

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 81

herausgegeben

von Professor Dr. Dr. Georg RESS
und Professor Dr. Michael R. WILL

Professor Dr. Kurt MARKERT

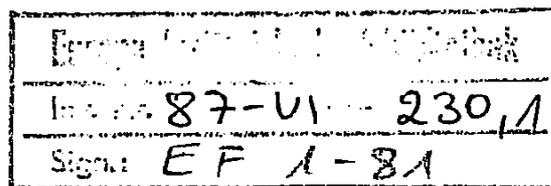
M.C.J. (New York University)

Direktor beim Bundeskartellamt in Berlin
Honorarprofessor an der Freien Universität Berlin

US - ANTITRUSTRECHT 1987

Stand und Entwicklungstendenzen

aus der Sicht eines deutschen Kartellrechtsanwenders



Zehnter Vortrag im Rahmen einer Ringvorlesung über
"Recht, Rechnungslegung, Steuern und Wirtschaftsprüfung in den USA"
– veranstaltet im Fachbereich 2 – Wirtschaftswissenschaft vom
University of Michigan Alumni Club of West Germany
in Zusammenarbeit mit dem Europa-Institut
(22. Januar 1987)

Inhaltsübersicht

	Seite
I. Die Bedeutung des Antitrustrechts für das deutsche Kartellrecht	7
II. Allgemeiner Überblick über das Antitrustrecht	10
1. Der Sherman Act	11
2. Der Clayton Act	12
3. Der Federal Trade Commission Act	13
4. Antitrustbehörden	14
5. Ausnahmegesetze	15
6. Das einzelstaatliche Antitrustrecht	16
7. Anwendung auf internationale Wettbewerbsbeschränkungen	17
8. Fazit	18
III. Schwerpunkte des materiellen Antitrustrechts	20
1. Kartelle und Vertikalbindungen	20
2. Preisdiskriminierungen nach dem Robinson-Patman Act	27
3. Die Monopolisierung	30
4. Unternehmenszusammenschlüsse	34
IV. Resümee	43

Zu den Pionierleistungen der USA für die Rechtsentwicklung in der Welt gehört sicher auch das Kartellrecht. Zwar lassen sich in anderen Rechtsordnungen noch ältere Regelungen gegen Kartellbildungen und sonstige Beschränkungen des Wettbewerbs feststellen, z.B. das während der französischen Revolution erlassene Kartellverbot der Loi le Chapelier von 1791 ¹⁾. Aber die Entwicklung des modernen Kartellrechts als wirtschafts- und gesellschaftspolitisches Programm mit systematischer, hoheitlicher Durchsetzung beginnt erst mit dem ersten amerikanischen Kartellgesetz von 1890, dem Sherman Act ²⁾. Da sich dieses Gesetz besonders gegen die Trustbildung richtete, hat sich der Begriff Antitrustrecht als Sammelbegriff für das gesamte Kartellrecht der USA herausgebildet, obwohl die Trusts, jedenfalls in ihrer damaligen Form, inzwischen nur noch eine historische Episode darstellen ³⁾.

Obwohl seit dem Inkrafttreten des Sherman Act inzwischen fast 100 Jahre vergangen sind und seitdem weitere wichtige Antitrustgesetze hinzugekommen sind, ist es auch heute noch richtig, im Sherman Act gewissermaßen das Grundgesetz des amerikanischen Kartellrechts zu sehen. So ist es verständlich, wenn bereits jetzt das bevorstehende hundertjährige Bestehen dieses Gesetzes in den USA zum Anlaß genommen wird, über den Sinn und Zweck des Antitrustrechts, seine bisherige "Erfolgsbilanz" und seine künftige Orien-

1) Näheres hierüber in Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, 1986, S. 3885.

