

# Wettbewerbspolitik und Kartellrecht in der Marktwirtschaft

50 Jahre FIW: 1960 bis 2010

Festschrift

schafts- und Finanzkrise ist noch nicht vollständig durchgestanden. Doch die deutsche Wirtschaft befindet sich wieder auf Erholungskurs. Nun gilt es, die Grundlagen für einen nachhaltigen Aufschwung zu verbessern. Dafür müssen die Wachstumskräfte gestärkt werden. Dies geschieht am besten in wettbewerbsfähigen Marktstrukturen. Dort können Unternehmen kreativ, innovativ und wirtschaftlich erfolgreich agieren, und die Verbraucher bekommen am Ende mehr für ihr Geld. Offene Märkte zu fördern und funktionierenden Wettbewerb zu schützen, ist daher von ganz zentraler Bedeutung, um auch langfristig Wachstum und Wohlstand in Deutschland zu gewährleisten.

Damit dies auch in Zukunft so erfolgreich gelingt wie in den vergangenen fünf Jahrzehnten, sind weitere Schritte erforderlich. Ein wichtiges Element der Wettbewerbspolitik ist für mich, die Möglichkeit der Entflechtung marktbeherrschender Unternehmen zu schaffen. Ich weiß, dass die geplante Entflechtungsbefugnis sehr kontrovers diskutiert wird. Auch auf dem letzten FIW-Symposium in Innsbruck. Dabei sollten wir aufpassen, keine Gespensterdebate zu führen. Es ist kein Instrument geplant, mit dem die Politik willkürlich Konzerne zerschlagen kann. Geplant ist vielmehr ein rechtsstaatliches Verfahren, das als *ultima ratio* eingeleitet werden kann. Das Instrument liegt in den bewährten und sachkundigen Händen des Bundeskartellamtes. Auch wenn man nicht in die Schlicht zieht, kann es gut sein, ein scharfes Schwert zu haben. Die Monopolkommission teilt in ihrem Sondergutachten vom 27. April 2010 unsere Auffassung. Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungsbefugnis ist demnach wettbewerbspolitisch sinnvoll und verfassungs- und europarechtlich zulässig. Auch das geplante Recht des Bundeskartellamtes, aus wettbewerbslicher Sicht in Gesetzgebungsverfahren Stellung zu nehmen, wird von der Monopolkommission uneingeschränkt befürwortet.

Das FIW gehört neben dem Bundeskartellamt und der Monopolkommission zu den »Advokaten des Wettbewerbsgedankens«. Es erhebt seit fünf Jahrzehnten seine Stimme für den Wettbewerb in Deutschland und in Europa. Die Bedeutung dieses Engagements kann nicht hoch genug eingeschätzt werden. Schließlich ist Wettbewerb das ökonomische Pendant zur politischen Demokratie. Wettbewerb sorgt für Dezentralisierung wirtschaftlicher Macht, Demokratie für die Dezentralisierung politischer Macht. Demokratie beruht auf der Teilhabe und dem Engagement aller Bürger. So ist es auch mit dem Wettbewerb: Erfolg wie Durchsetzung des Wettbewerbsgedankens in Deutschland beruht auf der Teilhabe und dem Zusammenwirken aller Beteiligten. Gesetzgeber, Gesetzesanwender, Unternehmen und Wissenschaft – mit dem FIW an hervorragender Stelle – befinden sich seit nunmehr über 50 Jahren in einem fruchtbaren Dialog. Die vordringlichsten Ergebnisse dieses Dialogs sind bislang sieben GWB-Novellen.

Das FIW wird diesen Dialog fortsetzen. Es wird in den kommenden Jahren und Jahrzehnten an die hervorragende Arbeit während des vergangenen halben Jahrhunderts anknüpfen und ein wichtiger Fürsprecher des Wettbewerbsgedankens bleiben. Der Wettbewerb braucht eine Lobby. Der Wettbewerb braucht das FIW.

## Inhalt

|  |     |
|--|-----|
| Vorwort . . . . .  | V   |
| <i>Dr.-Ing. Gernot Schaefer, Vorsitzender des Vorstandes des FIW e.V., und Niels Lou, Geschäftsführer des FIW e.V., Köln</i>                       |     |
| Grüßwort . . . . .   | VII |
| <i>Rainer Brüderle MdB, Bundesminister für Wirtschaft und Technologie, Berlin</i>  |     |
| <b>Wettbewerbspolitik</b>  |     |
| Regulierung zwischen Wettbewerb und Harmonisierung aus institutionenökonomischer Perspektive . . . . .   | 3   |
| <i>Professor Dr. Peter Behrens, M.C.J., Geschäftsführender Direktor, Institute for European Integration am Europa-Kolleg, Hamburg</i>              |     |
| Gehorene Automarken im Wettbewerb . . . . .  | 25  |
| <i>Klaus Bräunig, Rechtsanwalt, Geschäftsführer, und Dr. Raif Scheibach, I.L.M., Rechtsanwalt, Verband der Automobilindustrie e.V., Berlin</i>     |     |
| Wettbewerbspolitik vor einer Zeitenwende . . . . .   | 39  |
| <i>Professor Dr. Michael Hüther, Direktor, Institut der deutschen Wirtschaft Köln</i>  |     |
| Öffentliche Aufträge – vom Wettbewerb zur Wirtschaftlenkung? . . . . .   | 49  |
| <i>Michael Knipper, Hauptgeschäftsführer, Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V., Berlin</i>   |     |
| Wettbewerb und Innovation in Netzwirtschaften – Erfolg und Herausforderungen der Regulierung am Beispiel des Telekommunikationsbereiches . . . . . | 63  |
| <i>Mathias Kurth, Präsident der Bundesnetzagentur, Bonn</i>  |     |
| Paritätische Mitbestimmung: Deutschland einsam auf seinem Sonderweg . . . . .  | 75  |
| <i>Dr. Hans Christoph von Rohr, Rechtsanwalt, Düsseldorf</i>   |     |
| BRIC-Staaten und Wettbewerb . . . . .  | 85  |
| <i>Dr. Theodor Thanner, Generaldirektor für Wettbewerb, Bundeswettbewerbsbehörde, Wien</i>   |     |
| Ökonomisierung als Folge der lebendigen Demokratie . . . . .   | 107 |
| <i>Professor Dr. Carl Christian von Weizsäcker, Senior Research Fellow, Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Bonn</i>      |     |
| Nach der Bankenkrise – was ist zu tun? . . . . .   | 115 |
| <i>Dr. Hans-Dietrich Winkhaus, Düsseldorf</i>  |     |

