

# Klaus Tonner

## Das Wettbewerbsrecht des EWG-Vertrages

### 1. Einleitung

Am 1. 1. 1958 trat nicht nur das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in Kraft, sondern gleichzeitig ein weiteres Wettbewerbsrecht: das der Art. 85 und 86 des EWG-Vertrages. Aufgrund seiner Zwischenstaatsklausel beansprucht es Geltung dann, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung mindestens zwei Mitgliedstaaten betrifft. Das war beim Inkrafttreten der Römischen Verträge eher die Ausnahme; außerdem dauerte es eine Weile, bis sich die damalige EWG-Kommission als europäische Wettbewerbsbehörde eingerichtet hatte. Bis zur Verabschiedung der VO 17, die gemäß Art. 87 EWG-V Verfahrensvorschriften zur Durchführung der Wettbewerbsbeschränkungsverbote der Art. 85 f. EWG-V enthält, im Jahre 1962<sup>1</sup> fand europäische Wettbewerbspolitik kaum statt, und auch dann ging es gegen die Masse der vorgefundenen Wettbewerbsbeschränkungen nur sehr langsam voran.<sup>2</sup> Anfang der 60er Jahre war Wettbewerbsrecht ganz überwiegend nationales Recht und nur am Rande europäisches.

Das Verhältnis der Relevanz von nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht verschiebt sich seit Inkrafttreten von GWB und EWG-V kontinuierlich. Inzwischen ist abzusehen, daß dieses Verhältnis am Ende des Prozesses genau umgekehrt sein wird als am Anfang. Das maßgebliche Wettbewerbsrecht wird das europäische sein; das GWB und mit ihm das BKartA wird auf eine marginale Bedeutung herabsinken. Das Jahr 1992 hat in diesem Prozeß eher symbolische Bedeutung; die Schwelle ist immer dann erreicht, wenn für eine einzelne Branche der relevante räumliche Markt nicht mehr der nationale, sondern der europäische ist. Dann kommt aufgrund der Zwischenstaatsklausel das europäische Wettbewerbsrecht zur Anwendung und verdrängt nach der inzwischen herrschenden Vorrangtheorie<sup>3</sup> das nationale Recht. Das ist für viele Märkte bereits heute der Fall, wird in anderen Fällen aber erst nach 1992 erreicht sein. Maßgeblich sind nicht politische Deklarationen, sondern Entscheidungen von Unternehmen, ob sie europaweit anbieten wollen.

Gegenstand dieser Untersuchung soll freilich nicht dieser Verdrängungsprozeß sein;

<sup>1</sup> ABl. 1962, 204.

<sup>2</sup> Zur Unterscheidung von Alt- und Neukartellen aufgrund der VO 17 vgl. Fikentscher, Wirtschaftsrecht Bd. 1 (1983) S. 655 ff. 1962 wurden 30–37 000 Altkartelle angemeldet, die man für vorläufig gültig erklären mußte.

<sup>3</sup> Zu dieser zuletzt Bunte, WuW 1989, 7. Nach der Vorrangtheorie ist immer dann, wenn die Zwischenstaatsklausel erfüllt ist, also ein Sachverhalt mindestens zwei Mitgliedstaaten betrifft, EG-Wettbewerbsrecht und nicht das nationale Recht anzuwenden. Das gilt nur dann nicht, wenn eine Regelung im EG-Recht fehlt, was man bislang für die Fusionskontrolle annahm. Bezeichnenderweise wurde die Vorrangtheorie nicht von Anfang an vertreten. Früher war man der Meinung, daß, wenn die Zwischenstaatsklausel des Art. 85 erfüllt war, ein Fall sowohl nach GWB wie nach dem EWG-V zu beurteilen sei (sog. Zweischrankentheorie).

er wird vorausgesetzt. Vielmehr will ich mich mit dem künftig dominierenden Wettbewerbsrecht befassen. Dabei geht es nicht um eine Einführung in eine neue Rechtsmaterie<sup>4</sup>, sondern um den Versuch, dessen wesentliche Funktionen ausfindig zu machen. Das geschieht beispielhaft, indem einzelne Fragen vertieft behandelt, andere dagegen ganz ausgelassen werden. Zur Begründung der hier vorgestellten Thesen hätten sich auch die Patentlizenzverträge<sup>5</sup> oder die Deregulierung des Luftverkehrs<sup>6</sup> heranziehen lassen. Es ist auch nicht Absicht dieser Abhandlung, auf die Konzentrationsentwicklung in Westeuropa und ihre allseits angenommene Beschleunigung durch den EG-Binnenmarkt einzugehen.

Im Gegensatz zum GWB, das im wesentlichen über eine legitimatorische Ebene nicht hinausgekommen ist<sup>7</sup>, spielt das europäische Wettbewerbsrecht eine aktive Rolle bei der Schaffung des EG-Binnenmarktes und der Stärkung der europäischen Unternehmen für den internationalen Wettbewerb. Ich möchte dies anhand von drei Thesen entfalten:

- (1) Art. 85 EWG-V ist ein wesentliches Mittel der Integration der Märkte der Mitgliedstaaten, weil mit seiner Hilfe Marktabstottungsstrategien sowohl von Unternehmen wie auch von Mitgliedstaaten aufgebrochen werden (Abschnitte 3 und 4).
- (2) Art. 85 ist dagegen kein Mittel einer Anti-Konzentrationspolitik. Eine solche wird auf europäischer Ebene nicht betrieben, was an der Diskussion über die FusionskontrollVO deutlich gemacht werden kann (Abschnitt 5).
- (3) Die Eurokratie nutzt alle Möglichkeiten, insbesondere die GruppenfreistellungsVOen nach Art. 85 Abs. 3, die Grenzen zwischen zulässigem und unzulässigem Wettbewerb mit den Betroffenen auszuhandeln. Es kommt zu *verwaltetem Wettbewerb*<sup>8</sup> (durchgehend, insbesondere Abschnitt 4).

Zuvor soll jedoch der Inhalt der Art. 85 f. und ihre Stellung im Rahmen des EWG-V dargestellt werden, wobei das Verhältnis zu den Wirtschaftsfreiheiten des EWG-V wichtig ist, insbesondere zum Grundsatz des freien Warenverkehrs gemäß Art. 30.

## 2. Die Stellung des Wettbewerbsrechts im System des EWG-Vertrages

Die Wettbewerbsregeln des EWG-V stehen an der Spitze des Dritten Teils des Vertrages, der sich mit der »Politik der Gemeinschaft«, d. h. mit der Umsetzung ihrer zuvor benannten Zielsetzungen befaßt. Diese Stellung deutet bereits an, welche hervorragende Rolle der Wettbewerbspolitik bei der Erreichung der integra-

<sup>4</sup> Eine gute Kombination einer einführenden Darstellung und einer funktionalen Analyse findet sich bei Reich, *Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die Europäischen Gemeinschaften*, 1987, S. 99 ff.

<sup>5</sup> Dazu Koch, in: Grabitz (Hrsg.), *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Loschblatt, Art. 85 Rz. 255 ff. Seit 1985 existiert hierzu eine GruppenfreistellungsVO, ABl. 1984, Nr. L 219, S. 15.

<sup>6</sup> Dieser unterfiel zunächst nicht direkt dem Art. 85, da die VO 17 für diesen Bereich nicht gilt, wird jetzt jedoch von Kommission und EuGH nach und nach dereguliert. Zuletzt hat der EuGH durch das Ahmed-Saed-Urteil kraftig nachgeholfen, das eine Klage wegen Verkaufs von Weichwährungstickets zurückwies, weil er Absprachen über Fluglinientarife für einen Verstoß gegen Art. 85 hält, NJW 1989, 2192.

<sup>7</sup> Zu dieser These Pactow/Tönnies, *Jb. für Sozialökonomie und Gesellschaftstheorie* 1986, 127 ff. (speziell zur Preisregulierung); Tonner, *DuR* 1989, 409, 412 ff. (zur 5. Kartellnovelle); a. A. Nahamowitz, *ZfRSoz.* 1988, 36, 53 ff., der dem GWB Effektivität infolge einer Vorfeldwirkung beimißt; vgl. auch Knieper, *Weltmarkt, Wirtschaftsrecht und Nationalstaat* (1976) S. 236 ff. mit Überlegungen, inwieweit Wettbewerbsrecht mehr als eine legitimatorische Funktion haben könnte.