2) Alle Antitrustgesetze des Bundes sind abgedruckt in: Commerce Clearing House (CCH), Trade Regulation Reporter, Bd. 4, S. 30,001. Die wichtigsten Vorschriften sind auch abgedruckt im Frankfurter Kommentar, 2. Aufl., Ausland Tz. 110 ff.

3) Zur Entflechtung des offenbar bedeutendsten "Trusts" der damaligen Zeit, des Standard Oil-Trusts: Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911)

tierung erneut nachzudenken ⁴⁾. Dies schließt an die in den USA schon seit einer Reihe von Jahren im Gang befindliche Grundsatzdiskussion an, deren Auslöser vor allem die unter der Bezeichnung Chicago-Schule zusammengefaßte wirtschaftswissenschaftliche Denkrichtung war ⁵⁾. Aber auch neuere Ergebnisse empirischer ökonomischer Forschung und die Erfahrungen mit der Anwendung des Antitrustrechts in den letzten zwei Jahrzehnten haben dazu beigetragen, daß heute in den USA verbreiteter als früher von einer Krise dieses Rechts gesprochen wird und seine fundamentalistischen Kritiker zahlreicher und lautstärker geworden sind ⁶⁾. Zur Veränderung des generellen Klimas hat aber insbesondere der sich stark am Gedankengut der Chicago-Schule orientierende wettbewerbspolitische Kurs der Reagan-Administration beigetragen. Zwar sind ihre Versuche, Gesetzgebung und Rechtsprechung in ihrem Sinne umzugestalten, im wesentlichen ohne Erfolg geblieben. Aber auf die Aufgreifpraxis der beiden auf Bundesebene zuständigen Vollzugsbehörden - der Antitrustabteilung des Department of Justice und der Federal Trade Commission - hat dieser Kurs schon nach kurzer Zeit voll durchgeschlagen, was man z.B. an deren großzügiger Haltung gegenüber der Welle von Großfusionen in den letzten Jahren ersehen kann ⁷⁾.

4) So in einer Aufsatzreihe im Antitrust Bulletin Bd. 31, 287 ff. (1986).

5) Zur Chicago-Schule im einzelnen: Schmidt/Rittaler. Die Chicago School of Economic Analysis, 1986.

6) Vgl. z.B. McChesney, Law's Honor lost: The Plight of Antitrust, Antitrust Bulletin Bd. 31, 359 ff., der argumentiert, das Antitrustrecht habe seine Ehre und damit eigentlich auch seine Existenzberechtigung verloren.

7) Nach einer Berechnung des Vorsitzenden des Antitrustunterausschusses des Senats, Metzenbaum, haben sich die 18 größten Zusammenschlüsse in der Geschichte der USA während der Zeit der Reagan-Administration ereignet.

I. Die Bedeutung des Antitrustrechts für das deutsche Kartellrecht

Diese "Wende" in der Antitrustpraxis und das Aufkommen der "Chicago-Schule" ist auch auf die wettbewerbspolitische Diskussion in der Bundesrepublik nicht ohne Einfluß geblieben und hat die Rolle des amerikanischen Beispiels in dieser Diskussion verändert. Bis noch vor wenigen Jahren stand die vergleichende Beschäftigung mit dem amerikanischen Antitrustrecht fast immer unter dem Vorzeichen, Argumentationshilfe für die Einführung und später den weiteren Ausbau des eigenen Rechts sowie die Ausschöpfung seiner Möglichkeiten in der Anwendungspraxis zu gewinnen. Diese Blickrichtung hat in der deutschen Kartellrechtentwicklung eine lange Tradition. So ist z.B. schon in der Zeit vor dem ersten Weltkrieg bei den Versuchen zur Einführung einer deutschen Kartellgesetzgebung auch auf das Beispiel des Sherman Act verwiesen worden⁸⁾. Seinen stärksten Einfluß als anregendes Beispiel gewann das amerikanische Antitrustrecht jedoch erst in der Zeit nach dem zweiten Weltkrieg. Ursächlich dafür war allerdings weniger die Einführung des dem Antitrustrecht nachgebildeten Besatzungskartellrechts in den westlichen Besatzungszonen, denn dieses Recht ist - anders als in Japan - schon bald nach Ende des Besatzungsregimes durch ein deutsches Kartellgesetz abgelöst worden. Aber das schließlich 1957 nach jahrelangem politischem Tauziehen als Kompromiß verabschiedete Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) blieb - gemessen am Erhard'schen Regierungsentwurf und erst recht am neoliberalen Programm der Freiburger Schule - nur Stückwerk⁹⁾. Insbesondere scheiterte Erhard mit seinem Vorschlag, in das neue Gesetz auch Fusionskontrollvorschriften aufzunehmen. Gerade dies hat nach der Verabschiedung des GWB immer

