

# Berichte und Kommentare

## Fusionskontrolle und Mißbrauchsaufsicht

*Zur Lage nach der Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*

Die Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), die seit dem 5. 8. 1973 in Kraft ist, enthält als wichtigste Elemente die sogenannte Fusionskontrolle, die Verstärkung der Mißbrauchsaufsicht, die Abschaffung der Preisbindung und das Verbot abgestimmter Verhaltensweisen. Zugleich schafft sie eine Erleichterung für die Kooperation von kleinen und mittleren Unternehmen. Hinzu kommen Verfahrenserleichterungen für das Kartellamt, wie z. B. das objektive Untersagungsverfahren, mit dem eine Wettbewerbsbeschränkung unabhängig vom Verschulden verboten werden kann.

### *Konzentration und Fusionskontrolle*

Grund für die Novellierung war in erster Linie die Verschärfung der Konzentration in der Bundesrepublik gerade in den letzten Jahren. Das Bundeskartellamt hat diese Verschärfung in einer mit dem Jahre 1962 beginnenden Aufstellung, die im Tätigkeitsbericht für das Jahr 1973<sup>1</sup> enthalten ist, selbst festgestellt. Nach der Aufstellung des Kartellamts hatten 1970 in der chemischen Industrie und der Mineralölverarbeitung 2,01% der Unternehmen 70,96% der Umsätze. Die entsprechenden Zahlen bei der Eisen- und Nicht-eisenmetallerzeugung, der Gießerei und der Stahlverformung lauten zusammen 2,59% und 77%. Beim Stahl-, Maschinen- und Fahrzeugbau sind es 2,06% und 61,29%<sup>2</sup>. In einer Aufstellung der Anteile der jeweils drei und sechs größten Unternehmen am Gesamtumsatz von 1962 bis 1970 ist ein auffälliger Konzentrationsanstieg im Bergbau, in der eisenschaffenden Industrie, im Schiffsbau, im Flugzeugbau und in der elektrotechnischen Industrie festgestellt<sup>3</sup>. Es werden aber zum Teil auch Dekonzentrationserscheinungen ausgewiesen<sup>4</sup>.

Die Statistik ist wenig aussagekräftig. Sie führt alle juristisch selbständigen Unternehmen getrennt auf, zergliedert also Unternehmensverflechtungen und Konzerne, die mehrere Firmen umfassen, nach formaljuristischen Maßstäben. Unberücksichtigt bleiben weiter die wirtschaftlichen Abhängigkeiten zwischen rechtlich selbständigen Unternehmen, die sich aus den Größenunterschieden zwischen Großunternehmen und Zuliefer- bzw. Abnehmerbetrieben ergeben. Eine solchermaßen bereinigte Statistik würde den Nachweis erbringen, daß

<sup>1</sup> BTDrucks. 7/2250.

<sup>2</sup> Tätigkeitsbericht a. a. O., S. 10/11.

<sup>3</sup> Im Bergbau ein Anstieg von 21,6 auf 78,6%, im Schiffsbau von 33,3 auf über 50%, im Flugzeugbau von 45,9 auf 58,9% und in der elektronischen Industrie von 22,8 auf 31,8%.

<sup>4</sup> Tätigkeitsbericht a. a. O. S. 10/11.

gerade die wachstumsintensivsten Industrien in den Bereichen Chemie, Mineralöl, Energie, EDV, Eisen, Stahl, Bergbau und Flugzeugbau ganz oder fast vollständig in der Hand von wenigen Kapitalgruppen sind. Dies gilt auch für die derzeit stagnierende Automobilindustrie. Die Konzentration schreitet durchgängig fort, wie die OECD in ihrem Bericht für die Jahre 1972/73 feststellt<sup>5</sup>. Einen Überblick gibt Tabelle 1, die den Anstieg der Zahl und der Umsätze von Großunternehmen ausweist, Verflechtungen sind hierbei nicht berücksichtigt.

Tab. 1:

Zahl und Umsätze von Unternehmen mit mehr als 250 000 DM Umsatz im Verhältnis zur gesamten Industrie (ohne Bauindustrie und Handwerk)

(Statistisches Jahrbuch, Statistisches Bundesamt, Fachserie 11, Finanzen und Steuer, Reihe 7, Umsatzsteuer)

Jahr	Gesamt-Zahl	Untern. über 250 T. Ums.	in % von Ges. zahl	Ges. Umsatz in Mill. DM	Untern. über 250 T.	in % vom Ges. Ums.
1962	38 983	141	0,36%	340 099	129 475	38,0%
1968	39 825	188	0,47%	465 997	205 886	44,2%
1970	43 873	256	0,58%	621 287	293 932	47,3%
<i>Anstieg</i>						
1962-68	2,2%	33,3%	—	37,0%	59,1%	—
1968-70	10,2%	36,2%	—	33,3%	42,8%	—
1962-70	12,5%	81,6%	—	82,7%	127,2%	—

Innerhalb dieser Konzentrationsbewegung entwickeln sich die ganz großen Unternehmen mit über 500 Millionen DM Umsatz am schnellsten<sup>6</sup>. Schon 1969 vereinigten allein die größten 50 Unternehmen, also knapp  $\frac{1}{1000}$  der Industrieunternehmen, fast 40% der Umsätze auf sich<sup>7</sup>. Aus der Zusammenstellung des Bundeskartellamts folgt weiter, daß die Konzentration zusätzlich durch Unternehmenszusammenschlüsse anstieg (vgl. hierzu die Zahlen für die Jahre 1966 bis 1973 in Tabelle 2).

Tab. 2:

Zusammenschlüsse nach § 23 a. F. und n. F. GWB seit 1966 (Quelle: Tätigkeitsbericht BKartA für 1973, S. 40)

Jahr	Zusammenschlüsse insgesamt	»große« Zusammenschlüsse <sup>8</sup> insgesamt
1966	43	12
1967	65	20
1968	65	16
1969	168	61
1970	305	95
1971	220	69
1972	269	75
1973	242 (davon § 23 a. F. 208; n. F. 34)	61

<sup>5</sup> WuW 1974 S. 500-501.

<sup>6</sup> Knöchel, Zur Entwicklung der Unternehmensgrößenstrukturen in der Wirtschaft, Unternehmen, Beschäftigte und Umsatz in kleinen, mittleren und großen Unternehmen 1960-1970, Veröffentlichung des Bundesministers für Wirtschaft, Studienreihe H.

<sup>7</sup> Quelle: Klaus Peter Kisker in »Gewerkschaften und Klassenkampf«, Kritisches Jahrbuch 1973, S. 127, der auch eine Darstellung des Konzentrationsprozesses gibt.

<sup>8</sup> »Große« Zusammenschlüsse sind solche, bei denen das erworbene Unternehmen eine Bilanzsumme von 25 Mill. DM oder mehr aufweist. Bei Kreditinstituten ist die Zahl 150 Mill. DM, bei Versicherungen sind Prämieinnahmen von 50 Mill. DM maßgeblich.