<sup>8</sup> Der Ausdruck stammt von Mestmäcker, *Der verwaltete Wettbewerb* (1984).

<sup>9</sup> Das integrationspolitische Motiv wird in der Literatur nur selten als primäres charakterisiert, so von

tionspolitischen Zielvorgaben des Vertrages zukommt.<sup>9</sup> Das materielle Wettbewerbsrecht beschränkt sich auf zwei Artikel, die Art. 85 und 86. Alles übrige, nämlich die Art. 87 ff. EWG-V und die VO 17, sind Verfahrensvorschriften.

Der wesentlich bedeutendere der beiden Artikel ist der Art. 85, der wettbewerbsbehindernde Vereinbarungen oder Beschlüsse verbietet. Infolge dieser sehr weiten und generalklauselartigen Formulierung erhält das europäische Wettbewerbsrecht seine Konturen nicht durch Gesetz, sondern durch die Praxis der Kommission als Wettbewerbsbehörde und den EuGH. Das Wettbewerbsrecht ist übrigens der einzige Bereich, in dem die Kommission in nennenswertem Umfang direkt zugunsten und zulasten von Marktbürgern tätig werden kann und nicht auf die Umsetzung durch Organe der Mitgliedstaaten angewiesen ist. Im Gegensatz zum GWB und zum BKartA verfängt sich diese Praxis nicht in einem komplizierten Tatbestandsaufbau, da es im Zweifel keine Schwierigkeiten macht, ein als wettbewerbswidrig empfundenen Verhalten unter Art. 85 zu subsumieren. Art. 85 ist ein flexibles rechtliches Instrument, der es der Kommission erlaubt, ihre wettbewerbspolitischen Vorstellungen umzusetzen, wobei allerdings die Mitgestaltungsrolle des EuGH nicht zu vernachlässigen ist.

Ein Unternehmen, das sicher gehen möchte, ob sein geplantes Verhalten mit Art. 85 vereinbar ist, wird im Zweifel bei der Kommission anfragen. Ist die Kommission der Auffassung, daß das Verhalten nicht gegen Art. 85 Abs. 1 verstößt, erteilt sie ein Negativ-Attest, Art. 2 VO 17. Eine Art. 85 Abs. 1 verletzende Verhaltensweise ist gemäß Art. 85 Abs. 2 nichtig, kann jedoch im Einzelfall oder für ganze Fallgruppen gleichwohl nach Art. 85 Abs. 3 erlaubt werden. Die auf diese Weise ergangenen Einzel- und GruppenfreistellungsVocn spielen eine erhebliche Rolle (vgl. unten Abschnitt 4). Dem Wortlaut des Art. 85 Abs. 3 nach darf die Kommission freilich nicht jedes beliebige Verhalten freistellen, sondern muß berücksichtigen, ob das freigestellte Verhalten unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des wirtschaftlichen und technischen Fortschritts beiträgt.

Während bei der Entwicklung des GWB ein enger Zusammenhang mit der jeweils zeitgemäßen ökonomischen Wettbewerbstheorie auszumachen ist – der Böhm/Euckensche Ordoliberalismus als Hintergrundtheorie während der Entstehungsphase, die Theorie vom funktionsfähigen Wettbewerb Kantzenbachscher Provenienz als Patin der 2. GWB-Novelle von 1973<sup>10</sup> –, gibt es entsprechende Zusammenhänge für den EWG-V nicht, jedenfalls nicht so direkt.<sup>11</sup> Das ist auch nicht verwunderlich angesichts der Unterschiede der Rechtskulturen der Mitgliedstaaten zumal in der Gründungsphase der EG – man vergleiche nur das durchregulierte französische Wirtschaftsrecht der 50er/60er Jahre mit den deutschen Vorstellungen von Wettbewerb, die sich mit den Art. 85/86 im EWG-V bereits stärker durchsetzen konnten als im EGKS-Vertrag von 1951, der eher französisch geprägt ist.

Blickt man auf die Fallpraxis zu Art. 85, so stellt man fest, daß die Vorschrift einen sehr breiten Anwendungsbereich hat. Er reicht vom klassischen Kartellverbot

Nicolaysen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht* (1979), S. 141; typischer Fikentscher (oben N. 2) S. 566, der gleichrangig daneben das Ziel der Schaffung und Erhaltung von Wettbewerb als Marktregulierung ansieht.

<sup>10</sup> Vgl. zu diesen Zusammenhängen Reich, *Markt und Recht* (1977), S. 250 ff.; Ambrosius, *Jb. f. Sozialwissensch.* 1981, 154 ff.

<sup>11</sup> Was nicht heißt, daß dem Vertrag keine wirtschaftspolitischen Vorverständnisse zugrundeliegen. Man kann hier von einer »gemischten Wirtschaftsverfassung« sprechen, vgl. Reich (oben N. 4) S. 99; andere betonen, der EuGH habe zwar zum Wettbewerbsbegriff nicht Stellung bezogen, aber die marktwirtschaftlichen Prinzipien als Grundlage der Gemeinschaft festgehalten, Koch, in: Grabitz (oben N. 3) vor Art. 85, Rz. 4.

einschließlich des Verbots abgestimmter Verhaltensweisen<sup>12</sup> bis zu einer Fusionskontrollentscheidung (siehe unten Abschnitt 5). Ganz im Mittelpunkt steht jedoch die Kontrolle vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen, also einer wettbewerbsbeschränkenden Gestaltung von Vertriebswegen im wesentlichen durch die Hersteller. Das europäische Wettbewerbsrecht hat damit einen ganz anderen Anwendungsschwerpunkt als das GWB, das in § 18 eine kaum greifende Eingriffsbefugnis des BKartA für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen enthält und das Problem eher dem Diskriminierungsverbot des § 26 überläßt. An diesem Bereich sollen auch seine wesentlichen Funktionen deutlich gemacht werden (unten Abschnitte 3 und 4). Wesentlich weniger bedeutend ist Art. 86.<sup>13</sup> Er verbietet den Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Damit tauchen zwei Begriffe auf, deren Komplexität aus § 22 GWB bekannt ist: die Marktbeherrschung und der Mißbrauch. Im deutschen Recht haben die Schwierigkeiten des Mißbrauchsbegriffs zu einem weitgehenden Lahmliegen der Mißbrauchsaufsicht des BKartA geführt<sup>14</sup>; und die Tücken des Marktbeherrschungsbegriffs komplizieren die Fusionskontrolle, insbesondere bei Oligopolen.<sup>15</sup> Diese Probleme tauchen bei Art. 86 wieder auf. Zwar gibt es eine sehr breite Definition der Marktbeherrschung in der *United-Brands*-Entscheidung des EuGH<sup>16</sup>, so daß die Kommission an sich vom Instrument des Art. 86 Gebrauch machen könnte – im Gegensatz zum BKartA, dem die rechtlichen Instrumente von der Rechtsprechung regelmäßig stumpf gemacht werden. Offensichtlich ist die Bekämpfung von Marktmacht aber kein Schwerpunkt der Wettbewerbspolitik der Kommission, denn auf Art. 86 gestürzte Verfahren sind selten.<sup>17</sup>

Bevor auf die Funktionen des Wettbewerbsrechts selbst eingegangen wird, seien einige kurze Bemerkungen über den freien Warenverkehr und die Dienstleistungsfreiheit vorangestellt. Sie können die integrationspolitische Bedeutung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des Vertrages nur andeuten und keineswegs ausschöpfen; dies müßte Gegenstand einer eigenen Abhandlung sein. Es ist jedoch wichtig für das Verständnis der integrationspolitischen Bedeutung der Wettbewerbspolitik zu sehen, daß sie keineswegs der einzige Motor der Integrationspolitik ist.