**Kartellrecht**

- Der Handlungsort im internationalen Kartellrecht – Ein juristisches Chamäleon auf dem Weg vom Völkerrecht zum internationalen Zivilprozessrecht – . . . . . 129  
*Professor Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow, LL.M., Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg*
- Kartellbußgeldverfahren, Kronzeugenregelungen und Schadensersatz – Liegt die Lösung des Konflikts »de lege ferenda« in einem einheitlichen Verfahren? . . . . . 143  
*Dr. Cornelia Camenhey, Rechtsanwältin, und Dr. Till Steinvorth, Rechtsanwältin, Düsseldorf*
- Die europäische Wirtschaftsrechtsverfassung nach dem Vertrag von Lissabon . . . . . 161  
*Professor Dr. Meinrad Dreher, LL.M., und Ass. iur. Martin Lange, Lehrstuhl für Europarecht, Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung, Johannes Gutenberg-Universität, Mainz*
- Ronald Dworkin, ökonomische Effizienz und das Kartellrecht . . . . . 175  
*Professor Dr. Josef Drexl, LL.M., Direktor am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München*
- Die Entwicklung der Bußgeldpolitik in Kartellverfahren. . . . . 193  
*Dr. Ferdinand Hermanns, Rechtsanwältin, Seniorpartner Hermanns Wagner Brück, Meerbusch*
- Informationsaustausch als Wettbewerbsbeschränkung - Kriterien und Beweislast . . . . . 209  
*Dr. Andreas Mühlentkamp, Hauptgeschäftsführer, WSM Wirtschaftsverband Stahl- und Metallverarbeitung e. V., Düsseldorf*
- Zum kartellrechtlichen Zwangslizenzverbot . . . . . 229  
*Professor Dr. Wernhard Möschel, Tübingen*
- Wettbewerbschutz durch Kartellrecht – Ordnungspolitische Entwicklungslinien von Kartellrecht und Kartellrechtsdurchsetzung . . . . . 237  
*Andreas Mundi, Präsident des Bundeskartellamtes, Bonn*
- Zur Anwendbarkeit des GWB auf Unternehmen der öffentlichen Hand – Eine Skizze – . . . . 253  
*Professor Dr. Wulf-Henning Roth, Geschäftsführender Direktor, Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn*
- Entflechtungsmaßnahmen im Wettbewerbsrecht – eine kritische Beurteilung. . . . . 275  
*Professor Dr. Roger Zäch, Direktor am Europa-Institut, Universität Zürich*

**FIW 1960–2010**

- FIW: Wirtschaft · Recht · Ethik . . . . . 287  
*Dr. Wolfgang Gäbelein, Rechtsanwältin, Berlin*
- FIW 50 Jahre . . . . . 303  
*Professor Dr. Wolfgang Harms, Rechtsanwältin, Berlin*
- 50 Jahre FIW – Erinnerungen und Randnotizen einer Ehemaligen . . . . . 309  
*Liloha Jüttnier-Kramny, Bonn*
- FIW und FIW-Schriftenreihe . . . . . 321  
*Professor Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt, Präsident, Bucerius Law School, Hamburg*
- 43 Jahre FIW-Symposien in Innsbruck . . . . . 323  
*Professor Dr. Christian Smekal, Emeritus, Institut für Finanzwissenschaft der Leopold-Franzens-Universität, Innsbruck*
- Weisheit, Wirtschaft und Wein – 50 Jahre FIW und 43 Jahre Innsbruck-Symposion. . . . . 329  
*Dr. Ludolf v. Wartenberg, Berlin*

GWB zu entscheiden. Nichts hindert ihn daran, im Rahmen des § 130 Abs. 1 GWB ein eigenständiges nationales Kartellrecht für öffentliche Unternehmen zu schaffen.<sup>122</sup> Das Bundeskartellamt mag eine solche Revision anregen.

## V. Zusammenfassung

1. Das deutsche Kartellrecht folgt den Wandlungen des Unternehmensbegriffs im europäischen Wettbewerbsrecht. Dies gilt für § 1 GWB und § 19 GWB.
2. Soweit §§ 1, 2 GWB auf europäisches Recht verweisen, ist eine eins-zu-eins Auslegung mit den europäischen Vorgaben geboten. Dies ergibt sich auch aufgrund des Regelungswillens des deutschen Gesetzgebers. Dabei ist nicht zwischen Binnenmarktsachverhalten und rein nationalen Sachverhalten zu unterscheiden.
3. Der Gesetzgeber ist bei der Gesundheitsreform 2007 davon ausgegangen, dass auch der Unternehmensbegriff in § 19 GWB europäisiert ist. Auf dieser Grundlage ist § 69 Satz 2 SGB V 2007 (= § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V) formuliert worden.
4. Der deutsche Gesetzgeber hat vom einheitlichen Unternehmensbegriff im GWB bisher nicht Abschied genommen. Von daher gilt der europäisierte Unternehmensbegriff der §§ 1, 2, 19 GWB auch für die Fusionskontrolle.
5. § 130 Abs. 1 GWB hat allein die Funktion klarzustellen, dass die öffentliche Hand bei wirtschaftlicher Tätigkeit mit allen anderen Akteuren gleichgestellt wird. Die Norm hat insoweit nur klarstellenden Charakter.
6. Für den Unternehmensbegriff hat sie akzessorischen Charakter. Die Festlegung der Unternehmenseigenschaft ergibt sich aus den in Bezug genommenen Normen des GWB, nicht aber aus einer autonomen Auslegung des § 130 Abs. 1 GWB.
7. Eine diesbezügliche Änderung des § 130 Abs. 1 GWB ist Sache des Gesetzgebers und nicht durch eine bloße Neuinterpretation der Norm zu erreichen.

