



BUNDESKARTELLAMT

**Ausnahmebereiche des Kartellrechts
- Stand und Perspektiven
der 7. GWB-Novelle**

- Diskussionspapier -

Bundeskartellamt

Diskussionspapier

für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht

am 29. September 2003

Ausnahmebereiche des Kartellrechts

- Stand und Perspektiven der 7. GWB-Novelle

INHALTSVERZEICHNIS

I. Einleitung	1
II. Perspektiven von Ausnahmebereichen im Rahmen der 7. GWB-Novelle	4
1. Umwelt/Entsorgung	4
1.1. Kartellrechtliche Behandlung des Bereichs heute	4
1.1.1. Stand im deutschen Recht	4
1.1.2. Stand im EU-Recht und Verhältnis deutsches/europäisches Recht	6
1.2. Perspektiven für die Behandlung des Bereichs in der Zukunft	7
2. Banken und Versicherungen	11
2.1. Kartellrechtliche Behandlung des Bereichs heute	11
2.1.1. Stand im deutschen Recht	11
2.1.2. Stand im EU-Recht	12
2.1.3. Verhältnis deutsches/europäisches Recht	13
2.2. Perspektiven für die Behandlung des Bereichs in der Zukunft	13
3. Urheberrechtsverwertungsgesellschaften	15
3.1. Kartellrechtliche Behandlung des Bereichs heute	15
3.1.1. Stand im deutschen Recht	15
3.1.2. Stand im EU-Recht	16
3.1.3. Verhältnis deutsches/europäisches Recht	18
3.2. Perspektiven für die Behandlung des Bereichs in der Zukunft	18
4. Sportrechtevermarktung	19
4.1. Kartellrechtliche Behandlung des Bereichs heute	19
4.1.1. Stand im deutschen Recht	19
4.1.2. Stand im EU-Recht	20
4.1.3. Verhältnis deutsches/europäisches Recht	22
4.2. Perspektiven für die Behandlung des Bereichs in der Zukunft	22

5. Landwirtschaft	23
5.1. Kartellrechtliche Behandlung des Bereichs heute	23
5.1.1. Stand im deutschen Recht	23
5.1.2. Stand im EU-Recht	25
5.1.3. Verhältnis deutsches/europäisches Recht	27
5.2. Perspektiven für die Behandlung des Bereichs in der Zukunft	27
6. Wasserwirtschaft	29
6.1. Kartellrechtliche Behandlung des Bereichs heute	29
6.1.1. Stand im deutschen Recht	29
6.1.2. Stand im EU-Recht und Verhältnis deutsches/europäisches Recht	31
6.2. Perspektiven für die Behandlung des Bereichs in der Zukunft	31
7. Gesundheit	34
7.1. Kartellrechtliche Behandlung des Bereichs heute	34
7.1.1. Stand im deutschen Recht	34
7.1.2. Stand im EU-Recht	37
7.1.3. Verhältnis deutsches/europäisches Recht	39
7.2. Perspektiven für die Behandlung des Bereichs in der Zukunft	40
III. Fazit	41

LITERATURVERZEICHNIS

I. Einleitung

Kartellrechtliche Ausnahmebereiche erlauben wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen für bestimmte Branchen und entziehen diese partiell dem Wettbewerbsprinzip, das für alle anderen Bereiche gilt. Damit besteht ordnungspolitisch die Notwendigkeit, die Berechtigung der kartellrechtlichen Ausnahmen ständig zu überprüfen: Sie müssen insbesondere bei jeder GWB-Novelle auf den Prüfstand gestellt werden. Im Laufe der bisherigen GWB-Novellen, insbesondere mit der 6. Novelle im Jahr 1998¹, hat sich der Gesetzgeber mit unterschiedlichem Erfolg bemüht, die kartellrechtlichen Ausnahmebereiche einzuengen und zu reduzieren. Nach wie vor enthält das GWB aber eine ganze Reihe von branchenspezifischen Sonderregeln, deren Berechtigung zu hinterfragen ist. Die gesetzlich begünstigte Branche tritt dabei regelmäßig mit dem Anspruch an, dass die Gründe für einen Ausnahmetatbestand weiterhin gelten. Und andere Branchen, nicht zuletzt solche, die in den vergangenen Jahren ins kartellrechtliche Visier geraten sind, fordern unter Hinweis auf angeblich übergeordnete Zielsetzungen neue Freiräume im Wettbewerbsrecht für ihre Tätigkeitsbereiche.

Die Diskussion um das Für und Wider von Ausnahmebereichen ist mit dem Inkrafttreten der neuen europäischen Kartellverfahrensverordnung 1/2003² (im folgenden VO 1/2003) in einem anderen Licht zu führen. Durch die VO 1/2003 erfolgt nicht nur ein grundlegender Systemwechsel vom Anmelde- zum Legalausnahmesystem. Sie enthält auch neue explizite Regelungen zur Anwendung von europäischem und nationalem Wettbewerbsrecht. Außerdem ist beabsichtigt, im Rahmen der derzeit vorbereiteten 7. GWB-Novelle die deutschen Vorschriften im Bereich horizontaler und vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen an Art. 81 EG-Vertrag anzupassen und das neue System der Legalausnahme zu übernehmen.

Nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung sind die nationalen Behörden und Gerichte ab 1. Mai 2004 verpflichtet, neben dem weiterhin parallel anwendbaren nationalen Kartellrecht die Art. 81 und 82 EG-Vertrag anzuwenden, soweit deren Voraussetzungen vorliegen. Über den geltenden Vorrang des europäischen Rechts hinaus, wonach strengeres europäisches Recht widersprechendes nationales Recht verdrängt, darf die Anwendung des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts künftig nicht zu einem Ver-

¹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2546).

² Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 vom 4. Januar 2003, S. 1.

bot von Vereinbarungen führen, die zwar geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, aber den Wettbewerb im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag nicht einschränken oder nach Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag freigestellt sind (Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003).

Diese europarechtlichen Vorgaben verändern auch den Gestaltungsspielraum für die Existenz von Ausnahmetatbeständen im GWB:

1. Bei allen Vereinbarungen, die den zwischenstaatlichen Handel zu berühren geeignet sind, kommt europäisches Recht zwingend zur Anwendung. Ein nationaler Ausnahmebereich läuft ins Leere. Selbst wenn Verhaltensweisen vom nationalen Ausnahmebereich gedeckt wären, unterliegen sie der kartellrechtlichen Kontrolle gemäß Art. 81 EG-Vertrag und sind nach dieser Vorschrift gegebenenfalls zu untersagen. Die EU-Kommission und der EuGH legen die Zwischenstaatlichkeitsklausel sehr weit aus. So hält der EuGH eine Berührung des zwischenstaatlichen Handels auch dann für möglich, wenn der zu beurteilende Sachverhalt nur ein vergleichsweise kleines Gebiet eines Mitgliedstaates, in Deutschland zum Beispiel ein einzelnes Bundesland, betrifft.³ Daher dürfte letztlich die weit überwiegende Zahl der zur Zeit vom Kartellverbot des § 1 GWB freigestellten Vereinbarungen, zum Beispiel in der Kredit- und Versicherungswirtschaft, im Bereich der Urheberrechtsgesellschaften oder im Sport, künftig zwingend nach EG-Recht zu beurteilen sein.
2. In Fällen, in denen wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, in denen aber nach europäischer Rechtspraxis die Untersagungs Voraussetzungen nicht vorliegen, hat der nationale Ausnahmebereich aufgrund des Vorrangs von Art. 81 EG-Vertrag im Ergebnis ebenfalls keine eigenständige Bedeutung mehr, da das Verhalten ohnehin nicht mehr nach nationalem Recht untersagt werden könnte.

³ Nach dem Urteil des Gerichtshofs im Fall „Ambulanz Glöckner“ ist eine Berührung des zwischenstaatlichen Handels möglich, wenn Gegenstand eines Verfahrens (wie im zugrunde liegenden Fall) Krankentransporte in einem einzelnen Bundesland (Rheinland-Pfalz, das entsprechend der Ausführungen des Gerichts einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellt) sind; EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2001, Rs. C-475/99; Slg. 2001, I-8089.

3. In Fällen, in denen der zwischenstaatliche Handel nicht berührt ist, führt ein vom EU-Recht abweichender Ausnahmereich dagegen zu einer unterschiedlichen Behandlung. Während bei Berührung des zwischenstaatlichen Handels die volle kartellrechtliche Kontrolle des Art. 81 EG-Vertrag greifen würde, unterläge das Verhalten eines Restbereichs aufgrund der nationalen Bereichsausnahme keiner kartellrechtlichen Aufsicht. Die kartellrechtliche Behandlung hinge damit letztlich von einem eher formalen Kriterium ab, ungeachtet anderer, sachlicher Kriterien. Das würde zu einer eher willkürlichen Ungleichbehandlung führen und ein erhebliches Streitpotenzial hinsichtlich der Frage eröffnen, ob im konkreten Fall der zwischenstaatliche Handel berührt ist oder nicht. Es widerspräche auch der generellen Zielrichtung der 7. GWB-Novelle, das deutsche Recht im Bereich des Kartellverbots an das europäische Recht anzugleichen.

Diese Gesichtspunkte sind bei einer kritischen Überprüfung bestehender Ausnahmereiche und bei der Diskussion neuer Ausnahmenvorschriften zu berücksichtigen.

Das Diskussionspapier befasst sich – jeweils ausgehend von einer Darstellung der Rechtslage im deutschen und im europäischen Recht – mit den Wirtschaftsbereichen, deren wettbewerbliche Sonderstellung im Rahmen der 7. GWB-Novelle besonders thematisiert werden dürfte. Dies sind die Bereiche Umwelt, Banken/Versicherungen, Urheberrechtsverwertungsgesellschaften, Sport, Landwirtschaft, Wasser und Gesundheit. Auf das erhebliche Liberalisierungspotential in anderen Wirtschaftszweigen, für die spezifische Gesetze mit wettbewerbsbeschränkenden Inhalten gelten, zum Beispiel im Bereich der freien Berufe, kann an dieser Stelle nur verwiesen werden.

II. Perspektiven von Ausnahmebereichen im Rahmen der 7. GWB-Novelle

1. Umwelt/Entsorgung

1.1. Kartellrechtliche Behandlung des Bereichs heute

1.1.1. Stand im deutschen Recht

Das deutsche Kartellrecht kennt bislang keinen kartellrechtlichen Ausnahmebereich für den Umweltsektor. Vorschläge, einen solchen Ausnahmebereich zu schaffen, werden jedoch immer wieder vorgebracht. Der Entwurf eines Umweltgesetzbuches (UGB) aus dem Jahr 1997 sieht eine Regelung vor, die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zum Zwecke des Umweltschutzes vom Kartellverbot des § 1 GWB ausnimmt und der Kartellbehörde lediglich die Möglichkeit einräumt, im Einvernehmen mit der Umweltbehörde zu widersprechen, falls die Freistellungsvoraussetzungen im Einzelfall nicht vorliegen.⁴

⁴ Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg.), Umweltgesetzbuch (UGB-KomE), 1998, S. 122:

"§ 39 Abs. 1

Private Umweltschutzverträge, Umweltschutzkartelle

(1) Verträge zwischen Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen sowie Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen, die der Erfüllung von Anforderungen einer auf Grund dieses Gesetzbuches erlassenen Rechtsverordnung, einer Zielfestlegung nach § 34 oder eines normersetzenden Vertrages nach § 36 dienen, sind den für die Festlegung oder die Vereinbarung der Anforderungen zuständigen Behörden und der Kartellbehörde anzuzeigen.

(2) Auf Verträge und Beschlüsse nach Absatz 1 ist § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht anwendbar, wenn

1. die Verträge oder Beschlüsse die Erfüllung von Anforderungen einer auf Grund dieses Gesetzbuches erlassenen Rechtsverordnung, einer Zielfestlegung nach § 34 oder eines normersetzenden Vertrages nach § 36 dienen,

2. die Beschränkung des Wettbewerbs aus Gründen des Umweltschutzes erforderlich ist und

3. ein wesentlicher Wettbewerb auf dem Markt bestehen bleibt.

(3) Verträge und Beschlüsse im Sinne von Absatz 2 sowie ihre Änderungen und Ergänzungen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Anmeldung bei der Kartellbehörde. Bei der Anmeldung ist nachzuweisen, dass die Voraussetzungen des Absatzes 2 vorliegen und dass die Wettbewerber, Lieferanten und Abnehmer, die durch Verträge oder Beschlüsse betroffen werden, in angemessener Weise gehört worden sind. Ihre Stellungnahmen sind der Anmeldung beizufügen. Die Anmeldung ist im Bundesanzeiger bekannt zu machen. Die Verträge und Beschlüsse werden nur wirksam, wenn die Kartellbehörde innerhalb einer Frist von drei Monaten seit Eingang der Anmeldung nicht widerspricht. Die Kartellbehörde hat zu widersprechen, wenn nicht nachgewiesen wird, dass die in Absatz 2 bezeichneten Voraussetzungen vorliegen. Die Entscheidung der Kartellbehörde ergeht im Einvernehmen mit der für den Umweltschutz zuständigen Behörde.

(4) Liegen die Voraussetzungen des Absatzes 3 nicht vor, so kann das für Wirtschaft zuständige Bundesministerium im Benehmen mit dem für den Umweltschutz zuständigen Bundesministerium auf Antrag die Erlaubnis zu einem Vertrag oder Beschluss im Sinne des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen erteilen, wenn ausnahmsweise die Beschränkung des Wettbewerbs aus überwiegenden Gründen des Umweltschutzes unter Berücksichtigung der Gesamtwirtschaft notwendig ist. Dem Antrag ist eine Stellungnahme der betroffenen Wettbewerber, Lieferanten und Abnehmer beizufügen."

Auch im wissenschaftlichen Schrifttum gibt es Stimmen, die die Schaffung eines Ausnahmbereichs fordern.⁵

Im Zuge der Einführung des Pflichtpfandes auf Einwegverpackungen wurden auch in der politischen Diskussion wieder Forderungen nach einer Beschränkung des Kartellverbots im Umweltbereich laut. Das Ministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU) hat eine Änderung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes (KrW-/AbfG) vorgeschlagen, die zu einer Einschränkung des Anwendungsbereichs des GWB im Bereich kollektiver Rücknahmesysteme führen würde. Konkret wird vorgeschlagen, in § 24 KrW-/AbfG die Regelung einzufügen, dass Vereinbarungen und Beschlüsse von Herstellern und Vertriebern, die zur Erfüllung von Rücknahme- und Rückgabepflichten oder für die Einrichtung von Rücknahmesystemen geeignet und erforderlich sind, nicht § 1 GWB unterliegen. Begründet hat das BMU seine Initiative damit, dass in Zukunft bei der Abgrenzung zwischen kartellrechtlichen Vorschriften und abfallrechtlichen Verpflichtungen Rechtssicherheit geschaffen werden müsse. Mit dieser Regelung solle insbesondere "klargestellt" werden, dass die zum Aufbau des Pfandsystems notwendigen Vereinbarungen kartellrechtlich zulässig sind.⁶

Die Forderung nach einem Tätigwerden des Gesetzgebers in diesem Bereich kommt etwas überraschend, wenn man sich vor Augen hält, dass der Gesetzgeber mit der 6. GWB-Novelle die Freistellbarkeit von Sammel- und Rücknahmesystemen vom Kartellverbot ausdrücklich geregelt hat. Mit § 7 GWB wurde eine allgemeine Freistel-

⁵ Vgl. z.B. Kloepfer, JZ 2002, 1117 (1126 f.).

⁶ Vgl. hierzu die Äußerung der Parlamentarischen Staatssekretärin im BMU Margareta Wolf auf dem 6. Altpapiertag des bvse am 21. März 2003 in Bonn:

"In Zusammenhang mit der Wahrnehmung von Produktverantwortung durch kollektive Rücknahmesysteme wurde in der jüngsten Vergangenheit wiederholt die grundsätzliche Frage aufgeworfen, inwieweit sich hier Umweltschutz und Wettbewerb miteinander vereinbaren lassen. Dass hier ein Konfliktpotential besteht, liegt auf der Hand. Im vorgegebenen umweltpolitisch erforderlichen Rahmen wird es darum gehen, so viel Wettbewerb wie möglich zu etablieren.

Mit großer Sorge werden im Bundesumweltministerium allerdings Tendenzen im Bundeskartellamt beobachtet, Kartellrecht dahingehend auszulegen, Rücknahmesysteme in der Selbstverantwortung der Wirtschaft, die naturgemäß einen gewissen Kartellcharakter haben müssen – wenn man alles bei jedem zurückgeben kann, muss es Absprachen geben – aus kartellrechtlichen Gründen nicht zuzulassen. Wenn diese Sorge zu Recht bestehen sollte, dann müssen die gesetzlichen Voraussetzungen so geändert werden, dass ein ausgewogener Kompromiss zwischen umweltpolitischen und kartellrechtlichen Anforderungen möglich ist.

