

Schwerpunktmäßige Zusammenfassung

Die Neufassung der Verordnung 4064/89 erlaubt es, Gemeinschaftsunternehmen auch dann als Zusammenschlüsse zu beurteilen, wenn sie zu einer wettbewerbsbeschränkenden Koordinierung führen. Dadurch verlagert sich der Schwerpunkt von Artikel 81 zur Zusammenschlusskontrolle. Die Kriterien des Artikels 81 gelten aber in diesem Rahmen genau so wie im Falle von Gemeinschaftsunternehmen, die entweder keine Gemeinschaftsdimension haben oder keine selbständige Wirtschaftseinheiten sind (also keine Vollfunktion haben) und damit im Rahmen der Verordnung 17 zu beurteilen sind. Die Kriterien sind dieselben, und deshalb sollte auch das Ergebnis dasselbe sein, unabhängig davon, wo der Schwerpunkt eines Gemeinschaftsunternehmens liegt. Die bisherige Entscheidungspraxis der Kommission zur **Zusammenschlusskontrolle zeigt aber eine bemerkenswerte Zurückhaltung, eine wettbewerbsbeschränkende Koordinierung der Muttergesellschaften überhaupt zu bejahen und damit in eine Prüfung der wirtschaftlichen Vor- und Nachteile nach Artikel 81 Abs. 3 einzutreten.** Die Kommission ist sich offenbar bewusst, dass der neue Artikel 2 Abs. 4 mit mehr Leben erfüllt werden muss, aber vorläufig überwiegt der Eindruck, dass Artikel 81 für die Anwendung der Zusammenschlusskontrolle durch die Kommission ein unnötiger „Ballast“ ist. Dies gilt auch für die Beurteilung von Nebenabreden, deren ancillary-Test sie den Beteiligten und den nationalen Gerichten überlassen will. Damit besteht ein augenfälliger Kontrast zu der Anwendung von Artikel 81, wie sie die Kommission in Einzelfällen, Gruppenfreistellungsverordnungen und Leitlinien vorgezeichnet hat. Solange solche Unterschiede fortbestehen, wird die Suche nach dem Schwerpunkt eines Gemeinschaftsunternehmens weitergehen.

Konzeption und Strukturen des Wirtschaftsrechts*

FRITZ RITTNER

I. Die bisherige Entwicklung des deutschen und europäischen Wirtschaftsrechts

1. Das Wirtschaftsrecht als eigenständiges Rechtsgebiet wurde *Anfang des 20. Jahrhunderts in Deutschland* entdeckt. In diesem damals schon stark industrialisierten Land hatten sich Rechtsentwicklungen gezeigt, die das überkommene System des Römischen Rechts (in seiner Ausprägung durch das Naturrecht des 18. Jahrhunderts) nicht mehr einfach in sich aufnehmen konnte: Arbeiterschutrecht, Sozialversicherungsrecht, Patentrecht, Recht gegen den unlauteren Wettbewerb und ähnliche Phänomene erforderten schon vor 1914 gesetzliche Regelungen, die weder im klassischen Privatrecht noch im herkömmlichen öffentlichen Recht einen Platz fanden. Aber auch der Rechtsprechung und der Kautelarjurisprudenz stellten sich moderne Erscheinungen wie Kartelle, Konzerne, Gewerkschaften, langfristige Lieferungsverträge, Knebelungsverträge u. a. m. Das Kriegswirtschaftsrecht des 1. Weltkrieges (1914–18), das die gesamte Wirtschaft mit der Zeit in den Dienst des Staates setzte, sahen die meisten Zeitgenossen zwar noch als etwas Vorläufiges an und hofften, dass es mit dem Krieg von selbst sein Ende finden würde; aber sie wurden enttäuscht. Sozialisierungsversuche, Reparationsforderungen der Siegermächte und eine exorbitante Geldentwertung nötigten zu weiteren staatlichen Regelungen und richterlichen Eingriffen über das bisher anerkannte Maß hinaus.

Das *Grundprinzip des Wirtschaftsrechts* formulierte denn auch schon Art. 151 der Weimarer Reichsverfassung von 1919:

„Die Ordnung des Wirtschaftslebens muss den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziel der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen zu sichern.“

* Die Arbeit geht auf einen Auftrag des chinesischen „Forums für Wirtschaftsrecht“ zurück und wurde teilweise schon in Bd. I (2000) dieser Zeitschrift, übersetzt von Prof. Zheng Youde, Wuhan, auf S. 21 ff. veröffentlicht. Die Fußnoten beschränken sich auf die wichtigsten Hinweise. Vgl. zum Ganzen jetzt auch *Stollein* Wie entsteht ein Wissenschaftszweig? Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverteilungsrecht nach dem Ersten Weltkrieg, in: Bauer/Gybulka/Kahl/Vosskühle (Hrsg.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, 2002, S. 1.

Er zeigt die Spannung auf, in der jede wirtschaftsrechtliche Regelung und Entscheidung zwangsläufig stehen: Die Freiheit der Einzelnen zur selbstverantwortlichen Gestaltung ihrer Rechts- und Lebensverhältnisse – ein ursprüngliches Menschenrecht¹ – ist für eine moderne dynamische Gesellschaft ebenso wichtig wie die Gerechtigkeit, die alle Menschen als gleichberechtigt ansieht und jedenfalls auch den Alten, Kranken und Behinderten ein auskömmliches und menschenwürdiges Leben sichern soll.