Die Wettbewerbspolitik dient, wie alle Politik der Gemeinschaft, der Errichtung eines Gemeinsamen Marktes, Art. 2 EWG-V. Diesem Ziel dienen auch die vier wirtschaftlichen Grundfreiheiten des Vertrages, denen bekanntlich weder bürgerliche noch soziale Grundrechte gegenüberstehen: die Freiheit des Warenverkehrs, die Dienstleistungsfreiheit, die Niederlassungsfreiheit und die Freiheit des Kapitalverkehrs. Ursprünglich nur als Gleichbehandlungsgebote für Inländer und EG-Ausländer aufgefaßt, haben diese Freiheiten inzwischen eine erhebliche Stoßkraft bei der

<sup>12</sup> EuGH Slg. 1972, 619 – *Teerfarben*.

<sup>13</sup> Dazu Reich (oben N. 4) S. 129 ff. Aus den Kommentaren und Lehrbüchern wird die geringe Bedeutung des Art. 86 nicht immer deutlich.

<sup>14</sup> Das gilt nicht nur für das altbekannte Problem der Preismißbrauchsaufsicht. Neuere Versuche des BKartA, seine Befugnisse wenigstens für eine Konditionen-Mißbrauchsaufsicht zu nutzen, sind ebenfalls gescheitert. BGH NJW 1986, 846 – *Favonit*.

<sup>15</sup> Vgl. dazu Paetow/Tonner, WuW 1984, 781. Während das enge Oligopol früher unter dem Einfluß von Kantzenbach als klassischer Fall einer Marktbeherrschung galt, besteht heute angesichts von Chicago-Lehren »große Unsicherheit«, ob in dieser Situation typischerweise Wettbewerb herrscht oder nicht, vgl. Emmerich, Kartellrecht (5. Aufl. 1988), S. 226; Moschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1983) Tz. 528 f.

<sup>16</sup> NJW 1978, 2439. Danach ist als beherrschende Stellung i. S. von Art. 86 die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens anzusehen, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten (Leitsatz 1).

<sup>17</sup> In den von Sedemund/Montag, NJW 1989, 1409, 1414, mitgeteilten Verfahren zu Art. 86 hat der EuGH stets das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale dieser Vorschrift verneint.

Errichtung des Gemeinsamen Marktes entwickelt, allen voran die Freiheit des Warenverkehrs gem. Art. 30.<sup>18</sup> Diese Vorschrift enthält ein Verbot für die Mitgliedstaaten, Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen zu erlassen oder beizubehalten. Seit der Cassis-de-Dijon-Entscheidung des EuGH von 1979<sup>19</sup> können alle möglichen Schutzvorschriften der Mitgliedstaaten, die auf die Gestaltung oder Vermarktung von Produkten Einfluß haben, verbotene Maßnahmen gleicher Wirkung sein, es sei denn, sie sind durch einen der in Art. 36 aufgezählten Gründe (i. w. öffentliche Sicherheit, Gesundheitsschutz und Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums) gerechtfertigt. Der EuGH hat diese Gründe um den in Art. 36 nicht genannten Verbraucherschutz erweitert, sie aber alle unter eine Verhältnismäßigkeitskontrolle gestellt, um versteckte protektionistische Maßnahmen zu verhindern. Im Cassis-Fall durfte ein französischer Likör in der BRD nicht vermarktet werden, weil er nicht den nach einem deutschen Gesetz für Liköre erforderlichen Alkoholgehalt aufwies. Der EuGH urteilte, daß unter Verbraucherschutzgesichtspunkten eine Vorschrift über die Angabe des Alkoholgehaltes ausgereicht hätte. Dem Cassis-Urteil folgten eine Reihe ähnlicher Entscheidungen, von denen die bekanntesten das Verdikt über das Reinheitsgebot für Bier in der Bundesrepublik Deutschland und für Nudeln in Italien sind.<sup>20</sup>

Das Cassis-Urteil ist verschiedentlich, auch von der Kommission<sup>21</sup>, als Vehikel für eine Negativ-Integrationspolitik<sup>22</sup> angesehen worden. Das soll heißen, daß Vorschriften der Mitgliedstaaten, die die Herstellung und Vermarktung von Produkten betreffen, auf dem jeweils niedrigsten Niveau vereinheitlicht würden, weil ein höheres Niveau in einzelnen Mitgliedstaaten als gem. Art. 30 verbotenes Handelshemmnis anzusehen sei – eine erhebliche Gefährdung für eine fortschrittlichere Umwelt<sup>23</sup> – oder Verbraucherpolitik einzelner Mitgliedstaaten. Dieses Liebäugeln der Kommission mit einer Negativ-Integration ist die Reaktion auf ein Auflaufen ihrer Positiv-Integrationspolitik der 70er Jahre an den vielfältigsten Widerständen.<sup>24</sup> Positiv-Integration soll heißen, eine Rechtsvereinheitlichung auf vergleichsweise hohem Niveau mit Hilfe von Richtlinien (Rechtsgrundlage: Art. 100) anzustreben. Doch der praktische Integrationsprozeß der 80er Jahre verläuft nicht in solchen Extremen, vielmehr zwischen den Polen. Man kann auch keineswegs den EuGH für den einseitigen Negativ-Integrations-Standpunkt vereinnahmen; vielmehr hat er ja ausdrücklich die Legitimität gewisser Schutzpolitiken der Mitgliedstaaten anerkannt

18 Vgl. dazu Reich (oben N. 4), S. 47 ff., Steindorff, ZHR 148 (1984) 338 ff.

19 NJW 1979, 1776. Von den zahlreichen Stellungnahmen, die dieses Urteil erfahren hat, seien nur zwei zitiert, denen die hier vertretene Einschätzung folgt: Bourgoignie, in: Bourgoignie/Trubek, Consumer Law, Common Markets and Federalism in Europe and the United States (1987) S. 165 ff. und Reich, in: Festschrift Coing Bd. 2 (1982) S. 441 ff.

20 EuGH NJW 1987, 1133 (Bier) und 1988, 2169 (Nudeln).

21 In einer antiligen Verlautbarung erklärte die Kommission, aus dem Urteil ergebe sich, daß Produkte, die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden seien, grundsätzlich in der ganzen Gemeinschaft zirkulationsfähig seien, ABl. 1980, Nr. C 256, S. 2.

22 Das Begriffspaar Negativ- und Positiv-Integration stammt von Reich (oben N. 4) passim.

23 So ließ der EuGH vor kurzem eine dänische Regelung an Art. 30 scheitern, die ein obligatorisches Pfand- und Rücknahmesystem für Getränkeverpackungen vorgesehen hatte. Allerdings ist das Urteil nicht schlechthin gegen mitgliedstaatlichen Umweltschutz gerichtet, vielmehr wird erstmals anerkannt, daß Umweltschutz im Rahmen von Art. 30 zu berücksichtigen ist. Die dänische Regelung scheiterte am Übermaßverbot, weil sie außerdem eine Genehmigung der Verpackungen und für ausländische Anbieter nur ein beschränktes Kontingent genehmigungsfreier Verpackungen vorsah, Ur. v. 20.9.1988, Rs. 302/86, NJW 1989, 3084 (Ls.) = NVwZ 1989, 849.

24 Dazu jeweils am Beispiel des Verbraucherschutzes Bourgoignie, in: Bourgoignie/Trubek (oben N. 19) S. 200 ff. und Krämer, EWG-Verbraucherrecht (1985), Tz. 205 ff. zur irreführenden Werbung und Tz. 330 zur Produkthaftung, wo er jeweils die ursprünglichen Entwürfe mit den endgültigen Fassungen vergleicht.

und »nur« unter seine durchaus die verschiedenen Interessen austarierende Verhältnismäßigkeitskontrolle gestellt.<sup>25</sup> Dabei folgt er im Verbraucherschutz dem Informationsmodell, d. h. Aufklärung der Verbraucher wird als den Hersteller weniger als Verkehrsverbote belastende Maßnahme präferiert. Eines wird jedoch deutlich: Das »Ob« des Integrationsprozesses steht ganz im Vordergrund, das »Wie« (positiv oder negativ) ist demgegenüber zweitrangig. Der Integrationsprozeß kann Schutzpolitiken der Mitgliedstaaten vertragen<sup>26</sup>; wenn sie ihm jedoch in die Quere kommen, ziehen sie den kürzeren. Als rechtliches Instrument dazu steht Art. 30 bereit.

