

Materialien

für die öffentliche Anhörung am 20. September 2004 in Berlin zum

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

Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen

A. Mitteilung	2
B. Liste der eingeladenen Sachverständigen	3
C. Schriftliche Stellungnahmen	5
Verbraucherzentrale Bundesverband vzbv	5
Markenverband e. V.	12
Freshfield, Bruckhaus, Deringer	15
DaimlerChrysler Services AG (Berlin) (BDI)	25
Deutscher Industrie- und Handelskammertag	37
Deutscher Genossenschafts- und Raiffeisenverband e. V.	41
Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten im Deutscher Gewerkschaftsbund DGB	43
Herr Prof. Dr. Andreas Fuchs, Universität Osnabrück	46
Herr Dr. Ulf Böge, Bundeskartellamt	57
Herr Christian von Hammerstein, Hogan & Hartson Raue L.L.P., Bundesrechtsanwaltskammer	72
Herr Prof. Dr. h. c. Martin Hellwig, Monopolkommission	76
Herr Prof. Dr. Meinrad Dreher, Gutenberg Universität Mainz	82
BDZV Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e. V.	87
Verband Deutscher Lokalzeitungen e. V.	130
FAZ Frankfurter Allgemeine Zeitung	134
Dr. Hermann Balle, Straubinger Tagblatt	136
Rheinische Post	87
Axel Springer Verlag	137
Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck GmbH	144
Verlang M. DuMont Schauberg	148
Organisation Werbungtreibende im Markenverband (OWM)	150
Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di	153
Deutscher Journalistenverband e.V.	164
Herr Prof. Dr. Wolfgang Schulz, Hans-Bredow-Institut f. Medienforschung, Hamburg	172
Herr Prof. Dr. Jo Groebel; Europäisches Medieninstitut	175
Herr Prof. Dr. h. c. Martin Hellwig, Monopolkommission	177
Herr Prof. Dr. jur. Wernhard Möschel, Universität Tübingen	180

Deutscher Bundestag
15. Wahlperiode
Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit
(9. Ausschuss)

14. September 2004
Sekretariat des Ausschusses: ☎32487
Sitzungssaal: ☎35791
Fax: 56440

Mitteilung

Tagesordnung

**67. Sitzung des
Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit**

am Montag, dem 20. September 2004, 10:30 – 16.00 Uhr
11011 Berlin, Plenarbereich Reichstagsgebäude (PRTG),
Sitzungssaal 3 S 001

Vorsitz: Abg. Dr. Rainer Wend

Einzigster Punkt der Tagesordnung

Öffentliche Anhörung von Sachverständigen

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

Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit (federführend)
Rechtsausschuss
Ausschuss für Kultur und Medien

Dr. Rainer Wend
Vorsitzender

Themenkatalog

1. Teil

- **Anpassung des deutschen Rechts an das europäische Wettbewerbsrecht**
- **Missbrauchsaufsicht über marktorientierte oder marktstarke Unternehmen**
- **Sanktionen (u. a. Höhe und Ermittlung der Geldbußen)**
- **Vorläufiger Rechtsschutz in Fusionskontrollverfahren**
- **Eventuelle Anpassung an europäische Fusionskontrolle (SIEC)**

Teilnehmer

1. Teil:

Verbraucherzentrale Bundesverband

Markenverband e. V.

DGB

Freshfield, Bruckhaus, Deringer

DaimlerChrysler Services AG (Berlin) (BDI)

Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Deutscher Genossenschafts- und Raiffeisenverband e. V.

EU Kommission GD Wettbewerb

Herr Prof. Dr. Fuchs, Universität Osnabrück

Herr Prof. Dr. Bornkamm, Richter Bundesgerichtshof Karlsruhe

Herr Dr. Böge, Bundeskartellamt

Herr von Hammerstein, Hogan & Hartson Raue L.L.P., Bundesrechtsanwaltskammer

Herr Prof. Dr. h. c. Hellwig, Monopolkommission

Herr Prof. Dr. jur. Möschel, Universität Tübingen

Herr Prof. Dr. Dreher, Gutenberg Universität Mainz

Themenkatalog

2. Teil

- **Ökonomische Lage auf dem Zeitungsmarkt, Wettbewerbssituation, Kartellamtspraxis, Reformbedarf, Absicherung der Vielfalt im Vertrieb/Pressegrosso**
- **Vorschläge der Bundesregierung für die Fusionskontrolle, verbesserte Möglichkeiten der Kooperation von Zeitungsverlagen, Fusionserleichterungen bei Erhaltung eigenständiger Redaktionen**

Teilnehmer

2. Teil:

BDZV Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e. V.

Verband Deutscher Lokalzeitungen e. V.

ver.di

Deutscher Journalistenverband

WAZ Westdeutsche Allgemeine Zeitung

Sindelfinger/Böblinger Zeitung-Röhm Verlag KG

FAZ Frankfurter Allgemeine Zeitung

Straubinger Tagblatt

Rheinische Post

Axel Springer Verlag

Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck GmbH

DuMont Literatur und Kunst Verlag

Organisation Werbungtreibende im Markenverband (OWM)

Herr Prof. Dr. Schulz, Hans-Bredow-Institut f. Medienforschung, Hamburg

Herr Prof. Dr. Groebel, Europäisches Medieninstitut

Herr Prof. Dr. Glotz, Institut f. Medien und Kommunikationsmanagement, University of St. Gallen (Schweiz)

Herr Dr. Böge, Bundeskartellamt

Herr Prof. Dr. h. c. Hellwig, Monopolkommission

Herr Prof. Dr. jur. Möschel, Universität Tübingen

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1344

16. September 2004

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung in Berlin am 20. September 2004 zum

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

Verbraucherzentrale Bundesverband vzbv

Einleitung

Der Verbraucherzentrale Bundesverband bedankt sich für die Einladung zur Anhörung und für die Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme. Der Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle ist aus Verbrauchersicht ein Fortschritt – allerdings mit erheblichen und teilweise sachlich nicht nachvollziehbaren Kompromissen.

Wir begrüßen die Stärkung der zivilrechtlichen Klageinstrumente und der Beteiligungsrechte von Verbraucherverbänden. Gleichzeitig sehen wir mit Sorge, dass die im Regierungsentwurf verankerten Klagerechte an deutlich engere Voraussetzungen geknüpft werden, als dies ursprünglich im Referentenentwurf vorgesehen war.

Unterlassungs- und Schadensersatzklagen für Verbraucher und Verbraucherverbände werden durch das Schutzzweckerfordernis entscheidend geschwächt. Dadurch wird die private Durchsetzung von Wettbewerbsrechten entwertet. Gleichzeitig wird auf eine Schutzzweckbestimmung zugunsten der Allgemeinheit verzichtet. Die auch von der Bundesregierung vertretene Auffassung, dass Wettbewerbsschutz immer auch Verbraucherschutz sei, wird damit unterlaufen.

I. Einführung einer Zweckbestimmung

Es ist weitgehend anerkannt, dass die Verbraucher durch das Kartellrecht mittelbar geschützt werden, weil sie durch eine funktionierende Wettbewerbswirtschaft effizienter, sicherer und preisgünstiger versorgt werden als in einer Wirtschaft ohne oder mit nur eingeschränktem Wettbewerb. Wettbewerb ist damit kein Selbstzweck, sondern soll dem Verbraucher dienen. Ein so verstandener Wettbewerbsschutz ist damit immer auch Verbraucherschutz. Die Verankerung dieses Schutzzwecks im GWB würde der grundsätzlichen Zielrichtung und Systematik des GWB demzufolge nicht widersprechen.

Im europäischen Recht wird diese Zielrichtung bereits in den Gründungsverträgen deutlich. Diese bestimmen, dass Gruppenfreistellungsverordnungen unter der Voraussetzung stehen, dass die Verbraucher angemessen am ent-

stehenden Gewinn zu beteiligen sind (Art. 81 Abs. 3 EG).

Die Bedeutung einer Zweckbestimmung zugunsten der Verbraucher wird an der beabsichtigten Beibehaltung des Schutzzweckerfordernisses im Rahmen von Unterlassungsansprüchen gemäß § 33 Abs. 1 und 2 GWB-E deutlich. Solange wesentliche Verbraucherrechte in vollem Umfang davon abhängig gemacht werden, dass die Rechtsprechung einzelne Verbotstatbestände des GWB als verbraucherschützend einstuft, ist es erforderlich klarzustellen, dass Wettbewerbsschutz im Regelfall immer auch Verbraucherschutz ist. Auf diese Weise kann die volkswirtschaftliche Bedeutung des Wettbewerbs für den Verbraucher auch juristisch verankert und gleichzeitig ein Beitrag für mehr Auslegungs- und Rechtssicherheit geleistet.

Der vzbv möchte den Gesetzgeber deshalb nachdrücklich darum bitten, sich für eine Zweckbestimmung zugunsten der Interessen der Endverbraucher an geeigneter Stelle im GWB auszusprechen.

Der Schutz vor Wettbewerbsbeschränkungen kommt letztlich den gleichen Akteuren zu Gute wie der Schutz vor unlauterem Wettbewerb. Vorbild für das GWB sollte deshalb die Neufassung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb sein, die in § 1 die sogenannte Schutzzwecktrias „Mitbewerber, Verbraucher und Allgemeinheit“ ausdrücklich anerkennt.

§ 1 des UWG lautet:

„Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb.“

Eine ähnliche Bestimmung findet sich auch im Energiewirtschaftsgesetz:

„Der Wettbewerb wird im Interesse einer effizienten, sicheren und preisgünstigen Versorgung der Allgemeinheit geschützt.“

II. Missbrauchsaufsicht über marktstarke Unternehmen

Geeignete Instrumente für eine Stärkung des Nachfragewettbewerbs sind eine effektivere Missbrauchskontrolle (§ 20 GWB) und die Beibehaltung des Verbots von Meistbegünstigungsklauseln (§ 14 GWB). Wir möchten anregen, die §§ 4 GWB-E und § 20 Abs. 3 GWB zur Stärkung des Nachfragewettbewerbs geringfügig zu verändern.

1. Missbrauchsaufsicht gemäß § 20 Abs. 3 GWB

Wir gehen davon aus, dass ein Nachfragewettbewerb nach wie vor fortbesteht, sehen aber aufgrund der anhaltenden Konzentration im Lebensmittelhandel die Gefahr einer stärker werdenden Verschiebung in Richtung Preiswettbewerb zulasten des Qualitätswettbewerbs. Denn die im Zuge der Konzentration erzielten Rationalisierungseffekte im Handel bewirken zunächst nur eine Weitergabe der **Preisvorteile** an die Verbraucher.

Aus Verbrauchersicht ist aber auch ein **breites Warenangebot** und der damit verbundene **Qualitätswettbewerb** am point-of-sale von ganz wesentlicher Bedeutung. Eine überwiegend preisorientierte Vorauswahl durch wenige marktbeherrschende Handelsunternehmen reduziert den Verbraucher demgegenüber auf einen „Preisvergleich“ innerhalb eines anhand von Kostengesichtspunkten beschränkten Warenangebots.

Ein zu starker Kostendruck auf Hersteller birgt zudem stets die Gefahr einer „Qualitätsrationalisierung“ zugunsten kurzfristiger Preisvorteile. Hierunter leidet die Attraktivität einer langfristigen Qualitätsplanung und –produktion. Gleichzeitig werden die Anreize für eine Reduzierung qualitätsrelevanter Merkmale in den für Verbraucher nicht wahrnehmbaren Kategorien wie etwa Gesundheit und Lebensmittelsicherheit tendenziell erhöht.

Um diese Tendenzen aufzuhalten ist eine Balance zwischen Hersteller und Handel zu schaffen, die eine Belastungen der Hersteller durch Missbrauchs von Nachfragemacht verhindert. Eine effektive Missbrauchsaufsicht ist deshalb verbraucherpolitisch geboten.

Der vzbv unterstützt deshalb den Vorschlag des Bundesrates mit dem Ziel einer geringfügigen Verschärfung der Missbrauchsaufsicht gegenüber marktstarken Unternehmen. Um der Zielrichtung von § 20 Abs. 3 als Instrument der Missbrauchsaufsicht mehr Effizienz zu verleihen, halten wir es ebenfalls für sinnvoll, bereits die Aufforderung zur Gewährung von Vorzugsbedingungen (besser „Vorteile“) tatbestandlich zu erfassen. Der Anwendungsbereich der Vorschrift sollte deshalb auf den **Versuch der Vorteilsgewährung** ausgeweitet werden.

2. Verbot von Meistbegünstigungsklauseln (§ 4 GWB)

Der vzbv begrüßt die Beibehaltung des Verbots vertikaler Preisbindungen. Obwohl die Zielrichtung dieses Verbots in der internationalen Diskussion wettbewerbstheoretisch offenkundig umstritten ist, werden die erheblich preistreibenden Effekte einer vertikalen Preisbindung nicht ernsthaft bezweifelt. Die Auswirkungen von vertikalen Preisbindungen gleichen damit einem Preiskartell und hindern wettbewerbsaktive Händler an der Weitergabe von Preisvorteilen an die Verbraucher. Nach der Aufhebung des Rabattgesetzes ist es deshalb auch konsequent, die gegenwärtig noch in § 14 GWB enthaltene Regelung beizubehalten.

Der vzbv unterstützt aber gleichzeitig die Bemühungen um eine angebotsorientiertere Wettbewerbspolitik auf der Großhandelsebene. In Bezug auf das Preisbindungsverbot in § 4 GWB-E möchten wir deshalb anregen, § 4 GWB-E um ein Verbot von Meistbegünstigungsklauseln zu erweitern. Ein solches Verbot ergibt sich gegenwärtig aus § 14 GWB. In § 4 GWB-E wird demgegenüber in Anlehnung an Art. 4 Vertikal-GVO die bislang verbotene Bindung des Verkäufers durch Meistbegünstigungsklauseln aufgegeben. Nachfragestarken Unternehmen wird es damit möglich sein, die Preisgestaltung ihrer Lieferanten gegenüber Dritten einzuschränken und zu vereinbaren, dass kein Wettbewerber günstigere Konditionen erhalten darf. Infolgedessen ist damit zu rechnen, dass der Preiswettbewerb im Verhältnis Lieferant/Händler erheblich zurückgehen wird.

Im Interesse eines stärkeren Nachfragewettbewerbs im Handel sollten nicht nur Bezieher, sondern auch Lieferanten vom Verbot der vertikalen Preisbindung geschützt werden. Anstelle des Begriffs „Bezieher“ sollte deshalb ein neutraler Begriff (z.B. „Marktteilnehmer“) verwendet werden.

Der hier unterbreitete Vorschlag würde auch europäischem Recht nicht entgegenstehen. Solange der Vorrang von Art. 4 a) Vertikal-GVO eine Anwendung über den Bezieher hinaus verbietet, wäre eine europarechtsfreundliche begrenzende Auslegung im Sinne des jetzigen § 4 GWB-E möglich. Sollte Art. 4 a) Vertikal-GVO seitens der Rechtsprechung dahingehend korrigiert werden, dass auch Lieferanten in den Schutzbereich einbezogen werden, würde die von uns vorgeschlagene „neutrale“ Fassung von § 4 GWB-Entwurf einer geänderten europäischen Vorschrift nicht entgegenstehen.

III. Sanktionen

1. Unterlassungsanspruch gemäß § 33 Abs. 1 und 2 GWB-E

Der vzbv begrüßt die Einführung der Unterlassungsklage für Verbraucherverbände. Gleichzeitig bedauern wir die nunmehr vorgesehene Einschränkung durch das Schutzzweckerfordernis. § 33 Abs. 1 GWB-E ist in dieser Form wenig geeignet, um die private Rechtsdurchsetzung bei Wettbewerbsbeschränkungen zu erleichtern.

Darüber hinaus ist zumindest unklar, inwieweit das Schutzzweckerfordernis auch im Rahmen der Verbandsklage gemäß § 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB-E zu prüfen ist.

a) Regelung in § 33 Abs. 1 GWB-E

In Anknüpfung an die Regelung im gegenwärtigen § 33 GWB wird die Verletzung eines Schutzgesetzes zur Voraussetzung des Unterlassungs- und Schadensersatzanspruchs gemacht. Was ein Schutzgesetz ist und wer in den Schutzbereich fällt, gehörte immer zu den umstrittensten Fragen im Kartellrecht. Die Rechtsprechung konnte diese Frage bis heute nicht praktikabel lösen und knüpft den Schadensersatzanspruch stattdessen an eine weitere Voraussetzung: Schadensersatz soll bislang nur demjenigen zustehen, gegen den sich der Kartellverstoß *gezielt* richtet.

Gezielt in diesem Sinne ist ein Verstoß nach ständiger Rechtsprechung nur, wenn er sich gezielt gegen bestimmte Personen (Mitbewerber, Lieferanten und Abnehmer) richtet. Gezielt ist er demgegenüber nicht, wenn er sich nur *allgemein* kostentreibend oder qualitätssen-

kend auf den Wettbewerb auswirkt. Die Nutznießer dieses *allgemeinen* Wettbewerbs sind aber vor allem die Verbraucher. Wettbewerbsverstöße betreffen Verbraucher demnach, obwohl sich Verstöße nicht gezielt gegen sie richten.

Dieser Rechtsprechung versucht man im Regierungsentwurf zu begegnen, indem „andere Marktbeteiligte“ (Verbraucher) auch dann in den Schutzbereich einbezogen werden sollen, wenn das bislang erforderliche (ungeschriebene) Tatbestandsmerkmal des gezielten Verstoßes nicht erfüllt ist. Insoweit mag die Legaldefinition eines negativen Tatbestandsmerkmals in § 33 Abs. 1 Satz 3 GWB-E, welches nach dem Willen des Gesetzgebers kein Argument gegen die Annahme eines Schutzgesetzes sein darf, den gerichtlichen Interpretationsspielraum zugunsten einer weiteren Auslegung einschränken.

Die Zielrichtung des Verstoßes war aber nur eine Hürde, die den Zugang zu Schadensersatzansprüchen versperrt. Selbst wenn auf das Tatbestandsmerkmal des gezielten Verstoßes verzichtet wird, ist immer noch der Nachweis erforderlich, dass die verletzte Vorschrift den Schutz eines bestimmten Marktteilnehmers, insbesondere der Verbraucher, bezweckt.

Wie in der Neufassung des Referentenentwurfs zum Ausdruck gebracht wird, kommt das gesamte materielle Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen des ersten und zweiten Abschnitts sowie Art. 81 und 82 EGV als Schutzgesetz in Frage. Diese Feststellung wird aber nur ganz allgemein getroffen und nicht im Hinblick auf Verbraucher. Die zu beantwortende Frage lautet demnach in jedem Einzelfall, wessen Schutz die jeweiligen Vorschriften bezwecken und ob Verbraucher vom Schutzzweck erfasst werden.

b) Kritik aus Verbrauchersicht

Die juristische Hürde des Schutzzweckerfordernisses entspricht in keiner Weise der wirtschaftlich engen Verknüpfung zwischen Wettbewerbsschutz und Verbraucherinteressen. Denn wirtschaftlich betrachtet wird mit wettbewerbsschützenden Regeln oder Maßnahmen immer ein höheres Leistungsniveau bei niedrigeren Kosten auf der Angebotsseite zum Vorteil der Nachfrageseite - also letztlich der Verbraucher - „bezweckt“.

Das Tatbestandsmerkmal des Schutzzwecks ist darüber hinaus unscharf. Wer in den Schutzzweck einer Vorschrift fällt, wird die Rechtsprechung erneut für jede einzelne Norm entscheiden müssen. Die bisherige Rechtspraxis wird hierbei nur wenig Orientierung bieten können, da ein *gezielter* Verstoß als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal entfällt.

Die Regelung wird erneut zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen. Für Verbraucher wird es nicht ausreichen, dass diese - wie ursprünglich im Referentenentwurf vorgesehen - als Marktteilnehmer „betroffen“ sind. Verbraucher und Verbraucherverbände müssen vielmehr bei jedem einzelnen Verstoß darlegen und begründen, dass die verletzte Vorschrift auch ihren Schutz bezweckt.

Erschwerend kommt hinzu, dass es das federführende Ministerium bislang ablehnt, eine ausdrückliche Zweckbestimmung des Wettbewerbsrechts zugunsten der Verbraucher einzuführen. Das schafft Argumentationsspielraum dahingehend, dass das allgemeine Kartellrecht zumindest nicht unmittelbar dem Schutz der Verbraucher dient (s.o.).

Die Neuregelung schafft damit Rechtsunsicherheit und damit verbunden auch eine höhere Belastung der Gerichte.

Schließlich weisen wir in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen der Monopolkommission hin, die den früheren Vorschlag, auf das Erfordernis der Schutzgesetzverletzung zu verzichten, ausdrücklich befürwortet hat. „Dieses Erfordernis [die Schutzgesetzverletzung] und seine enge Interpretation durch die Gerichte bilden einen Grund für die geringe praktische Bedeutung der privaten Rechtsverfolgung in Deutschland. Die Unsicherheit darüber, ob ein Geschädigter vom Schutzbereich der Norm erfasst war und einen Anspruch erfolgreich geltend machen konnte, dürfte die Klageerhebung insbesondere bei Verstößen gegen § 1 GWB häufig verhindert haben“ (Sondergutachten der Monopolkommission zur 7. GWB-Novelle Rn. 38).

Die sachgerechte Einschätzung der Monopolkommission macht deutlich, dass die zivilrechtliche Verfolgung von Wettbewerbsverstößen bei Aufrechterhaltung der Schutzgesetzverletzung als Voraussetzung für einen Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruch auch künftig ein Schattendasein führen soll und wird. Obwohl der privaten Rechtsdurchsetzung im System der Legalausnahmen zweifellos eine wachsende Bedeutung zukommen müsste, beabsichtigt die Bundesregierung bislang an der restriktiven und in der Praxis unbrauchbaren Regelung festzuhalten.

Wir bitten den Deutschen Bundestag deshalb, die hier vorgetragene Argumentation zu prüfen und ggf. zu der früheren Formulierung im Referentenentwurf vom 17.12.2003 zurückzukehren. Dabei wäre allerdings zu berücksichtigen, dass die frühere Formulierung in § 33 Abs. 1 Ref-E nicht mit hinreichender Deutlichkeit klarstellt, dass auch Verbraucher Marktteilnehmer im Sinne der Vorschrift sind (Stellungnahme des vzbv vom 26.10.2004). Eine Klarstellung halten wir nicht nur im Hinblick auf den Unterlassungsanspruch, sondern auch wegen des Verweises in § 33 Abs. 3 (Schadensersatzanspruch) für dringend erforderlich.

c) Alternativer Formulierungsvorschlag

§ 33 Abs. 1 sollte in Anlehnung an den Referentenentwurf vom 17.12.2003 wie folgt lauten:

„(1) Wer gegen die Vorschrift dieses Gesetzes, gegen die Artikel 81 oder 82 des EG Vertrags oder eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, ist dem Betroffenen zur Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr zur Unterlassung verpflichtet. [...] Betroffen ist, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter, **einschließlich der Verbraucher**, durch den Verstoß beeinträchtigt ist.“

Dieser Argumentation hat sich im Übrigen auch die Monopolkommission angeschlossen, indem sie eine „*grundsätzliche Einbeziehung der Endverbraucher in den Betroffenenbegriff*“ und eine „*umfassende Legitimation der Konsumenten*“ fordert (Sondergutachten Rn. 39).

d) Klarstellung im Rahmen der Verbandsklage (§ 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB-E)

Alternativ bitten wir darum, den Unterlassungsanspruch gemäß § 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB-E dahingehend zu ergänzen, dass die Schutzgesetzverletzung keine Voraussetzung für die Verbandsklage ist. Diese Auffassung wird heute bereits in Bezug auf § 33 GWB vertreten, da es

nach gegenwärtigem Recht bei der Verbandsklagebefugnis nicht auf die Interessen der Verbandsmitglieder ankommt. Zugunsten von mehr Rechtssicherheit wäre eine entsprechende Klarstellung in § 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB-E zu begrüßen.

2. Schadensersatz gemäß § 33 Abs. 3 GWB-E

Der Schadensersatzanspruch in § 33 Abs. 3 GWB-E entspricht unseres Erachtens dem jetzigen § 33 GWB. Wünschenswert wäre es demgegenüber, den Schadensersatzanspruch in Bezug auf die Beweislast klägerfreundlicher zu gestalten.

Begrüßenswert ist die Klarstellung, dass der anteilige Gewinn Indizwirkung für den Schaden haben kann. Wir geben allerdings zu bedenken, dass es nicht Aufgabe der Betroffenen sein kann, den anteiligen Gewinn zu beziffern. Die Verpflichtung zur Rechnungslegung über den Gewinn (vgl. § 33 Abs. 3 GWB-E vom 17.12.2003) sollte deshalb auch im Rahmen der Schätzung gemäß § 287 ZPO aufrechterhalten bleiben, um für eine klarere Verteilung der Beweislast zu sorgen.

In Bezug auf den Schadensersatzanspruch möchten wir betonen, dass eine Beweislastregelung nach allgemeinen Grundsätzen keine ausgewogene Lösung ist. Die Beweislast für ein nicht schuldhaftes Verhalten sollte eindeutig dem Schädiger auferlegt werden, da jeder Kartellverstoß zumindest eine fahrlässige Missachtung von relevanten Sachverhaltsmerkmalen oder Rechtsvorschriften indiziert. Es kann in diesen Fällen nicht Aufgabe der Betroffenen (Verbraucher) sein, ein Verschulden im Management von Unternehmen darzulegen und zu beweisen. Auch wenn der Bundesgerichtshof bislang hohe Anforderungen an einen unverschuldeten Rechtsirrtum stellt, sollte eine Korrektur der allgemeinen Beweislasterteilung nicht allein der Rechtsprechung überlassen bleiben.

3. Vorteilsabschöpfung gemäß §§ 34, 34a Ref-E

a) Abführung der abgeschöpften Vorteile

Der Bundesrat hat die Auffassung vertreten, die Abführungspflicht mache das Institut der Vorteilsabschöpfung bedeutungslos. Dem ist in Bezug auf Verbraucherverbände nicht zuzustimmen. Mit der Gewinnabschöpfung können Verbraucherverbände vermitteln, dass sich rechtswidriges Handeln auf Kosten der Verbraucher auch dann nicht rentiert, wenn die zuständige Kartellbehörde untätig bleibt. Die Vorteilsabschöpfung dient demgegenüber nicht der Verbandsfinanzierung.

b) Berechnung des Vorteils

Dem Bundesrat ist darin zuzustimmen, dass der Gläubiger in der Regel die internen Betriebsverhältnisse nicht kennt und er deshalb zur Höhe nicht substantiiert vortragen kann. Hieraus folgt jedoch nicht, dass auf die Regelung zu verzichten ist.

Der Vorteil auf Seiten des Schuldners ist nicht zwangsläufig schwieriger zu berechnen als der Schaden auf Seiten des Gläubigers. Zur Berechnung der Schadenshöhe haben Rechtssprechung und Schrifttum zahlreiche Ansätze einschließlich der Schätzung entwickelt. Obwohl es mit dem Institut der Vorteilsabschöpfung bislang erst wenig Erfahrungen gibt, sollte nicht von vornherein vor den Schwierigkeiten kapituliert werden. Neben der Schätzung kann das Gericht dem Vorschlag der Bundesregierung folgen und auf die Grundsätze von § 17 Abs. 4

OWiG zurückgreifen sowie ggf. Ermittlungen der Kartellbehörde heranziehen.

c) Vorsätzliches Handeln

Abzulehnen ist der – vom Bundesrat nicht erwähnte – Nachweis einer vorsätzlichen Zuwiderhandlung. Wir möchten zu bedenken geben, dass diese vom Vorsatz abhängige Vorteilsabschöpfung vermutlich kaum zu einer spürbaren Verbesserung der Rechtslage für Verbraucher und Verbände führen wird.

Verschuldensabhängige Ansprüche sind für Außenstehende meist schwer durchsetzbar und immer mit einem erheblichen Klagerisiko verbunden. Denkbar erscheint hier zwar noch der Nachweis eines fahrlässigen Verschuldens in Form eines verschuldeten Rechtsirrtums auf Seiten der rechtswidrig handelnden Unternehmen. Aber der weitergehende Nachweis, dass Führungskräfte vorsätzlich gehandelt haben, wird demgegenüber zumindest für Verbraucherverbände kaum zu führen sein. Der Anwendungsbereich wird damit auf die Fälle von offensichtlichem Verschulden beschränkt bleiben. Bei solchen besonders schwerwiegenden Verstößen wird jedoch bereits das Bundeskartellamt von seinem Abschöpfungsanspruch Gebrauch machen, so dass der entsprechende Anspruch der Verbraucherverbände vermutlich leer laufen wird.

Nicht nachvollziehbar ist die Voraussetzung des vorsätzlichen Verstoßes auch im Vergleich mit dem entsprechenden Anspruch des Bundeskartellamtes. Wie es in der Begründung zum Referentenentwurf vom 17.12.2003 zutreffend heißt, ist ein Verzicht auf jedes Verschulden „gerechtfertigt, weil der Täter auf keinen Fall, auch wenn er nicht schuldhaft gehandelt hat, einen Vorteil aus dem Kartellrechtsverstoß behalten soll“ (Begründung zum Ref-E, Seite 25).

Diese Feststellung gilt auch dann, wenn das Bundeskartellamt von seinem Anspruch auf Vorteilsabschöpfung keinen Gebrauch macht. Dass in diesem Fall Verbände lediglich mit dem stumpfen Schwert einer auf Vorsatz beschränkten Vorteilsabschöpfung ausgestattet werden sollen, entbehrt damit jeder rechtspolitischen Grundlage. Denn bei offensichtlichem Verstößen, bei denen sich Vorsatz geradezu aufdrängt, ist nicht ersichtlich, warum das Bundeskartellamt von seinen Befugnissen gemäß § 34 Ref-E nicht bereits Gebrauch machen sollte.

Wir bitten den Deutschen Bundestag deshalb nachdrücklich, auf das Vorsatzerfordernis zu verzichten. Es nicht nachvollziehbar, warum aus Sicht der Bundesregierung ein Gewinn, der auf Kosten von Verbrauchern in rechtswidriger Weise „erwirtschaftet“ wurde, nur bei vorsätzlicher Begehungsweise herauszugeben ist.

IV. Einstweiliger Rechtsschutz und Beschwerdebefugnis (§§ 63 Abs. 2, 65 Abs. 3 GWB)

Der Verbraucherzentrale Bundesverband begrüßt die Neuregelung im Hinblick auf die „erhebliche Interessenberührung“ von Verbraucherverbänden in § 54 Abs. 2 GWB-E. Wir möchten aber gleichzeitig darauf hinweisen, dass eine Ergänzung von § 54 GWB bei gleichzeitiger **Abschaffung des vorläufigen Rechtsschutzes** und einer **unklaren Ausgestaltung der Beschwerdebefugnis** von Verbraucherverbänden zumindest bei künftigen Fusionen letztendlich zu keiner Verbesserung der Rechtslage führen wird.

Die Bundesregierung beruft sich einerseits auf die Entscheidung im Zusammenschlussverfahren E.on/Ruhrgas, soweit es um die Beteiligungsrechte von Verbraucherverbänden im *Verwaltungsverfahren* geht. Gleichzeitig soll aber die Möglichkeit von Verbänden, die Fusion – so wie es im Fall E.on/Ruhrgas versucht wurde – im Wege des Drittrechtsschutzes aufzuhalten, zumindest für das vorläufige Rechtsschutzverfahren faktisch abgeschafft werden (vgl. § 65 Abs. 3 GWB-E).

Ein Ausschluss der Verbandsbeschwerde im kartellrechtlichen Zusammenschlussverfahren führt dazu, dass die Verbraucherinteressen spätestens nach Abschluss des behördlichen Verfahrens nicht mehr berücksichtigt werden. Die Auswirkungen auf Verbraucherinteressen lassen sich am Beispiel des Ministererlaubnisverfahrens zum Zusammenschluss E.ON/Ruhrgas verdeutlichen:

Die im gerichtlichen Beschwerdeverfahren vertretenen Unternehmen waren in der Lage, ihre Beschwerden im Gegenzug gegen Zusagen von E.ON/Ruhrgas zurückzuziehen und damit den Weg für einen Vollzug der Fusion freizumachen. Die beteiligten Unternehmen sind gehalten, ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen durchzusetzen, auch wenn die Fusion für den Wettbewerb und damit auch für die Verbraucherinteressen in Deutschland negative Folgen hat. Folglich ist in diesem Bereich die für die Entbehrlichkeit der Verbandsklage vorausgesetzte funktionierende öffentlich-rechtliche Kontrolle nicht gegeben. Wenn die Beschwerdeführer ihre Beschwerden zurückziehen, kann eine weitere gerichtliche Kontrolle nicht mehr erfolgen, weil die Einlegung weiterer Beschwerden zu diesem Zeitpunkt vom GWB nicht mehr zugelassen wird.

Damit können die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen nach Erhalt einer Genehmigung die in der Regel übersichtliche Zahl der Beschwerdeführer „herauskaufen“. Gegen derartige „Verträge zu Lasten Dritter“ gibt es nach der geltenden Rechtslage keine Handhabe. Damit liegt es zur Zeit in der Hand von privatwirtschaftlichen Unternehmen, ob eine gerichtliche Kontrolle von Zusammenschlüssen stattfindet, auch wenn durch diesen Zusammenschluss das öffentliche Interesse an einer Aufrechterhaltung des funktionierenden Wettbewerbs betroffen ist.

Ein an dem Zusammenschlussverfahren beteiligter Verbraucherverband hätte eine Einigung mit den Zusammenschlussbeteiligten nicht getroffen, seine Beschwerde nicht zurückgezogen und damit eine gerichtliche Kontrolle der umstrittenen Genehmigungsentscheidung ermöglicht. Demgegenüber werden privatwirtschaftliche Unternehmen sich grundsätzlich nicht von Interessen der Verbraucher bzw. der Öffentlichkeit leiten lassen.

Dem könnte durch eine Beteiligung von unabhängigen, nicht an eigene wirtschaftliche Interessen gebundenen Verbänden, begegnet werden. Um dieses Ziel erreichen zu können, wäre es erforderlich, die Beschwerdebefugnis von Verbraucherverbänden eindeutig zu regeln und das Verfahren im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes für Verbraucherverbände zu öffnen.

1. Beschwerdebefugnis (§ 63 GWB)

Die Beschwerde gegen eine Entscheidung der Kartellbehörden (einschließlich der Ministererlaubnis) steht nur demjenigen zu, der formell und materiell durch die Entscheidung beschwert ist.

Die *formelle* Beschwer ergibt sich zumindest für gemäß § 54 Abs. 2 Ziff. 3 GWB beigeladene Prozessbeteiligte aus der von ihrem Antrag abweichenden angefochtenen Entscheidung (Fusionserlaubnis) im Verwaltungsverfahren. Ob darüber hinaus eine *materielle* Beschwer erforderlich ist, ist unklar (vgl. Bechthold, GWB, 2. Auflage 1999, § 63 Rn. 5 am Ende).

Das insoweit maßgebliche Oberlandesgericht Düsseldorf fordert eine solche materielle Beschwer des Beigeladenen. Die Zulässigkeit der Beschwerde soll davon abhängig sein, dass der Beigeladene „als Träger eigener Interessen in seinem unternehmerischen und wettbewerblichen Betätigungsfeld und Gestaltungsspielraum auf dem relevanten Markt durch die negative Veränderung der Wettbewerbsbedingungen, die durch die Freigabe eines Zusammenschlusses droht, betroffen ist.“ (OLG Düsseldorf Beschluss vom 11. Juli 2002, Az.: Kart 25/02 (V), Seite 5). Das OLG Düsseldorf hat in dieser Entscheidung die Zulässigkeit der Beschwerde damit begründet, dass beide Beschwerdeführer auf dem Gasmarkt tätig sind. Ausdrücklich wirtschaftliche Nachteile für den Beschwerdeführer werden außerdem im führenden Schrifttum gefordert (Karsten Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage 2001, § 63 Rn. 27).

Verbände, insbesondere Verbraucherverbände, sind regelmäßig nicht in ihrem eigenen wettbewerblichen Betätigungsfeld betroffen. In Anbetracht der restriktiven Rechtsprechung gegenüber nicht gewerblich betroffenen Wettbewerbern, bestehen auch weiterhin begründete Zweifel an einer künftigen Einbeziehung von Verbraucherverbänden. Um diese Unklarheit zu beseitigen, wäre eine eindeutige Regelung in Bezug auf die Beschwerdebefugnis von beigeladenen Verbänden erforderlich.

Um sicherzustellen, dass Verbände nicht nur zum Zweck der Einlegung solcher Beschwerden gegründet werden, möchten wir eine ähnlich restriktive Regelung wie im Regierungsentwurf für die Unterlassungsklage gemäß § 33 Abs. 2 GWB-E vorgesehen ist, anregen. Damit wäre der Gefahr eines Missbrauchs der Verbandsbeschwerde ausreichend begegnet. Als zusätzliche Voraussetzung könnte noch geregelt werden, dass der Verbraucherverband am vorhergehenden Kartellverfahren beteiligt gewesen sein muss.

§ 63 GWB könnte demnach folgendermaßen lauten:

„§ 63

(2)

(2a) Die Beschwerde von Verbänden gemäß § 33 Abs. 2 Nr. 2 ist auch dann zulässig, wenn die Interessen der Verbraucher erheblich berührt werden. § 54 Abs. 2 Nr. 3 ist entsprechend anzuwenden.“

2. § 65 GWB-E (Aufschiebende Wirkung gegen Entscheidungen im Verfahren der Ministererlaubnis)

Wir bedauern, dass die Bundesregierung weiterhin an den Einschränkungen im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes gegen Fusionsgenehmigungen festhält. Eine Ausweitung der Beteiligungsrechte Dritter (§ 54 Abs. 2 GWB-E) bei gleichzeitiger Einschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes wird der Rolle von Verbraucherverbänden als unabhängige Sachwalter von Verbraucherinteressen nicht gerecht.

Zusammenschlüsse wie im Fall E.on/Ruhrgas können dazu führen, dass eine Vielzahl von Verbrauchern von

den Fusionsfolgen – beispielsweise steigenden Energiepreisen - betroffen ist. Da bereits vollzogene Fusionen regelmäßig nicht mehr rückgängig gemacht werden (können), können Verbraucherverbände nur dann tätig werden, wenn sie die Interessen der Verbraucher auch im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes (Drittklagen gegen die sofortige Vollziehung) vertreten können, um Fusionsvorhaben einer effektiven Kontrolle durch die Rechtsprechung zu unterstellen.

In der gegenwärtigen Fassung des Referentenentwurfs wird die Möglichkeit des vorläufigen Rechtsschutzes durch Verbraucherverbände faktisch ausgeschaltet. Denn zwingende Voraussetzung für die Zulässigkeit des Antrags ist gemäß § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB-E eine Verletzung des Antragstellers in *eigenen Rechten* (nicht lediglich eine erhebliche Interessenberührung). Da aber eine Verletzung verbandseigener Rechte infolge von Fusionsentscheidungen ausgeschlossen sein dürfte, sollte zumindest im Hinblick auf die Zulässigkeit des Antrag durch Verbraucherverbände die Beeinträchtigung von Verbraucherinteressen genügen.

Erforderlich wäre deshalb eine dem Beteiligungsrecht gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB-E entsprechende Regelung. Diese könnte durch einen Verweis in § 65 Abs. 3 geschaffen werden:

„§ 65

(2) ...

(3) ... *Für Verbraucherverbände gemäß § 33 Abs. 2 Nr. 2 ist Satz 4 mit der Maßgabe anzuwenden, dass anstelle der Verletzung eigener Rechte eine erhebliche Interessenberührung der Verbraucher ausreicht. § 54 Abs. 2 Nr. 3 gilt entsprechend.*“

V. Anpassung an die europäische Fusionskontrolle

1. „More economic approach“

Grundsätzlich ist ein „more economic approach“ im deutschen GWB sicherlich geeignet, Störungen des Wettbewerbs effizient zu begegnen und zu verhindern, dass Verbrauchern die Vorteile wirksamen Wettbewerbs vorenthalten werden. Der Ansatz darf die Möglichkeit der politischen Einflussnahme aber nicht begünstigen. Die stärkere Einbeziehung ökonomischen Sachverständs muss den ordnungsrechtlichen Charakter der Fusionskontrolle unberührt lassen und das „Risiko“ von Untersagungen juristisch berechenbar gestalten.

Ein ökonomischer Ansatz mit einem weiten Ermessenspielraum läuft zudem Gefahr, politisch missbraucht zu werden und ist deshalb abzulehnen. Das Spannungsverhältnis zwischen Industriepolitik und Wettbewerb ist Schwerpunkt des 15. Hauptgutachtens der Monopolkommission. Deren Ausführungen machen deutlich, dass aktive Industriepolitik dem Wettbewerb in „heimischen“ Märkten nicht zum Nachteil reichen darf. Monopolgewinne – egal ob national oder international erwirtschaftet – gehen immer zu Lasten der Verbraucher.

2. Einführung des SIEC-Tests in das deutsche GWB

Welche Auswirkungen die Übernahme des sog. SIEC-Tests in das deutsche GWB auf die Wettbewerbssituation insgesamt und insbesondere auf die deutschen Verbraucher haben wird, ist gegenwärtig kaum absehbar. Zu begrüßen ist insoweit jedenfalls, dass - dem Entwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 21.

Juni 2004 zufolge - neben dem Kriterium der Marktherrschaft auch unilaterale Wettbewerbsbeeinträchtigungen infolge nicht koordinierten Verhaltens die Untersagung einer Fusion rechtfertigen können.

Der neue Untersagungstatbestand der Behinderung wirksamen Wettbewerbs wird vermutlich zunächst mehr Zusammenschlüsse erfassen als das bisherige Kriterium der Marktbeherrschung. Welche Einschränkung das neue Eingreifkriterium der „*erheblichen Behinderung*“ dabei spielen wird, ist jedoch unklar. Für die Untersagung einer Fusion sollen über dieses Kriterium hinaus die prognostizierten Effizienzgewinne entscheidend sein. Nach Auffassung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit wird § 36 Abs. 1 GWB-E auch ohne Übernahme des Beurteilungsmaßstabs von Artikel 2 Abs. 1 (a) und (b) der Fusionskontrollverordnung (VO EG Nr. 139/2004) die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen zugunsten der Verbraucher ermöglichen. Obwohl Verbraucher von Effizienzvorteilen profitieren können, werden die mit einer Effizienzprognose verbundenen Schwierigkeiten dabei vermutlich für Unsicherheit sorgen.

Die Europäische Kommission verweist für horizontale Zusammenschlüsse auf die durch die Fusion erreichbaren Effizienzvorteile, die in die Gesamtbewertung einfließen sollen (Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse 2004/C 31/03, Ziff. 76 ff.). Neben Kostenvorteilen werden auch Effizienzsteigerung in den Bereichen Forschung, Entwicklung und Innovation erwartet. Die Erwartung wird durch die Feststellung relativiert, dass weniger Wettbewerb auch weniger Wettbewerbsdruck auf Realisierung von Effizienzvorteilen bedeutet (Leitlinien Ziff. 84).

Bei dieser Argumentation wird ein Zielkonflikt deutlich, der für künftige Fusionsentscheidungen eine regelmäßige Abwägung zwischen Effizienzvorteilen auf der einen und Wettbewerbschutz auf der anderen Seite erwarten lässt. Demgegenüber weisen empirische Untersuchungen darauf hin, dass sich in den letzten 20 Jahren in 50 bis 70 % der weltweiten Fusionen die erwarteten Effizienzvorteile nicht realisieren ließen.

Diese Fehleinschätzungen deuten auf zweierlei hin: Zum einen wird deutlich, dass Prognoseentscheidungen offenbar dazu neigen, Effizienzvorteile überzubewerten. Zum anderen wird deutlich, dass eine Abwägung zwischen Wettbewerbsbeschränkungen infolge von Marktmacht und erwarteten Effizienzvorteilen die Gefahr birgt, dass deutliche Indikatoren für weniger Wettbewerb (Marktherrschaft) mit unsicheren Indikatoren für Effizienzvorteile konkurrieren müssen. Da die prognostizierten Effizienzvorteile sich zugunsten der Verbraucher auswirken müssen, trifft das offenbar erhebliche Risiko einer Überbewertung von Effizienzvorteilen in erster Linie die Verbraucher.

Davon abgesehen dürfte zumindest unklar sein, ob Effizienzvorteile im Rahmen des hier vorgeschlagenen § 36 Abs. 1 GWB-E überhaupt berücksichtigt werden können, da sie die Annahme einer Wettbewerbsbehinderung aufgrund marktbeherrschender Stellung unberührt lassen und § 36 Abs. 1 GWB-E speziell im Hinblick auf Effizienzvorteile keine der europäischen Regelung vergleichbaren ergänzenden Kriterien vorsieht.

Wir möchten deshalb anregen, den in § 36 Abs.1 GWB-E formulierten SIEC-Test um einige der Kriterien des Art. 2 Abs. 1 der Fusionskontrollverordnung zu ergänzen.

zen. Dadurch würde deutlicher zum Ausdruck kommen, dass etwa die Wahlmöglichkeit der Abnehmer, die Interessen der Endverbraucher und – sofern diese dem Verbraucher dienen –, technische und wirtschaftliche Innovationen berücksichtigt werden müssten.

Ergänzend sehen wir die Gefahr einer veränderten Beweislastverteilung. Das Bundeskartellamt wird nach der hier vorgeschlagenen Fassung von § 36 GWB-E den wettbewerbsrelevanten Sachverhalt selbst ermitteln müssen, um eine erhebliche Behinderung effektiven Wettbewerbs nachweisen zu können. Die Abwägungsklausel im gegenwärtigen § 36 Abs. 1 GWB verlagert demgegenüber die Beweislast für Wettbewerbsvorteile auf Seiten der betroffenen Unternehmen. Auf der Grundlage von § 36 Abs. 1 GWB-E könnte das Bundeskartellamt künftig in der Pflicht stehen, alle wettbewerbsrelevanten Parameter zu ermitteln - auch dann, wenn kein substantiiertes Vortrag der Betroffenen auf positive Auswirkungen für den Wettbewerb (oder Effizienzvorteile) schließen lässt.

Tendenziell dürften sich Fehler in der Untersagungsverfügung damit zunehmend zulasten des Bundeskartellamts und des Wettbewerbsschutzes auswirken. Infolge dieser Unsicherheit besteht die Gefahr, dass jede Untersagung mit einem vergleichsweise höheren Risiko verbunden ist, was sich wiederum nachteilig auf die Fusionskontrolle insgesamt auswirken könnte.

Zusammenfassung

1. Das GWB sollte um eine **Zweckbestimmung** zugunsten einer sicheren und preisgünstigen Versorgung der Allgemeinheit erweitert werden.
2. Der Nachfragekonzentration im Handel ist mit einer schärferen **Missbrauchsaufsicht** (§ 20 Abs. 3) bzw. einem Verbot von Meistbegünstigungsklauseln (§ 4 GWB-E) entgegenzuwirken.

3. Im Rahmen der **Unterlassungsklage** (für Verbraucherverbände) sollte auf das Schutzzweckerfordernis verzichtet werden. Die **Vorteilsabschöpfung** sollte nicht auf vorsätzliche Verstöße beschränkt werden.
4. Das **Beteiligungsrecht der Verbraucherverbände** im gerichtlichen Verfahren ist sicherzustellen. Im Verfahren des **vorläufigen Rechtsschutzes** muss das Beteiligungsrecht den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung umfassen.
5. Ein „**more economic approach**“/SIEC-Test in der Fusionskontrolle darf die Möglichkeit der politischen Einflussnahme nicht vergrößern. Bei der Abwägung zwischen Effizienzvorteilen und Wettbewerbsbeschränkung ist ausdrücklich auf die Interessen der Endverbraucher abzustellen (gemäß Art. 2 Abs. 1 EG-Fusionskontrollverordnung).

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1334

15. September 2004

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung in Berlin am 20. September 2004 zum

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

Markenverband e.V.

I. Allgemeines

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit hat die weitreichenden Neuerungen im europäischen Wettbewerbsrecht zum Anlaß genommen, auch das deutsche Kartellgesetz (GWB) zu novellieren.

Mit dem Inkrafttreten der europäischen Verordnung Nr. 1/2003 ist die Anwendung des Artikel 81 EG-Vertrag und damit das europäische Kartellrecht auf eine neue Grundlage gestellt worden. Neben dem Paradigmenwechsel hin zum System der Legalausnahme mit Selbstprüfung der dem Kartellrecht unterworfenen Unternehmen stellt für Deutschland der zwingende Vorrang europäischen Kartellrechts bei Sachverhalten mit zwischenstaatlicher Auswirkung die wichtigste Änderung dar. Seit dem 01. Mai 2004 darf das deutsche Kartellrecht mit Ausnahme der einseitigen Maßnahmen insbesondere nicht mehr über das europäische Regelungsniveau hinausgehen. Um eine Inländerdiskriminierung unterhalb der Schwelle der Zwischenstaatlichkeit zu vermeiden, ist die vom BMWA beabsichtigte Angleichung des deutschen Rechtes vernünftig.

Der Markenverband trägt die Grundkonzeption eines neuen GWB, wie sie sich im Referentenentwurf widerspiegelt, prinzipiell mit. Dabei anerkennt der Markenverband auch, daß der Gestaltungsspielraum des deutschen Gesetzgebers im Lichte des Vorrangs des europäischen Rechts naturgemäß begrenzt ist. Weil aber diese Anpassung zu einer erheblichen Liberalisierung im Wettbewerbsrecht in Deutschland führt, mahnt der Markenverband eine behutsame und nicht über das notwendige hinausgehende Harmonisierung an.

Um die negativen Folgen dieser Liberalisierung zumindest teilweise zu begrenzen, ist gleichzeitig eine moderate **Verschärfung der Mißbrauchsaufsicht** im Kartellgesetz erforderlich. Diese unterliegt auch in Zukunft nicht dem Primat des europäischen Rechts. Der deutsche Gesetzgeber hat hier deshalb seinen unbeschränkten Gestaltungsspielraum.

II. Im Einzelnen

Die Liberalisierung des deutschen Kartellrechts erfüllt die Markenartikelindustrie mit großer Sorge. Die im Re-

ferentenentwurf anstehenden Änderungen eröffnen dem nachfragestarken Handel neue Gestaltungsspielräume und wecken Begehrlichkeiten, die sich äußerst nachteilig auf die Markenartikelindustrie, den weniger marktstarken Handel und den Wettbewerb auswirken werden. In Konkretisierung dieser Besorgnisse macht der Markenverband nachfolgende Änderungsvorschläge:

Streichung von § 4 GWB-E (Preisbindungsverbot):

Der Referentenentwurf kodifiziert in § 4 GWB-E das Verbot von Preisbindungen. Der Text orientiert sich dabei aber nicht mehr am bisherigen § 14 GWB, sondern an Artikel 4a Vertikal-GVO (Europäische Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen). In der vom BMWA vorgesehenen Textfassung unterfallen dem Preisbindungsverbot des § 4 GWB-E lediglich solche Vereinbarungen, die die Möglichkeit des **Beziehers** beschränken, seinen Preis selbst festzusetzen. Die bisher verbotene Bindung des Verkäufers/Lieferanten entfällt.

Das bedeutet, daß zukünftig die **Preisbindung des Verkäufers**, vor allem durch sogenannte **Meistbegünstigungsklauseln**, nicht mehr vom Verbot der Preisbindung erfaßt sein wird. Marktmächtigen Nachfragern steht damit die Möglichkeit offen, in ihren Verträgen mit Lieferanten zu vereinbaren, daß kein Wettbewerber günstigere Konditionen erhalten darf. Der intra-brand-Preiswettbewerb wird dadurch vom Kartellgesetz aufgegeben.

Weil zukünftig die europäische Vertikal-GVO mit ihrem Preisbindungsverbot in Artikel 4a in Deutschland unmittelbar zu beachtendes Sekundärrecht ist, besteht darüber hinaus für eine ausdrückliche nationale Regelung des Preisbindungsverbotes auch kein Bedürfnis.

Soweit die vorzitierte Aufgabe des kartellrechtlichen Schutzes vor Meistbegünstigungsklauseln einer europarechtlichen Vorgabe entspricht, handelt es sich dabei nach fast einhelliger Auffassung in Forschung und Lehre um ein **Redaktionsversehen**. Dieses zu korrigieren, statt diesen Fehler im deutschen Recht zu zementieren, sollte Anliegen und Ziel der Bundesregierung sein.

Der Markenverband setzt sich daher für eine ersatzlose Streichung von § 4 GWB-E ein.

Alternativ bittet der Markenverband darum, in der Gesetzesbegründung (Seite 15) die ausdrücklich Interpretation der Norm als Freistellung von Meistbegünstigungsklauseln zu streichen. Darüber hinaus bittet der Markenverband hilfsweise darum, im Normtext von § 4 GWB-E statt von der Beschränkung der Möglichkeiten „des Beziehers“ von Beschränkung der Möglichkeiten „eines Dritten“ zu sprechen.

Hierdurch würden europäische Vorgaben, die bei der Auslegung auch des deutschen Rechts in jedem Falle vorgingen, nicht konterkariert, ohne daß sich der deutsche Gesetzgeber auf den Nachvollzug eines europarechtlichen Redaktionsfehlers festlegte.

Pflicht zur europafreundlichen Auslegung - § 23 GWB-E:

Bei der Auslegung des nationalen Kartellverbotes sind gemäß § 23 GWB-E die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts maßgeblich zugrunde zu legen. Ausweislich der Begründung (Seite 47) sollen dazu nicht nur normatives Recht und die Spruchpraxis der europäischen Gerichte, sondern auch die gefestigte Verwaltungspraxis der Kommission, die sich auch in ihren **Bekanntmachungen und Leitlinien** wiederfindet, zählen. Mit Blick auf das Interesse an einer einheitlichen Anwendung des Kartellrechts hat der Markenverband für diese Vorgabe zwar ein gewisses Verständnis. Dies darf aber nicht dazu führen, daß eine bisher nur die europäische Kommission selbstbindende Verwaltungspraxis, die an sich jeder Zeit der Überprüfung durch den EuGH unterliegt, für deutsche Wettbewerbsbehörden und Gerichte das Maß aller Dinge sein soll.

Praktische Auswirkungen hätte eine zwingende Anwendung von Bekanntmachungen der Kommission insbesondere bei der Bewertung von Einkaufskooperationen. Die Leitlinien der EU-Kommission zu horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen bewerten solche Einkaufskooperationen bis zu einem Gesamtmarktanteil von 30% als regelmäßig zulässig. Das schließt auch die Teilnahme von Marktführern mit ein. Eine Kooperation eines nachfragestarken Unternehmens mit beispielsweise 25% Marktanteil mit einem „kleinen“ mit einem Marktanteil von z.B. 3% wäre damit zulässig, während die Praxis des Bundeskartellamtes bislang solche Kooperationen nach § 4 GWB beurteilt hat. Bislang war die Grenze für Kooperationen bei 15% Marktanteil erreicht, Marktführern war die Teilnahme per se verwehrt.

In der Praxis führt dies nicht so sehr zu einer weiteren Nachfragebündelung zum mittelständischen Nachteilsausgleich (bisherige Zielsetzung von § 4 GWB); vielmehr führt die Orientierung an den Leitlinien der Kommission dazu, daß marktstarken Nachfragern der **Konditionenabgleich im Rahmen von „Einkaufskooperationen“** ermöglicht wird. Regelmäßig wird in der Folge dann ein sogenanntes „Best Pricing“ unter jeweiliger Konditionenanpassung gefordert. Darüber hinaus kann auf diese Weise auch von Marktführern überprüft werden, inwieweit ihre – in Zukunft dann zulässigen – Meistbegünstigungsklauseln von den Lieferanten eingehalten werden. Dies führt im Ergebnis zur **Aufhebung des Geheimwettbewerbs** und entwertet die Mittelstandsprivilegierung des § 3 GWB-E.

Der Markenverband fordert deshalb eine entsprechende **Korrektur der Begründung zu § 23 GWB-E**, um sicherzustellen, daß den Kartellbehörden und Gerichten

ausreichender Auslegungs- und Anwendungsspielraum verbleibt.

Verschärfung der Mißbrauchsaufsicht in § 20 Abs. 3 GWB:

Um den vorgeschilderten, erheblichen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb durch die Liberalisierung des Kartellrechts zumindest teilweise begegnen zu können, fordert der Markenverband eine leichte Verschärfung der Mißbrauchsaufsicht durch Anpassung von § 20 Abs. 3 GWB.

Der *aktuelle* Tatbestand des § 20 Abs. 3 GWB soll die ungerechtfertigte und nur machtbedingte Gewährung von sogenannten Vorzugsbedingungen verhindern. Dabei ist der Tatbestand bislang auf das „Veranlassen“ der Vorteilsgewährung beschränkt. Dies ist aber zu eng, denn das Tatbestandsmerkmal des „Veranlassens“ setzt begrifflich ein entsprechendes Verhalten des Adressaten der Forderung voraus. § 20 Abs. 3 GWB-E erfaßt insoweit lediglich die *erfolgreiche* Aufforderung. Der wettbewerbsrechtliche Unwert des § 20 Abs. 3 GWB liegt aber in der Handlungsweise des Fordernden.

In den Tatbestand des § 20 Abs. 3 GWB ist deshalb auch die Aufforderung zur Vorteilsgewährung aufzunehmen.

Dadurch würde auch die erfolglose Aufforderung in den Verbotstatbestand integriert. Gleichzeitig würde die Verfolgung eines insoweit ordnungswidrigen Verhaltens durch die Kartellbehörden erheblich erleichtert, weil diese nur noch die Aufforderung zur Gewährung entsprechender Vorteile, nicht mehr aber den Kausalzusammenhang zwischen der Aufforderung dem nachfolgenden Gewähren nachzuweisen bräuchten. Mit gleicher Begründung ist übrigens schon in der 2. GWB-Novelle der Tatbestand des Boykottverbots entsprechend erweitert worden.

Darüber hinaus schlägt der Markenverband vor, den im Tatbestand bisher verwendeten **Begriff der „Vorzugsbedingungen“ zu modifizieren**. In der Praxis bereitet die Konkretisierung dieses Begriffes erhebliche Auslegungsschwierigkeiten, wie sie in dem Kartellverfahren Metro/Alkauf (BGH 2003, 80 „Konditionenanpassung“) deutlich geworden sind. Der Begriff der Vorzugsbedingung setzt eine Bezugnahme auf die (schlechteren) Bedingungen der Mitbewerber voraus. Einen solchen, am Marktüblichen orientierten Vergleich können die Kartellbehörden in der Praxis aber kaum jemals leisten. An die Stelle des Begriffs der „Vorzugsbedingungen“ sollte daher der weitere Begriff der „**Vorteile**“ treten. Der Begriff des Vorteile ist dem GWB im Übrigen nicht fremd (vergleiche § 21 Abs. 2 GWB).

Vor diesem Hintergrund schlägt der Markenverband folgende Neufassung von **§ 20 Abs. 3 Satz 1 GWB** vor:

(3) Marktbeherrschende Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen in Sinne des Absatzes 1 dürfen ihre Marktstellung nicht dazu ausnutzen, andere Unternehmen im Geschäftsverkehr aufzufordern oder zu veranlassen, ihnen ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren.

Lösung des Roß- und Reiterproblems:

Das sogenannte „Roß und Reiter-Problem“ stellt schon seit vielen Jahren ein Anwendungshindernis im deutschen Kartellrecht dar. Mit Blick auf die Machtverteilung

im Verhältnis zwischen den Wirtschaftsstufen sind Lieferanten regelmäßig daran gehindert, bei Kartellrechtsverstößen „Roß und Reiter“ zu nennen. Die Kartellbehörden geraten so in Beweisnot.

Der hierzu in § 32 e GWB-E des Referentenentwurfs gemachte Vorschlag löst das Roß und Reiter-Problem nicht. Ein zusätzliches Enquete-Recht vermag an dem Problem nichts zu ändern.

Der Markenverband hat hier einen **Lösungsvorschlag** ausgearbeitet, der sich an der im Referentenentwurf vorgesehenen, deutlichen Stärkung der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts orientiert. Der vom Markenverband entwickelte Vorschlag ist darauf angelegt, Verbände zum Schutz gewerblicher Interessen im Wege der einstweiligen Verfügung einen **Unterlassungs- und Auskunftsanspruch** zuzuerkennen, der sich in der Umsetzung am markenrechtlichen Auskunftsanspruch des § 19 MarkenG orientiert.

Konkret bittet der Markenverband im Rahmen der Neuregelung von § 33 GWB um die **Berücksichtigung folgenden Vorschlags**:

- (x) Besteht Grund zur Annahme, daß ein Unternehmen oder eine Vereinigung von Unternehmen gegen § 20 Abs. 3 verstoßen wird oder verstoßen hat, kann ein Verband im Sinnes des Absatzes 1 Satz 2 Auskunft darüber verlangen, ob und welche Forderungen auf Gewährung von Einkaufsvorteilen gegenüber welchen Unternehmen gestellt wurden und ob diese Forderungen ganz oder teilweise erfüllt wurden. Ein solcher Grund besteht insbesondere dann, wenn eine zur Berufsverschwiegenheit verpflichtete Person durch Versicherung an Eides Statt oder eine Behörde durch dienstliche Erklärung Tatsachen vortragen, die einen Verstoß als naheliegend erscheinen lassen. Eine Auskunftspflicht besteht dann nicht, wenn der Auskunftspflichtige dadurch einen unverhältnismäßigen Nachteil erleiden würde.
- (x) Ist eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu besorgen, kann die Verpflichtung zur Auskunft im Wege einer einstweiligen Verfügung nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung angeordnet werden.
- (x) Die Auskunft darf in einem Strafverfahren oder in einem Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten wegen einer vor der Erteilung der Auskunft begangenen Tat gegen den zur Auskunft Verpflichteten oder gegen eine in § 52 Abs. 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen nur mit Zustimmung des zur Auskunft Verpflichteten verwertet werden.
- (x) Weitergehende Ansprüche auf Auskunft bleiben unberührt.

Darüber hinaus unterstützt der Markenverband den Vorschlag des BDI zu einer Ergänzung von § 54 Abs. 1 Satz 3 GWB, die die Einleitung von Verfahren von Amtswegen auf der Grundlage von § 59 GWB stärkt.

Übergangsregelung für Wettbewerbsregeln:

Der Markenverband stellt fest, daß durch die vorgesehenen Änderungen des GWB zu Wettbewerbsregeln letztere an Attraktivität für die Wirtschaft erheblich verlieren,

weil eine materielle Freistellung nicht mehr erfolgt. So stellt die Begründung (Seite 48) fest, daß mit der Einführung des Systems der Legalausnahme die administrative Freistellungsmöglichkeit hinfällig geworden ist. Der in Zukunft vorgesehene Inhalt der Verfügung des Kartellamtes im Anerkennungsverfahren beschränkt sich auf die Feststellung, daß gegenwärtig das Kartellamt keinen Anlaß zum Tätigwerden sieht. Einen Rechtsschutz gewährenden Besitzstand - etwa gegen zivilrechtliche Klagen - stellt dies nicht dar.

Der Markenverband bedauert diese Entwicklung und hat sich gegen die Abwertung verwendet. Zumindest muß aus hiesiger Sicht **für bestehende anerkannte Wettbewerbsregeln ein zeitlich großzügiger Bestandsschutz im Rahmen der Übergangsregelung im § 131 GWB-E gewährt werden.**

Zivilrechtliche Sanktionen in § 33, 34 GWB-E:

Die vorgesehene Neufassung der §§ 33 f. GWB-E geht aus Sicht des Markenverbandes zu weit. Dies gilt insbesondere mit Blick auf den Wegfall der Passing-on-Defensiv und die in § 33 Abs. 4 GWB-E vorgesehene Tatbestandswirkung von Gerichtsentscheidungen. Der Markenverband teilt im Übrigen die Kritikpunkte des BDI in dieser Frage.

Reform der Pressefusionskontrolle:

Hinsichtlich der Vorschläge zur Pressefusionskontrolle hat der Markenverband gemeinsam mit der OWM eine gesonderte Stellungnahme abgegeben, die dieser Stellungnahme als **Anlage** beigefügt ist.

III. Fazit

Die europäische Kartellrechtsreform, die in der Verordnung 01/2003 ihren Ausdruck findet, stellt für das deutsche Kartellrecht eine erhebliche Herausforderung dar. Der Markenverband und die markenartikelherstellende Industrie sind bereit, das BMWA auf dem Weg zu einer mutigen Umsetzung dieser Vorgaben zu begleiten und zu unterstützen.

Die mit der Reform des Kartellgesetzes einhergehende **Liberalisierung** hat aber eine erhebliche Marktbedeutung. Um den Wettbewerb und die Schutzadressaten des GWB auch in Zukunft nicht ohne ein angemessenes Schutzniveau zu lassen, ist deshalb eine begleitende gesetzliche **Verschärfung der Mißbrauchskontrolle** in § 20 GWB dringend geboten. Sonstigenfalls ist mit erheblichen negativen Auswirkungen auf dem Markt durch die Liberalisierung im Bereich des gemeinsamen Einkaufs und im Bereich der Preisbindung von Lieferanten zu rechnen.

Der Markenverband bittet deshalb dringend um Unterstützung für seine Vorschläge betreffend der Aufforderungen zu Gewährung ungerechtfertigter Vorteile gemäß § 20 Abs. 2 GWB und betreffend die Lösung des Roß- und Reiterproblems.

Wiesbaden, den 18.05.2004

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1347

16. September 2004

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung in Berlin am 20. September 2004 zum

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

Freshfield, Bruckhaus, Deringer

Zusammenfassung

1. Anpassung des deutschen Rechts an das europäische Wettbewerbsrecht

Hauptanliegen der Siebten GWB-Novelle ist eine Angleichung der §§ 1-18 GWB an das EG-Kartellrecht. Bereits die 6. GWB-Novelle hatte eine "Europäisierung" des nationalen Kartellrechts zum Ziel. Der nunmehr geplante Schritt ist – insbesondere im Hinblick auf die geplante Übernahme des generellen Verbotstatbestandes mit Legalausnahme in den §§ 1, 2 GWB RegE – gleichwohl wesentlich weitreichender als die letzte Kartellrechtsnovelle. Die Abschaffung der bewährten Differenzierung zwischen Horizontal- und Vertikalvereinbarungen wird zu einem Paradigmenwechsel im GWB führen, dessen Auswirkungen auf die mit dem EG-Recht bisher nicht vertrauten kleinen und mittleren Unternehmen mit lediglich lokalem oder regionalem Tätigkeitsschwerpunkt zu erheblichen rechtlichen und praktischen Problemen führen werden. Es ist daher zweifelhaft, ob eine Angleichung zweckmäßig ist.

2. Vorläufiger Rechtsschutz in Fusionskontrollverfahren

Die geplante Ergänzung des § 65 Abs. 3 GWB ist zu begrüßen. Sie stellt eine sachgerechte und verfassungsrechtlich unbedenkliche graduelle Korrektur des Drittrechtsschutzes in der Fusionskontrolle dar. Das ohnehin im Vergleich zum allgemeinen Verwaltungsprozeßrecht sehr weit gefaßte Recht Dritter, die Freigabe von Zusammenschlüssen durch das BKartA mit der Beschwerde im Hauptsacheverfahren anzugreifen, bleibt unberührt. Damit führt die Änderung des § 65 Abs. 3 GWB zu einer Angleichung des GWB an international geltende Standards der Drittanfechtung von Fusionsfreigaben.

3. Eventuelle Anpassung an die europäische Fusionskontrolle

- a) SIEC

Eine Übernahme des neuen SIEC-Test der EG-FKVO ist derzeit nicht zu empfehlen. Die EG-Regelung ist rechts-

politisch umstritten, weil Zweifel an der angeblichen Schutzlücke des geltenden Marktbeherrschungstests bestehen. Vor allem aber ist die Tragweite der Neuregelung unklar. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit sollte daher zunächst die weitere EG-Praxis abgewartet werden. Eine Rechtsangleichung sollte daher erst mittelfristig erwogen werden.

- b) Nebenbestimmungen in der Fusionskontrolle

Allerdings empfiehlt es sich im Gegensatz dazu, die Regelungen über Nebenbestimmungen anzupassen. Während Art. 8 Abs. 2 FKVO der EG-Kommission die Befugnis einräumt, sämtliche in Betracht kommenden Auflagen anzuordnen, unterliegt das BKartA nach § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB einer Beschränkung: Zulässig sind im deutschen Recht nur Nebenbestimmungen, die nicht zu einer "laufenden Verhaltenskontrolle" führen. Diese Regelung ist zwar an sich sinnvoll; sie hat aber in der Praxis zu schwierigen Abgrenzungsfragen und daher zu Rechtsunsicherheit geführt und sollte daher aufgegeben werden. Die mittlerweile vierzehnjährige Praxis der EG-Fusionskontrolle hat gezeigt, daß für eine solche Beschränkung kein Bedürfnis besteht.

Der Regierungsentwurf einer 7. GWB-Novelle ist daher differenziert zu beurteilen. Im einzelnen soll zu den genannten Punkten folgendes angemerkt werden:

A. Anpassung des deutschen Rechts an das europäische Wettbewerbsrecht**I. Wesentlicher Inhalt der Änderung**

Durch die 7. GWB-Novelle soll die Differenzierung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen aufgehoben und in Anlehnung an Art. 81 EG durch ein generelles Verbot wettbewerbsbeschränkender Verträge ersetzt werden. Gemäß dem europäischen Vorbild sollen Vereinbarungen pp. gem. § 2 Abs. 2 GWB vom Verbot des § 1 GWB freigestellt sein, wenn sie unter eine entsprechend anwendbare EG-Gruppenfreistellungsverordnung fallen. Falls keine Gruppenfreistel-

lungsverordnung greift, kommt eine Ausnahme nach dem Freistellungstatbestand § 2 Abs. 1 GWB in Betracht, der Art. 81 Abs. 3 EG entspricht.

II. Begründung der Bundesregierung

Die Bundesregierung begründet die Angleichung des § 1 GWB an Art. 81 EG damit, daß die Abgrenzung zwischen nationalem und europäischem Kartellrecht wegen der fehlenden begrifflichen Schärfe der Zwischenstaatlichkeitsklausel vielfach schwierig sei.¹ Der beabsichtigte Gleichlauf zwischen GWB und EG-Kartellrecht stelle sicher, daß insbesondere in Zweifelsfällen die Rechtmäßigkeit der behördlichen Entscheidung gewährleistet sei.² Ferner verhindere die Angleichung eine "unerwünschte Zweiteilung des deutschen Wettbewerbsrechts in europäische Regelungen für Fälle mit Zwischenstaatlichkeitsbezug und abweichende nationale Regelungen für Fälle ohne Zwischenstaatlichkeitsbezug".³ Eine solche Zweiteilung sei wegen der besagten Unschärfe des Zwischenstaatlichkeitserfordernisses nur schwer handhabbar und außerdem nicht sachgerecht. Um eine unterschiedliche Behandlung kleiner und mittlerer Unternehmen gegenüber Großunternehmen zu verhindern, müßten lokale und regionale Sachverhalte genauso behandelt werden wie Verhaltensweisen mit grenzüberschreitenden Auswirkungen.⁴ Viele Mitgliedstaaten hätten diesen Angleichungsprozeß an das EG-Recht bereits vollzogen, was im Hinblick auf die Anforderungen an einen integrierten Binnenmarkt auch geboten sei. Die vorgeschlagene Angleichung an das EG-Recht führe für die betroffenen Unternehmen zu einem "level playing field", das mit "erheblichen Vorteilen" verbunden sei.⁵

III. Einwände gegen den erwogenen Gesetzesvorschlag

1. Der Vorschlag der Bundesregierung stellt zweifellos ein vertretbares Konzept dar. Ein Großteil der Wirtschaft unterliegt wegen seiner Befassung mit grenzüberschreitendem Handel bereits jetzt den Regelungen des EG-Rechts. Dies führt zu einer "Schlechterstellung" gegenüber den lediglich regional tätigen kleinen und mittleren Unternehmen, und die Anwendbarkeit des deutschen Rechts muß anhand eines EG-rechtlichen Tatbestandsmerkmals negativ abgegrenzt werden. Diese Rechtslage besteht allerdings schon seit mehr als 40 Jahren, und es ist nicht ersichtlich, daß dies die Praxis vor ernste Probleme gestellt hätte. Es bestehen daher erhebliche Zweifel an der Zweckmäßigkeit des Änderungsvorschlags. Er führt dazu, daß kleine und mittlere Unternehmen mit überwiegend lokalem oder regionalem Tätigkeitsschwerpunkt mit den vielfach sehr schwierigen rechtlichen und praktischen Anwendungsproblemen des EG-Kartellrechts konfrontiert werden. Das Problem wird noch dadurch verschärft, daß die Neuregelung nicht nur zur Anwendung eines generellen Verbotsstatbestands mit Ausnahmevorbehalt führt, sondern auch zum Prinzip der Legal Ausnahme. Das deutsche Recht weist diese Nachteile nicht auf.

Die Differenzierung des geltenden deutschen Kartellrechts zwischen Kartellen i.S. der §§ 1 ff. GWB ei-

nerseits und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen nach den §§ 14 ff. GWB andererseits beruht auf der Erkenntnis, daß sie sich wesensmäßig unterscheiden. Der Gesetzgeber hat sich deshalb aus guten Gründen 1957 dafür entschieden, die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen einem ausdifferenzierten Regulationssystem zu unterwerfen, während die eigentlichen Kartelle nach § 1 GWB einem uneingeschränkten Verbot unterliegen, welches nach den §§ 2 ff. GWB nur unter sehr engen Voraussetzungen durchbrochen werden kann. Dieses differenzierte System ist der pauschalen Verbotsanordnung in Art. 81 Abs. 1 EG "deutlich überlegen", wie die Bundesregierung anlässlich der 6. GWB-Novelle noch zutreffend festgestellt hat.⁶ Die Systematik des GWB ist in dieser Hinsicht durch die Gesetzgebung und Rechtsprechung ständig weiterentwickelt worden. Der BGH hat auch die Frage der Abgrenzung horizontaler von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen durch das Merkmal des "anzuerkennenden Interesses" geklärt.⁷ Dieses System hat den betroffenen Unternehmen größtmögliche Rechtssicherheit gewährleistet und sich in der Praxis wohl auch aus Sicht der Kartellbehörden bewährt.

2. Eine Angleichung des deutschen Rechts an Art. 81 EG läßt sich auch nicht mit der dezentralen Anwendung des EG-Kartellrechts rechtfertigen. Zwar sind die nationalen Kartellbehörden durch die neue Verordnung 1/2003 in weiterem Umfang als bisher zur Anwendung der Art. 81, 82 EG verpflichtet. Daraus folgt aber nicht, daß eine vollständige Angleichung des nationalen Kartellrechts an die EG-Vorschriften erforderlich oder zweckmäßig wäre. Das Gegenteil ist der Fall. Während sich die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages auf solche Sachverhalte beziehen, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, befaßt sich das nationale Kartellrecht mit Konstellationen, die sich auf den gemeinschaftlichen Handel nicht auswirken. Nach wie vor existiert eine Vielzahl kartellrechtlich relevanter Sachverhalte, die mangels zwischenstaatlicher Auswirkungen den Art. 81, 82 EG nicht unterfallen. Will man diese Fälle zukünftig nicht mehr dem ausdifferenzierten Regulationssystem der §§ 14 ff. GWB unterstellen, sondern auf sie einen pauschalen Verbotstatbestand mit Ausnahmesystem anwenden, würde dies nicht abschätzbare Konsequenzen für ganze Wirtschaftsbereiche in der Bundesrepublik Deutschland haben.

Die generelle Einführung des Verbotsprinzips stellt die kleinen und mittleren Unternehmen, die bisher nicht mit EG-Kartellrecht in Berührung gekommen sind, vor erhebliche rechtliche und praktische Probleme. Sie müssen in Zukunft selbst prüfen, ob die von ihnen geschlossenen Austauschverträge verbotene Beschränkungen im Sinne des neuen § 1 GWB enthalten. Darüber hinaus müssen sie sich erstmals mit der – selbst für Großunternehmen – schwierigen Frage befassen, ob die Voraussetzungen für eine Gruppen- oder Einzelfreistellung erfüllt sind. Die Marktangrenzungen und die Ermittlung des eigenen Marktanteils nach Maßgabe der dafür in der Kartell-

¹ RegBegr. zur 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640, S. 22.

² RegBegr. a.a.O.

³ RegBegr. a.a.O.

⁴ RegBegr. a.a.O., S. 22 f.

⁵ RegBegr. a.a.O., S. 23.

⁶ Begründung Reg-E zur 6. GWB-Novelle, BT-Drucks. 13/9720, S. 30.

⁷ S. BGH, WuW/E BGH 3115 – Druckgußteile; BGH, WuW/E BGH 3121 – Bedside-Testkarten; BGH, WuW/E BGH 3137 – Solelieferung; BGH, ZIP 1998, 1159 – Subunternehmervertrag; BGH, WuW/E DE-R 1119 – Verbundnetz II.

rechtspraxis entwickelten Grundsätze dürfte für mittelständische Unternehmen praktisch kaum möglich sein. Großunternehmen und international tätige Mittelständler sind mit dieser Rechtspraxis zwar bereits vertraut. Für kleinere Unternehmen und insbesondere weite Teile des Mittelstandes gilt dies allerdings nicht.

Lediglich als Beispiel sei in diesem Zusammenhang auf die weit verbreiteten Ausschließlichkeitsbindungen i.S.v. § 16 Nr. 2 GWB hingewiesen. Solche Klauseln sind z.B. regelmäßig in Getränkelieferverträgen zwischen Brauereien und Gaststätten enthalten. Vergleichbare Regelungen finden sich vielfach in Maklerverträgen, in denen sich der Auftraggeber dazu verpflichtet, keine anderen Makler mit der Vermittlung des Objekts zu beauftragen. Eine dritte Kategorie solcher Fälle mit rein lokaler Bedeutung sind z.B. langfristige Bindungen in Dienstleistungsverträgen über die Ablesung von Verbrauchsgütern bei Heizungen. Alle diese Bindungen sind bisher nach § 16 GWB zulässig, wenn nicht im Einzelfall ein Mißbrauch vorliegt. In der Praxis ist dies so gut wie nie der Fall.

Die geplante Änderung würde dazu führen, daß derartige Klauseln grundsätzlich dem Verbotstatbestand des § 1 GWB n.F. mit seinen scharfen Sanktionen (Nichtigkeit der Verträge, Bußgeldrisiko) unterfallen. Zwar können solche Ausschließlichkeitsbindungen nach der entsprechend anwendbaren EG-Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung vom Verbot des § 1 GWB n.F. ausgenommen sein. Allerdings greift diese Verordnung nur, sofern das betroffene Unternehmen nicht einen Marktanteil von mehr als 30 % hält. Auf räumlich eng abzugrenzenden Märkten wie z.B. bei der Getränkelieferung durch eine lokale Brauerei oder bei Immobilienmaklern in einem räumlich begrenzten Gebiet sind Marktanteile von über 30 % aber keine Seltenheit. Die Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung wird daher oftmals nicht zur Anwendung gelangen. Eine Freistellung vom Kartellverbot käme dann nur unter den allgemeinen Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 GWB in Betracht. Im Gegensatz zur Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung bietet § 2 Abs. 1 GWB allerdings keine klaren Kriterien, anhand derer Ausschließlichkeitsbindungen zu beurteilen wären. Die Anwendung der dazu von der Kommission veröffentlichten Leitlinien dürfte für kleine Unternehmen praktisch kaum zu handhaben sein. Der Wortlaut der Vorschrift ist so unbestimmt, daß es den betroffenen Unternehmen in der Regel nur mit rechtlicher Beratung möglich sein wird, die Zulässigkeit ihrer Verträge zu beurteilen, wenn das betroffene Unternehmen das Risiko überhaupt erkennt. Die geplante Neuregelung wird damit in diesem Sektor der deutschen Wirtschaft – insbesondere also bei kleinen und mittelständischen Unternehmen – zu erheblicher Rechtsunsicherheit und erheblichen zusätzlichen Transaktionskosten führen. Bedenkt man dann noch die wettbewerbspolitischen Vorzüge der geltenden Regelung, so sprechen die besseren Gründe gegen eine Übernahme des EG-rechtlichen Systems.

B. Mißbrauchsaufsicht über "marktorientierte" oder marktstarke Unternehmen

(Vorläufig keine Stellungnahme)

C. Sanktionen (u.a. Höhe und Ermittlung der Geldbußen)

(Vorläufig keine Stellungnahme)

D. Vorläufiger Rechtsschutz in Fusionskontrollverfahren

I. Einleitung: Die geplante Gesetzesänderung

Nach dem Regierungsentwurf der 7. GWB-Novelle soll in § 65 Abs. 3 GWB folgender Satz eingefügt werden:

"Hat ein Dritter Beschwerde gegen eine Verfügung nach § 40 Abs. 2 oder eine Erlaubnis nach § 42 Abs. 1 eingelegt, ist der Antrag des Dritten auf Erlass einer Anordnung nach Satz 3 nur zulässig, wenn dieser geltend macht, durch die Verfügung oder Erlaubnis in seinen Rechten verletzt zu sein."

Durch diese Vorschrift wird die Möglichkeit Dritter graduell eingeschränkt, den Vollzug eines Zusammenschlußvorhabens vorläufig zu verhindern, nachdem ihn das BKartA geprüft und freigegeben hat. Ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nach § 65 Abs. 3 GWB ist in diesen Fällen künftig nur möglich, wenn der Dritte die Verletzung subjektiver Rechte geltend machen kann.

In der Begründung des Regierungsentwurfs führt die Bundesregierung dazu aus, daß durch das Erfordernis der Verletzung subjektiver Rechte der Kreis der Antragsbefugten begrenzt werden soll. Gleichzeitig werde der kartellrechtliche Eilrechtsschutz dem allgemeinen verwaltungsprozessualen Standard des § 42 Abs. 2 VwGO angepaßt, der ebenfalls die Verletzung subjektiver Rechte voraussetzt.⁸

Anlaß für die Novellierung des § 65 Abs. 3 GWB war, daß mehrere bedeutende Zusammenschlußvorhaben nach Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle durch Eilanträge Dritter blockiert wurden.⁹ Daran zeigte sich nach Ansicht der Bundesregierung, daß das geltende Recht den Belangen Dritter insgesamt ein "übermäßiges Gewicht" beimißt und eine "unangemessene, nicht interessengerechte Behinderung von Fusionen – und damit von Investitionen in Deutschland" – darstellt.¹⁰ Die Bundesregierung bezweckt mit der Rechtsänderung, dieses Mißverhältnis durch eine graduelle Korrektur der Antragsbefugnis auszugleichen.¹¹

Die Neuregelung führt insoweit zu einer Änderung, als das geltende Recht weder für die Beschwerde noch für den zusätzlichen Eilrechtsschutz die Verletzung subjektiver Rechte in diesem Zusammenhang verlangt. Antragsbefugt ist jeder, der eine zulässige Beschwerde nach § 63 GWB eingelegt hat. Die Zulässigkeit einer Beschwerde setzt keine Verletzung subjektiver Rechte voraus, sondern verlangt gem. § 63 Abs. 2 GWB lediglich die Beteiligung am Verfahren vor der Kartellbehörde sowie – als ungeschriebene Voraussetzung – eine Beschwerde, die

⁸ Regierungsbegründung zum Entwurf der 7. GWB-Novelle, BT.-Drucks. 15/3640, S. 65.

⁹ OLG Düsseldorf, WuW/DE-R 665 – NetCologne; OLG Düsseldorf, WuW/DE-R 681 – Trienekens; OLG Düsseldorf, WuW/DE-R 885 – E.ON/Ruhrgas I; KG, WuW/E DE-R 386 – tobaccoland I, (Antrag zurückgewiesen); OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 945 – Rethmann (Antrag zurückgewiesen).

¹⁰ Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf der 7. GWB-Novelle, BR-Drucks. 441/04, Anlage 1 zur Kabinettsvorlage des BMWA, S. 14.

¹¹ Siehe Gegenäußerung der Bundesregierung a.a.O.

auch in der Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen liegen kann. Damit hat nach der aktuellen Rechtslage jeder Dritte, der am Verfahren im Sinne von §§ 63 Abs. 2, 4 und 50 Abs. 2 und 3 GWB beteiligt war und eine Beschwer darlegen konnte (was allerdings ohne Problem möglich war), die Möglichkeit, neben der Beschwerde einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung zu stellen und damit ggf. den Vollzug eines freigegebenen Zusammenschlußvorhabens zu verhindern.

II. Bewertung der Gesetzesänderung

Die Ergänzung des § 65 Abs. 3 GWB ist zu begrüßen. Die Neuregelung führt zu einem sachgerechten Ausgleich der verfassungsrechtlich geschützten Interessen der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen an einem ungehinderten Vollzug des freigegebenen Vorhabens einerseits und den Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter andererseits.

1. Zur Kritik an der Neuregelung

- a) Es wird vorgebracht, daß auf Grundlage des herkömmlichen Verständnisses des Zusammenschlußkontrollrechts ein Eilantrag Dritter durch die Neufassung des § 65 Abs. 3 GWB praktisch nicht mehr möglich sei. Da die bisherige Rechtsprechung der Fusionskontrolle keine drittschützende Wirkung zugebilligt habe¹², könne ein Dritter die für einen Eilantrag nach § 65 GWB nunmehr erforderliche Verletzung subjektiver Rechte nicht geltend machen.¹³
- b) Gegen die Neuregelung wird deshalb weiter eingewendet, sie schränke die Effektivität des Rechtsschutzes ein. Der Eilrechtsschutz sei der einzige Weg, um den Vollzug eines Zusammenschlusses zu verhindern. Wenn ein Eilantrag mangels Rechtsverletzung unzulässig sei, könne ein Erfolg im Hauptsacheverfahren den vollzogenen Zusammenschluß faktisch u.U. nicht mehr verhindern.¹⁴ Selbst eine spätere Entflechtung könne die Auswirkungen auf Wettbewerber, Kunden und Lieferanten am Markt nicht ungeschehen machen.¹⁵

Diese Einwände überzeugen jedoch nicht. Die Neuregelung ist durchaus sachgerecht, was sich aus folgenden Erwägungen ergibt:

2. Vergleichende rechtshistorische Betrachtung zum GWB

Bei der Bewertung der Gesetzesänderung ist zunächst die Entstehungsgeschichte der Drittklagemöglichkeiten in der deutschen Fusionskontrolle zu berücksichtigen. Ursprünglich hatte der Gesetzgeber bei Einführung der Zusammenschlußkontrolle mit der 2. GWB Novelle im Jahre 1973 für Dritte *keinerlei Möglichkeit* vorgesehen, eine Freigabe des BKartA – weder im Hauptsacheverfahren noch im Eilrechtsschutz – anzugreifen. Ein solches Drittbeschwerderecht hielt der Gesetzgeber weder im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG für erforderlich noch für

wirtschaftlich zweckmäßig. Er räumte der verfassungsrechtlich verbürgten Zusammenschlußfreiheit Vorrang vor den Interessen Dritter an einer Untersagung eines Vorhabens ein.

Dieser Rechtszustand wurde durch die 6. GWB Novelle gleichsam in sein Gegenteil verkehrt. Nach §§ 63 Abs. 2, 54 Abs. 2 und 3 GWB kann seit 1999 jeder Dritte, der am Verwaltungsverfahren beteiligt war und beschwert ist, gegen eine Freigabeverfügung Beschwerde einlegen und außerdem einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung stellen.

Bei der geplanten Ergänzung des § 65 Abs. 3 GWB geht es also nicht um die Beschränkung eines allgemein anerkannten Standards des deutschen Prozeßrechts, sondern nur um eine graduelle Korrektur der derzeit sehr weitreichenden Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter in der Fusionskontrolle. Die Möglichkeit einer Anfechtungsbeschwerde in der Hauptsache bleibt unverändert erhalten.

3. Rechtsvergleichender Überblick

Ein Vergleich mit dem EG-Recht und den Kartellrechtsgesetzen anderer Mitgliedstaaten sowie der USA zeigt, daß das geltende GWB mit seinen weitreichenden Drittschutzmöglichkeiten ohnehin eine Sonderstellung einnimmt. Die geplante Änderung fügt sich daher – trotz vielfach bestehender systematischer Unterschiede – in den international geltenden Standard ein. Besondere Hervorhebung verdient, daß der Eilrechtsschutz gegen den Vollzug von Zusammenschlußvorhaben international grundsätzlich für rechtlich nicht erforderlich gehalten wird und in der Praxis keine Rolle spielt.

a) Zur EG-Fusionskontrolle

Im EG-Recht existieren keine vergleichbar großzügigen Voraussetzungen wie in Deutschland. Zwar können Dritte gemäß Art. 242, 243 EG theoretisch auch gegen Fusionsfreigaben der Kommission einstweilige Anordnungen beantragen. Die Anforderungen werden von der Rechtsprechung aber so hoch angesetzt, daß solche Anträge bislang – bis auf Sonderkonstellationen¹⁶ – keinen Erfolg hatten.¹⁷ Nach der Rechtsprechung kann den Zusammenschlußbeteiligten selbst kein gerichtliches Vollzugsverbot auferlegt werden; entsprechende Anträge wären bereits unzulässig.¹⁸ Daraus folgt, daß eine einstweilige Anordnung sich nur auf die Aussetzung des Vollzugs der Kommissionsentscheidung richten kann und in praxi deshalb nur dann in Betracht kommt, wenn das Vorhaben von den Parteien noch nicht vollzogen wurde. An einen solchen Antrag auf Aussetzung des Vollzugs stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen. Sie verlangt, daß die Fusion unmittelbar zu einem nicht wieder gutzumachenden Schaden für die Antragsteller führt¹⁹ und diese "andernfalls erkennbar in eine existenzbedrohende Lage gerieten".²⁰ Dritte, die keine unmittelbare Beziehung zum Zusammenschlußvorhaben aufweisen, können derartige

¹² Siehe KG, WuWE OLG 1758, 1759 – Weichschaum II; BGH, WuWE BGH 1556, 1561 – Weichschaum III; OLG Düsseldorf, Beschl. vom 25. März 2004, VI. Kart. 37/03 (V), Seite 4 – Carl Zeiss; OLG Düsseldorf, Beschl. vom 30. Juni 2004, VI. Kart. 4/04 (V), Seite 9 – Ampère.

¹³ Stellungnahme des Bundesrates zur 7. GWB Novelle, S. 19; Monopolkommission, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Sondergutachten, S. 55; Zöttl, WuW 2004, 474, 483.

¹⁴ Stellungnahme des Bundesrates aaO. S. 19; Monopolkommission aaO. S. 56 f.; Zöttl aaO. 482.

¹⁵ Stellungnahme des Bundesrates aaO. S. 19 f.

¹⁶ Siehe hierzu Präsident des EuG – Kali + Salz, aaO., S. II-283; Präsident des EuG, Slg. 1993, S. II-449, 459 ff. – CCE de Vitelle.

¹⁷ Deswegen jeweils Anträge zurückgewiesen: Präsident des EuG, Slg. 1992 II-2579 – CCE de la Société Générale des Grandes Sources/Kommission; Präsident des EuG, Slg. 2001 II-69 – Petroleessen- ce/Kommission; Präsident des EuG, Slg. 1994 II-1162 – Union Carbide/Kommission.

¹⁸ EuG – Union Carbide, aaO., S. II-1172.

¹⁹ EuG – Union Carbide, aaO., S. II-1175.

²⁰ EuG – CCE de la Société Générale des Grandes Sources, aaO., S. II-2595; Kali + Salz aaO. S. II-265, 283.

mögliche Schäden regelmäßig nicht geltend machen.²¹ Die Voraussetzungen für eine einstweilige Anordnung sind daher nur in besonderen Konstellationen erfüllt. Ein Beispiel war der Fall Kali + Salz. Dort war der Antragsteller an einem für den Vertrieb zuständigen Gemeinschaftsunternehmen beteiligt, das in seiner Existenz bedroht war, weil die Zusammenschlußbeteiligten durch eine Auflage verpflichtet worden waren, aus diesem Gemeinschaftsunternehmen auszuschcheiden.²² Im Einzelfall kann auch die Vollziehung einer Auflage ausgesetzt werden, die auf die Veräußerung eines Unternehmens gerichtet ist, solange ungewiß ist, ob auch die übrigen Nebenbestimmungen erfüllt werden.²³ Abgesehen von solchen Sonderfällen kommt dem einstweiligen Rechtsschutz Dritter in der EG-Fusionskontrolle jedoch keine Bedeutung zu, insbesondere nicht für Anträge von Wettbewerbern, die sich gegen eine Freigabe wenden.²⁴

b) UK

In der Praxis der Zusammenschlußkontrolle im UK spielen einstweilige Anordnungen Dritter gegen Freigaben keine Rolle. Die Fusionskontrolle ist im Enterprise Act 2002 (EA) geregelt. Erinstanzlich werden Zusammenschlüsse vom Office of Fair Trading (OFT) kontrolliert, welches den Fall für eine vollständige Prüfung an die Competition Commission (CC) verweisen kann. Die Entscheidungen vom OFT und CC können vor dem Competition Appeal Tribunal (CAT) angegriffen werden.²⁵

Nach Section 120 EA setzt ein Antrag auf gerichtliche Prüfung einer Freigabebefugung durch das CAT voraus, daß der Antragsteller beschwert (aggrieved) ist. Das CAT kann einen Antrag zurückweisen, wenn der Antragsteller kein ausreichend qualifiziertes Interesse nachweist (insufficient interest).²⁶ Da ein Prüfungsantrag nicht automatisch Suspensiveffekt besitzt, hat das CAT nach Rule 61 der CAT Rules die Möglichkeit, einstweilige Anordnungen (interim measures) zu erlassen. Eine einstweilige Anordnung muß zur Verhinderung irreparabler Schäden einer bestimmten Person oder Personengruppe oder zum Schutz des öffentlichen Interesses aus Gründen der Dringlichkeit notwendig sein (necessary as a matter of urgency for the purpose of preventing irreparable damage to a particular person or category of person or protecting the public interest). Nach dem 2003 in Kraft getretenen Enterprise Act 2002 hat das CAT bisher keine Eilmaßnahmen zugunsten Dritter in der Fusionskontrolle angeordnet. Nur im iSOFT-Fall kam es zu einer Drittanfechtung einer Freigabe, in dem auch eine einstweilige Anordnung beantragt wurde.²⁷ Da eine Entscheidung in der Hauptsache unverzüglich erging, mußte der Antrag auf

einstweiligen Rechtsschutz aber nicht mehr beschieden werden.²⁸

c) Österreich

Im österreichischen Kartellrecht haben Dritte generell keine Möglichkeit, gegen die Freigabe eines Zusammenschlusses in der Hauptsache oder im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vorzugehen. Ähnlich dem US-System können die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt – die sogenannten Amtsparteien – gemäß § 42 b Abs. 1 KartG binnen vier Wochen nach der Anmeldung die Prüfung des Zusammenschlußvorhabens durch das Kartellgericht beantragen. Unternehmer, deren Interessen vom geplanten Zusammenschluß berührt werden, haben nur die Möglichkeit, eine schriftliche Äußerung gegenüber dem Kartellgericht abzugeben. Ein Rechtsanspruch auf eine bestimmte Behandlung ihrer Stellungnahme besteht nicht (§ 42 a Abs. 3a KartG). Gegen einen Beschluß des Kartellgerichts (Untersagung oder Nichtuntersagung eines Zusammenschlusses) können die am Zusammenschlußvorhaben beteiligten Unternehmen und die Amtsparteien das Rechtsmittel des Rekurses an das Kartellobergericht einbringen (§ 53 Abs. 2 KartG). Ein Rekursrecht Dritter (insbesondere von Wettbewerbern), welche allenfalls von der Nichtuntersagung eines Zusammenschlußvorhabens durch das Kartellgericht betroffen sind, ist im österreichischen Recht nicht vorgesehen und wird von der Judikatur einhellig abgelehnt (vgl. zuletzt OGH 15.12.2003, 16. Oktober 21, 22/03). Daraus ergibt sich, daß auch Eilrechtsschutz nicht möglich ist. Nach der Rechtsprechung stellt die österreichische Zusammenschlußkontrolle ein spezielles Verfahren dar, welches nur über Antrag der Amtsparteien eingeleitet werden kann und in dem Dritten daher keine Parteistellung zukommt. Im Gegensatz dazu können Dritte, sofern deren rechtliche und wirtschaftliche Interessen berührt werden, im Rahmen der übrigen Verfahren nach dem österreichischen Kartellgesetz (etwa betreffend Vereinbarungen und Mißbrauchsfälle) eine Parteistellung erlangen und folglich Rechtsmittel gegen eine Entscheidung des Kartellgerichtes ergreifen, sowie einstweilige Verfügungen erwirken (§ 52 Abs 1 KartG). Die fehlende Möglichkeit von Drittklagen ist also auf die Fusionskontrolle beschränkt.

d) Frankreich

Im französischen Kartellrecht besitzt der einstweilige Rechtsschutz Dritter gegen Fusionsfreigaben keine praktische Relevanz. Fusionen werden im französischen Recht nach Art. L. 430-1 bis L. 430-10 des französischen Code de Commerce vom Wirtschaftsminister geprüft. Nach Art. R. 311-1 des französischen Code de Justice Administrative ist der Conseil d'Etat (höchstes Verwaltungsgericht in Frankreich) für Einsprüche gegen Fusionskontrollentscheidungen des Ministers zuständig. Mit dem Einspruch kann die Rechtswidrigkeit der Entscheidung gerügt werden (recours pour excès de pouvoir). Nach Art. L. 521-1 des französischen Code de Justice Administrative kann im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes theoretisch auch bei einer Freigabebefugung die Aussetzung der Vollziehung angeordnet werden

²¹ Siehe EuG – Union Carbide, aaO.; EuG – CCE de la Société Générale des Grandes Sources, aaO., S. 2594 ff.; EuG – Petrolescence, aaO.

²² EuG – Kali + Salz, aaO., S. II-283.

²³ Präsident des EuG, Slg. 1993, S. II-449, 459 ff. – CCE de Vitelle.

²⁴ Siehe auch Bellamy & Child, European Community Law of Competition, 5th Edition, 2001, Rn. 6-253.

²⁵ Fusionen, die besondere öffentliche Belange betreffen, können vom Secretary of State geprüft werden. Auch die Entscheidung des Secretary of State kann vor dem CAT angegriffen werden.

²⁶ Rule 10 der CAT Rules.

²⁷ IBA Health Ltd. v Office of Fair Trading supported by iSOFT plc, and Torex plc. (3 December 2003). Ein zweiter Antrag auf gerichtliche Überprüfung wurde im April 2004 von der Federation of Wholesale Distributors gegen die Tesco/Administrator OFT-Freigabeentscheidung anhängig gemacht. Dieser Antrag wurde aber später zurückgenommen, und interim measures wurden nicht beantragt.

²⁸ Vor Inkrafttreten des Enterprise Act 2002 existierte kein vergleichbares Nachprüfungsverfahren vor dem CAT. Zwar konnten kartellbehördliche Verfügungen gerichtlich überprüft werden. Auch insoweit lagen die Voraussetzungen für Drittklagen aber so hoch, daß der Drittschutz in der Fusionskontrolle praktisch keine Rolle spielte.

(référé suspension). Ein solcher Eilantrag verlangt, daß Klage in der Hauptsache erhoben wurde, Dringlichkeit vorliegt und ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Entscheidung bestehen.²⁹ Von dieser Möglichkeit ist in der Fusionskontrolle allerdings – soweit ersichtlich – noch nie Gebrauch gemacht worden.

In der Praxis spielen Einsprüche gegen Freigabeentscheidungen eine geringe Rolle. Seit dem Inkrafttreten der Fusionskontrolle im französischen Kartellrecht im Jahre 1977 gab es nur 15 solcher Verfahren gegen Fusionskontrollentscheidungen, die entweder von den Zusammenschlußbeteiligten oder Dritten eingelegt wurden. Die Dritteinsprüche wurden überwiegend zurückgewiesen.³⁰ Einstweiliger Rechtsschutz nach Art. L. 521-1 des Code de Justice Administrative wurde seit Inkrafttreten der französischen Fusionskontrolle in keinem einzigen Fall beantragt.

e) Italien

Nach der Rechtsprechung zur italienischen Fusionskontrolle können Dritte Freigabeentscheidungen der italienischen Kartellbehörde weder mit einer Klage im Hauptsacheverfahren angreifen noch einstweiligen Rechtsschutz dagegen beantragen.³¹ Das italienische Kartellverfahrensrecht verlangt allgemein für eine Klage gegen eine kartellbehördliche Verfügung eine qualifizierte Betroffenheit als Klagebefugnis. Die erforderliche Betroffenheit besitzen nach der Rechtsprechung nur solche Unternehmen, die selbst Adressaten der Verfügung sind.³² Dritten fehlt die Klagebefugnis³³ bzw. Antragsbefugnis im einstweiligen Rechtsschutz.³⁴ Nach ständiger Rechtsprechung besitzt das italienische Kartellgesetz (Gesetz Nr. 287/90) allein den Zweck, wirksamen Wettbewerb auf dem Markt aufrechtzuerhalten.³⁵ Dritte haben am Ausgang eines kartellbehördlichen Verfahrens daher lediglich ein nicht qualifiziertes wirtschaftliches de-facto Interesse und sind nicht in subjektiven Rechten beeinträchtigt.³⁶ In der Fusionskontrolle können sich daher nur die Zusammenschlußbeteiligten auf die Verletzung subjektiver Rechte berufen und auf dieser Grundlage eine kartellbehördliche Verfügung angreifen. Dritte werden durch eine möglicherweise entstehende marktbeherrschende Stellung allenfalls "indirekt, mittelbar und mög-

licherweise" betroffen.³⁷ Sie besitzen deshalb nicht die erforderliche Klagebefugnis.³⁸

f) Spanien

Im spanischen Recht sind einstweilige Anordnungen Dritter gegen Fusionsfreigaben nur in sehr engen Grenzen möglich. Zwar sieht das spanische Recht Drittklagen (recursos interpuestos por terceros) vor und bietet in diesen Fällen auch die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes (medidas cautelares). Allerdings ist Voraussetzung für die Aussetzung des Vollzugs, daß der Antragsteller antragsbefugt ist (interés legítimo) und ferner ein irreparabler Schaden unmittelbar droht. Diese Voraussetzungen werden von der Rechtsprechung so eng ausgelegt, daß Anträge Dritter auf einstweiligen Rechtsschutz praktisch keine Aussicht auf Erfolg haben. Seit 1999 kam es zu vier solcher Verfahren vor dem Tribunal Supremo.³⁹ In sämtlichen Fällen wurden die Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz zurückgewiesen.

g) US-Fusionskontrolle

Auch im US-amerikanischen Kartellrecht kommt dem Rechtsschutz Dritter gegen freigegebene Fusionen – sowohl in Form von Unterlassungsklagen als auch im Wege des Eilrechtsschutzes – keine nennenswerte Bedeutung zu.

Das US-amerikanische System der Zusammenschlußkontrolle ist zwar mit dem europäischen und auch dem deutschen Modell nicht vergleichbar, da die Kartellbehörden FTC und DoJ einen angemeldeten Zusammenschluß nicht durch verwaltungsrechtliche Verfügung untersagen, sondern nur im Wege einer gerichtlichen Klage angreifen können. Es gibt im US-Recht noch nicht einmal die Rechtsfigur einer Freigabeentscheidung. Erst recht gibt es daher keine dagegen gerichteten Rechtsmittel.

Dritte können aber gem. § 16 Clayton Act, 15. U.S.C. § 26 gegen Zusammenschlüsse vor Gericht klagen und einen Verstoß gegen die materiellen Untersagungskriterien des § 7 Clayton Act, 15 U.S.C. § 18 geltend machen (sog. "section 7 actions"). Nach § 16 Clayton Act, 15. U.S.C. § 26 ist auch einstweiliger Rechtsschutz (preliminary injunctive relief) möglich, wenn dem Antragsteller ein unmittelbarer irreparabler Schaden droht.

Das US-Kartellrecht stellt allerdings hohe Anforderungen an eine Unterlassungsklage bzw. einen Antrag auf einstweilige Anordnung. Die Klagebefugnis (standing) für eine private enforcement action verlangt, daß der Kläger qualifizierte Umstände darlegt, aus denen hervorgeht, daß gerade er durch die Fusion eine "antitrust injury" erleidet, wie z.B. eine Verdrängung vom Markt (predatory).⁴⁰ Nicht ausreichend sind bloße wirtschaftliche Nachteile. So hat der Supreme Court in *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*⁴¹ entschieden, daß ein Wettbewerber der Zusammenschlußbeteiligten seine Klage nicht auf einen Gewinnrückgang stützen kann, den er nach der Fusion infolge eines verschärften Preiswettbewerbs erleidet. Der Supreme Court stützte seine Entscheidung u.a. darauf, daß das Kartellrecht den Schutz

²⁹ Zur Frage der Dringlichkeit siehe Conseil d'Etat vom 19. Januar 2001, Confédération Nationale des Radios Libres.

³⁰ Conseil d'Etat vom 5. November 2003 – Interbrew; Conseil d'Etat vom 9. April 1999 – Interbrew; Conseil d'Etat vom 11. Dezember 1998 – M 6; Conseil d'Etat vom 11. Juli 2001 – Clemessy; Conseil d'Etat vom 3. September 1997 – Usinor Sacilor (Einsprüche zurückgewiesen); Conseil d'Etat vom 6. Februar 2004 – Babyliss (Einspruch stattgegeben).

³¹ Nach Art. 33 Gesetz Nr. 287/90 ist das Verwaltungsgericht Lazio/Rom (T.A.R. Lazio) ausschließlich zuständig für Verfahren gegen kartellbehördliche Verfügungen. Das Urteil des T.A.R. Lazio kann vor dem Consiglio di Stato – dem italienischen höchsten Verwaltungsgericht – angegriffen werden.

³² Siehe z.B. T.A.R. Lazio, Sec. 1, Urte. Nr. 420/2003; Consiglio di Stato, Sec. VI, Urte. Nr. 1972/1996; T.A.R. Lazio, Sec. 1, Urteile 2216, 1997; 2746/1998 und 2952/1998.

³³ Siehe T.A.R. Lazio, Sec. 1, Urteil Nr. 420/2003.

³⁴ Siehe Consiglio di Stato, Sec. VI, Urteil Nr. 1792/1996.

³⁵ T.A.R. Lazio, Sec. 1, Urte. Nr. 420/2003; Consiglio di Stato, Sec. VI, Urte. Nr. 1972/1996; T.A.R. Lazio, Sec. 1, Urteile 2216, 1997; 2746/1998 und 2952/1998.

³⁶ Siehe T.A.R. Lazio, Sec. 1, Urteil Nr. 420/2003: "Der einzelne Wettbewerber, auf den sich das behördliche Verfahren nicht direkt bezieht, wird durch die behördliche Tätigkeit nicht unmittelbar und direkt in einer rechtlichen Position betroffen."

³⁷ T.A.R. Lazio, Sec. 1 Urteil Nr. 3861/2003.

³⁸ Siehe T.A.R. Lazio, Sec. I, Urteil Nr. 420/2003; T.A.R. Lazio, Sec. 1 Urteil Nr. 3861/2003.

³⁹ Urteil vom 25. Mai 1999 – Sociedad Cooperativa Agropecuaria; Urteil vom 16. Mai 2003 – Telecable de Asturias et al.; Urteil vom 21. Mai 2003 – ONO; Urteil vom 17. Juli 2003 – Media Park.

⁴⁰ Rowley/Baker, International Mergers, 2. Aufl. 1996, S. 1653.

⁴¹ 479 U.S. at 104 (1986).

des Wettbewerbs bezweckt und nicht den Schutz des Wettbewerbers ("enacted for the protection of competition, not competitors").⁴²

Die mit der 7. GWB-Novelle vorgesehene Beschränkung des einstweiligen Rechtsschutzes auf die Fälle, in denen der Antragsteller eine Verletzung subjektiver Rechte geltend machen kann, entspricht damit der Sache nach dem Standard, der seit jeher auch in den USA mit dem Erfordernis des "antitrust injury" gilt.

In der Praxis spielen solche private enforcement actions in den USA eine immer geringere Rolle, seit die US-Kartellbehörden in den 1990-Jahren dazu übergegangen sind, Fusionen genauer zu prüfen.⁴³

4. Zu den einzelnen rechtlichen Aspekten der Neuregelung

a) Keine Beschränkung des Drittrechtsschutzes im Hauptsacheverfahren

Es geht bei der vorgeschlagenen Ergänzung des § 65 Abs. 3 GWB nicht um eine Beschränkung des Drittrechtsschutzes insgesamt, sondern nur um dessen verfahrensrechtliche Ausgestaltung. Für das Hauptsacheverfahren bleibt der status quo – d.h. die großzügig ausgestaltete Beschwerdebefugnis – unangetastet. Durch die vorgesehenen Beteiligungsmöglichkeiten von Verbraucherzentralen und anderen Verbraucherverbänden in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB werden die Drittbeschwerdemöglichkeiten durch die 7. Novelle sogar noch ausgeweitet.

b) Angleichung an die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsprozeßrechts

Die geplante Gesetzesänderung ist auch deshalb sachgerecht, weil sie das Rechtsschutzsystem im GWB – zumindest teilweise – an die Grundsätze der VwGO angleicht.⁴⁴ Es entspricht der Tradition des deutschen Verwaltungsprozeßrechts, wie sie sich seit dem Ende des 19. Jahrhunderts entwickelt hat, daß eine Verwaltungsklage die Verletzung subjektiver Rechte voraussetzt. Der Bürger sollte sich nicht zum Sachwalter der Gemeinwohlbelange machen können, sondern auf eine Verteidigung seiner eigenen Rechte beschränkt sein.⁴⁵

§ 42 Abs. 2 VwGO verlangt für eine Klage im Verwaltungsprozeß daher, daß der Kläger sich auf eine *Verletzung subjektiver Rechte* beruft. Auch ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO setzt aus diesem Grunde die Möglichkeit der *Verletzung subjektiver Rechte als Antragsbefugnis* voraus. Der Vergleich mit dem allgemeinen Verwaltungsprozeßrecht zeigt daher, daß die geltende Regelung des § 65 Abs. 3 GWB deutlich über den allgemeinen Rechtsschutzstandard hinausging.

c) Unbedenklichkeit im Lichte von Art. 19 Abs. 4 GG

Die Neuregelung ist daher auch im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG unbedenklich. Die Rechtsweggarantie greift nur, wenn "jemand durch die öffentliche Gewalt *in seinen Rechten* verletzt" ist. Wenn der Gesetzgeber – wie im Kartellrecht – für die Beschwerdebefugnis in der Haupt-

sache keine Rechtsverletzung verlangt, ist das für den Beschwerdeführer eine Vergünstigung, auf die nach Art. 19 Abs. 4 GG kein Anspruch besteht. Daraus folgt nicht, daß im Eilverfahren die Rechtsverletzung nicht zur Voraussetzung der Antragsbefugnis gemacht werden dürfte.

d) Zur Möglichkeit der Verletzung subjektiver Rechte Dritter in der Fusionskontrolle

Wie eingangs erwähnt, wird gegen die geplante Neuregelung teilweise vorgebracht, daß auf Grundlage des herkömmlichen Verständnisses des Zusammenschlußkontrollrechts subjektive Rechte Dritter nicht verletzt sein könnten.⁴⁶ Einstweiliger Rechtsschutz Dritter sei damit praktisch nicht mehr möglich.⁴⁷ Dem kann nicht gefolgt werden. Vielmehr ist eine differenzierte Betrachtung erforderlich.

aa) Keine subjektiven Rechte aus § 36 Abs. 1 GWB

Es bedarf an dieser Stelle keiner weiteren Begründung, daß die Fusionskontrolle selbst Dritten keinerlei subjektive Rechte verleiht. Der Gesetzgeber hat durch § 36 GWB allein den Wettbewerb als Institution geschützt. Diese Erkenntnis entspricht ständiger Rechtsprechung.⁴⁸ An dem fehlenden drittschützenden Charakter der Fusionskontrolle ändert die Neufassung des § 65 Abs. 3 GWB nichts.

bb) Verletzung subjektiver Rechte in Sonderkonstellationen

Dennoch führt die Neufassung des § 65 Abs. 3 GWB nicht dazu, daß der einstweilige Rechtsschutz Dritter in der Fusionskontrolle faktisch ausgeschlossen wäre.

Es ist möglich, daß eine Freigabeentscheidung – unter engen Voraussetzungen – in Rechte Dritter eingreift. Zu denken ist in diesem Zusammenhang an Fälle, in denen der Dritte durch Geschäftsbeziehungen mit einem der Zusammenschlußbeteiligten eine besondere rechtliche Nähe zu der Transaktion aufweist. Dafür kommen vor allem Auswirkungen oder Eingriffe der Freigabeentscheidung in bestehende Verträge oder Gemeinschaftsunternehmen der Zusammenschlußbeteiligten mit Dritten in Betracht, auch bei Freigaben unter Auflagen.

Eine Verletzung subjektiver Rechte wäre z.B. vorstellbar, wenn der Antragsteller an einem Gemeinschaftsunternehmen beteiligt ist, welches aufgrund einer Veräußerungsaufgabe zu einer Freigabeentscheidung in seiner Existenz bedroht wäre. Ein solcher Fall lag dem EG-Verfahren Kali + Salz zugrunde.⁴⁹

Desgleichen könnte eine Verletzung subjektiver Rechte vorliegen, wenn bestimmte Liefervereinbarungen oder Lizenzverträge eines Dritten dem Anwendungsbereich einer Gruppenfreistellungsverordnung entzogen würden, weil die andere Partei infolge des Zusammenschlusses

⁴² Cargill, 479 U.S. at 115, unter Bezugnahme auf Brunswick, 429 U.S. at 488, unter Bezugnahme auf Brown Shoe Co., 370 U.S. at 320.

⁴³ Siehe Rowley/Baker, International Mergers, 2. Aufl. 1996, S. 1652.

⁴⁴ Siehe Regierungsbegründung zur 7. GWB-Novelle, aaO., S. 65.

⁴⁵ Siehe zum historischen Hintergrund Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, 5. Aufl., § 14 Rdnr. 67.

⁴⁶ Siehe KG, WuWE OLG 1758, 1759 – Weichschaum II; BGH, WuWE BGH 1556, 1561 – Weichschaum III; OLG Düsseldorf, Beschl. vom 25. März 2004, VI. Kart. 37/03 (V), Seite 4 – Carl Zeiss; OLG Düsseldorf, Beschl. vom 30. Juni 2004, VI. Kart. 4/04 (V), Seite 9 – Ampère.

⁴⁷ Stellungnahme des Bundesrates zur 7. GWB Novelle, S. 19; Monopolkommission, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Sondergutachten, S. 55; Zöttli, WuW 2004, 474, 483.

⁴⁸ KG, WuWE OLG 1758, 1759 – Weichschaum II; BGH, WuWE BGH 1556, 1561 – Weichschaum III; KG, WuWE OLG 2686, 2687; zuletzt OLG Düsseldorf, Kart. 37/03 (V) v. 25. März 2004, S. 4 des Umbruchs – Carl Zeiss; OLG Düsseldorf Kart. 4/04 (V) v. 30. Juni 2004, S. 9 des Umbruchs – Ampère; a.A. Dormann, Drittklagen im Recht der Zusammenschlußkontrolle, 2000, Seite 127 ff., 142 ff..

⁴⁹ EuG – Kali + Salz, aaO., S. II-283.

die relevanten Marktanteilsschwellen überschreitet. Die Antragsbefugnis könne auch dann vorliegen, wenn ein Zusammenschluß zur Entstehung von Marktbeherrschung führt und dadurch eine Verhaltensweise wie z.B. ein bestimmtes Rabattsystem als Mißbrauch i.S.v. Art. 82 EG bzw. §§ 19, 20 GWB zu qualifizieren wäre. Der Zusammenschluß würde in diesem Fall zu einer Verletzung der drittschützenden Mißbrauchsvorschriften führen.

Die Praxis wird Eilanträge Dritter deshalb nicht von vornherein für unzulässig halten. Es kann der Rechtsprechung überlassen bleiben, die Reichweite der neuen Vorschrift auszuformen.

e) Zur praktischen Relevanz des Eilrechtsschutzes in der Fusionskontrolle

Gegen die Neuregelung wird teilweise eingewendet, daß gerade der Eilrechtsschutz gegen Freigabebefugungen besonders wichtig sei. Bei einem Erfolg im Hauptsacheverfahren könne der bereits vollzogene Zusammenschluß vielfach nicht mehr rückgängig gemacht werden.⁵⁰

Dieser Einwand überzeugt nicht. Weder das geltende Recht noch die Praxis der Fusionskontrolle lassen den Schluß zu, daß ein vollzogener Zusammenschluß nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte.

Der Gesetzgeber hat mit der Einführung einer präventiven Zusammenschlußkontrolle zwar dem Umstand Rechnung getragen, daß die Rückgängigmachung einer Fusion grundsätzlich aufwendiger ist als die vorherige Prüfung und ggf. Untersagung. Gleichwohl ist die Entflechtung weiterhin ein wichtiges Element der präventiven Zusammenschlußkontrolle, sei es bei Verstößen gegen das Vollzugsverbot oder der Nichterfüllung von Nebenbestimmungen. Der Gesetzgeber hat die Entflechtung von Zusammenschlüssen daher in § 41 Abs. 3 GWB eingehend geregelt und das BKartA zur Auflösung eines rechtswidrig vollzogenen Zusammenschlusses ermächtigt. Das Amt ist befugt, die hierzu "erforderlichen Maßnahmen" zu treffen. Gem. § 41 Abs. 3 Satz 3 GWB kann die Wettbewerbsbeschränkung "auch auf andere Weise als durch Wiederherstellung des früheren Zustands beseitigt werden." Das BKartA hat also denkbar weitreichende Möglichkeiten, um einen vollzogenen Zusammenschluß rückgängig zu machen.

Die Praxis hält die Entflechtung vollzogener Zusammenschlüsse keineswegs für undurchführbar. Dies zeigt sich an der weit verbreiteten Freigabe von Zusammenschlüssen unter Bedingungen und Auflagen nach § 40 Abs. 3 GWB. Bei der Durchführung von Veräußerungsauflagen handelt es sich nämlich der Sache nach um Teilentflechtungen. Im Falle der Nichterfüllung der Nebenbestimmungen ist das BKartA sogar zur Auflösung des Zusammenschlusses ermächtigt. Wenn dies mit unlösbaren Schwierigkeiten verbunden wäre, hätte sich keine so weitgehende "Commitment Kultur" im deutschen Kartellrecht entwickelt. (Entsprechendes gilt für die EG-Fusionskontrolle.)

f) Mißbrauchsgefahr bei einem zu weit gefaßten einstweiligen Rechtsschutz Dritter in der Fusionskontrolle

Umgekehrt beugt die Neuregelung einem Mißbrauch von Eilanträgen in der Fusionskontrolle vor. Nach geltendem

Recht hat jeder Beigeladene, der eine Beschwerde geltend machen kann, die Möglichkeit, durch einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ein Fusionsvorhaben zu blockieren. Er muß hierfür nicht die Möglichkeit einer Verletzung subjektiver Rechte anführen, sondern er kann sich auf die schlichte Geltendmachung einer wirtschaftlichen Beeinträchtigung stützen. Für die Begründetheit des Antrags reichen gem. § 65 Abs. 3 Nr. 2 GWB ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Entscheidung aus. Eine Interessenabwägung erfolgt – im Gegensatz zum EG-Recht, dem Vergaberecht (§ 118 Abs. 2 S. 2 GWB) und dem allgemeinen Verwaltungsprozessrecht (§ 80 Abs. 5 VwGO) – nicht, wie das OLG Düsseldorf im Verfahren "E.ON/Ruhrgas II" klarstellte:

Der Gesetzgeber "hat in § 65 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 (i.V.m. S.3) GWB als Grundlage für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes im Beschwerdeverfahren – anders als in der Normalsituation des § 65 Abs. 1 GWB – nicht eine Abwägung der widerstreitenden Interessen, sondern eine schon jetzt vorzunehmende eingeschränkte Rechtsprüfung, nämlich das "Bestehen ernstlicher Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung" normiert. Wenn die Rechtsprüfung zu diesem Ergebnis der ernstlichen Zweifel führt, hat das Beschwerdegericht trotz des Wortes "kann" kein Ermessen und auch nicht die Möglichkeit, mit einer Abwägung der Interessen der Bet. die aus den ernstlichen Zweifeln resultierende Folge abzuwenden, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde anzuordnen, sondern muss auf Antrag eine solche einstweilige Anordnung erlassen. Das Wort "kann" in § 65 Abs. 3 S. 1 GWB normiert nur die Kompetenz des Beschwerdegerichts, gibt ihm (nach der Feststellung "ernstlicher Zweifel") aber keinen Ermessens- oder Abwägungsspielraum."⁵¹

Für die Zusammenschlußbeteiligten bedeuten diese niedrigen Anforderungen ein nicht kalkulierbares wirtschaftliches Risiko. Da für den Vollzug eines Zusammenschlußvorhabens regelmäßig nur ein enges Zeitfenster zur Verfügung steht, kann die Anordnung der aufschiebenden Wirkung zu einem endgültigen Scheitern der Fusion führen⁵². Dies wiederum ist für die Parteien u.U. mit wirtschaftlichen Schäden bis hin zur Existenzbedrohung verbunden.

Faktisch kann damit ein Zusammenschlußvorhaben im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verhindert werden, auch wenn die spätere gerichtliche Überprüfung in der Hauptsache ergeben sollte, daß die Voraussetzungen für eine Untersagung nicht vorliegen.⁵³ Daß dies kein theoretisches Risiko ist, zeigt sich daran, daß die beiden zuständigen Rechtsmittelgerichte (OLG Düsseldorf und Bundesgerichtshof) die Rechtslage in Kartellsachen vielfach unterschiedlich bewerten. Den Interessen Dritter wird daher durch die bisher geltende Regelung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren ein übermäßiges Gewicht beigemessen.⁵⁴ Ein solcher Rechtszustand ist mit der ver-

⁵¹ OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 926, 931 – E.ON/Ruhrgas II.

⁵² Siehe Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf der 7. GWB-Novelle, BR-Drucks. 441/04, Anlage 1 zur Kabinettsvorlage des BMWA, Seite 14.

⁵³ Siehe Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf der 7. GWB-Novelle, BR-Drucks. 441/04, Anlage 1 zur Kabinettsvorlage des BMWA, Seite 15.

⁵⁴ Siehe Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf der 7. GWB-Novelle, BR-Drucks. 441/04, Anlage 1 zur Kabinettsvorlage des BMWA, Seite 14.

⁵⁰ Stellungnahme des Bundesrates aaO. S. 19; Monopolkommission aaO. S. 56 f.; Zöttl aaO. 482.

fassungsrechtlich geschützten Zusammenschlußfreiheit nicht zu vereinbaren.

III. Zusammenfassung

Die geplante Ergänzung des § 65 Abs. 3 GWB ist zu begrüßen. Sie stellt eine sachgerechte und verfassungsrechtlich unbedenkliche graduelle Korrektur des Drittrechtsschutzes in der Fusionskontrolle dar. Das ohnehin im Vergleich zum allgemeinen Verwaltungsprozeßrecht sehr weit gefaßte Recht Dritter, die Freigabe von Zusammenschlüssen durch das BKartA mit der Beschwerde im Hauptsacheverfahren anzugreifen, bleibt unberührt. Die Neuregelung befindet sich damit auch im Einklang mit international geltenden Standards.

E. Eventuelle Anpassung an die europäische Fusionskontrolle

I. SIEC

Eine Übernahme des neuen SIEC-Tests der EG-FKVO ist derzeit nicht zu empfehlen. Die EG-Regelung ist rechtspolitisch umstritten,⁵⁵ weil Zweifel an der angeblichen Schutzlücke des geltenden Marktbeherrschungstests bestehen. Vor allem aber ist die Tragweite der Neuregelung unklar. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit sollte daher zunächst die weitere EG-Praxis abgewartet werden. Eine Rechtsangleichung sollte daher erst mittelfristig erwogen werden, wobei dann – um ein "Rosinenpicken" zu verhindern – auch andere Tatbestandsvoraussetzungen der EG-FKVO auf eine mögliche Übernahme zu prüfen wären.

