

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung in Berlin am 20. September 2004 zum

Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen - Drucksache 15/3640 -

Prof. Dr. Joachim Bornkamm, Bundesgerichtshof Karlsruhe

1. Vorbemerkung

Das Grundanliegen des Gesetzentwurfs, die Regelungen des deutschen Kartellrechts über wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen möglichst uneingeschränkt an das europäische Recht anzupassen, ist ohne Alternative. Der Gesetzentwurf vollzieht den Schritt der Anpassung im großen und ganzen auf überzeugende Weise. Kritik ist aus meiner Sicht nur in einigen Detailfragen angebracht.

2. Zu Art. 1 Nr. 4 (§ 4 GWB)

Mit der Bestimmung des § 4 GWB-E wird das Preisbindungsverbot, das sich bereits aus § 1 GWB-E ergibt, noch einmal gesondert als per-se-Verbot formuliert. Damit wird zum Ausdruck gebracht, daß eine solche Vereinbarung auch einer Freistellung nach § 2 Abs. 1 GWB-E nicht zugänglich ist.

Die Bestimmung ist im besten Fall überflüssig, weil sich das Preisbindungsverbot mit hinreichender Deutlichkeit aus Art. 81 EG und damit auch aus § 1 GWB-E ergibt. Sie ist darüber hinaus aber schädlich, weil sie – indem sie sich am Wortlaut von Art. 4 lit. a der Verordnung 2790/99 orientiert – eine bedenkliche, wahrscheinlich auf einem Redaktionsversehen beruhende Regelung zementiert. Denn nach seinem Wortlaut erfaßt die Bestimmung des Art. 4 lit. a VO 2790/99 und ihr folgend § 4 GWB-E nur die Bindung des Käufers oder Bezieher durch den Verkäufer oder Lieferanten, nicht dagegen den umgekehrten Fall der Bindung des Lieferanten durch den Bezieher. Damit wird beispielsweise eine vertragliche Vereinbarung freigestellt bzw. vom Preisbindungsverbot ausgenommen, durch die sich ein Hersteller gegenüber einem nachfragestarken Handelsunternehmen verpflichtet, Wettbewerber des Abnehmers nur zu höheren oder jedenfalls nicht zu niedrigeren Preisen zu beliefern. Derartige Vereinbarungen fallen nach geltendem Recht (§ 14 GWB) eindeutig unter das Preisbindungsverbot (vgl. BGHZ 80, 43, 46 ff. – Garant, zu sogenannten Meistbegünstigungsklauseln). Sie führen zu einem Zwang zur Gleichbehandlung, der nur unter den besonderen Voraus-

setzungen des Diskriminierungsverbots gerechtfertigt, als generelle Regel aber wettbewerbschädlich ist (vgl. auch Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 15/3640, S. 74).

Den Bedenken kann dadurch Rechnung getragen werden, daß § 4 GWB-E gestrichen wird. Die Bestimmung ist ohnehin ein Fremdkörper. Wenn sie nur das besagt, was sich bereits aus §§ 1 und 2 GWB-E ergibt, ist sie überflüssig. Wenn sie etwas verbietet, was nach §§ 1 und 2 GWB-E erlaubt ist, oder wenn sie etwas erlaubt, was nach §§ 1 und 2 GWB-E verboten ist, wenn ihr Regelungsgehalt also von dem der §§ 1 und 2 GWB-E abweicht, kann sie nur in Fällen Anwendung finden, in denen die Voraussetzung der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nicht vorliegt. Eine Differenzierung nach diesem Kriterium möchte der Entwurf – wie in der Begründung ausdrücklich dargestellt – aber gerade vermeiden.

3. Zu Art. 1 Nr. 11 (§ 23 GWB-E)

Die Bestimmung des § 23 GWB-E ist überflüssig und kann zu Fehlverständnissen führen, die am besten dadurch vermieden werden, daß die Bestimmung ersatzlos gestrichen wird. Die Regelungen der §§ 1 bis 4 GWB-E finden auch auf Fälle Anwendung, in denen die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllt ist. Freilich genießt insoweit das Gemeinschaftsrecht nach Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1/2003 Vorrang (vgl. auch § 22 Abs. 2 GWB-E). In diesem Bereich ist also eine Berücksichtigung der Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts ohnehin zwingend vorgegeben. Daß dieselben Bestimmungen immer dann, wenn sie auf Fälle von nur nationaler Bedeutung angewandt werden, nach anderen Grundsätzen auszulegen wären, liegt völlig fern. § 23 GWB-E sagt also nur etwas aus, was absolut selbstverständlich ist und daher nicht in ein Gesetz gehört.

Indem die Begründung zu § 23 GWB-E lediglich auf die Spruchpraxis des EuGH und des Gerichts erster Instanz sowie auf die gefestigte Verwaltungspraxis der Kommis-

sion verweist, ist sie im übrigen in einem überholten Verständnis befangen. Nach neuem Recht wird das europäische Wettbewerbsrecht insbesondere auch von den Gerichten und Kartellbehörden der Mitgliedstaaten angewandt, deren Spruch- bzw. Verwaltungspraxis bei der Anwendung der §§ 1 bis 4 und 19 GWB-E ebenfalls berücksichtigt werden muß. Beispielsweise kann eine übereinstimmende Spruchpraxis in anderen Mitgliedstaaten ein deutsches Gericht dazu veranlassen, von einem „acte clair“ auszugehen, ebenso wie Abweichungen von der Spruchpraxis in anderen Mitgliedstaaten die Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 234 EG indiziert.