Der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 59 könnte in näherer Zukunft eine ähnliche Bedeutung zuwachsen. Zwar ist Art. 59 durch die Rechtsprechung des EuGH noch keineswegs so entfaltet wie Art. 30<sup>27</sup>, doch ist vorstellbar, daß die Dienstleistungsfreiheit zum Aufbrechen von rechtlichen Marktabstottungen der Mitgliedstaaten instrumentiert wird. Ein besonders markantes Beispiel könnte der deutsche Versicherungsmarkt werden, der bislang durch das VAG vom Wettbewerb weitgehend verschont bleibt und dieses als Marktzutrittschranke für die unliebsame starke britische Konkurrenz instrumentieren konnte.<sup>28</sup> Das könnte bald vorbei sein; mit Hilfe der Dienstleistungsfreiheit dürften mitgliedstaatliche Regelungen, die zur Marktabstottung führen, aufgebrochen werden können.

### 3. Die integrationspolitische Bedeutung des Wettbewerbsrechts

Die wirtschaftlichen Grundfreiheiten erstreben das Ziel des Gemeinsamen Marktes dadurch, daß sie das Interesse der Unternehmen an diesem Markt ausnutzen und ihnen Rechte gegen mitgliedstaatliche Behinderungen des Gemeinsamen Marktes an die Hand geben; die Unternehmen werden in diesem Bereich zu Akteuren bei der Schaffung des Binnenmarktes. Dagegen macht die Wettbewerbspolitik sie zu Adressaten; sie werden daran gehindert, ihrerseits den Binnenmarkt zu behindern. Viele Behinderungen resultieren allerdings daraus, daß sich die Unternehmen die bisherigen Unvollkommenheiten des Binnenmarktes zunutze machen, meist durch Marktabstottungen. Diese werden sowohl von schwächeren wie von stärkeren Unternehmen betrieben: Die einen errichten Marktzutrittschranken gegen stärkere EG-ausländische Konkurrenz, die anderen, die bereits auf allen Märkten präsent sind, versuchen, das Preisgefälle zwischen den Mitgliedstaaten aufrecht zu erhalten und sich zunutze zu machen. Ziel der Wettbewerbspolitik ist es, die aus dem noch nicht realisierten Binnenmarkt resultierenden Dysfunktionalitäten zu beseitigen.

Dies sei an einem Beispiel erläutert: Bekanntlich gibt es einen grauen Markt für reimportierte Autos. Dieser kommt letztlich durch die sehr unterschiedlichen Mehrwertsteuersätze in der Gemeinschaft zustande. In einem Mitgliedstaat mit

<sup>25</sup> Auf die Differenzen zwischen dem Cassis-Urteil und seiner Interpretation durch die Kommission weisen auch Bourgoigne und Reich (beide oben N. 19) hin. Auch das Urteil über die dänische Pfandflaschenregelung darf nicht als Verdikt über mitgliedstaatliche Umweltschutzmaßnahmen aufgefaßt werden, s. o. N. 23.

<sup>26</sup> Reich (oben N. 4) S. 36 spricht von einem »hinkenden Parallelismus« der europäischen Schutzpolitiken im Verhältnis zu den mitgliedstaatlichen, Bourgoigne von einem »by-product«.

<sup>27</sup> Zum bisherigen Stand vgl. Roth, EuR 1986, 340 und 1987, 7; Reich ZHR 153 (1989) 571 ff. mit weiterführenden Ansätzen.

<sup>28</sup> Vgl. statt vieler in Kürze Reich (oben N. 4) S. 85 ff. und ausführlich Schlappa, Die Kontrolle von Allgemeinen Versicherungsbedingungen im deutschen Versicherungsaufsichtsrecht und der freie Dienstleistungsverkehr im EG-Recht (1987).

hohen Steuern kann der Hersteller nicht den gleichen Preis (vor Steuern) verlangen wie in einem Mitgliedstaat mit niedrigen Steuern. Also ist der Netto-Preis des gleichen Autos z.B. in Dänemark niedriger als in der Bundesrepublik, und es besteht ein Anreiz, Autos aus Dänemark in die Bundesrepublik zu reimportieren. Das ist natürlich nicht im Interesse des Herstellers, und er versucht durch ein möglichst wasserdichtes Vertriebssystem solche Reimporte zu verhindern. Dies wiederum begreift die EG-Kommission als Behinderung des Gemeinsamen Marktes und versucht mit allen Mitteln, daß die Vertriebssysteme so gestaltet werden, daß solche Reimporte, Parallelimporte genannt, möglich bleiben.

Ausgangspunkt dieser Politik ist der Grundig/Consten-Fall aus dem Jahre 1966.<sup>29</sup> Consten war der französische Alleinvertriebsberechtigte von Grundig. Consten verpflichtete sich, Grundig-Produkte nur in Frankreich zu verkaufen; dafür verpflichtete sich Grundig, seinen nichtfranzösischen Abnehmern zu verbieten, nach Frankreich zu liefern. Beide Seiten versprachen, diese Verpflichtung innerhalb ihrer Absatzkette weiterzugeben. Gleiche Verträge schloß Grundig mit seinen Haupthändlern in den anderen Mitgliedstaaten ab. Dadurch entstand ein System, das Querlieferungen zwischen Händlern aus verschiedenen Mitgliedstaaten ausschloß. Daran hatte vor allem Grundig ein Interesse, weil es die Vorteile des Preisgefälles innerhalb der EG selbst abschöpfen und nicht seinen Händlern oder gar den Verbrauchern zukommen lassen wollte. Ohne Preisgefälle, d.h. bei intaktem Binnenmarkt, hätte die ganze Marktsegmentierungsaktion keinen Sinn gemacht. Das Verbot dieses Vertriebssystems durch die Kommission wurde vom EuGH bestätigt.

Zusätzlich nutzten Grundig und Consten die Marktabschottungswirkung von Warenzeichen aus. Consten wurde Alleinberechtigter des in Frankreich eingetragenen Grundig-Warenzeichens und konnte damit gegen Parallelimporte warenzeichenrechtlich vorgehen. Der EuGH hat diese Strategie inzwischen durch den sog. EG-Erschöpfungsgrundsatz vereitelt. Danach kann gegen Waren, die einmal in einem Mitgliedstaat mit Zustimmung des Berechtigten in Verkehr gebracht wurden, in einem anderen Mitgliedstaat aus dem parallel bestehenden Recht nicht mehr vorgegangen werden. Dieser Grundsatz gilt für alle gewerblichen Schutzrechte.<sup>30</sup> Die Grundig/Consten-Entscheidung ist bis heute der Kern des europäischen Wettbewerbsrechts geblieben. Die weitere Entwicklung bestand im wesentlichen darin, ihre Grundsätze zu verfeinern, auf Nuancierungen der Vertriebssysteme wie selektiven Alleinvertrieb<sup>31</sup> oder Franchising-Systeme<sup>32</sup> zu reagieren und vor allem festzulegen, wieweit Alleinvertriebssysteme gehen dürfen, ohne die Essentialia der wettbewerbspolitischen Vorstellungen der Kommission zu verletzen. Dies geschah in einem »Wechselspiel« zwischen Kommission und EuGH. Für wichtige Bereiche wurden zunächst Einzelfreistellungen gewährt, deren strittige Fragen in Verfahren vor dem EuGH ausgetragen wurden.<sup>33</sup> Seit einigen Jahren »konsolidiert« die

<sup>29</sup> EuGH Slg. 1966, 321. Vgl. dazu Reich (oben N. 4) S. 112 ff. und Joerges/Hiller/Holzschek/Micklitz, Vertriebspraktiken im Automobilersatzteilsektor (1985) S. 98 ff. (Joerges).