II. Nebenbestimmungen in der Fusionskontrolle

Schon heute empfiehlt sich jedoch eine Anpassung an das EG-Recht bei der Freigabe von Zusammenschlüssen unter Nebenbestimmungen. Die geltende Rechtslage nach dem GWB von 1999 ist unbefriedigend, weil sie durch Abgrenzungsprobleme erhebliche Rechtsunsicherheit geschaffen hat. Im einzelnen:

1. § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB ordnet die Unzulässigkeit von Nebenbestimmungen an, die sich auf eine "laufende Verhaltenskontrolle" richten. Diese Vorschrift soll nach dem RegE beibehalten werden. Die Praxis hat aber gezeigt, daß die Abgrenzung zwischen zulässigen strukturellen und unzulässigen Nebenbestimmungen mit laufender Verhaltenskontrolle vielfach schwierig ist. Dies führt für das BKartA und für die betroffenen Unternehmen zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Sie müssen mit Beschwerden Dritter rechnen, die sich diese Rechtsunsicherheit für eine Beschwerde nutzbar machen.

Insbesondere die Monopolkommission hat darauf hingewiesen, daß Auflagen zur Beseitigung unternehmerischer Einflußmöglichkeiten oder von Marktzutrittschranken "grundsätzlich die Gefahr" bergen würden, zu einer laufenden Verhaltenskontrolle zu führen. Gleichwohl komme insbesondere den Marktöffnungsaufgaben in der Fallpraxis des Bundeskartellamtes eine nicht geringe Bedeutung zu.⁵⁶

⁵⁵ Deswegen hatte sich die Bundesrepublik Deutschland gegen diese Regelung ausgesprochen.

⁵⁶ Monopolkommission, XIV HG (200/2001), Tz. 466.

2. Die Problematik der marktöffnenden Auflagen wird z.B. im Energiesektor deutlich. Das Amt hat in verschiedenen Verfahren Zusammenschlüsse unter Auflagen freigegeben, die auch Verhaltenselemente enthalten. So wurde den Unternehmen z.B. aufgegeben, nach Vollzug des Zusammenschlusses einem jeden Dritten zu erlauben, an einer Stelle seiner Wahl auf dessen Kosten eine physische Verbindung zu ihrem Leitungsnetz herzustellen, sofern keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen⁵⁷, oder ein Gasversorgungsnetz anderen Unternehmen für Durchleitungen diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen, soweit die Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen möglich und zumutbar ist⁵⁸. Weitere Beispiele im Energiebereich sind die Verpflichtung zur Durchführung eines Gasreseau-Programms⁵⁹ und von legal unbundling⁶⁰-Maßnahmen, wie sie im Ministererlaubnisverfahren E.ON/Ruhrgas angeordnet wurden.⁶¹ Auch bei Zusammenschlüssen von ÖPNV-Unternehmen hat das Amt Nebenbestimmungen angeordnet, die z.T. Verhaltenselemente aufweisen. Im Verfahren ÖPNV-Hannover knüpfte das Amt die Freigabe daran, daß bestimmte Verkehrsleistungen im Wettbewerb nach der VOL/A vergeben werden bzw. die Beteiligten es im Rahmen des rechtlich Möglichen sicherstellen, daß der Erbringung bestimmter Verkehrsleistungen keine Genehmigungsrechte oder vertraglich vereinbarten Rechte der Beteiligten entgegenstehen.⁶² Wahrscheinlich sind alle diese Maßnahmen nicht als laufende Verhaltenskontrolle anzusehen.⁶³ Unbestreitbar ist jedoch, daß die Differenzierung zu Abgrenzungsproblemen und zu Rechtsunsicherheit geführt hat.
3. Das EG-Kartellrecht kennt eine solche Differenzierung zwischen zulässigen strukturellen Nebenbestimmungen und einer unzulässigen laufenden Verhaltenskontrolle nicht. Die FKVO läßt in Art. 8 Abs. 2 FKVO alle Nebenbestimmungen zu, die aus Sicht der Kommission geeignet sind, die wettbewerblichen Bedenken auszuräumen. In Sachen "Gencor" stellte das EuG hierzu klar, eine Nebenbestimmung müsse lediglich geeignet sein, der Kommission die Feststellung zu gestatten, daß der Zusammenschluß eine beherrschende Stellung i.S. der FKVO weder begründen noch verstärken würde. Die Charakterisierung als strukturelle oder verhaltensbezogene Auflage sei hierfür nicht erheblich:

"Es kommt infolgedessen nicht darauf an, ob die angebotene Verpflichtung als verhaltensbestimmende oder als strukturorientierte Verpflichtung qualifiziert werden kann. Zwar verdienen strukturorientierte Verpflichtungen wie die Verkleinerung des Marktanteils der auf Grund des Zusammen-

⁵⁷ BKartA, WuW/E DE-V 395 – Schwäbisch Gmünd.

⁵⁸ BKartA, WuW/E DE-V 460 – Fair Energie.

⁵⁹ Verpflichtung zur Weiterveräußerung bestimmter Gasmengen eines Unternehmens, die es von Gasproduzenten auf Grundlage langfristiger Gaslieferverträge bezieht.

⁶⁰ Ausgliederung des Erdgastransportgeschäfts in eine selbständige Transportgesellschaft.

⁶¹ Bundesminister für Wirtschaft und Technologie, WuW/E DE-V 573 ff.; Bundesminister für Wirtschaft und Technologie, WuW/E DE-V 643 ff.

⁶² BKartA, WuW/E DE-V 891 – ÖPNV-Hannover.

⁶³ Die Rechtsprechung hatte bisher keine Gelegenheit, sich mit der Thematik zu befassen.

schlusses entstehenden Einheit über den Verkauf einer Tochtergesellschaft grundsätzlich dem Zweck der Verordnung entsprechend den Vorzug, weil sie die Entstehung oder Verstärkung einer zuvor von der Kommission festgestellten beherrschenden Stellung endgültig oder zumindest auf längere Zeit verhindern, ohne daß mittel- oder langfristig Überwachungsmaßnahmen notwendig wären. Es läßt sich indessen nicht a priori ausschließen, daß auf den ersten Blick verhaltensbestimmende Verpflichtungen wie die Nichtverwendung einer Marke für eine bestimmte Zeit oder die Zurverfügungstellung eines Teils der Produktionskapazität der auf Grund des Zusammenschlusses entstehenden Einheit an Konkurrenten oder allgemein der Zugang zu einer wesentlichen Infrastruktur unter nicht diskriminierenden Bedingungen ebenfalls geeignet sein können, die Entstehung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung zu verhindern.⁶⁴

Allein entscheidend ist damit im EG-Recht die wettbewerbliche Zweckmäßigkeit der Nebenbestimmung und nicht die Abgrenzung nach der Art ihrer Wirkweise.⁶⁵

3. Für die im GWB geltende Beschränkung läßt sich nicht anführen, daß das BKartA ggf. mit einer laufenden Verhaltenskontrolle überfordert wäre. Hinter § 40 Abs. 3 S. 2 GWB steht zwar unausgesprochen der Gedanke, daß die Kartellbehörde nicht mit der dauerhaften Überwachung von Nebenbestimmungen – z.B. in Gestalt einer ständigen Preiskontrolle – belastet werden soll. Das BKartA wird aber bereits im eigenen Interesse nur solche Auflagen erlassen, deren Einhaltung es auch tatsächlich überprüfen kann. Es ist nicht zu erwarten, daß das Amt sich auf eine laufende Preiskontrolle einlassen wird. Diese Erwartung läßt sich auch auf eine mittlerweile vierzehnjährige Praxis der Europäischen Fusionskontrolle stützen. Wie bereits erwähnt, kennt das EG-Kartellrecht in Art. 8 Abs. 2 FKVO keine mit dem deutschen Recht vergleichbare Differenzierung. Gleichwohl hat die Praxis der europäischen Fusionskontrolle keinen Anlaß zu Zweifeln an der Praktikabilität dieser Regelung gegeben.
4. Die geltende Beschränkung in § 40 Abs. 3 S. 2 GWB sollte auch im Hinblick auf den im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Art. 20 Abs. 3 GG aufgegeben werden. Da das BKartA nach § 40 Abs. 3 S. 2 GWB keine Möglichkeit hat, einen Zusammenschluß unter Auflagen freizugeben, die sich auf eine laufende Verhaltenskontrolle richten, muß es ein Vorhaben selbst dann untersagen, wenn eine solche Nebenbestimmung geeignet wäre, die wettbewerblichen Bedenken auszuräumen. Eine Freigabe unter Auflagen ist aber im Verhältnis zur Untersagung stets das mildere Mittel im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Auch daher

sollte dem Amt die Möglichkeit eingeräumt werden, Auflagen aller Art zu erlassen.

5. Angesichts des praktischen Bedürfnisses für – wirkungsvolle – Nebenbestimmungen sollte die Differenzierung zwischen strukturellen Auflagen und Bedingungen einerseits sowie einer laufenden Verhaltenskontrolle andererseits deshalb aufgegeben und § 40 Abs. 3 S. 2 GWB gestrichen werden.

Düsseldorf, den 15. September 2004

(Prof. Dr. Wiedemann)

⁶⁴ EuG, Slg. 1999, S. II-759, 850 – Gencor/Kommission.

⁶⁵ Zur verhaltenskontrollierenden Nebenbestimmung nach der FKVO siehe auch EG-Kommission, Fall Nr. 4/M 1327 – NC/CANAL+/CDPQ/BANK AMERICA: Verpflichtung zur fairen und nicht diskriminierenden Verhandlung über den Zugang zum Kabelnetz, Verpflichtung zum nicht diskriminierenden Verhalten von Kabelnetzbetreibern etc.; siehe auch Stoffregen, in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 8 Rdnr. 32 ff., m.w.N.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1352

16. September 2004

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung in Berlin am 20. September 2004 zum

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

DaimlerChrysler Services AG Berlin (BDI)

Der BDI hat zum Regierungsentwurf der 7. GWB – Novelle und zur möglichen Einführung des SIEC-Tests ausführliche Stellungnahmen abgegeben (Anlagen). Anliegend sind einige wesentliche Aspekte kurz erläutert.

1. Anpassung des deutschen Rechts an das europäische Wettbewerbsrecht

Der BDI **begrüßt mit Nachdruck** die Angleichung des deutschen Kartellrechts an das europäische Recht auch unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsgrenze.

Die Übernahme des **Prinzips der Legalausnahme** (§ 2 GWB-E) ist sinnvoll. Die Abschaffung des bürokratischen Anmelde- und Genehmigungssystems bedeutet für die Unternehmen eine Entlastung. Sie stärkt die Eigenverantwortung. Wettbewerbsrechtlich unbedenkliche Vereinbarungen werden sofort wirksam und damit durchsetzbar.

Den Unternehmen sollten **in begründeten Einzelfällen** - nur bei berechtigtem Interesse - ein **Anspruch** auf eine Entscheidung der Kartellbehörde eingeräumt werden, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht (§ 32 c GWB-E). Wegen des Wegfalls der Anmeldung wächst nämlich zunächst die **Rechtsunsicherheit**. Dem muss - im begrenzten Umfang - entgegen gewirkt werden.

Der BDI unterstützt die Beibehaltung des § 4 Abs. 1 GWB **für horizontale Mittelstandskartelle**. Kooperationen des Mittelstandes sind erwünscht und wettbewerbsfördernd.

2. Sanktionen

Die neuen Schadensersatz- und Sanktionsregelungen sind unverhältnismäßig. Die geplanten Regelungen zielen weniger auf eine „Europäisierung“ als auf eine „**Amerikanisierung**“ des **Sanktionsrechts**, die angesichts unterschiedlicher Rechtstraditionen und Gegebenheiten nicht passend ist. Die Bundesrepublik sollte der EU, die derzeit an einem eigenen europäischen Schadens- und Sanktionsrecht arbeitet, nicht mit eigenen Regelungen vorgreifen.

a) Befugnisse der Kartellbehörde

Wir lehnen die **Enquêtebefugnis** des Bundeskartellamtes (§ 32 e GWB-E) strikt ab, weil sie zu einer **Überreglementierung** führt. Anders als in Europa nimmt bei uns bereits die Monopolkommission die Aufgabe wahr, ganze Wirtschaftsbranchen und –zweige näher zu untersuchen.

b) private Rechtsverfolgung

Die Stärkung des privaten Rechtsschutzes hat im Prinzip der Legalausnahme ihre Berechtigung. Allerdings sollten durch die Neuerungen bewährte **Prinzipien des deutschen Zivilprozess- und Schadensersatzrechts nicht ohne Not preisgegeben werden**. Wie eingangs erwähnt, plant die EU-Kommission ohnehin eine europäische Regelung des Schadensersatz- und Sanktionsrechts.

Die Ausdehnung des Kreises der Anspruchsberechtigten bei Unterlassungsklagen in § 33 Abs. 2 GWB-E auf **Verbraucherschutzverbände** sollte an die Berührung **wesentlicher Belange der Verbraucher** geknüpft werden, um missbräuchlichen Praktiken vorzubeugen. Im UWG hat man dafür eine angemessene Regelung gefunden. Eine ähnliche Lösung ist auch im GWB angezeigt.

Wir begrüßen, dass der **Ausschluss der „Passing-on-defence“** in § 33 Abs. 3 Satz 2 GWB-E weggefallen ist. Damit wird verhindert, dass der Kläger bei Weiterreichung des Schadens hinterher besser als ohne den Kartellverstoß dasteht. Das Ziel, sicherzustellen, dass dem Kartellanten sein durch den Kartellverstoß erlangter Vorteil nicht verbleibt, wird u.a. durch die § 33 GWB-E nachfolgenden Vorschriften zur Vorteilsabschöpfung erreicht. Nach den Grundsätzen des deutschen Schadensersatzrechts soll der Schadensersatzanspruch ausschließlich den beim Geschädigten entstandenen **Nachteil ausgleichen**, eine Straffunktion ist damit gerade nicht verbunden. Die Funktion von Schadensersatz und wirtschaftlichem Vorteil sollten weiterhin streng getrennt werden. Anderenfalls steht eine sachlich nicht zu rechtfertigende **Kumulation von Ansprüchen** zu befürchten.

Der BDI begrüßt, dass für die Vorteilsabschöpfung wieder das Erfordernis des **Verschuldens** (wie auch im UWG) eingeführt worden ist. Aber: Gegen die **Vorteilsabschöpfung (§§ 34 und 34 a GWB-E)** bestehen grundsätzliche Bedenken, die eine Streichung dieser Vorschriften in ihrer jetzigen Form erfordern. Schon jetzt haben die von den Kartellbehörden verhängten Bußgelder nicht allein Sanktionscharakter, sondern bezwecken gleichzeitig die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils.

Die Vorteilsabschöpfung durch Verbände (§ 34 a GWB-E) lehnt der BDI ab. Der in § 34 a Abs. 4 GWB-E normierte Anspruch auf Aufwendungsersatz läßt zu missbräuchlichem Verhalten ein, da es die Verbände allein in der Hand haben, ihre Verwaltungskosten, die sie vom wirtschaftlichen Vorteil abziehen dürfen, in die Höhe zu treiben.

3. Vorläufiger Rechtsschutz in Fusionskontrollverfahren

Die **Einschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes** in § 65 Abs. 3 S. 4 GWB-E **begrüßt der BDI**, weil dies Missbräuche verhindern kann. Aufgrund des wirtschaftlichen Schadens, der durch einen fortdauernden Schwebezustand des Verfahrens entstehen kann, ist es sachgerecht, dass der Dritte die Verletzung subjektiver Rechte für den einstweiligen Rechtsschutz geltend machen muss. Nur in diesem Fall ist von einem Schutzbedürfnis auszugehen, das die massive Einschränkung der Unternehmen bei der Umsetzung des vom Bundeskartellamt freigegebenen Zusammenschlusses rechtfertigen kann.

4. Partielle Anpassung an europäische Fusionskontrolle (SIEC)

Der BDI spricht sich derzeit **gegen eine Übernahme des neuen europäischen Prüfungsmaßstabs** einer „erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs“ (sog. „SIEC – Test“) aus.

Aus Sicht des BDI besteht im deutschen Recht **keine Regelungslücke**. Die sog. Abwägungsklausel in § 36 Abs. 1 GWB gibt dem Bundeskartellamt bereits jetzt ausreichend Flexibilität. Auch Effizienzgewinne können angemessen berücksichtigt werden.

Materiellrechtlich bedeutet der SIEC-Test eine **Verschärfung der Fusionskontrolle**. Untersagt werden können nun bereits Zusammenschlüsse unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung.

Die **Rechtsunsicherheit**, die auf europäischer Ebene durch den neuen Prüfungsmaßstab zu befürchten steht, würde sich durch eine Übernahme in das deutsche Recht noch vergrößern. Deutsche Unternehmen würden sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene einer noch nicht einschätzbaren Entscheidungspraxis ausgesetzt sein.

Schließlich sollte **keine isolierte Debatte** über den SIEC-Test geführt werden. Aus Sicht des BDI erweist in der deutschen Fusionskontrolle **grundsätzlicher Reformbedarf**. Die deutsche Fusionskontrolle muss insgesamt mit dem europäischen Recht harmonisiert werden. Aufgrund einer sehr viel weiteren Definition des Zusammenschlusses (z.B. „wettbewerblich erheblicher Einfluss“) kann das Bundeskartellamt deutlich mehr Zusammenschlüsse als die EU-Kommission zur Prüfung aufgreifen.

A. Allgemeines

Im Dezember 2003 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) einen ersten Referentenentwurf zur 7. GWB-Novelle veröffentlicht, der auf den zuvor vorgelegten Eckpunkten basierte. Wesentliches Ziel der 7. GWB-Novelle ist, das deutsche Recht an die EU-Verordnung 1/2003 anzupassen. Zwischenzeitlich hat das BMWA seinen Referentenentwurf überarbeitet und einen zweiten Entwurf Ende April zur Konsultation zur Verfügung gestellt. Entsprechend haben wir unsere Stellungnahme vom 30. Januar 2004 angepasst. Das Kabinett hat den überarbeiteten Referentenentwurf am 28. Mai 2004 verabschiedet. Die nun vorliegende Stellungnahme basiert auf dem Regierungsentwurf vom 28. Mai 2004.

Viele Elemente des Referentenentwurfes sind im BDI auf große Zustimmung, einige aber auch auf Kritik gestoßen. Ein Teil dieser Kritik ist vom BMWA aufgegriffen und im Regierungsentwurf umgesetzt worden. Einige dieser Änderungen werden vom BDI ausdrücklich begrüßt. Hervorzuheben ist dabei insbesondere die Wiedereinführung des Schutzgesetzprinzips in § 33 GWB-E und die Wiederaufnahme eines Verschuldenserfordernisses bei der Vorteilsabschöpfung.

Zu den für die deutsche Industrie wesentlichen Themen vertritt der BDI folgende Positionen:

1. Befürwortung der Einführung der Legalausnahme...

Die Angleichung an das europäische Recht, insbesondere die Übernahme des Prinzips der Legalausnahme einschließlich der damit verbundenen höheren Eigenverantwortung für Unternehmen, findet unsere Zustimmung. Die Abschaffung des bürokratischen Anmelde- und Genehmigungssystems bedeutet für die Unternehmen eine Entlastung. Wettbewerbsrechtlich unbedenkliche Vereinbarungen werden sofort wirksam und damit durchsetzbar sein; für den innerstaatlichen Bereich sind Unternehmen zudem der schwierigen Prüfung enthoben, ihre Vereinbarungen von solchen mit zwischenstaatlichen Auswirkungen abzugrenzen.

2. ...auch für den innerstaatlichen Bereich

Die Angleichung an das europäische Recht auch für innerstaatliche Sachverhalte unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsgrenze unterstützen wir vorbehaltlos. In der Übernahme der Legalausnahme im innerstaatlichen Anwendungsbereich sehen wir den größten Vorzug dieser GWB-Novelle, da für deutsche und europäische Sachverhalte, die oft nicht leicht auseinander zu halten sind, nun gleiche Standards gelten. Die geplante grundsätzliche Gleichbehandlung von Horizontal- und Vertikalvereinbarungen ist ein logischer Schritt, der die Kluft zwischen deutschem und europäischem Recht weiter verringert. Wir bedauern lediglich, dass diese Angleichung bei der Missbrauchskontrolle nicht durchgehalten wurde. Einen zwingenden Grund für die Beibehaltung eines deutschen Sonderwegs sehen wir indes nicht und erneuern unsere Bitte um Rechtsanpassung.

3. Ablehnung der neuen Sanktionsregeln

Die neuen Schadensersatz- und Sanktionsregelungen halten wir trotz der bereits eingangs erwähnten positiven Änderungen im Regierungsentwurf in der Gesamtschau für unverhältnismäßig und wegen der Rückwirkungen

auf das deutsche Deliktsrecht für das deutsche Rechtssystem insgesamt für verfehlt. Die geplanten Regelungen zielen weniger auf eine „Europäisierung“ als auf eine „Amerikanisierung“ des Sanktionsrechts, die angesichts unterschiedlicher Rechtstraditionen und Gegebenheiten nicht passend ist. Das BMWa sollte der EU, die derzeit an einem eigenen europäischen Schadens- und Sanktionsrecht arbeitet, nicht mit eigenen Regelungen vorgreifen.

4. Weiterer Überarbeitungsbedarf bei der Fusionskontrolle

Bei der Fusionskontrolle wird noch im Einzelnen zu prüfen sein, inwieweit die neuen Elemente der seit 1. Mai 2004 geltenden verabschiedeten europäischen Fusionskontrollverordnung in das deutsche Recht übernommen werden sollten. Das europäische Recht verbietet zwar eigenständige deutsche Regelungen nicht. Es besteht jedoch eine diskriminierende Schiefelage, wenn kleine Fusionen nach strengem deutschem Recht und große Fusionen (jedenfalls nach der alten Fusionskontrollverordnung) nach nachgiebigeren europäischen Maßstäben beurteilt werden. Inwiefern der SIEC-Test nun zu einer strengeren europäischen Fusionskontrolle führen wird, kann zu diesem Zeitpunkt noch nicht beurteilt werden. Die seit Jahren überregulierte deutsche Fusionskontrolle bedarf – jenseits der marginalen Änderungen des Regierungsentwurfs – einer tief greifenden Überarbeitung, um bestehende Ungleichbehandlungen weiter abzubauen.

Die Überlegungen des BMWa zur Einführung eines neuen materiellen Prüfungsmaßstabs in der deutschen Fusionskontrolle, der an den für die europäische Fusionskontrolle entwickelten SIEC-Test angelehnt ist, sieht der BDI ganz überwiegend kritisch. Da der SIEC-Test aber nicht Bestandteil des Regierungsentwurfs geworden ist, wird der BDI zur Frage des materiellen Prüfungsmaßstabs in der Fusionskontrolle getrennt Stellung nehmen.

Darüber hinaus hält der BDI an seinen Überlegungen fest, die er bereits in seiner Stellungnahme vom 20. März 2003 und in seiner Stellungnahme vom 30. Januar 2004 zu den Eckpunkten und gelegentlich der Verbändeanhörung im BMWa am 17. Mai 2004 vorgetragen hat. Im Folgenden werden die wesentlichen Aussagen und Kritikpunkte erneut zusammengefasst und die im Regierungsentwurf enthaltenen neuen Vorschläge und Änderungen bewertet.

Zu den Regelungen des Regierungsentwurfs im Einzelnen

Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen

1. Einbeziehung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen (§ 1 GWB-E)

Eine künftige Gleichbehandlung von horizontalen und vertikalen Vereinbarungen trägt der BDI mit. Ohne eine Angleichung wären vertikale Vereinbarungen, je nachdem, ob sie sich auf den zwischenstaatlichen Handel auswirken, künftig nach unterschiedlichen Regelungen zu beurteilen. Dies würde zu einer größeren Uneinheitlichkeit des Wettbewerbsrechts sowie angesichts der Unschärfe der Bestimmung des Kriteriums der Zwischenstaatlichkeit zu erheblicher Rechtsunsicherheit beitragen. Wie das BMWa halten wir zwar die Missbrauchskontrolle für vertikale Vereinbarungen für ausreichend, praxisnah und damit vorzugswürdig. Da aber das europäi-

sche Recht, nicht zuletzt durch die neue Vertikal-GVO, zur Zulassung einer Vielzahl von Vereinbarungen in Vertikalbeziehungen führt, mag der Unterschied zwischen dem Verbotsprinzip und einer Missbrauchskontrolle im Ergebnis keine nennenswerte Auswirkungen haben. Es sollte jedoch sichergestellt werden, dass mit Inkrafttreten des GWB bestehende Vertikalvereinbarungen, die keinen Anlass zum Einschreiten gegeben haben, Bestandsschutz erhalten; § 131GWB-E sollte dahingehend ergänzt werden.

2. Freistellung vom Kartellverbot (§ 2 GWB-E)

Die Einführung der Legalausnahme haben wir schon im Rahmen der neuen europäischen Verordnung 1/2003 besonders unterstützt. Ihre Übernahme für rein innerstaatliche Sachverhalte befürwortet der BDI ebenfalls. Die Abschaffung des bürokratischen Anmelde- und Genehmigungssystems bedeutet für die Unternehmen eine Entlastung. Wettbewerbsrechtlich unbedenkliche Vereinbarungen werden sofort wirksam und damit durchsetzbar sein; für den innerstaatlichen Bereich sind Unternehmen zudem der schwierigen Prüfung enthoben, ihre Vereinbarungen von solchen mit zwischenstaatlichen Auswirkungen abzugrenzen. Nachteilig ist jedoch, dass mit der Selbsteinschätzung angesichts der Auslegungsprobleme bei der rechtlichen Prüfung ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit für die Unternehmen verbunden ist. Diese wird teilweise abgemildert werden können, indem die EU-Gruppenfreistellungsverordnungen für den innerstaatlichen Bereich für entsprechend anwendbar erklärt werden sollen (§ 2 Abs. 2 GWB-E).

Für eine bestimmte Anzahl von Fällen, die sich in der wettbewerbsrechtlichen Grauzone bewegen und für die es keine Präzedenzfälle gibt, kann und sollte die Rechtsunsicherheit weiter erhöht werden, indem Unternehmen in begründeten Einzelfällen bei berechtigtem Interesse ein Anspruch auf eine Entscheidung der Kartellbehörde eingeräumt wird, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht. Die Gefahr, dass hierdurch das alte Anmelde- und Genehmigungssystem quasi durch die Hintertür wieder eingeführt wird, würde angesichts eines angemessenen Filters, wie z. B. des „berechtigten Interesses“ nicht bestehen (vgl. hierzu unten IV.2)

3. Dynamische Verweisung (§ 2 Abs. 2 GWB-E)

Die vorgesehene dynamische Verweisung auf jeweils geltende europäische Gruppenfreistellungsverordnungen wird befürwortet. Insbesondere ihre Reichweite, die sich auch auf den innerstaatlichen Bereich beziehen soll, halten wir für richtig. Inhaltliche Abweichungen würden andernfalls angesichts der unscharfen Trennung von zwischenstaatlichen und innerstaatlichen Sachverhalten zu vermehrter Rechtsunsicherheit führen und zudem die Einheitlichkeit der Rechtsordnung gefährden. Die durch den Wegfall der speziellen Freistellungstatbestände entstehende zusätzliche Rechtsunsicherheit, die durch die in § 2 Abs. 1 GWB-E neu eingefügte Generalklausel nicht annähernd aufgefangen wird, kann durch die entsprechende Anwendung der europäischen Gruppenfreistellungsverordnungen etwas abgemildert werden. Auch wenn § 2 Abs. 1 GWB-E wortgleich Art. 81 Abs. 3 EGV übernimmt, möchten wir doch zur Klarstellung für die deutsche Gesetzesfassung anregen, neben der Warenerzeugung oder –verteilung auch die Dienstleistungen aufzunehmen.

4. Ausnahme für Mittelstandskartelle (§ 3 GWB-E)

Die Aufrechterhaltung der Freistellungsregelung des § 4 Abs. 1 GWB für horizontale Mittelstandskartelle in § 3 GWB-E als konkretisierende Ausgestaltung der Generalklausel des § 2 Abs. 1 GWB-E ist für den industriellen Mittelstand von großer Bedeutung und ein wichtiges Signal. Der BDI hatte diese Ausnahme für den Mittelstand von Anfang an gefordert und ist froh, dass das BMWa dem Anliegen des Mittelstands nach Rechtssicherheit in der Novelle Rechnung tragen wird. Ein solcher Freistellungstatbestand ist für den Mittelstand eine große Orientierungs- und Begründungshilfe im Rahmen der nicht leicht anwendbaren Vorschrift des § 2 Abs. 1 GWB-E (Generalklausel) und bedeutet ihm, dass seine Kooperationen erwünscht sind und als wettbewerbsfördernd angesehen werden. Kooperationen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht spürbar beeinträchtigen, unterliegen gemäß der Bagatellbekanntmachung der Kommission keiner Prüfung nach Art. 81 EGV. Eine deutsche Sonderregelung steht daher auch mit europäischem Kartellrecht nicht im Widerspruch.

Die Reichweite der Freistellungsregelung für Mittelstandskartelle droht aber äußerst gering zu werden. Der Anwendungsbereich des Art. 81 Abs. 1 EGV ist nach der europäischen Kartellrechtsreform sehr weit. Die „NAAT-Regelung“ in den Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, die unter engen Voraussetzungen von einem rein nach nationalem Recht zu beurteilenden Sachverhalt ausgeht, läuft bei einer engen Marktabgrenzung durch das Bundeskartellamt praktisch leer. Zum Schutz des deutschen Mittelstands ist daher anzulegen, dass das Bundeskartellamt zur Aufstellung von Leitlinien verpflichtet wird, welche seine dezentrale Anwendung der Artt. 81-82 EGV - im Einklang mit den Bekanntmachungen der Kommission - konkretisiert.

5. Verbot von Preisbindungen (§ 4 GWB-E)

Eines deutschen Sonderwegs für Preis- und Konditionenbindungen bedarf es aus unserer Sicht nicht.⁶⁶ Um eine größere Einheitlichkeit der Wettbewerbsrechte in Europa und Deutschland herzustellen, sollte es beim allgemeinen Verbot des § 1 GWB-E bleiben. Die Öffnung des Verbots von Preisbindungen für gewisse Konstellationen, die nach der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Verträge als zulässig erachtet werden, wie die Höchstpreisbindung und Preisempfehlungen, werten wir zwar als einen Schritt in die richtige Richtung. Auch Meistbegünstigungsklauseln sollen gemäß der Begründung nicht von dem Verbot des § 4 GWB-E erfasst sein. Das europäische Recht sieht aber noch weitergehende Freistellungsmöglichkeiten bei vertikalen Vereinbarungen vor. Auch hier sollte ein größtmöglicher Gleichklang mit dem europäischen Recht hergestellt werden. Die Sonderregelung des § 4 GWB-E, die keine Freistellung im Einzelfall zulässt, ist jedenfalls im Bereich der Konditionenbindungen, die im europäischen Recht prinzipiell freistellungsfähig sind, zu streng.

6. Bestandsschutz für Altkartelle und -empfehlungen

Dass die derzeit nach §§ 2 ff. GWB freigestellten Vereinbarungen und Beschlüsse und die nach § 22 GWB

freigestellten Empfehlungen gemäß § 131 GWB-E längstens ein Jahr nach Inkrafttreten des neuen GWB ihre Wirksamkeit behalten sollen, ist zu kurz bemessen. Selbiges gilt für Vereinbarungen, die nach geltendem Recht lediglich angemeldet, aber nicht formal freigestellt werden müssen. Der Bestandsschutz sollte aus Gründen der Rechtsicherheit und des Vertrauensschutzes zumindest für die Dauer der Freistellung gelten, es sei denn, es ergeben sich maßgebliche Änderungen, die Auswirkungen auf die Wettbewerbskonformität haben und die eine Anpassung erforderlich machen. Im Falle einer befristeten Freistellung sollte der Bestandsschutz nicht vor Ablauf der Frist enden. In allen anderen Fällen sollte ein Bestandsschutz von mindestens drei Jahren nach Inkrafttreten der Gesetzesnovelle gelten.

Hilfreich wäre auch eine Klarstellung in der Begründung, dass die in den §§ 2 ff und § 22 GWB bisher aufgestellten Freistellungs Voraussetzungen - jedenfalls für den innerstaatlichen Bereich - in der Regel auch die Voraussetzungen des § 2 GWB-E erfüllen und dass Kartelle und Empfehlungen, die bislang die materiellen Voraussetzungen der Freistellungstatbestände erfüllt haben, in der Regel auch in Zukunft - jedenfalls für den innerstaatlichen Bereich - als freistellungsfähig angesehen werden.

II. Missbrauch von Marktbeherrschung durch wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (§ 19, 20 GWB-E)

1. Beibehaltung der Missbrauchsaufsicht über marktstarke Unternehmen

(§ 20 Abs. 2 GWB)

Auch bei der Missbrauchsaufsicht lassen wir uns von dem Grundsatz leiten, dass die Abstände zwischen dem europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht verringert werden müssen. Die Bundesregierung hat sich bei den Beratungen über die neue VO 1/2003 zwar damit durchgesetzt, dass bei einseitigen Handlungen von Unternehmen strengeres einzelstaatliches Recht angewandt werden kann. Die Anwendung strengerer Regelungen ist aber aus wettbewerbs- und standortpolitischen Gründen nicht ratsam. Die Beibehaltung der Missbrauchsaufsicht über marktstarke Unternehmen führt zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung deutscher Unternehmen im europäischen Vergleich.

2. Streichung der Marktbeherrschungsvermutungen (§ 19 Abs. 3 GWB)

Die Marktbeherrschungsvermutungen in § 19 Abs. 3 GWB sollten ersatzlos entfallen. Diese Vermutungen sind schematisch und für die Feststellung von Marktbeherrschung praktisch ohne Bedeutung. Es fehlt schon an entsprechenden Erfahrungssätzen, die als Grundlage für solche Vermutungen dienen. So konnte bis heute nicht nachgewiesen werden, dass den Vermutungen des § 19 Abs. 3 GWB regelmäßig oder typischerweise Marktbeherrschungstatbestände entsprechen. Trotzdem enthalten sie de facto eine Beweislastumkehr zu Lasten der Unternehmen, aufgrund derer vorschnell Marktbeherrschung unterstellt werden kann. Im Übrigen sind sie im geschriebenen europäischen Recht unbekannt und stehen somit weiteren Harmonisierungsansätzen im Wege.

⁶⁶Obwohl § 4 GWB-E dem Wortlaut nach nur auf Preisbindungen abstellt, müssen wir gemäß S. 13 der Begründung davon ausgehen müssen, dass § 4 GWB-E auch Konditionenbindungen unterliegen sollen.

III. Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts

Europafreundliche Auslegung (§ 23 GWB-E)

Nach § 23 GWB-E sind die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts bei der Anwendung von §§ 1-4 und 19 GWB nunmehr maßgeblich zugrunde zu legen (zuvor: zu berücksichtigen). Eine europafreundliche Auslegung ist dringend geboten, um eine weitergehende Harmonisierung der europäischen und deutschen Wettbewerbsvorschriften herbeizuführen. Dies ist ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung. Das „maßgebliche Zugrundelegen“, wie im Rahmen der europafreundlichen Auslegung des Gesetzes in § 23 GWB-E vorgesehen, reicht jedoch für eine Berufung auf diese Regelwerke gegenüber deutschen Kartellbehörden und Zivilgerichte noch nicht aus. Es sollte klargestellt werden, dass das „maßgebliche Zugrundelegen“ in der Regel „Eins zu eins“ zu erfolgen hat.

Der BDI plädiert darüber hinaus dafür, für die Anwendung des nationalen Kartellrechts in der Begründung auf wichtige einschlägige Mitteilungen und Bekanntmachungen, wie zum Beispiel die Bagatellbekanntmachung (ABl. EG C 368/13 v. 22.12.2001), die für mittelständische Kooperationen von großer Bedeutung ist, explizit hinzuweisen. Dies würde vor allem mittelständischen Unternehmen die Auslegung dieser Vorschrift erleichtern.

Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten haben bereits Leitlinien über die Anwendung von Art. 81, 82 EGV und nationalem Kartellrecht durch die nationale Wettbewerbsbehörde veröffentlicht. Die englische Wettbewerbsbehörde Office of Fair Trading (OFT) hat z.B. Leitlinien zur Anwendung der VO 1/2003 durch die OFT zur Konsultation gestellt. In diesen Leitlinien legt sie u. a. fest, unter welchen Voraussetzungen die Unternehmen mit einer Einzelfallentscheidung der OFT rechnen dürfen.

IV. Befugnisse der Kartellbehörden und Sanktionen

1. Nachträgliche Feststellung von Zuwiderhandlungen bei Verpflichtungszusagen (§§ 32 Abs. 3, 32 GWB-E)

Wie im europäischen Recht (Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003) soll die Kartellbehörde gemäß § 32 Abs. 3 GWB-E bei Vorliegen eines berechtigten Interesses das Recht haben, eine beendete Zuwiderhandlung nachträglich festzustellen. Wir plädieren dafür, diese Möglichkeit bei Verpflichtungszusagen im Rahmen von § 32 b GWB-E auszuschließen. Verfügungen nach § 32 b GWB-E sollen gerade keine Aussage darüber treffen, ob ein Kartellrechtsverstoß vorgelegen hat oder noch vorliegt, sondern die Zusage von Unternehmen soll kartellrechtliche Bedenken der Behörde ausräumen und eine Selbstbindung der Behörde bewirken. Die nachträgliche Feststellung einer Zuwiderhandlung könnte den Rechtsfrieden, der durch die Verpflichtungszusage beabsichtigt ist, konterkarieren und stünde im Widerspruch mit Sinn und Zweck einer solchen Zusage. Im Fall einer Verpflichtungszusage fehlt es daher an einem "berechtigten Interesse" im Sinne des § 32 Abs. 3 GWB-E.

2. Kein Anlass zum Tätigwerden (§ 32 c GWB-E)

Unternehmen sollten aus Gründen der Rechtssicherheit in rechtlich vertretbaren Grenzen einen Anspruch auf eine Feststellung des Bundeskartellamts haben, dass kein Anlass zum Einschreiten besteht. Eine solche Feststellung

ist für die Unternehmen im System der Legalausnahme und angesichts drastischer neuer Sanktionen eine wichtige und notwendige Ergänzung zur Schaffung von mehr Rechtssicherheit. Es dürfte sich dabei um eine begrenzte Anzahl von Fällen handeln, bei denen tatsächliche oder rechtliche Umstände vorliegen, die eine kartellrechtliche Beurteilung erheblich erschweren (z.B. bei neuen ungeklärten Rechtsfragen) oder die für die Unternehmen ein hohes finanzielles Risiko (z.B. bei erheblichen wirtschaftlichen Investitionen) mit sich bringen. Hier lassen sich Kriterien entwickeln, um einerseits den Unternehmen, etwa bei Vorliegen eines berechtigten Interesses, das anhand der oben dargestellten Kriterien näher zu definieren wäre, einen Anspruch auf Bescheidung durch die Kartellbehörde zu geben und andererseits die vom Gesetzgeber befürchtete Flut von Anträgen angemessen einzugrenzen. Es ist unbefriedigend, dass schon Art. 10 der VO 1/2003, der zusätzlich zur Entscheidung, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht, der Kommission die Möglichkeit zur Feststellung der Nichtanwendbarkeit von Art. 81 und 82 EGV eröffnet, nicht in das deutsche Recht übernommen werden soll. Auch wenn das Bundeskartellamt seinen Kooperationswillen betont, sollten sich deutsche Unternehmen im Verhältnis zur nationalen Wettbewerbsbehörde (und im europäischen Vergleich) nicht schlechter stellen als gegenüber der Kommission. Auf die Leitlinien der OFT z. B. hatten wir bereits hingewiesen (s. III).

Der BDI verkennt nicht, dass die Unternehmen in Zukunft grundsätzlich selbst prüfen sollen, ob ihre wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen mit § 1 GWB und Art. 81 und 82 EGV vereinbar sind. Sofern das „berechtigte Interesse“ aber als Filter wirkt, besteht nicht die Gefahr der Wiedereinführung des Anmeldesystems. Zu bedenken ist auch, dass die Änderungen des materiellen europäischen Kartellrechts in den letzten Jahren die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nicht vereinfacht, sondern erschwert haben. Insbesondere die Ermittlung der Marktanteile ist oft nicht rechtssicher möglich. Das betrifft vor allem Unternehmen, die in hochspezialisierten Nischenmärkten oft Marktanteile im Grenzbereich der Marktanteilsschwellen halten. Die Leitlinien der Europäischen Kommission lassen viele kartellrechtliche Fragen offen. Die Unternehmen sollten daher einen Anspruch auf Hilfestellungen der Kartellbehörden in begründeten Einzelfällen haben. Zusätzlich zu Fällen, in denen eine Klärung neuer juristischer Fragestellungen notwendig ist, sollten auch Fälle berücksichtigt werden, in denen unabhängig von der absoluten Höhe Investitionssicherheit erforderlich ist, etwa durch Bezugnahme auf einen Faktor, der sich an den Jahresumsätzen der betroffenen Unternehmen orientiert.

Wenn die Kartellbehörde eine Entscheidung gemäß § 32 c GWB-E nicht treffen kann, sollten die Unternehmen eine begründete Stellungnahme der Ablehnungsgründe erhalten.

3. Enquêtebefugnis (§ 32 e GWB-E)

Wir bleiben bei unserer strikten Ablehnung der Übernahme der neu geschaffenen Enquêtebefugnis der Kommission in deutsches Recht. Die Einführung eines Enquêterechts würde in Deutschland angesichts der bereits bestehenden Befugnisse der Monopolkommission, in größerem Umfang Auftrags- und Ermessensgutachten zu aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen zu erstellen, zu einer Überreglementierung führen. Anders als in Europa

nimmt bei uns bereits die Monopolkommission die Aufgabe wahr, ganze Wirtschaftsbranchen und –zweige näher zu untersuchen, wie sie dies beispielsweise zuletzt in ihren ausführlichen Gutachten zur Entsorgungswirtschaft und zur Telekommunikation und Post getan hat.

Auch werden Enquêteuntersuchungen, wie in der Begründung zum Regierungsentwurf behauptet, keine Abhilfe bei der Ross- und Reiterproblematik schaffen. Die zentrale Frage, wie die Anonymität eines Beschwerdeführers gegenüber einem marktstarken Abnehmer im Beschwerdeverfahren gewahrt werden kann, wird durch die Möglichkeit, Enquêteuntersuchungen durchzuführen, nicht gelöst. Schon jetzt kann die Kartellbehörde, sowohl von selbst als auch auf Anregung eines potentiellen Beschwerdeführers, ein Verfahren gegen Dritte von Amts wegen einleiten (§ 54 Abs. 1 Satz 2 GWB), ohne dafür eine weitangelegte Untersuchung von ganzen Wirtschaftszweigen, die erhebliche bürokratische Auskunftspflichten für den gesamten in Rede stehenden Sektor mit sich bringen würde, durchführen zu müssen. Um Vorermittlungen anzustellen oder ein förmliches Verwaltungsverfahren durchzuführen, bedarf es einer Enquêtebefugnis nicht. Auch hätte der Beschwerdeführer, der anonym bleiben möchte, keinen Anspruch auf ein entsprechendes Tätigwerden des Bundeskartellamts. Er würde nicht besser stehen als nach dem gegenwärtigen Recht, wonach es ganz im Ermessen der Kartellbehörde steht, ob es auf ein Ersuchen eines Beschwerdeführers ein Verfahren von Amts einleitet.

Die redaktionellen Änderungen des § 32 e GWB-E im Regierungsentwurf erweitern die Befugnisse des Bundeskartellamts noch. Gemäß § 32 Abs. 2 e GWB-E sollen nun „Auskünfte“ (jeder Art) verlangt werden können. Der Kreis derjenigen, die um eine Stellungnahme gebeten werden können, wird in Abs. 3 von den „interessierten Parteien“ auf „Dritte“ ausgedehnt. Ohnehin wird durch die Verweisung in § 32 e GWB-E auf die §§ 57-59 GWB-E, insbesondere auf § 59 GWB-E, dem Bundeskartellamt für die Enquêtebefugnis die gleichen umfassenden Auskunftsrechte wie bei einem förmlichen Auskunftsverlangen eingeräumt. Dies wird vom BDI entschieden abgelehnt.

4. Sanktionen

Mit der Ausweitung der Sanktionen begeht der Regierungsentwurf Neuland und schafft Verschärfungstatbestände, die weder auf Vorbildern des europäischen Kartellrechts noch des Rechts der anderen Mitgliedstaaten beruhen, sondern Elemente des US-amerikanischen Systems enthalten.

Bei § 33 GWB-E sind zwar zwischenzeitlich einige Verbesserungen vorgenommen worden, die Norm wird aber auch in ihrer neuen Fassung vom BDI kritisch gesehen. Gegen die §§ 34 und 34 a GWB-E bestehen weiterhin erhebliche grundsätzliche Bedenken, die eine Streichung dieser Vorschriften in ihrer jetzigen Form erfordern. Darüber hinaus besteht kein Anlass, seitens des Gesetzgebers vorzupreschen und vorschnell aus dem US-Recht bekannte Elemente zu übernehmen. Zum einen ist das US-Recht nicht ohne weiteres – ohne Aufgabe grundlegender Prinzipien des deutschen Rechtssystems - auf einen Teilbereich des deutschen Rechts übertragbar, ohne Systembrüche zu verursachen. Zum anderen plant die Europäische Kommission in diesem Jahr eine europäische Regelung des Schadensersatz- und Sanktionsrechts.

Sofern der deutsche Gesetzgeber vorhaben sollte, mit seinem neuen Sanktionskartellrecht zum Vorbild für die europäische Gesetzgebung zu werden, raten wir angesichts der Erfahrungen bei der UWG-Gesetzgebung, bei der dieses Ziel nicht erreicht werden konnte, zu erheblicher Vorsicht. Vor einem Nebeneinander zweierlei nicht zueinander passender Rechte warnen wir nachdrücklich.

Die Stärkung des privaten Rechtsschutzes im Kartellrecht, insbesondere aufgrund des Wechsels zum Prinzip der Legalausnahme und der damit verbundenen eingeschränkten Möglichkeit zur Kenntnisnahme von Unternehmensabsprachen durch die Kartellbehörden, hat in gewissem Umfang ihre Berechtigung. Allerdings sollten durch die Neuerungen bewährte Prinzipien des deutschen Zivilprozess- und Schadensersatzrechts nicht ohne Not preisgegeben werden. Die neuen Sanktionsregeln stehen in keinem ausgewogenen Verhältnis zueinander und führen in der Kumulation zu unbilligen Ergebnissen. Der wirtschaftliche Vorteil kann weiterhin vollständig außerhalb des Bußgeldverfahrens abgeschöpft werden. Zudem ist die Obergrenze für Bußgelder angehoben worden. Wird der wirtschaftliche Vorteil teilweise bei der Bußgeldbemessung abgeschöpft, sollte dies aus der Entscheidung des Bundeskartellamts klar hervorgehen. In § 81 GWB-E sollte das Bundeskartellamt zu der Angabe in ihrem Bescheid verpflichtet werden, ob und in welcher Höhe sie einen Vorteilsausgleich in dem Bußgeld berücksichtigt hat. Anderenfalls droht § 34 Abs. 2 GWB-E leerzulaufen. Zu bedenken ist schließlich, welche (negativen) Auswirkungen die Verschärfung der zivilrechtlichen Sanktionen auf die Inanspruchnahme der Bonusregelung des Bundeskartellamts haben wird.

a) Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch der Betroffenen (§ 33 GWB-E)

aa) Ausdrücklich zu begrüßen ist zunächst die (formale) Wiederaufnahme des Schutzgesetzprinzips in den neuen Regierungsentwurf. Auch ist in § 33 Abs. 1 und 3 GWB-E der von uns kritisierte Begriff des "Betroffenen" gestrichen worden, allerdings ist der Adressatenkreis der Anspruchsberechtigten im Regierungsentwurf sehr weit gefaßt worden. Das BMWA orientiert sich bei seiner Definition des Schutzzwecks an der vom EuGH in seiner Courage-Entscheidung gewählten weiten Definition des Schutzes von „jedermann“. Eine Übernahme des Rechtsatzes aus der vorgenannten Entscheidung ist aus Sicht des BDI alles andere als zwingend. Es gibt keine Notwendigkeit, großzügigere Schadensersatzregelungen auf EU-Ebene eins zu eins auf rein nationale Sachverhalte anzuwenden. Ausgangspunkt der Entscheidung war ein Sachverhalt, der auf dem englischen Recht basierte und damit gerade nicht mit unserem Rechtsverständnis vollständig vergleichbar ist. Zudem ist der EuGH in seiner Entscheidung differenzierter, wenn er die *Eignung* der Maßnahme zur Wettbewerbsbeschränkung oder –verzerrung verlangt (vgl. Tz. 26 der Entscheidung), während in § 33 GWB-E mit der Formulierung „nicht gezielt gegen den Marktteilnehmer richtet“ vom BMWA eine sehr viel weitere Form gewählt wurde.

Durch einen derart weiten Schutzbereich weicht das BMWA das wieder eingeführte Schutzgesetzprinzip als Voraussetzung für die Anspruchsberechtigung ein Stück weit auf. Nach dem deutschen Deliktsrecht muss der Anspruchsberechtigte vom Schutzzweck der Norm, gegen die verstoßen wurde, umfasst sein (§ 823 Abs. 2 BGB). Schon jetzt schützt § 33 GWB auch Individualinteressen

der Abnehmer oder Lieferanten. Die Notwendigkeit für eine solch weitgehende Abweichung vom deutschen Deliktsrecht, das damit zum Schutz für „jedermann“ wird, geht indes aus der Begründung nicht recht hervor. Soll der Schutzzweck erweitert werden, sollte dies aus rechtsdogmatischen Gründen beim Schutzgesetz selbst deutlich gemacht werden.

bb) Die Ausdehnung des Kreises der Anspruchsberechtigten bei Unterlassungsklagen in § 33 Abs. 2 GWB-E auf Verbraucherschutzverbände sollte an die Berührung wesentlicher Belange der Verbraucher geknüpft werden, um missbräuchlichen Praktiken vorzubeugen. Hierzu findet sich ein Vorbild im bisherigen § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Diese Regelung ist im Regierungsentwurf zum UWG auch nicht ersatzlos entfallen, sondern laut Begründung des Regierungsentwurfs besteht bei Fehlen dieser wesentlichen Belange von vornherein kein Interesse an einer Klage. Zudem wird dem missbräuchlichen Geltendmachen dieser Ansprüche mit einer weiteren Missbrauchsregelung begegnet. Es erscheint auch im GWB angezeigt, missbräuchliche Unterlassungsklagen seitens Verbraucherschutzverbänden und solchen, denen kein wirkliches Verbraucherinteresse zugrundeliegt, nicht zuzulassen.

cc) Wir begrüßen, dass der Ausschluss der „Passing-on-defence“ in § 33 Abs. 3 Satz 2 GWB-E weggefallen ist. Damit wird verhindert, dass der Kläger bei Weiterreichung des Schadens hinterher besser als ohne den Kartellverstoß dasteht. Diese Ansicht wird auch von der Rechtssprechung geteilt (s. dazu OLG Karlsruhe, WuW DE-R 1229, 1231 f. – Vitaminpreise). Das mit dem Ausschluss der "Passing-on-defence" verfolgte Ziel, sicherzustellen, dass dem Kartellanten sein durch den Kartellverstoß erlangter Vorteil nicht verbleibt, wird u.a. durch die § 33 GWB-E nachfolgenden Vorschriften zur Vorteilsabschöpfung erreicht. Nach den Grundsätzen des deutschen Schadensersatzrechts soll der Schadensersatzanspruch ausschließlich den beim Geschädigten entstandenen Nachteil ausgleichen, eine Straffunktion ist gerade nicht damit verbunden.

dd) Im Sinne einer sauberen Trennung unterschiedlicher Rechtsfolgen plädieren wir dafür, dass im Rahmen von § 33 GWB nur der Schadensersatz geltend gemacht werden kann und die Abschöpfung des Vorteils dem Kartellamt im Rahmen der Bußgeldbemessung vorbehalten wird. Im Übrigen sollte bei dem Anspruch auf Rechnungslegung (§ 33 Abs. 3 GWB-E) zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nur eine Rechnungslegung gegenüber einem außen stehenden Prüfer verlangt werden können.

Zudem sollte in § 33 Abs. 5 GWB-E klargestellt werden, dass ein Schadensersatzanspruch nur dann in seiner Verjährung gehemmt wird, wenn ein Verfahren gegen das ersatzpflichtige Unternehmen eingeleitet wird und dies dem Unternehmen mitgeteilt worden ist.

Darüber hinaus wirft die Möglichkeit zur Abschöpfung des anteiligen Vorteils anstelle des Schadensersatzes einige Probleme auf. Nicht klar ist das Verhältnis zwischen Gewinn und dem in §§ 34 und 34 a GWB-E genannten wirtschaftlichen Vorteil. Problematisch ist zudem, dass der Schaden nicht mit dem Gewinn des Kartellanten kongruent sein muss; der Gewinn lässt eine Abschöpfung jenseits des Schadensersatzkonzepts zu. Auch die Verfasser des Regierungsentwurfs zum UWG gehen laut Be-

gründung zur geplanten Gewinnabschöpfungsregelung davon aus, dass Gewinnabschöpfungsanspruch und Schadensersatz zwei verschiedene Dinge sind und der Gewinnabschöpfungsanspruch nicht dem individuellen Schadensausgleich dient. Aus diesem Grund sollten die Rechtsfolgen „Schadensersatz“ und „Gewinn“ getrennt geltend gemacht werden.

ee) Die Tatbestandswirkung in § 33 Abs. 4 GWB-E lehnen wir ab. Zum einen kommt bereits jetzt bestandskräftigen kartellrechtlichen Entscheidungen bei "follow-on"-Klagen eine Indizwirkung zu, die in Form eines Prima-Facie-Beweises gewürdigt werden kann. Zum anderen ist eine so weitgehende Tatbestandswirkung, die sich nicht nur auf Tatsachen bezieht, sondern auch das Unwerturteil mitübernimmt, dem deutschen Recht fremd und stellt einen Systembruch dar. Die nun mehr gewählte Formulierung einer „Feststellung des Verstoßes“ (statt der ursprünglichen „bestandskräftigen Entscheidung“) beinhaltet ebenfalls bereits das Unwerturteil. Auch das geplante Justizmodernisierungsgesetz sieht ausweislich des Regierungsentwurfs lediglich eine umfassendere Verwertung von **Tatsachen**, die in rechtskräftigen Urteilen über Straftaten und Ordnungswidrigkeiten als erwiesen angesehen wurden, vor. Darüber hinaus sollen den Parteien nach dem geplanten Gesetz auch Verteidigungsrechte zustehen. So soll auf begründeten Antrag einer Partei über die festgestellten Tatsachen erneut Beweis erhoben werden können. Dies entspricht den Grundsätzen eines fairen und rechtsstaatlichen Verfahrens. § 33 Abs. 4 GWB-E sieht im Gegensatz dazu keinerlei Verteidigungsrechte der Parteien vor. Aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung ist hier eine Konformitätskontrolle dringend erforderlich.

Im Hinblick auf das europäische Kartellrecht und das in Art. 16 Abs. 1 VO/2003 normierte Gebot der einheitlichen Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts hat der BDI Zweifel, ob die nationalen Gerichte auch im System der Legalausnahme angehalten werden können, „keine Entscheidungen zu erlassen, die zu den Entscheidungen der Kommission im Widerspruch stehen.“ Insbesondere entfällt das in Art. 9 Abs. 1 VO 17/62 festgelegte Freistellungsmonopol der Kommission, das bisher Bindungswirkung auch gegenüber nationalen Gerichten entfaltet hat. Es wird auch nicht deutlich, ob Art. 16 VO 1/2003 tatsächlich eine verpflichtende Bindung der Gerichte an die Kommissionsentscheidungen begründen kann und will. Möglicherweise läge damit ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip, gegen das Prinzip der Relativität von Einzelfallentscheidungen und gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung vor. Nationale Gerichte können schon aus rechtsstaatlichen Gründen allenfalls an die Entscheidungen eines höherrangigen Gerichts, im europäischen Kontext an die Entscheidungen des EuGH, nicht aber an Entscheidungen einer nationalen Verwaltungsbehörde, der EU-Kommission und insbesondere nicht der Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedsstaates gebunden sein.

Dafür spricht auch, dass den zugrunde liegenden Verwaltungsentscheidungen, selbst wenn sie bestandskräftig sind, lediglich eine relative Bestandskraft zukommt, wie sich - für den nationalen Bereich - aus dem Urteil des EuGH vom 13. Januar 2004 (AZ: C-435/00 - "Kühne & Heitz NV") ergibt. Danach sind Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen (Antrag, Befugnis zur Rücknahme, unrichtige Auslegung des Gemeinschafts-

rechts, Nichtvorlage) verpflichtet, eine Verwaltungsentscheidung, die infolge eines Urteils eines in letzter Instanz entscheidenden nationalen Gerichts bestandskräftig geworden ist, zu überprüfen und gegebenenfalls zurückzunehmen, um einer vom EuGH auch zu einem späteren Zeitpunkt vorgenommenen Auslegung einer Bestimmung Rechnung zu tragen. Dieser Revisionszwang verträgt sich nicht mit einer so weitgehenden Tatbestandswirkung, wie sie das BMWa avisiert. Insofern hat Abs. 4 des § 33 GWB-E, nach unserer Auffassung im europäischen Kontext auch nicht lediglich klarstellende Bedeutung, wie es in der Begründung zum Referentenentwurf heißt.

Es ist zudem problematisch, dass sich die Tatbestandswirkung nach Vorstellung des BMWa auch auf Entscheidungen von Wettbewerbsbehörden und als solche handelnden Gerichten anderer Mitgliedstaaten beziehen soll. Da die Wettbewerbsbehörden bzw. –gerichte in den Beitrittsländern teilweise erst im Aufbau befindlich sind, kann gegenwärtig noch nicht von einem gleichwertig ausgestalteten Rechtsschutz wie in Deutschland ausgegangen werden.

b) Vorteilsabschöpfung (§§ 34 und 34 a GWB-E)

aa) Die neugefasste Regelung zur Vorteilsabschöpfung ist entbehrlich und sollte daher gestrichen werden. Bereits nach geltendem Recht besteht, jedenfalls im Falle bußgeldbewehrter Kartellverstöße, durch die Geldbußenbemessung die Möglichkeit, den wirtschaftlichen Vorteil vollständig abzuschöpfen. Dies wird in der Praxis auch so gehandhabt. Schon jetzt haben die von den Kartellbehörden verhängten Bußgelder nicht allein Sanktionscharakter, sondern bezwecken gleichzeitig die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils.

Der BDI begrüßt aber, dass für die Vorteilsabschöpfung wieder das Erfordernis des Verschuldens eingeführt worden ist. Auch im Regierungsentwurf zum UWG ist die Gewinnabschöpfung, die als Vorbild gedient hat, verschuldensabhängig ausgestaltet. Die unbilligen Folgen der Vorteilsabschöpfung zeigen sich vor allem dann, wenn ein Vorteil nicht mehr vorhanden ist. In der allgemeinen Begründung zum Regierungsentwurf heißt es, dass der "Täter" einen aus dem Kartellrechtsverstoß gezogenen Vorteil nicht behalten soll und dass die Vorteilsabschöpfung keine Strafe sei, sondern eine "Bereicherung" verhindern solle. Die Kartellbehörde soll andererseits aber nicht gehalten sein, eine entsprechende „Entreicherung“ zu berücksichtigen, sofern der Vorteil nicht mehr vorhanden ist. Der BDI lehnt aus den vorgenannten Gründen die Vorteilsabschöpfung insgesamt ab.

bb) Die unter IV. b) aa) dargestellten grundsätzlichen Bedenken gegenüber einer erweiterten Vorteilsabschöpfung gelten auch im Hinblick auf die avisierte Vorteilsabschöpfung durch Verbände (§ 34 a GWB-E). Der Umweg der Vorteilsabschöpfung über Verbände, die zu einem Hilfsorgan der (überlasteten) Kartellbehörden werden könnten, stößt vor allem durch den in § 34 a Abs. 4 GWB-E normierten Anspruch auf Aufwendungsersatz bei uns auf große Skepsis. Dieser Anspruch unterliegt keiner externen Kontrolle und lädt zu missbräulichem Verhalten ein, da es die Verbände allein in der Hand haben, ihre Verwaltungskosten, die sie vom wirtschaftlichen Vorteil abziehen dürfen, in die Höhe zu treiben und eine Definition der „Erforderlichkeit“ der Aufwendung fehlt.

cc) Darüber hinaus ist die Kumulation von Vorteilsabschöpfung und gleichzeitiger Erhöhung der Bußgelder unverhältnismäßig, da die Bußgelder künftig zwar wieder den Gewinn abschöpfen, Ahndung und Vorteilsabschöpfung aber auch separat erfolgen können (s. dazu VII.1.).

V. Fusionskontrolle

Es gibt gute Argumente für eine weitgehende Angleichung des deutschen Fusionskontrollrechts an die europäische Fusionskontrollverordnung. Unterschiedliche Systeme verursachen erhebliche Kosten, wenn Fusionen in mehreren Ländern nach unterschiedlichen Regelungen angemeldet werden müssen. Ob und welche Elemente der gerade verabschiedeten Fusionskontrollverordnung in das deutsche Fusionskontrollrecht übertragen werden sollten, bedarf noch einer näheren Prüfung und Diskussion; diese ist auch im BDI noch nicht zu Ende geführt. Zwischenzeitlich hat der BDI allerdings zu einer möglichen Übernahme des SIEC-Tests Stellung genommen. Darin steht der BDI einer isolierten Änderung des § 36 GWB zum jetzigen Zeitpunkt sehr kritisch gegenüber. Unabhängig davon halten wir unsere Kritik an der Regulierungsentensität der deutschen Fusionskontrolle in vollem Umfang aufrecht. Die überarbeitungsbedürftigen Punkte der Fusionskontrolle sind im Folgenden noch einmal aufgeführt.

1. Schwellenwerte (§ 35 GWB)

a) Geringfügige Inlandsanteile (§ 35 Abs. 1 GWB)

Wir plädieren dafür, die Angemessenheit der Schwellenwerte einschließlich der Anzahl der Unternehmen, deren Inlandsumsatz in die Berechnung der Schwellenwerte einbezogen wird, noch einmal anhand der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung und der zunehmenden Geldentwertung zu überprüfen. Die Aufnahme einer doppelten Inlandsumsatzschwelle, wie in vielen anderen Ländern üblich, ist aus unserer Sicht dringend erforderlich. Insbesondere sollte der Erwerb kleinerer Unternehmen im Ausland durch deutsche Unternehmen erleichtert werden. Das GWB wendet in § 35 Abs. 1 GWB die Fusionskontrolle auch auf Fälle an, in denen ein größeres Unternehmen mit einem Inlandsumsatz von mehr als 50 Mio. DM (=25 Mio. Euro) ein Kleinunternehmen im Ausland erwirbt. In den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle fallen somit auch Zusammenschlüsse, die in ihrer Bedeutung vollkommen untergeordnet sind und trotzdem angemeldet werden müssen. Auch das International Competition Network (ICN) empfiehlt in seinen „Best Practices“ als Ergebnis seiner rechtsvergleichenden Studien als Aufgreifkriterien doppelte Inlandsumsatzschwellenwerte. Nur so könnten Zusammenschlussvorhaben ohne größere Auswirkungen auf den Inlandsmarkt vorab der (überflüssigen) Kontrolle entzogen und den Unternehmen hohe Transaktionskosten erspart bleiben. Der Fokus wird damit auf die Spürbarkeit des Zusammenschlusses auf die aktuellen inländischen Aktivitäten der Zusammenschlussbeteiligten gerichtet.

b) Anpassung der Bagatell- und Bagatellmarktklausel (§ 35 Abs. 2 GWB)

aa) Auch die Bagatellklausel (§ 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB) sowie die Bagatellmarktklausel (§ 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB) sind angesichts der Inflation zu niedrig und bedürfen einer Anpassung. Die Klauseln haben bereit jetzt an praktischer Bedeutung verloren

und werden so ihrem Zweck nicht gerecht, die Kontrolle von Bagatellfällen auszuschließen.

- bb) Die Neuregelung in § 19 Abs. 2 letzter Satz GWB-E (räumlich relevanter Markt) sollte keinen Einfluss auf die Bagatellmarktklausel in § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB haben. Es sollte klargestellt werden, dass bei der Bagatellmarktklausel nur auf den deutschen Markt abgestellt wird, da sie ansonsten obsolet werden würde.

2. Zusammenschlusstatbestände (§ 37 GWB)

a) "Wettbewerbslich erheblicher Einfluss" (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB)

Der Auffangtatbestand des "wettbewerbslich erheblichen Einflusses" stellt eine Überregulierung dar und sollte daher abgeschafft werden. Die mit der 6. GWB-Novelle beabsichtigte Anpassung an das EG-Recht durch die Übernahme des Kontrollbegriffs (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB) ist unvollkommen geblieben, da die im Vergleich zum EG-Recht wesentlich tiefere Eingriffstiefe der deutschen Fusionskontrolle aufrechterhalten wurde. Der Begriff des "wettbewerbslich erheblichen Einflusses" hat nichts von seiner Unschärfe und Unbestimmtheit verloren. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit und die erheblichen Sanktionen im Falle einer unterlassenen Anmeldung haben den Druck auf die Unternehmen verstärkt, ihren Zusammenschluss, vorsorglich anzumelden, sofern auch nur Zweifel bestehen, ob dieser Zusammenschlusstatbestand erfüllt ist. Da bereits die Möglichkeit der Einflussnahme ausreicht, sind in der Praxis in Einzelfällen auch schon Beteiligungen in Höhe von lediglich 10 % als anmeldspflichtig bewertet worden. Der bürokratische Aufwand für Unternehmen hat sich dadurch erheblich erhöht und steht zu den Kontroll- und Erkenntnismöglichkeiten der Kartellbehörden außer Verhältnis.

b) Doppelprüfung von kooperativen Gemeinschaftsunternehmen

Eine Doppelprüfung von kooperativen Gemeinschaftsunternehmen (Nicht-Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen) nach Kartellrecht und Fusionskontrollrecht sollte nicht vorgenommen werden. Die Doppelkontrolle belastet Unternehmen mit einer unzumutbaren Rechtsunsicherheit und hat in der Vergangenheit für einen erheblichen Aufwand der anmeldenden Unternehmen gesorgt. Ob die Gründung eines kooperativen Gemeinschaftsunternehmens nämlich ein genehmigungsfähiges Vorhaben darstellt, muss unter Umständen mit zwei verschiedenen Sachverhalten begründet werden, da die Sonderregelung über die Fusionskontrolle nicht die Anwendbarkeit des § 1 GWB ausschließt.

3. Berechnung der Umsatzerlöse (§ 38 Abs. 1 GWB)

Die Berechnung der Umsatzerlöse, die gegenwärtig nach HGB erfolgt, sollte aus Gründen der mittlerweile bestehenden internationalen Gepflogenheiten zusätzlich nach IAS (International Accounting Standards) oder US-GAAP (Generally Accepted Accounting Principles) vorgenommen werden.

4. Bedingungen und Auflagen (§ 40 Abs. 3 Satz 2 GWB)

Die mit einer Freigabe verbundenen Bedingungen und Auflagen sollten sich zwar nicht auf eine laufende Verhaltenskontrolle der beteiligten Unternehmen richten. Zu

denken wäre jedoch an eine flexiblere Regelung, die sich mit der europäischen Praxis besser vereinbaren lässt.

Die europäische Fusionskontrollverordnung enthält weder in der derzeit geltenden Fassung noch in der zum 1. Mai 2004 in Kraft tretenden Neufassung ein § 40 Abs. 3 S. 2 GWB entsprechendes Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle. Zwar ist auch dort das Primat der strukturell wirkenden Auflagen anerkannt. Mangels einer vergleichbaren Verbotsnorm steht der Kommission allerdings ein deutlich weiterer Ermessensspielraum zu als dem Bundeskartellamt. Hiervon hat die Kommission in ihrer Entscheidungspraxis auch entsprechend Gebrauch gemacht und Auflagen mit verhaltensbezogenen Elementen zugelassen. Dabei muss sie eine gerichtliche Aufhebung der Abhilfemaßnahmen in deutlich geringerem Umfang fürchten als das Bundeskartellamt. Denn der EuG hat in dem Fall Gencor/Lonrho zwar ausgeführt, dass Verpflichtungen struktureller Art, z.B. die Verpflichtung eine Tochtergesellschaft zu veräußern, generell vorzugswürdig seien. Allerdings seien auch andere, „verhaltensbestimmende“ Zusagen im Einzelfall zu prüfen.⁶⁷

Das Bundeskartellamt steht demgegenüber wegen des Verbots nach § 40 Abs. 3 S. 2 GWB und der damit verbundenen Angreifbarkeit durch Drittbeschwerden regelmäßig vor schwierigen Abgrenzungsproblemen, inwieweit es sich bei einer Auflage um eine zulässige Strukturmaßnahme oder um eine verbotene Verhaltensmaßnahme handelt, zumal jede Strukturmaßnahme regelmäßig auch ein Verhalten der beteiligten Unternehmen verbunden ist. Das Bundeskartellamt hat das Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle bisher zu Recht eher restriktiv interpretiert. Insbesondere bei Marktzugangs- und Öffnungsaufgaben ist es zutreffend davon ausgegangen, dass bei diesen Auflagen die strukturelle Natur überwiegt. Das derzeitige Aufhebungsrisiko wegen eines Verfahrens gegen § 40 Abs. 3 S. 2 GWB ist eine nicht zu rechtfertigende Schlechterstellung von Zusammenschlussvorhaben ohne gemeinschaftsweite Bedeutung.

5. Vollzugsverbot (§ 41 Abs. 1 GWB)

Der Vollzug von Zusammenschlüssen bei öffentlichen Übernahmen sollte wie im EG-Recht schon vor der Anmeldung zulässig sein. Eine Artikel 7 Abs. 2 FKVO entsprechenden Vorschrift sollte in das deutsche Recht eingefügt werden.

6. Einschränkung des einstweiligen Rechtsschutzes (§ 65 Abs. 3 S. 4 GWB-E)

Die Einschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes in § 65 Abs. 3 S. 4 GWB-E begrüßt der BDI. Fusionskontrollverfahren der vergangenen Jahre haben gezeigt, dass die auf Dritte erweiterten Rechte im einstweiligen Rechtsschutz in Einzelfällen zum Missbrauch einladen. Insbesondere im Hinblick auf den wirtschaftlichen Schaden, der durch einen fortdauernden Schwebezustand des Verfahrens entstehen kann, scheint es nur sachgerecht, dass der Dritte die Verletzung subjektiver Rechte für den einstweiligen Rechtsschutz geltend machen muss. Nur in diesem Fall ist von einem Schutzbedürfnis auszugehen, das die massive Einschränkung der Unternehmen bei der

⁶⁷ EuG, Gencor/Kommission, 25. März 1999, Rdnr. 319 f., vgl. auch EuG, Tetra Laval/Kommission, Slg. 2002, II - 438f, dort Rdnr. 158 - 161, 218 f.

Umsetzung des vom Bundeskartellamt freigegebenen Zusammenschlusses rechtfertigen kann.

VI. Verfahren vor den Kartellbehörden

1. Zusammenarbeit mit ausländischen Kartellbehörden (§ 50 b GWB-E)

Der BDI wendet sich gegen eine Ausweitung des in § 50 a GWB-E für den europäischen Bereich zugelassenen Informationsaustausch über vertrauliche Informationen und Geschäftsgeheimnisse auf den außereuropäischen Bereich. Anders als in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, in denen zur Ahndung von Kartellverstößen zumindest ähnliche Rechtsvorschriften zur Anwendung kommen, sind die Voraussetzungen für Kartellverstöße in Drittstaaten zumeist gänzlich andere und vor allem die Rechtsfolgen zum Teil weitaus gravierender (z.B. Kriminalstrafen, Strafschadenersatz etc.). Außerdem herrschen dort oft sehr weitgehende Informationsrechte für Dritte (z.B. Freedom-of-Information Act in den USA). Es fehlt zudem in der Neuregelung an jedem Vorbehalt der Gegenseitigkeit, wie dies in Gesetzen anderer Rechtsordnungen teilweise vorgesehen ist (vgl. Freedom-of-Information Act, USA).

2. Auskunftsverlangen (§ 59 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB-E)

Die Erweiterung der Herausgabepflicht der Unternehmen im Rahmen eines Auskunftsverlangens auf die Herausgabe von Marktstudien (Nr. 1) und im nicht europäischen Ausland befindlicher Unterlagen (Nr. 2) wird abgelehnt. Marktstudien enthalten in der Regel eine Vielzahl von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen. Sofern sich die Herausgabe auf Unterlagen außerhalb der europäischen Union bezieht, sind, je nach Jurisdiktion, besondere internationale Abkommen zu beachten. In jedem Fall sollte das Anwaltsprivileg gelten. Unterlagen, die dem Vertraulichkeitsschutz der Korrespondenz zwischen Unternehmen und Unternehmensjurist oder eines externen Anwalts unterliegen, sollten nicht ohne Zustimmung der Beteiligten herausgegeben werden müssen. Im Einklang damit sind die erweiterten Auskunftspflichten für Wirtschafts- und Berufsvereinigungen (insbesondere Auskünfte zu ihrer „Tätigkeit“) abzulehnen. Die Unbestimmtheit dieser Regelung weitet die Zugriffsmöglichkeiten der Kartellbehörden unnötig aus. Die Verbände stehen regelmäßig mit ihren Mitgliedern in einem engen Informationsaustausch. Müssen die Mitglieder zukünftig befürchten, dass dieses besondere Vertrauensverhältnis keinerlei Schutz mehr unterliegt, wird die Verbandsarbeit erheblich belastet.

3. "Ross und Reiter-Problem"

Wie bereits oben unter IV. 3. ausgeführt bezweifeln wir, dass das "Ross und Reiter-Problem" durch eine Enquêtebefugnis der Kartellbehörde entschärft werden kann.

Angesichts der nach wie vor zurückhaltenden Beschwerdepraxis von Unternehmen, die von anderen Unternehmen abhängig sind, sollte über die Vorschriften der §§ 54 Abs. 1 Satz 2 und 70 Abs. 4 GWB hinaus über eine weitere Stärkung des Schutzes dieser Unternehmen vor Repressionen nachgedacht werden.

Viele Unternehmen, die von anderen Unternehmen der vor- und nachgelagerten Marktstufe abhängig sind, kön-

nen oder wollen aus Angst vor Repressionen nicht beim Bundeskartellamt Beschwerde einlegen. Es geht also darum, den Schutz dieser Unternehmen noch weiter zu erhöhen. Wir hatten in unserer Stellungnahme vom 20. März 2003 bereits vorgeschlagen, dass das Bundeskartellamt bei Kenntnisnahme einer Beschwerde eines Beschwerdeführers, der anonym bleiben möchte, von seinem Auskunftsverlangen gemäß § 59 GWB ausgiebigen Gebrauch machen und sämtliche oder wenigstens die wesentlichen betroffenen (abhängigen) Unternehmen dazu auffordern sollte, zu den Beschwerdepunkten Stellung zu nehmen. Der eigentliche Beschwerdeführer ließe sich auf diese Weise nicht mehr ohne weiteres identifizieren.

Wir hatten zu diesem Zweck eine Soll-Bestimmung (neuer § 54 Abs. 1 GWB Satz 3) vorgeschlagen, die folgenden Wortlaut haben könnte:

"Zum Schutz eines Beschwerdeführers soll das Bundeskartellamt das Unternehmen, gegen das sich das Verfahren richtet, insbesondere darauf hinweisen, dass das Verfahren von Amts wegen eröffnet worden ist und dass die Erkenntnisse des Bundeskartellamts auf sanktionsbewehrten Auskunftsverlangen gemäß § 59 GWB beruhen."

VII. Buß- und Zwangsgelder

1. Buß- und Zwangsgeldhöhe (§§ 81 Abs. 2 und 3, 86 a Abs. 2 GWB-E)

Das BMWA beabsichtigt, gemäß § 81 Abs. 2 GWB-E das Regelbußgeld von 500.000 Euro auf nun 1 Mio. Euro um das Doppelte anzuheben und im GWB die Möglichkeit für Zwangsgelder in Höhe von 1000 bis 100.000 Euro pro Tag vorzusehen (§ 86 Abs. 2 GWB-E) anzuheben. Der BDI begrüßt, dass der BMWA zumindest von seinem ursprünglichen Ansatz, das Bußgeld um das Vierfache zu erhöhen, wieder Abstand genommen hat.

Die Kumulation von Vorteilsabschöpfung (§§ 34, 34a GWB-E) und einer Erhöhung der Bußgelder ist unverhältnismäßig. Der Bußgeldrahmen diene bislang auch der Vorteilsabschöpfung, für die nun eigene zusätzliche Abschöpfungsmöglichkeiten geschaffen werden sollen. Zwar können Bußgelder weiterhin auch der Vorteilsabschöpfung dienen, der Sanktionscharakter steht aber im Vordergrund und der Vorteil kann vollständig separat abgeschöpft werden (§ 81 Abs. 5 GWB-E). Eine Erhöhung des Bußgeldes ist daher nicht folgerichtig und sollte vollständig unterbleiben. Im Übrigen bleibt das BMWA eine Begründung schuldig, warum die Bußgelder gerade um das Doppelte angehoben werden sollen. Es ist zudem fraglich, ob es sich dabei verfassungsrechtlich überhaupt noch um Bußgelder und nicht bereits um eine Kriminalstrafe handelt, für die andere Regeln gelten.

Darüber hinaus eröffnet eine Erhöhung der Bußgelder und die Einführung hoher Zwangsgelder der Kartellbehörde ein weites Ermessen. Die Vorschriften lassen offen, nach welchen Kriterien dieses Ermessen auszuüben ist. In jedem Fall sollten entsprechende Maßstäbe im Gesetz aufgenommen werden, nach denen sich die Bemessung der Buß- und Zwangsgelder zu richten haben. Darüber hinaus sollten Buß- und Zwangsgelder auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens berücksichtigen. Schließlich sollte bei einer Vorteilsabschöpfung als Bestandteil eines Bußgeldbescheids

aus steuerrechtlichen Erwägungen Höhe und Umfang des abgeschöpften wirtschaftlichen Vorteils deutlich zu identifizieren sein.

2. Zinsen ab Festsetzung der Geldbuße (§ 81 Abs. 4 GWB-E)

Zinsen sollten erst ab rechtskräftiger Entscheidung erhoben werden; ansonsten wird das Einlegen eines Rechtsmittels unzumutbar erschwert. Rechtsmittel werden nicht nur eingelegt, um einen Zinsvorteil zu erreichen, wovon das BMWA in seiner Begründung jedenfalls auszugehen scheint. Der redliche Rechtsmittelführer wird durch die avisierte Regelung unzumutbar benachteiligt. So liegt es beispielsweise nicht im Ermessen des Rechtsmittelführers, welchen Zeitraum das Gericht für seine Entscheidung benötigt. Eine langsame Arbeitsweise des Gerichts würde zu Lasten des Rechtsmittelführers gehen, für den zum Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung immer noch die Unschuldsvermutung gilt. Dies erscheint in hohem Maße unbillig, da die Regelung auch diejenigen trifft, die ein berechtigtes Interesse und Anliegen an einer gerichtlichen Überprüfung haben. Sollte das BMWA im Übrigen an der Vorschrift zur Tatbestandswirkung festhalten (§ 34 Abs. 4 GWB-E), ist auch zu berücksichtigen, dass zukünftig in den meisten Fällen Rechtsmittel eingelegt werden; dies ist schon dadurch geboten, um die Tatbestandswirkung einer Entscheidung auszuschließen.

Stellungnahme zur Diskussion über die Einführung des SIEC-Tests in die 7. GWB-Novelle

1. Vorbemerkung

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) hat den BDI um Kommentierung eines Formulierungsvorschlags zu § 36 Abs. 1 GWB gebeten. Angeregt wird zunächst, den Artikel 2 Abs. 3 der FKVO wortgleich in § 36 Abs. 1 GWB zu übernehmen. Gleichzeitig soll die im Erwägungsgrund 25 der FKVO gemachte Einschränkung des neuen Prüfungsmaßstabs auf nicht-koordinierte Verhaltensweisen von Unternehmen auf oligopolistischen Märkten als 2. Satz des § 36 Abs. 1 GWB aufgenommen werden.

Der neue materielle Prüfungsmaßstab einer „erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs“ (SIEC-Test – significant impediment to effective competition) ist bereits bei der Novellierung der FKVO intensiv diskutiert worden. Er ist damals sowohl bei der Bundesregierung als auch beim BDI auf breite Ablehnung gestoßen. Das BMWA argumentiert nun, dass durch eine zügige Angleichung der deutschen Fusionskontrolle an die FKVO Deutschlands Stimme wieder mehr Gewicht in der fachlichen Diskussionen auf europäischer Ebene erhalten könne. Diesem Argument schenkt der BDI durchaus Beachtung. Auch der BDI hält es für wünschenswert, wenn sich Deutschland aktiv an der Herausbildung einer europäischen Rechtspraxis beteiligen kann.

Aus Sicht des BDI sprechen aber dieselben materiellen Argumente, die gegen die Einführung des SIEC-Tests in der FKVO angeführt worden sind, auch gegen eine Übernahme dieses Prüfungsmaßstabs in das GWB. Dies gilt vor allem für die mit der Umstellung einhergehende Rechtsunsicherheit.

2. Flexibilität des SIEC-Tests

Die Befürworter des SIEC-Tests heben die besondere Dynamik und Flexibilität des neuen Prüfungsmaßstabs

hervor, insbesondere soll damit dem nicht-koordinierten Verhalten von Unternehmen auf oligopolistischen Märkten vorgebeugt werden können und somit eine „Regelungslücke“ geschlossen werden. Das BMWA spricht selbst auf Seite 5 seines Diskussionspapiers vom 21. Juni 2004 vorsichtig davon, dass die gesetzliche Lücke hinsichtlich der unilateralen Effekte im Oligopol im deutschen Recht „jedenfalls kleiner“ als im europäischen Recht sei.

Es ist schon höchst zweifelhaft, ob eine solche Regelungslücke bei der europäischen Fusionskontrolle bestanden hat. Nach Auffassung des BDI hat der Marktbeherrschungstest, wie er im GWB Niederschlag gefunden hat, keine Regelungslücke gelassen. Vor 25 Jahren ist schon einmal grundlegend diskutiert worden, ob der Marktbeherrschungstest den Ansprüchen an einen umfassenden Untersagungstatbestand genügt. Zu Recht hat man sich damals für eine Beibehaltung des Marktbeherrschungstests entschieden. In den Folgejahren hat sich der Marktbeherrschungstest weiter bewährt; eine Lücke ist jedenfalls nie problematisiert worden.

Der BDI meint, dass es nicht des SIEC-Tests bedarf, um die nötige Flexibilität in der Fusionskontrolle sicherzustellen. Die Abwägungsklausel in § 36 Abs. 1 GWB hat auch bisher dem Bundeskartellamt das geeignete Instrumentarium an die Hand gegeben. Der Vorschlag des BMWA zur Streichung der Abwägungsklausel zeigt, dass der SIEC-Test nur eine Flexibilität zulässt, die die Abwägungsklausel bereits ermöglichte.

3. Verschärfung durch den SIEC-Test

Materiellrechtlich bedeutet der SIEC-Test eine Verschärfung der Fusionskontrolle. Untersagt werden können nun bereits Zusammenschlüsse, die unterhalb der Marktbeherrschung liegen. Umgekehrt scheint es wenig praxisnah, dass eine Wettbewerbsbehörde trotz Vorliegen einer Marktbeherrschung einen Zusammenschluss künftig freigeben würde, weil eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht feststellbar sei. Das Bundeskartellamt selbst vertritt in seiner Stellungnahme vom 29. Juni 2004 die Auffassung, dass das Vorliegen von Marktbeherrschung immer eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs darstelle und grundsätzlich zu einer Untersagung des Zusammenschlusses führen müsse (vgl. S. 5f. der Stellungnahme). Die Monopolkommission sieht in der Marktbeherrschung ebenfalls ein „zwingendes Beispiel“ für eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung (XV. Hauptgutachten, Einleitung, Tz. 224). Das neue Untersagungskriterium stellt nach ihrer Ansicht ausschließlich eine Erweiterung des Marktbeherrschungstests dar (ebenda, Tz. 225, siehe auch Bundeskartellamt, a.a.O.). Auch das BMWA kann diese Bedenken nur schwerlich ausräumen, wenn es selbst auf Seite 4 seines Diskussionspapiers davon spricht, dass viele der bisherigen Kriterien des § 19 Abs. 2 GWB weiterhin relevant bleiben werden, sich der Blick aber zusätzlich auf Faktoren richten wird, die sich langfristig negativ auf die Verbraucher auswirken.

4. Berücksichtigung von Effizienzgewinnen

Die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen haben wir stets begrüßt. Effizienzgewinne können aber bereits jetzt in einem Fusionskontrollverfahren über die Abwägungsklausel in § 36 Abs. 1 GWB berücksichtigt werden. Dabei können in die Abwägung Effizienzgewinne sowohl auf dem vom Zusammenschluss betroffenen als auch auf

anderen Märkten einbezogen werden. Zudem ist nach ganz überwiegender Auffassung (vgl. Monopolkommission a.a.O., Tz. 114-222) für eine stärkere Berücksichtigung von Effizienzgewinnen weder nach der neuen europäischen Fusionskontrollverordnung noch nach der derzeit geltenden Fassung des GWB eine unmittelbare Anknüpfung an das Untersagungskriterium erforderlich.

Der Nachweis von Effizienzgewinnen, die die Freigabe eines eigentlich zu untersagenden Zusammenschlusses rechtfertigen, lässt sich in der Praxis nur schwierig erbringen. Auf EU-Ebene sollen zwar die Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse Auslegungshilfe für Effizienzgewinne sein. In der wissenschaftlichen Diskussion gibt es aber bereits jetzt zahlreiche Stimmen, nach deren Auffassung ein erfolgreicher Nachweis von Effizienzgewinnen nach den EU-Vorgaben nur schwerlich gelingen kann. Auch das BMWA spricht davon, dass eine Abwägung der positiven und negativen wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses nur in „geeigneten, eng begrenzten Konstellationen“ erlaubt sein soll (vgl. S. 4 der Stellungnahme vom 21. Juni 2004).

Das Bundeskartellamt weist zu Recht darauf hin, dass der Marktbeherrschungstest bereits die wirtschaftliche Bewertung umfasst (S. 4. der Stellungnahme). Bei der deutschen Fusionskontrolle, die aufgrund ihrer niedrigen Schwellenwerte selbst den Erwerb kleinerer Gesellschaften anmeldepflichtig macht, ist darauf zu achten, dass auch bei einer stärkeren Einbeziehung ökonomischer Aspekte in die Prüfung das Verhältnis von Aufwand und Nutzen gewahrt wird.

5. Rechtsunsicherheit

Die Rechtsunsicherheit, die auf europäischer Ebene durch den neuen Prüfungsmaßstab zu befürchten steht, würde sich durch eine Übernahme in das deutsche Recht noch vergrößern. Deutsche Unternehmen würden sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene einer noch nicht einschätzbaren Entscheidungspraxis ausgesetzt sein. Anders als bei der Anpassung des deutschen Kartellrechts an die VO 1/2003 besteht in der Fusionskontrolle schon aufgrund ihrer alternativen Anwendung keine sachliche Notwendigkeit für eine Rechtsangleichung. In der Fusionskontrolle kommt es gerade nicht zu sich überschneidenden Fallkonstellationen.

Darüber hinaus schafft dieselbe Begrifflichkeit des Untersagungskriteriums im deutschen und europäischen Recht noch keine Rechtseinheit. Während die Wettbewerbsbehörden im European Competition Network/ECN bei der Anwendung des Kartellrechts zu einer Abstimmung in ihrer Entscheidungspraxis angehalten sind, gibt es bei der Fusionskontrolle keine vergleichbare Zusammenarbeit, sondern lediglich einen allgemeinen Austausch im European Competition Authorities/ECA. Daher ist die Hoffnung, mit einer zügigen Übernahme des SIEC-Tests in das nationale Recht die Entwicklung des europäischen Wettbewerbsrechts wieder stärker beeinflussen zu können, eher optimistisch. Schließlich ist offen, ob sich der SIEC-Test auf europäischer Ebene als erfolgreich erweist oder zunehmend ein Rückgriff auf den bewährten Marktbeherrschungstest erfolgen wird; Deutschland könnte also auch mit einer konsequenten Beibehaltung des Marktbeherrschungstests auf der sicheren Seite bleiben. Die Kommission hat schließlich neue Leitlinien für vertikale und konglomerate Zusammen-

schlüsse angekündigt. Noch ist nicht absehbar, wie sich der SIEC-Test auf diese Art von Zusammenschlüssen auswirken wird. Es scheint daher ratsam, die Entscheidungspraxis der Kommission abzuwarten, bevor ein Kriterium übernommen wird, dessen Inhalt und Auswirkungen nicht klar erkennbar sind.

6. Weiterer Reformbedarf in der Fusionskontrolle

Schließlich sollte eine Verschärfung des materiellen Prüfungsmaßstabs nicht getrennt von anderen Punkten der deutschen Fusionskontrolle erörtert werden. Eine Anpassung der deutschen Fusionskontrolle an das europäische Recht müsste nach Auffassung des BDI - wenn überhaupt - umfassend erfolgen. Bisherige strengere Maßstäbe der deutschen Fusionskontrolle müssten gestrichen und mit dem europäischen Recht harmonisiert werden.

Insbesondere ist eine isolierte Betrachtung des § 36 Abs. 1 GWB nicht praktikabel. Nach derzeit geltender Gesetzsystematik muss § 36 GWB immer im Zusammenhang mit § 19 GWB gesehen werden. Die Marktbeherrschungsvermutungen in § 19 GWB haben wir stets kritisiert. Die tatsächliche Grundlage der gesetzlichen Vermutungen über das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ist aus unserer Sicht wissenschaftlich nicht ausreichend belastbar. Zudem wird eine Änderung des § 36 GWB ohne gleichzeitige Berücksichtigung des § 19 GWB zu einer bemerkenswerten Verweisungskette führen. Gemäß § 19 GWB könnte das Bestehen einer Marktbeherrschung vermutet werden, die wiederum das Regelbeispiel der Marktbeherrschung in § 36 GWB ausfüllen und damit eine erhebliche Behinderung des wirklichen Wettbewerbs darstellen würde.

Ein Austausch des Untersagungskriteriums kann nur in der Gesamtschau beurteilt werden. Die deutsche Fusionskontrolle unterscheidet sich derzeit in einer Vielzahl von Punkten vom europäischen Recht. So kann das Bundeskartellamt durch eine sehr viel weitere Definition des Zusammenschlusses („wettbewerblich erheblicher Einfluss“) bereits mehr Zusammenschlüsse als die EU-Kommission zur Prüfung aufgreifen. Wird nun auch der Untersagungstatbestand ausgedehnt, stellen sich die Unternehmen im deutschen Fusionskontrollverfahren (ein weiteres Mal) schlechter. Sie sind nicht nur mit der Anmeldepflicht belastet, sondern müssten aufgrund des weiteren Prüfungsmaßstabs nun noch verstärkt das Risiko einer Untersagung fürchten.

Außerdem ist zu überlegen, ob den Unternehmen auch in der deutschen Fusionskontrolle die Möglichkeit gegeben werden sollte, eine Freigabe im Einzelfall an Verhaltenszusagen zu knüpfen.

Aufgrund der Schlechterstellung der Unternehmen in der deutschen Fusionskontrolle dürfte daher die Entscheidungspraxis der EU-Kommission und des Bundeskartellamts schwerlich vergleichbar sein. Deutschland könnte sich nur dann mit einer Entscheidungspraxis zum SIEC-Test an die Spitze der Kartellrechtsentwicklung setzen, wenn eine Prüfung des Zusammenschlusses tatsächlich unter vergleichbaren Kriterien erfolgen würde.

Dr. Scheel
Behnke

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1340

16. September 2004

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 -**

Deutscher Industrie- und Handelskammertag DIHK

Der Deutsche Industrie- und Handelskammertag nimmt zu den im Themenkatalog zur Anhörung am 20.09.2004 aufgeführten Themen wie folgt Stellung:

1. Anpassung des deutschen Rechts an das europäische Wettbewerbsrecht

Der DIHK ist der Ansicht, dass eine Anpassung des deutschen Wettbewerbsrechts an das europäische Wettbewerbsrecht unbedingt erforderlich ist, insbesondere aufgrund der neuen EU-Verordnung 1/2003 über das Kartellverfahren. Ein Gleichlauf führt dabei nicht nur zu einer Rechtsvereinfachung und zu mehr Rechtssicherheit, sondern auch zu einem geringeren Aufwand für betroffene Unternehmen, Vorhaben auf ihre kartellrechtliche Konformität zu überprüfen. Die Anpassung des deutschen Kartellrechts an die jedenfalls in einigen Bereichen etwas weniger strengen Regelungen des europäischen Kartellrechts ist auch deshalb geboten, um eine Benachteiligung gerade kleiner und mittlerer Unternehmen in Deutschland zu vermeiden. Andernfalls könnte der Fall eintreten, dass ein bestimmtes Verhalten einem Mittelständler nach deutschem Recht untersagt ist, während ein vergleichbares Projekt eines Großunternehmens, das nach europäischem Kartellrecht zu bemessen ist, erlaubt wäre. Dennoch sollten, soweit überhaupt möglich, einige nationale Besonderheiten aufrechterhalten werden, insbesondere was den Mittelstandsschutz angeht.

Für die Unternehmen ist durch das Inkrafttreten der EU-Verordnung am 1. Mai 2004 und die noch nicht abgeschlossene Änderung des GWB ein äußerst unbefriedigender und mit Rechtsunsicherheit behafteter Zwischenraum entstanden. Dieser sollte so schnell wie möglich beendet werden.

Insbesondere: Legalausnahme (§ 2 GWB-E)

Die 7. GWB-Novelle sieht vor, die Pflicht zur vorherigen Anmeldung und Genehmigung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen abzuschaffen und stattdessen eine **Legalausnahme** wie in Art. 81 EGV aufzunehmen. Ob sich diese Neuerung letztlich im Ergebnis für die Unternehmen be- oder entlastend auswirken wird,

wird entscheidend von der Handhabung in der Verwaltungspraxis abhängen. Über das „Ob“ der Einführung des Prinzips der Legalausnahme sind wohl weitere Diskussionen überflüssig. Aber auf die Ausgestaltung kommt es stark an.

Da den Unternehmen das Risiko von Fehleinschätzungen aufgebürdet wird und diese daher erheblicher Rechtsunsicherheit ausgesetzt sind, sind in bestimmtem Umfang Unterstützungsmaßnahmen durch die Kartellbehörden erforderlich. Das Beratungsschreiben nach § 32 c GWB-E ist dabei ein Schritt in die richtige Richtung, reicht aber mit der reinen Selbstbindungswirkung der Behörde nicht weit genug. Hier wäre eine Erweiterung der Wirkung auf Schadenersatzansprüche Dritter sinnvoll.

Außerdem ist nicht ausreichend klar, wann die Kartellbehörde dies entscheidet und ob der Unternehmer einen Anspruch auf eine solche Entscheidung hat. Sicherlich dürfte dies nicht dazu führen, dass letztlich doch wieder für jeden Einzelfall ein Antrag auf Entscheidung gestellt werden könnte – dann würde das System der Legalausnahme konterkariert. Daher müsste eingegrenzt werden, unter welchen Voraussetzungen die Kartellbehörde entscheiden muss. Dies könnten z. B. neue Rechtsfragen sein oder wenn ein besonders hohes finanzielles Risiko mit einer Vereinbarung verbunden ist. Auf eine solche Entscheidung müsste auch ein individueller Anspruch des Unternehmens bestehen, wenn diese Voraussetzungen vorliegen. Das ist gerade für kleine und mittlere Unternehmer besonders wichtig, die sich keine Rechtsabteilung leisten können.

Die Ablehnung einer Entscheidung nach § 32 c GWB-E sollte außerdem begründet werden müssen, um dem Unternehmen die Ablehnungsgründe detailliert zur Kenntnis zu geben und ihm dadurch zu ermöglichen, die rechtlich bedenkliche Vereinbarung doch noch in eine einwandfreie umwandeln zu können.

Sofern für die Entscheidung nach § 32 c GWB-E auf das europäische Recht zurückgegriffen werden sollte – Stichwort Beratungsschreiben -, ist darauf hinzuweisen,

dass die europäische Regelung in der VO 1/2003 in Verbindung mit den entsprechenden Bekanntmachungen in diesem Punkt ebenfalls äußerst unbefriedigend ist. Eine bessere nationale Lösung wäre zu befürworten.

Dass in § 2 Abs. 2 GWB-E das Mittel der dynamischen Verweisung auf die einschlägigen EU-Verordnungen gewählt wurde, wird ausdrücklich begrüßt, da nur so der Gleichlauf zwischen europäischem und deutschem Recht gewährleistet werden kann. Flankierend dazu verlangt § 23 GWB-E eine europafreundliche Auslegung und Anwendung der §§ 1 bis 4 und 19 GWB. Damit dürften auch die Leitlinien und Bekanntmachungen der EU-Kommission von den Anwendern des deutschen GWB zu beachten sein. Dies ist insbesondere angesichts des Wegfalls der ausdrücklichen Freistellungsregelungen im GWB ein wichtiger Beitrag zur Rechtssicherheit.

2. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen (§§ 19, 20, 21 GWB-E)

Die Beibehaltung dieser Vorschriften halten wir für sinnvoll, da gerade kleinere und mittlere Unternehmen unter der missbräuchlichen Ausnutzung besonderer Machtpositionen besonders leiden.

Neu ist eine ausdrückliche Klarstellung dahingehend, dass der **räumlich relevante Markt** weiter sein kann als der Geltungsbereich dieses Gesetzes. Die Beurteilung des ökonomisch relevanten Marktes ist eine langjährige Forderung von Ökonomen und durch die immer stärker werdenden Verflechtungen der Unternehmen ebenfalls sinnvoll.

Insbesondere: § 20 Abs. 3 GWB-E:

Bei den uns vorgetragenen Beschwerden insbesondere von kleinen Unternehmen wird immer wieder deutlich, dass nicht nur das tatsächliche Veranlassen, also der durch Druck erzielte Erfolg der Vertragsänderung oder der Gewährung von sachlich nicht gerechtfertigten Vorzugsbedingungen kritisch ist, sondern bereits die Aufforderung. Allein durch die Aufforderung durch ein marktmächtiges Unternehmen, besondere Vorzugsbedingungen einzuräumen, entfaltet sich schon das wettbewerbsrechtlich missbräuchliche Ausnutzen der marktbeherrschenden Stellung. Daher sollte § 20 Abs. 3 GWB-E dahingehend ergänzt werden, dass zusätzlich zum Veranlassen auch das Auffordern sanktioniert wird.

Ein weiteres Problem in § 20 Abs. 3 GWB-E liegt darin, dass der Begriff der „**Vorzugsbedingungen**“ schwer greifbar ist und immer wieder Auslegungsschwierigkeiten bereitet. Letztlich gemeint und wettbewerbsrechtlich verwerflich ist doch eigentlich die sachlich nicht gerechtfertigte Forderung von Vorteilen – welcher Art auch immer. Daher sollte der Begriff „Vorzugsbedingungen“ durch „Vorteile“ ersetzt werden, zumal dieser Begriff auch an anderer Stelle im GWB verwendet wird.

3. Befugnisse der Kartellbehörden und Sanktionen (u. a. Höhe und Ermittlung der Geldbußen)

Die Ausweitung der Befugnisse der Kartellbehörden und die neuen Schadenersatz- und Sanktionsregelungen sind zwar gegenüber vorherigen Entwürfen schon besser geworden, erscheinen uns aber nach wie vor unverhältnismäßig. Es steht zu befürchten, dass diese Änderungen des GWB auch Auswirkungen auf das Deliktsrecht haben

und insgesamt zu einer „Amerikanisierung“ des Sanktionsrechts führen.

Zu den Befugnissen und Sanktionen im Einzelnen:

a) Enquête-Befugnis für das Bundeskartellamt (§ 32 e GWB-E)

Das Bundeskartellamt soll nach § 32 e GWB-E die bisher nicht bestehende Befugnis erhalten, bestimmte Wirtschaftszweige oder bestimmte Typen wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen einer generellen Überprüfung zu unterziehen. Dies kann als eine Aufforderung an die Kartellbehörde gesehen werden, genauestens beliebige Preisentwicklungen auf beliebigen Märkten zu beobachten und bei Bedarf von Tätigwerden die Vermutung auszusprechen, dass "andere Umstände" (welche?) vorliegen, auch wenn starre Preisentwicklungen nicht erkennbar sind.

Diese Befugnis ist in Deutschland überflüssig, da es hier die Institution der Monopolkommission gibt. Diese kann nach eigenem Ermessen jederzeit Gutachten erstellen. Sie kann auch von der Bundesregierung hierzu beauftragt werden. Möglicherweise gehen die Ermittlungsbefugnisse der Monopolkommission nicht so weit wie die der Kartellbehörde. Trotzdem bedarf es angesichts der hohen Qualität der Gutachten der Monopolkommission und deren Ansehen in Politik und Wirtschaft keiner zusätzlichen Ermittlungsbefugnisse. Dies gilt umso mehr, als jede Ermittlung und jede Befragung für die befragten Unternehmen eine nicht unerhebliche zeitliche und bürokratische Belastung mit sich bringt.

Auch bei der **Ross-und-Reiter-Problematik** lässt die Enquête-Befugnis keine Besserung erwarten. Schon jetzt kann die Behörde Verfahren von Amts wegen einleiten, ohne dass es einer grundlegenden Untersuchung eines ganzen Wirtschaftszweiges bedürfte.

Zur Ross-und-Reiter-Problematik unterstützt der DIHK vielmehr die Anregung des BDI, durch eine Ergänzung von § 54 Abs. 1 S. 3 GWB die Einleitung von Verfahren von Amts wegen auf der Grundlage von § 59 GWB zu stärken. Hierdurch könnte die Ross-und-Reiter-Problematik zumindest verringert werden. § 54 Abs. 1 S. 3 GWB sollte folgenden Wortlaut erhalten:

„Zum Schutz eines Beschwerdeführers soll das Bundeskartellamt das Unternehmen, gegen das sich das Verfahren richtet, insbesondere darauf hinweisen, dass das Verfahren von Amts wegen eröffnet worden ist und dass die Erkenntnisse des Bundeskartellamts auf sanktionsbewehrten Auskunftsverlangen gemäß § 59 GWB beruhen.“

b) Unterlassung und Schadenersatz (§ 33 GWB)

Die Ausweitung der Aktivlegitimation in § 33 Abs. 2 GWB-E auf Verbraucherschutzverbände ist nicht gerechtfertigt. Wenn daran festgehalten werden sollte, ist zumindest die weitere Voraussetzung zu fordern, dass im konkreten Fall wesentliche Belange der Verbraucher durch das missbräuchliche Verhalten beeinträchtigt werden müssen. Diese Verknüpfung entspricht den Voraussetzungen, die an die Aktivlegitimation im UWG gekoppelt sind, auch wenn sie dort gesetzlich nicht mehr in unmittelbarem räumlichen Zusammenhang (früher § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG a. F. bis 08.07.2004) geregelt ist, sondern einheitlich in der Generalklausel (§ 3 UWG n. F.).

§ 33 Abs. 3 GWB-E ist eine Sonderregelung, die nicht erforderlich ist. Die Mehrerlösabschöpfung im Rahmen eines Bußgeldes ist ausreichend, um denselben Effekt zu erzielen. Im Übrigen sollte der Anspruch auf Rechnungslegung unter Wirtschafts- oder Buchprüfervorbehalt gestellt werden, da sonst Betriebsgeheimnisse ausgespäht werden können. Dies wäre unangemessen.

c) Vorteilsabschöpfung §§ 34, 34 a GWB-E

Die Vorteilsabschöpfung ist angesichts der Möglichkeit, den Mehrerlös bei der Bußgeldberechnung zu berücksichtigen, überflüssig. Das Konkurrenzverhältnis zwischen Vorteilsabschöpfung und Bußgeld ist unbefriedigend, zumal Doppelbestrafungen nicht ausgeschlossen sind. Nur die Leistungen, die an einen Betroffenen erbracht wurden, sind anrechenbar, nicht aber sonstige Bußgelder. Dies ist nicht gerechtfertigt.

Die Vorteilsabschöpfung durch Verbände begegnet ganz besonderen Bedenken. Die Formulierung ist an den neuen § 10 UWG angeglichen, wobei gerade dieser Paragraph in der Diskussion der UWG-Reform äußerst umstritten war. Die praktische Durchführbarkeit steht in Rede, ebenso wie die Frage der Missbrauchsgefahr durch Verbände im Zusammenhang mit dem Aufwendungersatz. Umso erstaunlicher ist es, dass jetzt im GWB auf diese höchst umstrittene, unsystematische und rechtspolitisch bedenkliche Fassung zurückgegriffen wird. Am Rande sei angemerkt, dass in der Anhörung im Bundestags-Rechtsausschuss zur UWG durch einen Sachverständigen die Anregung gebracht wurde, man solle den § 10 UWG besser durch den bewährten § 34 GWB a. F. ersetzen.

d) Buß- und Zwangsgeld (§§ 81 Abs. 4 und 86 a GWB-E)

Die Höhe der nunmehr möglichen Bußgelder ist verdoppelt worden. Zwangsgelder sollen von 1.000 EUR bis 10 Mio. EUR betragen können. Auch wenn in vorherigen Entwürfen die geplante Bußgelderhöhung sogar gegenüber der bisherigen Regelung das Vierfache betrug und auch die Zwangsgelder anders geregelt waren, erscheint die im Regierungsentwurf noch enthaltene Sanktionshöhe nach wie vor unangemessen hoch. Es besteht im Übrigen ein hoher Ermessensspielraum für die Kartellbehörden, der zu wenig konkretisiert wird. Insbesondere sollte hierbei die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens Beachtung finden müssen.

e) Verzinsung (§ 81 Abs. 6 GWB-E)

Auch hier ist die aktuelle Entwurfsfassung gegenüber vorherigen Entwürfen schon besser geworden: statt Verzinsung ab dem Tag der Festsetzung der Geldbuße sind nun immerhin zwei Wochen ab Zustellung zinsfrei. Dies reicht aber immer noch nicht aus, um den Einwand zu entkräften, dass hierdurch die Einlegung von Rechtsmitteln unzumutbar erschwert wird. Es ist schon erstaunlich, dass anscheinend seitens des Gesetzgebers vermutet wird, ein Unternehmen lege Rechtsmittel nur ein, um einen Zinsvorteil zu erreichen. Die Auswirkung einer solchen Verzinsungsregelung auf Unternehmen, die aus berechtigten inhaltlichen Interessen die Entscheidung gerichtlich überprüfen lassen wollen, werden demgegenüber entweder nicht gesehen oder für gering erachtet – auch in der bisher letzten Fassung noch.

Der DIHK fordert, dass Zinsen erst ab Rechtskraft der Entscheidung anfallen dürfen. Es liegt nicht im Einfluss-

bereich eines Unternehmens, wie schnell Gerichte arbeiten. Die Belastung hieraus würde dem Unternehmen aber aufgebürdet. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass bis zur Rechtskraft der Entscheidung noch die Unschuldsvermutung zu gelten hat, die durch die Verzinsungsregelung ad absurdum geführt wurde.

4. Vorläufiger Rechtsschutz im Fusionskontrollverfahren (§ 65 Abs. 3 S. 4 GWB-E)

Gerade die Fusionskontrollverfahren der letzten Jahre haben gezeigt, wie einfach der bisherige einstweilige Rechtsschutz missbraucht werden kann. Die hierdurch entstehenden wirtschaftlichen Schäden und vor allem die ständige Unsicherheit für die Unternehmen bei meist erheblichen Investitionsentscheidungen sind äußerst unbefriedigend. Insofern ist es gut, dass die Aktivlegitimation beim vorläufigen Rechtsschutz im Fusionskontrollverfahren nun eingeschränkt werden soll, zumal demjenigen, dessen subjektive Rechte tatsächlich betroffen sind, der Rechtsweg nicht abgeschnitten wird.

5. Eventuelle Anpassung an europäische Fusionskontrolle (SIEC-Test) auf der Grundlage des Diskussionspapiers des BMWA v. 21.06.2004

Grundsätzlich macht es Sinn, das deutsche und europäische Fusionskontrollrecht zu harmonisieren und auch in diesem Bereich einen von ökonomischen Kriterien geprägten Beurteilungsmaßstab anzulegen. Allerdings ist der Gleichlauf von deutschem und europäischem Recht gerade im Bereich der Fusionen nicht so zwingend wie im allgemeinen Kartellrecht, da bei der Fusionskontrolle klarere Abgrenzungskriterien existieren, die eine parallele Anwendung mehrerer Rechtsordnungen ausschließen.

Deutschland hatte schon im Gesetzgebungsverfahren der europäischen Fusionskontrollverordnung nachdrücklich gegen die Einführung des Kriteriums der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs (SIEC-Test) argumentiert. Diese Argumente sind aus unserer Sicht weiterhin gültig. Insbesondere die behauptete Lücke zur angemessenen Beurteilung unilateraler Effekte bei gemeinsamer Marktbeherrschung besteht im geltenden Recht nach unserer Auffassung nicht. Zu Recht weist das Diskussionspapier in diesem Zusammenhang darauf hin, dass gerade das deutsche Recht über die differenzierten Marktbeherrschungskriterien des § 19 GWB nicht-kollusive Oligopole bereits bisher ausreichend erfassen konnte. Insofern ist eine Übernahme des SIEC-Tests zur Lückenschließung mangels Lücke nicht erforderlich.

Wir sehen eine große Gefahr darin, durch den Übergang zum SIEC-Test weitere Rechtsunsicherheit hervorzurufen. Derzeit ist gänzlich unklar, welche Auswirkungen der neue Test auf die Entscheidungspraxis der Kommission haben wird. Klar ist nur, dass die Kommission einen erheblich größeren Beurteilungsspielraum erhält. Wie sie damit umgehen wird, kann nicht vorhergesagt werden. Der FKVO lässt sich jedenfalls nicht entnehmen, anhand welcher Kriterien eine erhebliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs jenseits der Marktbeherrschung zu beurteilen ist. Die in den Leitlinien enthaltene Konzentration auf Preiseffekte erscheint jedenfalls verkürzt.

Die Einführung eines Erheblichkeitserfordernisses sehen wir positiv. Durch die gewählte Formulierung ist aber nicht sichergestellt, dass damit nicht jede Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu einer erheblichen Verschlechterung wirksamen Wettbe-

werbs führt. Im Gegenteil: Begreift man das Marktbeherrschungskriterium als Regelbeispiel, dann indiziert die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs. Wir schlagen daher vor, in den geltenden § 36 Abs. 1 GWB eine Erheblichkeits- bzw. Spürbarkeitschwelle einzuführen.

Effizienzvorteile konnten nach deutschem Recht über § 36 Abs. 1 GWB bereits in der Vergangenheit angemessen berücksichtigt werden. Dies gilt – entgegen der im Diskussionspapier geäußerten Auffassung – sowohl auf den vom Zusammenschluss betroffenen als auch auf anderen Märkten. Ein Klarstellungsbedürfnis gibt es, anders als im europäischen Recht, damit nicht. Im europäischen Fusionskontrollrecht ist die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen in der Vergangenheit bereits aus Art. 2 Abs. 1b FKVO abgeleitet worden, der als Beurteilungskriterium die „Entwicklung technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern dieser dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert“ vorsieht. In der Begründungserwägung (Ziff. 29) und den Leitlinien ist eine Berücksichtigung von Effizienzvorteilen darüber hinaus nunmehr ausdrücklich vorgesehen. Das Diskussionspapier scheint die Abwägungsmöglichkeit allein aus dem Kriterium der „erheblichen Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs“ abzuleiten und will vor diesem Hintergrund die gesetzliche Abwägungsklausel aufgeben. Im Interesse der Rechtssicherheit erscheint ein solches Vorgehen jedoch eher kontraproduktiv. Das Abwägungsgebot sollte – unabhängig von seiner konkreten Ausgestaltung – in jedem Fall gesetzlich verankert bleiben.

Nach unserer Einschätzung wird durch die vom BMWA vorgeschlagene Formulierung des § 36 Abs. 1 GWB trotz der entsprechenden Absicht keine Harmonisierung mit dem europäischen Fusionskontrollrecht erreicht. Eine konsequente Harmonisierung setzt eine Aufgabe der Marktbeherrschungsvermutungen des § 19 Abs. 3 GWB sowie des § 19 Abs. 2 S. 2 GWB voraus. Gerade im Zusammenhang mit der Beurteilung von Oligopolen sind diese Regelungen mit dem SIEC-Test nicht kompatibel. Ferner sind die Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs. 1 GWB auf den Kontrollerwerb zu beschränken. Denn durch eine Beibehaltung der Zusammenschlusstatbestände jenseits des Kontrollerwerbs wird die durch das neue Prüfungskriterium zweifellos bewirkte Rechtsunsicherheit noch verstärkt. Wenn also der SIEC-Test trotz der entgegenstehenden Argumente ins deutsche Recht übernommen werden sollte, ist daher zu fordern, dass das Fusionskontrollrecht dann insgesamt mit dem europäischen Recht harmonisiert wird.

Dennoch bleibt abschließend hierzu festzuhalten, dass ein stärker von ökonomischen Kriterien geprägter Ansatz auch unter dem geltenden Marktbeherrschungstest verfolgt werden sollte. Die Einführung des SIEC-Tests als materielles Untersagungskriterium wird angesichts der damit verbundenen erheblichen Rechtsunsicherheit, die zu der ebenfalls gewaltigen Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit dem neuen System der Legalausnahme noch hinzukommen würde, abgelehnt. Die angeführten Vorteile sind zu spekulativ, um den Wechsel rechtfertigen zu können. Der Rückgriff auf die langjährige Rechtsprechung ist gerade jetzt besonders wichtig.

6. Weitere Anmerkungen

a) § 4 GWB-E

Durch § 4 GWB-E sind künftig nur solche Vereinbarungen vom Preisbindungsverbot erfasst, die die Möglichkeit des Beziehers beschränken, seinen Preis selbst festzusetzen. Die bisher in § 14 GWB verbotene Preisbindung des Verkäufers bzw. des Lieferanten entfällt. Dies wird der inzwischen erheblich verlagerten Marktmacht von der Verkäufer/Hersteller-Seite hin zu marktmächtigen Nachfragern nicht gerecht. Gerade in Bezug auf Meistbegünstigungsklauseln wird dies zu Schwierigkeiten führen. Angesichts der unmittelbaren Geltung des Art. 4 a Vertikal-GVO sehen wir für eine ausdrückliche Regelung in § 4 GWB-E keinen Bedarf. Zumindest müsste aber statt von der Beschränkung der Möglichkeiten „des Beziehers“ von denen „eines Dritten“ gesprochen werden, um die Einseitigkeit zu vermeiden.

b) Übergangsbestimmungen (§ 131 GWB-E)

Es muss einen Bestandsschutz für bereits ausgesprochene Befreiungen vom Kartellverbot geben. Diese dürfen mit dem Inkrafttreten der Novelle ihre Wirksamkeit nicht verlieren. Der Bestandsschutz darf dabei nicht zeitlich oder auf die bestehenden Mitglieder einer Kooperation beschränkt sein, sondern es muss auch möglich sein, genehmigte Vereinbarungen zu verlängern und Neueintritte oder ein Ausscheiden von Mitgliedern zuzulassen. Die Übergangsfrist von einem Jahr ist nicht ausreichend.

7. Zusammenfassung

Zusammengefasst hat der DIHK also folgende Meinung zur GWB-Novelle:

1. Es muss mehr Rechtssicherheit in das System der Legalausnahme gebracht werden, z. B. durch Beratungsschreiben, die nicht völlig unverbindlich sein dürfen.
2. Die Enquête-Befugnis für das Bundeskartellamt wird abgelehnt.
3. Die Ausweitung der Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche sowie der Ansprüche auf Vorteilsabschöpfung auf Verbraucherschutzverbände lehnen wir ab.
4. Die Höhe möglicher Buß- und Zwangsgelder ist in unangemessener Weise heraufgesetzt worden.
5. Die Verzinsung von Bußgeldern darf erst mit Rechtskraft der Entscheidung beginnen.
6. Es ist ein Bestandsschutz für bereits ausgesprochene Befreiungen vom Kartellverbot erforderlich. Die Übergangsfristen hierfür sind zu kurz.
7. Die Einführung des SIEC-Tests in die deutsche Fusionskontrolle lehnen wir ab.

gez. RA Hildegard Reppel
Leiterin des Referats Wettbewerbsrecht
Deutscher Industrie- und Handelskammertag
Breite Str. 29, 10178 Berlin

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1336

15. September 2004

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 -**

Deutscher Genossenschafts- und Raiffeisenverband e.V.

Für die uns angeschlossenen landwirtschaftlichen Verarbeitungs- und Vermarktungsunternehmen begrüßen wir ausdrücklich die grundsätzliche Beibehaltung der Ausnahmeregelung für die Landwirtschaft in § 28 GWB. Positiv bewerten wir zudem den Wegfall der bislang notwendigen Anmeldung der Vereinbarungen und Beschlüsse im Sinne dieser Vorschrift.

1. Marktbeherrschungsvermutung

Die strukturellen Entwicklungen der landwirtschaftlichen Verarbeitungs- und Vermarktungsunternehmen, die nicht zuletzt aufgrund der Veränderung der Märkte zwingend geboten sind, bedürfen jedoch einer Anpassung der kartellrechtlichen Auslegung zur Marktbeherrschung. Nur so kann den veränderten Rahmenbedingungen auf den heute europa- bzw. weltweit zu betrachtenden Märkten Rechnung getragen werden. Diese veränderten Rahmenbedingungen müssen bei der Prüfung der Frage der Marktbeherrschung mehr als bislang Berücksichtigung finden.

Bei landwirtschaftlichen Verarbeitungs- und Vermarktungsunternehmen, unter anderem im Molkerei-, Schlachthof- und Warenssektor, bestehen auch weiterhin wettbewerbliche Benachteiligungen. Während die Konzentration auf den Absatzmärkten voranschreitet, verhindert auch heute noch die zum Teil einseitige Betrachtung der Erfassungsmärkte eine ausgewogene Auslegung hinsichtlich der Marktanteile. Bei überwiegend erzeugergetragenen Vereinigungen ist daher u.E. der Beschaffungsmarkt außer Ansatz zu lassen, da gerade diese Erzeuger innerhalb ihrer Vereinigung eine bessere Marktposition gegenüber konzentrierten Absatzmärkten erreichen wollen.

Im Hinblick auf die landwirtschaftlichen Erfassungsmärkte greift die Marktbeherrschungsvermutung bei einem Marktanteil von mindestens einem Drittel auf der Erfassungsseite, insbesondere wenn bei Unternehmen der landwirtschaftlichen Verarbeitungs- und Vermarktungsstufe einzelne Märkte, wie zum Beispiel Getreide, Milcherfassung etc. angesprochen sind, zu kurz. Wenn das Unternehmen überwiegend erzeugergetragene ist, hat es in der Regel bereits grundsätzlich einen hohen regionalen Anteil am Erfassungsmarkt. Ein Schutz der Erzeu-

ger vor sich selbst würde den von den Erzeugern mit dem Zusammenschlussvorhaben verfolgten Zielen zuwider laufen.

Eine Lösung kann hier über entsprechende Klarstellungen im Gesetzestext von § 19 GWB bzw. hilfsweise über die Gesetzesbegründung erfolgen.

2. Interessenabwägung bei Zusammenschluss

Bereits während der 6. Kartellnovelle wurde von uns darauf verwiesen, dass im Bereich der landwirtschaftlichen Verarbeitungs- und Vermarktungsunternehmen, z.B. im Molkereisektor, auch weiterhin wettbewerbliche Benachteiligungen bestehen. Zur Verbesserung der Marktstellung im Hinblick auf die wachsende Konzentration der Nachfrageseite (Lebensmittel-Einzelhandel) müssen nach wie vor Zusammenschlüsse dieser Unternehmen in ausreichendem Maße ermöglicht werden, um Wettbewerbsnachteile auf den Absatzmärkten auszugleichen. Auch nach der 6. Kartellnovelle, u.a. mit Blick auf die Begründung zu § 36 Absatz 1 Satz 1 GWB, wird den Besonderheiten der Zusammenschlussvorhaben landwirtschaftlicher Verarbeitungs- und Vermarktungsunternehmen nicht hinreichend Rechnung getragen. Da für die Zukunft weitere Zusammenschlussvorhaben zu erwarten sind, um die Nachteile gegenüber der weiter konzentrierten Nachfrageseite auszugleichen, ist eine Verbesserung der Zusammenschlussmöglichkeiten zwingend erforderlich. Die Abwägungsklausel des bestehenden § 36 Absatz 1 GWB greift hierbei zu kurz. Insbesondere wird im Rahmen der Abwägungsklausel ein Nachweis der Verbesserung der Wettbewerbssituation gefordert. Diesen Nachweis zu führen ist mit Blick auf die Zukunft sehr schwierig, wenn nicht sogar in vielen Fällen unmöglich. Daher sollte gerade in dem genannten speziellen Fall bereits die Möglichkeit eines Zusammenschlusses gegeben sein, wenn die Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen nur vermutet wird und sich für diese Vermutung konkrete Anzeichen ergeben. Dies sollte für alle landwirtschaftlichen Verarbeitungs- und Vermarktungsunternehmen gelten, die überwiegend von landwirtschaftlichen Erzeugerbetrieben oder deren Vereinigungen getragen werden.

3. Negativattest

Grundsätzlich bewerten wir auch die künftige Selbsteinschätzung der Unternehmen, die aufgrund des neuen Systems der Legalausnahme eingeführt wird positiv. Die gleichzeitige nicht unerhebliche Ausweitung der Sanktionierungstatbestände im neuen GWB führt jedoch dazu, dass die betroffenen Unternehmen aufgrund dieser Selbsteinschätzung nicht unerheblichen Risiken ausgesetzt sind. Es ist nicht akzeptabel, dass gerade kleine und mittelständische Unternehmen, zu denen unsere landwirtschaftlichen Genossenschaften zählen, aufgrund der Selbsteinschätzung in eine Bußgeldfalle laufen, ohne die Möglichkeit zu haben, diese Selbsteinschätzung vorab durch die Kartellbehörden überprüfen zu lassen. Um Rechtssicherheit zu erhalten, müssen die betroffenen Unternehmen daher die Möglichkeit haben, eine rechtsmittelfähige Entscheidung zu erlangen.

Wir halten die in § 32c GWB geregelte Möglichkeit der Kartellbehörde, wahlweise zu entscheiden, ob sie überhaupt tätig wird und wenn sie tätig wird, nur eine informelle Auskunft über fehlendes Eingreifen zu erteilen, für nicht ausreichend. Gerade mit Blick auf die nicht unerheblichen Risiken, die unsere Unternehmen im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Selbsteinschätzung eingehen, ist es notwendig, ihnen einen gesicherten Anspruch auf Erteilung eines Negativattestes zu geben.

Eine Lösung kann darüber gefunden werden, dass diesen Unternehmen auf Antrag durch die Kartellbehörde ein Negativattest erteilt wird. Infolgedessen ist eine entspre-

chende Ergänzung von § 32c GWB notwendig, die zwei Voraussetzungen enthalten sollte. Auf Antrag von betroffenen Unternehmen muss die Kartellbehörde tätig werden. Ihr Handeln muss darüber hinaus in Form einer rechtsmittelfähigen Entscheidung und nicht nur wahlweise erfolgen. Nur so kann sichergestellt werden, dass ein Unternehmen nicht nach langjähriger Praxis im Wettbewerb, die durch Selbsteinschätzung als unschädlich angesehen wurde, mit hohen Bußgeldforderungen überzogen wird. Damit besteht die Gefahr, dass sie Sanktionen auferlegt bekommen, die erhebliche wirtschaftliche Probleme nach sich ziehen.

Hierbei verkennen wir nicht, dass mit § 32c GWB lediglich Art 5 Satz 3 der VO 1/2003 umgesetzt wird, der mit Blick auf das bewährte Negativattest von Art 2 der alten VO 17/1962 zu kurz greift. Hier war eine sinnvolle Lösung der Entscheidung auf Antrag betroffener Unternehmen gegeben, wie sie auch heute im geänderten GWB wünschenswert wäre. Darüber hinaus regelt Art. 5 Satz 3 der VO 1/2003 nur eine Möglichkeit des Handelns der Kartellbehörden. Hier sollte zwingend zum Schutz der betroffenen Unternehmen die o. g. weitergehende Handlungsalternative in das GWB aufgenommen werden.

