

Aber ich glaube, diese Frage wird entschieden, wenn einmal eine Unternehmer-Fusion durchgeführt wird, die Kommission dann aber ablehnend entscheidet. Ob in diesem Fall die Kommission den Mut aufbringt, hinterher eine Entflechtungsentscheidung zu treffen, ist zwar offen, aber ich traue ihr diesen Mut zu.

Kantzenbach:

Wenn es so ist, daß die Unternehmen ohnehin den Weg der vorherigen Anmeldung gehen werden, um das Risiko einer negativen Entscheidung auszuschließen, warum ist diese Frage dann zu einem Politikum geworden? Es muß doch offenbar ein politisches Interesse bestehen, es nicht zu einer präventiven Lösung kommen zu lassen. Also: hier besteht ein Widerspruch.

Caspari:

Politisch werden die Dinge anders gesehen. Das liegt daran, daß einige Mitgliedstaaten, zumindest Frankreich, keine Präventivkontrolle haben, sondern nur

eine Notifizierungsverpflichtung. Die Unternehmen können also Zusammenschlüsse vollziehen. Aber gleichwohl gibt es in Frankreich noch keinen einzigen Fall, in dem Unternehmen die Fusion vollzogen haben, ohne sich zumindest inoffiziell einer Zustimmung zu vergewissern.

Nun zum Art. 2: Er stellt den Kern der geplanten Fusionskontrolle dar. Erstens: Es wird nicht mehr von der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung gesprochen, sondern eine etwas allgemeinere Formel gewählt, weil sich in einer langen Diskussion zwischen den Mitgliedstaaten über die Frage der Marktbeherrschung herausstellte, daß die Franzosen mit diesem Begriff nicht dasselbe meinen wie die Deutschen. Für die Franzosen liegt eine marktbeherrschende Stellung erst dann vor, wenn diese Stellung zu einem Mißbrauch einlädt, und das wollten sie auch ausdrücken. Die Deutschen dagegen akzeptierten kein Zusatzkriterium „Mißbrauch“; es ginge nur um die marktbeherrschende Stellung als solche. Deshalb wurde eine Formel gewählt, die als ein Zwischenergebnis der Beratungen anfiel und dem Wortlaut entspricht, mit dem der Gerichtshof eine marktbeherrschende Stellung erläutert. Damit wird es überflüssig, den Begriff selbst zu verwenden. Deswegen sollte man über den Wortlaut im einzelnen nicht streiten. Die gewählte Formulierung gibt der Kartellbehörde vielleicht mehr Spielraum als der Begriff „marktbeherrschende Stellung“. So sehe ich das jedenfalls.

Nun zu dem heikelsten Punkt: die Derogationsklausel oder die Übertragung von Art. 85 Abs. 3 in die Fusionskontrolle. Schon alle früheren Vorschläge enthielten irgendeine Ausnahmeklausel. Wir wollten nicht so weit gehen wie die deutsche Ministererlaubnis, die einen sehr weiten Ermessensspielraum bietet. Ein derartig weites Ermessen ist möglich, weil es in der deutschen Politik eine große Übereinstimmung über die Wettbewerbswirtschaft gibt. Sie ist jedoch in dieser Weise in der Gemeinschaft nicht gegeben. Deswegen mußten wir eine engere Formel verwenden. Wir hatten ursprünglich andere Vorschläge gemacht (wie etwa das „überwiegende europäische Allgemeininteresse“), die aber alle wieder fallen gelassen wurden. Wir haben mit unserer Formulierung auch versucht, den Unterschied der Ebenen aufrecht zu erhalten: Hauptkriterium ist die Marktbeherrschung, und dann erst können Ausnahmeerwägungen angestellt werden. Die Formulierung des Art. 85 Abs. 3 bietet noch den Vorteil, daß für Ausnahmegenehmigungen die dort gesetzten Voraussetzungen gelten. Das schafft eine Bremse, denn keinesfalls kann eine Monopolisierung für einen wesentlichen Teil der betreffenden Produkte genehmigt werden. Aber natürlich müssen wir uns klar sein: bei solchen Formeln kommt es immer darauf an, wer sie anwendet, wer also die Wettbewerbspolitik betreibt.