<sup>30</sup> Patentrecht: EuGH WuW/E EWG/MUV 331 – Centrafarm I (1974); Warenzeichenrecht: EuGH WuW/E EWG/MUV 337 – Centrafarm II (1974); Urheberrecht: EuGH Slg. 1971, 487 – Deutsche Grammophon/Metro.

<sup>31</sup> Bei einem selektiven Vertriebssystem werden die Händler nach quantitativen (nur eine bestimmte Anzahl pro Gebiet) und/oder qualitativen (z.B. Fähigkeit zu Service-Leistungen) Gesichtspunkten ausgewählt, s. u. Abschnitt 4.

<sup>32</sup> Grundlegend war die Pro-Nuptia-Entscheidung des EuGH, NJW 1986, 1415, die das System unter nicht sehr einschneidenden Voraussetzungen zuläßt, dazu Joerges, ZHR 151 (1987) 195 ff. Diesem Urteil folgte eine GruppenfreistellungsVO, die VO 556/89, ABl. 1989 Nr. L 461, S. 1.

<sup>33</sup> EuGH Slg. 1979, 2435 – BMW, Slg. 1977, 1875, – Metro/Saba I; Ur. v. 20. 10. 1986 – Metro/Saba II, berichtet bei Sedemund/Montag, NJW 1987, 551. Die Verzahnung von Rechtsprechung des EuGH und



#### 4. Integrationspolitik durch Gruppenfreistellungsverordnungen

Die Systematik des Art. 85 führt dazu, daß im Rahmen seines Abs. 1 relativ weitgehend unternehmerisches Verhalten als wettbewerbsbeschränkend definiert werden, dieses Verdikt durch Einzel- oder GruppenfreistellungsVOen im Rahmen von Abs. 3 aber flexibel wieder zurückgenommen werden kann. Die Flexibilität wird auf die Spitze getrieben, wenn innerhalb von GruppenfreistellungsVOen für bestimmte Fälle eine Anmeldepflicht der Unternehmen bei der Kommission vorgeschrieben wird, verbunden mit einer Widerrufsmöglichkeit der Freistellung durch die Kommission.<sup>34</sup> Die wichtigsten GruppenfreistellungsVOen sind folgende:<sup>35</sup>

- VO 1983/83 betreffend Alleinvertriebsverträge,
- VO 1984/83 betreffend Alleinbezugsverträge,
- VO 2349/84 betreffend Patentlizenzenverträge,
- VO 417/85 betreffend Spezialisierungsvereinbarungen
- VO 418/85 betreffend F&E-Verträge,
- VO 4087/88 betreffend Franchise-Vereinbarungen und
- VO 556/89 betreffend Know-How-Verträge.

Branchenspezifische Gruppenfreistellungen sind die Ausnahme; hier ist die VO 123/85 betreffend den Kfz.-Vertrieb zu nennen.

Der Mechanismus der verschiedenen Absätze des Art. 85 und der GruppenfreistellungsVOen soll am Beispiel des selektiven Vertriebs deutlich gemacht werden. Viele Erscheinungsformen dieser Vertriebsstrategie werden als wettbewerbsbeschränkend im Sinne von Art. 85 Abs. 1 angesehen (4.1), gleichwohl über Freistellungen erlaubt (4.2). Ein näherer Blick auf das, was erlaubt wird und was nicht, wird zeigen, daß die Kommission gegen selektive Vertriebssysteme an sich nichts einzuwenden hat<sup>36</sup>, auch wenn sie den Wettbewerb behindern, solange sie nicht zur Abschottung der Märkte der Mitgliedstaaten verwendet werden (4.3).

4.1. Bei einem selektiven Vertriebssystem setzt der Hersteller seine Produkte nur über ausgewählte Händler ab. Ob der Hersteller das System bis zum letzten Einzelhändler kontrolliert, ist unterschiedlich; man spricht je nachdem von einem offenen oder geschlossenen System.<sup>37</sup> Hersteller und Händler bezwecken damit vor allem, die Erträge ihrer pre-sale-Aufwendungen, vor allem der Werbung, in die eigene Scheuer fahren zu können und nicht an Außenseiter zu verlieren. Selektive Vertriebssysteme kommen daher vor allem bei hochwertigen Konsumgütern vor. Als gem. Art. 85 Abs. 1 zulässig angesehen wird eigentlich nur die sog. einfache Fachhandelsbindung, d. h. die Auswahl der Händler unter qualitativen Kriterien

Verordnungsgebung der Kommission kann hier nicht nachgezeichnet werden, vgl. Reich (oben N. 4) S. 112 ff.

<sup>34</sup> Dieses Widerspruchsverfahren ist vor allem in neueren FreistellungsVOen enthalten; skeptisch aus wettbewerbspolitischen Gründen Neumann, RIW 1985, 97 (=Beitrag zur Neuaufteilung des Gemeinsamen Marktes durch interessensabgrenzende Kartellvereinbarungen-); aus Sicht der Wirtschaft positive Einschätzung bei Wiedemann, DB 1988, 2345.

<sup>35</sup> Die genannten Verordnungen sind abgedruckt und kommentiert bei Bunte/Sauter, EG-Gruppenfreistellungsverordnungen (1988), wobei die beiden neuesten in der Entwurfsfassung berücksichtigt sind.

<sup>36</sup> Sie beurteilt sie sogar offiziell als positiv, 11. Wettbewerbsbericht (1982) S. 26 f.

<sup>37</sup> Bail, in: v. d. Groeben/Boeckh/Thüsing/Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, 3. Aufl. 1983, Art. 85, Rn. 218; zum ganzen Joerges u. a. (oben N. 29) S. 94 ff. (Joerges), Reich (oben N. 4) S. 112 ff.



(Fähigkeit des Händlers zum after-sale-service, angemessener Bevorratung und Warenpräsentation). Die Auswahl muß diskriminierungsfrei erfolgen.<sup>38</sup> Wettbewerbsbeschränkend sind dagegen Beschränkungen des Weiterverkaufs, insbesondere Verbote der Quer- oder Rücklieferung innerhalb des Systems<sup>39</sup>, sog. qualifizierte Fachhandelsbindungen (Übernahme zusätzlicher Vertriebsförderungspflichten und besonderer Absatzleistungen)<sup>40</sup> und eine quantitative Selektion (Beschränkung der Zahl der Händler).<sup>41</sup>

4.2. Selektive Vertriebssysteme sind nicht selten gleichzeitig Alleinvertriebssysteme. Auf diese reagierte die Kommission zunächst mit einer Gruppenfreistellung in der VO 67/67, die 1983 durch die VOen 1983/83 und 1984/83 abgelöst wurde.<sup>42</sup> Der VO 1983/83 zufolge ist Inhalt der freigestellten Vereinbarungen die Pflicht des einen Vertragspartners, im Vertragsgebiet bestimmte Waren nur an den anderen Vertragspartner zu liefern. Der Lieferant darf im Vertragsgebiet also keine Vertriebsaktivitäten mehr entfalten, wohl aber außerhalb desselben, und zwar auch an Kunden aus dem Vertragsgebiet. Der Händler darf einem Konkurrenzverbot zugunsten des Lieferanten und einer ausschließlichen Bezugspflicht für Vertragswaren unterworfen werden, und ihm darf verboten werden, außerhalb des Vertragsgebietes zu akquirieren und zu werben. Die VO 1984/83 regelt Alleinbezugsverträge. Sie beschränkt die Laufzeit solcher Verträge auf fünf, für Bierbezugs- und Tankstellenverträge auf zehn Jahre.<sup>43</sup>

Besonders interessant und wichtig ist die VO 123/85, die eine Gruppenfreistellung für den Automobilsektor enthält.<sup>44</sup> Die Automobilindustrie konnte mit dieser VO die wettbewerbsrechtliche Absegnung des Kerns des bislang praktizierten Vertriebssystems erreichen. Die Hersteller dürfen den Händlern Aktivitäten außerhalb ihres Vertragsgebietes untersagen – das ist der unangetastet gebliebene Kern des ganzen –, und sie dürfen ihnen Mindestabnahme- und Lagerhaltungspflichten auferlegen. Verwender der Händler Ersatzteile, die er nicht vom Hersteller bezogen hat, muß er den Kunden darauf hinweisen, auch wenn es sich um sog. Identteile handelt, die vom gleichen Zulieferer des Herstellers stammen wie die Originalersatzteile. Die Kommission konnte durchsetzen, daß solche Ersatzteile überhaupt verwendet werden dürfen, daß Garantieleistungen EG-weit erbracht werden<sup>45</sup>, also z. B. auch für ein in einem anderen Mitgliedstaat gekauftes Auto, und daß der Händler in jedem Mitgliedstaat mit den Fahrzeugtypen beliefert werden muß, die es in anderen Mitgliedstaaten gibt, etwa in der Bundesrepublik mit rechtsgesteuerten Autos.<sup>46</sup> Außerdem enthält die VO minimale Händlerschutzvorschriften in Form von Mindestlaufzeit- und kündigungsfristen für die Händlerverträge.