Bonn, 14. September 2004

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1349

16. September 2004

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung in Berlin am 20. September 2004 zum

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

Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten im Deutschen Gewerkschaftsbund

Einleitung

Mit der siebten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen sollen die bundesrepublikanischen Regelungen des Wettbewerbsrechts an die neue Konzeption des europäischen Wettbewerbsrechts angepasst werden. Damit wird den neuen Rahmenbedingungen durch das Inkrafttreten der europäischen Verordnung Nr. 1/2003 vom 16. Dezember 2002 Rechnung getragen.

Mit dem neuen Gesetz sollen zukünftige Normenkonflikte zwischen bundesrepublikanischem und europäischem Recht vermieden werden. Neben der Einführung des Systems der Legalausnahme und der Abschaffung des bisherigen Systems der administrativen Freistellung gewinnt das Verbot wettbewerbsbeschränkender Massnahmen, welche geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen, weiter an Bedeutung.

Die Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten begrüßt grundsätzlich die vorgesehene Anpassung. Sie unterstützt jegliche Massnahmen, die helfen, den Wettbewerb in der marktwirtschaftlichen Ordnung zu stärken.

Wesentliche Bedingung für das Funktionieren der Sozialen Marktwirtschaft ist der Wettbewerb, also das Bemühen der Marktteilnehmer unabhängig von Zwang oder sonstiger Einflussnahme, Geschäfte abzuschließen, um die sich andere Marktteilnehmer der gleichen Marktseite ebenfalls bemühen. Wettbewerb kann dafür sorgen, dass das egoistische Gewinnstreben der einzelnen Marktteilnehmer umgeformt wird in ein Handeln, das der optimalen Güterversorgung aller Nachfrager dient. Wettbewerb hilft neue, bessere Produkte und Produktqualitäten sowie neue Produktionsverfahren einzuführen.

Auch die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen haben nicht nur in der Funktion als Verbraucher, sondern auch als Beschäftigte ein Interesse am Wettbewerb. In der Regel bietet ein wettbewerbsmäßig organisierter Markt mehr Beschäftigungsmöglichkeiten.

Es besteht jedoch darüber hinaus weitgehend Einigkeit, dass der Wettbewerb gefährdet ist, da einzelne Marktteil-

nehmer stets danach streben, sich dem Wettbewerbsdruck zu entziehen. Sichtbare Formen zur Einschränkung des Wettbewerbs sind Absprachen, abgestimmten Verhaltensweisen sowie Versuche, den Marktanteil des eigenen Unternehmens solange zu erhöhen, bis eine marktbeherrschende Stellung erreicht ist, um höhere Gewinne zu erzielen als es unter Wettbewerbsbedingungen möglich wäre. Auf die Selbstheilungskräfte einer marktwirtschaftlichen Ordnung ist kein Verlass. Es bedarf einer staatlichen Wettbewerbspolitik, die die Rahmen zur Förderung des Wettbewerbs sichert und fördert sowie dem Drang, den Wettbewerb zu beschränken, entgegenwirkt.

Wirtschaftliche Macht ist ein einfacherer Weg zum Erfolg als wirtschaftliche Leistung. Sie demoralisiert jedoch jene, die ihr ausgeliefert sind. Missbrauch wirtschaftlicher Macht verfälscht zudem den Wettbewerb, weil die unterschiedlichen Marktteilnehmer mit unterschiedlichen Preisen kalkulieren müssen. **Es ist daher Aufgabe der Wettbewerbspolitik, wirtschaftliche Macht soweit sie sich nicht beseitigen lässt, unter Kontrolle zu halten und Versuche, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, einzudämmen.**

Das Verhältnis zwischen Lebensmittelhandel und Lebensmittelindustrie

Der Lebensmitteleinzelhandel ist für die Lebensmittelindustrie der wichtigste Absatzkanal. Rund 70% der Lebensmittel gelangen über den Handel zum Verbraucher. Obwohl beide im Wesentlichen den gleichen Nachfrage-determinanten unterliegen und mit sinkenden Kaufkraftverlusten sowie stagnierenden Umsatzentwicklungen zu kämpfen haben, befinden sich der Lebensmittelhandel und die Lebensmittelindustrie bei der Bewältigung der wirtschaftlichen Probleme in unterschiedlichen Positionen.

Seit langem hat sich ein Machtgefälle innerhalb der Geschäftsbeziehungen zwischen beiden zugunsten der Handelshäuser herausgebildet. Ursachen für diese Asymmetrie sind:

a. unterschiedliche Konzentrationsprozesse

Im Handel stieg die Konzentration auf wenige Einheiten rasch voran. Die Lebensmittelindustrie ist demgegenüber noch überwiegend mittelständisch dominiert. Während die zehn größten Handelshäuser 2003 über einen Marktanteil von fast 86% verfügten, belief sich der Marktanteil der zehn größten Lebensmittelunternehmen auf 28,3%.

b. Im Gegensatz zum Handel ist eine Umstellung des Produktsortiments auf Seiten der Hersteller mit erheblich höherem Aufwand und Kosten verbunden. Aufgrund dieser Abhängigkeit (geringe Ausweichmöglichkeiten) kann sich ein Lebensmittelbetrieb, den Forderungen der Handelshäuser nicht entziehen; ohne größere Verluste in Kauf zu nehmen oder gar seine Existenz zu gefährden.

Allgemeine Erscheinungsformen der Abhängigkeit der Lebensmittelbetriebe

Die Handelsunternehmen nutzen ihre gegenüber den Herstellern günstige Marktstellung und zwingen diese zur Gewährung von Leistungen ohne sachliche Rechtfertigung. Unter Androhung aus dem Sortiment genommen zu werden („Auslistung“) und Umsatzeinbußen in Kauf zu nehmen, fordern die Handelshäuser Eintrittsgelder, Regalmieten, Werbekostenzuschüsse oder Inventurhilfen. Unabhängig von der Erscheinungsformen dieses „Anzapfens“ sind diese Vergünstigungen nichts anderes als Preisnachlässe aufgrund von Missbräuchen wirtschaftlicher Macht.

Für viele Lebensmittelunternehmen kommt erschwerend hinzu, dass die Handelsriesen große Teile ihres Nahrungsmittelsortiments durch Handelsmarken ersetzen. Der Handel fungiert als sogenannter Double Agent. Er nimmt einerseits nach wie vor die Rolle als Abnehmer und Verteiler von Markenartikeln ein. Auf der anderen Seite lässt er Handelsmarken selbst produzieren und diese unter eigenem Namen vertreiben.

Für die Hersteller von Markenartikel bedeuten Handelsmarken mehrere Risiken:

Handelsmarken können Herstellerprodukte direkt aus den Regalen verdrängen (Substitutionseffekt). Zudem können sich die Handelsunternehmen über Eigenmarken in den Augen ihrer Kunden profilieren und sich von den Herstellermarken abgrenzen.

Neben der Durchsetzung von besseren Konditionen und Zahlungsbedingungen können die Händler weitere Risiken auf ihre Lieferanten abwälzen. Hierzu gehört auch die Verpflichtung auf die Einhaltung hoher Qualitätsstandards und Sicherheitsmaßnahmen, welche oftmals über die allgemein wissenschaftlich anerkannten Standards hinausgehen.

Folgen der Verschiebung der Machtbalance

Die unter Druck geratenen Betriebe versuchen die Verluste auf unterschiedliche Weise zu kompensieren. Die Unternehmen müssen ihre Investitionen in Innovationen mit den gesunkenen Gewinnen verringern. Es drohen damit weitere Verluste von Marktanteilen. Fehlende Investitionen in die Anwendung des wissenschaftlichen und technischen Fortschritts können langfristig die Wettbewerbsfähigkeit der Betriebe gefährden.

Dem Verbraucher drohen langfristig mögliche Nachteile durch Verminderung in der Qualität vieler Produkte und infolge eines Rückgangs der Sortimentenvielfalt.

Auch für die Beschäftigten entstehen gravierende Nachteile. So werden die Preisnachlässe und Umsatzeinbußen bei der Personalplanung, bei den Arbeitsbedingungen und bei der Entlohnung aufgefangen. Umwandlung von Vollzeit- in sozialversicherungsfreie prekäre Beschäftigungsverhältnisse, Aufkündigung von sozialen Leistungen oder gar Flucht aus der Tarifbindung können ebenfalls Folgen dieser Abhängigkeit der Lebensmittelbetriebe vom Handel sein.

Unter Berücksichtigung dessen fordert die Gewerkschaft NGG die Aufnahme folgender Änderungsvorschläge in den Gesetzentwurf der 7. Kartellnovelle:

1. Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis

NGG begrüßt die in dem Entwurf getroffene Verpflichtung, an der Regelung des Verbots des Verkaufs unter Einstandspreis, festzuhalten.

Der wichtigste Aktionsparameter eines Unternehmens in der wirtschaftlichen Auseinandersetzung ist der Preis. Eine Folge der ungleichen Chancenverteilung zwischen Lebensmittelhandel und Lebensmittelindustrie sind Praktiken der Handelshäuser über eine längere Zeit hinweg bestimmte Artikel unter ihren Einstandskosten anzubieten. Diese „Lockvogelangebote“ beschädigen das Image der betroffenen Markenprodukte und setzen kleine und mittlere Fachgeschäfte in unmittelbarer Nähe, die die gleichen Produkte anbieten unter Druck.

2. Streichung des §4 GWB (Preisbindungsverbot)

Wie bereits dargestellt, geraten die Herstellermarken durch die verstärkte Ausbreitung von Handelsmarken unter Druck. Der Handel hat für beide Produkte – Markenartikel und Handelsmarken – die Preishoheit. Er setzt die Preise sowohl für die Markenartikel als auch für die Handelsmarken fest. Er bestimmt konkret den Preisabstand zwischen diesen beiden Produkten. Es besteht die realistische Gefahr, dass der Handel den Preis für Markenartikel so hoch ansetzt, dass sich markttechnisch eine erhöhte Nachfrage gegenüber relativ günstigeren Handelsmarken ergibt. Dies kann zu einer künstlichen Hochpreisung von Produkten und einer Ausschaltung des Preiswettbewerbs führen.

Auch wenn der Markenartikelhersteller auf Grund des Absatzrückganges den Preis seiner (Marken)Produkte senken möchte, kann dies der Handel aufgrund seiner Nachfragemacht unterlaufen und den Preis gegenüber den Endkonsumenten hochhalten. Diese Entwicklung hat zu einer nachhaltigen Verschiebung des strategischen Machtgefälles zuungunsten der Lebensmittelbetriebe beigetragen.

Die Möglichkeit von vertikalen Vereinbarungen, wo der wirtschaftlich benachteiligte Marktteilnehmer seinen Geschäftspartner verpflichten kann, ein bestimmtes Preisniveau beim Weiterverkauf an Dritte einzuhalten, wird von der Gewerkschaft NGG ausdrücklich begrüßt. Wir fordern deshalb die Übernahme der europäischen Vorgaben.

Darüber hinaus sind sich die Sachverständigen weitgehend einig, dass mit der Aufnahme des Artikel 4 in der Fassung des vorliegenden Referentenentwurfs, die Meistbegünstigungsklausel nicht mehr vom Verbot der Preisbindung erfasst wird. Damit können die markt-mäch-

tigen Nachfrager ihre Lieferanten dazu zwingen, ihnen jede Vergünstigung, die die Hersteller anderen Kunden gewähren, ebenfalls zu gewährleisten. Auch aus diesem Grund, fordert NGG, die ersatzlose Streichung von §4 im Gesetzentwurf.

3. Verbesserung durch Präzisierung der Missbrauchsaufsicht (§20 Abs. 3 GWB)

Die oben genannten Erscheinungsformen der Nachfragemacht des Handels, insbesondere die Durchsetzung von Vorzugsbedingungen, das heißt jene Vergünstigungen der Lieferanten gegenüber dem Handel, denen keine adäquate Gegenleistungen gegenüberstehen, waren bereits mehrmals im Focus des Gesetzgebers. Es herrscht Einigkeit, dass diese Vergünstigungen ihren Grund weder in der Menge der abgenommenen Waren noch in anderen betriebswirtschaftlich kalkulierbaren Gegenleistungen des Nachfragers haben, sondern lediglich auf der Ausnutzung von Marktmacht beruhen bzw. der Abhängigkeit der Lieferanten geschuldet sind, da diese keine Ausweichmöglichkeiten besitzen.

Eine Maxime des bisherigen Wettbewerbsrechts war, dass marktbeherrschende Unternehmen hingenommen werden müssen, jedoch eine effektive Kontrolle hilft, um Missbräuche wirtschaftlicher Macht einzudämmen.

Die Vergangenheit hat gezeigt, dass die Zugrundelegung einer Kausalität zwischen der Einflussnahme des marktstarken Nachfragers auf den Anbieter zur Erzwingung von Vorzugsleistungen nicht effektiv genug ist. Statt einer erfolgreichen Aufforderung muss bereits der Versuch des Marktmachtmissbrauchs unterbunden werden.

NGG plädiert deshalb dafür, im Kapitel unter §20 Abs. 3 den Begriff der „Aufforderung“ aufzunehmen und damit den bisherigen Begriff „Veranlassung“ im Gesetzentwurf zu streichen.

Unter den Artikel 20 Abs. 3 fallen auch sogenannte Konditionenabgleiche. Aus der Vergangenheit sind Fälle bekannt, wo im Gefolge von Firmenzusammenschlüssen, das neue, größere Handelsunternehmen von den Lieferanten nachträglich verlangte, ihm die jeweils günstigsten Bedingungen zu gewähren, und zwar jene, die früher ei-

nem der beiden zusammengeschlossenen Unternehmen eingeräumt worden waren.

In der Praxis wurde deutlich, dass eine effektive Verfolgung dieser unlauteren Praktiken daran scheitern können, weil der im Gesetzestext vorgesehene Begriff „Vorzugsbedingungen“ nicht präzise genug ist. NGG plädiert deshalb in den Gesetzesentwurf unter § 20 Abs. 3 den Begriff „Vorzugsbedingungen“ durch den Begriff „Vorteile“ zu ersetzen.

4. Für die Aufnahme eines neuen Artikels, der die Möglichkeit einer Entflechtung eines marktbeherrschenden Unternehmens vorsieht.

Auch unter den Bedingungen nach der Anpassung des nationalen Wettbewerbsrechts an die europäischen Vorgaben wird der Nachweis und die Beweisführung von Missbräuchen von wirtschaftlicher Macht ein Problem bleiben. Gleichzeitig wird in der Begründung des Gesetzentwurf zurecht darauf hingewiesen, dass im Rahmen der siebten Novelle tendenziell die behördliche Kontroll-dichte gegenüber wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen vermindert werden. Zudem ist davon auszugehen, dass wirtschaftliche Unternehmen ab einer bestimmten Größe, Geldbußen im Falle von staatlichen Sanktionen durchaus verkraften können und möglicherweise wettbewerbswidriges Verhalten in ihr Kalkül mit einbeziehen. Bereits in der Vergangenheit wurde im Zusammenhang bei der mehrmaligen Überarbeitung des Wettbewerbsrechts auch die Möglichkeit einer Entflechtung von marktbeherrschenden Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen erörtert. In Erwägung dessen plädiert NGG deshalb ebenfalls für die Aufnahme einer möglichen Entflechtungsmöglichkeit im Gesetzentwurf.

Hamburg, 20.Sept. 2004

Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten
Voba Abt. I

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1354

16. September 2004

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. Andreas Fuchs, Universität Osnabrück

I. Allgemeines

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung verfolgt keine einheitliche Zielsetzung. Ganz im Vordergrund steht zu Recht die Anpassung des deutschen Rechts der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen an das europäische Wettbewerbsrecht, insbesondere an die am 1.5.2004 in Kraft getretene VO (EG) Nr. 1/2003. Der dabei verfolgten Grundlinie, die Änderungen des deutschen Kartellrechts in diesem Bereich nicht auf das unbedingt erforderliche Maß zu beschränken, sondern eine möglichst weitgehende Harmonisierung mit den europäischen Wettbewerbsregeln anzustreben, ist im Grundsatz beizupflichten. Anlass zur Kritik geben insoweit nur wenige Einzelregelungen des Gesetzentwurfs (näher dazu unter II.).

Im Bereich einseitiger wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen lässt der Gesetzentwurf die besonderen, im Vergleich zu Art. 82 EG strengeren Regeln des deutschen Kartellrechts in den §§ 19-21 GWB unangetastet. Dem ist ebenfalls beizupflichten. Die genannten Vorschriften, die im Vergleich zum europäischen Recht ausdifferenzierter sind und teilweise einen weitergehenden Schutz gewähren, haben sich im Grundsatz bewährt. Eine Harmonisierung mit Art. 82 EG unter Verzicht auf die Einbeziehung lediglich marktstarker Unternehmen in den Kreis der Normadressaten ist wegen (der seinerzeit vor allem auf Drängen Deutschlands eingeführten Vorschrift des) Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 1/2003 nicht erforderlich und würde zu einer bedenklichen Absenkung des Schutzniveaus gerade zu Lasten kleiner und mittlerer Unternehmen führen. Eine Änderung der mit der 6.GWB-Novelle eingeführten, wettbewerbspolitisch nach wie vor umstrittenen Regelung der Verkäufe unter Einstandspreis (§ 20 Abs. 4 Satz 2 GWB) steht derzeit nicht auf der Tagesordnung. Insoweit sollte vor einer etwaigen Reform die weitere Anwendungspraxis abgewartet werden. Diskussionswürdig erscheint dagegen die vom Bundesrat in seiner Stellungnahme (BT-Drucks. 15/3640, S. 74 Nr. 4) angeregte Erweiterung des Schut-

zes vor marktmächtigen Nachfragern in § 20 Abs. 3 Satz 1 GWB (näher dazu unter III.).

Weitere Änderungen des GWB im Gesetzentwurf der Bundesregierung resultieren aus dem Bestreben, mögliche Kontrolldefizite bei wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen infolge der Umstellung von einem Anmelde- und Genehmigungssystem auf ein System der Legal Ausnahme zu vermeiden. Zur Sicherstellung einer effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften bei Kartellverstößen werden einerseits die Befugnisse des Bundeskartellamts gestärkt, andererseits die Bedingungen für eine private Rechtsverfolgung, insbesondere durch Schadensersatzklagen, verbessert. Zudem wird auch Verbraucherschutzverbänden ein – wenngleich subsidiärer und angesichts enger Tatbestandsvoraussetzungen in seiner praktischen Wirksamkeit zweifelhafter – Anspruch auf Vorteilsabschöpfung eingeräumt. Auch hinsichtlich dieses Regelungskomplexes sind nur Einzelpunkte zu kritisieren, während die grundsätzliche wettbewerbspolitische Richtung der vorgeschlagenen Neuregelungen im Sinne einer Stärkung der privaten Rechtsverfolgung und Erweiterung der Befugnisse der Kartellbehörden stimmt (näher dazu unter IV.).

Auf einer ganz anderen Linie liegen dagegen die vorgeschlagenen Änderungen im Bereich der Fusionskontrolle, bei denen es weder um eine Anpassung an das europäische Wettbewerbsrecht noch um die Bewältigung etwaiger Folgewirkungen geht. Vielmehr wird hier der Wettbewerbsschutz im Gegensatz zu der im übrigen verfolgten Zielsetzung des Gesetzes erheblich zurückgedrängt, ohne dass dies durch überzeugende Sachgründe oder Entwicklungen im europäischen Recht veranlasst wäre. Das gilt zum einen für den Rechtsschutz Dritter gegen die Freigabe von Zusammenschlüssen. Dieser wird im Eilverfahren erheblich eingeschränkt, wenn nicht faktisch abgeschafft, indem – anders als in der Hauptsache – auf die potentielle Verletzung eigener Rechte (und nicht nur wirtschaftlicher Interessen) abgestellt wird (näher dazu unter V.). Zum anderen führen die vorgeschlagenen

pressespezifischen Regelungen dazu, dass diese Branche in weitem Umfang von einer effektiven Wettbewerbskontrolle freigestellt wird. So wird nicht nur die Aufgreifschwelle für Zusammenschlüsse von 25 Mio. € auf 50 Mio. € Jahresumsatz verdoppelt und eine bisher für den Pressebereich nicht existierende Anschlussklausel zum kontrollfreien Erwerb von Unternehmen mit bis zu 2 Mio. € Umsatz eingeführt. Darüber hinaus sollen sowohl bei Anzeigenkooperationen von Presseunternehmen als auch - unter bestimmten Bedingungen - bei Zusammenschlüssen von Zeitungen und Zeitungsverlagen sogar marktbeherrschende Stellungen toleriert werden. Dagegen bestehen durchgreifende wettbewerbspolitische und rechtliche Bedenken (näher unter VI.).

Nicht zu kritisieren ist dagegen, dass auf eine (denkbare) Harmonisierung mit dem modifizierten materiellen Eingriffskriterium der europäischen Fusionskontrolle („erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ / „significant impediment to effective competition“, sog. „SIEC“-Test) (vorerst) verzichtet wird. Angesichts der großen Rechtsunsicherheiten, die mit dem neuen, überraschend eingeführten Untersagungskriterium der europäischen FKVO verbunden sind, ist eine Übernahme in das nationale Recht jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht empfehlenswert, zumal im deutschen Recht auch im Oligopolbereich keine offenbaren Anwendungslücken bestehen. Zudem würde die isolierte Übernahme des materiellen Untersagungskriteriums nur zu einer partiellen Angleichung führen, während erhebliche Unterschiede in anderen Bereichen (wie z.B. beim Zusammenschlussbegriff) bestehen blieben. Ferner besteht kein Harmonisierungsdruck, da die Anwendungsbereiche der europäischen und der nationalen Fusionskontrolle trotz erweiterter Verweisungsmöglichkeiten (in beide Richtungen) im Grundsatz klar geschieden sind – anders als bei den wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, bei denen die Anwendbarkeit des vorrangigen europäischen Wettbewerbsrechts von der Erfüllung des weitgehend konturlosen Kriteriums der Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels abhängt (näher unter VII.).

II. Die Harmonisierung des deutschen und europäischen Kartellrechts im Bereich wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen

1. Grundsatz

Die umfassende „Synchronisierung“ des deutschen mit dem europäischen Kartellrecht bei horizontalen und vertikalen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen führt dazu, dass bei der praktischen Rechtsanwendung regelmäßig dahingestellt bleiben kann, ob das Kriterium der Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels tatsächlich erfüllt ist, da beide potentiell anwendbare Rechtsordnungen zum selben Ergebnis kommen. Diesem Vorteil steht ein Verlust an eigenen wettbewerbspolitischen Gestaltungsmöglichkeiten bei rein lokalen und regionalen Sachverhalten gegenüber. Dieser Nachteil zeigt sich exemplarisch bei der pauschalen dynamischen Verweisung auf die jeweils geltende Fassung der EG-Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) nach § 2 Abs. 2 GWB-E. Dies erscheint nicht ganz unproblematisch, allerdings weniger aus verfassungsrechtlichen Erwägungen als vielmehr aus Gründen wettbewerbspolitischer Zweckmäßigkeit. Denn es sind durchaus Fälle denkbar, in denen die (auf europaweite Märkte zugeschnittenen) Kriterien der GVO auf rein na-

tionale Sachverhalte mit ggf. besonderen Marktstrukturen nicht passen. Gleichwohl müssen sie nach der gegenwärtigen Fassung von § 2 GWB-E unbeschadet angewendet werden mit der Folge, dass u.U. sehr schädliche lokale oder regionale Wettbewerbsbeschränkungen hinzunehmen sind, da sie an der automatischen Freistellungswirkung der auf ganz andere Marktverhältnisse zugeschnittenen GVO auf europäischer Ebene partizipieren.

Die Problematik wird zwar durch die Möglichkeit zum Entzug der Freistellung durch die Kartellbehörde im Einzelfall nach § 32d GWB-E abgemildert, doch verbleiben gewisse Zweifel, ob die Kartellbehörde damit nicht überfordert sein könnte, wenn etwa eine Vielzahl von Unternehmen in einer oder verschiedenen Branchen betroffen ist. Das in europäischen GVO vorgesehene Instrument einer gruppenweisen Entziehung durch Erlass einer Nichtanwendbarkeitsverordnung für bestimmte Branchen (vgl. Art. 8 der Vertikal-GVO) oder einer entsprechenden normativen Einschränkung der GVO durch die nationale Kartellbehörde⁶⁸ ist im Gesetzentwurf ebenso wenig vorgesehen wie die Befugnis zum Erlass einer eigenständigen GVO für rein nationale Sachverhalte ohne zwischenstaatlichen Bezug. Insgesamt erscheinen diese Nachteile aber hinnehmbar, da sie wohl nur in wenigen Fällen praxisrelevant werden dürften. Die Beurteilung könnte sich jedoch ändern, wenn die Kommission in Zukunft dazu übergehen sollte, das Instrument der GVO in stärkerem Maße als Mittel zu einer aktiv gestaltenden, andere Gemeinschaftspolitiken wie etwa Industrie-, Umwelt- oder Regionalpolitik einbeziehenden Wettbewerbspolitik einzusetzen. Jedenfalls dürften dann die ordnungspolitischen Bedenken, die derzeit gegen eine (im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt auszuübende) Verordnungsermächtigung an den Minister für Wirtschaft und Arbeit zum Erlass von nationalen GVO anstelle der dynamischen Verweisung auf die europäischen GVO vorgebracht werden, an Gewicht verlieren. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt erscheint allerdings die dynamische Verweisung auf die europäischen GVO trotz der aufgezeigten Nachteile als die bessere Alternative.

Besondere nationale Regelungen für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen enthält der Gesetzentwurf lediglich für Mittelstandskooperationen (§ 3 GWB-E) und bezüglich des Verbots der vertikalen Preisbindung (§ 4 GWB-E).

2. Mittelstandskartelle (§ 3 GWB-E)

Mit der spezifischen Legalausnahme für Mittelstandskartelle nach § 3 GWB-E, die in ihrem Wortlaut fast vollständig dem gegenwärtigen § 4 Abs. 1 GWB gleicht, soll eine weitgehende Aufrechterhaltung der bisherigen Einzelfreistellungspraxis erreicht werden. Mit der allgemeinen Regelung in § 2 GWB-E ist das nicht möglich, weil die gegenwärtig in Anlehnung an § 5 Abs. 2 GWB in der deutschen Anwendungspraxis ausnahmsweise zugelassenen Preis-, Mengen- oder Quotenabsprachen in europäischen GVO regelmäßig als nicht freistellungsfähige Kernbeschränkungen (so genannte schwarze Klauseln) behandelt werden (vgl. z.B. Art. 4 der Vertikal-GVO). Aufgrund der dynamischen Verweisung in § 2 Abs. 2 GWB-E gelten diese Vorschriften grundsätzlich entsprechend für (rein) nationale Sachverhalte. Soweit es an der

⁶⁸ Eine solche Befugnis lässt sich nicht etwa aus § 2 Abs. 2 GWB-E im Rahmen der entsprechenden Geltung der GVO für rein nationale Sachverhalte ableiten, so auch Begr RegE, BT-Drucks. 15/3640, S. 25.

Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels fehlt, ist jedoch Raum für eine eigenständige nationale Regelung, die den Legalisierungsrahmen über den durch das europäische Wettbewerbsrecht vorgegebenen Bereich hinaus ausdehnt. Der damit für den nationalen Gesetzgeber eröffnete Regelungsspielraum ist nicht unerheblich, da (auch nach Einschätzung der Kommission) bei Kooperationen mittelständischer Unternehmen regelmäßig keine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels zu besorgen ist.

Vor diesem Hintergrund setzt sich § 3 GWB-E als *lex specialis* sowohl gegenüber der allgemeinen Legalausnahme nach § 2 Abs. 2 GWB-E durch als auch gegenüber der Verpflichtung zur Berücksichtigung der Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts nach § 23 GWB-E durch, da § 3 GWB-E eine „besondere Regelung“ im Sinne dieser Vorschrift darstellt. Allerdings darf diese weitergehende nationale Legalausnahme insoweit - zur Vermeidung eines Widerspruchs zum vorrangigen europäischen Kartellrecht - nur zur Anwendung kommen, wenn sich aus der konkreten Mittelstandskooperation keine spürbare Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel ergeben können.

Das gilt auch für den Fall, dass die vom Bundesrat angeregte Ergänzung des § 3 GWB-E um eine in Anlehnung an § 5 Abs. 2 GWB formulierte ausdrückliche Regelung für Preis-, Mengen- und Quotenabsprachen erfolgt. Diese ist zwar einerseits nicht unbedingt erforderlich, um das gesetzgeberische Ziel zu erreichen, da keine Anhaltspunkte bestehen, warum die gegenwärtige Anwendungspraxis geändert werden sollte. Andererseits erscheint eine derartige explizite Regelung aber durchaus sinnvoll, da sie die Rechtssicherheit für die mittelständischen Unternehmen bei reinen Inlandssachverhalten erhöht und zugleich signalisiert, dass derartige schwere Wettbewerbsbeschränkungen nur ausnahmsweise toleriert werden können, wenn ohne sie das Ziel der Mittelstandskooperation nicht erreichbar ist.

3. Ausdrückliches per se-Verbot der vertikalen Preisbindung (§ 4 GWB-E)

§ 4 GWB-E kommt nach der Gesetzesbegründung eine gewisse „Signalfunktion“ zu. Im Hinblick auf die im Gesetzestext nunmehr in Übereinstimmung mit Art. 81 EG erfolgende Gleichbehandlung von horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen (trotz der allgemein anerkannten sachlichen Unterschiede) wird den Normadressaten direkt im Gesetz deutlich vor Augen geführt, dass vertikale Preisbindungen nach wie vor per se verboten sind. Dieser Vorteil ist freilich gegen den Nachteil abzuwägen, dass mit der engen Anlehnung an den Wortlaut des Art. 4 lit. a Vertikal-GVO diese – wettbewerbspolitisch durchaus nicht unumstrittene Norm – ohne Not gesetzlich festgeschrieben wird.⁶⁹ Bei einer Änderung der GVO müsste der deutsche Gesetzgeber erneut tätig werden, zumal es aufgrund der pauschalen dynamischen Verweisung auf die europäischen GVO zu einem direkten Normwiderspruch zwischen § 2 Abs. 2 GWB-E i.V.m. einer neu gefassten Vertikal-GVO und § 4 GWB-E kommen kann, der für rein nationale Preisbindungssysteme nicht mit dem Hinweis auf den Vorrang des europäischen Kartellrechts aufzulösen ist. Vor diesem Hintergrund sollte sich der Gesetzgeber entweder konsequent

für die Vorteile der dynamischen Verweisung entscheiden und auf den potentiell damit in Konflikt geratenden § 4 GWB-E verzichten oder auch in § 2 Abs. 2 GWB-E einen „Filter“ einbauen, der auf nationaler Ebene für Fälle ohne zwischenstaatlichen Bezug die Möglichkeit eines regulatorischen Eingriffs im Einzelfall in Abweichung von einer EG-GVO erlaubt. Das Fehlen der „wettbewerbspolitischen Signalwirkung“⁷⁰ einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung erscheint demgegenüber weniger schwerwiegend, zumal eine entsprechende Aufklärung über das fortbestehende per se-Verbot für vertikale Preisbindungen und seine (neuen) Grenzen bei Meistbegünstigungsklauseln auch durch eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung erreicht werden könnte.

4. Grundsatz der europafreundlichen Anwendung (§ 23 GWB-E)

§ 23 GWB-E verpflichtet den Rechtsanwender, also die Kartellbehörden und Gerichte, die „Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts ... bei der Anwendung der §§ 1 bis 4 und § 19 maßgeblich zugrunde zu legen, soweit hierzu nicht in diesem Gesetz besondere Regelungen enthalten sind“. Die Vorschrift soll nach der Gesetzesbegründung gerade auch unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle einen Gleichklang bei der Auslegung des nationalen Kartellrechts mit der Anwendungspraxis des europäischen Wettbewerbsrechts sichern. Auf diese Weise wird eine umfassende „Synchronisierung“ der Interpretation und Anwendung des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts angestrebt sowie die Wahrung der Einheitlichkeit des deutschen Wettbewerbsrechts hinsichtlich der Anwendung auf Fälle mit und ohne Zwischenstaatlichkeitsbezug.

Dieses Ziel scheint auf den ersten Blick erstrebenswert zu sein, zumal offenbar keine völlige „Gleichschaltung“ des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts im Bereich der genannten Vorschriften (§§ 1-4, 19 GWB) beabsichtigt ist, die insoweit eine Fortentwicklung des Kartellrechts durch deutsche Rechtsanwender ausschließen würde. Bei genauerer Analyse wirft die geplante Vorschrift jedoch mehr Fragen auf, als sie beantwortet. Problematisch ist schon die Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts“. Die Gesetzesbegründung enthält keine ausdrückliche Definition, scheint aber darunter die „Maßstäbe“ zu verstehen, „wie sie im europäischen Wettbewerbsrecht durch die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes bzw. des Europäischen Gerichts erster Instanz und die Beschlusspraxis der Kommission einschließlich Mitteilungen und Bekanntmachungen verbindlich sind“.⁷¹ An anderer Stelle wird auf die „ständige Spruchpraxis“ der europäischen Gerichte und die „gefestigte Verwaltungspraxis der Kommission, die sich auch in ihren Bekanntmachungen und Leitlinien wieder findet“⁷² abgestellt. Bei der zuletzt genannten Aussage wird verkannt, dass die Leitlinien der Kommission sich häufig nicht in der Wiedergabe einer gefestigten Verwaltungspraxis erschöpfen, sondern über weite Strecken Neuland betreten und vielfach andere wettbewerbspolitische Akzente als bisher setzen. Zudem kommt den Leitlinien und Bekanntmachungen der Kommission gerade keine Bindungswirkung im Verhältnis zu den europäischen Gerichten sowie den nationalen Behörden und

⁶⁹ So insbesondere die Kritik des Bundesrats in seiner Stellungnahme, BT-Drucks. 15/3640, S. 74 Nr. 3.

⁷⁰ Vgl. Gegenäußerung der BReg, BT-Drucks. 15/3640, S. 86 Nr. 3.

⁷¹ Begr RegE, BT-Drucks. 15/3640, S. 32.

⁷² Begr RegE, a.a.O., S. 47.

Gerichten zu. Vielmehr bewirken sie als veröffentlichte Verwaltungsgrundsätze nur eine gewisse Selbstbindung der Kommission hinsichtlich ihrer eigenen Anwendungspraxis. Die Mitteilungen und Bekanntmachungen können daher (eigentlich) nicht als „Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts“ bezeichnet werden, zumal sie nicht selten inhaltlich von Entscheidungen europäischer Gerichte abweichen.

Unklar ist ferner, was unter „maßgeblich zugrunde zu legen“ zu verstehen ist. Nach der Gesetzesbegründung schreibt § 23 GWB-E „keine unmittelbare normative Bindung an die Entscheidungspraxis der europäischen Institutionen vor“.⁷³ Nicht nur bei abweichendem Wortlaut deutscher Vorschriften, sondern auch sonst bedürfe es einer Prüfung im jeweiligen Einzelfall, „inwieweit die entsprechende Anwendung der europäischen Grundsätze nicht von einzelstaatlichen Besonderheiten überlagert wird“. In diesem Sinne sei auch eine „Weiterentwicklung der Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts durch die deutschen Kartellbehörden und Gerichte“ nicht ausgeschlossen. Damit bleibt letztlich offen, ob der Grundsatz der europafreundlichen Anwendung wirklich eine relevante rechtliche Bedeutung entfaltet, die über das hinausgeht, was jeder vernünftige Rechtsanwender im Hinblick auf die Praxis der europäischen Institutionen ohnehin berücksichtigen würde. Die Bindungswirkung von Entscheidungen der Kommission nach Art. 16 VO (EG) Nr. 1/2003 im Zusammenspiel mit dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit der einzelstaatlichen Gerichte mit der Kommission sowie die faktische Bedeutung von Leitlinien und Bekanntmachungen der Kommission sorgen ohnehin für eine Orientierung der deutschen Rechtsanwender an der europäischen Praxis. Bei entscheidungserheblichen Auslegungszweifeln besteht zudem die Möglichkeit und für das letztinstanzliche nationale Gericht die Pflicht zu einer Vorlage an den EuGH nach Art. 234 EG.

Eine darüber hinaus gehende rechtliche Bindung, und sei sie auch nur mittelbarer Art in Form einer besonderen Begründungslast, dass der Rechtsanwender nicht oder warum er von (möglichen) Grundsätzen des europäischen Wettbewerbsrechts abweiche, ist abzulehnen. Sie würde die Rechtsanwendung eher erschweren denn erleichtern, zu zusätzlicher Rechtsunsicherheit führen und die Gefahr von Verfahrensverzögerungen durch vermehrte Einlegung von Rechtsmitteln begründen.⁷⁴ Auch das Risiko der Einführung einer (mittelbaren) rechtlichen Bindung an die Leitlinien und Bekanntmachungen der Kommission gewissermaßen durch die Hintertür sollte vermieden werden, zumal nicht selten erhebliche Diskrepanzen zwischen den Mitteilungen der Kommission und der Entscheidungspraxis des EuGH auftreten (z.B. bei der Bagatellbekanntmachung und den Leitlinien über horizontale Vereinbarungen).

Festzuhalten bleibt damit, dass § 23 GWB-E insgesamt mehr Auslegungszweifel weckt, als einen wirklich relevanten Beitrag zur Sicherung des Gleichklangs der Rechtsanwendung im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht zu leisten. Die Vorschrift sollte daher gestrichen werden, wie es auch der Bundesrat in seiner Stellungnahme vorgeschlagen hat⁷⁵.

⁷³ Begr RegE, BT-Drucks. 15/3640, S. 32.

⁷⁴ Auf gleicher Linie die Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drucks. 15/3640, S. 74 f.

⁷⁵ BT-Drucks. 15/3640, S. 74 f.

III. Erweiterung des Schutzes vor marktmächtigen Nachfragern nach § 20 Abs. 3 Satz 1 GWB?

Der Bundesrat regt in seiner Stellungnahme an, das Verbot der passiven Diskriminierung durch marktstarke Nachfrager zu intensivieren und in § 20 Abs. 3 Satz 1 nicht nur die tatsächliche Veranlassung zur Gewährung sachlich nicht gerechtfertigter Vorzugsbedingungen als Missbrauch von Nachfragemacht zu sanktionieren, sondern bereits die (erfolgreiche) Aufforderung dazu.⁷⁶ Dafür spricht, dass angesichts der Liberalisierungstendenzen im europäischen Wettbewerbsrecht bei Einkaufskooperationen⁷⁷ und der Zulassung von Meistbegünstigungsklauseln nach Art. 4 lit. a) Vertikal-GVO künftig mehr Raum für nachfragemachtinduzierte Diskriminierungen sein könnte.

In der Praxis hat § 20 Abs. 3 bislang noch keine größere Bedeutung erlangt.⁷⁸ Das dürfte einerseits an der engen Fassung des Tatbestands liegen, der mit dem „Gewähren von Vorzugsbedingungen“ einen wettbewerbswidrigen Erfolg verlangt. Andererseits dürfte hier die bekannte Ross-und-Reiter-Problematik eine bedeutende Rolle spielen, da gerade Unternehmen, die dem Druck des mächtigen Nachfragers nicht standgehalten haben, davor zurückschrecken werden, die Kartellbehörden einzuschalten oder sich nachträglich vor den Zivilgerichten dagegen zu wehren. Vor diesem Hintergrund macht eine Erfassung bereits der (erfolglosen) Aufforderung zur Gewährung ungerechtfertigter Vorteilsbedingungen durchaus Sinn. Auf der anderen Seite muss verhindert werden, dass die Dynamik des Nachfragewettbewerbs leidet und in den normalen Verhandlungsprozess über die Vertragsbedingungen eingegriffen wird. Das bloße Fordern besonders günstiger Konditionen ist selbstverständlich nicht zu beanstanden; erforderlich ist die Ausnutzung der die Normadressateneigenschaft begründenden Marktstellung. Zudem ist im Begriff der Vorzugsbedingungen bereits angelegt, dass sie darauf abzielen müssen, dem Begünstigten gegenüber vergleichbaren anderen Nachfragern eine nicht unerhebliche Besserstellung zu verschaffen, insbesondere aufgrund von Absicherungsmaßnahmen, die den Lieferanten hindern, die gleichen Vorteile auch Dritten zu gewähren.⁷⁹ Diese Einschränkungen und das Erfordernis einer Interessenabwägung im Rahmen der Prüfung einer sachlichen Rechtfertigung relativieren die von der Bundesregierung gesehene Gefahr eines unerwünschten Eingriffs in die Preisverhandlungen zwischen den Unternehmen.⁸⁰ Eine denkbare Einschränkung auf bestimmte Formen der Aufforderung, etwa in Rundschreiben oder in anderen, an eine Mehrzahl von Lieferanten gerichteten Kommunikationsformen „außerhalb normaler, individueller Vertragsverhandlungen“, könnte derartige Bedenken weiter entkräften, erscheint aber nicht zwingend erforderlich.

⁷⁶ BT-Drucks. 15/3640, S. 74.

⁷⁷ Nach Auffassung der Kommission sind Einkaufskooperationen regelmäßig bis zu einem Marktanteil von 15% freigestellt, vgl. Leitlinien über horizontale Kooperationen, Rn 130.

⁷⁸ Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 20 Rn 250.

⁷⁹ Vgl. Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 20 Rn 261; Rixen in Frankfurter Komm., § 20 GWB Rn 296, 298.

⁸⁰ Vgl. Gegenäußerung der BReg, BT-Drucks. 15/3640, S. 86.

IV. Sicherung einer effektiven Durchsetzung des Kartellrechts

1. Erweiterung der Befugnisse des Bundeskartellamts

Neben der Anpassung des materiellen Rechts an die neue Konzeption des europäischen Wettbewerbsrechts muss auch das BKartA in die Lage versetzt werden, eine aktive Rolle im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden zu spielen. Daher werden in den §§ 32 bis 32e GWB-E seine Befugnisse erweitert und, soweit möglich, an die Kompetenzregelungen der VO 1/2003 angepasst. Dazu gehören die Möglichkeit einer positiven Tenorierung und der nachträglichen Feststellung eines Kartellverstößes (§ 32 GWB-E), die Einführung neuer Instrumente wie die Entgegennahme von Verpflichtungszusagen (§ 32 b), der Entzug des Vorteils einer nach § 2 Abs. 2 GWB-E entsprechend anwendbaren GVO (§ 32 d) oder die Entscheidung, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht (§ 32 c).

Einzigster Streitpunkt in der bisherigen Reformdiskussion ist insoweit die Schaffung einer Enquetebefugnis für das BKartA nach § 32 e GWB-E. Hierdurch sollen einerseits Informationsdefizite im Legalausnahmesystem kompensiert werden, die aus dem generellen Fortfall von Anmeldungen resultieren, andererseits erhofft man sich eine zusätzliche Abhilfe bei der Ross-und-Reiter-Problematik.⁸¹ Trotz der damit für die betroffenen Unternehmen verbundenen Belastungen kann im Interesse eines wirksamen Wettbewerbschutzes auf die Möglichkeit zu einer solchen (nach dem Vorbild von Art. 17 VO 1/2003 gestalteten) verdachtsunabhängigen (Querschnitts-)Untersuchung eines ganzen Wirtschaftszweiges oder einer bestimmten Art von Vereinbarungen nicht verzichtet werden. Allerdings sollte dieses Instrument, das nicht die Funktion hat, die Darlegung eines Anfangsverdachts im Einzelfall entbehrlich zu machen, sondern zunächst nur die allgemeine Informationsbasis der Kartellbehörde über die Praktizierung bestimmter Vereinbarungen in einer Branche erweitern soll, entgegen der Stellungnahme des Bundesrats nicht auf Landeskartellbehörden erweitert werden, sondern auf Fälle eines bundesweiten oder länderübergreifenden Informationsbedarfs begrenzt bleiben.⁸²

2. Stärkung der privaten Durchsetzung des Kartellrechts

Die Abschaffung des bisherigen Systems der Administrativfreistellung und seine Ersetzung durch ein System der Legalausnahme vermindern tendenziell die behördliche Kontrolldichte und verlangen nach einem Ausgleich durch ein effektives zivilrechtliches Sanktionensystem, das nicht nur für einen Ausgleich etwaiger durch kartellrechtswidrige Praktiken erlittener Schäden sorgt, sondern auch eine hinreichende (zusätzliche) Abschreckungswirkung für potentielle Kartellsünder entfaltet. Die Schaffung effektiver und den nationalen Vorschriften gleichwertiger Sanktionsmechanismen für die Verletzung der europäischen Wettbewerbsvorschriften durch die Mitgliedstaaten ist auch europarechtlich geboten.⁸³ Die Mo-

bilisierung der Eigeninitiative Privater zur Verhinderung, Beseitigung oder Kompensation von Wettbewerbsbeschränkungen kommt nicht nur den davon betroffenen Individuen zugute. Vielmehr ergänzt die private Durchsetzung zugleich die wettbewerbschützende Tätigkeit der Kartellbehörden und weist damit einen überindividuellen, öffentlichen Bezug auf. Die Wettbewerbsbehörden müssen sich schon aufgrund ihrer begrenzten Ressourcen auf die Bekämpfung bestimmter gravierender Verstöße beschränken; zuweilen setzen sie auch aus übergeordneten politischen Erwägungen Schwerpunkte in ihrer Anwendungspraxis. Die ergänzende Tätigkeit privater Kläger als „Wettbewerbshüter“ bzw. „private attorneys general“ ist auch geeignet, etwaige Lücken und Defizite in der behördlichen Durchsetzung auszugleichen sowie einer industriepolitischen Instrumentalisierung des Kartellrechts entgegenzuwirken. Die Stärkung des privaten Rechtsschutzes dient insoweit zugleich dem Schutz des Wettbewerbs im öffentlichen Interesse und ist auch geeignet, präventive Wirkungen zu erzeugen. Anders als in den USA, wo Klagen auf treble damages auch den Zweck der Bestrafung des Kartellsünder haben, kommt den zivilrechtlichen Sanktionen von Privatklagen in Europa aber bislang kein Strafcharakter zu. Eine Änderung im Sinne der von der Monopolkommission geforderten Einführung eines zweifachen Schadensersatzes⁸⁴ würde in diese Richtung weisen. Trotz zu erwartender positiver Auswirkungen auf die Klageanreize Privater bedarf dieser Vorschlag aber weiterer Diskussion und sollte im Rahmen der anstehenden 7. GWB-Novelle noch nicht umgesetzt werden.

Welche konkreten Anforderungen sich aus dem europarechtlichen Effektivitäts- und Gleichwertigkeitsgrundsatz für die Ausgestaltung von Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen im Recht der Mitgliedstaaten zur Sanktionierung von Verstößen gegen Artt. 81, 82 EG ergeben, ist im Anschluss an das „Courage“-Urteil des EuGH⁸⁵ Gegenstand einer lebhaften Debatte. In dieser Entscheidung hat der EuGH ausgeführt, das Gemeinschaftsrecht gebiete, dass grundsätzlich „jedermann Ersatz des Schadens dafür verlangen kann, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.“ An anderer Stelle verweist der EuGH zwar auf die Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung der Mittel zur Durchsetzung des unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts.⁸⁶ Doch mit den nach Ansicht des EuGH europarechtlich gebotenen Anforderungen an einen effektiven mitgliedstaatlichen Rechtsschutz bei Kartellverletzungen dürfte die sehr restriktive Abgrenzung des geschützten Personenkreises in der Rechtsprechung

dieses Effektivitätsgrundsatzes muss auch gewährleistet sein, dass die materiellen und verfahrensrechtlichen Regeln zur Ahndung von Verstößen gegen das EG-Kartellrecht nicht hinter denen zur Sanktionierung von Verstößen gegen nationales Recht zurückbleiben, sondern diesen gleichwertig sind (sog. Gleichwertigkeitsgrundsatz).

⁸⁴ Monopolkommission, Sondergutachten 41, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, 2004, S. 40 ff.

⁸⁵ EuGH, Urteil vom 20.9.2001 – Rs. C 453/99, Slg. 2001, I-6297 – Courage./Crehan.

⁸⁶ Entgegen manchen Stimmen in der Literatur sind die Ausführungen des EuGH daher nicht als Ableitung eines ungeschriebenen gemeinschaftsrechtlichen Schadensersatzanspruchs (entsprechend den Grundsätzen der Francovich-Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Haftung der Mitgliedstaaten bei Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht) zu verstehen, sondern als Mindestanforderungen an die Ausgestaltung der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten im Sinne des Effektivitätsgrundsatzes.

⁸¹ Begr RegE, BT-Drucks. 15/3640, S. 34 f.

⁸² So zutreffend Gegenäußerung der BReG, BT-Drucks. 15/3640, S. 88.

⁸³ Aus der in Art. 10 EG verankerten Verpflichtung der Mitgliedstaaten, eine wirksame Durchsetzung der Gemeinschaftsrechtsordnung zu gewährleisten, folgt nach der Rechtsprechung des EuGH, dass die Mitgliedstaaten Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht effektiv sanktionieren müssen. Nur so kann die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, der „effet utile“, gewahrt werden. Neben der Beachtung

des BGH nicht mehr vereinbar sein. Der BGH begrenzt die Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen unter dem Aspekt der Schutzgesetzverletzung (§ 823 Abs. 2 BGB) auf solche Personen, gegen die das wettbewerbswidrige Verhalten unmittelbar gerichtet ist. Unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Wettbewerbsvorschriften des Gemeinschaftsrechts kann es jedoch nicht auf ein finales Handeln der Kartellsünder gegenüber bestimmten individuellen Geschädigten ankommen. Vielmehr muss die objektive Betroffenheit der Geschädigten durch das wettbewerbswidrige Verhalten genügen.

Vor diesem Hintergrund ist es sehr zu begrüßen, dass der Gesetzentwurf der Bundesregierung die Bedingungen für die Durchsetzung von privaten Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüchen bei Kartellrechtsverletzungen verbessern will. Dazu gehören insbesondere die Erweiterung des Kreises der Klageberechtigten und die Einführung von Beweiserleichterungen. Allerdings sind die Regelungen im RegE in manchen Punkten nicht konsequent genug, in anderen gehen sie zu weit.

Während der RefE im Rahmen des § 33 auf das Erfordernis der Schutzgesetzverletzung verzichtet und grundsätzlich jedem „Betroffenen“ die Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen zugebilligt hatte,⁸⁷ stellt der RegE nun wieder auf die Schutzgesetz Eigenschaft der verletzten Kartellvorschrift ab (§ 33 Abs. 1 GWB-E). Zugleich wird allerdings festgelegt, dass Art. 81 und 82 EG sowie die §§ 1-4, 19-21 GWB-E Schutzgesetze zugunsten anderer Marktbeteiligter sind, auch wenn sich der Verstoß nicht gezielt gegen diese richtet (§ 33 Abs. 1 Satz 3 GWB-E). Nach der Begründung können auch Endverbraucher zum geschützten Personenkreis gehören, insbesondere wenn eine Kartellabrede auf der letzten Absatzstufe vorliegt.⁸⁸ Im Ergebnis läuft die Vorschrift darauf hinaus, den Kreis der Anspruchsberechtigten auf die „Marktbeteiligten“ und damit (wohl) auf die Konkurrenten und die unmittelbare Marktgegenseite (Lieferanten, Abnehmer) zu begrenzen, während sonstige „Betroffene“ auf weiter entfernten Marktstufen nicht (mehr) erfasst sein dürften. Damit kann der Kreis potentieller Anspruchsteller durch die wettbewerbswidrig handelnden Unternehmen – etwa durch die Einschaltung von Zwischenhändlern – gesteuert werden. Das erscheint bedenklich. Insbesondere darf die Klagemöglichkeit von Konsumenten nicht von der durch die Kartellsünder gewählten Vertriebsstruktur abhängen.⁸⁹ Besser wäre es daher, den Kreis potentieller Anspruchsberechtigter auf alle durch den Kartellverstoß negativ „Betroffenen“ zu erweitern, wobei klarzustellen wäre, dass dies auch Marktbeteiligte auf anderen Marktstufen sein können.

Die Einbeziehung des durch den Verstoß erzielten anteiligen Gewinns im Rahmen einer Schadensschätzung nach § 287 ZPO (§ 33 Abs. 3 Satz 2 GWB-E) erscheint problematisch, da hierdurch verschiedene alternative Berechnungsmodi sowie materiellrechtliche und prozes-

suale Vorschriften miteinander vermengt werden.⁹⁰ Zwar ist im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes anerkannt, dass dem Geschädigten grundsätzlich drei Arten der Schadensberechnung zur Verfügung stehen, nämlich nach der tatsächlich erlittenen Einbuße, nach der üblichen Vergütung für eine Lizenz oder nach dem vom Verletzer erzielten Gewinn. Zwischen diesen verschiedenen Möglichkeiten zur Berechnung der Anspruchshöhe muss sich der Geschädigte jedoch entscheiden. Die Frage der Schadensschätzung nach § 287 ZPO kommt erst danach auf der Ebene der Beweiswürdigung zum Tragen. Die Formulierung in § 33 Abs. 3 Satz 2 GWB-E kann zudem leicht dahin missverstanden werden, als ob dem Geschädigten ein frei schätzbarer Verletzererfolg als Zuschlag zum Schadensersatz gewährt werden solle.⁹¹ Die Vorschrift sollte daher jedenfalls in dieser Form nicht Gesetz werden.

Eine wichtige Beweiserleichterung für private Kläger sieht der Gesetzentwurf in § 33 Abs. 4 vor. Danach sind die deutschen Gerichte an bestandskräftige Entscheidungen der EG-Kommission sowie der nationalen Wettbewerbsbehörden in den Mitgliedstaaten gebunden, soweit ein Kartellverstoß festgestellt wird. Diese Bindungswirkung greift jedoch einerseits zu kurz, da sie nur für Schadensersatzprozesse, nicht aber für die Geltendmachung von Unterlassungs- oder sonstigen Ansprüchen gilt. Andererseits geht sie mit der uneingeschränkten Pflicht zur Anerkennung von bestandskräftigen Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten zu weit, weil nicht gewährleistet ist, dass diese Entscheidungen in einem Verfahren ergangen sind, das den in Deutschland und auf europäischer Ebene geltenden rechtsstaatlichen Standards in vollem Umfang genügt.⁹²

Eine ausdrückliche Regelung zum Ausschluss der „passing on defense“, wie sie noch im RefE enthalten war, ist nach der Begründung des RegE angesichts der herrschenden Auffassung von der Unzulässigkeit einer Vorteilsausgleichung bei der Abwälzung überhöhter Preise auf die nächste Marktstufe nicht erforderlich. Doch hat ein jüngeres Urteil des OLG Karlsruhe einen ersatzfähigen Schaden des Abnehmers eines Lieferantkartells ausdrücklich verneint, wenn er die Preiserhöhungen an die Verbraucher weitergegeben hat, sofern er nicht bei niedrigeren Einkaufspreisen eine höhere Gewinnmarge hätte durchsetzen können.⁹³ Da letzteres wiederum mit Beweisschwierigkeiten verbunden sein dürfte, sprechen die besseren Argumente für eine explizite gesetzliche Regelung, die nicht nur die Rechtssicherheit stärken, sondern zugleich als zusätzliches Signal für die gesetzliche Tendenz zur Stärkung privater Klagerechte wirken würde.

3. Vorteilsabschöpfung und Bemessung der Geldbußen

Richtig ist die Erweiterung der bisherigen Mehrerlösabschöpfung durch das BKartA in § 34 GWB-E auf die Abschöpfung sämtlicher Vorteile, die ab dem Kartellrechts-

⁸⁷ Betroffener sollte sein, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt war. Damit waren nach der Begründung jedenfalls Abnehmer oder Lieferanten anspruchsberechtigt, auch wenn sich die Kartellabrede nicht gezielt gegen sie gerichtet habe. Ob auch Endverbraucher zum Kreis der Betroffenen gehören, blieb allerdings unklar.

⁸⁸ Begr RegE, BT-Drucks. 15/3640, S. 54.

⁸⁹ So auch Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, BT-Drucks. 15/3610, S. 103 (Tz. 113).

⁹⁰ Nach Meessen, WuW 2004, 733, 738 f. bestehen gegen diese Regelung sogar verfassungsrechtliche Bedenken unter den Aspekten der Bestimmtheit und Systemgerechtigkeit.

⁹¹ So z.B. das Verständnis der Regelung bei Meessen, WuW 2004, 733, 737 ff.

⁹² Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, BT-Drucks. 15/3610, S. 103 (Tz. 114), die zur Entwicklung einer Anerkennungsregel und ihre Einfügung in das Gesetz auffordert.

⁹³ OLG Karlsruhe, Urteil v. 28.1.2004, WuW/E DE-R 1229.

verstoß (und nicht erst ab dem Verstoß gegen eine kartellbehördliche Verfügung) erlangt worden sind. Konsequenz wäre es jedoch, insoweit auf das Erfordernis eines Verschuldens zu verzichten. Denn der entscheidende Gesichtspunkt bei der Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB-E ist, wie auch die Gesetzesbegründung feststellt,⁹⁴ dass der Kartellverletzer aus seinem rechtswidrigen Verhalten keinen bleibenden Nutzen ziehen soll. Die Vorteilsabschöpfung stellt kein straf- oder bußgeldrechtliches, sondern ein verwaltungsrechtliches Instrument dar. Ob hinsichtlich des Kartellverstoßes ein Verschuldensvorwurf gemacht werden kann, was im Hinblick auf die Weite und Unbestimmtheit der neuen Legalausnahme nach § 2 Abs. 2 GWB-E vielfach zweifelhaft sein kann, sollte daher insoweit keine Rolle spielen, geht es doch hier um die Rückgängigmachung einer ungerechtfertigten Bereicherung durch ein kartellrechtswidriges Verhalten und nicht um die Sanktionierung oder präventive Abschreckung von schuldhaften Verstößen.

Für die in § 34 a GWB-E vorgesehene subsidiäre Vorteilsabschöpfung durch Verbände und qualifizierte Einrichtungen zugunsten des Bundeshaushalts, die sogar nur bei vorsätzlichen Kartellrechtsverletzungen eingreifen soll, besteht dagegen kein wirkliches Bedürfnis. Die Norm dürfte in ihrer gegenwärtigen Fassung mangels Klageanreizen und wegen Beweisschwierigkeiten in der Praxis ohnehin weitgehend wirkungslos bleiben. Auf die in der Stellungnahme des Bundesrates geäußerte ausführliche Kritik wird insoweit Bezug genommen.⁹⁵ Statt einer ersatzlosen Streichung des § 34 a GWB-E sollte aber an seine Stelle eine wirksame Verbandsklagemöglichkeit zur Geltendmachung von Streuschäden bei schuldhaften Kartellverletzungen treten.⁹⁶

Hinsichtlich der Höhe und Ermittlung der Geldbußen ist zu beachten, dass die Orientierung des Bußgeldrahmens am Mehrerlös bis zur dreifachen Höhe als Obergrenze verfassungsrechtliche Probleme hinsichtlich ihrer Bestimmtheit aufwirft. So hat das BVerfG im Jahre 2002 § 43a StGB, der eine am Vermögen des Täters orientierte Strafe eingeführt hatte, wegen Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG für nichtig erklärt.⁹⁷ Daraus werden in der Literatur Konsequenzen auch für die Zulässigkeit einer Orientierung des Bußgeldrahmens am Mehrerlös abgeleitet.⁹⁸ Zudem werden in der jüngeren zivilgerichtlichen Rechtsprechung sehr strenge Anforderungen an den Nachweis des durch den Verstoß erzielten Mehrerlöses gestellt. Vor diesem Hintergrund erscheint es empfehlenswert, den Bußgeldrahmen wie im europäischen Recht (vgl. Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003) durch einen einem bestimmten Prozentsatz des erzielten Jahresumsatzes als Obergrenze zu bestimmen.

V. Einschränkung der Beschwerdebefugnis Dritter beim vorläufigen Rechtsschutz gegen die Freigabe von Zusammenschlüssen

Wird ein Zusammenschluss durch eine förmliche Freigabeentscheidung der Kartellbehörde oder eine Ministererlaubnis zugelassen, können dritte Unternehmen gegen

diese Verfügung nach h.M. nur dann Beschwerde (§ 63 Abs. 2 GWB) erheben, wenn sie dadurch „formell und materiell“ betroffen sind.⁹⁹ Ersteres setzt voraus, dass sie zum Fusionskontrollverfahren als Beigeladene nach § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB förmlich zugelassen wurden. Eine „materielle Beschwerde“ liegt nach der Rechtsprechung des BGH vor, wenn der Beschwerdeführer „in seinen wirtschaftlichen Interessen nachteilig berührt ist“¹⁰⁰. Dagegen hat der BGH im Fall „HABET/ Lekkerland“ ausdrücklich entschieden, dass hier im Unterschied zum allgemeinen Verwaltungsprozess (vgl. § 42 Abs. 2 VwGO) eine (potentielle) Verletzung eigener subjektiver (öffentlicher) Rechte (und damit einer drittschützenden Norm) nicht erforderlich ist. Denn der Gesetzgeber habe mit der 6. GWB-Novelle den Wettbewerbern der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen die Möglichkeit geben wollen, wie im europäischen Recht nach Art. 230 Abs. 4 EG, bei individueller und unmittelbarer Betroffenheit eine Freigabeentscheidung anfechten zu können.

An dieser Rechtslage soll sich für das Hauptsacheverfahren auch nach Ansicht der Bundesregierung nichts ändern. Damit wird zu Recht anerkannt, dass Dritte als „Sachwalter des Wettbewerbsschutzes“¹⁰¹ eine bedeutende Rolle im Fusionskontrollverfahren spielen und zu einer wirksamen Kontrolle kartellbehördlicher Freigabeentscheidungen im Sinne der Sicherstellung effektiven Wettbewerbs beitragen. Hervorzuheben ist aber, dass es hierbei nicht um einen unmittelbaren Individualschutz der Wettbewerber oder sonstiger von der Fusion betroffener Dritter geht, sondern um die Bewahrung eines wirksamen Schutzes des Wettbewerbs als Institution. Dieeteiligungs- und Beschwerderechte Dritter sollen in Ergänzung des Amtsermittlungsgrundsatzes darauf hinwirken, dass möglichst alle negativen Aspekte und Auswirkungen des Zusammenschlusses aufgedeckt und im Verfahren gebührend berücksichtigt werden, und auf diese Weise die Effizienz der Zusammenschlusskontrolle stärken.¹⁰²

Der Regierungsentwurf will aber den vorläufigen Rechtsschutz Dritter dahingehend einschränken, dass im Eilverfahren eine Verletzung subjektiver Rechte geltend gemacht werden muss. Das damit verfolgte Ziel, missbräuchliche Anfechtungsbeschwerden zu verhindern, die Unternehmenszusammenschlüsse erheblich aufhalten oder gar zum Scheitern bringen können und sich damit als Investitionshindernis erweisen, ist zwar anerkanntswert. Der gewählte Regelungsansatz ist jedoch ungeeignet und aus mehreren Gründen abzulehnen. Zum einen führt das Kriterium der (möglichen) Verletzung eigener subjektiver Rechte nicht nur zu einer Einschränkung, sondern faktisch zur völligen Abschaffung des vorläufigen Rechtsschutzes dritter Unternehmen gegen förmliche Freigabeentscheidungen. Denn die Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle weisen keinen Drittschutzcharakter auf, sondern dienen lediglich dem Schutz des Wettbewerbs als Institution. Daher ist eine Verletzung individueller Rechte insoweit gar nicht möglich. Auch aus Art. 12 GG oder Art. 14 GG lassen sich keine subjektiven (öffentlichen) Rechte ableiten, die einen möglichen Anspruch auf ein behördliches Einschreiten

⁹⁴ BT-Drucks. 15/3640, S. 55.

⁹⁵ BT-Drucks. 15/3640, S. 78.

⁹⁶ Für eine Befugnis von Verbraucherverbänden zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen auch Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, BT-Drucks. 15/3610, S. 103 (Tz. 113 aE).

⁹⁷ BVerfGE 105, 135.

⁹⁸ Vgl. Achenbach, WuW 2002, 1154, 1160; Meessen, WuW 2004, 733, 740 ff.

⁹⁹ Überblick über den Meinungsstand zuletzt bei Steffens/Boos, ZWeR 2004, 431, 442 ff. m. weit. Nachw.

¹⁰⁰ BGH NJW 2003, 3776, 3777 – „HABET/Lekkerland“.

¹⁰¹ Monopolkommission, Sondergutachten „Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle“, 2004, S. 56.

¹⁰² Vgl. nur Steffens/Boos, ZWeR 2004, 431, 434.

gegen einen wettbewerbswidrigen Zusammenschluss enthalten könnten. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfGs besteht kein grundrechtlicher Schutz vor Wettbewerb, auch nicht vor dem eines (künftig) marktbeherrschenden Unternehmens. Zum anderen besteht gerade bei Unternehmenszusammenschlüssen die Gefahr, dass vollendete Tatsachen geschaffen werden, die nicht mehr ohne weiteres rückgängig gemacht werden können. Gerade wegen der überaus großen praktischen Schwierigkeiten einer Entflechtung nach vollzogenem Zusammenschluss hat sich der Gesetzgeber entschlossen, eine präventive Fusionskontrolle einzuführen. Daher muss ein wirksamer vorläufiger Rechtsschutz bestehen bleiben und darf nicht völlig entwertet werden.

Die erforderliche Abwägung und Balance zwischen dem Vollzugsinteresse der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen und der davon in ihren wirtschaftlichen Interessen negativ betroffenen Dritten wird im Gesetz dadurch ermöglicht, dass die Anfechtungsbeschwerde nicht automatisch aufschiebende Wirkung entfaltet. Dies muss vielmehr gesondert beantragt werden und setzt u.a. voraus, dass „ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung bestehen“ oder „die Vollziehung für den Betroffenen eine unbillige ... Härte“ zur Folge hätte (vgl. § 65 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und 3 GWB). Nach Auffassung der Monopolkommission besteht daher grundsätzlich keine ernsthafte Gefahr missbräuchlicher Klagen mit dem Ziel, sich später auskaufen zu lassen.¹⁰³ Dem ist zuzustimmen. Zur Verhinderung von Missbräuchen würde es jedenfalls genügen, die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einer Anfechtungsbeschwerde gegen eine Freigabeentscheidung im Eilverfahren von der Geltendmachung einer (möglichen) „schwerwiegenden Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen“ des Beschwerdeführers durch den Vollzug des Zusammenschlusses abhängig zu machen.

VI. Pressespezifische Sonderregeln in der 7. GWB-Novelle

Das „Drei-Säulen-Konzept“ des Regierungsentwurfs zur Bewältigung der wirtschaftlichen Schwierigkeiten von vielen Presseunternehmen durch Anhebung der Aufgreifschwelle sowie Erleichterung von Fusionen und Kooperationen bis über die Grenze der Marktbeherrschung hinaus überzeugt weder im wettbewerbspolitischen Ansatz noch in seiner Durchführung. In der bisherigen wissenschaftlichen Diskussion ist es zu Recht fast durchweg auf scharfe Ablehnung gestoßen.

Das Konzept, durch die Zulassung sogar marktbeherrschender Fusionen und Kooperationen im Pressebereich die „wirtschaftliche Basis“ für die von einer strukturellen und/oder konjunkturellen Krise betroffene Unternehmen dieser Branche zu verbreitern, bedeutet letztlich nichts anderes als eine indirekte staatliche Subventionierung insbesondere zu Lasten der Marktgegenseite, der die Zahlung nicht kompetitiver Preise in den vermachteten Märkten zugemutet wird. Aber auch etwaige verbliebene Wettbewerber sehen sich einer nicht hinreichend vom Wettbewerb kontrollierten Machtstellung ausgesetzt, die ihre Wettbewerbschancen zusätzlich verschlechtert. Das Konzept einer „Verbreiterung der wirtschaftlichen Basis durch Marktbeherrschung“ widerspricht diametral der Zielrichtung des GWB und ist wettbewerbspolitisch schon im Ansatz verfehlt. Das gilt unabhängig davon, ob

sich das Bestreben einer Erhaltung unabhängiger Redaktionen damit überhaupt erreichen ließe. Auch insoweit bestehen durchgreifende Zweifel, weil einerseits die fortlaufende Kontrolle der wirklichen Unabhängigkeit von Redaktionen durch Behörden aus verfassungsrechtlichen Gründen ausscheidet und andererseits alle „strukturellen Sicherungen“, die – wie der Gesetzentwurf der Bundesregierung – auf das Verbleiben des Altverlegers oder neu eintretende private Minderheitsgesellschafter setzen, ebenfalls ungeeignet sind. Denn sie öffnen Tür und Tor für Strohmannlösungen und können der realistischen Gefahr einer (freiwilligen oder durch wirtschaftlichen Druck ausgelöst) inneren Aushöhlung nicht wirksam begegnen. Auf eine Einzelkritik der insoweit im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgesehenen Regelungen wird hier daher verzichtet.¹⁰⁴ Das Grundprinzip, die publizistische Vielfalt im Pressebereich durch den wirtschaftlichen Wettbewerb selbständiger Unternehmen zu sichern, sollte auf keinen Fall aufgegeben werden.

Im Bereich einer großzügigeren Zulassung von Kooperationen zwischen Verlagsunternehmen bestehen im Grundsatz nicht die gleichen prinzipiellen wettbewerbspolitischen Bedenken. Die zwischenbetriebliche Zusammenarbeit auf bestimmten Gebieten ist gerade im mittelständischen Bereich ein geeignetes Instrument, Kosteneinsparungen durch Skaleneffekte (economies of scale) und Größenvorteile (economies of scope) sowie Synergieeffekte zu erzielen, die den einzelnen Unternehmen so nicht erreichbar wären. Auf diese Weise werden sie in die Lage versetzt, mit größeren Unternehmen effektiv konkurrieren zu können. Die Zulassung wettbewerbsbeschränkender Kooperationen auf begrenzten Gebieten stellt daher im Ansatz ein durchaus geeignetes Mittel dar, um die wirtschaftliche Unabhängigkeit und Lebensfähigkeit kleinerer und mittlerer Presseunternehmen angesichts konjunktureller Einbrüche und struktureller Verwerfungen abzusichern. Allerdings muss auch hier die Grenze der Marktbeherrschung beachtet werden, weil nur dann eine hinreichende Aussicht auf tatsächliche Kosteneinsparungen und ihre zumindest teilweise Weitergabe an die Kunden zur Kompensation der durch die Wettbewerbsbeschränkung verursachten Nachteile besteht. Die Zulassung marktbeherrschender Kooperationen birgt dagegen ebenso wie bei Zusammenschlüssen die Gefahr einer Abwälzung wirtschaftlicher Risiken auf die Marktgegenseite und einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten von außenstehenden Konkurrenten in sich, zumal die Übergänge („Teilfusionen“) fließend sind.

Die im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgesehene pauschale Freistellung der Kooperation (sowie Fusion) zwischen Presseunternehmen im Anzeigenbereich, der weder in ihrer Reichweite noch in ihren Auswirkungen Grenzen gesetzt oder bestimmten qualifizierenden Anforderungen (z.B. an die Erzielung wirtschaftlicher Vorteile durch Rationalisierung) unterworfen wird, ist abzulehnen. Das gilt umso mehr, als nicht dargelegt wird, warum die derzeit und künftig nach den allgemeinen Regeln (§§ 2-7 GWB bzw. § 2 Abs. 1 und Abs. 2 GWB-E i.V.m. europäischen GVO) bestehenden weitreichenden Kooperationsmöglichkeiten nicht ausreichen sollen. Ge-

¹⁰³ Hauptgutachten 2002/2003, BT-Drucks. 15/3610, S. 104 (Tz. 119).

¹⁰⁴ Vgl. dazu im einzelnen vor allem Immenga, ZWeR 2004, 329 ff.; Monopolkommission, Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle, Sondergutachten 42, 2004; dies., Hauptgutachten 2002/2003, BT-Drucks. 15/3610, S.

rade die gesetzliche Freistellung von Mittelstandskooperationen nach § 3 GWB-E dürfte hier schon hinreichende Möglichkeiten bieten. Darüber hinaus sind nach § 2 Abs. 1 GWB-E Kooperationen bis zur Grenze der Marktbeherrschung legalisiert, sofern sie wirtschaftliche Vorteile ermöglichen, die auch bei Abwägung mit den durch die Zusammenarbeit verursachten Wettbewerbsbeschränkungen Bestand haben. Das Urteil des BGH in Sachen „Stellenmarkt für Deutschland“¹⁰⁵ zeigt, dass die allgemeinen Regeln (hier: § 7 GWB, künftig § 2 Abs. 1 GWB-E) durchaus Raum lassen, die „strukturelle Besonderheit“ von Anzeigenmärkten zu berücksichtigen. Unter Hinweis darauf, dass sich hier die Nachfrage von selbst auf den stärksten Anbieter konzentriert, hat der BGH eine vom BKartA untersagte Anzeigenkooperation zugelassen, da sie geeignet sei, diesen strukturellen Nachteil für Wettbewerber auszugleichen und zu einer Belebung des Preiswettbewerbs beizutragen. Dieser wettbewerbspolitische Rechtfertigungsansatz dürfte sich auf Pressemärkte übertragen lassen.¹⁰⁶ Das gilt gerade auch im Hinblick auf Kooperationen, die auf eine Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit gegenüber elektronischen Medien abzielen, also insbesondere strukturelle Vorteile anderer Medien kompensieren sollen.

Da die bestehenden Regelungen für letztlich wettbewerbsfördernde Kooperationen hinreichend flexibel sind, erübrigen sich spezifische Vorschriften für Presseunternehmen. Die notwendige Berücksichtigung struktureller Besonderheiten im Pressebereich könnte in der Gesetzesbegründung dargelegt werden. Gleiches gilt für Modifikationen in der teilweise sehr engen Marktabgrenzung in der Anwendungspraxis. Sofern man auf eine spezielle gesetzliche Regelung – als „wettbewerbspolitisches Signal“ – für die Kooperation von Pressenunternehmen dennoch nicht verzichten will, müssten jedenfalls die zulässigen Formen der Zusammenarbeit tatbestandmäßig beschrieben und die Verhältnismäßigkeit gegenüber einer (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung konkretisiert werden.¹⁰⁷

VII. Anpassung des materiellen Eingreifkriteriums in der Fusionskontrolle an das europäische Recht (Einführung des „SIEC“-Tests)?

Eine Änderung des geltenden Marktbeherrschungstests in der deutschen Fusionskontrolle zugunsten eines an der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ („significant impediment to effective competition“, sog. „SIEC“-Test) orientierten Untersagungskriteriums, dem nunmehr Art. 2 Abs. 3 der europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO)¹⁰⁸ folgt, empfiehlt sich – zumindest zum gegenwärtigen Zeitpunkt – nicht. Dafür sind vor allem folgende Gründe maßgeblich:

Das in der praktischen Rechtsanwendung noch völlig unerprobte und in seinen tatbestandlichen Voraussetzungen weitgehend konturlose Untersagungskriterium der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ wird (jedenfalls in der Anfangsphase) zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen. Dies beeinträchtigt vor allem

aus Sicht der Unternehmen die Vorhersehbarkeit behördlicher Entscheidungen über Zusammenschlussvorhaben und verursacht in ökonomischer Hinsicht hohe Kosten.¹⁰⁹ Das gilt auch für die Behörden, da das Verfahren insgesamt ressourcenintensiver wird. Umstritten ist schon, ob der neue „SIEC“-Test sich zwingend oder wesentlich vom „SLC“-Test („substantial lessening of competition“) im US-amerikanischen und englischen Fusionskontrollrecht unterscheidet.¹¹⁰ Exemplarisch für die zu erwartenden Unsicherheiten und Auslegungsschwierigkeiten ist insbesondere die Diskussion, ob die in Art. 2 Abs. 3 FKVO n.F. nach wie vor enthaltene, nunmehr als Regelbeispiel („insbesondere“) genannte Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ein „zwingendes Beispiel“ für eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung ist¹¹¹ oder ob ein Zusammenschluss im Einzelfall dennoch freigegeben werden kann mit der Begründung, es fehle trotz Marktbeherrschung an einer *erheblichen* Behinderung wirksamen Wettbewerbs.¹¹² Nach dieser Interpretation steht der mit dem „SIEC“-Kriterium beabsichtigten Erweiterung der Fusionskontrolle zwecks Erfassung unilateraler Effekte im Oligopol eine gleichzeitige Beschränkung ihres Anwendungsbereichs im Sinne der Einführung einer Erheblichkeitsschwelle für die Verschlechterung der Marktstruktur durch den Zusammenschluss gegenüber. Danach hat die Marktbeherrschung nur noch indizielle Bedeutung, ist aber kein eigenständiger Untersagungsgrund mehr. Auch wenn die besseren Argumente gegen eine solche Interpretation sprechen, lässt sich derzeit nicht absehen, in welche Richtung sich die europäische Fusionskontrolle entwickeln wird.

Auch in der Sache sprechen keine überzeugenden Gründe für eine generelle Einschränkung der Fusionskontrolle durch eine derartige zusätzliche Signifikanzprüfung, auch wenn die Hoffnung darauf die Haltung manches Befürworters einer raschen Angleichung an das europäische Untersagungskriterium maßgeblich leiten mag. Doch ist nicht einzusehen, warum ein funktionierender Schutz des Restwettbewerbs in lokal oder regional bereits weitgehend vermachteten Märkten wie etwa im Bereich der Energieversorgung¹¹³ „auf dem europäischen Altar eines einheitlichen Untersagungskriteriums“ geopfert werden sollte. Vielmehr ist es mit der ganz überwiegenden Auffassung in der deutschen Fusionskontrolle vorzuzugewürdigt, die Anforderungen an eine Verstärkung der

¹⁰⁵ BGH, Beschluss vom 9.7.2002 – KVR 1/01, WuW/E DE-R 919; vgl. dazu auch die Rezension von Hartmann-Rüppel/Wagner, ZWeR 2004, 128 ff.

¹⁰⁶ So auch Immenga, ZWeR 2004, 329, 351 f.

¹⁰⁷ Vgl. Immenga, ZWeR 2004, 329, 352 f. mit einem rechtsvergleichen Hinweis auf den US-amerikanischen *Newspaper Preservation Act*.

¹⁰⁸ VO (EG) Nr. 139/2004 vom 20.1.2004, ABI Nr. L 24 vom 29.01.2004, S.1.

¹⁰⁹ Voigt/Schmidt, WuW 2003, 897, 898, 901, 906. Dabei ist nach verbreiteter Einschätzung nicht nur der Wechsel als solcher mit erheblichen Umstellungskosten verbunden, sondern auch damit zu rechnen, dass die Vorhersehbarkeit der Entscheidungen wegen der Unbestimmtheit des Kriteriums auf Dauer abnimmt, vgl. Voigt/Schmidt, ECLR 2004, 580, 582, 584.

¹¹⁰ So Böge, WuW 2004, 138, 144; wohl auch Bergmann/Burholt, EuZW 2004, 161 („Mischtest“); anders Zimmer, ZWeR 2004, 250, 252.

¹¹¹ So z.B. die Auslegung durch die Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, BT-Drucks. 15/3610, S. 127 f.; ebenso das BKartA in einer Stellungnahme zum Diskussionspapier des BMWA vom 21.6.2004.

¹¹² In diese Richtung Zimmer, ZWeR 2004, 250, 260 ff.; ausdrücklich BMWA, Diskussionspapier vom 21.6.2004, S.4 („Zugleich wird wie im europäischen Recht eine ausdrückliche Erheblichkeitsschwelle eingeführt. Das Bundeskartellamt darf einen Zusammenschluss nur bei einer erheblichen Veränderung der Wettbewerbsintensität verbieten. Erst wenn die Reduzierung der Wettbewerbsintensität einen spürbaren Nachteil für die Verbraucher erwarten lässt, ist eine Untersagung gerechtfertigt.“).

¹¹³ Vgl. zur Untersagung des Erwerb von Minderheitsbeteiligungen durch marktbeherrschende Stromversorger, die dadurch ihre Vorlieferantenstellung absichern, z.B. BKartA WuW/E DE-V 837, 843 – E.ON/Stadtwerke Lübeck; BGH WuW/E DE-R 24, 29 – Stromversorgung Aggertal.

Marktbeherrschung umso geringer anzusetzen, je stärker der betroffene Markt bereits vermachtet ist.¹¹⁴ Denn im Rahmen der struktur- und zukunftsbezogenen Fusionskontrolle kommt es nicht nur auf die (erhebliche) aktuelle Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen im Vergleich zum *status quo ante fusionem* an. Vielmehr sind auch die künftigen Chancen für ein Wiederaufleben des Wettbewerbs selbständig schützenswert, so dass auch deren Verschlechterung durch eine Verfestigung der Marktbeherrschung (ohne eine unmittelbare erhebliche Reduktion des aktuellen Wettbewerbsniveaus) einen Untersagungsgrund darstellt.

Die mit einem neuen materiellen Eingriffskriterium verbundenen Rechtsunsicherheiten werden auch nicht durch relevante Vorteile von einigem Gewicht kompensiert. Zunächst ist ungeklärt und eher zweifelhaft, ob (auch) im deutschen Recht überhaupt die Gefahr einer „Lücke“ im Sinne der mangelnden Erfassung unilateraler Effekte im Oligopol besteht.¹¹⁵ Zu Recht weist die Monopolkommission darauf hin, dass hier die überragende Marktstellung nach § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB u.a. mit dem Kriterium der Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite im Oligopol einen konzeptionellen Ansatzpunkt für die Erfassung derartiger Effekte im Rahmen der Einzelmarktbeherrschung liefern könnte.¹¹⁶ Auch, so ist zu ergänzen, erleichtern im deutschen anders als im europäischen Recht die Marktbeherrschungsvermutungen des § 19 Abs. 3 GWB die Anwendung der Zusammenschlusskontrolle auf Oligopolsachverhalte.

Sodann ist die Umstellung des Untersagungskriteriums keine Voraussetzung für die vielfach geforderte stärker ökonomische Orientierung der Fusionskontrolle. Das mit der Reform der europäischen Fusionskontrolle eng verbundene Vorhaben der Kommission, sich in ihrer Praxis stärker auf ökonomische und empirische Analysen zu stützen und insbesondere Effizienzvorteilen durch den Zusammenschluss größere Bedeutung bei der wettbewerblichen Würdigung einzuräumen, ist nicht an das „SIEC“-Kriterium gekoppelt. Vielmehr lässt sich ein „more economic approach“, dessen Reichweite freilich ebenfalls noch weiterer intensiver Diskussion bedarf,¹¹⁷ auch unter dem Marktbeherrschungstest durchführen.

Für die unverzügliche Angleichung des materiellen Eingriffskriteriums der deutschen Fusionskontrolle an Art. 2 Abs. 3 FKVO bestehen auch keine sonstigen überzeugenden Gründe. Die Rechtsharmonisierung ist kein Selbstzweck. Etwaige Hoffnungen, in diesem Fall die noch ungewisse Entwicklung der europäischen Anwendungspraxis – gewissermaßen „von innen“ - (eher) beeinflussen zu können, sind illusorisch. Vielmehr dürfte eher umgekehrt die vorhersehbare, rechtssichere, effiziente und überzeugende Anwendung des Marktbeherrschungskriteriums in der Fusionskontrollpraxis des Bundeskartellamts Einfluss und Ansehen des deutschen Kar-

tellrechts mehren. Es ist auch nicht zu erwarten, dass alle anderen Mitgliedstaaten sogleich auf den „SIEC“-Test umschwenken werden. Sehr unwahrscheinlich ist dies z.B. im Falle Großbritanniens, das gerade erst nach US-amerikanischem Vorbild den „SLC“-Test („substantial lessening of competition“) eingeführt hat. In welchem Ausmaß andere Mitgliedstaaten, die bislang mehrheitlich dem Marktbeherrschungstest gefolgt sind, auf das neue europäische Untersagungskriterium umschwenken werden, ist ebenso offen wie die Frage, ob die gegenwärtige europäische Regelung, die einen (politischen Formel-)Kompromiss zwischen SLC- und Marktbeherrschungstest darstellt, wirklich dauerhaft Bestand haben wird. Jedenfalls bleibt abzuwarten, ob es Kommission, Rechtsprechung und Wissenschaft gelingen wird, hieraus ein dogmatisch stimmiges und praktisch operationalisierbares Kriterium zu formen. Auch vor diesem Hintergrund ist das gegenwärtige Festhalten der deutschen Fusionskontrolle am Marktbeherrschungstest zu befürworten, zumal damit ein gewisser Systemwettbewerb um die Entdeckung des besten materiellen Eingriffskriteriums für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im Sinne eines „Vorrats an Lösungen“ erhalten bliebe.

Angesichts der im Prinzip klar geschiedenen Anwendungsbereiche von nationaler und europäischer Fusionskontrolle besteht hier – anders als im Bereich wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen – auch kein dringendes praktisches Bedürfnis für eine Harmonisierung. Ein übereinstimmendes materielles Eingriffskriterium mag zwar die Handhabung von Verweisungsfällen (durch die Kommission an einen Mitgliedstaat und umgekehrt) erleichtern, kann aber eine so grundlegende Änderung ohne eingehende Diskussion und umfassende Vorbereitung im Zuge der anstehenden 7. GWB-Novelle nicht rechtfertigen. Auch wenn die Zahl der Verweisungen in Zukunft ansteigen wird, stellt ein abweichendes Untersagungskriterium weder ein rechtliches Hindernis noch eine gravierende praktische Erschwernis dar, zumal sich die Anwendungsbereiche beider Tests weitgehend überschneiden.

Auf der anderen Seite sind die sich aus einer Übernahme des „SIEC“-Tests ergebenden Folgeprobleme bislang nicht einmal andiskutiert. Dazu gehören etwa die wohl unumgängliche Aufgabe des bislang strengen Verbots von Verhaltensauflagen in der deutschen Fusionskontrolle, der Wegfall der Abwägungsklausel und der Ministererlaubnis, die beide keine Entsprechung auf europäischer Ebene kennen. Im übrigen bliebe die Angleichung ohne eine gleichzeitige Reform auch des Zusammenschlusstatbestands immer nur eine partielle. Ob man aber z.B. den Erwerb von Minderheitsbeteiligungen unterhalb der Kontrollschwelle gänzlich von der Fusionskontrolle freistellen und damit die letzten Möglichkeiten für einen effektiven Wettbewerbsschutz auf bestimmten Märkten (etwa im Energiebereich) beseitigen sollte, erscheint äußerst fragwürdig. Die Fusionskontrollpraxis des BKartAs mag in Einzelfällen kritikwürdig sein; ein Anlaß zur generellen Einschränkung des Anwendungsbereichs der Zusammenschlusskontrolle besteht jedoch keineswegs. Schließlich ist zu beachten, dass selbst eine völlige Übereinstimmung des Wortlauts der Untersagungskriterien noch lange keine Identität der Ergebnisse garantieren würde. Das gilt umso mehr angesichts der Konturenlosigkeit des „SIEC“-Tests und der zusätzlichen Unwägbarkeiten durch einen „more economic approach“. Als Beispiel mag hier der Hinweis auf die – bei unveränder-

¹¹⁴ Vgl. nur BGH WuW/E BGH 1854, 1858 f. – Zeitungsmarkt München; WuW/E DE-R 24, 29 – Stromversorgung Aggertal; Richter in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 20 Rn 116 ff.; Mestmäcker/Veelen in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 36 Rn 184 ff. m. weit. Nachw.;

¹¹⁵ Gegen Vorliegen einer „Lücke“ im Marktbeherrschungstest z.B. auch Böge/Müller, ECLR 2002, 495, 496; unentschieden BMWa, Diskussionspapier vom 21.6.2004, S. 5 (derartige nicht koordinierte Effekte „zumindest teilweise bereits bisher“ erfasst; „gesetzliche Lücke im deutschen Recht jedenfalls kleiner als im europäischen Recht“).

¹¹⁶ Hauptgutachten 2002/2003, S. 128 (Tz. 229).

¹¹⁷ Vgl. zu einigen dadurch aufgeworfenen Fragen Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, S. 128 f. (Tz. 230 ff.).

tem Wortlaut des Gesetzes - völlig unterschiedliche Fusionskontrollpraxis in den USA in den vergangenen Jahrzehnten dienen. Dabei hat sich das „SLC“-Konzept aufgrund seiner Flexibilität als eine Einbruchsstelle für jeweils aktuelle oder zeitweilig vorherrschende ökonomische Theorien und politische Ideologien erwiesen.¹¹⁸ Wurden in den 1960er Jahren teilweise Zusammenschlüsse mit einem Marktanteil von unter 10% untersagt,¹¹⁹ fand in den 1980er Jahren im Zeichen der Reagonomics zeitweise kaum noch eine nennenswerte Fusionskontrollpraxis statt. Ob das „SIEC“-Kriterium einer ebenso weitgehenden wettbewerbspolitischen Instrumentalisierung in der einen oder anderen Richtung zugänglich ist, lässt sich derzeit nicht mit hinreichender Sicherheit beurteilen.

Zusammenfassend bleibt festzustellen, dass von einer Einführung des materiellen Eingriffskriteriums der europäischen Fusionskontrolle („SIEC“-Test) jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt, also im Zusammenhang mit der 7.GWB-Novelle, dringend abzuraten ist. Über eine mögliche Reform (des Untersagungskriteriums in) der deutschen Fusionskontrolle zu einem späteren Zeitpunkt ist damit noch keine Vorentscheidung getroffen.¹²⁰

VIII. Zusammenfassung der Änderungsvorschläge zum RegE

Aus der vorstehenden Analyse ergeben sich zusammenfassend folgende Vorschläge zu einer Änderung des vorliegenden RegE:

1. In § 3 GWB-E sollte entsprechend dem Vorschlag des Bundesrates ein zweiter Absatz in Anlehnung an § 5 Abs.2 GWB eingefügt werden (vgl. oben S. 5 f.).
2. Sofern am Konzept der dynamischen Verweisung auf EG-GVO in § 2 Abs. 2 GWB-E festgehalten wird, sollte § 4 GWB-E gestrichen und die Fortgeltung des per se-Verbots für vertikale Preisbindungen in der Gesetzesbegründung erwähnt werden (S. 6).
3. § 23 GWB-E sollte gestrichen werden, da die gesetzliche Fixierung des Grundsatzes der europafreundlichen Auslegung überflüssig ist und mehr Fragen aufwirft als löst (S. 7 ff.).
4. In § 20 Abs. 3 GWB sollte entsprechend dem Bundesratsvorschlag auch die Aufforderung zur Gewährung ungerechtfertigter Vorzugsbedingungen erfasst werden (S. 9 f.).
5. In § 33 Abs. 1 GWB-E sollte klargestellt werden, dass bei Kartellverstößen auch Betroffene auf vor- oder nachgelagerten Marktstufen einschließlich der Endverbraucher zum Kreis der potentiell Anspruchsberechtigten gehören (S. 13).
6. § 33 Abs. 3 Satz 2 GWB-E sollte gestrichen oder klarer im Sinne einer alternativen Schadensberechnung nach dem Verletzergewinn formuliert werden (S. 13 f.).
7. Die Bindungswirkung an bestandskräftige Entscheidungen nach § 33 Abs. 4 GWB-E bei privaten follow on - Klagen sollte nicht auf Schadensersatzansprüche beschränkt bleiben, sondern für alle privatrechtlichen Ansprüche aus der Verletzung von Wettbewerbsvorschriften gelten. Zugleich ist der Anwendungsbereich der Vorschrift aber auf Entscheidungen der Kommission und deutscher Wettbewerbsbehörden zu begrenzen. Für Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten ist ggf. eine Anerkennungsregel zu entwickeln (S. 14).
8. Wie im RefE vorgesehen, sollte eine „passing on defense“ bei Abwälzung überhöhter Preise auf nachfolgende Abnehmer explizit ausgeschlossen werden (S. 14 f.).
9. Die Vorteilsabschöpfung durch das Kartellamt nach § 34 GWB-E sollte verschuldensunabhängig ausgestaltet sein, während auf § 34 a GWB-E in seiner derzeitigen Ausgestaltung verzichtet werden kann. Statt dessen sollte Verbraucherverbänden eine Klagebefugnis zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen bei schuldhaften Kartellverstößen mit Streuschäden eingeräumt werden (S. 15).
10. Als Obergrenze für die Bemessung von Bußgeldern sollte wie im europäischen Recht ein bestimmter Prozentsatz des Jahresumsatzes des Kartellverletzers festgelegt werden (S. 16).
11. Die Beantragung vorläufigen Rechtsschutzes Dritter gegen die Freigabe von Zusammenschlüssen sollte nicht davon abhängig gemacht werden, dass eine Verletzung eigener Rechte gerügt wird. Allenfalls sollte verlangt werden, dass der Dritte geltend macht, durch die Freigabe oder Erlaubnis „in seinen wirtschaftlichen Interessen schwerwiegend beeinträchtigt zu sein“ (S. 16 ff.).
12. Gegen die vorgesehenen pressenspezifischen Sonderregeln im Gesetzentwurf der Bundesregierung bestehen durchgreifende Bedenken (S. 18 ff.). Wettbewerbspolitisch noch akzeptabel erscheint allenfalls eine besondere, tatbestandsmäßig begrenzte Erleichterung der Kooperation von Presseunternehmen bis zur Grenze der Marktbeherrschung (S. 20).
13. Von einer Anpassung des materiellen Eingriffskriteriums in der deutschen Fusionskontrolle an den „SIEC“-Test der europäischen FKVO ist jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt dringend abzuraten (S. 21 ff.).

Osnabrück, den 16. September 2004

Prof. Dr. Andreas Fuchs

¹¹⁸ Vgl. Selvam, ECLR 2004, 61.

¹¹⁹ Vgl. etwa *Von's Grocery Co. v. United States*, 384 U.S. 270 (1966).

¹²⁰ Zutreffend weist die Monopolkommission darauf hin, dass in diesem Fall grundlegende Fragen zu Zielen und Methoden der Fusionskontrolle neu zu diskutieren und zu klären sind, vgl. Hauptgutachten 2002/2003, BT-Drucks. 15/3610, S. 129 f.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1338

15. September 2004

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung in Berlin am 20. September 2004 zum

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

Dr. Ulf Böge, Bundeskartellamt

Das Bundeskartellamt stimmt den im Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle (BT-Drs. 15/3640; im Folgenden: Regierungsentwurf) vorgeschlagenen Änderungen im Wesentlichen zu. Sowohl die angestrebten Anpassungen an die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 16. Dezember 2002 als auch die im Zuge dieser Novelle geplanten weiteren Änderungen des GWB sind überwiegend zu begrüßen. Gegen einige der geplanten Regelungen gibt es aus Sicht des Bundeskartellamtes erhebliche Bedenken. Insbesondere die Änderungen bezüglich der Pressefusionskontrolle („Altverlegermodell“) und die sonstigen Sonderregelungen für die Presse hätten nach Einschätzung des Bundeskartellamtes zur Folge, dass der Bereich in weitem Maße der kartellbehördlichen Aufsicht entzogen wäre. Auch die Regelung des § 23 GWB-E ist wegen ihrer Unklarheit über die rechtlichen Folgen der europafreundlichen Auslegung zu beanstanden. Außerdem sind eine Reihe von gebotenen Änderungen und Ergänzungen, insbesondere die Rechtsbeschwerdemöglichkeit bei Eilentscheidungen der Oberlandesgerichte, unterblieben.

A. Anpassungen an die Verordnung (EG) Nr. 1/2003***I. Zeitnahe Anpassungen beim Kartellverbot (Legal-
ausnahme und Erfassung vertikaler Vereinbarun-
gen)***

Die Änderungen im Bereich des Kartellverbots (§§ 1, 2 GWB-E) werden vom Bundeskartellamt befürwortet. Damit wird die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 16. Dezember 2002 zeitnah umgesetzt. Zum einen wird die im deutschen Recht bislang bestehende grundsätzliche Anmelde- und Genehmigungspflicht für die Freistellung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen durch das Prinzip der Legalausnahme ersetzt. Demnach gelten wie im europäischen Recht wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen grundsätzlich als freigestellt, wenn sie die gesetzlich festgelegten Freistellungsvoraussetzungen erfüllen. Zum anderen wird das Kartellverbot insoweit an das europäische Recht angeglichen, als nunmehr das Kartellverbot auch die vertikalen Wettbewerbsbeschränkun-

gen erfasst und die getrennte Regelung von horizontalen und vertikalen Vereinbarungen aufgegeben wird.

Diese Anpassungen sind insbesondere vor dem Hintergrund der ab dem 1. Mai 2004 geltenden Pflicht zur Anwendung der Art. 81, 82 EG für die nationalen Kartellbehörden von Bedeutung. Die weitgehende Harmonisierung des GWB mit dem europäischen materiellen Recht vermeidet in der Anwendungspraxis der deutschen Kartellbehörden und Gerichte Abgrenzungsprobleme und Wertungswidersprüche. Abgrenzungsprobleme würden insbesondere aufgrund des nicht klar konturierten Kriteriums der „Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten“ entstehen, das den Anwendungsbereich der Art. 81, 82 EG begrenzt. Wertungswidersprüche wären unvermeidlich, wenn ein und derselbe Rechtsanwender bei ausschließlicher Anwendung des GWB einerseits bzw. des europäischen Rechts andererseits zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen würde.

Vor diesem Hintergrund sieht das Bundeskartellamt die Regelungen zur Beibehaltung der Freistellung von Mittelstandskartellen (§ 3 GWB-E) und zur Aufrechterhaltung einer eigenständigen Verbotsnorm für Preisbindungen (§ 4 GWB-E) kritisch. Für Mittelstandskartelle gilt die weitreichende Freistellung des GWB nur in den Fällen, in denen der zwischenstaatliche Handel nicht berührt ist. Die angestrebte Rechtssicherheit für mittelständische Unternehmen wird damit ohnehin nur teilweise erreicht. Dahingegen ist § 4 GWB-E als eigenständige Verbotsnorm überflüssig. Der angestrebte Regelungsbereich wird vollständig durch die Ausdehnung des § 1 GWB-E auf das Verbot vertikaler Bindungen (darunter insbesondere Preisbindungen der zweiten Hand) abgedeckt. Die mit § 2 GWB-E im Prinzip vorhandene Freistellbarkeit solcher Wettbewerbsbeschränkungen ist angesichts der eindeutigen Rechtsprechung der europäischen Gerichte zur Schädlichkeit der Preisbindung eher theoretischer Natur. Die durch § 4 GWB-E entstehenden Abgrenzungsprobleme werden deutlich an der Aufrechterhaltung des Ausnahmebereichs für die Kredit- und Versicherungs-

wirtschaft in § 29 GWB-E, der sich nur auf die überschießende Wirkung des § 4 GWB-E bezieht.

II. Anwendung des europäischen Rechts

1. Berücksichtigung der Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts

§ 23 GWB-E regelt, dass bei der Auslegung des §§ 1 bis 4 und 19 GWB-E die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts „maßgeblich zugrunde“ zu legen sind. Das Bundeskartellamt lehnt § 23 GWB-E ab, denn er ist in seiner Reichweite und seinen rechtlichen Konsequenzen nicht scharf umgrenzt und birgt damit erhebliche Unsicherheiten für die Rechtsanwendung in sich.

So stellt sich die Frage, was der Begriff der „Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts“ bedeutet. Es bleibt unklar, ob hierunter auch die viele hundert Seiten fassenden Leitlinien und Bekanntmachungen der Kommission zu fassen sind. Da diese nur zum Teil auf eigener Verwaltungspraxis oder gerichtlichen Entscheidungen beruhen, häufig aber eine - nicht immer widerspruchsfreie - Wertung oder Rechtsauffassung der europäischen Kommission widerspiegeln, würde eine förmliche Verpflichtung zur Berücksichtigung sämtlicher dieser Vorgaben bei der Anwendung des nationalen Rechts weit über das hinausgehen, wozu das Bundeskartellamt und andere Rechtsanwender (insbesondere auch nationale Gerichte) bei der Anwendung des europäischen Rechts verpflichtet sind.

Ferner wird nicht deutlich, was unter der Formulierung „maßgeblich zugrunde zu legen“ zu verstehen ist, wobei ebenfalls unklar bleibt, inwieweit sich diese Formulierung in ihrer Reichweite von der ursprünglich gewählten Formulierung „zu berücksichtigen“ abgrenzt. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll hierunter keine „normative“ Bindung zu verstehen sein. Dies wäre unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten auch nicht vertretbar, da weder die Kommission noch die europäischen Gerichte Rechtsetzungskompetenz besitzen. Eine solche Sichtweise wäre auch nicht mit dem Harmonisierungsgedanken vereinbar, da die nationalen Kartellbehörden selbständig das europäische und nationale Recht – ggf. auch rechtsfortbildend – anwenden und nicht nur passiv die Wertungen der Kommission und der europäischen Gerichte reproduzieren sollen. Würde man dem Begriff des „maßgeblich zugrunde zu legen“ die Bedeutung zuerkennen, dass sich die Kartellbehörden mit sämtlichen die Rechtsangelegenheit betreffenden „Grundsätzen“, d.h. Leitlinien, Kommissionspraxis, Rechtsprechung etc. zwangsweise auseinandersetzen müssen und jede einzelne Rechtsauffassung oder Wertung zumindest begründet abzulehnen haben, so würde dies angesichts der Fülle der möglichen Berührungspunkte nicht nur eine gravierende Beschränkung der Arbeitseffektivität der kartellbehördlichen Tätigkeit bedeuten, sondern ohne sachliche Rechtfertigung vermutlich auch die Zahl der gerichtlichen Verfahren deutlich erhöhen. Würde man hingegen unter der Formulierung des „maßgeblich zugrunde zu legen“ nur eine europarechtskonforme Auslegung verstehen wollen, dann wäre der § 23 GWB-E inhaltsleer. Da die §§ 1, 2 GWB-E an Art. 81 Abs. 1 und 3 EG angepasst werden, fließt die Praxis der Kommission und Rechtsprechung ohnehin in die Auslegung von §§ 1, 2 GWB-E ein. Dann besteht für den § 23 GWB-E kein Regelungsbedürfnis.

Schließlich besteht die Gefahr, dass die Regelung des § 23 GWB-E dahingehend missverstanden wird, dass

hiermit die Verwendung der bisherigen deutschen Rechtsprechungs- und Verwaltungspraxis bei der Auslegung des §§ 1 ff. GWB-E ausgeschlossen werden solle. Einem solchen Ausschluss steht jedoch nicht entgegen, dass der Berücksichtigung der bestehenden Rechtsanwendungspraxis zum nationalen Recht für die Auslegung der §§ 1 ff. GWB-E insbesondere in den Bereichen eine große Bedeutung zukommt, in denen es auf europäischer Ebene keine oder nur wenige Entscheidungen gibt.

Im Übrigen hat eine Befragung der derzeitigen und auch zukünftigen Mitgliedstaaten ergeben, dass diese eine solche Regelung zur Umsetzung der Erfordernisse der VO 1/2003 nicht für erforderlich halten.

2. Verhältnis des GWB zu den Art. 81, 82 EG

Die Regelung des Verhältnisses zwischen nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht in § 22 GWB-E ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes überflüssig, soweit es sich hierbei lediglich um eine Wiederholung der in Art. 3 VO 1/2003 genannten Pflichten handelt, die auch ohne ausdrückliche Nennung im GWB-E einzuhalten sind.

Das Bundeskartellamt begrüßt, dass auf die Verpflichtung zur parallelen Anwendung von deutschem und europäischem Recht verzichtet worden ist, mit der Folge, dass für Fälle mit „Berührung des zwischenstaatlichen Handels“ es in das Ermessen der Kartellbehörden gestellt ist, inwieweit sie neben dem europäischen Recht auch noch das deutsche Recht anwenden. Eine Verpflichtung zur parallelen Anwendung hätte eine – in der Sache unnötige – Mehrbelastung der Kartellbehörden bedeutet, indem diese auch bei eindeutiger Rechtslage in Bezug auf das anwendbare Recht immer europäisches und deutsches Recht hätten prüfen müssen.

III. Abschaffung der Ausnahmebereiche

Die Abschaffung der Ausnahmebereiche unterstützt das Bundeskartellamt. Für eine gesonderte Behandlung der Kredit- und Versicherungswirtschaft, der Urheberrechtsverwertungsgesellschaften und des Sports besteht kein Raum mehr, da diese Bereiche auch nicht von Art. 81, 82 EG ausgenommen sind. Im Hinblick auf den Vorrang des europäischen Rechts wären derartige Ausnahmetatbestände nach dem Inkrafttreten der VO 1/2003 nur dann von Bedeutung, wenn die Art. 81, 82 EG wegen des Fehlens zwischenstaatlicher Auswirkungen nicht anwendbar wären. In solchen Fällen käme es jedoch bei Fortgeltung der Ausnahmetatbestände insoweit zu Wertungswidersprüchen, als die Kartellbehörden bei ausschließlicher Geltung des nationalen Kartellrechts nicht einschreiten könnten, während ähnliche Sachverhalte mit zwischenstaatlichen Auswirkungen als schwere Verstöße gemäß Art. 81, 82 EG anzusehen wären.

Es sollte deshalb auch keine neuen Sonderregelungen für das Pressewesen geben. Ferner steht nicht fest, inwieweit für die Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften, die in dem neuen § 30 GWB-E aufrecht erhalten bleiben soll, überhaupt noch ein Bedarf besteht.

IV. Zuständigkeitsverteilung zwischen Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden auch bei der Anwendung des EG-Rechts

Das Bundeskartellamt begrüßt die nach § 50 Abs. 1 GWB-E vorgesehene Ermächtigung der Landeskartellbehörden zur Anwendung der Art. 81, 82 EG, soweit die

zugrundeliegenden Verstöße nach der beizubehaltenden Zuständigkeitsregel gemäß § 48 GWB in die Zuständigkeit der Landeskartellbehörden fallen. Ohne diese Regelung wäre in Zukunft die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bundes- und Landesbehörden in hohem Maße davon abhängig, ob der zugrunde liegende Verstoß geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu berühren, denn sobald dies zu bejahen ist, muss zukünftig EG-Recht angewendet werden. Die neuen Befugnisse der Landeskartellbehörden entsprechen damit dem Konzept der Novelle, dass das Kriterium der Eignung zur Berührung des zwischenstaatlichen Handels weitgehend nicht geprüft zu werden braucht.

Die Regelungen des **§ 50 Abs. 2 GWB-E** hält das Bundeskartellamt für sinnvoll, wonach die bei der Anwendung des EG-Rechts erforderlichen Kontakte zur Europäischen Kommission und zu den Kartellbehörden der anderen Mitgliedstaaten im Rahmen des Netzwerks der Kartellbehörden über das Bundeskartellamt erfolgen sollen. In der Tat zeigt sich gerade in der Anfangsphase des European Competition Networks (ECN), das am 1. Mai 2004 seine Arbeit aufgenommen hat, die Notwendigkeit verschiedenster Absprachen und Verständigungen über die Art der Zusammenarbeit, insbesondere über den Umgang mit ausgetauschten (vertraulichen) Informationen, die sinnvollerweise von einer zentralen Stelle pro Mitgliedstaat festgelegt und sichergestellt werden müssen.

Eine Verbesserung stellt auch die Möglichkeit dar, nach **§ 49 Abs. 3 und 4 GWB-E** im Bereich der Kartellverfolgung und der Missbrauchsaufsicht einvernehmlich zu einer von der generellen Zuständigkeitsverteilung zwischen den Bundes- und Landesbehörden abweichenden Zuständigkeit in Einzelfällen zu kommen, soweit dies aufgrund der Umstände der Sache angezeigt ist. Dies kann insbesondere dann sachgerecht sein, wenn zum Beispiel mehrere gleichartige Einzelverstöße in verschiedenen Bundesländern durch ein und dasselbe Unternehmen begangen werden oder wenn eine Kartellbehörde einen Verstoß aufgreifen will, den die eigentlich zuständige Behörde aus Kapazitäts- oder Ermessensgründen nicht bearbeitet.

V. Regelungen zur Zusammenarbeit

Der Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle sieht verschiedene Rechtsgrundlagen vor, die die Möglichkeiten der Zusammenarbeit mit den Kartellbehörden in Europa, mit anderen ausländischen Kartellbehörden und innerhalb Deutschlands verbessern.

1. Zusammenarbeit im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden und mit ausländischen Wettbewerbsbehörden

Die in **§§ 50a, 50b GWB-E** vorgesehenen Regelungen zur Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden ermöglichen eine effektive Zusammenarbeit im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden und ergänzen bereits bestehende vergleichbare Regelungen anderer Mitgliedstaaten (insbesondere Niederlande, Dänemark, Frankreich, Norwegen, das Vereinigte Königreich und Irland). Angesichts der zunehmenden grenzüberschreitenden Tätigkeit von Unternehmen müssen die Kooperationsmöglichkeiten zwischen dem Bundeskartellamt und anderen Behörden innerhalb und außerhalb der EU verbessert werden. Es bedarf einer ausdrücklichen Regelung des Informationsaustausches, um die Straffreiheit für den Informationsaustausch mit anderen

Behörden innerhalb und außerhalb der EU sicherzustellen.

§ 50a GWB-E ist die Übernahme der Regelung des Art. 12 VO 1/2003. So enthält **§ 50a Abs. 3 GWB-E** entsprechend den europarechtlichen Vorgaben eine Begrenzung der Beweisverwertungsmöglichkeiten für solche Informationen, die das Bundeskartellamt von einer anderen Wettbewerbsbehörde erlangt hat und als Beweismittel für Ordnungswidrigkeitsverfahren gegen natürliche Personen einsetzen will. Im Interesse der Rechtssicherheit ist die Klarstellung in § 50a Abs. 3 GWB-E sinnvoll, wonach dieses Beweisverwertungsverbot sich nicht auf Verfahren gegen juristische Personen bzw. gegen Personenvereinigungen erstreckt. Dies ermöglicht eigenständige Bußgeldverfahren gegen juristische Personen, die für eine effektive Mitarbeit des Bundeskartellamtes im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden erforderlich sind. Ohne eine solche Vorschrift müsste eine eigenständige Regelung für selbständige Bußgeldverfahren gegen juristische Personen – so wie sie im Referentenentwurf in § 81 Abs. 1 GWB-E zunächst vorgesehen war – geschaffen werden.

Zu begrüßen ist, dass § 50b GWB-E keine Verpflichtung des Bundeskartellamtes zur Informationsübermittlung normiert, sondern als Ermessensvorschrift die Möglichkeit zur Ablehnung des Informationsersuchens einräumt. Damit kann das Bundeskartellamt eine Weitergabe von Informationen insbesondere dann verweigern, wenn die ersuchende Wettbewerbsbehörde selbst nicht zu einer Übermittlung von Informationen bereit ist oder die Verpflichtung zur vertraulichen Behandlung übermittelter Informationen in der Vergangenheit nicht eingehalten hat.

Die Regelung des **§ 50b Abs. 3 GWB-E** ist insoweit unklar, als – anders als im Referentenentwurf zunächst vorgesehen – nicht nur die Rechtshilfeabkommen, sondern auch die Regelungen über die Rechtshilfe in Strafsachen von den in § 50b Abs. 1 und 2 GWB-E getroffenen Regelungen unberührt bleiben sollen. Gleichgültig, wie man die Formulierung „bleiben unberührt“ verstehen will, kann diese Regelung im Interesse einer effektiven Zusammenarbeit mit sonstigen ausländischen Wettbewerbsbehörden nur dahingehend verstanden werden, dass bei dieser Zusammenarbeit verfahrens- und zeitaufwändige Rechtshilfeverfahren nicht erforderlich sind. Nur dann kann die mit § 50 b GWB-E verfolgte Zielsetzung der Erleichterung der Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden erreicht werden.

2. Informationsaustausch zwischen dem Bundeskartellamt und den Landeskartellbehörden

Die Regelungen in **§ 50c GWB-E** sind geboten, damit das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden untereinander Informationen einschließlich personenbezogener Daten und Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse austauschen und diese für ihre Verfahren verwerten können.

Zur Zeit sind die Rechtsgrundlagen für den Informationsaustausch zwischen den nationalen Kartellbehörden stark zersplittert, da auf eine Vielzahl verschiedener Vorschriften zurückzugreifen ist, die danach unterscheiden, ob ein Bußgeld- oder Verwaltungsverfahren betroffen ist und welche Behörden beteiligt sind (z.B.: §§ 161, 474 Abs. 2 StPO, § 46 OWiG). Diese Regelungen sind insoweit unzureichend, als sie für bestimmte Konstellationen nur begrenzte Auskunftsmöglichkeiten zulassen.

3. Benachrichtigung und Beteiligung der Kartellbehörden über gerichtliche Verfahren

Durch die Änderungen in §§ 90 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 87 Abs. 1 GWB-E bestehen Benachrichtigungs- und Beteiligungsmöglichkeiten zu Gunsten des Bundeskartellamtes nicht nur bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten mit Anwendung des GWB, sondern auch für solche bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, bei denen Art. 81, 82 EG maßgeblich sind. Die durch diese Vorschrift erweiterte Unterstützung der Gerichte durch das Bundeskartellamt und die Informationsmöglichkeiten der Behörde auch für Verfahren mit dezentraler Anwendung des Europarechts sind sinnvoll.

Konsequent ist auch die Einfügung des § 90 Abs. 1 Satz 3 GWB-E, wonach eine Benachrichtigungsverpflichtung und Beteiligungsmöglichkeit des Bundeskartellamtes auf sonstige Rechtsstreitigkeiten (z.B. verwaltungsgerichtliche Streitigkeiten) mit Anwendung der Art. 81, 82 EG erstreckt wird. Es ist jedoch zu beanstanden, dass die Unterrichtung und Beteiligungsmöglichkeiten des Bundeskartellamtes in sonstigen Verfahren nur für Art. 81, 82 EG und nicht für das nationale Kartellrecht geschaffen werden sollen. Für eine solche Unterscheidung besteht keine Rechtfertigung. Auch wird gerade in der Anfangsphase der dezentralen Anwendung von Art. 81, 82 EG eine eindeutige Abgrenzung zwischen Prozessen mit Anwendung des europäischen Kartellrechts und Verfahren mit lediglich nationalem Bezug für die Gerichte schwierig sein.

4. Zusammenarbeit der Gerichte mit der Kommission und den Kartellbehörden

Durch die Regelungen in § 90a GWB-E wird Art. 15 der VO 1/2003 umgesetzt. Diese Vorschrift regelt die Zusammenarbeit zwischen den Kartellbehörden – Kommission und nationalen Kartellbehörden – einerseits und den Gerichten der Mitgliedsstaaten andererseits bei der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts. § 90a Abs. 1 Satz 3 GWB-E bildet die erforderliche Rechtsgrundlage für den Informationsaustausch zwischen dem Bundeskartellamt und der Kommission, wodurch ein effektiver Erfahrungsaustausch zwischen diesen Behörden ermöglicht wird.

VI. Ausdehnung der Behördenbefugnisse

Der Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle sieht in mehreren Regelungen eine Ausdehnung der Behördenbefugnisse vor. Dies erleichtert dem Bundeskartellamt die effektive Verfolgung von Kartellrechtsverstößen im neuen System der Legalausnahme sowie im europäischen Behördennetzwerk.

1. Neue Entscheidungsbefugnisse der Kartellbehörden

Die Anpassung der Entscheidungsbefugnisse der Kartellbehörden an die Befugnisse, die die Verordnung 1/2003 für nationale Behörden vorsieht, ist eine notwendige Voraussetzung für ein effizientes Handeln. Dies gilt insbesondere für die Erweiterung der bisherigen Untersagungsbefugnis um die Möglichkeit der positiven Tenorierung und der nachträglichen Feststellung eines Verstoßes nach § 32 GWB-E sowie die Einführung des in der VO 1/2003 vorgesehenen neuen Instruments der Verpflichtungszusagen nach § 32b GWB-E. Im europäischen Netzwerk der Kartellbehörden wird die Vergleichbarkeit der Befugnisse – es ist davon auszugehen, dass auch an-

dere nationale Behörden die genannten Befugnisse in ihr nationales Recht übernehmen – die Zusammenarbeit und die mögliche Abstimmung in Einzelfällen erleichtern.

Das Bundeskartellamt hat die Ergänzung des § 32c GWB-E unterstützt. Danach kann die Kartellbehörde in einem Einzelfall feststellen, dass für sie kein Anlass zum Tätigwerden besteht. Dieses Instrument kann jedoch keine Kompensation der durch die Abschaffung des Anmelde- und Genehmigungssystems entfallenen Freistellungsentscheidungen darstellen. Eine solche Entscheidung bindet nur die handelnde Behörde. Der wesentliche Unterschied zwischen einer Entscheidung nach § 32c GWB-E und einem formlosen Schreiben ist, dass die Kartellbehörde die Entscheidung veröffentlichen kann (siehe § 62 Satz 2 GWB-E). Solche veröffentlichten Entscheidungen für Fälle von genereller Bedeutung sollen auch Entscheidungshilfen für Unternehmen in einem Legalausnahmesystem liefern. Das Bundeskartellamt betont im Übrigen, dass die Einführung des Systems der Legalausnahme für die Ausnahmeregelungen vom Kartellverbot nichts an der Bereitschaft des Amtes ändern wird, mit den Unternehmen und ihren Anwälten im Vorfeld über Einzelfälle zu sprechen.

Die Einführung der Befugnis des Bundeskartellamtes nach § 32e GWB-E zur Durchführung von Untersuchungen einzelner Wirtschaftszweige und einzelner Arten von Vereinbarungen ist sinnvoll. Diese bereits in der VO 1/762 verankerten und mit der neuen VO 1/2003 erweiterten Befugnisse der Europäischen Kommission können auf nationaler Ebene dazu beitragen, die Informationsdefizite zu verringern, die durch die Abschaffung des Anmelde- und Genehmigungssystems im Bereich wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen entstehen. Auch die Monopolkommission befürwortet in ihrem Sondergutachten zur 7. GWB-Novelle diese Rechte für das Bundeskartellamt. Zwar sei die Monopolkommission ebenfalls ermächtigt, einzelne Wirtschaftszweige zu untersuchen. Anders als das Bundeskartellamt besitze die Monopolkommission aber keine Untersuchungsbefugnisse oder Auskunftsrechte. Gerade in Wirtschaftszweigen, in denen kartellrechtswidriges Verhalten über § 32e GWB-E ermittelt werden soll, bieten die der Monopolkommission zugänglichen freiwilligen Aussagen der betroffenen Unternehmen häufig nur wenig Aufschluss.

Die Ergänzung der Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden in § 59 GWB-E ist eine sinnvolle Folgeänderung des Übergangs zum Legalausnahmesystem im Rahmen des Kartellverbotes. Insbesondere die Möglichkeit, vorhandene Marktstudien einzusehen, stellt einen gewissen Ausgleich für das durch den Wegfall des Anmeldesystems verursachte Informationsdefizit der Behörden dar. Angesichts der wichtigen Rolle der Wirtschafts- und Berufsvereinigungen im Wettbewerbsgeschehen ist auch die Einbeziehung dieser Vereinigungen in die erweiterten Auskunftsrechte der Kartellbehörde konsequent.

2. Vorteilsabschöpfung im Verwaltungsverfahren

Gemäß § 34 GWB-E werden die Möglichkeiten der Kartellbehörden zur Abschöpfung des durch einen Verstoß erlangten Vorteils ausgeweitet. Die bisherige Regelung ist aufgrund der restriktiven Anwendungsvoraussetzungen (nur bei Verstoß gegen eine Verfügung der Kartellbehörde und nur der nach der Verfügung erlangte Mehrerlös) in der Praxis nicht zur Anwendung gekommen. Die neue Vorschrift erlaubt eine effektive Abschöpfung

des durch die Zuwiderhandlung erlangten Vorteils ab dem Zeitpunkt des Verstoßes im Rahmen des Verwaltungsverfahrens und schafft damit die Voraussetzung für die Verhinderung von Bereicherungen durch kartellrechtliche Verstöße in weit mehr Fällen als bisher.

Allerdings bedauert es das Bundeskartellamt, dass – anders als zunächst im Referentenentwurf vorgesehen – nunmehr diese Vorteilsabschöpfung auf vorsätzliche und fahrlässige Kartellrechtsverstöße begrenzt ist.

3. Sofortige Vollziehbarkeit von Entscheidungen

Durch § 64 GWB-E wird die aufschiebende Wirkung von Beschwerden gegen kartellbehördliche Entscheidungen beschränkt. Dies verbessert die Durchsetzungsmöglichkeiten für kartellbehördliche Entscheidungen. Im europäischen Recht haben Klagen gegen Entscheidungen der europäischen Kommission vor den europäischen Gerichten gemäß Art. 242 EG keinen Suspensiveffekt, sondern es bedarf für die Aussetzung des Vollzuges einer gerichtlichen Entscheidung. So ist die Erweiterung der sofortigen Vollziehbarkeit von Entscheidungen deutscher Kartellbehörden sowohl für die auf europäisches Wettbewerbsrecht, als auch für auf nationales Kartellrecht gestützte Verfügungen sinnvoll. Die Durchsetzung von Entscheidungen nationaler Kartellbehörden darf nicht weniger wirkungsvoll sein als die von Entscheidungen der Kommission.

Das Bundeskartellamt bedauert, dass dieser Sofortvollzug nicht auch allgemein für Entscheidungen in Missbrauchsverfahren gemäß §§ 19 bis 21 GWB-E eingeführt werden soll, so wie es seit der Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes für den Bereich der marktbeherrschenden Stellungen bei Elektrizitäts- und Gasversorgungsversorgungsnetzen der Fall ist. Eine Beschränkung des Sofortvollzuges auf den Energiesektor ist nicht angemessen, da ein missbräuchliches Verhalten auch in anderen Branchen empfindliche Folgen für die übrigen Marktteilnehmer hat und die bestehenden Wettbewerbsstrukturen irreversibel geschädigt werden können. Das marktbeherrschende bzw. marktstarke Unternehmen ist bei einem Sofortvollzug nicht rechtsschutzlos. Den aus dem Sofortvollzug erwachsenden nachteiligen Folgen kann es dadurch entgegen wirken, dass es mittels gerichtlicher Eilentscheidung die aufschiebende Wirkung wieder herstellen lässt.

4. Änderungsbedarf bei Bußgeldvorschriften

Das Bundeskartellamt befürwortet, dass § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB-E dahin geändert worden ist, dass für Verstöße gegen Art. 81, 82 EG ein Bußgeldtatbestand aufgenommen wird. Denn nur wenn die nationalen Kartellbehörden Verstöße gegen das europäische Kartellrecht beußen können, kann eine effektive dezentrale Anwendung der Art. 81, 82 EG erreicht werden.

Darüber hinaus sieht das Bundeskartellamt aber für § 81 Abs. 4 GWB-E dringenden Änderungsbedarf hinsichtlich der Bußgeldbemessung. Der Regierungsentwurf enthält in Beibehaltung der bestehenden Rechtslage zwei verschiedene Ansätze für die Bemessung der Bußgeldhöhe: zum einen den abstrakten Bußgeldrahmen und zum anderen einen mehrerlösbezogenen Bußgeldrahmen, der insbesondere bei Kartellverstößen mit großer wirtschaftlicher Reichweite eine ausreichende Sanktionierung ermöglicht. Das Bundeskartellamt befürwortet, dass der abstrakte Bußgeldrahmen für schwere und minder schwe-

re Kartellrechtsverstöße (derzeit: 500.000 Euro) auf 1 Mio. Euro angehoben wird, auch wenn letztlich die Erhöhung des seit 1980 nicht mehr veränderten Bußgeldrahmens auf 2 Millionen Euro sachgerechter gewesen wäre. Soweit es die mehrerlösbezogenen Bußgeldbemessung betrifft, führt die neuere Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (OLG Düsseldorf, vom 6. Mai 2004, Az.: Kart 41 – 43 und 45-47/01 OWi) allerdings dazu, dass die derzeitige Regelung für eine ausreichende Sanktionierung unzureichend ist. So war in einem bedeutenden Bußgeldverfahren aus Sicht des Oberlandesgerichts Düsseldorf der aufgrund der Kartellabsprache erlangte Mehrerlös nicht mit hinreichender Sicherheit zu beweisen. Von der Möglichkeit der im Gesetz vorgesehenen Schätzung machte das Gericht keinen Gebrauch, da es sowohl in Bezug auf das „ob“ eines Mehrerlöses, als auch hinsichtlich der Grundlagen für die Schätzung der Mehrerlöshöhe strenge Beweisforderungen voraussetzte, die im konkreten Fall nicht erfüllt werden konnten. Diese Rechtsprechung hat zur Folge, dass insbesondere in Fällen groß angelegter Kartellabsprachen mehrerlösbezogene Bußgelder faktisch ausgeschlossen sind, da die Feststellung eines hypothetischen wettbewerbsanalogen Preises als Voraussetzung für den Nachweis eines Mehrerlöses auf kaum überwindbare Schwierigkeiten trifft. Erst über die Sanktion des Bußgeldes wird ein Kartellrechtsverstoß für das Unternehmen als wirtschaftliche Einbuße spürbar. Der nicht-mehrerlösbezogene Bußgeldrahmen in maximaler Höhe von 1 Mio. Euro genügt für die Sanktionierung schwerwiegender Kartellrechtsverstöße nicht.