<sup>122</sup> Die Regelungen der Art. 3 Abs. 1 und Art. 7 Satz 1 VO 1/2003 blieben davon natürlich unberührt.

# Entflechtungsmassnahmen im Wettbewerbsrecht – eine kritische Beurteilung

Roger Zäch\*, Zürich\*\*

## I. Einleitung

Gemäss Referentenentwurf vom 8. Januar 2010 sollen ins Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Bestimmungen eingeführt werden, die es dem Bundeskartellamt ermöglichen, auch ausserhalb der Fusionskontrolle zum Schutz des Wettbewerbs Entflechtungsmassnahmen anzuordnen<sup>1</sup>. Im Folgenden sollen zunächst unterschiedliche Entflechtungsmassnahmen skizziert werden (II). Alsdann soll kurz begründet werden, dass die gemäss Referentenentwurf vorgeschlagene Einführung allgemeiner Entflechtungsmassnahmen weder ein taugliches noch ein verhältnismässiges Mittel zur Belebung des Wettbewerbs auf Märkten mit strukturellen Wettbewerbshindernissen »in Gestalt verfestigter Marktmacht« (Referentenentwurf vom 8. Januar 2010, Begründung S. 1) ist und dass daher von der Einführung eines solch einschneidenden Instruments abzusehen ist (III). Dem folgt eine Präsentation von alternativen Lösungsmöglichkeiten (IV). Abschliessend wird ein Fazit gezogen (V).

## II. Arten von Entflechtungsmassnahmen

### 1. Entflechtungsmassnahmen im Rahmen der Fusionskontrolle

#### a) Veräusserungszusagen als Entflechtungsmassnahmen

Im Rahmen der Freigabe von Zusammenschlüssen unter Bedingungen und/oder Auflagen werden insbesondere Veräusserungs- und Verhaltenszusagen unterschieden<sup>2</sup>. Veräusserungszusagen oder strukturelle Zusagen können, wenn diese umgesetzt werden, das ursprünglich gemeldete Zusammenschlussvorhaben strukturell so verändern, dass aus wettbewerblicher Sicht dagegen keine Bedenken mehr bestehen. Anders formuliert: Ein Zusammenschluss kann die Struktur eines Marktes so verändern, dass dies als wettbewerbsrechtlich bedenklich oder unzulässig zu beurteilen ist. Dem können die

\* Vizepräsident der Schweizerischen Wettbewerbskommission a.D.; Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats des FTW.

\*\* Für Anregungen und Kritik danke ich Dr. Reto A. Heizmann, Rechtsanwalt, Oberassistent an der Universität Zürich, und Dr. Adrian Künzler, Zürich.

1 Referentenentwurf vom 8. Januar 2010, Begründung, S. 1.

2 Immenga/Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 8 FKVO Rn 122 ff. bzw. Rn 143 ff.

Parteien eines Zusammenschlusses dadurch entgegen wirken, dass Teile der sich zusammen schliessenden Unternehmen vor oder allenfalls nach dem Zusammenschluss an Dritte veräussert werden, wodurch die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Wettbewerbsbehörde ausgeräumt werden können<sup>3</sup>. Im konkreten Verfahren werden sich die Parteien gegenüber der Behörde verpflichten, vor oder nach einer Freigabe des vorgesehenen Zusammenschlusses die betreffenden strukturellen Massnahmen umzusetzen. In solchen Fällen wird die Behörde eine allfällige Freigabeentscheidung mit Bedingungen und/oder Auflagen verbinden, um sicher zu stellen, dass die beteiligten Unternehmen ihren Verpflichtungen auch tatsächlich nachkommen<sup>4</sup>. In diesem Sinn spricht man von Entflechtungsmassnahmen, die von einer Behörde im Rahmen eines Fusionskontrollverfahrens angeordnet werden<sup>5</sup>.

- b) Entflechtungsmassnahmen im Fall der Verletzung von Fusionskontrollvorschriften

Werden Zulassungen aufgrund unrichtiger oder irreführender Angaben herbeigeführt, das fusionsrechtliche Vollzugsverbot verletzt oder Auflagen einer Zulassung zuwidergehandelt, so sehen die Bestimmungen über Fusionskontrollen allenfalls als ultima ratio die Anordnung der Trennung der zusammengefassten Unternehmen oder Vermögenswerte vor<sup>6</sup>.

In der Praxis müssen solche Massnahmen kaum je angeordnet, geschweige denn durchgesetzt werden<sup>7</sup>. So mussten etwa in der Schweiz seit Einführung der Fusionskontrolle im Jahre 1996 noch nie Entflechtungsmassnahmen angeordnet werden. Dies erklärt sich damit, dass das Fusionskontrollrecht – möglicherweise wegen der Wirkung der anderen Sanktionsdrohungen wie Geldbussen und Zwangsgelder – von den Unternehmen beachtet wird.

## 2. Entflechtungsmassnahmen im Rahmen einer Deregulierung

Werden rechtliche Monopole auf einen bestimmten Zeitpunkt hin aufgelöst, entstehen in der Regel nicht auf genau diesen Zeitpunkt hin Wettbewerbsstrukturen. Vielmehr ist es so, dass die frühere rechtliche Monopolistin nun als faktische Monopolistin weiter besteht. Zu erwähnen ist beispielsweise der Telekommunikationsbereich. In der Schweiz ist die Deregulierung auf den 1. Januar 1998 in Kraft gesetzt worden. Zur Zeit ist Swisscom, die frühere Monopolistin, immer noch in vielen Bereichen das beherrschende Unternehmen. Orange und Sunrise – für kurze Zeit waren noch zwei weitere

Anbieter auf dem schweizerischen Markt tätig – haben Mühe, sich als tatsächliche Wettbewerber zu etablieren<sup>8</sup>.