Das besonders starke Ansteigen der Zusammenschlüsse im Jahre 1970 ist als Reaktion auf die Ankündigung einer Fusionskontrolle durch die sozialliberale Bundesregierung zu verstehen. Der zahlenmäßige Rückgang im Jahre 1973 ist darauf zurückzuführen, daß die Zusammenschlüsse nach der Novellierung des GWB eine längere Bearbeitungszeit erfordern. Das Bundeskartellamt schätzt, daß nach der alten Gesetzesfassung im Jahre 1973 noch 289 Zusammenschlüsse hätten abgeschlossen werden können<sup>9</sup>, daß die Unternehmenskonzentration also auch 1973 zugenommen hat.

Schon heute ist die Bundesrepublik an der Spitze der Konzentrationsbewegung innerhalb der Europäischen Gemeinschaft. Die Expansion des bundesdeutschen Kapitals nimmt im Ausland stärker als im Inland zu, da durch mehrere DM-Aufwertungen der Kapitalexport verbilligt wurde und im Ausland ein niedrigeres Lohnniveau herrscht. Dies führt zu ungeheueren Umsatzausweitungen in Wachstumsindustrien wie zum Beispiel dem Chemiebereich. Man nehme nur die Entwicklung der IG Farben-Nachfolger Bayer, Hoechst und BASF: Der Umsatz der IG Farben stieg von 1,1 Milliarden Reichsmark im Jahre 1935 auf 2,6 Milliarden Reichsmark im Jahre 1944. Die drei Nachfolger – ein Ergebnis der alliierten Entflechtung – erzielten zusammengerechnet (zu ungefähr gleichen Teilen) 1956 bereits 4,6 Milliarden DM, 1965 14,7 Milliarden DM und 1973 43,6 Milliarden DM.

Diese Kapitalkonzentration vollzieht sich auf Märkten, die immer weniger vom traditionellen Wettbewerb geprägt sind. Der Preiswettbewerb ist ausgeschaltet oder zumindest auf Randbereiche zurückgedrängt<sup>10</sup>. Die Großunternehmen versuchen, ihre überlegene Kapitalkraft auszuspielen und konkurrierende kleinere Unternehmen auszuschalten. Sie behalten sich die Vermarktung neuer Technologien und Verfahren vor und steigern die Produktivkraft der Arbeit durch verstärkte Rationalisierung. Die Rationalität ihres Wirtschaftens besteht in der Maximierung der Gewinne und der Akkumulation eines möglichst großen Gewinnanteils zur Finanzierung der Investitionen.

Da sie ihre Preise nicht nach der Entwicklung des Absatzes, sondern nach ihrer langfristigen Strategie des Kapitaleinsatzes erhöhen, tragen sie wesentlich zur Inflation im Weltmaßstab bei. Sie sind unempfindlich gegen eine konjunkturpolitische Geldverknappung, da sie ihr Wachstum zum überwiegenden Teil selbst finanzieren oder die unkontrolliert vagabundierenden Gelder des Euro-Dollar-Marktes kurzfristig abrufen können. Mit Appellen an mehr »Disziplin« bei der Preisgestaltung können sich weder die Bundesregierung und das Bundeskartellamt noch andere Regierungen westlicher Industriestaaten gegen diesen international wirksamen Prozeß stemmen. Zur Rede gestellt, wird jedes Großunternehmen sich damit verteidigen, daß es seine internationale Wettbewerbsfähigkeit nicht beeinträchtigen könne.

#### *»Funktionsfähiger Wettbewerb«*

In dieser Zwangslage versucht die Bundesregierung mit der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen und der vorgeblichen Verbesserung der Mißbrauchsaufsicht, das marktwirtschaftliche System zu erhalten. Sie stellt fest, daß sich voraussichtlich die Forderungen nach nichtmarktwirtschaftlichen Kontroll-

<sup>9</sup> Tätigkeitsbericht a. a. O. S. 12.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu auch den OECD-Bericht für 1972/73, angedruckt in WuW 1974, S. 500 ff.

mechanismen in dem Maße, in dem die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen ihrer Aufgabe nicht mehr gerecht wird und auch die Wiederherstellung wettbewerblicher Marktstrukturen sich nicht realisieren ließe, verstärken würden.<sup>11</sup>

Die Konzeption der Bundesregierung ist nicht mehr durch das traditionelle Modell vollständigen Wettbewerbs getragen, sondern durch eine Konzeption vom »funktionsfähigen Wettbewerb«, die Kantzenbach<sup>12</sup>, ausgehend von US-amerikanischen Arbeiten, zum ersten Mal in der Bundesrepublik propagiert hat. Wettbewerb wird darin zum Funktionsträger einer global gelenkten gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, der die Optimierung der Einkommensverteilung, der Angebotsverteilung nach Käuferpräferenzen, der Produktionsanpassung, der Produktionssteigerung und des technischen Fortschritts sicherstellen soll. Die optimale Intensität des Wettbewerbs liegt nach seiner Auffassung im Bereich weiter Oligopole mit mäßiger Produktdifferenzierung<sup>13</sup>. Er spricht sich für eine Konzentration kleiner und mittlerer Unternehmen, für Preiskartelle im Oligopol (falls dort Preiskämpfe drohen) und für eine Fusionskontrolle aus. In zu engen, bereits überkonzentrierten Oligopolen lehnt er jedoch eine Entflechtung der Großunternehmen ab, da dies die Aufrechterhaltung der Produktion in Frage stelle und den Verzicht auf überwiegende Kostenvorteile erfordere<sup>14</sup>. Damit sind genau die Ziele der gegenwärtigen Wirtschaftspolitik formuliert, die von der ordoliberalen Konzeption möglichst vollständigen Wettbewerbs<sup>15</sup> abgegangen ist. Gegenüber der Selbstbeschränkung des Staates nach der ordoliberalen Theorie, der die Wettbewerbsfreiheit als unverrückbar vorgegeben akzeptiert und lediglich ihre Auswirkungen, die inhomogenen Interessen der am Wirtschaftsprozess beteiligten Unternehmenseinheiten, regulieren darf<sup>16</sup>, bevorzugt die moderne Wirtschaftspolitik die Konzeption von der »machbaren Wirtschaftsordnung«, die ein System von kommunizierenden Röhren zwischen der Konjunktur-, Währungs-, Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik errichtet hat. Zwar bleiben das Privateigentum an Produktionsmitteln und die privilegierte Entscheidungsmöglichkeit der Unternehmer über die Investitionen unverrückt, man akzeptiert jedoch die zunehmende Konzentration und Vermachtung der Wirtschaft und damit die tendenzielle Abschaffung des Wettbewerbs, indem man die »verringerte« Form des Wettbewerbs im weiten Oligopol als optimal bezeichnet.