Niederleithinger:

Zur Frage zwingende Prävention: Auch das Bundeskartellamt machte nach 1973 mit einer eingeschränkten zwingenden Prävention die Erfahrung, daß die meisten Unternehmen wegen des zivilen und des finanziellen Risikos beabsichtigte Zusammenschlüsse vorher angemeldet haben. Außerdem haben wir die Erfah-

rung gemacht, daß in echten Konfliktfällen, bei denen man bereit war, den Konflikt mit dem Kartellamt auszustehen, allerdings versucht hat, klare Verhältnisse zu schaffen, indem Zusammenschlüsse vollzogen worden sind. Und dann hat sich gezeigt, daß wir nicht in der Lage waren, nach der Rechtskraft der entsprechenden Untersagungsentscheidungen eine Entflechtung herbeizuführen, die annähernd den vorherigen Zustand entweder real oder jedenfalls im Hinblick auf den Wettbewerb wieder herstellen konnte. Es ist das Ergebnis schlechter Erfahrungen in echten Konfliktfällen. Insofern gehen wir gar nicht weit auseinander. Gewiß werden auch in der EG solche Konfliktfälle selten auftreten. Aber falls es sie gibt, wird sie auch damit konfrontiert werden, daß es außerordentlich schwierig wird, einen Zusammenschluß wieder zurückzudrehen, und daß die Unternehmen über mehrere Stufen hinweg Ersatzlösungen suchen, bis die Kommission irgendwann die Lust verliert, die Sache noch weiter zu verfolgen.

Lindemann:

Noch eine kurze Frage an Dr. Caspari nach den Bedingungen und Auflagen, wenn keine Marktbeherrschung vorliegt: ist die Regelung tatsächlich noch aktuell und ist sie gemeint im Sinne einer Zusagenregelung?

Caspari:

Nachdem wir gesehen haben, daß die geplante Regelung Mißverständnisse hervorrief, haben wir sie fallen gelassen. Gemeint war etwa der Fall eines Zusammenschlusses, der als ganzes keine Probleme aufwirft, aber in einem Randbereich doch zu einer marktbeherrschenden Stellung führt. Hier sollte sich die Kommission schnell mit der betreffenden Firma einigen können, die fragliche Beteiligung zu verkaufen.

Lindemann:

Eine Bekanntmachung über Gemeinschaftsunternehmen beseitigt das Problem der Rechtssicherheit nicht. Denn die Bekanntmachung wiederholt ja nur die Bestimmungen des Art. 85, wie sie nach Auffassung der Kommission zu interpretieren sind und unter welchen Voraussetzungen die Unternehmen Aussicht haben auf eine Einzelfreistellung. Insofern glaube ich schon, daß nach wie vor Gemeinschaftsunternehmen, die eine mildere Form der Wettbewerbsbeschränkung darstellen, benachteiligt sind gegenüber einer Fusion.

Caspari:

Die Konzentration genießt Privileg. Zu Recht wird sie anders behandelt als ein Kartell. Eine Konzentration besitzt normalerweise irgendwelche wirtschaftlichen Vorteile, aber diese werden nur realisiert, wenn das Konzentrat Unternehmen unter genügend starkem Wettbewerbsdruck bleibt. Demgegenüber sind Kartelle in der Regel unmittelbar wettbewerbschädlich.

Barnikel:

Entflechtungsentscheidung bedeutet doch auch in der EG nicht automatisch Wiederherstellung des alten Zustands. Aber es gibt Fälle, in denen sich dies

nicht mehr realisieren läßt. In der Bundesrepublik gab es Entscheidungen, bei denen einfach nichts mehr zu entflechten war.

Caspari:

Wenn Unternehmen vor Ablauf der kurzen Fristen, die der Kommission gesetzt sind — die längste währt fünf Monate — auf eigenes Risiko eine Fusion vollziehen, dann kann nach meiner Meinung die Kommission in voller Rücksichtslosigkeit die Herstellung des alten Zustandes verlangen, selbst wenn das katastrophale Ergebnisse für die Firma hätte.