Statt lediglich ein rechtliches Monopol aufzuheben, könnte im gleichen Zug von Staates wegen das bisherige Monopolunternehmen in mehrere Unternehmenseinheiten aufgeteilt werden. Durch eine solche Entflechtung des rechtlichen Monopolunternehmens im Rahmen einer Deregulierung würde verhindert, dass allfällig neu auftretenden Unternehmen einen jedenfalls auf längere Zeit meist aussichtslosen Wettbewerb gegen ein faktisches Monopolunternehmen führen müssen. Eine solche Entflechtung wäre wohl problemlos möglich bei den so genannten staatlichen Handelsmonopolen wie diese etwa für Alkohol, Brantwein, Salz, Erdöl, Kali, Bananen, Tabakwaren, Zündwaren oder Sprengstoff noch bestehen<sup>9</sup>. Bei den so genannten Netzindustrien, bei denen das Netz eine essential facility bildet, verleiht die Verfügungsberechtigung über das Netz Monopolcharakter. Soll nach einer Deregulierung kein privates Unternehmen faktisches Monopolunternehmen werden, ist dafür zu sorgen, dass die Netznutzung allen Wettbewerbern zu »gleichen« Bedingungen offen steht. Dieses Ziel dürfte am besten erreichbar sein, wenn das Netz in staatlicher Hand »bleibt«<sup>10</sup>.

## 3. Allgemeine Entflechtungsmassnahmen

Die im Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgesehenen Instrumente und Massnahmen werden durch die Kartellbehörden traditionellerweise gegen Kartelle, Missbräuche marktbeherrschender Unternehmen oder wettbewerbsbeschränkende Fusionsvorhaben eingesetzt. Dies gilt auch für Entflechtungsmassnahmen, die als ultima ratio vorgesehen sind<sup>11</sup>.

Falls auf Märkten nur ganz wenige Unternehmen tätig sind, kann es vorkommen, dass diese weder den Wettbewerb kartellistisch einschränken noch sich missbräuchlich – etwa im Sinn von Art. 102 VAEU – verhalten, sondern sich einfach keinen Wettbewerb machen. Der Wettbewerb ist dann auf solchen Märkten nicht durch – mit den »üblichen« wettbewerbsrechtlichen Mitteln erfassbare – Massnahmen privater Unternehmen beschränkt. Wettbewerb findet aber gleichwohl nicht statt. Ursache des in solchen Fällen fehlenden Wettbewerbs kann die beschriebene Marktstruktur, ein strukturelles Wettbewerbshindernis, sein<sup>12</sup>. Wird den Kartellbehörden für solche Fälle eine Entflechtungsbefugnis eingeräumt – im schweizerischen Recht ist das entgegen der

<sup>8</sup> Das Vorhaben von Orange und Sunrise zu fusionieren, das unter anderem damit begründet wurde, sich gegenüber Swisscom besser behaupten zu können, wurde von der schweizerischen Wettbewerbsbehörde untersucht. Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 22. April 2010.

<sup>9</sup> Vgl. *Leitble*, in: *Graholz/Hijf*, Art. 31 EGV Rz 12.

<sup>10</sup> Vgl. beispielsweise die differenzierte Regulierung von Art. 5 bis Art. 10 betreffend Verteilernetze und das Übertragungsnetz (für grössere Distanzen) im schweizerischen Elektrizitätsmarktgesetz vom 15. Dezember 2000, das in der Volksabstimmung vom 22. September 2002 allerdings verworfen wurde und daher nicht in Kraft gesetzt werden konnte.

<sup>11</sup> Vorn, 1. 2.

<sup>12</sup> Vgl. Referentenentwurf vom 8. Januar 2010, Begründung, S. 1.

<sup>3</sup> *Immenga/Körher*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 8 FKVO Rn 122.

<sup>4</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 2 UA 2; *Immenga/Körher*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 8 FKVO Rn 163.

<sup>5</sup> Urteil des schweizerischen Bundesgerichts, BGE 133 II 106 f. *Swissgrid*.

<sup>6</sup> Vgl. Art. 37 und 38, insbesondere Art. 37 Abs. 4 Bst. a *Schweizerisches Kartellgesetz* (= KG); Art. 8 Abs. 4 FKVO; *Immenga/Körher*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 7 FKVO Rn 45; ebenda, Art. 8 FKVO Rn 173 ff.

<sup>7</sup> Vgl. *Immenga/Körher*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 8 FKVO Rn 175.

Ausführungen im Referentenentwurf<sup>13</sup> nicht der Fall – spricht man von der Befugnis, allgemeine Entflechtungsmassnahmen anzuordnen. Eine derart gestaltete Entflechtungsbefugnis erlaubt somit den Kartellbehörden nicht nur gegen Unternehmen im Fall von Kartellrechtsverstössen, Missbrauch marktbeherrschender Stellungen oder Fusionen vorzugehen, sondern gibt ihnen auch die Befugnis, strukturelle Wettbewerbshindernisse zu beseitigen, und zwar durch die Anordnung von Entflechtungsmassnahmen. Durch eine solche zusätzliche Befugnis wird das kartellrechtliche Instrumentarium der Behörde erweitert.

### III. Beurteilung von Entflechtungsmassnahmen, insbesondere der allgemeinen Entflechtungsmassnahmen

#### 1. Entflechtungsmassnahmen im Rahmen der Fusionskontrolle und von Deregulierungen

Entflechtungsmassnahmen im Rahmen der Fusionskontrolle gehören zum traditionellen kartellrechtlichen Instrumentarium und dürften unbestritten sein. Ziel einer Deregulierung ist die Ablösung eines bisherigen Monopols in einem Wirtschaftsbereich durch mehrere Unternehmen, die miteinander im Wettbewerb stehen. Da Wettbewerb mindestens zwei oder mehrere Unternehmen voraussetzt, dürften auch Entflechtungsmassnahmen im Rahmen einer Deregulierung als sinnvoll zu beurteilen sein.