Daß diese Konzeption sich gerade in zukunftssträchtigen Industrien, in denen eine Doppelarbeit in Forschung und Entwicklung von konkurrierenden Unternehmen finanziell untragbar erscheint, nicht durchhalten läßt, liegt auf der Hand. So hat die Bundesregierung bei der Vergabe von Forschungsmitteln Druck auf eine Konzentration der bundesdeutschen Flugzeugindustrie ausgeübt, die schließlich auch erreicht wurde.<sup>17</sup> Seit Jahren wird auch von Regierungsseite auf eine enge Kooperation westdeutscher Unternehmen im EDV-

<sup>11</sup> Tätigkeitsbericht a. a. O. S. III.

<sup>12</sup> Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl. 1967 m. w. N.

<sup>13</sup> A. a. O. S. 49.

<sup>14</sup> A. a. O. S. 139.

<sup>15</sup> Aus der umfangreichen Literatur Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1959; Böhm, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft ORDO 17 (1966), S. 55 ff; Mestmäcker AcP 168 (1968) 235 und ZHR 137, 97. Die neuere ordoliberale Literatur, wie z. B. Hoppmann, Fusionskontrolle (1972), betrachtet Wettbewerb zunehmend als rechtlich garantiertes »Entdeckungsverfahren«, dazu Hart, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Justizsystem, Diss. 1974, S. 79 ff.

<sup>16</sup> Wiethölter, Aufsatz »Wirtschaftsrecht« in Görlitz, Handlexikon zur Rechtswissenschaft, 1972, S. 531, 536/37

<sup>17</sup> Nachweise bei Huttschmid, Die Politik des Kapitals, 1969, S. 59/60.

Bereich hingearbeitet<sup>18</sup>. So erklärte der Staatssekretär im Forschungsministerium, Hauff, 1973, daß die Bildung einer einheitlichen europäischen Unternehmensgruppe im EDV-Bereich notwendig sei. Dies ist verständlich, wenn man die fast monopolistische Vorherrschaft des IBM-Konzerns und die hohen Entwicklungskosten in diesem Bereich betrachtet. Es widerspricht aber der Konzeption der Bundesregierung vom funktionsfähigen Wettbewerb, weil es zur Bildung eines engen Oligopols führt. Die Bundesregierung gerät in Widersprüche, wenn sie gleichzeitig das »marktwirtschaftliche System« und den Wettbewerb verteidigt und eine Konzentration der Schlüsselindustrien anstrebt. Virulent wird dieser Widerspruch bei der Bildung der Ruhrkohle-AG; hier hat die Bundesregierung die Kohlezechen saniert, ihre Gesundheitschumpfung zu einem Kohlemonopol finanziert und dadurch langfristig neue Gewinnmöglichkeiten für die Privatkonzerne eröffnet, die die Anteile an der Ruhrkohle-AG erhielten<sup>19</sup>.

### *GWB-Novelle*

In diesem Dilemma bewegt sich auch die neu geschaffene Fusionskontrolle der §§ 23 ff. GWB. Sie greift nach § 24 Abs. 8 GWB ein, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr zusammen Umsätze von mindestens 500 Millionen DM hatten; ausgenommen sind Unternehmen mit nicht mehr als 50 Millionen DM Umsatz. Von der Fusion muß ein Markt betroffen sein, auf dem im letzten Jahr insgesamt mindestens 10 Millionen DM umgesetzt wurden. Es muß zu erwarten sein, daß die Fusion zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt, die sich zumindestens in einem wesentlichen Teil des Geltungsbereichs des GWB auswirkt. Diese Regelung ermöglicht es Oligopolisten und Monopolisten, kleinere Unternehmen unter der Toleranzgrenze von 50 Millionen DM Umsatz aufzukaufen. Fusionierende Unternehmen können auch nicht darüber stolpern, daß durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung auf einem relativ unbedeutenden Nebenmarkt mit einem Umsatz unter 10 Millionen DM betroffen ist. Schließlich bleiben Wettbewerbsbeschränkungen auf regionalen Märkten unbeachtet. Es gehört nicht viel Prophetengabe zu der Aussage, daß die Unternehmer diese Gesetzeslücken nutzen werden. In besonderen Fällen kann nach § 24 Absatz 3 GWB der Bundeswirtschaftsminister einen Zusammenschluß auch gegen die Entscheidung der Kartellbehörde genehmigen, wenn die nach dem GWB vorliegende Wettbewerbsbeschränkung durch gesamtwirtschaftliche Vorteile aufgewogen wird oder der Zusammenschluß durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. Dadurch wird eine Konzentration der Schlüsselindustrien ermöglicht.

Das Bundeskartellamt, dem fusionierende Unternehmen rechtzeitig Anzeige erstatten müssen (§ 23 GWB), kann nach § 24 Absatz 1 den Zusammenschluß untersagen, wenn das Entstehen oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten ist. Die Unternehmen können einen Entlastungsbeweis führen, wonach der Zusammenschluß auch zu Verbesserungen führe, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen. Problematisch ist nicht so sehr diese Ausnahmeklausel wie der Nachweis der Marktbeherrschung durch das Kartellamt. Marktbeherrschung liegt nach § 22 Absatz 1 des novellierten

<sup>18</sup> Pressedienst des BMW 8/70, S. 71.

<sup>19</sup> Hierzu ausführlich Hufschmid a. a. O. S. 56–59.

GWB jetzt auch vor, wenn ein Unternehmer eine überragende Marktstellung hält. Nach § 22 Absatz 3 Nr. 1 spricht eine Vermutung für die überragende Marktstellung, wenn der Marktanteil mindestens  $\frac{1}{3}$  beträgt und der Umsatz nicht unter 250 Millionen DM liegt.

Schon bisher wurde ein Oligopol, in dem kein wesentlicher Wettbewerb bestand, nach § 22 Absatz 2 GWB als marktbeherrschend behandelt. Hinzu kommt jetzt die Beherrschungsvermutung des § 22 Absatz 3 Nr. 2 GWB. Danach liegt Marktbeherrschung vor, wenn drei Unternehmen einen Umsatzanteil von 50% oder fünf Unternehmen einen Anteil von 66% haben. Damit wollte der Gesetzgeber die Mosaiktheorie des BGH und des Kammergerichts<sup>20</sup> überwinden, wonach das Fehlen eines wesentlichen Wettbewerbs mit einer Vielzahl von negativen Merkmalen nachgewiesen werden mußte<sup>21</sup>.