Das Fehlen eines effektiven Bußgeldtatbestandes läuft außerdem den europarechtlichen Vorgaben zuwider: Gemäß den auf der VO 1/2003 basierenden Bekanntmachungen der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden (AB. EG C 101/432) muss der nationale Gesetzgeber ein effektives, angemessenes und abschreckendes System von Sanktionen für die Durchsetzung des europäischen Kartellrechts vorsehen. Angesichts der Schwierigkeiten, gerichtsfeste, mehrerlösbezogene Bußgelder zu verhängen, droht Deutschland die europarechtlichen Vorgaben zu verletzen. Darüber hinaus ist Deutschland als Mitglied des europäischen Netzwerks im Vergleich zu den anderen mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden und der Kommission in seinen Möglichkeiten sehr beschränkt. Die VO 1/2003 sieht in Art. 23 Abs. 3 vor, dass die Kommission Bußgelder bis zu 10 % des im vorangegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes verhängen kann. Ebenfalls verfügen 18 der 25 Mitgliedstaaten über an den Unternehmensumsatz knüpfende Bußgeldtatbestände, während die deutschen Kartellbehörden wegen der Schwierigkeiten, den Mehrerlös gerichtsfest nachzuweisen, faktisch häufig auf den nicht-mehrerlösbezogenen abstrakten Bußgeldrahmen in Höhe von 1 Mio. Euro beschränkt sind. Damit droht die Gefahr, dass die deutschen Kartellbehörden kein schlagkräftiges Mitglied des Netzwerkes sind und es ist nicht auszuschließen, dass ihnen auf der Basis der an die Eignung der Kartellbehörden anknüpfenden Fallverteilungsregelungen bedeutende Kartellverfahren entzogen werden.

Das Bundeskartellamt schlägt daher vor, zwar die mehrerlösbezogene Bußgeldbemessung beizubehalten, aber in § 81 Abs. 4 GWB bezüglich der Bußgelder gegen Unternehmen den Nachweis zu erleichtern. Es sollte ein Satz 3 eingefügt werden, wonach bei Verletzung des

Kartell- oder des Missbrauchsverbotes als Geldbuße bis zu zwanzig Prozent des von dem betreffenden Unternehmen auf dem von der Zuwiderhandlung betroffenen Marktes während der Dauer des Verstoßes erzielten Umsatzes festgesetzt werden kann. Diese unwiderlegliche Vermutung, dass ein Mehrerlös angefallen ist, überwindet die aus der Sicht des Oberlandesgericht Düsseldorf notwendigen strengen Nachweisanforderungen sowohl hinsichtlich des „ob“ des Mehrerlöses als auch bezüglich der Höhe des Mehrerlöses. Als abstrakt formulierter Bußgeldtatbestand ist eine solche Regelung aus strafprozessualer Sicht unproblematisch. Die Tatbezogenheit des Bußgeldes wird durch den Bezug auf den Umsatz gesichert, der während der Dauer des Verstoßes durch das Unternehmen auf dem betreffenden Markt erzielt worden ist. Der Bußgeldrahmen von 20 % des kartellbezogenen Umsatzes orientiert sich an den amerikanischen Federal Sentencing Guidelines, die bei Hardcore-Kartellen von einem entsprechenden Schaden für die Verbraucher ausgehen. Sollte der Mehrerlös offensichtlich geringer sein, dann lässt sich dies – wie allgemein im Ordnungswidrigkeitenrecht üblich – bei der konkreten Bußgeldbemessung berücksichtigen, indem der Bußgeldrahmen nicht vollständig ausgeschöpft wird. Sollte ein sehr hoher und gerichtsfest nachweisbarer Mehrerlös erlangt worden sein, der zu einem über der 20 %- Schwelle liegenden Bußgeldrahmen führen würde, bleibt immer noch der Rückgriff auf die – auch bisher geltende – mehrerlösbezogene Berechnung. Sinnvoll ist es, die Vorschrift durch eine Ermächtigung für den Erlass von Verwaltungsgrundsätzen zur Festlegung der Bußgeldhöhe zu ergänzen.

Positiv ist, dass der Regierungsentwurf jedenfalls die Möglichkeit zulässt, bei der Geldbuße nunmehr zwischen der Abschöpfung einerseits und der Ahndung- oder Sanktionsfunktion andererseits zu trennen, wodurch eine Aufwertung der Sanktionsfunktion der Geldbuße erreicht wird, § 81 Abs. 5 GWB-E. Die bisherige ausschließliche Doppelfunktion der Geldbuße erschwert die ohnehin schon schwierige Bußgeldberechnung, da die auf den abgeschöpften wirtschaftlichen Vorteil anfallenden Einkommen-, Körperschaft- und Gewerbeertragsteuern zu berücksichtigen sind. In Einzelfällen hat sie darüber hinaus zur Folge, dass ein Teil der Geldbuße bis zur Höhe des abgeschöpften wirtschaftlichen Vorteils bei Geltendmachung von Ersatzansprüchen Dritter später wieder zurückerstattet werden muss. Diese umständlichen Verrechnungs- und Rückerstattungsmechanismen verringern die mit der Sanktion bezweckte abschreckende Wirkung der Geldbuße.

Das Bundeskartellamt befürwortet die mit § 81 Abs. 6 GWB-E verfolgte Absicht, wonach Geldbußen vom Tag der Festsetzung an zu verzinsen sind. Insbesondere im Falle hoher Geldbußen können Unternehmen bei bisheriger Rechtslage allein dadurch einen erheblichen „Zinsgewinn“ erreichen, dass sie gegen den Bußgeldbescheid Einspruch einlegen. Die Zinspflicht soll diesem Anreiz für die Einlegung einer Beschwerde entgegen wirken.

5. Zuständigkeit des Bundeskartellamtes im Bußgeldverfahren

Das Bundeskartellamt kritisiert, dass § 82a Abs. 1 GWB-E nicht in der Weise gefasst worden ist, dass den Kartellbehörden die Zuständigkeit im gerichtlichen Bußgeldverfahren zuerkannt wird, sondern es einem Vertreter der Kartellbehörde lediglich gestattet werden kann,

Fragen an Betroffene, Zeugen und Sachverständige zu richten. Es wäre sinnvoller – wie auch zunächst im Referentenentwurf vorgesehen – durch den § 82 a GWB-E das Zwischenverfahren und das gerichtliche Verfahren in der Weise abzuändern, dass das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden als Verfolgungsbehörden an die Stelle der Staatsanwaltschaft treten und hiermit eine Zuständigkeitskonzentration bei den Kartellbehörden geschaffen wird. Damit würde ein Rechtszustand wiederhergestellt, wie er vor der Regelung des Ordnungswidrigkeitenrechts 1968 bereits bestanden hat.

Soweit die Kartellbehörde parallel ein Verwaltungsverfahren und ein Bußgeldverfahren führt, kommt es – wie nach bisherigem Recht – in der Rechtsmittelinstantz zu einer Zuständigkeitsspaltung. Im Verwaltungsstreitverfahren bleibt die Kartellbehörde verfahrensbeteiligt, im Bußgeldverfahren übernimmt die bis dahin nicht mit der Sache befasste Generalstaatsanwaltschaft die Verfolgung. Dies führt angesichts der notwendigen Einarbeitung der Generalstaatsanwaltschaft in die oft komplexen Sachverhalte zu bürokratischem Mehraufwand und unter Umständen auch zu widersprüchlichen Beurteilungen eines identischen Sachverhalts seitens der mit der Verfolgung befassten Behörden.

Die Konzentration bei den Kartellbehörden ist auch aus europarechtlicher Sicht wünschenswert. Im neugegründeten Netzwerk der Kartellbehörden ist eine umfassende Zusammenarbeit der Kartellbehörden insbesondere auch in der Ermittlungsarbeit vorgesehen. Erachtet die nach bisheriger Gesetzeslage zuständige Staatsanwaltschaft weitere eigene Ermittlungen zur Aufklärung des in Frage stehenden Sachverhaltes für notwendig, dann fließen diese nicht in das Netzwerk ein.

In § 82a Abs. 2 GWB-E ist eine allgemeine Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für die Vollstreckung gerichtlich festgesetzter Geldbußen vorgesehen, soweit die gerichtlichen Verfahren auf Bußgeldbescheiden des Bundeskartellamtes beruhen. Angesichts des regelmäßig im Schwerpunkt beim Bundeskartellamt angefallenen Sach- und Personalaufwandes ist diese Vereinheitlichung sachgerecht. Da bisher das Bundeskartellamt auch für die Vollstreckung der Bußgeldbescheide zuständig war, gegen die kein Einspruch erhoben worden ist, kann bei der Vollstreckung gerichtlich festgesetzter Geldbußen auf ein bestehendes Vollstreckungsregime zurückgegriffen werden.

VII. Neuregelung der Sanktionen

Die Einfügung des § 86a GWB-E, nach dem ein Zwangsgeld von 1.000 bis zu 10 Millionen Euro festgesetzt werden kann, ist sachgerecht.

Nach bisheriger Gesetzeslage konnte das Bundeskartellamt Zwangsgelder nur auf der Basis des § 11 VwVG (Bund) verhängen, der diese lediglich in der Spanne zwischen 1,5 Euro und 1.000 Euro vorsieht. Zwangsgelder in dieser Höhe stellen gegenüber größeren Unternehmen kein wirksames Instrument zur Durchsetzung von kartellrechtlichen Handlungs-, Unterlassungs- und Duldungspflichten dar. So hat das Bundeskartellamt bisher auch – bis auf wenige Einzelfälle – davon abgesehen, entsprechende Zwangsgelder aufgrund dieser allgemeinen Vorschrift zu erlassen.

Das Bundeskartellamt bedauert, dass die zunächst im Referentenentwurf vorgesehene Möglichkeit wieder aufge-

geben worden ist, Zwangsgelder in der Weise anzuordnen, dass „für jeden Tag der Nichtbefolgung“ ein Zwangsgeld entsteht, ohne dass dies vor jedem Tag der Verweigerung des Vollzugs noch einmal gesondert angeordnet werden muss. Die Anordnung eines tageweise anwachsenden Zwangsgeldes ist deswegen sinnvoll, weil sie den Unternehmen einen Anreiz für eine zügige Erfüllung der entsprechenden Handlungs-, Unterlassungs- und Duldungspflichten verschafft und die Kartellbehörden von einer sonst notwendigen ständigen Neufestsetzung des Zwangsgeldes befreit. Die Notwendigkeit, einschneidende Zwangsgelder für jeden Tag der Nichtbefolgung von kartellrechtlichen Verfügungen zu verhängen, ist im europäischen Wettbewerbsrecht (Art. 16 VO Nr.17/62, Art. 15 FKVO) seit jeher anerkannt. Im Gegenzug könnte der Höchstbetrag des Zwangsgeldes niedriger angesetzt werden.

VIII. Private Durchsetzung des Kartellrechts

Die Verbesserung des privaten Rechtsschutzes gegen Kartellrechtsverstöße ist wesentlicher Teil des Regierungsentwurfs. Dies ist insbesondere angesichts der geringeren behördlichen Kontrollichte als Folge der Einführung des Legalausnahmesystems bei den Ausnahmen vom Kartellverbot geboten.

1. Unterlassungsansprüche und Schadensersatzansprüche

Entgegen der im Referentenentwurf zunächst vorgeschlagenen Fassung ist das auch im derzeitigen GWB geltende Schutzgesetzfordernis für Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche bei Kartellrechtsverstößen beibehalten worden (§ 33 Abs. 1 GWB-E). Zu befürworten ist, dass in Anlehnung an die „Courage“-Rechtsprechung des EuGH, die für eine effektive Durchsetzung der europäischen Wettbewerbsregeln auch praktisch umsetzbare Zivilrechtsansprüche verlangt, die Anforderungen an dieses Schutzgesetzfordernis herabgesetzt worden ist, wodurch eine effektive Durchsetzung von zivilrechtlichen Ansprüchen trotz dieser Erfordernisse möglich wird. Denn das Schutzgesetzfordernis ist auch dann gegeben, wenn sich der Kartellrechtsverstoß nicht gezielt gegen den Anspruchsteller richtet. Ferner ist der Anspruch auch nicht bereits dann ausgeschlossen, wenn der Anspruchsteller an dem Verstoß mitgewirkt hat. Im Ergebnis wird das Schutzgesetzfordernis voraussichtlich die effektive Durchsetzung des Wettbewerbsschutzes auf dem Wege des Zivilrechts nicht beschränken.

Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts wird außerdem dadurch gestärkt, dass die Anspruchsberechtigung für Unterlassungsansprüche auf abstrakt Betroffene (insbesondere Verbraucherschutzverbände) ausgedehnt wird (§ 33 Abs. 2 GWB-E), auch der Gewinn bei der Schadensberechnung berücksichtigt werden kann, sowie eine Verzinsungspflicht für die Geldschuld ab Schadensentritt besteht (§ 33 Abs. 3 GWB-E).

Das Bundeskartellamt teilt grundsätzlich die aus der Begründung des Gesetzesentwurfs zu entnehmende Auffassung der Regierung für eine Ausschaltung der „passing-on-defence“ mit der Folge, dass ein Kläger den gesamten Schaden geltend machen kann, unabhängig davon, ob er den Schaden an seine Abnehmer weitergereicht hat. Zwar mag diese Regelung auf den ersten Blick dem Gerechtigkeitsempfinden zuwider laufen, jedoch würde ohne diesen Ausschluss der „passing-on-defence“ der vom Kartellanten zu Lasten Dritter erzielte Vorteil nicht, oder je-

denfalls nicht in voller Höhe, geltend gemacht werden. Denn einen Anspruch auf Schadensersatz sollen nach dem Willen des Gesetzgebers nur die unmittelbar Betroffenen haben, nicht weitere Marktstufen oder gar Endverbraucher. Eine Vergrößerung dieses Kreises der Anspruchsberechtigten über die unmittelbar Betroffenen hinaus hätte eine Vielzahl von Klagen und große Schwierigkeiten bei der Einzelzurechnung des Schadens zur Folge. Durch den Ausschluss der „passing-on-defence“ wird der Anreiz für die unmittelbar Betroffenen zur Anstrengung von Schadensersatzklagen abgesichert, so dass hiermit in einem ausreichenden Maße dem Ziel des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs auf Herausgabe des durch den Rechtsverstoß erlangten Gewinns Rechnung getragen wird. Das Bundeskartellamt hätte eine ausdrückliche Klarstellung des Ausschlusses der „passing-on-defence“ im Gesetzeswortlaut selbst der bloßen Erörterung in der Gesetzesbegründung vorgezogen.

§ 33 Abs. 4 GWB-E sieht eine Rechtskraftstreckung für sämtliche Entscheidungen, in denen Kartellbehörden in der Europäischen Union Verstöße gegen Art. 81, 82 EG feststellen, auf zivilgerichtliche Verfahren vor, die aus Sicht des Bundeskartellamtes zu weitgehend ist. Die neue Regelung soll zur Beweiserleichterung bei sogenannten "follow-on"-Klagen dienen. Grundsätzlich ist zwar der 'Netzwerkgedanke' in der vorgeschlagenen Vorschrift zu begrüßen, mit der den Entscheidungen von Kartellbehörden anderer Mitgliedstaaten auf der Grundlage von EG-Recht ein Stellenwert in deutschen Zivilrechtsstreitigkeiten eingeräumt werden soll. Beide Anliegen könnten allerdings auch mit der weniger weitreichenden Festschreibung einer gesetzlichen Vermutungsregel erreicht werden. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der in den Mitgliedstaaten existierenden unterschiedlichen Auffassungen über die territoriale Reichweite von Entscheidungen nationaler Kartellbehörden bei der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts. In diesem Zusammenhang unterstützt das Bundeskartellamt die Vorschrift, nach der unter Verweis auf Art. 16 Abs.1 Satz 4 VO 1/2003 die Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen in der Weise entschärft wird, dass die Rechte und Pflichten der Gerichte zur Vorlage entscheidungserheblicher Rechtsfragen an den EuGH nach Art. 234 EG-Vertrag unangetastet bleiben.

2. Vorteilsabschöpfung durch Verbände und Einrichtungen

§ 34a GWB-E ermöglicht – wie es auch das UWG in gleicher Weise vorsieht – eine Vorteilsabschöpfung durch Verbände. Diese Stärkung der Rechte der Verbraucher ist ein richtiger Schritt, zumal die durch Kartellrechtsverstöße unmittelbar betroffenen einzelnen Unternehmen oftmals das mit einer zivilrechtlichen Klage einhergehende Prozessrisiko scheuen.

In Bezug auf § 34a Abs. 4 GWB-E ist klarzustellen, dass die für die Geltendmachung des Anspruches erforderlichen Aufwendungen der Verbände oder Einrichtungen nicht aus dem Haushalt des Bundeskartellamtes zu finanzieren sind, sondern aus der Bundeskasse zu erstatten sind, in die der abgeschöpfte wirtschaftliche Vorteil auch geflossen ist.

In den Fällen, in denen die Verbraucherschutzverbände nach § 34a GWB-E tätig werden, wird – über die Auskunftspflicht des § 34a Abs. 4 Satz 1 GWB-E hinaus –

eine enge Abstimmung mit den zuständigen Kartellbehörden erforderlich sein. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass die Verbraucherverbände im Einzelfall die Gründe dafür kennen, weshalb die zuständige Kartellbehörde von ihrem Aufgreifermessen von einem Bußgeld oder von einer Vorteilsabschöpfung abgesehen hat. Nur so kann vermieden werden, dass z.B. Gewinnabschöpfungen wegen laufender oder zu erwartender Schadenersatzprozesse mit hoher Wahrscheinlichkeit anschließend zurückerstattet werden müssen und erheblicher überflüssiger bürokratischer Aufwand entsteht. Einzelheiten bezüglich des Umfangs des Aufwendungsersatzes sind nicht geregelt. Unklar bleibt, wie außer Verhältnis stehenden Aufwendungsansprüchen begegnet werden kann.

B. Pressefusionsregelungen und sonstige Sonderregelungen zum Presserecht

Die für den Pressebereich vorgesehenen Sonderregeln bestehen aus drei Säulen:

- I. Die Ausnahmetatbestände für Kooperationen und Fusionen von Zeitungsverlagen im Anzeigenbereich
- II. die Anhebung der Aufgreifschwelle und die Einführung einer Bagatellschwelle (de-minimis) für Zeitungs- und Zeitschriftenverlage
- III. die Ermöglichung von Zusammenschlüssen von Zeitungsverlagen trotz Marktbeherrschung für Zeitungen, die mittels spezifischer Missbrauchsvorschriften eingeschränkt werden soll.

I. Ausnahmetatbestände für Kooperationen und Fusionen im Anzeigenbereich

Die durch § 31 GWB-E geregelte Freistellung von Kooperationen von Zeitungsverlagen im Anzeigenbereich vom Kartellverbot sowie von damit zusammenhängenden Zusammenschlüssen von den Fusionskontrollvorschriften lehnt das Bundeskartellamt ab. Die Freistellung erfolgt ohne weitere Einschränkungen oder Vorbedingungen, z. B. wirtschaftliche Lage, Gefährdung der Zeitung, Größe des Verlages. Anzeigenkooperationen sind bereits nach dem geltenden Recht in erheblichem Umfang möglich und werden auch von den Verlagen vielfach praktiziert, wie in der Gesetzesbegründung selbst dargelegt wird (S. 29). Insbesondere kann bei solchen Kooperationen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht der Arbeitsgemeinschaftsgedanke greifen, da dem Werbekunden im Vergleich zu den Anzeigebelegungsmöglichkeiten der jeweils einzelnen beteiligten Verlage eine großflächigere Belegungseinheit angeboten wird, die keiner der einzelnen Verlage allein anbieten kann. In dem Bereich, in dem Kooperationen die Bereitstellung einer neuen von den Nachfragern auch verlangten wirtschaftlichen Leistung ermöglichen, wird daher durch die vorgeschlagene Regelung kein zusätzlicher Nutzen erzielt.

Entgegen der Gesetzesbegründung kann die unbeschränkte Freistellung vom Kartellverbot auch von Großverlagen in Anspruch genommen werden. So könnten alle drei Berliner Tageszeitungen – Tagesspiegel, Morgenpost und Berliner Zeitung – ihre Anzeigenteile zusammen legen. Bei den Zeitungsverlagen ist das Anzeigengeschäft eine wesentliche wirtschaftliche Grundlage, die auch über den Erfolg auf dem Lesermarkt entscheidet (“Anzeigen-Auflagen-Spirale“). Eine Beschränkung des Wettbewerbs im Anzeigenmarkt hat deshalb auch immer Auswirkungen auf den Lesermarkt. Durch eine vergemeinschaftete wirtschaftliche Grundlage fehlt

letztlich der Anreiz, sich gegenseitig Leser abzuwerben, um damit auch für die Werbekunden attraktiver zu werden. Daher ist eine über die bestehende Praxis hinausreichende Freistellung problematisch.

Bislang war die Zusammenarbeit von Verlagen im Anzeigenbereich, die in Form von Gemeinschaftsunternehmen oder durch Minderheitsbeteiligungen angestrebt wurde und insofern der Fusionskontrolle unterlag, bis hin zur Marktbeherrschung möglich. Nur nach Überschreiten dieser Grenze konnten gesellschaftsrechtliche Verflechtungen zwischen Zeitungsverlagen, die sich auf die Zusammenarbeit bei der Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage ihrer Tätigkeit – dem Anzeigengeschäft – bezog, nicht genehmigt werden. Durch den jetzt vorgesehenen Ausschluss der Fusionskontrolle für diese Konstellationen wird die Konzentration auf den verschiedenen Anzeigenmärkten in Deutschland ohne jegliche Obergrenze ermöglicht und begünstigt. Damit steht einer unbegrenzten gesellschaftsrechtlichen Verflechtung von Presseverlagen auf den Anzeigenmärkten keinerlei Hindernis mehr im Wege.

Ferner wäre es ein Novum, einer Branche im Rahmen der Ausnahmereiche der §§ 28 ff. GWB, die sich bislang nur auf Ausnahmen vom Verbot vertraglicher Wettbewerbsbeschränkungen beziehen, eine grundsätzliche Ausnahme von der Fusionskontrolle einzuräumen. Die Fusionskontrollvorschriften werden derzeit – entgegen der Gesetzesbegründung – sehr wohl auf Zusammenschlüsse angewendet, die eine aufgrund der Ausnahmereiche vom Kartellverbot freigestellte Kooperation betreffen. So unterliegen Gemeinschaftsunternehmen grundsätzlich der Doppelkontrolle. Wenn in Einzelfällen ein nach den Vorschriften der geltenden §§ 2 ff. GWB ausdrücklich freigestelltes Kartell nicht mehr nach den Vorschriften der Fusionskontrolle geprüft wurde, so hatte das Bundeskartellamt aber Gelegenheit, das angemeldete Kartell zu prüfen. Dabei wäre – anders als bei den Ausnahmeregelungen der §§ 28 ff. GWB – eine Freistellung bei Marktbeherrschung nicht in Betracht gekommen.

II. Aufgreifschwelle (De-minimis Klausel und Umsatzberechnungsfaktor)

Das Bundeskartellamt wendet sich gegen die im Regierungsentwurf vorgeschlagenen Änderungen der Aufgreifschwelle für Fusionen im Pressebereich. Durch die Anwendbarkeit der De-minimis Klausel auf Presseunternehmen mit Umsätzen von unter 2 Mio. € (§ 35 Abs. 2 GWB-E) sowie die Halbierung des Umsatzberechnungsfaktors auf das Zehnfache (§ 38 Abs. 3 GWB-E), wird die Zahl der kontrollfreien Zusammenschlüsse mit kleineren Zeitungs- und Anzeigenblattverlagen steigen. Auch Großverlage könnten demnach kleinere Zeitungs- oder Anzeigenblattverlage im Rahmen der de-minimis Klausel kontrollfrei erwerben. Dies gilt z.B. auch dann, wenn es sich bei den kleineren Verlagen um die einzigen Wettbewerber des erwerbenden Großverlages handelt oder Gebietsmonopolisten hierdurch ihre Verbreitungsgebiete arrondieren.

Die Halbierung des Umsatzberechnungsfaktors führt dazu, dass mittelgroße bzw. kleinere Verlage die Aufgreifschwelle der Fusionskontrolle nicht mehr erreichen und deshalb kontrollfrei fusionieren können. Dies trifft auch auf eine Zahl von Unternehmen des derzeit noch mittelständisch strukturierten Pressegrasso zu. Nach aktuellem Recht ist die volle Verwertung der in kleineren Presseun-

ternehmen steckenden Vermögenswerte jederzeit möglich und nur dann eingeschränkt, wenn durch sie unerwünschte Marktmacht im Sinne von Marktbeherrschung entsteht.

Zusätzlich wird durch die Halbierung des Umsatzberechnungsfaktors der Anwendungsbereich der Bagatellmarktklausel gerade für den Bereich der Abo-Tageszeitungen ausgeweitet, da diese überwiegend auf Märkten tätig sind, die regional oder auf Landkreise bezogen abzugrenzen sind. Die Schutzfunktion der bisherigen Regelungen für kleinere und mittlere Verlage wird durch die Änderungen beeinträchtigt.

Durch die geplanten Änderungen der Pressefusionskontrolle wird die Anzahl der Zusammenschlüsse, die nicht mehr der Fusionskontrolle unterliegen, steigen. Nach den Angaben des Entwurfs können durch die Einführung der de-minimis Klausel ca. 30 Zeitungsverlage kontrollfrei durch Großverlage aufgekauft werden und durch die Erhöhung der Aufgreifschwelle können sich ca. 50 Zeitungsverlage kontrollfrei zusammenschließen. Man muss dies vor dem Hintergrund sehen, dass es in Deutschland laut Aussage des Bundesverbandes Deutscher Zeitungsverleger (BDZV) insgesamt nur 349 Tageszeitungsverlage gibt. Insoweit sind hier nicht unbedeutende Größenordnungen betroffen. Dies wird zu einer Konzentrationswelle und einer Zunahme der sogenannten Einzeitungs-Kreise führen, ohne dass die Unternehmen auf die noch weiter führenden Möglichkeiten der §§ 31 und 36 Abs. 1a GWB-E zurückgreifen müssen.

III. Ermöglichung von Zusammenschlüssen trotz Marktbeherrschung

Die neue Regelung in § 36 Abs. 1a GWB-E, der zufolge ein zur Marktbeherrschung führender Zusammenschluss im Bereich der Zeitungen freizugeben ist, solange sowohl die erworbene als auch die erwerbende Zeitung mit ihren jeweiligen redaktionellen Ausgaben als eigenständige redaktionelle Einheiten erhalten bleiben, stellt entgegen der Begründung einen grundlegenden Systemwechsel dar und trifft auf eine Reihe massiver Bedenken. Der bisher verfolgte Ansatz, publizistische Vielfalt durch wirtschaftliche Vielfalt zu gewährleisten, wird faktisch aufgegeben.

Der Vorschrift zufolge muss ein Pressezusammenschluss auch dann freigegeben werden, wenn er zur Marktbeherrschung auf einem **Anzeigenmarkt** führt. Die Marktbeherrschung auf dem Anzeigenmarkt wird – wie in § 31 GWB-E – zu Lasten der Nachfrager auf diesem Markt hingenommen und als Untersagungskriterium aufgegeben.

Einziges Bedingung für die Freigabe eines zu Marktbeherrschung führenden Zusammenschlusses soll es sein, dass sowohl die erworbene als auch die erwerbende Zeitung mit ihren jeweiligen redaktionellen Ausgaben als eigenständige Einheiten erhalten bleiben. Dies bedeutet eine unbefristete Bestandsgarantie selbst bei einer völligen Umorientierung der Leser. Die Verpflichtung zum Erhalt kann zwar einerseits ausweislich der Begründung mit bestimmten Wirtschaftlichkeitsklauseln verknüpft werden. Ein solcher Ergebnisvorbehalt ist wirtschaftlich sinnvoll, da die Verlage nicht gezwungen werden sollten, Lokalredaktionen – unabhängig von der Entwicklung der Nachfrage und der wirtschaftlichen Entwicklung – unbegrenzt fortzuführen. Andererseits liegt es damit in der Hand der Verlage, ob und welche Lokalredaktionen er-

halten bleiben. Das Ziel des Entwurfs, der Erhalt lokaler Vielfalt, kann so nicht erreicht werden.

Die Regelung und ihre Voraussetzungen werfen rechtliche Bedenken sowie erhebliche Probleme bei der praktischen Umsetzung auf.

Der Regierungsentwurf geht davon aus, eine zunächst im Referentenentwurf vorgesehene, aber verfassungsrechtlich bedenkliche Regelung über die Möglichkeit des Bundeskartellamtes, unter bestimmten Voraussetzungen das Verhalten der Unternehmen kontrollieren zu können, nunmehr dadurch vermieden zu haben, dass das Bundeskartellamt lediglich die *Festlegung* und *Aufrechterhaltung* der Vereinbarungen zu überprüfen hat, die die Mitbestimmungs- oder Vetorechte bei Änderungen der redaktionellen Grundhaltung der erworbenen Zeitung sowie bei der Bestellung oder Abberufung von Mitgliedern der Chefredaktion betreffen, nicht jedoch deren Einhaltung. Dies ist allein Sache der Vertragsparteien, denen insoweit zivilrechtliche Durchsetzungsbefugnisse eingeräumt werden. Damit überlässt der Gesetzgeber die Einhaltung des von ihm vorgegebenen Ordnungsrahmens den Beteiligten. Eine effiziente Kontrolle im Sinne des Ziels der Vorschrift ist mit einer derartigen auf das Vorliegen bestimmter Vertragsklauseln ausgerichteten Prüfung ('Gegenstandstheorie') nicht möglich.

Das Bundeskartellamt soll aber auch die *Einhaltung* von Vereinbarungen sichern, soweit es dabei um Entscheidungen über Einstellung der erworbenen oder der erwerbenden Zeitung oder ihrer redaktionellen Ausgaben geht. Hier ist die Grenze zur Verhaltenskontrolle jedenfalls überschritten. Dies gilt insbesondere, wenn die Entscheidung über die Einstellung einer Zeitung unter einen wirtschaftlichen Ergebnisvorbehalt gestellt wurde.

Sind die drei Bedingungen des § 36 Abs. 1a Satz 2 GWB-E erfüllt, so wird – laut Gesetzesbegründung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit, also widerlegbar – vermutet, dass der Zusammenschluss freigegeben werden kann. Die Regelung, dass ein von dem Erwerber wirtschaftlich unabhängiger Dritter oder der Alteigentümer mit mehr als 25% der Stimmrechte und des Kapitals beteiligt bleiben und bestimmte Rechte haben muss, lässt für Umgehungslösungen und Strohmanngeschäften breiten Raum. Um auf diesem Wege die Freigabe eines Zusammenschlusses zu erreichen, wird für die beteiligten Unternehmen, insbesondere für den Erwerber, ein vorab vereinbartes Einvernehmen mit dem zukünftigen Minderheitsgesellschafter von höchster Priorität sein. Sind sich aber der Erwerber und der Minderheitsgesellschafter einig – wie auch immer diese Einigung zustande gekommen sein mag –, so können, mit Ausnahme der Einstellung der erworbenen publizistischen Einheit alle Entscheidungen im Sinne des Erwerbers getroffen werden. Auch eine einvernehmliche Änderung der inhaltlichen Grundausrichtung der betroffenen Zeitungen ist dann nicht angreifbar. Die publizistische Vielfalt wird mit dieser Vorschrift nicht gewährleistet.

Da es sich bei dem wirtschaftlich unabhängigen Dritten, der mit 25 % der Stimmrechte und des Kapitals an dem Zielunternehmen beteiligt bleiben muss, auch um einen anderen (großen) Zeitungsverlag handeln kann, sind weitere Verflechtungen zwischen Zeitungsverlagen nicht auszuschließen. Es wird die Möglichkeit zu „Geschäften auf Gegenseitigkeit“ eröffnet, indem ein Großverlag den Erwerb eines anderen Großverlages durch eine eigene

25%-Beteiligung ermöglicht und umgekehrt. Dies ist umso bedenklicher, als der unabhängige Dritte (§ 36 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 Buchst. c) GWB-E) ein Mitentscheidungsrecht auch über die Einstellung der erwerbenden Zeitung erhalten soll.

Mit der vorgeschlagenen Regelung ist eine grundsätzliche Umbewertung konzerninternen Wettbewerbs verbunden. In der bisherigen Praxis wird – nicht nur bei Pressefusionen – ein behaupteter Wettbewerb von Töchtern eines Konzerns als nicht berücksichtigungsfähig beurteilt, da der (wettbewerbliche) Verhaltensspielraum der Töchter eines Konzerns letztlich auf einer identischen wirtschaftlichen Basis ruht, deren Erhalt bzw. Ausbau der Orientierungsmaßstab der unternehmerischen Entscheidungsträger ist. Diese Annahme eines konzerninternen Wettbewerb ist ein inszenierter Scheinwettbewerb. Mit der neuen Vorschrift werden Regelungen vorgestellt, die ein unabhängiges wettbewerbliches Auftreten von Zeitungen eines Konzerns sicherstellen sollen. Es ist nicht auszuschließen, dass Unternehmen anderer Branchen ähnliche Auflagen und Bedingungen vorschlagen werden, um die Freigabe eines geplanten und zur Marktherrschaft führenden Zusammenschlusses zu erreichen.

Im Übrigen ist die Einführung einer Verhaltenskontrolle im Rahmen der Strukturkontrolle nicht nur ein Systembruch, sondern auch sehr kosten- und personalintensiv. Besteht Einigkeit zwischen dem Erwerber und dem Altverleger bzw. dem unabhängigen Dritten, so sind mögliche Verstöße gegen die Auflagen und Bedingungen für das Bundeskartellamt kaum ersichtlich. Da es sich bei den Bedingungen im Wesentlichen um Verhalten innerhalb des Unternehmens handelt, können z.B. auch Wettbewerber Verstöße gegen Bedingungen und Auflagen nicht in Erfahrung bringen und beim Bundeskartellamt melden.

§ 36 Abs. 1b GWB-E führt zwei Missbrauchstatbestände zur Beschränkung des Anwendungsbereichs der Sonderregel ein. Nach dem ersten Missbrauchstatbestand ist Absatz 1a nur anwendbar, wenn der Zusammenschluss zur Sicherung der erworbenen oder erwerbenden Zeitung erforderlich ist. Diese Erforderlichkeit wird vermutet, wenn die (i) Anzeigenerlöse pro Monatstück der betroffenen Zeitungen in den letzten drei Jahren rückläufig waren oder (ii) erheblich unter dem Durchschnitt vergleichbarer Zeitungen lagen. Dieser Missbrauchstatbestand ist nicht zielführend, weil dabei auf die einzelnen Zeitungen ("dasselbe Unternehmen") anstatt auf den Konzern abgestellt wird. Darüber hinaus greift die erste Vermutung (i) bereits, wenn alle Zeitungen über drei Jahre Anzeigenrückgänge aufweisen, ohne dass dies zu einer wirtschaftlichen Gefährdung aller Zeitungen führt. Dies entspricht der heutigen Realität. Die zweite Vermutung (ii) würde selbst in Fällen greifen, in denen das Anzeigengeschäft einer Zeitung zwar wächst, aber nur erheblich unter dem Durchschnitt vergleichbarer Zeitungen. Dies zeigt, dass die Vermutungen nicht geeignet sind, die ernsthafte Gefährdung des Fortbestandes von Zeitungen zu belegen.

Nach dem zweiten Missbrauchstatbestand ist Absatz 1a nicht anwendbar, wenn er durch wiederholte, zeitlich eng aufeinander folgende Anwendung auf räumlich benachbarten Märkten zu marktbeherrschenden Stellungen. Der Versuch, hierdurch die Bildung von Regionalzeitungsketten zu verhindern, ist aufgrund der unbestimmten Kriterien unrealistisch. So ist insbesondere das Kriterium der "

wiederholten zeitlich eng aufeinander folgende Anwendung des Absatzes 1a." wenig präzise und lässt Umgehungen zu. Auch bei einer Auslegung nach Sinn und Zweck der Regelung lässt sich hier kein Maßstab dafür finden, auf welchen Zeitraum sich der Tatbestand der "wiederholten, zeitlich eng aufeinanderfolgenden Anwendung" bezieht. Wenn die Bildung von Regionalzeitungsketten verhindert werden soll, kann es auf die zeitliche Dimension, den kurzen oder längeren Atem, nicht ankommen.

C. Sonstige Änderungen durch die GWB-Novelle

I. Zweite Instanz für Eilentscheidungen

Das Bundeskartellamt bedauert ausdrücklich, dass in §§ 74, 75 GWB-E die Rechtsbeschwerdemöglichkeiten vor dem Bundesgerichtshof nicht auf Eilentscheidungen der Oberlandesgerichte im Zusammenhang mit verfahrensabschließenden Verfügungen der Kartellbehörden ausgeweitet werden.

Eine solche Erweiterung der Rechtsbeschwerdemöglichkeiten würde erlauben, dass Grundsatzfragen – unabhängig von ihrer Klärung in Hauptsache oder Eilverfahren – einer zweiten Instanz zugeführt werden können und damit dem dialektischen Prinzip zwischen den Instanzen breitere Geltung verschafft wird. Denn in Eilverfahren sind durch das Beschwerdegericht nicht selten Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden, ohne dass die Wertungen des Beschwerdegerichts in einer Rechtsbeschwerde überprüft werden können. So haben beispielsweise die in den Eilverfahren „Stadtwerke Mainz“ und „HEAG“ getroffenen Grundsatzentscheidungen zur Auslegung des Energiewirtschaftsgesetzes großes wirtschaftliches Gewicht und erzeugen über einen längeren Zeitraum weitreichende Folgen für die Kartellrechtspraxis. Für eine eigene zweite Instanz bei Eilentscheidungen ist es kein adäquater Ersatz, dass sich an die Eilentscheidungen Hauptsacheentscheidungen anschließen können, die dann einer Rechtsbeschwerde vor dem Bundesgerichtshof zugänglich sind. Denn in der Praxis treten Konstellationen auf, bei denen es nicht mehr zu einer rechtsbeschwerdefähigen Hauptsacheentscheidung kommt. So können sich insbesondere bei Zusammenschlussfreigaben, die aufgrund der angeordneten aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nicht umgesetzt werden können, die Hauptsacheverfahren durch Zeitablauf erledigen.

Gegen die Einführung der Rechtsbeschwerdemöglichkeit für Eilentscheidungen spricht nicht, dass der hierbei entstehende Zeitaufwand der Dringlichkeit einer rechtskräftigen Entscheidung zuwiderliefe. Eine Verschleppung der eindeutigen Klärung der Rechtsfrage ließe sich dadurch vermeiden, dass über die Zulassung oder Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde in Abweichung zu den Regelungen für das Hauptsacheverfahren nicht das Oberlandesgericht, sondern der Bundesgerichtshof unmittelbar bei der Einlegung der Rechtsbeschwerde entscheiden würde. So könnte dieser dann bei Vorliegen von Zulassungsgründen über die Zulassung der Rechtsbeschwerde und die Rechtsbeschwerde selbst eine Entscheidung treffen. Damit würde das – für die unter geringerem Zeitdruck stehenden Hauptsacheverfahren durchaus sinnvolle – vorgeschaltete Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde entfallen.

Die Rechtsbeschwerdemöglichkeit in Eilentscheidungen kann auch nicht mit dem Argument der Systemwidrigkeit

abgelehnt werden. Bereits das bisherige System des vorläufigen Rechtsschutzes nach dem GWB entspricht nicht der allgemeinen gesetzlichen Regelungssystematik, da die erstinstanzliche Prüfung einem Oberlandesgericht obliegt. Ansonsten ist in der Zivilgerichtsbarkeit eine Entscheidung der Eingangsinstanz im vorläufigen Rechtsschutz von einem Rechtsmittelgericht überprüfbar. Durch die Schaffung einer zweiten Instanz für einstweilige Entscheidungen der Oberlandesgerichte würden kartellrechtliche Verfahren insoweit nur gleichgestellt. Die Einführung einer zweiten Instanz würde auch eine Angleichung an Verfahrensweisen vor dem europäischen Gerichtshof bedeuten. Denn auch dort ist für einstweilige Verfahren eine zweite Instanz vorgesehen.

II. Streitwertbegrenzung in Kartellverwaltungssachen

Das Bundeskartellamt plädiert weiterhin dafür, im laufenden Gesetzgebungsverfahren **§ 50 Gerichtskostengesetz** ergänzend so zu ändern, dass in Beschwerden gegen Verfügungen der Kartellbehörde und Rechtsbeschwerden der Streitwert auf 1.000.000 Euro begrenzt wird. Im Rahmen dieser Regelung sind - insbesondere bei Zusammenschlussfällen, aber auch im Bereich der Kartell- und Missbrauchsaufsicht - Streitwerte in mehrfacher Millionenhöhe möglich. Auch wenn das Gesetz zur „Modernisierung des Kostenrechts“ allgemein und damit auch für das Kartellverwaltungsverfahren Streitwertbegrenzungen (30 Millionen Euro) eingeführt hat, so bedeuten auch Streitwerte dieser Größenordnung eine erhebliche Belastung des Bundeshaushaltes, indem bereits in der ersten Instanz Rechtsanwaltsgebühren von mehreren 100.000 Euro anfallen. Einerseits entsprechen derartige hohe Rechtsanwaltsgebühren nicht mehr dem Verhältnismäßigkeitsmaßstab. Andererseits sind die öffentlichen Haushalte enormen Prozessrisiken ausgesetzt. Gerade in Zusammenschlussfällen kann die Kartellbehörde diesen nicht aus dem Wege gehen, weil beim Vorliegen der Untersuchungs Voraussetzungen für sie eine Pflicht zum Einschreiten besteht. Gesetzliche Streitwertbegrenzungen existieren im Übrigen für alle Prozessarten (Zivil-, Verwaltungs- und Sozialgerichtsprozesse) auch in anderen Bereichen, wie z.B. in §§ 48 Abs. 1 Satz 2 (250.000 €), 48 Abs. 2 Satz 2 (1 Mio. €), 50 Abs. 2, 52 Abs. 4 (500.000 € bzw. 2,5 Mio. €) Gerichtskostengesetz. Es gibt im Gesetz also bereits Parallelfälle, in denen der Gesetzgeber Höchststreitwerte für erforderlich hielt. Auch diese Streitwertbegrenzungen haben zumindest teilweise den Schutz öffentlicher Haushalte zum Ziel. So ist die Streitwertbegrenzung bei Verfahren über Ansprüche nach dem Vermögensgesetz gemäß § 52 Abs. 4 Gerichtskostengesetz vorwiegend im Interesse der öffentlichen Hand im Falle ihres Unterliegens eingeführt worden (vgl. Materialien: Regierungsentwurf, BT-Drucks. 12/4801, S. 49; Hartmann, Kostengesetz, GKG § 13 Rn 21).

III. Beschränkung der Drittbeschwerde

Der Regierungsentwurf will dem Problem unberechtigter Blockaden bei Zusammenschlussvorhaben durch eine Beschränkung des Rechtsschutzes von Dritten im Eilverfahren Rechnung tragen. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung bei Anfechtungsklagen Dritter gegen Freigaben von Zusammenschlüssen setzt gemäß **§ 65 Abs. 3 Nr. 3 GWB-E** künftig voraus, dass der Dritte in seinen Rechten verletzt sein muss. Anders als im Hauptsacheverfahren genügt damit für die Beschwerdebefugnis

eines Dritten nicht mehr, dass dieser in seinen wettbewerblichen Interessen betroffen ist. Durch diese unterschiedliche Handhabung in Hauptsache und Eilverfahren wird der Rechtsschutz Dritter hinsichtlich freigegebener Zusammenschlüsse deutlich eingeschränkt. Kann gegen die Freigabe eines Zusammenschlusses ein hierdurch betroffener Dritter im Eilverfahren keine aufschiebende Wirkung erreichen, bietet ihm das Hauptsacheverfahren gegen den dann inzwischen vollzogenen Zusammenschluss keinen effektiven Rechtsschutz mehr. Durch § 65 Abs. 3 Nr. 3 GWB-E wird der Zielkonflikt zwischen der möglichst schnellen Umsetzung des Zusammenschlusses einerseits und einem möglichst weitgehenden Rechtsschutz andererseits zu Gunsten der Dispositionsfreiheit der fusionierenden Unternehmen entschieden.

IV. Marktbeherrschung

In **§ 19 GWB-E** wird klargestellt, dass die Marktbeherrschung auf dem jeweiligen sachlich und räumlich relevanten Markt festgestellt werden muss. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass der weitere räumliche Markt nicht nur bei der wettbewerblichen Beurteilung, sondern auch bei der Marktabgrenzung zugrunde zu legen ist. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass das Bundeskartellamt sehr eingeschränkte Möglichkeiten hat, die Marktverhältnisse auf einem über Deutschland hinausgehenden räumlichen Markt zu ermitteln, da im Ausland tätige Wettbewerber nicht zur Auskunftserteilung gegenüber dem Bundeskartellamt verpflichtet sind. Angesichts dieser beschränkten Ermittlungsmöglichkeiten kommt den Marktverhältnissen im Inland allerdings besondere Indizwirkung für die Marktverhältnisse auf dem größeren räumlich relevanten Markt zu, wie dies in der Begründung zutreffend zum Ausdruck kommt.

V. Ausweitung des § 20 Abs. 3 GWB

Das Bundeskartellamt sieht – ebenso wie der Regierungsentwurf – keinen Bedarf, in **§ 20 Abs. 3 GWB** die Erlangung einer Vorteilsgewährung auf den Versuch auszudehnen, indem die Tathandlung des „Aufforderns“ in den Missbrauchstatbestand aufgenommen wird. Entfiele der Erfolg als Voraussetzung des § 20 Abs. 3 GWB-E, würden Abgrenzungsprobleme zwischen unproblematisch marktüblichen Verhaltensweisen im Rahmen von Vertragsverhandlungen und einem als missbräuchlich zu qualifizierenden Verhalten entstehen. Ferner ließe sich nicht erklären, weshalb bei der missbräuchlichen Ausnutzung von Nachfragemacht insoweit strengere Voraussetzungen gelten sollten, als dort bereits der Versuch erfasst wird, während bei den übrigen Missbrauchstatbeständen – die ggf. viel schwerwiegendere wettbewerbliche Auswirkungen haben können, z.B. bei Kampfpreisen oder Ausbeutungen im Sinne des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB – ein Erfolg nachzuweisen wäre.

Das Bundeskartellamt teilt die Auffassung, dass bereits die gegenwärtig geltende Formulierung des § 20 Abs. 3 GWB in ausreichendem Maße die unmittelbar bevorstehende Verwirklichung des Tatbestandes und damit den Versuch erfassen kann. Ohne eine Erweiterung auf die Tathandlung des „Aufforderns“ läuft der Anwendungsbereich des § 20 Abs. 3 GWB auch nicht leer. Der neue § 32 Abs. 3 GWB-E enthält eine ausreichende Sanktionierung von Verstößen gegen § 20 Abs. 3 GWB, da er den Kartellbehörden die nachträgliche Feststellung einer bereits beendeten Zuwiderhandlung ermöglicht. Damit

kann zukünftig auch eine bereits beendete Vorteilsgewährung gemäß § 20 Abs. 3 GWB durch eine kartellbehördliche Verfügung erfasst werden.

VI. Veröffentlichung kartellbehördlicher Verfügungen

Die Bekanntmachungspflichten für den Vollzug von Zusammenschlüssen sind gestrichen worden. Neu sind hingegen die Pflichten zur Veröffentlichung von anerkannten Wettbewerbsregeln (§ 27 GWB-E) sowie zur Bekanntmachung der Einleitung eines Hauptprüfverfahrens (§ 43 GWB-E). Da voraussichtlich die neuen Pflichten zahlenmäßig weniger Bekanntmachungen auslösen werden als die alten Pflichten, bedeuten diese Änderungen per Saldo eine Entlastung der Kartellbehörden. Entsprechend dem Regierungsentwurf können sämtliche Bekanntmachungspflichten nunmehr alternativ im herkömmlichen oder im elektronischen Bundesanzeiger umgesetzt werden (§§ 43, 27, 62 GWB-E).

VII. Fristberechnungen

Das Bundeskartellamt unterstützt die in § 66 GWB-E vorgenommene Angleichung der Rechtslage des GWB an die ebenfalls novellierte Berufsregelungen der ZPO. Demnach ist nunmehr für die Berechnung der Fristen, innerhalb derer eine Beschwerde eingelegt und begründet werden muss, der Zeitpunkt der Zustellung der angefochtenen Verfügung maßgeblich.

VIII. Übernahme des neuen europäischen Untersagungskriteriums in die deutsche Fusionskontrolle

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit hat kurzfristig die Diskussion über eine Übernahme des neuen europäischen Untersagungskriteriums „erhebliche Behinderung effektiven Wettbewerbs“ - sog. SIEC-Test - anstelle des Kriteriums „Marktbeherrschung“ in die deutsche Fusionskontrolle eröffnet. Das Bundeskartellamt lehnt eine solche Angleichung der deutschen Zusammenschlusskontrolle an das europäische Recht im Rahmen der 7. GWB-Novelle ab.

Im Bereich der Fusionskontrolle ist eine derartige Harmonisierung mit der europäischen Regelung nicht erforderlich. Die bislang bestehenden Unterschiede zwischen dem europäischen und dem deutschen Recht haben nicht zu praktischen Problemen geführt. Bei einer Angleichung wäre vielmehr mit einem erheblichen Verlust an Rechtssicherheit zu rechnen. Nach der Übernahme des neuen europäischen Untersagungskriteriums wären Untersagungen unterhalb der Marktbeherrschungsgrenze möglich. Mangels Entscheidungs- und Fallpraxis könnte in diesen Fällen auf keine erprobten Kriterien zurückgegriffen werden. Es ist nicht auszuschließen, dass das Regelbeispiel „Marktbeherrschung“ an Bedeutung verlieren würde.

Die Einfügung des Merkmals der „erheblichen Behinderung effektiven Wettbewerbs“ führt auch nicht zu einer stärkeren Betonung der ökonomischen Ausrichtung der Fusionskontrolle. Die Gesamtbetrachtung wettbewerblcher Vor- und Nachteile unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten ist vielmehr schon jetzt Bestandteil der deutschen Fusionskontrolle. In der deutschen Fusionskontrolle werden Zusammenschlüsse grundsätzlich als tendenziell effizienzsteigernd und daher positiv bewertet. Diese positive Bewertung von Effizienzen stößt erst an eine Grenze, wenn das Funktionieren des Wettbewerbs gefährdet ist, also Marktbeherrschung zu erwarten ist. Die generelle Diskussion über eine stärkere ökonomische

Ausrichtung der Fusionskontrolle stellt mit dem Wechsel des Untersagungskriteriums in keinem direkten Zusammenhang. Allein durch die Übernahme des europäischen Untersagungskriteriums bestünde die Gefahr, dass die deutsche Fusionskontrolle gerade den Vorteil einbüßt, der sie auch international immer wieder positiv in den Vordergrund rückt: ihre Effizienz, Berechenbarkeit und Verlässlichkeit.

IX. Sonstige Änderungen bei der Fusionskontrolle

Die mit der 6. GWB Novelle veränderten Vorschriften zur Fusionskontrolle haben sich nach Ansicht des Bundeskartellamts im Wesentlichen bewährt. Eine grundlegende Änderung ist daher zu Recht nicht vorgesehen. Erkenntnisse aus der Anwendungspraxis lassen aber einige wenige Änderungen sinnvoll erscheinen.

So steht das Bundeskartellamt den geplanten Klarstellungen zum Verfahren bei Verweisungsfällen (§§ 39 Abs. 4, 40 Abs. 6 GWB-E), der Klarstellung und Vereinfachung, wem die Entscheidungen des Bundeskartellamtes innerhalb der Frist zuzustellen sind (§ 40 Abs. 2 Satz 2 GWB-E), und der Modernisierung der Veröffentlichungspflichten, insbesondere dem Wegfall der Veröffentlichungspflicht für Vollzugsanzeigen (§ 43 GWB-E), positiv gegenüber.

Bedauerlich ist, dass die Ermittlungsmöglichkeiten des Bundeskartellamtes bei der Beurteilung von Marktverhältnissen, die über das Inland hinausgehen, nicht gestärkt werden. Durch eine Ergänzung in § 39 Abs. 3 Nr. 4 GWB-E könnte den erheblichen Ermittlungsschwierigkeiten teilweise entgegen gewirkt werden. Die anmeldenden Unternehmen sollten verpflichtet werden, Marktanteile ab einer bestimmten Höhe (z.B. 10% oder 15%) auch auf einem über das Inland hinausgehenden Markt einschließlich ihrer Berechnungs- oder Schätzgrundlagen anzugeben, sofern sie einen solchen Markt für relevant halten. Die Überprüfung dieser Angaben im Markt ist praktikabler als die Zusammenstellung entsprechender vertraulicher Daten über Marktvolumen und -anteile durch Befragung von Wettbewerbern im Ausland. Mit einer solchen Vorschrift wäre keineswegs eine größere Rechtsunsicherheit verbunden, da die anmeldenden Unternehmen auch im geltenden Recht bereits Märkte (wenn auch im Inland) selbständig abgrenzen müssen.

Da es zur Verhinderung einer der Freigabefiktion nunmehr nur noch einer Zustellung der Verfügung an das anmeldende Unternehmen bedarf, regelt § 40 Abs. 2 GWB-E, dass auch die übrigen Beteiligten über den Zeitpunkt der Zustellung von Verfügungen informiert werden sollten, damit im Interesse einer größeren Rechtssicherheit Klarheit über den Zeitpunkt des Ablaufs der Rechtsmittelfrist bestehe. Diese Regelung ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes entbehrlich. An einer zügigen Unterrichtung aller Verfahrensbeteiligten wird das Bundeskartellamt deswegen ein eigenes Interesse haben, um möglichst rechtzeitig durch den baldigen Beginn bzw. Ablauf von Rechtsmitteln Rechtssicherheit zu schaffen.

Ergänzenden Bedarf sieht das Bundeskartellamt im Hinblick auf die Behandlung vollzogener, nicht angemeldeter Zusammenschlüsse. Der Regierungsbegründung zu § 41 Abs. 3 Satz 1 GWB-E ist zu entnehmen, dass vollzogene Zusammenschlüsse nicht nachträglich angemeldet werden können, sondern bei Vorliegen der Untersagungs Voraussetzungen zu entflechten sind. Eine entspre-

chende Klarstellung im Gesetzestext selbst würde diese Auffassung gerichtsfest machen. Darüber hinaus stellt sich die grundsätzliche Frage, ob die vorgesehene Regelung den Anforderungen einer effizienten Wettbewerbsaufsicht gerecht wird. Geboten wäre eine Regelung, nach der in solchen Fällen die Vollzugsanzeige – mit den für eine vollständige Anmeldung erforderlichen Angaben – als Verfahrensbeginn für die fusionskontrollrechtliche Prüfung maßgeblich ist. Damit sollten (verlängerte) Fristen sowie der Erlass einer Verfügung unter Verzicht auf den Monatsbrief verbunden sein.

Gemäß **§ 41 Abs. 1 Abs. 3 GWB-E** sollen gegen das Vollzugsverbot verstoßende Grundstücksgeschäfte von der Sanktion der Rechtsunwirksamkeit ausgenommen werden, soweit diese bereits in das Grundbuch eingetragen sind, indem ihre Rechtsunwirksamkeit – ähnlich wie beim Eintrag bestimmter gesellschaftsrechtlicher Verträge in das Handelsregister – durch den Grundbucheintrag geheilt wird. Die Änderung zielt auf Zusammenschlüsse von sogenannten Objektgesellschaften, deren ausschließlicher Zweck die Verwaltung von Grundstücken ist. Das Bundeskartellamt lehnt die Neuregelung ab. Einerseits schießt sie weit über das eigentliche Ziel hinaus, in dem sie sämtliche Grundstückstransaktionen, die ins Grundbuch eingetragen sind, von der Sanktion der Rechtsunwirksamkeit ausschließt. Andererseits unterscheiden sich – entgegen der Begründung des Gesetzentwurfs – die Gutgläubenswirkungen des Handelsregisters und des Grundbuchs hinsichtlich ihrer Schutzwirkungen: Während sich beim Handelsregister Dritte auf die Richtigkeit der Eintragungen verlassen können sollen, gilt dies bei Grundbucheintragungen in erster Linie für den gutgläubigen Erwerber. Dieser ist allerdings selbst an der fraglichen Transaktion beteiligt und daher nicht schutzbedürftig, zumal er durch den beratungspflichtigen Notar, der regelmäßig an dem Grundstücksgeschäft beteiligt sein wird, aufzuklären ist. Das Grundbuch sieht keinen Gutgläubenschutz für solche Grundstückserwerber vor, die die Mangelhaftigkeit des in Frage stehenden Geschäfts kennen. Dritte sind – soweit sie gutgläubig sind – durch die allgemeinen Gutgläubensvorschriften beim Grundstückserwerb (§ 892 BGB) ohnehin ausreichend geschützt. Da durch diese Regelung voraussichtlich ein Großteil der Zusammenschlüsse erfasst wird, die den Zusammenschusstbestand des Vermögenserwerbes betreffen, bedeutet diese Vorschrift faktisch eine einschneidende Beschränkung des Vollzugsverbotes.

X Gebühren

Das Bundeskartellamt regt an, durch Ergänzung des **§ 80 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GWB-E** bei Verfahren vor den Kartellbehörden eine Gebührenpflicht für Entscheidungen über Beiladungsanträge im Sinne des § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB einzuführen. Sie sind für die Kartellbehörden zum Teil mit erheblichem sachlichen Arbeitsaufwand verbunden und führen bei einer positiven Bescheidung zur Erweiterung der Rechte des Beigeladenen (Akteneinsicht, Drittschwerde etc.). Angemessen wäre eine Gebühr, die sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Verfahrens für den Beigeladenen und dem personellen und sachlichen Aufwand der Beiladung richtet, aber 5.000 Euro nicht überschreiten sollte.

D. Kosten

Die Novellierung führt beim Bundeskartellamt zu einer Erhöhung der Personal- und Sachkosten. Durch die Re-

gelungen der VO 1/2003 und deren Umsetzungen in der GWB-Novelle entstehen neue Tätigkeitsfelder wie z.B. durch den ECN-Kooperationsbedarf mit der Kommission, den Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten, aber auch den Landeskartellbehörden, sowie durch zusätzlichen Übersetzungsaufwand und Ausweitung des IT- und Bibliothekbestandes.

Kurzzusammenfassung der Stellungnahme zum Regierungsentwurf

Das Bundeskartellamt stimmt den im Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle (BT-Drucks. 15/3640) vorgeschlagenen Änderungen im Wesentlichen zu. Sowohl die angestrebten Anpassungen an die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 16. Dezember 2002 als auch die im Zuge der Novelle geplanten weiteren Änderungen des GWB sind überwiegend zu begrüßen. Gegen einige der geplanten Regelungen gibt es aus Sicht des Bundeskartellamtes Bedenken (z.B. pressenspezifische Änderungen, § 23 GWB-E), andere gebotene Änderungen und Ergänzungen sind unterblieben (z.B. Rechtsbeschwerdemöglichkeiten gegen Eilentscheidungen der Oberlandesgerichte).

A. Anpassungen an die Verordnung (EG) 1/2003

1. Das Bundeskartellamt befürwortet die Änderungen im Bereich des **Kartellverbots** (§§ 1, 2 GWB-E), durch die die im deutschen Recht bestehende Anmelde- und Genehmigungspflicht für die Freistellung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen durch das Prinzip der Legalausnahme ersetzt wird. Hiermit wird die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 zeitnah umgesetzt, so dass in der Anwendungspraxis der deutschen Kartellbehörden und Gerichte Abgrenzungsprobleme und Wertungswidersprüche vermieden werden, die aufgrund des nicht klar konturierten Kriteriums der „Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten“ entstehen können.
2. Fraglich ist die Regelung zur Beibehaltung der Freistellung von **Mittelstandskartellen** (§ 3 GWB-E). Für Mittelstandskartelle gilt die weiterreichende Freistellung des GWB nur in den Fällen, in denen der zwischenstaatliche Handel nicht berührt ist, so dass die angestrebte Rechtssicherheit nicht erreicht wird. § 4 GWB-E ist als eigenständige Norm für die Aufrechterhaltung einer eigenen **Verbotsnorm für Preisbindungen** überflüssig, da der angestrebte Regelungsbereich vollständig durch die Ausdehnung des § 1 GWB-E auf das Verbot vertikaler Bindungen abgedeckt wird.
3. Die Regelung zur **europafreundlichen Anwendung** des GWB (§ 23 GWB-E) lehnt das Bundeskartellamt ab. Einer Verpflichtung, nach der die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts im nationalen Recht maßgeblich zugrunde zu legen sind, bedarf es nicht. Die Vorschrift ist in ihrer Reichweite und ihren rechtlichen Konsequenzen nicht scharf umgrenzt und birgt erhebliche Unsicherheiten in der Rechtsanwendung in sich. Es stellt sich die Frage, was der Begriff der „Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts“ bedeutet und was unter der Formulierung „maßgeblich zugrunde zu legen“ zu verstehen ist. Es bleibt offen, ob von diesen Begriffen sämtliche der mehrere hundert Seiten umfassenden Leitlinien und Bekanntmachungen der Europäischen Kommission umfasst

- sind. Die Regelung würde vor allem Landeskartellbehörden und Zivilgerichte ohne sachliche Notwendigkeit erheblich belasten.
4. Das Bundeskartellamt unterstützt die Abschaffung der **Ausnahmebereiche** (Kredit- und Versicherungswirtschaft, Urheberrechtsverwertungsgesellschaften, Sport), da diese Bereiche auch nicht von Art. 81, 82 EG ausgenommen sind und damit ohnehin weitgehend wirkungslos wären.
 5. Das Bundeskartellamt begrüßt die in § 50 Abs. 1 GWB-E vorgesehene Ermächtigung der **Landeskartellbehörden** zur Anwendung der Art. 81, 82 EG. Eine Verbesserung stellt auch die Möglichkeit dar, gemäß § 49 Abs. 3 und 4 GWB-E im Bereich der Kartellverfolgung und Missbrauchsaufsicht in Einzelfällen einvernehmlich zu einer von der generellen Zuständigkeitsverteilung zwischen Bundes- und Landesbehörden abweichenden Zuständigkeit zu kommen.
 6. §§ 50a, 50b GWB-E ermöglichen eine **effektive Zusammenarbeit im Netzwerk** der europäischen Wettbewerbsbehörden und mit anderen außereuropäischen Staaten. § 50a GWB-E übernimmt Art. 12 VO 1/2003, wobei klargestellt wird, dass sich das Beweisverwertungsverbot nicht auf juristische Personen bzw. Personenvereinigungen erstreckt. § 50c GWB-E betrifft den Informationsaustausch zwischen Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden. § 90a GWB-E regelt entsprechend den Vorgaben des Art. 15 VO 1/2003 die Weiterleitung von gerichtlichen Entscheidungen über das Bundeskartellamt an die Europäische Kommission.
 7. Das Bundeskartellamt begrüßt die geplante **Erweiterung der Behördenbefugnisse**: § 32 GWB-E ermöglicht eine positive Tenorierung und die nachträgliche Feststellung eines Verstoßes. § 32b GWB-E übernimmt das in der VO 1/2003 vorgesehene Instrument der Verpflichtungszusagen. Gemäß § 32c GWB-E kann die Kartellbehörde im Einzelfall feststellen, dass für sie kein Anlass zum Tätigwerden besteht. Dieses Instrument ist jedoch keine Kompensation der durch die Abschaffung des Anmelde- und Genehmigungssystem entfallenden Freistellungsentscheidung, zumal es nur die handelnde Behörde, nicht aber die Europäische Kommission oder Behörden anderer Mitgliedstaaten bindet. Auf Basis des § 32e GWB-E kann das Bundeskartellamt Untersuchungen einzelner Wirtschaftszweige und einzelner Arten von Vereinbarungen durchführen. § 34 GWB-E erlaubt nunmehr eine Abschöpfung des durch den Kartellrechtsverstoß erlangten Vorteils ab dem Zeitpunkt des Verstoßes und nicht mehr lediglich eine Abschöpfungsmöglichkeit für Verstöße gegen kartellbehördliche Verfügungen für den nach der Verfügung erlangten Mehrerlös. Die aufschiebende Wirkung von Beschwerden gegen kartellbehördliche Entscheidungen wird durch den neuen § 64 GWB-E beschränkt, wodurch die Durchsetzungsmöglichkeiten für kartellbehördliche Entscheidungen ebenfalls verbessert werden.
 8. Für § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB-E besteht noch Änderungsbedarf bezüglich der **Bußgeldbemessung**, da seit der jüngsten Rechtsprechung des Oberlandesgerichts hinsichtlich des „ob“ eines Mehrerlöses und der Grundlagen für die Schätzung der Mehrerlöshöhe kaum erfüllbare Beweisanforderungen gelten. Der dann nur noch mögliche, nunmehr auf 1 Mio. Euro angehobene abstrakte Bußgeldrahmen bietet kein ausreichendes Sanktionsmittel. Es muss ein ergänzender Bußgeldtatbestand geschaffen werden, der – auch im Vergleich mit der Kommission – die Verhängung sachgerechter Bußgelder ermöglicht. Das Bundeskartellamt begrüßt die mit § 81 Abs. 6 GWB-E verfolgte Absicht, wonach Geldbußen vom Tag der Festsetzung an zu **verzinsen** sind.
 9. Das Bundeskartellamt bedauert, dass § 82a GWB-E nicht in der Weise neu gefasst worden ist, dass den Kartellbehörden die **Zuständigkeit im gerichtlichen Bußgeldverfahren** zuerkannt wird, sondern es lediglich einem Vertreter der Kartellbehörden gestattet wird, Fragen an Betroffene, Zeugen und Sachverständige zu richten. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für die Vollstreckung gerichtlich festgesetzter Geldbußen, soweit die gerichtlichen Verfahren auf seinen Bußgeldbescheiden beruhen, ist demgegenüber sachgerecht.
 10. Die im Regierungsentwurf vorgesehenen Änderungen stärken die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts (**§ 33 GWB-E**): Die Anspruchsberechtigung für Unterlassungsansprüche wird auf abstrakt Betroffene (insbesondere Verbraucherschutzverbände) ausgedehnt. Der Gewinn kann bei der Schadensberechnung berücksichtigt werden. Ferner wird eine Verzinsungspflicht für die Geldschuld ab Schadenseintritt normiert. Das Bundeskartellamt würde darüber hinaus – wie auch zunächst im Referententwurf vorgesehen – eine ausdrückliche Ausschaltung der „**passing-on defense**“ begrüßen. Dies hätte zur Folge, dass ein Kläger den gesamten Schaden geltend machen kann, unabhängig davon, ob er den Schaden an seine Abnehmer weitergereicht hat. Die vorgesehene Rechtskrafterstreckung für sämtliche Entscheidungen, in denen Kartellbehörden in der Europäischen Union Verstöße gegen Art. 81, 82 EG feststellen, auf zivilgerichtliche Verfahren („**follow-on-Klagen**“), ist aus Sicht des Bundeskartellamtes zu weitgehend.
 11. Die Stärkung der Rechte der Verbraucher durch die aufgrund von **§ 34a GWB-E** mögliche Vorteilsabschöpfung durch Verbände ist ein richtiger Schritt, zumal die von Kartellrechtsverstößen unmittelbar betroffenen einzelnen Unternehmen das mit einer zivilrechtlichen Klage einhergehende Prozessrisiko scheuen.
- B. Pressefusionsregelungen und sonstige Sonderregelungen zum Presserecht**
1. Das Bundeskartellamt lehnt die für Kooperationen von Zeitungsverlagen im Anzeigenbereich vorgesehene **Freistellung vom Kartellverbot** ebenso ab wie die Nichtanwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften auf damit zusammenhängende **Zusammenschlüsse** (§ 31 GWB-E). Anzeigenkooperationen sind bereits nach dem geltenden Recht in erheblichem Umfang möglich und werden auch von den Verlagen vielfach praktiziert. Die unbeschränkte Freistellung vom Kartellverbot könnte auch von Großverlagen in Anspruch genommen werden. Bei Zeitungsverlagen ist das Anzeigengeschäft eine wesentliche wirtschaftliche Grundlage, die auch über den Erfolg auf dem

Lesermarkt entscheidet. Eine Beschränkung des Wettbewerbs im Anzeigenmarkt hat auch immer Folgen für den Lesermarkt („Anzeigen-Auflagen-Spirale“). Die geplante Regelung eröffnet beispielsweise die Möglichkeit, dass alle drei Berliner Tageszeitungen – Tagesspiegel, Morgenpost und Berliner Zeitung – Absprachen im Anzeigenbereich treffen und Inserenten einem Preisdiktat gegenüber stehen.

2. Das Bundeskartellamt wendet sich gegen die Änderungen der Aufgreifschwelen. Durch die Anwendbarkeit der De-minimis-Klausel auf Presseunternehmen mit Umsätzen von unter 2 Mio. € (§ 35 Abs. 2 GWB-E) sowie die Halbierung des Umsatzberechnungsfaktors auf das Zehnfache (§ 38 Abs. 3 GWB-E) wird die Zahl der kontrollfreien Zusammenschlüsse mit kleineren Zeitungs- und Anzeigenblattverlagen steigen. Auch Großverlage könnten dann kleinere Zeitungs- oder Anzeigenblattverlage kontrollfrei erwerben. Dies gilt z.B. auch dann, wenn es sich bei den kleineren Verlagen um die einzigen Wettbewerber des erwerbenden Großverlages handelt oder Gebietsmonopolisten hierdurch ihre Verbreitungsgebiete arrondieren.
3. Gemäß § 36 Abs. 1 a GWB-E soll ein zur Marktherrschaft führender Zusammenschluss im Bereich der Zeitungen freizugeben sein, solange sowohl die erworbene als auch die erwerbende Zeitung mit ihren jeweiligen redaktionellen Ausgaben als eigenständige redaktionelle Einheiten erhalten bleiben. Diese Regelung trifft auf massive Bedenken und stellt einen grundlegenden Systemwechsel dar. Der bisher verfolgte Ansatz, publizistische Vielfalt durch wirtschaftliche Vielfalt zu gewährleisten, wird faktisch aufgegeben.

C. Sonstige Änderungen durch die GWB-Novelle

1. Zu bedauern ist, dass in §§ 74, 75 GWB-E die **Rechtsbeschwerdemöglichkeit** vor dem Bundesgerichtshof nicht auf **Eilentscheidungen** der Oberlandesgerichte im Zusammenhang mit verfahrensabschließenden Verfügungen der Kartellbehörden ausgeweitet worden ist. Eine solche Erweiterung würde die Entscheidung über Grundsatzfragen durch eine zweite Instanz erlauben, die von ganz erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sein können und deren Klärung erst im Hauptsacheverfahren zu mehrjähriger Rechtsunsicherheit, verbunden mit einer deutlichen Einschränkung der Handlungsfähigkeit der Kartellbehörden, führen kann.
2. Das Bundeskartellamt plädiert weiterhin für eine **Streitwertbegrenzung** in Kartellverwaltungssachen, indem in § 50 Gerichtskostengesetz der Streitwert für Beschwerden gegen kartellbehördliche Verfügungen auf 1.000.000 € begrenzt wird.
3. Durch die Beschränkung der **Drittbeschwerdemöglichkeiten** in § 65 Abs. 3 Nr. 3 GWB-E wird der Zielkonflikt zwischen unberechtigten Blockaden einerseits und einem möglichst weitreichenden Rechtsschutz Dritter andererseits zu Gunsten der Dispositi-

onsfreiheit der fusionierenden Unternehmen entschieden.

4. Das Bundeskartellamt sieht – ebenso wie der Regierungsentwurf – keinen Bedarf, in § 20 Abs. 3 GWB die Erlangung einer Vorteilsgewährung auf den Versuch auszudehnen, indem die Tathandlung des „Aufforderns“ in den **Missbrauchstatbestand** aufgenommen wird.
5. Das Bundeskartellamt lehnt die Übernahme des neuen europäischen Untersagungskriteriums „erhebliche Behinderung effektiven Wettbewerbs“ (sog. **SIEC-Test**) in die deutschen Zusammenschlusskontrolle, die kurzfristig vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit zur Diskussion gestellt worden ist, im Rahmen der 7. GWB-Novelle ab. Die bislang bestehenden Unterschiede zwischen dem europäischen und dem deutschen Recht haben nicht zu praktischen Problemen geführt. Die vorgeschlagene Änderung führt auch nicht zu einer stärkeren Betonung der ökonomischen Ausrichtung der Fusionskontrolle. Vielmehr ermöglicht die gegenwärtig maßgebende Gesamtbetrachtung der wettbewerblichen Vor- und Nachteile die Berücksichtigung von wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Mangels Entscheidungs- und Fallpraxis zu dem auch im europäischen Recht ausfüllungsbedürftigen Kriterium würde erhebliche Rechtsunsicherheit entstehen.
6. Das Bundeskartellamt begrüßt die Klarstellungen und Verfahrensvereinfachungen in der **Fusionskontrolle** (§§ 39, 40 GWB-E). Bedauerlich ist, dass die Ermittlungsmöglichkeiten des Bundeskartellamtes bei der Beurteilung von Marktverhältnissen, die über das Inland hinausgehen, nicht gestärkt wurden. Es wäre sinnvoll gewesen, in § 39 GWB-E die Verpflichtung aufzunehmen, Marktanteile ab einer bestimmten Höhe auch auf einem über das Inland hinausgehenden Markt einschließlich ihrer Berechnungs- und Schätzgrundlagen anzugeben. Abzulehnen ist die in § 41 GWB-E vorgesehene Regelung, dass gegen das Vollzugsverbot verstoßende Grundstücksgeschäfte von der Sanktion der Unwirksamkeit ausgenommen werden, soweit diese bereits ins Grundbuch eingetragen sind, indem ihre Rechtsunwirksamkeit durch Grundbucheintragung geheilt wird. Faktisch bedeutet dies eine einschneidende Beschränkung des Vollzugsverbotes, für die unter dem Aspekt des Gutgläubenschutzes kein Bedarf besteht.
7. Das Bundeskartellamt regt eine **Gebührenpflicht** für Entscheidungen über Beiladungsanträge an.
8. Die Novellierung führt beim Bundeskartellamt zu einer Erhöhung der **Personal- und Sachkosten**, die insbesondere durch die europarechtlichen Vorgaben ausgelöst werden.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1341

16. September 2004

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 -**

Christian von Hammerstein, Hogan & Hartson Raue L.L.P., Bundesrechtsanwaltskammer

Das Vorhaben der Bundesregierung, das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) mit den am 1. Mai 2004 in Kraft tretenden Regelungen der EG-Durchführungsverordnung zur Anwendung der Art. 81 und 82 EG (VO 1/2003) zu harmonisieren, ist zu begrüßen. Die Verknüpfung dieses Vorhabens mit der Beschränkung von Verfahrensrechten und Rechtsschutzmöglichkeiten ist jedoch nachdrücklich abzulehnen. Auch im Lichte der Erfahrungen der mit der 6. GWB-Novelle eingeführten Möglichkeit von Drittbeschwerden einschließlich der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes besteht mit Ausnahme von zwei Punkten kein Bedarf für eine Änderung des bisherigen Rechtsschutzsystems.

1. Ausgangspunkt

Die in der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vertretene Auffassung, die mit der 6. GWB-Novelle eingeführte Möglichkeit von Drittklagen gegen förmliche Freigabeentscheidungen der Kartellbehörden habe sich in der Praxis als Vollzugshindernis und Investitionshemmnis erwiesen, kann nicht geteilt werden. Es gibt keinen Beleg dafür, dass Drittklagen „missbräuchlich“ erhoben worden sind und sich in ungerechtfertigter Weise als Investitionshemmnis erwiesen hätten. Nachteilige Folgen für den Standort Deutschland als Investitionsziel für ausländische Investoren hat nicht der bestehende Rechtsrahmen, sondern hätte eine Beschränkung des Rechtsschutzes. Es sind im allgemeinen gerade inländische, marktmächtige Unternehmen, die von einer weniger streng kontrollierten Freigabepraxis profitieren und den Zugang zum Markt für ausländische Unternehmen beschränken würden.

a) Gerichtliche Entscheidungspraxis

Bereits vor Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle hat der BGH das grundsätzliche Recht von Wettbewerbern anerkannt, gegen Zusammenschlüsse vorzugehen.¹²¹ Allerdings blieb die Rechtsprechung wegen fehlender gesetzlicher Verfahrensregelungen praktisch bedeutungslos. Bisher ist nur ein Fall bekannt, in dem ein Kartellsenat nach Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle einer Drittbe-

schwerde in der Hauptsache stattgegeben hat. Auch diese Entscheidung des Kammergerichtes ist später vom BGH revidiert worden.

In bisher nur drei Fällen hat das OLG Düsseldorf Anträgen von Wettbewerbern auf Aussetzung des sofortigen Vollzugs von Freigabeentscheidungen stattgegeben.

Diesen drei Einzelfällen kann keine generelle Tendenz der Rechtsprechung zur Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes entnommen werden, die gesetzgeberischen Handlungsbedarf zur künftigen Beschränkung von Rechtsschutzmöglichkeiten auslöst. Zudem hat das OLG Düsseldorf in allen drei Fällen die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Rechtsmittel jeweils mit gravierenden Zweifeln an der Rechtmäßigkeit der Freigabeverfügungen begründet. Ein leichtfertiger Umgang der Gerichte mit dem Instrument des einstweiligen Rechtsschutzes im allgemeinen sowie den Maßstäben des § 65 Abs.3 GWB im besonderen ist durchaus nicht erkennbar, zumal die Würdigung einer Freigabe im Einzelfall den zuständigen Gerichten überlassen bleiben muss.

Da an dem Vollzug einer rechtswidrigen Freigabeentscheidung kein öffentliches Interesse bestehen kann, lagen diesen Fällen auch keine „missbräuchlichen Drittklagen“ zugrunde, sondern nach dem Stand des Eilverfahrens voraussichtlich begründete Beschwerden von durch die Zusammenschlüsse betroffenen Wettbewerbern. Ob den Beschwerden noch andere Motive als die Wahrung des Wettbewerbs zugrunde lagen und damit als „missbräuchlich“ angesehen werden könnten, kann kein Entscheidungskriterium für den Gesetzgeber sein. Auch sonst setzen die gesetzlichen Voraussetzungen für die Gewährung von Rechtsschutz nicht bei der Motivforschung an. Wenn Rechtsschutzmöglichkeiten gewährt werden, kann es nicht Gegenstand zusätzlicher gesetzlicher Regelungen sein, den Rechtsschutz von „lauteren Motiven“ abhängig zu machen. Überdies ist das Risiko eines „Missbrauchs“ praktisch weitgehend zu vernach-

¹²¹ BGH WuW/E BGH 1556 – Weichschaum III –.

lässigen, weil schon nach den geltenden gesetzlichen Regelungen durch offensichtlich unbegründete Beschwerden der Vollzug freigegebener Zusammenschlüsse nicht verhindert werden kann.

b) Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen

aa) Gebot praktischer Konkordanz

Der verfassungsrechtlich gebotene Rechtsschutz gegen Verfügungen des Bundeskartellamtes oder des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit darf nicht eingeschränkt werden. Zwar schützen weder Art. 12 GG noch Art. 14 GG vor Veränderungen des bestehenden Wettbewerbsumfelds. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes wird aber in die verfassungsrechtlich geschützte Unternehmerfreiheit eingegriffen, wenn durch staatliche Maßnahmen der Wettbewerb beeinflusst und die Ausübung einer unternehmerischen Tätigkeit dadurch behindert wird.¹²² Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben sind vom Gesetzgeber im Wege praktischer Konkordanz mit der grundrechtlich verbürgten Freiheit der Zusammenschlussbeteiligten wie bei jedem multipolarem Rechtsverhältnis in Einklang zu bringen. Dabei stellen die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle im GWB die gesetzlichen Schranken dar, in denen sich die unternehmerische Betätigung in dem von Art. 14, 12 GG garantierten Umfang entfaltet. Liegen die Voraussetzungen für die Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens nach §§ 40, 42 GWB vor, besteht ein verfassungsrechtlicher Anspruch der Zusammenschlussbeteiligten auf eine positive Entscheidung des Bundeskartellamtes oder des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit. Liegen die Voraussetzungen für eine Freigabe nicht vor, besteht ein Anspruch der von dem Zusammenschlussvorhaben potentiell betroffenen Wettbewerber auf Unterlassung des Zusammenschlussvorhabens.

Vom Gesetzgeber ist daher folgendes sicherzustellen:

- Beschwerden gegen **rechtmäßige** Freigabeentscheidungen dürfen im Hauptsacheverfahren und nach Möglichkeit auch im vorläufigen Rechtsschutzverfahren keinen Erfolg haben.
- Ist die Freigabeentscheidung dagegen **rechtswidrig**, besteht weder ein öffentliches noch ein schutzwürdiges privates Interesse an ihrem Vollzug. Sie ist auf Beschwerde betroffener Wettbewerber aufzuheben, jedenfalls ihr Vollzug auszusetzen.

bb) Gebot effektiven, vorläufigen Rechtsschutzes

Der verfassungsrechtlich gebotene Rechtsschutz beschränkt sich nicht auf Hauptsacheverfahren. Art. 19 Abs. 4 GG gebietet die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes, wenn anderenfalls der Vollzug einer praktisch nicht mehr rückgängig zu machenden und möglicherweise rechtswidrigen Verfügung droht.¹²³ Würden nach der zu Ziff. 41 des Entwurfs der Bundesregierung vorgeschlagenen Regelung in § 65 Abs. 3 Satz 3 an die Zulässigkeit von Beschwerden in der Hauptsache und an parallele Anträge auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes unterschiedliche Anforderungen gestellt, würde genau dieses verfassungsrechtliche Gebot verletzt.

Unabhängig von der Frage, ob und in welchem Umfang der Wettbewerber von sich zusammenschließenden Un-

ternehmen in Grundrechten betroffen ist, hat er jedenfalls ein einfach-gesetzliches Recht auf Verhinderung eines rechtswidrigen Zusammenschlusses durch seine Hauptsachebeschwerde. Selbst wenn diese Beschwerde überwiegende Erfolgsaussichten haben sollte, müsste das Kartellgericht seinen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung im Eilverfahren als unzulässig zurückweisen, sofern man die Neuregelung in § 65 Abs. 3 Satz 3 in dem von der Bundesregierung gewollten Sinne verstehen würde.

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme vom 9. Juli 2004¹²⁴ darauf hingewiesen, dass auch eine etwaige Entflechtung für den betroffenen Wettbewerber nach erfolgreicher Beschwerde im Hauptsacheverfahren die Auswirkungen des rechtswidrigen Zusammenschlusses auf Wettbewerber, Kunden und Lieferanten nicht mehr ungeschehen machen kann. Auch die Monopolkommission hat zu Recht ausgeführt, dass die Durchführung einer Entflechtung gegen den Willen der Zusammenschlussbeteiligten nahezu unmöglich ist und in der Praxis bisher auch wohl noch nie stattgefunden hat. Die Bundesregierung hat noch in der Begründung zum Entwurf der 6. GWB-Novelle¹²⁵ auf genau diese Schwierigkeiten bei der Entflechtung bereits vollzogener, anschließend jedoch untersagter Zusammenschlüsse hingewiesen. Die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach der 6. GWB-Novelle war eine unmittelbare Konsequenz dieser Erkenntnis.

Es ist kein Grund zu ersehen, weshalb diese Erkenntnis nun nicht mehr richtig sein soll. Es ist nicht nur verfassungsrechtlich geboten, dem Rechtsschutz in der Hauptsache auch einen effektiven vorläufigen Rechtsschutz beiseite zu stellen. Das Prinzip der präventiven Fusionskontrolle kann wirkungsvoll nur durch Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes erreicht werden.¹²⁶

cc) Sachgerechte Lösung des Konflikts

Der Gesetzgeber der 6. GWB-Novelle hat den möglichen Konflikt mit dem Grundrecht der Zusammenschlussbeteiligten auf Vollziehung einer im Ergebnis rechtmäßigen Freigabeentscheidung gesehen und die Anforderungen für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes in § 65 Abs. 3 gegenüber den in anderen Verfahrensordnungen (VwGO, SGG) getroffenen Regelungen deutlich verschärft. Notwendig sind „ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung“. Eine bloße Interessenabwägung ohne Prüfung der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Hauptsache ist anders als in den Fällen der §§ 80 Abs. 5, 123 VwGO, § 97 SGG schon von Gesetzes wegen nicht möglich. Das Gericht hat stets jedenfalls eine summarische Prüfung der Freigabeverfügung vorzunehmen und vorläufigen Rechtsschutz nur dann zu gewähren, wenn überwiegend wahrscheinlich ist, dass die Verfügung im Beschwerdeverfahren aufgehoben wird.¹²⁷

Darin liegt ein gerechter und verfassungsrechtlich gebotener Ausgleich der Grundrechtspositionen von fusionswilligen Unternehmen und davon betroffenen Wettbe-

¹²² BVerfGE 86, 28 [37]; BVerfGE 32, 311 [317]; 46, 120 [137 f.]; Grimm NVwZ 1985, 865 ff.; OLG Düsseldorf WuW 2002, 980 – E.ON/Ruhrgas.
¹²³ BVerfGE 93, 1 [14]; 79, 69 [74].

¹²⁴ BR-Drucks. 441/04 [Beschluss], Ziff. 18.

¹²⁵ vgl. Begründung der Bundesregierung zum Entwurf der 6. GWB-Novelle, WuW-Sonderheft 1998, 80.

¹²⁶ OLG Düsseldorf, WuW 2003, 169 [176] – E.ON/Ruhrgas.

¹²⁷ Die weitere in § 65 Abs. 3 Nr. GWB vorgesehene Möglichkeit zur Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zur Vermeidung unbilliger Härten dürfte kaum praktische Relevanz haben.

werben. Dadurch wird auch der die sonstigen Regelungen des Regierungsentwurfs tragenden Harmonisierung mit dem europäischen Recht Rechnung getragen. Auch dort kommt es weder für Beschwerden im Hauptsache- noch im Eilverfahren auf eine Rechtsverletzung in dem von der Bundesregierung verstandenen Sinne an. Rechtsschutz kann jeder durch das Zusammenschlussvorhaben betroffene Wettbewerber auch vorläufig erlangen.

2. Ministererlaubnis

Die Auffassung der Bundesregierung, dass die Ministererlaubnis als politisch zu verantwortende Ausnahmege- nehmigung bewahrt bleiben muss, wird geteilt. Die vor- handenen Regelungen des GWB haben sich bewährt.

Allerdings sollten die bisherigen Verfahrensregeln auch nicht aufgeweicht werden, um durch ihre strikte Einhal- tung die Rechtmäßigkeit der materiell nur eingeschränkt überprüfbaren Ministererlaubnis zu gewährleisten. Des- halb sollte es bei der mündlichen Verhandlung durch den Minister bleiben. Auch die rechtspolitisch ohnehin ver- unglückte Regelung des § 45 Abs. 2 VwVfG zur nach- träglichen Heilung von Verfahrensfehlern sollte nicht übernommen werden.

a) Mündliche Verhandlung

Die mit der Neuregelung in § 56 Abs. 3 vorgesehene Ent- lastung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit von der persönlichen Leitung der obligatorischen münd- lichen Verhandlung ist ein Schritt in die falsche Rich- tung. Dem Bundeswirtschaftsminister ist bei seiner Ent- scheidung ein weiter Beurteilungsspielraum eingeräumt worden. Dies entspricht dem Charakter der Ministerer- laubnis als politisch zu verantwortende Ausnahmege- nehmigung. Deshalb hat der Minister die Entscheidung persönlich zu treffen. Seine obligatorische Teilnahme an der mündlichen Verhandlung sichert nicht nur das Recht aller an dem Ministererlaubnisverfahren beteiligten Un- ternehmen auf rechtliches Gehör, sondern dient in beson- derer Weise der Effizienz des Verfahrens. Da der Mini- ster aufgrund seiner vielfältigen politischen und admini- strativen Verpflichtungen große Teile der Entschei- dungsvorbereitung seinen Mitarbeitern überlassen muss, sichert seine Teilnahme an der mündlichen Verhandlung, dass ihm zumindest einmal in einer auch für die Öffent- lichkeit transparenten Weise alle für und wider die Mini- stererlaubnis streitenden Standpunkte durch die Verfah- rensbeteiligten und Sachverständigen zu Gehör gebracht werden. Damit erhält er eine Entscheidungsgrundlage, die durch Aktenstudium und Berichte seiner Mitarbeiter nicht ersetzt werden kann.

b) Heilung von Verfahrensfehlern

Auch die mit der Neuregelung in § 56 Abs. 4 vorgesehe- ne Anwendbarkeit der Vorschrift des § 45 Abs. 2 VwVfG ist verfehlt. Die Ausdehnung der Heilungsmög- lichkeit von Verfahrensfehlern bis zum Abschluss eines gerichtlichen Verfahrens ist bereits bei Einführung in das VwVfG rechtspolitisch höchst umstritten und verfas- sungsrechtlichen Zweifeln ausgesetzt gewesen. Die Übernahme dieser Regelung auch in das Fusionskon- trollverfahren ist nicht mit den Zwecken der präventiven Fusionskontrolle zu vereinbaren. Dies gilt in besonderem Maße im Ministererlaubnisverfahren. Wegen des dem Minister zustehenden weiten Beurteilungsspielraums ge- winnt die Sicherung der Grundrechte der Zusammen-

schlussbeteiligten und der davon betroffenen Wettbewer- ber durch Einhaltung der Verfahrensregeln besondere Bedeutung. Die Übernahme einer Vorschrift wie § 45 Abs. 2 VwVfG in das GWB würde die Kartellbehörde jedoch dazu verleiten, die Verfahrensvorschriften zu ver- nachlässigen und sich im Falle der Anfechtung auf die nachträgliche Heilungsmöglichkeit zu verlassen. Im Hei- lungsverfahren wird die Behörde jedoch in aller Regel nicht mehr unbefangen und ohne Rücksicht auf prozess- taktische Überlegungen und die Autorität der Verwaltung handeln. Die Zulassung z. B. einer erst während des Pro- zesses nachgeholt Anhearing der Verfahrensbeteiligten stellt eine außerordentliche Herausforderung an die Fä- higkeiten der Behörde zur Distanzierung von ihrer schon einmal getroffenen Entscheidung dar, der die Behörde praktisch kaum gerecht werden kann.

3. Eigene Vorschläge

In zwei Punkten ist das bestehende Rechtsschutzsystem nicht konsequent und verfassungsrechtlich nicht haltbar. Folgende Änderungen werden empfohlen:

a) Rechtsschutz im Vorprüfverfahren

Nach dem bisherigen Verständnis der Rechtsschutzrege- lungen im GWB scheidet eine Drittbeschwerde gegen die stillschweigende oder ausdrückliche Freigabe eines Zusammenschlusses im Vorprüfungsverfahren nach § 40 Abs. 1 S. 1 GWB entweder mangels eines ausdrücklichen Freigabebescheides oder weil spätestens nach Ablauf der Monatsfrist des § 40 Abs. 1 S. 1 GWB das Rechtsschutz- bedürfnis wegfällt.

Dieser Ausschluss der Drittbeschwerde ist systemwidrig. Da nach den Ausführungen unter Ziff. I. lit. b) die Dritt- beschwerdemöglichkeit gegen rechtswidrige Freigaben verfassungsrechtlich garantiert ist, muss auch bei einer Freigabe im Vorprüfungsverfahren Rechtsschutz im Hauptsache- und vorläufigen Verfahren gewährt werden. Auch in der 1. Phase des Fusionskontrollverfahrens kann es um Fälle gehen, die von ihrer Komplexität und wett- bewerblichen Relevanz Fällen im Hauptprüfverfahren gleichen.¹²⁸ Die Wirkung einer Freigabe im Vor- oder im Hauptprüfverfahren ist stets gleich. Es ist deshalb auch mit Art. 3 Abs. 1 GG (Gleichheitsgebot) nicht vereinbar, wenn in dem einen Fall Rechtsschutzmöglichkeiten be- stehen, in dem anderen Fall aber nicht.

Zudem hat es die Kartellbehörde aufgrund der bisherigen Regelung in der Hand, das Verfahren so zu gestalten, dass gegen ihre Entscheidungen kein Rechtsschutz mög- lich ist. Indem sie auch ein komplexes und möglicher- weise sogar zu einer marktbeherrschenden Stellung füh- rendes Zusammenschlussvorhaben im Vorprüfungsver- fahren freigibt, verhindert sie eine nachträgliche gericht- liche Überprüfung. Es ist jedoch mit rechtsstaatlichen Grundsätzen (Art. 19 Abs. 4 GG) nicht vereinbar, wenn eine Bundesbehörde darüber bestimmen kann, ob gegen ihre Entscheidungen Rechtsschutz möglich ist oder nicht.

Auch wenn es wegen des Fehlens einer ausdrücklichen Entscheidung des Bundeskartellamtes in der Regel schwer sein wird, die Rechtswidrigkeit der Freigabe ge- genüber dem Kartellgericht darzulegen und zu beweisen und deshalb solchen Drittbeschwerden häufig der Erfolg versagt bleiben wird, vermag dies an der grundsätzlichen

¹²⁸ vgl. z.B. BKartA, Erläuterungen zum Fall E.ON/Fortum Energie (Weser- tal), Juni 2002, veröffentlicht: www.bkart.de/B8-31-02.pdf.

Notwendigkeit zur Gewährung dieser Rechtsschutzmöglichkeiten nichts zu ändern.

Folgende Änderungen werden empfohlen:

- Wenn es weiter dabei bleiben sollte, dass es keine ausdrückliche Regelung zum Drittrechtsschutz geben wird, könnte in § 40 Abs. 6 GWB künftig wie folgt klargestellt werden:

„Wird eine Freigabe des Bundeskartellamts nach Absatz 1 Satz 1 oder Absatz 2 Satz 2 durch gerichtlichen Beschluss rechtskräftig ganz oder teilweise aufgehoben, entscheidet das Bundeskartellamt nach Absatz 2. In diesem Fall beginnt die Frist nach Absatz 2 Satz 2 mit Eintritt der Rechtskraft von neuem.“

- Um zu verhindern, dass die Kartellbehörde durch bloßen Fristablauf den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verhindert, sollte entsprechend der Regelung in § 40 Abs. 2 Satz 2 in § 40 Abs. 1 folgender Satz 3 angefügt werden:

„Ergeht die Mitteilung nach Satz 1 nicht, gilt der Zusammenschluss nach Ablauf der Monatsfrist als freigegeben.“

Ein solcher fiktiver Freigabe-Verwaltungsakt wäre in gleicher Weise anfechtbar wie ein realer Verwaltungsakt.¹²⁹

- Um betroffenen Wettbewerbern die Möglichkeit zu geben, von sie betreffenden Anmeldungen Kenntnis zu erlangen, sollte in § 43 Abs. 1 nicht nur die Einleitung des Hauptprüfverfahrens, sondern der Eingang jeder Anmeldung bekannt gemacht werden. Die Bekanntmachung sollte zusätzlich zum Bundesanzeiger auch spätestens drei Tage nach Eingang der Anmeldung auf der Internet-Seite des Bundeskartellamtes erfolgen.

b) Beschwerdeberechtigung

Aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben hat jeder, dessen unternehmerische Tätigkeit durch eine Freigabe des Zusammenschlussvorhabens beschränkt wird, die Möglichkeit zu erhalten, um Rechtsschutz gegen eine Freigabeentscheidung durch das Bundeskartellamt oder den Bundesminister für Wirtschaft nachzusuchen. Dem werden die bisherigen Regelungen nicht gerecht. Nach § 63 Abs. 2 ist das Beschwerderecht auf die am Verfahren vor der Kartellbehörde Beteiligten beschränkt. Nach § 54 Abs. 2 Ziff. 3 steht es jedoch im weitgehenden Ermessen der Kartellbehörde, welche Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden, zu dem Verfahren beigeladen werden. Dadurch erhält die Kartellbehörde die Rechtsmacht, auch solche Unternehmen vom Rechtsschutz auszuschließen, in dessen Wettbewerbsfreiheit die Freigabeentscheidung eingreift.

So hat das OLG Düsseldorf auf der Grundlage der gesetzlichen Regelung gebilligt, dass auch ein Unternehmen, dessen Interessen durch den Zusammenschluss zwar erheblich berührt werden, aber bereits durch die schon ausgesprochenen Beiladungen vergleichbarer Unternehmen ausreichend gewahrt sind, nicht beigeladen

werden muss.¹³⁰ Aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben (Art. 19 Abs. 4 GG) darf die Entscheidung über den Rechtsschutz von in ihren Verfassungsgrundrechten betroffenen Wettbewerbern nicht in der Hand der Exekutive liegen. Es handelt sich um eine wesentliche Entscheidung, deren Voraussetzungen der Gesetzgeber zu regeln hat und die einer vollen gerichtlichen Überprüfung unterliegen muss.

Deshalb sollte § 63 Abs. 2 GWB wie folgt ergänzt werden:

„...sowie solche Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden und die aus von ihnen nicht zu vertretenden Gründen zu dem Verfahren vor der Kartellbehörde nicht beigeladen wurden.“

Mit einer solchen Regelung könnten die Fälle erfasst werden, in denen rechtlich betroffene Unternehmen entweder aufgrund einer im Interesse der Verfahrensökonomie ablehnenden Entscheidung der Kartellbehörde nicht zum Verfahren beigeladen wurden oder wegen des konkreten Verfahrensablaufs keine Gelegenheit hatten, einen Beiladungsantrag zu stellen.

Es dürfte verfassungsrechtlich nicht notwendig sein, das Beschwerderecht auch solchen Unternehmen einzuräumen, welche trotz der hierfür in zumutbarer Weise zur Verfügung stehenden Möglichkeiten keinen Antrag auf Beiladung im Verfahren vor der Kartellbehörde gestellt haben. Damit wird zugleich die Ernsthaftigkeit der Interessenberührung auch verfahrensrechtlich sichergestellt. Einem Unternehmen, das keine zumutbaren Tätigkeiten entfaltet hat, sich am kartellbehördlichen Verfahren zu beteiligen, und gegebenenfalls erst nach erfolgreichen Beschwerden beigeladener Unternehmen seinerseits Beschwerde einlegt, wird man kaum ernsthafte Interessen unterstellen können.

¹²⁹ vgl. zur Anfechtung „fiktiver“ Verwaltungsakte nach dem BauGB, Krautzberger in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 20 Rz. 23.

¹³⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.12.2002, Kart 37/02 (V) – E.ON/Ruhrgas: Gasversorgung Oberschwaben.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1350

16. September 2004

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung in Berlin am 20. September 2004 zum

**Geszentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wett-
bewerbsbeschränkungen - Drucksache 15/3640 -**

Prof. Dr. h.c. Martin Hellwig, Monopolkommission

Vorbemerkung

0. Die Monopolkommission hat sich in zwei Sondergutachten zu dem Referentenentwurf für die Siebte GWB-Novelle geäußert. Darüber hinaus hat sie in ihrem 15. Hauptgutachten zu den durch den Regierungsentwurf zwischenzeitlich eingetretenen Änderungen Stellung genommen. Das 15. Hauptgutachten befasst sich daneben auch mit der Frage, ob das neue Untersagungskriterium in der europäischen Fusionskontrolle, der SIEC-Test auch in der deutschen deutschen Fusionskontrolle übernommen werden sollte. Die folgende Stellungnahme fasst die wichtigsten Argumente und Empfehlungen der Monopolkommission zusammen. Zur Ergänzung und Vertiefung wird auf die Sondergutachten 41 und 42 sowie das 15. Hauptgutachten der Monopolkommission verwiesen. (Die beiden Sondergutachten können auf der Homepage der Monopolkommission abgerufen werden, der Text des Hauptgutachten ist als Bundestags-Drucksache 15/3610 erschienen.)

1. Teil: Allgemeines Kartellrecht und Fusionskontrolle**- Vorschläge des Regierungsentwurfs -****Legalausnahmeprinzip**

1. In Anbetracht der jüngsten europäischen Entwicklungen im Bereich des Kartellverfahrensrechts, insbesondere der Aufnahme eines umfassenden Vorrangs von Art. 81 EGV in die VO 1/2003, hält die Monopolkommission eine weitgehende Anpassung der deutschen Kartellregeln an das europäische Recht für angebracht. Dies gilt sowohl in materiell- wie auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht. Letzteres bedeutet, dass trotz weiterhin bestehender Bedenken gegen einen Systemwechsel das behördliche Genehmigungsverfahren durch das Legalausnahmeprinzip zu ersetzen ist. Die Vorteile einer Anpassung an das europäische Recht dürften die damit verbundenen Nachteile überwiegen. In erster Linie sprechen die andernfalls

auf tretenden Abgrenzungsprobleme und Umgehungsmöglichkeiten gegen eine Beibehaltung abweichenden deutschen Rechts.

2. Im Bereich der Missbrauchsaufsicht, der vom erweiterten Vorrang des europäischen Rechts nicht erfasst wird, sind die nationalen Bestimmungen beizubehalten. Sie sind in vielerlei Hinsicht ausdifferenzierter und schlagkräftiger als Art. 82 EGV.

Soweit § 19 Abs. 2 GWB durch eine Formulierung ergänzt werden soll, wonach der räumlich relevante Markt aus ökonomischer Sicht abzugrenzen und nicht auf das Bundesgebiet beschränkt ist, hat die Monopolkommission Bedenken, solange die nationalen Kartellbehörde nicht über entsprechende Ermittlungsbefugnisse auf den Auslandsmärkten verfügt. Deshalb sollte explizit im Gesetzestext festgestellt werden, dass den inländischen Marktanteilen eine Indizwirkung für die Marktverhältnisse auf dem räumlich relevanten Markt zukommt.

Erleichterungen der Rechtsverfolgung durch Private

3. Die Übernahme des Legalausnahmesystems wird erklärtermaßen zu einer Abnahme der behördlichen Kontrolltätigkeit führen. Das vorrangige Ziel der anstehenden GWB-Novelle muss es daher sein, den absehbaren Rückzug der Wettbewerbsbehörden aus einer Vielzahl von Fällen durch eine Stärkung der privaten Rechtsverfolgung zu kompensieren. Effektiver Wettbewerbsschutz kann nur unter der Voraussetzung erhalten bleiben, dass das Gesetz Marktteilnehmern und Verbänden geeignete *Anreize* gibt, Wettbewerbsbeschränkungen auf eigene Verantwortung und eigenes Risiko zu verfolgen. Die Geltendmachung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen muss erleichtert, die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen lohnender werden. Mit einer Verschärfung der privatrechtlichen Sanktionen nimmt zugleich deren Abschreckungswirkung zu, so dass potentielle Kartelltäter eher auf ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten verzichten werden.

Jedoch sind umfassende gesetzgeberische Maßnahmen notwendig, um die private Durchsetzung des Kartellrechts zu verbessern. Ein geeigneter Maßnahmenkatalog muss eine Erweiterung der Anspruchsberechtigten ebenso wie die Einführung von Beweiserleichterungen für den Kläger und die Möglichkeit, mehrfachen Schadensersatz zu erstreiten, beinhalten. Weitere Vorkehrungen sollten hinsichtlich des Rechts zur Vorteilsabschöpfung und der Minimierung von Prozesskosten getroffen werden.

4. In Anlehnung an den Referentenentwurf befürwortet die Monopolkommission einen Verzicht auf die Schutzgesetzverletzung im Rahmen des § 33 Abs. 1. Damit wird der Kreis der potentiellen Kläger gegen einen Kartellverstoß auf jeden Betroffenen ausgedehnt, Unsicherheiten über das Bestehen von Ansprüchen werden beseitigt und dadurch künftige Klagen erleichtert. Die Monopolkommission tritt in diesem Zusammenhang für eine umfassende Klagebefugnis der Verbraucher und ihrer Verbände ein.
5. Für unerlässlich hält die Monopolkommission Regelungen, die dem Kläger den Nachweis von anspruchsbegründenden und -ausfüllenden Tatsachen erleichtern. In diesem Zusammenhang begrüßt die Monopolkommission die Regelung des § 33 Abs. 4 GWB-E, soweit sie inländische Zivilgerichte an Entscheidungen der deutschen Wettbewerbsbehörden und der Europäischen Kommission bindet. Die Bindungswirkung sollte in sachlicher Hinsicht auf die Feststellung eines Kartellverstoßes und in personeller Hinsicht auf den Adressaten der behördlichen Verfügung beschränkt bleiben. Im Gegensatz zum Gesetzentwurf befürwortet die Monopolkommission allerdings eine allgemeine Regelung diesen Inhalts, die sich nicht nur auf Schadensersatzansprüche erstreckt. Da die Beweisschwierigkeiten keinen spezifischen Teilaspekt des Schadensersatzprozesses bilden, sondern ein allgemeines Problem im Wettbewerbsprozess darstellen, sollte die vorgesehene Bindungswirkung in allen Fällen eintreten, in denen ein Kartellverstoß Anspruchsvoraussetzung ist, also z.B. auch bei Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen und vertraglichen Leistungsansprüchen.
6. Hingegen ist Vorsicht geboten, soweit der Gesetzentwurf die Bindungswirkung auch auf Entscheidungen mitgliedstaatlicher Behörden und Gerichte ausdehnt. Die Bundesrepublik Deutschland könnte damit gegen höherrangiges Recht verstoßen und gegebenenfalls nach der Europäischen Menschenrechtskonvention schadensersatzpflichtig sein. Die Monopolkommission empfiehlt statt dessen die Einführung einer generellen Anerkennungsregel, der noch eine umfassende Erhebung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens in den anderen Mitgliedsländern der EU vorangehen muss. Für die Übergangszeit könnte eine Regelung in das GWB aufgenommen werden, wonach die Feststellung eines Kartellverstoßes durch eine mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde eine *widerlegliche Vermutung* für die inländischen Gerichte begründet, die in entsprechender Anwendung von § 328 ZPO entkräftet werden kann.
7. Soweit der Privatkläger nicht auf eine Behördenentscheidung mit Tatbestandswirkung zurückgreifen kann, sollte eine Beweiserleichterung gesetzlich verankert werden, derzufolge der Beklagte das Gericht

über Tatsachen und Umstände aus seiner Sphäre zu informieren hat. Positiv wirkt sich in diesem Zusammenhang aus, dass der Kläger künftig seinen Schaden nicht mehr konkret beziffern muss, sondern das Gericht bei der Schadensschätzung den anteiligen Gewinn berücksichtigen kann. Die Monopolkommission hat auch den im Referentenentwurf geplanten Anspruch auf Rechnungslegung durch den Beklagten begrüßt.

8. Bei der Schadensberechnung hat der Referentenentwurf (§ 33 Abs. 3 Satz 2) noch ein Verbot der sog. „passing on defense“ enthalten, wonach sich der Kartelltäter bei der Schadensberechnung grundsätzlich nicht darauf berufen können sollte, dass der Geschädigte die Preisüberhöhung auf seine eigenen Kunden als Folgevertragspartner abgewälzt hat. Diese Bestimmung wurde im Regierungsentwurf ersatzlos gestrichen. Laut Begründung vertritt die herrschende Meinung im kartellrechtlichen Schrifttum bereits jetzt die Auffassung, dass eine Vorteilsausgleichung im Fall einer Abwälzung des Schadens auf Dritte nicht in Betracht komme. Im Sinne der Rechtssicherheit hält die Monopolkommission eine ausdrückliche Regelung des Verbots der „passing on defense“ bei der Berechnung des Schadens für vorzugswürdig. Es sollte allerdings im Gesetz klargestellt werden, dass der Schaden neben der Überteuering der bezogenen Güter grundsätzlich auch den entgangenen Gewinn des Abnehmers umfasst. Daneben befürwortet die Monopolkommission eine Ausweitung des Klagerechts auf Folgevertragspartner, da andernfalls eine Immunisierung von Kartelltätern gegen Schadensersatzforderungen durch künstlich eingeschaltete Zwischenhändler zu befürchten wäre. Auch dies sollte explizit in den Gesetzestext aufgenommen werden. Eine Mehrfachberücksichtigung von Schäden, die sich bei paralleler Inanspruchnahme durch die Abnehmer des Kartellsünder und durch etwaige Folgevertragspartner ergeben kann, lässt sich durch eine Gesetzesformulierung vermeiden, derzufolge eine Anrechnung der bei den Folgevertragspartnern festgestellten Schäden erfolgt.
9. Jedoch ist es von zentraler Bedeutung für eine verstärkte Rechtsverfolgung durch Private, dass ein potentieller Kläger die Aussicht auf mehrfachen Schadensersatz erhält. Dies erhöht die Abschreckungswirkung auf Seiten des Schädigers beträchtlich. Ein Geschädigter wird eher bereit sein, den mit einem Prozess verbundenen Aufwand und das Prozessrisiko auf sich zu nehmen. Die Monopolkommission empfiehlt daher eine Regelung in das Gesetz zu übernehmen, wonach der Geschädigte zweifachen Schadensersatz erlangen kann.
10. Die Monopolkommission unterstützt die beabsichtigte Stärkung der Verbraucherschutzorganisationen. Ihre Klageberechtigung sollte sich allerdings nicht nur auf Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche beschränken, sondern auch Schadensersatzklagen erfassen. Probleme bei der Berechnung der Schadenshöhe können mit Hilfe von § 287 ZPO behoben werden. Die erstrittene Kompensationsleistung ist an die Geschädigten zu verteilen. Nur wenn sich dies als unwirtschaftlich oder sonst unmöglich herausstellt, soll die Schadensersatzsumme an verbraucherschützende Organisationen oder Projekte abgeführt werden. Eine

Missbrauchsgefahr ist nach Einschätzung der Monopolkommission mit Schadensersatzklagen von Verbraucherschutzorganisationen nicht verbunden.

Die Monopolkommission trägt auch die erweiterte Möglichkeit der Verbraucherverbände zur Vorteilsabschöpfung mit. Allerdings sollte der gerichtlich zugesprochene Vorteil nicht an das Bundeskartellamt abgeführt werden müssen, weil damit der Anreiz zum Tätigwerden der Verbraucherverbände wieder rückgängig gemacht würde.

11. Ergänzend ist dem zuständigen Gericht die Möglichkeit einzuräumen, den Streitwert an die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien anzupassen. Diese Maßnahme kann das Kostenrisiko eines Prozesses insbesondere zugunsten von Verbänden, kleineren Unternehmen und gegebenenfalls einzelnen Verbrauchern minimieren.

Behördliche Befugnisse

12. Im Bereich der behördlichen Sanktionen bleibt der Regierungsentwurf bedauerlicherweise hinter dem Referentenentwurf zurück. Während § 34 des Referentenentwurfs das Verschuldenserfordernis bei der Vorteilsabschöpfung gestrichen hatte, führt der Regierungsentwurf es wieder ein. Wegen der Schwierigkeit, den Kartelltätern Vorsatz oder Fahrlässigkeit nachzuweisen, dürfte das Instrument der Vorteilsabschöpfung auch in Zukunft kaum an Schlagkraft gewinnen.
13. Den vorgeschlagenen Änderungen zur Verschärfung von Bußgeldverfahren ist zuzustimmen. Allerdings nimmt der Regierungsentwurf einige vom Vorgängerentwurf vorgesehene Verschärfungen wieder zurück. So wird der Bußgeldrahmen nach § 81 Abs. 4 des Regierungsentwurfs von 500.000 Euro nur noch auf 1 statt auf 2 Mio. Euro erhöht. Die Wirksamkeit des Bußgeldverfahrens insgesamt wird dadurch geschwächt, dass der Regierungsentwurf die Kompetenz für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten im gerichtlichen Verfahren bei der Staatsanwaltschaft belässt und nicht wie ursprünglich geplant auf die Wettbewerbsbehörden überträgt. Nach Auffassung der Monopolkommission sind Letztere durch ihre wettbewerbsrechtliche Spezialisierung und die größere Nähe zum Sachverhalt am besten geeignet, das Verfahren gegen Kartellsünder auch vor Gericht weiterzuführen. Außerdem könnten Wertungswidersprüche und ein ineffizienter Einsatz von personellen und sachlichen Ressourcen durch die Konzentration der Zuständigkeiten bei den Wettbewerbsbehörden vermieden werden. Die Monopolkommission befürwortet in Anlehnung an den Referentenentwurf die Möglichkeit der Wettbewerbsbehörden, selbständige Bußgeldverfahren gegen Unternehmen durchzuführen. Aufgrund von europarechtlichen Beweisverwertungsverboten bestünde andernfalls die Gefahr, dass die gesetzlichen Bußgeldsanktionen weitgehend ihren Zweck verfehlen.
14. Neben einer Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung und einer Verschärfung des Bußgeldverfahrens ist dafür Sorge zu tragen, dass die behördlichen Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnisse an das Legalausnahmesystem angepasst werden. Die nationalen Wettbewerbsbehörden müssen auch in Zukunft

auf wirksame Instrumente zurückgreifen können, um die behördliche Kontrolle von Kartellverstößen sicherzustellen. Die diesbezüglichen Vorschläge im Gesetzentwurf finden die Zustimmung der Monopolkommission. Sie befürwortet auch die Ermächtigung des Bundeskartellamtes zu Sektorenuntersuchungen, da diese einen Ausgleich für die mit der Legal Ausnahme verbundenen Transparenz- und Informationsdefizite darstellt.

15. Zur Verfolgung grenzüberschreitender Wettbewerbsbeschränkungen muss auf Seiten der Wettbewerbsbehörden ein schlagkräftiges und koordinationsberechtigtes Behördennetz aufgebaut werden. Hier weist der Gesetzentwurf erhebliche Defizite auf. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, dass die deutschen Wettbewerbsbehörden bei Amtshilfeersuchen anderer Netzmitglieder Informationen übermitteln und sonstige Hilfeleistungen im Rahmen von Ermittlungen sowie Zustellungs- und Vollstreckungsmaßnahmen vornehmen müssen. Eine entsprechende Verpflichtung ist in das GWB aufzunehmen.

Allgemeine Fusionskontrolle

16. Die Monopolkommission lehnt die beabsichtigte Einschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes im Bereich der allgemeinen Fusionskontrolle nachdrücklich ab. Die Einschränkung wirkt sich negativ auf den Drittrechtsschutz insgesamt aus und wird diesen praktisch lahmlegen. Hilfsweise sollte zumindest eine Verbandsklage von Verbraucherschutzorganisationen vorgesehen werden, die unter vereinfachten Bedingungen Rechtsschutz im Hauptsache- und im Eilverfahren gewährt. Eine solche Verbandsklage würde zugleich das Problem des "Abkaufens von Beschwerderechten" lösen.
17. In der Vergangenheit gab es wiederholt Bestrebungen von Behörden- und Unternehmensseite, das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle bei Auflagen und Bedingungen aufzuweichen. Derartigen Bestrebungen ist eine deutliche Absage zu erteilen. Die Monopolkommission empfiehlt die Aufnahme einer Vermutungsregelung in das Gesetz, derzufolge eine unzulässige Verhaltenskontrolle im Zweifel vorliegt, wenn Kontrollhandlungen mehr als zwei Jahre nach Bestandskraft der Behördenentscheidung vorzunehmen sind.
18. Die Monopolkommission unterstützt eine allgemeine Streitwertdeckelung in kartellrechtlichen Gerichtsverfahren, wie sie noch im Referentenentwurf vorgesehen war. Diese würde insbesondere dem Schutz der öffentlichen Haushalte vor einer Belastung mit beträchtlichen Prozesskosten zugute kommen und dafür sorgen, dass die Wettbewerbsbehörden über die Frage einer Verfahrenseinleitung allein sachorientiert und nicht nach dem potentiellen Kostenrisiko entscheiden.
19. Es bestehen keine grundsätzlichen Bedenken dagegen, die Anwesenheitspflicht des Ministers in der mündlichen Verhandlung beim Ministererlaubnisverfahren aufzuheben. Allerdings muss weiterhin sichergestellt sein, dass der Minister seiner Entscheidung nur Tatsachen zugrunde legt, die Gegenstand einer mündlichen Verhandlung waren.

Ausnahmebereiche

20. Die geplante Rückführung der Ausnahmebereiche im deutschen Recht befürwortet die Monopolkommission ohne jede Einschränkung.

- Änderung des Untersagungskriteriums in der Fusionskontrolle (SIEC) -

21. Die novellierte europäische Fusionskontrollverordnung (FKVO), die am 1. Mai 2004 in Kraft getreten ist, enthält auch ein neues materielles Untersagungskriterium. Während es bisher auf die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ankam, stellt das neue Kriterium auf die "erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs" ab. Allerdings wird die Marktbeherrschung als Beispiel für eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung weiterhin erwähnt. Da die englischsprachige Version der FKVO ein "significant impediment to effective competition" verlangt, hat sich für das neue Kriterium bereits die Bezeichnung SIEC-Test eingebürgert. Eine weitere Neuerung findet sich in den Erwägungsgründen zur novellierten FKVO. Danach können Effizienzvorteile in Zukunft zur Freistellung eines Zusammenschlusses führen, wenn sie die wettbewerbsschädlichen Folgen der Fusion zumindest ausgleichen.

22. Eine angemessene Bewertung des neuen Untersagungskriteriums ist nur möglich, wenn man andere, damit zusammenhängende Reformen mitbetrachtet. Diese Reformen sind Teil eines "more economic approach", mit dem die Kommission versucht, ihre Wettbewerbspolitik stärker auf explizit ökonomische Analysen zu stützen. Dazu gehören im Bereich der Fusionskontrolle insbesondere die Veröffentlichung von Leitlinien über die Beurteilung von Zusammenschlüssen sowie die Ernennung eines Chefökonom. Hintergrund des "more economic approach" in der Fusionskontrolle ist der Vorwurf vieler Ökonomen, die bisherige Amtspraxis sei oft nicht auf fundierte ökonomische Analysen gestützt gewesen, sowie drei Entscheidungen des Gerichts erster Instanz, in denen Untersagungsentscheidungen aufgehoben und die wettbewerbliche Argumentation der Kommission teilweise harsch kritisiert wurde. Der verstärkt ökonomische Ansatz zeigt sich besonders deutlich in den inzwischen von der Kommission veröffentlichten Leitlinien zur Beurteilung horizontaler Fusionen. Der dort aufgestellte ökonomische Beurteilungsrahmen orientiert sich vor allen an traditionellen Modellen der Monopol- und Oligopoltheorie. Bei den wettbewerbsschädlichen Effekten steht nicht die juristische Unterscheidung zwischen Einzelmarktbeherrschung und kollektiver Marktbeherrschung im Vordergrund; vielmehr wird zwischen unilateralen und koordinierten Effekten unterschieden (für die unilateralen Effekte wird dort die Bezeichnung „nicht koordinierte“ Effekte verwendet).

23. Zwar war die Einführung einer stärker ökonomisch geprägten Amtspraxis nicht von der Änderung des Untersagungskriteriums abhängig. Jedoch kam die Frage auf, ob im Marktbeherrschungskriterium eine "Lücke" bestehe, weil nicht alle ökonomisch relevanten Wettbewerbschäden erfasst werden könnten. Die Diskussion bezog sich dabei hauptsächlich auf die unilateralen Effekte im Oligopol und wurde vor allem

am Beispiel des Airtours-Falles geführt. Die Kommission hatte den Zusammenschluss zwischen den britischen Touristik-Unternehmen Airtours und First Choice untersagt, weil sie die Entstehung einer kollektiven beherrschenden Stellung befürchtete. Das Gericht erster Instanz hob diese Entscheidung auf, da seiner Ansicht nach die Voraussetzungen für eine kollektive Marktbeherrschung nicht nachgewiesen waren. In der Urteilsbegründung stellte das Gericht nur auf die Voraussetzungen für koordinierte Effekte ab. Einige Beobachter waren aber der Meinung, dass im Airtours-Fall auch unilaterale Effekte im Oligopol zu prüfen gewesen wären. Nach der Entscheidung war aber unklar, ob diese Effekte mit dem Begriff der Marktbeherrschung vollständig erfasst werden können. Jedoch war mit der Airtours-Entscheidung höchstens die Gefahr einer Lücke im Marktbeherrschungstest nachgewiesen. Trotzdem entschied man sich, das Untersagungskriterium zu ändern, um im Bereich der unilateralen Effekte für Rechtsklarheit zu sorgen. In den Erwägungsgründen zur neuen FKVO wird diese Motivation auch erwähnt und betont, dass sich die Wirkung der Änderung darauf beschränken soll, die Lücke bei den unilateralen Effekten zu schließen.

24. Die Monopolkommission befürwortet das Vorhaben, die europäische Fusionskontrolle in stärkerem Maß auf ökonomische Analysen zu stützen. Sie spricht sich grundsätzlich auch dafür aus, diesen Trend einer stärkeren Ökonomisierung auf deutscher Ebene nachzuvollziehen. Dafür ist es aber nicht unbedingt notwendig, vom bisher in Deutschland geltenden Marktbeherrschungstest abzugehen. Umgekehrt wäre es für die Einführung eines "more economic approach" nicht damit getan, ein neues Untersagungskriterium einzuführen. Die Monopolkommission ist auch der Ansicht, dass es sich bei den unilateralen Effekten im Oligopol um ein wettbewerblich relevantes Problem handelt. Bisher ist aber noch nicht geklärt, ob im deutschen Recht die Gefahr einer "Lücke" besteht, wie sie für die europäische Ebene behauptet wurde. Es ist gut denkbar, dass diese Effekte durch eine Fortentwicklung des Begriffs der Marktbeherrschung ausreichend erfasst werden können.