38 EuGH Slg. 1977, 1905 – Metro/Kommission. Man beachte die Parteien: Ein ausgeschlossener Billiganbieter hatte eine Freistellung der Kommission angegriffen.

39 Kommission, ABl. 1976 Nr. L 28, S. 19 – SABA.

40 EuGH – Metro/Kommission (oben N. 38). Dazu zählen Mindestumsatzklauseln, die Abnahme einer Mindestmenge, der Bezug des vollständigen Warensortiments oder die Unterhaltung eines Mindestlagerbestandes.

41 EuGH Slg. 1980, 2511 – Lancôme/Etos.

42 Detaillierte Inhaltsangabe bei de Bronett, in: v. d. Groeben u. a. (oben N. 37) Rn. 209ff.

43 Detaillierte Inhaltsangabe bei de Bronett, in: v. d. Groeben u. a. (oben N. 37) Art. 85 Rn. 217.

44 ABl. Nr. L 15 v. 18. 1. 1985, dazu Joerges u. a. (oben N. 29) S. 317ff. (Joerges).

45 Nach einer EuGH-Entscheidung dürfen bei einem EG-weiten Garantiesystem parallelimportierte Erzeugnisse nicht ausgeschlossen werden, EuGH NJW 1986, 1417 – Swatch.

46 Hintergrund dieser Vorschrift ist die Ford-Entscheidung des EuGH, Urt. v. 17. 9. 1985, Rs. 25 & 26/84. Die Kommission hatte zunächst mit einer einstweiligen Anordnung die Kölner Fordwerke verpflichtet, ihre deutschen Händler mit rechtsgesteuerten Fahrzeugen zu beliefern, die dort häufiger von britischen Staatsangehörigen nachgefragt werden, z. B. Soldaten der Rheinarmee, weil diese so die hohen britischen Steuern sparen. Nachdem der EuGH die Anordnung aus formalen Gründen aufgehoben hatte, verweigerte die Kommission Ford eine Einzelfreistellung des Vertriebssystems, was vom EuGH bestätigt wurde, vgl. Reich (oben N. 4) S. 122.

Interessant ist zu sehen, wo die Kommission sich durchgesetzt hat. Die Entmachtung der Händler und damit die Verhinderung von Wettbewerb auf der vertikalen Stufe hat sie weitgehend hingenommen, aber dort, wo es um die Verhinderung von Marktabstottungsstrategien ging, wurde sie aktiv. Sowohl die EG-weite Garantie als auch die Verpflichtung, nur in einzelnen Mitgliedstaaten verwendbare Autos in allen Mitgliedstaaten auszuliefern, mögen zwar auch dem Verbraucher nützen<sup>47</sup>, hinter ihnen steht aber primär das Motiv, Parallelimporte zu ermöglichen. Wenn die Hersteller Garantieleistungen auf im Inland verkaufte Wagen beschränken dürften, wäre ein Parallelimport von Neufahrzeugen aus anderen EG-Mitgliedstaaten praktisch nicht möglich, weil der Käufer in seinem Heimatstaat keine Garantieleistungen erlangen könnte. Wenn rechtsgesteuerte Autos nicht überall in der EG ausgeliefert werden müssten, kämen Briten überhaupt nicht in den Genuß von Parallelimporten.

Die EG-Kommission wollte eigentlich das Preisgefälle in der EG sehr viel energischer bekämpfen. Im ursprünglichen Entwurf war vorgesehen, daß die Freistellung dann entfallen sollte, wenn für einen bestimmten Fahrzeugtyp die Preise zwischen den Mitgliedstaaten um mehr als 12 % differierten. Doch es gelang der Autolobby, daß diese Vorschrift aus dem Entwurf wieder herausgenommen wurde. Dieser Vorgang wirft ein bezeichnendes Licht auf das Zustandekommen der ganzen VO.<sup>48</sup> Formal war die Kommission beim Erlaß der VO autonom, denn sie ist aufgrund einer VO des Ministerrats generell zum Erlaß von GruppenfreistellungsVOen ermächtigt.<sup>49</sup> Faktisch findet aber der gleiche Lobby-Prozeß statt, wie wir ihn vom nationalen Recht bei der Vorbereitung von Gesetzen kennen. Besser organisierte Interessen haben dann natürlich bessere Durchsetzungschancen.<sup>50</sup> Wettbewerbsrecht wird nicht mehr den Wirtschaftssubjekten als Rahmenbedingung gesetzt, sondern es wird mit ihnen ausgehandelt. Ein Gemeinsamer Markt ohne Preisdifferenzierungsmöglichkeiten verstieß offenbar zu sehr gegen Gewinnmaximierungsinteressen. Umsomehr mußte die Kommission bestrebt sein, wenigstens die Parallelimportwege freizuhalten. Das wurde dann zugestanden.

Wie sehr andere Interessen als die der Hersteller hintangestellt werden, wenn integrationspolitische Aspekte nicht berührt sind, zeigt die Behandlung der Ersatzteilverfrage. Betroffen sind die Interessen der Zulieferer, der Hersteller, der Händler und der Verbraucher. Die Zulieferer und Händler müssen ein Interesse daran haben, daß die Ersatzteile direkt von den Zulieferern an die Werkstätten geliefert werden können, um den verteuerten Umweg über den Hersteller zu ersparen. Die Verbraucher können hoffen, daß die Händler die ihnen entstandenen Preisvorteile weitergeben. Die Hersteller möchten jedoch am Ersatzteilgeschäft auch insoweit partizipieren, als sie die Ersatzteile nicht selber herstellen. Der Umweg der Ersatzteile über den Hersteller wird damit gerechtfertigt, daß nur so eine Qualitätskontrolle und ein vollständiges Sortiment gewährleistet sei.<sup>51</sup> Nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland konnten die Händler dieses Interesse bislang durch-

47 Ein weiterer Beleg für die These von Bourgoignie, in: Bourgoignie/Trubek (oben N. 19) S. 200 und Reich (oben N. 4) S. 36, daß Verbraucherschutz in der EG nur als »by-product« anderer Politiken durchsetzbar ist.

48 Dazu Joerges u. a. (oben N. 29) S. 318 ff. (Joerges).

49 VO 2821/71, ABJ. Nr. L 285, S. 46.

50 Theoretisch zu den schlechten Durchsetzungschancen von »diffusen« Interessen, wozu Verbraucher- und Umweltinteressen zählen, in der EG Reich (oben N. 4) S. 19 ff., empirisch mit Zahlenangaben über die Lobby-Vertretungen in Brüssel (Schätzungen schwanken zwischen 400 und 2000) und die schlechte Ausstattung der Verbraucherorganisationen Bourgoignie, in: Bourgoignie/Trubek (oben N. 19) S. 190 ff. und Kramer (oben N. 24) Tz. 60 ff. (ohne Bewertung).