Mit der Vermutung der Marktbeherrschung und der marktstarken Stellung soll die Bildung zu enger Oligopole verhindert werden. Sie erleichtert zwar das Aufgreifen von Vermachtungsstatbeständen, beseitigt jedoch nicht die Officialmaxime, wonach das Kartellamt auch die entlastenden Umstände zu erforschen hat, die von den Unternehmen substantiiert vorgebracht werden. Erst wenn sich diese Umstände nicht nachweisen lassen, greift die Vermutung ein.

Ausgehend von der Konzeption des »funktionsfähigen Wettbewerbs«, bezeichnet das Bundeskartellamt die Zusammenschlußkontrolle als »den Beginn einer neuen Phase in der deutschen Wettbewerbspolitik«. Sie biete die Möglichkeit, das dezentralisierte Lenkungs- und Kontrollsystem präventiv im Sinne der Erhaltung wettbewerblicher Strukturen dort zu sichern, wo seine Funktionsfähigkeit durch externes Unternehmenswachstum bedroht sei<sup>22</sup>.

Die Bundesregierung stellt fest, daß sich die Erwartungen, die man in die vorbeugende Fusionskontrolle gesetzt habe, bisher erfüllt hätten<sup>23</sup>.

Die Bilanz nach einem Jahr ist jedoch nicht stolz:

Im Falle AEG-Zanussi<sup>24</sup> erreichte das Bundeskartellamt nur, daß die ursprünglich geplante 25,01%ige Beteiligung der AEG-Telefunken an der italienischen Elektrogerätefirma Zanussi auf 20% gesenkt wurde. Dies ist nach § 23 Absatz 2 Nr. 2 GWB »unbedenklich«. AEG-Telefunken erhält jedoch vertraglich die Rechte eines Minderheitsaktionärs und ein Viertel der Sitze im Verwaltungsrat von Zanussi. Damit ist faktisch genau die Machtstellung erreicht, die das Kartellamt mit Hilfe des GWB verhindern wollte.

Die Gründung einer gemeinsamen Tochter der Commerzbank und des Crédit Lyonnais in Saarbrücken konnte das Kartellamt nicht verhindern, da durch die Zusammenlegung des Filialnetzes beider Banken keine »nennenswerte Veränderung der Machtverhältnisse im Kredit- und sonstigen Dienstleistungsgeschäft zu erwarten sei«<sup>25</sup>. Bereits vor dem Inkrafttreten der GWB-Novelle hatten AEG-Telefunken und Siemens ihre Interessen im Bereich der Kernforschung zusammengeschlossen. An der nachträglichen Übereignung der Anlagen wollte das Kartellamt nicht rühren, da sich an der wirtschaftlichen Unternehmenseinheit nichts geändert habe und ein Verbot somit ins Leere gelaufen wäre<sup>26</sup>.

Einem Zusammenschluß der multinationalen Erdölkonzerne Shell und Gulf im

<sup>20</sup> Zur Mosaiktheorie, vgl. z. B. BHG 49, 367 f. = WuW BGB 907 f. (Fensterglas IV) mit Anmerkung von Knöpfle in NJW 1968, 1037 f. Gleiss GRUR 1968, 662 und Pickel in WuW BGB 929; vgl. BGB 53, 298 (Tennisbälle) mit Anm. v. Pickel in WuW BGH 1089 f.

<sup>21</sup> So ausdrücklich der BT-Ausschuß für Wirtschaft, Bericht zu § 22 GWB, BTDr. 7/765, S. 5.

<sup>22</sup> Tätigkeitsbericht a. a. O. S. 5.

<sup>23</sup> Bundesregierung (BReg) zum Tätigkeitsbericht a. a. O. S. I.

<sup>24</sup> Presseerklärung des BKartA vom 17. 12. 1973, WRP 74, 19/20.

<sup>25</sup> Tätigkeitsbericht a. a. O. S. 71.

<sup>26</sup> Presseerklärung des BKartA vom 19. 12. 1973, WRP 74, 20.

Kernenergiebereich setzte das Kartellamt keinen Widerstand entgegen, weil keine marktbeherrschende Stellung erreicht worden sei. Das Kartellamt betonte sogar, daß durch den Zusammenschluß der Wettbewerb in diesem Markt verbessert werden könne<sup>27</sup>. Damit wurde der Zusammenschluß von Riesenkonzernen erlaubt, wenn sie beide in einen neuen Markt einbrechen.

Gegen die Vermietung von fünf Warenhäusern an die Horten-AG durch den Otto-Versand hatte das Kartellamt nichts einzuwenden, obwohl der Otto-Versand damit einen Anteil von ca. 10% seines Gesamtumsatzes abgab und die dadurch begünstigte Horten-AG einer der größten Warenhauskonzerne ist<sup>28</sup>.

Für den Zusammenschluß zwischen der August-Thyssen-Hütte und der Rhein Stahl-AG gab das Kartellamt grünes Licht, obwohl dadurch der größte Konzern der Bundesrepublik entstand, dessen Gesamtumsatz für 1974 auf über 20 Mrd. DM geschätzt wird. Einen erheblichen Einfluß auf den Wettbewerb hatte vor allem der vertikale (Stahlherstellung und Stahlverarbeitung) Aspekt des Zusammenschlusses. Das Kartellamt konnte jedoch auf keinem Markt das Entstehen oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung feststellen<sup>29</sup>. Voraussetzung war, daß sich Thyssen weitgehend von seiner Beteiligung an der Mannesmannröhren-Werke AG und damit vom Mannesmann-Konzern trennte. Dies wiederum war notwendig, damit der Zusammenschluß von Mannesmann und Demag genehmigt werden konnte. Danach hielt das Kartellamt die Produktionsprogramme dieser beiden Unternehmen für so gering, daß es ein Einschreiten weder unter dem Aspekt des Zuwachses der Ressourcen noch von der Veränderung der Marktanteile her gesehen für erforderlich hielt.<sup>30</sup>

Ein einziger bedeutender Zusammenschluß wurde vom Kartellamt untersagt: Der Bund hatte von der Rheinisch-Westfälischen Elektrizitätswerks-AG (RWE) deren 48%ige Beteiligung an der Gelsenberg AG gekauft, um die Bildung eines großen Energiekonzerns VEBA-Gelsenberg zu ermöglichen. Die Untersagung des Zusammenschlusses wurde jedoch hinfällig, da der Bundeswirtschaftsminister seine Genehmigung nach § 24 Absatz 3 GWB erteilte. Der Minister hielt die Verbesserung der westdeutschen Position auf dem internationalen Mineralölmarkt und die langfristige Sicherung der Energieversorgung für wichtiger als die Bedenken wegen der marktbeherrschenden Stellung des entstehenden Superkonzerns.<sup>31</sup> Gerade die ganz großen und bedeutsamen Unternehmenszusammenschlüsse bleiben durch die Ministererlaubnis möglich, was die Glaubwürdigkeit der Fusionskontrolle nicht gerade steigert<sup>32</sup>.