4. Zu Art. 1 Nr. 19 (§§ 33, 34 und 34a GWB-E)

- a) Es ist uneingeschränkt zu begrüßen, daß der Entwurf die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche stärken möchte. Mit dem Systemwechsel ist es in erster Linie Sache der Unternehmen, im Wege der Selbsteinschätzung zu beurteilen, ob eine Vereinbarung gegen Art. 81 Abs. 1 EG oder § 1 GWB verstößt. Bislang wurden Verstöße gegen das Kartellverbot in Deutschland fast nur von Vertragsbeteiligten selbst geltend gemacht (defensive Geltendmachung). Die Marktgegenseite, um deren Schutz es in erster Linie geht, ist in der Vergangenheit durch eine restriktive, aber schon aufgrund der 6. GWB-Novelle überholten Rechtsprechung davon abgehalten worden, Ansprüche geltend zu machen (vgl. Bornkamm in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl. 2001, § 33 Rdn. 12 ff.). Die Neuregelungen fördern mit Recht vor allem die offensive Geltendmachung des Kartellverbots durch die Marktgegenseite.
- b) Anders als der Referentenentwurf enthält der vorliegende Gesetzentwurf keine Regelung zu der Frage, ob sich der Schädiger (= Kartellmitglied) darauf berufen kann, der Geschädigte habe den durch die Kartellrendite erhöhten Abgabepreis an seine Abnehmer weitergegeben, so daß ihm kein Schaden entstanden oder verblieben sei. Beim Kartellsenat des Bundesgerichtshofs ist ein Verfahren anhängig, in dem diese Frage geklärt werden soll (zunächst muß allerdings im November über die Zulassung der Revision entschieden werden). M.E. bedarf diese Frage nicht zwingend einer Regelung durch den Gesetzgeber; ihre Lösung kann der Rechtsprechung überlassen werden.
- c) Die Kritik, die am Vorschlag zum Gewinnabschöpfungsanspruch geübt wird, teile ich nicht. Ob dem Anspruch eine große praktische Bedeutung zukommen wird, mag man mit Fug bezweifeln. Der Gesetzgeber darf aber nichts unversucht lassen, um den Kartellanten die aufgrund der verbotenen Vereinbarung erwirtschafteten Kartellrendite zu entziehen. Bei der

vorgeschlagenen Regelung handelt es sich insoweit um einen tauglichen Versuch, der sich im übrigen eng an dem bereits geltenden Gewinnabschöpfungsanspruch in § 10 UWG orientiert.

Immer wieder wird gegen den Gewinnabschöpfungsanspruch geltend gemacht, der Anspruch sei schon deswegen wirkungslos, weil die abgeschöpften Gewinne nicht dem klagenden Verband, sondern dem Fiskus zugute kämen. Dieses Argument ist unzutreffend. Auch bei der Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen fehlt den Verbänden jeder finanzielle Anreiz. Die Erfahrungen im Lauterkeitsrecht zeigen, daß es solcher Anreize nicht bedarf. Im Lauterkeitsrecht nehmen bekanntlich zahlreiche Verbände Ansprüche wahr und lassen sich von dem damit verbundenen Kostenrisiko nicht abhalten. Es ist zu hoffen, daß mit der Stärkung der Ansprüche der Marktgegenseite mittelfristig auch der Anreiz wächst, Vereinigungen mit der Geltendmachung derartiger Ansprüche zu betrauen. Bislang – dies ist der Kritik zuzugeben – hat im Kartellrecht anders als im UWG die Klagebefugnis der Verbände nur eine ganz untergeordnete Rolle gespielt.

Soweit die Kritik auf die Schwierigkeiten der Ermittlung des Gewinns abstellt, ist zu bedenken, daß den Gläubigern des Gewinnabschöpfungsanspruchs ein Auskunftsanspruch zusteht, um den entstandenen Gewinn ermitteln zu können. Im übrigen sind derartige Schwierigkeiten bei der Schadensermittlung im Wettbewerbsrecht und im gewerblichen Rechtsschutz gang und gäbe. Sie führen auch sonst nicht zu der Forderung, der Schadensersatzanspruch müsse gestrichen werden.

5. Zu Art. 1 Nr. 44a – neu – (§ 74 Abs. 1 GWB)

Was den Vorschlag des Bundesrates hinsichtlich einer Rechtsbeschwerdemöglichkeit im Eilverfahren angeht, ist zu bedenken, daß es derzeit keinerlei Rechtsmittelmöglichkeiten im Eilverfahren gibt. Der Verweis auf das zivil- und verwaltungsprozessrechtliche Eilverfahren täuscht daher. Denn dort ist für die Eilentscheidung das Eingangsgericht zuständig, gegen dessen Entscheidungen Rechtsmittel gegeben sind. Es erscheint überaus problematisch, in den kartellrechtlichen Verfahren, die in ihrer Bedeutung gewiß hinter den üblichen Eilverfahren vor anderen Gerichten nicht zurückstehen, nur eine Instanz vorzusehen und jede Rechtsmittelmöglichkeit auszuschließen.

Karlsruhe, den 17. September 2004