#### 2. Allgemeine Entflechtungsmassnahmen

##### a) Mangelnde Tauglichkeit

Allgemeine Entflechtungsmassnahmen gehen von der Annahme aus – etwas vereinfacht formuliert –, dass die Bildung eines weiteren selbständigen Unternehmens durch Entflechtungsmassnahmen zu Wettbewerb führen wird<sup>14</sup>. Diese Ausnahme dürfte in vielen Fällen unzutreffend sein: Ein, zwei oder drei Unternehmen auf einem Markt, das ist unter anderem die tatbestandsmässige Voraussetzung für eine Entflechtungsmassnahme gemäss § 41a Referentenentwurf vom 8. Januar 2010, können es einfach unterlassen, sich Wettbewerb zu machen. Denn dies kann ja zu deren Vorteil sein. Wird nun mittels Entflechtungsmassnahmen die geringe Anzahl von Unternehmen um ein (oder zwei) Unternehmen erhöht, so führt dies nicht notwendig zu Wettbewerb. Denn das neu gebildete Unternehmen kann es ebenfalls unterlassen, mit den anderen in Wettbewerb zu treten. Ja, solches Verhalten dürfte sogar wahrscheinlich sein. Denn die Voraussetzungen, dass Unternehmen auf einem Markt ohne Koordination dauer-

<sup>13</sup> Referentenentwurf vom 8. Januar 2010, Begründung, S. 1.

<sup>14</sup> Vgl. § 41a Referentenentwurf, 8. Januar 2010.

haft einheitlich vorgehen (nicht koordinierte oder unilaterale Effekte)<sup>15</sup> dürften trotz Entflechtungsmassnahmen weiter bestehen. Entflechtungsmassnahmen – wie in § 41a des Referentenentwurfs vom 8. Januar 2010 vorgesehen – sind daher kaum taugliche Mittel zur Verbesserung der Wettbewerbssituation auf einem so strukturierten Markt.

In Erinnerung zu rufen ist hier, dass im Rahmen der Revision der Fusionskontrolle der EU der SIEC-Test eingeführt wurde unter anderem mit der Begründung, es müssten oligopolistische Strukturen unterhalb der Schwelle kollektiver Marktbeherrschung erfasst werden<sup>16</sup>. Nach dieser Auffassung können somit monopolistische Marktstrukturen, das heisst Märkte mit wenigen Unternehmen, Wettbewerblich problematisch sein.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist es unwahrscheinlich, dass die vorhandene problematische Marktstruktur durch die Bildung eines zusätzlichen Unternehmens, das übrigens aus den bereits vorhandenen gebildet würde, wesentlich verbessert werden kann. Jedenfalls ist fraglich, ob das gemäss § 41a Referentenentwurf vom 8. Januar 2010 kumulativ erforderliche Tatbestandsmerkmal, dass die Entflechtung »eine wesentliche Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen erwarten lässt« je als erfüllt gelten kann<sup>17</sup>. Das wäre allenfalls anders, wenn durch behördliche Intervention nicht nur ein, sondern zwei oder gar drei Unternehmen neu gebildet würden. Aber selbst dann wäre nicht sicher, dass in der Folge Wettbewerb entstehen würde.

#### b) Nichtgerechtfertigte Eingriffe in Eigentumsrechte und die Berufs- bzw. Wirtschaftsfreiheit

Allgemeine Entflechtungsmassnahmen sind schwere Eingriffe in die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit. Diese Rechte sind sowohl in der EU als auch dem schweizerischen Recht »verfassungsmässig« gewährleistet<sup>18</sup>.

Eingriffe in die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit, die durch die Fusionskontrolle bewirkt werden, sind heute als präventive Eingriffe akzeptiert. Denn gewisse Zusammenschlüsse aus wettbewerbslichen Gründen zu verhindern, ist eben etwas anderes, als zusammengeschlossene Unternehmen oder, noch gravierender, im Wettbewerb gewachsene Unternehmen zu entflechten. Denn dies hätte zur Folge, dass dem internen Unternehmenswachstum eine Grenze gesetzt würde. Das wiederum verstiesse gegen das Wettbewerbsprinzip an sich<sup>19</sup>. Zu überlegen ist auch, ob die sich als Folge einer solchen Entflechtung stellenden Entschädigungsfragen überhaupt befriedigend gelöst werden könnten<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Vgl. Heizmann, Rz. 721 ff.; Schwalbe/Zimmer, 193 ff.; Zäch/Heizmann, Nicht koordinierte Wirkungen und schweizerische Fusionskontrolle, 260 ff.; Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2005, Rz. 604 ff.; Immenga/Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 2 FKVO Rn 183, 430.

<sup>16</sup> Immenga/Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 2 FKVO Rn 183.

<sup>17</sup> Vgl. auch die abweichende Meinung von Peter-Michael Preusker zum Sondergutachten der Monopolkommission, Pressemitteilung, Bonn, 27. April 2010.

<sup>18</sup> Art. 16, Art. 17 Charta der EU; Art. 3, Art. 119, Art. 120, Art. 127, Art. 345 VAEU, Art. 26, Art. 27 Schweizerische Bundesverfassung.

<sup>19</sup> Vgl. Möxchel, Wirtschaftsdienst 2010/2, S. 72.

<sup>20</sup> Vgl. dazu die Pressemitteilung der Monopolkommission betreffend Sondergutachten, Bonn, 27. April 2010.

zu beurteilen<sup>26</sup>. Wettbewerbsbehörden übersehen dabei einmal, dass sich weder für heute und schon gar nicht für die Zukunft bestimmen lässt, was »effizientes unternehmerisches Verhalten« noch »was nachteilig für die Verbraucher« ist<sup>27</sup>. Daher haben sie auch die heute auf gewissen Märkten beklagten strukturellen Wettbewerbshindernisse »in Gestalt verfestigter Marktmacht«<sup>28</sup> jedenfalls zum Teil selbst zu verantworten.