Eine Grenze der Fusionskontrolle besteht auch darin, daß das GWB nur für die Auswirkungen auf dem Wettbewerb im Inland Gültigkeit besitzt (§ 98 Abs. 2 GWB). Bisher haben z. B. weder die Übernahme der Aktienmehrheit von Klöckner-Humboldt-Deutz durch FIAT noch der Erwerb von 25% der Anteile der Krupp-Hüttenwerke durch den Schah von Persien zu Beanstandungen des Kartellamts geführt. Außerdem ist zu erwarten, daß von interessierter Seite in der Wettbewerbsliteratur juristische Argumente zur Begrenzung der Fusionskontrolle vorgetragen werden, die im einen oder anderen Fall auch von einem Gericht übernommen werden könnten<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> Tätigkeitsbericht a. a. O., S. 70.

<sup>28</sup> Tätigkeitsbericht a. a. O. S. 71.

<sup>29</sup> Presseerklärung des BKartA vom 15. 2. 1974, WuW 1974, S. 319/320.

<sup>30</sup> Presseerklärung des BKartA vom 25. 2. 1974, WuW 1974, S. 320-322.

<sup>31</sup> Stellungnahme der BReg zum Tätigkeitsbericht a. a. O. S. II.

<sup>32</sup> So mit Recht Emmerich, JuS 73, 726, 728.

<sup>33</sup> Ebel (NJW 1973, 1577/78) versucht bereits, die Zusammenschlußkontrolle bei Gemeinschaftsunternehmen gegen das Kartellverbot des § 1 GWB auszuspielen. Er meint, § 1 GWB werde durch die Fusionskontrolle verdrängt. Damit würde die Absicht des Gesetzgebers, die Anwendung des

Schon bei der Verabschiedung der Novelle zum GWB schrieb Knieper<sup>34</sup>, es sei mit Sicherheit abzusehen, daß die Fusionskontrolle die Konzentrationsdynamik nicht brechen und das Unternehmenswachstum jeder Art nicht aufhalten werde. Diese Prognose hat sich bestätigt. Die begrenzte Wirksamkeit der Fusionskontrolle ist kein Betriebsunfall, sondern aus der Systemnotwendigkeit der Unternehmensexpansion in der kapitalistischen Wirtschaft zu erklären. Die Konzentration und Zentralisation der Kapitalien geht weiter. Zu fragen ist allenfalls, ob die Art oder die Form der Zusammenschlüsse durch die GWB-Novelle beeinflußt werden.

Bisher waren die Unternehmenszusammenschlüsse in der Bundesrepublik hauptsächlich horizontaler Natur. Vertikale und diversifizierte (konglomerate) Zusammenschlüsse standen im Hintergrund. Das Bundeskartellamt teilt die »großen« Zusammenschlüsse von 1966 bis 1973 im Industriebereich in 215 horizontale, 7 vertikale und 131 diversifizierte auf. Die Hälfte der Diversifikationen entfällt auf Produktionsausweitungen. Diese kommen den horizontalen Zusammenschlüssen nahe<sup>35</sup>.

In den USA wurde die Kontrolle der Unternehmenskonzentration schon früher wesentlich schärfer als in Deutschland gehandhabt.<sup>36</sup> Seit 1950 ist Section 7 des Clayton Act in Kraft. Dieser verhindert Zusammenschlüsse schon dann, wenn sie bei vernünftiger Würdigung eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs wahrscheinlich werden lassen. Seither sind die horizontalen Zusammenschlüsse in den USA erheblich zurückgegangen. Maßgeblich war die Rechtsprechung des Supreme Court im Brown Shoe Fall<sup>37</sup> und in den Fällen Alcoa II<sup>38</sup>, Von's Groceries<sup>39</sup> und El Paso Natural Gas<sup>40</sup>. Da nach dem GWB nicht die Wahrscheinlichkeit einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs genügt, sondern der Nachweis der Marktbeherrschung erforderlich ist, um eine Fusion aufzubrechen, ist eine wesentliche Behinderung der horizontalen Zusammenschlüsse nicht zu erwarten. Selbst wenn die für die gesetzliche Vermutung maßgeblichen Marktanteile erreicht werden sollten, ist immer noch die Ausnahmeerlaubnis des Bundeswirtschaftsministers möglich.<sup>41</sup>

Noch ungünstiger sind die Aussichten für eine Kontrolle vertikaler Fu-

GWB zu erweitern, ins Gegenteil verkehrt (so mit Recht Emmerich a. a. O.).

Vgl. jetzt auch Rasch, BB, 1974, 1272–1275, der die Anwendung des neuen § 26 Abs. 2 S. 2 GWB entgegen dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers einschränken will.

<sup>34</sup> Knieper FR vom 26. 6. 1973.

<sup>35</sup> Tätigkeitsbericht a. a. O. S. 42.

<sup>36</sup> Die umfassende US-amerikanische Literatur zur Fusionskontrolle ist bei Ingo Schmidt, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, 1973, ausführlich zitiert und kommentiert. Einschlägige Gesetzesstellen: Sec. 1 und 2 des Sherman Act von 1890 und Sec. 7 des Clayton Act in der Novellierung von 1950.

<sup>37</sup> Hier brach der Supreme Court die Verbindung der Schuhfirmen Brown und Kinney auf. Der horizontale Verstoß bestand darin, daß Brown als viertgrößter Schuhproduzent einen Marktanteil von 4%, Kinney als zwölftgrößter einen Anteil von 0,5% hatte. Obwohl auf dem Markt kräftiger Wettbewerb herrschte, sah das Gericht die Beeinträchtigung als wahrscheinlich an; 370 U. S. 294 (1962).

<sup>38</sup> Hier hatte Alcoa, der größte Aluminiumhersteller mit 28% Marktanteil, den neuntgrößten, relativ kleinen Produzenten aufgekauft. Der Markt war so hoch konzentriert, daß neun Firmen einen Anteil von 96% hatten; 377 U. S. 271 (1964).

<sup>39</sup> Der Zusammenschluß wurde verhindert, obwohl beide nur einen Marktanteil von 7,5% hatten; 384 U. S. 270 (1966).

<sup>40</sup> Im Fall El Paso Natural Gas ging das Gericht soweit, den Erwerb eines Konkurrenten zu verhindern, der kurz zuvor vergeblich versucht hatte, in den regionalen Erdgasmarkt einzudringen. Dieser Versuch wurde als Wettbewerb angesehen; 376 U. S. 651 (1964).

<sup>41</sup> Vgl. Reich BB 1973, 1449, 1452.

sionen. Nach dem GWB ist es kaum vorstellbar, daß hierdurch eine marktbeherrschende Stellung neu entsteht. Sie kann allenfalls verstärkt werden.<sup>42</sup> Im übrigen sind die Zulieferer oder Abnehmer von Großunternehmen meist wirtschaftlich so abhängig, daß das Großunternehmen kein Interesse daran hat, sie aufzukaufen. Es kann sich im Gegenteil den Umstand zunutze machen, daß hier die Entwicklungsarbeit und das Unternehmensrisiko auf weniger profitablen Nebengebieten aus dem Großunternehmen ausgegliedert werden.