51 Vgl. Joerges u. a. (oben N. 29) S. 33 ff. (Hiller).

setzen; zwei Versuche des BKartA, den direkten Vertriebsweg der Ersatzteile nach § 26 GWB zu erzwingen, sind gescheitert.<sup>52</sup>

Das Problem ist im Vorfeld der Verabschiedung der VO 123/85 von der Kommission gesehen und mit einem Kompromiß gelöst worden, der jedoch nur der Form nach ein Kompromiß ist, der Sache nach aber alles beim alten läßt: Zwar besteht im Prinzip eine Bezugsfreiheit des Händlers, jedenfalls für Ersatzteile, die den »Qualitätsstandard von Vertragswaren« erreichen, außer bei Garantiearbeiten. Der Hersteller darf den Händler aber verpflichten, seine Kunden auf die Verwendung von Ersatzteilen Dritter hinzuweisen. Das dürfte noch hinzunehmen sein; entscheidend ist aber, daß der Hersteller den Bedarf des Händlers an Ersatzteilen vorausschätzen und entsprechende Bevorratungsmengen festsetzen darf. In der Praxis bedeutet das, daß aufgrund der EDV-Integration der Werkstätten in die Organisation des Herstellers allein die Entnahme von Ersatzteilen beim Händler eine automatische Nachbestellung beim Hersteller auslösen kann, so daß der Händler kaum einen Spielraum hat, Ersatzteile von Dritten zu beziehen.<sup>53</sup> Die VO 123/85 ist insoweit – nämlich wie integrationspolitische Aspekte nicht betroffen sind – rein legitimatisches Recht: Ein Interessenkonflikt wird zwar in den Gesetzestext mit aufgenommen, aber so gelöst, daß die Interessen des Stärkeren sich durchsetzen können.

### 5. Europäische Fusionskontrolle

Im Gegensatz zur Verwaltungspraxis und Rechtsprechung bei vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen ist das europäische Wettbewerbsrecht bei horizontalen oder konglomeraten Wettbewerbsbeschränkungen in Form von Fusionen bislang weder integrationspolitisch noch in sonstiger Weise effektiv geworden. Eine europäische Fusionskontrolle war erstmals 1973 in der Diskussion, als der EuGH in der Continental-Can-Entscheidung<sup>54</sup> in Übereinstimmung mit der Kommission die Befugnis dazu direkt aus Art. 86 entnahm. Von der Kommission daraufhin vorgelegte Verordnungsentwürfe blieben jedoch im Ministerrat liegen; die Continental-Can-Entscheidung blieb trotz verbaler Bekundungen der Kommission, die Continental-Can-Doktrin zu praktizieren, vereinzelt. Wegen der Nichtbehandlung ihrer Entwürfe im Ministerrat überlegte die Kommission, Art. 85 und 86 direkt auf Fusionen anzuwenden.<sup>55</sup> Da kam ihr die Entscheidung des EuGH vom 17. 11. 1987 in Sachen Morris/Rothmans gerade recht.<sup>56</sup>

Die Fallgeschichte ist nicht ohne Reiz.<sup>57</sup> Die Rembrandt Group Ltd. wollte der Philip Morris Inc. 50% der Anteile an der Rothmans Holding einräumen. Diese Vereinbarung beanstandete die EG-Kommission, weil sie den Wettbewerb zwischen Morris und Rothmans zum Erliegen gebracht hätte, insbesondere auch wegen bestimmter Zusatzvereinbarungen. Nach längeren Verhandlungen mit der Kommission wurden der Anteil von Morris an der Rothmans Holding auf 30,8% des Kapitals und 24,9% der Stimmrechte reduziert und der Kommission bestimmte

<sup>52</sup> BGH WuW/E BGH 509 – VW-Original-Ersatzteile I; BGHZ 81, 322 – VW-Original-Ersatzteile II; dazu Joerges u. a. (oben N. 29) S. 141 ff. (Hiller). Die Regelung des Problems in der VO 123/85 bedeutet, daß das deutsche Recht auch zu dieser Frage obsolet geworden ist.

<sup>53</sup> Eine plastische Schilderung dieses Vorgangs findet sich bei Joerges u. a. (oben N. 29) S. 48 ff. (Hiller).

<sup>54</sup> NJW 1973, 966.

<sup>55</sup> Erklärung von Kommissar Sutherland im Ministerrat, WuW 1987, 876.

<sup>56</sup> EuGH NJW 1988, 3083 – Zigaretten, dazu Immenga/Fuchs NJW 1988, 3052; Satzky DB 1988, 379; v. Winterfeld RIW 1988, 958.

<sup>57</sup> Vgl. die Darstellung bei Satzky DB 1988, 379.

Zusagen gemacht. Die Kommission war damit zufrieden, nicht jedoch die Konkurrenz (BAT und Reynolds), die sich wegen weiterhin bestehender wettbewerbsrechtlicher Bedenken bei der Kommission beschwerte – wohl zu Recht – und gegen die Ablehnung ihrer Beschwerden beim EuGH klagte. Der EuGH gab zwar der Kommission recht, stellte bei der Gelegenheit jedoch fest, daß ein Fusionsverbot grundsätzlich auf Art. 85 {O EWG-V} gestützt werden könne. Der Erwerb einer Kapitalbeteiligung an einem Wettbewerber könne als Instrument dienen, um das Geschäftsverhalten der beteiligten Unternehmen im Sinne einer Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs zu beeinflussen.

Die Kommission legte daraufhin sehr rasch wiederum einen Entwurf für eine Fusionskontrollverordnung vor, der nach sehr kontroverser Diskussion im Ministerrat, die zu verschiedenen Überarbeitungen des Kommissionsvorschlags führte, am 21. 12. 1989 verabschiedet wurde<sup>58</sup>. Nach den ursprünglichen Vorschlägen wäre wegen der Vorrangtheorie eine Fusionskontrolle nach dem GWB bei mindestens zwei Mitgliedstaaten umfassenden Vorgängen nicht mehr möglich gewesen; das BKartA wäre arbeitslos geworden. Die Bundesrepublik Deutschland konnte sich dagegen jedoch durchsetzen. Es wird eine nationale Restkontrolle geben. Greift die EG-Kommission einen Zusammenschluß nicht auf, obwohl sie eigentlich zuständig wäre, kann sie von sich aus oder auf Antrag den Fall an die zuständige nationale Kartellbehörde verweisen. Weigert sie sich, kann der Mitgliedstaat den EuGH anrufen.

Übrigens hatte auch das BKartA den Morris/Rothmans-Fall aufgegriffen und an ihm demonstriert, daß das GWB extraterritoriale Auswirkungen haben kann und das Auswirkungsprinzip gilt<sup>59</sup>. Es durfte den Fall trotz Vorrangtheorie aufgreifen, weil es nach bisherigem Rechtsverständnis eine europäische Fusionskontrolle nicht gab.

Zum wesentlichen Inhalt der neuen FusionskontrollVO gehört die heftig umstritten gewesene Aufgreifschwelle. Nach dem GWB beginnt die Kontrolle bei einem Umsatz der betroffenen Unternehmen von zusammen 500 Mio DM, nach der EG-FusionskontrollVO liegt die Aufgreifschwelle bei 5 Milliarden ECU Weltumsatz der betroffenen Unternehmen zusammen und 250 Mio ECU Umsatz auf dem Gemeinsamen Markt von mindestens zwei der betroffenen Unternehmen. Außerdem gibt es dem GWB unbekannte Abwägungsmöglichkeiten, die ein weiterer Streitpunkt im Ministerrat waren. Nach dem GWB dürfen nur wettbewerbspolitische Vor- und Nachteile einer Fusion berücksichtigt werden; nach der EG-FusionskontrollVO ist als weiteres Kriterium die Formel »Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert« zu beachten. Dies ist eine Abschwächung gegenüber den ersten Entwürfen, die eine offene Abwägung von wettbewerbs- und industriepolitischen Kriterien vorsahen und auf heftige deutsche Kritik gestoßen waren<sup>60</sup>.

Trotzdem ist auch jetzt noch nicht die Gefahr gebannt, daß die verabschiedete FusionskontrollVO ein Fusionserlaubnisrecht nach industriepolitischen Opportunitätsgesichtspunkten für die ganz großen Unternehmen bedeuten<sup>61</sup>, während die

<sup>58</sup> Handelsblatt vom 27. 12. 1989.