8) Vgl. Blaich, Kartell- und Monopolpolitik im Kaiserlichen Deutschland, 1973, S. 253.

9) Zur Entstehungsgeschichte des GWB von 1957: Robert, Konzentrationspolitik in der Bundesrepublik - Das Beispiel der Entstehung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1976.

wieder Anlaß gegeben, unter Hinweis auf das amerikanische Beispiel weitere Verbesserungen zu fordern ¹⁰⁾, zumal nach dem Erlaß des Celler-Kefauver Act von 1950 die amerikanische Fusionskontrolle wesentlich verschärft worden war. Aber auch nach der Einführung der deutschen Fusionskontrolle im Jahre 1973 behielt das amerikanische Antitrustrecht einschließlich der Erfahrungen mit seiner Anwendung seine exemplarische Bedeutung. Das läßt sich z.B. daran ersehen, daß das Bundeskartellamt die für die Untersagung des konglomeraten Zusammenschlusses GKN/Sachs geltend gemachte und vom Bundesgerichtshof schließlich akzeptierte Abschreckungstheorie ¹¹⁾ auch auf den zuvor in der amerikanischen Antitrustrechtsprechung, z.B. in der Supreme Court-Entscheidung von 1967 im Fall Procter & Gamble ¹²⁾, entwickelten "entrenchment"-Ansatz gestützt hat ¹³⁾.

Waren es damals die an einer besonders aktiven deutschen Kartellrechtspolitik nicht besonders interessierten Wirtschaftskreise und ihre ökonomischen und juristischen Berater, die den Erkenntniswert des amerikanischen Beispiels meistens mit dem pauschalen Hinweis in Frage stellten, die Verhältnisse seien nicht vergleichbar, so wird neuerdings gerade von dieser Seite auf dieses Beispiel verwiesen, um angesichts der inzwischen dort eingetretenen Veränderungen

10) Vgl. z.B. Günther, Zehn Jahre Bundeskartellamt: Rückblick und Ausblick, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, 1968, 11, 24ff.

11) BGHZ 71, 102 = WuW/E BGH 1501 "Kfz-Kupplungen".

12) 386 U.S. 568 (1967). Vgl. auch Markert, Beurteilungspunkte diagonaler Zusammenschlüsse anhand amerikanischer Fälle, in: Wettbewerb im Wandel, Festschrift für E. Günther, 1976, S. 407 ff.

13) Dazu umfassend: Hellman, Entrenchment under Section 7 of the Clayton Act: An Approach to Conglomerate Mergers, Loyola University Law Journal Bd. 13, 225 ff. (1982).

entsprechende Konsequenzen für die Wettbewerbspolitik und das Kartellrecht in der Bundesrepublik zu fordern. Wie berechtigt solche Forderungen im Endergebnis auch immer sein mögen, sich mit dem pauschalen Argument der fehlenden Vergleichbarkeit der Verhältnisse ihrer Diskussion entziehen zu wollen, wäre ebenso verfehlt wie früher unter umgekehrten Vorzeichen. Es gilt vielmehr, sich dieser Herausforderung zu stellen und sich mit ihr argumentativ auseinanderzusetzen. Nur was sich auf diese Weise auch gegen neue theoretische Gegenargumente und praktische Erfahrungen behaupten kann, wird letztlich auf Dauer Bestand haben können.