2. Dem Wirtschaftsrecht liegt, wie übrigens der gesamten modernen Rechtsordnung, der Begriff der Person zugrunde, der selbst ein Gleichheitsbegriff ist: Jeder Mensch ist Rechtsperson in dem Sinne, dass er grundsätzlich wie jeder andere die Kompetenz hat, sowohl die allgemeinen als auch seine eigenen Rechtsverhältnisse zu gestalten. Dies geschieht im modernen Recht auf zweierlei Weise: Zum einen durch freie und gleiche Wahlen der Legislative, indem die Bürger nach dem Grundsatz „one man one vote“ ihre Stimme abgeben oder sich selbst wählen lassen; zum anderen durch die jedermann gleichermaßen zur Verfügung stehenden privatautonomen Instrumente, wie den Vertrag, die Gesellschaften, die Ehe, das Testament. Mit diesem privatrechtlichen Instrumentarium befriedigen die Einzelnen – in der Regel zusammen mit anderen – nicht nur ihre Bedürfnisse, sondern richten überhaupt ihre Lebensumstände ein. Sie tun dies übrigens keineswegs beliebig oder willkürlich, da der Einzelne zu fast allen Rechtsgeschäften wenigstens eines Partners bedarf, so etwa für den Austausch von Waren oder Leistungen gegen Geld. Auf diese Weise gewährleisten schon die Institute des Privatrechts, dass das einzelne konkrete Rechtsgeschäft – einen gewissen Wettbewerb vorausgesetzt – typischerweise zu einem gerechten, zumindest vertretbaren Interessenausgleich zwischen den Partnern führt. Die Instrumente des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, also der anderen Gestaltungsweise einer modernen Ordnung, erweisen sich demgegenüber, so unverzichtbar sie auch als solche sind, als wesentlich komplizierter: es bedarf vielfältiger Kontrollen durch Aufsichtsbehörden, Gerichte, der Öffentlichkeit usw., um zu gewährleisten, dass die – wohlgerichtet auf die politischen Wahlen zurückgehende – öffentliche Gewalt, namentlich der Gesetzgeber und die Regierung sowie die unzähligen Behörden des Staates und der Gemeinden einigermaßen richtig, d. h. rein sachlich motivierte und gesetzmäßige Entscheidungen im Einzelfall treffen.

3. Das Wirtschaftsrecht ergänzt mithin das Instrumentarium des Privatrechts und des öffentlichen Rechts durch den Gedanken der gesamtwirtschaftlichen Richtigkeit. Denn so gewiss die privatrechtlichen Rechtsgeschäfte auch typischerweise richtige Ergebnisse zwischen den Beteiligten garantieren mögen, so wenig gewiss ist es, ob sie nicht im Einzelfall der ge-

¹ Vgl. Dürig Eigentum als Menschenrecht, ZgStW 109 (1953) 326; Leisner Eigentum, HStR Bd. VI, 1989, § 149 Rdnr. 16ff.; BVerfGE 50, 290, 344ff.

samtwirtschaftlichen Ordnung schaden. So können sich die Vertragsparteien z. B. durch ein Produzentenkartell überhöhte Preise auf Kosten der Verbraucher verschaffen, ihre Märkte aufteilen oder gar ein Monopol für einen Markt begründen mit der Folge, dass die Vertragsfreiheit mangels hinreichenden Wettbewerbs auf diesem Markt nicht mehr funktioniert, die Personen auf der Marktgegenseite vielmehr dem Diktat des Monopolisten ausgeliefert sind. Diese zusätzliche Richtigkeitsgewähr lässt sich auf sehr verschiedene Weise durchsetzen: Ein Wettbewerbsgesetz kann dafür sorgen, dass der Wettbewerb auf den Märkten möglichst nicht durch Absprachen oder durch Monopole beschränkt wird. Eine behördliche Aufsicht kann zusätzlich versuchen, dass das Wettbewerbsgesetz auch realisiert wird und darüber hinaus für besonders gefährdete Wirtschaftszweige, wie z. B. Kredit- und Versicherungswirtschaft, eigene Aufsichtsbehörden einrichten. Daneben wirkt eine – gesetzlich angeordnete – Kontrolle durch Gerichte, Wirtschaftsprüfer sowie – vielleicht auch – die Beteiligung von Belegschafts- und Gewerkschaftsvertretern in den Aufsichtsräten großer Unternehmen.

Derartige wirtschaftsrechtliche Regelungen sprengen das vom 19. Jahrhundert überkommene Rechtssystem, das die beiden großen Rechtsgebiete, das Privatrecht und das öffentliche Recht, fast unverbunden nebeneinander gestellt hatte. Gerade weil die deutsche Dogmatik jener Zeit eine derartige Dichotomie besonders nachdrücklich betrieben und damit in vielen Ländern der Welt Nachfolge gefunden hatte, war die deutsche Wissenschaft vor 100 Jahren als erste aufgerufen, das überkommene System durch das Wirtschaftsrecht zu ergänzen.

4. Die Bundesrepublik Deutschland verzichtete in ihrem Grundgesetz darauf, ausdrücklich eine bestimmte „Wirtschaftsverfassung“ oder auch nur wirtschaftsrechtliche Grundordnung zu statuieren, begnügte sich vielmehr mit den klassischen Grundrechten und Zuständigkeitsregeln, so namentlich zwischen dem Bund und den Ländern. Das Bundesverfassungsgericht hat deswegen auch von Anfang an betont, dass die Verfassung dem Gesetzgeber ermögliche, „die ihm jeweils sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz beachtet“². Diese – eigentlich selbstverständliche – Erkenntnis schließt sowohl eine völlig freie Marktwirtschaft des Laissez-faire wie auch eine Zentralverwaltungsgesellschaft nach dem Modell der Sowjetunion (und der DDR) ebenso aus wie „ständisch-korporative Ordnungen“³. Den einen Weg versperrt die Sozialstaatsklausel der Verfassung, die anderen die Grundrechte auf Berufsfreiheit, Eigentum, Erbrecht und Assoziationen. Die Erkenntnis ließ so dem Gesetzgeber und den politischen Kräften einen großen Spielraum von „trial and error“ für das Wirtschaftsrecht und verhinderte mit Recht die unmittelbare Übernahme

² BVerfGE 4, 7, 17.

³ BVerfGE 50, 290, 353.

sozialwissenschaftlicher Modelle, wie sie etwa die Marxisten oder die Ordoliberalen anboten.