Diversifizierte Zusammenschlüsse sind in der Bundesrepublik noch weniger eine Folge der Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Verbot horizontaler und vertikaler Zusammenschlüsse als in den USA<sup>43</sup>, sondern sie folgen aus der Überlegung von Großunternehmen, daß man auf neue Märkte ausweichen, also diversifizieren muß, um für die Zukunft einen breiten Fächer von Gewinnmöglichkeiten sicherzustellen. Da nach dem GWB jeder Markt für sich geprüft werden muß und jedes erwerbende Großunternehmen sich darauf berufen kann, es verstärke durch eine Produkterweiterung den Wettbewerb in einem angrenzenden Markt, ist eine Beeinträchtigung konglomerater Zusammenschlüsse nicht zu erwarten. Gerade hier wirken sich die »Bagatellgrenzen« der GWB-Novelle konzentrations- und fusionsfördernd aus.

Hier soll nicht behauptet werden, daß durch eine verbesserte Ausgestaltung der Fusionskontrolle die Konzentrationstendenz in der bundesdeutschen Wirtschaft hätte gebrochen werden können. Auch in den USA hat die relativ scharfe Anti-Trust-Gesetzgebung und Rechtsprechung die Dynamik der Unternehmenskonzentration nicht brechen können. Diese systemnotwendige Entwicklung wäre auch unter einer schärferen GWB-Novelle weitergegangen, notfalls durch breiter gefächerte Konzentration im EG-Bereich oder durch ein Ausweichen auf überseische Unternehmen. Beeinflusst werden konnten durch die GWB-Novellierung lediglich die Spielregeln des Konzentrationsprozesses. Da die bundesdeutschen Unternehmen durch erhebliche Gesetzeslücken des GWB schlüpfen können, sind sie nicht aus kartellrechtlichen Gründen auf die Expansion nach außen angewiesen.

Dennoch ist nicht zu übersehen, daß im Rahmen der zunehmenden Verschmelzung von Wirtschaftseinheiten im EG-Bereich die praktische Bedeutung des GWB in Zukunft gegenüber dem Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaft zurückgehen wird. Auf dieser Ebene ist eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Fall *Continental Can*<sup>44</sup> zu beachten. Das Gericht hatte einen horizontalen Zusammenschluß dieses Konzerns mit einem westdeutschen Unternehmen zu beurteilen. Der EuGH hob zwar die ablehnende Entscheidung der EG-Kommission wegen unzureichender Tatsachenfeststellungen auf, er hielt aber fest, daß sich Artikel 86 des EWG-Vertrages auch auf Fusionen erstreckt, die durch einen Eingriff in die Wettbewerbsstruktur für

<sup>42</sup> Ebenso Reich a. a. O. 1453.

<sup>43</sup> In den USA werden vertikale Zusammenschlüsse als prima-facie-Verletzungen von Sec. 7 des Clayton Act betrachtet. Im *Brown Shoe Fall* war auch der vertikale Aspekt entscheidungserheblich. Da Kinney mit 1,6% Marktanteil auch einer der größten Einzelhändler für Schuhe war, wurde die Übernahme und Belieferung durch Brown, die ca. 2% des Einzelhandelsmarktes für Wettbewerber verschloß, nicht akzeptiert. Ebenfalls als prima-facie-Verletzung behandelte ein Bezirksgericht den Fall, in dem der Aluminium-Konzern Reynolds Metal einen kleinen Abnehmer erwarb, der in einem wettbewerbsintensiven Markt arbeitete. Angesichts dieser Rechtsprechung sind Unternehmen in den USA auf diversifizierte (konglomerale) Zusammenschlüsse ausgewichen. Der Supreme Court hat hierzu in der Grundsatzentscheidung *Procter & Gamble/Clorox* Regeln aufgestellt; 386 U. S. 568 (1967).

<sup>44</sup> Rechtssache 6/72.

die europäischen Verbraucher schädlich seien. Dies ergebe sich aus einer zusammenhängenden Würdigung der Artikel 2, 3 ff., 85 und 86 des EWG-Vertrages. Im Jahre 1974 hat die EG-Kommission dem Ministerrat einen Vorschlag zur Kontrolle von Zusammenschlüssen unterbreitet, dem inzwischen das Europäische Parlament und der Wirtschafts- und Sozialausschuß zugestimmt haben.<sup>45</sup> Danach sollen Zusammenschlüsse kontrolliert werden, wenn sie dazu führen können, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Ausgenommen sind Unternehmen mit zusammen weniger als 200 Millionen Rechnungseinheiten (RE) Umsatz und nicht mehr als 25% Marktanteil in einem der Mitgliedsländer. Der Entwurf geht einen Mittelweg zwischen dem Clayton Act und dem GWB: Er legt zwar Untergrenzen für die Marktanteile fest und schafft dadurch Ausweichmöglichkeiten für die Großunternehmen, er verlangt aber nur die Feststellung möglicher Wettbewerbsbeschränkungen und stellt nicht auf die wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs ab. Auch dieser Entwurf würde nur graduell, nicht aber im Kern etwas an der Konzentrationsentwicklung in Westeuropa ändern.

Auf EG-Ebene ist die Interessenlage ähnlich wie auf dem kleineren Markt der Bundesrepublik: Insbesondere auf zukunftsorientierten Märkten wie EDV, Luft- und Raumfahrt, Atomenergie, Meeres- und Umweltforschung wird es vermehrt zu gesamteuropäischen Unternehmensverbindungen kommen. Dies ist schon durch die hohen Kosten der Entwicklung neuer Technologien bedingt. Um auf diesen Märkten ein Produkt rentabel verkaufen zu können, sind Mindestserien erforderlich, die den gesamten westeuropäischen Absatzmarkt umfassen<sup>46</sup>. Bestehen können hier in erster Linie multinationale Unternehmen, die gleichzeitig von der Forschungsförderung mehrerer europäischer Staaten profitieren.