Niemand kann wohl ein ernsthaftes Interesse daran haben – gleichgültig, ob es sich um Altautos, Getränkeverpackungen, Elektronikschrott oder Batterien handelt – dass wir das, was wir erreicht haben, nämlich Entsorgungssysteme in der Verantwortung der Wirtschaft, in die Sphäre des Staates zurückführen. Eine Reverstaatlichung von Umweltpolitik an dieser Stelle kann niemand wollen, aus wettbewerblichen, aber auch aus ökologischen Gründen. Um in Zukunft Rechtssicherheit bei der Abgrenzung zwischen kartellrechtlichen Vorschriften und abfallrechtlichen Verpflichtungen zu schaffen, wird das Bundesumweltministerium daher eine entsprechende Änderung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes initiieren."

lungsmöglichkeit geschaffen, die auf Kooperationen anwendbar ist, die der Verbesserung der Rücknahme und Entsorgung von Waren dienen. Aus der Begründung der Bundesregierung ergibt sich, dass diese Bestimmung insbesondere Kooperationen ermöglichen soll, die der Erfüllung von Pflichten aus dem KrW-/AbfG oder nach einer auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung dienen.⁷ Der Gesetzgeber hat sich bewusst nicht für eine generelle Freistellung derartiger Kooperationen vom Kartellverbot entschieden, sondern eine Freistellungsmöglichkeit für derartige Kooperationen *im Einzelfall* geschaffen. Im Rahmen ihrer Entscheidung hat die Kartellbehörde die Ziele des KrW-/AbfG mit der Wettbewerbsbeschränkung als Folge der Kooperation abzuwägen.

1.1.2 Stand im EU-Recht und Verhältnis deutsches/europäisches Recht

Auch das EU-Recht kennt keinen kartellrechtlichen Ausnahmereich für den Umweltsektor.

Inwieweit Vereinbarungen im Umweltbereich dem Kartellverbot des Art. 81 EG-Vertrag unterliegen, ist auf der Basis der bisherigen Entscheidungspraxis der EU-Kommission zu Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag nur eingeschränkt vorhersehbar. Die EU-Kommission betrachtet als Verbesserung im Sinne des Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag grundsätzlich auch die Umsetzung umweltpolitischer Ziele, wie sie sich aus nationalen und europäischen Rechtsakten ergeben. Beschränkungen, die zur Erreichung dieser Ziele unerlässlich sind, sind freistellungsfähig.⁸ Die EU-Kommission verlangt allerdings nachweisbare „Nettovorteile beim Abbau der jeweiligen Umweltbelastung“⁹. Nationale umweltrechtliche Bestimmungen wie die Verpackungsverordnung werden von der EU-Kommission im Rahmen ihrer Prüfung eingeschränkt berücksichtigt. Bei der Auslegung des nationalen Rechts sind die europäischen Wettbewerbsregeln zu beachten.¹⁰ In der EU-Kommission gibt es derzeit Überlegungen, über die Aussagen in den Leitlinien der EU-Kommission zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit hinaus allgemeine Grundsätze zur Beurteilung kollektiver Abfallsammel- und Abfallverwertungssysteme zu entwickeln.

⁷ Begründung der Bundesregierung, abgedruckt im WuW-Sonderheft 1998, 63 ff. (88).

⁸ Entscheidung der Kommission vom 17. September 2001, „DSD“, ABl. L 319 vom 4. Dezember 2001, S. 1 (S. 18, Rz. 142 ff.).

⁹ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 3 vom 6. Januar 2001, S. 2 (S. 26, Rz. 193).

¹⁰ Entscheidung der Kommission vom 17. September 2001, „DSD“, ABl. L 319 vom 4. Dezember 2001, S. 1 (S. 21, Rz. 171).

Würde sich der deutsche Gesetzgeber für die Schaffung eines Ausnahmereichs entscheiden, hätte dieser nur für rein nationale Fälle Bedeutung. Solche Fälle sind wegen der weiten Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel durch den EuGH und die EU-Kommission letztlich nur bei lokalen, allenfalls regionalen Umwelt- und Entsorgungssystemen denkbar. Sobald der zwischenstaatliche Handel berührt ist, wovon insbesondere bei der Einführung bundesweiter Rücknahmesysteme regelmäßig auszugehen ist, richtet sich die kartellrechtliche Beurteilung zukünftig zwingend nach Art. 81 EG-Vertrag.

1.2. Perspektiven für die Behandlung des Bereichs in der Zukunft

Gegen die Einführung eines Ausnahmereichs im Umwelt- und Entsorgungssektor sprechen auch gewichtige wettbewerbspolitische Gründe.

Die wirtschaftliche Bedeutung der von einer solchen Regelung betroffenen Rücknahmesysteme ist erheblich. Die Entsorgungskosten des Dualen Systems betragen im Jahr 2002 1,8 Mrd. Euro.¹¹ Dies sind ausschließlich Kosten, die durch die haushaltsnahe Sammlung und Verwertung von beim privaten Endverbraucher anfallenden Verkaufsverpackungen entstehen. Verkaufsverpackungen, die bei gewerblichen Anfallstellen gesammelt werden, sowie Transport- und Umverpackungen sind nicht mit einbezogen. Im Bereich Elektroschrott werden nochmals Kosten zwischen 500 und 750 Mio. Euro erwartet.

Die Konsequenzen aus einer weitgehenden Freistellung kollektiver Rücknahmesysteme vom Kartellverbot lassen sich an den bisherigen Erfahrungen mit dem Dualen System ablesen. Das DSD wurde bereits vor dem Inkrafttreten der Verpackungsverordnung 1990 von Unternehmen der abfüllenden Industrie, des Handels und der Verpackungshersteller gegründet. Gegenstand des Unternehmens ist der Betrieb eines haushaltsnahen Systems zur Sammlung und Verwertung gebrauchter Verkaufsverpackungen. Mit der Teilnahme an diesem System befreien sich die Unternehmen der abfüllenden Industrie und des Handels von ihrer Verpflichtung, Verkaufsverpackungen selbst zurückzunehmen und der Verwertung zuführen zu müssen. Derzeit sind über 550 Unternehmen aus Handel und Industrie Aktionäre des DSD. Das System führt zu gravierenden Wettbewerbsbeschränkungen:¹²

¹¹ Geschäftsbericht der DSD AG 2002, S. 21.

¹² Vgl. hierzu und zum Folgenden Monopolkommission, 37. Sondergutachten: „Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft“, S. 40 ff. (Rz. 73 ff.).

DSD bündelt die Nachfrage der nach der Verpackungsverordnung zur Rücknahme und Verwertung von Verkaufsverpackungen Verpflichteten nach Entsorgungsleistungen. Diese Bündelung wirkt sich auf beiden Marktseiten aus.

Auf dem Markt für die Organisation der Rücknahme und Verwertung von Verkaufsverpackungen ist DSD gegenüber den nach der Verpackungsverordnung verpflichteten Unternehmen marktbeherrschender Anbieter eines Systems, das durch kollektive Erfüllung dieser Pflichten das einzelne Unternehmen von individuellen Rücknahme- und Verwertungspflichten befreit.

Auf dem Markt für die Entsorgung von Verkaufsverpackungen beim privaten Endverbraucher ist DSD im Verhältnis zu den Entsorgungsunternehmen marktbeherrschender Nachfrager nach Rücknahme- und Entsorgungsleistungen. Die Beteiligung der Entsorgungswirtschaft an DSD und die Entsendung ihrer Vertreter in den Aufsichtsrat wurde inzwischen aufgegeben. Sie führte zu erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen, weil die Anbieter der von DSD nachgefragten Entsorgungsleistung über ihre Verbände an wesentlichen Entscheidungen zum Beispiel hinsichtlich des Leistungsentgelts unmittelbar mitwirken konnten.

Folge der weitgehenden Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem Markt für Sammlung und Verwertung gebrauchter Verkaufsverpackungen sind überhöhte Lizenzentgelte, die Abfüller und Handel vollständig auf den Verbraucher abwälzen können. Mögliche Kostensenkungen wurden im Interesse der Entsorger nicht durchgeführt. Wettbewerber des DSD – konkurrierende duale Systeme oder Anbieter von Selbstentsorgerlösungen – werden beim Marktzutritt erheblich behindert.

Das Bundeskartellamt hat die Tätigkeit des DSD im Rahmen seines Ermessens bislang toleriert, eine Ausdehnung des Systems auf weitere Bereiche aber abgelehnt.

Die EU-Kommission hat sich in zwei Verfahren mit DSD befasst, in denen sie die grundsätzliche Frage der Vereinbarkeit der Tätigkeit des DSD mit den Art. 81 und 82 EG-Vertrag zu beantworten hatte. Die Entscheidung vom 20. April 2001¹³ verfolgt das Ziel, alternativen Anbietern den Markt zu öffnen. DSD darf nach Auffassung der EU-Kommission nicht für die bloße Nutzung des Zeichens des Grünen Punktes ein Entgelt verlangen, wenn tatsächlich ein drittes Unternehmen die Erfüllung verpackungsrechtlicher Pflichten organisiert. Hersteller sind nicht gezwungen, Verpackun-

¹³ Entscheidung der Kommission vom 20. April 2001, „DSD“, ABl. L 166 vom 21. Juni 2001, S. 1.

gen mit und ohne Grünen Punkt zu produzieren, soweit sie teilweise Wettbewerber der DSD beauftragen.

In der Entscheidung vom 17. September 2001¹⁴ hat die EU-Kommission die von DSD mit Entsorgungsunternehmen geschlossenen Leistungsverträge gemäß Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag unter Auflagen bis Ende 2003 vom Kartellverbot freigestellt und hinsichtlich der Satzung und der Garantieverträge, in denen sich sog. Garantiegeber gegenüber DSD zur Verwertung der sortierten Verkaufsverpackungen verpflichten, ein Negativattest erteilt. Die Auflagen sehen insbesondere vor, dass DSD die Mitbenutzung der von den Entsorgungsunternehmen für DSD vorgehaltenen Sammeleinrichtungen durch konkurrierende Systeme nicht verhindert.

Es hat sich gezeigt, dass die mit diesen beiden Entscheidungen angestrebte Marktöffnung zu Gunsten weiterer Anbieter hinter den Erwartungen zurückgeblieben ist und Wettbewerb nach wie vor nur in Randbereichen stattfindet. Dies zeigte sich insbesondere im Bußgeldverfahren des Bundeskartellamtes, in dem Boykottaufrufe der Verantwortlichen des DSD und anderer Verbände und Unternehmen geahndet wurden. Die Aufrufe richteten sich gegen Anbieter alternativer dualer Systeme bzw. gegen Anbieter sog. Selbstentsorgerlösungen, mit denen die zur Rücknahme von Verkaufsverpackungen verpflichteten Unternehmen in Teilbereichen ihre verpackungsrechtlichen Pflichten erfüllen können. Wettbewerbern des DSD wurde mit diesen Aufrufen der Marktzutritt deutlich erschwert. Anfang 2003 hat das Bundeskartellamt gegen die Verantwortlichen und die beteiligten Unternehmen bzw. Verbände Geldbußen verhängt.¹⁵

Vor diesem Hintergrund und im Hinblick darauf, dass seit der 6. GWB-Novelle in § 7 GWB ein ausdrücklicher Freistellungstatbestand für Kooperationen zur Erfüllung umweltrechtlicher Rücknahme- und Entsorgungspflichten enthalten ist, hat das Bundeskartellamt angekündigt, die bisherige Tolerierungspraxis gegenüber dem DSD nur noch bis zum Ablauf der im Jahr 2003 neu auszuschreibenden dreijährigen Leistungsverträge, d.h. bis Ende 2006 fortzusetzen. Von einem Antrag auf Freistellung nach § 7 GWB hat DSD abgesehen. Das Bundeskartellamt hat daraufhin, gestützt auf § 32 GWB i.V.m. § 1 GWB sowie § 50 GWB i.V.m. Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, von Amts wegen ein förmliches Untersagungsverfahren gegen DSD eingeleitet. Nach

¹⁴ Zitiert in FN 8.

¹⁵ Bundeskartellamt, Beschlüsse vom 20. Januar 2003, B 10 - 206/01. Gegen die Beschlüsse des Bundeskartellamtes haben sämtliche Betroffene Einspruch eingelegt. Die Entscheidungen des OLG Düsseldorf stehen noch aus.

derzeitiger Einschätzung verstößt die Bündelung der Nachfrage der nach der Verpackungsverordnung zur Rücknahme und Verwertung gebrauchter Verkaufsverpackungen Verpflichteten nach Entsorgungsleistungen sowohl gegen § 1 GWB als auch gegen Art. 81 EG-Vertrag.

Nicht nur im Fall des DSD ist die Frage nach der Vereinbarkeit umweltrechtlicher Kooperationen mit dem Wettbewerbsrecht gestellt worden. Insbesondere die geplanten Vereinbarungen zur Umsetzung eines bundesweiten Rücknahmesystems für bepfandete Einweggebinde haben zu der erwähnten Forderung nach der Einführung eines Ausnahmereichs Umweltschutz in das Kartellgesetz geführt. Die bisherige Entwicklung macht auch hier deutlich, dass eine generelle Freistellung dieser Kooperationen vom Kartellverbot des § 1 GWB zu erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen führen und der Verbraucher mit überhöhten Kosten belastet würde.¹⁶ Freistellbar sind nach Auffassung des Bundeskartellamtes Kooperationen, die eine einheitliche (Sicherheits-) Kennzeichnung und das reine Clearing von Pfandbeträgen zum Gegenstand haben. Vereinbarungen, die darüber hinaus gehen und zu einer Vereinheitlichung der Rücknahme- und Entsorgungskosten führen, sind kartellrechtlich problematisch. Jede Form der Vereinheitlichung der Kosten würde zu einer erheblichen Beschränkung des Nachfragewettbewerbs zwischen den zur Rücknahme der Pfandgebinde verpflichteten Unternehmen nach Rücknahme- und Entsorgungsleistungen führen, mit entsprechenden Auswirkungen auf die Entsorgungsmärkte. Letztlich würden diese vereinheitlichten Kosten – wie die Lizenzentgelte im DSD-Modell – vollständig auf den Verbraucher überwälzt werden, ohne dass hinreichende Anreize zu einer Kostenminimierung bestehen.

Eine Bereichsausnahme, die ohne eine Prüfung der Notwendigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen im Einzelfall und deren Abwägung mit den verfolgten Umweltzielen generell Kooperationen zur Umsetzung des KrW-/AbfG aus dem Anwendungsbereich des Kartellverbots herausnimmt, hätte gravierende negative Folgen. Der Gesetzgeber sollte deshalb auch aus ordnungspolitischen Gründen von einer derartigen Intervention absehen.

¹⁶ Die wirtschaftliche Bedeutung dieses Bereichs ist erheblich. Nach den ursprünglichen Planungen sollte ein Finanzierungsbetrag von insgesamt 750 Mio. Euro erhoben werden, 600 Mio. Euro für die Rücknahme und Entsorgung der Gebinde, 150 Mio. Euro für das Clearing der Pfandgelder. In der – nicht zuletzt auf Drängen des Bundeskartellamtes nunmehr diskriminierungsfrei durchgeführten – Ausschreibung wurde die Clearingleistung für weniger als 10 Mio. Euro angeboten.

2. Banken und Versicherungen

2.1. Kartellrechtliche Behandlung des Bereichs heute

2.1.1 Stand im deutschen Recht

Die heute noch bestehenden Sonderregelungen für den Bereich Banken und Versicherungen im deutschen Recht gehen auf eine Bereichsausnahme zurück, die bereits 1957 in das GWB aufgenommen wurde.¹⁷

Mit der 6. GWB-Novelle ist die Ausnahmevorschrift des §102 GWB a.F.¹⁸ für die Kredit- und Versicherungswirtschaft aufgehoben und durch enger begrenzte Sonderregelungen ersetzt worden. Mit den neuen Regelungen, die sich aus § 29 GWB i.V.m. §§ 2 ff. GWB ergeben, besteht für die Kredit- und Versicherungswirtschaft keine umfassende Bereichsausnahme mehr. Im Unterschied zu § 102 Abs. 1 Satz 1 GWB a.F. gibt es insbesondere keine generelle Ausnahme mehr vom Verbot des § 1 GWB. Vereinbarungen, die unter dieses Verbot fallen, können grundsätzlich nur unter den allgemeinen Voraussetzungen der §§ 2 bis 8 GWB, insbesondere nach § 7 GWB, freigestellt werden.¹⁹

Eine Ausnahme vom Verbot des § 1 GWB ist nur noch in Einzelfällen gemäß der Sonderbestimmung des § 29 Abs. 2 Satz 2 GWB vorgesehen. Diese betrifft die vereinbarte gemeinsame Übernahme von Einzelrisiken im Mitversicherungs- sowie im Konsortialgeschäft der Kreditinstitute; für diese in § 29 Abs. 2 Satz 2 GWB genannten Geschäfte gilt auch das Verbot des § 14 GWB nicht. Eine Ausnahme von dem Verbot der Preis- und Konditionenbindung besteht außerdem gemäß § 29 Abs. 2 Satz 1 GWB für Vereinbarungen von Kreditinstituten oder Versicherungsunternehmen, die einen Einzelfall betreffen. Die sogenannten ad-hoc- und Konsortialgeschäfte nach § 29 Abs. 2 GWB unterliegen allerdings der Missbrauchsaufsicht gemäß § 12 Abs. 1 GWB.