Als 1989/90 das zentralverwaltungswirtschaftliche *System der DDR* aufgelöst und die damalige DDR in die Verfassung des Grundgesetzes integriert wurde, legten die Vertragspartner im Staatsvertrag über die Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion vom 18. Mai 1990 (Bundesgesetzblatt II S. 537) ausdrücklich fest, dass „Grundlage der Wirtschaftsordnung ... die Soziale Marktwirtschaft“ sein soll, diese bestimmt „insbesondere durch Privateigentum, Leistungswettbewerb, freie Preisbildung und grundsätzlich volle Freizügigkeit von Arbeit, Kapital, Gütern und Dienstleistungen“ (Art. 1 Abs. 3). Das bedeutete jedoch nicht, wie wohl manche meinten, dass ein gewisses (welches?) wirtschaftspolitisches Programm, etwa das der „Sozialen Marktwirtschaft“ in einem bestimmten Sinne positiviert wurde. Vielmehr hat der deutsche Gesetzgeber weiterhin volle Gestaltungsfreiheit, wenn auch selbstverständlich in den Grenzen, die die Verfassung ihm setzt. Die „Soziale Marktwirtschaft“, bleibt demgegenüber ein Programm der Wirtschaftspolitik, das zwar inzwischen fast alle politischen Parteien anerkennen, das gleichwohl inhaltlich noch immer recht wenig bestimmt ist und auch wohl so bleiben wird.

5. Die *Europäische Wirtschaftsgemeinschaft* und später die *Europäische Gemeinschaft* haben ein eigenes Wirtschaftsrecht entwickelt, das dem Recht der Mitgliedstaaten, selbst deren Verfassung vorgeht. Dieses Recht setzt das – noch immer und für lange Zeit – unterschiedliche Privatrecht der Staaten voraus und hat das vornehmliche Ziel, die Wirtschaftsgrenzen innerhalb der Gemeinschaft zu beseitigen und so einen effektiven gemeinsamen Markt für ihre Bürger zu schaffen. Hierzu statuiert es – ähnlich wie zuvor das Grundgesetz – die Freizügigkeit für Arbeitnehmer, Unternehmer und Kapital und damit den Wettbewerb. Diese Freiheiten sichert es sowohl gegen die Einzelstaaten als auch gegen private und manche staatlichen Wettbewerbsbeschränkungen (dies durch die Wettbewerbsregeln der Art. 81ff. EGV) sowie durch das Subventionsverbot gegen die Staaten (Art. 92ff. EGV) und das Diskriminierungsverbot (Art. 12 EGV). Die soziale Flanke des Wirtschaftsrechts überlässt der EGV zwar grundsätzlich den Staaten, gibt in Art. 136ff., aber eine Reihe von Vorschriften und Ermächtigungen.

II. Die Strukturen des Wirtschaftsrechts

1. Überblick

Die *strukturelle Übereinstimmung* von europäischem und deutschem Wirtschaftsrecht legt es nahe, beide Rechte nach denselben Prinzipien zu systematisieren, also in *ein* System zu bringen. Das hilft auch der Praxis.

Denn da viele Materien bereits europarechtlich geregelt sind, muss der Rechtsanwender stets beide Rechtsordnungen zugleich ins Auge fassen. Das gilt jedenfalls für das materielle Recht. Das Verfahrensrecht und noch mehr seine Praxis zeigen freilich beträchtliche Differenzen. Das europäische Recht wird grundsätzlich von der EG-Kommission als oberster Verwaltungsbehörde durchgesetzt, und über Rechtsstreitigkeiten, auch privatrechtlicher Art, entscheiden das europäische Gericht und der europäische Gerichtshof.

Dennoch empfiehlt es sich, für das Wirtschaftsrecht ein einheitliches, gleichwohl offenes System, das die verfahrensrechtlichen Unterschiede etwas an dem Rand hält. Eine solche Lösung liegt meinem Lehrbuch „Wirtschaftsrecht“⁴ zugrunde. Einen anderen Weg geht das Wirtschaftsrecht *Wolfgang Fikentschers*⁵: Es stellt die Rechte unverbunden nebeneinander. Auch im weiteren Aufbau unterscheiden sich beide Werke, wenngleich jedes sich in einen „Allgemeinen Teil“ und in einen „Besonderen Teil“ gliedert. Während *Fikentscher* sein „Allgemeines Wirtschaftsrecht“ ohne weiteres der „marktwirtschaftlichen Ordnung“ gleichsetzt und sein „Besonderes Wirtschaftsrecht“ die Interventionen des Staates behandelt⁶, begreift *Rittner* den *Allgemeinen Teil* weiter, nämlich als die *grundsätzliche und allgemeine Kompetenzordnung zwischen Unternehmen, Gesetzgeber, Regierung und Verwaltung, einschließlich des Kartellrechts und des allgemeinen Lenkungsrechts und überlässt dem „Besonderen Teil“ lediglich die speziellen Regelungen für einzelne Wirtschaftszweige, die folgerichtig an dem alles beherrschenden Gleichheitsgrundsatz zu messen sind.* – Demgegenüber haben die Einteilungen „Wirtschaftsverwaltungsrecht“ und „Wirtschaftsprivatrecht“, in denen das alte Systemdenken noch fortwirkt, andere Funktionen: Das Wirtschaftsverwaltungsrecht ist als Zweig des Besonderen Verwaltungsrechts zu verstehen,⁷ während das Wirtschaftsprivatrecht lediglich die privatrechtlichen Gebiete zusammenfasst, die die Unternehmenspraxis und/oder die Wirtschaftswissenschaftler besonders interessieren⁸.

⁴ *Rittner* Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 1986, Neuauflage, gemeinsam mit *Meinrad Dreher*, in Vorbereitung.

⁵ *Fikentscher* Wirtschaftsrecht, Bd. I Weltwirtschaftrecht und Europäisches Wirtschaftsrecht, 1983, Bd. II. Deutsches Wirtschaftsrecht, 1983.

⁶ *Fikentscher* (FN 5), Bd. I, S. 40.

⁷ Vgl. z.B. *Frotscher* Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., 1999.

⁸ Vgl. z.B. *Führich* Wirtschaftsprivatrecht. Grundzüge des Zivil-, Handels-, Gesellschafts-, Wettbewerbs- und Verfahrensrechts für Wirtschaftswissenschaftler und Unternehmenspraxis, 2. Aufl. 1996; *Pelka* (Hrsg.) Beck'sches Wirtschaftsrechts-Handbuch, 2. Aufl., 2001.