### *Mißbrauchsaufsicht*

Die Verbesserung der Mißbrauchsaufsicht wird von der Bundesregierung als von »allen politischen Kräften unterstütztes Hauptziel der Novelle« bezeichnet.<sup>47</sup> Die Kontrolle von Mißbräuchen war bisher nach § 22 GWB fast immer schon am Nachweis der Marktbeherrschung gescheitert. Auf der Basis der Mosaiktheorie<sup>48</sup> konnte das Kartellamt sich nicht auf den Nachweis einer Beschränkung oder eines Wegfalls des Preiswettbewerbs beschränken. Es mußte vielmehr, wenn es eine Spur von Wettbewerb feststellte, in einer komplizierten Gesamtwürdigung dessen Wirksamkeit beurteilen. Nun bringt zwar der neue Begriff der »marktstarken Stellung« (§ 22 Absatz 1 Nr. 2 GWB) und die Vermutung der Marktbeherrschung (§ 22 Absatz 3 GWB) eine Erleichterung. In der Entscheidung BP – Benzinpreiserhöhung<sup>49</sup> führt das Kammergericht jedoch die Mosaiktheorie auch bei einem Oligopol nach § 22 Absatz 2 fort. Es verlangt für den Nachweis, ob zwischen mehreren Unternehmen kein wesentlicher Wettbewerb besteht, eine eingehende Analyse der Marktstruktur. Dazu gehört eine genaue Gegenüberstellung des Zeitpunkts, der Höhe und der örtlichen Ausbreitung der von den einzelnen Oligopolisten angekündigten und durchgeführten Preiserhöhungen unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen Kostenlage.

<sup>45</sup> ABLEG Nr. C 92/1 vom 31. 10. 1973.

<sup>46</sup> Vgl. die Analyse von Mandel, *Der Spätkapitalismus*, 1972, S. 290/91.

<sup>47</sup> BReg Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht a. a. O. S. I.

<sup>48</sup> Vgl. FN 19.

<sup>49</sup> KG Berlin, Beschluß vom 14. 5. 1974, Kart. 24/74.

Damit wird der Marktstrukturtest (marktstarke Stellung) des § 22 Absatz 1 Nr. 2 nur für Monopole und Einzelunternehmen eines engen Oligopols maßgeblich. Für die Mehrzahl der marktbeherrschenden Oligopole gilt weiterhin der Marktverhaltenstest nach § 22 Absatz 2 des GWB.<sup>50</sup>

Die Beibehaltung der Mosaiktheorie im Marktverhaltenstest würde das Bundeskartellamt angesichts seiner Personalknappheit und der Vielfalt der Mißbrauchsmöglichkeiten überfordern.

Um zu einer Verringerung der Anforderungen wenigstens über die Abgrenzung des relevanten Marktes zu kommen, ist es sinnvoll, an die Registrierkassenentscheidung des BGH<sup>51</sup> anzuknüpfen. Danach wird die marktbeherrschende Stellung eines Herstellers von Registrierkassen bei der Lieferung von Originalersatzteilen an Reparatur- und Wartungsunternehmen auch dann bejaht, wenn auf dem Ersatzteilmarkt für Endverbraucher noch Wettbewerb besteht.

Der Mißbrauchsbegriff blieb nach der Novellierung zwar unverändert, wurde jedoch in seiner spezifischen Ausgestaltung im Diskriminierungstatbestand des § 26 Abs. 2 GWB verbessert. Danach dürfen Unternehmen, die von anderen bei der Lieferung oder beim Bezug von Waren abhängig sind, nicht benachteiligt werden, wenn ausreichende oder zumutbare Möglichkeiten zum Ausweichen auf andere Lieferanten bzw. Abnehmer nicht bestehen. Das Bundeskartellamt verpflichtete die AGIP-AG, bei der Lieferung von knappem Benzin einen freien Abnehmer nicht gegenüber dem eigenen Tankstellennetz zu benachteiligen<sup>52</sup>. In diesem Musterfall stellte das Kartellamt insbesondere auf die Existenzgefährdung freier Mineralölhändler angesichts der Ölknappheit der Jahreswende 1973/74 ab<sup>53</sup>. Der Bescheid wurde vom Kammergericht aufgehoben<sup>54</sup>. Es bejahte zwar die Repartierungspflicht von AGIP, stellte aber in diesem besonderen Fall fest, daß die Weiterbelieferung unzumutbar sei. In einem weiteren Fall verpflichtete das Kartellamt die BASF zur Belieferung zweier chemischer Unternehmen, mit denen sie zuvor keine Lieferbeziehungen unterhalten hatte<sup>55</sup>. Die BASF wurde zu einer Repartierung der vorhandenen Lieferkapazitäten ohne Benachteiligung der neuen Kunden verpflichtet. Auch diese Entscheidung hob das Kammergericht auf<sup>56</sup>. Ob beide Entscheidungen vom BGH bestätigt werden, bleibt abzuwarten.

Die Bundesregierung hielt es in diesem Zusammenhang für angebracht, darauf hinzuweisen, daß das Diskriminierungsverbot nicht in ein Differenzierungsverbot ausgedehnt werden dürfe und insbesondere die freie Wahl des Herstellers über den für seine Waren günstigsten Vertriebsweg erhalten bleiben müsse<sup>57</sup>.

Da auf oligopolistischen Märkten meist kein Preiswettbewerb herrscht, stellt sich mit zunehmender Konzentration immer stärker die Frage nach einer Preiskontrolle. Handelt es sich um überhöhte Preise, wird vom Kartellamt nicht nur das Vorliegen von Marktbeherrschung, sondern auch geprüft, welcher Preis sich bei wirksamem Wettbewerb gebildet hätte. Ein Preis, der über diesem »Als-ob-Wettbewerbspreis« liegt, ist mißbräuchlich. Zur Feststellung des »Als-ob-Preises« muß das Kartellamt einen räumlichen, sachlichen oder zeitlichen Vergleichsmarkt finden. Hierbei treten oft erhebliche tatsächliche Schwierig-

<sup>50</sup> Vgl. Jürgen Baur, BB 1973, 915; Ebel NJW 1973, 1577; Mörschel, DB 1973, 461; Reich BB 1973, 1449.

<sup>51</sup> WuW BGH 1238 f.; Hinweis von J. Baur a. a. O.

<sup>52</sup> Presseerklärung des BKartA vom 21. 5. 1974, Nr. 44/74.

<sup>53</sup> Vgl. als ein Beispiel der Situation den AMBO-Konkurs, FR v. 1. 8. 1974 S. 5.

<sup>54</sup> Entscheidung vom 4. 7. 1974, Kart 27/74.

<sup>55</sup> Presseerkl. des BKartA vom 7. 5. 1974, Nr. 38/74.

<sup>56</sup> Entscheidung vom 9. 7. 1974, Kart 25/74.

<sup>57</sup> Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht des BKartA für 1973, BT-Drucks. 7/2250 S. IV

keiten auf. Es erweist sich als notwendig, auch Kostenelemente in die Prüfung aufzunehmen. In der BP-Entscheidung stellte das Kammergericht die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen eine Verbotsverfügung des Kartellamts wieder her, da dieses bei der Untersuchung der BP-Preiserhöhung die Erzielung und Verteilung der Gewinne nicht ausreichend untersucht habe. Der erforderliche Nachweis könne nach §§ 46 und 98 Absatz 2 GWB auch durch Auskunft des ausländischen Konzerns erbracht werden, der – eventuell über die deutsche Tochtergesellschaft – erzwungen werden könne.