Im Übrigen sieht § 29 Abs. 1 GWB eine generelle Freistellungsmöglichkeit vom Verbot der Preis- und Konditionenbindung (§ 14 GWB) sowie von dem Empfehlungsver-

¹⁷ Siehe zur Begründung des ursprünglichen Ausnahmereichs den Bericht der Bundesregierung über die Ausnahmereiche des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. 7/3206, Rz. 54 ff.; sowie Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 29, Rn. 9 - 13.

¹⁸ In der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Februar 1990 (BGBl. I S. 235), zuletzt geändert durch Gesetz vom 24. April 1998 (BGBl. I S. 730).

Soweit im folgenden Text das GWB a.F. genannt ist, ist die vorstehende Fassung gemeint.

¹⁹ Eine Verfahrenserleichterung besteht jedoch insoweit, als in den Fällen der §§ 5 bis 7 GWB das Anmelde- und Widerspruchsverfahren nach § 9 GWB und das Missbrauchsverfahren nach § 12 Abs. 1 GWB vorgesehen ist.

bot des §22 Abs. 1 Satz 1 GWB vor. Die Freistellungsmöglichkeit richtet sich nach den materiellen Voraussetzungen des § 7 GWB.

Die wirtschaftliche und kartellrechtliche Bedeutung der Freistellung im Bereich der Kredit- und Versicherungswirtschaft ist nicht unerheblich. Seit Anfang 1999 sind insgesamt 103 Vereinbarungen, Beschlüsse oder Empfehlungen nach §29 GWB angemeldet worden; davon betrafen 77 die Bankwirtschaft und 26 die Versicherungswirtschaft.²⁰ Die von Januar 1999 bis Mai 2003 angemeldeten Wettbewerbsbeschränkungen verteilen sich nach vorläufigen Zahlen wie folgt:

Jahr	1999	2000	2001	2002	Jan. - Mai 2003	1999- 2003
Banken	11	13	13	33	7	77
Versicherungen	9	3	4	9	1	26
Gesamt	20	16	17	42	8	103

Die hohe Zahl von Verfahren im Bereich der Kreditwirtschaft im Jahr 2002 ist im Wesentlichen auf Änderungen von bereits angemeldeten Wettbewerbsbeschränkungen im Zuge der Euro-Einführung zum 1. Januar 2002 zurückzuführen. Die ad-hoc-Geschäfte im Bereich der Bankwirtschaft betreffen insbesondere Drittbindungsverträge im Kreditgeschäft, Konsortialgeschäfte betreffen vor allem Kredit- und Emissionskonsortien. Für die Versicherungswirtschaft sind bei ad-hoc-Geschäften die Tätigkeit der Rückversicherungsunternehmen und bei Konsortialgeschäften die Mitversicherung im Einzelfall bedeutsam.

2.1.2 Stand im EU-Recht

Die Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags, insbesondere Art. 81 EG-Vertrag einschließlich der entsprechenden Gruppenfreistellungsverordnungen (im Folgenden: GVO), sind auf die Kredit- und Versicherungswirtschaft uneingeschränkt anwendbar.²¹ In der Versicherungswirtschaft existiert neben den allgemeinen GVO seit 1993 eine sektorspezifische GVO (im Folgenden: GVO-Vers.), deren aktuelle Fassung am

²⁰ Diese Zahlen über die erfolgten Anmeldungen enthalten auch Anmeldungen von Änderungen bereits freigestellter Regelungen.

²¹ Grdl. für die Bankwirtschaft EuGH, Urteil vom 14. Juli 1981, Rs. 127/80, „Banküberweisungsgebühren“, Slg. 1981, 2021; für die Versicherungswirtschaft EuGH, Urteil vom 27. Januar 1987, Rs. 45/85, „Feuerversicherung“, Slg. 1987, 405.

1. April 2003 in Kraft getreten ist.²² Im Bereich der Kreditwirtschaft gibt es keine sektorspezifische GVO; den zum Teil besonderen Kooperationsbedürfnissen ist die EU-Kommission in einer Reihe von Einzelfreistellungen nachgekommen.²³ Die Freistellungsentscheidungen betreffen zu einem großen Teil Kooperationen zur Durchführung und Verbesserung des Zahlungsverkehrs.

2.1.3 Verhältnis deutsches/europäisches Recht

Für das Verhältnis von nationalem und europäischem Kartellrecht gelten im Bereich Banken und Versicherungen die allgemeinen Regeln, namentlich Zwischenstaatlichkeitsklausel und Vorrang des Gemeinschaftsrechts. Angesichts der weiten Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel durch die EU-Kommission und die europäischen Gerichte – generell und insbesondere hinsichtlich der Kredit- und Versicherungswirtschaft²⁴ - fällt ein beträchtlicher Teil der nach § 29 GWB freistellbaren Wettbewerbsbeschränkungen gleichzeitig unter Art. 81 EG-Vertrag.

2.2 Perspektiven für die Behandlung des Bereichs in der Zukunft

Ab Mai 2004 bleibt Raum für vom europäischen Recht abweichendes nationales Sonderrecht nur noch für Fälle, in denen der zwischenstaatliche Handel nicht berührt ist.

Verfahrensrechtliche Sonderregelungen

Im Rahmen der Einführung des Legalausnahmesystems sieht der Entwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) von Eckwerten einer 7. GWB-Novelle vom 24. Februar 2003²⁵ vor, die bisherigen §§ 2 bis 6, 8 sowie 9 bis 13 GWB ersatzlos aufzuheben. Somit wird allen verfahrensrechtlichen Sonderbestimmungen im Bereich der Kredit- und Versicherungswirtschaft die Grundlage entzogen. Die §§ 29 Abs. 3 bis 5 GWB sollten daher ersatzlos aufgehoben werden. Eine Nachfolge-Regelung für § 29 Abs. 5 Satz 4 GWB ("Benehmen mit der zuständigen Aufsichtsbehörde") ist zu erwägen, soweit künftig von der Kartellbehörde die Kredit- und Versicherungswirtschaft betreffende Verfügungen erlassen werden. Die Regelung könnte

²² Verordnung (EG) Nr. 358/2003 der Kommission vom 27. Februar 2003 über die Anwendung von Art. 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Versicherungssektor, ABl. L 53 vom 28. Februar 2003, S. 8.

²³ Für einen Überblick über die Freistellungspraxis der EU-Kommission siehe etwa Schultz in Wiedemann, Hdb. KartR, 1999, § 33 Rn. 14 - 22.

²⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 27. Januar 1987, Rs. 45/85, „Feuerversicherung“, Slg. 1987, 405.

²⁵ Im Internet auf der Webseite des BMWA:

http://www.bmwi.de/Redaktion/Inhalte/Downloads/Homepage_2Fdownload_2Fwirtschaftspolitik_2FGWB__Eckpunkte.pdf,property=pdf.pdf.

ggf. ergänzt werden durch die Einführung wechselseitiger Auskunftspflichten von Bundeskartellamt einerseits sowie der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) und Deutscher Bundesbank andererseits.

Materiellrechtliche Sonderregelungen

Derzeit besteht im Bereich der Kredit- und Versicherungswirtschaft eine besondere Freistellungsmöglichkeit für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, welche nicht der Zwischenstaatlichkeitsklausel unterliegen (§§ 29 Abs. 1, 7 GWB). Eine Beibehaltung dieser Sondervorschrift erscheint unter dem zukünftig auch im GWB verankerten System der Legalausnahme nicht mehr gerechtfertigt. Auch für einen Fortbestand der Ausnahmeregelungen des § 29 Abs. 2 GWB – betreffend Ad-hoc-Geschäfte sowie Einzelrisiken im Mitversicherungsgeschäft und Konsortialgeschäfte der Kreditinstitute - sind keine hinreichenden Gründe ersichtlich. Denn vertikale und horizontale Vereinbarungen oder Empfehlungen werden zukünftig bereits per se vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen freigestellt sein, wenn sie die - dem Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag weitgehend nachgebildeten - Freistellungsvoraussetzungen des GWB erfüllen.

Was speziell die vertikalen Vereinbarungen betrifft, ist vorgesehen, dass ein der Kernbeschränkung des Art. 4 Buchst. a) Vertikal-GVO²⁶ entsprechendes Verbot in das neue GWB aufgenommen wird. Soweit im europäischen Recht eine individuelle Freistellung von Vereinbarungen, die gegen Art. 4 Buchst. a) Vertikal-GVO verstoßen, nach Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag – wenn auch unwahrscheinlich²⁷ - theoretisch immerhin denkbar ist, ist das deutsche Recht gegenüber dem europäischen Recht strenger. Ob insoweit das von der Kredit- und Versicherungswirtschaft geforderte Fortbestehen einer Ausnahmeregelung für Vertikalvereinbarungen nach § 29 Abs. 1 und 2 GWB notwendig ist, erscheint gleichwohl zweifelhaft. Die Möglichkeit einer individuellen Freistellung ist auch im europäischen Recht eher theoretischer Natur: bisher hat die Kommission in keinem Fall, in dem eine Vereinbarung gegen Art. 4 Buchst. a) Vertikal-GVO verstieß, eine Freistellung erteilt. Darüber hinaus ist völlig unklar, ob es in der Kredit- und Versicherungswirtschaft Vertikalvereinbarungen, die den zwischenstaatlichen Handel nicht berühren und auf die dementsprechend allein

²⁶ Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 336 vom 29. Dezember 1999, S. 21.

²⁷ Vgl. Mitteilung der Kommission - Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 291 vom 13. Oktober 2000, S. 1, Rz. 46.

deutsches Recht anwendbar wäre, überhaupt gibt. Bei Ad-hoc-Geschäften sowie der gemeinsam vereinbarten Übernahme von - häufig besonders hohen - Einzelrisiken im Mitversicherungs- und Konsortialgeschäft dürfte in aller Regel das europäische Recht anwendbar sein.

Schließlich fragt sich grundsätzlich, warum die Kredit- und Versicherungswirtschaft in einseitiger Weise besser als alle anderen Branchen gestellt werden soll. Für alle anderen Branchen bleibt es bei der Geltung eines im Vergleich zum europäischen Recht (wenn auch nur theoretisch) strengeren nationalen Rechts.

3. Urheberrechtsverwertungsgesellschaften

3.1 Kartellrechtliche Behandlung Bereichs heute

3.1.1 Stand im deutschen Recht

Der Ausnahmetatbestand des § 30 GWB entzieht die Bildung von Verwertungsgesellschaften sowie deren Verträge und Beschlüsse, soweit sie für die wirksame Wahrnehmung der Urheberrechte erforderlich sind, dem Geltungsbereich der §§ 1 und 14 GWB. Die Missbrauchsaufsicht nach den §§ 19 und 20 GWB bleibt davon unberührt.

In der derzeitigen Form wurde § 30 GWB im Zuge der 6. Novelle in das GWB eingefügt. Die Vorgängervorschrift (§ 102a GWB a.F.) ist im Rahmen der Verabschiedung des Gesetzes über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (UrhWG, sog. Wahrnehmungsgesetz) 1965 in das Kartellrecht aufgenommen worden. Das Wahrnehmungsgesetz schreibt die Erlaubnis für die Bildung von Verwertungsgesellschaften durch das Deutsche Patent- und Markenamt vor (§ 1 UrhWG) und regelt im Einzelnen die Rechte und Pflichten der Verwertungsgesellschaften. Das Deutsche Patent- und Markenamt leitet Anmeldungen, welche die Satzung der jeweiligen Verwertungsgesellschaft enthalten müssen, sowie Meldungen über Satzungsänderungen, Tarife, Verträge und Vereinbarungen an das Bundeskartellamt weiter. Die Änderungen im Zuge der 6. GWB-Novelle sollten § 102a a.F. GWB insbesondere den Weiterentwicklungen des europäischen Rechts durch die Rechtsprechung des EuGH anpassen, der die kartellrechtliche Sonderstellung der

Verwertungsgesellschaften bezüglich ihrer Bildung und ihrer Tätigkeit anerkannt hat.²⁸

Der mit § 30 GWB verfolgte Normzweck ist allerdings wenig klar.²⁹ Zum Zeitpunkt der Entstehung des Wahrnehmungsgesetzes war strittig, ob Verwertungsgesellschaften und deren Verträge unter § 1 GWB fallen. Laut Entwurf der Bundesregierung zur 6. GWB-Novelle³⁰ diene die Einfügung des § 102a GWB a.F. in das GWB ursprünglich dem Zweck, gesetzlich klarzustellen, dass die Bildung der Verwertungsgesellschaften nicht an den §§ 1 und 15 GWB a.F. zu messen ist. Obwohl die Genehmigungspflicht der Verwertungsgesellschaften und die Regelung ihrer Rechte und Pflichten im Wahrnehmungsgesetz eine ausdrückliche gesetzliche Zulassung der Bildung und Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften statuieren und auch der EuGH die Notwendigkeit dieser Tätigkeit anerkennt, wurde in der 6. GWB-Novelle an der ausdrücklichen Freistellung festgehalten.

Verwertungsgesellschaften nehmen in der Regel in einem bestimmten sachlichen Bereich im entsprechenden Mitgliedsstaat eine Alleinstellung bei der kollektiven Wahrnehmung der Urheberrechte ein. In Deutschland verfügten im vergangenen Jahr elf Verwertungsgesellschaften über die nach § 1 UrhWG erforderliche Genehmigung zum Geschäftsbetrieb. Zwei weitere Anmeldungen lagen vor.³¹

3.1.2 Stand im EU-Recht

Im europäischen Recht existieren keine Regelungen, welche die Bildung und Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften von der Anwendung der Art. 81 oder 82 EG-Vertrag ausschließen. Die europäische Rechtsprechung erkennt allerdings die Notwendigkeit der Bildung von Verwertungsgesellschaften und deren Tätigkeit zur Wahrnehmung der Urheberrechte ihrer Mitglieder an. Der EuGH verfolgt einen Inmanenzansatz, nach dem Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Art. 81 EG-Vertrag durch Verwertungsgesellschaften bereits tatbestandlich ausgeschlossen sind, wenn diese zur Wahrnehmung der Interessen der Urheber unerlässlich sind.³² Der EuGH erkannte bereits in seinem Urteil vom 27. März 1974 im Fall SABAM³³ an, dass die betroffene Verwertungsgesellschaft zur Wahrung der Rechte und Interessen

²⁸ Entwurf der Bundesregierung zur 6. GWB Novelle, BT-Drucks. 13/9720, S. 54.

²⁹ Vgl. Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 30 Rn. 4.

³⁰ Entwurf der Bundesregierung zur 6. GWB Novelle, BT-Drucks. 13/9720, S. 54.

³¹ Deutsches Patent- und Markenamt, Jahresbericht 2002, S. 46.

³² Vgl. Jestaedt in Langen/Bunte, Kommentar, Band 1, 9. Aufl. 2001, § 30 Rn. 1.

³³ Urteil des EuGH vom 27. März 1974, Rs. 127/73, „SABAM“, Slg. 1974, 313, Rz. 9,11.

ihrer Mitglieder „über eine Stellung verfügen (muss), die voraussetzt, dass die der Vereinigung angeschlossenen Urheber ihre Rechte an sie abtreten, soweit das notwendig ist, um ihrer Tätigkeit das erforderliche Volumen und Gewicht zu verleihen.“ Auch in seinem Urteil vom 13. Juli 1989 im Fall *Tournier*³⁴ betonte der EuGH die Rechtmäßigkeit des Ziels der Verwertungsgesellschaften, die Rechte und Interessen ihrer Mitglieder gegenüber den Benutzern von aufgezeichneter Musik zu wahren. Daher könnten die „zu diesem Zweck mit den Benutzern geschlossenen Verträge [...] nur dann als wettbewerbsbeschränkend im Sinne von Artikel [81] angesehen werden, wenn die umstrittenen Praktiken die Grenzen des zur Erreichung des genannten Zwecks Unerlässlichen überschritten.“ Daher ist Art. 81 EG-Vertrag vornehmlich für Vereinbarungen zwischen Verwertungsgesellschaften relevant.³⁵

Obwohl Verwertungsgesellschaften eine notwendige Funktion zur Wahrnehmung gesetzlich geschützter geistiger Eigentumsrechte erfüllen, räumt der EuGH diesen keine Vorzugsstellung gemäß Art. 86 EG-Vertrag ein. Im Fall *SABAM* stellte er in Bezug auf die betroffene Verwertungsgesellschaft fest, dass diese als Unternehmen, das der Staat mit keiner besonderen Aufgabe betraut hat und das Privatinteressen wahrnimmt, keine vom EG-Vertrag abweichende Regelung für sich in Anspruch nehmen könne.³⁶

Im Rahmen der Missbrauchsaufsicht ist die EU-Kommission mehrfach gegen Verwertungsgesellschaften wegen des Verstoßes gegen Art. 82 EG-Vertrag vorgegangen. In ihrer an die GEMA gerichteten Entscheidung vom 2. Juni 1971 hat sie in mehreren Bestimmungen der Satzung, der Geschäftsordnung, des Muster-Berechtigungsvertrags sowie der Satzung der GEMA-Sozialkasse Zuwiderhandlungen gegen Art. 82 EG-Vertrag festgestellt und die GEMA zu Änderungen veranlasst.³⁷ Die EU-Kommission setzte Entsprechendes ohne Entscheidung auch gegenüber den übrigen Verwertungsgesellschaften im Gemeinsamen Markt durch.³⁸

Nach der Rechtsprechung des EuGH kann eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 82 EG-Vertrag gegeben sein, wenn

³⁴ Urteil des EuGH vom 13. Juli 1989, Rs. 395/87, „*Tournier*“, Slg. 1989, 2521, Rz. 31.