2. Allgemeines Wirtschaftsrecht

Im *Allgemeinen Wirtschaftsrecht* finden sich neben dem fundamentalen Privatrecht die hoheitlichen Funktionen, die allgemeinen Regeln des Unternehmensrechts, das Kartellrecht und das allgemeine Lenkungsrecht.

a) Die hoheitlichen Funktionen

Die *hoheitlichen Funktionen* verteilen sich einerseits auf die EG und die Bundesrepublik, andererseits auf die vertrauten, aber teilweise im Wirtschaftsrecht modifizierten Staatsfunktionen, Gesetzgebung, Regierung, Verwaltung und Rechtsprechung auf den beiden Ebenen. Bei der EG liegen lediglich ganz bestimmte Kompetenzen, nämlich die Hoheitsrechte, welche die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft übertragen haben; vgl. Art. 23 GG. Das sog. Prinzip der Einzelermächtigung (zugunsten der EG) hat seinen Grund darin, dass vorerst lediglich die Staatsgewalt der Mitgliedstaaten demokratisch legitimiert ist, während das Europäische Parlament mangels eines europäischen Staatsvolkes den EG-Organen eine solche Legitimation noch nicht liefern kann.

(1) Die *Gesetzgebung* ist dementsprechend zwischen EG und Deutschland geteilt. Die Gemeinschaft hat freilich nur spärliche Kompetenzen zur unmittelbaren Rechtssetzung, die sie durch Verordnungen ausübt, so namentlich die Verordnung über die Zusammenschlusskontrolle vom 31. Dez. 1989 (ABl Nr. L 395) sowie die Verordnungen zur Durchführung der Art. 81ff. EGV. Im Übrigen erlässt die EG „Richtlinien“ zur Harmonisierung der nationalen Wirtschaftsrechte, die die nationalen Gesetzgeber in ihre Rechte übernehmen müssen, wobei ihnen ein mehr oder weniger großer Spielraum zusteht. Da die EG bereits sehr viele Richtlinien erlassen hat, sind weite Gebiete insbesondere des Unternehmensrechts, des Vergaberechts und andere Bereiche des Besonderen Wirtschaftsrechts inzwischen materiell einheitlich.

(2) Die *Regierungsfunktionen* liegen noch überwiegend bei den Einzelstaaten. Die EG-Kommission übt zwar gewisse Regierungsaufgaben für die Gemeinschaft aus, aber eben nur beschränkt und in übertragener Zuständigkeit. Auf der Regierungsebene arbeitet auch die Europäische Zentralbank, die die Geldpolitik der Gemeinschaft führt (Art. 105ff. EGV). Sie ist unabhängig gegenüber den anderen Organen der Gemeinschaft sowie gegenüber den Mitgliedstaaten und nur ihren Aufgaben verpflichtet.

(3) Die *(Wirtschafts-)Verwaltung* obliegt auf europäischer Ebene der Kommission und den verschiedenen Generaldirektionen, die der Kommission zuarbeiten. Da die Kommission nicht nur ein politisches Organ, sondern auch ein Kollegialorgan ist, haben die Generaldirektionen mit ihrem hervorragenden Sachverstand in vielen Bereichen eine außerordentlich starke Position, was rechtsstaatlich nicht immer befriedigt.

In Deutschland spielt neben der staatlichen Verwaltung die *Selbstverwaltung* eine erhebliche Rolle. Vor allem die Industrie- und Handelskammern und die Handwerkskammern, gesetzlich angeordnete Zusammenschlüsse der Unternehmen eines bestimmten politischen Bezirks, nehmen viele Aufgaben wahr, die sonst staatliche Behörden erfüllen müssten, so etwa in der Berufsbildung, bei der Erteilung von Ursprungszeugnissen und Bescheinigungen, für Sachkundeprüfungen, für Gutachten über Rechts-, Verkehrs- und andere die Wirtschaft angehende Fragen.

Die *Staatsverwaltung* kann sich infolgedessen auf eigentlich hoheitliche Aufgaben beschränken. Sie verteilt sich in Deutschland auf den Bund und die Länder. Die wirtschaftsrechtlich wichtigeren Behörden finden sich auf Bundesebene, so das Bundeskartellamt, die Bundesaufsichtsämter für das Kreditwesen, für das Versicherungswesen und für Wertpapierhandel – diese 2002 zusammengefasst in der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen – sowie das Bundesamt für gewerbliche Wirtschaft.

(4) Die *Rechtsprechung* liegt für das europäische Recht bei den EG-Gerichten, im Übrigen bei der deutschen Justiz. Die europäischen Gerichte entscheiden nicht nur über Streitigkeiten zwischen den EG-Organen und den Bürgern, sondern schlechthin über „die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung“ des EGV (Art. 220 EGV). Infolgedessen haben die Gerichte der Mitgliedstaaten derartige Fragen den europäischen Gerichten zur „Vorabentscheidung“ vorzulegen (Art. 234 EGV), die daraufhin verbindlich und infolgedessen mit EG-breiter Wirkung entscheiden.

b) Das Unternehmensrecht

Das *Unternehmensrecht* bestimmt, welche Personen ein Unternehmen gründen und betreiben dürfen.⁹ Nach Art. 12 GG ist dazu prinzipiell jeder Deutsche befugt; ihm stehen nach dem EGV die Bürger der anderen EU-Staaten gleich. Dennoch schränkt das Wirtschaftsrecht in seinen spezifischen Wertungen die Unternehmerfreiheit und die privatautonomen Kompetenzen in mancher Hinsicht ein.

(1) Die *allgemeinen Unternehmensträger*, die das deutsche Recht zur Verfügung stellt, stammen durchweg aus älteren Zeiten namentlich des Handelsrechts. Es sind einmal die primären Unternehmensträger: der Einzelkaufmann, die OHG, die Kommanditgesellschaft, die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die eingetragene Genossenschaft sowie die beiden sekundären Typen des wirtschaftlichen Vereins und der Stiftung. Daneben gibt es den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit als einzigen branchenbezogenen Typ und die

⁹ Vgl. dazu Rittner, Unternehmensrecht und Unternehmerfreiheit, 1998.

Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung sowie Europäische Aktiengesellschaft als Typen des EG-Rechts. Von ihnen ist vor allem die deutsche AG als regelmäßiger Träger von Großunternehmen immer wieder umgestaltet worden, damit sie die sich verändernden wirtschaftlichen Aufgaben optimal erfüllen kann. In den mittleren und großen Gesellschaften nehmen zudem Belegschaft und bei Letzteren auch Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat an der Willensbildung teil, wenn auch das letzte Entscheidungsrecht stets den Kapitalvertretern, also dem Eigentum, zusteht.

Für manche Branchen sind nur bestimmte Gesellschaften als Unternehmensträger zugelassen, so für die Versicherungswirtschaft, die AG und der VVaG, für Kreditinstitute nur die AG und die KGaA, für Sparkassen nur die AG und für Kapitalanlagegesellschaften nur die AG und GmbH.

(2) Die *öffentliche Hand*, also der Staat und die Gemeinden, können als juristische Personen ebenfalls Unternehmen gründen und betreiben sowie sich an Gesellschaften beteiligen. Gewisse Grenzen setzt jedoch das Haushaltsrecht, nicht aber allgemein das Wirtschaftsrecht und auch nicht die EG (vgl. Art. 86 EGV), obwohl die Zweifel an dieser Tätigkeit sich immer mehr verbreiten, ob die öffentliche Hand solche Aufgaben übernehmen sollte. Eine konsequente Liberalisierungspolitik der EG hat in den letzten Jahren dazu geführt, dass viele Unternehmen und Beteiligungen privatisiert wurden oder wenigstens ihre Privatisierung eingeleitet wurde, so die Bundesbahn und die Bundespost. Bei der öffentlichen Hand liegen freilich auch noch Unternehmen in besonderen Rechtsformen des öffentlichen Rechts, so vor allem die Sparkassen, die Landesbanken, gewisse Versicherungsunternehmen und die Rundfunkanstalten. Die EG-Kommission steht diesen Phänomenen, die in Deutschland eine besondere Rolle spielen, sehr skeptisch gegenüber und wird zunächst die Sparkassenorganisation zwingen, auf die traditionelle Unterstützung durch Gemeinden und Länder zu verzichten. Das schwierige Problem, wieweit Unternehmen der „Daseinsvorsorge“ (services publiques) einen besonderen „Stellenwert“ beanspruchen können, versucht Art. 16 EGV durch einen Formelkompromiss zu lösen.

(3) Die *Unternehmensverbände*, die sich sowohl auf europäischer wie auch auf nationaler Ebene finden, sind – anders als die Industrie- und Handelskammern (vgl. ob. 2a (3)) – privatrechtliche Gründungen der betreffenden Unternehmen, können also frei gegründet und aufgelöst werden. Sie weisen eine große Vielfalt auf und sind zur Beratung von Gesetzgeber, Regierung und Verwaltung, aber auch zur Information ihrer eigenen Mitglieder und der Öffentlichkeit unerlässlich. Dennoch scheut man sich mit Recht davor, sie zu institutionalisieren. Eine gewisse Ausnahme macht der Wirtschafts- und Sozialausschuss der EG, in dem „Vertreter der verschiedenen Gruppen des wirtschaftlichen und sozialen Lebens, insbesondere der Erzeu-

ger, der Landwirte, der Verkehrsunternehmer, der Arbeitnehmer, der Kaufleute und Handwerker, der freien Berufe und der Allgemeinheit“, also Vertreter von sehr verschiedenen Verbänden, versammelt sind. Die Mitglieder des Ausschusses, der von Anfang an im EG vorgesehen war, werden freilich, wenngleich auf Vorschlag der Verbände, vom Ministerrat ernannt (vgl. Art. 257 EGV). Versuche in Deutschland durch einen „Wirtschafts- und Sozialrat“ das deutsche Gesetzgebungssystem zu ergänzen, sind mit Recht gescheitert und haben auch für die Zukunft keine Aussicht.

c) Das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Ein *Kartellrecht* gibt es sowohl bei der EG wie bei den Mitgliedstaaten. Die beiden Rechte, deren Vorschriften unmittelbar anzuwenden sind, konkurrieren grundsätzlich miteinander, wenn auch das EG-Kartellrecht den Vorgang genießt. Dieses erfasst freilich nur Wettbewerbsbeschränkungen, die „den Handel zwischen den Mitgliedstaaten“ beeinträchtigen, eine Klausel, die jedoch recht weit ausgelegt wird.

In ihrer *Struktur* ähneln sich das europäische und das deutsche Kartellrecht weithin. Während sich das EG-Recht mit drei Komplexen (Kartellverbot, Missbrauchsverbot für Marktbeherrscher und Zusammenschlusskontrolle) begnügt, kennt das deutsche Recht aber darüber hinaus noch eine Reihe von Vorschriften, womit es den Wettbewerb möglichst lückenlos schützen und auch der Rechtssicherheit dienen will.

Das wichtigste Institut beider Rechte ist das Verbot, das sich gegen bestimmte privatautonome Wettbewerbsbeschränkungen (Kartelle, Monopolmissbrauch) richtet und dementsprechend vor allem auf die privatrechtlichen Rechtsgeschäfte präventiv einwirkt. Zur Durchsetzung des Verbots sind aber auch die Kartellbehörden berufen, bei der EG die europäische Kommission, in Deutschland das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden. Künftig sollen die nationalen Kartellbehörden wesentlich stärker als bisher mit den Befugnissen nach dem EG-Kartellrecht betraut werden.