Gegen die hypothetische Ermittlung des »Als-ob-Wettbewerbspreises« hat unlängst Reich Einwendungen erhoben<sup>58</sup>. In jedem Fall führen die derzeit hohen Anforderungen des Kammergerichts an die Beweisführung dazu, daß nur ein geringer Teil der Preismißbräuche vom Kartellamt untersucht und angegriffen werden kann. Wie Reich richtig sieht, sind bei der Kontrolle der Preisgestaltung unmittelbare Verbraucherinteressen betroffen. Durch die Prüfung von Kostenelementen werden die Unternehmen zum ersten Mal gezwungen, ihre Preise und Gewinne nicht mehr ausschließlich daran auszurichten, was der Markt hergibt.<sup>59</sup> Damit findet ein Element des Konsumentenschutzes in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Eingang. Die richterliche Tätigkeit beschränkt sich nicht mehr auf den Ausgleich zwischen konkurrierenden Unternehmen, sondern berücksichtigt auch die Interessen der von diesen Unternehmen abhängigen Verbraucher. In großem Umfang vorgenommene Preiskontrollen stehen zwar im Widerspruch zu dem öffentlich verkündeten Ziel eines funktionsfähigen Wettbewerbs und der Erhaltung eines marktwirtschaftlichen Systems, denn sie machen deutlich, daß auf vielen Märkten kein Preiswettbewerb mehr besteht. Ein Untätigbleiben des Kartellamts würde jedoch ebenfalls die Legitimationsgrundlage der Wettbewerbsideologie treffen, die bisher diktierte und administrierte Preise – sowohl von Staatsseite als auch von privater Hand – verworfen hat. Wegen der Personalschwäche des Kartellamts, der Vielzahl der überhöhten Preise und der ideologischen Schwierigkeit, die Preiskontrolle mit dem »marktwirtschaftlichen System« zu vereinbaren, dürfte die Mißbrauchsaufsicht bei Preisüberhöhungen sich auf einige spektakuläre Fälle beschränken, jedoch zumindest vorerst keine Breitenwirkung erzielen. Die Bundesregierung legt Wert auf die Feststellung, daß das GWB nicht die marktbedingten, sondern nur die »machtbedingten« Preiserhöhungen treffen wolle. Die Kartellbehörde dürfe sich nicht in die Rolle eines dirigistischen Preiscommissars begeben<sup>60</sup>. Es bleibt festzuhalten, daß dieses Element öffentlicher Interventionstätigkeit nicht zwingend zur Wirkungslosigkeit verdammt ist. Durch eine präzisere Fassung der Gesetzesbestimmungen und eine Fortführung der Argumente, wonach die Mißbrauchsaufsicht auch im Interesse der Verbraucher zu erfolgen hat, könnte eine wirksamere Bekämpfung insbesondere der mißbräuchlichen Preisgestaltung möglich werden.

Die Erfolgsaussichten der Mißbrauchsaufsicht sind begrenzt, weil sich nichts an den Machtverhältnissen, die am Markt herrschen, ändert. Es bleibt die Tatsache, daß interessierte Unternehmen einen Vorsprung bei der Entwicklung

<sup>58</sup> Reich, NJW 1974, 1353 ff., 1355, spricht sich dafür aus, auch weiterhin eine Verhaltenskontrolle des marktbeherrschenden Unternehmens – z. B. nach dem Vergleichsmarkttest – vorzunehmen, jedoch von einem Marktergebnistest Abstand zu nehmen. Die Verhaltenskontrolle müsse aber seit der letzten GWB-Novellierung auch von den Interessen der Verbraucher ausgehen.

<sup>59</sup> Für ein Konzept der Gewinnbegrenzung ist Knöpfle, BB 1974, 862 ff., 867, der das Als-ob-Konzept ebenfalls ablehnt. Der angemessene Gewinn soll nach den Umständen des Einzelfalls auf der Grundlage einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals ermittelt werden.

<sup>60</sup> Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht des BKartA für 1973, BT-Drucks. 7/2250 S. II/III.

neuer Formen des Mißbrauchs haben. Das Kartellamt muß die Vereinbarkeit neuer Verhaltensformen mit dem GWB erst zeitraubend untersuchen, ehe es einschreiten kann. Die Mißbrauchsaufsicht wird auch eine wesentliche Korrektur der Gleichpreisigkeit von Oligopolen (nicht der Preisüberhöhung) nicht leisten können, weil oligopolistische Preiskämpfe die Gefahr einer Insolvenz großer Unternehmenseinheiten mit sich bringen und daher unter einer Wirtschaftspolitik der Globalsteuerung unerwünscht sind.

*Bernhard Nagel*

## Schöffendienstverweigerung

HEIDEWIG FANKHÄNEL

8 München 5

17. September 1974

An den Präsidenten  
und andere Organe des  
*Amtsgerichts*  
*München*

*Betrifft: Schöffendienstverweigerung aus Gewissensgründen*

Sehr geehrte Damen und Herren,

Als ich vor fast zwei Jahren meinen Dienst als Laienrichterin am Amtsgericht München aufnahm, ging ich von der üblichen, laienhaft-naiven Voraussetzung aus, meinen – wenn auch bescheidenen – Beitrag zu einer von menschlichem Verständnis und Gerechtigkeitsstreben getragenen Rechtsprechung leisten zu können. Den Sinn des Schöffenamts sah ich gerade darin, Erfahrungen aus anderen Lebensbereichen (in meinem Fall aus der Psychologie und den Erziehungswissenschaften) ohne Fixierung auf juristische Denk- und Urteilsmodelle in die Gerichtspraxis einzubringen.

Die Erfahrung hat mich jedoch gelehrt, daß unsere von Gesetzes wegen gleichberechtigten Laienrichter in der Rechtswirklichkeit wenig mehr als demokratische Feigenblätter vor der obrigkeitstaatlichen Blöße der Justiz darstellen. Diese unter Juristen durchaus bekannte Tatsache wurde während meiner letzten Schöffensitzung auch ganz ungeniert in aller Öffentlichkeit demonstriert, als der (zweifelloso sehr liebenswürdige) Amtsrichter den Prozeßbeteiligten unmittelbar vor der »Beratung« über eine längere Freiheitsstrafe verkündete, das Gericht ziehe sich zur Beratung zurück – die Sitzung werde in fünf Minuten fortgesetzt.

Die meisten der Berufsrichter, mit denen ich als Schöffin zu tun hatte, betrachteten es geradezu als Tabu-Verletzung, wenn ich als eine von drei Figuren eines »Hohen Gerichts« Fragen an die Prozeßbeteiligten richtete oder – wie es auf geduldigem Gesetzespapier ebenfalls vorgesehen ist – eine Beratung des Urteils