Möschel:

Zwei Anmerkungen: Zunächst ist es sicher richtig, daß die Kommission Hüterin des Vertrages, daß sie Rechtsanwendungsorgan ist, daß sie einen esprit de corps entwickelt. Auch die historischen Erfahrungen sind aus meiner Sicht insgesamt günstig. Aber man muß auf der anderen Seite in Rechnung stellen, daß die Kommission Teil eines politischen Prozesses ist, wenn es um die Fortentwicklung und um die Zusammenarbeit innerhalb der EG geht. Dabei herrschen andere Regeln, nämlich ein do ut des. Deshalb kann ich mir nicht vorstellen, wenn ein Staat einen Zusammenschluß als Gegenstand seines nationalen Interesses definiert, daß das dann nicht in diesen Prozeß eingeführt wird. Ich will ein Beispiel nennen. Nehmen wir einmal an, Daimler/MBB würde unter die europäische Fusionskontrolle fallen und die Bundesregierung hätte ein Interesse daran, daß die Sache über die Bühne geht. Sie will dieses endlose Subventionsloch stopfen, aber in Brüssel gäbe es, aus welchen Gründen auch immer, Reserven. Das würde in Verhandlungspakete eingebracht werden: Gebt ihr da nach, dann geben wir nach, etwa bei dem Katalysator für die kleinen französischen Automobile und dergleichen. Die Gefahr ist jedenfalls groß, daß man dann irgendwelche Tauschgeschäfte macht.

Zum zweiten Punkt: Ich würde — etwas übertrieben — die europäische Fusionskontrolle für verhältnismäßig unwichtig halten, wenn ich sicher sein könnte, daß die Außengrenzen der EG offen bleiben, daß sich die Idee der Festung Europa nicht realisieren läßt. Wettbewerbstheoretisch formuliert: Bei offenem Marktzugang und bei sofortigem Marktzugang brauchen wir gewiß kein Wettbewerbsrecht. Denn die Bedeutung des Wettbewerbsrechts, eingeschlossen die Fusionskontrolle, nimmt dramatisch ab, wenn diese Märkte offen sind. Mir scheint, das ist letztlich die sehr viel wichtigere Perspektive. Die protektionistischen Elemente, die wir von Zeit zu Zeit immer wieder auf der EG-Ebene beobachten können, zu bekämpfen, ist auch unter dem Aspekt Wettbewerbspolitik die eigentlich wichtigere Aufgabe.

Lenel:

Zunächst: Ich habe nicht verstanden, wie der bestimmende Einfluß, von dem gesprochen worden ist, im Falle einer Fusion im engeren Sinn des Wortes, also

bei einer Verschmelzung, erfaßt werden kann. Wer übt den bestimmenden Einfluß aus, wenn zwei Unternehmen sich verschmelzen?

Ein zweiter Punkt: Wenn ein sehr großes Unternehmen ein relativ kleines Unternehmen erwirbt, dann fällt — so wurde ausgeführt — diese Übernahme nicht unter die europäische Fusionskontrolle. Mit einer solchen Regelung haben wir in der Bundesrepublik schlechte Erfahrungen gemacht.

Nächster Punkt: Trifft es zu, daß Konglomerate und vertikale Zusammenschlüsse in aller Regel nicht erfaßt werden, weil man von Marktbeherrschung ausgeht? Denn die Erfahrung zeigt, daß große Konglomerate sehr oft auf keinem Markt eine marktbeherrschende Position innehaben. Aber sie haben auf manchen Märkten eine sehr starke Stellung, die noch dadurch verstärkt wird, daß eine sehr große Finanzkraft dahintersteht, so daß die anderen, kleineren Unternehmen derselben Branche es nicht wagen, gegen diese Firma anzugehen und aktive Konkurrenz zu entfalten.

Caspari:

Der Gerichtshof hat über Fälle entschieden, bei denen Marktanteile von vierzig bis fünfzig Prozent vorlagen. In diesen Fällen hat er die Marktbeherrschung bejaht. Das besagt aber nicht, daß ein Unternehmen nicht auch bei einem niedrigeren Marktanteil marktbeherrschend sein kann. Die Kommission hat lediglich festgestellt, sie gehe normalerweise davon aus, daß ein Unternehmen mit einem Marktanteil von weniger als 25 Prozent keine marktbeherrschende Position besitzt. Wenn es sich um ein finanziell schwaches Unternehmen handelt und wenn keine Handelshemmnisse bestehen, so könnte wohl auch bei Marktanteilen von dreißig bis vierzig Prozent eine Marktbeherrschung zu verneinen sein.