#### c) Rechtliche Beurteilung

Die mangelnde Tauglichkeit allgemeiner Entflechtungsmassnahmen zur Herbeiführung wirksamen Wettbewerbs und die gerade in Deutschland gegebenen Möglichkeiten, gestützt auf das bereits vorhandene Instrumentarium der Missbrauchskontrolle missbräuchliche Behinderungen und Ausbeutungen weitgehend zu vermeiden, führen zum Ergebnis, dass allgemeine Entflechtungsmassnahmen weder sachgerecht noch geboten sind<sup>29</sup> und daher nicht eingeführt werden sollten.

### IV. Alternative Lösungsmöglichkeiten

#### 1. Gesetzliche Preiserhaltungshefugnis

Im Referentenentwurf<sup>30</sup> wird die Einführung von allgemeinen Entflechtungsmassnahmen unter anderem damit begründet, dass dies – in gewissen Fällen – »der einzige Weg zur Belebung des Wettbewerbs« sei. Klar ist, obwohl dies im Referentenentwurf nicht ausdrücklich erwähnt wird, dass es vor allem darum geht, auf den betreffenden Märkten den Preiswettbewerb zu beleben. Das bedeutet, dass die Marktpreise als zu hoch beurteilt werden und daher herabgesetzt werden sollten. Dazu sind – wie aufgezeigt – die Wettbewerbsbehörden eigentlich bereits nach geltendem Recht zuständig. Diese Zuständigkeit wird indessen in der Praxis kaum genutzt<sup>31</sup>. Im Folgenden soll daher überlegt werden, ob dieser Mangel sinnvollerweise durch eine eigene gesetzliche Bestimmung behoben werden sollte.

Behördlich angeordnete Preissenkungen werden grundsätzlich zu Recht als staatliche Eingriffe in die Wirtschaft abgelehnt. Im Folgenden soll – vor dem Hintergrund

26 Kellerhauer, AJP 12/2009, 1577 f. mit Nachweisen; Grimes, Fifteen Years of Supreme Court Antitrust Jurisprudence: De Defendant Always Wins, 87 ff.; Wohlmann, in Jusletter 10 Mai 2010, Rz 8.

27 Grundlegend Künzler, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, 2008, 80 ff., 458 f.; Zäch/Künzler, ZeWR 3/2009, 284–286, mit Nachweisen. – Auf solche Erwägungen sich stützende Entscheidungen oder Nichtintereentscheidungen entbehren daher einer rechtlichen Grundlage.

28 Referentenentwurf vom 8. Januar 2010, Begründung, S. 1.

29 A.M. Referentenentwurf vom 8. Januar 2010, Begründung, S. 2; Monopolkommission, Pressemitteilung betreffend Sondergutachten vom 27. April 2010.

30 Referentenentwurf vom 8. Januar 2010, Begründung, S. 4.

31 Vorn, III.2.a).

Dazu kommt, dass die Missbrauchskontrolle als weit weniger eingreifendes Mittel geeignet ist, während der Zeit des Bestehens marktbeherrschender Unternehmen, das ist gemäss § 41a Entwurf tatbestandsmässige Voraussetzungen für eine Entflechtung, missbräuchliche Behinderungen und Ausbeutungen zu verhindern. So sind Wettbewerbsbehörden bereits nach geltendem Recht, Art. 102 Abs. 2 Bst. a VAEU, § 19 Abs. 4 GWB, Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, zuständig zu beurteilen, ob die Preise marktbeherrschender Unternehmen unangemessen und ob das Verhalten der betreffenden Unternehmen unzulässig ist. Falls Zuwiderhandlungen in diesem Sinn vorliegen sind die Behörden auch befugt, diese zu unterbinden, das heisst, die Herabsetzung solcher Preise zu verfügen<sup>31</sup>.

Im Referentenentwurf wird zwar ausgeführt, dass die Missbrauchskontrolle nicht geeignet sei, Wettbewerb zu schaffen und sie könne in der Regel nur die Folgen fehlenden Wettbewerbs im Einzelfall dämpfen<sup>32</sup>. Das ist in dieser Allgemeinheit wohl nicht zutreffend: 1) Hohe Preise auf einem Markt sind ein starker Anreiz für Unternehmen zum Markteintritt. Daher werden die bereits etablierten Unternehmen in solchen Fällen versuchen, Neueintritte zu behindern<sup>33</sup>. In diesem Sinn kann eine konsistente Missbrauchskontrolle Eintritte neuer Unternehmen auf einen Markt befördern. 2) Werden im Rahmen eines Verfahrens der Missbrauchskontrolle Preise behördlich herabgesetzt, dürfen die nicht ins Verfahren einbezogenen Unternehmen »gezwungen« sein, ihre Preise ebenfalls zu senken. Einzelfallentscheidungen können breite Wirkung entfalten. Zu denken ist beispielsweise an eine behördlich angeordnete Preissenkung für Mobilfunktelefonie bzw. eine Herabsetzung der so genannten Interchange-fee bei Kreditkarten<sup>34</sup>.

Allerdings muss der Marktbeherrschungsbegriff weit gefasst sein bzw. werden. Die diesbezüglichen Voraussetzungen sind im deutschen Recht gegeben. Zu verweisen ist auf § 19 Abs. 2 Ziffer 2 bzw. § 20 Abs. 2 GWB betreffend überragende Marktstellung und relative Marktbeherrschung<sup>35</sup>. Dazu kommt, dass die Behörden die Instrumente der Missbrauchskontrolle auch effektiv einsetzen müssten. Das ist zur Zeit weder in den USA noch in der EU oder in der Schweiz der Fall: Unter dem Einfluss des so genannten »more economic approach« neigen Wettbewerbsbehörden dazu, unternehmerisches Verhalten, das Ökonomen als effizient und jedenfalls nicht als nachgewiesenermassen nachteilig für die Verbraucher beschreiben, als gerechtfertigt und zulässig

21 Zum Recht der EU grundlegend EuGH, Rs. 6/73, Slg. 1974, 223, Rz 45, Istituto Chematotera-pico Italiano und Commercial Solvents/Kommission.