³⁵ Vgl. Entscheidung der Kommission vom 8. Oktober 2002 im Fall COMP/C2/38.014 – IFPI „*Simulcasting*“, in der die Kommission für eine Vereinbarung zwischen Verwertungsgesellschaften eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG erteilt hat, ABl. L 107 vom 30. April 2003, S. 58.

³⁶ Urteil des EuGH vom 27. März 1974, Rs. 127/73, „*SABAM*“, Slg. 1974, 313, Rz. 23.

³⁷ Entscheidung der Kommission vom 2. Juni 1971, „*GEMA*“, ABl. L 134 vom 20. Juni 1971, S. 15, ergänzt durch Entscheidung der Kommission vom 6. Juli 1972, ABl. L 166 vom 24. Juli 1972, S. 22.

³⁸ vgl. Hootz in *GWB und Europ. KartR*, Gemeinschaftskommentar, 3. Aufl. 1980, § 102a Rn. 15.

eine Urheberrechtsverwertungsgesellschaft mit einer solchen Stellung ihren Mitgliedern Verpflichtungen auferlegt, die zur Erreichung des Gesellschaftszwecks nicht unentbehrlich sind und deshalb die Freiheit des Mitglieds, sein Urheberrecht auszuüben, unbillig beeinträchtigen.³⁹

Obwohl die EU-Kommission auch weiterhin der Ansicht ist, dass Verwertungsgesellschaften für die Mehrheit der Autoren notwendig sind, hält sie eine Neuorientierung in der Beurteilung von deren Tätigkeit im Hinblick auf die technologische und wirtschaftliche Entwicklung für möglich. Dies betrifft insbesondere die Höhe der Gebühren, die Beziehung zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern sowie das Beziehungsgeflecht zwischen den Verwertungsgesellschaften.⁴⁰

3.1.3. Verhältnis deutsches/europäisches Recht

Für das Verhältnis von nationalem und europäischem Kartellrecht gelten auch im Bereich der Verwertungsgesellschaften die allgemeinen Regeln. Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften sind regelmäßig geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Daher wird in der Zukunft in der Regel EU-Recht zwingend auf solche Verhaltensweisen anwendbar sein.

3.2. Perspektiven für die Behandlung des Bereichs in der Zukunft

Eine Beibehaltung des Ausnahmetatbestands im deutschen Recht erscheint vor diesem europarechtlichen Rahmen nicht erforderlich.

Im Übrigen ist davon auszugehen, dass Vereinbarungen, die nach § 30 Abs. 1 GWB zur wirksamen Wahrnehmung der Interessen der Urheber erforderlich sind, im Hinblick auf den Immanenzansatz des EuGH auch nicht gegen Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag verstoßen.

³⁹ Urteil des EuGH vom 27. März 1974, Rs. 127/73, „SABAM“, Slg. 1974, 313, Rz. 15.

⁴⁰ Vgl. Rede von David Wood, Deputy Head of Unit, Media and Music Publishing, DG Comp: „Collective Management and EU Competition Law“ auf der 5. SGAE Konferenz in Madrid, 12.-14. November 2001.

4. Sportrechtevermarktung

4.1. Kartellrechtliche Behandlung des Bereichs heute

4.1.1 Stand im deutschen Recht

Gemäß §31 GWB findet §1 GWB keine Anwendung auf die zentrale Vermarktung von Rechten an der Fernsehübertragung satzungsgemäß durchgeführter sportlicher Wettbewerbe durch Sportverbände, die in Erfüllung ihrer gesellschaftspolitischen Verantwortung auch der Förderung des Jugend- und Amateursports verpflichtet sind und dieser Verpflichtung durch eine angemessene Teilhabe an den Einnahmen aus der zentralen Vermarktung dieser Fernsehrechte Rechnung tragen. Der Ausnahmetatbestand wurde im Zuge der 6. GWB-Novelle auf Vorschlag des Bundesrats kurzfristig in das GWB eingefügt. Dies geschah in Reaktion auf das Verbot der zentralen Vermarktung von Fußball-Übertragungsrechten an den UEFA-Pokalheimspielen deutscher Ligavereine durch den Deutschen Fußball-Bund (DFB), das vom Bundeskartellamt⁴¹ verfügt und durch den BGH⁴² bestätigt worden war.

Die Einführung dieses Ausnahmereichs war von Beginn an umstritten. Die Befürworter dieser Regelung beriefen sich insbesondere darauf, dass durch die Entscheidungen des Bundeskartellamtes und des BGH der Finanzausgleich unter den Vereinen der verschiedenen Ligen gefährdet und damit eine erhebliche finanzielle Schlechterstellung der Vereine, die nicht im Mittelpunkt des Zuschauerinteresses stehen, zu befürchten sei.⁴³ Auch die gesellschaftspolitischen und sozialen Aufgaben besonders im Jugend-, Amateur- und Breitensport und der dazu notwendige finanzielle Solidarausgleich innerhalb der Sportverbände wurden geltend gemacht.⁴⁴ Bei der öffentlichen Anhörung im Rahmen der 79. Sitzung des Wirtschaftsausschusses am 30. März 1998 lehnten mit Ausnahme des DFB alle Verbände, Organisationen und Professoren, die sich zu dem Thema äußerten, die Regelung unter anderem mit dem Argument ab, dass die Besonderheiten des Sportsektors ein Abweichen vom Wettbewerbsprinzip nicht begründen könnten. Ein Solidaritätsausgleich sei auf andere, kartellrechtsneutrale Weise möglich. Die Monopolkommission hat die Einführung

⁴¹ Bundeskartellamt, Beschlüsse vom 2. September 1994, B 6 - 105/02, B 6 - 60/94.

⁴² BGH, Beschluss vom 11. Dezember 1997, KVR 7/96, WuW/E DE-R 17.

⁴³ Entwurf der Bundesregierung zur 6. GWB Novelle, BT-Drucks. 13/9720, Anhang 2: Stellungnahme des Bundesrates.

⁴⁴ Empfehlung des Sportausschusses vom 1. April 1998, BT-Drucks. 13/10633.

des § 31 GWB in ihrem 12. Hauptgutachten heftig kritisiert.⁴⁵ Auch die EU-Kommission lehnte in ihrer Stellungnahme die Einführung des Ausnahmereichs strikt ab.⁴⁶

Der DFB hat die zentrale Vermarktung von Fernsehübertragungsrechten nach Einführung des § 31 GWB fortgeführt. Nachdem die EU-Kommission ein Verfahren bezüglich der zentralen Vermarktung von Fernsehübertragungsrechten an Liga-Fußballspielen in Deutschland angestrengt hat, hat der DFB die zentrale Vermarktung gemäß Art. 4 Abs. 1 der Verordnung 17/62 des Rates vom 6. Februar 1962⁴⁷ (im Folgenden: VO 17/62) i.V.m. Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag bei der EU-Kommission angemeldet. Eine Entscheidung der EU-Kommission steht noch aus.

4.1.2 Stand im EU-Recht

Im europäischen Recht gibt es keine Regelungen, die den Sport von der Anwendung des Wettbewerbsrechts ausnehmen. Sport nimmt jedoch in der europäischen Politik und Rechtspraxis eine gewisse Sonderstellung ein, welche sich aus den besonderen Charakteristika und Funktionen des Sports ergibt.⁴⁸ So heißt es beispielsweise im sogenannten Helsinki-Bericht der EU-Kommission zum Sport, dass bei der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften des Vertrags auf den Sport dessen Besonderheiten berücksichtigt werden müssen.⁴⁹ Der EuGH stellt in seinem Urteil im Fall Bosman⁵⁰ fest: „Angesichts der beträchtlichen sozialen Bedeutung, die der sportlichen Tätigkeit und insbesondere dem Fußball in der Gemeinschaft zukommt, ist anzuerkennen, dass die Zwecke berechtigt sind, die darin bestehen, die Aufrechterhaltung eines Gleichgewichts zwischen den Vereinen unter Wahrung einer bestimmten Chancengleichheit und der Ungewissheit der Ergebnisse zu gewährleisten sowie die

⁴⁵ Monopolkommission, 12. Hauptgutachten: „Marktöffnung umfassend verwirklichen“, S. 61 f. (Rz. 101).

⁴⁶ Schreiben der EU-Kommission an den Vorsitzenden des Ausschusses für Wirtschaft des Deutschen Bundestages mit Stellungnahme der Generaldirektion Wettbewerb zur Anhörung „6. Kartellnovelle“ am 30. März 1998. Siehe zum Gesetzgebungsverfahren auch Parlasca, Wirkungen von Sportkartellen: Das Beispiel zentraler Vermarktung von TV-Rechten, S. 83 ff.

⁴⁷ Verordnung (EWG) Nr. 17/62 des Rates vom 6. Februar 1962: Erste Durchführungsverordnung zu den Art. 85 und 86 des Vertrages (KartellVO) (ABl. P 13 vom 21. Februar 1962, S. 204), geändert durch Vertrag vom 24. Juni 1994, in der Fassung des Beschlusses vom 1. Januar 1995 (ABl. L 1 vom 1. Januar 1995, S. 1) und Verordnung vom 10. Juni 1999 (ABl. L 148 vom 15. Juni 1995, S. 5,6).

⁴⁸ Die EU-Kommission hat eine Vielzahl von Dokumenten zum Thema Sport und Wettbewerbsrecht veröffentlicht, welche unter http://europa.eu.int/comm/sport/key_files/comp/a_comp_en.html zusammengestellt sind.

⁴⁹ Bericht der EU-Kommission an den Europäischen Rat im Hinblick auf die Erhaltung der derzeitigen Sportstrukturen und die Wahrung der sozialen Funktion des Sports im Gemeinschaftsrahmen vom 10. Dezember 1999; KOM(1999) 644, S. 8.

⁵⁰ EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1995, Rs. C-415/93 „Bosman“, Slg. 1995; I-4921, Rz. 106.

Einstellung und Ausbildung der jungen Spieler zu fördern.“ Nach der Rechtsprechung des EuGH – in der Sache Bosman sowie in zahlreichen weiteren Fällen – fällt der Sport jedoch, bei Anerkennung seiner speziellen Charakteristika, unter das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft, soweit eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Art. 2 EG-Vertrag betroffen ist.⁵¹

Die EU-Kommission beruft sich im Helsinki-Bericht zum Sport⁵² auf das Bosman-Urteil des EuGH und die Legitimierung der speziellen Ziele des Sports. Nach Ansicht der EU-Kommission könnten daher Vereinbarungen zwischen Proficlubs oder Entscheidungen ihrer Verbände, die diese Ziele verfolgen, von den Wettbewerbsregeln ausgenommen werden. Bei möglichen Ausnahmeregelungen für den kollektiven Verkauf von Übertragungsrechten müssten die Vorteile für die Verbraucher sowie die Angemessenheit der Wettbewerbsbeschränkung im Hinblick auf das angestrebte legitime Ziel berücksichtigt werden.

Zu den Freistellungsmöglichkeiten von Vereinbarungen über die zentrale Vermarktung von Fernsehübertragungsrechten an Sportveranstaltungen nach Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag traf die EU-Kommission nur allgemeine Aussagen und behielt sich den Entwurf von Leitlinien zu diesem Thema bis zum Abschluss der ersten anhängigen Verfahren vor. In drei Fällen, UEFA Champions League⁵³, Premier League⁵⁴ und DFB⁵⁵, wurde ein Antrag auf Freistellung vom Kartellverbot für Vereinbarungen zur Zentralvermarktung von Fußballübertragungsrechten gestellt. Bisher hat die EU-Kommission nur eine Freistellung im UEFA Champions League-Fall erteilt, doch sind für die beiden übrigen Fälle ähnliche Entscheidungen zu erwarten.

In der Entscheidung vom 23. Juli 2003 im Champions League-Fall bejahte die EU-Kommission die Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, sah jedoch, anders als das Bundeskartellamt in seiner Stellungnahme zu diesem

⁵¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 12. Dezember 1974, Rs. 36/74 „Walrave vs. Union Cycliste Internationale“, Slg. 1974, 1405, Rz. 4; Urteil vom 14. Juli 1976, Rs. 13/76 „Donà vs. Mantero“, Slg. 1976, 1333, Rz. 12; Urteil vom 15. Dezember 1995, Rs. C-415/93, „Bosman“, Slg. 1995, I-4921, Rz. 73; Urteil vom 11. April 2000, verb. Rs. G-51/96 „Christelle Delière vs. Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union Européenne de judo“ und „Francois Pacquée“, Slg. 2000, 2549, Rz. 41-42; Urteil vom 13. April 2000, Rs. G-176/96 „Jyri Lehtonen and Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL vs. Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL“, Slg. 2000, 2681, Rz. 32-33.

⁵² Bericht der EU-Kommission an den Europäischen Rat im Hinblick auf die Erhaltung der derzeitigen Sportstrukturen und die Wahrung der sozialen Funktion des Sports im Gemeinschaftsrahmen vom 10. Dezember 1999; KOM (1999) 644, Punkt 4.2.1.3.

⁵³ COMP/37.398 – UEFA Champions League.

⁵⁴ COMP/38.173 - PO/The Football Association Premier League Limited.

⁵⁵ COMP/36.988 und COMP/37.214.

Fall, alle vier Kriterien von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag zur Freistellbarkeit als kumulativ erfüllt an. Entgegen der ursprünglichen Anmeldung wurden die Vereinbarungen so verändert, dass mehrere Rechtepakete anstatt eines einzigen angeboten werden. Damit soll erreicht werden, dass die Wettbewerbsbeschränkungen auf den nachgelagerten Fernsehmärkten bei Beibehaltung der von der EU-Kommission angenommenen Vorteile reduziert werden. Die EU-Kommission stützt sich bezüglich der Verbesserung der Warenerzeugung im Wesentlichen auf die Reduzierung von Transaktionskosten durch die Bildung eines „single point of sale“. Weiterhin führt sie Vorteile durch den Aufbau und die Pflege der Marke „Champions League“ an. Die sozialpolitischen Ziele des Sports und das Argument des Solidarausgleichs zog die EU-Kommission für die Begründung der Freistellung nicht heran.

4.1.3 Verhältnis deutsches/europäisches Recht

EU-Wettbewerbsrecht ist auf den Bereich Sport voll anwendbar, soweit eine wirtschaftliche Tätigkeit betroffen ist. Wenn die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllt ist, was bei nationalen Sportwettkämpfen – wie die von der EU-Kommission geführten Verfahren Premier League und DFB zeigen – regelmäßig der Fall ist, wird europäisches Recht zukünftig auch von den nationalen Wettbewerbsbehörden zwingend anwendbar sein.

4.2 Perspektiven für die Behandlung des Bereichs in der Zukunft

Zur Sicherstellung des Finanzausgleichs unter den Vereinen der verschiedenen Ligen war die Schaffung eines wettbewerbsrechtlichen Ausnahmebereichs für den Sport nicht erforderlich. Die im Zusammenhang mit dem Sport stehenden sozialpolitischen Ziele im Jugend-, Amateur und Breitensport sind durch die Anwendung der Wettbewerbsregeln nicht gefährdet. Die vorgetragenen besonderen Charakteristika des Sports können auch in einem wettbewerblichen Regime zur Geltung gelangen. Sie sind nicht geeignet, einen Ausnahmebereich zu rechtfertigen.

Die EU-Kommission, die die Einführung eines generellen Ausnahmetatbestands für den Sport ablehnt, hält unter bestimmten Bedingungen die Freistellung der Zentralvermarktung von Sportübertragungsrechten nach Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag für sachgemäß, was den Interessen der Sportverbände entspricht.

Es besteht kein Grund für die Beibehaltung von § 31 GWB.

5. Landwirtschaft

5.1 Kartellrechtliche Behandlung des Bereichs heute

5.1.1 Stand im deutschen Recht

Nach § 28 Abs. 1 GWB gilt das Kartellverbot des § 1 GWB nicht für Vereinbarungen von landwirtschaftlichen Erzeugerbetrieben und deren Vereinigungen sowie für bestimmte Vereinbarungen von Erzeugervereinigungen⁵⁶, soweit sie keine horizontale Preisbindung⁵⁷ enthalten und den Wettbewerb nicht ausschließen. Des Weiteren gilt nach § 28 Abs. 2 GWB das Verbot einer vertikalen Preisbindung (§ 14 GWB) nicht für Vereinbarungen über die Sortierung, Kennzeichnung oder Verpackung von landwirtschaftlichen Erzeugnissen.⁵⁸ Daneben sind weitere Ausnahmen vom Kartell- und Preisbindungsverbot außerhalb des GWB in Sondervorschriften geregelt⁵⁹, die als Spezialvorschriften Vorrang vor dem GWB haben. Sie lassen jedoch ebenso wie § 28 GWB die weiteren Vorschriften des GWB unberührt.⁶⁰

Der Ausnahmereich Landwirtschaft war bereits in der ersten Fassung des GWB verankert und hat über die Jahre kaum eine inhaltliche Änderung erfahren.⁶¹ Mit der 6. GWB-Novelle wurde der Ausnahmereich in § 28 GWB gefasst und dabei im Zuge einer Vereinfachung an EG-Recht angepasst. Außerdem wurde die Freistellung für die Preisbindung von Saatgut aufgehoben und die eigenständige Missbrauchsaufsicht für Kartellvereinbarungen im Agrarsektor wurde gemäß § 28 Abs. 4 GWB zugunsten der allgemeinen Vorschrift des § 12 Abs. 1 GWB zur Aufsicht über den Missbrauch von Freistellungen vom Kartellverbot aufgegeben.⁶²

⁵⁶ Winkler in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 28 Rn. 15: Meist handelt es sich um Genossenschaften, die Rechtsform der Vereinigung ist jedoch unerheblich.