(1) Das *Kartellverbot des § 1 GWB* beschränkt sich auf die Kartelle, d. h. Vereinbarungen zur Regelung des Wettbewerbs zwischen Konkurrenten, wie etwa über Preise, Produktion, Gebiete oder Absatz. Alle diese Absprachen, auch bloße abgestimmte Verhaltensweisen sind verboten und folglich zivilrechtlich nichtig. Ein schuldhafter Verstoß gegen das Verbot wird zudem mit Bußgeldern geahndet, die die Kartellbehörde festsetzt. Auch kann die Kartellbehörde das Verbot im Einzelfall durch eine Untersagungsverfügung konkretisieren, ohne dass es auf ein Verschulden ankommt.

Gewisse Ausnahmen vom Kartellverbot geben §§ 2–8 GWB, so insbesondere für Normen-, Typen- und Konditionenkartelle, für Spezialisierungskartelle, für Mittelstandskartelle, Rationalisierungs- und Strukturkrisenkartelle. Diese Ausnahmen werden von den Kartellbehörden ziemlich streng gehand-

habt und spielen infolgedessen in der Praxis eine verhältnismäßig bescheidene Rolle. Zudem bestehen inzwischen die Unternehmen durchweg lieber im Wettbewerb mit anderen, zumal die Wirtschaftsgrenzen gegenüber anderen Ländern offen sind.

Das *Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EGV* greift wesentlich weiter, indem es auch wettbewerbsbeschränkende Klauseln in Austauschverträgen erfasst. Derartige Klauseln werden allerdings ganz überwiegend gem. Art. 81 Abs. 3 EGV freigestellt. Wie weit die eigentlichen Kartelle von dem Verbot ausgenommen werden sollen, ist noch sehr umstritten. Bisher gibt es schon allgemeine Ausnahmen für Spezialisierungs- und Forschungs- und Entwicklungsabreden. Die Entwürfe der EG-Kommission vom Sommer 2000 schlagen weit darüber hinausgehend vor, das geltende Verbotsprinzip durch ein „System der Legalausnahme“ zu ersetzen. Die Wirksamkeit jeder Absprache würde demzufolge davon abhängen, ob für sie die materiellen Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV vorliegen. Ob der Vorschlag sich durchsetzt, ist noch offen, zumal gewichtige Stimmen aus Wissenschaft und Praxis durchgreifende Bedenken angemeldet haben.

(2) Den *Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung* verbieten § 19 Abs. 1 GWB und Art. 82 EGV mit ungefähr den gleichen Worten. Diese Fälle werden praktisch allein von den Kartellbehörden erledigt, da es sich fast nie um zivilrechtliche Absprachen handelt. In der Praxis treten die Vorschriften gegenüber dem Kartellverbot sehr in den Hintergrund. Denn es fällt meistens schon sehr schwer, eine marktbeherrschende Stellung nachzuweisen, da sich eine Wirtschaft mit offenen Grenzen überaus dynamisch entwickelt. Und noch schwerer fällt es im Einzelfall, den Missbrauch einer bestimmten Maßnahme vom kompetitiven Verhalten zu unterscheiden. Dennoch bleibt die Vorfeldwirkung der Vorschriften beträchtlich.

(3) Die *Zusammenschlusskontrolle* regeln beide Rechte in manchem etwas abweichend, aber doch insoweit einheitlich, als jedes Zusammenschlussvorhaben von einer bestimmten Größe anzumelden ist und das Vorhaben sodann in strenger, freilich im Kern prognostischer Rechtsanwendung darauf geprüft wird, ob dadurch die Wettbewerbsverhältnisse verschlechtert werden, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Strenge Fristen, die mit der Anmeldung des Vorhabens beginnen, nötigen die Kartellbehörde zu einem zügigen Verfahren und gewähren den beteiligten Unternehmen eine gewisse Rechtssicherheit, die überdies in praxi noch dadurch verstärkt wird, dass die Beteiligten in der Regel das Vorhaben rechtzeitig vorher mit der zuständigen Kartellbehörde vorbesprechen.

d) Das Allgemeine Lenkungsrecht

Das *Allgemeine Lenkungsrecht* ist sowohl auf europäischer wie auch auf deutscher Ebene in den letzten Jahrzehnten immer mehr gegenüber Privatautonomie und Wettbewerb zurückgetreten. Dies gilt namentlich für das deutsche Preisrecht, obwohl das Preisgesetz von 1948 mit einer überaus weitgefassten Ermächtigung nach wie vor gilt, welche das Bundesverfassungsgericht inzwischen aber sachgerecht reduziert hat (BVerfGE 65, 248). Die EG hat von vornherein auf allgemeine Preisregelungen verzichtet. Das Subventionsrecht regelt der EGV durch ein grundsätzliches Verbot, Art. 87 Abs. 1. Es soll den Wettbewerb der Unternehmen vor derartigen Verfälschungen (durch die Mitgliedstaaten) sichern, so weit sie den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen. Die Ausnahmen, die Art. 87 Abs. 2 EGV zulässt, spielen in der Praxis sowohl der EG als auch der Mitgliedstaaten eine außerordentlich große Rolle. Ein Bewirtschaftungsrecht als Notrecht für Krieg und andere Notzeiten, kennt lediglich das deutsche Recht; es ist bisher nicht zum Zuge gekommen.

3. Besonderes Wirtschaftsrecht

Ein von den Grundsätzen der Gleichheit und Freiheit bestimmtes Wirtschaftsrecht kann Ausnahmen von den allgemeinen Regeln nur aus besonderen Gründen zulassen. Viele branchenbezogenen Ordnungen, die für das deutsche Recht lange Zeit typisch waren, sind deswegen in den letzten Jahrzehnten entweder aufgehoben oder doch beträchtlich liberalisiert worden. Das hat in erster Linie die Liberalisierungspolitik der EG bewirkt. Freilich sieht der EGV selbst von Anfang an gewisse Spezialregelungen vor, so namentlich für die Landwirtschaft (Art. 32ff.) und für den Verkehr (Art. 17ff.). Später sind die „transeuropäischen Netze“ (Art. 154ff.) und der Verbraucherschutz (Art. 153) sowie das Vergaberecht hinzugekommen. Der Verbraucherschutz bedroht sogar die klassische Konzeption des Wirtschaftsrechts dadurch, dass er den Menschen nicht mehr als Rechtsperson, sondern primär als Verbraucher sieht, die Probleme einseitig aus dem Verbraucherinteresse in den Blick nimmt und darüber die Interessen der anderen Beteiligten wie der Arbeitnehmer und Unternehmer vernachlässigt.