22 Referentenentwurf vom 8. Januar 2010, S. 3.

23 EuG, Rs. T-342/99, Slg. 2000, II-2585, Rn 62, Airtours; Immenga/Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 2 FKVO Rn 430, 466 f.

24 Vgl. RPW (Recht und Politik des Wettbewerbs, Bern) 2007/2, 241 ff., 282 ff., 304, Terminierung Mobilfunk (Verfügung in Sachen Swisscom, noch nicht rechtskräftig); Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 16.07.2009; Weko eröffnet Untersuchung im Bereich Kreditkarten; RPW 2006/1, 65 ff., Kreditkarten-Interchange Fee.

25 Bunte, Kartellrecht, 2008, S. 284, S. 303 f. – Der schweizerische Gesetzgeber hat zwar entsprechend dem Vorbild des deutschen Rechts die Legaldefinition der Marktbeherrschung in Art. 4 Abs. 2 KG entsprechend geändert, vgl. Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2005, Rz 575 f. und Heizmann, Rz. 386 ff., jeweils mit Nachweisen. Die Praxis der Wettbewerbskommission hat dies bislang allerdings noch nicht oder nur ganz zögerlich umgesetzt; vgl. RPW 2005/1, 146 ff., 160 ff., Rz 92 ff., Coop/ForTe.

der schweizerischen Preisüberwachung – kurz aufgezeigt werden, dass sich behördliche Preissenkungen wettbewerblich rechtfertigen lassen.

Das schweizerische Recht kennt seit der Zeit der beiden Weltkriege behördliche Preiskontrollen bzw. eine Preisüberwachung. Während die ersten allgemeinen Preisüberwachungen konjunkturell motiviert waren, ist die heute geltende Preisüberwachung wettbewerbspolitisch konzipiert<sup>32</sup>. Das heisst, die Preisüberwachungsbehörde ist nur unter der Voraussetzung zuständig, dass die Preise auf einem Markt nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind. So hält die zentrale Bestimmung von Art. 12 des schweizerischen Preisüberwachungsgesetzes fest: »Preismissbrauch im Sinne dieses Gesetzes kann nur vorliegen, wenn die Preise auf dem betreffenden Markt nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind«. Die schweizerische Preisüberwachungsbehörde schaltet somit den Wettbewerb als Preisüberwacher nicht punktuell aus, weil die unter Wettbewerbsbedingungen zu Stande gekommenen Preise nicht als »richtig« akzeptiert werden. Sondern sie ist grundsätzlich nur zuständig, wenn der Wettbewerb nicht als »Preisüberwacher« funktioniert.

Die schweizerische Preisüberwachungsbehörde hat daher einmal im weiten Gebiet von behördlich festgesetzten oder genehmigten Preisen<sup>33</sup> zu Händen der zuständigen Behörden ein Preisempfehlungsrecht (Art. 14 und Art. 15 PüG). Im Weiteren ist sie zuständig – und das ist hier von besonderer Bedeutung – im Fall von missbräuchlichen Preisen, die durch Preisabreden verursacht oder von marktmächtigen Unternehmen durchgesetzt werden, Preiserhöhungen zu untersagen oder Preissenkungen zu verfügen (Art. 2, Art. 10 PüG), sofern solche Mängel nicht mit Mitteln des Wettbewerbsrechts beseitigt werden können<sup>34</sup>. Das dürfte vor allem auf den vom Referentenentwurf anvisierten Märkten mit monopolistischer oder oligopolistischer Struktur<sup>35</sup> der Fall sein. Für solche Märkte kann etwa festgestellt werden, dass die Preise nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind<sup>36</sup>, obwohl sich missbräuchliches Verhalten und insbesondere Wettbewerbsabreden nicht nachweisen lassen. Dann sind die Preise – aus welchem Grund auch immer – nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs, weshalb Preiskontrollen und behördliche Preisfestsetzungen wettbewerblich gerechtfertigt sind.

Zu überlegen ist daher, ob das GWB – anlehnend an dessen § 19 Abs. 4 – sinngemäss durch folgende Bestimmung ergänzt werden sollte:

»Weichen die Preise auf einem Markt von denjenigen ab, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergäben, so kann das Bundeskartellamt diese befristet herabsetzen.«

## 2. Bildung eines staatlichen Pilotunternehmens

Als in der Zeit der Industrialisierung in der Schweiz, also in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, die Kreditversorgung kleiner und mittlerer Unternehmen nicht be-

friedigend funktionierte, bildeten die Kantone eigene Bankinstitute, die so genannten Kantonalbanken<sup>37</sup>. Aufgabe dieser Institute war und ist es zum Teil immer noch, die Versorgung der kleineren und mittleren Unternehmen auf ihrem Kantonsgebiet sicherzustellen, allenfalls auch zu Bedingungen, welche für diese Kreditnehmer auf dem Markt nicht zu erhalten wären. Das ging bzw. geht dann zu Lasten der Kantone, der Eigentümer der Banken.

Nach diesem Muster könnte heute der Staat auf Märkten, auf denen der Wettbewerb nicht funktioniert, ein Pilotunternehmen bilden und dieses beauftragen, mit den bereits etablierten Unternehmen in Preiswettbewerb zu treten<sup>38</sup>. Statt ein Unternehmen neu zu bilden, könnte allenfalls eines der bereits bestehenden Unternehmen käuflich erworben und in der Folge als Pilotunternehmen geführt werden. Klar ist, dass solche Interventionen des Staates in den Wettbewerb von vorübergehender Dauer sein müssten. Ein staatliches Pilotunternehmen – in welcher Form auch immer – wäre aber jedenfalls verhältnismässiger als eine Entflechtung.