25. Eine stärker ökonomische Orientierung der Wettbewerbspolitik bietet die Möglichkeit, den Gegebenheiten und Funktionsmechanismen in den einzelnen Märkten besser Rechnung zu tragen. Darin liegen allerdings auch Risiken: Zum einen ist zu fragen, ob die für eine stärker ökonomische Orientierung der Entscheidungspraxis erforderlichen aufwendigeren Untersuchungen vom Bundeskartellamt mit den momentan zur Verfügung stehenden Ressourcen sowie im Rahmen der jetzt geltenden Entscheidungsfristen bewältigt werden können. Zum anderen sind die Auswirkungen auf die gerichtliche Kontrolle von Untersagungsentscheidungen unklar. Es ist noch nicht abzusehen, in welchem Umfang die Gerichte ökonomische Argumentationen und Beweismittel akzeptieren werden. Auch stellt sich die Frage nach der fachlichen Kompetenz der Richter, eine verstärkt ökonomische Amtspraxis effektiv kontrollieren zu können. Dieses Problem wiegt auch deshalb besonders schwer, weil die deutschen Gerichte eine relativ hohe Kontrolldichte praktizieren. Dagegen gewähren die europäischen Gerichte der Kommission grundsätzlich einen weiten Beurteilungsspielraum, auch

- beim Einsatz ökonomischer Argumente. Die ablehnenden Urteile der Gerichts erster Instanz in jüngster Zeit haben dies nicht geändert, sondern im Gegenteil ausdrücklich bestätigt und nur kritisiert, dass die Kommission bei der Ermittlung und Würdigung des Marktgeschehens nicht sorgfältig genug vorgegangen sei.
26. Diese Probleme könnten durch den sehr offenen und teilweise missverständlichen Wortlaut des SIEC-Tests noch verschärft werden. Insbesondere die Formulierung, es komme auf die Behinderung des "wirksamen" Wettbewerbs an, könnte als ein Einfallstor für industriepolitisch geprägte Erwägungen dienen. Diese könnten beispielsweise mit der Behauptung motiviert werden, in einer bestimmten Branche sei der Wettbewerb längst funktionslos geworden und müsse deshalb nicht mehr durch die Fusionskontrolle geschützt werden. Es ist zumindest denkbar, dass eine unvorbereitete und unzureichend begründete Einführung des SIEC-Tests in Deutschland von den Gerichten nicht als Aufforderung zu einer stärker ökonomisch geprägten Amtspraxis, sondern als normative Grundlage für weitgehende Abwägungen verstanden wird, bei denen die Entwicklung des Wettbewerbs auf den betroffenen Märkten nur noch ein Gesichtspunkt unter vielen wäre.
27. Die Monopolkommission rät deshalb entschieden davon ab, das Untersagungskriterium der Fusionskontrolle bereits in der aktuellen Siebten GWB-Novelle zu ändern. Denn die Einführung des SIEC-Tests ist nicht mit einer normalen Gesetzesänderung zu vergleichen, da sie letztlich nur in Verbindung mit einem "more economic approach" sinnvoll wäre. Bisher ist aber in Deutschland noch nicht fundiert darüber diskutiert worden, ob und vor allem in welchem Umfang eine stärker ökonomisch geprägte Amtspraxis wünschenswert wäre. Auch sind sowohl das Bundeskartellamt und die Gerichte als auch die betroffenen Unternehmen und Rechtsanwälte auf eine derartige Umstellung nicht ausreichend vorbereitet.
28. Der Änderung auf europäischer Ebene ging eine längere Debatte um die materiellen Fragen der Fusionskontrolle voraus. Die öffentliche Diskussion über den Entwurf der Leitlinien für horizontale Fusionen sowie über das Airtours-Urteil sollten sowohl bei der Kommission als auch bei den Anwälten und europäischen Gerichten ein gewisses Problembewusstsein geschaffen haben. Durch die Einrichtung der Position eines Chefökonom hat die Kommission ihre ökonomische Kompetenz gestärkt. Mit der Veröffentlichung der Leitlinien ist zudem ein gewisses Maß an Berechenbarkeit für das neue Untersagungskriterium geschaffen worden. Eine vergleichbare Vorbereitung fehlt in Deutschland. So müssten beispielsweise die Auslegungsgrundsätze des Bundeskartellamts erst überarbeitet werden, um sie an den SIEC-Test und eine stärker ökonomisch geprägte Amtspraxis anzupassen.
29. Die Monopolkommission sieht auch keine durchgreifenden Gründe, die für eine sofortige Übernahme des SIEC-Tests sprechen würden. Allein der Wunsch, in der deutschen Fusionskontrolle das gleiche Untersagungskriterium zu verwenden wie auf der europäischen Ebene, ist keine Rechtfertigung dafür, eine so tiefgreifende Änderung ohne hinreichende Diskussion und Vorbereitung vorzunehmen. So ist ein abweichendes Untersagungskriterium kein rechtliches Hindernis dafür, einen Fusionsfall von der Kommission an einen Mitgliedstaat zu verweisen. Auch das Argument, aus Gründen der Rechtssicherheit sollten die Unternehmen in Europa nur mit einem einheitlichen Untersagungskriterium konfrontiert sein, kann nicht überzeugen. Zum einen ist noch vollkommen offen, ob die anderen Mitgliedstaaten tatsächlich geschlossen zum neuen europäischen Untersagungskriterium übergehen werden. Zum anderen garantiert gerade bei einem "more economic approach" ein gleicher Wortlaut des Untersagungskriteriums noch lange keine Identität der Ergebnisse, da die Analyse des Marktgeschehens bei verschiedenen Wettbewerbsbehörden unterschiedlich ausfallen kann. Folglich würde auch eine sofortige Umstellung auf den SIEC-Test den Unternehmen keine absolute Rechtssicherheit garantieren. Dagegen steht die große *Rechtsunsicherheit*, die gerade eine unvorbereitete Übernahme des SIEC-Testes in der deutsche Fusionskontrolle auslösen würde.
30. Nach Auffassung der Monopolkommission ist über eine Reform des deutschen Untersagungskriteriums zu einem späteren Zeitpunkt nachzudenken. Zuvor sollte jedoch eine fundierte Debatte über die mit einer Reform des Untersagungskriteriums verbundenen Möglichkeiten und Probleme geführt werden. Im Rahmen dieser Debatte sind grundlegende Fragen zu Zielen und Methoden der Fusionskontrolle neu zu diskutieren und zu klären. Zu nennen wären z.B. die relative Bedeutung von Wettbewerbern und Kunden in der wettbewerbsrechtlichen Analyse oder die verfahrensrechtlichen Implikationen der Verwendung offener Formulierungen wie "erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs". Der ebenfalls relativ offene Begriff der Marktbeherrschung erhält ja zumindest dadurch Konturen, dass die Vermutungstatbestände des § 19 Abs. 3 GWB an bestimmte Marktanteilsverteilungen anknüpfen.
31. Im Rahmen einer solchen Debatte wäre zudem zu erörtern, ob auch in der deutschen Fusionskontrolle Effizienzvorteile explizit berücksichtigt werden sollten oder ob man es bei der bisherigen Praxis belässt, wonach Effizienzvorteile bereits pauschaliert berücksichtigt werden: Bleibt ein Zusammenschluss unterhalb der Marktbeherrschungsgrenze, dann wird derzeit implizit davon ausgegangen, dass mögliche Effizienzvorteile des Zusammenschlusses die Wettbewerbsbehinderungen überwiegen (Konzentrationsprivileg); oberhalb der Marktbeherrschungsgrenze wird dagegen von einem Überwiegen der Wettbewerbsbehinderungen ausgegangen. Weder der "more economic approach" noch der SIEC-Test machen eine explizite Berücksichtigung von Effizienzvorteilen notwendig; vielmehr lassen sie auch eine nur pauschalierte Berücksichtigung zu. Bei einer Reform des Untersagungskriteriums sollte der Gesetzgeber deshalb eine bewusste Entscheidung über die Frage der expliziten Berücksichtigung von Effizienzvorteilen treffen; er sollte dabei berücksichtigen, dass die oben ausgeführten praktischen Probleme einer stärker ökonomisch geprägten Amtspraxis im besonderen Maße bei der expliziten Berücksichtigung von Effizienzvorteilen auftreten werden.

32. Bei einer Übernahme des SIEC-Tests bestände auch eine gewisse Rechtssicherheit. Denn die Auswirkungen einer Änderung wären durch die erfolgte Erörterung zumindest grob abzusehen. Außerdem würden bereits die ersten europäischen Entscheidungen zum SIEC-Test vorliegen. Durch die Möglichkeit, vor der Änderung des Untersagungskriteriums die Auslegungsgrundsätze des Bundeskartellamts anzupassen, würde ein gewisses Maß an Berechenbarkeit für eine so grundlegende Umstellung geschaffen.
33. Jedoch sollte bereits jetzt damit begonnen werden, die Amtspraxis der Fusionskontrolle stärker auf eine ökonomisch fundierte Analyse der Wettbewerbsprozesse in den einzelnen Märkten zu stützen. Dazu wird auf die Ausführungen im XV. Hauptgutachten der Monopolkommission verwiesen. Allerdings ist nicht auszuschließen, dass eine solche Ökonomisierung der Amtspraxis auch gegebenenfalls auch eine Ausweitung der Personalressourcen des Bundeskartellamts erfordert.
34. Schließlich ist das Verfahren zu kritisieren, mit dem das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit das Thema SIEC-Test in die Debatte eingeführt hat. Am 21. Juni 2004 versandte das Ministerium einen "ersten Diskussionsbeitrag" zu der Frage, ob auch in der deutschen Fusionskontrolle das Untersagungskriterium geändert werden solle. Zwar weist dieses Schreiben darauf hin, dass es sich nicht um eine "abgestimmte Hausmeinung" des Ministeriums handele, sondern damit nur ein Diskussionsprozess eingeleitet werden solle. Jedoch spricht sich das Diskussionspapier eindeutig für eine Übernahme des SIEC-Tests in die deutsche Fusionskontrolle aus und könnte ohne

große formale Änderungen als Begründung für einen Gesetzesvorschlag dienen.

Für die Monopolkommission ist unverständlich, wie so ein derartiger Vorstoß erst nach Erscheinen des Regierungsentwurfs gemacht wurde. Denn bereits im November 2003 war es auf der europäischen Ebene zu einer politischen Einigung über das neue Untersagungskriterium gekommen. Die deutsche Fassung der neuen FKVO erschien am 29. Januar 2004 im Amtsblatt der Europäischen Union, die Leitlinien kurz darauf am 5. Februar 2004. Es wäre also genügend Zeit gewesen, bereits zu einem früheren Zeitpunkt einen Diskussionsprozess anzustoßen. Stattdessen wird noch im Regierungsentwurf vom 26. Mai 2004 die Ansicht vertreten, dass eine Anpassung der materiellen Regelungen der Fusionskontrolle derzeit nicht erforderlich sei.

Die Monopolkommission halte es für äußerst problematisch, wenn über eine wettbewerbspolitisch zentrale Frage wie das Untersagungskriterium der Fusionskontrolle in einem "abgekürzten Verfahren" entschieden würde. Wie oben dargestellt, handelt es sich bei der Übernahme des SIEC-Tests nicht um eine Detailänderung, sondern um eine grundlegende Richtungsentscheidung. Deshalb ist es unerlässlich, dass über diese Frage eine fundierte fachliche und politische Diskussion stattfindet. Unter dem jetzt herrschenden Zeitdruck ist eine solche Debatte kaum noch möglich.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1346

16. September 2004

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung in Berlin am 20. September 2004 zum

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

Prof. Dr. Meinrad Dreher, Gutenberg Universität Mainz

I. Die Angleichung des GWB an das Europäische Kartellrecht in den Bereichen horizontaler und vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen

1. Dem Vorhaben einer Angleichung an das Europäische Kartellrecht ist im Grundsatz zuzustimmen. Zwar ist ein System der Einzelfreistellung dem System der Legalausnahme und die bisher im GWB erfolgte getrennte Erfassung horizontaler und vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen einer Generalklausel vorzuziehen. Nachdem jedoch auf europäischer Ebene der Systemwechsel zu der Legalausnahme auf der Grundlage einer Generalklausel erfolgt ist, läßt sich wegen des Vorrangs des Europarechts, der für die Masse der Sachverhalte gilt, auch national ein Einzelfreistellungssystem nicht mehr aufrechterhalten.
2. Die geplante Schaffung einiger weniger eigenständiger Regelungen im deutschen Kartellrecht für horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, die wegen des Vorrangs des europäischen Kartellrechts ausschließlich in den seltenen Fällen mit lokaler oder regionaler Bedeutung anwendbar sein werden, erscheint auf das Ganze gesehen vor dem Hintergrund der damit für die Unternehmen als Normadressaten und für die Rechtspraxis als Normanwender einhergehenden erheblichen Rechtsunsicherheit (dazu unten I. 3.), des damit verbundenen Streitpotentials und der aus der Zweiteilung des Rechts entstehenden Kosten nicht sinnvoll.
3. Ausschließlich deutsches Kartellrecht kann in Zukunft nur in den relativ wenigen Fällen gelten, in denen ein wettbewerbserhebliches Verhalten regionale oder lokale Bedeutung hat. Derartige Fälle führen grundsätzlich zu der Zuständigkeit der Landeskartellbehörden, die in der Vergangenheit lediglich in sehr wenigen Fällen eine eigene Kartellrechtsdurchsetzungspraxis entwickelt haben. Für das Bundeskartellamt bleiben damit ausschließlich diejenigen lokalen oder regionalen Fälle, bei denen die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens über das Gebiet eines Bundeslandes hinausreicht. Dann aber liegt die Anwendung des vorrangigen europäischen Kartellrechts bereits sehr nahe, nachdem der Europäische

Gerichtshof z.B. die Betroffenheit von Rettungsdienstleistungen in einem deutschen Bundesland oder des Verkehrs in einem italienischen Hafen für die Anwendung des europäischen Kartellrechts als ausreichend angesehen hat.

- a) Soll es gleichwohl – wie im RegE vorgesehen – zur Schaffung eigenständigen nationalen Kartellrechts für Restfälle kommen, rechtfertigt vor diesem Hintergrund allein die von dem Regierungsentwurf (RegE) angeführte erhebliche Rechtsunsicherheit, die mit der Abgrenzung zwischenstaatlicher und rein nationaler Sachverhalte einhergeht, weder die automatische Erstreckung der Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) in ihrer Normgeltung im Sinne einer „dynamischen Verweisung“ nach § 2 Abs. 2 Satz 2 RegE noch die gesetzliche Anordnung einer europafreundlichen Anwendung des ausschließlich für nationale Sachverhalte geltenden Kartellrechts gem. § 23 RegE.

Beide Tatbestände komplizieren ohne zwingende Gründe die Kartellrechtsanwendung und schaffen zahlreiche neue Probleme mit ungewissem rechtlichen Ausgang. Im Ergebnis führen sie für die Betroffenen zu einer Kartellrechtsschaukel folgender Art: Einerseits sollen für – in der Abgrenzung unklare – lokale und regionale Sachverhalte eigenständige Regeln des nationalen Kartellrechts gelten. Andererseits sollen aber auch in diesem Bereich die GVO des europäischen Kartellrechts anwendbar sein (§ 2 Abs. 2 Satz 2 RegE). Zusätzlich soll hier der Grundsatz der europafreundlichen Anwendung gelten (§ 23 RegE). Das alles soll aber in Fällen „besonderer Regelung“ (§§ 3, 4, 19 Abs. 2 bis 4 RegE) wiederum nicht gelten. Weiter sollen die GVO und der Grundsatz der europafreundlichen Anwendung ohnehin nicht in Betracht zu ziehen sein, wo der deutsche Gesetzgeber nicht milder, sondern strenger als das europäische Kartellrecht sein will und dies auch europarechtlich sein darf (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003). Betroffen von alledem sind vor allem

kleine und mittlere Unternehmen, da sich – wie der RegE zutreffend betont – die Rechtsunsicherheit, ob ausschließlich nationales Kartellrecht gilt oder nicht, nur bei Sachverhalten mit lokaler oder regionaler Bedeutung ergibt.

b) Zu § 2 Abs. 2 Satz 2 RegE im einzelnen

Die im RegE erwogene Verordnungsermächtigung wäre der jetzt geplanten dynamischen Verweisung vorzuziehen. Die für jenen Fall vom RegE befürchtete mögliche Zweiteilung des deutschen Rechts ist mit der Schaffung zusätzlicher Tatbestände, die bei ausschließlich nationalen Sachverhalten gelten sollen und im europäischen Kartellrecht keine Entsprechung finden, sowie dem nationalen Sonderweg im Bereich einseitiger Wettbewerbsbeschränkungen ohnehin erreicht. Und wenn – wie der RegE ausführt – „der Kreis der GVO im Grundsatz geschlossen (ist) sowie wesentliche Änderungen in absehbarer Zeit nicht zu erwarten (sind)“, besteht auch keine Bedarf für eine Dynamisierung der Verweisung. Bei einer Einzelübernahme von GVO in das deutsche Recht könnte allerdings geprüft werden, ob die GVO mit ihren zum Teil hohen Marktanteilsschwellen gerade für lokale und regionale Sachverhalte passen. Sehr weitgehend erscheint auch eine dynamische Verweisung auf GVO, die ihrerseits zum Teil wieder unscharf konturierte Verordnungsermächtigungen enthalten.

Statt des Anpassungsautomatismus, der auch zur Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit führen wird, sollte daher im Ergebnis eine statische Verweisung auf GVO vorgesehen werden.

c) Zu § 23 RegE im einzelnen

Bei Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts gilt dieses ohnehin in der Ausformung, die es durch Rechtsprechung und Verwaltungspraxis findet. § 23 RegE hat konstitutive Wirkung damit nur in den relativ wenigen, zuvor angeführten Fällen mit regionaler oder lokaler Bedeutung. Gegen die neue Regelung sprechen gewichtige Bedenken. Diese beziehen sich zunächst auf den Wortlaut des § 23 RegE:

- Die „besonderen Regelungen“ sollten schon aus Gründen der Transparenz in § 23 selbst aufgeführt werden. Ein solcher Versuch der Konkretisierung würde zugleich den geringen Anwendungsbereich von § 23 RegE noch einmal dokumentieren.
- Das Wort „hierzu“ im Wortlaut ist zu streichen, da es im GWB zur „Zugrundelegung“ der „Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts“, auf die sich § 23 RegE inhaltlich bezieht, keine besonderen Regelungen gibt. Die „besonderen Regelungen“, die § 23 RegE der Sache nach meint, haben dagegen ausschließlich das Verhältnis von geschriebenem deutschen und europäischem Kartellrecht bei Sachverhalten ohne zwischenstaatliche Bedeutung zum Gegenstand.
- Der Normgehalt von § 23 RegE sollte im Hinblick auf die tautologisch verwendeten Worte „maßgeblich zugrunde zu legen“ geklärt wer-

den. Es gibt nämlich weder den Vorgang des „unmaßgeblichen Zugrundelegens von Grundsätzen“ noch stellt ein „maßgebliches Zugrundelegen“ einer sich im Fluß befindlichen Rechtsprechung und Verwaltungspraxis einen rechtlich bestimmten Tatbestand dar.

- § 23 RegE ist nicht nur von den Kartellbehörden und den Gerichten anzuwenden, sondern betrifft auch die – unter Umständen bußgeldbelasteten – Normadressaten des Kartellrechts, die dabei nach dem Wortlaut des § 23 RegE einerseits die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts maßgeblich zugrunde zu legen haben, andererseits ausweislich der Begründung zu dieser Vorschrift an die Entscheidungspraxis nicht „unmittelbar normativ“ gebunden sein sollen und im übrigen auch eine „gefestigte Verwaltungspraxis der Kommission“ von einer noch ungefestigten solchen Praxis zu unterscheiden haben.
- In § 23 RegE fehlt schließlich – wie in zahlreichen anderen Regelungen – die anwendungsfreundliche Klarstellung ihres Geltungsbereichs dahingehend, daß das europäische Kartellrecht in den Fällen mit zwischenstaatlicher Bedeutung ohnehin gilt – § 23 RegE also in der Masse der Fälle funktionslos ist – und sich der Normgehalt von § 23 RegE daher nur auf die wenigen Restfälle mit ausschließlich lokaler oder regionaler Bedeutung erstreckt.

Weiter ist § 23 RegE auch grundsätzlichen Bedenken ausgesetzt:

- Schon die zunehmende Tendenz der Kartellgerichte und insbesondere des BGH, bei der Entscheidung kartellrechtlicher Fälle mit rein nationaler Bedeutung die Wertungen des europäischen Kartellrechts zu berücksichtigen, läßt eine ausdrückliche gesetzliche Regelung überflüssig erscheinen.
- Gegen eine solche Regelung sprechen weiter systematische Bedenken, weil die Berücksichtigung der Wertungen des europäischen Kartellrechts auch in anderen als den genannten Bereichen des GWB veranlaßt ist. Soweit das GWB in seinem 4. Teil europäisches Recht umsetzt, gilt der Grundsatz der europarechtskonformen Auslegung dort sogar zwingend, ohne daß er zum Beispiel auch für diesen Bereich (deklaratorisch) normiert wäre.
- Inhalt und Reichweite der in bezug genommenen „Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts“ sind offen. Die Gesetzesbegründung erfaßt auch Bekanntmachungen und Leitlinien der Kommission. Dies führt zu einer inakzeptablen Bindung der Rechtsprechung an exekutives, im Europarecht selbst Dritte nicht bindendes Handeln der europäischen Verwaltung. Konsequenter müßten auch Empfehlungen der Kommission § 23 RegE unterfallen. Dies würde zum Beispiel die ab Januar 2005 geltende neue Empfehlung der Kommission zur Definition von kleinen und mittleren Unternehmen betreffen. Bei der Entscheidung von Fällen mit lokalem oder regionalem Bezug, die

insbesondere kleine und mittlere Unternehmen betreffen, hätten deutsche Gerichte also ohne nähere Prüfung der Sachgerechtigkeit eine europarechtlich ausdrücklich unverbindliche – vgl. Art. 249 Abs. 4 EG-Vertrag – Verlautbarung der Kommission „maßgeblich zugrunde zu legen“.

- Völlig unbemerkt bleibt bisher, daß § 23 RegE mit dem Verweis auf das geschriebene europäische Kartellrecht für Zweifelsfragen zu der Anwendung von Art. 234 EG-Vertrag führt. Ob ein solches Ergebnis, das die gerichtliche Zuständigkeit für Auslegungsfragen in diesen Fällen von deutschen Gerichten zum EuGH als gesetzlichem Richter im Sinne von Art. 101 GG verschiebt, tatsächlich gewollt ist, erscheint fraglich. Der EuGH hat sich jedenfalls mehrfach bei Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 234 EG-Vertrag für zuständig erklärt, wenn nationales Recht auf Gemeinschaftsrecht verwiesen hat.
- Schließlich bedürften die Auswirkungen einer Regelung der in § 23 RegE enthaltenen Art auf die Rechtsanwendung im nationalen Kartellrecht unter Geltung des Systems der Legal Ausnahme vor deren Normierung einer vertieften Untersuchung. Dies zeigt schon das Beispiel der Bagatelbekanntmachung der Kommission, deren relativ hoch angesetzte Schwellenwerte bei den Marktanteilen dem europäischen Kontext grenzüberschreitender Sachverhalte entstammen, für Sachverhalte mit lokaler oder regionaler Bedeutung aber nicht von vornherein gleichermaßen geeignet erscheinen.

Im Ergebnis sollte § 23 RegE daher durch eine entsprechende Passage der Gesetzesbegründung ersetzt werden, nach der der Gesetzgeber davon ausgeht, daß die Verwaltungspraxis und die Gerichte bei den fraglichen Fällen von den Wertungen des europäischen Kartellrechts, soweit sie sich übertragen lassen, in ihren Entscheidungen jeweils nicht ohne sachliche Gründe Abstand nehmen. Dementsprechend geht die Begründung zu dem RegE im Zusammenhang mit der Anpassung von § 2 RegE an Art. 81 EG-Vertrag schon selbst davon aus, daß „die weitestgehende Übernahme der europäischen Terminologie eine Anknüpfung an die zu Art. 81 Abs. 3 EG ergangene Rechtsprechung und Praxis bedeutet“.

II. Die Mißbrauchsaufsicht über marktstarke und marktbeherrschende Unternehmen

1. Die Beibehaltung der Tatbestände in §§ 19 – 21 RegE in zum Teil modifizierter Form zementiert in europarechtlich zulässiger Weise die Zweiteilung großer Bereiche des in Deutschland anwendbaren Kartellrechts. Der RegE füllt konsequent die mit Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 gewonnene Ermächtigung zur Beibehaltung bzw. Schaffung strengeren nationalen Rechts aus.
2. Mit der Einfügung von § 19 Abs. 2 RegE vollzieht der Entwurf den längst überfälligen Schritt, auf die ökonomischen Märkte und nicht auf normative Märkte abzustellen.

3. Die Chance, aufgekommene Streitfragen bei dem in nationalen Kartellrechten einzigartigen Tatbestand des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB gesetzlich zu entscheiden, nutzt der RegE nicht. Dies gilt etwa für die Festlegung, daß die Marktbeherrschung auf dem Markt bestehen muß, der sich aus der erstrebten Mitbenutzung einer Einrichtung ableitet.

III. Der Abschnitt über die **Wettbewerbsregeln** (§§ 24 ff. GWB mit den Änderungen des RegE) sollte in Angleichung an das europäische Kartellrecht wegen deren tendenziell nachteiliger wettbewerblicher Wirkungen entfallen.

IV. Sanktionen: Schadenersatz, Vorteilsabschöpfung und Bußgeld

1. Grundfragen

- In §§ 33 ff. RegE sollte – wie bei zahlreichen anderen Regelungen – klargestellt werden, daß sich die anspruchsbegründenden Vorschriften „des Gesetzes“ nur auf Teile von dessen 1. Teil beziehen. Immerhin enthält der 4. Teil fast ausschließlich drittbeschützende Normen sowie zusätzlich eigene Schadenersatzregelungen und ist die Anwendung von § 33 RegE auch auf Sachverhalte in anderen Bereichen des GWB – z.B. im Fall schadensauslösender vorsätzlicher Verstöße gegen das Vollzugsverbot in der Zusammenschlußkontrolle – je nach Entwicklung der Rechtspraxis nicht von vornherein ausgeschlossen.
 - Unklar bleibt im Zusammenspiel von §§ 33 bis 34 a RegE die Reichweite der sehr weitgehenden und praktisch entsprechend bedeutsamen Tatbestandswirkung nach § 33 Abs. 4 RegE. Anders als § 34 a Abs. 5 RegE verweist § 34 RegE nicht auf § 33 Abs. 4 RegE, ohne daß für diese Unterscheidung ein sachlicher Grund ersichtlich ist. Ein Verzicht auf eine solche Verweisung käme nur dann in Betracht, wenn man im Sinne einer extrem weiten Interpretation der mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten im europäischen Kartellrechtsnetzwerk von einer generellen Tatbestandswirkung der Verbotsfeststellung durch eine Kartellbehörde für nachfolgende Sanktionsmaßnahmen anderer Kartellbehörden ausgehen wollte. Nach der Begründung zu § 33 Abs. 4 RegE bleibt es im übrigen nur für nachfolgende Straf- und Bußgeldverfahren bei dem Untersuchungsgrundsatz und der Unschuldsumutung. Dies führt weiter zu der Frage, ob die Tatbestandswirkung auch ein Verschuldenselement mit umfassen soll. Wäre dies der Fall, hätten §§ 34, 34 a RegE einen noch wesentlich strengeren Sanktionscharakter.
 - Der Wechsel von der Mehrerlösabschöpfung des geltenden Rechts zu der Vorteilsabschöpfung des RegE provoziert in Verbindung mit den Erleichterungen in der Durchsetzung eine Vielzahl von Verfahren oder sogar entsprechende Mißbräuche.
- Einerseits gilt dies im Hinblick auf den bisher noch völlig unkonturierten und sehr weiten Begriff des wirtschaftlichen Vorteils. Er soll sich nach dem RegE ausdrücklich nicht nur auf zusätzlichen Gewinn, sondern auf jeden „sonstigen wirtschaftlichen Vorteil wie zum Beispiel eine Verbesserung der Marktposition durch die Ausschaltung oder Zurückdrängung von Wettbewerbern“ beziehen. Diese Erweiterung erscheint fast uferlos und programmiert infolge fehlen-

der Meßbarkeit derartiger Vorteile Streit. Soweit der RegE zur Präzisierung auf die „zu § 17 Abs. 4 OWiG entwickelten Rechtsgrundsätze“ verweist, beschränken sich diese zum einen auf nur sehr wenige Judikate und sind diese zum anderen für die konkreten Fragen der Qualifizierung und Quantifizierung wirtschaftlicher Vorteile durch Wettbewerbshandlungen nahezu unergiebig. So entstammt das im RegE angeführte und zuvor wiedergegebene Beispiel der „Verbesserung der Marktposition (...)“ wörtlich der Literatur und Rechtsprechung zu § 17 Abs. 4 OWiG, die dieses Beispiel in einer Art Zitat-Kreislauf seit Jahrzehnten ständig anführen, ohne daß sich über die abstrakte Nennung des Beispiels auch nur ein konkreter oder konkretisierender Fall hierzu finden würde.

Andererseits erscheint fraglich, ob allein die Regelung, wonach ein Vorteil durch Zahlung unmittelbar an die Bundeskasse auszugleichen ist, mißbräuchlichen Verfahren ausreichend vorzubeugen geeignet ist. Denn die Mißbrauchsgefahr folgt nicht aus dem Behaltendürfen eines – ungewissen – Vorteils, sondern aus der Zuerkennung der Prozeßführungsbefugnis. Ein hohes Mißbrauchspotential kann z.B. mit der vergleichweisen Erledigung von Rechtsstreiten verbunden sein. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, warum § 34 a RegE – anders als z.B. § 8 Abs. 4 UWG und § 2 Abs. 3 UKlaG – nicht auch durch eine Mißbrauchsabwehrklausel ergänzt werden sollte. Bereits die Existenz einer solchen Regelung würde mit ihrem Abschreckungscharakter eine nicht unerhebliche Vorfeldwirkung haben.

- Vor diesem Hintergrund ist die Beibehaltung des – unterschiedlich ausgeformten – Verschuldenserfordernis in §§ 34, 34 a RegE zumindest sachgerecht. Das Gegenteil gilt dagegen für das Verhältnis von §§ 34, 34 a RegE zu § 81 Abs. 4 und 5 RegE. §§ 34, 34 a RegE zielen auf einen nicht näher konturierten, aber den bisherigen Mehrerlös übersteigenden „wirtschaftlichen Vorteil“ ab. Auch für die Bußgeldfestsetzung nach § 81 RegE gilt grundsätzlich § 17 Abs. 4 OWiG mit der – unter Umständen bußgelderhöhenden – Maßgeblichkeit des „wirtschaftlichen Vorteils“. § 81 Abs. 5 RegE verweist aber dafür auf § 81 Abs. 4 RegE. Danach bezieht sich der wirtschaftliche Vorteil ausdrücklich auf den Mehrerlös im bisherigen Sinne. Gleichwohl soll nach dem RegE die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils – wenn nicht über die Verfallsregelungen – „alternativ“ nach §§ 34, 34 a oder § 81 Abs. 5 erfolgen.

2. Zu § 33 RegE im einzelnen

- Der RegE geht zu § 33 – wie auch an anderen Stellen – davon aus, das GWB schütze die Interessen der Verbraucher. Die häufige Anführung des Verbraucherschützenden Charakters des Gesetzes im RegE darf nicht dazu führen, das Leitbild des Schutzes der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit und der allgemeinen Wohlfahrt für das Gesetz zu verdecken.
- § 33 RegE erweitert die Möglichkeiten kartellrechtlicher Schadenersatzklagen deutlich. Dies entspricht im Grundsatz der neueren Rechtsprechung des EuGH zu Art. 81 EG-Vertrag. Fraglich ist allerdings die konkrete Reichweite von § 33 RegE. Dies gilt zunächst im Hinblick darauf, daß Verbraucher grundsätzlich Inhaber schadenersatzrechtlicher Ansprüche,

Folgeverträge grundsätzlich mit einbezogen und eine „passing-on-defence“ – entgegen neuerer Rechtsprechung und ohne entsprechende ausdrückliche gesetzliche Anordnung – ausgeschlossen sein sollen. Vor diesem Hintergrund ist bei mehrstufigen Folgeverträgen denkbar, daß die Marktteilnehmer auf jeder Absatzstufe sowie Verbraucher als Endabnehmer wegen derselben wettbewerbsbeschränkenden Handlung jeweils eigene Schadenersatzansprüche geltend machen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß das US-amerikanische Kartellrecht keine eigenen Schadenersatzansprüche „mittelbarer Kartellabnehmer“ kennt und die ökonomische Analyse zu dieser Frage noch nicht zu einer auch nur annähernd einheitlichen Einschätzung gefunden hat.

Fraglich ist weiter, ob § 33 RegE für die Zukunft auch sogenannte Preisschirmschäden umfaßt, d.h. die Schäden – unter Umständen auf mehreren Marktstufen – von Abnehmern, die Kunden von Nicht-Kartellmitgliedern sind, für deren überhöhte Preise die Bildung eines Kartells unter Beteiligung des Anspruchsgegners adäquat kausal ist. Sodann ist offen, ob „Nichtabnehmer“ für unterlassene Bezüge oder „Wenigerabnehmer“ für unterlassene Mehrbezüge oder Teilnehmer auf vorgelagerten Marktstufen z.B. wegen Abnahmebeschränkungen oder Arbeitnehmer – auf welcher Marktstufe auch immer – wegen kartellbedingter Nachteile Schadenersatzansprüche geltend machen können.

Je weiter im Ergebnis der Kreis der Schadenersatzberechtigten gezogen wird, umso eher liegt eine Begrenzung von Schadenersatzansprüchen durch eine passing-on-defence nahe. Umgekehrt verbietet sich ein solcher Einwand bei einem engegezogenen Kreis von möglichen Anspruchstellern. Während der RegE die passing-on-defence – nur über eine entsprechende Erwartung an die bisher gegenteilig entscheidende Rechtsprechung – ausschließen will, äußert er sich zum Kreis der möglichen Anspruchsinhaber nicht. Dies ist angesichts der neuen Rechtsprechung des EuGH, wonach „jedermann Ersatz des Schadens verlangen (können soll), der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist“, kaum sachgerecht.

- Schadenersatzzahlungen sind nach § 33 Abs. 3 Satz 3 RegE ab Eintritt des Schadens zu verzinsen. Für den in § 34 Abs. 2 Satz 2 RegE genannten Fall sollte hierzu konsequent eine Ausnahmeregelung im Umfang bereits geleisteter Zahlungen nach § 34 RegE vorgesehen werden.

3. Zu § 34 a RegE im einzelnen

- § 34 a RegE geht von einer eigenen Gläubigerstellung der Verbände und Einrichtungen aus. Anders als bei § 33 Abs. 2 RegE dürfte es sich hier jedoch lediglich um den Fall einer gesetzlichen Prozeßstandschaft handeln. § 34 a RegE gibt denjenigen, die nicht selbst aktivlegitimiert sind – materiell rechtlich berechtigt ist nach §§ 34, 34 a Abs. 1 RegE die Bundesrepublik Deutschland – lediglich eine Prozeßführungsbefugnis. Dementsprechend, aber auch weil die Verbände und Einrichtungen gemäß § 34 a Abs. 1 RegE keine Empfangszuständigkeit für die Vorteilsabschöpfungszahlungen haben, erscheint der aus § 10 Abs. 3

UWG übernommene Verweis auf §§ 428 ff. BGB in § 34 a Abs. 3 RegE verfehlt.

- § 34 a RegE sollte um eine grundsätzliche Sperre für die Geltendmachung der Vorteilsabschöpfung für den Fall ergänzt werden, daß das BKartA nach § 34 RegE tätig geworden ist. Andernfalls werden Rechtsstreitigkeiten z.B. darüber provoziert, ob das BKartA bereits den vollen wirtschaftlichen Vorteil abgeschöpft hat, ob – was § 34 a RegE bisher nicht ausschließt – die Anwendung von § 34 Abs. 3 RegE die Vorteilsabschöpfung nach § 34 a RegE hindert und ob eine nach § 60 Nr. 3 RegE mögliche einstweilige Anordnung die Voraussetzungen von § 34 a Abs. 1 letzter Halbsatz erfüllt. In § 34 a Abs. 1 RegE sollte daher zumindest das Wort „soweit“ durch das Wort „wenn“ ersetzt werden oder besser – weil nur dies alle genannten Sachverhalte erfaßt – der mit dem Wort „soweit“ beginnende Halbsatz durch eine allgemeine Sperrklausel wie folgt ersetzt werden: „wenn nicht die Kartellbehörde ein Verfahren nach § 34 oder § 34 in Verbindung mit § 60 Nr. 3 eingeleitet hat.“
- Die Einschränkung in § 34 a Abs. 1 RegE, ein Vorteil müsse „zu Lasten von Abnehmern“ erlangt worden sein, erscheint nicht sachgerecht. Auch ohne daß sich eine Wettbewerbsbeschränkung zu Lasten von Verbrauchern ausgewirkt hat, wären damit z.B. Verbraucherverbände prozeßführungsbefugt. Umgekehrt wäre z.B. die Geltendmachung eines wirtschaftlichen Vorteils, der sich aus einer Wettbewerbsbeschränkung zu Lasten von Konkurrenten ergibt, von § 34 a Abs. 1 RegE nicht erfaßt.

V. Der einstweilige Rechtsschutz in der Zusammenschlußkontrolle

Die vorgesehene Regelung des § 65 Abs. 3 Satz 3 RegE, wonach der vorläufige Rechtsschutz in der Zusammenschlußkontrolle nur noch bei Geltendmachung einer Rechtsverletzung zulässig sein soll, ist abzulehnen,

- weil die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ebenso wie das Rechtsstaatsgebot des Art. 20 GG einen effektiven Rechtsschutz auch in der Form einstweiligen Rechtsschutzes fordern,
- weil die Regelung des § 65 Abs. 3 Satz 3 RegE die Betroffenen mangels auch individualschützender Funktion der Vorschriften über die Zusammenschlußkontrolle faktisch rechtsschutzlos stellt,
- weil der effektive Rechtsschutz in Form der bisherigen Regelungen im GWB lediglich eine Rechtsschutzgewähr in Form des tatsächlichen Zugangs zu den Gerichten und keinen automatischen Rechtsschutzerfolg bietet,
- weil ein späterer Rechtsschutz unter erleichterten Voraussetzungen im Hauptsacheverfahren, wie nach dem RegE vorgesehen, bei dem Vollzug komplexer Zusammenschlußvorhaben im Ergebnis nicht die gleiche Rechtsschutzfunktion haben kann und
- weil eine erleichterte Zulassung einstweiligen Rechtsschutzes in der 2. Prüfungsphase eine Kompensation bildet für die verfassungsrechtlich allen-

falls noch hinnehmbare rechtsschutzfreie Entscheidung des Bundeskartellamts über die Freigabe eines Zusammenschlusses in der 1. Phase oder die Überführung des Verfahrens in das Hauptprüfungsverfahren der 2. Phase. Zusammenschlüsse, die zur Notwendigkeit eines Hauptprüfungsverfahrens führen, haben daher regelmäßig komplexe, marktbezogene Sachverhalte zum Gegenstand, die die Interessen Dritter erheblich berühren können. Ist es diesen Dritten schon verwehrt, Rechtsschutz gegen die Freigabe eines Zusammenschlusses in der 1. Phase zu erhalten, muß es ihnen jedenfalls möglich sein, bei Zusammenschlüssen, die einer weiteren Prüfung bedürfen, ihre Interessen gerichtlich zu wahren.

VI. Die Anpassung der Regelungen für die Zusammenschlußkontrolle an die neuen Regelungen der europäischen Fusionskontrollverordnung

Eine Anpassung des GWB im Bereich der Zusammenschlußkontrolle an den neuen materiellen Prüfungsstandard der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ zum jetzigen Zeitpunkt ist abzulehnen,

- weil der neue Text in Art. 2 FKVO einen noch völlig konturenlosen Mischtest aus dem Marktbeherrschungstest des deutschen bzw. bisherigen europäischen Kartellrechts und dem substantial lessening of competitiontest des US-amerikanischen, britischen bzw. irischen Kartellrechts darstellt,
- weil der neue Test, der mehr Kompromiß-Charakter als Überzeugungskraft aufweist, seine Bewährungsprobe unter der FKVO und nicht im GWB bestehen sollte,
- weil mit der Ablehnung der Übernahme in das nationale Kartellrecht nicht auf die Beeinflussung der künftigen europäischen Entscheidungspraxis verzichtet wird, da derartige Einflüsse weniger indirekt über die nationale Entscheidungspraxis als direkt z.B. über den Beratenden Ausschuß nach Art. 19 FKVO geltend zu machen sind,
- weil sich im übrigen umgekehrt das neue Kriterium der FKVO dem Wettbewerb der Kartellrechtsordnungen über die weitere Praxis des Marktbeherrschungskriteriums in großen Mitgliedstaaten stellen sollte,
- weil im Hinblick auf die Neuordnung sowohl des europäischen Kartellrechts in allen Bereichen als auch des deutschen Kartellrechts durch die 7. Novelle zum GWB die Praxis wenigstens in einem wichtigen Bereich der kartellrechtlichen Kontinuität und Verlässlichkeit bedarf und

weil einer Nachholung des Kriterienwechsels zu einem späteren Zeitpunkt nach dem Ende der Experimentierphase mit dem neuen FKVO-Standard bei dessen Bewährung nichts im Wege steht.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1358

17. September 2004

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung in Berlin am 20. September 2004 zum

**Geszentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wett-
bewerbsbeschränkungen - Drucksache 15/3640 -**

Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e.V. und
Rheinische Post

Der Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e. V. (BDZV) ist die Spitzenorganisation der Zeitungsverlage in Deutschland. Über seine elf Landesverbände sind dem BDZV mehr als 300 Tageszeitungen sowie 14 Wochenzeitungen angeschlossen.

Die Spannweite der repräsentierten Verlage reicht von den größten deutschen Verlagsunternehmen über mittlere Zeitungshäuser bis zu den kleineren lokalen und regionalen Zeitungsverlagen. Damit spricht der BDZV für die gesamte Vielfalt der deutschen Tageszeitungsverlage.

I. Das geltende Pressefusionsrecht ist antiquiert

Seit 1976 gelten für die Presse im Kartellrecht gravierende Einschränkungen, die nach dem Willen des Gesetzgebers der Sicherung der Pressevielfalt dienen sollen.

Indem – vereinfacht formuliert – die **Aufgreifschwelle** für die Untersagung von Fusionen im Pressebereich **auf ein Zwanzigstel gegenüber der übrigen Wirtschaft abgesenkt** sind, ist es vielfach zu einer „**Zementierung der Betriebsgrößen auf dem Stand des Jahres 1976**“ gekommen, die 30 Jahre später die Wirtschaftlichkeit gerade auch der kleineren und mittleren Zeitungsverlage und damit den Erhalt der Vielfalt von Titeln und Redaktionen in Frage stellt. Das, was die Pressevielfaltskontrolle „bewahrt“ hat, stellt sich heute als ein nicht mehr zeitgemäßes und wirtschaftlich ineffizientes Konstrukt dar, das die **Zukunftsfähigkeit der Zeitungsverlage bedroht**.

Denn **seit 1976** hat sich die **Medienlandschaft** sowohl auf der Seite der Anbieter (u. a. durch den Markteintritt der werbefinanzierten privaten Hörfunk- und Fernsehveranstalter, insbesondere aber durch die Etablierung des Internets) als auch auf der Seite der Leser (Umschichtung des Mediennutzungsverhaltens) sowie auf der Seite der Werbetreibenden (anhaltende Konzentration in der werbetreibenden Wirtschaft) **zu Lasten der Tageszeitungen strukturell gravierend verändert**. Diese negative Entwicklung wird durch die seit dem Jahr 2001 anhaltende

konjunkturelle Krise und ihre Auswirkungen auf das Werbeverhalten und das Anzeigengeschäft in einer Weise verschärft, dass **einzelne Zeitungen** – die Beispiele sind öffentlich bekannt – **an den Rand ihrer finanziellen und damit publizistischen Leistungsfähigkeit gelangt** sind.

Handelt der Gesetzgeber nicht, sind tiefgreifende Auswirkungen für die Vielfalt der deutschen Tageszeitungspresse zu erwarten.

Vor diesem Hintergrund sind sich die durch den BDZV repräsentierten Zeitungsverlage – ungeachtet unterschiedlicher Auffassungen in manchen Fragen – darin einig, dass eine **Revision der Vorschriften zur presse-spezifischen Fusionskontrolle überfällig** ist. Der BDZV begrüßt die Gesetzgebungsinitiative der Bundesregierung, da sie im Grundsatz geeignet ist, die historisch gewachsene Vielfalt der Tageszeitungspresse in einem sich ständig wandelnden Markt der Massenmedien nicht nur zu erhalten, sondern auch zukunftsfähig zu machen.

Mit Blick auf den Referentenentwurf hat das Erweiterte Präsidium des BDZV im Mai 2004 Folgendes einstimmig beschlossen:

„Der BDZV begrüßt es, dass nach der überarbeiteten Fassung des Referentenentwurfes Anzeigenkooperationen zukünftig kartellrechtlich freigestellt werden sollen. Auf diese Weise wird vorrangig der Freiraum geschaffen, den die Zeitungsverlage dringend benötigen, um angesichts des massiven Strukturwandels in den Medien die Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit der Zeitungen und damit die Vielfalt des redaktionellen Angebotes erhalten zu können.“

Indem die Zeitungsverlage über diese neu eröffnete Form der Zusammenarbeit ihre wirtschaftliche Basis wesentlich stärken können, dürfte sich aus Sicht des BDZV zugleich die Zahl der Fälle, in denen der Strukturwandel Zusammenschlüsse unter Zeitungsverlagen unausweichlich machen könnte, wesentlich verringern.

In der nunmehr vorliegenden Fassung des Referentenentwurfes sind die Bestimmungen zur Pressefusionskontrolle zudem in einer Weise präzisiert worden, die die Zielrichtung des Novellierungsvorhabens, Zusammenschlüsse unter Zeitungsverlagen nur unter dem Gebot der Erhaltung der redaktionellen Vielfalt zu gestatten, nachhaltig unterstreicht.“

II. Radius des Novellierungsbedarfs

Der Entwurf der Bundesregierung sieht Lockerungen der Pressefusionskontrolle in vier korrespondierenden Teilbereichen vor:

1. Schwellenwert:

Aus Sicht des BDZV scheint auf der Ebene der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Verfassungsorgane weitgehend Konsens darüber zu bestehen, dass der die Zusammenschlusskontrolle auslösende Schwellenwert (Umsatzerlös) angehoben wird. **Der im Regierungsentwurf vorgesehene Schwellenwert von 50 Mio. Euro stellt aus Sicht des BDZV die Untergrenze einer Anpassung dar (der BDZV hatte in einem im Januar 2004 veröffentlichten Positionspapier eine Anhebung auf 100 Mio. Euro vorgeschlagen).**

2. Bagatellklausel:

Desgleichen scheint weitgehend Konsens zu bestehen, dass die für die übrige Wirtschaft geltende Bagatellklausel grundsätzlich künftig auch für die Presse gelten soll. **Die im Regierungsentwurf vorgesehene Umsatzgrenze von 2 Mio. Euro ist aus Sicht des BDZV zu niedrig. Der ursprüngliche Vorschlag des BDZV vom Januar 2004 belief sich auf die für die übrige Wirtschaft geltende Grenze von 10 Mio. Euro.**

3. Kooperationen:

Mit der im Regierungsentwurf vorgesehenen Kooperationsregelung des § 31, die Kooperationen auf vertraglicher Ebene und in Gemeinschafts-/Hilfsunternehmen erfasst, greift die Bundesregierung eine Empfehlung des BDZV auf. Die im Entwurf vorgesehene Regelung bezieht sich allerdings nur auf den Anzeigenbereich. **Der BDZV setzt sich nachdrücklich für eine weitergehende Freistellung von Kooperationen für den gesamten Bereich der Verlagsgeschäfte außerhalb des redaktionellen Bereiches (z.B. in Druck, Vertrieb, Verwaltung, Online) ein.**

Darüber hinaus sollten zur sinnvollen Absicherung von Kooperationen auch unmittelbare gesellschaftsrechtliche Verbindungen zwischen den beteiligten Zeitungsunternehmen freigegeben werden, die den Bereich der Redaktionen nicht berühren.

4. Fusionen / sog. Altverlegermodell

Der Regierungsentwurf nimmt den Zusammenschluss von Zeitungen aus der Fusionskontrolle aus, sofern dabei ein detaillierter Katalog von Vorkehrungen zur Vielfaltssicherung beachtet wird. Die vielfaltsichernden Regelungen manifestieren sich u.a. darin, dass der Verleger, dessen Zeitung übernommen wird, (oder ein unabhängiger Dritter) mit mehr als 25 % des Kapitals und der Stimmrechte beteiligt bleiben muss. Darüber hinaus sind dem „Altverleger“ (unabhängigem Dritten) Vetorechte einzuräumen, die sicherstellen, dass gegen seine Entscheidung die redaktionelle Grundhaltung der erworbenen Zeitung nicht geändert werden, keine Bestellung und Abberufung

von Mitgliedern der Chefredaktion ohne seine Zustimmung erfolgen und nicht ohne ihn über die Einstellung der erworbenen oder der erwerbenden Zeitung befunden werden kann. Der „Altverleger“ (unabhängige Dritte) muss schließlich im Besitz des Titelrechts der zu erwerbenden Zeitung bleiben.

Diesen Gesetzgebungsvorschlag - Pressefusionen in einem stärkeren Umfang zu erlauben, soweit dabei Vorgaben zur Vielfaltsicherung eingehalten werden – hat der BDZV in seinem Positionspapier vom Januar 2004 als „pressepolitisch interessanten und diskussionsfähigen Ansatz“ bewertet.

In der politischen Diskussion, auch bei einzelnen Verlagen, hat der Vorschlag ein geteiltes Echo gefunden. Dies ändert nichts daran, dass im Interesse des Erhalts einer vielfältigen Presselandschaft **eine Lösung gesucht werden sollte, die auch Fusionen der Zeitungsverlage erleichtert.**

III. Die Strukturveränderungen des Medienmarktes erfordern eine Novellierung der pressenspezifischen Regelungen im GWB

Zur wirtschaftlichen Situation der Zeitungen in Deutschland verweisen wir auf das – als Anlage beigefügt – aktuelle Gutachten von Frau Prof. Dr. Gabriele Siegert, IPMZ – Institut für Publizistikwissenschaft und Medienforschung Universität Zürich, „Strukturelle Veränderungen in der Medienlandschaft und ihre Auswirkungen auf die Zeitungen“, 2004.

1. Im Jahr 2003 wurden in Deutschland **349 Tageszeitungen, 25 Wochenzeitungen und 7 Sonntagszeitungen mit insgesamt 1.561 unterschiedlichen Ausgaben** herausgegeben. 134 publizistische Einheiten spiegeln die umfassende überregionale Berichterstattung über Politik, Wirtschaft und Kultur wider. Damit verfügt Deutschland über **eine im weltweiten Vergleich führende Vielfalt in der Zeitungslandschaft.**
2. Diese Vielfalt wurde in den vergangenen Jahrzehnten bis zum Jahr 2000 vor allem durch ein erhebliches Wachstum der Werbemärkte insgesamt erhalten. Das Verhältnis der Anzeigenerlöse der Zeitungen zu den Vertriebs Erlösen betrug in diesem Zeitraum im Bundesdurchschnitt etwa zwei Drittel zu einem Drittel. Gerade das Marktwachstum im Anzeigenbereich hat so die wirtschaftliche Potenz und Eigenständigkeit der Verlage nachhaltig gestärkt. **Diese Wirtschaftskraft der Branche - nicht etwa die Pressefusionskontrolle - hat in der Vergangenheit dazu geführt, dass Zeitungen in allen Auflagengruppen ihre Selbstständigkeit und ihr redaktionelles Angebot erhalten konnten.**
3. Das starke **Wachstum der Werbemärkte hat jedoch wesentliche strukturelle Änderungen in den Zeitungsmärkten überdeckt.** So ist durch das Hinzutreten einer Vielzahl zusätzlicher Werbeträger (Expansion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Einführung des werbefinanzierten privaten Rundfunks, Entstehen einer Vielzahl von Anzeigenblättern, Amtsblättern, Expansion der Außenwerbung und schließlich die Einführung des Internets) der **Anteil der Tageszeitungen am Gesamtwerbemarkt von 44,9 Prozent im Jahr 1975 auf 23 Prozent im Jahr 2003 zurückgegangen.**

4. **Besondere Auswirkungen haben strukturelle Änderungen** in zwei für die Zeitungswerbung sehr bedeutsamen Bereichen: den **Rubrikanzeigen** und der **Einzelhandelswerbung**. Diese beiden Anzeigengruppen umfassen zusammen ca. zwei Drittel der Gesamtanzeigenumsätze der Zeitungen.

a) Die **Einnahmen** der Tageszeitungen aus **Rubrikanzeigen** haben sich besonders **seit dem Jahr 2000 erheblich reduziert**. Bei den **Stellenanzeigen** sind die **Anzeigenerlöse** der Zeitungen **seit dem Jahr 2000 um ca. 70 Prozent zurückgegangen**.

Die allgemeine Konjunkturlage trägt nur zum kleinen Teil zu diesen Verlusten bei. Wesentlich weitreichender sind die Wirkungen der zunehmenden Expansion des Internets, in dem sich mittlerweile eine Vielzahl von Online-Märkten etabliert hat. Gerade die Anzeigen in den Rubriken „Automobile“, „Immobilien“ und „Stellen“ sind in großem Umfang in das neue Medium übergewechselt. In mehreren wissenschaftlichen Gutachten wird dargelegt, dass diese Entwicklung noch fortschreiten wird und mit einer Rückkehr von Rubrikanzeigenkunden zu den Zeitungen nur sehr eingeschränkt gerechnet werden kann (vgl. Prof. Dr. Gabriele Siegert, s. o. mit weiteren Nachweisen).

b) Im **Einzelhandel** hat in den letzten Jahrzehnten eine **umfassende Konzentration** stattgefunden. Der **Anteil** der größten zehn **Lebensmittelketten am Gesamtumsatz des Lebensmitteleinzelhandels** belief sich im Jahr **1990 auf 45 Prozent**, **Ende 2002** ist dieser Marktanteil auf **84 Prozent** angestiegen (Quelle: KPMG: „Status quo und Perspektiven im deutschen Lebensmitteleinzelhandel“, 2004).

Zum einen hat sich so die Anzahl der potenziellen Einzelhandels-Anzeigenkunden der Zeitungen erheblich reduziert. Zum anderen sehen sich die Zeitungen im Anzeigenmarkt des Einzelhandels Kunden gegenüber, die größtenteils über eine wesentlich stärkere Marktmacht verfügen als die Verlage.

c) Diese Strukturänderungen im Anzeigenmarkt haben sich seit dem Jahr 2000 in voller Deutlichkeit gezeigt. **So lagen die Nettowerbeerlöse der Tageszeitungen im Jahr 2003 um 32 Prozent unter den Werbeerlösen des Jahres 2000**. Und es ist noch nicht absehbar, wie lange sich die auch in das Jahr 2004 erstreckende Entwicklung noch fortsetzen wird.

5. Die zu Beginn dargelegte positive Entwicklung der Werbemärkte bis zum Jahr 2000 hat auch ein **weiteres strukturelles Problem** der Zeitungsverlage überdeckt. So ist die **Zeitungsaufgabe von 32,74 Millionen im Jahr 1994 auf 28,30 Millionen im Jahr 2004 zurückgegangen**. Dieses Auflagenminus der vergangenen zehn Jahre in Höhe von ca. 13,5 Prozent wird sich auf Grund der Änderungen der Bevölkerungsstruktur auch in den kommenden Jahren fortsetzen. Daneben ist auch für den Lesermarkt festzustellen, dass sich insbesondere durch die Einführung des privaten Rundfunks wie auch durch das Internet der Markt der Inhalteanbieter wesentlich vergrößert hat. Auch dies wird in der Spruchpraxis der Kartellbehörden nicht berücksichtigt.

6. Trotz des Rückgangs der Auflagen mit entsprechenden wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Verlage

behält die Zeitung als Mediengattung gerade auf Grund der redaktionellen Vielfalt der Angebote bei der Bevölkerung ihre hohe Bedeutung. So hat sich die Reichweite der Tageszeitungen gut gehalten. Auch wenn sich aus Kostengründen immer mehr Leser ein Zeitungsexemplar in der Nachbarschaft oder am Arbeitsplatz „teilen“, werden noch immer rund 76 Prozent der Bevölkerung in Deutschland von Tageszeitungen erreicht. Diese starke Reichweite schlägt sich allerdings nicht in den Vertriebs Erlösen nieder.

Im Ergebnis haben sich sowohl die Anzeigen- als auch die Vertriebsmärkte der deutschen Tageszeitungen in den letzten dreißig Jahren erheblich verändert (dazu insgesamt das o.g. genannte Gutachten von Frau Prof. Dr. Siegert).

Dieser **Strukturwandel** (insbesondere der Rückgang des Anteils der Tageszeitungen an den Nettowerbeumsätzen in Deutschland sowie der Rückgang der Auflagen der Tageszeitungen) – noch einmal nachhaltig verstärkt durch die anhaltende konjunkturelle Krise – **führt zu schwerwiegenden Einbußen der Finanzkraft der Zeitungsbranche, die eine Gefährdung der redaktionellen Vielfalt nach sich zieht**.

Um adäquat auf die radikalen Marktveränderungen im Anzeigenmarkt (insbesondere im Bereich des Einzelhandels mit vorwiegend multinationalen Großkonzernen als Anzeigenkunden) reagieren zu können sowie sich dem Trend der Schaltung von Rubrikanzeigen in nationalen Internet-Angeboten zu erwehren, ist es für die Zeitungen **zukünftig notwendig, im Anzeigenbereich wie auch auf anderen Feldern der Verlagsgeschäfte in größeren Einheiten und Kooperationen agieren zu können**.

IV. Dem gegenwärtigen Kartellrecht fehlen die Instrumente zur Sicherung der Zeitungsvielfalt infolge der strukturellen Marktveränderungen

Das GWB hält nicht mehr das notwendige Instrumentarium für Zeitungsverlage vor, um zum Erhalt der Vielfalt auf die strukturellen Herausforderungen angemessen reagieren zu können.

Nach den gegenwärtigen kartellrechtlichen Regelungen können lokale und regionale Verlage, die durch strukturelle Veränderungen in ihrer Eigenständigkeit bedroht sind, „unbegrenzt“ von finanzkräftigeren Verlagen erworben werden, sofern diese Verlage nicht aneinander angrenzen.

Die Verlage haben jedoch ein vorrangiges Interesse daran, gerade nicht ihre Selbstständigkeit und damit ihre Titel und Redaktionen aufzugeben, sondern durch Kooperationen und Verflechtungen ihre wirtschaftliche Basis zu stärken. Derartige Kooperationen machen jedoch i. d. R. nur Sinn, wenn unter benachbarten Verlagen im Bereich der Anzeigen, des Drucks oder des Vertriebs zusammengearbeitet wird. **Indem jedoch das geltende Kartellrecht benachbarten Verlagen die Kooperations- und Fusionsmöglichkeiten mit Blick auf die relevanten Märkte untersagt, fehlt ihnen die Möglichkeit, im Zusammengehen die Stärke zu finden, die ihnen langfristig ein Überleben sichert**.

Mit Blick auf nicht aneinandergrenzende Zeitungsunternehmen (und ihre Märkte) werden auch Kooperationen wenig weiter helfen. In diesen Fällen sind die Verlage – wie im Regierungsentwurf angedacht – ebenfalls auf Freistellungen im Fusionsbereich angewiesen, um die

hinreichende Leistungsfähigkeit zur Vielfaltssicherung zu erreichen.

V. Fazit

Gefordert sind aus Sicht des BDZV legislatorische Entscheidungen, die mit der gebotenen Rücksichtnahme auf verfassungsrechtliche Vorgaben kartellrechtliche Lösungen ermöglichen, die Zeitungen im strukturellen Wandel des Medienmarkts nicht weiter an den Rand drängen, sondern stärken, indem so viel Vielfalt als möglich gesichert werden kann.

Der Weg, Aufreißschwellen abzusenken, Kooperationen im Bereich der Verlagsgeschäfte vorbehaltlos zu gestatten und Fusionen, dann, wenn sie die Pressevielfalt zu sichern in der Lage sind, zu erlauben, ist richtig.

Berlin, den 16.09.2004

Anlage
zu Ausschussdrucksache 15(9)1358

Strukturelle Veränderungen in der Medienlandschaft und ihre Auswirkungen auf die Zeitungen

Gutachten im Auftrag des
Bundesverbandes Deutscher Zeitungsverleger e.V. (BDZV)
August 2004

Prof. Dr. Gabriele Siegert
Björn von Rimscha M.A.
unter Mitarbeit von Mag. Marie Oetker

IPMZ - Institut für Publizistikwissenschaft und Medienforschung
Universität Zürich
Andreasstrasse 15
CH-8050 Zürich

Inhalt

1 Einleitung.....	3
2 Bedeutung der Zeitungen.....	4
2.1 Gesellschaftliche Bedeutung der Zeitungen.....	4
2.2 Bedeutung der Zeitungen im Medienkontext.....	4
2.3 Wirtschaftlicher Kontext der Zeitungen	5
3 Mediennutzung.....	6
3.1 Reichweite:.....	6
3.2 Nutzungsdauer:.....	7
3.3 Bindung	8
3.4 Komplementarität oder Substitution der Medien	8
4 Werbemarkt und Werbeinvestitionen.....	10
4.1 Strukturelle Veränderungen im Werbemarkt: Komplementarität oder Substitution der Werbeträger	10
4.2 Konjunkturelle Entwicklung der Werbeeinnahmen	12
4.3 Konzentrierte Nachfragemacht der Werbewirtschaft	14
4.4 Neue Substitutionsrisiken durch Below-the-Line-Werbung	15
5 Anzeigenmarkt (ohne Werbung).....	15
5.1 Anteile einzelner Rubriken am Anzeigenmarkt	16
5.2 Konjunkturelle Entwicklung am Anzeigenmarkt	16
5.3 Strukturelle Veränderungen am Anzeigenmarkt	18
6 Medienbranche.....	19
6.1 Entwicklung des dualen Rundfunksystems und der Medienkonzentration.....	19
6.2 Konvergenz des Medien.....	22
6.3 e-Newspaper	23
6.4 Veränderungen bei den Marktteilnehmern und Wettbewerbern	24
7 Literaturangaben.....	26
8 Anhang	30
8.1 Tabellen.....	30
8.2 Endnoten.....	38

Abbildungsverzeichnis:

Abbildung 3-1 Entwicklung der Reichweite tagesaktueller Medien 1970-2000 in Prozent der Bevölkerung.....	6
Abbildung 4-1 Rückgang des Werbemarktanteils der Zeitungen 1980-2003	12
Abbildung 4-2 Entwicklung der Netto-Werbeeinnahmen und ihres Anteils am BIP 1975-2003	13
Abbildung 4-3 Verteilung der Nettowerbeeinnahmen der Medien 1975-2003.....	13
Abbildung 5-1 Anteile der Rubriken am Umfang und Umsatz 1980 vs. 2003	16
Abbildung 5-2 Entwicklung der Umsatzanteile einzelner Anzeigenrubriken in westdeutschen Zeitungen 1994-2003	17
Abbildung 6-1 Entwicklung des Konzentrationsgrades in unterschiedlichen Mediengattungen 1976 - 2004.....	22

1 Einleitung

Wie die meisten anderen Medien finanzieren Zeitungen ihr publizistisches Angebot durch Einnahmen aus zwei Märkten: dem Leser-/Käufermarkt und dem Werbe-/Anzeigenmarkt. Für die Zeitungen muss der Werbe-/Anzeigenmarkt aufgrund unterschiedlicher Bedingungen zudem aufgeteilt werden in klassische Werbung und Anzeigen in Rubriken. Um im Werbe-/Anzeigenmarkt Einnahmen zu erzielen, sind die Zeitungen wiederum auf eine ausreichend große Leserschaft angewiesen.

Die aktuelle Situation der Zeitungen ist gekennzeichnet durch gravierende Nachfragerückgänge auf diesen Märkten: Sowohl die Reichweite und Nutzungsdauer als auch die Werbeinvestitionen und das Anzeigenaufkommen gehen seit Jahren kontinuierlich zurück. Diese Rückgänge sind zum einen konjunkturell bedingt, zum anderen zeigen sich deutlich strukturelle Veränderungen, so z.B. durch neue Wettbewerber oder konzentrierte Nachfragemacht. Die Zeitungen, die nach wie vor eine grundlegende gesellschaftspolitische Bedeutung haben, befinden sich mithin in einem sich rasch wandelnden Umfeld.

Das folgende Gutachten skizziert die wesentlichen Veränderungen von Mitte der 1970er Jahre bis zur Gegenwart sowohl in quantitativer als auch qualitativer Hinsicht. Es stützt sich dabei auf vorhandenes Datenmaterial aus unterschiedlichen Bereichen und ergänzt dieses durch theoretisch fundierte Kommentare. Wo Daten nicht für den gesamten Zeitraum vorliegen, wird auf diejenigen Zeiträume fokussiert, die sich mit dem Datenmaterial belegen lassen. Sind bei Themen keine repräsentativen Daten vorhanden, werden die Entwicklungen anhand nachvollziehbarer Fallbeispiele dargestellt. Zudem sollen Graphiken die Entwicklung veranschaulichen, die dazugehörigen Tabellen finden sich jeweils im Anhang.

Insgesamt wird im Gutachten von Zeitungen als Mediengattung gesprochen. Dies schließt lokale und regionale Tageszeitungen, überregionale Tageszeitungen, Wochen- und Sonntagszeitungen im Abonnement sowie im Straßenverkauf ein. Obwohl im Gutachten nicht explizit darauf eingegangen wird, muss aber berücksichtigt werden, dass die verschiedenen Entwicklungen diese Zeitungstypen je unterschiedlich treffen. Dies wird im Gutachten erst dann angemerkt, wenn die Unterschiede gravierend sind. Zugleich reflektiert das Gutachten die Management-Dimension des Wandels nur sehr am Rande, d.h. es wird nicht darauf eingegangen, mit welchen Strategien die Zeitungsverlage den Herausforderungen der letzten Jahre begegnet sind. Nur an einigen Stellen wird sehr verkürzt darauf verwiesen, welche Einschränkung das Management von Zeitungen aufgrund struktureller Veränderungen erfährt bzw. welche Strategieoptionen sich dann anbieten.

Die Entwicklung der Zeitungen muss insgesamt im Kontext einer generellen Medienentwicklung gesehen werden, die sowohl die Entwicklung einzelner anderer Medien als auch die der neuen Informations- und Kommunikationstechnologien berücksichtigt. Darüber hinaus ist sie in den Gesamtzusammenhang eines technischen, ökonomischen, kulturellen, gesellschaftlichen und politischen Wandels zu stellen. Internationalisierung, Digitalisierung oder Individualisierung und Erlebnisorientierung können als Schlagworte für diese Entwicklungen gelten. Diese übergreifenden und keineswegs linearen Veränderungsprozesse bilden auch für das folgende Gutachten die allgemeine Hintergrundfolie, ohne dass sie eigentliches Thema sind.

2 Bedeutung der Zeitungen

Jürgen Heinrich vergleicht die Zeitungslandschaft in Deutschland mit der Brauereindustrie: Den Produkten beider Branche ist die große Vielfalt, die starke regionale Verankerung und eine kleine Zahl nationaler Premium-Angebote gemein (Heinrich 2000, 105).

2.1 Gesellschaftliche Bedeutung der Zeitungen

Den Massenmedien insgesamt werden vielfältige gesellschaftliche Funktionen zugeschrieben bzw. Leistungen attestiert: Entspannung und Unterhaltung, Orientierung und Lebenshilfe, Sozialisation und Integration als soziale bzw. kulturelle Funktionen. Herstellung von Öffentlichkeit, Identifikation von relevanten Themen, Artikulation von Meinungen, Transparenz und Aufklärung sowie Anregung zur Partizipation als Leistungen für das politische System. Auch in weniger normativer Perspektive werden Massenmedien zumindest als Instanzen der gesellschaftlichen Selbstbeobachtung und der Selbstvergewisserung bezeichnet.

Massenmedien sind also der „Transmissionsriemen zwischen dem Volk als Souverän und den auf Zeit berufenen Mandatsträgern in Legislative und Exekutive.“ (Straâner 1999, 10) Für Zeitungen gilt dies noch mehr als für die elektronischen Medien, da in Zeitungen durch die Betonung von informativen Inhalten die Selbstbeobachtung der Gesellschaft besser ermöglicht wird als es die eher eskapistische Ausrichtung der unterhaltenden elektronischen Medien erlaubt. Im Gegensatz zur Flüchtigkeit der elektronischen Übermittlung „gibt das gedruckte Wort in der Presse, das jederzeit in Muâe und mit Aufmerksamkeit nachgelesen werden kann, die volle Gewissheit der Information.“ (Pürer 1996, 3) Ohne Zeitungen könnten die Bürger darüber hinaus ihre nahe und weite Lebenswelt nicht erfassen, die Teilnahme am kulturellen, politischen und wirtschaftlichen Leben wäre deutlich erschwert. Zeitungen sichern also zusammen mit anderen Medien die politische Handlungskompetenz der Bürger auf lokaler, regionaler, nationaler und multinationaler Ebene.

2.2 Bedeutung der Zeitungen im Medienkontext

Obwohl häufig beklagt wird, dass in Deutschland mehr als die Hälfte der Menschen in so genannten Ein-Zeitungs-Kreisen leben, muss zugleich festgehalten werden, dass allen Menschen in Deutschland wenigstens eine Zeitung zur Verfügung steht, die sie über Ereignisse und Entwicklungen in ihrem lokalen Umfeld auf dem Laufenden hält. In anderen Mediengattungen ist eine solch dichte Marktabdeckung undenkbar. 349 Verlage bringen jeden Tag 1.561 Ausgaben von 134 publizistischen Einheiten heraus. Die Bedeutung der Zeitungen geht dabei jedoch erheblich über das Lokale hinaus: Zum einen stellen die Verlage den Hauptteil der rund 200 Gesellschafter der wichtigsten deutschen Nachrichtenagentur dpa, zum anderen sind Zeitungen auch selber wichtige Nachrichtenquellen für andere Medien.

Dabei wurde allein die meistzitierte Regionalzeitung im ersten Halbjahr 2004 fast zehnmal so häufig zitiert wie die Tagesschau als wichtigste Nachrichtensendung im deutschen Fernsehen (Medien Tenor 2004, 73). Die Bedeutung der Zeitungen als Basis der Berichterstattung in anderen Medien darf also trotz Internet-Euphorie nicht unterschätzt werden. Der Deutsche Journalisten Verband geht zudem davon aus, dass 31 Prozent der 45.000 festangestellten hauptberuflichen Journalisten in Deutschland bei Tageszeitungen angestellt sind, Radio und Fernsehjournalisten machen zusammen nur 26 Prozent aus (DJV 2004). Unter den Freien Mitarbeitern (haupt- und nebenberuflich) dürfte der Anteil der Print-Journalisten noch deutlich höher sein, da die „Marktzutrittsbarriere“ für Journalisten im Printbereich niedriger ist.

Auf Zeitungen und ihre Mitarbeiter entfällt also ein überproportionaler Anteil der Produktion von publizistischen Inhalten – zum Vorteil aller Medien.

Für die werbetreibende Wirtschaft – dem zweiten Markt der Medien – sind Zeitungen unverzichtbar, da sie gemeinsam mit den häufig im gleichen Verlag erscheinenden Anzeigenblättern die wichtigste Möglichkeit darstellen, in geographisch eingeschränkten Verbreitungsgebieten Werbung zu schalten. Für lokal und regional engagierte Unternehmen wäre Werbung in elektronischen Medien häufig nicht nur zu teuer, sondern vor allem auch mit zu großen Streuverlusten verbunden.

2.3 Wirtschaftlicher Kontext der Zeitungen

Die Bedeutung der Zeitungen leitet sich also nicht in erster Linie aus ihrer Wirtschaftskraft ab. Der Gesamtumsatz der Zeitungen machte mit 8,9 Milliarden Euro im Jahr 2003 weniger als ein halbes Prozent des Brutto-Inlandprodukt aus – das Baugewerbe trägt als Vergleich 4,4 Prozent zum BIP bei (Statistisches Bundesamt 2003, 659). Für das tägliche Leben der Bürger sind die Zeitungen dennoch bedeutsamer, als es der Anteil am BIP vermuten lässt, da sie für ihre Leser alle anderen Wirtschafts- und Lebensbereiche erst erfahrbar macht.

Zeitungen sind jedoch nicht nur Institutionen des kulturellen Lebens, sondern als privatwirtschaftliche Einrichtungen auch den Gesetzen des Marktes unterworfen. Zeitungsverlage als Unternehmen müssen Kosten-/Nutzenüberlegungen anstellen, um rentabel zu wirtschaften oder Gewinn zu erzielen. Dabei müssen zwei Aspekte berücksichtigt werden: Zeitungen haben weder den Auftrag einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt wie die BBC, noch können und dürfen sie den Weg des sehr alten Mediums Theater nehmen, das zwar oft nur einige Wenige begeistert, aber dennoch von allen subventioniert wird. Der gesellschaftliche Auftrag ist bei Zeitungen an ihre Leser gekoppelt. Als werbefinanziertes Medium kann eine Zeitung nicht ausschließlich an den Interessen der Werbekunden ausgerichtet sein – sie ist auf den Zuspruch der Leser angewiesen. Denn eine Zeitung, die nur an kommerziellen Gesichtspunkten orientiert ist, wird sich auf Dauer nicht im Lesermarkt behaupten können. Die beiden Märkte (Information/Unterhaltung und Aufmerksamkeit) der Zeitungen sind interdependent und untrennbar aufeinander angewiesen.

Das Engagement der Zeitungen auf zwei Märkten bringt nicht nur die Notwendigkeit, publizistische und kommerzielle Interessen auszubalancieren, sondern bedeutet gleichzeitig auch eine mehrfache Konjunkturabhängigkeit. Auf beiden Märkten schwankt die Nachfrage, und sie tut dies nicht gegenläufig, sondern sich wechselseitig verstärkend: In Zeiten schwacher Konjunktur geht 1) die Zahlungsbereitschaft der Leser zurück, und damit auch die Auflage, die in der Vermarktung an die Werbekunden eine wesentliche Rolle spielt. In Folge lassen sich – der Anzeigen-Auflage-Spirale folgend – auch weniger Anzeigen- und Werbeplätze verkaufen, was sinkende Einnahmen bedeutet. Zugleich schränken 2) nicht wenige Werbekunden ihre Werbeausgaben insgesamt ein, was ebenfalls weniger gebuchte Werbeplätze und sinkende Einnahmen bedeutet. 3) werden in konjunkturell schwierigen Zeiten weniger und weniger große Rubrikanzeigen, vor allem Stellen- und Immobilienanzeigen, geschaltet.

Auch dies bedeutet einen Einnahmeverlust für die Zeitungen.³

Diesen Einnahmenverlusten stehen meist unverändert hohe Produktionskosten gegenüber. Druckmaschinen und Redaktionssysteme sind kostspielige Investitionen, vor allem aber bleiben Personalkosten unabdingbar. Zeitungen sind in Produktform geronnene Dienstleistungen. Entsprechend bezeichnen verschiedene Autoren (vgl. u.a. Rager 1994, 34; Schaefer-Dieterle 1997, 25) auch die materiell anmutende Zeitung als Dienstleistung, die Zeitungsredaktion entsprechend als Dienstleistungszentrum. Und wie andere Dienstleistungen sind Zeitungen essentiell von den Leistungserbringern, sprich Mitarbeitern, abhängig. Zudem setzt journalistische Tätigkeit gut ausgebildete bzw. erfahrene Mitarbeiter voraus, um die

angemessene Selektion, Kommentierung und Kontextualisierung der Informationen zu gewährleisten. Die Personalkosten sind mithin ein Kostenblock, der nur sehr bedingt konjunkturellen Schwankungen angepasst werden kann.

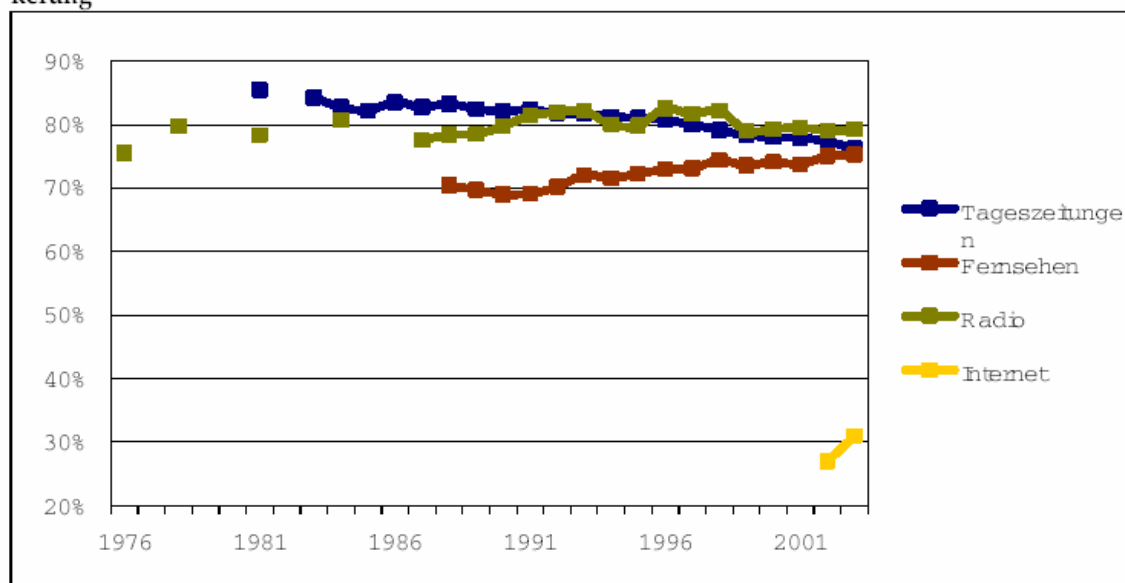
3 Mediennutzung

Zu Beginn muss auf den wesentlichen Unterschied zwischen den Käufern bzw. Abonnenten einer Zeitung und den Lesern verwiesen werden. Während die Käufer bzw. Abonnenten durch die Zahlung des Kauf- bzw. Abopreises direkt ökonomisch relevant werden, werden die Leser nur indirekt über die Werbe- und Anzeigenschaltungen ökonomisch relevant. Und: von täglich 49 Millionen Zeitungslesern haben nur 26 Millionen die Zeitung gekauft, fast jeder zweite liest, ohne dafür einen Preis zu entrichten⁴ (Media Perspektiven 2003, 81).

3.1 Reichweite:

Die Zeitungen verlieren seit 1980 in allen Altersgruppen kontinuierlich an Reichweite. Besonders ausgeprägt ist dieser Rückgang bei den jüngeren Lesern: Von 1990 bis 2003 verloren die Zeitungen unter den 14-19 Jährigen 21,5 Prozent ihrer Reichweite, während im selben Zeitraum bei den über 70jährigen die Reichweite praktisch unverändert blieb (AG-MA Berichtsbände nach BDZV). Nach den Angaben von TdW Intermedia stellen die 40-49jährigen mit ihrer regelmäßigen Zeitungsnutzung in etwa den Bevölkerungsdurchschnitt dar. Alle Jüngeren nutzen die Zeitung weit weniger, alle Älteren weit mehr. (TdWI 2003) (Anhang: Tabelle 1) Seit der Etablierung des Dualen Rundfunksystems und der Renaissance des Radios im Laufe der 1980er Jahre (Kiefer 1989, 341) haben die beiden klassischen elektronischen Medien höhere Reichweiten als die Zeitungen erzielt.

Abbildung 3-1 Entwicklung der Reichweite tagesaktueller Medien 1970-2000 in Prozent der Bevölkerung⁵



Quellen: Presse MA, AG F/G FK, Radio MA, @ facts (→ Anhang: Tabelle 2 und Tabelle 3)

Der Rückgang der Reichweite insbesondere der jungen Leserschaft kann durch das Zusammenspiel von demographischem Wandel und veränderten Nutzungsgewohnheiten erklärt werden. Mediennutzung ist zum Grossteil habitualisiertes Verhalten: die vorgelebten Mediennutzungsmuster der Eltern wirken sich auf die Mediennutzung von Jugendlichen aus

(Stichwort Mediensozialisation) (vgl. Bauer 1996, 10f; Franzmann 2002, 39). Es zeigt sich, dass junge Menschen, die keine Zeitung lesen, auch mit wachsendem Alter seltener auf die Zeitung zurückgreifen, diejenigen, die früh an das Zeitungslesen gewöhnt sind, bleiben tendenziell dabei: Die Kohorte der unter 20jährigen in der Allensbacher Werbeträgeranalyse (AWA) von 1980 hat annähernd genauso häufig Zeitung gelesen, wie dieselbe Kohorte der heute 30-39jährigen (ifD, 2003).⁶

Die Reichweite stellt ein wichtiges Verkaufsargument der Medien gegenüber den Werbe- und Anzeigenkunden dar. Vor diesem Hintergrund lohnt es sich die Verbreitungsgebiete der Medien vor Augen zu führen: Fernsehen ist in Deutschland primär ein überregionales Medium, Radio vor allem ein lokales und regionales Medium. Die Zeitungen hingegen decken mit einzelnen Formen sowohl lokale/regionale als auch den nationalen Markt ab. Die Reichweite variiert stark mit dem Verbreitungsgebiet: regionale Abonnementzeitungen erreichen rund 65 Prozent der Deutschen, Kaufzeitungen 23 Prozent und überregionale Abonnementzeitungen rund fünf Prozent. (Anhang: Tabelle 4)

3.2 Nutzungsdauer:

Bei der Betrachtung der Nutzungsdauer der einzelnen Medien zeichnet sich ein zunehmender Wettbewerb um ein tägliches Medienzeitbudget ab, das sich schwerlich noch erweitern lässt.

Rechnet man die Tatsache, dass Medien häufig nebenbei genutzt werden und – etwas weniger häufig – Medien auch parallel genutzt werden, ein, liegt die Summe der Mediennutzung in Deutschland im Durchschnitt heute bereits bei rund achteinhalb Stunden. Die Werte für die einzelnen Medien variieren je nach Studie und der verwendeten Erhebungsmethode geringfügig, insgesamt kann man jedoch folgendes feststellen: analog zur Situation bei der Reichweite liegen auch bei der Nutzungsdauer TV und Radio mit jeweils rund 200 Minuten täglich vorn. Die Zeitung folgt im weiten Abstand und wird mit rund einer halben Stunde mittlerweile weniger genutzt als Tonträger.

Die Verdopplung der Nutzungszeit des Radios seit den 1970 Jahren verdeutlicht die Wandlung vom Einschaltmedium zum Tagesbegleiter. Die Einführung des kommerziellen Hörfunks scheint jedoch wenig Auswirkung auf die Nutzungsdauer zu haben. Beim Fernsehen hingegen zeigt sich eine starke Korrelation zwischen der Ausweitung des Angebotes und der Ausweitung der Nutzungsdauer – beginnend mit der Einführung des kommerziellen Fernsehens.

Weiter zur verlängerten Nutzungsdauer des Fernsehens beigetragen haben auch kürzere Arbeitszeiten, die Ausweitung des Fernsehprogramms über den gesamten Tag und die demographische Entwicklung, die zu einem Mehr an Menschen mit viel Freizeit geführt hat. Die Zeitungen haben seit Beginn der 1980 Jahre rund 20 Prozent ihrer Nutzungszeit eingebüsst.

Seit 1990 liegt die Nutzungszeit aber bei konstant 30 Minuten. (Anhang: Tabelle 5)

Verschiedene Medien erlauben verschieden stark eine Parallelnutzung: Am Steuer kann man problemlos Radiohören, neben dem Essen fernsehen, usw.. Die Zeitung ist hierbei gegenüber anderen Medien strukturell im Nachteil: Zeitung lesen bindet die Aufmerksamkeit enorm und man kann nur bedingt parallel einer weiteren Beschäftigung nachgehen. Zeitung lesen ist also keine Nebenbei-Beschäftigung - Zeitung lesen „kostet“ Zeit. Menschen im berufsfähigen Alter geben deshalb auch ungleich häufiger an, zum gründlichen Lesen einer Zeitung oft nicht genug Zeit zu haben (Schneller 2004). (Anhang: Tabelle 6)

Das statistische Bundesamt verwendet in seinen Zeitbudgetstudien ein trennscharfes Kategoriensystem, d.h. es wird immer nur eine (Haupt-)Tätigkeit erfasst. Auf diese Weise wird die Bedeutung der Mediennutzung – vermutlich analog zum persönlichen Empfinden – deutlich relativiert. Statt 35 Prozent eines Tages verbringen die Bundesbürger nach Angaben

des Statistischen Bundesamtes nur 17 Prozent oder 245 Minuten mit „Sport/Hobby/Spiele/ Mediennutzung“, wobei die Mediennutzung als Hauptaktivität wiederum nur 168 Minuten (zwölf Prozent) ausmacht (Statistisches Bundesamt/BMFSJS 2003, 6). Auch die Steigerung der Mediennutzung fällt in der Betrachtung des Statistischen Bundesamtes moderater aus: von 1991/2 bis 2001/2 ist die „Netto“-Mediennutzung um elf Prozent gewachsen.

Die Langzeitstudie Massenkommunikation weißt für Zeitraum 1990-2000 einschließlich der Parallelnutzung eine Steigerung um 32 Prozent aus (Berg/Ridder 2002, 47). Die Vermutung liegt also nahe, dass die Ausweitung der Nutzungszeit nicht mit derselben Intensität in der Zuwendung geschehen konnte. Bei einer weiteren Ausweitung des Medienangebotes wird die Parallelnutzung weiter zunehmen, angesichts des hohen erreichten Niveaus ist aber auch mit einem verstärkten Verdrängungswettbewerb der Medien zu rechnen, insbesondere bei weitgehender Funktionsgleichheit der jeweiligen Nutzung.

Für die Zeitungen stellt sich die Situation dabei auf den ersten Blick nicht dramatisch dar: Von 1970 bis 2000 haben sie 23 Prozent an Reichweite eingebüßt, die Nutzungsdauer ist jedoch um lediglich 14 Prozent zurückgegangen. Berücksichtigt man die Veränderungen in den einzelnen Altersgruppen zeigt sich jedoch die Brisanz der Zahlen: Nur ältere Menschen lesen ausführlich Zeitung, alle anderen greifen nicht nur seltener, sondern auch kürzer zur Zeitung.

3.3 Bindung

In der Langzeitstudie Massenkommunikation von ARD und ZDF wird neben der Reichweite und der Nutzungsdauer auch die Bindung an einzelnen Mediengattungen gemessen. Aus der Bindung lassen sich Image und Wertschätzung der Rezipienten ableiten. Die generelle Wertschätzung wird mit Hilfe der so genannten Vermissensfragen erfasst. Die Tageszeitung liegt mit 52 Prozent der Bevölkerung zwischen dem Radio (58%) und dem Fernsehen (44%). Das Radio hat als Tagesbegleiter seit 1974 (47%) kontinuierlich gewonnen. Beim Fernsehen scheint nach einem Hoch 1995 (54%) ein gewisser Sättigungseffekt eingesetzt zu haben. Für die Tageszeitungen lässt sich eine wachsende Wertschätzung bis zur Deutschen Einheit (63%) ablesen, seitdem geht die Wertschätzung wieder zurück (Berg/Ridder 2002, 24f). (Anhang: Tabelle 7)

Für die Messung der emotionalen Bindung an ein Medium und seine individuellen subjektiven Wichtigkeit wird die „Inselfrage“⁹ verwendet. Die Antworten auf diese Frage relativieren die Bindung deutlich: 45 Prozent würden sich für das Fernsehen entscheiden, 32 Prozent für das Radio und nur 16 Prozent für die Zeitung. An dieser Verteilung hat sich in den zurückliegenden drei Jahrzehnten nichts Wesentliches geändert, lediglich hat das Radio zuungunsten des Fernsehens an Wichtigkeit gewonnen (Berg/Ridder 2002, 24f). (Anhang: Tabelle 8) Aus der Zusammenschau der beiden Bindungsfragen lässt sich für die Tageszeitung ein spezifisches Image ableiten: Sie werden hoch geschätzt, aber nicht „geliebt“. Zeitungen sind mithin eher rational besetzt, weniger emotional, eher ein Medium „für den Kopf“ denn „für das Herz“. Zu dieser Einschätzung passt auch die Tatsache, dass Zeitungslesen in der Freizeit zwischen 1974 und 2000 um ein Drittel zurückgegangen ist, Zeitungslesen außerhalb der Freizeit aber nur um zwölf Prozent (Berg/Ridder 2002, 67). Trotz der problematischen Definition¹⁰ kann man also sagen, dass professionelles Zeitungslesen immer noch wichtig ist.

3.4 Komplementarität oder Substitution der Medien

Entscheidend für die Frage, ob Verschiebungen in der Nutzung verschiedener Mediengattungen strukturell oder konjunkturell bedingt sind, ist die Überlegung, inwieweit verschie-

dene Medien sich gegenseitig substituieren, sie also in ihrer Funktion für den Nutzer austauschbar sind (Stichwort: Abgrenzung der Rezipientenmärkte auf der Basis des Bedarfsmarktkonzeptes, auch Konzept der funktionellen Austauschbarkeit). Ein Anhaltspunkt dazu ist die Tatsache, dass jene Menschen, die selten oder nie eine Zeitung lesen bzw. Radio hören, jeweils mehrheitlich regelmäßige TV-Nutzer sind. Umgekehrt sind TV-Abstinenzler auch Medien-Abstinenzler: Jeweils nur ein Viertel derjenigen, die selten oder nie fernsehen nutzen regelmäßig Radio oder Zeitung (TdWi 2003). (Anhang: Tabelle 9).

Die Frage, ob Medien sich gegenseitig ersetzen können, wird besonders dann virulent, wenn neue Medien beginnen ebenfalls um die Aufmerksamkeit der Rezipienten zu buhlen. Das viel zitierte „Rieplsche Gesetz“ galt dabei in der Vergangenheit als Beleg, um jenen neuen Medien eine komplementäre Funktion zuzuweisen. Das jedoch ist eine verkürzte Darstellung: Das „Rieplsche Gesetz“ besagt nicht nur, dass etablierte Medien durch ein neues Medium nicht verdrängt werden können, sondern eben auch, dass „sie genötigt werden, andere Aufgaben und Verwertungsgebiete aufzusuchen“ (Riepl 1913, 5). Die Theorie der „Funktionalen Reorganisation der Mediennutzung“ (Kiefer 2003, 46) geht noch einen Schritt weiter: „Neue“ Medien können „Alte“ Medien nicht ersetzen, weil es im Zuge des Wettbewerbs zu einer funktionalen Reorganisation bestehender Mediennutzungsmuster kommt. Am Beispiel der Zeitung lässt sich ein solcher Funktionswandel eines Mediums nachvollziehen:

Vor dem Auftauchen der elektronischen Medien war die Zeitung das einzige Massenmedium und damit das Universalmedium schlechthin. Alle Funktionen, die Medien zugewiesen werden, wie Unterhaltung, Information, Meinungsbildung, Aktualität und Bildung konnten durch die Zeitung und nur die Zeitung erfüllt werden. Mit der Erweiterung des Medienspektrums setzte eine „Arbeitsteilung“ (Simon/Zerdyck 2003, 207f) in der Funktion der Medien ein, bei der die Zeitung Funktionsbereiche abgeben musste. Dazu ist es nicht notwendig, dass zwei Angebote deckungsgleich sind, entscheidend ist vielmehr die subjektiv empfundene Bedürfniserfüllung in der Wahrnehmung der Rezipienten. 11

Der Funktionsverlust zwingt vor allem die Tageszeitungen dazu, unterscheidbare Inhalte anzubieten. Die „Nachricht hinter der Nachricht“ ist jedoch schon weitgehend durch Wochenzeitungen und politische Monatsschriften besetzt. Das Experiment einer „täglichen Wochenzeitung“ bei überregionalen Titeln (Meyer-Lucht 2003) scheint durch das Zeitbudget der Leser nicht gerechtfertigt und mit dem Ende des Millennium-Booms auch nicht mehr finanzierbar. Schönbach konnte schon für die erste Hälfte der 1990er Jahre nachweisen, dass die Zeitungen auf die Konkurrenz der anderen Medien mit einer Verbreiterung des Angebotes reagierten. Der durchschnittliche Umfang der Zeitungen wuchs entsprechend um zehn Prozent (Schönbach 2000, 217f).

Zugleich gibt die Stiftung Lesen an, dass der Anteil der Befragten, die Texte ohne Bilder langweilig finden, von 1992 bis 2000 von sechs auf 29 Prozent gestiegen ist. Die Zeitungen stehen nun vor einem Dilemma: Einerseits müssten sie dem Leserwunsch mit mehr visuellen (= emotionalen) Darstellungsformen entsprechen, um die Leser zu halten, andererseits werden sie damit von der Funktionalität her anderen Medien ähnlicher, und laufen so eher Gefahr in eine Substitutionskonkurrenz zu geraten. Für regionale Zeitungen stellt sich dieses Problem noch nicht im gleichen Ausmaß. Denn vor allem im Lokalen kann die Zeitung ihren Universalitätsanspruch noch behaupten, weil die Kostendegression durch die Digitalisierung noch immer nicht soweit fortgeschritten ist, dass lokaler Rundfunk die Funktion der Lokalpresse übernehmen könnte.

Das Internet hat aber eine neue Dimension in die Frage nach Komplementarität oder Substitution der Medien gebracht hat, weil es als Kanal alle anderen Medienformen „transportieren“ kann, massenmediale und interpersonale Kommunikation koppelt und gleichzeitig Abruf- und Austauschmedium, Forum und Diskussionsmedium sowie Medium der interper-

sonalen Kommunikation sein kann. Dennoch lässt sich der Grad der Substitutionskonkurrenz zwischen Zeitung und dem Internet heute noch nicht vollständig abschätzen. Glotz erwartet eine große Konkurrenz auf Grund der „vergleichsweise hohen funktionalen Ähnlichkeit“ (Glotz 2004, 17). Mag es im Bereich der Inhalte Ähnlichkeiten geben, so kann man im Bereich der Aufbereitung und der Nutzungssituation aber noch wesentliche Unterschiede feststellen. Und während in einigen Bereichen die Funktionsübernahmen schon heute klar erkennbar sind (vgl. Kapitel 5.3 Strukturelle Veränderungen am Anzeigenmarkt), wird es in anderen von der technischen Entwicklung einerseits (Stichworte z.B.: mobiles Internet und e-Paper), von der Verbreitung von Infrastruktur und Technologie und von der Nutzungskompetenz der Rezipienten andererseits abhängen wie sich die Medienfunktionen verschieben.

Obwohl die Zeitungen deutlich von anderen Medien bedrängt werden und infolge die Nutzungszeit für Zeitungen zurückgegangen ist, konnte bislang immer noch von Komplementarität bzw. Koexistenz der Medien ausgegangen werden. Gleichwohl bleibt die Grundlage der Mediennutzung, die Zeit und Aufmerksamkeit der Rezipienten, grundsätzlich beschränkt und kann nicht beliebig erweitert werden. Die Nutzung neuer Medien, aber auch neuer Titel und Programme, kann daher längerfristig nicht ohne Verluste für die etablierten Medien bzw. Titel verlaufen, auch wenn Wettbewerbsbeziehungen zwischen Printmedien und Rundfunk bislang nur vermutet, aber noch nicht direkt nachgewiesen werden konnten (Heinrich 2001, 281). Eine schrittweise Substitution bzw. ein intermediärer Wettbewerb zeichnet sich aber vor allem bei den jungen Lesern ab und wird umso intensiver werden, je niedragschwelliger der Zugang und die Nutzungsmöglichkeiten und je kompetenter die Rezipienten im Umgang mit den Medien sind.

4 Werbemarkt und Werbeinvestitionen

Die Medien haben seit dem Jahr 2000 18 Prozent ihrer Netto-Einnahmen aus der Werbung verloren. Für Zeitungen stellt sich der Rückgang mit 32 Prozent nochmals deutlich dramatischer dar. Dabei muss die aktuelle Situation am Werbemarkt in die langfristige Entwicklung eingeordnet werden, weil sich für Zeitungen ein langfristiger Trend und neuere Entwicklungen zu einer fundamentalen Bedrohung verdichten.

4.1 Strukturelle Veränderungen im Werbemarkt: Komplementarität oder Substitution der Werbeträger

Für alle mindestens teilweise werbefinanzierten Medien gilt, dass sie den Erfolg auf einem Markt, nämlich dem Rezipientenmarkt, auf einem anderen Markt, dem Werbemarkt anbieten. Für die Zeitung als Werbemedium gelten also prinzipiell dieselben Zusammenhänge wie im Kapitel 3.4 bezüglich der Konkurrenz auf dem Rezipientenmarkt dargestellt. Wenn und soweit zwei Mediengattungen um die Aufmerksamkeit des Publikums konkurrieren, so konkurrieren sie zwangsläufig auch darum, wer den Werbekunden den besseren Zugang zu den Kunden bietet:

Zeitungen bieten Werbekunden eine grundsätzlich andere Möglichkeit zu werben, denn die Zeitung ist kein lineares Medium, an dessen Zeitvorgaben sich die Nutzer anpassen müssen. Vernachlässigt man zunächst die Diskussion um programmintegrierte Werbung, lässt sich feststellen, dass im Fernsehen Werbung oder Programm nicht zeitgleich gesendet werden können¹². In der Zeitung hingegen kann eine Werbeanzeige neben einen Artikel platziert werden, als Inselanzeige sogar in einen Artikel, und ist damit ständig latent im Blickfeld des Lesers. Gleichzeitig kann der Leser souverän entscheiden, ob er sich der Werbung aktiv zu-

wenden will oder nicht. Die Zeitung kennt keinen Werbeblock, den man aushalten muss oder wegzappen kann. Das Überspringen von Werbung im Fernsehen mittels Werbeblockern oder Digital-Recordern mit Time-Shift Funktion ist in der Zeitung seit jeher Standard: Werbung kann überblättert werden und das zum Vorteil der Werbeeffectes: Mit großer Regelmäßigkeit stellen Rezipientenbefragungen fest, dass Werbung in Zeitungen am wenigsten stört und zugleich in diesem Medium am glaubwürdigsten ist (z.B. BDZV 2002, 494ff). Werbung in Zeitungen ist gerade deshalb attraktiv, weil sie nicht aufdringlich ist und der Leser das Vertrauen in das Medium tendenziell auch auf die Werbebotschaft überträgt. Das Werbeumfeld in der Zeitung eignet sich so auch für komplexe, argumentative Werbebotschaften¹³. Ein weiterer Vorteil der Zeitungswerbung gegenüber den elektronischen Medien ist der geringe notwendige technische Aufwand. Dadurch kann eine Print-Kampagne nicht nur sehr schnell, sondern auch mit geringen Produktionskosten umgesetzt werden. Obwohl die Zeitungen als Werbeträger also viele Vorteile aufweisen, sehen sie sich starker Konkurrenz gegenüber, weil die Art der Inhalte mit der die gewünschten Adressaten der Werbung erreicht und gebunden werden, für die Werbekunden gegenüber der Reichweite oft nebensächlich ist. Wenn die Inhalte entscheidungsrelevant werden, so weniger aufgrund ihrer redaktionellen Kompetenz, sondern sehr viel mehr im Hinblick darauf, wie themenadäquat zu den beworbenen Produkten und wie werbefreundlich sie gestaltet werden können.

Zeitschriften beispielsweise haben aufgrund ihres redaktionellen Konzepts hier wesentlich mehr Gestaltungsspielraum als Zeitungen. Dadurch ist die funktionale Austauschbarkeit der Medien im Werbemarkt, also die Konkurrenz zwischen den Mediengattungen als Werbeträgern, als tendenziell größer anzunehmen als das Bedarfsmarktkonzept nahe legt.

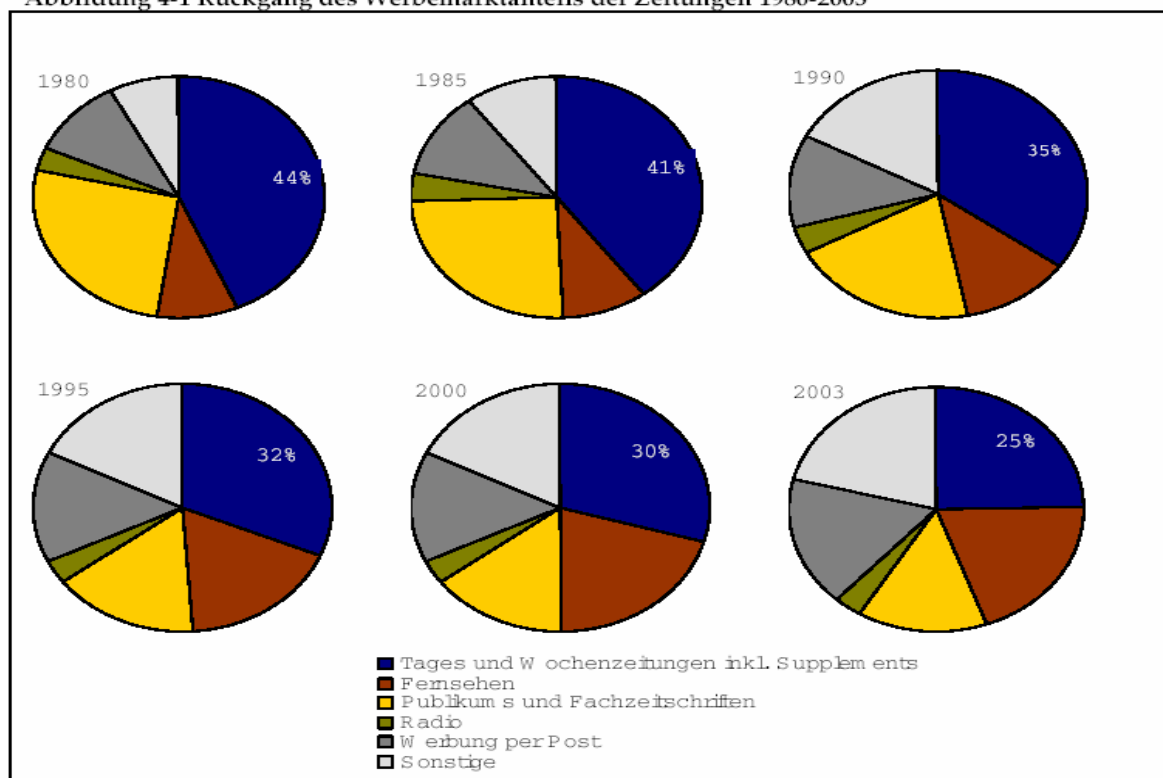
Neben der Frage nach der Reichweite und den Eigenschaften der Rezipienten als Zielgruppe, spielen im Wettbewerb um Werbevolumina aber noch weitere Faktoren eine Rolle: Kontaktpreise und -häufigkeiten, vor allem aber auch unterschiedliche realisierbare Werbeformate.

Durch Unterschiede in der Publikumsansprache erscheint hier der Konkurrenz zwischen den Medien eine klare Grenze gesetzt (vgl. Picard/Brody 1997, 40). Picard und Brody (1997, 41) vermuten Substitutionseffekte vor allem zwischen Direct Mail und Zeitungen sowie zwischen TV und Zeitschriften. Implizit werden also ein rational-informationsorientierter Werbemarkt und ein emotional-unterhaltungsorientierter Werbemarkt unterstellt. Was auf den ersten Blick einleuchtend wirkt, lässt sich jedoch mit der Entwicklung der Werbemarktanteile wie in Abbildung 4-1 und Abbildung 4-3 dargestellt nicht bestätigen (vgl. auch Korff-Sage 1999, 103).

Die Veränderung der Werbemarktanteile verweist auf Verschiebungen und insofern ebenfalls auf intermediären Wettbewerb, auch wenn dieser in der Vergangenheit als eher gering eingestuft wurde.¹⁴

Angesichts der Tatsache, dass der Werbemarkt nicht mehr kontinuierlich weiter wächst, ist in Zukunft von einer Verschärfung des intermediären Wettbewerbs auszugehen. Ähnlich wie das begrenzte Zeitbudget im Rezipientenmarkt ist die Begrenzung der Werbebudgets für die Werbekunden der Medien ein Anlass, Substitutionsmöglichkeiten zwischen den Medien neu abzuschätzen. Deutlich lässt sich die Zunahme intermediärer Konkurrenz an der Entwicklung der Eigenwerbung der Medien ablesen: Insgesamt wurde bei rückläufigen Werbeeinnahmen 7,2 Prozent mehr in eigenen Werbemaßnahmen investiert, wobei sich die Zeitungen durch die stärkste Steigerung auszeichneten (ZAW 2004, 13) Der Aufwand, um als Werbeträger konkurrenzfähig zu bleiben, steigt also.

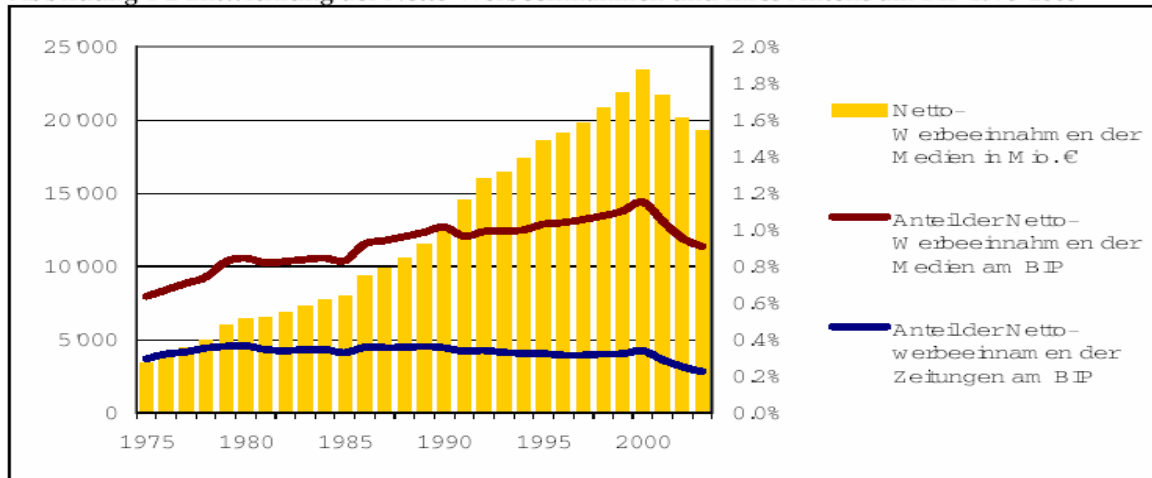
Abbildung 4-1 Rückgang des Werbemarktanteils der Zeitungen 1980-2003



4.2 Konjunkturelle Entwicklung der Werbeeinnahmen

Von 1975 bis zum Jahr 2000 sind die gesamten Netto-Werbeeinnahmen¹⁵ der Medien kontinuierlich zwischen drei und 15 Prozent jährlich gewachsen. Dabei ist nicht nur der absolute Betrag gewachsen, sondern auch der Anteil der Nettowerbeeinnahmen am Bruttoinlandsprodukt (BIP) - die Werbung ist also schneller gewachsen als die Gesamtwirtschaft. Mit dem Jahr 2000 kehrt sich dieser Trend um: mit den Werbeeinnahmen sinkt auch ihr Anteil am BIP. (Anhang: Tabelle 10)

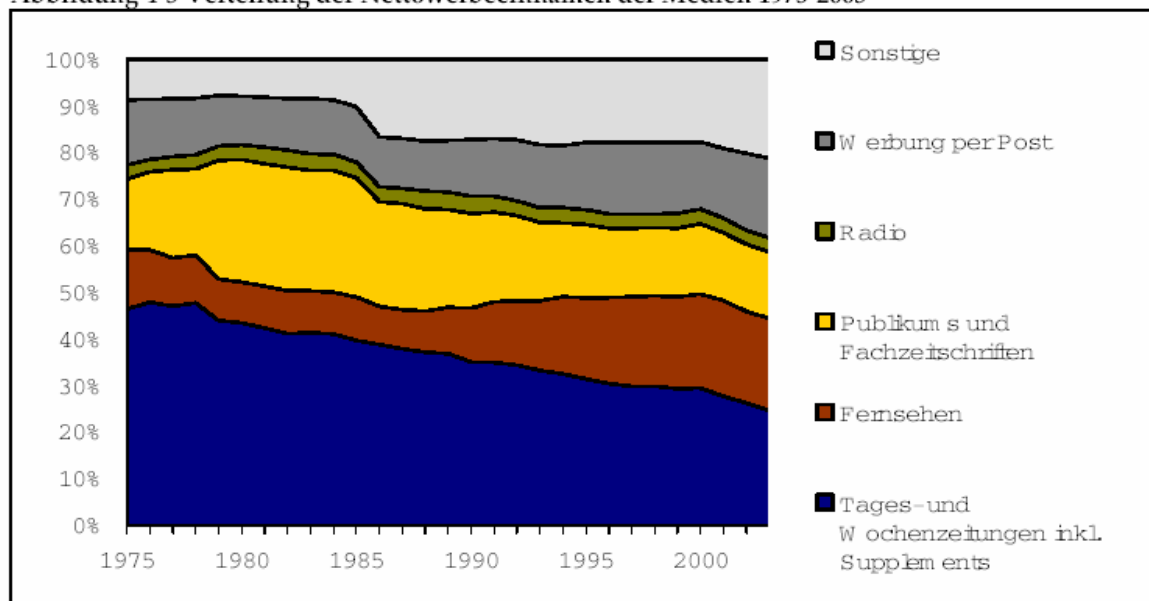
Abbildung 4-2 Entwicklung der Netto-Werbeinnahmen und ihres Anteils am BIP 1975-2003



Einnahmen der Fachzeitschriften ab 1979 erfasst, Anzeigenblätter ab 1986
 Quelle: Statistisches Bundesamt und ZAW Jahrbücher.

Für die Zeitungen wirkt sich diese Trendumkehr doppelt aus: Bis zum Jahr 2000 konnten sie ihre Werbeeinnahmen fast kontinuierlich steigern, obwohl ihr Anteil an den Gesamtwerbeseinnahmen sank (siehe Kapitel 4.1). Da der Werbemarkt insgesamt wuchs, konnten die Zeitungen den Anteil ihrer Netto-Werbeinnahmen am BIP relativ konstant bei 0,35 Prozent halten. Die Werbeeinnahmen der Zeitungen haben sich also analog zur Gesamtwirtschaft entwickelt. Mit der Jahrtausendwende und dem Ende des kontinuierlichen Werbewachstums werden die prozentualen Verluste der Zeitungen am Werbekuchen nicht mehr ausgeglichen. Der Rückgang der Werbung insgesamt und der Rückgang des Werbemarktanteils der Zeitungen addieren sich in ihrer Wirkung auf die Einnahmen.

Abbildung 4-3 Verteilung der Nettowerbeeinnahmen der Medien 1975-2003



Fachzeitschriften ab 1979 erfasst, Anzeigenblätter ab 1986
 Quelle: ZAW Jahrbücher (→ Anhang: Tabelle 11)

Die Werbeeinnahmen der Tageszeitungen sind jeweils stärker zurückgegangen als die der Medien insgesamt. Im Jahr 2003 mussten die Zeitungen knapp 60 Prozent des gesamten Werberückgangs schultern – bei einem Werbemarktanteil von nur 23 Prozent (ZAW 2004, 14ff). Die aktuelle Entwicklung ist weit mehr als die Ernüchterung nach dem Boom: Die Werbeeinnahmen der Zeitungen lagen 2003 auf dem Niveau von 1990. Erschwerend kommt hinzu, dass sich der Rückgang des Werbemarktanteils seit dem Jahr 2000 beschleunigt hat. Der langfristige Rückgang des Anteils war im Millennium-Boom zunächst gestoppt worden (in Abbildung 4-3 als Plateau erkennbar), da die Zeitungen besonders von den steigenden Werbeinvestitionen profitieren konnten (vgl. ZAW 2001, 17f). Nun trifft die Rückkehr zur langfristigen Entwicklung die Verlage umso härter.

4.3 Konzentrierte Nachfragemacht der Werbewirtschaft

Werbeplätze in den Medien werden durch eigene Verkaufsabteilungen bzw. Vermarktungsunternehmen vermarktet und zum Teil direkt von den Werbung treibenden Unternehmen, zum Teil über zwischengeschaltete Mediaagenturen gebucht, d.h. eingekauft.

Über alle Medien betrachtet sind rund 60 Prozent des Werbevolumens über solche Agenturen vermittelt, für Zeitungen liegt der Anteil jedoch deutlich niedriger. Regionale Zeitungen haben einen großen Anteil an lokaler und regionaler Werbung, die direkt von Unternehmen vor Ort gebucht wird. Dennoch werden je nach Zeitung zwischen 35 und 50 Prozent über Agenturen abgewickelt¹⁶. Die Zeitungen sehen sich dabei Geschäftspartnern mit erheblicher Marktmacht gegenüber: Eine durchschnittliche Zeitung konnte im Jahr 2002 19,4 Millionen Euro an Werbeeinnahmen erlösen. Die Mediaagentur mit dem größten Einkaufsvolumen bei Zeitungen erwarb im selben Jahr hingegen Anzeigenfläche im Wert von 250 Millionen Euro – annähernd das Zwanzigfache. Der Markt für Mediaagenturen ist hochkonzentriert: Die Top fünf (zehn) Unternehmen decken 49,6 (76,5) Prozent der an Zeitungen vermittelten Werbevolumen ab (OMG 2002). Zum Vergleich: Bei Abonnementzeitungen bieten die Top fünf Verlage 28,8 Prozent der Gesamtreichweite an (Röper 2002, 484). Anders als etwa beim kommerziellen Fernsehen darf folglich kaum von „Geschäften auf gleicher Augenhöhe“ ausgegangen werden.

Die Möglichkeit sich von Mediaagenturen unabhängig zu machen, bedeutet jedoch immer weniger der konzentrierten Nachfragemacht im Werbemarkt zu entgehen, denn auch bei den lokalen und direkten Kunden haben sich in den vergangenen Jahren die Größenordnungen geändert: Durch Zusammenschlüsse im Handel, in Produktions- und Dienstleistungsunternehmen ist immer häufiger nicht das lokale oder regionale Unternehmen, so z.B. der lokale Einzelhandel, Nachfrager nach Werbeplätzen und damit Marktpartner der Medien, sondern bundesweit agierende Konzerne, so z.B. bundesweit agierende Discounter. Sie können mit anderer Marktmacht gegenüber den Zeitungen auftreten und entsprechend andere Rabatte und Skonti verhandeln. Zwar setzen z.B. gerade Lebensmitteldiscounter beim Media-Mix sehr stark auf die Zeitungen, doch aufgrund ihrer Marktmacht sind die dadurch erzielten Einnahmen insgesamt geringer als aufgrund des Umfangs zu vermuten. Auch schalten bundesweite Konzerne viel häufiger Agenturen zwischen, um die Buchungskosten zu minimieren. Der Anteil der agenturvermittelten Werbung ist deshalb nicht etwa geschrumpft, sondern im letzten Jahrzehnt um rund acht Prozent gewachsen, das direkt vermarktete Volumen entsprechend zurückgegangen.¹⁷

4.4 Neue Substitutionsrisiken durch Below-the-Line-Werbung

Eine zunehmende Individualisierung und Segmentierung der Gesellschaft nach Lebensstilen stellt die Planung von Werbekampagnen, die sich primär an der Gesamtreichweite orientiert, zunehmend in Frage. Dabei spielt nicht nur der oben beschriebene Wettbewerb zwischen den Mediengattungen als Werbeträger eine Rolle, sondern auch die Frage, inwieweit Werbung notwendigerweise an die klassischen Medien gebunden ist. Ein Indiz für die Verlagerung der Kommunikationsbudgets von Unternehmen weg von den klassischen Medien stellt die Entwicklung im Sponsoring dar. Im Sponsoring wurden 2003 drei Milliarden Euro umgesetzt. Die Summe stellt zwar nur ein Sechstel der Netto-Werbeerlöse der Medien dar, während die Einnahmen der Medien aber im dritten Jahr in Folge rückläufig waren, wuchs das Sponsoring zweistellig (elf Prozent) (ZAW 2004, 19). Die positive Entwicklung der Sponsoringumsätze im Vergleich zu den Werbeumsätzen deutet darauf hin, dass ein Teil der Werbetreibenden nach dem Ende der Werbekrise dauerhaft alternative Wege der Werbekommunikation favorisiert und damit für die klassische Werbung verloren ist.

Die Konkurrenz für die Zeitungen im Bereich der Markenartikelwerbung wird in Zukunft also auch jenseits der klassischen Medien liegen: Der so genannten Erlebnis- und Spaßgesellschaft entsprechend werden auch im Marketing Erlebniskonzepte ein- und umgesetzt werden, die häufig den subjektiv erlebten, durch das Produkt oder die Dienstleistung vermittelten Gewinn an Lebensqualität thematisieren (Siegert 2001, 63f). Um für die Konsumenten überzeugend zu sein, erfordern solche werblichen Erlebniswelten eine multisensuelle Darstellung z.B. im Rahmen von gesponserten Veranstaltungen, die das gewünschte Lifestyle Segment ansprechen.

Obwohl dies öffentlich eher selten thematisiert wird, gehen Unternehmen mittlerweile zum Teil davon aus, dass die Omnipräsenz der Werbung in den Medien eine gewisse Werbemüdigkeit nach sich zieht. Es ist deshalb anzunehmen, dass zukünftig die Werbeetats verstärkt Sponsoring oder Below-the-Line-Maßnahmen, wie z.B. Verkaufsförderung und Roadshows, berücksichtigen und die Werbebudgets entsprechend umgestaltet werden. Manager der Top 1.200 Unternehmen in Deutschland erklärten in einer Befragung der Fachhochschule Mainz, dass Marketing Kommunikation in Zukunft „persönlicher, direkter, relevanter und involvierender“ werden müsse (Rolke 2003).

Der Wettbewerb der Mediengattungen als Werbeträger wird also zukünftig um weitere - extramediale - Konkurrenten erweitert werden. Dies zeigt sich heute bereits bei Produkten und Dienstleistungen für junge Lifestyle-Gruppen, wo nicht selten statt klassischer Werbung interaktive Online-Spiele mit einer „real-world-Fortsetzung“ kombiniert werden. Von dieser Entwicklung könnten Zeitungen im besonderen Maß betroffen sein: Zeitungen werden von den Konsumenten weniger im Lifestyle-Kontext wahrgenommen und haben durch ihre textdominante Darstellungsform strukturelle Nachteile in einer emotionsorientierten Markenkommunikation. Dabei könnte sich – angesichts der zunehmenden Ausdifferenzierung der Gesellschaft – auch ihr Universalitätsanspruch als Wettbewerbsnachteil herausstellen.¹⁸

5 Anzeigenmarkt (ohne Werbung)

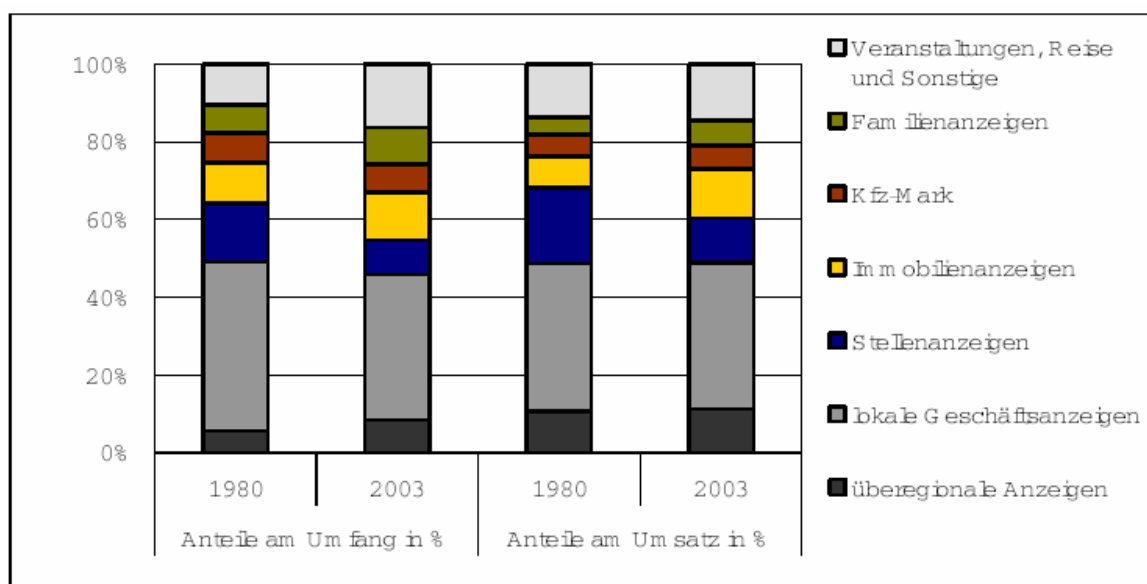
Im Anzeigengeschäft addieren sich für die Zeitung im Moment ein kurzfristiger konjunktureller Trend und ein längerfristiger struktureller Trend zu massiven Einnahmeverlusten, die das Überleben einiger Zeitungen gefährden und auf breiter Front den Zeitungsmarkt verändern werden.

5.1 Anteile einzelner Rubriken am Anzeigenmarkt

Angaben sowohl zum Umfang einzelner Anzeigenrubriken in Zeitungen, als auch zu ihrem Umsatzanteil müssen jeweils mit Bedacht interpretiert werden.¹⁹ Um eine grobe Vergleichbarkeit zu gewährleisten, wurden für das folgende Diagramm deshalb zwei Jahre ausgewählt in denen es zu keinen allzu sprunghaften Veränderungen gegenüber dem Vorjahr kam.

Abbildung 5-1 Anteile der Rubriken am Umfang und Umsatz 1980 vs. 2003*

* Die prozentuale Aufteilung innerhalb des Umfangs bzw. Umsatzes gibt keine Auskunft über die absolute Größe von Umfang und Umsatz bzw. deren Veränderung.



Quellen: in Reihenfolge der Balken von links (BDZV 1981, ZAW 2004, BDZV 1986, BDZV 2003,)

Für beide Jahre wird deutlich, dass die überregionalen Anzeigen, Stellen- und Immobilienanzeigen einen größeren Anteil am Umsatz haben als am Umfang. Für Familien- und KfZ-Anzeigen verhält es sich genau umgekehrt. Lokale Geschäftsanzeigen haben von 1980 bis 2003 ihren überproportionalen Flächenanteil ihrem Umsatzanteil angeglichen. Diese offensichtlichen Zusammenhänge sind wichtig, um die Bedeutung der Strukturveränderungen in den Rubrikenmärkten richtig einzuschätzen: Ein Verlust von Stellen- und Immobilienanzeigen wirkt sich für die Verlage ungleich stärker aus, da diese beiden Rubriken in der Vergangenheit überproportional zum Umsatzergebnis beigetragen haben.

Weiter lässt sich aus dem Vergleich der beiden Jahre ablesen, dass trotz Preisverschiebungen in der Summe der Umsatzanteil der Werbeanzeigen konstant geblieben ist. Umsatzanteile gewonnen haben die Familienanzeigen, wobei man hier jedoch nicht davon ausgehen darf, dass mehr Geburten und Hochzeiten vermeldet worden sind. Vielmehr gewinnt in einem deutlich geschrumpften Werbemarkt die konstante Einnahmequelle Familienanzeigen relativ größere Bedeutung. Die markanteste Veränderung ist aber die Halbierung des Umsatzanteils der Stellenanzeigen, auf deren Ursachen weiter unten eingegangen werden soll.

5.2 Konjunkturelle Entwicklung am Anzeigenmarkt

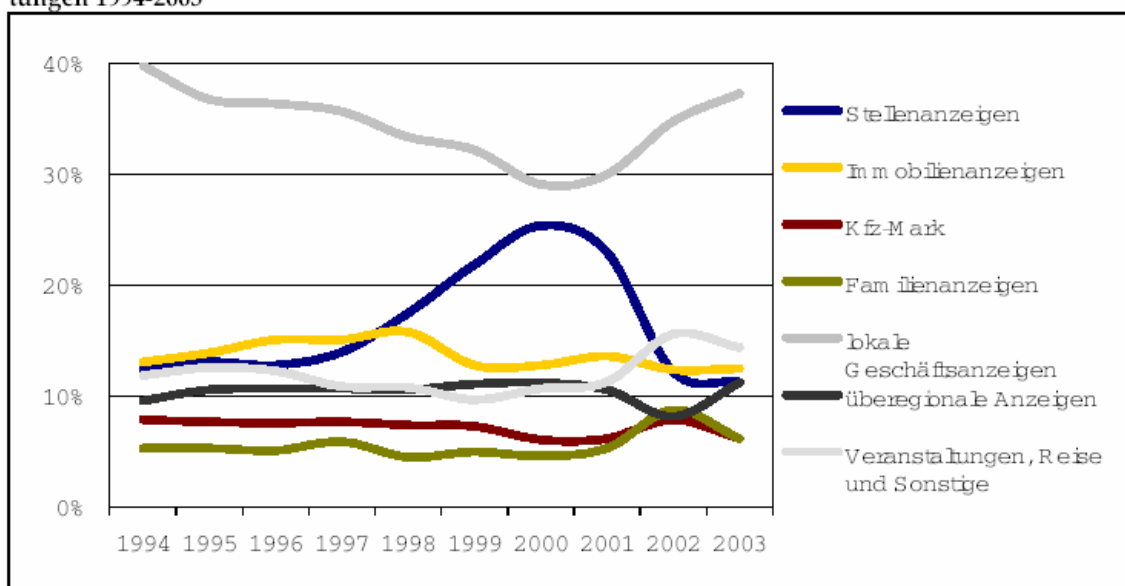
Eine Betrachtung der Entwicklung der letzten zehn Jahre²⁰ bietet ein recht einförmiges Bild: Die Umfänge nehmen über alle Anzeigenrubriken hinweg gleichförmig ab, die Umsätze wa-

ren bis zur Jahrtausendwende nahezu konstant und nehmen seitdem über alle Rubriken hinweg ab.

Eine Ausnahme von der Gleichförmigkeit stellen die Stellenanzeigen und die lokalen Geschäftsanzeigen dar. Der Millennium-Boom scheint weitestgehend mit den prozentualen Umsatzanteilen dieser beiden Rubriken erklären zu lassen: Auf dem Anzeigenmarkt stellt sich die New-Economy Blase als ein Zeitraum von fünf Jahren dar, in dem der Stellenmarkt auf Kosten der lokalen Geschäftsanzeigen Umsatzanteile über dem langjährigen Mittel erzielen konnte. 2003 ist die Umsatzverteilung nahezu spiegelbildlich zu der Mitte der 1990er Jahre.