<sup>59</sup> BKartA ..., BGH ... Nach dem Auswirkungsprinzip ist das GWB dann anzuwenden, wenn sich wettbewerbsbeschränkende Handlungen in seinem Geltungsbereich auswirken, auch wenn sie außerhalb desselben begangen wurden. Das Auswirkungsprinzip wird auch vom EG-Kartellrecht in Anspruch genommen, zuletzt EuGH NJW 1988, 3086; es stammt aus dem US-amerikanischen Kartellrecht, vgl. dazu Knieper (oben N. 7) S. 281 ff.

<sup>60</sup> Ebenroth/Parche, BB Beilage 18/1988, S. 8; Mestmäcker, EuR 1988, 349.

mittleren und kleinen den unterschiedlichen Regelungen der mitgliedstaatlichen Kartellrechtsordnungen unterworfen bleiben. Hieraus geht ein Zwang zur Angleichung der mitgliedstaatlichen Kartellrechte aus, will man nicht in dem einen Land »Aufholfusionen« zulassen und in dem anderen nicht.<sup>61</sup>

So sehr der Kritik von Ebenroth und Mestmäcker an sich zuzustimmen ist, so sehr muß die einmütig vorgetragene Kritik deutscher Wettbewerbspolitiker und Wettbewerbsrechtswissenschaftler doch auch stützig machen. Denn wenn man Staatssekretär Schlecht<sup>62</sup> und den Kartellamtspräsidenten Karte<sup>63</sup> hört, müßte man glauben, in der Bundesrepublik würde die Vermachtung von Märkten durch Unternehmenswachstum mit einem scharfen Fusionskontrollrecht bislang verhindert. Die jüngste Vergangenheit zeigt aber, daß mit dem Fusionskontrollrecht weder gegen Elefantenhochzeiten bei konglomeraten Zusammenschlüssen vorgegangen noch die wachsende Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel bekämpft wird.<sup>64</sup> Gegen die Interessen der Unternehmen wird auch mit dem GWB nicht gehandelt. Der Unterschied zur EG-FusionskontrollVO besteht darin, daß dort die Berücksichtigung »industriepolitischer« Interessen offen ausgewiesen wird, während es westdeutscher Kultur entspricht, sie hinter wettbewerbspolitischen Sonntagsreden zu verstecken. Die Unternehmenskonzentration wird weder durch nationales noch durch europäisches Wettbewerbsrecht beeinflußt.

In der Diskussion um den Entwurf im Ministerrat konnte man drei Positionen ausmachen<sup>65</sup>: Die Bundesrepublik Deutschland wollte die deutschen Vorstellungen über Wettbewerb auf die europäische Ebene übertragen. Frankreich und die südlichen Mitgliedstaaten bestanden darauf, industriepolitische Aspekte bei wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen zu berücksichtigen. Sie hielten es für unabdingbar, der Industrie ihrer Länder Aufholfusionen im Hinblick auf den Binnenmarkt zuzugestehen. Die Kommission wollte primär ihre wettbewerbsrechtlichen Kompetenzen erweitern. Während die Positionen der Kommission und der südlichen Mitgliedstaaten von immerhin feststellbaren Interessen getragen sind, fragt man sich, warum die Deutschen unbedingt der EG das »Modell Deutschland« in Sachen Wettbewerbspolitik andienen wollen. Wem nützt das angesichts des Befundes, daß das deutsche GWB gerade im Bereich der Fusionskontrolle weitgehend legitimatorisches Recht ist? Braucht man diese Funktion von Recht auch auf der europäischen Ebene? Die anderen Mitgliedstaaten konnten sich die EG offenbar auch ohne so etwas vorstellen.

Auch die Frage, ob die bei den vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen festgestellte integrationspolitische Funktion des europäischen Wettbewerbsrechts hier eine Rolle spielt, führt nicht weiter. Fusionskontrolle heißt behördliche Mitsprache in Details eines nicht in Frage stehenden Konzentrationsprozesses. Eine effektive Verhinderung von Fusionen wäre für den Integrationsprozeß konterproduktiv; es steht außer Frage, daß der Binnenmarkt durch eine Vielzahl von Fusionen realisiert werden

61 Die GRÜNEN forderten einen Schutz der heimischen Industrie der schwächeren EG-Mitgliedstaaten vor dem Eindringen der Industrie aus den stärkeren Ländern durch eine Quotierungsregel, BT-Drucks. 11/4070, S. 3.

62 In diese Richtung auch Ebenroth/Hauschka, ZRP 1989, 62.

63 Handelsblatt vom 2./3. 9. 1988, S. 5.

64 FAZ vom 6. 12. 1988, S. 14.

65 Vgl. dazu Tonner, DuR 1989, 409, 414 ff. Die ungebrochene Konzentrationsentwicklung wird belegt von Arbeitsgruppe Alternative Wirtschaftspolitik, Wirtschaftsmacht in der Marktwirtschaft (1988).

66 Ausführliche Darstellung der Diskussion bei Ruppelt, WuW 1989, 187.

67 »Optimierung der Verteilung und Nutzung der wirtschaftlichen Ressourcen« durch »Wettbewerb als rechtlich geordneter Institution«: Koch, in: Grabitz (Hrsg.) (oben N. 5) vor Art. 85 Rz. 2; Integration zu einem Gemeinsamen Markt und Schutz des Wettbewerbs als Institution sowie als subjektives Recht zugunsten der Marktbürger: Fikentscher (oben N. 2) S. 566.

wird. Ein europäisches Fusionskontrollrecht muß sich daher mit dem Schein begnügen, wettbewerbspolitische Idealvorstellungen zu realisieren, oder es wägt sie realistischerweise gleich mit industriepolitischen Interessen ab, oder man verzichtet ganz darauf. Für die effektive Durchsetzung des Binnenmarktes macht das alles keinen großen Unterschied.

## 6. *Schlußbemerkung*

Die integrationspolitische Funktion des europäischen Wettbewerbsrechts ist Allgemeinut in der Literatur. Im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung wird sie jedoch nicht als dessen alleinige, zumindest allein effektive Funktion angesehen, sondern zusammen mit den Funktionen genannt, die man Wettbewerb üblicherweise zuschreibt.<sup>67</sup> Der Blick in einige Praxisfelder von EG-Kommission und EuGH hat jedoch gezeigt, daß diese nicht dazu geführt haben, daß die Kommission Unternehmen veranlassen konnte, sich wesentlich anders zu verhalten, als sie es ohnehin beabsichtigt hatten. Art. 85 wirkt eher als eine negative Sperre gegen mitgliedstaatliche Wirtschaftslenkung<sup>68</sup> und ergänzt insoweit Art. 30 (oben Abschnitt 2). Was bleibt, ist die integrationspolitische Funktion, die vor allem bei der Beseitigung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen zu einer Effektivität von Wettbewerbsrecht führt.

Bemerkenswert ist die Tendenz der Kommission, mit Hilfe von Wettbewerbsrecht in möglichst vielen Bereichen der Wirtschaft mitreden zu wollen. Dies geschieht durch Aushandlungsprozesse, sei es im Vorfeld von GruppenfreistellungsVOen, sei es durch flexible Vorschriften in den GruppenfreistellungsVOen selbst (Stichwort Widerspruchsverfahren). Der Steuerungseffekt der Aushandlungsprozesse ist gering; er geht über die Integrationseffekte bei der Beseitigung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen nicht hinaus. Im übrigen setzen sich die Interessen der stärkeren Unternehmen regelmäßig durch (Hersteller vs. Händlerinteressen bei der VO 123/85 betreffend den Kfz.-Vertrieb und generell beim Alleinvertrieb, Kapitalkonzentration von Morris und Rothmans vs. BAT und Reynolds im Zigarettenverfahren), und es werden Rahmenbedingungen geschaffen, in denen dies möglich ist (FusionskontrollVO).

<sup>68</sup> Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH können auch Vorschriften der Mitgliedstaaten eine Wettbewerbsbeschränkung i.S. von Art. 85 Abs. 1 sein, zuletzt EuGH NJW 1989, 2192 – Ahmed Saeed, zu § 21 LuftVG, der die staatliche Genehmigung von kartellmäßig abgesprochenen Flugtarifen vorsieht.