## V. Fazit

1. Allgemeine Entflechtungsmassnahmen ausserhalb der Fusionskontrolle, wie dies gemäss § 41a des Referentenentwurfs vorgeschlagen wird, sind keine tauglichen Mittel, um auf Märkten mit strukturellen Wettbewerbshindernissen »in Gestalt verfestigter Marktmacht«<sup>39</sup> wirksamen Wettbewerb herbei zu führen. Dazu kommt, dass die Instrumente der Missbrauchskontrolle – als verhältnismässige Massnahmen – geeignet sind, allfällige Probleme wegen fehlenden Preiswettbewerbs weitgehend zu beseitigen. Daher sind allgemeine Entflechtungsmassnahmen weder sachgerecht noch geboten und sollten daher nicht eingeführt werden<sup>40</sup>.
2. Zu überlegen ist indes, ob die bereits bestehende allgemeine Preisherabsetzungsbezugnis der Wettbewerbsbehörden im Fall missbräuchlicher Preisgestaltung durch marktbeherrschende Unternehmen durch den Erlass einer zusätzlichen gesetzlichen Bestimmung konkretisiert werden bzw. ob der Staat befugt werden soll, auf Märkten mit strukturellen Wettbewerbshindernissen »in Gestalt verfestigter Marktmacht« durch Bildung eines Pilotunternehmens auf befristete Zeit den Wettbewerb zu beleben<sup>41</sup>.

Abschliessend ist auf Folgendes hinzuweisen: Der im GWB von 1958 zu eng gefasste Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens wurde bereits in der ersten GWB-Novelle von 1973 wegen zögerlicher Anwendungspraxis<sup>42</sup> durch Einfügung der Tatbestände der »überragenden Marktstellung« (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB) und der »relativen Marktmacht« (§ 20 Abs. 2 GWB) beträchtlich ausgeweitet. Heute besteht die Gefahr.

37 Wikipedia, Stichwort: Kantonalbanken, Entstehungsgeschichte.

38 Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2005, Rz 19.

39 Referentenentwurf vom 8. Januar 2010, Begründung, S. 1.

40 Vom. III.

41 Vom. IV.

42 Vgl. Zäch, Verhaltensweisen, 2000, S. 143.

32 Weber, Preisüberwachungsgesetz, Handkommentar 2009, S. 1–10.

33 Weber, Preisüberwachungsgesetz, Handkommentar 2009, S. 129–135, 141–143.

34 Art. 16 PüG; Weber, Preisüberwachungsgesetz, Art. 16 Rn 12–16.

35 Referentenentwurf vom 8. Januar 2010, Begründung, S. 1.

36 Das Fehlen von Wettbewerb ist Tatbestandsvoraussetzung von § 41a Referentenentwurf vom 8. Januar 2010.



dass die zu zögerliche Anwendung der Regeln über die Verhaltenskontrolle durch die Wettbewerbsbehörden, die weitgehend auf den so genannten »more economic approach« zurück zu führen ist, zur Einführung allgemeiner Entflechtungsmassnahmen führt. Eine solche Entwicklung würde den Postulaten des »more economic approach« stracks zuwider laufen und sie würde – was gravierend ist – das subtile System des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen<sup>43</sup> schwächen.

## Literatur

- Bunte Josef-Hermann, Kartellrecht, 2. A., München 2008.
- Grimes Warren S., Fifteen Years of Supreme Court Antitrust Jurisprudence: The Defendant Always Wins, in: The Development of Competition Law – Global Perspectives, hrsg. von Zäch Roger, Heinemann Andreas, Kellerhals Andreas, Ascola Competition Law, Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA 2010, 29–60.
- Heizmann Reto A., Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Dissertation Universität Zürich 2005, Zürich 2005.
- Immenga Ulrich/Körber Torsten, Fusionskontrollverordnung (FKVO), in: Immenga Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim, Wettbewerbsrecht, Band 1, EG/Teil 2, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 4. A., München 2007.
- Kellerbauer Manuel, Der »more economic approach« bei Anwendung des Artikels 82 EG-Vertrag, in: AJP 12/2009, 1576–1588.
- Künzler Adrian, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, Untersuchungen zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik, Band 56, hrsg. vom Walter Eucken Institut, Tübingen 2008.
- Leithe Stefan, in: Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard, Das Recht der Europäischen Union, Art. 31 EGV (EL 15. Januar 2000) München 2009, Stand: 40. Ergänzungslieferung, Oktober 2009.
- Möschel Wernhard, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Entflechtung kaum bedeutend, in: Wirtschaftsdiens 2010/2, S. 27.
- Schwalbe Ulrich/Zimmer Daniel, Kartellrecht und Ökonomie, Frankfurt a.M. 2006.
- Weber Rolf H., Preisüberwachungsgesetz (PÜG), Bern 2009.
- Wohlmann Herbert, Die (fast) fehlende Evaluation der Marktbeherrschung bzw. ihres Missbrauchs, in Jusletter (www.jusletter.ch) 10. Mai 2010.
- Zäch Roger, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., Bern 2005.
- Zäch Roger, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, fünfter Band: Wettbewerbsrecht, zweiter Teilband: Kartellrecht, hrsg. von Roland von Büren und Lucas David, Basel/Gent/München 2000, 137–229.
- Zäch Roger/Heizmann Reto A., Nicht koordinierte Wirkungen und schweizerische Fusionskontrolle, in: Geiss Karimann/Gerstenmaier Klaus-A./Winkler Rolf M./Mailänder Peter (Hrsg.), Festschrift für Karl Peter Mailänder zum 70. Geburtstag am 23. Oktober 2006, Berlin 2006, 259–272.
- Zäch Roger/Künzler Adrian, Efficiency or freedom to compete? Towards an axiomatic theory of competition law, in: ZWeR 3/2009, 269–288.

43 Vgl. dazu Zäch, Verhaltensweisen, 2000, S. 142 f.