Die prozentuale Verteilung der Umsatzanteile täuscht jedoch: Von 2000 bis 2002 sind die Einnahmen in den drei wichtigsten Rubrikenmärkten um einen hohen neunstelligen Betrag eingebrochen. Der Umsatz des Jahres 2000 konnte nur zu knapp 50 Prozent wieder erreicht werden. Doch auch im Vergleich zum Jahr 1997, im Diagramm als der Beginn des Stellenmarkt-Booms erkennbar, bewegen sich die Rückgänge in der Größenordnung von einer halben Milliarde Euro.²¹

Abbildung 5-2 Entwicklung der Umsatzanteile einzelner Anzeigenrubriken in westdeutschen Zeitungen 1994-2003



Quelle: BDZV Jahrbücher

(→ Anhang: Tabelle 12)

Da die Zeitungen im selben Zeitraum erheblich Werbemarktanteile an andere Mediengattungen abgeben mussten und der Markt insgesamt seit 2000 schrumpft, trifft der konjunkturelle Abschwung die Zeitungen stärker als andere Mediengattungen. Sie müssen nicht nur die rückläufigen Werbeinvestitionen verkraften, sondern auch den schrumpfenden Rubrikenmarkt, da in konjunkturell schwachen Zeiten z.B. weniger Wettbewerb um Personalressourcen herrscht und offene Stellen oft mit Initiativbewerbungen oder unternehmensintern besetzt werden können.

Zugleich ist es - aufgrund massiver struktureller Veränderungen (siehe Kap. 5.3) - unwahrscheinlich, dass die Zeitungen diese Verluste mit dem nächsten konjunkturellen Aufschwung wettmachen können bzw. wäre dies von kostenintensiven Anstrengungen seitens der Verlage abhängig.

5.3 Strukturelle Veränderungen am Anzeigenmarkt

Um zu überprüfen, ob der aktuelle Einbruch bei den drei wichtigsten Rubrikenmärkten Stellen, Immobilien und Kfz lediglich konjunkturell oder strukturell bedingt ist, hat Kolo ein Modell entwickelt mit dem sich der konjunkturelle Effekt auf die jeweiligen Rubriken feststellen lässt (Kolo 2004, 79f). Mit einem solchen Modell lassen sich die Volumina der Rubrikenmärkte bestimmen, die unter „normalen“ Bedingungen, also ohne das Auftauchen des Internets erreicht worden wären. Für alle drei Märkte konnte Kolo einen Indikator finden, der die Schwankungen der Anzeigenvolumen determiniert. Für Kfz ist dies die Anzahl der von privat gekauften Gebrauchtwagen²², das Immobilienanzeigenvolumen folgt in seiner Entwicklung dem Transaktionsvolumen der verkauften Immobilien²³ und die Stellenanzeigen werden durch die Zahl der offenen Stellen bestimmt.

Mit dem Jahr 1999, bzw. für Stellenanzeigen 2000, schwindet jedoch die bis dahin hervorragende Erklärungskraft des Modells. Alle drei Märkte schrumpfen deutlich stärker, als es die Entwicklung des jeweiligen Indikators vermuten lassen würde. Die Zahl der Anzeigen liegt heute schon zwei Drittel unter dem Niveau, das sich durch rein konjunkturelle Effekte erklären ließe (Glotz 2004, 19f). Damit wird deutlich, dass der Rückgang der Rubrikenmärkte Ursachen neben der Konjunkturerwicklung haben muss.

Die Anzeigen sind ins Internet abgewandert und werden dies zukünftig verstärkt tun. Gründe für diese wesentlich gravierendere, weil strukturelle Veränderung im Anzeigenmarkt sind u.a. folgende:

- ▶ Trotz der einigermaßen hohen Reichweite und im Falle der überregionalen Zeitungen auch vergleichsweise exklusiven Leserschaft, die gute Chancen bietet, potentielle Bewerber oder Immobilieninteressenten zu finden, haben Anzeigen einen großen Streuverlust, weil die Teilmenge der Leserschaft, die jeweils an den Anzeigen interessiert sein dürfte, maximal ein Viertel beträgt (Simon/Zerdick 2003, 205).
- ▶ Während die besondere Leistung der Stellenanzeige, die Schaffung von Aufmerksamkeit, für die jeweiligen Unternehmen in Bezug auf Imageaspekte und die Kreation eines Employer-Brand begründenswert ist, genügt für die Besetzung eines wohlmöglich hochspezialisierten Postens letztlich die Aufmerksamkeit derjenigen Personen, die genau dem Stellenprofil entsprechen.
- ▶ Zwar sind die potenziell erreichbaren Nutzerzahlen in entsprechenden Online-Angeboten wesentlich kleiner als bei den Zeitungen, dafür ist die Eingrenzung auf wirklich am Angebot Interessierte deutlicher, die Streuverluste also geringer. Zugleich bieten Online-Rubrikenmärkte durch interaktive Suchfunktionen (webbasierte Datenbankanwendungen) auch bei einem vergrößerten Angebot gute Möglichkeiten die Suche individuell einzugrenzen. Etwas was Zeitungen als klassische Massenmedien nicht leisten können. Das insgesamt verbesserte Matching (vgl. Kolo 2004, 81) bedeutet für Anbieter und Nachfrager tendenziell einen geringeren finanziellen Aufwand, wodurch davon auszugehen ist, dass längerfristig noch mehr Anzeigen ins Internet abwandern. Legt man die Umsätze und Rubrikenteile des Jahres 2002 zugrunde, sind somit mit den drei wichtigsten Rubrikenmärkten längerfristig 17 Prozent der Gesamterlöse der Zeitungen in Deutschland gefährdet.²⁴

Dass Zeitungen dieser Entwicklung begegnen, indem sie selbst Onlinebörsen aufbauen, erscheint wenig aussichtsreich, weil der Markt einerseits bereits weitgehend aufgeteilt ist, und andererseits Börsen und Portale nicht der einzige Konkurrenz im Online Bereich sind. Für die Top 1.000 Unternehmen in Deutschland ist z.B. die Unternehmenshomepage mittlerweile das wichtigste Instrument bei der Personalsuche. Mit Verzögerung setzt diese Entwicklung

auch bei den Mittelständischen Unternehmen ein – den Anzeigenkunden der regionalen Abonnementzeitungen (König et al. 2004). Die Mittlerrolle zwischen Unternehmen und Bewerbern, die ehemals die Zeitung innehatten, könnten so für die Personalentwicklung größerer Unternehmen durch Suchmaschinen, die gezielt Firmenseiten nach Ausschreibungen durchforsten, weitgehend obsolet werden (Glotz 2004, 20). Obwohl die Entwicklung im Stellenmarkt regionale Zeitungen zunächst weniger heftig trifft, da kleine und mittlere Unternehmen erst mit Verzögerung bei der Personalsuche auf die Möglichkeiten des Internets zurückgreifen, muss davon ausgegangen werden, dass sich dies längerfristig ändert, weil die großen Jobbörsen zunehmend auf regionale Märkte eingehen.

Insgesamt stehen die Zeitungen im Anzeigengeschäft damit auch neuen Wettbewerbern gegenüber, sowohl solchen, die kommerzielle Ziele verfolgen wie z.B. Onlinebörsen oder Personaldienstleistern, als auch solchen, die wie die Bundesagentur für Arbeit als nichtkommerzielle Einrichtung strukturelle Finanzierungsvorteile aufweist.

Über das Ausmaß der Verluste für die Zeitung gibt es verschiedene Prognosen: Simeon und Zerdick rechnen langfristig mit einem Totalverlust für die Zeitungen. Spätestens mit Erreichen einer Vollabdeckung mit Internetzugängen werden Rubrikanzeigen obsolet (Simeon/Zerdick 2003, 205). In einer Delphi-Studie der Universität St. Gallen wurden je nach Verbreitungsgebiet und Rubrik bis 2010 Rückgänge zwischen 35 und 50 Prozent prognostiziert (Glotz/Meyer-Lucht 2004, 105). Übrig bleiben für überregionale Titel prestigeträchtige Anzeigen für Führungspositionen, die jedoch häufig eher den Charakter von Imageanzeigen haben dürften und damit auch nicht notwendigerweise in der Rubrik Stellenmarkt platziert sein müssten. In lokalen Blättern werden sich vermutlich weiterhin Anzeigen des Gastgewerbes oder für „einfache Tätigkeiten von zu Hause aus“ finden.

Die Folgen für die Zeitungen könnten insgesamt noch über den Verlust des Anzeigengeschäftes hinausgehen. Ein Teil der hohen Auflagen an Samstagen verdanken die Zeitungen Gelegenheitskäufern, die auf der Suche nach Anzeigen zur Zeitung greifen. Der Wegfall des Anzeigengeschäftes kann so eine negative Anzeigen-Auflagen-Spirale in Gang setzen (vgl. Simeon/Zerdick 2003, 206f).

6 Medienbranche

Nach der Dualisierung des Rundfunks, stellt die Digitalisierung die wichtigste Veränderung für die Medienbranche in den vergangenen Jahren dar: Durch die Einführung der digitalen Technik sowohl in Produktion als auch im Vertrieb von Medieninhalten haben sich wichtige Kostenfaktoren dramatisch reduzieren lassen. Die Marktzutrittsbarrieren sind gesunken, Angebote die sich bisher nicht kostendeckend realisieren ließen, sind rentabel geworden. Die Vielzahl der Inhalte, vor allem aber der Anbieter ist erheblich gewachsen. Insgesamt konnten die Zeitungen bislang von dieser Entwicklung weniger profitieren als die elektronischen Medien.

6.1 Entwicklung des dualen Rundfunksystems und der Medienkonzentration

Der Anteil der fixen Kosten ist bei Medien im Gegensatz zu industriell gefertigten Produkten grundsätzlich vergleichsweise hoch. Medien produzieren im Bezug auf die Inhalte ständig neue Prototypen. Die unterschiedlichen Medien stellen dabei jeweils Gefäße dar, in denen diese Prototypen transportiert werden. Eine Zeitung kann als Infrastruktur für die Informationsdistribution verstanden werden. Die Kosten für die Produktion der Prototypen, also der

informativen oder unterhaltenden Inhalte sind dabei fix, sie fallen unabhängig von der Leserschaft an. Heinrich veranschlagt den Anteil der fixen Kosten für deutsche Zeitungsverlage mit rund 60 Prozent (Heinrich 2000, 107ff). Die Kosten gerechnet pro Stück sinken mit der Ausbringungsmenge, also der Auflage. In einer groben Vereinfachung ließe sich als günstigste Form also eine „monopolistische Weltzeitung“ annehmen. Dem stehen nicht nur Distanzüberwindungskosten entgegen, sondern auch die sachlich und oder räumlich begrenzte Nachfrage (Heinrich 2000, 110f). Zeitungen trennen in der Regel nach lokalen/regionalen und überregionalen Nachrichten (Politik/Wirtschaft/Sport/Feuilleton). Während erstere tatsächlich nur im jeweiligen Verbreitungsgebiet von Interesse sein dürften, eine Prototypen-Produktion also unmöglich ist, bietet es sich bei den überregionalen Nachrichten an, über das Verbreitungsgebiet einer einzelnen Zeitung hinaus zusammenzuarbeiten, also Skaleneffekte zu nutzen. Mit Hilfe dieser Unterscheidung lässt sich die Vielfalt im deutschen Zeitungsmarkt respektive die Konzentration der Inhalte messen.

Innerhalb einer so genannten Publizistischen Einheit haben alle Ausgaben unabhängig von ihrer verlegerischen Struktur den weitgehend gleichen Zeitungsmantel (Schütz 2001, 602)²⁵.

Auf die alten Bundesländer bezogen ist die Zahl der Publizistischen Einheiten seit 1976 um fünf Prozent zurückgegangen. Auch die Zahl der Marktteilnehmer ist gesunken: 1976 wurden die Zeitungen allein in Westdeutschland noch von 403 Verlagen herausgegeben, 2003 sind es gesamtdeutsch nur noch 349. Gleichzeitig hat aber die Zahl der Titel und Ausgaben zugenommen – die Zeitungsverlage haben also Optimierungspotential realisiert, indem sie die Arbeit der Redaktionen von kleinen Zeitungen auf die lokalen Nachrichten fokussiert haben und den Zeitungsmantel zuliefern. Die Leser einer Zeitung bekommen damit im Besten Fall zu einem guten Lokalteil einen guten Mantelteil, den die kleine, eigenständige Zeitung nicht hätte realisieren können.

Der Marktanteil der fünf größten Verlagsgruppen an der Gesamtauflage der Zeitungen in Deutschland ist seit der Einführung der Pressefusionskontrolle im Jahr 1976 um 12,6 Prozent auf 41,6 Prozent zurückgegangen. Bezogen auf die zehn größten Verlagsgruppen ist der Wert nahezu unverändert bei 56,1 Prozent (Röper 2004). Der Rückgang des Marktanteils der Top fünf Verlagsgruppen geht dabei vollständig auf Kosten des Verlegers der größten deutschen Kaufzeitung, deren Marktanteil im Verlauf der 1980er Jahre um rund sieben Prozent einbrach. Dieser Rückgang lässt sich durchaus als Auswirkung der Einführung des dualen Systems interpretieren: Kaufzeitungen haben auf Grund von Ähnlichkeiten in der Zielgruppenstruktur und -ansprache mehr als andere Zeitungen an das neue privat-kommerzielle Fernsehen verloren. In TV-Bereich hatte die Einführung des privat-kommerziellen Fernsehens im Rahmen der Kabelpilotprojekte Mitte der 1980er Jahre für die Entwicklung des Angebots gravierende Auswirkungen: Statt zuvor drei Sender kann ein durchschnittlicher deutscher Fernsehhaushalt heute 38 Sender empfangen. Neben den mittlerweile über 20 öffentlich-rechtlichen Sendern buhlen 60 bundesweite und 263 regionale und lokale Anbieter um die Aufmerksamkeit der Zuschauer und Werbekunden. Das Werbevolumen im Fernsehen ist seit 1985 um 410 Prozent gewachsen.²⁶

Der Markt hat sich also sowohl was die Zahl der Anbieter angeht, als auch, was das Gesamtvolumen angeht extrem ausgeweitet. Unter Konzentrationsgesichtspunkten hat sich allerdings kaum etwas verändert: Bis 1985 hatten die Öffentlich-Rechtlichen eine Zuschauermarktanteil von rund 96 Prozent. In der Phase von 1985 bis 1992 verloren sie kontinuierlich Zuschauermarktanteile an die neuen privat-kommerziellen Anbieter. Seitdem bleiben die Marktanteile der Öffentlich-Rechtlichen und der beiden großen privaten Sendergruppen relativ konstant. Insgesamt ist seit 1985 der Zuschauermarktanteil der größten drei Anbieter aber nur einmal unter 90 Prozent gefallen.

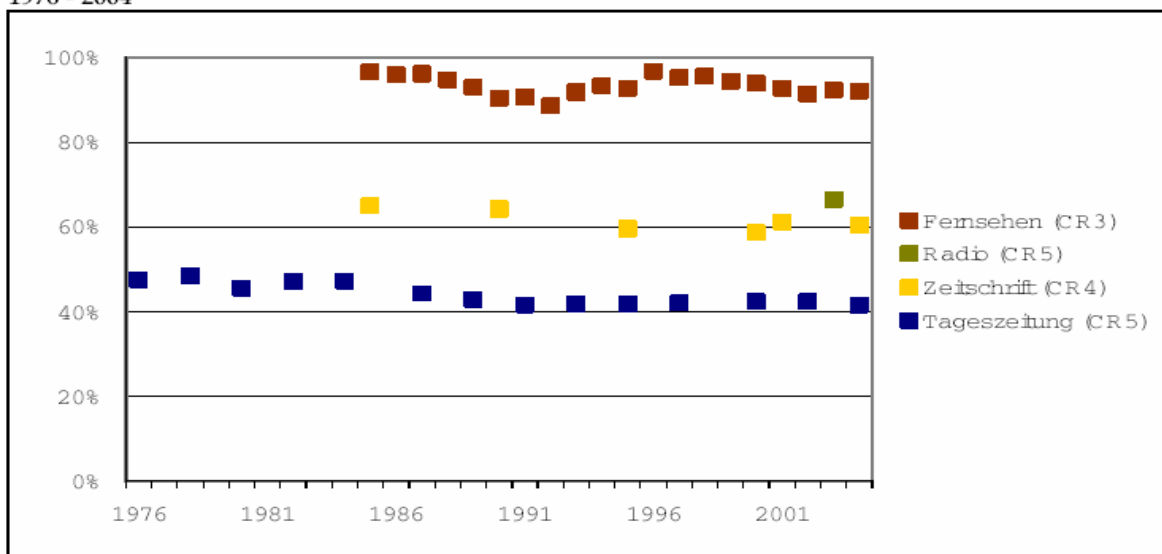
1986 startete der erste landesweite Radiosender in Schleswig-Holstein und läutete damit auch im Radio das duale System ein. Die regionale Ausrichtung des Radios, die zuvor schon durch die Verbreitungsgebiete der Landesrundfunkanstalten gegeben war, hat sich dadurch allerdings nicht geändert – im Gegenteil, ein Grossteil der privat-kommerziellen Sender haben lediglich kleine lokale Verbreitungsgebiete. Das trotz der massiven Ausweitung des Angebotes von den ca. drei Sendern pro Landesrundfunkanstalt zu Beginn der 1980er Jahre auf mittlerweile 331 in der Media Analyse berücksichtigten Programme hat sich die Zahl der von den Hörern jeweils genutzten Sender kaum verändert: von 1,3 pro Tag genutzten Sendern im Jahr 1994 auf 1,5 heute (MA Radio I 2004).

Eine systematische Erhebung der Konzentration im Hörfunk findet bisher nicht statt. Auf die Hörermarktanteile bezogen lässt sich sagen, dass Öffentlich-Rechtliche und Privat-Kommerzielle Sender jeweils die Hälfte der in der Media Analyse einzeln ausgewiesenen Reichweite auf sich vereinen. Verwendet man nun die von der KEK ermittelten Reichweiten der größten privaten Sendergruppen (KEK 2003, 293ff) käme man bundesweit auf einen CR5 Wert von 65,5 Prozent bezogen auf die Hörermarktanteile.²⁷ Eine Betrachtung lokaler und regionaler Märkte, in denen es häufig neben den Öffentlich-Rechtlichen nur einen kommerziellen Anbieter gibt, würde allerdings eine weit höhere Konzentrationsrate ergeben. Anders sieht die Situation im Hörfunk jedoch aus, wenn man die Konzentration nicht im Hörersondern im Werbemarkt betrachtet: Hier herrscht seit dem Rückzug von IP aus der Radiovermarktung ein Duopol, das gemeinsam knapp 95 Prozent der Werbezeiten im Radio verkauft.²⁸

Die Publikumzeitschriften haben weniger unter der Ausweitung des vor allem auch unterhaltenden Fernsehangebotes gelitten als man zunächst annehmen könnte. Sowohl Titelzahl als auch Auflage sind seit 1985 erheblich gewachsen. Genau wie im Fernsehen ist damit allerdings die Zahl der Nutzer pro Angebot gesunken. Trotz einer entsprechend deutlichen Erweiterung des Titelspektrums haben die vier größten Verlage seit 1985 knapp fünf Prozent Marktanteil verloren (Vogel 2004, 323).

Zusammenfassend, lässt sich sagen, dass Zeitungen als vor allem lokales und regionales Medium und mit einem im intermedialen Vergleich hohen Anteil von variablen Kosten den geringsten Nutzen von einer starken Marktkonzentration haben. Insofern lässt sich die abgebildete Entwicklung des Konzentrationsgrades nicht nur als durch die gesetzlichen Rahmenbedingungen vorgegeben erklären, sondern auch aus den Eigenheiten des jeweiligen Mediums.

Abbildung 6-1 Entwicklung des Konzentrationsgrades in unterschiedlichen Mediengattungen 1976 - 2004



Quelle: KEK (TV & Radio) Media Perspektiven (Zeitschrift und Tageszeitung)
 (→ Anhang: Tabelle 13)

6.2 Konvergenz des Medien

Durch die Digitalisierung wachsen die Branchen Telekommunikation, Informationstechnologie, Medien und Entertainment sukzessive zusammen (TIME). Die einheitliche Verwendung der digitalen Technik ermöglicht eine konvergierende Entwicklung hin zu einem Dienste integrierenden Medien- und Kommunikationssektor (Zerdick et al. 1999, 129f). Dabei lassen sich zwei Konvergenzstufen unterscheiden: Auf der ersten Stufe konvergieren Telekommunikation und Informationstechnologie. Durch die Umrüstung der Übertragungsnetze auf digitale Technik können Computer ohne Umwege vernetzt werden, die doppelte Umwandlung von digitalen in analoge Informationen für die Übertragung entfällt. In der zweiten Stufe der Konvergenz führt die Anwendung der Informationstechnologie in der Produktion von Medieninhalten dazu, dass diese nicht mehr nur über klassische Vertriebswege wie analoge Broadcastnetze oder bedrucktes Papier distribuiert werden können, sondern verstärkt über Kommunikationsnetze.

Auch im Bereich der Endgeräte ergeben sich neue Konkurrenzverhältnisse, da bisher funktional klar getrennte Geräte wie Telefon, Fernseher und Computer technisch zunehmend ähnliche Angebote bereitstellen können. Die technische Entwicklung führt sukzessive zu einer Entkopplung von Geräten und Dienstleistungen. Die Verknüpfung zwischen technischer Infrastruktur und den über sie vermittelten Anwendungen ist nicht länger zwingend (Hasebrink 2004, 68). Wo die elektronischen Medien von der Produktion des Signals bis zur Ausgabe im Endgerät des Rezipienten von der Digitalisierung profitieren können, ist für Zeitungen das Potenzial jedoch begrenzt, da das Medium auf die Verteilung von großen Mengen „analoger“ Papiers angewiesen ist. Für Zeitungsverlage wird die technologische Entwicklung erst dann wirtschaftlich wirklich rentabel, wenn klassische Zeitungsinhalte nicht mehr auf Papier gedruckt werden müssen. Wenn also Artikel auf ein Handheld übertragen oder im Internet gelesen werden und wenn die Leser Willens sind, für diese Leistung zu bezahlen oder sich eine entsprechende Querfinanzierung rechnet. Mit der Konvergenz der Märkte könnten die Zeitun-

gen dann aber zu Content-Anbietern werden, weil sie auf die kostenintensive Produktion und Distribution der Zeitung verzichten und sich auf ihre publizistische Kernkompetenz beschränken könnten.

Bei aller Konvergenz der Medien muss allerdings unterschieden werden, zwischen einem Medium als technischem System und organisatorischer Struktur, und seiner Nutzung als einer spezifischen gelernten und routinemäßig angewendeten Kommunikationsform (Hasebrink 2004, 68). Während technische Systeme, Investitionsbereitschaft in die Technik und ökonomische Innovationsbereitschaft vorausgesetzt, vergleichsweise schnell geändert werden können, sind für die Anpassung von Kommunikationsformen Zeitspannen im Bereich von ein bis zwei Generationen notwendig (Opaschowski 2004, 193). Insofern präferieren die Leser immer noch – trotz langsamer Änderung der Nutzungsgewohnheiten – die „Papierversion“ der Zeitung. Dennoch müssen sich die Zeitungsverlage schon seit einiger Zeit auf die kommende Entwicklung einstellen und entsprechend in Online-Angebote investieren, ohne dass sich diese bislang wirtschaftlich rechnen.

6.3 e-Newspaper

Charles Mann sagte im Jahr 2001 voraus, dass die Zeitung in ihrer papierenen Form innerhalb der nächsten 15 bis 20 Jahren verschwunden sein wird (Mann 2001, 44). Bis dahin, so die optimistische Prognose, könnten e-Newspaper die herkömmliche gedruckte Zeitung ersetzt haben. Beim e-Newspaper handelt es sich vereinfacht gesprochen um einen hochflexiblen Flachbildschirm der zum Zeitungslesen verwendet werden kann. Für Nutzer die sich bislang nicht mit den Online-Ausgaben von Zeitungen anfreunden konnten, könnte e-Newspaper das vermisste Bindeglied sein, denn die Funktionalität einer Online-Zeitung wird dadurch mit der Haptik und der Mobilität einer klassisch gedruckten Zeitung verknüpft. Dementsprechend wäre e-Newspaper vor allem eine Rückkopplung der Zeitung in einer digitalen Welt an hergebrachte und gelernte Nutzungsmuster.

Die technikbegeisterte Lesart versteht das e-Paper als „3rd Generation Mobile Information Device (MID 3G)“ (Zinnbauer 2003, 129), als konvergentes Multimedia-Gerät. Ergänzt um ein W-LAN-Modul, Farbe und einen Videoprozessor werden Anwendungsmöglichkeiten weit jenseits des einfachen Zeitungslesens gesehen (vgl. Hess 2002). Gewohnheiten wie das Ausschneiden von Artikeln, Markieren oder Archivieren können dabei digital nachempfunden werden. In der Tat böte ein e-Newspaper dieselbe Funktionalität wie eine klassische Zeitung – mit zwei Einschränkungen: Sie lässt sich nicht, nach Büchern geteilt, gemeinsam lesen und angesichts der Tatsache, dass es sich um ein Hightech Produkt handelt, sollte man sie nicht achtlos im Bus liegen lassen.

Für Zeitungsverlage wäre e-Paper zunächst begrüßenswert: Druck und Vertrieb, die beiden wichtigsten variablen Kostenblöcke bei Zeitungen könnten nahezu komplett eingespart werden. Zeitungsinhalte würden bei diesem Verfahren auf elektronischem Wege an wieder verwendbare Endgeräte übertragen. Das Distributionsmodell der Zeitungen würde sich damit weitgehend dem von Pay-Anbietern im Rundfunk angleichen²⁹. In Verbindung mit standardisierten Datenbankformaten für die Mehrfachverwertung von Inhalten in individualisierten Zeitungen (vgl. Hess 2004) wären Zeitungsverlage nicht länger gezwungen, umfangreiche Zeitungen zu produzieren, aus deren Vielfalt die Nutzer das sie interessierende selbst aussuchen. Die Zeitung könnte zu einem ebenso individuellen Medium werden wie es das Internet heute schon ist und könnte ggfs. über die Personalisierung der Angebote auch variable und höhere Preise verlangen.

Inwieweit eine solche Entwicklung gesellschaftspolitisch sinnvoll ist, kann hier nicht geklärt werden. Möglicherweise sind jedoch dadurch Funktionen wie die Herstellung von Öffentlichkeit oder die Orientierung, die gerade die Zusammensetzung der Zeitung aus mehreren

Büchern leistet, in Frage gestellt. Dennoch müssen die Zeitungsverlage sich seit einiger Zeit auch mit dieser Entwicklung auseinandersetzen, und zwar, ohne dass der Zeitpunkt der Marktreife geklärt oder die Durchsetzung in der Bevölkerung abschätzbar wäre. Zugleich könnte sich die Technik des e-Papers für Zeitungen auch als disruptiv herausstellen: Wenn und soweit sich das e-Paper tatsächlich als ein universelles Anzeigegerät etablieren sollte, ist nicht erkennbar warum die heutigen Anbieter von Zeitungen dieses als einzige bespielen sollten.³⁰

6.4 Veränderungen bei den Marktteilnehmern und Wettbewerbern

Die Ausführungen zur Konvergenz der Medien und zum e-paper zeigen deutlich, dass sich die Anbieter von Medieninhalten ausdifferenzieren und dass neue, bislang nicht im Kerngeschäft der Zeitungen agierende Unternehmen hinzukommen. Dementsprechend sehen sich die Zeitungen zum einen mehr Konkurrenten aus den klassischen Medien gegenüber: Im Radio z.B. hat sich die Zahl der Anbieter seit Ende der 1980er Jahre versiebenfacht (MA 1988–2004), der durchschnittliche Fernsehhaushalt kann heute doppelt so viele Programme empfangen wie noch zu Beginn der 1990er Jahre (AGF/GfK 2004) und bei den Publikumszeitschriften hat sich die Zahl der Titel seit Mitte der 1980er Jahre ebenfalls verdoppelt.

Zum anderen weisen die Wertschöpfungsketten der bislang getrennten TIME-Branchen strukturelle Koppelungen auf. Die Nachfrage nach IT Produkten und Dienstleistungen wird wesentlich auch durch Telekommunikationsanwendungen und Medieninhalte getrieben. Damit bringt die Konvergenz für Zeitungen neue Wettbewerber sowohl auf der Stufe des Vertriebs als auch auf der Stufe der Informationsbeschaffung mit sich. Denn prinzipiell ermöglicht das Internet allen Organisationen öffentliche Kommunikation zu betreiben. Die Online-Publikation weist deutlich reduzierte Marktzutrittsbarrieren auf, da Produktion und Vertrieb nicht an ein Druckexemplar gebunden sind (Altmeyen 2000, 187). Hergebrachte Monopole der Zeitungen werden durch eine Vielzahl neuer Akteure, auch von außerhalb des klassischen Medienbereichs aufgehoben: Als neue Konkurrenten treten zum einen die Urheber von Nachrichten auf, zum anderen aber auch Telekommunikationsanbieter, die ihr Geschäftsfeld ausweiten. Anbieter, die bisher nur als „Spediteure“ der Inhalte agiert haben, werden durch den Preisverfall bei Telekommunikationsdienstleistungen ermutigt in weitere Stufen der Wertschöpfungskette hinein zu expandieren. Internet Service Provider, Suchmaschine und Portalbetreiber sehen ihr Geschäftsfeld längst nicht mehr auf die Bereitstellung des Zugangs oder die Such- und Orientierungsfunktion beschränkt, sondern verstehen sich zunehmend auch als Anbieter von Nachrichten, Service und Unterhaltungsinhalten.

Zeitungen sehen sich damit auch Anbietern gegenüber, die weitestgehend ohne eigene redaktionelle Leistung zu erbringen, von den Inhalten der Zeitungen profitieren. Den Lesern wird – durch Werbung finanziert – kostenlos ein Nachrichtenangebot bereitgestellt, das auf die redaktionelle Leistung der Zeitungen zurückgreift, aber oft lediglich auf die Quelle, z.B. die jeweiligen Online-Angebote von Zeitungen, verweist. Das die Inhalte von wenigen Ausnahmen abgesehen (vgl. Schmidt 2003) nicht selber produziert sind, ist für den Nutzer dieser Online-Inhalte dabei nachrangig. Für die Zeitungen bedeutet dies jedoch eine unbezahlte Zweitverwertung ihrer Leistung.

Die bislang übliche geographische Abgrenzung von Medienmärkten wird zwar zunehmend irrelevant, da der virtuelle Marktplatz theoretisch alle weltweit angeschlossenen Internetnutzer umfasst: „The marketplace for bits is a global one“ (Negroponte 1995). Da Zeitungsinhalte jedoch in der Regel lokal und regional orientiert sind, lässt sich nicht davon ausgehen, dass sie im Internet mit allen Zeitungen und sonstigen Medienanbietern der Welt konkurrieren würden, denn: „The medium is global, the content is not“ (Chyi/Sylvie 2001). Für Zeitungen bedeutet die Übertragung ihres Angebotes ins Internet damit eben nicht, dass sie

ihr Verbreitungsgebiet auf die ganze Welt ausdehnen können. Vielmehr müssen Sie davon ausgehen, dass die Konkurrenz im angestammten Verbreitungsgebiet zunimmt. ³¹

Insgesamt hat sich das potenzielle Wettbewerbsfeld der Zeitungen damit nicht nur vergrößert, sondern es sind auch sehr heterogene Anbieter von Inhalten zu finden: Einerseits die Urheber von Nachrichten, die sowohl sehr kleine und geographisch begrenzte Organisationen sein können, aber auch solche mit nationaler Bedeutung und ökonomischer Marktmacht. Andererseits alle Unternehmen einer konvergenten TIME-Branche, die ihre Geschäftstätigkeit ausweiten, also auch finanzstarke Telekommunikationsanbieter oder spezialisierte Produktionsfirmen.

7 Literaturangaben

- Altmeppen, Klaus-Dieter (2000): Zeitungsverlage und Zeitungen: Strategien der Modernisierung. In Jarren, Otfried; Kopper, Gerd G. und Toepser-Ziegert, Gabriele (Hrsg.): Zeitung – Medium mit Vergangenheit und Zukunft. Eine Bestandsaufnahme. Festschrift aus Anlass des 60. Geburtstages von Hans Bohrmann. München: K. G. Sauer Verlag. S. 179-192.
- Altmeppen, Klaus, Dieter (2002): Märkte der Medienkommunikation, Publizistische und ökonomische Aspekte von Medienmärkten und Markthandeln. In: Neverla, Irene; Grittmann, Elke und Pater, Monika (Hrsg.) (2002): Grundlagentexte zur Journalistik. Konstanz: UVK Verlagsgesellschaft. S. 181-210.
- Bauer, Inez (1996): Jugend und Tageszeitung. Ergebnisse quantitativer und qualitativer Studien. In Media Perspektiven 1/1996 . S. 8-17.
- Bundesverband deutscher Zeitungsverleger e.V. BDZV (1987-2003): Zeitungen 1987-2003. (mehrere Jahrgänge) Bonn bzw. Berlin: BDZV bzw. Zeitungs-Verlag.
- Bundesverband deutscher Zeitungsverleger e.V. BDZV (1981): Die deutschen Zeitungen in Zahlen und Daten. Bonn.
- Berg, Klaus und Ridder, Christa Maria (Hrsg.) (2002): Massenkommunikation VI. Eine Langzeitstudie zur Mediennutzung und Medienbewertung 1964-2000, Schriftenreihe Media Perspektiven, Band 16. Baden-Baden.
- Breyer-Mayländer, Thomas (2004): Der Stellenmarkt als erfolgskritisches Marktsegment für Zeitungsverlage. In: Medien Wirtschaft 1. Jg., 1/2004, S. 38-43.
- Brummund, Peter/Schwindt, Peter (1982): Der Pressemarkt in der Bundesrepublik Deutschland. Köln: Pahl-Rugenstein Verlag.
- Csoklich, Fritz (1996): Zeitungs-Journalismus. In: Pürer, Heiz (1996): Praktische Journalismus in Zeitung, Radio und Fernsehen. 2., überarbeitete und erweiterte Auflage. Konstanz: UKV Medien. S. 3-6.
- Chyi, Hsiang Iris und Sylvie, George (2001): The Medium is Global, the Content is Not: The Role of Geography in Online Newspaper Markets. In: The Journal of Media Economics. Vol. 14 , No. 4 . S. 231-248.
- Diedrichs, Helmut (1985): Daten zur Konzentration der Tagespresse und der Publikumszeitschriften in der Bundesrepublik Deutschland im IV. Quartal 1984. In: Media Perspektiven 8/1985. S. 615-633.
- Deutscher Journalisten Verband (DJV) (2004): Auskunft der DJV Pressestelle vom 11.08.2004
- Franzmann, Bodo (2002): Leseverhalten in Deutschland: Erwachsene und Jugendliche im Vergleich. In: Franz, Kurt und Payrhuber, Franz-Josef (Hrsg.): Lesen Heute. Baltmannsweiler: Schneider Verlag Hohengehren. S. 26-40.
- Glötz, Peter (2004): Wandel in der Kontinuität – Herausforderungen an eine neue Zeitungskultur. In: Glötz, Peter und Meyer-Lucht, Robin (Hrsg.) (2004): Online gegen Print. Konstanz: UVK Verlagsgesellschaft. S. 11-25.
- Glötz, Peter und Meyer-Lucht, Robin (Hrsg.) (2004): Online gegen Print. Konstanz: UVK Verlagsgesellschaft.
- Hasebrink, Uwe (2004): Konvergenz aus Nutzerperspektive: Das Konzept der Kommunikationsmodi. In: Hasebrink, Uwe; Mikos, Lothar und Prommer, Elisabeth: Mediennutzung in konvergierenden Medienumgebungen. München: Verlag Reinhard Fischer.
- Heinrich, Jürgen (2000): Zeitungsmärkte: Ökonomische Grundlegung zentraler Kommunikations- und Kulturräume. In: Jarren, Otfried; Kopper, Gerd G. und Toepser-Ziegert, Gabriele (2000): Zeitung – Medium mit Vergangenheit und Zukunft. Eine Bestandsaufnahme.

- Festschrift aus Anlass des 60. Geburtstages von Hans Bohrmann. München: K. G. Sauer Verlag. S. 105-114.
- Heinrich, Jürgen (2001): Medienökonomie. Band 1: Mediensystem, Zeitung, Zeitschrift, Anzeigenmarkt. 2. überarbeitete und aktualisierte Auflage. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag
- Heinrich, Jürgen (2004): Pressefusionskontrolle. In Medien Wirtschaft 1. Jg.. 2/2004. S. 83-85.
- Hess, Thomas (2002): Implikationen des Internets für die Medienbranche – eine strukturelle Analyse. In: Keuper, Frank (2002): Electronic Business und Mobile Business – Ansätze, Konzepte und Geschäftsmodelle. Wiesbaden: Gabler Verlag. S. 569-602.
- Hess, Thomas (2004): Medienunternehmen im Spannungsfeld von Mehrfachauswertung und Individualisierung – eine Analyse für statische Inhalte. In: Zerdick et. al (2004): EMerging Media. Kommunikation und Medienwirtschaft der Zukunft. Berlin, Heidelberg, New York: Springer Verlag.
- Holz, Erlend (2000): Zeitverwendung in Deutschland. Schriftenreihe Spektrum Bundesstatistik, Band 13, Herausgegeben vom Statistischen Bundesamt, Wiesbaden.
- Institut für Demoskopie Allensbach (ifD) (2003/04): Allensbacher Markt- und Werbeträgeranalyse (AWA) mehrere Jahrgänge. Allensbach.
- Kiefer, Marie-Luise (1989): Medienkomplementarität und Medienkonkurrenz. In: Sonderheft 30 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie. S. 337-350.
- Kiefer, Marie-Luise (2003): Entwicklung der Mediennutzung und des Nutzerverhaltens im Bereich der aktuellen Medien. In: Wirtz, Bernd H. (Hrsg.): Handbuch Medien und Multimedia Management. Wiesbaden: Gabler Verlag. S. 31-63.
- Kolo, Castulus (2004): Der Wettbewerb von Zeitung und Internet in den Rubrikenmärkten. In: Glotz, Peter und Meyer-Lucht, Robin (Hrsg.): Online gegen Print. Konstanz: UVK Verlagsgesellschaft. S. 75-86.
- Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) (2003): Sicherung der Meinungsvielfalt in Zeiten des Umbruchs . Bericht der KEK über die Entwicklung der Konzentration und über Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk. Potsdam.
- König, Wolfgang; Weitzel, Tim; Wendt, Oliver; Keim, Tobias; von Westarp, Falk (2004): Recruiting Trends 2004: Eine empirische Untersuchung der Top-1.000-Unternehmen in Deutschland und von 1.000 Unternehmen aus dem Mittelstand. Working Paper an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt, Institut für Wirtschaftsinformatik.
- Mann, Charles C. (2001): Electronic Paper Turns the Page. In: Technology Review, Vol. 5, No. 3 S. 42-48.
- Media Perspektiven Basisdaten(1978-2003): Daten zu Mediensituation in Deutschland 1978-2003 (mehrere Jahrgänge). Frankfurt: ARD Werbung.
- Medien Tenor (2004): Der Wille zur Wirkung. Welche Medien die einflussreichsten Medien auf die Agenda setzten. In: Medien Tenor Forschungsbericht Nr. 146, Juli 2004. S. 70-73.
- Meyer-Lucht, Robin (2003): Die dritte Säule des Verlagsgeschäfts. In: Perlentaucher.de von 27.10.2003 Online unter: <http://www.perlentaucher.de/artikel/1167.html> (Abruf: 29.07.2004).
- Negroponce, Nicolas (1995): Being Digital. New York: Alfred A. Knopf
- Nerverla, Irene und Walch, Susie (1994): Entscheidungsstrukturen in Printmedienunternehmen. In: Bruck, Peter A. (Hrsg.) (1994): Print unter Druck. Zeitungsverlag auf Innovationskurs. Verlagsmanagement im internationalen Vergleich. München: Verlag Reinhard Fischer. S. 293-386.
- Niggemeier, Stefan (2003): „Lasst die Anzeigenseiten weg, verdoppelt den Preis!“. Interview mit Axel Zerdick. In: Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 20.07.2003.

- Opaschowski, Horst W. (2004): Die Zukunft gehört der „neuen alten Medienwelt“. In: Klumpp, Dieter; Kubicek, Herbert und Roânagel, Alexander (Hrsg.): Next Generation Information Society? Notwendigkeit einer Neuorientierung. Mössingen-Talheim: Talheimer Verlag. S. 184-197
- Picard, Robert G. und Brody, Jeffrey H. (1997): The Newspaper Publishing Industry. Boston u.a.: Allyn and Bacon
- Rager, Günther (1994): Mehr Dienst am Kunden. In: Rager, Günther; Schaefer-Dieterle, Susanne und Weber, Bernd (Hrsg.): Redaktionelles Marketing. Wie Zeitungen die Zukunft meistern. Bonn: ZV Zeitungs-Verlag Service. S. 7-38.
- Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (Reg TP) (2004): Jahresbericht 2003. Bonn.
- Riepl, Wolfgang (1913): Das Nachrichtenwesen des Altertums: mit besonderer Rücksicht auf die Römer. Faksimile der Originalausgabe von 1913
- Rolke Lothar (2003): Produkt- und Unternehmenskommunikation im Umbruch. Was Marketer und PR-Manager in Zukunft erwarten. Fachhochschule Mainz, Fachbereich III Wirtschaftswissenschaften.
- Röper, Horst (1989): Daten zur Konzentration der Tagespresse in der Bundesrepublik Deutschland im I. Quartal 1989. In: Media Perspektiven 6/1989. S. 325-338
- Röper, Horst (2002): Zeitungsmarkt 2002: Wirtschaftliche Krise und steigende Konzentration. Daten zur Konzentration der Tagespresse in der Bundesrepublik Deutschland im I. Quartal 2002. In: Media Perspektiven 10/2002. S. 478-490.
- Röper, Horst (2004): Bewegung im Zeitungsmarkt 2004. Daten zur Konzentration der Tagespresse in der Bundesrepublik Deutschland im I. Quartal 2004. In: Media Perspektiven 10/2002. S. 478-490.
- Schaefer-Dieterle, Susanne (1997): Zeitungen sind Markenartikel. In: Schaefer-Dieterle, Susanne (Hrsg.): Zeitungen: Markenartikel mit Zukunft. Marktorientierung und publizistische Haltung: Anspruch oder Widerspruch? Bonn: ZV Zeitungs-Verlag Service. S. 17-32.
- Schmidt, Holger (2003): „Rubrikenmärkte im Internet sind eine strategische Kernaufgabe der Verlage“. In Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 25.08.2003
- Schneller, Johannes (2004): AWA 2004. Die Zielgruppe der Zukunft: 50 plus. AWA Präsentation am 06.07.2004 in Hamburg
- Schönbach, Klaus (2000): Tageszeitungen im Medienwettbewerb oder Wie man ein traditionelles Massenmedium Millenium-tauglich macht. In: Schorr, Angela (Hrsg.): Publikums- und Wirkungsforschung. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag. S. 215-223.
- Schütz, Walter J. (2000a): Deutsche Tagespresse 1999. Ergebnisse der 5. gesamtdeutschen Zeitungsstatistik.
In: Media Perspektiven 1/2000, S. 8-29
- Schütz, Walter J. (2000b): Zeitungsprognosen und Zeitungsentwicklung – historisch und aktuell.
In: Jarren, Otfried; Kopper, Gerd G. und Toepser-Ziegert, Gabriele (2000): Zeitung – Medium mit Vergangenheit und Zukunft. Eine Bestandsaufnahme. Festschrift aus Anlass des 60. Geburtstages von Hans Bohrmann. München: K. G. Sauer Verlag. S. 209-230.
- Schütz Walter J. (2001): Deutsche Tagespresse 2001. Trotz Bewegung im Markt keine wesentliche Erweiterung des publizistischen Angebotes. In: Media Perspektiven 12/2001. S. 602-632.
- Siegert, Gabriele (2001): Medien Marken Management. Relevanz, Spezifika und Implikationen einer medienökonomischen Profilierungsstrategie. München: Verlag Reinhard Fischer.
- Simeon, Thomas und Zerdick, Axel (2003): Tageszeitungen zwischen Medienkonzentration und Internet-Ökonomie. In: Klumpp, Dieter; Kubicek, Herbert und Roânagel, Alexander

- (Hrsg.): Next Generation Information Society? Notwendigkeit einer Neuorientierung. Mössingen-Talheim: Talheimer Verlag. S. 198-210.
- Statistisches Bundesamt (2003): Statistisches Jahrbuch 2003. Für die Bundesrepublik Deutschland. Wiesbaden.
- Statistisches Bundesamt und Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (2003): Wo bleibt die Zeit? - Die Zeitverwendung der Bevölkerung in Deutschland 2001/2002.
- Straâner, Erich (1999): Zeitung. 2. veränderte Auflage. Tübingen: Max Niemeyer Verlag.
- TdWI (2003): Typologie der Wünsche 2003/2004 II Menschen und Märkte Zielgruppenstrukturanalyse.
- Online unter: <http://www.tdwi.com> (Abruf 02.08.2004)
- Vogel, Andreas (2004): Konsolidierte Großkonzerne bereit zu erneutem Wachstum. Daten zum Markt und zur Konzentration der Publikumspresse in Deutschland im I. Quartal 2004. In: Media Perspektiven 7/2004. S. 322-338.
- Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (1975-2004): Werbung in Deutschland 1975-2004 (mehrer Jahrgänge). Bonn bzw. Berlin.
- Zinnbauer, Markus (2003): e-Newspaper: Consumer Demands an Attributes and Features. In: The International Journal on Media Management JMM, Vol. 5, No. II S. 127-137.

8 Anhang

8.1 Tabellen

Tabelle 1: Nutzung verschiedener Mediengattungen im Jahr 2003 nach Altersgruppen

	Basis		Altersgruppen nach Jahren						
			14 -19	20 -29	30 -39	40 -49	50 -59	60 -69	70 +
Basis	64,4 M b.	100,0%	5,0 M b.	7,7 M b.	11,7 M b.	11,1 M b.	9,5 M b.	10,1 M b.	9,4 M b.
Fernsehen Mache ich...									
überhaupt nicht	1,38	2,1%	1,7%	2,8%	2,6%	1,9%	1,9%	1,9%	2,0%
nur selten	2,64	4,1%	3,4%	6,0%	5,8%	5,3%	3,3%	2,3%	2,0%
gelegentlich	12,2	18,9%	22,7%	26,5%	23,7%	21,8%	17,2%	12,8%	9,8%
regelmäßig/intensiv	48,21	74,8%	72,2%	64,7%	67,9%	70,9%	77,6%	83,0%	86,2%
Radio hören Mache ich...									
überhaupt nicht	5,00	7,8%	10,8%	8,5%	6,9%	5,5%	6,2%	6,4%	12,3%
nur selten	5,35	8,3%	10,7%	10,5%	8,7%	8,3%	7,8%	7,1%	6,7%
gelegentlich	15,71	24,4%	27,0%	26,4%	26,1%	27,3%	23,6%	22,8%	18,2%
regelmäßig/intensiv	38,37	59,5%	51,5%	54,6%	58,3%	58,9%	62,4%	63,7%	62,8%
Zeitung lesen Mache ich...									
überhaupt nicht	3,28	5,1%	10,5%	9,1%	5,4%	3,8%	3,3%	3,1%	4,0%
nur selten	7,94	12,3%	32,0%	19,8%	14,7%	11,1%	7,2%	5,9%	6,3%
gelegentlich	17,46	27,1%	34,3%	36,7%	32,5%	29,3%	24,0%	19,4%	17,4%
regelmäßig/intensiv	35,74	55,5%	23,2%	34,3%	47,4%	55,8%	65,5%	71,6%	72,3%
Zeitschriften, Illustrierte lesen Mache ich...									
überhaupt nicht	3,19	4,9%	6,0%	6,9%	4,9%	4,5%	4,0%	4,2%	5,0%
nur selten	10,92	17,0%	25,4%	20,7%	18,6%	18,4%	15,0%	13,3%	11,6%
gelegentlich	25,88	40,2%	43,2%	44,1%	43,2%	40,8%	39,2%	36,5%	35,6%
regelmäßig/intensiv	24,44	37,9%	25,4%	28,3%	33,2%	36,2%	41,9%	46,1%	47,8%
Bücher lesen Mache ich...									
überhaupt nicht	17,59	27,3%	24,6%	26,8%	26,9%	24,0%	25,6%	30,2%	32,2%
nur selten	16,02	24,9%	27,2%	25,9%	26,6%	27,8%	24,6%	21,4%	21,2%
gelegentlich	17,06	26,5%	26,0%	26,6%	26,5%	26,8%	29,6%	26,4%	23,0%
regelmäßig/intensiv	13,76	21,4%	22,3%	20,7%	20,0%	21,4%	20,2%	22,0%	23,6%
CDs, MP3, Schallplatten, Kassetten hören Mache ich...									
überhaupt nicht	20,41	31,7%	11,0%	15,7%	18,4%	25,1%	34,3%	46,9%	61,0%
nur selten	10,10	15,7%	4,5%	9,5%	14,7%	16,6%	21,0%	21,5%	15,2%
gelegentlich	22,25	34,5%	29,5%	38,4%	44,5%	43,6%	35,9%	25,4%	19,3%
regelmäßig/intensiv	11,67	18,1%	55,0%	36,4%	22,3%	14,7%	8,9%	6,2%	4,5%
Online-Angebote, das Internet nutzen, Mache ich...									
überhaupt nicht	46,26	71,8%	42,1%	49,5%	58,1%	66,7%	80,0%	93,3%	97,7%
nur selten	4,74	7,4%	13,7%	10,4%	10,2%	9,9%	6,8%	2,3%	0,9%
gelegentlich	7,87	12,2%	23,9%	23,1%	17,8%	14,4%	8,6%	3,1%	1,0%
regelmäßig/intensiv	5,55	8,6%	20,2%	17,0%	13,9%	9,0%	4,7%	1,3%	0,4%
DVDs/Videokassetten ansehen Mache ich...									
überhaupt nicht	33,30	51,7%	24,2%	28,9%	37,3%	44,9%	57,2%	72,0%	83,5%

Strukturelle Veränderungen in der Medienlandschaft und ihre Auswirkungen auf die Zeitungen

31

nur selten	12,37	19,2%	17,4%	19,5%	23,3%	24,1%	21,8%	17,0%	8,8%
gelegentlich	15,2	23,6%	41,2%	38,5%	32,2%	26,4%	18,7%	10,1%	7,2%
regelmäßig/intensiv	3,56	5,5%	17,2%	13,1%	7,2%	4,5%	2,2%	0,9%	0,4%
Ins Kino gehen Mache ich...									
überhaupt nicht	30,26	47,0%	5,6%	12,9%	23,7%	37,8%	58,5%	79,8%	89,8%
nur selten	19,46	30,2%	23,2%	33,8%	47,0%	43,2%	31,6%	16,1%	8,3%
gelegentlich	12,52	19,4%	58,5%	43,5%	25,9%	17,0%	8,7%	3,7%	1,6%
regelmäßig/intensiv	2,20	3,4%	12,7%	9,8%	3,5%	1,9%	1,2%	0,4%	0,3%

Quelle: (TfW 2003)

Tabelle 2 Entwicklung der Reichweite tagesaktueller Medien 1976-2003

	Tageszeitung	Fernsehen	Radio	Internet
1976			75,5%	
1977				
1978			79,7%	
1979				
1980				
1981	85,4%		78,3%	
1982				
1983	84,2%			
1984	82,7%		80,7%	
1985	82,2%			
1986	83,5%			
1987	82,7%		77,5%	
1988	83,2%	70,4%	78,4%	
1989	82,4%	69,7%	78,5%	
1990	82,1%	69,0%	79,7%	
1991	82,3%	69,1%	81,4%	
1992	81,7%	70,1%	81,9%	
1993	81,7%	72,0%	82,1%	
1994	81,2%	71,5%	80,0%	
1995	81,0%	72,2%	79,8%	
1996	80,7%	72,9%	82,5%	
1997	80,0%	73,1%	81,6%	
1998	79,1%	74,3%	82,2%	
1999	78,3%	73,5%	79,0%	
2000	78,0%	74,1%	79,3%	
2001	77,9%	73,7%	79,5%	
2002	77,3%	75,0%	79,0%	27%
2003	76,2%	75,2%	79,2%	31%

Quellen: Presse MA, AG F/G fK, Radio MA, @ facts

Tabelle 3: Entwicklung der Reichweite verschiedener Mediengattungen in Deutschland in Prozent

	1970	1974	1980	1985	1990	1995	2000
Fernsehen	72%	78%	77%	72%	81%	83%	85%
Radio	67%	70%	69%	76%	79%	75%	85%
Tageszeitung	70%	73%	76%	73%	71%	65%	54%
Internet							10%
Zeitschriften			22%	20%	19%	22%	16%
Bücher			22%	21%	20%	21%	18%
Tonträger			18%	16%	15%	16%	21%
Bildträger				3%	4%	4%	5%

BRD gesamt (ab 1995 m. in neuen Bundesländern), Ø Mo-So (ab 1990 inkl. So)

Quelle: (Bergfelder 2002, 34/36)

Tabelle 4: Entwicklung der Reichweite von Tageszeitungen in Deutschland 1995-2003

	Tageszeitungen Gesamt		Überregionale Tageszeitungen		Regionale Abonnement		Kaufzeitungen	
	Leser	Reich- weite	Leser	Reich- weite	Leser	Reich- weite	Leser	Reich- weite
1995	50,98	81%	3,80	6%	44,91	71%	13,67	22%
1996	50,93	81%	3,78	6%	44,89	71%	13,76	22%
1997	50,59	80%	3,79	6%	44,59	71%	13,73	22%
1998	50,21	79%	3,60	6%	44,10	69%	13,73	22%
1999	49,93	78%	3,50	6%	43,65	68%	13,62	21%
2000	49,81	78%	3,54	6%	43,49	68%	13,41	21%
2001	49,95	78%	3,49	5%	43,44	68%	13,75	21%
2002	49,66	77%	3,50	6%	42,62	66%	14,42	22%
2003	49,10	76%	3,49	5%	41,75	65%	14,61	23%

Quelle: Presse MA 1995-2003 nach Media Perspektiven Basisdaten.

Tabelle 5: Entwicklung der Nutzungsdauer verschiedener Mediengattungen 1970-2000

	1970	1974	1980	1985	1990	1995	2000
Fernsehen	113	125	125	121	135	158	185
Radio	73	113	135	154	170	162	206
Tageszeitung	35	38	38	33	28	30	30
Zeitschriften	1		11	10	11	11	10
Bücher			22	17	18	15	18
Tonträger			15	14	14	13	36
Bildträger				2	4	3	4
Internet							13

Quelle: (Bergfelder 2002: 37ff)

Strukturelle Veränderungen in der Medienlandschaft und ihre Auswirkungen auf die Zeitungen

33

Tabelle 6: Wertschätzung und Nutzungsintensität von Printmedien im Altersvergleich (2004)
Zustimmung in Prozent

	Altersgruppen							
	14-19	20-29	30-39	40-49	50-59	60-69	70-79	80+
Ich verstehe und behalte Dinge besser, die ich gelesen und nicht nur in Fernsehen gesehen habe.	36%	39%	42%	47%	49%	51%	51%	34%
Ich lese Bücher, Zeitungen und Zeitschriften, sobald ich etwas Zeit habe	40%	39%	48%	47%	52%	50%	48%	28%
Um eine Zeitung gründlich zu lesen, habe ich oft nicht genug Zeit	23%	30%	38%	30%	26%	16%	10%	8%

Quelle: Schneider 2004, 17

Tabelle 7: Bindung an die Medien: Wertschätzung tagesaktueller Medien 1974-2000

Es würden sehr stark/stark vomessen...	1974	1980	1985	1990	1995	2000
Fernsehen	53%	47%	42%	51%	54%	44%
Radio	47%	52%	54%	57%	55%	58%
Tageszeitung	53%	60%	57%	63%	58%	52%
Internet						8%

BRD gesamt (ab 1995 mit neuen Bundesländern), Ø Mo-So (ab 1990 inkl. So)

Quelle: (Bergfelder 2002, 25)

Tabelle 8: Bindung an die Medien: Entscheidung in einer simulierten Grenzsituation 1974-2000

Es würden sich entscheiden für...	1974	1980	1985	1990	1995	2000
Fernsehen	57%	51%	47%	52%	55%	45%
Radio	25%	29%	31%	26%	27%	32%
Tageszeitung	17%	18%	20%	20%	17%	16%
Internet						6%

BRD gesamt (ab 1995 mit neuen Bundesländern), Ø Mo-So (ab 1990 inkl. So)

Quelle: (Bergfelder 2002, 25)

Tabelle 9: Substituierbarkeit tagesaktueller Medien: Nutzung alternativer Medien bei Nichtnutzung eines Mediums

		TV		Radio		Zeitung	
		seltener/nie	regelmäßig	seltener/nie	regelmäßig	seltener/nie	regelmäßig
		100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
TV	seltener/nie			20,1%	2,5%	15,6%	2,9%
	regelmäßig			54,3%	89,5%	55,4%	86,1%
Radio	seltener/nie	51,7%	11,7%			33,9%	9,9%
	regelmäßig	24,1%	71,2%			36,8%	72,2%
Zeitung	seltener/nie	43,5%	12,9%	36,7%	10,8%		
	regelmäßig	26,1%	63,9%	34,1%	67,3%		

Lesebeispiel: Von allen Menschen die selten/nie Radio hören sehen 20,1% auch selten/nie fern. Von allen Menschen die selten/nie Zeitung lesen sehen 55,4% regelmäßig fern.

Basis: Bevölkerung ab 14 Jahren

Quelle: Eigene Berechnung nach (TdW I2003)

Tabelle 10: Entwicklung der Anteil der Nettowerbeerlöse der gesamten Medien und der Zeitung am Bruttoinlandsprodukt 1975-2003

	Brutto- Inlandsprodukt in Mrd. €	Netto-W erbeeinnahmen der Medien		Netto-W erbeeinnahmen der Zeitungen	
		in Mrd. €	in % des BIP	in Mrd. €	in % des BIP
1975	536.000	3.411	0,64%	1.585	0,30%
1976	583.900	3.925	0,67%	1.881	0,32%
1977	623.700	4.418	0,71%	2.082	0,33%
1978	669.300	4.965	0,74%	2.374	0,35%
1979	722.500	5.965	0,83%	2.626	0,36%
1980	766.600	6.468	0,84%	2.809	0,37%
1981	800.200	6.549	0,82%	2.770	0,35%
1982	831.800	6.873	0,83%	2.825	0,34%
1983	872.200	7.310	0,84%	3.026	0,35%
1984	915.000	7.726	0,84%	3.174	0,35%
1985	955.300	7.941	0,83%	3.150	0,33%
1986	1.010.200	9.321	0,92%	3.620	0,36%
1987	1.043.300	9.832	0,94%	3.731	0,36%
1988	1.098.500	10.585	0,96%	3.935	0,36%
1989	1.168.300	11.532	0,99%	4.247	0,36%
1990	1.239.264	12.585	1,02%	4.414	0,36%
1991	1.502.200	14.494	0,96%	5.067	0,34%
1992	1.613.200	15.992	0,99%	5.498	0,34%
1993	1.654.200	16.459	0,99%	5.473	0,33%
1994	1.735.500	17.347	1,00%	5.644	0,33%
1995	1.801.300	18.580	1,03%	5.840	0,32%
1996	1.833.700	19.064	1,04%	5.800	0,32%
1997	1.871.600	19.776	1,06%	5.907	0,32%
1998	1.929.400	20.790	1,08%	6.210	0,32%
1999	1.978.600	21.816	1,10%	6.401	0,32%
2000	2.030.000	23.376	1,15%	6.902	0,34%
2001	2.071.200	21.723	1,05%	6.018	0,29%
2002	2.108.200	20.141	0,96%	5.301	0,25%
2003	2.125.735	19.283	0,91%	4.766	0,22%

Quelle: Statistisches Bundesamt, statistisches Jahrbuch 2003 und ZAW Jahrbücher

Tabelle 11: Entwicklung der Anteile verschiedener Mediengattungen an den Nettowerbeeinnahmen der Medien

	Tages- und Wochen- zeitungen inkl. Supplements	Fernsehen	Publikums und Fach- zeitschriften	Radio	Werbung per Post	Sonstige
1975	46,5%	12,7%	15,2%	3,0%	13,9%	8,7%
1976	47,9%	11,2%	16,7%	2,7%	12,9%	8,6%
1977	47,1%	10,3%	18,9%	2,9%	12,4%	8,4%
1978	47,8%	10,2%	18,4%	3,1%	12,2%	8,3%
1979	44,0%	8,8%	25,5%	3,0%	10,8%	7,7%
1980	43,4%	8,8%	26,2%	3,1%	10,4%	7,9%
1981	42,3%	9,1%	26,2%	3,6%	10,7%	8,1%
1982	41,1%	9,3%	26,5%	3,7%	11,0%	8,4%
1983	41,4%	9,0%	25,8%	3,6%	11,9%	8,4%
1984	41,1%	9,0%	26,1%	3,5%	11,6%	8,7%
1985	39,7%	9,4%	25,5%	3,4%	11,9%	10,1%
1986	38,8%	8,2%	22,4%	3,2%	10,8%	16,6%
1987	37,9%	8,4%	22,7%	3,3%	10,8%	16,9%
1988	37,2%	8,9%	21,9%	3,8%	10,8%	17,5%
1989	36,8%	10,0%	21,0%	3,7%	11,1%	17,4%
1990	35,1%	11,6%	20,3%	3,7%	12,2%	17,2%
1991	35,0%	13,1%	19,2%	3,3%	12,4%	17,0%
1992	34,4%	13,8%	18,2%	3,1%	13,1%	17,3%
1993	33,3%	15,0%	16,8%	3,1%	13,5%	18,3%
1994	32,5%	16,6%	15,8%	3,2%	13,4%	18,4%
1995	31,4%	17,5%	15,7%	3,1%	14,5%	17,8%
1996	30,4%	18,5%	14,8%	3,1%	15,3%	17,8%
1997	29,9%	19,2%	14,7%	3,0%	15,3%	17,9%
1998	29,9%	19,4%	14,6%	2,9%	15,3%	17,9%
1999	29,3%	19,8%	14,7%	3,2%	15,2%	17,9%
2000	29,5%	20,1%	15,0%	3,1%	14,5%	17,7%
2001	27,7%	20,6%	14,6%	3,1%	15,0%	19,0%
2002	26,3%	19,6%	14,4%	3,0%	16,6%	20,1%
2003	24,7%	19,8%	14,2%	3,0%	17,1%	21,2%

Fachzeitschriften ab 1979 erfasst, Anzeigenblätter ab 1986

Quelle: ZAW Jahrbücher

Tabelle 12: Entwicklung der Umsatzanteile der verschiedenen Anzeigenrubriken in Westdeutschen regionalen Abonnementzeitungen 1994-2002

	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
überregionale Anzeigen	9,6%	10,6%	10,7%	10,7%	10,6%	11,1%	11,2%	10,6%	8,2%
lokale Geschäftsanzeigen	39,8%	36,8%	36,4%	35,7%	33,4%	32,2%	29,1%	30,0%	34,8%
Stellenanzeigen	12,4%	13,1%	12,8%	14,0%	17,5%	21,9%	25,4%	23,0%	12,2%
Immobilienanzeigen	13,1%	13,9%	15,1%	15,1%	15,8%	12,8%	12,8%	13,6%	12,4%
Kfz-Mark	7,9%	7,7%	7,6%	7,7%	7,4%	7,3%	6,1%	6,2%	7,9%
Familienanzeigen	5,3%	5,3%	5,1%	5,9%	4,5%	5,0%	4,6%	5,3%	8,8%
Veranstaltungen, Reise und Sonstige	11,9%	12,6%	12,3%	10,9%	10,8%	9,7%	10,7%	11,3%	15,6%

Quelle: BDZV Jahrbücher

Tabelle 13: Entwicklung des Konzentrationsgrades CR5-Indikator in verschiedenen Mediengattungen 1976-2004

	Tagenszeitung (CR5)	Fernsehen (CR3)	Radio (CR5)	Zeitschrift (CR4)
1976	47,6%			
1978	48,4%			
1980	45,6%			
1982	47,1%			
1984	47,2%			
1985		96,6%		64,9%
1987	44,3%	96,1%		
1988		94,7%		
1989	42,8%	93,0%		
1990		90,4%		64,2%
1991	41,6%	90,7%		
1992		88,6%		
1993	41,9%	91,8%		
1994		93,3%		
1995	41,8%	92,8%		59,6%
1996		96,8%		
1997	42,0%	95,2%		
1998		95,5%		
1999		94,4%		
2000	42,3%	93,9%		58,6%
2001		92,8%		61,2%
2002	42,3%	91,4%		
2003		92,3%	ca. 66,5%	
2004	41,6%	92,0%		60,4%

Quellen: Dieckrichs 1985, Röper 1989/2004, KEK 2003/04, und eigenen Berechnungen auf Basis der MA 2003

8.2 Endnoten

- 1 Zum Begriff der Publizistischen Einheit siehe Schütz (2000b, 212f)
- 2 Gesellschafter können jeweils maximal 1,5 Prozent des Stammkapitals erwerben Rundfunkanbieter insgesamt maximal 25 Prozent. Die dpa ist damit durch die Satzung bestimmt in der Hand der Zeitungsverlage.
- 3 Die Forderung, durch Erhöhung des Verkaufspreises unabhängiger von Anzeigen- und Werbeeinnahmen zu werden (Axel Zerdick zitiert nach Niggemeier 2003), erscheint bis zu einem gewissen Grad illusorisch, denn eine wesentliche Erhöhung des Verkaufspreises dürfte auf dem Markt nicht durchsetzbar sein und würde vermehrt Zweit- und Drittleser nach sich ziehen.
- 4 Zu Beginn der 1990er Jahre lag dieser Wert noch bei 1,4. Die Zeitungen verlieren schneller an Auflage als an Lesern (vgl. auch Endnote 3)
- 5 Reichweiten werden sowohl in der Langzeitstudie Massenkommunikation von ARD und ZDF, als auch von der Arbeitsgemeinschaft Media Analyse (MA) und der Allensbacher Werbeträgeranalyse (AWA) erhoben. Wegen unterschiedlicher Erhebungsmethoden und Definitionen differieren die Werte jeweils. Die insgesamt sinkende Reichweite für Zeitungen lässt sich aber aus allen drei Studien ablesen.
- 6 Andererseits birgt eine Strategie Zeitungen konsequent auf die Bedürfnisse des jüngeren Publikums auszurichten jedoch auch die Gefahr das Gros der Leser zu vergraulen: 3,4 Millionen regelmäßigen Zeitungslesern unter 30 stehen immerhin 14,0 Millionen über 60 gegenüber.
- 7 Bei der Zeitbudgetstudie handelt es sich um eine Tagebuchehebung, Die Probanden entscheiden selber, was sie als Haupttätigkeit ansehen, wobei die Mediennutzung sehr häufig als Nebentätigkeit charakterisiert wird: Statt der rund 200 Minute Radionutzung in der MA werden nur 6 Minuten Radionutzung inklusive Tonträger ausgewiesen!
- 8 Vermissensfrage: „Wie stark würden Sie... (Medium) vermissen, wenn Sie durch technische Umstände oder durch einen Streik längere Zeit nicht mehr fernsehen oder nicht mehr Radio hören oder keine Zeitung mehr lesen oder das Internet nicht nutzen könnten?“
- 9 Inselfrage: „Angenommen, Sie könnten nur noch eines haben (Fernsehen, Radio, Zeitung, Internet), welches Medium würden sie am liebsten behalten?“
- 10 Freizeit ist in der Studie als Restgröße definiert: Die Zeit, die verbleibt, wenn man den Zeitaufwand für Arbeit, Essen, Schlafen, Körperpflege, Einkaufen, Wegzeiten und Lernen abzieht. Essen (Frühstück, Mittagspause) und Wegzeiten (Pendlerzug) sind hierbei sicherlich nicht unbedingt dem „professionellen“ Lesen zuzuordnen.
- 11 Das Radio in seiner heutigen Form bietet über die Musik einerseits neu den Aspekt des „Moodmanagements“, den die Zeitung nie hatte, andererseits hat das Radio von der Zeitung die Funktion „Aktualität“ übernommen. Mit dem selten gewordenen Fortsetzungsroman hat die Zeitung einen Teil der insgesamt geringeren Unterhaltungsfunktion an die Darstellungsmöglichkeiten im Fernsehen verloren.
- 12 Laufbandwerbung und Splitscreens stellen hier die Ausnahme zur Regel dar.
- 13 Aus diesem Grund konnten die Zeitungen z.B. im Jahr 2000 besonders von der Übernahmeschlacht um Mannesmann profitieren.
- 14 Die Frage nach dem Wettbewerb zwischen Presse und elektronischen Medien war bereits in den 1960er Jahren Gegenstand der Michel- und der Günther-Kommission. Beide Kommissionen stuften den intermediären Wettbewerb im Vergleich zum intramediären als gering ein (vgl. Brummund/Schwindt 1982, 162f).
- 15 Netto-Werbeeinnahmen bedeutet: Mengen- und Malrabatte sind abgezogen, Produktionskosten werden nicht berücksichtigt, vor Skonti.
- 16 Legt man die Zahlen der OMG (Organisation der Media-Agenturen im Gesamtverband Kommunikationsagenturen) 2002 zugrunde, liegt der Anteil über alle Zeitungen bei 35 %, der BDZV gibt für Ostdeutsche Zeitungen im Jahr 2000 50% an.

- 17 Anzeigenkooperationen, als ein Weg mit mehreren Zeitungen eine bessere Verhandlungsposition zu erreichen, steuern im Westdeutschland seit Jahren gleich bleibend gut 5 Prozent zum Anzeigen-erlös bei, in Ostdeutschland ist diese Form der Werbevermarktung mit unter einem Prozent Anteil bedeutungslos. Im Radio und im lokalen Fernsehen, Medien mit ebenfalls jeweils begrenzten geographischen Verbreitungsgebieten, spielen so genannten Werbekombis (geographisch- oder zielgruppenorientiert) eine ungleich größere Rolle. Insbesondere bei der Akquise von überregionaler Werbung als Ergänzung zur selber vermarkteten lokalen Werbung haben sich solche Vermarktungsgemeinschaften aber bewährt.
- 18 Darüber hinaus wird es zunehmend attraktiver, kleinste Segmente zu kombinieren, deren Bündelung zum Paket der individuelle Rezipient zunehmend selbst übernimmt (Simeon/Zerdick 2003, 209).
- 19 Die Daten entstammen aus der freiwilligen Erhebung der ZMG bzw. der Mitgliederbefragung des BDZV. Für den einzelnen Verlag besteht keinerlei Verpflichtung an den Erhebungen teilzunehmen, wodurch die Ausschöpfungsquote von Jahr zu Jahr eher unsystematisch schwankt. Gleichwohl darf man annehmen, dass in den Erhebungen Zeitungen mit geringen Auflagen unterrepräsentiert sind, da sich eine systematische und differenzierte Protokollierung des eigenen Anzeigengeschäftes angesichts der geringen Umsätze schwer rechtfertigen ließe.
- 20 Nur für diesen Zeitraum liegen Daten sowohl für Umsatz als auch für Umfang der Anzeigen in konsistenter Form vor.
- 21 Exakte Angaben zu den Erlösen aus den Rubrikenmärkten liegen nicht vor. Der Schätzung liegen eigenen Berechnungen auf Basis von ZAW Angaben zu Nettowerbeeinnahmen und BDZV Angaben zur Erlösstruktur von Abonnementzeitungen zugrunde.
- 22 Erhoben vom Zentralverband des Deutschen Kfz-Gewerbes (ZDK)
- 23 Erhoben vom Ring Deutscher Makler (RDM)
- 24 vgl. Endnote 21 und (Breyer-Mayländer 2004, 40f). Mit dem Jahr 2000 als Ausgangspunkt der Berechnung, ergäbe sich sogar ein gefährdeter Erlösanteil von 27 Prozent.
- 25 Inwieweit der Vergleich von Zeitungsseiten in Zeiten von flexiblen Layout- und Content- Management Systemen noch das richtige Messinstrument darstellt, soll an dieser Stelle unberücksichtigt bleiben.
- 26 Zum Vergleich: Das Werbevolumen für die Zeitungen ist im gleichen Zeitraum nur um 50 % gewachsen.
- 27 Die KEK verwendet ein anderes Verfahren bei der Zuordnung der Marktanteile als es Röper für Zeitungen anwendet: Marktanteile werden nicht durchgerechnet, sondern ab 50 Prozent Beteiligung voll, darunter gar nicht angerechnet.
- 28 Die Radio Marketing Service (RMS) vermarktet die Werbung für den größten Teil der privatkommerziellen Sender, ARD Sales & Service (AS&S) für die Öffentlich-Rechtlichen und einige wenige Private-Kommerzielle.
- 29 Sowohl e-Paper als Broadcastmedium z.B. via DVB-H kombiniert mit individuelle Freischaltcodes ist denkbar (push), als auch der individuelle Versand über Datennetze wie beim webbasierten VideoOn-Demand (pull) ist denkbar.
- 30 Nahe liegend wäre in einem ersten Schritt auch, dass z.B. auch Fernsehanbieter ein erweitertes Teletextangebot über diesen Kanal verteilen. Langfristig wäre das e-Paper als Darstellungsform des neuen Universalmediums Internet denkbar, in dem sich jegliche medialen Inhalte abbilden lassen, aber anders als heute eben auch mit einer Funktionalität wie man sie heute von gedruckten Zeitungen her kennt. Die Zeitungsverlage wären damit um ihre funktionale Nische beraubt und nur noch eine Gruppe von Content-Anbietern unter vielen. Gerade die „Abwärtskompatibilität“ in der Nutzung macht eine vergleichsweise schnelle Adaption der Technik e-Paper bei den Rezipienten wahrscheinlich: Die neue Technik kann mit gewohnten Nutzungsmustern kombiniert werden.
- 31 Der sprichwörtliche Hasenzüchterverein aus den Lokalnachrichten informiert inzwischen über seine eigenen Webseiten, der regionale Netzbetreiber bietet auf seinem Portal lokale Nachrichten und das Rathaus stellt die Ergebnissen der letzten Ratssitzung online.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1342

16. September 2004

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 -**

Verband Deutscher Lokalzeitungen

Die Bundesregierung beabsichtigt, im Rahmen des geplanten Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) auch die Spezialregelungen für die Kontrolle von Fusionen bei Presseunternehmen zu ändern.

Der Verband Deutscher Lokalzeitungen e.V. sieht die geplanten Änderungen des GWB kritisch, soweit diese die Presse betreffen und über die beschränkte Zulassung von Kooperationen hinausgehen.

Die geplante Lockerung der Pressefusionskontrolle stellt eine große Gefahr für die Meinungsvielfalt in Deutschland dar und ist darüber hinaus offensichtlich verfassungswidrig. Entgegen der Ansicht ihrer Befürworter nützen die Änderungen nicht den kleinen und mittleren Verlagen, sondern ausschließlich Großverlagen (die diese deshalb auch überwiegend befürworten).

Im Einzelnen:

I. Allgemeine Lage**1. Ökonomische Lage auf dem Zeitungsmarkt.**

Wie die Bundesregierung in ihrem Gesetzentwurf zutreffend ausführt, sind die Werbeeinnahmen auch der Lokalpresse seit 2000 erheblich gesunken. Dies ist einerseits auf strukturelle Veränderungen zurückzuführen. Insbesondere die Abwanderung ganzer Anzeigenbereiche von der Tagespresse zum Internet liegt darin begründet, dass Anzeigen im Internet bei vergleichsweise wenig Aufwand für den Werbenden eine potentiell große Kundenanzahl erreicht, die räumlich nicht beschränkt ist.

Der Rückgang der Werbeeinnahmen beruht zu großen Teilen auf der allgemein schlechten Konjunktur, die auf den Werbemarkt unmittelbar durchschlägt.

2. Kartellamtspraxis.

Der Verband Deutscher Lokalzeitungen e.V. begrüßt ausdrücklich die Bemühungen des Kartellamtes, die Meinungsvielfalt in Deutschland nach dem Sinn und Zweck des bestehenden Pressekartellrechts zu erhalten. Dazu gehört auch der zweimal zu Recht untersagte Erwerb des Berliner Verlags (mit *Berliner Zeitung* und *Ber-*

liner Kurier) durch die Verlagsgruppe von Holtzbrinck, zu der bereits der Tagesspiegel gehört.

3. Pressegrosso.

Der Verband Deutscher Lokalzeitungen e.V. hält den Erhalt eines neutralen Pressevertriebs für die Pressevielfalt im Einzelhandel für unerlässlich.

Allerdings teilt der Verband nicht die Ansicht des Bundesverbandes Pressegrosso, dass eine Beteiligung von Verlagen an Grosso-Unternehmen generell unzulässig sein soll. Für ein Grosso-Unternehmen mit einer solchen Beteiligung ist nicht automatisch zu vermuten, es sei nicht in der Lage oder wohlmöglich nicht bemüht, das Neutralitätsgebot des Pressegrosso zu wahren. Seit über zehn Jahren bestehen insbesondere in Ostdeutschland Verlagsbeteiligungen an zahlreichen Grosso-Unternehmen, ohne dass dadurch das Neutralitätsgebot des jeweiligen Unternehmens beeinträchtigt worden wäre. Eine entsprechende Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit der Verlage, sich an Grosso-Unternehmen zu beteiligen, ist nicht geboten. Erst recht ist nicht nachvollziehbar, in welcher Weise beispielsweise die Beteiligung eines Verlagsunternehmens aus Norddeutschland an einem Grosso-Unternehmen in Süddeutschland die Neutralität tangieren könnte.

Der Verband Deutscher Lokalzeitungen e.V. sieht auch keine Notwendigkeit, die Direktbelieferung von Einzelhändlern durch Verlage am Pressegrosso vorbei gesetzlich zu verbieten. Die Entscheidung über den Vertriebsweg eines Produkts ebenso wie dessen Inhalt unterfallen dem Geltungsbereich der in Art. 5 GG garantierten Pressefreiheit und liegen somit ausschließlich im Ermessen des jeweiligen Verlages. Dies hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich klargestellt, indem es den Geltungsbereich der Pressefreiheit von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachrichten und Meinungen definierte. Danach genießt auch der Vertrieb von Presse- und Verlagsprodukten den besonderen Grundrechtsschutz des Art. 5 GG. Die Einschränkung bzw. das Verbot der Direktbelieferung von Einzelhändlern durch die Verlage würde einen erheblichen Eingriff

in das Grundrecht der Pressefreiheit darstellen, der zur Erhaltung der Pressefreiheit auch nicht erforderlich wäre.

II. Zu den geplanten Änderungen im GWB im Einzelnen

1. Anzeigenkooperationen.

Der Verband Deutscher Lokalzeitungen e.V. stimmt der geplanten Zulassung von Anzeigenkooperationen im Großen und Ganzen zu. Der Verband hält Anzeigenkooperationen grundsätzlich für den „Königsweg“, um die Presse gegenüber dem Internet für Werbekunden wieder wettbewerbsfähiger zu machen. Der von der Bundesregierung vorgeschlagene § 31 GWB ist deshalb ein geeignetes Mittel, der bedrohlichen Entwicklung bei den Werbeeinnahmen der Verlage Einhalt zu gebieten und die wirtschaftlichen Probleme der Presseunternehmen an der Wurzel zu lösen, anstatt bloß auf die Symptome zu reagieren – wie dies bei der geplanten Aufweichung der Pressefusionskontrolle der Fall wäre.

Zur Erhaltung der Pressevielfalt ist es allerdings geboten, gemeinsame Anzeigenangebote benachbarter Verlage nur regional beschränkt zuzulassen. Nationale oder - von Stadtstaaten abgesehen - länderübergreifende Anzeigenkooperationen von Großverlagen sollten zur Vermeidung einer faktischen marktbeherrschenden Stellung unzulässig bleiben.

2. Marktbeherrschende Stellungen (§ 36 Abs. 1a und 1b).

Der Verband Deutscher Lokalzeitungen e.V. lehnt die vorgeschlagene Erleichterung von Fusionen von Zeitungsunternehmen grundsätzlich ab, soweit durch die geplanten Abs. 1a und 1b des § 36 GWB nunmehr marktbeherrschende Stellungen im Pressebereich über eine Grenze von ca. 50 Millionen Euro Jahresumsatz hinaus erlaubt werden sollen.

- a) Die Neuregelung erfolgt lediglich zur Bedienung der wirtschaftlichen Interessen einiger weniger Großverlage. Soweit die Begründung des Entwurfs auf die schlechte wirtschaftliche Lage der Presseunternehmen **i n s g e s a m t** abstellt, ist ein Zusammenhang mit der Neuregelung nicht ersichtlich.

Denn gerade Presseunternehmen, denen die Neuregelung wegen ihrer (angeblich) schlechten wirtschaftlichen Lage zugute kommen soll, lehnen die Neuregelung ab. Dies trifft unter anderem auf die *Frankfurter Allgemeine Zeitung* zu, die in den vergangenen Jahren am meisten unter Einbrüchen im Anzeigengeschäft zu leiden hatte wie kaum eine andere Zeitung, die eine Lockerung des Pressefusionsrechts jedoch ablehnt.

Hingegen wird die Neuregelung ausgerechnet von den größten Pressekonzernen befürwortet, deren wirtschaftliche Probleme – sofern überhaupt existent – überschaubar waren. Insbesondere der Holtzbrinck-, der Springer- sowie der WAZ-Konzern, die allesamt wirtschaftlich gesund sind, befürworten eine drastische Erleichterung von Pressefusionen. Deren Beweggründe haben jedoch mit der Krise in der Presse-landschaft nichts zu tun.

Vielmehr drängt sich der Verdacht auf, dass die Aufweichung des Pressefusionsrechts auf den Einzelfall Holtzbrinck in Berlin zugeschnitten ist. Es mag verständlich sein, dass sich eine Verlagsgruppe über

ihre schlechte Vertragsgestaltung ärgert, mit der sie das Kartellrisiko auf sich genommen hat, obwohl sie den Kaufpreis an Gruner + Jahr zahlen musste. Auch der angeblich dauerhafte Verkauf des *Tagesspiegels* überzeugte das Kartellamt nicht. Dass deswegen jedoch der Gesetzgeber tätig werden müsste, ist nicht nachvollziehbar, zumal die Existenz der Verlagsgruppe Holtzbrinck nicht im Entferntesten gefährdet ist und sich außerdem der Bauer Verlag bereit erklärt hatte, den angeblich strukturell unrentablen *Tagesspiegel* zu kaufen.

- b) Die bisherige Rechtslage trägt den besonderen Vorgaben Rechnung, die sich aus der grundgesetzlich garantierten Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) ergeben. Diese garantiert der Presse nicht nur Rechte, sondern bürdet dem Staat auch ein objektives Pflichtenprogramm auf, dessen Mindestanforderungen er einzuhalten hat.

Diese Mindestanforderungen wurden durch das Bundesverfassungsgericht wie folgt konkretisiert:

„Der Funktion der freien Presse im demokratischen Staat entspricht ihre Rechtsstellung nach der Verfassung. Das Grundgesetz gewährleistet in Art. 5 die Pressefreiheit. Wird damit zunächst – entsprechend der systematischen Stellung der Bestimmung und ihrem traditionellen Verständnis – ein subjektives Grundrecht für die im Pressewesen tätigen Personen und Unternehmen gewährt, das seinen Trägern Freiheit gegenüber staatlichem Zwang verbürgt und ihnen in gewissen Zusammenhängen eine bevorzugte Rechtsstellung sichert, so hat die Bestimmung zugleich auch eine objektiv-rechtliche Seite. Sie garantiert das Institut ‚Freie Presse‘. Der Staat ist – unabhängig von subjektiven Berechtigungen Einzelner – verpflichtet, in seiner Rechtsordnung überall, wo der Geltungsbereich einer Norm die Presse berührt, dem Postulat ihrer Freiheit Rechnung zu tragen. Freie Gründung von Presseorganen, freier Zugang zu den Presseberufen, Auskunftspflichten der öffentlichen Behörden sind prinzipielle Folgerungen daraus; doch ließe sich etwa auch an eine Pflicht des Staates denken, Gefahren abzuwehren, die einem freien Pressewesen aus der Bildung von Meinungsmonopolen erwachsen könnten.“

(vgl. BVerfGE 20, S. 162, 175 f. – Spiegel; Hervorhebungen durch den Verfasser).

Dabei ist zu berücksichtigen, dass bereits erfolgte Fusionen nicht mehr reversibel sind, wenn sich die Gefährlichkeit des geplanten neuen Pressefusionsrechts in der Praxis erwiesen haben wird. Ist die wertvolle Vielfalt im deutschen Pressewesen erst einmal zerstört, wird sie sich nicht wiederherstellen lassen. Im Hinblick auf Konzentrationstendenzen (im Kontext der Rundfunkfreiheit) hat das Bundesverfassungsgericht dazu festgestellt:

„Die Kontrolle bedarf daher eines eindeutigeren, auf erhebliche und damit klar erkennbare und belegbare Mängel konzentrierten Maßstabs. Ein solcher kann nur ein Grundstandard gleichgewichtiger Vielfalt sein. Dieser verpflichtet nicht zur Herstellung einer arithmetischen Gleichheit von Meinungsrichtungen, etwa durch rechtlich

verordnete Kompensationen, und verlangt bei einzelnen Ungleichgewichtigkeiten von geringer Bedeutung noch kein Einschreiten; er umfasst aber nach wie vor die wesentlichen Voraussetzungen von Meinungsvielfalt, die gegen konkrete und ernsthafte Gefährdungen zu schützen sind: die Möglichkeit für alle Meinungsrichtungen – auch diejenigen von Minderheiten –, im privaten Rundfunk zum Ausdruck zu gelangen, und den Ausschluss einseitigen, in hohem Maße ungleichgewichtigen Einflusses einzelner Veranstalter oder Programme auf die Bildung der öffentlichen Meinung, namentlich die Verhinderung des Entstehens vorherrschender Meinungsmacht. Werden diese Anforderungen nicht eingehalten, so ist in jedem Falle die Grenze eines Verstoßes gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG überschritten. Aufgabe des Gesetzgebers ist es, die strikte Durchsetzung dieses Grundstandards durch materielle, organisatorische und Verfahrensregelungen sicherzustellen (vgl. BVerfGE 57, 295 [320]). Insbesondere obliegt es ihm, Tendenzen zur Konzentration rechtzeitig und so wirksam wie möglich entgegenzutreten, zumal Fehlentwicklungen gerade insoweit schwer rückgängig zu machen sind (BVerfGE a.a.O., S. 323).“

(vgl. BVerfGE 73, 118, 159 f.; Hervorhebungen durch den Verfasser)

Diesen Grundstandards trägt die geplante Neuregelung keine Rechnung. Sie steht ihnen sogar diametral entgegen.

- c) Dass sich die politische Ausrichtung eines Blattes nach derjenigen des Inhabers richtet, lässt sich auch durch ein „Altverlegermodell“, wie es der neue § 36 GWB vorsieht, nicht verhindern. So hat beispielsweise Rupert Murdoch 1981 die *Times* in London sowie 1993 die *New York Post* erworben und beiden Blättern eine Kehrtwende in eine neue, konservative Richtung verpasst. Es ist schwer vorstellbar, dass ein Altverlegermodell an dieser Ausrichtung etwas geändert hätte.

Selbstverständlich ist nichts daran auszusetzen, dass sich die politische Ausrichtung eines einzelnen Blattes nach der seines Eigentümers richtet. Gerade im Falle Murdoch wird jedoch deutlich, wie problematisch eine unzureichende Fusionskontrolle im Pressewesen ist. Beispielsweise wurde der Schwenk des britischen Premierministers Tony Blair, die geplante europäische Verfassung doch noch durch ein Referendum bestätigen zu lassen, übereinstimmend auf die Meinungsmacht von Rupert Murdoch in Großbritannien zurückgeführt. Murdoch ist bekanntlich extrem europakritisch eingestellt und besitzt in Großbritannien über die News Corporation – neben einer Vielzahl von Fernsehsendern – u. a. die *Sun* und die *Times*.

Die Auswirkungen sind in Italien, wo sogar der Ministerpräsident selbst einen Großteil der Presse sowie inzwischen alle großen Fernsehsender kontrolliert, noch offensichtlicher.

Bereits jetzt ist die Pressekonzentration in Deutschland weit fortgeschritten. In den neuen Bundesländern befanden sich 1997 – nach der Privatisierung durch die Treuhand – 85% der Presse in den Händen

von 10 westdeutschen Großverlagen. In den neuen Bundesländern sind Ein-Zeitungskreise die Regel (vgl. *Schneider*, Die Wende auf dem Medienmarkt, HPM 2002, S. 217, 221 ff.; Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode, Ausschuss für Kultur und Medien, Öffentliche Anhörung zum Thema „Perspektive der Printmedien im Hinblick auf die Vielfalt und Pressefreiheit unter den Aspekten von Pressekonzentration und –vertrieb“ am 9. April 2003, Protokoll 15/10, S. 4 f., 13).

Die geplante Neuregelung nützt nicht – wie behauptet – den Kleinverlagen, die ohnehin jetzt schon fusionieren können. Sie nützt ausschließlich Großverlagen, welche die Neuregelung auch vehement befürworten. Die Meinungsvielfalt in Deutschland würde aber dadurch empfindlich eingeschränkt werden.

- d) Der Referentenentwurf mit Stand 29. April 2004 sieht für § 36 Abs. 1a GWB – mit redaktionellen Änderungen gegenüber dem früheren Entwurf von Dezember 2003 – nach wie vor ein Altverlegermodell vor, das jedoch zur Wahrung der Vielfalt in der Presselandschaft untauglich ist.

Das Modell verlässt sich nach dem geplanten neuen Abs. 1a darauf, dass eine Minderheitsbeteiligung von mindestens 25% an dem übernommenen Unternehmen die Meinungsvielfalt insgesamt nicht zugunsten des Erwerbers einschränken werde. Dazu werden weitere Anforderungen wie der Behalt des Titelrechts und die Einräumung von Vetorechten für meinungsbezogene Entscheidungen aufgestellt.

Der geplante Abs. 1b schränkt dies dadurch weiter ein, dass der Zusammenschluss für die langfristige Sicherung erforderlich sein müsse.

Schon der Grundansatz dieses Modells ist in dreifacher Hinsicht falsch:

(1) Bei Vorliegen der o. g. Voraussetzungen ergibt sich als Rechtsfolge des geplanten Abs. 1a, dass der Zusammenschluss „nicht zu untersagen“ sei. Damit wird die Fusion von Presseunternehmen gegenüber den Unternehmen sonstiger Branchen sogar **n o c h e r l e i c h t e r t**. Eine marktbeherrschende Stellung eines Presseunternehmens wird durch eine gesetzliche Fiktion stets erlaubt, während marktbeherrschende Stellungen in anderen Branchen unter den Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB verboten wären.

Diese Neuregelung dürfte nach dem oben Gesagten verfassungswidrig sein. Während das Bundesverfassungsgericht vom Gesetzgeber des Kartellrechts im Hinblick auf die Konzentration von Medienunternehmen **h ö h e r e** Anforderungen fordert als bei „normalen“ Branchen, würde die Neuregelung für Medienunternehmen sogar **n i e d r i g e r e** Anforderungen aufstellen. Dies ist mit der vom Bundesverfassungsgericht geforderten höheren Sorgfalt des Gesetzgebers im Hinblick auf die sensible Meinungsvielfalt nicht vereinbar. Daran ändern auch die Anforderungen der neuen Abs. 1a und 1b nichts.

Diese Ansicht hat der Verband Deutscher Lokalzeitungen e.V. bereits seit längerem vertreten. Sie wird inzwischen in der juristischen Fachliteratur geteilt (vgl. zuletzt *Geerlings*, „Pressefusionskontrolle contra Pressefreiheit“, in: AfP 2004, S. 329 ff.).

(2) Grundfehler des Redaktionsmodells ist ferner die Annahme, dass die inhaltliche Ausrichtung einer Zeitung (also ihre vorherrschende Meinung) von den Beteiligungsverhältnissen am Verlagsunternehmen unabhängig sei, soweit einem Minderheitsgesellschafter bestimmte Mindestrechte zugestanden werden.

Diese Auffassung ist weltfremd. Wenn ein Mehrheitsgesellschafter seine Meinung in seinem Blatt durchsetzen will, ändern daran die Titelrechte oder die Besetzung eines Chefredakteurs wenig. Jedem Redakteur ist stets bewusst, wem „seine“ Zeitung tatsächlich gehört. Jeder Redakteur hat eine entsprechende „Schere im Kopf“, ob er will oder nicht. Im Konfliktfall kann der Mehrheitsgesellschafter zudem ausreichende „Druckmittel“ einsetzen, um den Minderheitsgesellschafter davon abzuhalten, seine ihm nach dem Entwurf zustehenden Rechte wirklich geltend zu machen.

(3) Soweit der geplante Abs. 1b diese Erleichterung durch eine vorgebliche „Erforderlichkeit“ weiter einschränkt, ist dies irreführend, denn die Erforderlichkeit wird bereits dadurch „vermutet“, wenn die Anzeigenerlöse in drei aufeinander folgenden Jahren rückläufig sind. Dies dürfte bei der ganz überwiegenden Mehrzahl der deutschen Zeitungen in den letzten Jahren der Fall gewesen sein. Diese scheinbare Einschränkung ist daher praktisch bedeutungslos und ein Freibrief für weitere Zusammenschlüsse.

- e) Bemerkenswert ist schließlich, dass es den Parteien selbst überlassen bleiben soll, die Kontrolle darüber auszuüben, dass die Meinungsvielfalt erhalten bleibt. Nur so ist Abs. 1a Satz 4 zu verstehen, wonach „zivilrechtliche Ansprüche“ die Altverlegerrechte abzuschern haben.

Die Meinungsvielfalt ist jedoch ein objektives Gut, an dem die Allgemeinheit ein Interesse hat und die durch das Kartellrecht zu sichern ist. Wie die Beteiligten einer

Pressefusion, die diesem Gut prinzipiell zuwiderläuft und es gerade einschränkt, dieses Gut zivilrechtlich schützen sollen, ist nicht nachvollziehbar.

3. Anhebung der Bagatellgrenzen für die Fusionskontrolle.

Der Verband Deutscher Lokalzeitungen e.V. kann mit einer moderaten Anhebung der Bagatellgrenzen prinzipiell leben.

III. Zusammenfassung

- a) Der Verband Deutscher Lokalzeitungen e.V. hält die geplante Zulassung marktbeherrschender Stellungen bei Presseunternehmen über eine Grenze von ca. 50 Millionen Euro Jahresumsatz hinaus für falsch (oben II. 2.). Sie wäre auch verfassungswidrig. Da bereits erfolgte Fusionen jedoch auch dann praktisch nicht rückgängig zu machen sein werden, wenn das Bundesverfassungsgericht die Neuregelung für verfassungswidrig erklären sollte, ist schon das Inkrafttreten der geplanten Neuregelung im Interesse der Erhaltung einer lebendigen Demokratie nicht akzeptabel.

Der Verband Deutscher Lokalzeitungen e.V. empfiehlt daher dringend, die geplanten Änderungen des § 36 GWB aus dem Gesetzentwurf vollständig zu streichen.

- b) Soweit der Gesetzentwurf in § 31 Anzeigenkooperationen zulässt, sollten diese regional beschränkt werden (oben II. 1.).

Berlin, den 15. September 2004

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1343

16. September 2004

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung in Berlin am 20. September 2004 zum

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

Frankfurter Allgemeine Zeitung FAZ

Aus Sicht der Frankfurter Allgemeine Zeitung GmbH (F.A.Z.) kann - und sollte - es bei dem heutigen Pressefusionsrecht bleiben (das sich bewährt hat).

Zur Not lassen sich gewisse - bescheidene - Modifikationen vertreten (Bagatell-Klausel und Aufgreifkriterien), wie sie im Regierungsentwurf vorgesehen sind.

Wenn Ordnungspolitik ihren Namen zu Recht verdient, gehört ein Kartellrecht, das die Märkte weitreichend offenhält, zu ihren wesentlichen Elementen (und Voraussetzungen) - im Bereich der Presse mehr noch als sonst.

1. Vorbemerkungen

Die deutschen Zeitungen kennen seit vielen Jahrzehnten - fast - nur die Sonnenseite und sind deshalb kaum gewohnt, mit schwierigen Entwicklungen umzugehen - das ist der Hintergrund der Forderungen nach einem neuen Pressefusionsrecht.

Die gegenwärtige Situation ist auf strukturelle und konjunkturelle Gründe zurückzuführen; in welchem Umfang das eine oder das andere zutrifft, wird sich erst nach einer Veränderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zeigen.

Im Übrigen haben andere Branchen ihre Strukturprobleme (auch) alleine lösen müssen.

2. Sog. Altverleger-Regelung (§ 36)

Der Regierungsentwurf zu § 36 läuft darauf hinaus, die maßgeblichen Fusions-Hürden für die Zeitungsbranche aufzugeben - damit würde eine Vorzugsbehandlung gegenüber allen anderen Branchen geschaffen, also ein Sonderkartellrecht oder Nicht-Kartellrecht für Zeitungen; das kann nicht angehen.

Kein Unternehmen und keine Branche schätzen das Kartellrecht; alle würden es am liebsten beseitigt sehen.

- 2.1.** Die Sog. Altverlegerklausel (§ 36 Abs. 1a und Abs. 1b des Regierungsentwurfs) führt ihren Namen zu Unrecht; denn in Wirklichkeit geht es gar nicht um den "Altverleger", sondern um einen "Neuverleger"

oder "Fremdverleger", der sich "als Dritter" an der erworbenen Zeitung (mit-)beteiligen soll. In Rede steht also ein "Adoptiv-Verleger".

Man kann sich leicht vorstellen, was ein solches "Modell" bedeuten und welche Folgen es in der Praxis haben würde (Stichwort: Strohmann).

- 2.2.** Das ist unabhängig von dem neuen Absatz 1 b) des § 36, der die Zulässigkeit der Sanierungsfusion zeitlich vorverlegen will, was Sinn machen kann; denn die Sanierung sollte vernünftigerweise keinen Insolvenzantrag voraussetzen, sondern einen solchen Antrag vermeiden helfen.

Allerdings dürfte es - entgegen dem Regierungsentwurf - nicht auf die "erwerbende Zeitung", sondern nur auf die "erworbene Zeitung" ankommen. Wenn die erwerbende Zeitung trotz ihrer Schwierigkeiten ("Schieflage") eine andere Zeitung erwerben kann (und will), muß sie auch und zuvor in der Lage sein und angehalten werden, sich selbst zu sanieren.

- 2.3.** Die weitere, als Einschränkung formulierte Klausel von § 36 Absatz 1 a) Buchstabe b) hilft nicht weiter: einmal wegen der Formulierungen "zeitlich eng aufeinander folgend" und "räumlich benachbarte Märkte", was zu wenig präzise ist und deshalb zu Streit führen muß. Noch wichtiger: letztere Einschränkung ist von vorneherein keine Einschränkung, wenn jeweils ein "Zwischenraum" gelassen oder gewahrt wird, ggf. in Abstimmung mit einem Wettbewerber, der in die (Markt-)Lücke springen und eine "Gegenleistung" bei anderen "Lücken" erwarten wird, die ihm bei - seinen - Fusionsvorhaben helfen.

3. Kooperationen/Kooperationsvereinbarungen (§ 31)

Der Regierungsentwurf beschränkt sich auf die Freigabe von reinen Anzeigenkooperationen; den weitergehenden Vorstellungen mancher (großer) Zeitungsverlage wird nicht Rechnung getragen. Das ist richtig und gut so.

Doch die vorgesehene - schrankenlose - Zulässigkeit von Anzeigenkombinationen führt im Extremfall dazu, daß eine Anzeigenkombination von Flensburg bis Garmisch-Partenkirchen geschmiedet wird. Jedenfalls könnten die "Großen" in der einen oder anderen Form den Anzeigenmarkt aufteilen, zu Lasten der mittleren oder kleineren Lokalzeitungen, die dann nicht mithalten können und somit für eine - vorgezogene - Sanierungsfusion im Sinne des § 36 des Referentenentwurfs "reifgemacht" werden.

Wenn überhaupt, dürfen Anzeigenkombinationen nicht ohne jedes "Wenn und Aber" freigegeben werden: Grenzen bzw. Grenzziehungen sind unverzichtbar, wenn der "Anzeigen-Markt" funktionieren und die kleinen und mittleren Zeitungen eine Chance haben sollen, zu überleben. Etwaige Erleichterungen müßten also auf kleinauflagige Zeitungen beschränkt bleiben.

4. Ersatzmodelle / Hilfsunternehmen

Gelegentlich ist - als Kompromißlösung - davon die Rede, auf die sog. Altverlegerregelung zu verzichten und statt dessen größere Kooperationsmöglichkeiten zu eröffnen (jenseits des Anzeigenbereichs).

Das könnte allenfalls ein Weg sein, wenn er (nur) für den Mittelstand zur Verfügung stehen soll.

Es wäre aber nicht hinnehmbar, die Kooperationsmöglichkeiten / -modelle so auszugestalten, daß sie letztlich "die Dinge auf den Kopf stellen", d. h. dazu führen, alles das (und noch mehr) zu ermöglichen, als mit der Altverleger-Regelung bezweckt werden soll.

Insbesondere kann es nicht angehen, flächendeckende "Hilfs-unternehmen" als Gemeinschaftsunternehmen zuzulassen und dann auf diesem Umweg zu den gewünschten weiträumigen (Fusions-)Zielen zu kommen, - ganz abgesehen davon, daß die (Verlags-)Hilfsunternehmen als Gemeinschaftsunternehmen letztlich auf eine Trennung von Redaktion und Verlag hinauslaufen, was nicht vertretbar ist.

Frankfurt am Main, den 15. September 2004

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1328

7. September 2004

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 -**

Dr. Hermann Balle, Straubinger Tagblatt

Grundsätzlich bin ich der Meinung, dass sich die Pressefusionskontrolle, wie sie im Jahre 1976 beschlossen worden ist, bewährt hat. Diese Pressefusionskontrolle hat sicherlich dazu beigetragen, dass wir in der Bundesrepublik Deutschland bis heute eine vielfältige Presselandschaft vorfinden, was allein dadurch zum Ausdruck kommt, dass immerhin noch 350 selbstständige Verlage zirka 1.500 Zeitungstitel täglich herausgeben.

Da jedoch in den vergangenen 30 Jahren generell der allgemeine Finanzrahmen bei Presseunternehmen entsprechend der inflationären Umsatzentwicklung und der Prosperität der deutschen Wirtschaft in dem genannten Zeitraum insgesamt sich entsprechend verändert hat, ist es sicherlich angebracht, die bestehenden Aufgreifschwelle für Fusionen von Presseunternehmen angemessen zu ändern. In diesem Zusammenhang ist eine Aufgreifschwelle, die bei 75 Millionen Euro, unter Umständen sogar bei 100 Millionen Euro liegt, durchaus vorstellbar. Als ebenso unproblematisch würde ich die Einführung einer Bagatellklausel in § 35 Abs. 2 Nr. 1 mit einem Schwellenwert im Bereich von 2,5 Millionen bis 5 Millionen Euro Umsatz ansehen.

Des weiteren wäre es zu begrüßen, wenn Kooperationen zwischen benachbarten Verlagen in einem moderaten Rahmen ermöglicht würden, damit Synergieeffekte ausgeschöpft und somit wirtschaftliche Stabilität für den jeweils eigenständigen Verlag gefördert werden könnte.

Entschieden abzulehnen ist hingegen die in § 36 Abs. 1 vorgesehene zusätzliche Option für Zeitungsverlage, mit-

tels des Altverlegers oder eines unabhängigen Dritten die eigenständige redaktionelle Einheit von übernommenen Zeitungen zu erhalten. Diese Regelung ist unrealistisch, in der Praxis nicht durchsetzbar und öffnet letztlich Strohmännchen Tür und Tor.

Um die Vielfalt der Presselandschaft in der Bundesrepublik Deutschland zu erhalten; bedarf es weiterhin einer großen Zahl mittelständischer Zeitungsverlage, die von Verlegern geführt werden, die nicht nur die Gewinnmaximierung im Auge haben, sondern auch im Sinne des Artikels 5 unseres Grundgesetzes ihrer öffentlichen Aufgabe und ihrer publizistischen Verantwortung gerecht werden. Dies ist bei vielen kleineren und mittleren Heimat- bzw. Regionalzeitungen der Fall, und gerade in solchen Verlagen zeigt sich, dass wirtschaftliche Verantwortung und publizistische Verantwortung unteilbar sind und in eine Hand gehören. Gerade kleinere und mittlere Zeitungsverlage sehen ihre Zeitungen als Kulturgut in ihrer jeweiligen Region und tragen so in aller Regel dazu bei, dass die Identifikation zwischen Zeitung, ihren Lesern und ihrer Region gefördert wird. Die identitätsstiftende Rolle einer Zeitung für ihre Region wird in der Regel durch eigentümergeführte Zeitungsverlage am augenscheinlichsten zum Ausdruck gebracht.

Der Erhalt möglichst vieler selbstständiger wirtschaftlicher Einheiten ist somit meiner Meinung nach für die Zukunft der Zeitungsbranche unverzichtbar.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1355

16. September 2004

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 -**

Axel Springer Verlag

A. Anlaß und Zielsetzung der Novellierung

Am 1. Mai 2004 ist die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln (im folgenden: EG-Kartellverordnung) in Kraft getreten. Die EG-Kartellverordnung zwingt den deutschen Gesetzgeber, das nationale Kartellrecht im Kernbereich der horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen dem europäischen Kartellrecht anzugleichen.

Gemäß Art. 3 der Verordnung dürfen die nationalen Gesetzgeber Unternehmensabsprachen mit zwischenstaatlichen Wirkungen nur noch nach Art. 81 EGV beurteilen. Die nationalen Vorschriften wie z.B. § 1 GWB dürfen zwar formal weiterhin auf diese Absprachen angewendet werden, aber nur noch im Gleichklang mit dem europäischen Kartellrecht. Bei der Novellierung des GWB blieb dem Gesetzgeber daher nur ein Gestaltungsspielraum bei gesetzlichen Regelungen für rein nationale Kartelle ohne zwischenstaatlichen Bezug. Die Bundesregierung nahm die Neuregelung auf europäischer Ebene zum Anlaß, die europarechtliche Regelung zum Kartellverbot für die Beurteilung grundsätzlich aller wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen – mit oder ohne zwischenstaatlichen Bezug – zu übernehmen.

Im Zuge der notwendigen Anpassung an das europäische Kartellrecht sollen auch andere Bereiche des Kartellrechts novelliert werden. Die Vorschriften über den Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen werden geringfügig geändert. Weiterreichende Änderungen sind im Kartellverfahrensrecht und Fusionskontrollverfahrensrecht geplant. Schließlich sieht der Regierungsentwurf spezielle Regelungen für Kooperationen und Zusammenschlüsse von Presseunternehmen vor. Diese werden nachfolgend unter B. im einzelnen erläutert.

Die Gesetzgebungskompetenz für die Novellierung des Kartellrechts liegt beim Bund. Der Regierungsentwurf wurde am 28. Mai 2004 dem Bundesrat zur Stellung-

nahme übersandt. Dieser hat am 9. Juli 2004 zu dem Gesetzesentwurf Stellung genommen. Am 20. September 2004 führt der Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit des Bundestages eine öffentliche Anhörung zu dem Gesetzesentwurf durch.

B. Eckpunkte der Novellierung**I. Kartellverbot**

1. Das Recht der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen wird nach den Vorgaben der EG-Kartellverordnung grundlegend neu gestaltet. Mit der am 1. Mai 2004 in Kraft getretenen EG-Kartellverordnung wurde die bislang bestehende grundsätzliche Anmelde- und Genehmigungspflicht für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen in ein **System der Legalausnahme** überführt. Sämtliche Unternehmensabsprachen, die ein zwischenstaatlichen Bezug aufweisen und somit in den Geltungsbereich des europäischen Kartellrechts fallen, geltend somit automatisch als vom Kartellverbot freigestellt, wenn sie die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV erfüllen. Da das deutsche Kartellrecht keine andere Beurteilung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen mit zwischenstaatlichem Bezug vorsehen darf, hatte der Gesetzgeber nur die Wahl, in diesem Bereich entweder auf nationales Recht vollständig zu verzichten oder es dem EG-Recht vollständig anzupassen. Die Bundesregierung entschied sich für die letztgenannte Lösung. In Hinblick auf die zwischenstaatlichen Sachverhalte erschöpft sich daher die Regelung des GWB der Sache nach in der Leerformel, daß sich aus dem deutschen Recht nichts anderes ergibt als aus dem europäischen Recht.
2. Bei der Beurteilung von Vereinbarungen ohne zwischenstaatlichen Bezug hatte der Gesetzgeber weiterhin volle Gestaltungsfreiheit. Er entschied sich dafür, auch für solche Vereinbarungen das europäische Recht weitestgehend zu übernehmen. Dadurch wer-

den unterschiedliche materielle Regelungen für Vereinbarungen mit bzw. ohne zwischenstaatlichen Bezug vermieden.

3. Dem in der EG-Kartellverordnung angelegten System der Legalausnahme entsprechend stellt der RegE Kartellabsprachen vom Verbot des § 1 GWB frei, soweit sie die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV erfüllen (§ 2 Abs. 1 Reg-E). Die kasuistisch ausgestalteten Freistellungstatbestände der bisherigen §§ 2 bis 7 GWB werden – mit einigen Ausnahmen – aufgehoben.
4. § 2 Abs. 2 Reg-E sieht vor, daß die **Gruppenfreistellungsverordnungen** (GVO) des europäischen Kartellrechts entsprechend anwendbar sind. Im Bereich oberhalb der Zwischenstaatlichkeit einer Vereinbarung ergibt sich dies bereits aus der direkten Anwendbarkeit der Verordnungen in Deutschland. Zukünftig gelten die GVO jedoch auch für Vereinbarungen unterhalb der Zwischenstaatlichkeit, da der Gesetzgeber insoweit keine materiell-rechtlichen Unterschiede bei der Beurteilung von Vereinbarungen mit oder ohne zwischenstaatlichen Bezug schaffen wollte. Dies wird auch dadurch bekräftigt, daß der Grundsatz der europafreundlichen Auslegung ausdrücklich im Gesetzesentwurf normiert wird. § 23 RegE sieht vor, daß bei der Auslegung und Anwendung der Kartellvorschriften des GWB die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts zu berücksichtigen sind.
5. Im Zuge der Angleichung des Kartellverbots an Art. 81 Abs. 1 EGV wird nunmehr auch im deutschen Recht das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen auf **vertikale Wettbewerbsbeschränkungen** erstreckt. So erfaßt das Verbot des § 1 GWB zukünftig auch vertikale Beschränkungen wie z.B. das Festsetzen von An- oder Verkaufspreisen, Ausschließlichkeitsbindungen oder territoriale Beschränkungen eines Abnehmers. Nach bisherigem deutschen Recht unterliegen vertikale Wettbewerbsbeschränkungen nur einer Mißbrauchsaufsicht (mit Ausnahme des Preis- und Konditionenbindungsverbots des bisherigen § 14). Vertikalvereinbarungen sind somit zukünftig im wesentlichen nach der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (Vertikal-GVO) zu beurteilen. Folge dieser Anpassung des deutschen Rechts an die europarechtliche Beurteilung von Vertikalvereinbarungen ist die Aufhebung der bisherigen §§ 14 bis 18 GWB.
6. Die Vorschrift über Preisbindungen bei Zeitungen und Zeitschriften (bisher § 15 GWB) bleibt jedoch weiterhin bestehen und wird in den Fünften Abschnitt über Sonderregelungen für bestimmte Wirtschaftsbe-reiche verschoben.

II. Mißbrauchsaufsicht

1. Da die EG-Kartellverordnung für den Bereich der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen keinen unbedingten Vorrang gegenüber den nationalen Kartellrechtsvorschriften normiert, können die nationalen Gesetzgeber abweichende Vorschriften zur Mißbrauchsaufsicht beibehalten. Die Bundesregierung hat von dieser Möglichkeit Gebrauch ge-

macht und die im Vergleich zu Art. 82 EGV deutlich detaillierteren Vorschriften der §§ 19 ff. GWB im wesentlichen unverändert gelassen.

Ein Grund hierfür liegt in der wesentlich genaueren Regelung der Zugangsrechte in netzgebundenen Sektoren, wie sie § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB vorsieht. Diese Regelung konkretisiert die allgemeine „essential facility doctrine“ nach Art. 82 EG.

Das deutsche Recht geht auch insoweit über das europäische Recht zur Mißbrauchsaufsicht marktbeherrschender Unternehmen hinaus, als abhängige kleine und mittlere Unternehmen gem. § 20 GWB besonderen Schutz genießen. Diese Vorschrift erfüllt nach Ansicht der Bundesregierung eine wichtige wettbewerbs- und mittelstandspolitische Funktion. Die Bundesregierung sah die Gefahr, daß eine Anpassung des deutschen Rechts an Art. 82 EG für diese Unternehmen zu einem erheblichen Verlust an Wettbewerbsschutz gegenüber mißbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen geführt hätte.

2. Im Rahmen der Novellierung stellt der Gesetzgeber nunmehr ausdrücklich klar, daß der räumlich relevante Markt im Sinne von § 19 GWB – wie er auch der fusionskontrollrechtlichen Beurteilung zugrunde liegt – weiter sein kann als der Geltungsbereich des Gesetzes. Dadurch wird bei der Prüfung der Marktbeherrschung eines Unternehmens nicht auf den gesetzlich relevanten Markt, sondern auf den ökonomisch relevanten Markt abgestellt. Dieser Markt kann weiter sein als der Geltungsbereich des GWB.

III. Fusionskontrolle

1. Das Recht der Fusionskontrolle wird durch die Novellierung in verfahrensrechtlicher Sicht geändert. Eine wesentliche Änderung ist die Einschränkung der Möglichkeiten des Drittrechtsschutzes gegen förmliche Fusionskontrollentscheidungen des Bundeskartellamtes und des Ministers für Wirtschaft und Arbeit. Nach Einführung des Drittrechtsschutzes durch die 6. GWB-Novelle sieht der Gesetzgeber dringenden Änderungsbedarf. Nach Auffassung der Bundesregierung habe die Praxis der vergangenen Jahre gezeigt, daß Drittklagen gegen Fusionsfreigaben zu einem Investitionshemmnis mit erheblichen nachteiligen Folgen für den Standort Deutschland führen könnten. Denn wenn Fusionsentscheidungen bis zum Abschluß einer gerichtlichen Überprüfung ausgesetzt werden müßten, könnte dadurch in vielen Fällen die Verwirklichung der Fusion insgesamt verhindert werden. Dies gelte insbesondere für die weitgehende Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gegen Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamtes und im Ministererlaubnisverfahren
2. Nach dem Gesetzesentwurf ist die Beschwerde eines Dritten gegen eine Verfügung des Bundeskartellamtes gem. § 40 Abs. 2 (Freigabe oder Untersagung eines Zusammenschlusses) oder gegen eine Erlaubnis nach § 42 Abs. 1 (Ministererlaubnis) auf Erlaß einer Anordnung, mit der die aufschiebende Wirkung der Beschwerde angeordnet wird, nur zulässig, wenn dieser geltend macht, durch die Verfügung oder Erlaubnis „in seinen Rechten“ verletzt zu sein. Es reicht nicht mehr – wie nach aktueller Rechtslage – aus, daß das Unternehmen in seinen „wettbewerblichen Interes-

sen“ berührt ist. § 65 Abs. 3 GWB wird zu diesem Zweck um folgenden Satz ergänzt:

„Hat ein Dritter Beschwerde gegen eine Verfügung nach § 40 Abs. 2 oder eine Erlaubnis nach § 42 Abs. 1 eingelegt, ist der Antrag des Dritten auf Erlass einer Anordnung nach Satz 3 nur zulässig, wenn dieser geltend macht, durch die Verfügung oder Erlaubnis in seinen Rechten verletzt zu sein.“

Die sofortige Vollziehung einer Freigabeentscheidungen können drittbetroffene Unternehmen somit nur noch verhindern, wenn sie darlegen können, daß sie durch die Freigabeentscheidung in ihren Rechten verletzt sind. Die Voraussetzungen für den Drittschutz werden somit den Rechtsschutzanforderungen des allgemeinen Verwaltungsprozeßrechtes (§ 42 Abs. 2 VwGO) angeglichen.

Für Hauptsacheverfahren, d.h. Klagen gegen Entscheidungen des Bundeskartellamtes und des Ministers, bleibt es dagegen bei den bisherigen Anforderungen an die Beschwerdebefugnis, wonach bereits ausreicht, daß das Unternehmen in seinen „wettbewerblichen Interessen“ berührt ist.

3. Im Ergebnis wird dadurch die gerichtliche Überprüfbarkeit von Freigabeentscheidungen im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes erheblich erschwert. Drittbetroffene Unternehmen sind in der Regel auf das Hauptsacheverfahren verwiesen, das jedoch mangels aufschiebender Wirkung den Vollzug des Zusammenschlusses nicht verhindern kann.

IV. Befugnisse der Kartellbehörden

Auch im Hinblick auf das Kartellverfahrensrecht besteht nach Inkrafttreten der EG-Kartellverordnung Reformbedarf. Nach den Vorgaben der EG-Kartellverordnung sollen die Europäische Kommission und die nationalen Kartellbehörden zukünftig in einem „Netzwerk“ zusammenarbeiten und gemeinsam effektiver gegen wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen vorgehen. Dies erfordert eine Anpassung verschiedener Verfahrensvorschriften im GWB. Geändert wurden z.B. die Vorschriften über die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch mit ausländischen Kartell- und Regulierungsbehörden.

V. Sanktionen

Eine weitere wesentliche Änderung betrifft die Sanktionen bei Verstößen gegen das Kartellrecht.

1. Bisher dienten Bußgelder im Kartellrecht allein der Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils. Zukünftig können Bußgelder – wie bereits heute auch schon im europäischen Recht – als reine Ahnungsmaßnahme mit ausschließlichem Sanktionscharakter verhängt werden.
2. Darüber hinaus soll die Abschreckungswirkung von Bußgeldern bei Kartellverstößen verstärkt werden. Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß die Abschaffung des bisherigen Anmelde- und Genehmigungssystems für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zu keinem Verlust an Wettbewerbsschutz führen soll. Daher wird der Bußgeldrahmen für Kartellrechtsverstöße spürbar ausgeweitet. So wird z.B. der Regelbußgeldrahmen für schwerwiegende Verstöße von 500.000 € auf zukünftig 1 Mio. € erhöht.

3. Der Gesetzesentwurf verfolgt darüber hinaus das Ziel, die private Durchsetzung des Kartellrechts zu intensivieren. Mit der Ausweitung zivilrechtlicher Sanktionen will der Gesetzesentwurf die Verminderung der behördlichen Kontrolldichte aufgrund des Systems der Legalausnahme ausgleichen. Der Unterlassungsanspruch sowie die Schadenersatz- und Gewinnabführungspflicht bei Kartellverstößen wird neu und ausführlich geregelt. Die neuen §§ 34 und 34a sehen gegenüber dem bisherigen Recht wesentlich erweiterte Vorteilsabschöpfungen durch die Kartellbehörde und durch Verbände und Einrichtungen vor. Künftig ist jeder, der gegen das Kartellverbot oder das Verbot des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung verstößt, dem „Betroffenen“ zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Es kommt also nicht mehr – wie bisher – darauf an, ob die verletzte Norm dem Schutz eines anderen Marktteilnehmers bezweckt. Betroffen und damit schadenersatzberechtigt ist jeder, der als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt wird (§ 33 Abs. 1 Satz 3 Reg-E). Dadurch wird die Schadenersatzpflicht eine größere praktische Bedeutung als bisher erlangen.

VI. Pressespezifische Regelungen

Neben den allgemeinen kartellrechtlichen Änderungen enthält der Regierungsentwurf geänderte Bestimmungen für Presseunternehmen. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen diese dazu dienen, daß auch unter den veränderten wirtschaftlichen Bedingungen der Presseunternehmen trotz der entstandenen Konkurrenz neuer Medien die noch sehr vielfältige deutsche Presselandschaft erhalten bleibt.

Der Gesetzgeber verweist zur Begründung der pressspezifischen Regelungen auf die wirtschaftlich angespannte Situation der Verlage und auf die grundlegenden strukturellen Veränderungen auf den Zeitungsmärkten (schrumpfende Leserzahlen, rückläufige Anzeigen, sinkende Werbeeinnahmen). Der Anzeigenrückgang stelle kein spezifisches Problem kleiner und mittlerer Verlage dar, da besonders die auflagenstarken Verlage in den letzten Jahren von den rückläufigen Anzeigengeschäft betroffen waren. Die strukturellen Veränderungen auf den Zeitungsmärkten lösten einen erhöhten Konzentrationsdruck bei den Zeitungsverlagen aus. Für die Verlage sei es deshalb vordringlich, Rückgänge im Anzeigengeschäft durch Ausweitung des Vertriebsgeschäftes zu kompensieren und auf einer verbreiterten wirtschaftlichen Basis das Überleben der Unternehmen zu sichern.

Die Novellierung enthält drei pressspezifische Neuregelungen. Zum einen sollen die Kooperationsmöglichkeiten der Verlage im Anzeigenbereich erleichtert werden (hierzu unten 1.). Darüber hinaus sollen die Aufgreifschwelle der Fusionskontrolle angehoben sowie die Anwendbarkeit der Bagatellklausel auch auf Zusammenschlüsse im Pressebereich erklärt werden (hierzu unten 2.). Schließlich soll eine materiellrechtliche Regelung geschaffen werden, die Zusammenschlüsse von Zeitungsverlagen trotz Marktbeherrschung unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht (hierzu unten 3.).

Die Vorschläge zu den Sonderregeln für Presseunternehmen waren von Anfang an politisch und rechtlich höchst umstritten und sind Gegenstand anhaltender Diskussionen. So hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 09.07.2004 die vorgeschlagenen Änderungen des Pressekartellrechts vollumfänglich abgelehnt. Vor allem die Umsetzung der vorgeschlagenen Neuregelung für erleichterte Kooperationsmöglichkeiten und Zusammenschlüsse von Verlagen ist daher ungewiß.

1. Erweiterung der Kooperationsmöglichkeiten

§ 31 Reg-E erweitert die Kooperationsmöglichkeiten von Zeitungsverlagen im Anzeigengeschäft. Er lautet:

„§ 1 gilt nicht für Vereinbarungen von Unternehmen, die jeweils Zeitungen oder deren Bestandteile verlegen, herstellen oder vertreiben, über eine Zusammenarbeit im Anzeigenbereich. Auf Zusammenschlüsse zum Zwecke der in Satz 1 genannten Zusammenarbeit finden die Vorschriften des Siebenten Abschnitts im Hinblick auf die betroffenen Anzeigenmärkte keine Anwendung. Die §§ 19 und 20 bleiben unberührt.“

Mit dieser Regelung soll für den besonders erlösträchtigen Bereich des Anzeigengeschäfts den Zeitungsverlagen eine verlagswirtschaftliche Kooperation mit Wettbewerbern erlaubt werden. Die Selbständigkeit der beteiligten Verlage im redaktionellen Bereich bleibt dadurch unberührt. Hervorzuheben ist, daß diese Kooperationserleichterungen nur für Vereinbarungen ohne zwischenstaatlichen Bezug gelten. Kooperationen, die Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel haben, unterliegen den strengeren Vorgaben des Art. 81 des EG-Vertrages bzw. des neuen § 2 GWB.

Satz 2 des § 31 Reg-E nimmt Zusammenschlüsse von der Fusionskontrolle aus, soweit diese dazu dienen, die geplante Anzeigenkooperation durchzuführen. Dadurch soll den Verlagen die Wahl überlassen werden, in welcher Rechtsform sie ihre Zusammenarbeit organisieren. Die Fusionskontrolle ist jedoch nur im Hinblick auf die davon betroffenen Anzeigenmärkte ausgeschlossen. Sie bleibt anwendbar, wenn das Zusammenschlußvorhaben Auswirkungen auf andere Märkte hat (Gruppeneffekte, Spill-over-Effekte).