⁵⁷ Der in § 28 Abs. 1 GWB genannte Begriff einer "Preisbindung" ist horizontal in dem Sinne, dass die daran beteiligten Unternehmen zur Einhaltung bestimmter Verkaufspreise verpflichtet werden, vgl. Bechtold, GWB, 3. Aufl. 2002, § 28 Rn. 6.

⁵⁸ Winkler in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 28 Rn. 70: Dadurch wird der Erzeuger in die Lage versetzt, dem Endverbraucher die Herkunft des Produkts zu signalisieren.

⁵⁹ So heben z.B. § 11 Marktstrukturgesetz für förmlich anerkannte Erzeugergemeinschaften und § 40 Bundeswaldgesetz gleichfalls § 1 GWB auf. § 23b Tierzuchtgesetz legt eine Ausnahme von § 14 GWB für vertikale Preisbindungen fest, insbesondere zur Aufrechterhaltung des Schweinezuchtprogramms.

⁶⁰ Allerdings können auch bestimmte Empfehlungen unabhängig von § 22 GWB zulässig sein, wenn sie von § 28 GWB erfasst sind, vgl. Winkler in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 28 Rn. 25; Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1962, BT-Drucks. 4/1220, S. 62.

⁶¹ Winkler in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 28 Rn. 2: Ausdehnung der Freistellung vom vertikalen Preisbindungsverbot auf bestimmte Tierzuchtbetriebe in der 4. GWB-Novelle.

⁶² Auch die erwähnten Sondervorschriften im Marktstrukturgesetz, Bundeswaldgesetz und Tierzuchtgesetz verweisen auf § 12 Abs. 1 GWB.

Für die Definition des Begriffs "landwirtschaftliche Erzeugnisse" ist seit der 6. GWB-Novelle gem. § 28 Abs. 3 GWB der Anhang I⁶³ des EG-Vertrages maßgeblich.⁶⁴ Wenn Vereinbarungen sich nur mittelbar auf die Erzeugung landwirtschaftlicher Produkte beziehen, ist die Reichweite des Ausnahmereichs nach dem Zweck der Regelung zu beurteilen.⁶⁵ So sind absatzbezogene Absprachen wie eine Andienungspflicht, ein Absatzzwang, die Festlegung einheitlicher Lieferbedingungen oder die vertragliche Aufteilung von Absatzgebieten privilegiert, wenn sie die Selbsthilfe der Erzeuger fördern. Dagegen sind Verpflichtungen zu gemeinsamem Einkauf von Bedarfsartikeln oder die Festlegung einer einheitlichen Bezugsquelle in der Regel nicht von § 28 GWB gedeckt.⁶⁶ Entsprechend muss die Missbrauchsaufsicht gemäß § 12 Abs. 1 GWB auch die Zielsetzung des Marktstrukturgesetzes, des Bundeswaldgesetzes und des Tierzuchtgesetzes berücksichtigen, soweit diese für eine konkrete Vereinbarung einschlägig sind.

In der Praxis zeigt sich die Enge des Anwendungsbereichs zum Beispiel darin, dass Vereinigungen von Erzeugerbetrieben nur dann von § 28 GWB erfasst sind, wenn ihnen ausschließlich landwirtschaftliche Erzeugerbetriebe, nicht jedoch auch Gewerbebetriebe angehören.⁶⁷ Außerdem führt oftmals eine atomistische Angebotsstruktur auf Agrarmärkten dazu, dass Vereinbarungen bereits mangels Spürbarkeit nicht gegen § 1 GWB verstoßen, so dass sich die Frage nach den Tatbestandsmerkmalen des § 28 GWB nicht stellt.

Das Bundeskartellamt hat in jüngerer Zeit im Rahmen der Missbrauchsaufsicht Verfahren in den Sektoren Saatgut, Rinderzucht und Rübenzucker geführt.⁶⁸ Im Bereich Saatgut hat das Bundeskartellamt unter anderem geprüft, ob die Praxis einer Vereinbarung zwischen Vereinigungen von Landwirten und Pflanzenzüchtern durch die EG-

⁶³ Der Gesetzestext nennt zwar einen "Anhang II", doch ist dieser seit Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam am 1. Mai 1999 in Anhang I umbenannt.

⁶⁴ Soweit es nicht um die Erzeugung, sondern um die weitere Be- und Verarbeitung landwirtschaftlicher Erzeugnisse geht, greift die Ausnahmeregelung nur ein, wenn das weiterverarbeitete Produkt in Anhang I des EG-Vertrages aufgeführt ist oder wenn die Be- und Verarbeitung von Betrieben oder deren Vereinigungen getragen wird, welche die jeweiligen Produkte den Marktgepflogenheiten folgend überwiegend selbst erzeugt haben, vgl. Winkler in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 28 Rn. 10 ff.

⁶⁵ Winkler in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 28 Rn. 79 ff.

⁶⁶ Winkler in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 28 Rn. 27 ff.

⁶⁷ Winkler in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 28 Rn. 16 f.; BGH, Urteil vom 19. Oktober 1982, „Privatmolkerei“, WuW BGH 1977,1979.

⁶⁸ Vgl. Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1997/1998, BT-Drucks. 14/1139, S. 77; Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1999/2000, BT-Drucks. 14/6300, S. 89 und Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2001/2002, BT-Drucks. 15/1226, S. 123-124.

Sortenschutzverordnung⁶⁹ und das deutsche Sortenschutzgesetz gedeckt ist.⁷⁰ Im Fall Rübenzucker hat das Kammergericht die Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamtes aufgehoben und sich in seinem Urteil insbesondere zu den Voraussetzungen geäußert, dass die fragliche Vereinbarung keine horizontale Preisbindung enthalten und keinen Ausschluss des Wettbewerbs zur Folge haben darf (§ 28 Abs. 1 Satz 1 GWB).⁷¹ Danach lässt sich der Vorwurf der horizontalen Preisbindung im Sinn des § 28 Abs. 1 GWB nicht ohne weiteres daraus herleiten, dass die Mitglieder einer Vereinigung auf eine eigene Preisbildung verzichten, sondern damit einverstanden sind, dass die gemeinsame Vertriebsstelle zu den von ihr kalkulierten Preisen verkauft – was für den Vertrieb durch eine gemeinschaftlich betriebene Verkaufsstelle wesensmäßig sei. Hinsichtlich der Frage, welche Umstände auf einen Ausschluss des Wettbewerbs im Sinn des § 28 Abs. 1 GWB schließen lassen, vertrat das Kammergericht die Auffassung, dass Konzentrationsgrade in der Größenordnung der Marktbeherrschungsvermutung hierfür jedenfalls nicht ausreichen. Im Gegensatz zum Bundeskartellamt hat das Kammergericht daher die fraglichen Vereinbarungen als von der Bereichsausnahme gedeckt angesehen.⁷²

5.1.2 Stand im EU-Recht

Nach Art. 36 EG-Vertrag finden die EG-Wettbewerbsregeln auf die Produktion von landwirtschaftlichen Erzeugnissen und den Handel mit diesen nur nach Maßgabe eines Ratsbeschlusses Anwendung. Dieser ist in Form der Verordnung 26/62 vom 4. April 1962⁷³ (im Folgenden: VO 26/62) erfolgt, in deren Art. 2 ebenfalls eine Bereichsausnahme für die Landwirtschaft vorgesehen ist. Nach Absatz 1 Satz 1 dieser Vorschrift findet Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag auf Vereinbarungen, Beschlüsse und Ver-

⁶⁹ Verordnung (EG) Nr. 2100/94 des Rates vom 27. Juli 1994 über den gemeinschaftlichen Sortenschutz, ABl. L 227 vom 1. September 1994, S. 1.

⁷⁰ § 10a Abs. 4 Satz 2 Sortenschutzgesetz enthält eine dem § 28 Abs. 1 Satz 1 GWB entsprechende Regelung, wonach eine entsprechende Vereinbarung nicht den Wettbewerb auf dem Saatgutsektor ausschließen darf.

⁷¹ KG, Beschluss vom 10. Oktober 2001, Kart 30/99, WuW DE-R 816. Zuvor gab es zu der Frage, in welchem Umfang Wettbewerb in landwirtschaftlichen Ausnahmebereichen eingeschränkt werden darf, keine Rechtsprechung in Deutschland; vgl. auch Bundeskartellamt, Beschluss vom 18. März 1999, B2 - 91/98, WuW DE-V 103.

⁷² Das Bundeskartellamt hat gegen die Aufhebung seines Beschlusses durch das Kammergerichtsurteil aus anderen Gründen kein Rechtsmittel eingelegt. Es hatte in seinem Beschluss argumentiert, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auf einem bestimmten Markt in der Regel nicht mit der Annahme zu vereinbaren sei, dass der Wettbewerb auf diesem Markt noch seine Steuerungsfunktion erfüllen könne. In der Literatur wird unter anderen eine Außenseiter-Marktanteilsgränze von 10% bzw. einzelfallbezogen zwischen 10% und 40% diskutiert, vgl. Winkler in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 28 Rn. 45 m.w.N.

⁷³ Verordnung (EW) Nr. 26/62 des Rates vom 4. April 1962 zur Anwendung bestimmter Wettbewerbsregeln auf die Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse und den Handel mit diesen Erzeugnissen, ABl. B 30 vom 20. April 1962, S. 993.

haltensweisen bezüglich der Produktion der in Anhang I des EG-Vertrages genannten Produkte keine Anwendung, wenn sie wesentlicher Bestandteil einer einzelstaatlichen Marktordnung sind⁷⁴ oder zur Verwirklichung der Ziele des Art. 33 EG-Vertrag notwendig sind (Produktivitätssteigerung, Marktstabilisierung, Versorgungssicherheit, Angemessenheit der Verbraucherpreise und Angemessenheit der Lebenshaltung der in der Landwirtschaft Tätigen). Daneben sieht Satz 2 von Art. 2 Abs. 1 der VO 26/62 vor, dass Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag nicht für bestimmte Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen von landwirtschaftlichen Genossenschaften gilt ("Genossenschaftsprivileg").⁷⁵ Allerdings gilt dieses nur unter den Voraussetzungen, dass die fraglichen Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen keine Preisbindung⁷⁶ enthalten und dass dadurch der Wettbewerb nicht ausgeschlossen wird oder die Ziele des Art. 33 EG-Vertrag gefährdet werden.⁷⁷

Außerdem finden sich in den Gemeinsamen Marktordnungen, die als umfangreiches EG-Agrarmarktordnungsrecht für die meisten landwirtschaftlichen Erzeugnisse geschaffen worden sind, weitere kartellrechtliche Sonderregelungen, die über die VO 26/62 hinausgehen und vorrangig zu beachten sind, namentlich in Agrarmarktverordnungen über frisches Obst und Gemüse sowie über Fischereierzeugnisse.⁷⁸

⁷⁴ Einzelstaatlichen Marktordnungen kommt wegen des EG-Marktordnungsrechts kaum noch praktische Bedeutung zu, vgl. Winkler in Immenga/Mestmäcker, EG-WbR, Bd. II, 1997, Abschnitt XIV Landwirtschaft, C Kommentierung VO Nr. 26, Rn. 19.

⁷⁵ Schröter in Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar, 2003, Durchführungsvorschriften Landwirtschaft, Rn. 20 ff.

⁷⁶ Der Begriff der Preisbindung erfasst hier horizontale und vertikale Absprachen, die den Beteiligten die Verpflichtung auferlegen, zu einem bestimmten Preis zu verkaufen oder einen Preisrahmen einzuhalten, vgl. Winkler in Immenga/Mestmäcker, EG-WbR, Bd. II, 1997, Abschnitt XIV Landwirtschaft, C Kommentierung VO Nr. 26, Rn. 46.

⁷⁷ Hierfür genügt, wenn eines der Ziele des Art. 33 mit beträchtlichem Gewicht bedroht wird. Da das Ziel angemessener Verbraucherpreise durch einen Ausschluss des Wettbewerbs gefährdet sein kann, können mehrere Voraussetzungen für die Bereichsausnahme zugleich verletzt sein, vgl. Winkler in Immenga/Mestmäcker, EG-WbR, Bd. II, 1997, Abschnitt XIV Landwirtschaft, C Kommentierung VO Nr. 26, Rn. 51.

⁷⁸ Winkler in Immenga/Mestmäcker, EG-WbR, Bd. II, 1997, Abschnitt XIV Landwirtschaft, C Kommentierung VO Nr. 26, Tz. 85. Darüber hinaus kommt eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag in Betracht. Die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag und des Art. 2 Abs. 1 der VO 26/62 überschneiden sich inhaltlich weitgehend und auch die diesbezügliche Anwendungspraxis der EU-Kommission deutet auf einen weitgehenden Gleichklang hin: Die Nichtanwendung der Ausnahmebestände des Art. 2 Abs. 1 VO Nr. 26 ging bisher immer mit der Nichtanwendung des Art. 85 Abs. 3 EG-Vertrag einher. Vgl. de Bronett in Wiedemann, Hdb. KartR, 1999, § 32 Rn. 1, 36.

5.1.3 Verhältnis deutsches/europäisches Recht

Art. 2 der VO 26/62 und auch die weiteren Ausnahmen vom Kartellverbot, die sich aus den sonstigen Vorschriften des EG-Agrarmark Ordnungsrechts ergeben, gehen dem nationalen Kartellrecht vor.⁷⁹ Dieses kennt mit § 28 GWB eine der europäischen Bereichsausnahme in Art. 2 der VO 26/62 sehr ähnliche Regelung.⁸⁰ Zur Definition des Begriffs landwirtschaftlicher Erzeugnisse verweisen beide Vorschriften auf Anhang I des EG-Vertrages.⁸¹ Entsprechend ist die EuGH-Rechtsprechung zur Auslegung dieses Anhangs für die Bestimmung der Anwendungsbereiche beider Vorschriften bedeutsam.⁸² Des weiteren entsprechen auch die hinsichtlich landwirtschaftlicher Genossenschaften in Art. 2 Abs. 1 Satz 2 der VO 26/62 genannten Anwendungsvoraussetzungen⁸³ im Wesentlichen dem Tatbestand des § 28 GWB. Schließlich ändert auch die in Art. 2 Abs. 1 Satz 1 der VO 26/62 vorgenommene Bezugnahme auf die (Gesamtheit der) Ziele des Art. 33 EG-Vertrag nichts am Gleichlauf der Vorschriften, denn die Kommission hat diese Ausnahmenvoraussetzung in der Praxis sehr eng ausgelegt.⁸⁴

5.2 Perspektiven für die Behandlung des Bereichs in der Zukunft

Auf europäischer Ebene hat die Kommission in ihren Fällen die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme aus Art. 2 VO der 26/62 fast immer verneint.⁸⁵ Soweit aus der

⁷⁹ Winkler in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 28 Rn. 3, Winkler in Immenga/Mestmäcker, EG-WbR, Bd. II, 1997, Abschnitt XIV Landwirtschaft, C Kommentierung VO Nr. 26, Rn. 96 mit einem Verweis auf Urteile des BGH (Butaris, WuW/E BGH 1548, 1550) und des EuGH (Rs. C-143/92 Burkhard Mörlins/Zuckerfabrik Königslutter-Twulpstedt AG vom 17. November 1993).

⁸⁰ Winkler in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 28 Rn. 89; Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1997/1998, BT-Drucks. 14/1139, S. 42.

⁸¹ Ein geringfügiger Unterschied liegt darin, dass der Verweis aus der VO 26/62 abschließend ist, während § 28 Abs. 3 darüber hinaus geht, indem er auch neue, durch Be- oder Verarbeitung gewonnene Produkte erfasst.

⁸² So sind weiterverarbeitete Produkte, Hilfsstoffe und Nebenprodukte nicht als landwirtschaftliche Erzeugnisse zu qualifizieren, wenn sie nicht im Anhang aufgelistet sind, vgl. Winkler in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 28 Rn. 21 mit Fundstellen der Urteile. Zu den Adressaten der europäischen Bereichsausnahme vgl. auch Winkler in Immenga/Mestmäcker, EG-WbR, Bd. II, Abschnitt XIV Landwirtschaft, C Kommentierung zur VO 26 Rn. 38.

⁸³ Zum Verhältnis der Sätze 1 und 2 des Art. 2 Abs. 1 der VO 26/62 vgl. Urteil des EuGH vom 12. Dezember 1995, verb. Rs. G-319/93, G-40/94 und G-224/94, „Dijkstra“, Slg. 1995, I-4471; Schröter in Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar, 2003, Durchführungsvorschriften Landwirtschaft, Rn. 22, Winkler in Immenga/Mestmäcker, EG-WbR, Bd. II, 1997, Abschnitt XIV Landwirtschaft, C Kommentierung VO Nr. 26, Rn. 14, 15.