Lenel:

Das bedeutet, daß die Wettbewerbsfähigkeit im internationalen Wettbewerb berücksichtigt werden muß.

Everling:

Zwei Bemerkungen: Erstens geht es um das Problem der Rückabwicklung, das sich bei den Beihilfen gestellt hat. Die Kommission verlangt seit einiger Zeit, daß Beihilfen, die schon vollzogen, zurückgefordert werden. Der Gerichtshof hat das Vorgehen sogar in einem Fall bestätigt, in dem ganz klar war, daß die Rückforderung zur Auflösung des betreffenden Unternehmens mit Beschäftigungsfolgen in dem betreffenden Gebiet führte. Zweite Bemerkung: Zum Rechtsschutz hatte ich versucht darzulegen, daß der Gerichtshof sich bei der Bewertung von Begriffen zurückhält. Die Formulierungen des Verordnungsentwurfs zur Fusionskontrolle zeigen, daß die Vertreter der Mitgliedstaaten im Rat offensichtlich die Absicht haben, das Ermessen der Kommission einzuschränken. Ich fürchte aber, daß der Gerichtshof ihr ein Beurteilungsermessen zur Bewertung der Tatsachen bei der Auslegung der Begriffe zubilligen wird, ob die verschiedenen Begriffe tatsächlich in der Wirklichkeit erfüllt sind. Das entspricht französi-

scher Praxis bei der Beurteilung solcher technisch oder wirtschaftlich komplexer Vorgänge. Es ist unter verschiedenen Gesichtspunkten nicht ohne Probleme, aber auf der anderen Seite muß man sich fragen, ob unsere nationale Praxis, alles zu justiziabel anzusehen, vernünftig ist. Der Rechtsschutz Dritter scheint mir nicht völlig unmöglich zu sein. Ich könnte mir vorstellen, daß durch eine Entscheidung, in der die Kommission ein Verhalten als für mit dem EWGV vereinbar erklärt, ein Konkurrenzunternehmen individuell und direkt betroffen wird, so daß eine Anfechtungsmöglichkeit besteht.

Kantzenbach:

Zwei Bemerkungen: Zunächst noch einmal zur Frage der vorherigen Anmeldung. Es ist eine Illusion zu glauben, daß man, wenn ein Zusammenschluß vollzogen wurde und über einen Zeitraum von mehr als einem Jahr durch die Gerichtsinstanzen gelaufen ist, dann in allen Fällen der ursprüngliche Zustand wieder herstellbar ist. Dabei geht es nicht darum, ob die Kommission den Schneid hat, eine Rückabwicklung gegen Unternehmen durchzusetzen. Vielmehr geht es meines Erachtens darum, daß der ursprüngliche Zustand, soweit er überhaupt herstellbar ist, überhaupt nicht mehr dem Gemeinwohl entspricht, weil vielleicht Teile des Unternehmens nicht mehr lebensfähig sind, weil eine große Zahl von Arbeitsplätzen verloren geht und anderes mehr. Dies ist jedenfalls, soweit ich das verfolgt habe, die Erfahrung im deutschen Kartellrecht.

Zweitens: Die Berücksichtigung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit macht meines Erachtens nur Sinn, wenn es sich um die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens handelt, dessen Zusammenschluß zur Diskussion steht. Es ist denkbar, daß ein Anbieter über eine marktstarke oder marktbeherrschende Stellung auf dem europäischen Markt verfügt, aber auf dem Weltmarkt, auf dem er sehr intensiv tätig ist, auf sehr große Konkurrenten trifft und tatsächlich durch eine Untersagung des Zusammenschlusses in seiner Wettbewerbsfähigkeit gegenüber diesen Unternehmen beschränkt wird. Indessen möchte ich gleich betonen, daß nach meiner Auffassung die internationale Wettbewerbsfähigkeit keineswegs von der Größe allein abhängt, sondern daß es im Gegenteil sehr schwer sein wird, einen solchen positiven Einfluß nachzuweisen. Aber gleichwohl kann man ihn nicht grundsätzlich ausschließen. Stellt man dagegen darauf ab, die internationale Wettbewerbsfähigkeit ganzer Branchen zu berücksichtigen, so glaube ich, daß dies tatsächlich darauf hinausläuft, Industriepolitik zu betreiben.