2. Erweiterung kontrollfreier Zusammenschlüsse

Der Gesetzesentwurf sieht darüber hinaus eine Neuregelung in § 38 Abs. 3 GWB vor, wonach der prespezifische Umsatzberechnungsfaktor auf das Zehnfache – was eine Aufgreifschwelle von 50 Mio. € entspricht – halbiert wird. Dadurch werden Zusammenschlüsse von Presseunternehmen bis zu einer Aufgreifschwelle von 50 Mio. € ohne fusionskontrollrechtliche Prüfung möglich. Diese Schwellenwertänderung kommt vor allem kleineren und mittleren Verlagen zugute. Mit ihr soll dem Problem begegnet werden, daß nach der Verwaltungspraxis des BKartA mit seiner engen Marktdefinition im Pressebereich häufig marktbeherrschende Stellungen in regionalen oder sachlich kleinen Märkten vorkommen und danach selbst Zusammenschlüsse kleiner Verlage die Untersagungsvoraussetzungen der Fusionskontrolle erfüllen.

Eine weitere Regelung, mit der die Spielräume für fusionskontrollfreie Zusammenschlüsse im Pressebereich erweitert werden soll, ist die Einführung einer Bagatellschwelle auch für Fusionen im Pressebereich. Die Anschlußklausel des § 35 Abs. 2 Nr. 1 GWB wird zukünftig auch für Zusammenschlüsse von Presseunternehmen bis zu einer Schwelle von 2 Mio. € anwendbar sein.

3. Erleichterung von Fusionsmöglichkeiten

Die materiell-rechtliche Zusammenschlußkontrolle in § 36 GWB soll nach dem aktuellen Regierungsentwurf um eine besondere Ausnahmeregelung für Zeitungsverlage erweitert werden. Der neu eingefügte Absatz 1a des § 36 GWB soll es Zeitungsverlagen ermöglichen, sich trotz der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zusammenzuschließen, soweit im Rahmen des Zusammenschlusses die publizistische Vielfalt erhalten bleibt.

In § 36 sollen nach Abs. 1 folgende Absätze 1a und 1b eingefügt werden:

„(1a) Ein Zusammenschluß von Unternehmen, die jeweils Zeitungen oder deren Bestandteile verlegen, herstellen oder vertreiben, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist abweichend von Absatz 1 nicht zu untersagen, wenn Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass die erworbene Zeitung langfristig neben der erwerbenden mit ihren redaktionellen Ausgaben als eigenständige redaktionelle Einheit erhalten bleibt. Dies wird vermutet, wenn

- 1. der Veräußerer oder ein Dritter, auf die der Erwerber weder durch Anteilsbesitz oder Stimmrechte noch aufgrund sonstiger Verbindungen einen wettbewerblich erheblichen Einfluß ausüben kann, an dem erworbenen Unternehmen mit mehr als 25 Prozent des Kapitals und der Stimmrechte beteiligt ist,*
- 2. dem Veräußerer oder dem Dritten das Titelrecht für die erworbene Zeitung gehört und*
- 3. dem Veräußerer oder dem Dritten ein Mitbestimmungs- oder Vetorecht für Entscheidungen zusteht, die für die Erhaltung der erworbenen Zeitung neben der erwerbenden mit ihren redaktionellen Ausgaben als eigenständige redaktionelle Einheit wesentlich sind; dazu zählen insbesondere Entscheidungen über*

a) die Änderung der redaktionellen Grundhaltung der erworbenen Zeitung,

b) die Bestellung oder Abberufung von Mitgliedern der Chefredaktion der erworbenen Zeitung und

c) die Einstellung der erworbenen oder der erwerbenden Zeitung oder ihrer redaktionellen Ausgaben.

Die Einhaltung der nach Satz 1 erforderlichen Vorkehrungen ist durch eine für die beteiligten Unternehmen jederzeit durchsetzbare Vereinbarung zu gewährleisten. Der Abschluß und die Aufrechterhaltung der Vereinbarung ist durch Bedingungen oder Auflagen nach § 40 Abs. 3 Satz 1 abzusichern. Im Falle des Satzes 2 Nr. 3 Buchstabe c gilt dies

auch für die Einhaltung der Vorkehrungen. Erfolgt der Zusammenschluß durch eine sonstige Verbindung nach § 37 Abs. 1 Nr. 4, steht dem Erwerber im Sinne des Satzes 1 gleich, wer einen wettbewerblich erheblichen Einfluß auf das andere Unternehmen ausüben kann.

(1b) Absatz 1 a ist nicht anzuwenden, wenn

1. der Zusammenschluß für die langfristige Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der erworbenen oder erwerbenden Zeitung mit ihren redaktionellen Ausgaben als eigenständige redaktionelle Einheit nicht erforderlich ist; die Erforderlichkeit wird vermutet, wenn in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren vor Anmeldung des Zusammenschlusses die der erworbenen oder erwerbenden Zeitung zuzurechnenden Anzeigen- und Beilagerlöse pro Monatsstück jeweils rückläufig waren oder erheblich unter dem Durchschnitt vergleichbarer Zeitungen lagen oder

2. die wiederholte, zeitlich eng aufeinander folgende Anwendung des Absatzes 1a zur Begründung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen derselben Unternehmen auf räumlich benachbarten Märkten führt.“

Zusammenschlüsse von Zeitungsunternehmen sollen danach auch dann fusionskontrollrechtlich zulässig sein, wenn die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB vorliegen, soweit die Verlage Vorkehrung treffen, daß die erworbene Zeitung als eigenständige redaktionelle Einheit neben der der Erwerbengesellschaft erhalten bleibt. Diese Regelung soll es den Verlagen ermöglichen, verlagswirtschaftliche Synergien aus Zusammenschlüssen zu nutzen und dadurch ihre wirtschaftliche Basis zu verbreitern. Sie ergänzt die Regelung in § 31 Reg-E zur Erleichterung von Kooperationen unter Zeitungsunternehmen.

In Satz 2 des § 36 Abs. 1 a Reg-E sind Zusammenschlussformen aufgeführt, die eine widerlegbare Vermutung für die Zulässigkeit nach Satz 1 enthält. Die eigenständigen redaktionellen Einheiten der beteiligten Zeitungen sollen danach dadurch abgesichert werden, daß der Veräußerer (Altverleger) oder ein unabhängiger Dritter mehr als 25 % der Kapital- und Stimmrechte hält, die Titelrechte besitzt und Mitbestimmungs- und Vetorechte für Entscheidungen hat, die für die Erhaltung der erworbenen Zeitung als eigenständige redaktionelle Einheit wesentlich sind. Zu solchen Entscheidungen sollen sowohl die Änderung der redaktionellen Grundhaltung der erworbenen Zeitung, die Bestellung bzw. Abberufung der Mitglieder der Chefredaktionen sowie die Einstellung der beteiligten Zeitungen und ihrer redaktionellen Ausgaben gehören.

Die Privilegierung des § 36 Abs. 1a soll nur dann in Anspruch genommen werden dürfen, wenn die beteiligten Verlage nachweisen können, daß sie sich in einer wirtschaftlich schwierigen Lage befinden und aus dieser nur durch den geplanten Zusammenschluß herauskommen. Wirtschaftliche Schwierigkeiten sind dann zu vermuten, wenn in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren vor Anmeldung des Zusammenschlusses die Anzeigen- und Beilagerlöse der erworbenen oder erwerbenden Zeitung rückläufig waren oder erheblich unter dem Durchschnitt ver-

gleichbarer Zeitungen lagen. Die Anforderungen an diesen Nachweis sind somit deutlich geringer als im Falle einer Sanierungsfusion.

Außerdem ist vorgesehen, die Ausnahmeregelung nicht auf wiederholte, zeitlich eng aufeinander folgende Zusammenschlüsse anzuwenden. Dadurch soll – so heißt es wörtlich in der Begründung zum Regierungsentwurf – die Bildung von Regionalzeitungsketten durch einen Zeitungsverlag ausgeschlossen werden.

C. Stellungnahme der Axel Springer AG

Die umfangreiche Novellierung des deutschen Kartellrechts wird sich auf die Geschäftstätigkeit und das marktstrategische Verhalten der Axel Springer AG auswirken. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die allgemeinen kartellrechtlichen als auch auf die pressespezifischen Neuregelungen.

Im folgenden sollen die oben unter B. näher beschriebenen Neuregelungen einer Bewertung aus Sicht der Axel Springer AG unterzogen werden. Dabei bleiben die verfahrensrechtlichen Neuregelungen des Gesetzesentwurfs wie z.B. zu den Befugnissen der Kartellbehörden oder über die verschärften Sanktionen unberücksichtigt. Auch die nahezu unverändert gebliebenen Vorschriften über die Mißbrauchsaufsicht bedürfen keiner näheren Stellungnahme.

Zunächst ist die grundsätzliche Ausrichtung der Novelle im Bereich des allgemeinen Kartellrechts kurz zu würdigen (hierzu unten I.). Anschließend wird zu der geplanten Einschränkung des Drittrechtsschutzes gegen Entscheidungen der Kartellbehörde und im Ministererlaubnisverfahren Stellung genommen (hierzu unten II.). Schließlich wird die Position der Axel Springer AG zu den Neuregelungen für Presseunternehmen dargestellt (hierzu unten III.).

I. Konsequente Umsetzung europarechtlicher Vorgaben im Bereich horizontaler und vertikaler Vereinbarungen zu begrüßen

In seiner generellen Ausrichtung überzeugt der Gesetzesentwurf durch eine konsequente Erfüllung der Vorgaben der EG-Kartellverordnung. Die Bundesregierung verfolgt erkennbar das Ziel, einen Gleichklang zwischen dem europäischen und dem deutschen Kartellrecht herzustellen. Die Axel Springer AG begrüßt diese Umsetzung aus folgenden Gründen:

1. Zukünftig werden wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen nach den materiellen Vorgaben des Art. 81 EG und unter dem verfahrensrechtlichen System der Legalausnahme unabhängig davon beurteilt, ob sie einen zwischenstaatlichen Bezug aufweisen oder nicht. Vor dem Hintergrund des in seiner Rechtsanwendungspraxis recht konturenlosen Begriffes der „Zwischenstaatlichkeit“ wäre eine unterschiedliche kartellrechtliche Beurteilung von Vereinbarungen mit bzw. ohne zwischenstaatlichen Bezug nicht sachgerecht.
2. Hinzu kommt, daß sich die Anwendung des geltenden deutschen Kartellrechts in vielen Bereichen bereits dem europarechtlichen Verständnis angenähert hat. Dies gilt z.B. für das Recht vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen, in dem schon heute die Mitteilungen und Verordnungen der Kommission über

die Anwendung des Art. 81 Abs. 3 EG auf bestimmte Formen vertikaler Vereinbarungen für die Auslegung des deutschen Rechts herangezogen werden. Die nunmehr unmittelbar durch das deutsche Recht für entsprechend anwendbar erklärten Gruppenfreistellungsverordnungen werden in diesem Bereich zu einer weiteren Rechtssicherheit führen.

3. Die Einführung des Prinzips der Legalausnahme wird die Unternehmen von der Pflicht zur Anmeldung wettbewerbsrelevanter Vereinbarungen bei der Europäischen Kommission oder beim Bundeskartellamt entlasten und damit Transaktionskosten senken.
4. Zwar geht mit dieser Entbürokratisierung eine größere Selbstverantwortung der Unternehmen für die Beurteilung wettbewerbsrelevanter Vereinbarungen einher, da es in dem System der Legalausnahme keine konstitutiv wirkenden Freistellungsentscheidungen der Kartellbehörden mehr gibt. Dem unternehmerischen Bedürfnis nach Rechtssicherheit entspricht der Regierungsentwurf jedoch durch die in § 32c Reg-E vorgesehene Möglichkeit, mit der Kartellbehörde informell abzuklären, ob eine Vereinbarung als freistellungsfähig angesehen werden kann. Nach der gesetzlichen Regelung wird die Kartellbehörde auf Antrag eines Unternehmens ggf. feststellen, daß für sie „kein Anlaß besteht, tätig zu werden“. Unternehmen werden von dieser Möglichkeit der informellen Vorabprache mit der Kartellbehörde vor allem vor dem Hintergrund der verschärften Sanktionen bei Verstößen gegen das Kartellrecht häufig Gebrauch machen. Wünschenswert wäre insoweit eine gesetzliche Klarstellung, daß die Kartellbehörde in ihrer Entscheidung nach § 32c Reg-E die Unternehmen davon in Kenntnis setzen muß, aus welchen Gründen sie keinen Anlaß zum Tätigwerden sieht. Weiterhin sollte eine klare gesetzliche Regelung darüber getroffen werden, ob Entscheidungen gem. § 32c GWB von Dritten gerichtlich angefochten werden können.

II. Einschränkung des vorläufigen Drittrechtsschutzes in der Fusionskontrolle abzulehnen

Kritisch zu beurteilen ist die Absicht der Bundesregierung, den Drittrechtsschutz in der Fusionskontrolle einzuschränken.

1. Auf den ersten Blick handelt es sich bei der Ergänzung des § 65 Abs. 3 GWB um eine geringfügige Änderung. Denn sie betrifft „nur“ den einstweiligen Rechtsschutz. Zukünftig sollen Wettbewerber, die gegen eine der vorgenannten Entscheidungen Beschwerde einlegen wollen und – was gesondert zu beantragen ist – die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde durchsetzen möchten, die Verletzung „in ihren Rechten“ geltend machen müssen und nicht – wie bisher im vorläufigen Rechtsschutz sowie weiterhin im Hauptsacheverfahren – die bloße Berührung „wettbewerbllicher Interessen“. Begründet wird diese Änderungsabsicht damit, daß „unnötige Blockaden“ von Freigabeentscheidungen durch die Beantragung einstweiligen Rechtsschutzes vermieden werden sollen. De facto geht es allerdings darum, die Freigabe eines Zusammenschlusses als solchem durchzusetzen. Aus Sicht der von einer Fusionsfreigabe betroffenen Wettbewerber ist mit dieser geplanten Gesetzesänderung daher eine erhebliche Einschränkung ihres Rechtsschutzes verbunden.

2. Geboren wurde die Idee einer Verkürzung des den Wettbewerbern zustehenden Rechtsschutzes im Anschluß an das E.ON/Ruhrgas-Verfahren, in dem das angerufene OLG Düsseldorf diversen Anträgen auf einstweiligen Rechtsschutz stattgegeben und damit ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der erteilten Ministererlaubnis zum Ausdruck gebracht hatte. Die Gesetzesänderung scheint daher nicht – wie es offiziell in der Begründung zum RegE heißt – durch die Sorge um den Standort Deutschland motiviert, sondern eher durch die Verärgerung über die im Fusionsverfahren E.ON/Ruhrgas zahlreich gestellten und erfolgreichen Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz.

Weder das E.ON/Ruhrgas-Verfahren noch andere Gerichtsentscheidungen im vorläufigen Rechtsschutz geben jedoch Anlaß für eine Einschränkung des Drittrechtsschutzes. Da an dem Vollzug rechtswidriger Freigabeentscheidungen kein öffentliches Interesse bestehen kann, lag den Anträgen im Verfahren E.ON/Ruhrgas – genauso wie in den übrigen gerichtlichen Verfahren, in denen vorläufiger Rechtsschutz gewährt wurde – auch keine „mißbräuchliche Blockademotivation“ zugrunde. Ebensowenig kann den bisher entschiedenen Fällen eine generellen Tendenz der Rechtsprechung zur Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes entnommen werden.

3. Die nach der Gesetzesänderung verlangte Geltendmachung subjektiver Rechte setzt voraus, daß solche existieren. Abgesehen von den Grundrechten kommen insofern nur die Vorschriften der Fusionskontrolle selbst in Frage. Der Bundesgerichtshof und das Kammergericht haben deren Drittschutzcharakter allerdings bisher verneint, so daß der vorläufige Rechtsschutz nach Inkrafttreten der Novelle rein theoretischer Natur wäre. Daher erscheint die Neuregelung in Hinblick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG), das nach der Rechtsprechung des BVerfG auch die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes umfaßt, verfassungsrechtlich angreifbar.

Im Falle rechtswidriger Freigabeentscheidungen durch die Kartellbehörden steht dem Vollzug des Zusammenschlußvorhabens nach der Neuregelung nicht mehr im Wege. Stellt sich nachträglich heraus, daß die Freigabe rechtswidrig war, müßte zwar eine Entflechtung vorgenommen werden. Diese wird aber in der Praxis selten möglich sein. Wie die Monopolkommission zu Recht ausgeführt hat, ist die Durchführung einer Entflechtung gegen den Willen der Zusammenschlußbeteiligten nahezu unmöglich. Zu berücksichtigen ist auch, daß die Entflechtung auch auf andere Weise als durch Wiederherstellung des früheren Zustandes beseitigt werden kann (vgl. § 41 Abs. 3 Satz 3 GWB), d.h. Diskussionen über das Ob und Wie einer Entflechtung sind Tür und Tor geöffnet. Das Ziel einer effektiven Zusammenschlußkontrolle würde ganz offenkundig konterkariert.

4. In ihren Stellungnahmen zu der Siebten GWB-Novelle lehnen auch die Monopolkommission und der Bundesrat die geplante Regelung des § 65 Abs. 3 GWB aus den vorerwähnten Gründen ab. Die Monopolkommission weist ergänzend darauf hin, daß das geltende Recht einen ausgewogenen Ausgleich zwischen dem Rechtsschutzinteresse Drittbetroffener und

dem unternehmerischen Interesse der Zusammenschlußbeteiligten vorsehe, da einstweiliger Rechtsschutz nur bei „ernstlichen Zweifeln“ an der Rechtswidrigkeit der Freigabeentscheidung gewährt werde.

5. Da die Neuregelung somit aus Sicht der von einer Freigabeentscheidung betroffenen Wettbewerber eine erhebliche Einschränkung ihres Rechtsschutzes bedeutet, sollte sie gestrichen werden.

III. Zu den Erweiterungen der Kooperations- und Zusammenschlußmöglichkeiten für Presseunternehmen

1. Notwendigkeit einer Neuregelung

Die Axel Springer AG begrüßt die Absicht der Bundesregierung, den Presseunternehmen durch erweiterte Kooperations- und Zusammenschlußmöglichkeiten der anhaltend schwierigen wettbewerblichen und wirtschaftlichen Lage der Presseunternehmen zu begegnen. Seit Jahren fordert die Axel Springer AG eine Lockerung des Kartellrechts für Presseunternehmen, die bis heute durch restriktive gesetzliche Regelungen und eine strenge Verwaltungspraxis des Bundeskartellamt an der Verbreiterung ihrer wirtschaftlichen Basis gehindert werden.

Bereits im Jahre 2001 wies der Axel Springer Verlag in einer der Bundesregierung vorgelegten Studie („Pressefusionskontrolle im Zeitalter zusammenwachsender Medienmärkte“, Berlin, Oktober 2001) darauf hin, daß deutsche Presseunternehmen im Vergleich zu ihren ausländischen Wettbewerbern einem deutlich strengeren Kartellrechtsregime unterworfen sind. Die rechtsvergleichende Studie zeigt auf, daß dies nicht – wie häufig vorgetragen – mit einer ordnungspolitischen „Großzügigkeit“ anderer Länder gegenüber ihren heimischen Presseunternehmen zu begründen ist. Die gegenüber dem deutschen Kartellrechtsregime erweiterten Kooperations- und Zusammenschlußmöglichkeiten sind schlicht Folge einer realistischeren Beurteilung der Verhältnisse auf den Pressemärkten, bei der berücksichtigt wird, daß die wettbewerbliche Beurteilung von Zusammenschlüssen im Pressebereich die Wettbewerbssituation in den Medienmärkten insgesamt in den Blick nehmen muß. So hat sich das Medienkonsumverhalten in den letzten Jahrzehnten kontinuierlich zu Lasten von Printzeugnissen geändert. Neben dem Marktzutritt neuer werbefinanzierter Hörfunk- und Fernsehprogramme erfordert v.a. die rasante Entwicklung des Internets eine Revision der kartellrechtlichen Rahmenbedingungen für Presseunternehmen, um den Zeitungsverlagen ein Überleben in einer radikal veränderten Wettbewerbssituation zu ermöglichen.

Auch die Monopolkommission hat in ihrem 36. Sondergutachten (April 2003) den Strukturwandel auf den Zeitungsmärkten unterstrichen und eine medienübergreifende Betrachtung vorgenommen. Es ist zu begrüßen, daß die Bundesregierung diese strukturellen Veränderungen zum Anlaß nimmt, den Verlagen durch erweiterte Kooperations- und Zusammenschlußvorhaben eine Verbreiterung ihrer wirtschaftlichen Grundlage zu ermöglichen.

2. Erweiterung der Kooperationsmöglichkeiten

Vor dem Hintergrund der schwierigen wettbewerblichen und wirtschaftlichen Lage der Zeitungsverlage hält die Axel Springer AG eine gesetzliche Erweiterung der Kooperationsmöglichkeiten für dringend erforderlich. Durch die Erweiterung der Kooperationsmöglichkeiten außerhalb des redaktionellen Bereichs können Zeitungsverlage in verschiedenen verlagswirtschaftlichen Bereichen erhebliche Rationalisierungsvorteile erzielen. Sowohl der Titel als auch dessen publizistische Grundhaltung bleiben von diesen Kooperationen unberührt. Es ist – im Gegenteil – gerade Ziel der verlagswirtschaftlichen Kooperationen, die wirtschaftliche Grundlage der beteiligten Zeitungsverlage zu stärken und dadurch den Erhalt der Titel und der Redaktionen zu sichern.

Die in dem RegE vorgeschlagene Regelung ist auf Kooperationen im Anzeigenbereich beschränkt. Diese Beschränkung ist aus Sicht der Axel Springer AG nicht sachgerecht. Die Ausschöpfung von Rationalisierungspotentialen ist gleichermaßen in anderen verlagswirtschaftlichen Bereichen erforderlich. Hierzu gehören die Herstellung von Zeitungen (Druckvorstufe und Druck), Abonnementszustellung, kaufmännische Verwaltung oder elektronische Datenverarbeitung. Der Anwendungsbereich des § 31 RegE sollte auf diese verlagswirtschaftlichen Bereiche ausgeweitet werden.

3. Erweiterung der Zusammenschlußmöglichkeiten

Auch die im Regierungsentwurf vorgeschlagene Erweiterung der Zusammenschlußmöglichkeiten durch eine Ergänzung des § 36 GWB wird von der Axel Springer AG im Grundsatz begrüßt. Aus unternehmerischer Sicht des Verlages bietet die vorgeschlagene Regelung eine effektive Lösung zur Erleichterung von Zusammenschlüssen in verlagswirtschaftlichen Bereichen. Dabei stellt die Erweiterung der Zusammenschlußmöglichkeiten eine sinnvolle Ergänzung zu der Erweiterung der Kooperationsmöglichkeiten dar. Durch eine parallele Neuregelung beider Regelungskomplexe wird den Zeitungsverlagen ein breites Spektrum vertraglicher oder gesellschaftsrechtlicher Formen der Zusammenarbeit eröffnet.

Die Axel Springer AG teilt die Auffassung der Bundesregierung, daß die Erweiterung der Zusammenschlußmöglichkeiten im verlagswirtschaftlichen Bereich mit effektiven Regelungen zum Schutz der redaktionellen Unabhängigkeit der beteiligten Zeitungsverlage einhergehen muß, um das Ziel des Erhalts der publizistischen Vielfalt nicht zu gefährden. Sollten die anhaltenden rechtlichen und rechtspolitischen Einwände gegen die im Reg-E vorgeschlagene Regelung – so lehnen u.a. das Bundeskartellamt und der Bundesrat die „Altverleger-Klausel“ ab – eine Revision der Regelung erfordern, wäre unter Berücksichtigung der kartellrechts-systematischen Einwände ein Alternativmodell zu entwerfen, daß gleichermaßen geeignet ist, durch erweiterte Zusammenschlußmöglichkeiten Synergieeffekte im verlagswirtschaftlichen Bereich zu nutzen.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1339

16. September 2004

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung in Berlin am 20. September 2004 zum

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

Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck

Themen:

- Ökonomische Lage auf dem Zeitungsmarkt, Wettbewerbssituation, Kartellamtspraxis, Reformbedarf, Absicherung der Vielfalt im Vertrieb
- Vorschläge der Bundesregierung für die Fusionskontrolle, verbesserte Möglichkeiten der Kooperation von Zeitungsverlagen, Fusionserleichterungen bei Erhaltung eigenständiger Redaktionen

Die Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck nimmt zu den Themen des zweiten Teils der Anhörung wie folgt Stellung.

I.**Ökonomische Situation und Marktverhältnisse auf den Zeitungsmärkten**

1. Die deutsche Zeitungslandschaft ist neben den überregional tätigen Zeitungsverlagen von einer außerordentlichen Vielzahl mittelständischer Verlage geprägt (ca. 349). Gleichwohl hat der Leser in den meisten Erscheinungsgebieten nicht die Möglichkeit, zwischen verschiedenen regionalen Zeitungen auszuwählen. Im Jahr 1995 waren über 50 % der Kreise im Bundesgebiet sog. Ein-Zeitungs-Kreise (299 von 543), im Jahr 2004 lag der Anteil bei 60%.
2. Alle Zeitungen leiden seit dem Jahr 2001 unter einem dramatischen, strukturell bedingten Rückgang der Anzeigenumsätze, vor allem bei den Rubrikanzeigen. So waren etwa im „Stellenmarkt“ in den letzten Jahren Umsatzrückgänge von bis zu 50 % zu verzeichnen. Insgesamt sanken die Werbeeinnahmen der Tageszeitungen von 6.066 Mio. Euro im Jahre 1999 auf 4.454 Mio. Euro im Jahre 2003.
3. Auf den Lesermärkten wird die Marktposition der Zeitungen heute durch den Wettbewerb der elektronischen Medien (Radio, Fernsehen, Internet) zunehmend in Frage gestellt. Die Titeltreue nimmt ab, die Mediennutzer ändern fortlaufend ihre Quellen für Information und Unterhaltung. Insbesondere verfügen heute die elektronischen Medien über ein ausgeprägtes Lokalprogramm. In dieser Situation kommt es

(neben Parallelnutzung) zu ständigen Substitutionseffekten, die sich in der fortlaufenden Verminderung der Auflagen und Vertriebs Erlöse bei den Printmedien niederschlägt. Der Aufwandschwund liegt bei deutlich über 2% p.a..

4. In diesem Wettbewerbsumfeld sind die Zeitungen zudem gezwungen, hohe Investitionen in den Aufbau von Online-Websites zu tätigen, um gegenüber Anbietern wie Ebay/Mobile.de oder der T-Online/Scout-Gruppe ansatzweise mithalten zu können.
5. Die Verlage haben zunächst versucht, dieser strukturellen und konjunkturellen Negativentwicklung durch interne Sparmaßnahmen entgegen zu wirken. Es ist zu massiven Personalkürzungen in den verlagswirtschaftlichen und redaktionellen Bereichen gekommen, die im Einzelfall auch auf Kosten der redaktionellen Qualität der einzelnen Objekte gingen: Die Reduzierung des Seitenumfanges und die Einstellung besonderer Zeitungsteile oder einzelner Titel waren unvermeidlich. Überregionale und regionale Zeitungen waren gleichermaßen betroffen. Sind nun interne Rationalisierungsmöglichkeiten einerseits ausgeschöpft, andererseits aber die notwendigen Investitionen in die Zukunft erheblich, so ist es für die Zeitungsverlage unumgänglich, durch Unternehmenszusammenschlüsse und Kooperationen externe Synergien zu erschließen.

II.**Kartellamtspraxis und Reformbedarf**

1. Das Kartellrecht und die darauf aufbauende Anwendungspraxis des Bundeskartellamtes haben dieser Entwicklung enge Grenzen gesetzt. Vor allem die vorgenommenen Marktabgrenzungen stellen sich im Pressebereich als unangemessen dar: Es werden überregionale und regionale Zeitungen unterschieden, dann Abonnements- und Kaufzeitungen, sowie Tages- und Wochenzeitungen. Innerhalb dieser bereits engen Grenzen werden schließlich jeweils für sich der Anzeigenmarkt als auch der Lesermarkt analysiert. Wollen zwei regionale Abonnement-Tageszeitungen fusionieren, sind sie infolge dieser engen

Definition sofort „marktbeherrschend“, obwohl sie sich etwa im täglichen Leben heftigem Wettbewerb durch überregionale Zeitungen und Kaufzeitungen oder anderer Medien ausgesetzt sehen, mit denen sie um Leser und Anzeigenkunden konkurrieren. Vor diesem Hintergrund wurde der Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck, die in Berlin den – notleidenden – Tagesspiegel verlegt, der Erwerb der konkurrierenden Berliner Zeitung untersagt.

2. Nach dem wettbewerbspolitischen Konzept der deutschen Pressefusionskontrolle soll durch die Verhinderung marktbeherrschender Stellungen und den Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs auch die publizistische Vielfalt gesichert werden. Die zahlenmäßige Vielfalt der deutschen Zeitungslandschaft ist aber gerade keine Vielfalt der Zeitungen in Wettbewerbsmärkten, sondern einerseits nur eine Vielfalt der regionalen Einzeitungskreis-Zeitungen, die darüber hinaus die publizistisch-redaktionelle Vielfalt auf die Nutzung eines einzigen Mantels beschränken könnten – ohne kartellrechtliche Hindernisse. Andererseits ist die Existenz vieler notleidender Zeitungen in diesen – nur theoretisch vielfaltssichernden – Wettbewerbsmärkten inzwischen akut gefährdet. Das bisherige Kartellrecht und die Kartellrechtsanwendung tragen zur Existenzsicherung dieser Zeitungen nichts bei. Marktaustrittsrisiken werden vielmehr unter Hinweis auf die wettbewerbstypischen Anpassungsprozesse in Kauf genommen. Dabei wird das Phänomen der zusammenwachsenden Mediennutzer- und Werbemärkte und der intermedialen Wettbewerb der Produkte ignoriert und ein weiterer erheblicher Verlust an Lesekultur in Deutschland billigend in Kauf genommen.
3. Notleidende Unternehmen werden nach dem geltenden Kartellrecht allenfalls im Rahmen einer sog. „Sanierungsfusion“ privilegiert. Dieses Konzept bezieht sich auf eine Ausnahmekonstellation in der Fusionskontrolle, deren Voraussetzungen sehr selten vorliegen: Wenn in einem Markt zwei Unternehmen fusionieren wollen, von denen das eine wirtschaftlich notleidend ist und ohnehin aus dem Markt austreten würde, erlauben die Kartellbehörden eine Fusion, weil die Marktanteile des notleidenden Unternehmens ohnehin auf das verbleibende Unternehmen übergehen würden. Ein Fusionsverbot könnte dies nicht verhindern und wäre daher ein übermäßiger staatlicher Eingriff. Diese Sondersituation liegt nur selten vor. Der Rechtfertigungsgrund der „Sanierungsfusion“ begünstigt einseitig die Entstehung von Monopolen in Märkten mit bisher nur zwei Wettbewerbern. Er erlaubt in der gegenwärtigen Gesetzeslage keine Erweiterung auf Fälle, in denen mehr als zwei Marktbeteiligte vorhanden sind, und damit auch keine Sicherung der Pressevielfalt in diesen Fällen.
4. Für das bisherige Kartellrecht und seine Anwendung spielt es überhaupt keine Rolle, ob nach der Fusion zweier Verlage die von ihnen verlegten Zeitungen unverändert fortgeführt werden. Die Fortsetzung des publizistischen Wettbewerbs trotz einer Beschränkung des wirtschaftlichen Wettbewerbs ist eine Kategorie, die dem Kartellrecht bisher fremd ist. Gerade hier liegt aber der auch aus wettbewerbspolitischer Sicht entscheidende Unterschied für die Beurteilung einer Zeitungsfusion. Wenn lediglich die nicht-redaktionellen Verlagsfunktionen vergemeinschaftet wer-

den und die von den beteiligten Verlagen verlegten Zeitungen als selbständige redaktionelle Einheiten erhalten bleiben, wird der Zeitungsleser von der Fusion überhaupt nichts bemerken.

Das Konzept beruht auf der tatsächlichen Erfahrung, dass eine Vollfusion publizistischer Einheiten vom Zeitungsleser regelmäßig nicht akzeptiert wird. Der Leser einer Zeitung lässt sich nicht ohne weiteres auf ein „fusioniertes“ Blatt verweisen, sondern wird eher zum „Nicht-Leser“. Die Aufrechterhaltung einzelner Zeitungstitel dient also der optimalen Ausschöpfung des Marktpotentials und entspricht der verlagswirtschaftlichen Vernunft. Die Synergieeffekte einer Verlagsfusion können nur soweit genutzt werden, wie dies die Ausschöpfung des Marktpotentials – und damit die publizistische Vielfalt – nicht beeinträchtigt. Es ermöglicht jedoch die Realisierung externer Synergien, die Zeitungsverlagen in Wettbewerbsmärkten das wirtschaftliche Überleben sichern. „Vielfalterhaltende Pressefusionen“ bewähren sich seit Jahrzehnten in vielen regionalen Zeitungsmärkten im Inland (z.B. in Hannover, Köln, Stuttgart) und im Ausland (z.B. in Wien, Kopenhagen).

5. Das deutsche Kartellrecht verschließt sich einer Entwicklung, der in anderen Kartellrechtsordnungen schon vor vielen Jahren Rechnung getragen wurde. Insbesondere in den USA existieren seit 1970 Ausnahmeregelungen zum allgemeinen Kartellrecht für Zeitungsunternehmen („Newspaper Preservation Act“). Sie beziehen sich nicht auf Zusammenschlüsse, sondern schaffen eine pressenspezifische eigene Konstruktion, in die sich Zeitungsverlage begeben können. Die Regelung ist seither vielfach zur Anwendung gekommen, zuletzt im Jahre 2001 im Fall Denver Rocky Mountains News / Denver Post.

III.

Reform der Pressefusionskontrolle

1. Vor diesem Hintergrund begrüßt die Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck die Vorschläge des Regierungsentwurfs, der nicht nur im Bereich der Fusionskontrolle, sondern auch im Bereich der Kooperationen Erleichterungen vorsieht. Die Kooperationserleichterungen im Anzeigenbereich bilden allerdings nur *ein* Element des dem Entwurf zugrunde liegenden Leitbildes zur Verbesserung der wirtschaftlichen Grundlagen der Verlage, das durch das *zweite* Element der reformierten Pressefusionskontrolle ergänzt werden muss.
2. Die Vorschläge des Regierungsentwurfs für eine Erleichterung der Kooperationen zwischen Verlagsunternehmen (§ 31 GWB) erscheinen ebenso wie die pressenspezifische Veränderung der Bagatellklausel („Anschlussklausel“) in § 35 Abs. 2 GWB (Freistellung von Fusionen mit einem Unternehmen, das Umsatzerlöse von weniger als 2 Mio. € erzielt) und die Änderung des Multiplikators in § 38 Abs. 3 GWB (10 statt 20 für den Pressebereich) weitgehend konsensfähig.
3. Umstritten ist nach wie vor die Lockerung der materiellen Pressefusionskontrolle durch eine Ergänzung des § 36 Abs. 1 GWB. Die Diskussion wird teilweise noch so geführt, als ob der Regierungsentwurf eine

völlige Freigabe von Zeitungszusammenschlüssen enthalte. Sie hat sich insbesondere auf die sog. „Altverlegerklausel“ konzentriert, obwohl diese nur als eine Möglichkeit der Absicherung des Erhalts der betroffenen Zeitung als selbstständige redaktionelle Einheit dienen sollte. Dabei ist in den Hintergrund getreten, dass ein Zusammenschluss nur privilegiert werden sollte, wenn eine der beteiligten Zeitungen notleidend und deswegen in ihrer Existenz gefährdet ist. Die Regelung ist im Laufe der Diskussion des Referentenentwurfes durch Ausnahmen und Gegenmaßnahmen sowie Vermutungen so kompliziert geworden, dass der eigentliche Zweck der Regelung verdeckt wurde. Auf diesem Hintergrund bietet es sich an, unmittelbar zum Grundansatz einer erleichterten Sanierungsfusion von Zeitungen zurückzukehren, und zwar in Anlehnung (nicht Übernahme) an das US-amerikanische Vorbild der *failing newspaper* Doktrin. Dieser Grundansatz ist insbesondere vom Zeitungsverleger-Verband (BDZV) von Anfang an mitgetragen worden. Differenzen gab es weniger in Bezug auf ihn, sondern die Details der Referenten- und Regierungsentwürfe.

4. Während der Referentenentwurf noch eine Privilegierung von Zeitungen und Zeitschriften vorsah, hat sich der Regierungsentwurf auf Zeitungen beschränkt. Die Berechtigung einer solchen Beschränkung ist inzwischen in Frage gestellt worden. Deswegen sollte erneut diskutiert werden, ob nicht auch die Zeitschriften einzubeziehen sind.
5. Die in der **Anlage** beigefügte Lösungsalternative zu § 36 Abs. 1 GWB erscheint geeignet, die unterschiedlichen Auffassungen in einer schlichten Formulierung zusammenzuführen. Er geht sachlich und in den Beweisanforderungen weniger weit als der Regierungsentwurf, übernimmt aber dessen Grundanliegen, nämlich die Sicherung der wirtschaftlichen Existenz von Zeitungen (und Zeitschriften).

Anlage

Professor Dr. Rainer Bechtold

Lösungsalternative

zur Pressefusionskontrolle nach dem Regierungsentwurf

Es wird vorgeschlagen, an Stelle der Ziffer 21 des Regierungsentwurfes zur 7. GWB-Novelle vom 26.5.2004 (§ 36 Abs. 1a und Abs. 1b), folgenden § 36 **Abs. 1a** vorzusehen:

- (1a) *Ein Zusammenschluss von Unternehmen, die jeweils Zeitungen (oder Zeitschriften) oder deren Bestandteile verlegen, herstellen oder vertreiben, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist abweichend von Abs. 1 nicht zu untersagen, wenn*
1. *sich eine der Zeitungen (oder Zeitschriften), die von einem der beteiligten Unternehmen verlegt, hergestellt oder vertrieben werden, sich nachhaltig in einer operativen Verlustsituation befindet, und*
 2. *der Zusammenschluss geeignet ist, die wirtschaftliche Situation der in Nr. 1 genannten Zei-*

tung (oder Zeitschrift) nachhaltig zu verbessern, und

3. *der Zusammenschluss geeignet ist, die in Nr. 1 genannte Zeitung (oder Zeitschrift) langfristig als eigenständige redaktionelle Einheit und dadurch die Vielfalt der Zeitungen (oder Zeitschriften) zu erhalten, die die beteiligten Unternehmen verlegen, herstellen oder vertreiben.*

Der Absatz 1b des Regierungsentwurfes entfällt ersatzlos.

In der **Gesetzesbegründung** sollte dargelegt werden, dass die Neuregelung den Zweck hat, den Zusammenschluss mit in ihrer Existenz gefährdeten Zeitungen (oder Zeitschriften) so zu erleichtern, dass Bestandsgefährdungen vermieden werden. Nach der gegenwärtigen Gesetzeslage ist die Verlustsituation eines Presseobjektes kein Rechtfertigungsgrund für eine Fusion, es sei denn, es liegen die allgemeinen Voraussetzungen der Sanierungsfusion (*failing company* Doktrin) vor. Wenn eine Zeitung (oder Zeitschrift) sich in einer nachhaltigen („zumindest bei Verlusten in drei aufeinanderfolgenden Jahren“) Verlustsituation befindet, ist sie latent von der Einstellung durch den Verleger bedroht. Das beeinträchtigt nicht nur die wirtschaftliche, sondern auch die publizistische Handlungsfreiheit. Deswegen soll, in Anlehnung (nicht Übernahme) auch an US-amerikanische Vorbilder eine besondere *failing newspaper* Doktrin greifen können. Sie bedeutet, dass eine Fusion, die an sich nach § 36 Abs. 1 GWB zu untersagen ist, ausnahmsweise erlaubt werden muss, wenn einerseits die wirtschaftliche Gefährdung feststeht und andererseits nach den Umständen davon ausgegangen werden kann, dass durch den Zusammenschluss die Gefährdung behoben wird. Die Erfahrungen in der deutschen Presselandschaft zeigen, dass Zeitungen auch dann ihr eigenes publizistisches Profil erhalten können, wenn sie zusammen mit Konkurrenzobjekten in ein und demselben Verlagshaus verlegt werden. Dann besteht zwar u.U. kein wirtschaftlicher Wettbewerb zwischen diesen Presseobjekten, wohl aber durchaus ein publizistischer Wettbewerb, der durch die Eigenständigkeit der Redaktionen gesichert wird.

Zur Vermeidung der Auslegungsschwierigkeiten, die mit dem neuen Wortlaut verbunden sein können, sollten außerdem in die Begründung folgende Erläuterungen aufgenommen werden:

Die Bestandsgefährdung der betroffenen Zeitung (oder Zeitschrift) besteht, wenn „nachhaltig“ operative Verluste mit diesem Objekt erwirtschaftet werden. Diese Voraussetzung ist jedenfalls gegeben, wenn die Verlustsituation drei Jahre andauert; maßgeblich dafür sind nicht die Kennzahlen des Verleger-Unternehmens, sondern des jeweiligen Objekts. Der Gesetzeswortlaut verwendet für die Sicherung des Erhalts der betroffenen Zeitung (oder Zeitschrift) als eigenständige redaktionelle Einheit und damit der Pressevielfalt bewusst das Kriterium der aus objektiven Umständen abzuleitenden „Eignung“ und vermeidet damit die Nennung einzelner Beispielfälle, deren praktische Relevanz unsicher ist. Die Umstände können sich aus den objektiven Marktstrukturen ergeben, insbesondere dann, wenn in der jeweiligen Struktur auch nach dem Zusammenschluss bei Anwendung des Maßstabes kaufmännisch vernünftigen Verhaltens als sicher davon ausgegangen werden kann, dass die beteiligten Zeitungen (oder Zeitschriften) als selbstständige redak-

tionelle Einheiten erhalten bleiben. Möglich ist aber auch eine gesellschaftsrechtliche Absicherung, z.B. durch entsprechend ausgestaltete Vetorechte von Minderheitsgesellschaftern, deren Aufrechterhaltung ggf. nach § 40

Abs. 3 Satz 1 GWB durch Auflagen oder Bedingungen abgesichert werden kann.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1357

17. September 2004

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung in Berlin am 20. September 2004 zum

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

Verlang M. DuMont Schauberg

Der Verlag M. DuMont Schauberg (MDS) aus Köln hält eine Reform des Pressefusionsrechts für dringend geboten. Wir sind daher für alle Bestrebungen, die den Zeitungsverlagen mehr Freiheit im wirtschaftlichen Handeln geben. Ziel dieser Bemühungen ist, dauerhaft redaktionelle Vielfalt und journalistische Qualität auch in der lokalen Fläche zu sichern. Aus diesem Grund unterstützt unser Haus die Gesetzesinitiative des Wirtschaftsministeriums, die ebenfalls durch das erweiterte Präsidium des „Bundesverbands der deutschen Zeitungsverleger“ – das höchste Beschluss fassende Gremium – einstimmig begrüßt wurde (27.01.2004). Vorher hatte sich bereits der Zeitungsverlegerverband NRW, der größte deutsche Landesverband, für die Initiative ausgesprochen.

Anlässlich der 200-Jahr-Feier von MDS im Jahr 2002 hatte der Aufsichtsratsvorsitzende Professor Alfred Neven DuMont von der Politik erweiterte wirtschaftliche Spielräume gefordert, wie sie generell in der freien Wirtschaft gelten. Der Vorstoß wurde von den anwesenden Politikern, darunter Bundeskanzler Schröder und der heutige Wirtschaftsminister Clement (damals noch NRW-Ministerpräsident), positiv aufgenommen und führte zu einer öffentlichen Debatte.

Die deutschen Tageszeitungen haben auf zwei Ebenen zu kämpfen. Zum einen haben die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen sich verschlechtert. Zum anderen müssen die Zeitungshäuser sich jedoch einem medialen Wandel sondergleichen stellen. Die Rubrikenmärkte (Pkw-, Wohnungs- und Stellenanzeigen zum Beispiel) wandern ab in das Internet und werden nicht zurückkehren. Hinzu kommen (lokale) elektronische Medien, die um den gleichen Werbemarkt wie die Zeitungen kämpfen. Auch ändern sich die Informationsgewohnheiten, was sinkende Auflagen- und Reichweitzahlen deutlich machen. Demgegenüber steigen die technischen Herstellungskosten. Folgende Zahlen aus unserem Haus illustrieren das. So sanken die Anzeigen- und Fremdbeilagenumsätze bei MDS um 26,7 Prozent von 328,6 Mio. Euro im Jahr 2000 auf 240,9 Mio. Euro im Jahr 2003.

Die Auflage des EXPRESS sank im Raum Köln/Bonn um 16,7 Prozent von 231.400 auf 192.800 Exemplare.

Die Kosten- und Sparpotentiale in den Bereichen Verlag und Technik sind weitgehend ausgeschöpft. Auch die Redaktionen wurden bundesweit einem strikten Kostenmanagement unterworfen, das selbst vor großen Namen nicht Halt machte. Gleichwohl bietet sich im journalistischen Bereich durch den verstärkten Rückgriff auf die Texte von Nachrichtenagenturen noch ein weiteres und erhebliches Sparpotential. Dies auszuschöpfen kann nicht im Interesse eines Hauses sein, das stets hohe Ansprüche mit seinen Zeitungen verband. Es sind aber wirtschaftliche Bedingungen denkbar, die einen solchen verstärkten Agentureinsatz notwendig machen. Dann aber bestünde redaktionelle Vielfalt nur noch darin, die immer gleichen Texte unter verschiedenen Zeitungstiteln zu lesen.

Wir hätten dann, wettbewerbspolitisch korrekt, etwa 340 Abonnementszeitungen mit rund 120 publizistischen Einheiten – doch ein- und denselben Nachrichten- und womöglich noch Meinungsbrei. Aus der Sicht der Pressefusionskontrolle wäre das in Ordnung. Aber sind das Zeitungen, die man täglich lesen will? Nach unserem Verständnis wird Vielfalt hier mit Vielzahl verwechselt. Redaktionelle Vielfalt aber ist nur dort möglich, wo die wirtschaftliche Basis dafür besteht, denn schlussendlich sind Zeitungen Wirtschaftsunternehmen. Eben diese Besonderheit, das Zusammenspiel von Wirtschaftlichkeit und Qualität, gilt es zu beachten. Wo taucht in den Kategoriensystemen der Wettbewerbsrechtler und Fusionsexperten denn der Qualitätsbegriff auf?

Wir illustrieren das am Beispiel der – kostspieligen und aufwendigen – Berichterstattung aus den Parlamenten in Bund und Land. Auch sie kann Agenturen wie der dpa etwa überlassen werden. Die Bundestags- und Landtagsabgeordneten selbst können am besten ermessen, was eine Einschränkung auf diesem Gebiet bedeutet. Auch hier würde wettbewerbspolitisch korrekt Vielfalt schwinden und Verödung einziehen. Wem wäre damit gedient?

Neuregelungen des Pressefusionsrechts, wie sie etwa im vorliegenden Gesetzesentwurf zum Ausdruck kommen, zwingen niemanden, Synergien zu nutzen oder gar zu fusionieren. Sie schaffen jedoch Handlungsräume, die ausgefüllt werden können, durch Anzeigenkooperationen etwa, und geben Freiheit in einer Gesellschaft, die sich anschiebt, mehr auf Verantwortung und weniger auf Detailregelung zu setzen. Ein neues Fusionsrecht, wie es sich unser Verlag und der Verband der Zeitungsverleger wünschen, gibt uns die Chance, den medialen Wandel zu gestalten und auch die Berichterstattung in der lokalen Fläche zu sichern. Im Osten Deutschlands übrigens ist in manchen Landstrichen eine solche Lokal-Berichterstattung wirtschaftlich nur noch schwer darstellbar.

Das Kölner Modell – zwei Zeitungen mit unterschiedlichen Herausgebern erscheinen in einem Verlag – existiert nun mit Erfolg bald im siebten Jahr. Beide Redaktionen wetteifern seit dem verlegerischen Zusammenschluss eher noch stärker miteinander. Die „Altverleger-Regelung“ hat sich bei uns bewährt. Keine der jetzt geäußerten Befürchtungen ist eingetreten. Gleichwohl wurde diese Sanierungsfusion damals erst in letzter Minute ermöglicht. Wir halten es für erforderlich, dass Verlage bereits handeln können, wenn sie wirtschaftlich noch dazu in der Lage sind.

Ein Wort noch zu der Praxis des Bundeskartellamtes an. Die Entscheidungen dieser Behörde stehen in krassem

Widerspruch zu den öffentlichen Äußerungen von seinem Chef Ulf Böge. Er lehnt Änderungen des Pressefusionsrechts unter Hinweis auf die aktuelle Gesetzeslage ab. Diese sichere Fusionen und Beteiligungen ausreichend. Dennoch wurde unserem Haus und der „Bonner Zeitungsdruckerei H. Neusser“ untersagt, eine Anzeigenkooperation zu bilden und eine wechselseitige Minderheitsbeteiligung einzugehen, die unter zehn Prozent lag.

Kartellrechtlich relevant sind Beteiligungen in Schwellenhöhen von mehr als 50 und 25 Prozent. Im vorliegenden Fall geht das Kartellamt davon aus, dass die geplanten Beteiligungen generell einen „erheblichen Einfluss“ gewähren und vertritt den Standpunkt, es sei Aufgabe der Unternehmen, glasklar aufzuzeigen, dass eine Beteiligung keinen wesentlichen Einfluss ermöglicht. Jedoch lässt das Amt sich auf keine Erörterung ein, wie dies praktisch umzusetzen ist.

Ganz sicher wird es morgen noch Zeitungen geben, wenn sich das Recht nicht ändert. Doch wie diese Zeitungen aussehen werden, in welcher Qualität sie erscheinen, das bestimmen in diesen Tagen auch Bundestag und Bundesrat.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1335

15. September 2004

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung in Berlin am 20. September 2004 zum

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

Organisation Werbungtreibende im Markenverband OWM

I. Allgemeines

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit hat die aufgrund europarechtlicher Vorgaben notwendige Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zum Anlaß genommen, auch Vorschläge zur Reform der Pressefusionskontrolle zu unterbreiten. Damit wird eine schon seit Jahren immer wieder (insbesondere von großen Presseunternehmen) vorgetragene Forderung aufgegriffen.

Die werbungtreibende Wirtschaft sieht sich schon jetzt einem teilweise sehr stark konzentrierten Medienmarkt gegenüber. So wird die Vermarktung im privaten TV-Markt trotz der Vielzahl der bestehenden Sender durch ein Vermarkter-Duopol (IP, SevenOne Media) kontrolliert.

Mit Blick auf die Tatsache, daß der Print-Markt mit insgesamt 55 % der bei weitem größte Werbeträger ist, wäre eine weitere Konzentration in diesem Bereich noch gravierender als im TV-Markt. So entfallen allein auf Tageszeitungen 25 % der Netto-Werbeausgaben der werbungtreibenden Wirtschaft, während der TV-Bereich lediglich 20 % ausmacht. Damit sind sowohl der Zeitungsmarkt als Teilmarkt als auch der Print-Markt insgesamt die größten Einzelmärkte für die werbungtreibende Wirtschaft vor TV, Hörfunk, etc.

Jede zusätzliche Konzentration läßt deshalb einen Preisanstieg im Anzeigengeschäft erwarten. Eine in der Tendenz vorhandene Bereitschaft, Werbebudgets vom extrem vermachteten TV-Bereich auf Printmedien umzuschichten, könnte dadurch konterkariert werden.

Den zu erwartenden, negativen wettbewerblichen Auswirkungen der geplanten Lockerung der Pressefusionskontrolle stehen keine rechtfertigenden Vorteile gegenüber. Das pauschale Argument struktureller Probleme oder der allgemeine Hinweis auf die wirtschaftliche Situation der Presselandschaft rechtfertigen eine faktische Aufhebung der Pressefusionskontrolle jedenfalls nicht. Auch können lapidare Hinweise auf wirtschaftliche Krisen nicht zur Sanktionierung - endgültiger - Konzentrationschübe herangezogen werden.

Demgegenüber hat sich das geltende Recht bewährt. Insbesondere im Bereich der Kooperation unterhalb des Zusammenschlusses bestehen erhebliche Spielräume, die durch die Rechtsangleichung an den europäischen Aequis noch ausgeweitet werden.

Die werbungtreibende Wirtschaft spricht sich deshalb entschieden **gegen** die Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeherrschung begünstigende Reform der Fusionskontrolle aus.

II. Im Einzelnen

Vor dem Hintergrund der vorzitierten grundsätzlichen Bedenken nimmt die werbungtreibende Wirtschaft zu den konkreten Vorschlägen des BMWA wie folgt Stellung:

Privilegierung von Anzeigenkooperationen in § 31 GWB-E:

In einem neuen § 31 GWB-E werden Kooperationen von Presseunternehmen im Anzeigenbereich von § 1 GWB-E ausgenommen. Darauf gerichtete Zusammenschlüsse werden auch von der Fusionskontrolle ausgenommen.

Die vorgesehene pauschale Privilegierung von Anzeigenkooperationen wird von der werbungtreibenden Wirtschaft als ungerechtfertigt und im höchsten Maße mittelstandsfeindlich entschieden abgelehnt.

Weshalb bei einer bereits zumindest teilweise oligopolistischen Struktur im Pressebereich der Wettbewerb auf dem Anzeigenmarkt zum Nachteil der werbungtreibenden Wirtschaft weiter eingeschränkt werden soll, ist nicht nachvollziehbar. Absehbar ist allerdings, daß eine solche Privilegierung vor allen Dingen zu Lasten der Anzeigenkunden gehen wird, die sich zukünftig einer noch weitergehenden Vermachtung und damit höheren Preisen gegenüber sehen wird. Der dahinterstehende Versuch, die vermeintliche "Pressekrise" auf Kosten der werbungtreibenden Wirtschaft zu mildern, ist als ungerecht wie untauglich abzulehnen.

Es sei zunächst erneut darauf hingewiesen, daß bestehenden Tendenzen bei der Aufteilung von Werbebudgets weg vom oligopolistischen TV-Markt und hin zum noch

wettbewerbsorientierteren Print-Markt durch die vorgeschlagene Regelung gefährdet werden können.

Davon unabhängig wird aber durch die pauschale Ausgestaltung des Kooperationsprivilegs in § 31 GWB-E das im gegenwärtig noch bestehenden § 4 GWB und in § 3 GWB-E überführte Mittelstandsprivileg für Kooperationen ausgeschaltet. Dies ist mit Blick auf die Tatsache, daß im Pressebereich häufig noch kein Zwischenstaatlichkeitsbezug vorliegen wird und damit ausschließlich das nationale Recht einschlägig ist, von erheblicher Bedeutung.

Der Hinweis auf die Begrenzung des Kooperationsprivilegs durch das europäische Recht geht darüber hinaus insoweit ins Leere, als für die Auslegung von Artikel 81 EGV insoweit die Leitlinien der Kommission zu horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen maßgeblich sein werden, wonach entsprechende Kooperationen bis zu einem Marktanteil von 30 % - auch bei Beteiligung von Marktführern - regelmäßig wettbewerblich unbedenklich sein sollen. In dem Maße, in dem § 3 GWB-E eine mittelstandsfördernde Wirkung entfalten kann, wird diese damit ausgeschaltet. Die zusätzlichen Kooperationsmöglichkeiten im Anzeigenbereich nach § 31 GWB-E kommen deshalb **ausschließlich** "großen" Verlagen zugute. Die in der Begründung behauptete Mittelstandsprivilegierung wird damit in ihr Gegenteil verkehrt.

Anhebung der Aufgreifschwelle in § 35 Abs. 2, § 38 Abs. 3 GWB-E:

Die werbungstreibende Wirtschaft lehnt die Anhebung der Aufgreifschwelle im Rahmen der vorgesehenen Reform der Fusionskontrolle als zu weitgehend und unverhältnismäßig ab. Der Vorschlag hat erhebliche praktische Auswirkungen, denn die weitgehende Liberalisierung entzieht in einem erheblichen Umfange das wettbewerbliche Verhalten von Verlagsunternehmen der Fusionskontrolle und fördert damit einen erheblichen Anstieg der Konzentration auf dem Pressemarkt. Eine solche Konzentration der Pressemärkte ginge vollumfänglich zu Lasten der werbungstreibenden Wirtschaft als Anzeigenkunden der Presseunternehmen, ohne daß erkennbar wäre, inwieweit durch diesen Konzentrationsschub die Pressevielfalt erhalten oder Branchenprobleme gelöst würden.

Dabei geht nicht nur die Änderung der Umsatzberechnungsformel des § 38 Abs. 3 GWB vom Zwanzigfachen auf das Zehnfache zu weit. Völlig unannehmbar ist die Einführung einer festen Bagatellschwelle von € 2 Mio. in § 35 Abs. 2 Satz 2 GWB-E, auf die laut Begründung die Umsatzberechnungsformel nicht anwendbar sein soll. Faktisch läuft dies auf eine Verdoppelung der Aufgreifschwelle des § 35 Abs. 2 Nr. 1 hinaus.

Einführung eines Redaktionsmodells in § 36 Abs. 1 a und b GWB-E:

Der Referentenentwurf sieht die Genehmigung einer Übernahme im Verlagswesen auch dann vor, wenn hierdurch eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, sofern bestimmte Vorgaben erfüllt sind.

Die werbungstreibende Wirtschaft lehnt dieses Modell prinzipiell wie in der konkret vorgeschlagenen Ausgestaltung entschieden ab.

Die Einführung eines Redaktionsmodells läuft auf einen Paradigmenwechsel in der Fusionskontrolle hinaus, der vom Grundsatz der Verhinderung von Marktmacht Ab-

schied nimmt und Wettbewerbsschutz durch - kaum praktikable - Verhaltenskontrollen ersetzt. Ein solches Modell begegnet zahlreichen Bedenken.

Zunächst taugt der Vorschlag aus Sicht der werbungstreibenden Wirtschaft nicht dazu, die gewünschte publizistische Vielfalt zu gewährleisten.

Auf dem **Anzeigenmarkt** entfaltet das Redaktionsmodell allerdings nicht die geringste Schutzwirkung und überläßt die Anzeigenkunden einer Konzentrationsentwicklung bis hin zum Monopol. Der vorgesehene redaktionelle (konzerninterne) Wettbewerb ist nicht der (alleinige) Schutzzweck des Kartellgesetzes und darf deshalb nicht zum Nachteil anderer Schutzgüter verabsolutiert werden.

Die für das Modell notwendige Verhaltenskontrolle beschränkt sich darüber hinaus auf die Frage nach der redaktionellen Unabhängigkeit und begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken.

Doch selbst die redaktionelle Vielfalt ist dann gefährdet, wenn die beteiligten Parteien an einem Zusammenschluß eines Sinnes sind oder wenn der ursprüngliche Veräußerer seinen Anteil an einen willfähigen Dritten abgibt. Zu Unrecht spricht die Begründung bei der Diskussion der vorgeschlagenen Vorkehrungen für die redaktionelle unabhängig auch von einem "Mitbestimmungs- und Vetorecht", wo der Gesetzentwurf doch lediglich Mitbestimmungs- oder Vetorechte vorsieht.

Völlig untauglich ist aber schließlich die vorgesehene Beschränkung des Fusionsprivilegs für Verlage in § 36 Abs. 1 b GWB-E. Die gesetzliche Vermutung für die Erforderlichkeit des Zusammenschlusses stellt auf die letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre ab und verlangt in diesen jeweils rückläufige Erlössituationen. Sieht man diese Hürde im Lichte der Feststellung der Begründung der Novelle, daß seit dem Jahr 2001 die Einnahmen der Tageszeitungen aus Werbe- und Rubrikanzeigen stark zurückgegangen sind, wird deutlich, daß dieses Kriterium in der Praxis weitgehend leer läuft. In einer Situation der (permanenten) Krise wird fast jedes Unternehmen die Hürde rückläufiger Beilagererlöse nehmen können.

Ähnlich untauglich ist die Forderung nach erheblich unter dem Durchschnitt vergleichbarer Zeitungen liegender Anzeigen- und Beilagererlöse in § 36 Abs. 1 b, 2. Alternative GWB-E. Dies nicht nur deshalb, weil die praktische Anwendung dieser unbestimmten Forderung Schwierigkeiten bereiten dürfte, sondern auch deshalb, weil auch eine unter dem Durchschnitt vergleichbarer Zeitungen liegende Erlössituation keinen zwingenden Rückschluß auf die langfristige wirtschaftliche Situation eines Verlagshauses erlaubt.

Es bleibt festzustellen, daß der Aufkauf nicht überlebensfähiger Verlage im übrigen schon heute unabhängig von Marktbeherrschung möglich ist, wenn die Voraussetzungen einer sogenannten Sanierungsfusion vorliegen. Danach ist ein Zusammenschluß nicht ursächlich für die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, wenn das erworbene Unternehmen ohne die Fusion aus dem Markt ausgeschieden wäre, nur der einzige Konkurrent als Erwerber in Frage kommt und die Marktanteile des erworbenen Unternehmens ohnehin diesem Konkurrenten zugefallen wäre (Böge, MMR 4/2004).

Der vorgesehene § 36 Abs. 1 b GWB-E ist deshalb nicht geeignet, die dem § 36 Abs. 1 a GWB-E innewohnende überschießende Tendenz wirksam zu begrenzen.

III. Fazit

Die werbungtreibende Wirtschaft muß sich deshalb entschieden gegen die Vorstellungen des Referentenentwurfs zur Reform der Pressefusionskontrolle wenden.

Mit großer Besorgnis stellt die werbungtreibende Wirtschaft fest, daß das BMWA den Schutzzweck des Kartellgesetzes bei der Diskussion der Pressefusionskontrolle ausschließlich auf die redaktionelle Vielfalt beschränkt und auf dieser Grundlage die Entstehung und Verstärkung marktbeherrschender Strukturen im deutschen Verlagswesen mit allen wettbewerblichen und insbesondere den Mittelstand betreffenden Nachteilen billigend in Kauf nimmt. Es entsteht der Eindruck, daß die „Zeche“ für diesen Versuch einer ordnungspolitischen Sanierung der deutschen Presselandschaft die werbungtreibende

Wirtschaft zahlen soll. Ein solches Sonderopfer lehnt die werbungtreibende Wirtschaft ab.

Wiesbaden, den 13. Mai 2004

MARKENVERBAND e.V.
Christopher Scholz

Organisation Werbungtreibende
im Markenverband (OWM)
Peter Friedrich

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1345

16. September 2004

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung in Berlin am 20. September 2004 zum

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

Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di

Zusammenfassung

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist ein zentraler gesetzlicher Regelungsmechanismus zur Gestaltung des Wettbewerbs und beeinflusst damit ganz wesentlich die Beschäftigungssituation im Bereich der Presse und im Handel. Die in der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft zusammengeschlossenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind in besonderer Weise betroffen.

Der vorliegende Gesetzesentwurf begünstigt vorrangig die Interessen von großen Verlagsunternehmen und Konzernen. Dies wird, unabhängig von weiteren, einschränkenden Regelungen, durch die Aufhebung der – nicht pressespezifischen – allgemeinen Aufgreifschwelle von 500 Mio. Euro Umsatz erreicht. Die Entwicklungschancen kleinerer und mittlerer Zeitungsverlage machen aber ein Festhalten an der allgemeinen Aufgreifschwelle und damit die Gleichstellung großer Medien- und Zeitungsunternehmen mit Unternehmen anderer Branchen zwingend erforderlich.

Insbesondere die vollständige Freistellung von der Fusionskontrolle im Bereich der Anzeigengeschäfte, also die Aufhebung aller Marktabgrenzungen regionaler wie überregionaler Art, fördert die Bildung von überregionalen, konzerngebundenen Kartellen in einem zentralen Geschäftsfeld von Zeitungsverlagen. Dies wirkt sich zu Lasten der Werbung betreibenden sowie in Werbung investierenden Unternehmen, insbesondere aber zu Lasten kleinerer und unabhängiger Zeitungsverlage auf regional eingrenzenden Anzeigemärkten aus.

Die Neufassung jener Voraussetzungen, unter denen eine Freistellung von der Fusionskontrolle – auch über die Aufgreifschwelle von 500 Mio. Euro hinaus – erfolgen darf, schafft zum einen in hohem Maße Rechtsunsicherheit, zum anderen wird durch die Nichtberücksichtigung der wirtschaftlichen Lage des Gesamtunternehmens sowie durch den wenig aussagekräftigen Indikator der Anzeigenerlöse ein strategischer Einsatz dieser gesetzlichen

Bestimmung durch Großverlage oder Konzerne mit einer Vielzahl von Titeln ermöglicht. Auch hier sind kleinere Zeitungsverlage deutlich in ihren Handlungsmöglichkeiten eingeschränkt.

Als Regelungsalternative zur Stärkung des insgesamt schwachen regionalen Wettbewerbs unter Nutzung des starken überregionalen Wettbewerbs wird ein Verfahren zur gesetzlichen Regelung, das bislang bereits in Einzelfällen vom Bundeskartellamt sowie während der Anhörung zur Ministererlaubnis des Zusammenschlusses von „Tagesspiegel“ und „Berliner Zeitung“ vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit angewendet wurde:

Unter Beibehaltung der bisherigen Regelungen, insbesondere der pressespezifischen wie allgemeinen Aufgreifschwelle (25 bzw. 500 Millionen Euro Umsatzerlöse), wird den Regelungen des § 36 GWB eine Bestimmung vorangestellt, wonach in Fällen, in denen der Verkauf eines Zeitungstitels, eines Verlages oder dessen Bestandteile die marktbeherrschende Stellung des Erwerbers stärkt oder diese erst herstellt, der Veräußerer gegenüber der Kartellbehörde nachzuweisen hat, dass der Zeitungstitel, der Verlag oder dessen Bestandteile nicht an ein drittes Unternehmen, dessen Wirtschaftskraft den Bestand der zu erwerbenden Zeitung gewährleistet, veräußert werden kann.

Im **deutschen Einzelhandel** spitzen sich in Verbindung mit zunehmender Konzentration und massivem Personalabbau die Strukturprobleme erheblich zu.

Die Verschärfung des Wettbewerbs der Unternehmen untereinander ist das Resultat von stagnierenden Umsätzen durch wirtschaftlich schwierige Rahmenbedingungen wie steigende Arbeitslosigkeit und wachsende Armut in weiten Teilen der Bevölkerung und damit einhergehendem Rückgang der Massenkaufkraft. Ebenso ist eine volkswirtschaftliche Verschiebung zu Lasten des Anteils des Einzelhandelsumsatzes am privaten Verbrauch zu verzeichnen.

Vor allem aber nutzen vorrangig große Konzerne und Unternehmen neue Kundenbindungsstrategien nach dem Wegfall des Rabattgesetzes, um die eigene Marktmacht zu stärken und den Konkurrenzdruck auf MitbewerberInnen zu erhöhen. Wir erleben seitdem zermürbende Preiskämpfe noch nie da gewesenen Ausmaßes, bei denen selbst die Handelsverbände von „kollektivem Selbstmord“ sprechen. Unternehmen erkennen an ihren Bilanzen, dass die beispiellosen Rabattschlachten ihr Ziel, den eigenen Marktanteil zu erhöhen und Erträge zu steigern, verfehlen: Sie gefährden stattdessen in immer größerem Umfang die eigene Rendite und vernichten in der Folge Arbeitsplätze durch massiven Personalabbau.

Grundsätzlich begrüßen wir eine Angleichung der Rechtsvorschriften an die europäischen Vorschriften. Dies gilt insbesondere für die Geltung des Art. 81 Abs. 1 EG nunmehr auch für das deutsche Recht durch die Änderung des § 1 GWB. Damit erstreckt sich das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen auch auf Unternehmen unterschiedlicher Wirtschaftsstufen, also zum Beispiel auf Vereinbarungen zwischen Großhändlern und Erzeugern. Das Verbot erfasst damit auch vertikale Konditionenbindungen und kann damit auch kleinere und mittelständische Unternehmen stärken. Dies könnte bei gleichen Wettbewerbsbedingungen zu einer positiven Entwicklung der Beschäftigung führen.

Allerdings darf auf Grund der europäischen Rechtssetzungspraxis der positive Effekt nicht überbewertet werden. Bei der Ausgestaltung und Anwendung der Vorschrift soll nach dem Willen des Gesetzgebers die sog. Gruppenfreistellungsverordnung für Gruppen von vertikalen Verordnungen (sog. Vertikal – GVO) herangezogen werden. Dies bedeutet, dass im Kern diese Verordnung die grundsätzliche Freistellung der überwiegenden Anzahl der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen bewirkt, soweit es sich nicht um Inhaltsbindungen für Preise und Konditionen handelt.

ver.di unterstützt zudem ausdrücklich die Position der Bundesregierung zum Erhalt und zur Stärkung des Wettbewerbsprinzips vor allem durch die Beibehaltung des § 20 GWB. Tatsache ist jedoch, dass Verkäufe unter Einstandspreisen gängige Praxis sind, so dass ungleiche Geschäftspraktiken zwischen den Konkurrenzunternehmen am Markt weiter gestützt und angeheizt werden.

Um missbräuchliches Verhalten wie Untereinstandsverkauf sowie bereits den Verdacht auf Verkäufe unter Selbstkosten zu reklamieren, benötigen potentielle Kläger den Schutz übergeordneter Institutionen. Wir fordern deshalb einen gesetzlichen Auskunftsanspruch für Kartellbehörden und Wirtschaftsverbände, um den § 20 GWB praktisch wirksam werden zu lassen.

Eine Veränderung der jetzigen Formulierung in § 20 Abs. 3 GWB halten wir für erforderlich, damit zusätzlich das bloße Fordern von Sondervorteilen insbesondere durch marktbeherrschende Unternehmen verboten wird.

I Zur Neuregelung der Pressefusionskontrolle

1. Einleitung

Mit der Einführung der Pressefusionskontrolle im GWB hat der Gesetzgeber 1976 nicht nur die Zeitungs- und Zeitschriftenverlagswirtschaft von anderen Branchen unmittelbar unterschieden. Es wurde mittelbar auch zwischen den Verlagen differenziert. Denn die Pressefusi-

onskontrolle trifft schließlich nur Verlagsunternehmen mit Umsatzerlösen unterhalb der Aufgreifschwelle von derzeit 500 Millionen Euro. Alle anderen Verlagsunternehmen unterlägen den allgemeinen Regeln der Fusionskontrolle. Zu diesen zählten noch im Jahr 2001 mindestens die ersten acht der größten Verlagsgruppen in Deutschland.

Sämtliche Fälle von Fusionskontrolle, an denen diese Unternehmen bzw. Unternehmensgruppen (namentlich u.a. der Axel Springer Verlag, die Holtzbrinck Verlagsgruppe, die WAZ-Gruppe, die Heinrich Bauer Verlagsgruppe, Gruner + Jahr, der Süddeutsche Verlag, die Passauer Presse, die Frankfurter Allgemeine) beteiligt sind, berühren die Pressefusionskontrolle in der bisher geltenden Fassung nicht. Nicht einmal eine vollständige Aufhebung der Pressefusionskontrolle würde den strategischen Zielen dieser Unternehmensgruppen und Konzerne entsprechen.

Die Sonderbestimmungen zur Pressefusionskontrolle im GWB waren in den 1970er Jahren Ergebnis einer intensiv und äußerst kontrovers geführten öffentlichen Diskussion über die Sicherung von Meinungs- und Pressevielfalt. Hintergrund war das so genannten „Zeitungssterben“ in den 1950er und 1960er Jahren. Ungefähr die Hälfte aller Zeitungstitel verschwanden in den Jahren 1945-1970 von den Märkten. Hinzukam ein sich beschleunigender Konzentrationsprozess, dem die allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Regelungen des GWB offensichtlich nicht Einhalt bieten konnten.

Zwei Argumentationslinien wurden in diesen Debatten, die u.a. zur Sonderregelung der Pressefusionskontrolle führten, verfolgt. Zum einen die medienpolitische Argumentation, die Regelungsbedarf vorbrachte. Ziel war damals u.a. ein Presserahmengesetz zur Sicherstellung journalistischer beziehungsweise redaktioneller Autonomie („Innere Pressefreiheit“) gegenüber unternehmerischen Eingriffen in die publizistische Tendenz. Die zweite Argumentationslinie folgte rein wettbewerbspolitischen Überlegungen, worin inhaltliche Vielfaltskriterien gar nicht zur Anwendung kommen konnten und auch nicht durften. Während die Initiativen für „Innere Pressefreiheit“ sowie redaktionelle Vielfaltssicherung vom Gesetzgeber nicht aufgegriffen wurden, berücksichtigte man jedoch mit der Einführung der Pressefusionskontrolle die spezifischen Bedingungen der Pressemärkte und entschied sich für eine rein wettbewerbspolitische Lösung.

In gewisser Hinsicht stellte die damalige GWB-Novelle einen Kompromiss dar: Zwar wurde den medienpolitischen Zielen einer unmittelbaren publizistischen Vielfaltssicherung nicht entgegengekommen, doch galt seitdem der Grundsatz: Anbietervielfalt ist zwar nicht hinreichende, in jedem Fall aber notwendige Voraussetzung publizistischer Vielfalt. Zudem stärkte die rein wettbewerbsrechtliche Regelung die Auffassung der Verleger, dass allein die Identität von unternehmerischem und publizistischem Wettbewerb Pressevielfalt garantieren könne. In dieser Frage vollzieht nun die Bundesregierung mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf nachgerade einen Paradigmenwechsel: Zum einen wird mit der Trennung von unternehmerischen und publizistischen Interessen der klassische „Verleger“ als verfassungsrechtlich hervorzuhebender und gesetzlich besonders geschützter (z.B. „Tendenzschutz“ im Betriebsverfassungsrecht) Unternehmer mehr oder weniger obsolet. Zum anderen wird die Logik der Pressefusionskontrolle unmittelbar umge-

kehrt: Aus Presse-Konzentrationsbeschränkung würde Presse-Konzentrationsförderung.

Dabei hat sich die Pressefusionskontrolle in der bisherigen Form nachweislich bewährt. Zwar konnte der Konzentrationsprozess insgesamt nicht gestoppt, aber dennoch spürbar verlangsamt werden. Durch die flexiblen Regelungen im GWB, insbesondere in Bezug auf die Handlungs- und Entscheidungsspielräume des Bundeskartellamtes, gingen Zusammenschlüsse bzw. Übernahmen nicht mehr einher mit dem Verschwinden von Zeitungstiteln. Der Wettbewerb entscheidet demnach über die Wirtschaftlichkeit eines Unternehmens, nicht aber über die Existenz eines Zeitungstitels.

Auch in medienpolitischer Hinsicht ist die Begrenzung größerer Unternehmenszusammenschlüsse in den Pressebranchen zwingend erforderlich. Der immer wieder vorgebrachte Einwand, Bedenken gegen Unternehmenskonzentration als Konzentration von Medien- und Meinungsmacht hätten sich durch neuere verlegerische Steuerungsmodelle (wie etwa in der WAZ-Verlagsgruppe) erübrigt, gibt vielleicht die derzeitige Orientierung der Verlagsführungen wieder. Doch kommt es in einer gesetzlichen Regelung darauf an, politischen Missbrauch ökonomischer Medienmacht weitgehend auszuschließen bzw. zu begrenzen. Spektakuläres Beispiel ist der Fall der französischen Socpress-Verlagsgruppe (70 Titel, darunter „Figaro“ und „l'express“), in der bislang ebenfalls weitgehend ein Regime redaktioneller Autonomie vorherrschte. Dies änderte sich mit dem Kauf der Mehrheitsanteile von Socpress durch den Rüstungsunternehmer Dassault, der programmatisch den Einsatz seiner unternehmerischen Macht zur Beeinflussung der Tendenz aller Redaktionen von Socpress ankündigte.

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die bisherigen kartellrechtlichen Regelungen einer Konsolidierung der Zeitungsverlage ernsthaft im Wege stehen und ob die von der Bundesregierung vorgeschlagenen Neuregelungen einen Konsolidierungsprozess fördern können, in dem publizistische Vielfalt nachhaltig gesichert werden kann und zugleich keine erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen eintreten. Darauf wird im Folgenden durch eine kursorische Darstellung der wirtschaftlichen Entwicklung der Zeitungsverlage, die Erörterung von wettbewerbsrechtlichen Regelungsbedarfen sowie die Bewertung des Novellierungsentwurfs eingegangen. Abschließend wird alternativ ein Neuregelungsvorschlag zur Stärkung des regionalen Wettbewerbs formuliert.

2. Zur wirtschaftlichen Entwicklung der Zeitungsverlage

2.1. Branchenstruktur

Trotz der lang anhaltenden Krisenentwicklung in der Medienwirtschaft haben die „klassischen Medien“ ihre Stabilität bewiesen. Erinnert sei in diesem Zusammenhang an Bedrohungsszenarien, die noch Ende der 1990er Jahre selbst bei Verlagsmanagern als realistisch galten – nämlich die Etablierung einer eigenständigen und in erheblichem Maße konkurrenzfähigen Branchen im Online- und Multimediageschäft. Der Krise in den Printmedien ist aber in den Jahren 2000/2001 eine heftige Bereinigungskrise im Bereich der so genannten New Media voraus gegangen. Die dort verlorenen Investitionen mussten in hohem Maße gerade in Verlagshäusern abgeschrieben

werden. Wie bereits Mitte der 1980er Jahre, im neuen Geschäftsfeld des Privaten Rundfunks, lag auch hier den Fehlinvestitionen vorrangig Unkenntnis des spezifischen Mediums und der Wertschöpfungsbedingungen zu Grunde.

Von der konjunkturellen Krise unbeeinflusst sind die langfristigen Strukturveränderungen innerhalb der Medienwirtschaft, die sich u.a. in einem sich verändernden Nutzerverhalten und auch Verschiebungen bei den Werbeinvestitionen in klassische Medien niederschlägt. Der seit Mitte der 1980er Jahre forcierte Wettbewerb zwischen Print- und Audiovisuellen Medien um Werbeinvestitionen setzt sich fort. Die Konjunkturkrise hat hier die klassischen Konkurrenten im Durchschnitt gleich getroffen und in keiner Weise eine qualitativ neue Situation hergestellt.

Auch auf den Vertriebsmärkten gibt es für keine der klassischen Print-Gattungen Signale, die auf wesentliche strukturelle Veränderungen hinweisen würden. Bei den Tageszeitungen hat sich die Tendenz einer langsam fallenden Durchschnittsauflage fortgesetzt. In Bezug auf das Nutzerverhalten haben sich im Allgemeinen die bereits bekannten Tendenzen ohne schwerwiegende Verschiebungen fortgesetzt. Die Tageszeitungen sind insbesondere für jüngere Leser nicht mehr primäre Informationsquelle, allerdings belegt Deutschland nach wie vor im internationalen Vergleich im Zeitungs-Nutzerverhalten weltweit Platz zwei (nach Japan), in Europa sogar den ersten Platz.

Zwei Faktoren waren in der Vergangenheit maßgeblich für die weitgehende Ignorierung dieses Strukturwandels im Nutzerverhalten: Zum einen fehlte vielerorts der unmittelbare Wettbewerb als Impuls für publizistische und unternehmerische Innovationen. Zum anderen kompensierten nicht nur die kontinuierlich wachsenden Werbeerlöse die langfristige Schwächung auf den Vertriebsmärkten, es konnten auch bei sinkenden Auflagen weiterhin die Vertriebslöse gesteigert werden. Letzteres wirkt sogar fort durch die allgemeine Krisenentwicklung hindurch.

2.2. Anzeigenmärkte

Negative Folgen der allgemeinen konjunkturellen Entwicklung haben alle Printmedien zu spüren bekommen, dies aber in unterschiedlichem Umfang. So sind unter den Zeitungen vor allem jene am stärksten betroffen, die einen hohen Anteil überregionaler Anzeigen bei gleichzeitig hoher Auflage aufweisen. Diese haben aber auch – anders als Zeitungen kleiner oder mittlerer Auflage – in überdurchschnittlichem Maße am Anzeigenboom 1999/2000 profitiert. Zudem gehen die außerordentlichen Verluste auch zurück auf strategische Entscheidungen – so auf die Konzentration auf das überregionale Anzeigengeschäft zu Lasten der noch 1999/2000 weniger profitablen regionalen und lokalen Anzeigenmarktes.

Ebenfalls in der Hauptsache konjunkturell bedingt sind die zum Teil erheblichen Einbrüche im so genannten Rubrikengeschäft, hier vor allem dem – überregionalen wie regionalen – Stellenmarkt. Über die weitere Entwicklung des Rubrikengeschäfts gibt es keine zuverlässigen Prognosen. Die Einschätzung, das Rubrikengeschäft wandere dauerhaft ab zu Online-Anbietern bzw. -märkten, kann sich zwar auf einen strukturellen Vorteil von Online-Anwendungen berufen (so den Vorteil für die Nutzer, die gezielt nach Angeboten suchen können). Allerdings

trifft dies zum Beispiel auf den Stellenmarkt nur bedingt zu. Denn ein Großteil der Anzeigen, vor allem auf dem überregionalen Stellenmarkt, sind „Image“-Anzeigen von Unternehmen, die in anderen Medien (wie etwa im Internet) diesen Zweck nicht erfüllen können.

Untersuchungen, die die möglichen, strukturellen Verluste im Rubrikengeschäft zu quantifizieren versuchen, legen allein für den „worst case“ rein rechnerisch einen dauerhaften Umsatzrückgang der Zeitungsverlage von maximal 10-15 Prozent nahe.

2.3. Unternehmerische Entwicklungspotenziale

In den bisherigen Beratungen zur Neuregelung der Pressefusionskontrolle sind zwar die allgemeinen Marktbedingungen erörtert und berücksichtigt worden, nicht jedoch die spezifischen Ausgangslagen und Perspektiven der Zeitungsverlage als Unternehmen und Betriebe. Unberücksichtigt bleibt demnach die Erlössituation auf Grund unterschiedlicher Marktstrategien und betrieblich-unternehmerischer Maßnahmen.

So sind die Anzeigen- und Auflagenzahlen zwar wichtige Indikatoren für die Entwicklung der Märkte, sie sind aber nicht ausreichend als Beleg für die Wirtschaftlichkeit einer Zeitung bzw. eines Zeitungsunternehmens. Auf Basis der Brancheneinschätzung insbesondere durch das BMWA (in den Begründungen zu den Gesetzesentwürfen) ist nicht erklärbar, warum eine nicht unerhebliche Anzahl von Unternehmen bei gleichzeitig sinkenden Anzeigenerlösen und stagnierenden oder weiterhin leicht sinkenden Auflagenzahlen sehr wohl zu guten Betriebsergebnissen kommen konnten und können.

Aus dem Blick geraten die erheblichen Optimierung- und Rationalisierungspotenziale, die schon jetzt im Focus zahlreicher Zeitungsverlage stehen und die Unternehmenspolitik der nächsten Jahre maßgeblich bestimmen werden. So werden hier Einsparungspotenziale in der Größenordnung von 10-15 Prozent der Gesamtkosten vermutet, durch integrierte Modelle eines „digitalen work-flow“ wird heute ein Potenzial erschlossen, dass zu vermutende, strukturell bedingte Umsatzeinbrüche bei weitem kompensieren wird.

Erst die Gesamtheit von wirtschaftlichem Umfeld und internen Ressourcen eines Unternehmens machen eine hinreichende Einschätzung der weiteren Entwicklungsmöglichkeiten möglich. Die derzeit geplanten, begonnenen und bereits vollzogenen Maßnahmen zur Konsolidierung und Restrukturierung sowie die zahlreichen Bewertungen durch Unternehmens- und Branchenbeobachter lassen den Schluss zu, dass die Kapazitäten und Ressourcen von Optimierung und Rationalisierung bei Weitem noch nicht erschöpft sind.

3. Regelungsbedarfe

3.1. Zusammenschlüsse von Unternehmen und regionale Wettbewerbsbeschränkungen

Legt man die Handlungskriterien der Bundesregierung, die hier dem BMWA folgt, nämlich die Sicherung von Angebotsvielfalt auf den Zeitungsmärkten, zu Grunde, ist ein Neuregelungsbedarf bis heute nicht nachgewiesen worden. Nachzuweisen wäre, dass die Regelungen des GWB in seiner jetzigen Fassung, mitsamt den Entscheidungsspielräumen, die dem Bundeskartellamt eingeräumt werden, dem Erhalt der Angebotsvielfalt entgegen stünden.

Das Bundeskartellamt hat aber in der Vergangenheit in zahlreichen Fällen Zusammenschlüsse bzw. Übernahmen in solchen Fällen genehmigt, in denen die Existenz eines Zeitungstitels bedroht war. Prominentes Beispiel hierfür ist der Verlag der „Kölnischen Rundschau“, einziger regionaler Konkurrent des DumontSchauberg-Verlages („Kölner Stadtanzeiger“, „express“) oder aber die Genehmigung des Zusammenschlusses der beiden Aachener Zeitungsverlage, in beiden Fällen verbunden mit Auflagen zur Sicherung des Titelerhalts bzw. der redaktionellen Eigenständigkeit. In Zahlen ausgedrückt erweist sich die Kritik an der Pressefusionskontrolle als nichtig. In den Jahren von 1995 bis 2001 hatte das Bundeskartellamt insgesamt 11.100 Zusammenschlüsse zu prüfen. Davon entfielen 90 auf Presseunternehmen. Von diesen 90 Fällen hat das Bundeskartellamt 82 Zusammenschlüsse genehmigt, lediglich 8 wurden abgelehnt.

Selbst wenn man eine nachhaltig ungünstige wirtschaftliche Entwicklung als Prognose zu Grunde legt, gibt es also in Hinsicht auf die Sicherung von Angebotsvielfalt keinerlei Regelungsbedarfe. Dies stellt sich allerdings in wettbewerbspolitischer Hinsicht anders dar. Erkennbar ist ein Regelungsbedarf derart, dass der Ausweitung regionaler Monopole auf den Zeitungsmärkten Einhalt geboten werden muss. Die fortgesetzten Genehmigungen von Übernahmen regionaler Konkurrenten aus Gründen des Titelerhalts schränken den wirtschaftlichen Wettbewerb über Gebühr ein. Dem müsste eine Regelung vorbeugen, die den überregional stark entwickelten Wettbewerb nützt, um den regionalen Wettbewerb zu sichern und zu beleben. Dieses Verfahren wurde bereits in einer Ausnahmesituation angewandt, und zwar während der Anhörungen zur Ministererlaubnis des Zusammenschlusses von „Berliner Zeitung“ und „Tagesspiegel“. Hier hatte der Bundesminister die Holtzbrinck-Verlagsgruppe aufgefordert, nachzuweisen, dass der „Tagesspiegel“ nicht auch durch Verkauf an Wettbewerber außerhalb der Berliner Region erhalten werden könnte.

In der abschließenden Bewertung kommen wir darauf zurück und formulieren einen entsprechenden Regelungsvorschlag.

3.2. Kooperation von Unternehmen

3.2.1. Anzeigenkooperationen

Der in die Diskussion gebrachte Bedarf an rechtlicher Neuregelung von Kooperationen insbesondere im Anzeigengeschäft existiert faktisch nur dort, wo es in einer überschaubaren Region darum geht, gegenüber anderen Wettbewerbern bessere Anzeigenpreise und Reichweiten anbieten zu können. Gerade die ansonsten untypischen Wettbewerbsstandorte (wie Berlin) fungieren dabei als Fallbeispiele für gänzlich anders geartete Wettbewerbssituationen in den meisten Regionen. Zu den umstrittenen und dadurch „klassisch“ gewordenen Fällen gehört der Fall von Gruner + Jahr und Holtzbrinck („Berliner Zeitung“ und „Tagesspiegel“) im Jahr 2001, als beide Wettbewerber zusammen eine so genannte Anzeigen-Kombi planten, die weiteren Planungen aber unterließen, weil das zwischenzeitlich angefragte Bundeskartellamt zu Recht Bedenken signalisiert hatte (denn die geplante Anzeigen-Kooperation hätte eine wettbewerbsrechtlich bedenkliche Übervorteilung gegenüber der „Märkischen Oder Zeitung“, MOZ, bedeutet).

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Bedarf kartellrechtlicher Neuregelungen zu Gunsten von Koopera-

tionen im Anzeigengeschäft insbesondere bei größeren – zu Lasten kleinerer – Verlagsunternehmen ausgeprägt ist. Dass demgegenüber Kooperationen im Anzeigengeschäft regional Gang und Gäbe sind, belegt die Rangliste der zehn größten Anzeigenkooperationen in der Bundesrepublik Deutschland. Die auflagenstärkste dieser Kooperationen ist die „Anzeigen-Cooperation Nordrhein“, ACN, mit einer Gesamtauflage von 1,2 Millionen Exemplaren. Ihr gehören u.a. an: General-Anzeiger Bonn, Rheinische Post, Westdeutsche Zeitung, Solinger Tageblatt, Remscheider General-Anzeiger, Kölner Stadt-Anzeiger, Kölnische Rundschau, Express, Aachener Zeitung, Aachener Nachrichten (also ein Verbund mehrerer Zeitungsgruppen).

3.2.2. Vertriebskooperationen

Der Kooperationsbedarf im Vertriebsbereich dürfte äußerst gering sein, auch hier sind ja Kooperationen bereits seit langem üblich. Dies betrifft ausschließlich den Abo-Vertrieb (während der Einzelvertrieb Angelegenheit der Grossisten ist). In der Hauptsache wird der Abo-Vertrieb über eigene Dienstleister abgewickelt. Hier verfügen sowohl die großen wie die mittleren und kleinen Verlage über ein eigenes Zustellernetz. Insbesondere die kleineren und mittleren Zeitungsverlage dürften in diesem Bereich keine besonderen Schwierigkeiten erfahren und aus nachvollziehbaren Gründen ist in kleineren regionalen Wettbewerbsgebieten das Kooperationsinteresse denkbar gering. Ausnahme ist auch hier der Berliner Zeitungsmarkt mit seinen Sonderbedingungen.

3.3. Internationaler Wettbewerb

Die Zeitungs- und Zeitschriftenverlage weisen bislang nicht nur eine überwiegend nationale Eignerstruktur auf, sie sind auch innerhalb Deutschlands eine Verlegerdomäne. Die erklärte Absicht der Zeitungsverleger, so Herr Heinen, Vorsitzender des BDZV, auf dem Zeitungskongress 2003, ist es, „unter sich zu bleiben“. In Bezug auf das Kartellrecht wird nun vorgebracht, die pressenspezifische Begrenzung von Zusammenschlüssen und Kooperationen würde die Gefahr in sich bergen, dass branchenfremde und insbesondere ausländische Investoren nicht nur kartellrechtlich begünstigt werden, sondern regelrecht angelockt würden.

Die Argumentation der Verleger ist aber nicht nur widersprüchlich, sie blendet auch wesentliche internationale Wettbewerbsbedingungen in der Verlagswirtschaft aus. So erwirtschaften schon heute deutsche Verlagsgruppen große Anteile ihrer Umsätze im Ausland, bei Konzernen, die vorwiegend Publikumszeitschriften produzieren und herausgeben, wächst der Anteil der Investitionen und Erlöse im Ausland kontinuierlich (Gruner + Jahr, Heinrich Bauer Verlagsgruppe). Zudem beherrschen deutsche Zeitungsverlage in erheblichem Ausmaß den mittel- und osteuropäischen Zeitungsmarkt. Schätzungen des Gesamtumfangs von Auslandsinvestitionen deutscher Zeitungsverlage im Verhältnis zu ausländischen Investitionen im deutschen Pressemarkt gehen von einem Verhältnis 20:1 aus.

Unabhängig von der jeweiligen Antwort auf die Frage, ob es – wenn überhaupt wettbewerbsrechtlich möglich – medienpolitisch erforderlich ist, den Marktzutritt ausländischer Investoren zu erschweren, wenn nicht sogar zu verhindern, könnte die Schlussfolgerung in Hinsicht auf eine Kartellrechtsnovellierung nur sein, das Entstehen größerer ökonomischer Einheiten regelrecht zu erschwe-

ren – da diese für ausländische Investoren eine besonders attraktive Anlagebasis bieten. Exemplarisch sei hier auf den Fall Axel Springer Verlag verwiesen (Verkauf von Anteilen an einen ausländischen Investor). In jedem Fall ist nicht nachvollziehbar, warum mittelständisch strukturierte Zeitungsunternehmen, die schon in der Vergangenheit bei gesamtwirtschaftlich überdurchschnittlich hohen Renditen kein Anlagenobjekt waren, dies nun angesichts verringerter Renditeerwartungen werden sollten.

Widersprüchlich ist auch das Motiv, „branchenfremde“ Investoren abzuwehren. Dem Wunsch, „unter sich zu bleiben“, korrespondiert keineswegs eine Selbstbeschränkung von Verlegern auf Investitionen in die eigene Branche. Verwiesen sei hier darauf, dass sowohl der Private Rundfunk wie auch maßgebliche Plattformen der New Media Investitionsfelder von Verlagskonzernen waren und sind. Auch hier gehen Motive und Argumente der Verlagsunternehmen je nach Interessenlagen auseinander.

4. Die Änderungen im Einzelnen

4.1. Anzeigenkooperationen (§ 31 GWB)

In der Neufassung des § 31 GWB sind „Vereinbarungen von Unternehmen, die jeweils Zeitungen oder deren Bestandteile vorlegen, herstellen oder vertreiben, über eine Zusammenarbeit im Anzeigenbereich“ so gut wie vollständig von der Fusionskontrolle freigestellt. Da eine weitere Spezifizierung – etwa durch Aufgreifschwelle nach Umsatzgrößen o.Ä. – fehlt, wird hier ein schwerwiegender Eingriff in die Wettbewerbssituation auf den Anzeigen- und Werbemärkten vollzogen. Eine völlige Freistellung von der Fusionskontrolle ermöglicht über die bisherigen Kooperationen hinaus ganze Unternehmens- und Konzernbildungen auf den Anzeigenmärkten. Dies hat wettbewerbverzerrende Folgen für die Werbung treibenden Unternehmen wie deren Kunden und kann in der Folge sehr schnell zu Preiskartellen auch zu Lasten kleinerer und unabhängiger Zeitungsverlage führen.

Die Marktmacht auf den regionalen und (!) überregionalen Anzeigen- und Werbemärkten dürfte binnen kurzer Zeit auf einige wenige Verlagsgruppen konzentriert sein. Die so entstehende Marktmacht einzelner Unternehmen bzw. Unternehmensgruppen und deren Kooperationsunternehmen hebt die bislang beachtete Abgrenzung von Bedarfsmärkten grundsätzlich auf und wird einzelne, vorwiegend regionale Anzeigen- und Werbemärkte einer willkürlicher Preispolitik (einschließlich des bereits heute beklagten Dumpings durch Rabatte usw.) unterwerfen können. Dies gefährdet jedoch existenziell die wirtschaftliche Handlungsfreiheit und Selbstständigkeit regionaler Zeitungsverlage. Denn Kooperationsunternehmen, etwa überregional und/oder in anderen Regionen operierender Verlagsgruppen, können dann leicht die Wettbewerbsbedingungen in anderen Märkten bestimmen.

4.2. Das „Altverleger“-Modell (§ 36 GWB)

Der neue § 36 Abs. 2 führt die Voraussetzungen aus, unter denen bei jedem Zusammenschluss von Zeitungsverlagen letztlich die kartellrechtlich relevanten Kriterien der marktbeherrschenden Stellung keine Gültigkeit mehr haben und demnach die Bestimmungen des § 36 Abs. 1 als aufgehoben gelten sollen. An die Stelle der Nachweispflicht kompensatorisch eintretender Wettbewerbs-

bedingungen tritt der Nachweis bestimmter Gesellschaftervereinbarungen zur Portfolio-Bestandssicherung („Altverleger“-Modell).

Damit wird nicht nur eine grundlegende Änderung und ein Richtungswechsel in der Pressefusionskontrolle vollzogen, sondern darüber hinaus der Sinn und die Zielsetzung des GWB insgesamt konterkariert. Denn die unter den in § 36 Abs. 2 genannten Voraussetzungen stellen eine generelle Freistellung von einer Überprüfung der Marktmacht und Marktbeherrschung dar. Mit dem Verzicht auf die Überprüfung von Marktmacht und Marktbeherrschung anhand qualifizierter Unterscheidung von Bedarfsmärkten wird in der Neufassung des § 36 ein Bruch mit der Systematik des gesamten GWB vollzogen. Nicht nachvollziehbar ist, dass über den für andere Branchen vorgeschriebenen Schwellenwert hinaus keine weitere Kontrolle der Marktmacht und Marktbeherrschung erfolgen soll.

Die neuen Bestimmungen des § 36 GWB fordern als Voraussetzung zur Freistellung von der Fusionskontrolle zum einen den Nachweis wirtschaftlicher Erforderlichkeit, zum anderen soll die Bildung so genannter Regionalketten unterbunden werden.

Hiergegen sind folgende Einwände vorzubringen:

4.2.1. Formale, nicht wirksame Sicherung des eigenständigen publizistischen Interesses

Mit der Beteiligung des Veräußerers an dem Unternehmen entsteht eine wirtschaftliche Interessenidentität von Veräußerer und Erwerber. Zumindest ist das besondere – auf das veräußerte Objekt bezogene – publizistische Interesse nicht mehr identisch mit dem besonderen wirtschaftlichen Interesse. Eine Bindung an die Vorschrift zum Erhalt des veräußerten Objekts ist substantiell nur de jure vorhanden. In der Praxis und angesichts der anzunehmenden Vielzahl solcher Regelungsfälle werden dadurch Möglichkeiten einer „Strohmann“-Publizistik geschaffen.

4.2.2. Formale, nicht wirksame Sicherung der inhaltlichen Selbstständigkeit

Mit der Entkoppelung von wirtschaftlichem und publizistischem Interesse ist die Vorschrift, der Erwerber dürfe nicht maßgeblich die inhaltliche Ausrichtung des erworbenen Objektes bestimmen können, letztlich kraftlos. Denn bei einer schnell sich herstellenden wirtschaftlichen Interessenidentität von Veräußerer und Erwerber wird damit nicht die wirkliche Entscheidungsfindung, sondern lediglich der Vollzug der Entscheidung an den Veräußerer oder einen Dritten übertragen. Eine Konkretisierung oder nähere Bestimmung in der Vorschrift ist aber verfassungsrechtlich nicht zulässig.

4.2.3. Formale, nicht wirksame Sicherung des Titelbestands

Die Vorschrift, Vorkehrungen zu treffen für den langfristigen Erhalt des erworbenen Objekts als selbstständige redaktionelle Einheit gilt dann als erfüllt, wenn dem Veräußerer bzw. Minderheitsgesellschafter zumindest ein Veto-Recht für Entscheidungen, die wesentlich für den Erhalt des Objekts als selbstständige redaktionelle Einheit sind, eingeräumt wird. Sie bezieht sich somit nur auf den Erhalt de jure, nicht aber auf die Marktstellung des Titels und die entsprechenden Anstrengungen des Unternehmens, die Marktstellung zu sichern und wenn mög-

lich zu verbessern. Eine in diesem Sinne weitergehende und konkretisierende Bestimmung dürfte allerdings einen rechtlich nicht zulässigen Eingriff in unternehmerisches und im Besonderen verlegerisches Handeln darstellen.

Die lediglich auf den Erhalt der redaktionellen Einheit zielende Vorschrift eröffnet somit eine weitere Übernahme-Variante, nämlich zum Zweck des „Auszehrens“ oder „Absterbens“ in Gestalt einer nur noch pro forma bzw. de jure existierenden redaktionellen Einheit. Insbesondere dann, wenn ein Unternehmen mehrere Zeitungen oder Zeitungen und Zeitschriften eines anderen Unternehmens gekauft hat, können die gesetzlichen Vorschriften leicht umgangen werden. (So wurde der Berliner Verlag seinerzeit von Gruner + Jahr einzig für den Erwerb der „Berliner Zeitung“ gekauft, über Jahre hinweg kam es zu einem „Absterben“ auch von zuvor auf dem Lesermarkt der DDR sehr erfolgreichen Titeln wie etwa der „Wochenpost“.)

4.2.4. Verhältnis (Abwägung) von Bestands- und Vielfaltssicherung

Die Ineinsetzung von Erhalts- oder Bestandsgarantien mit Vielfaltssicherung ist vom Grundgedanken der Vielfalts- durch Wettbewerbssicherung her äußerst problematisch. Ein Unternehmen darauf festzulegen, ein Presseobjekt dauerhaft im Portfolio zu führen, bedeutet zugleich eine dauerhafte Einschränkung von Marktzutritten. Diese mögen derzeit realistisch nicht anzunehmen sein. Im Fall der Auseinandersetzung um die Ministererlaubnis des Zusammenschlusses von „Tagesspiegel“ und „Berliner Zeitung“ waren aber immerhin Fristen von bis zu 20 Jahren in der Diskussion. Auf derart lange Zeiträume bezogen, stellen Bestandsgarantien für bestimmte Titel einen nicht zu rechtfertigenden, restriktiven Eingriff in die Entfaltungsmöglichkeiten publizistischer Vielfalt dar.

4.2.5. Verfassungsrechtliche Regelungsschranken

Die Schwäche der Vorschriften ist systematisch bedingt durch die jeweilige Stärke verfassungsrechtlicher Regelungsschranken. Das macht auch die Schwäche, wenn nicht sogar Unmöglichkeit einer fortlaufenden Überprüfung des jeweiligen Sachstandes aus. Letztere wäre ja Aufgabe der Kartellbehörde, die im Übrigen mit dieser Aufgabe völlig überfordert sein dürfte. In wie weit der vorliegende Entwurf bereits diese Begrenzungen überschreitet bzw. Verfassungsrecht berührt, wird im Einzelnen noch zu prüfen sein. Die bisherigen Auseinandersetzungen – so die Erörterungen anlässlich des Berliner Kartellverfahrens („Tagesspiegel“ und „Berliner Zeitung“) – lassen zudem darauf schließen, dass es zu aufwändigen, juristischen Verfahren kommt.

4.2.6. Überprüfung der Wirtschaftlichkeit

Während im Absatz 1a noch der Erhalt eines Zeitungstitels als Bedingung eines Zusammenschlusses genannt wird, formuliert der Absatz 1b nunmehr Kriterien für dessen Wirtschaftlichkeit, also den Nachweis der Erforderlichkeit eines Zusammenschlusses. Dies ist in mehrfacher Hinsicht äußerst problematisch. Denn hier will der Gesetzgeber vorschreiben, woran die Wirtschaftlichkeit eines Unternehmens zu messen ist.

Nicht die Anzeigenerlöse sind das entscheidende Kriterium für die Wirtschaftlichkeit eines Unternehmens und damit die unternehmerische Tragfähigkeit eines Zeitungstitels, sondern die Gesamtheit des Betriebsergebnis-

ses bzw. der zurückliegenden Jahresabschlüsse sowie der Prognose in Bezug auf die zu erwartende Marktstellung. Verwiesen sei hier auf zahlreiche Fälle, in denen Zeitungstitel bei fallenden Anzeigenerlösen ihre Jahresabschlüsse erheblich verbessern konnten (so im Vergleich zum defizitären „Tagesspiegel“ die konsolidierte „Berliner Zeitung“).

Selbst das „weiche“ Kriterium der Anzeigenerlöse wird relativiert durch das alternative Kriterium der Marktstellung auf dem Anzeigenmarkt („erheblich unter dem Durchschnitt vergleichbarer Zeitungsverlage“). Dies kommt aber einer vollständigen Freigabe jeweils des „erheblich“ schwächeren Wettbewerbers gleich. Denn natürlich werden höchstwahrscheinlich immer die Anzeigenerlöse mehrerer Zeitungstitel „erheblich unter dem Durchschnitt vergleichbarer Zeitungsverlage“ liegen.

4.2.7. Generalklausel für weiträumige Übernahmestrategien

Im Gesetzentwurf (§36) wird nicht zwischen der Wirtschaftskraft von Veräußerer und Erwerber unterschieden. Es kann sich um einen zu veräußernden oder um einen erwerbenden Zeitungstitel handeln. Dies stellt eine Generalklausel für weiträumige Übernahmestrategien dar.

Die Bestimmungen des § 36, Abs. 1b (a) zielen nicht ab auf die Erlössituation des Unternehmens, sondern eines Zeitungstitels. Auf die Wirtschaftskraft der beteiligten Unternehmen kommt es im Gesetzentwurf nicht an. Da die Marktstärke und Marktmacht des Unternehmens bzw. der Unternehmensgruppe nicht geprüft wird, ist somit eine Umgehungs- und Missbrauchsstrategie weiterhin möglich.

Konzerne und Verlagsgruppen (z.B. die Holtzbrinck-Verlagsgruppe oder der Axel Springer Verlag), die mindestens einen defizitären Titel im Portfolio führen (z.B. „Tagesspiegel“, „Die Welt“), können einen wirtschaftlich gesunden Titel (z.B. „Berliner Zeitung“ durch die Holtzbrinck Verlagsgruppe, „Hamburger Morgenpost“ durch den Axel Springer Verlag) dennoch erwerben.

4.2.8. Begrenzung von Regionalketten-Bildung

Durch § 36, Abs. 1b (b) soll die Bildung von regionalen Monopolen und Regionalketten verhindert werden. Die Formulierung von Abs. 1b (b) schafft aber keine Rechtssicherheit, denn eine Wiederholung der Anwendung von § 1, Abs. 1a ist demnach durchaus zulässig, wenn diese nicht „zeitlich eng aufeinander erfolgt“. Was aber unter „zeitlich eng aufeinander“ folgend zu verstehen ist, wird nicht weiter ausgeführt.

Als dynamische Klausel führt diese Regelung in letzter Konsequenz dazu, dass lediglich der unmittelbare Vollzug einer Regionalkettenbildung unterbunden wird, zu einem späteren Zeitpunkt jedoch ermöglicht werden kann. Dies ist, in langfristiger Sicht, eine deutliche Bevorzugung jener Akteure auf den Zeitungsmärkten, die großflächig und mit hohem Kapitaleinsatz operieren und kooperieren können, also der großen Verlagsgruppen und -konzerne.

4.3. Erhöhung der Aufgreifschwelle (§ 38, Abs. 3 GWB)

Die in § 38, Abs. 3 GWB definierte Aufgreifschwelle ist als statischer Wert immer wieder der veränderten wirtschaftlichen Entwicklung anzupassen. Dies ist aber zu-

letzt erst 1999, mit der 6. GWB-Novelle erfolgt. Die Erhöhung der Aufgreifschwelle, wie sie die Bundesregierung vorschlägt, ist in dieser Größenordnung (von derzeit 25 Mio. auf 50 Mio. Euro) nicht zu rechtfertigen.

Berücksichtigt man nämlich die extreme Differenzierung der Umsatzerlöse aufgrund der großen Schwankungen der Anzeigenpreise bei gleichen Vertriebsserlösen – je nachdem, ob im Wettbewerb (niedrigere Anzeigenerlöse) oder aber in wettbewerbsfreien Gebieten (höhere Anzeigenerlöse durch größere Reichweite) agiert wird –, dürften erst Zeitungen mit einer Auflage von bis zu 200.000 Auflage im Wettbewerbsgebiet und entsprechend niedriger Auflage in wettbewerbsfreien Gebieten den Schwellenwert von 50 Mio. EUR erreichen.

Legt man den Umsatz pro Titel zu Grunde, unterstellt also rechnerisch einen Ein-Zeitungs-Verlag, erreichen bereits heute unter den regionalen Abo-Zeitungen in den alten Bundesländern über 150 Titel (von insgesamt 250 Titeln) nicht den bisherigen Schwellenwert von 25 Mio. EUR. Deren Auflagenhöhe läge bei bis zu 100.000, während von der Erhöhung des Schwellenwertes auf 50 Mio. nach dieser Schätzung lediglich ca. 35 Titel (mit einer durchschnittlichen Auflage von über 200.000 Expl.) den Bestimmungen der Fusionskontrolle unterworfen.

Im Zusammenwirken mit anderen Änderungen, die der Gesetzesentwurf an den bisherigen Regelungen vornimmt, ergibt sich in der Praxis damit eine weitgehende Freistellung so gut wie aller Zeitungsverlage von der Fusionskontrolle. Berücksichtigt man zudem, dass es bei Zusammenschlüssen und Übernahmen in vielen Fällen sogar nahe liegt, entweder die Veräußerer oder aber einen Teil der Veräußerer weiterhin zu beteiligen, ist mit der angestrebten Reregulierung durch den Gesetzesentwurf de facto eine vollständige Deregulierung der Pressefusionskontrolle zu erwarten.

II. Zu den Auswirkungen im Bereich des Handels

1. Einleitung

Insbesondere der § 20 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist zur Sicherung verbindlicher und klarer Normen von großer Bedeutung. Diese Regelung soll dafür Sorge tragen, dass fairer Wettbewerb mit transparenten Preisen für die VerbraucherInnen und die Qualität und Vielfalt im Einzelhandel gewährleistet werden.

Der § 20 GWB verbietet, kleine und mittlere Wettbewerber durch Ausnutzung überlegener Marktmacht unbillig zu behindern. Eine unbillige Behinderung stellt insbesondere das nicht nur gelegentliche Angebot von Waren und Dienstleistungen unter Einstandspreis dar, es sei denn, dies ist sachlich gerechtfertigt.

Mit dem vorliegenden Novellierungsvorschlag reagiert die Bundesregierung auf die EG – Durchführungsverordnung zur Anwendung der Art. 81 und 82 EG (VO 1/2003), die zum 1.Mai 2004 in Kraft getreten ist. Diese Neuregelung hat erhebliche Auswirkungen auf das deutsche Recht für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen.

Der Entwurf ist von einem Systemwechsel gekennzeichnet, der die Entwicklungen auf europäischer Ebene nachvollzieht. Bisher galt im deutschen Wettbewerbsrecht das Prinzip einer grundsätzlich bestehenden Anmelde- und Genehmigungspflicht für wettbewerbsbeschränkende

Vereinbarungen. Nunmehr soll dieses in ein System der sog. Legalausnahme überführt werden. Demzufolge gelten künftig wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen automatisch als von Genehmigungen freigestellt, wenn sie die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG erfüllen.

Grundsätzlich hat der nationale Gesetzgeber auch nach der neuen EU – Richtlinie die Möglichkeit, bei zwischenstaatlichen Vereinbarungen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und seine Ausnahmen so zu regeln, dass sowohl deutsches als auch europäisches Recht parallel angewendet werden kann. Der Vorrang des europäischen Recht soll jedoch erheblich ausgeweitet werden. Dies wird damit begründet, dass auch in den Bereichen, in denen der deutsche Gesetzgeber von den europarechtlichen Vorgaben abweichen könnte, es letztlich keine klare Trennlinie zwischen Vereinbarungen mit zwischenstaatlichem zu solchen mit nur nationalem Charakter gibt. Deshalb enthält der Entwurf hierzu den Vorschlag der parallelen Anwendung von europäischem und nationalem Recht.

Die wesentlichen Neuregelungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Schaffung für den Bereich der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen ein nahezu identisches Recht auf europäischer Ebene.
2. Grundsätzliche Gleichbehandlung von horizontalen und vertikalen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen.
3. Einführung des Verbotes des Art. 81 Abs. 1 EG in das deutsche Recht für vertikale Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die unterschiedlichen Wirtschaftsstufen angehören.
4. Einführung einer Art. 81 Abs. 3 EG entsprechenden Generalklausel für die Freistellung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen.
5. Aufhebung der meisten speziellen Freistellungstatbestände im bisherigen deutschen Recht unter Beibehaltung einer Sonderregelung für die Freistellung von Mittelstandskartellen.
6. Aufrechterhaltung des per – se- Verbots für Preisbindungen der 2. Hand.
7. Einführung des Systems der Legalausnahme.
8. Veränderung der Regelungen zur Zusammenschlusskontrolle.

Grundsätzlich begrüßen wir eine Angleichung der Rechtsvorschriften an die europäischen Vorschriften. Dies gilt insbesondere für die Geltung des Art. 81 Abs. 1 EG nunmehr auch für das deutsche Recht durch die Änderung des § 1 GWB. Damit erstreckt sich das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen auch auf Unternehmen unterschiedlicher Wirtschaftsstufen, also zum Beispiel auf Vereinbarungen zwischen Großhändlern und Erzeugern. Das Verbot erfasst damit auch vertikale Konditionenbindungen und kann damit auch kleinere und mittelständische Unternehmen stärken. Dies könnte bei gleichen Wettbewerbsbedingungen zu einer positiven Entwicklung der Beschäftigung führen.

Allerdings darf auf Grund der europäischen Rechtssetzungspraxis der positive Effekt nicht überbewertet werden. Bei der Ausgestaltung und Anwendung der Vor-

schrift soll nach dem Willen des Gesetzgebers die sog. Gruppenfreistellungsverordnung für Gruppen von vertikalen Verordnungen (sog. Vertikal – GVO) herangezogen werden. Dies bedeutet, dass im Kern diese Verordnung die grundsätzliche Freistellung der überwiegenden Anzahl der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen bewirkt, soweit es sich nicht um Inhaltsbindungen für Preise und Konditionen handelt.

ver.di unterstützt zudem ausdrücklich die Position der Bundesregierung zum Erhalt und zur Stärkung des Wettbewerbsprinzips vor allem durch die Beibehaltung des § 20 GWB. Tatsache ist jedoch, dass Verkäufe unter Einstandspreisen gängige Praxis sind, so dass ungleiche Geschäftspraktiken zwischen den Konkurrenzunternehmen am Markt weiter gestützt und angeheizt werden.

2. Die Wettbewerbssituation im deutschen Einzelhandel

Die Strukturprobleme im deutschen Einzelhandel spitzen sich in Verbindung mit zunehmender Konzentration und massivem Personalabbau erheblich zu.

Die Verschärfung des Wettbewerbs der Unternehmen untereinander ist das Resultat von stagnierenden Umsätzen durch wirtschaftlich schwierige Rahmenbedingungen wie steigende Arbeitslosigkeit und wachsende Armut in weiten Teilen der Bevölkerung und damit einhergehendem Rückgang der Massenkaufkraft. Ebenso ist eine volkswirtschaftliche Verschiebung zu Lasten des Anteils des Einzelhandelsumsatzes am privaten Verbrauch zu verzeichnen.

Vor allem aber nutzen vorrangig große Konzerne und Unternehmen neue Kundenbindungsstrategien nach dem Wegfall des Rabattgesetzes, um die eigene Marktmacht zu stärken und den Konkurrenzdruck auf MitbewerberInnen zu erhöhen. Wir erleben seitdem zermürbende Preiskämpfe noch nie da gewesenen Ausmaßes, bei denen selbst die Handelsverbände von „kollektivem Selbstmord“ sprechen. Unternehmen erkennen an ihren Bilanzen, dass die beispiellosen Rabattschlachten ihr Ziel, den eigenen Marktanteil zu erhöhen und Erträge zu steigern, verfehlen: Sie gefährden stattdessen in immer größerem Umfang die eigene Rendite und vernichten in der Folge Arbeitsplätze durch massiven Personalabbau.

Dennoch verfügen große Unternehmen und Konzerne über größere finanzielle Spielräume als die „kleineren“ MitbewerberInnen, da ihnen im allgemeinen bei LieferantInnen hohe Vorzugskonditionen (z. B. Mengenrabatte) gewährt werden, die ihre Einkaufsmacht steigern.

Kleine und mittelständische Unternehmen halten diesem Konkurrenzdruck aufgrund des kleineren finanziellen Rahmens kaum noch stand. Entgegen des Arguments, der Facheinzelhandel und nicht-filialisierte Unternehmen hätten durch ihre Kundennähe mehr Spielraum beim Wettbewerb um die Kundschaft, können sie immer weniger zeitnah auf die Bedarfe und Wünsche der Kunden reagieren.

Die Erfahrungen der letzten zwei Jahre verdeutlichen zudem, dass die stärkere Marktposition großer Unternehmen auch genutzt wird, um Zulieferer auf z.T. aggressive Weise über die Abnahme großer Mengen Preise aufzuerlegen, die den Verdrängungswettbewerb auch auf den Bereich der Industrie ausdehnen. Gerade bei Lebensmitteln würde sich dies zu Gunsten einer Oligopolbildung auswirken, bei der regionale Qualitätsprodukte keine Be-

rücksichtigung finden und lange und damit transportintensive und ökologisch bedenkliche Distributionssysteme zwangsläufig die Folge sind.

Einer Umfrage des Handelsblatt Business-Monitor zufolge (repräsentative Auswahl von Führungskräften der deutschen Wirtschaft im Juni 2002) gaben 68 % der Befragten an, Neuverhandlungen der Preise mit ihren Zulieferern als „Krisenbewältigungsstrategie“ zu nutzen, 51 % verhängen Einstellungsstopp, 40 % greifen zu Stellenabbau.

Die Preisspirale wird also immer häufiger an die LieferantInnen weitergeleitet. Diese stehen ihrerseits vor dem Problem, ihre Rohstoffe noch preisgünstiger auf dem Markt erwerben zu müssen. Zunehmend ist dann die Frage gerechtfertigt, welche Qualität für welchen Preis auf dem Markt noch zu haben ist. Denn die Qualität von Produkten macht sich auch am Preis und der Entwicklung der Preispolitik fest, die Folge sind Qualitätsmängel durch die Auswahl geringwertiger Waren.

Zunehmend wird zum Erhalt günstigerer Ware auch der Bezug von Gütern aus dem Ausland genutzt. Allerdings werden dabei die problematischen Produktionsbedingungen in Kauf genommen, unter denen die meist weiblichen jungen Arbeitskräfte oder ArbeitsmigrantInnen im Ausland arbeiten.

Negative Folgen ergeben sich für kleinere und wohnortnahe Betriebe zusätzlich, wenn sie bei der Auswahl ihrer Lieferanten an die wenigen Anbieter gebunden sind, die überhaupt noch in geringen Mengen beliefern. Die Preise für die EndverbraucherInnen erhöhen sich zwangsläufig und der Markt teilt sich zunehmend zwischen wohnortnahen „Luxusanbietern“ und Discountern auf.

Die deutschen VerbraucherInnen haben von Preisnachlässen von bis zu 50 % und mehr - auch durch Verkäufe unter Selbstkostenpreis - zweifellos profitiert. Die anhaltende Rabattwelle führt jedoch zu sinkendem Vertrauen der KonsumentInnen in die zweifelhafte und intransparente Preispolitik der Handelsunternehmen. Ständige Rabattaktionen führen indessen zu einer abwartenden Haltung der VerbraucherInnen in Erwartung weiter sinkender Preise.

Die Ergebnisse einer qualitativen Marktforschungsstudie des ifm Wirkungen + Strategien (Köln) auf der Grundlage tiefenpsychologischer Befragungen bestätigt den Wunsch der KundInnen nach stabilen Preisen und deutlicher Positionierung der HändlerInnen nach Niedrigpreis- oder „Luxusanbieter“. Diese klare Orientierung machte es z.B. den Discountern möglich, im Ringen um Kundschaft deutlich zu gewinnen.

Wenn für die Verkaufsstrategie der meisten Unternehmen „Der Kunde ist König!“ nach wie vor höchste Priorität besitzt, müßten die Unternehmen eigentlich ein Interesse daran haben eine solide Preispolitik auch im Sinne zufriedener Kundschaft zu praktizieren.

VerbraucherInnen haben an den Einzelhandel aber auch andere, vielfältigere Erwartungen als ausschließlich einen niedrigen Preis. Sie wollen auch eine differenzierte wohnortnahe Versorgung mit Waren des täglichen Bedarfs einerseits und ein Angebot von qualitativ hochwertiger Ware, Servicequalität und fachliche Beratung andererseits. Preiskämpfe und der Preisverfall tragen aber wesentlich dazu bei,

- dass die Vielfalt und Ausgewogenheit des Einzelhandels und das wohnortnahe Warenangebot erheblich zurückgegangen ist,
- dass im Verdrängungswettbewerb die Großvertriebsformen und im Preiskampf vor allem die Discounter mit wenig Personal profitieren,
- dass im Einzelhandel immer seltener qualifiziertes und motiviertes Personal eingesetzt wird.

VerbraucherInnen brauchen das Vertrauen in eine funktionierende Handelsstruktur, in der sie sich wohnortnah mit Lebensmitteln und Waren guter Qualität versorgen können, fachkundige Beratung erhalten oder sich auch bei nur einfachen Fragen im Laden an Personal wenden können.

Die wohnortnahe Versorgung steht zudem logistisch für eine bessere Vereinbarkeit von beruflicher und reproduktiver Arbeit für die Bevölkerung.

3. Die Folgen für die Beschäftigten im Einzelhandel

Die Folgen der aggressiven Preispolitik der Unternehmen für die Beschäftigten im Einzelhandel sind neben weiterer Arbeitsbelastungen durch verunsicherte VerbraucherInnen und einer Erosion der Beschäftigtenstruktur mit sinkendem Einkommensniveau die zunehmende Gefährdung ihrer Arbeitsplätze: Personalabbau wird in steigendem Maß als Mittel eingesetzt, um die eingebüßten Umsätze wegen kostenintensiver Preiskampfstrategien auf dem Rücken der Beschäftigten auszutragen. Eine direkte Folge ist die Senkung des Personalkostenanteils, der sich (je nach Vertriebslinie unterschiedlich hoch) nach Umsatz oder Deckungsbeitrag richtet. Das bedeutet direkten Stellenabbau und eine Umwandlung von Voll- in Teilzeitstellen oder geringfügige Beschäftigung. Im Jahr 2003 waren nur noch knapp 1,3 Mio. Beschäftigte in Vollzeit tätig. Das bedeutet einen Rückgang von mehr als 4 % zum Vorjahr. Der Anteil der Teilzeitbeschäftigten schwankt je nach Vertriebslinie stark, übersteigt aber inzwischen die Vollzeitstellen und lag bei den Lohn- und GehaltsempfängerInnen im Jahr 2003 bei 54,5%¹³¹. Tendenz weiter steigend.

Auffallend ist der seit der Neuregelung der geringfügigen Beschäftigung starke Anstieg der geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse im Einzelhandel um 30%. Jede/r dritte Beschäftigte im Einzelhandel ist inzwischen geringfügig beschäftigt. Da diese Zahl parallel zum Rückgang bei Voll- und sozialversicherungspflichtiger Teilzeit stieg, ist die von uns befürchtete Verdrängung von sozialversicherungspflichtiger Voll- und Teilzeitbeschäftigung eingetreten.

Die Verschiebung in den Beschäftigtenstrukturen hat zu einem deutlichen Rückgang an eingesetzten Arbeitsstunden (Arbeitszeitvolumen) geführt. 2003 wurden erstmals weniger als 3 Mrd. Arbeitsstunden im Einzelhandel eingesetzt. Der Rückgang gegenüber dem Vorjahr beträgt damit 6,5 Prozentpunkte. Die Einsparungen an Arbeitszeitvolumen im Einzelhandel seit dem Jahr 2000 entsprechen einem Beschäftigtenrückgang von mehr als 200.000 Beschäftigten auf Basis von Vollzeitäquivalenten.

¹³¹ Quelle: Statistisches Bundesamt auf der Grundlage der Handelsstatistik, letzte Handelsstatistik von 2001

Diese Entwicklung ist zu erheblichen Teilen auf den harten Verdrängungswettbewerb im Einzelhandel zurückzuführen.

Die Anzahl der geringfügigen Beschäftigung wird voraussichtlich als weiteres Instrument im Kampf um Marktanteile weiter ansteigen.

Damit geht eine Erosion der Beschäftigungsbedingungen einher, die dramatische Ausmaße angenommen hat und in einer Branche mit einem Anteil von über 70% weiblichen Beschäftigten vorwiegend Frauen trifft.

Insgesamt kann festgestellt werden, dass alle Effekte von Kostensenkungsmaßnahmen der Unternehmen (Kapital-, aber auch Personalkosten!), die dazu dienen sollen, die Umsatzrückgänge aufzuhalten, vollständig durch den Preisverfall im Handel aufgezehrt werden („Mercer Management Consulting“ – Studie, FAZ, 03.03.02) und daher nicht greifen. Dazu gehört in zunehmendem Maße auch der Verkauf unter Selbstkostenpreis. Durch Verkäufe unter Einstandspreisen oder Rabattschlachten ohne zeitliche Begrenzungen wird der enorme Preisverfall zusätzlich angeheizt.

Auf der Basis dieser Erfahrungen um die Auswirkungen des scharfen Wettbewerbs auf die Struktur des Einzelhandels wird deutlich, dass Verkäufe unter Selbstkostenpreis keinesfalls - von WirtschaftsvertreterInnen gern beschworen – als „selbstregulierende Kräfte des Marktes“ wirken, sondern dass es sich hierbei vielmehr um eine Maßnahme im Verdrängungswettbewerb handelt, der die ungleichen Geschäftspraktiken zwischen den KonkurrentInnen am Markt stützt und weiter anheizt.