⁸⁴ Zur restriktiven Kommissionspraxis vgl. de Bronett in Wiedemann, Hdb. KartR, 1999, § 32 Rn. 14-16.

⁸⁵ Schröter in Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar, 2003, Durchführungsvorschriften Landwirtschaft, Rn. 7, 15. So hat die EU-Kommission z. B. die Notwendigkeit einer Vereinbarung zwischen Verkaufsorganisationen schottischer und norwegischer Lachszüchter über Mindestpreise für Zuchtlachs abgelehnt (Entscheidung vom 20. Juli 1992, COMP/33.494 „Scottish Salmon Board“, ABI. L 246 vom 27. August 1992, S. 37 ff.).

einschlägigen Kommentierung ersichtlich, hat sie nur in einem einzigen Fall, nämlich zugunsten der französischen Marktordnung für Frühkartoffeln⁸⁶, die positive Feststellung getroffen, dass eine Vereinbarung die Tatbestandsmerkmale von Art. 2 der VO 26/62 Abs. 1 erfüllt. Verfahrensrechtlich ist nach Art. 2 Abs. 2 der VO 26/62 allein die Kommission dazu befugt, eine solche positive Feststellung zu treffen. Sie kann eine negative Feststellung der Unanwendbarkeit der Bereichsausnahme auch inzidenter im Rahmen eines Verfahrens nach der VO 17/62 treffen.⁸⁷ Solange sie kein Verfahren eröffnet hat, sind auch nationale Behörden und Gerichte im Rahmen einer Prüfung nach Art. 81 EG-Vertrag dafür zuständig, eine solche negative Feststellung zu treffen.⁸⁸

Das Bundeskartellamt hat bislang nur eine geringe Zahl förmlicher Verfahren zur Prüfung eines Missbrauchs der Bereichsausnahme Landwirtschaft geführt. Allerdings kann vermutet werden, dass außer den nach § 28 Abs. 1 Satz 2 GWB beim Bundeskartellamt angemeldeten noch weitere, dem Bundeskartellamt nicht bekannte Vereinbarungen und Beschlüsse bestehen. Das Bundeskartellamt wird künftig in all jenen Fällen im Landwirtschaftsbereich, in denen gemäß der neuen VO 1/2003 auch eine Prüfung nach Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag erfolgen muss, auch die Voraussetzungen für die Legalausnahmen des Art. 2 Abs. 1 der VO 26/62 und des Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag in die Prüfung einbeziehen. Eine generelle Änderung der bisherigen Entscheidungspraxis ist dadurch jedoch nicht zu erwarten.

Der Gesetzgeber hat bislang Maßnahmen zur Marktstabilisierung für die Landwirtschaft wegen einer Reihe von besonderen ökonomischen Rigiditäten und Risiken auf Agrarmärkten für erforderlich gehalten.⁸⁹ Auch wegen der vorrangigen EG-rechtlichen Regelungen zur Landwirtschaft wurde eine Sonderregelung im GWB für

⁸⁶ Entscheidung der Kommission vom 18. Dezember 1987, ABl. L 59 vom 14. März 1988, S. 25; vgl. Schröter in Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar, 2003, Durchführungsvorschriften Landwirtschaft, Rn. 12-13; siehe auch Winkler in Immenga/Mestmäcker, EG-WbR, Bd. II, 1997, Abschnitt XIV Landwirtschaft, C Kommentierung VO Nr. 26, Rn. 18, 31.

⁸⁷ Schröter in Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar, 2003, Durchführungsvorschriften Landwirtschaft, Rn. 31.

⁸⁸ Differenzierend hierzu Winkler in Immenga/Mestmäcker, EG-WbR, Bd. II, 1997, Abschnitt XIV Landwirtschaft, C Kommentierung zur VO 26 Rn. 59, Schröter in Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar, 2003, Durchführungsvorschriften Landwirtschaft, Rn. 31. Das Bundeskartellamt hat im oben erwähnten Fall Rübenzucker die Anwendbarkeit von Art. 2 VO 26/62 verneint und die Untersagung auch auf Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag (ex Art. 85 Abs.3 EG-Vertrag) gestützt, ohne dass die EU-Kommission, der gem. § 50 Abs. 3 GWB Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden war, ein Verfahren eröffnet hat.

⁸⁹ Winkler in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 28 Rn. 4 ff. Dazu gehören insbesondere die Länge der Produktionsdauer, die Ungewissheit des Produktionserfolges, die zersplitterte Angebotsstruktur und die fehlende Flexibilität der Produktionsumstellung auf Preissignale.

notwendig erachtet.⁹⁰ Doch wird die praktische Bedeutung des §28 GWB ebenso wie die des Art. 2 Abs. 1 der VO 26/62 vermutlich auch weiterhin sehr gering bleiben. Damit steht insgesamt das Bedürfnis nach einem Ausnahmebereich – in Deutschland ebenso wie in Europa – in Frage.

6. Wasserwirtschaft

6.1 Kartellrechtliche Behandlung des Bereichs heute

6.1.1 Stand im deutschen Recht

Während mit der 6. GWB-Novelle die bestehenden kartellrechtlichen Ausnahmebereiche der leitungsgebundenen Energiewirtschaft aufgehoben worden sind, gilt für die öffentliche Wasserversorgung die durch § 103 GWB a.F. eingeräumte wettbewerbliche Sonderstellung weiter fort.⁹¹ Aufgrund dieser Sonderstellung und des weiterhin bestehenden kommunalrechtlichen Anschluss- und Benutzungszwanges besteht im Bereich der öffentlichen Versorgung mit Trinkwasser praktisch kein Wettbewerb um die direkte Versorgung der Endkunden.⁹²

§ 131 Abs. 8 GWB ordnet für den Bereich der öffentlichen Wasserversorgung die Weitergeltung der §§ 103, 103a und 105 GWB a.F. an. Die im Gesetz enthaltenen Sonderregeln erlauben es den Kommunen und Wasserversorgungsunternehmen (WVU) insbesondere, weiterhin Konzessions- und Demarkationsverträge abzuschließen.⁹³ Verstöße gegen das allgemeine Kartellverbot (§ 1 GWB a.F.), das Preisbin-

⁹⁰ Siehe Begründung zur 6. GWB-Novelle, BT-Drucks. 13/9720, S. 40.

⁹¹ Begründet wurde die wettbewerbsrechtliche Sonderstellung öffentlicher Versorgungsunternehmen (Strom, Gas und Wasser) ursprünglich mit den hohen Kosten des Leitungsbaus und der Instandhaltung sowie der begrenzten Speicherbarkeit der Leistungen, vgl. BMWi (Hrsg.), Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung, S. 15.

Die Beibehaltung dieser Sonderstellung soll nach der Gesetzesbegründung lediglich eine Übergangsregelung sein, um eine durch den Wegfall von Demarkations- und Konzessionsabsprachen evtl. erforderliche Änderung der Fachgesetze, in denen die staatliche Aufsicht über die Wasserversorgung geregelt ist – z.B. Wasserhaushaltsgesetz, Wassergesetze der Länder, Lebensmittel- und Seuchenrecht - und die von der rechtlichen Zulässigkeit geschlossener Versorgungsgebiete ausgingen, zu ermöglichen, vgl. BT-Drucks. 13/9720, S. 70.

⁹² Die deutsche Wasserversorgung ist durch die Existenz weniger großer und einer Vielzahl sehr kleiner Wasserversorgungsunternehmen (WVU) geprägt. Es existieren in Deutschland 6.655 WVU, die insgesamt rund 17.900 Wasserwerke betreiben. Die WVU stehen überwiegend im Eigentum der Kommunen. Eine Vielzahl von ihnen wird in öffentlich-rechtlicher Form geführt (Eigen-, Regiebetriebe, Zweckverbände), daneben existieren auch privatrechtliche Unternehmensformen (AG, GmbH). Nur 1,6 % der Unternehmen befinden sich vollständig in privatem Eigentum, vgl. BMWi (Hrsg.), Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung, S. 11 f.

⁹³ Bei Demarkationsverträgen handelt es sich um Verträge zwischen Gebietskörperschaften und WVU oder zwischen verschiedenen WVU, durch die diese den Markt räumlich unter sich aufteilen, indem

dungsverbot (§ 15 GWB a.F.) und das Verbot von Ausschließlichkeitsbindungen (§ 18 GWB a.F.), die sich aus den Konzessions- und Demarkationsverträgen ergeben, sind von den entsprechenden Bestimmungen des Wettbewerbsrechts freigestellt (§ 103 Abs. 1 GWB a.F.).

Zudem wird die Entstehung von Wettbewerb um die Versorgung der Endverbraucher durch die im Kommunalrecht begründeten und auf dem Selbstverwaltungsrecht der Kommunen (Art. 28 Abs. 2 GG) basierenden Anschluss- und Benutzungszwänge verhindert.⁹⁴ Durch die Anschlusszwänge wird der Endverbraucher verpflichtet, sein Grundstück technisch und baulich an die öffentliche Wasserversorgung anzuschließen. Der Benutzungszwang umfasst die Berechtigung und die Verpflichtung der Verbraucher, die Einrichtung tatsächlich in Anspruch zu nehmen und verbietet die Nutzung ähnlicher Einrichtungen. Die Kommunen können den Anschluss- und Benutzungszwang auch dann anordnen, wenn die Wasserversorgung nicht durch sie selbst, sondern durch einen Dritten erfolgt, solange sie einen entscheidenden Einfluss auf die Einrichtung behalten.⁹⁵

Durch die Verhängung von Anschluss- und Benutzungszwängen können die Kommunen den Endverbraucher – unabhängig von Konzessions- und Demarkationsverträgen – am Wechsel des WVU sowie an der Eigenversorgung hindern.⁹⁶ Der Zutritt

sich eine Vertragspartei verpflichtet, die öffentliche Versorgung über feste Leitungswege mit Wasser in bestimmten Gebieten zu unterlassen, § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB a.F. Durch Konzessionsverträge verpflichtet sich die Gemeinde gegenüber einem WVU, die Nutzung öffentlicher Wege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Endverbrauchern mit Wasser in ihrem Gebiet ausschließlich einem Unternehmen zu gestatten.

⁹⁴ Das Recht der Selbstverwaltung der Städte und Gemeinden nach Art. 28 Abs. 2 GG erstreckt sich auch auf die Versorgung der Bevölkerung mit Trinkwasser. Diese gehört seit jeher zu den „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“, die die Kommunen in eigener Verantwortung regeln. In einigen Bundesländern ist die Trinkwasserversorgung zudem nicht nur als eine freiwillige Aufgabe, auf deren Wahrnehmung die Kommunen zugunsten privater Dritter verzichten können, sondern als Pflichtaufgabe geregelt. Private Dritte dürfen in diesen Ländern zwar mit der Leistungserstellung beauftragt werden, die Kommune kann sich ihrer Versorgungspflicht jedoch nicht vollständig und dauerhaft entziehen, vgl. die Aufzählungen bei Stuchtey, Wettbewerb auf dem Markt für leitungsgebundene Trinkwasserversorgung, S. 133.

⁹⁵ Nur dann, wenn die Kommunen ihren entscheidenden Einfluss auf die Einrichtung aufgeben, fällt die öffentliche Wasserversorgung nicht mehr in den Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge, so dass die Verhängung eines Anschluss- und Benutzungszwangs ausscheidet. Das ist der Fall, wenn die Kommune ihre Eigentumsrechte vollständig und ohne Rückholvorbehalt an private Anleger veräußert, private Anleger mehr als 50% der Anteile an einem öffentlichen WVU halten oder private Anleger mehr als 25% der Anteile an einem öffentlichen WVU halten und bestimmenden Einfluss auf Investitionen und Wasserpreise nehmen, vgl. BMWi (Hrsg.), Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung, S. 17. Zur kommunalrechtlichen Zulässigkeit vgl. FN 94.

⁹⁶ Eine „Liberalisierungsklausel“ stellt insoweit lediglich § 3 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV) dar. Diese Vorschrift schreibt den WVU vor, dem Kunden im Rahmen des wirtschaftlich Zumutbaren die Möglichkeit einzuräumen, den Bezug auf den von ihm gewünschten Verbrauchszweck oder auf einen Teilbedarf zu begrenzen. Nach

neuer Anbieter neben dem am Markt bereits tätigen WVU wird dadurch letztlich weitgehend ausgeschlossen.

6.1.2 Stand im EU-Recht und Verhältnis deutsches/europäisches Recht

Das europäische Recht kennt keine spezifischen Ausnahmeregelungen für den Bereich der öffentlichen Versorgung mit Wasser. Die Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages, insbesondere Art. 81 EG-Vertrag, sind bei Berührung des zwischenstaatlichen Handels im Bereich der Wasserversorgung zukünftig grundsätzlich zwingend anwendbar. Ungeklärt ist allerdings die Frage, inwieweit Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag im Bereich der Wasserversorgung Anwendung finden kann.

Ein sektorspezifischer Regelungsrahmen für den Bereich der Wasserversorgung, der – zum Beispiel entsprechend den Richtlinien für die leitungsgebundene Energiewirtschaft - zu einer (schrittweisen) Marktöffnung führt, existiert im Gemeinschaftsrecht nicht.⁹⁷ In dem „Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ der EU-Kommission vom 21. Mai 2003⁹⁸, zu denen die EU-Kommission auch die Wasserversorgung zählt⁹⁹, werden verschiedene Fragen bezüglich der Schaffung eines EU-Regelungsrahmens – einschließlich einer eventuellen Regulierung - für diese Dienstleistungen aufgeworfen. Insoweit ist die weitere Entwicklung abzuwarten.

6.2 Perspektiven für die Behandlung des Bereichs in der Zukunft

Im Bereich der Wasserversorgung ist eine stärkere Marktöffnung grundsätzlich zu befürworten. Durch verstärkten Wettbewerb werden für die Anbieter u.a. Anreize geschaffen, Rationalisierungspotentiale zu nutzen und die Kostenvorteile an die Verbraucher weiterzugeben. Zudem werden bei verstärktem Wettbewerb Entscheidungen über den Zuschnitt von Versorgungsgebieten vermehrt unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten getroffen werden.

geltender Rechtsprechung ist der Anwendungsbereich des § 3 Abs. 1 Satz 1 AVBWasserV jedoch begrenzt. Die Verbraucher unterliegen regelmäßig der Solidarpflicht. Dabei wird davon ausgegangen, dass es Sache aller Einwohner ist, denen die gesundheitspolitische Wohlfahrtswirkung zugute kommt, für die Kosten der damit notwendig verbundenen Einrichtung einzustehen, vgl. BayVGH, Urteil vom 18. Januar 1999, BayVBI 1999, 596.

⁹⁷ Im Bereich „Wasser“ hat die EU die Richtlinie 98/83/EG des Rates vom 3. November 1998 über die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch (Abl. L 330 vom 5. Dezember 1998, S. 32) und die Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik (Abl. L 327 vom 22. Dezember 2000, S. 1) erlassen. Die Richtlinien befassen sich mit der Trinkwasserqualität und dem Gewässerschutz.

⁹⁸ KOM (2003) 270 endg.

⁹⁹ Grünbuch, a.a.O., Rz. 32.

Eine Stärkung des Wettbewerbs im Bereich der Wasserversorgung kann auf zwei Wegen erzielt werden: durch eine Intensivierung des *Wettbewerbs im Markt*, d.h. des Wettbewerbs um die Endverbraucher, und durch eine Verstärkung des *Wettbewerbs um den Markt*, d.h. des Wettbewerbs um das befristete Recht zur Wasserversorgung in einem Versorgungsgebiet.¹⁰⁰

Eine Verstärkung des *Wettbewerbs um den Markt* kann zum Beispiel durch eine befristete Übertragung der Wasserversorgung auf einen Dritten oder eine zeitliche Beauftragung eines Dritten mit der Leistungserstellung im Bereich der Wasserversorgung erreicht werden, wobei der Dritte jeweils durch einen Ausschreibungswettbewerb zu ermitteln wäre. Der kommunalrechtliche Anschluss- und Benutzungszwang bliebe bestehen.

Eine Verstärkung des *Wettbewerbs im Markt* kann durch Wegfall ausschließlicher Konzessionsverträge und Demarkationsabsprachen und durch Wegfall kommunalrechtlicher Anschluss- und Benutzungszwänge erzielt werden.¹⁰¹ Ermöglicht würde dadurch grundsätzlich Wettbewerb durch Eigenversorgung (insbesondere von Großverbrauchern), durch freien Leitungsbau, durch gemeinsame Netznutzung und durch Einschaltung von Zwischenhändlern.

Gegen eine stärkere Marktöffnung – auch durch *Wettbewerb im Markt* – sprechen nicht von vornherein umwelt-, gesundheits- oder verteilungspolitische Ziele. Eine stärkere Marktöffnung muss nicht dazu führen, dass diese Ziele schlechter erfüllt werden als dies bislang der Fall ist. Insbesondere die Trinkwassergüte unterliegt einem umfassenden Regelungsrahmen durch die EU-Richtlinie über die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch¹⁰², die Trinkwasserverordnung, technische

¹⁰⁰ Vgl. zum Folgenden BMWi (Hrsg.), Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung, S. 37 ff., insbesondere auch zu Fragen der gesetzgeberischen Zuständigkeit und zu der Problematik von Eingriffen in das Selbstverwaltungsrecht der Kommunen.