a) Das moderne *Vergaberecht* (für größere Aufträge der Bauwirtschaft, der Warenlieferung und der Dienstleistungen) stellt die bisher größte Leistung des europäischen Gesetzgebers im Besonderen Wirtschaftsrecht dar. Es regelt freilich lediglich das Vergabeverfahren, aber dies nicht bloß für die öffentlichen Auftraggeber, also den Staat und die Gemeinden (einschließlich ihrer Körperschaften und Unternehmen), sondern auch für vier Branchen, nämlich für Unternehmen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie des Telekommunikationssektors. Diese Richtlinien hat der deutsche Gesetz-

geber inzwischen transformiert und zwar in §§ 97ff. GWB mit Zuständigkeiten des Bundeskartellamts und der Kartellgerichte. Daraus ergibt sich die Hoffnung, dass die Vergabepaxis auf diese Weise leichter aus dem bisherigen haushaltsrechtlichen Kontext gelöst und künftig mehr als Teil des Wettbewerbsrechts, jedenfalls des Wirtschaftsrechts verstanden wird.

b) Die *Agrarmärkte* werden seit Jahrzehnten von der EG geregelt, deren Agrarpolitik von Beginn an zu den „Grundlagen der Gemeinschaft“ gehört. Sie hat einen einheitlichen Markt für Agrarerzeugnisse mit einem eigenen Preissystem hervorgebracht, ihn aber zugleich gegenüber den Auslandsmärkten abgeschirmt. Daraus ergeben sich außerordentlich hohe Kosten, die etwa die Hälfte des Gemeinschaftshaushalts ausmachen. Nachdem die Agrarpolitik in Konflikt mit den Liberalisierungsstreben der WTO geraten war und die Aufnahme neuer, mehr agrarisch orientierter Länder Osteuropas bevorsteht, ist die EG auf der Suche nach einer neuen Agrarpolitik. Die übrigen Zuständigkeiten in diesem Bereich liegen weiter beim nationalen Recht, so insbesondere die schwierigen Fragen, die sich aus dem Abwandern in die Städte und aus den ungünstigen Produktionsverhältnissen (z.B. Berglandwirtschaft) ergeben.

c) Die *Versicherungswirtschaft* und ihre Märkte werden zum Teil durch das Versicherungsaufsichtsgesetz von 1901 (mit späteren Änderungen) und zum Teil durch EG-Richtlinien geregelt. Das Unternehmensrecht, das die beiden zulässigen Rechtsformen, Aktiengesellschaft und Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, zum Schutz der Anspruchsberechtigten sehr sorgfältig regelt, findet sich noch immer im VAG. Die EG-Richtlinien haben vor allem die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit verwirklicht, aber auch die Aufsicht (durch das Bundesaufsichtsamt für Versicherungswesen) etwas zurückgenommen, um den Gemeinsamen Markt herzustellen.

d) Die *Kreditwirtschaft* und die *Kapitalmärkte* sind inzwischen ebenfalls wesentlich in den Gemeinsamen Markt integriert. Die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr brachte schon eine Richtlinie von 1973. Dennoch blieben die Aufsichtsbefugnisse bei den Mitgliedstaaten, in Deutschland bei dem Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen sowie der später errichteten Wertpapier-Aufsicht, die zum Teil durch Richtlinien harmonisiert worden sind. Eine EG-Aufsicht ist auch auf längere Zeit nicht geplant. Wohl aber gelten für die Kreditinstitute der EG einheitliche Regeln über wichtige Fragen wie den Jahresabschluss und seine Offenlegung, die Ausstattung mit Eigenmittel, über Großkredite und Einlagensicherung, weiter für Börsenprospekte, für Insider-Haftung, Investmentfonds u. a. m.

e) Das *Energiewirtschaftsrecht*, das in Deutschland lange Zeit durch gesetzlich gesicherte Regionalmonopole bestimmt war, ist in den letzten Jahren gleichfalls in den Gemeinsamen Markt einbezogen worden. Infolgedessen

werden Strom und Gas auch über die Grenze gehandelt und ist die Durchleitung durch bestehende Leitungen gewährleistet, deren Einzelheiten eine Vereinbarung der zuständigen Verbände regelt. In Deutschland wurde dementsprechend 1998 ein neues Energiewirtschaftsgesetz erlassen. Die Preisaufsicht über die Stromtarife blieb jedoch erhalten.

f) Das *Verkehrswirtschaftsrecht* gliedert sich nach wie vor in verschiedene Zweige, die unterschiedlich geordnet sind: Personenbeförderung und Güterbeförderung auf dem Lande, beide unterteilt in Eisenbahnen- und Straßenverkehr, weiter Binnenschiffsverkehr, Seeverkehr und Luftverkehr. Die Verkehrspolitik der EG (vgl. Art. 70ff. EGV), die praktisch erst 1985 begann, hat mittlerweile eine gewisse Gestalt angenommen, namentlich für die Verkehrssicherheit und den Umweltschutz. Viele Fragen bleiben aber weiterhin den Mitgliedstaaten überlassen, so besonders die Aufgabenteilung zwischen den Verkehrsträgern und die Aufsicht über die Unternehmen.

g) Das *Medienwirtschaftsrecht* liegt noch weitgehend bei den Mitgliedstaaten. Die Presse genießt in Deutschland einen besonderen Schutz durch Art. 5 GG. Sie wird fast ausschließlich von privaten Unternehmen betrieben, die das GWB, um den Wettbewerb zu sichern, in ihrem externen Wachstum – durch Zusammenschlüsse – besonders beschränkt; vgl. §35 Abs.2 Satz 2 GWB. Die Rundfunk- und Fernsehunternehmen sind teils privat, teils von eigenen öffentlich-rechtlichen Anstalten getragen, die aber so weit wie möglich staatsfern, jedoch nicht parteienfern gehalten werden. Die EG hat in der Fernseh-Richtlinie von 1989 einige Fragen insbesondere über die Werbung und manche Schutzvorschriften harmonisiert.

h) Das Programm der *Transeuropäischen Netze*, das erst der Maastricht-Vertrag gebracht hat (Art. 154ff. EGV), bezieht sich auf verschiedene Branchen, nämlich den Verkehr, die Energiewirtschaft und die Telekommunikation. Das Ziel, die Infrastruktur auf diesen Gebieten EG-weit zu verbessern, soll auf mehreren Wegen erreicht werden. So soll der Zugang zu den Netzen erleichtert und auch geographisch ungünstig gelegene Territorien optimal versorgt werden.