Dabei wird auch mit der Gefahr wettbewerbsrechtlicher Konsequenzen (finanzieller Sanktionen) vielfach ignoriert, dass Rabatt- und Reduzierungsaktionen nicht unbegrenzt möglich sind. Die bisherige Sanktionierungspraxis zeigt vielmehr, dass diese vor allem bei großen Unternehmen und Konzernen kein Hindernis zur Eindämmung, bzw. zum Verzicht auf wettbewerbsrechtlich untersagte Geschäftspraktiken darstellt.

Die verhängten Geldbußen fallen trotz sinkender Margen für Konzerne und große Unternehmen eher gering aus. Zudem ist der gerichtliche Prozess für die „Großen“, die im Gegensatz zu den „Kleinen“ meist über eine Rechtsabteilung verfügen, eher unkompliziert und zieht nur einen geringen zusätzlichen Kostenaufwand nach sich.

4. Anforderungen an das deutsche Wettbewerbsrecht

Wettbewerbsrechtliche Regelungen haben eine wichtige Schutzfunktion: Einerseits bieten sie Schutz gegenüber den verhandlungsschwächeren VerbraucherInnen vor irreführender Preisgestaltung, andererseits schützen sie den mittelständischen Einzelhandel gegen die Verdrängungsstrategien der Konzernunternehmen. Die Regelungen können begründete Sorge vor steigenden Leerständen und Insolvenzen mindern (im Einzelhandel ist die Anzahl von 2002 bis 2003 mit fast 4000 Insolvenzen weiter um 14 % angestiegen, dabei ist insbesondere der Facheinzelhandel betroffen).

Der Konkurrenzdruck im Einzelhandel darf nicht in dem Maße ansteigen, dass gerade im Lebensmitteleinzelhandel Preisvorteile nur noch auf Kosten der Qualität zu erzielen sind. Zunehmende marktverzerrende Dumpingpraktiken müssen verhindert werden, um den Rationali-

sierungsdruck der Unternehmen untereinander zu senken und den Strukturproblemen im Einzelhandel und vorgelegten Bereichen entgegenzutreten.

Dazu ist der Handel im Teufelskreis von Preiskämpfen bei steigenden Kosten, Flächenexpansion trotz stagnierender bzw. rückläufiger Umsatzentwicklung und einer kontinuierlichen Verschärfung des Konkurrenzdrucks nicht in der Lage.

Um diesen Verdrängungswettbewerb zu Gunsten bedienungsarmer, standardisierter und preisaggressiver Vertriebslinien einzudämmen, sehen wir massiven Regulierungsbedarf. Der Handel braucht klare und verschärfte Regelungen gegen mißbräuchliches Verhalten der Unternehmen durch Normen, die bereits das bloße Fordern von ungerechtfertigten Sondervorteilen untersagen.

5. Forderungen der ver.di zur Durchsetzung fairer Preise im Einzelhandel

In Zusammenhang mit den Rabattschlachten im deutschen Einzelhandel gab (und gibt) es immer wieder Kollisionen mit der Auslegung von geltendem Recht. Hier greifen vor allem das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Diese Gesetze sollen einerseits klare Normen für alle am Wettbewerb Beteiligten setzen, lassen es gleichzeitig jedoch an verbindlichen und zweckmäßigen Regelungen fehlen oder widersprechen einander in der Umsetzung gar. Zusätzlich bereiten die Anstrengungen der EU, möglichst einheitliche europäischen Richtlinien zu erarbeiten, große Mühe.

ver.di fordert daher eindeutige Regeln für einen fairen Wettbewerb, um

- transparente, faire Preise für die VerbraucherInnen zu sichern
- Qualität und Vielfalt statt „wir können nur billig“ zu sichern
- Preisdumping zu Lasten von Mittelstand, Beschäftigten und Herstellern zu verhindern.

Wir fordern im Einzelnen:

- Das Verbot des „Untereinstandspreisverkaufs“ praktikabler machen

Wir begrüßen die in § 20 GWB geregelte Aufrechterhaltung des Verbotes von Verkäufen unter Einstandspreis.

Die Erfahrungen der letzten Jahre zeigen jedoch, dass Untereinstandsverkäufe dennoch gängige Praxis waren und sind. Hier bleibt die bestehende gesetzliche Regelung hinter der Realität zurück, in der Verkäufe unter Selbstkostenpreis – von Wirtschaftsvertretern gern beschworen als „selbstregulierende Kräfte des Marktes“ -, als Maßnahme im Verdrängungswettbewerb praktiziert werden.

Um mißbräuchliches Verhalten wie Untereinstandsverkauf sowie bereits den Verdacht auf Verkäufe unter Selbstkosten zu reklamieren, benötigen potentielle Kläger den Schutz übergeordneter Institutionen. Wir fordern deshalb einen gesetzlichen Auskunftsanspruch für Kartellbehörden und Wirtschaftsverbände, um den § 20 GWB praktisch wirksam werden zu lassen.

Eine Veränderung der jetzigen Formulierung in § 20 Abs. 3 GWB halten wir für erforderlich, damit zusätzlich das bloße Fordern von Sondervorteilen insbesondere durch marktbeherrschende Unternehmen verboten wird.

- Klare rechtliche Grundlagen für Saisonschlussverkäufe

Fairer Wettbewerb ist dann möglich, wenn eindeutige rechtliche Grundlagen gemeinsame Saisonschlussverkäufe zu bestimmten Stichtagen sichern. Schlussverkäufe haben verbindlichen Charakter für die VerbraucherInnen, genießen bei ihnen einen hohen Stellenwert und sind zur Lagerräumung für die Unternehmen unverzichtbar. Die VerbraucherInnen sind schon jetzt, das zeigen die hohen Verluste nach dem letzten Winterschlussverkauf (-8% zum Vorjahr), übersättigt von den Dauer-Rabatt-Einzelaktionen der letzten Monate, zumal ihnen nicht mehr Geld zur Verfügung steht, das sie zusätzlich noch für Schlussverkäufe ausgeben können.

Einheitliche, zeitlich begrenzte Sonderverkaufsveranstaltungen bieten daher eine verbindliche Orientierung für KonsumentInnen und den Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen gegen die übermächtige Konkurrenz, ausgedehnt nun über das gesamte Jahr.

ver.di unterstützt die Empfehlung des Hauptverbandes des Deutschen Einzelhandels (HDE) für eine grundsätzliche gesetzliche Klarstellung. Nach dem Wegfall des geregelten Schlussverkaufs diskutieren die Verbände über die alternative Möglichkeit, regionale Schlussverkäufe mit den Unternehmen zu verhandeln. Entsprechende Absprachen der Handelsunternehmen auf örtlicher Ebene gelten jedoch nach dem Kartellrecht als unzulässig. Hier kollidiert also das UWG mit Regelungen im Kartellgesetz.

ver.di erwartet von der Bundesregierung, sich deutlich für den Erhalt gesetzlicher Normen zu Saisonschlussverkäufen einzusetzen, nachdem sich sowohl ver.di als auch die Fachverbände kritisch und besorgt über Streichung der Schlussverkäufe und deren Auswirkungen geäußert haben.

Dies muss in Abgrenzung zu Kartellverboten erfolgen, die vor allem die „Kleinen“, aber auch vom Einzelhandel abhängige Zulieferunternehmen vor Benachteiligungen durch Preisabsprachen schützt. Die örtlichen Kartellbehörden brauchen eine gesetzliche Klarstellung zur Vermeidung von Unsicherheiten.

- Verlässliche Preisgestaltung

Faire und vertrauenswürdige Preisgestaltung ist zentrale Voraussetzung zur Orientierung der VerbraucherInnen. In der Werbung müssen ausgezeichnete Normalpreise eine angemessene Zeit lang ernsthaft gefordert worden sein. Preise extra zu erhöhen, um im direkten Anschluss die Gewährung eines höheren Rabattes vorzutauschen, ist unzulässig

und führt lediglich zur Verunsicherung der KonsumentInnen.

Wir fordern neben zeitlich begrenzten Sonderverkaufsveranstaltungen auch ein klares Verbot irreführender Werbung, um diese sogenannten Mondpreise zu unterbinden. Der Begriff der „angemessenen Zeit“ im § 5 Abs. 4 des Gesetzentwurfes des UWG muss dabei so präzisiert sein, dass mögliche Spielräume in der Interpretation verhindert werden.

- Faire Vertragsgestaltung zwischen Zulieferunternehmen und Handel

Viele Handelskonzerne versuchen die Kosten für den Preiskampf durch das Ausüben von Einkaufsmacht auf die Lieferantenpreise weiterzugeben. Die Erfahrungen der letzten Jahre zeigen, dass vor allem die „Großen“ ihre Einkaufsmacht nutzen, um sich gegenüber den Lieferanten verbesserte Bezugsmöglichkeiten durch ein einseitiges Preisdiktat zu verschaffen.

Zu fairen Verträgen gehört es auch, Forderungen von Sondervorteilen bei Zulieferern zu unterlassen und einen chancengleichen Wettbewerb für alle am Markt Beteiligten zu gewährleisten, letztlich auch im eigenen Interesse. Eine Veränderung der jetzigen Formulierung in § 20 Abs. 3 GWB halten wir daher für erforderlich, damit zusätzlich das bloße Fordern von Sondervorteilen verboten wird.

Das „Spiel“ mit den Rabatten führt letztlich auch zu weiterer Konzentration im Einzelhandel und lässt Qualität und Vielfalt ins Hintertreffen geraten.

Abschließend ist festzustellen, dass die grundsätzliche Gleichstellung von vertikalen und horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen positive Auswirkungen auf die Handelsstrukturen haben kann. Gleichwohl steht jedoch zu befürchten, dass auf Grund der den europäischen Regelungen folgenden Freistellungsmöglichkeiten die Novellierung des GWB den Wettbewerb in Deutschland weiter verschärfen und mittelfristig zu einem erneuten massiven Abbau der Beschäftigung im Einzelhandel führen wird.

Rahmenrechtliche Regelungen sind überfällig, um Chancengleichheit im ruinösen Verdrängungswettbewerb herzustellen und KundInnen so bald als möglich die Gelegenheit zu geben, wieder Vertrauen in den Markt zu gewinnen.

Dabei dürfen die Bemühungen der EU zu einem einheitlichen Kartellrecht nicht dazu führen, dass marktverzerrende Dumpingpraktiken auf Kosten der Qualität im deutschen Einzelhandel Tür und Tor geöffnet werden.

15. September 2004

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1337

15. September 2004

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung in Berlin am 20. September 2004 zum

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

Deutscher Journalistenverband e.V.

Mit Schreiben vom 10. September 2004 hat der Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit u.a. den Deutschen Journalisten-Verband zu einer Anhörung am 20. September 2004 zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (im Folgenden: 7. GWB-Novelle) eingeladen, insbesondere um eine Stellungnahme gebeten zu dem Themenkatalog

- Ökonomische Lage auf dem Zeitungsmarkt, Wettbewerbssituation, Kartellpraxis, Reformbedarf, Absicherung der Vielfalt im Vertrieb/Pressegrosso
- Vorschläge der Bundesregierung für die Fusionskontrolle, verbesserte Möglichkeiten der Kooperation von Zeitungsverlagen, Fusionserleichterungen bei Erhaltung eigenständiger Redaktionen

Der Deutsche Journalisten-Verband (DJV) hat im November 2003 eine Stellungnahme zum Problem der (publizistischen) Konzentration der Tageszeitungen in der Bundesrepublik Deutschland veröffentlicht. Die Stellungnahme wurde vom DJV ergänzt um eine Stellungnahme vom Januar 2004 zu den Vorschlägen des Referentenentwurfs vom Dezember 2003.

Gegenüber dem Referentenentwurf der 7. GWB-Novelle vom Dezember 2003 wurden im Regierungsentwurf die §§ 31 und 36 GWB-E nochmals erheblich modifiziert. In § 31 GWB-E wurde eine Regelung zu Anzeigenkooperationen aufgenommen, in § 36 Abs. 1a und Abs. 1b GWB-E ist nunmehr die Genehmigungspflichtigkeit einer marktbeherrschenden Stellung durch das Bundeskartellamt und eine Missbrauchsklausel vorgesehen. Auch nach dem Studium des Wortlauts und der Begründung dieser Vorschläge bleibt der DJV im Wesentlichen bei seiner bisherigen Bewertung der Änderungsvorschläge zu den Pressefusionsregelungen. Ergänzend zu seinen bisherigen Stellungnahmen trägt er aber wie folgt weiter vor:

1. Zur Zielsetzung einer Änderung der pressenspezifischen Regelungen der Zusammenschlusskontrolle

In der Begründung der 7. GWB-Novelle vom 12. August 2004 zur Novellierung im Pressebereich wird ausgeführt, die vorgeschlagenen Regelungen dienen der Sicherung

des Erhalts der „noch sehr vielfältigen deutschen Presselandschaft“ unter veränderten wirtschaftlichen Bedingungen und entstandener neuer Konkurrenz anderer Medien (S. 36).

Der Pressebereich, insbesondere die Zeitungen, befindet sich in einer wirtschaftlich schwierigen Lage. Ursächlich seien dafür grundlegende strukturelle Veränderungen, wie schrumpfende Leserzahlen, rückläufige Anzeigen und sinkende Werbeeinnahmen (aaO).

Vor diesem Hintergrund sei zu erwarten, dass die genannten strukturellen Faktoren einen erhöhten Konzentrationsdruck insbesondere bei Zeitungsverlagen auslösten. Zusätzliche Konzentrationstendenzen dürften sich durch Nachfolgeprobleme insbesondere bei kleinen und mittleren Verlagen stellen. Es sei für die Verlage daher vordringlich Rückgänge im Anzeigengeschäft durch Ausweitung des Vertriebsgeschäfts zu kompensieren und auf einer verbreiterten wirtschaftlichen Basis das Überleben der Unternehmen zu sichern (S. 37).

Mit der Änderung der pressenspezifischen Regelungen der Fusionskontrolle solle der Situation in dreifacher Weise Rechnung getragen werden (S. 37 f):

- Zum einen sollten die Kooperationsmöglichkeiten im Anzeigenbereich (§ 31) für Zeitungen erweitert werden.
- Des Weiteren sollten die Spielräume für fusionskontrollfreie Zusammenschlüsse von Presseverlagen durch Halbierung des Umsatzberechnungsfaktors in § 38 Abs. 3 des Entwurfs auf das Zehnfache (Aufgreifschwelle: 50 Mio. Euro) und die Anwendbarkeit der Bagatellklausel des § 35 Abs. 2 Nr. 1 des Entwurfs bis zu einer Schwelle von 2 Mio. Euro erweitert werden.
- Zum dritten sollten darüber hinaus Zusammenschlüsse von Zeitungsverlagen trotz Marktbeherrschung unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht werden. Die insoweit vorgesehene Regelung in § 36 Abs. 1a und Abs. 1b GWB-E sieht vor, dass Zusammenschlüsse von Zeitungsverlagen trotz Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

nicht zu untersagen sind, wenn die beteiligten Verlage freiwillig eine Einschränkung ihrer verlegerischen Dispositionsfreiheit akzeptieren. Die erworbenen Zeitungen müssen danach neben der erwerbenden mit ihren redaktionellen Ausgaben als eigenständige redaktionelle Einheiten erhalten bleiben und der Erwerber darf nicht die Titelrechte und nicht die alleinigen Bestimmungsrechte über die inhaltliche Ausrichtung der Redaktion erhalten. Die Wirksamkeit und Kontrolle dieser Regelungen soll durch zivilrechtlich durchsetzbare Ansprüche gewährleistet und durch Bedingungen oder Auflagen des Bundeskartellamts abgesichert werden. Allerdings soll diese Regelung nur anzuwenden sein, wenn der jeweilige Zusammenschluss für die langfristige Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der erworbenen und der erwerbenden Zeitung erforderlich ist.

2. Konjunkturelle Ursachen oder Strukturwandel?

Zur Frage, ob die derzeitige wirtschaftliche Lage der Pressebranche konjunkturelle Ursachen hat oder Teil eines Strukturwandels ist, hat der DJV in seinen Stellungnahmen vom November 2003 und Januar 2004 bereits hinreichend vorgetragen. Zusammenfassend wird insoweit nochmals auf das Sondergutachten der Monopolkommission vom März 2004 (S. 3) hingewiesen:

„In welchem quantitativen Verhältnis diese (Anm.: Entwicklung der Lesermärkte, der Anzeigenentwicklung und Substitution der Zeitungen in beiden Bereichen durch andere Medien, z.B. Fernsehen und Internet) konjunkturellen und strukturellen Effekte zueinander stehen, wird sich frühestens nach einer konjunkturellen Erholung zeigen.“ Zu Recht betont die Monopolkommission, dass sich insbesondere Zeitungsverlage mit ihren redaktionellen Inhalten und ihren Vermarktungskennnissen im Anzeigen- und Werbemarkt in einer starken Wettbewerbsposition auch auf dem elektronischen Markt besonders des Internets befinden.

Die bisher vorliegenden Daten lassen nach Auffassung des Deutschen Journalisten-Verbandes nicht ohne weiteres den Schluss zu, dass die Zeitungsmärkte grundlegenden strukturellen Veränderungen unterliegen. Die dafür ins Feld geführten Fakten sind bisher nicht so stichhaltig, dass sie diese Behauptung tragen könnten. Zu dieser Schlussfolgerung kommt z.B. eine erst im Dezember 2003 veröffentlichte Studie der Wirtschaftsprüfer Ernst & Young, die auf Befragungen von Führungskräften von ca. 100 Tageszeitungen beruht. Nur 14 % der Befragten glauben, dass strukturelle Ursachen Grund der derzeitigen Tageszeitungsprobleme sind, ca. 56 % vertreten die Ansicht, es handele sich um konjunkturelle Gründe (E & Y, Zeitungen im Umbruch, 2003, S.11).

Auf strukturelle Ursachen der Zeitungskrise weist andererseits eine jüngst veröffentlichte Studie u.a. der Ifra (www.ifra.com, Ifra und Schickler Beratungsgruppe, Konjunktur- oder Strukturkrise, wohin entwickeln sich die regionalen Tageszeitungen, 2004) hin. Danach sind weniger die Entwicklung der Anzeigenerlöse als Strukturprobleme erkannt, als vielmehr der Verdrängungswettbewerb der Medien, die veränderte Kundenstruktur und die sinkende Attraktivität der Tageszeitungen für überregionale Anzeigen (S.6 der Zusammenfassung). Als wesentliche Strukturgründe für die negative Auflagenentwicklung sind genannt die sinkende Affinität zur Tageszeitung in der Bevölkerung, die Veralterung in der

Gesellschaft, der Bevölkerungsrückgang im Verbreitungsgebiet, der Preis der Zeitung und die nicht ausreichende Leser-Blatt-Bindung (S.8 der Zusammenfassung).

Keineswegs sind also auch nach dieser Studie nur presse-spezifische Marktbedingungen Ursache für Strukturprobleme der Tageszeitungen. Mit Verdrängungswettbewerb, veränderten Kundenstrukturen, Überalterung der Bevölkerung, dem Bevölkerungsrückgang und Preisakzeptanzproblemen haben auch andere Wirtschaftsbereiche zu kämpfen, ohne dass solche Schwierigkeiten als Begründung für die Lockerung der Fusionskontrollregelungen erhalten könnten.

3. Publizistische Vielfalt statt Titelvielfalt

Nach Auffassung des DJV kommt es allerdings letztendlich auf die Beantwortung der Frage nach konjunkturellen oder strukturellen Ursachen der Zeitungskrise nicht an. Maßgeblich ist für den DJV der bestmögliche Weg zum Erhalt der publizistischen Vielfalt. Dieser Weg muss in der Lage sein, die Vielfalt der Publizistik in der Presse auch ökonomisch so abzusichern, dass sich Redaktionen auf gesunde und eigenständige verlagswirtschaftliche Strukturen stützen können. Dem werden die vorliegenden Änderungsüberlegungen nicht gerecht. Redaktionelle Einheiten, die ohne eigenständiges Verlagswesen auskommen müssen, werden langfristig nicht überlebensfähig bleiben oder sind zumindest der erheblichen Gefahr ausgesetzt, Kostensenkungsmaßnahmen oder Rationalisierungen zum Opfer zu fallen. Beispiele in der Vergangenheit haben dies deutlich gezeigt. Am Schluss bleiben die Titel erhalten und die publizistische Vielfalt auf der Strecke.

Der DJV redet damit keineswegs wirtschaftlich nicht haltbaren Strukturen das Wort. Wo Kooperationen und Fusionen auch im Interesse der Pressevielfalt und des Erhalts insbesondere redaktioneller Arbeitsplätze sinnvoll sind, unterstützt der DJV solche Vorhaben. Entsprechend hat der DJV zur Übernahme des Berliner Verlages durch die Holtzbrinck GmbH + Co KG Stellung bezogen. Der DJV wendet sich jedoch gegen die mit der beabsichtigten Novellierung erklärte Annahme, dass die Vorschläge zur Lockerung der Pressefusionskontrolle zur Gewährleistung der publizistischen Vielfalt beizutragen in der Lage ist. Das Gegenteil wird der Fall sein. Wenn heute 136 publizistische Einheiten mit 1584 Ausgaben bei 356 Herausgebern gegenüber 225 Einheiten, 624 Herausgebern und 1500 Ausgaben vor 50 Jahren, so zeigt diese Entwicklung, dass zum einen die Annahme, die Vielfalt der Presselandschaft werde durch die vorgesehene Regelungen erhalten, nicht begründet ist. Zum anderen ist aber auch die kartellrechtliche Notwendigkeit der vorgeschlagenen neuen Bedingungen in Frage zu stellen.

4. Bisherige Regelungen haben sich bewährt

Nach Auffassung des DJV haben sich die bisherigen Regelungen zur Pressefusionskontrolle bewährt. Der DJV sieht sich in dieser Meinung nicht nur durch die Stellungnahmen des Präsidenten des Bundeskartellamtes und der Monopolkommission bestärkt, sondern auch durch ein im Auftrag des Bundeswirtschaftsministerium erstelltes rechts- und Praxisvergleichendes Gutachten (Knoche/Zerdick, Vergleich der kartellrechtlichen Regelungen und ihrer Rechtsanwendung für Fusionen und Kooperationen im Bereich Presse und Pressegroßhandel in Europa und den USA, 2002, www.bmwi.de). Das Gutachten kommt zum Ergebnis:

- 1) Unter Zugrundelegung der in Deutschland feststellbaren empirischen Handlungsspielräume hinsichtlich der Einzel-Kriterien zu den gesetzlichen Grundlagen der allgemeinen Zusammenschlusskontrolle sind die Handlungsmöglichkeiten in Frankreich geringer, in Italien und USA gleich und in Großbritannien wegen der dort fehlenden Anmeldepflicht größer (S. 179),
- 2) Hinsichtlich der Einzel-Kriterien zu den gesetzlichen Grundlagen einer pressespezifischen Zusammenschlusskontrolle ist „eindeutig festzustellen“, dass diesbezügliche Handlungsspielräume in den genannten europäischen Ländern aber auch in den USA „wesentlich geringer „ als in Deutschland sind (S. 181).
- 3) Hinsichtlich der Einzel-Kriterien zu Entscheidungspraxis ist Deutschland das Land mit den vergleichsweise geringsten Handlungsspielräumen, ähnlich ist es in den USA und Großbritannien. Die Unterschiede sind aber deswegen nicht besonders groß, weil in allen untersuchten Ländern generell nur in wenigen Fällen Untersagungen bzw. Genehmigungen mit Auflagen ausgesprochen wurden (S. 182).
- 4) Hinsichtlich der Kriterien Gesetzliche Grundlagen und Entscheidungspraxis zu Kooperationen bestehen in Deutschland wie in den untersuchten europäischen Ländern große Handlungsspielräume. In den USA sind diese größer, weil dort in den Fällen auf ökonomischen Wettbewerb verzichtet wird, in denen (angeblich) der publizistische Wettbewerb durch ökonomische Kooperationen gesichert werden kann (aaO).
- 5) Hinsichtlich der Einzel-Kriterien zur Konzentration der Tagespresse und zu zukünftigen Handlungsspielräumen sind diese in den USA und Deutschland am größten. Die Unterschiede gegenüber den anderen europäischen Ländern sind aber gering (S. 184)
- 6) Als Fazit der Untersuchung wird festgehalten: „Die Handlungsspielräume der –nach wie vor überwiegend mittelständischen – Mehrzahl von Unternehmen in diesem Wirtschaftsbereich werden offenbar durch die deutsche Variante einer „pressespezifischen Zusammenschlusskontrolle“ nicht eingeschränkt. Hinzu kommt, dass auch für Großverlage in Deutschland weite Handlungsspielräume bestehen, und zwar vor allem aufgrund
 - der bisher nur sehr rudimentär entwickelten Cross-Media-Ownership-Regelungen,
 - nicht geregelter Auflagenbegrenzungen,
 - nicht vorhandener Regelungen für regionale Märkte und
 - nicht vorhandener Verknüpfungen mit medienrechtlichen Vielfaltsmaßstäben.“ (S. 186/187)

Dem in der Darstellung der rechtlichen Grundlagen und der Entscheidungspraxis der zuständigen Behörden sehr detaillierten Gutachten und seinem Fazit stehen die vorliegenden Vorschläge gegenüber, die in der Kernregelung des § 36 Abs. 1a und Abs. 1b einem einzigen Fall nachgebildet sind, dem Zusammenschluss der WAZ-Gruppe mit der NRZ im Jahr 1975. Dieser Zusammenschluss wurde nicht untersagt, weil sich die WAZ verpflichtete, die NRZ mit eigenständiger Redaktion als selbständige publizistische Einheit weiterzuführen(vgl.

Knoche/Zerdick, S. 26). Die Verpflichtung wird bis heute auch eingehalten. Insoweit kann nicht geleugnet werden, dass solche Modelle der Vielfaltssicherung auch funktionieren können. Der Fall zeigt aber auch, dass bereits bestehende Regelungen solche Verpflichtungen zulassen. Wenn aber dieses Modell als gesetzliche Regelung ausgestaltet wird, ist zu fragen, ob Presseverlage generell derartige Verpflichtungen überhaupt eingehen können. Das muss nach Meinung des DJV bezweifelt werden, weil Verlage, z.B. die Axel Springer Verlag AG, publizistische Grundsätze haben, die bei allen von ihnen verlegten Zeitungen einzuhalten sind. Solche Grundsätze wären bei unterstellter Gesetzeskraft der Vorschläge zu § 36 entweder nicht mehr durchsetzbar, was zu einer nicht unerheblichen Einschränkung der publizistischen Eigenständigkeit des Verlages führen würde. Oder die Regelungen des § 36 Abs. 1a GWB-E würden umgangen. Die Tauglichkeit des Modells als gesetzliche Grundlage ist jedenfalls insoweit fraglich.

Zu Recht weist die Begründung der 7. GWB-Novelle darauf hin, dass die Situation der Zeitschriften eine andere ist. Nach Beobachtung des DJV ist der Zeitschriftenmarkt sehr wettbewerbsintensiv. Das unterscheidet ihn grundlegend von den Zeitungsmärkten. Bereits deswegen kann die Situation in den Zeitschriftenmärkten eine Änderung der Pressefusionskontrolle nicht rechtfertigen. Sie wird im Übrigen auch von den betroffenen Verlagen nicht einmal verlangt.

5. Zu den einzelnen Vorschriften

Zu § 31

§ 1 GWB soll nach dem Vorschlag nicht gelten für Vereinbarungen von Unternehmen, die jeweils Zeitungen oder deren Bestandteile verlegen, herstellen oder vertreiben, über eine Zusammenarbeit im Anzeigenbereich. Auf Zusammenschlüsse zum Zwecke dieser Zusammenarbeit sollen die Vorschriften über die Pressefusionskontrolle im Hinblick auf die betroffenen Anzeigenmärkte keine Anwendung finden. Die Missbrauchsaufsicht soll bleiben unberührt.

Die vorgesehene Ausnahme vom grundsätzlichen Kartellverbot des § 1 GWB hat zum Ziel, Kooperationsmöglichkeiten im Anzeigengeschäft der Tageszeitungen als einem besonders erlösträchtigen Bereich zu erweitern. Solche Ausnahmen sind, wie wohl nicht presse- oder zeitungsspezifisch, bereits nach geltendem Recht geregelt in den Vorschriften zu §§ 2 bis 8 GWB. Ausnahmen vom grundsätzlichen Kartellverbot sollen nach § 4 GWB insbesondere auch dem Ausgleich struktureller Nachteile dienen, die kleinere und mittlere Unternehmen auf den jeweiligen Märkten haben (vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 2 GWB).

Derartige Voraussetzungen oder etwa die, dass der Wettbewerb auf dem Markt durch die Vereinbarung nicht beeinträchtigt werden darf, enthält § 31 GWB-E nicht. Zwar ist in der Anwendung des § 4 auch die Beteiligung von Großunternehmen nicht ausgeschlossen, die Rationalisierungsabrede muss aber in jedem Fall die Leistungskraft gerade der kleinen oder mittleren Unternehmen fördern (vgl. Bechtold, § 4 Rz. 3, 2.Aufl.) Im Gegensatz zu dieser vergleichbaren Norm des allgemeinen Kartellrechts soll § 31 GWB-E auch die Anzeigenkooperation zwischen Großunternehmen ohne Einschränkung erlauben.

Der Effekt, der durch diese gesetzliche Freistellung auf dem Anzeigenmarkt eintreten dürfte, ist für die kleineren und mittleren Zeitungsverlage wirtschaftlich brisant. Es kann prognostiziert werden, dass die Verlierer im Anzeigenmarkt kleine und mittlere Verlage sein werden, weil sie vergleichbare Konditionen wie die größeren nicht bieten können. In der Entscheidung „Stellenmarkt für Deutschland“ (Az: KVR 1/01) hat der BGH (bezogen auf Stellenmarktanzeigen) ausgeführt, dass sich im Anzeigenmarkt die Nachfrage „von selbst auf den stärksten Anbieter konzentriert.“ Insoweit handele es sich um eine Strukturbedingung dieses Marktes. Habe ein Anbieter einen Vorsprung erreicht, werde sich dieser tendenziell weiter ausbauen, weil Anzeigenanbieter wie Anzeigenleser dort die meisten der sie interessierenden Anzeigen erwarteten.

Diese Strukturbedingung ist als Anzeigen-/Auflagenspirale bekannt. Durch sie verschärft sich die ökonomische Situation kleiner und mittlerer Verlage und ihrer Tageszeitungen erheblich, wenn sie zukünftig nicht nur im Markt der Stellenanzeigen, sondern auch in anderen Anzeigenmärkten mit Anzeigenkombinationen der Großen der Branche auf der Grundlage des § 31 GWB-E rechnen müssen. Die Anzeigen-/Auflagenspirale, die kennzeichnend für das Geschäft mit Tageszeitungen ist, würde zuungunsten der kleinen und mittleren Verlage weitergedreht, wenn § 31 GWB-E mit dem vorgeschlagenen Wortlaut Gesetzeskraft erlangen würde.

Der DJV ist daher der Ansicht, dass – wenn eine zeitungsspezifische Kooperationsfreistellung geschaffen werden soll, diese nur unter vergleichbar engen Voraussetzungen möglich sein darf, wie die allgemeine Regelung des bisherigen § 4 GWB (§ 3 GWB-Reg.-Entwurf).

Der DJV hat in seinen bisherigen Stellungnahmen immer wieder seiner Ansicht nach dringend erforderliche Maßnahmen zur Presseförderung angeregt. Direkte Förderungsmaßnahmen wie in vielen europäischen Ländern sind bisher als nicht durchsetzbar abgelehnt worden. Der DJV vertritt gleichwohl die Meinung, dass solche Maßnahmen langfristig zum Erhalt der publizistischen Vielfalt im Interesse der Pressefreiheit notwendig sein werden. Die oben bereits angesprochene Anzeigen-/Auflagenspirale führt tendenziell zur Monopolbildung. Diese Wirkung muss dringend beseitigt werden.

Wenn mit § 31 nunmehr im Anzeigenbereich Vereinbarungen zur Zusammenarbeit vom grundsätzlichen Kartellverbot freigestellt werden sollen, könnte eine die Presse fördernde und Monopolbildung eindämmende Maßnahme darin bestehen, kleine und gegebenenfalls auch mittlere Unternehmen an Vereinbarungen von Unternehmen mit überlegener Marktmacht auch gegen den Willen der letztgenannten zu beteiligen. Da die Wettbewerbswirkung der Anzeigen-/Auflagenspirale bei unmittelbar konkurrierenden Tageszeitungen besonders groß ist, weil dem überlegenden Unternehmen überproportionale Vorteile besonders im Anzeigenbereich zuwachsen (vgl. Knoche/Zerneck, aaO, S.16f), ist es nach Auffassung des DJV im Interesse der Stärkung des publizistischen Wettbewerbs gerechtfertigt, eine solche Optionsregelung für kleine und gegebenenfalls mittlere Unternehmen vorzusehen. Die Missbrauchsaufsicht nach §§ 19, 20 GWB kann diesen gesetzgeberischen Ansatz nicht befriedigend erfüllen, weil sie nur zur Regelung eines Einzelfalles vorgesehen ist.

Durch eine derartige gesetzliche Verpflichtung wird das Interesse des überlegenden Unternehmens an der Gestaltung seines Geschäftsbetriebs nach eigenen unternehmerischen Gesichtspunkten nicht wesentlich eingeschränkt. Erlös- oder Gewinneinbußen entstehen nicht, da das kleinere Unternehmen lediglich die Option erhält, sich an einer bereits zwischen anderen getroffenen Zusammenarbeitsvereinbarung zu beteiligen. Werbekunden und Anzeigenleser erhielten einen noch größeren Wirkungskreis. Das kleinere Unternehmen könnte durch eine solche gesetzliche Regelung seine Wettbewerbsposition deutlich verbessern.

Der DJV schlägt daher für den Fall der Einfügung einer Regelung zu Anzeigenkooperationen eine entsprechende Regelung vor. Er folgt dabei im Ergebnis der Entscheidung des BKartA in der Sache RMS, B6 127-99. Unter Berücksichtigung des oben ausgeführten regt der DJV folgenden Wortlaut eines § 31 GWB an:

„ § 31

Anzeigenkooperation

(1) ¹ § 1 gilt nicht für Vereinbarungen von Unternehmen, die jeweils Zeitungen oder deren Bestandteile verlegen, herstellen oder vertreiben, über eine Zusammenarbeit im Anzeigenbereich, wenn

- 1. dadurch der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird und*
- 2. die Vereinbarung dazu dient, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen zu verbessern.*

² Auf Zusammenschlüsse zum Zweck der in Satz 1 genannten Zusammenarbeit finden die Vorschriften des Siebten Abschnitts im Hinblick auf die betroffenen Anzeigenmärkte keine Anwendung. ⁴ Die §§ 19 und 20 bleiben unberührt.

(2) ¹ Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht dürfen ihre Marktmacht nicht dazu ausnutzen, solche Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern. ² Eine unbillige Behinderung im Sinne des Satzes 1 liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmen sich weigert, einen kleinen oder mittleren Wettbewerber an der Vereinbarung oder den Zusammenschluss nach Abs. 1 zu beteiligen. “

Zu § 35 Abs. 2 Satz 2

Mit der vorgesehenen Änderung in § 35 Abs. 2 S. 2 soll „sehr kleinen Presseunternehmen die volle Verwertung der in ihnen steckenden Vermögenswerten ermöglicht“ (S. 56). werden. Die vorgesehene Schwelle für die Bagatellklausel soll von 1 Mio. Euro auf 2 Mio. Euro angehoben werden. Nach Auffassung des DJV ist diese Änderung geeignet, insbesondere Großverlagen die Möglichkeit zu bieten, kleinere Presseunternehmen zu übernehmen. Da nach § 35 Abs. 2 Nr. 1 lediglich eines der beteiligten Unternehmen unterhalb der Bagatellschwelle liegen muss, kann jedes beliebige andere Unternehmen sich mit diesem Unternehmen zusammenschließen. Eine Beschränkung des Wettbewerbs gerade auf lokalen oder regionalen Zeitungsmärkten wäre die Folge, soweit diese Unternehmen heute noch selbständig sind. Zugrunde gelegt wird ausweislich der Begründung (S. 38) insoweit die Selbständigkeit von noch 30 Zeitungsverlagen. Bei

349 Zeitungsverlagen bedeutet dies, dass immerhin 8,6 % des Marktes kontrollfrei beseitigt werden kann. Nicht absehbar ist die Wirkung dieser Regelung im Zeitschriftenmarkt, in dem mehr als 800 Verlage agieren. Die publizistische Vielfalt, deren Schutz § 35 Abs. 2 S. 2 in der derzeitigen Fassung dienen soll, wird durch die Neufassung nicht gestärkt.

Zu § 36 Abs. 1a

Das Herzstück der vorgesehenen Änderung der presse-spezifischen Zusammenschlusskontrolle ist der neue Absatz 1a des § 36 und die sogenannte Missbrauchsklausel des Abs. 1b. Nach § 36 Abs. 1a ist ein Zusammenschluss von Zeitungsunternehmen trotz Marktbeherrschung dann nicht zu untersagen, wenn Vorkehrungen getroffen sind, dass die erworbene Zeitung langfristig neben der erwerbenden mit ihren redaktionellen Ausgaben als eigenständige redaktionelle Einheit erhalten bleibt. Nach Satz 2 wird vermutet, dass diese Voraussetzungen vorliegen, wenn kumulativ der Veräußerer oder ein Dritter mehr als 25 Prozent der Stimmrechte oder des Kapitals an dem veräußerten Unternehmen behält, ihm das Titelrecht dieser Einheit bleibt und ihm ein Mitbestimmungs- oder Vetorecht im Hinblick auf wesentliche Entscheidungen zum Erhalt der eigenständigen publizistischen Einheit zusteht.

Mit dieser Regelung soll sichergestellt werden, dass im Rahmen des Zusammenschlusses die publizistische Vielfalt erhalten bleibt. Der DJV vertritt die Auffassung, dass die publizistische Vielfalt durch die Regelung in § 36 Abs. 1a des Entwurfs nicht gesichert werden kann. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Missbrauchsklausel des Abs. 1b (dazu sogleich unten).

Gegenüber dem ursprünglichen Entwurf vom Dezember 2003 (dort: § 36 Abs. 2 GWB-E) ist allerdings zunächst positiv zu vermerken, dass nach dem nunmehr vorliegenden Wortlaut des § 36 Abs. 1a GWB-E das Zusammenschlussvorhaben jedenfalls vom Bundeskartellamt genehmigt werden muss, also anzumelden ist. Denn § 36 Abs. 2 GWB-E sah noch vor, dass bereits die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB nicht vorliegen, wenn die Vermutungsregelung greift, während es jetzt heißt, dass in einem solchen Fall der Zusammenschluss „nicht zu untersagen“ ist.

Die vorgesehene Regelung geht davon aus, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung auf Leser- oder Anzeigenmärkte begründet oder verstärkt. Auf die damit verbundenen Probleme und auf mögliche Übernahmekonstellationen hat der DJV bereits in seiner Stellungnahme vom 30. Januar 2004 (S. 6 bis 9) hingewiesen. Die dort vorgetragenen Bedenken sollen hier nicht wiederholt werden, sie bestehen teilweise fort.

Zur Ergänzung führt der DJV jedoch insoweit noch aus: da nach der nunmehr beabsichtigten Regelung eine permanente Verhaltenskontrolle aus verfassungsrechtlichen Gründen zu Recht nicht mehr vorgesehen ist, müssen nach Auffassung des DJV die Informationsmöglichkeiten des Bundeskartellamtes noch dringender verbessert werden, wenn Zusammenschlüsse zu marktbeherrschenden Stellungen führen können sollen. Der DJV greift deswegen nochmals seine Anregung auf, jeden Fall einer beabsichtigten Fusion oder Beteiligung in der Presse künftig mindestens anmeldspflichtig zu machen, ebenso jeden Fall der darauf bezogenen Veränderung.

Fälle wie der Zusammenschluss der WAZ mit der OTZ, von dem das Bundeskartellamt erst nach mehreren Jahren zufällig erfahren hat, oder der der Übernahme des Iserlohner Kreisanzeigers durch die WAZ (vgl. Anlage 14 der DJV-Stellungnahme vom November 2003, S. 3), sollten bald der Vergangenheit angehören.

Zu § 36 Abs. 1b

Erklärtes Ziel der Regelung in § 36 Abs. 1b GWB-E ist es, mögliche Missbräuche der neuen Ausnahmeregelung in Abs. 1a zu verhindern und den Anwendungsbereich dieser Norm zu begrenzen. Nur wirtschaftliche Schwierigkeiten sollen die Verstärkung oder Begründung einer marktbeherrschenden Stellung von Zeitungsverlagen rechtfertigen können. Die wirtschaftlichen Schwierigkeiten müssen sich auf die erworbene oder erwerbende Zeitung beziehen und sollen vorliegen, wenn der Anzeigen- und Beilagenerlös pro Monatsstück in den letzten drei Jahren vor der Anmeldung des Zusammenschlusses jeweils rückläufig waren *oder* erheblich unter dem Durchschnitt vergleichbarer Zeitungen lagen. Erforderlich soll ein Zusammenschluss nach § 36 Abs. 1a GWB-E auch sein, wenn die wiederholte zeitlich eng aufeinander folgende Anwendung des Abs. 1a zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung derselben Unternehmen auf räumlich benachbarten Märkten führt.

Der DJV vertritt für den Fall, dass entsprechende Regelungen gewollt sind, die Meinung, dass die Regelungen in § 36 Abs. 1a und Abs. 1b im Hinblick auf die Verhinderung von Missbrauch strengere Voraussetzungen für einen Zusammenschluss im Zeitungsmarkt zur Herstellung einer marktbeherrschenden Stellung enthalten sollten.

Der DJV bezweifelt, dass mit den vorgeschlagenen Regelungen zu § 36 Abs. 1b ein Missbrauch der Regelung in § 36 Abs. 1a wirksam bekämpft werden könnte. Die Voraussetzungen für die Nichtanwendung des § 36 Abs. 1a sind in Abs. 1b zu weit gefasst.

Die Alternativ a) des Abs. 1b) stellt auf rückläufige Anzeigenerlöse oder jedenfalls auf unterdurchschnittliche Erlöse in diesem Bereich ab. Die Kennziffer „Anzeigen-/Beilagenerlös pro Monatsstück“ mag eine „branchenweit übliche, anerkannte und leicht zu ermittelnde Kennziffer“ (S. 8 der Begründung) sein. Sie allein sagt aber nur wenig - wenn überhaupt etwas - über eine wirtschaftliche Problemlage einer Zeitung aus.

Trotz des Rückgangs dieser Erlöskategorie kann der Erlös aus anderen Einnahmen, z.B. dem Vertrieb, den Verlust ausgleichen, ohne die Zeitung in wirtschaftliche Schwierigkeiten zu bringen. Auch könnten die Kosten reduziert werden, um fehlende Erlöse auszugleichen. So haben z.B. in den 90'iger Jahren die geringen Papierkosten in der Branche zum erheblichen Ausgleich der Erlössituation geführt, wenn nicht gar zu einer deutlichen Steigerung des Gewinns beigetragen. Diese Beispiele machen deutlich, dass es zur Begründung eines marktbeherrschenden Zusammenschlusses nicht ausreichen kann, nur eine beliebige Kennziffer der Ertragssituation einer Zeitung als Indikator zu nehmen. Zudem ist dieser Indikator jedenfalls in der derzeitigen Situation der Zeitungsverlage auch deswegen nicht brauchbar, weil in den letzten drei Jahren *alle* Zeitungen mit rückläufigen Anzeigen- und Beilagenerlösen zu kämpfen hatten und noch zu kämpfen haben. Die Eindämmung des Missbrauchs der

Regelung des § 36 Abs. 1a kann mit dieser Kennziffer jedenfalls nicht begründet werden.

Dagegen könnten valide wirtschaftliche Daten, die vom potenziellen Erwerber auch beigebracht werden können, durchaus ein Kriterium einer Missbrauchsklausel sein. Zu solchen Daten gehört die sich aus der Gewinn- und Verlustrechnung ergebende Ertragslage der Zeitung. Wenn diese über einen Zeitraum von mehreren Jahren negativ und rückläufig war, könnte ein Zusammenschluss zur Sicherung der wirtschaftlichen Grundlagen gerechtfertigt erscheinen.

Ebenso wenig tauglich ist in der Alternative a) das Alternativkriterium der erheblich unterdurchschnittlichen Erlöse. Wenn ausweislich der Begründung hinsichtlich der Vergleichbarkeit vor allem auf Auflagen ähnlicher Höhe abzustellen ist (S. 8), dann ist dem entgegenzuhalten, dass bezogen auf die Auflagenhöhe die Erlöse aller ostdeutschen Zeitungen erheblich unter dem Durchschnitt vergleichbarer Zeitungen liegen. Das ist bereits daraus zu erkennen, dass das Verhältnis der Anzeigen- zu den Vertriebs Erlösen in den neuen Bundesländern von Anfang an erheblich schlechter war, als bei nach der Auflage vergleichbaren Zeitungen im Westen (vgl. DJV-Stellungnahme November 2003, S. 11). Wenn die Vergleichbarkeit von Zeitungen ein Kriterium für die Genehmigung von Zusammenschlüssen nach Abs. 1a sein soll, dann sind die oben geforderten validen wirtschaftlichen Daten mit diesem Kriterium nicht als Alternative, sondern als Kumulation zu verbinden. Nur dann, wenn die Ertragslage negativ und gegenüber vergleichbaren Zeitungen unterdurchschnittlich war, sollte ein Zusammenschluss nach Abs. 1a möglich sein.

Nach Auffassung des DJV ist auch die Alternative b) des Abs. 1b) nicht generell geeignet, einen Missbrauch der Regelung in Abs. 1a) zu verhindern. Weder der zeitlich enge Zusammenhang noch die räumlich benachbarten Märkte sind hinreichend genau bestimmt. Ist der zeitliche enge Zusammenhang in Monaten, Jahren oder anderen Zeiträumen zu messen. Ist z.B. Ostwestfalen räumlich benachbart zu dem Ruhrgebiet? Oder Franken zu Thüringen? Nach Ansicht des DJV sind die genannten Voraussetzungen aber auch nicht (außer durch Einzelfallentscheidungen) näher bestimmbar, weil sonst die Genehmigungsfähigkeit der möglichen marktbeherrschenden Stellung von willkürlich festgesetzten Eckdaten abhinge. Möglich wäre es aber - wie in anderen europäischen Ländern (vgl. Knoche/Zerdick, S. 180/181) - die genannten Voraussetzungen mit der Festlegung von Auflagen Grenzen zu verbinden, um die Missbrauchsfahrer deutlich einzudämmen.

Für den Fall, dass eine Regelung wie in § 36 Abs. 1a und Abs. 1b vorgesehen, gewollt ist, schlägt der DJV folgende Regelung als § 36 Abs. 2 vor:

„(2) ¹Ein Zusammenschluss von Unternehmen, die jeweils Zeitungen oder deren Bestandteile verlegen, herstellen oder vertreiben, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist abweichend von Absatz 1 nicht zu untersagen, wenn

a) der Zusammenschluss für die langfristige Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der erworbenen oder erwerbenden Zeitung mit ihren redaktionellen Ausgaben als eigenständige redaktionelle Einheit erforderlich ist. Die Erforderlichkeit wird vermutet, wenn

in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren vor dem Vorjahr vor Anmeldung des Zusammenschlusses die aus der Gewinn- und Verlustrechnung der erworbenen oder erwerbenden Zeitung ersichtlichen und nachgewiesenen Ergebnisse

- jeweils negativ und rückläufig waren und
- erheblich unter dem Durchschnitt vergleichbarer Zeitungen lagen und

b) Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass die erworbene Zeitung langfristig neben der erwerbenden mit ihren redaktionellen Ausgaben als eigenständige redaktionelle Einheit erhalten bleibt. Dies wird vermutet, wenn

1) der Veräußerer oder ein Dritter, auf die der Erwerber weder durch Anteilsbesitz oder Stimmrechte noch aufgrund sonstiger Verbindungen einen wettbewerblich erheblichen Einfluss ausüben kann, an dem erworbenen Unternehmen mit mehr als 25 % des Kapitals und der Stimmrechte beteiligt ist,

2) ihm das Titelrecht für die erworbene Zeitung gehört und

3) ihm ein Mitbestimmungs- oder Vetorecht für Entscheidungen zusteht, die für die Erhaltung der erworbenen Zeitung neben der erwerbenden mit ihren redaktionellen Ausgaben als eigenständige redaktionelle Einheiten neben der erwerbenden Zeitung wesentlich sind; dazu zählen insbesondere Entscheidungen über

a) die Änderung der redaktionellen Grundhaltung der erworbenen Zeitung,

b) die Bestellung oder Abberufung von Mitgliedern der Chefredaktion der erworbenen Zeitung und

c) die Einstellung der erworbenen oder der erwerbenden Zeitung oder ihrer redaktionellen Ausgaben

²Satz 1 ist nicht anzuwenden, wenn die wiederholte, zeitlich eng aufeinander folgende Anwendung des Satzes 1 zur Begründung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen derselben Unternehmen auf räumlich benachbarten Märkten führt oder diese Unternehmen im Inland mehr als 5 % der Zeitungsauflagen oder mehr als 25 % der Zeitungsauflagen in den benachbarten Märkten verlegen.

³Erfolgt der Zusammenschluss durch eine sonstige Verbindung gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4, steht dem Erwerber im Sinne der Sätze 1 bis 2 gleich, wer einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf das andere Unternehmen ausüben kann. ⁴Die Einhaltung der gemäß der Sätze 1 bis 3 erforderlichen Vorkehrungen ist durch für die beteiligten Unternehmen zivilrechtlich durchsetzbare Ansprüche zu gewährleisten. ⁵Die Festlegung und die Aufrechterhaltung der Vorkehrungen ist sind durch Bedingungen oder Auflagen nach § 40 Abs. 3 Satz 1 abzusichern. ⁶Im Falle des Satzes 1 b) Nr. 3 Buchstabe c gilt dies auch für die Einhaltung der Vorkehrungen.“

Bewusst wird nicht das Regel- /Ausnahmeverhältnis des Vorschlags § 36 Abs. 1a und Abs. 1b aufgenommen. Dadurch soll erreicht werden, dass die Ausnahme zu § 36 Abs. 1 vom Bundeskartellamt nur erlaubt werden darf,

wenn beide Voraussetzungen in Abs. 2 kumulativ vorliegen.

Abgestellt wird nicht auf eine einzelne Kennziffer, die Anzeigen- und Beilagenerlöse, sondern auf die aus der Gewinn- und Verlustrechnung ersichtlichen und nachgewiesenen Ergebnisse. Da die als Voraussetzung geforderte negative Entwicklung dieser Ergebnisse weder absolut noch prozentual in handhabbarer Weise angegeben werden kann, ist es zur Verhinderung von Missbrauch zudem erforderlich, dass die negative Entwicklung auch erheblich unter dem Durchschnitt vergleichbarer Zeitungen lag. Um das insoweit gegebenenfalls bestehende Beweisproblem für den Antragsteller zu lösen, ist auf die letzten drei Jahre vor dem Vorjahr vor der Antragstellung abzustellen, da die für diese Geschäftsjahre vorliegenden Ergebnisse nach den Vorschriften des HGB offen zu legen sind.

Zu § 38 Abs. 3

Die Herabsetzung des Multiplikators für die Berechnung von Umsätzen der Presseverlage auf 10, um die Handlungsspielräume von Presseunternehmen zu erweitern, wird in Hinblick auf den Erhalt der publizistischen Vielfalt nicht für notwendig erachtet. Diese Berechnungsregelung wird für sich betrachtet allerdings weniger kritisch gesehen, als die in § 35 und § 36 beabsichtigten Änderungen. Insoweit kann der DJV nur nochmals darauf hinweisen, dass aus seiner Sicht drängende ökonomische Zwänge für die Anhebung der Aufgreifschwelle nicht bestehen. Diese sind in den bisherigen öffentlichen Äußerungen von Verlagsvertretern hinsichtlich der Veränderung der Auftragsschwelle auch nicht geltend gemacht worden und sind insoweit auch nicht Gegenstand der allgemeinen Begründung für den Vorschlag zur Änderung der pressenspezifischen Zusammenschlusskontrolle (vgl. S. 29 f).

6. Zur Frage gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im Pressevertrieb

In der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Kultur und Medien des Deutschen Bundestages am 09. April 2003 zum Thema „Perspektive der Printmedien im Hinblick auf Vielfalt und Pressefreiheit unter den Aspekten von Pressekonzentration und –vertrieb“ haben die dort gehörten Sachverständigen u.a. des DJV die Frage nach einem konkreten gesetzgeberischen Handlungsbedarf im Bereich des Pressevertriebs verneint. Selbst der Bundesverband Presse-Grosso hat keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf gesehen (vgl. Stellungnahme, S. 6, www.bundestag.de/parlament/gremien15/a21/anhörung/09_04_2003/stellungnahmen/a21_15_21_39.pdf). Das gilt nach der Stellungnahme insoweit ausdrücklich auch für den Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften über den Einzelhandel ausschließlich über ein Großhandelssystem. Gewünscht wird aber eine Regelung wie § 2 Abs. 2 Landespressegesetz Brandenburg auch in den anderen Landespressegesetzen. § 2 Abs. 2 LPG Brandenburg stellt die Gewährleistung der Neutralität des Pressegroßhandels sicher. Allen Zeitungen und Zeitschriften ist zu gleichen Bedingungen der Zugang zum Pressevertrieb zu gewähren.

Der Bundesverband Presse-Grosso hat nun zwischenzeitlich eine Änderung des § 36 GWB dergestalt vorgeschlagen, dass Zusammenschlüsse von Verlagen mit Unter-

nehmen des Pressevertriebs die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vermuten lassen, die eines der beteiligten Unternehmen auf relevanten Leser- oder Vertriebsmärkten hat. Das Behinderungsverbot des § 20 GWB sollte zudem insoweit verschärft werden, als dass eine unbillige Behinderung vorliege, wenn ein marktbeherrschender Verlag einen stationären Einzelhändler direkt beliefert. Tatsachen, die die Notwendigkeit solcher gesetzlicher Regelungen rechtfertigen können, hat der Verband bisher nicht dargelegt. Allerdings hat die Axel Springer Verlag AG angekündigt, zukünftig die Bildzeitung direkt über die Filialen von Mc Donald vertreiben zu wollen (vgl. Süddeutsche Zeitung v. 20.04.2004).

Aus Sicht des DJV kann diese Ankündigung aber die vorgeschlagenen Änderungen nicht rechtfertigen.

Die geforderte Vermutungsregel in § 36 GWB betrifft diesen oder einen vergleichbaren Fall nicht. Bereits bisher unterliegt eine Beteiligung von Verlagen an Unternehmen des Pressevertriebs dem Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB. Wegen der daraus abzuleitenden Neutralitätspflicht des Vertriebsunternehmens ist die Beteiligung insoweit nicht relevant. Dies wird deutlich an den Beteiligungen der Verlage an Vertriebsunternehmen in Hamburg, Berlin und den neuen Bundesländern. Wenn durch diese Beteiligungen die Neutralitätspflicht verletzt werden würde, wären sie schon lange nicht mehr zu rechtfertigen und untersagt worden. Das bisherige Instrumentarium reicht insoweit aus.

Die geforderte Änderung zu § 20 GWB wird ebenfalls abgelehnt. Es kann zwar nicht generell geleugnet werden, dass ein Direktvertriebssystem wie das von der Axel Springer Verlag AG angekündigte geeignet ist, das derzeitige Pressevertriebssystem mit seine Vorteilen der Preisbindung, der Alleinauslieferung und dem Remissions- und Distributionsrecht zu gefährden, wenn es flächendeckend angewendet werden würde. Das gilt aber für jede Art des Direktvertriebs, sei es die Zustellung oder der Abonnementvertrieb. Ebenso wenig, wie diese Direktvertriebsmöglichkeiten abstrakt eine unbillige Behinderung der Wettbewerber nach § 20 Abs. 1 GWB zu begründen vermögen, kann es daher die im Vorschlag bezeichnete Form des Direktvertriebs im Hinblick auf Grossisten.

Der DJV ist der Meinung, dass in jedem Fall des Pressevertriebs die Neutralität gewährleistet sein muss und dass unbillige Behinderungen von Zeitungen und Zeitschriften zum Vertriebszugang ausgeschlossen sein sollten. Deswegen könnte der DJV die Anregung unterstützen, eine dem § 2 Abs. 2 LPG Brandenburg vergleichbare Regelung mit folgendem Wortlaut in die Landespressegesetze aufzunehmen:

„Die Neutralität des Pressevertriebs ist zu gewährleisten. die Unternehmen des Pressevertriebs haben alle Zeitungen und Zeitschriften zu gleichen Bedingungen und ohne unbillige Behinderungen Zugang zum Pressevertrieb zu gewähren.“

Mit einer solchen Regelung wären auch alle Formen des Direktvertriebs in ein Behinderungsverbot eingeschlossen, z.B. der Vertrieb über Zusteller. Ein Problemfall wie der Vertrieb der (inzwischen auch deswegen wieder eingestellten) Süddeutschen Zeitung NRW in Nordrhein-Westfalen wäre auf der Grundlage dieses Vorschlags nicht zu lasten der publizistischen Vielfalt möglich.

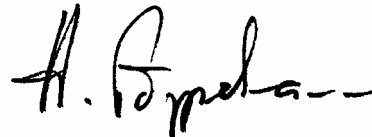
7. Zusammenfassung

- Der DJV vertritt auf der Grundlage der in den bisherigen Stellungnahmen nachgewiesenen Daten, der Prüfung des derzeit geltenden Rechts und der Bewertung der vorgetragenen Argumente für eine Änderung der Pressefusionskontrolle weiterhin die Auffassung, dass
 - die geltenden Regelungen des GWB beibehalten
 - Umgehungen der Regelungen zur Pressefusionskontrolle erschwert und
 - Marktzutrittschancen durch pressefördernde Maßnahmen geschaffen bzw. erhöht werden sollten.
- Für den Fall, dass sich eine Novellierung der bisherigen Zusammenschlussregelungen in den §§ 35 ff GWB nicht vermeiden lässt und eine Vorschrift zu möglichen Anzeigenkooperationen (§ 31 der modifizierten Vorschläge) in das GWB aufgenommen werden soll, unterbreitet der DJV aber Änderungsvorschläge. Der DJV will damit seine grundsätzliche Kritik nicht aufgeben, sondern lediglich darauf hinweisen, dass auch die modifizierten Vorschläge aus seiner Sicht nicht geeignet sind, ihren Zweck zu erreichen.

- Eine Änderung des GWB im Hinblick auf den Pressevertrieb hält der DJV für nicht notwendig. wünschenswert wären Regelungen in den Landespressesetzen, die eine unbillige Behinderung des Pressevertriebs verhinderten.

Ergänzend verweist der Deutsche Journalisten-Verband auf seine Stellungnahmen vom November 2003 und Januar 2004.

15. September 2004



Benno H. Pöppelmann

- Justiziar

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1353

16. September 2004

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung in Berlin am 20. September 2004 zum

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

Prof. Dr. Wolfgang Schulz, Hans-Bredow-Institut für Medienforschung

A. Einleitung

Die geplante Siebte Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zielt – neben der notwendigen Anpassung an das europäische Wettbewerbsrecht – unter anderem darauf, auf die als wirtschaftlich schwierig unterstellte Lage der Pressebranche zu reagieren und insoweit die besonderen Regelungen hinsichtlich der Pressefusionskontrolle anzupassen. Dazu sind im Entwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 15/3640 v. 12.8.2004) im Wesentlichen vier Normen von Bedeutung:

- Nr. 18: § 31 GWB-neu soll Anzeigenkooperationen und die Zusammenarbeit im Anzeigenbereich ermöglichen.
- Nr. 20: § 35 GWB neu: Einführung einer Bagatellgrenze von 2 Mio. €.
- Nr. 21: § 36 Abs. 1a und 1b GWB-neu: ein neuer Erlaubnistatbestand für Fusionen von Verlagen wird eingeführt, der die Fusion unabhängig der Bagatellgrenze erlaubt, wenn sichergestellt ist, dass die Redaktionen eigenständig bleiben werden.
- Nr. 22: In § 38 Abs. 3 GWB-neu wird die Bagatellgrenze von 25 Mio. € auf 50 Mio. € erhöht.

Aus Zeitgründen sind die folgenden Anmerkungen stark selektiv und beziehen sich nur auf die Gesamtkonzeption des Gesetzgebungsvorhabens. Zum Themenkomplex 1 (ökonomische Lage auf dem Zeitungsmarkt, Wettbewerbssituation, Kartellamtspraxis, Reformbedarf, Absicherung der Vielfalt im Vertrieb/Pressegrosso) nimmt der Verfasser daher auch keine Stellung.

B. Themenkomplex 2:

Vorschläge der Bundesregierung für die Pressefusionskontrolle, verbesserte Möglichkeiten der Kooperation von Zeitungsverlagen und Fusionserleichterungen bei Erhaltung der Eigenständigkeit der Redaktionen

Hinsichtlich der Vorschläge der Bundesregierung für die Fusionskontrolle im Pressebereich, die verbesserten

Möglichkeiten der Kooperation von Zeitungsverlagen und Fusionserleichterungen bei Erhaltung der Eigenständigkeit der Redaktionen (Themenkomplex 2) wird Folgendes angemerkt:

I. Allgemeines

Die geplante Novellierung bricht mit dem systematischen Ansatz des Kartellrechtes, generelle Regeln zur Ermöglichung und Erhaltung von Wettbewerb aufzustellen, die im Einzelfall von Bundeskartellamt – unter Berücksichtigung der konkreten Marktverhältnisse und mit der Möglichkeit der „Feinsteuerung“ etwa mittels Auflagen – angewendet werden. Die bisherigen Regelungen zur Pressefusion waren zwar bereits sektorspezifisches Sonderrecht, reagierten aber auf dauerhaft gegebene besondere Strukturen des Pressemarktes. Eine auf konkrete Marktsituationen reagierende Gesetzgebung läuft Gefahr, dass die Regelungen im Hinblick auf Fälle, die sich von den die Gesetzgebung auslösenden unterscheiden, oder bei Änderungen der Marktverhältnisse Anwendungsprobleme hervorrufen bzw. Ergebnisse erzeugen, für den Wettbewerb dysfunktional sind. Zudem führt das Vorgehen zu einer komplexen Regel-Ausnahme-Konstruktion (Abs. 1a zu 1b von § 36 GWB-neu), deren Anwendung schwer fallen wird.

II. Verbesserung der Zusammenarbeit von Verlagen

Die Ermöglichung der Zusammenarbeit von Verlagen auf dem Gebiet des Anzeigenmarktes (§ 31 GWB-neu) erscheint vor dem Hintergrund der Marktsituation nachvollziehbar. Auf dem für die öffentliche Meinungsbildung wesentlichen Markt der Presseprodukte erscheint es sinnvoll, Anzeigenkooperationen zu ermöglichen, statt Fusionen zu erleichtern. Allerdings können solche Kooperationen – wie im Hörfunk – auch von unabhängigen Dienstleistern als Angebote entwickelt werden.

Insgesamt ist ein derartiger Schritt mit Risiken verbunden, auf die an dieser Stelle hinzuweisen ist:

- Es kann zu Zugangsbehinderung für Neugründungen durch das Bestehen eines Anzeigenverbands in einer

Region kommen. Darauf hat auch die Monopolkommission verwiesen.¹³²

- Die Kooperation in dem ökonomisch wichtigen Anzeigenbereich kann weitere Formen der Zusammenarbeit nach sich ziehen und so den Wettbewerb zwischen den Verlagen insgesamt vermindern.
- Die Regelung schwächt strukturell die Marktgegenseite (Anzeigenkunden), dies kann vor allem bei Veränderung der Marktverhältnisse für den Wettbewerb negative Folgen haben, die auch durch die weiter geltenden Regelungen der §§ 19, 20 GWB nicht aufgefangen werden.

Zudem ist unklar, warum nicht an der bisher schon möglichen Praxis festgehalten wird, Anzeigenkooperationen nach § 7 GWB freizustellen, wenn dadurch ein zusätzliches Produkt auf den Markt gebracht werden kann.¹³³ Schließlich fehlt eine Begründung dafür, warum gerade Zeitungen – nicht etwa auch Zeitschriften – in dieser Weise privilegiert werden sollen.

III. Einführung einer Bagatellgrenze von 2 Mio. Euro

Durch die Einführung einer Bagatellgrenze in § 35 Abs. 2 GWB-neu soll der Erwerb von Unternehmen mit weniger als 2 Mio. € Umsatz ermöglicht werden. Die Begründung zielt darauf ab, kleinen Unternehmen die Verwertung der in ihnen steckenden Vermögenswerte zu ermöglichen.¹³⁴ Damit wird die bislang wirkungsvolle Beschränkung des Einstiegs von Großverlagen in Kleinmärkte aufgegeben. Durch die Aufhebung dieses Schutzmechanismus droht ein Konzentrationsprozess und die Reduzierung der Zahl von Zeitungstiteln im Lokalbereich.

IV. Fusionserleichterung durch „Sicherung“ der Eigenständigkeit der Redaktionen

Auf weitreichende Bedenken stößt die geplante Einführung der Abs. 1a und 1b des § 36 GWB-neu. Die Ausnahme der kartellrechtlichen Kontrolle der Unternehmenszusammenschlüsse von Verlagen unter der Voraussetzung, dass die Eigenständigkeit der betroffenen Redaktionen gewahrt bleibt, ist – prima facie – von keiner Gesetzgebungskompetenz des Bundes gedeckt und verstößt somit gegen Art. 70 ff. GG. Zudem erscheint das Regelungskonzept weder praktikabel noch wird es voraussichtlich den von der Bundesregierung angestrebten Zweck der Gesetzesänderung erfüllen.

Im Folgenden soll außer Betracht bleiben, dass schon die Stoßrichtung der geplanten Novellierung (vor allem § 36 Abs. 1a und 1b GWB-neu) hinterfragt werden kann. Wirtschafts- und Sozialwissenschaftler weisen darauf hin, dass die Aufhebung der Fusionskontrolle mit der Bedingung der Bewahrung der redaktionellen Eigenständigkeit langfristig den publizistischen Einfluss der Großverlage stärken wird.¹³⁵

1. Fehlende Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Der Bund beruft sich zum Erlass der Pressefusionsregelungen auf die Gesetzgebungskompetenz zur Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung des Art.

74 Abs. 1 Nr. 16 GG. Danach umfasst die Kompetenz die Sicherstellung des allgemeinen Wettbewerbs (vor allem durch das Kartellrecht).

Durch die Einführung der betreffenden Absätze sucht die Bundesregierung den Zusammenschluss von Verlagen zu ermöglichen, wenn sichergestellt ist, dass die eigentlich betroffenen Zeitungsredaktionen ihre Unabhängigkeit und Eigenständigkeit bewahren können. Mit dieser Norm würde der Gesetzgeber nicht nur im Kartellrecht Neuland betreten – schließlich werden bewusst wettbewerbs-schädliche Fusionen zugelassen. Im Staatsorganisationsrecht war vielmehr stets umstritten, inwieweit Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG die spezifische Ausgestaltung des Kartellrechts auf den Bereich der Presse stützt.¹³⁶ Nur aufgrund der rein auf die Sicherung des wirtschaftlichen Wettbewerbs beschränkten Ausrichtung der bislang bestehenden Pressefusionsnormen des GWB, ist die Umsetzung kompetenzrechtlich als verfassungsgemäß bewertet worden.¹³⁷ Dies wäre anders zu beurteilen gewesen, wenn unmittelbarer Regelungsgegenstand dieser pressspezifischen Vorschriften die publizistische Vielfalt auf den Pressemärkten gewesen wäre.¹³⁸

Kern der nun geplanten Gesetzespassagen ist jedoch gerade, nach einer erfolgten Übernahme einer Zeitung, den *publizistischen* Wettbewerb weiterhin sicher zu stellen – so zumindest auch die Gesetzesbegründung.¹³⁹ Dieses lässt sich deutlich auch an § 36 Abs. 1b GWB-neu ablesen, der einen Zusammenschluss für den Fall verbietet, dass langfristig nicht sichergestellt ist, dass die erworbene Zeitung mit ihren redaktionellen Ausgaben als eigenständige Einheit bestehen bleiben wird. Letztlich überschreitet § 36 GWB-neu die in Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG niedergelegte Gesetzgebungskompetenz.

Im Medienbereich kann sich der Bund zumindest bei der Presse noch auf eine Kompetenz zur Rahmengesetzgebung nach Art. 75 Abs. 1 Nr. 2 GG stützen. Allerdings setzt Rahmengesetzgebung in diesem Sinne nach den jüngst vom Bundesverfassungsgericht in der „Junior-Professur“-Entscheidung herausgearbeiteten Grundsätzen voraus, dass den Ländern ein eigener Bereich politischer Gestaltung von substantiellem Gewicht bleiben muss, da die Rahmengesetzgebung auf inhaltliche Konkretisierung und Gestaltung durch die Länder angelegt ist.¹⁴⁰ § 36 GWB-neu sieht jedoch gerade keine Ausgestaltungsmöglichkeiten der Länder vor und ist folglich auch nicht von der Gesetzgebungskompetenz des Art. 75 Abs. 1 Nr. 2 GG erfasst.

2. Dysfunktionales Regelungsinstrument

Abgesehen von der Kompetenzwidrigkeit kann die Eignung der Norm für die Erfüllung des gesetzgeberischen Zwecks und die Praktikabilität in der Anwendung bezweifelt werden.

Der langfristige Erhalt der Eigenständigkeit der redaktionellen Einheit wird nach § 36 Abs. 1a GWB-neu als gesichert angesehen, wenn der Veräußerer oder ein unabhängiger Dritter weiterhin einen erheblichen Einfluss ausüben kann. Der Katalog an Vermutungstatbeständen

¹³² Sondergutachten der Monopolkommission zur Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle, Rn. 57

¹³³ BGH WuW/E DE-R 919, 924 – Stellenmarkt für Deutschland II.

¹³⁴ BT-Drs. 15/3640 S. 56.

¹³⁵ Röper, *Bewegung im Zeitungsmarkt*, Media Perspektiven 2004 (6), S. 268 (280).

¹³⁶ Vgl. nur *Stettner* in Dreier, GG, 2. Auflage 1998, Art. 74 Rn. 76.

¹³⁷ BVerfG 29.8.1983 WuW/E VG 307 – Münchener Anzeigenblätter; BGH Z 76, 55 (64 ff) – Springer/Elbe Wochenblatt

¹³⁸ Vgl. Immengal/Mestmäcker, *GWB Kommentar zum Kartellgesetz*, 3. Auflage 2001, Vor § 35 Rn. 56

¹³⁹ Vgl. nur Begründung zum Gesetzesentwurf, BT-Drs. 15/3640 S. 56
¹⁴⁰ BVerfG, Urteil vom 27.07.2004, Az. 2 BvF 2/02

impliziert jedoch, dass der Veräußerer oder ein unabhängiger Dritter weiterhin ein hinreichendes Interesse an der Zeitung und an der Durchsetzung der Vertragsklauseln behält. Das ist jedoch in der Praxis fraglich. Sofern überhaupt ein Altverleger mit publizistischem Interesse vorhanden ist, wird er sich häufig vom Blatt trennen, da er das Interesse daran verloren hat. In diesem Fall wird er die nach der Neuregelung erforderliche Stellung pro forma annehmen, um den von ihm angestrebten Verkauf zu ermöglichen. Zudem besteht die Gefahr, dass sich das erwerbende Unternehmen eines Strohmanns bedient, welcher zwar „auf dem Papier“ als unabhängig gilt, durch wechselseitige geschäftliche Verbindungen jedoch an das Unternehmen gebunden sein mag.

Darüber hinaus deutet die praktische Entwicklung innerhalb der Verlage mit der organisatorischen Veränderung der redaktionellen Arbeit daraufhin, dass zentrale Redaktionen als Organisationsform an Bedeutung verlieren. Zum einen gewinnt das Outsourcing journalistischer Produktion durch die Beschäftigung freier Mitarbeiter an Relevanz, zum anderen wird redaktionelle Arbeit immer stärker in neuen Organisationsformen bewältigt, bei denen z.B. Produktteams an Stelle der Redaktion treten, die sich nicht allein aus Journalisten zusammensetzen. Deshalb erscheint eine Fokussierung auf die Redaktion als Organisationsmodell fraglich.

Die so genannte Sanierungsklausel des Abs. 1b erscheint angesichts der Fülle an unbestimmten Rechtsbegriffen und der Tatsache, dass fast alle Verlage unter einem Rückgang der Anzeigen- und Monatserlöse leiden, als Begrenzung wenig praktikabel.

Zudem ist ungeklärt, wie die Aufsicht über die Einhaltung der Auflagen sichergestellt werden soll, damit das Bundeskartellamt bei einer Verletzung dieser Auflagen die Freigabe nach § 40 GWB widerrufen kann. Eine begleitende Überwachung des weiteren Verhaltens nach Fusionen ist dem Kartellrecht fremd. Inwieweit sich zudem die einmal verbundenen Verlage im Falle eines Widerrufs tatsächlich noch entflechten lassen, ist fraglich.

Letztlich bleibt die Erforderlichkeit der Erweiterung des Tatbestands von § 36 GWB neu fragwürdig, da das Bundeskartellamt schon jetzt bei der Gefahr der Einstellung eines Titels „Sanierungsfusionen“ zugelassen hat.¹⁴¹

V. Fusionserleichterung durch Anhebung der Aufgreifkriterien

In § 38 Abs. 3 GWB ist die Anhebung der Umsatzaufgreifschwelle von 25 auf 50 Mio. € erhöht worden. Diesbezügliche Folgen sind schwer abschätzbar. Eine zunehmende Konzentration steht zu erwarten.

C. Zusammenfassung

Anzeigenkooperationen zuzulassen, ist zwar im Hinblick auf die wirtschaftliche Lage vieler Verlage nachvollziehbar, kann aber verschiedene Folgen haben, die den Wettbewerb mittelfristig schwächen. Die Einfügung von § 36 Abs. 1a und 1b GWB trifft auf schwerwiegende – auch verfassungsrechtliche – Bedenken. Der Bund verfügt über keine Gesetzgebungskompetenz zum Erlass speziell den publizistischen Wettbewerb sichernder Normen. Als Instrument erscheint die Norm zudem kaum geeignet, die

Eigenständigkeit der Redaktionen wirksam zu sichern. Das Kartellrecht kennt bereits jetzt die Sanierungsfusion als Mittel, stark wirtschaftlich angeschlagene Verlage für Fusionen frei zu geben. Insgesamt erscheint die Konstruktion als ein nur auf bestimmte aktuelle Marktsituationen zugeschnittener Fremdkörper in der Systematik des GWB, der voraussichtlich erhebliche Anwendungsprobleme mit sich bringt.

Sollen Fusionen in diesem Bereich kartellrechtlich aus wirtschaftspolitischen Gründen akzeptiert werden, könnten die Folgen für die Meinungsvielfalt in einem stärker medienübergreifend konzipierten System abgefangen werden, das dann aus kompetenzrechtlichen Gründen von den Ländern zu gestalten wäre und wirksamere Mechanismen der Sicherung redaktioneller Unabhängigkeit vorsehen könnte.

Hamburg, 16.09.2004

Dr. Wolfgang Schulz
Direktor
Hans-Bredow-Institut für Medienforschung

¹⁴¹ So etwa in den Fällen BKartA WuW 1999,34 – Kölner Stadtanzeiger/Kölnische Rundschau; KG 1.3.1989 WuWW/E OLG 4379, 4389 – Schleswig-Holsteinischer Anzeigenverlag

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1348

16. September 2004

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. Jo Groebel, Europäisches Medieninstitut

Zeitungskrise: Konjunkturell bedingt oder struktureller Natur?

1. Die Pluralismusdebatte sieht sich mit mehreren grundlegenden Dilemmata konfrontiert:

- Viele Märkte, zumal kleinere, bieten keine Existenzgrundlage für mehr als einen Titel. Andererseits ist in jedem Segment eine Pluralismusgarantie erstrebenswert.
- Bislang gab es eine entsprechende Pluralismusgarantie nach herkömmlicher Marktsegmentierung. Andererseits sind schon heute bei einer anderen Markt-klassifikation konzentrationsähnliche Strukturen gegeben.
- Pluralismus wird immer noch medienspezifisch gefasst. Andererseits ist das Nutzerverhalten heute noch dynamischer und durchlässiger geworden, werden Informationen aus ganz unterschiedlichen Medien flexibel übernommen.

2. Einige Aussagen dazu auf wissenschaftlicher Basis:

Es handelt sich bei der Zeitungskrise voraussichtlich nicht um eine rein konjunkturelle Schwäche. Die Krise ist struktureller Natur. Dies hat mehrere Gründe:

- Anzeigenmärkte haben sich auf Dauer verlagert. Kleinanzeigen und Stellenanzeigen finden im Internet ein wesentlich plausibleres Umfeld, durch Streuung, Interaktivität und Unmittelbarkeit. Dieser Markt wird nicht fundamental zu den Zeitungen zurückkehren.
- Die jüngere Generation wird nicht in gleicher Weise zur Zeitung hin sozialisiert wie es in früheren Zeiten der Fall war. Medienkonsum orientiert sich in der Regel am Vorbild des Elternhauses. Wenn es bereits Einbrüche des Zeitungsmarktes in der jüngeren Elterngeneration gegeben hat, wird es für den Nachwuchs wahrscheinlich keine Rückkehr zu diesem Medium geben. Damit ist eine Spirale in Gang gesetzt, die die Krise noch weiter verschärfen könnte.

Noch einmal: Der Einbruch wird ein Generationen-, kein Alterseinbruch (mit Rückkehr im späteren Alter) sein.

- Neue Zeitungsformate, siehe die Tabloids, bieten in der Tat eine gute Basis, die jüngere Generation wieder zu erreichen. Allerdings bedarf ihre Einführung in der Regel finanzieller Investitionen, die gerade bei den bedrohten Titeln sehr schwierig sein dürften.
- In jedem Fall hat sich das Nutzerverhalten heute immer weiter diversifiziert. Das Zeitbudget jeden Bürgers ist natürlich begrenzt; mit jedem neuen Medien- und Kommunikationsangebot allgemein, also z.B. Zunahme von Fernsehkanälen, Internet, Spiele, mobile Massenkommunikation, etc., nimmt schon rein statistisch die verfügbare Zeit und Investitionsbereitschaft für ein Angebot ab. Zudem ist bei der großen Palette von Angeboten eine immer spezifischere Bedienung von Medienbedürfnissen möglich. Die „Magazinisierung“ mancher Tageszeitungen mag eine Antwort sein. Jedenfalls reagiert der Nutzer/ die Nutzerin mit größerer Offenheit, allerdings auch Unvorhersagbarkeit, auf das Medienangebot, Medientreue nimmt ab.
- Noch sind E-papers oder printing-on-demand-Technologien nicht wirklich marktreif. Und hier Prognosen zu wagen, ist müßig. Dennoch werden auch sie, selbst bei kleinen Marktbesetzungen, zu einer weiteren Einschränkung des traditionellen Pressemarktes beitragen.
- Ein angestammter Bonus der Tagespresse war der hohe Glaubwürdigkeitsfaktor. Eine jüngst veröffentlichte, international vergleichende Studie des Europäischen Medieninstitutes belegt allerdings, dass bei der jüngeren Generation das Internet zum glaubwürdigsten Medium geworden ist. Offensichtlich glaubt sich der Internetnutzer/ die Internetnutzerin kompetent genug, die Zuverlässigkeit von Internetinformationen hinreichend beurteilen zu können. Pikanter-

weise sind es dabei vor allem doch die etablierten Medienmarken, die aufgesucht werden, allerdings eben nicht in der herkömmlichen Form.

3. Als Konsequenz wird man reagieren müssen, um letztlich den Pluralismus gerade dadurch noch einigermaßen aufrecht erhalten zu können, dass man die ökonomische Existenz der marktfähigen Titel sichert. D.h.:
- Kooperationen, z.B. im Bereich Anzeigen, erleichtern.
 - Ohne den Einbezug neuer Institutionen den Binnenpluralismus fördern. Immerhin macht es Sinn, dass ein Verleger eine größere Marktchance hat, wenn er den Pluralismus über verschiedene Titel hinweg sicherstellt. Die Konsumenten lesen keine Blätter, die

ihren Vorab-Einstellungen widersprechen. Gerade Zeitungsleser wollen Titel ihrer eigenen „Farbe“ lesen. Zudem gibt es einen gut funktionierenden Medienjournalismus, der im optimalen Fall den Markt auch informell kontrolliert.

Pluralismus stellt sich auch durch cross-mediale Nutzung ein. Zwar mag es gesetzlich derzeit nicht möglich sein, die Inhaltsvielfalt über Mediengrenzen hinweg zu betrachten, faktisch aber tragen (Lokal-) Fernsehen, (Lokal-) Radio, Internet und viele andere Medien neben den Zeitungen zum Meinungspluralismus bei.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1351

16. September 2004

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung in Berlin am 20. September 2004 zum

**Geszentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wett-
bewerbsbeschränkungen - Drucksache 15/3640 -**

Prof. Dr. h.c. Martin Hellwig, Monopolkommission (2. Teil: „Pressespezifische Regelungen in der Siebten GWB-Novelle“)

2. Teil: Pressespezifische Regelungen in der Siebten GWB-Novelle

35. Im deutschen Kartellrecht gelten nach bisheriger Rechtslage für Presseverlage grundsätzlich die gleichen Regeln wie für sonstige Unternehmen. Das gilt insbesondere auch für Zusammenschlüsse von Presseverlagen, die in der Fusionskontrolle nach dem gleichen wirtschaftlichen Kriterium beurteilt werden (Marktbeherrschung) wie andere Unternehmensfusionen auch. Jedoch ist der Geltungsbereich der Fusionskontrolle im Pressebereich weiter gezogen.

Der Regierungsentwurf sieht für den Bereich der Presse drei Änderungen vor. Erstens soll der erweiterte Geltungsbereich der Fusionskontrolle bei Presseunternehmen durch eine Anhebung der Aufgreifkriterien gegenüber dem Status quo eingeschränkt werden. Zweitens soll für Zeitungsfusionen, die in den Geltungsbereich der Fusionskontrolle fallen, ein Ausnahmetatbestand zum Untersagungskriterium eingeführt werden. Danach wären auch Zusammenschlüsse freizugeben, die zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen, wenn vor dem Zusammenschluss bestimmte Vorkehrungen zur Vielfaltssicherung getroffen worden sind. Drittens sollen Kooperationen zwischen Zeitungsverlagen im Anzeigenbereich umfassend vom Kartellverbot freigestellt werden.

Anhebung der Aufgreifkriterien

36. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass die im Regierungsentwurf vorgesehene Anhebung der Aufgreifkriterien wettbewerbspolitisch noch vertretbar ist. Sie wendet sich jedoch gegen eine noch weitergehende Anhebung der Aufgreifkriterien, insbesondere auch gegen die vom BDZV vorgeschlagene Einführung der Anschlussklausel in Höhe von 10 Mio. Euro. Eine Anschlussklausel in dieser Höhe würde vor allem die Handlungsmöglichkeiten großer Verlage für Übernahmen erweitern.

Ausnahmetatbestand zur Fusionskontrolle („Altverlegerklausel“)

37. Die Monopolkommission lehnt die Einführung eines Ausnahmetatbestands für Pressefusionen entschieden ab. Sie hält bereits die Grundkonzeption dieses Ausnahmetatbestandes für verfehlt, wonach das bisherige Prinzip der Vielfaltssicherung durch wirtschaftlichen Wettbewerb selbständiger unternehmerischer Einheiten durch konzerninterne Vielfalt ersetzt werden soll. Wirtschaftlicher Wettbewerb ist weiterhin das beste realisierbare Modell, um dem Verfassungsgebot einer vielfältigen und staatsfreien Presse Genüge zu tun. Die Monopolkommission hat zudem schwerwiegende Bedenken gegen das konkret vorgeschlagene Modell der Vielfaltssicherung (die sog. „Altverlegerklausel“).

Diese Auffassung hat die Monopolkommission bereits in ihrem Sondergutachten zum Referententwurf deutlich gemacht. Im Regierungsentwurf wurden die Formulierungen zum Ausnahmetatbestand zwar noch einmal überarbeitet. Dabei wurde zwar auf einige Kritikpunkte eingegangen, jedoch bleibt die „Altverlegerklausel“ auch in der Version des Regierungsentwurfs mit entscheidenden Mängeln behaftet.

38. Laut Regierungsentwurf kann eine Zeitungsfusion, die zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung führen würde, vom Bundeskartellamt freigegeben werden, wenn Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass die erworbene Zeitung und die Zeitungen des Erwerbers als eigenständige redaktionelle Einheiten erhalten bleiben. Der Begriff der "eigenständigen redaktionellen Einheit" ist jedoch nicht näher definiert und lässt dem Zeitungsverleger vielfältige Möglichkeiten offen, bestehende Titel zwar nicht einzustellen aber im Zuge von Kosteneinsparungen redaktionell „auszudünnen“. Dies kann beispielsweise dadurch geschehen, dass der redaktionellen Teil einer Zeitung zunehmend mit auswärtig produzierten Inhalten gefüllt wird.

39. Der Regierungsentwurf sieht weiter vor, dass das Vorliegen von Vorkehrungen zur langfristigen Sicherung vermutet wird, wenn der Altverleger oder ein unabhängiger Dritter mit mehr als 25 % an der erworbenen Zeitung beteiligt ist, ihm das Titelrechte gehört und ihm ein Mitbestimmungs- oder Vetorechte bei der Entscheidungen zusteht, die für den Erhalt der erworbenen Zeitung wesentlich sind. Daneben soll diesem Dritten ein Mitbestimmungs- oder Vetorecht bei Entscheidungen über die Einstellung der Zeitungen des Erwerbers zustehen.
- Dieser Regelungsvorschlag geht davon aus, dass der Minderheitsgesellschafter stets als Sachwalter der publizistischen Vielfalt tätig sein wird. Diese Einschätzung der Interessenlage muss aber nicht immer zutreffen. Es kann durchaus im Interesse des Minderheitsgesellschafters liegen, einer Einstellung oder Ausdünnung der betroffenen Zeitung zuzustimmen, insbesondere wenn ihm der Erwerber dafür in einer anderen Frage entgegenkommt. Es ist sogar davon auszugehen, dass sich der Erwerber gezielt einen Minderheitsgesellschaftler aussucht, von dem er ausgehen kann, dass er nicht wirklich unabhängig handeln wird. Denn andernfalls würde der Erwerber durch das Mitbestimmungsrecht des Minderheitsgesellschafters bei der Einstellung einer seiner bisherigen Zeitungen äußerst stark in seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit eingeschränkt werden.
40. Im Sondergutachten hatte die Monopolkommission darauf hingewiesen, dass nicht klar erkennbar sei, wie weit die im Referentenentwurf vorgesehene Verhaltenskontrolle über Presseverlage gehen soll. Beschränke sich die Kontrolle auf die Einhaltung der Vorkehrungen zum Schutz der publizistischen Selbständigkeit, dann sei diese Kontrolle wenig effektiv. Beziehe sie sich auch auf die publizistische Selbständigkeit selbst, dann liege eine verfassungsrechtlich unzulässige Inhaltskontrolle vor. Die Formulierungen des Regierungsentwurfs lassen vermuten, dass nur eine sehr eingeschränkte und wenig effektive Kontrolle durch das Bundeskartellamt vorgesehen ist. Das Bundeskartellamt muss danach die Einstellung oder redaktionelle Ausdünnung der erworbenen Zeitung hinnehmen, solange nur der Minderheitsgesellschaftler damit einverstanden ist. Jedoch ist auch diese eingeschränkte Kontrolle eine laufende Verhaltenskontrolle, auch wenn das im Gesetzesentwurf nicht klar zum Ausdruck kommt.
41. Die Monopolkommission begrüßt, dass der überarbeitete Ausnahmetatbestand – anders als die Formulierung im Referentenentwurf – auf den Bereich der Zeitungen beschränkt ist und seine Anwendung von einer Erforderlichkeitsprüfung abhängt. Kritisch ist jedoch zu sehen, dass nach der Formulierung des Regierungsentwurfs das Bundeskartellamt die Beweislast dafür tragen soll, dass ein Zusammenschluss zur Sicherung einer Zeitung nicht erforderlich ist. Bedenklich ist auch, dass die Erforderlichkeit der Fusion vermutet werden soll, wenn die Anzeigen- und Beilagenerlöse pro Monatsstück in den letzten drei Jahren rückläufig waren oder erheblich unter dem Durchschnitt vergleichbarer Zeitungen lagen. Diese Vermutungskriterien sind nicht geeignet, tatsächlich notleidende Zeitungen zu identifizieren, denn sie stellen nur auf die Anzeigen- und Beilagenerlöse und nicht auf das gesamte wirtschaftliche Ergebnis einer Zeitung ab.
42. Im Regierungsentwurf ist eine Missbrauchsklausel vorgesehen, die eine Anwendung des Ausnahmetatbestands ausschließt, wenn seine wiederholte, zeitlich eng aufeinander folgende Anwendung zur Begründung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen derselben Unternehmen auf räumlich benachbarten Märkten führt. Diese Regelung wird die Bildung von Regionalzeitungsketten nicht verhindern können, sondern höchstens verlangsamen. Zudem ist das Kriterium der "wiederholten, zeitlich eng aufeinander folgenden Anwendung" vollkommen unbestimmt. Es ist nicht absehbar, nach welcher Frist eine neuer Zusammenschluss erlaubt ist. Eine Frist von einem Jahr kann genauso unter diesen Begriff subsumiert werden, wie eine Wartezeit von zehn Jahren. Gerade bei einem so sensiblen Bereich wie der Presse sind klare Regelungen erforderlich. Es wäre äußerst problematisch, wenn eine politisch genehme Verlagsgruppe eine kurze Wartezeit zugestanden bekäme, während andere Verlage länger warten müssten.
43. Abschließend ist die Monopolkommission der Auffassung, dass die Einführung des im Regierungsentwurfs vorgesehenen Ausnahmetatbestandes die publizistische Vielfalt nicht sichern, sondern gefährden würde. Bei einer Verwirklichung dieses Vorschlages ist mit einer deutlich erhöhten Eigentümerkonzentration auf den Zeitungsmärkten, einer Ausdünnung der publizistischen Vielfalt und einem deutlichen Rückgang der Beschäftigungsmöglichkeiten für Journalisten zu rechnen.
44. Es ist auch auf einige Ungenauigkeiten in der Gesetzesformulierung hinzuweisen, die zu Missverständnissen und letztlich sehr problematischen Ergebnissen führen können. Allerdings würde eine Behebung dieser Formulierungsmängel nichts an der grundsätzlich ablehnenden Stellungnahme der Monopolkommission ändern.
45. So erweckt die Formulierung des Ausnahmetatbestands den Eindruck, jeder Zusammenschluss, der zu einer marktbeherrschenden Stellung führe, könne bereits dann freigegeben werden, wenn die Zeitungen der Zusammenschlussparteien getrennt bleiben. Gemeint ist wohl, dass eine Marktbeherrschung auf einem Zeitungsmarkt (Leser- oder Anzeigenmarkt) in diesem Fall einer Freistellung nicht entgegensteht; die Begründung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen auf anderen Märkten – zum Beispiel bei Zeitschriften, Druckereien oder Rundfunksendern – sollte wohl weiterhin zur Untersagung führen.
46. Ferner ist problematisch, dass der Wortlaut des Entwurfs auf die "erwerbende" bzw. die "erworbenen Zeitung" abstellt. Tatsächlich geht es darum, dass ein Unternehmen, das Zeitungen verlegt, einen anderen Zeitungsverlag übernehmen will. Diese Unterscheidung ist spätestens dann relevant, wenn der Erwerber bereits eine Vielzahl von Zeitungen besitzt. Der Wortlaut deutet an, dass der Minderheitsgesellschaftler bei jeder dieser Zeitungen im Falle der Einstellung ein Mitbestimmungs- oder Vetorecht haben soll.
47. Auch die Formulierung "Mitbestimmungs- oder Vetorecht" ist bedenklich unbestimmt. In Anbetracht des Wortes "oder" ist die Nennung eines Vetorechts re-

dundant. Die Anforderungen des Vermutungstatbestands sind schon erfüllt, wenn ein bloßes Mitbestimmungsrecht eingeräumt wird. Die Möglichkeit, dass das Votum des Minderheitsgesellschafters überstimmt wird, ist demnach gegeben. Um so mehr ist zu erwarten, dass die im Entwurf genannten Vorkehrungen sich als wirkungslos erweisen.

Freistellung von Anzeigenkooperationen

48. Der Regierungsentwurf sieht schließlich noch vor, dass Vereinbarungen von Zeitungsverlagen über die Zusammenarbeit im Anzeigenbereich ohne weitere Vorbedingungen vom Kartellverbot freigestellt werden. Die Monopolkommission hält diese Bestimmung für ebenso problematisch wie die Erleichterung von Fusionen durch den Ausnahmetatbestand. Anzeigenkooperationen zwischen Zeitungen sind schon heute im weiten Rahmen zulässig. Bei den vom Regierungsentwurf ins Auge gefassten zusätzlichen Kooperationsmöglichkeiten geht es weniger um Kosteneinsparungen, sondern vor allem darum, den Preis- und Qualitätswettbewerb auf dem Anzeigenmarkt zu beschränken. Diese Anzeigenkartelle werden zu höheren Anzeigenpreisen führen, insbesondere zulasten kleiner und mittlerer Unternehmen. Dem Regierungsentwurf geht es offensichtlich darum, durch die Ermöglichung einer wirtschaftlichen Ausbeutung von Anzeigenkunden die Vielfalt und Qualität bestehender redaktioneller Angebote zu erhalten. Ein derartiges "Tauschgeschäft", bei dem die staatliche Gewährung von Monopolgewinnen mit einer politisch erhofften Gegenleistung verknüpft wird, ist ordnungspolitisch äußerst problematisch, da es die Wettbewerbsordnung als Legitimation wirtschaftlichen Geschehens grundlegend untergräbt. Auch ist es äußerst zweifelhaft, ob die erhöhten Gewinne tatsächlich zur Sicherung von bedrohten Zeitungen verwendet werden. Es ist davon auszugehen, dass die meisten Anzeigenkooperationen zwischen wirtschaftlich erfolgreichen Zeitungen geschlossen werden. Bei einer wirtschaftlich angeschlagenen Zeitung wird es für die Wettbewerber wesentlich interessanter sein, die Zeitung unter Ausnutzung des Ausnahmetatbestandes zu übernehmen. Im Übrigen ist zu erwarten, dass eine Kooperation auf dem Anzeigenmarkt auch die Wettbewerbsintensität auf dem Lesermarkt verringern wird. Das wird dazu führen, dass auch die Leser höhere Preise für geringere Qualität zahlen werden.

Weiterführende Überlegungen

49. Zusammenfassend kommt die Monopolkommission zu der Empfehlung, dass sowohl der überarbeitete Ausnahmetatbestand als auch die Freigabe von Anzeigenkooperationen abzulehnen sind. Die Anhebung der Aufgreifschwelle ist dagegen wettbewerbspolitisch noch vertretbar.

50. Damit stellt sich die Frage, ob staatliche Stellen in anderer Weise auf die wirtschaftliche Krise im Pressebereich reagieren sollen. Die Monopolkommission lehnt Sondermaßnahmen, die strukturelle Umbrüche in einzelnen Branchen aufhalten sollen, grundsätzlich ab. Die zukünftige Entwicklung des Pressewesens

kann auch von Experten nicht sicher vorausgesehen werden. Dies gilt insbesondere auch für die Entwicklung des Verhältnisses von Pressewesen und elektronischen Medien inklusive Internet. Sollte es tatsächlich zu einem dauerhaften nachhaltigen Rückgang der Nachfrage auf Leser- und Anzeigenmärkten kommen, kann auch eine kartellrechtliche Privilegierung nicht die bisherige Zeitungsvielfalt bewahren. Insofern ein solcher Rückgang bei den Lesern allerdings auch auf eine Substitution von Printmedien durch Internetangebote zurückzuführen ist, ist es langfristig möglicherweise auch angemessen, das Problem der publizistischen Vielfalt für Printmedien und elektronische Medien zusammen zu betrachten und die neu entstandene Vielfalt von Internetangeboten bei der Beurteilung der Entwicklung mit zu berücksichtigen.

51. Auch der Gesichtspunkt der internationalen Wettbewerbsfähigkeit rechtfertigt keine Sondermaßnahmen. Ein Abwandern der Pressebranche aus Deutschland ist nicht zu befürchten. In Anbetracht der fragmentierten Branchenstruktur sind Übernahmen aus dem Ausland derzeit nicht wahrscheinlich. Eine Lockerung der Pressesfusionskontrolle könnte dies aber ändern. Die Großkonzerne, die sich dann bilden können, sind eher geeignet, die Phantasie ausländischer Investoren anzuregen als die Vielzahl kleiner Verlage, die wir jetzt haben und die nach der derzeitigen Rechtslage nur mit viel Aufwand – und gegen den Widerstand des Bundeskartellamts – in eine Hand gebracht werden können.
52. Über den Pressesektor hinaus würde die Einführung besonderer Wettbewerbsregeln für Presseunternehmen einen gefährlichen Präzedenzfall für Sonderwünsche anderer Branchen darstellen. Anpassungen im Strukturwandel gehören zur Marktwirtschaft dazu. Bisher waren die Unternehmen aller Wirtschaftszweige gehalten, solche Anpassungen selbst zu bewältigen. Ein Abweichen von dieser Regel für den Pressesektor wird Erwartungen und Begehrlichkeiten wecken, die Politik und Staat letztlich nicht befriedigen können.

Die Monopolkommission hält es aber für erwägenswert, die Amtspraxis des Bundeskartellamts in zwei Punkten fortzuentwickeln, wobei hierfür keine Gesetzesänderung notwendig wäre. Die Marktabgrenzung, insbesondere im Werbebereich, ist fortlaufend darauf zu überprüfen, ob sie noch die tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse gegenüber der Werbung im Internet wiedergibt. Auch können die Anforderungen an eine Sanierungsfusion, die bereits jetzt ein leistungsfähiges Instrument zur Rettung von notleidenden Zeitungen darstellt, etwas großzügiger interpretiert werden. Allerdings kann es den betroffenen Unternehmen dabei nicht erlassen werden, dass sie selbst die Sanierungsbedürftigkeit der betreffenden Zeitung gegenüber dem Bundeskartellamt bzw. den Gerichten nachweisen.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1332

13. September 2004

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. jur. Wernhard Möschel, Universität Tübingen

Stellungnahme zur Reform des Pressekartellrechts**I. Grundthese des Entwurfs von Fakten nicht gestützt**

Die Grundthese des Entwurfs lautet: Strukturelle Veränderungen gefährdeten das Überleben von Zeitungen. Sie lösten unvermeidlich einen Konzentrationsimpuls aus. Deshalb müssten für diesen Bereich vorbeugend die kartellrechtlichen Vorschriften gelockert werden, um wenigstens publizistische Vielfalt zu erhalten. Diese Teufel-Beelzebub-Volte wird durch Fakten nicht gestützt, sondern widerlegt.

1. Primär konjunkturelle Ursachen

Die allgemeine wirtschaftliche Flaute hat in den Jahren 2001 - 2003 auf die Zeitungsmärkte übergegriffen. Dies ist für die Zeitungen primär ein konjunkturelles Problem. Besonders deutlich wird dies an den dramatischen Rückgängen der Stellenanzeigen. Sie lagen in den Jahren 2002 und 2003 bei jeweils über 40%. Was der Entwurf demgegenüber strukturelle Ursachen nennt, wird in seiner Bedeutung dramatisiert. Gewiss gibt es Veränderungen im Leserverhalten der jüngeren Generation. Nachrichten und Kommentare lassen sich jetzt auch aus dem Internet holen. Doch erfolgt dies in der Regel komplementär und nicht substitutiv zu den Printmedien. Diese Teilmenge besonders interessierter Bürger verzichtet deshalb nicht auf die Lektüre von Tageszeitungen in der Kombination von Lokal- bzw. Regionalblatt und überregionaler Zeitung. Die Reichweiten der Tageszeitungen sind in den letzten Jahren geringfügig zurückgegangen. Am wenigsten trifft dies freilich für die Gruppe der älteren Leser zu. Der sich vollziehende demografische Wandel bietet insoweit sogar Chancen für die Printmedien. Die Bedeutung des Internet als konkurrierendes Werbe- und Anzeigenmedium wird stark überschätzt. Sein Anteil ist erst seit wenigen Jahren statistisch überhaupt messbar und hält sich in einer Größenordnung von 1-2%. Allgemeine Online-Werbung wie Banner und Sponsoring wächst dabei eher zu Lasten des Fernsehens als der Zeitungen. Vielfach erfolgt die Nachfrage auch hier komplementär. Dies gilt namentlich bei Grundstücksanzeigen. Der Kun-

de fährt schlicht mehrspurig, was angesichts des geringen Aufwands für diese Form der Anzeigen unmittelbar einleuchtet. Auch große Werbekunden wie z.B. die Automobilindustrie agieren hier "vernetzt": Print-, Fernsehwerbung und Internetauftritte werden aufeinander abgestimmt. Veränderungen im Anzeigenverhalten lassen sich am ehesten bei Kfz-Anzeigen feststellen. Der Weg über das Internet hat insoweit die geringsten Streuverluste, als jeder Nachfrager sein spezifisches Suchobjekt gezielt auffinden kann. Doch ist dies nichts weiter als eine wünschenswerte Ausprägung von Wettbewerb in Märkten, die ohnehin allzu häufig monopolistische Strukturen aufweisen. Dies ist nicht anders zu bewerten als vor Jahren das Aufkommen sog. Anzeigenblätter, welche den lokalen Tageszeitungen zum ersten Mal – durchaus bescheidene – Konkurrenz machen konnten (Mittlerweile gehört die Mehrzahl der Anzeigenblätter den Tageszeitungsverlagen. In Nordrhein-Westfalen sind dies gar 80%).

2. Zu pauschale Betrachtung

Die eingangs zurückgewiesene Grundthese blendet die je spezifischen Ursachen aus, weshalb eine einzelne Tageszeitung in Schwierigkeiten geraten ist. Zum Teil waren es Querelen unter Gesellschaftern (Süddeutsche Zeitung, mittlerweile Anteilserwerb der Südwestdeutschen Medienholding aus Stuttgart), zum Teil übermäßiger Kapitalabfluss zugunsten einer Eigentümerstiftung (Frankfurter Rundschau, mittlerweile übernommen von der Medienholding der SPD, der Deutschen Druck- und Verlagsgesellschaft – DDVG). Die F.A.Z. hatte zu euphorisch auf die wirtschaftliche Entwicklung in den neuen Bundesländern, auf die Nachhaltigkeit des new economy-Booms gesetzt und zu riskante Investitionen bei den elektronischen Medien getätigt. Die Rhein-Zeitung Koblenz geriet in Schwierigkeiten nach einem verlustbringenden Engagement in Tschechien. Zahlreiche kleinere Verlage hatten ihre Druckereien modernisiert. Die dadurch geschaffenen Zusatzkapazitäten sollten im Wege von Druckaufträgen für Dritte ausgelastet werden. Die anhaltende

Wirtschaftsflaute machte diesem Kalkül einen Strich durch die Rechnung.

3. Talsohle durchschritten

Mittlerweile sprechen überwiegende Anzeichen dafür, dass die Zeitungsbranche diese schwierige Phase überwunden hat. Die hier genannten Blätter sind sämtlich in die schwarzen Zahlen zurückgekehrt; dazu gehört auch das Handelsblatt. Die Springer-Gruppe hat gar wieder eine Umsatzrendite in zweistelliger Höhe erreicht; der gescheiterte Versuch dieses Konzerns, 825 Mio. Euro in die Hand zu nehmen, um den Londoner Telegraph zu erwerben, ist noch in frischer Erinnerung. In ähnlicher Weise haben kleine Verlage erfolgreich konsolidiert und die Ertragswende geschafft. Im Übrigen ist die deutsche Zeitungsbranche ein Wirtschaftszweig, der traditionell hohe Renditen erwirtschaftet. Angesichts der durch hohe Zutrittsschranken abgesicherten Marktstrukturen – erfolgreiche Zeitungsneugründungen kamen in den letzten Jahrzehnten fast nicht vor – ist das eher selbstverständlich. Wenn der Entwurf von "strukturellen" Faktoren ausgehen will, dann es ist diese grundsätzliche Ertragskraft der Branche.

4. Überfremdungsgefahr als bloße Panikmache

Bloße Panikmache sind Hinweise, "ohne eine Liberalisierung des Kartellrechts drohe den deutschen Zeitungen das Schicksal von Leo Kirchs Medienimperium. Wie seine Sender würden bald ausländische Investoren deutsche Blätter übernehmen. Mit der Lockerung der Kartellregeln 'können wir wenigstens das erhalten, was ist' "(vgl. So viel Substanz. Kabinett billigt Clements Pressepläne, F.A.Z. Nr. 122 v. 27.5.2004, S. 44). Die Bedeutung ausländischer Eigner im deutschen Zeitungsmarkt tendiert gegen Null. Die wesentliche Ausnahme ist die Financial Times Deutschland, welche von der englischen Mutter als 50/50-Gemeinschaftsunternehmen mit Gruner + Jahr gegründet wurde. Beim Handelsblatt gibt es eine amerikanische Finanzbeteiligung in Höhe von 10%. Bei der Springer Verlag AG sind Anteile vorübergehend bei einer ausländischen Investorengruppe geparkt.

Umgekehrt ist das Engagement deutscher Eigner in ausländischen Zeitungsmärkten ausgeprägt, vornehmlich in Österreich und in Osteuropa. Im Übrigen sollte sich die Attitüde des "buy German" in einem Land, das so existentiell auf einen freien Welthandel angewiesen ist wie Deutschland, von selbst widerlegen.

II. Konzeption ordnungspolitisch fehlsam

Die Vorstellung, immer dann, wenn eine für das Allgemeininteresse wichtige Branche in Schwierigkeiten gerät, mit Hilfe des Gesetzgebers einzugreifen, ist konzeptionell fehlsam. Dies gilt gerade dann, wenn man – wie der Entwurf – von strukturellen Veränderungen ausgehen wollte. Dies ist ein Denken in status quo-Zusammenhängen. Es verlässt das ordnungspolitische Fundament einer Marktwirtschaft, wie sie für Deutschland und für Europa prägend ist: Der Freiheit zur Investition entspricht die Chance des Gewinns oder auch das Risiko des Verlustes. Die weitgehende Abschirmung gegenüber dem Strukturwandel, wie sie der Entwurf beabsichtigt, ist Strukturkonservatismus in einer besonders kruden Form. Die Ermöglichung der Finanzierung von (Presse-)Unternehmen mit Hilfe von Wettbewerbsbeschränkungen – so die Kernidee des Entwurfs – wäre letztlich ein Rückfall in Zeiten des Feudalismus: Es werden Monopolrechte oder

ähnlich wirkende Kartellprivilegien eingeräumt, damit die Begünstigten den Belasteten eine Art "private Konsumsteuer" auferlegen können.

III. Instrumente unverhältnismäßig

1. Anzeigenkooperationen

Wirtschaftlich sinnvolle Kooperationen sind auch jetzt schon kartellrechtlich ohne weiteres möglich. Dies gewährleisten der sog. Arbeitsgemeinschaftsgedanke und die Zulassung einzelner Kartellformen, namentlich von Rationalisierungskartellen. Dem entspricht eine ausgedehnte Praxis. Der jüngste Beleg dafür ist die Zusammenlegung der Tiefdruckbetriebe der Medienriesen Bertelsmann, Axel Springer und Gruner + Jahr. Die Einführung einer Generalklausel in Anlehnung an Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag in § 2 GWB in der Fassung der 7. Novelle ändert daran nichts. Mittelstandskartelle nach § 3 GWB-Entwurf sollen ohnehin zulässig bleiben.

Die Bereichsausnahme des § 31 GWB-Entwurf für Anzeigenkooperationen in Form von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen oder Unternehmenszusammenschlüssen geht über die bisherige Praxis insoweit hinaus, als dadurch jetzt Preisabsprachen ermöglicht werden. Die Entwurfsbegründung spricht unverhohlen von einer "Stärkung der wirtschaftlichen Basis" von Zeitungsunternehmen. § 31 GWB-Entwurf ist nichts weiter als eine Lizenz zur Ausplünderung von Inserenten. Sie verstößt gegen die Grundrichtung der 7. GWB-Novelle, die Maßstäbe des EG-Rechts zu übernehmen. Dort bleiben sog. hardcore-Kartelle per se verboten. Auch sind Kartelle generell unzulässig, wenn die Beteiligten die Schwelle der Marktbeherrschung erreichen (übereinstimmend § 2 Abs. 1 GWB-Entwurf). Es ist irreführend, diese Bereichsausnahme vornehmlich auf kleine und mittlere Unternehmen zu beziehen. Sie gilt ebenso für die größten Zeitungsunternehmen. Auf den bestenfalls nationalen Anzeigenmärkten ist die sog. Zwischenstaatlichkeitsklausel, welche zur Anwendung des europäischen Gemeinschaftsrechts führen würde, auch bei den Großunternehmen nicht erreicht.

Der Hinweis in der Entwurfsbegründung, § 31 GWB-Entwurf führe zu größerer Rechtssicherheit, ist in dem Sinne richtig, dass eine Aufhebung des Rechts absolute "Sicherheit" vor jeglicher Kontrolle nach sich zieht. Doch muss man dieses Argument wohl als eine versteckte Satire begreifen.

Aus dem Blickwinkel der Entwurfsbegründung, die Einnahmesituation von Zeitungen sei aufgrund der zunehmenden Konkurrenz durch andere Medien vor allem bei Anzeigen- und Werbeerböten strukturell gefährdet, wird sich § 31 GWB-Entwurf als kontraproduktiv erweisen. Die Vorschrift wird die Ausweichreaktionen der Inserenten intensivieren und beschleunigen. Dabei spielt eine Rolle, dass dieses neue Kartellprivileg nicht für Zeitschriften gelten soll. Das mag die relative Gelassenheit erklären, mit welcher die werbetreibende Wirtschaft das Gesetzesvorhaben verfolgt.

2. Veränderung der Schwellenwerte

Die Halbierung des Presse-Rechenfaktors von 20 auf 10 in § 38 Abs. 3 GWB-Entwurf führt dazu, dass ein Erwerb eines Presseunternehmens mit einem Umsatz bis zu 50 Mio. Euro/Jahr kontrollfrei bleibt. Zugleich erhöht sich die Bagatellmarktklausel des § 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB von

bisher 750.000 Euro auf 1,5 Mio. Euro. Schließlich führt § 35 Abs. 2 S. 2 GWB-Entwurf für den Pressebereich zum ersten Mal eine Bagatellklausel ein; sie soll bei 2 Mio. Euro liegen. Aus diesen Klauseln wird gelegentlich gefolgert, im Pressebereich setze die Fusionskontrolle "viel früher" ein als bei sonstigen Unternehmen (W. Clement, Meinungsvielfalt und Wettbewerb, WuW 2004, S. 720, 722). Dies ist irrig. Materiell gelten auch im Pressebereich die gleichen Kontrollmaßstäbe (Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung). Die Rechenklauseln führen nur dazu, dass die in den Aufgreifkriterien auf Industrieunternehmen zugeschnittene Fusionskontrolle im kleinräumigen Pressebereich überhaupt anwendbar wird ("concurrency en miniature"). Es handelt sich um eine branchengebundene Ausformung allgemeiner Regeln. Ähnliche Modifikationen bestehen bei Handelsunternehmen, Banken und Versicherungen (Vgl. zum Ganzen BGH WuW/E BGH 1685, 1688 "Springer – Elbe Wochenblatt" und Bundesverfassungsgericht WuW/E VG 307 "Münchner Anzeigenblätter", beide unter Hinweis auf W. Möschel, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, Tübingen 1978, S. 53 f., 64, 178 f.).

Konsequenz der beabsichtigten Änderungen ist nach den Feststellungen des Entwurfs: Die Erhöhung der Aufgreifschwelle von 25 Mio. auf 50 Mio. Euro führt dazu, dass sich in Deutschland 50 Zeitungsverlage (ohne Anzeigenblätter) zusätzlich kontrollfrei zusammenschließen können. Durch die Einführung einer Bagatellklausel in Höhe von 2 Mio. Euro können 30 selbständige Zeitungsverlage (ohne Anzeigenblätter) kontrollfrei aufgekauft werden. Dies ist quantitativ erheblich. In Deutschland gibt es gegenwärtig 347 Zeitungsverlage. Die Zahl der wirtschaftlich unabhängigen Verlage – sie wird statistisch nicht erfasst – ist erheblich geringer. Die Anzahl sog. publizistischer Einheiten (redaktionell selbständige Tageszeitungen mit Vollredaktionen, die den gesamten redaktionellen Teil, also auch einen Mantelteil, sowie den Anzeigenteil eigenständig herstellen) lag im Jahre 2003 bei 134. Diese Zahl ist seit 1976 im Wesentlichen konstant geblieben. Die Gesetzesänderung ermöglicht insoweit eine weitreichende Zunahme der Pressekonzentration. Die geplante Änderung wäre auch qualitativ gravierend. Die Marktverhältnisse insbesondere bei lokalen und regionalen Tageszeitungen sind wettbewerblich erheblich gestört (vgl. im Einzelnen Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Keine Aufweichung der Pressefusionskontrolle, Dokumentation Nr. 535, Berlin 2004, Rn. 5 und 6). Geboten wäre ein Schutz des Wettbewerbs, wo immer er möglich ist oder aufgrund neuer Entwicklungen möglich wird. Der Entwurf hat das genaue Gegenteil zum Ziel. Zu erwarten ist eine Herausbildung regionaler Zeitungsketten nach abschreckendem ausländischen Muster. Die Kautelen des § 36 Abs. 1b Nr. 2 GWB-Entwurf kann im kontrollfreien Bereich von vornherein keine Anwendung finden.

Die Veränderung der Schwellenwerte gilt anders als § 31 GWB-Entwurf und § 36 GWB-Entwurf nicht nur für Zeitungen, sondern ebenso für Zeitschriften. Der Entwurf erspart sich eine Begründung für diese Gleichstellung. Sie wäre angesichts ganz anderer Wettbewerbsverhältnisse auf den Zeitschriftenmärkten erforderlich gewesen.

3. Die Optionsklausel des § 36 GWB-Entwurf

Der Zweck der vorbeugenden Fusionskontrolle liegt darin, die Entstehung von Marktstrukturen zu verhindern,

innerhalb deren die beteiligten Unternehmen erfahrungsgemäß wettbewerbswidrige Verhaltensweisen praktizieren können (Behinderungen, Ausbeutungen, Monopolisierung von Drittmärkten). Der Entwurf beabsichtigt mit der Ermöglichung von Unternehmenszusammenschlüssen trotz Entstehens oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung genau diese Folgen. Dies ist in einem wettbewerbspolitischen Denkansatz nicht mehr nachvollziehbar.

Die jetzt in § 36 Abs. 1a GWB-Entwurf enthaltenen einengenden Vorkehrungen waren schon immer Scheinvorkehrungen. Wer durch Übertragung der Mehrheitsbeteiligung die Kontrolle über eine Zeitung aufgibt, im Kern damit seine verlegerische Existenz beendet, ist kein geeignetes Organ, eine fortdauernde "Selbständigkeit" der veräußerten Zeitung durchzusetzen. Seine Interessen sind in der Regel nur noch finanzieller Art. Im Übrigen schlägt die wirtschaftliche Seite gerade im Krisenfall immer durch. Frei nach Berthold Brecht: Erst kommt das Fressen, dann die Moral. Unternehmensbeherrschung bei verbundenen Unternehmen vollzieht sich überdies eher subtil auf der personellen Schiene. Diese ist nicht wirklich kontrollierbar. Aus eben diesem Grunde hat der deutsche Gesetzgeber die im Aktiengesetz 1965 eingeführte Konzernverhaltenskontrolle mit dem neuen Übernahmegesetz um eine Kontrolle erweitert, die schon bei der Konzernbildung eingreift (Pflichtangebot zum Erwerb der restlichen Anteile bei einem Anteilerwerb in Höhe von 30%). Der Entwurf missachtet diese Erfahrungen vollständig.

Den in § 36 Abs. 1b GWB-Entwurf eingeführten Missbrauchsklauseln ist keine positive Wirkungsprognose zu stellen. Bei der Nr. 1 kommt es nicht auf die Ertragskraft eines Unternehmens insgesamt an. Die in der Vorschrift genannten Ergebniszahlen sind gestaltbar und insoweit keine wirkliche Grenze. Da für die Jahre 2001 bis 2003 solche Rückläufigkeit vielfach zu beobachten war, lassen sich damit steckengebliebene Fusionsvorhaben, z.B. auf dem Berliner Markt oder der Zusammenschluss Rhein-Zeitung/Koblenz mit der Saarbrücker Zeitung oder der Einstieg des Kölner Zeitungsverlages DuMont Schauberg beim Bonner Generalanzeiger, nach Gesetzesänderung hurtig über die Bühne bringen.

§ 36 Abs. 1b GWB-Entwurf enthält wegen des Erfordernisses der "zeitlich eng aufeinanderfolgenden Anwendung des Absatzes 1a" keine echte Grenze. Man muss die Erwerbsstrategie lediglich zeitlich etwas strecken.

IV. Vorhaben immer noch verfassungswidrig

Die ursprüngliche Möglichkeit, zusammenschlossene Zeitungsunternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen, ist fallengelassen worden. Sie hätte die grundgesetzlich geschützte Pressefreiheit verletzt. Das Risiko eines Verfassungsverstößes ist aber auch jetzt noch sehr groß. Die weitgehende Privilegierung von Wettbewerbsbeschränkungen im Zeitungsbereich im Vergleich zu sonstigen Wirtschaftssektoren dürfte gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen, wenn man bedenkt, dass dieser Zeitungsbereich wettbewerblich hoch gefährdet ist. Als Referenzpunkt der Gleichheit bzw. der Ungleichheit einer Regelung muss sich ein Gesetzgeber an den selbst gesetzten Maßstäben festhalten lassen. Aus dem Blickwinkel eines Wettbewerbsschutzes erweist sich solche Privilegierung als schlichte Willkür.

Ferner fehlt dem Bund die Verbandskompetenz zu einer letztlich medienpolitisch bestimmten Regelung. Zuständig hierfür wären die Länder, ähnlich wie das bei der KEK, der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich, unstreitig der Fall ist. Zwar hat die Entwurfsbegründung in ihrer letzten Fassung manche verbale Nebelkerze geworfen, wonach die Novelle den bisher verfolgten Ansatz, publizistische Vielfalt durch wirtschaftliche Vielfalt zu gewährleisten, nicht in Frage stelle. Das genaue Gegenteil trifft zu: Der Bezugsrahmen des Schutzes von Wettbewerb ist im Änderungsbereich des Pressekartellrechts aufgegeben worden. Einführung einer Bereichsausnahme und Hinnahme von marktbeherrschenden Stellungen enthalten insoweit eine klare Botschaft. Die Erwartung, das letztlich zur Entscheidung berufene Bundesverfassungsgericht werde sich nicht an der materiellen Substanz einer Regelung orientieren, sondern an verbalen Etiketten, ist jedenfalls überaus kühn. So hat das Bundesverfassungsgericht zur Zuständigkeitsproblematik bei der 4. GWB-Novelle von 1976 ausgesprochen: "Unmittelbarer Regelungsgegenstand der Gesetzesnovelle ist nicht die publizistische Vielfalt auf den Pressemärkten, sondern die *Wettbewerbszwecken dienende* Ausgestaltung der Fusionskontrolle unter den besonderen Bedingungen der Pressemärkte zur Schaffung einer *effektiven Fusionskontrolle* auch in diesem Bereich" (WuW/E VG 307 "*Münchner Anzeigenblätter*", Hervorhebung diesseits). Die Zwecke der 7. Novelle lassen sich dem schlechterdings nicht mehr einfügen. Sie sind genuin medienpolitischer Art.

V. Hintergedanken?

Die Anregung zu einer Rücknahme der Pressekartellregelungen ging ursprünglich von einem mittelständischen Verlag in Köln und von einem Großverlag in Berlin aus. Das hielt sich im Spektrum üblicher Eigeninteressen. Die Politik erkannte den Sinn einer solchen Aufweichung im Zusammenhang des aus Rechtsgründen aussichtslosen Ministererlaubnisverfahrens beim Zusammenschlussvorhaben Berliner Zeitung/Tagesspiegel. Die Gesetzesänderung würde es ermöglichen, das "linksliberale" Profil des Tagesspiegel zu erhalten. Es sind weitergreifende Motivationen vorstellbar. Innerhalb der SPD gibt es eine einflussreiche Strömung, für welche Politik wesentlich die Fähigkeit zur Kommunikation mit den Bürgern ist. Bezüglich Hörfunk/Fernsehen ist diese Partei traditionell "gut aufgestellt". Ähnliches gilt für die politischen Magazine, eine einflussreiche Wochenzeitung und zwei überregionale Tageszeitungen. Bezüglich einer Präsenz in der Fläche, also bei den regionalen und lokalen Tageszeitungen, verfügt die Partei über strukturelle Vorsprünge, die noch nicht optimiert sind. Sie ist kapitalmäßig und personell mit der WAZ verbunden, deren Expansionspolitik in Nordrhein-Westfalen mit zur Pressenovelle von 1976 beigetragen hatte ("Pressekrake"). Sie verfügt

daneben mit der bereits erwähnten Deutschen Druck- und Verlagsgesellschaft mbH (DDVG) über eine Holding, die quer über das Land an zahlreichen kleineren Zeitungen und Druckereien beteiligt ist. Einer stärkeren Verzahnung steht das bisherige Kartellrecht im Wege. Im optimalen Falle ließen sich dezentral Boulevard-Blätter aufbauen, die nach einer bundesweiten Konsolidierung ein wettbewerbliches/politisches Gegengewicht zur Bildzeitung bilden könnten. Ob es solche Hintergedanken gibt, kann kein Außenstehender wissen. Er benötigt solches Wissen nicht. Es hilft im Sinne eines Gefährdungstatbestandes ein Lebenserfahrungssatz, der aus dem amerikanischen Antitrust-Recht stammt: "Wer die Mittel will, will auch das Ergebnis".

VI. Schlussfolgerungen

Die sich aufdrängende Schlussfolgerung hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 9.7.2004 zum Entwurf der 7. GWB-Novelle gezogen: "Die Änderungen des Pressekartellrechts sind vollumfänglich abzulehnen" (BR-Drs. 441/04, Rn. 7). Die Sonderregelung des § 36 GWB-Entwurf verbietet sich ebenso wie eine Bereichsausnahme für Anzeigenkooperationen einschließlich Preisabsprachen. Auch für eine Einführung dieser Instrumente lediglich zu Gunsten von kleineren und mittleren Zeitungsverlagen gibt es keine rechtfertigenden Gründe. Der einzige Punkt, über den man wettbewerbspolitisch allenfalls diskutieren kann, ist eine Absenkung des Presserechenfaktors von 20. Ein solcher Schritt wäre nicht verfassungswidrig, sondern hielte sich im Rahmen des gesetzgeberischen Ermessens (vgl. Bundesverfassungsgericht WuW/E VG 307, 308 "*Münchner Anzeigenblätter*"). Nach hier begründeter Auffassung sind die wettbewerblichen Risiken einer solchen Änderung freilich beträchtlich. Ein damit verbundener positiver Zweck wäre nicht erkennbar.

Ohne Gesetzesänderungen mögen Kartellbehörden und Gerichte Anlass haben, der wirtschaftlichen Entwicklung folgend eine überaus enge Abgrenzung der sachlich-relevanten Märkte zu überdenken. Das Rechtsinstrument der Sanierungsfusion könnte, europäischem Vorbild folgend, weniger restriktiv gehandhabt werden. Diese beiden Vorschläge wurden bereits vom Wissenschaftlichen Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (Gutachten a.a.O., Rn. 17 f.) und von der Monopolkommission gemacht (Sondergutachten 42, Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle, Baden-Baden 2004, Tz. 134 f.).

Insgesamt ist entgegen der Philosophie der Entwurfsbegründung zu betonen: Wer der Zeitungspresse nachhaltig helfen will, sorgt nicht für Wettbewerbsbeschränkungen, sondern für Wettbewerb. Wettbewerbsfähig bleibt man am ehesten im Wettbewerb selbst.

gez. Wernhard Möschel