Dauerhafter Wettbewerb wird allerdings nicht durch den Erwerb von Unternehmensbeteiligungen an WVU geschaffen. Durch einen solchen Erwerb wachsen die privaten Unternehmen – zeitlich unbegrenzt – lediglich in die monopolartige Stellung der kommunalen Unternehmen hinein. In letzter Zeit ist das verstärkte Bemühen von Versorgungsunternehmen zu beobachten, im Rahmen einer Multi-Utility-Strategie Beteiligungen an kommunalen WVU zu erwerben, vgl. dazu Handelsblatt vom 2. Juli 2003, S. 5

¹⁰¹ Letzteres kann durch eine Vollprivatisierung des WVU (vgl. dazu oben und FN 95) oder einen freiwilligen Verzicht der Kommunen auf Anschluss- und Benutzungszwänge erreicht werden, vgl. BMWi (Hrsg.), Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung, S. 37 f.

¹⁰² Vgl. FN 97.

Regelwerke und die Landeswassergesetze. Diese Vorschriften gewährleisten unabhängig von der Organisation der Versorgung eine hohe Trinkwasserqualität.

Aufgrund von bestehenden Besonderheiten der Trinkwasserversorgung – insbesondere aufgrund der Schwierigkeiten einer gemeinsamen Netznutzung – sowie der daraus resultierenden Kostenstrukturen ist jedoch auch bei Aufhebung von § 131 Abs. 8 GWB (und dem Wegfall von kommunalen Anschluss- und Benutzungszwängen) kurzfristig nicht mit der Entstehung wesentlichen *Wettbewerbs im Markt* zu rechnen. Freier Leitungsbau könnte wohl nur eine begrenzte Rolle spielen, etwa bei dem Neuanschluss von Neubaugebieten und im Bereich des Stickleitungsbaus zu Grundstücken, die an Versorgungsgrenzen liegen. Eine gemeinsame Netznutzung wird dadurch erschwert, dass kein überregionales Verbundnetz existiert. Zudem findet bei der Lagerung und beim Transport von Wasser regelmäßig eine Änderung der Wasserqualität statt. Daneben spielen die Kosten des physischen Transports bei Wasser eine erhebliche Rolle. Bei der gemeinsamen Netznutzung kommt es zu einer Mischung von Wasser unterschiedlicher Herkunft. Soweit eine solche Mischung aus hygienischen Gründen überhaupt in Betracht kommt, können die hier erforderlichen wasserchemischen und hygienischen Maßnahmen (zum Beispiel technische Vorkehrungen, Aufbereitung, Beobachtung des Verhaltens im Netz) dazu führen, dass die Durchleitung in vielen Fällen unökonomisch ist.

Trotz dieser Problematik sollte an § 131 Abs. 8 GWB nicht festgehalten werden. Denn auch wenn die Entstehung von wirksamem *Wettbewerb im Markt* durch produkt- und marktspezifische Faktoren ganz erheblich erschwert und behindert wird, rechtfertigt dies nicht die Beibehaltung eines wettbewerblichen Ausnahmereichs. Durch diesen wird jeder tatsächliche und potentielle Wettbewerb kategorisch bereits im Ansatz ausgeschlossen. Dazu besteht – auch im Hinblick auf die umfassenden fachgesetzlichen Schutz- und Hygienevorschriften – keine Notwendigkeit.

7. Gesundheitswesen

7.1 Kartellrechtliche Behandlung des Bereichs heute

7.1.1 Stand im deutschen Recht

§ 130 Abs. 1 Satz 1 GWB normiert grundsätzlich, dass das GWB auch Anwendung auf Unternehmen findet, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden. Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts können dem gemäß ungeachtet ihrer hoheitlichen Aufgabe insoweit als Unternehmen behandelt werden und unterliegen dem Kartellrecht, als sie sich unternehmerisch am wirtschaftlichen Verkehr beteiligen. Nur da, wo diese Unternehmen hoheitlich handeln und damit rein öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen zwischen den Unternehmen und den von diesem Handeln Betroffenen bestehen, findet das GWB keine Anwendung.¹⁰³

Seit dem 1. Januar 2000 werden die Rechtsverhältnisse der gesetzlichen Krankenkassen und ihrer Verbände zu ihren Leistungserbringern – den Ärzten, Krankenhäusern, Apotheken sowie den Leistungserbringern von Heil- und Hilfsmitteln und ihren jeweiligen Verbänden - durch § 69 SGB V explizit geregelt.¹⁰⁴ § 69 SGB V ordnet die von ihm erfassten Rechtsbeziehungen – d.h. vor allem die im 4. Kapitel des SGB V geregelten Rechtsbeziehungen -, auch im Verhältnis zu Dritten, dem Bereich des Sozialrechts und damit dem öffentlichen Recht zu. Die Vorschrift normiert damit einen materiell-rechtlichen Ausnahmebereich von der Anwendung des deutschen Kartellrechts.¹⁰⁵

¹⁰³ Vgl. Jungbluth in Langen/Bunte, Kommentar, Bd. 1, 9. Aufl. 2001, § 130 Rn. 9 ff.; Bunte in Langen/Bunte, Kommentar, Bd. 1, 9. Aufl. 2001, § 1 Rn. 22.

¹⁰⁴ Eingeführt durch das Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung vom 22. Dezember 1999 (BGBl I, S. 2626); in Kraft seit dem 1. Januar 2000. § 69 SGB V lautet wie folgt:

„Dieses Kapitel sowie die §§ 63 und 64 regeln abschließend die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten Psychotherapeuten, Apotheken sowie sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden, einschließlich der Beschlüsse der Bundes- und Landesausschüsse nach den §§ 90 bis 94. Die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Krankenhäusern und ihren Verbänden werden abschließend in diesem Kapitel, in den §§ 63, 64 und in dem Krankenhausfinanzierungsgesetz, dem Krankenhausentgeltgesetz sowie den hiernach erlassenen Rechtsverordnungen geregelt. Für die Rechtsbeziehungen nach den Sätzen 1 und 2 gelten im Übrigen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechend, soweit sie mit den Vorgaben des § 70 und den übrigen Aufgaben und Pflichten der Beteiligten nach diesem Kapitel vereinbar sind. Die Sätze 1 bis 3 gelten auch, soweit durch diese Rechtsbeziehungen Rechte Dritter betroffen sind.“

¹⁰⁵ Vgl. BSG, Urteil vom 31. August 2000, BSGE 87, 95; BSG, Urteil vom 25. September 2001, BSGE 89, 24 (zum Verhältnis von § 69 SGB V zum UWG); Bornkamm in Langen/Bunte, Kommentar, Bd. 1, 9. Aufl. 2001, § 87 Rn. 6b.

Die materiell-rechtliche Wirkung der Vorschrift des § 69 SGB V ergibt sich insbesondere aus der Gesetzesbegründung. Dort heißt es u.a.: „... regelt § 69 S. 1 als Grundsatznorm des Leistungserbrin-

Im Zuge dieser Reform wurde ebenfalls die Zuständigkeit für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten geändert, die sich aus den in § 69 SGB V genannten Rechtsbeziehungen ergeben. Für diese sind gemäß § 51 Abs. 2 Satz 2 SGG, § 87 Abs. 1 Satz 3 GWB nunmehr ausschließlich die Sozialgerichte zuständig, der Zivilrechtsweg zu den Landgerichten ist nicht mehr eröffnet. Dies gilt gemäß § 96 Satz 2 GWB auch für die genannten bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, soweit auf diese Art. 81 und Art. 82 EGV anwendbar sind.

Einschneidende Bedeutung besitzt die Vorschrift des § 69 SGB V für solche Rechtsbeziehungen der gesetzlichen Krankenkassen und ihrer Verbände zu ihren Leistungserbringern, die vor Einführung von § 69 SGB V von der Zivilrechtsprechung als privatrechtlich qualifiziert wurden und damit dem deutschen Kartellrecht unterlagen.¹⁰⁶ Dies betrifft insbesondere die rechtliche Einordnung des Verhältnisses der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den nichtärztlichen Leistungserbringern von Heil- und Hilfsmitteln. Die zivilrechtliche Rechtsprechung sah die Krankenkassen bei der Beschaffung von Heil- und Hilfsmitteln als Nachfrager auf dem Markt für Heil- und Hilfsmittel an. Diese Rechtsverhältnisse wurden daher vor der Einführung des § 69 SGB V als privatrechtlich eingestuft, die Zuständigkeit der Zivilgerichte wurde bejaht. Für diese Beurteilung spielte es keine Rolle, dass das Rechtsverhältnis der Krankenkassen zu ihren Versicherten öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist. Die Zivilrechtsprechung trennte die öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung der Krankenkassen zu den Versicherungsnehmern von den Wettbewerbsbeziehungen zu den mittelbar betroffe-

gungsrechts, dass die dort genannten Rechtsbeziehungen allein sozialversicherungsrechtlicher und nicht privatrechtlicher Natur sind. Dies folgt aus der Vorgabe der abschließenden Regelung dieser Beziehungen in dem 4. Kapitel des SGB V. Die Krankenkassen und ihre Verbände erfüllen in diesen Rechtsbeziehungen ihren öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag und **handeln deshalb nicht als Unternehmen im Sinne des Privatrechts, einschließlich des Wettbewerbs- und Kartellrechts**. Dies gilt auch für die Beschlüsse der Bundes- und Landesauschüsse der Ärzte und Krankenkassen, insbesondere die Richtlinien nach § 92.“ (BT-Drucks. 14/1245, S. 67 f.; Hervorhebungen nicht im Original).

Nicht gefolgt werden kann der Meinung, die in der Regelung des § 69 SGB V lediglich eine Rechtswegzuweisung zu den Sozialgerichten sieht, so z.B. BSG, Urteil vom 28. Juni 2000, BSGE 86, 223.

¹⁰⁶ Lediglich klarstellende Wirkung besitzt § 69 SGB V dagegen für solche Rechtsbeziehungen, denen auch schon vor der Einführung von § 69 SGB V ein rein öffentlich-rechtlicher Charakter zugesprochen und auf die das GWB deshalb nicht angewendet wurde. Dies sind insbesondere Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu ihren Mitgliedern, zu den Kassenärztlichen Vereinigungen, zu den Ärzten und zu den Krankenhäusern sowie ihren jeweiligen Verbänden. Auch das Verhältnis der Kassenärztlichen Vereinigungen zu ihren Mitgliedern wurde seit jeher als öffentlich-rechtlich eingestuft. Vgl. Jungbluth in Langen/Bunte, Kommentar, Bd. 1, 9. Aufl. 2001, § 130 Rn. 24 ff.; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 130 Rn. 22 ff., jeweils m.w.N. aus der Rspr.

nen Dritten und sprach den gesetzlichen Krankenkassen insoweit die Eigenschaft als Unternehmen im Sinne des GWB zu (Doppelqualifizierung von Verhaltensweisen).¹⁰⁷

Zwischenzeitlich sind mehrere gerichtliche Entscheidungen ergangen, die in von § 69 SGB V erfassten Fallkonstellationen die Zuständigkeit der Zivilgerichte bzw. eine Anwendung des deutschen Kartellrechts verneint haben.¹⁰⁸

Möglich erscheint die Anwendung des deutschen Kartellrechts dagegen weiterhin in Fällen, in denen die gesetzlichen Krankenkassen gegenüber ihren Leistungserbringern Vorgehensweisen wählen, die im von § 69 SGB V geregelten 4. Kapitel des SGB V nicht vorgesehen sind. So hatte in einem vom BGH am 24. Juni 2003 entschiedenen Fall¹⁰⁹ die beklagte gesetzliche Krankenkasse öffentliche Ausschreibungen zur Versorgung ihrer Versicherten mit Krankenfahrzeugen sowie sonstigen, nicht preisvereinbarten wiederverwendbaren Hilfsmitteln durchgeführt. In der Folgezeit beauftragte die Beklagte nur Ausschreibungsgewinner mit der Versorgung der Versicherten mit wiederverwendbaren Hilfsmitteln. In seiner Stellungnahme vertrat das Bundeskartellamt die Auffassung, dass § 69 SGB V auf diese Fallkonstellation nicht anwendbar und eine Überprüfung der Nachfragepraxis der Beklagten anhand des GWB möglich sei. Der Ausschluss des Kartellrechts gelte nur für solche Handlungsformen, die in den von § 69 SGB V in Bezug genommenen Bestimmungen des SGB V ausdrücklich vorgesehen seien. Der Vorschrift könne nicht entnommen werden, dass diskriminierende und behindernde Verhaltensweisen, die vollständig außerhalb der in den einschlägigen Bestimmungen des SGB V vorgesehenen Handlungen lägen, der Anwendung des GWB entzogen werden sollten. Da die Nachfragepraxis der Beklagten im 4. Kapitel des SGB V, insbesondere in § 127 SGB V, nicht vorgesehen sei, werde sie folglich – unabhängig von der Frage ihrer sozialrechtlichen Rechtmäßigkeit – nicht von § 69 SGB V erfasst. Der BGH ließ die Frage, ob die Anwendung

¹⁰⁷ Vgl. etwa zur Frage der Zulassung zur Belieferung von Versicherten mit Heil- und Hilfsmitteln aufgrund von Verträgen zwischen Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung und ihren Verbänden mit Leistungserbringern: BGH, Urteil vom 26. Oktober 1962, BGHZ 36, 91 „Gummistrümpfe“; GemS-OGB, Beschluss vom 10. April 1986, BGHZ 97, 312 „Orthopädische Hilfsmittel“. Für Rechtsstreitigkeiten zwischen Anbietern des Fachhandels und Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung über die Zulässigkeit der Wiederverwertung der den Krankenkassen gehörenden Hilfsmittel und deren erneute Gebrauchsüberlassung an Leistungsberechtigte: GemS-OGB, Beschluss vom 29. Oktober 1987, BGHZ 102, 280 „Rollstühle“ (§ 1 UWG). Zur Doppelqualifizierung von Verhaltensweisen siehe auch BGH, Urteil vom 18. Dezember 1981, BGHZ 82, 375 „AOK-Brillen-Selbstabgabestellen“ (§ 1 UWG). Siehe auch Jungbluth in Langen/Bunte, Kommentar, Bd. 1, 9. Aufl. 2001, § 130 Rn. 19 f., 52 f. m.w.N. aus der Rspr.

¹⁰⁸ BGH, Beschluss vom 14. März 2000, NJW 2000, 2749; LG Dortmund, Urteil vom 11. Mai 2000, 13 O 58/00 (Kart.); s. auch die in FN 105 genannte Rechtsprechung.

¹⁰⁹ BGH, Urteil vom 24. Juni 2003, KZR 18/01.

kartellrechtlicher Vorschriften auf die Rechtsbeziehung zwischen der Klägerin und der Beklagten durch § 69 SGB V ausgeschlossen ist, offen und verneinte im Folgenden das Vorliegen der marktstellungsbezogenen Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 19, 20 GWB.

7.1.2 Stand im EU-Recht

Das europäische Recht kennt keine spezifischen Ausnahmeregeln für den Gesundheitssektor.

Der EuGH hat sich in mehreren Fällen mit der Frage auseinandergesetzt, unter welchen Voraussetzungen Sozialversicherungsträgern eine Unternehmenseigenschaft zuzusprechen ist.¹¹⁰ Grundsätzlicher Maßstab für die Beurteilung, ob der Sozialversicherungsträger eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt oder nicht, ist nach der Rechtsprechung des EuGH die Frage, inwieweit der Sozialversicherungsträger eine Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter erfüllt und das System auf dem Grundsatz der nationalen Solidarität basiert.¹¹¹

In letzter Zeit hatte sich auch das Gericht Erster Instanz mit der Frage der Unternehmenseigenschaft im Sinne von Art. 82 EG-Vertrag von Einrichtungen zu beschäftigen, die ein nationales Gesundheitssystem verwalten und in dieser Eigenschaft Leistungen von Lieferanten medizinischer Erzeugnisse nachfragen.¹¹² Das Gericht Erster Instanz verneinte die Unternehmenseigenschaft der Einrichtungen. Zwar erkannte das Gericht an, dass die Einrichtungen grundsätzlich auf dem betroffenen

¹¹⁰ EuGH, Urteil vom 17. Februar 1993, verb. Rs. G159/91 u. G160/91 „Poucet und Pistre“, Slg. 1993, I-637; Urteil vom 16. November 1995, Rs. C-244/94 „Fédération Française des Sociétés d'Assurance“, Slg. 1995, I-4013; Urteil vom 21. September 1999, Rs. C-67/96 „Albany“, Slg. 1999, I-5751; Urteil vom 21. September 1999, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 „Brentjens“, Slg. 1999, I-6029; Urteil vom 21. September 1999, Rs. G219/97, „Drijvende Bokken“, Slg. 1999, I-6125; Urteil vom 2. Januar 2002, Rs. C-218/00 „Cisal“, Slg. 2002, I-691.