III. Das Wirtschaftsrecht im Rechtssystem

1. Das Wirtschaftsrecht lässt sich mit *zwei- oder auch dreidimensionalen Systemvorstellungen* nicht erfassen. Es wird auch deswegen von allen denen nicht verstanden, die das gesamte Rechtssystem in solchen Dimensionen, praktisch vor allem auf einer Wandtafel, darstellen wollen. Aber, auch vom Wirtschaftsrecht abgesehen, beruht jedes entwickelte Rechtssystem auf zu vielen Grundprinzipien, als das zu seiner Darstellung zwei- oder drei Dimensionen ausreichen würden. Folglich lässt sich ein Rechtssystem heut-

zutage nicht mehr einfach abbilden, sondern nur durch eigenes Denken erfassen.¹⁰

2. Die *gesamtwirtschaftliche Richtigkeit* als das Grundprinzip des Wirtschaftsrechts berührt, wie sich gezeigt hat, eine ganze Reihe von anderen Systembereichen, ohne diese aber aus ihrem Zusammenhang herauszulösen. So bleibt z.B. das gesamte Privatrecht in seinem Kontext unangetastet, auch wenn der Austauschvertrag als Element des Wettbewerbs innerhalb des Wirtschaftsrechts eine besondere Aufgabe hat.¹¹ Ebenso kann sich das Gesellschaftsrecht weiter nach seinen Vorgaben entwickeln, auch wenn es im Wirtschaftsrecht als Teil des Unternehmensrecht erscheint.¹² Auch das Verfassungs- und das Verwaltungsrecht leben in ihrer Eigenständigkeit ungestört weiter, obwohl sie im Wirtschaftsrecht besondere Aufgaben zu übernehmen haben.

3. Obwohl sich das Wirtschaftsrecht nach alledem *nicht ganz leicht erfassen* lässt, kann niemand mehr seine Existenz als eigenes Rechtsgebiet bestreiten. Wollte man es ignorieren und seine Phänomene nach dem (Wandtafel-)System des 19. Jahrhunderts im Privatrecht oder im öffentlichen Recht suchen, so würde dies zu großen praktischen und theoretischen Irrwegen führen, vor allem dem Grundgedanken der gesamtwirtschaftlichen Richtigkeit keinen Platz lassen. Ähnlich wie die Computer nicht mehr mit den Instrumenten und Erfahrungen des traditionellen Maschinenbaus erfasst werden können, ist das moderne Rechtssystem und besonders das Wirtschaftsrecht als eines seiner Zentralgebiete nur mit akribischem Denken und mit einiger Mühe zu begreifen.

¹⁰ Vgl. dazu des Näheren Rittner Über die Notwendigkeit des rechtssystematischen Denkens, in: FS für K.W. Nörr, 2003 S. 804.

¹¹ Vgl. dazu des Näheren Rittner Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188 (1988) 101.

¹² Vgl. dazu des Näheren Rittner Unternehmensrecht und Unternehmerfreiheit, 1998, S. 87, 104.

Kartellverbot und Ausschließlichkeitsbindungen bei Alleinvertriebsvereinbarungen nach der sechsten Kartellrechtsnovelle

Neuere Tendenzen bei der Abgrenzung zwischen § 1
und § 16 GWB unter Berücksichtigung der „Schirm“-GFVO
(EG Nr. 2790/1999)

CARSTEN SCHÄFER

I. Einführung

Die Neufassung des Kartellverbots in § 1 GWB durch die sechste Kartellrechtsnovelle¹ hat alsbald zu Diskussionen darüber geführt, ob hieraus Konsequenzen für seine Anwendung auf Vertikalvereinbarungen zu ziehen sind. Bekanntlich unterscheidet das deutsche Kartellrecht, anders als Art. 81 EG, zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, indem es nur Kartelle per se verbietet, die Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen dagegen überwiegend nur einer Mißbrauchskontrolle unterwirft (§ 16 GWB), womit es auf deren wettbewerbspolitische Ambivalenz Rücksicht nimmt.² An dieser strengen Unterscheidung zwischen verbotenen horizontalen und – in ihren wichtigsten Fällen nach § 16 – bloß verbotbaren vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen hat der Gesetzgeber nichts verändern wollen.³ Dennoch hat sich alsbald ein Streit namentlich zwischen Karsten Schmidt⁴ und Fritz Rittner⁵ darüber erhoben, ob die bisherige Linie von Rechtsprechung und hL der Sache nach fortgeführt werden kann, derzufolge horizontale von vertikalen Beschränkungen anhand des Tatbestandsmerkmals „zu einem gemeinsamen Zweck“ abgegrenzt wurden, weil eben dieses Merkmal durch das Erfordernis eines

¹ BGBl. I 1998, S. 2546 ff., in kraft seit 1. 1. 1999.

² Zur Effektivitätssteigernden Wirkung von Ausschließlichkeitsvereinbarungen in vertikalen Vertriebssystemen etwa Möschel EuZW 1995, 817, 818; Dreher WuW 1994, 881, 901; Fritsche ZHR 160 (1996) 31, 45 f.; van den Bergh/Camesasca WuW 1998, 1147, 1153.

³ BegrRegE, BT-Drucks. 13/9720, S. 31.

⁴ Karsten Schmidt in FS Sandrock, 2000, 833 und WuW 2000, 1199.

⁵ Rittner WuW 2000, 696 und 1204, s. a. dens. Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Aufl. 1999, § 7 Rn 16.