Willeke:

Als Voraussetzung der Untersagung eines Zusammenschlusses muß eine marktbeherrschende Stellung vorliegen, die gleich sei einer Marktstellung, durch die der wesentliche Wettbewerb in erheblicher Weise beschränkt wird. Ich habe gewisse Bedenken, ob es sinnvoll ist, den Tatbestand der Marktbeherrschung in dieser Form zu umschreiben. Denn der Verordnungsentwurf enthält dieses Krite-

rium nicht, sondern die Untersagung wird verknüpft mit dem Sachverhalt einer *Behinderung* des wirksamen Wettbewerbs. Diese Formulierung geht nach meinem Dafürhalten inhaltlich doch wesentlich weiter als die im GWB vorgenommene Verknüpfung mit der marktbeherrschenden Stellung.

Niederleithinger:

Dies scheint mir doch eine sehr weite Interpretation zu sein. Denn diese Formulierung ist keineswegs entstanden, um Zusammenschlüsse schneller und leichter untersagen zu können als bei dem Kriterium Marktbeherrschung. Vielmehr umgekehrt: Die Franzosen haben es am Anfang zu einer essentiellen Forderung gemacht, daß Marktbeherrschung allein nicht zur Untersagung ausreicht, sondern es müsse darüber hinaus ein irgendwie gearteter Mißbrauch der Marktbeherrschung schon drohen oder sogar vorliegen. Diese Formulierung geht zurück auf diesen französischen Standpunkt. Freilich könnte ich auch etwas anderes aus dem Wortlaut herleiten. Man könnte in der Tat die Auffassung vertreten, daß immer dann, wenn wesentlicher Wettbewerb auf dem Markt durch den Zusammenschluß verhindert oder in erheblicher Weise behindert wird, der Zusammenschluß bereits zu untersagen ist. Das läge weit unter der Marktbeherrschungsschwelle. Allerdings entspricht diese Interpretation nicht dem Willen der Verfasser und nicht dem Verlauf der Diskussion im Ministerrat. Es sollte also trotz eines anderen Wortlauts „Marktbeherrschung“ ausgedrückt werden.

Die Diskussion über die europäische Fusionskontrolle hat für mich folgendes Ergebnis: Die europäische Fusionskontrolle wird sicher nicht grundsätzlich erfolgreicher sein können als nationale Regelungen. Das bedeutet, daß wir uns damit abfinden müssen, daß auch eine europäische Fusionskontrolle voraussichtlich keine hinreichende Vielzahl von Anbietern auf dem europäischen Markt sicherstellen kann. Wir werden in der europäischen Fusionskontrolle nur das erreichen können, was wir im Regelfall im nationalen Recht leisten können, nämlich Zusammenschlüsse abzuwehren, an denen der jeweilige Marktführer beteiligt ist. Das kann man anhand der deutschen Entscheidungspraxis ablesen. Diese Entwicklung wird auch im europäischen Bereich notwendigerweise eintreten müssen, dann freilich auf der Grundlage weitaus größerer Märkte, sei es des Gemeinsamen Marktes, sei es des Weltmarktes. Die europäische Fusionskontrolle wird eine Masse von Fällen kontrollieren, aber sie kann nur eingreifen im Extremfall, in dem der Marktführer sich im europäischen Maßstab noch durch weitere Zusammenschlüsse verstärkt. Wenn dann noch dazukommt, daß dies gerechtfertigt werden kann dadurch, weil dieses Unternehmen oder diese Branche nur auf diesem Wege wettbewerbsfähig im Weltmaßstab wird, kann man von der europäischen Fusionskontrolle nicht erwarten, daß sie einen wesentlichen Beitrag zur Verhinderung der Konzentration leisten kann.

Lindemann:

Ich sehe die Entwicklung der Fusionskontrolle nicht ganz so kritisch. Es wird aus deutscher Sicht sicher dazu führen, daß die Schwelle für die Untersagung

höher gesetzt wird. Aber wenn man aus gesamteuropäischer Sicht bedenkt, daß die Mehrzahl der europäischen Länder keine wirkungsvolle Fusionskontrolle kennt, dann wird die EG-Fusionskontrolle im Durchschnitt mehr bewirken, als es bisher der Fall ist.