¹¹¹ Im Urteil „Poucet und Pistre“ hatte der EuGH den Status eines Altersrentensystems sowie eines Kranken- und Mutterschaftsversicherungssystems zu beurteilen. Er hat die Ansicht vertreten, dass keines der Systeme eine wirtschaftliche Tätigkeit umfasst, da eine Versicherungspflicht bestand, kein Zusammenhang zwischen der Höhe der gezahlten Beiträge und der erhaltenen Leistungen bestand, die Höhe der Beiträge und Leistungen gesetzlich festgelegt war und (im Fall des Rentensystems) laufende Leistungen unmittelbar aus den laufenden Beiträgen heraus gezahlt wurden statt auf der Grundlage von Einnahmen aus Kapitalfonds (EuGH, a.a.O., Rn. 10 ff.). Entsprechend hat der EuGH im Fall „Cisal“ die Ansicht vertreten, dass ein System der beruflichen Unfallversicherung keine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, da eine Versicherungspflicht bestand, nur ein beschränkter Zusammenhang zwischen der Höhe der gezahlten Beiträge und der erhaltenen Leistung bestand und sowohl die Beiträge als auch die Leistungen der ministeriellen Aufsicht unterlagen (EuGH, a.a.O., Rn. 38 ff.). Dagegen hat der EuGH in den Fällen „Fédération Française des Sociétés d'Assurance“ (freiwillige Zusatzrentenversicherung), sowie „Albany“, „Brentjens“ und „Drijvende Bokken“ (jew. Pflichtmitgliedschaft in einem Betriebsrentenfonds) die Unternehmenseigenschaft der entsprechenden Einrichtungen – u.a. unter Berufung auf den schwächer ausgeprägten Grundsatz der nationalen Solidarität (die Systeme arbeiteten nach dem Kapitalisierungsprinzip) – bejaht (alle zitiert in FN 110).

¹¹² Gericht Erster Instanz, Urteil vom 4. März 2003, Rs. T-319/99 „FENIN“, EuZW 2003, 283.

Markt als Käufer und damit als Nachfrager agieren. Nach der Auffassung des Gerichts wird der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit jedoch nicht durch die Einkaufstätigkeit als solche, sondern durch das Anbieten von Gütern auf einem bestimmten Markt gekennzeichnet. Der Charakter der Einkaufstätigkeit wird demnach durch den wirtschaftlichen oder nichtwirtschaftlichen Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses bestimmt. Im vorliegenden Fall kam das Gericht zu der Einschätzung, dass die Einrichtungen ihren Einkauf der Erzeugnisse nicht tätigen, um Güter oder Dienstleistungen im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit anzubieten, sondern um die Erzeugnisse im Rahmen einer nichtwirtschaftlichen, rein sozialen Tätigkeit zu verwenden. Bei der Beurteilung der Verwendung der Erzeugnisse im Rahmen einer rein sozialen Tätigkeit griff das Gericht auf die im Fall „Poucet und Pistre“¹¹³ entwickelten Voraussetzungen zurück und bejahte ihr Vorliegen.¹¹⁴

Das Bundeskartellamt steht dieser Entscheidung sehr kritisch gegenüber. Die generelle Verknüpfung der Frage der wirtschaftlichen Tätigkeit der Nachfrager mit der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses wird der wettbewerblichen Relevanz des Verhaltens nachfragemächtiger Unternehmen nicht gerecht. Gerade öffentliche Unternehmen, die einen großen Teil ihrer Nachfragetätigkeit zur Deckung ihres Eigenverbrauchs ausüben, verfügen oftmals über eine wettbewerbsrelevante starke Nachfragestellung. Eine kartellrechtliche Kontrolle dieser Nachfragetätigkeit muss nach Auffassung des Bundeskartellamtes möglich sein. Ob die (Einzelfall-) Entscheidung des Gerichts Erster Instanz zur ständigen Entscheidungspraxis der europäischen Gerichte werden wird, bleibt abzuwarten.

Eine Entscheidung des EuGH zu der Frage, ob es sich bei den deutschen gesetzlichen Krankenkassen um Unternehmen im Sinne von Art. 81 EG-Vertrag handelt, steht aus.¹¹⁵ Dem EuGH liegen mehrere Vorlagebeschlüsse des BGH und des OLG Düsseldorf vor, die (auch) diese Frage betreffen.¹¹⁶ Die dem EuGH vorgelegten Fälle beschäftigen sich sämtlich mit der Frage der Vereinbarkeit des Verfahrens der Fest-

¹¹³ Zitiert in FN 110.

¹¹⁴ Gericht Erster Instanz, Urteil vom 4. März 2003, Rs. T-319/99 „FENIN“, EuZW 2003, 283, Rn. 38 ff.

¹¹⁵ Der EuGH und das Gericht Erster Instanz haben in den oben genannten Fällen bei der Beurteilung der verschiedenen Sozialversicherungssysteme immer auf die spezielle Ausgestaltung des in Frage stehenden Systems abgestellt. Von daher scheint es fraglich, ob die in den Fällen „Poucet und Pistre“, „Cisal“ und „FENIN“ gefundenen Ergebnisse auf die deutschen gesetzlichen Krankenkassen und ihre Verbände übertragen werden können.

¹¹⁶ Siehe z.B. BGH, Beschluss vom 3. Juli 2001, KZR 31/99, VersR 2001, 1361; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. März 2001, U (Kart) 28/00; Verb. Rs C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01.

betragsfestsetzung gemäß § 35 SGB V mit Art. 81 EG-Vertrag.¹¹⁷ In seinen Schlussanträgen vom 22. Mai 2003 hat der Generalanwalt u.a. die Auffassung vertreten, dass die gesetzlichen Krankenkassen bei der Erbringung von Krankenversicherungsleistungen als Unternehmen im Sinne von Art. 81 EG-Vertrag handeln. Das deutsche System der gesetzlichen Krankenversicherung weise bei der Erbringung von Krankenversicherungsleistungen ein solches Maß an Wettbewerb zwischen den Krankenkassen untereinander (Wahlrecht der Arbeitnehmer hinsichtlich der gesetzlichen Krankenkasse, Festlegung der Beitragshöhe durch die Krankenkassen, gewisser Entscheidungsspielraum hinsichtlich der angebotenen Leitungen) und zwischen den Krankenkassen und den privaten Versicherern (hinsichtlich der Arbeitnehmer, die nicht verpflichtet sind, sich in der gesetzlichen Krankenkasse zu versichern) auf, dass es gerechtfertigt erscheine, die europäischen Wettbewerbsvorschriften anzuwenden.¹¹⁸

7.1.3 Verhältnis deutsches/europäisches Recht

Durch die Einführung von § 69 SGB V und die pauschale Zuordnung von Rechtsverhältnissen zum (nationalen) öffentlichen Recht kann die Anwendung des europäischen Kartellrechts nicht ausgeschlossen werden.¹¹⁹ Art. 81, 82 EG-Vertrag sind bei Berührung des zwischenstaatlichen Handels künftig im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung zwingend anzuwenden. Der EuGH legt die Zwischenstaatlichkeitsklausel auch im Gesundheitsbereich weit aus.¹²⁰

¹¹⁷ Nach der in diesen Fällen maßgeblichen Rechtslage wurden die Festbeträge noch in einem zweistufigen Verfahren von dem Bundesausschluss der Ärzte und Krankenkassen (Festlegung der Medikamente/Wirkstoffe) und den Spitzenverbänden der Krankenkassen (Festsetzung der Festbeträge für Arzneimittelgruppen) festgesetzt. Nach der heutigen Rechtslage werden die Festbeträge durch den Gesetzgeber selbst angepasst bzw. festgelegt, § 35a SGB V, so dass ein unternehmerisches Handeln ausgeschlossen ist.

¹¹⁸ Verb. Rs G264/01, G306/01, G354/01 und G355/01; Schlussanträge des Generalanwalts vom 22. Mai 2003, Rn. 38 ff. Allerdings schließt der Generalanwalt im Folgenden die Anwendung des Einwandes des staatlichen Handelns oder die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag auf die Festsetzung von Festbeträgen nicht aus, vgl. Rn. 73 ff. und Rn. 86 ff.

¹¹⁹ Dem Bundeskartellamt, an dessen Zuständigkeit gemäß § 50 GWB für die Anwendung von Art. 81, 82 GWB sich auch durch die Regelung des § 69 SGB V nichts geändert hat, lagen bisher keine Sachverhalte im Anwendungsbereich des § 69 SGB V vor, die nach Art. 81, 82 EG-Vertrag zu beurteilen waren.

¹²⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2001, Rs. C-475/99, „Ambulanz Glöckner“, Slg. 2001, I-8089; s. dazu auch FN 3.

7.2 Perspektiven für die Behandlung des Bereichs in der Zukunft

Die Schaffung eines Ausnahmereichs durch § 69 SGB V wird in der Literatur teilweise sehr kritisch beurteilt.¹²¹ Neumann spricht in ihrem Beitrag von einer „Instrumentalisierung des Rechts für politische Ziele“¹²², nicht weniger deutlich ist die Stellungnahme der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, die die – damals noch geplante – Einführung von § 69 SGB V als einen „einmaligen Fall einer Zwangskartellierung und Zwangskonzernierung eines gesamten Wirtschaftszweiges“¹²³ bezeichnet.

Sollte der EuGH in seiner Entscheidung über die ihm vorliegenden Vorlagebeschlüsse die Auffassung vertreten, dass die gesetzlichen Krankenkassen als Unternehmen im Sinne von Art. 81 EG-Vertrag zu qualifizieren sind, erscheint eine Beibehaltung von § 69 SGB V auch deshalb nicht sachgemäß, da die rechtliche Behandlung sachlich gleichgelagerter Fallkonstellationen dann letztlich davon abhinge, ob durch ein Verhalten einer gesetzlichen Krankenkasse der zwischenstaatliche Handel berührt ist.

Zur Zeit wird in Deutschland über zahlreiche grundsätzliche Reformen im Gesundheitssektor diskutiert. Der von den Fraktionen der SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vorgelegte Gesetzesentwurf vom 16. Juni 2003¹²⁴ sieht unter anderem – in Abkehr von dem bestehenden „Kollektivvertragsmodell“, bei dem die gesetzlichen Krankenkassen mit den Kassenärztlichen Vereinigungen die Verträge über die ambulante Versorgung durch die Ärzte und deren Honorierung abschließen – vor, dass die Krankenkassen und ihre Verbände mit den Ärzten Einzelverträge abschließen (§ 106b Abs. 1 Satz 1, 2 Nr. 1 SGB V-E), die insbesondere den Leistungsumfang und die Honorierung regeln.¹²⁵ Die Regelung des § 106b SGB V soll in das 4. Kapitel des SGB V aufgenommen werden, so dass § 69 SGB V anwendbar wäre.

¹²¹ Vgl. Stellungnahme der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 1999, 968; Neumann, WuW 1999, 961; Bornkamm in Langen/Bunte, Kommentar, Bd. 1, 9. Aufl. 2001, § 87 Rn. 6b.

¹²² Neumann, WuW 1999, 961 (962).

¹²³ Stellungnahme der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 1999, 968 (969).

¹²⁴ Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Gesundheitssystems (Gesundheitssystemmodernisierungsgesetz – GMG), BT-Drucks. 15/1170.

¹²⁵ Von der beabsichtigten Einführung des „Einzelvertragsmodells“ sind vor allem Ärzte betroffen, die noch nicht zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen sind. Ärzte, die bereits zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen sind, haben ein Wahlrecht, ob sie Einzelverträge abschließen wollen oder nicht. Tun sie dies, endet ihre Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung der Versicherten der am Vertragsschluss beteiligten Krankenkassen, § 106b Abs. 7 SGB V-E.

Grundsätzlich ist die Einführung von mehr Wettbewerb mit dem Ziel einer stärker marktorientierten Steuerung des Gesundheitswesens zu begrüßen. Eine marktwirtschaftliche Steuerung bedarf jedoch eines wettbewerbsrechtlichen Rahmens, der den Schutz des Wettbewerbs umfassend und für alle Beteiligten gleichermaßen gewährleistet. Das System des „Einzelvertragsmodells“ führt zu einer erheblichen Stärkung der Stellung der Krankenkassen gegenüber den Ärzten, ohne dass dieser adäquate Kontrollmechanismen gegenüberstehen. Sollte es zu einer Einführung des „Einzelvertragsmodells“ kommen, erscheint eine Streichung des § 69 SGB V – und eine Änderung der den Rechtsweg regelnden Vorschriften – auch unter diesem Gesichtspunkt sachgemäß.

III. Fazit

Jede Einschränkung des Wettbewerbsprinzips in einzelnen Wirtschaftsbereichen bedarf der schlüssigen Begründung. Dabei ist insbesondere darzulegen, warum die Marktergebnisse in der betreffenden Branche im Wettbewerb, der den allgemeinen kartellrechtlichen Regeln unterliegt, schlechter sein sollten als in einem Regime kartellrechtlicher Sonderregelungen und Privilegien.

Die in Abschnitt II. dieses Papiers vorgenommene Analyse von sieben Wirtschaftsbereichen, die – in unterschiedlicher Weise und variierendem Ausmaß – von den allgemeinen Wettbewerbsregeln ausgenommen sind oder für die entsprechende Privilegien gefordert werden, hat gezeigt, dass die Argumente für eine Sonderstellung im nationalen Recht der Prüfung, insbesondere mit Blick auf das durch die VO 1/2003 bestimmte EU-Rechtsregime, nicht standhalten. Die bestehenden oder geforderten nationalen Bereichsausnahmen sind für eine effiziente Erbringung der entsprechenden Dienstleistungen oder die Erreichung anderer ins Feld geführter Politikziele nicht erforderlich. Den Interessen aller untersuchten Branchen kann – soweit sie sachlich gerechtfertigt sind – im zukünftigen, durch die EU-Wettbewerbsregeln geprägten Rechtsrahmen Rechnung getragen werden.

Den grundlegenden Konflikt zwischen dem Wettbewerbsprinzip und nicht-wettbewerblichen Politikzielen, der in einigen Bereichen immer wieder beschworen und als Grund für einen Ausschluss des Wettbewerbs vorgebracht wird, gibt es nicht. Vom Gesetzgeber formulierte politische Ziele, etwa im Umweltschutz oder im Ge-

sundheitswesen, lassen sich in aller Regel im Wettbewerb am effizientesten erreichen.

Für die Aufrechterhaltung branchenspezifischer Privilegien auf nationaler Ebene bestehen entweder keine sachlichen Gründe oder es bleibt – angesichts der weiten Auslegung des Zwischenstaatlichkeitskriteriums im europäischen Wettbewerbsrecht – hierfür praktisch kein Raum.

Mit dem neuen europarechtlichen Regime der VO 1/2003 bestehen vielmehr sehr gute Voraussetzungen, um den Weg der Rückführung und Abschaffung von Ausnahmebereichen zu beschreiten. Mit der durchgreifenden Wirkung der europarechtlichen Regeln auch für traditionelle nationalrechtliche Ausnahmebereiche reduziert sich der Spielraum für kartellrechtliche Sonderstellungen erheblich. Der Gesetzgeber sollte dies nutzen und aus der kritischen Analyse der Ausnahmebereiche die Konsequenzen ziehen: Bestehende Sonderregelungen im nationalen Recht sollte er aufheben, von der Schaffung neuer Ausnahmen von den allgemeinen Regeln des Kartellrechts sollte er absehen.

LITERATURVERZEICHNIS

Bechtholt, Rainer, Kartellgesetz, 3. Auflage, München 2002.

Bundesministerium für Wirtschaft (Hrsg.), Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung, BMWi-Forschungsvorhaben 11/00, Juli 2001.

Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Stellungnahme, GRUR 1999, S. 968 ff.

Immenga, Ulrich/**Mestmäcker**, Ernst-Joachim (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, Band 2, München 1997.

Immenga, Ulrich/**Mestmäcker**, Ernst-Joachim (Hrsg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 3. Auflage, München 2001.

Kloepfer, Michael, Umweltrecht und Kartellrecht, JZ 2002, S. 1117 ff.

Langen, Eugen/**Bunte**, Hermann-Josef (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Auflage, Neuwied u.a. 2001.

Monopolkommission, 12. Hauptgutachten: „Marktöffnung umfassend verwirklichen“, Baden-Baden 1998.

Monopolkommission, 37. Sondergutachten: „Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft“, Bonn 2003.

Müller-Henneberg, Hans/**Schwartz**, Gustav (Hrsg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, §§ 102a – 109 GWB; 3. Auflage, 12. Lieferung, Köln u.a. 1980.

Neumann, Daniela, Verbannung des Kartell- und Wettbewerbsrechts aus der gesetzlichen Krankenversicherung?, WuW 1999, S. 961 ff.

Parlasca, Susanne, Wirkungen von Sportkartellen: Das Beispiel zentraler Vermarktung von TV-Rechten, in: Trosien, Gerhard/Dinkel, Michael (Hrsg.), Verkaufen Medien die Sportwirklichkeit?, Aachen 1999, S. 83 ff.

Schröter, Helmuth/**Jakob**, Thina/**Mederer**, Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003.

Stuchtey, Bettina, Wettbewerb auf dem Markt für leitungsgebundene Trinkwasserversorgung, Baden-Baden 2001.

Wiedemann, Gerhard (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, München 1999.