Die Beschäftigung mit dem amerikanischen Antitrustrecht und dem ihm zugrundeliegenden politischen und wissenschaftlichen Gedankengut ist deshalb aus deutscher Sicht nicht nur ein rechtstechnisches Anliegen für in den USA tätige und dort mit diesem Recht direkt konfrontierte deutsche Unternehmen und ihre juristischen Berater, sondern Aufgabe für jeden, der als Politiker, Rechtspraktiker oder Wissenschaftlicher mit der Gestaltung und Anwendung des deutschen Kartellrechts befaßt ist. Gewiß muß jedes System seine eigenen Lösungen finden und verantworten und kann fremde Modelle nicht einfach kopieren. Aber dies setzt ein ausreichendes Problembewußtsein, das Stellen richtiger Fragen, das Erkennen der möglichen Entscheidungsalternativen und ihrer jeweiligen Vor- und Nachteile sowie die Verwertung aller verfügbaren praktischen Erfahrungen voraus. Das amerikanische Antitrustrecht als das älteste und in seinem Anwendungsbereich umfassendste Kartellrecht in der Welt mit dem bei weitem größten Fundus an Anwendungserfahrung und der intensivsten rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Durchdringung der Materie kann hierbei von allen Systemen in der Welt die beste Hilfestellung leisten. Die im Rahmen des deutschen Kartellrechts zu treffenden Entscheidungen mögen im Endergebnis nicht selten oder sogar überwiegend anders ausfallen. Sie sollten aber in jedem Falle in Kenntnis dessen getroffen werden, was die wichtigsten anderen Systeme in der Welt, ins-

besondere das amerikanische Antitrustrecht, an praktischen Erfahrungen und wissenschaftlichen Erkenntnissen zur Verfügung stellen.

II. Allgemeiner Überblick über das Antitrustrecht

Seit dem Erlaß des Sherman Act im Jahre 1890 ist die Antitrustgesetzgebung bis in die jüngste Zeit hinein immer wieder ergänzt und modifiziert worden. In der letzten Legislaturperiode des Kongresses hatte die Reagan-Administration nicht weniger als fünf neue Antitrustgesetzentwürfe eingebracht, von denen allerdings kein einziger verabschiedet wurde ¹⁴⁾. Auf der anderen Seite kam der Rechtsprechung angesichts der gerade in den grundlegenden Bestimmungen häufig nur sehr allgemeinen, generalklauselartigen Gesetzesformulierungen von vornherein eine besondere Rolle bei der Bestimmung der konkreten rechtlichen Maßstäbe zu. Ohne nähere Befassung mit der Entscheidungspraxis der zuständigen Bundesgerichte, insbesondere des als Revisionsinstanz fungierenden Supreme Court, ist es deshalb nicht möglich, genaueren Aufschluß über die Rechtslage zu gewinnen. Dies wird allerdings dadurch erschwert, daß der nur aus einem einzigen Senat bestehende Supreme Court durch ein sehr strenges Auswahlverfahren nur eine ganz geringe Zahl von Revisionen gegen Antitrustentscheidungen von Instanzgerichten annimmt. Auch läßt sich häufig nicht eindeutig feststellen, inwieweit aus seinen Einzelfallentscheidungen fallübergreifende Folgerungen gezogen werden können. Die Auffassung des Supreme Court zu einzelnen Rechtsfragen verläuft auch nicht immer gradlinig. So hat er z.B. seine Rechtsprechung zu den nicht preisbezogenen vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen 1977 grundlegend geändert ¹⁵⁾. Solche

14) Hölzler, Die Reagan-Administration hat im Kongreß ein großes Novellen-Paket zur Reform der Kartellgesetze eingebracht, Handelsblatt v. 15.4.1986, S. 6.

15) Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977).

Entwicklungen in der Rechtsprechung spiegeln natürlich neben personellen Veränderungen in der Richterschaft und zunehmender Erfahrung durch die ständig anwachsende Zahl der entschiedenen Fälle auch den Wandel des Antitrust-"Zeitgeistes" wider.

1. Der Sherman Act

Der Sherman Act von 1890 hatte zunächst nur zwei Arten wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens verboten: die kollektive Wettbewerbsbeschränkung durch Vertrag ("contract"), sonstiges Zusammenwirken ("combination" einschließlich der Bildung von "trusts") oder Konspiration und die individuelle oder kollektive Monopolisierung ("monopolizing") und deren Versuch. Daneben sah er lediglich Regelungen über Sanktionen in der Form von Kriminalstrafen, gerichtlichen Untersagungsverfügungen und zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen bis zur dreifachen Höhe des tatsächlichen Schadens vor. Mit dieser außerordentlich knappen, besonders stark general-klauselartigen Regelungsmethode sind die Art. 1 und 2 des Sherman Act jedenfalls insoweit den Art. 85 und 86 EWGV vergleichbar, nach denen kollektive Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen sowie die mißbräuchliche Ausnutzung marktbeherrschender Stellungen ebenfalls generell verboten sind. Allerdings gelten diese Verbote schon nach anderen Bestimmungen des EWGV nicht uneingeschränkt, z.B. nach Art. 42 nicht für die Landwirtschaft. Darüber hinaus sehen Art. 85 Abs. 3 die Möglichkeit von Einzelfallausnahmen und Gruppenfreistellungen vom Verbot des Art. 85 Abs. 1 und Art. 87 Abs. 2 Buchstabe c) eine Befugnis des Rates vor, im Verordnungswege den Anwendungsbereich der Art. 85 und 86 für einzelne Wirtschaftszweige einzugrenzen, wovon z.B. für den Bereich des Verkehrs Gebrauch gemacht wurde ¹⁶⁾. Die Ver-

16) VO 1017/68, ABl. 1968 L 175/1.

gleichbarkeit von Art. 2 Sherman Act mit Art. 86 EWGV ist schließlich dadurch begrenzt, daß das Konzept des versuchten oder vollendeten "monopolizing" über den Begriff des Mißbrauchs von marktbeherrschender Macht hinausgeht und die Sanktion auch die Möglichkeit der Entflechtung von Unternehmen einschließt, wie z.B. das 1982 mit einer Teilentflechtung abgeschlossene Verfahren gegen den Telefonkonzern AT&T veranschaulicht ¹⁷⁾.

2. Der Clayton Act

Von den weiteren Antitrustgesetzen ist an erster Stelle der Clayton Act von 1914 einschließlich seiner verschiedenen Novellierungen zu nennen. Seine wichtigsten materiellrechtlichen Regelungen sind: in Art. 2 ein durch den Robinson-Patman Act von 1936 verschärftes allgemeines Preisdiskriminierungsverbot, in Art. 3 ein Verbot von Ausschließlichkeitsvereinbarungen, die eine erhebliche Verringerung des Wettbewerbs oder das Entstehen eines Monopols erwarten lassen, und in Art. 7 in der Fassung des Celler-Kefauver Act von 1950 ein Verbot von Unternehmenszusammenschlüssen, die sich in der gleichen Weise wettbewerblich auswirken. Das Verbot des Art. 7 Clayton Act ist durch den Hart-Scott-Rodino Act von 1976 um einen Art. 7 A erweitert worden, der eine vorherige Anmeldepflicht für größere Zusammenschlüsse, Wartefristen für den Vollzug durch die Unternehmen sowie die Möglichkeit einstweiliger gerichtlicher Vollzugsverbote über die gesetzlichen Wartefristen hinaus vorsieht ¹⁸⁾. Durch diese Ergänzung ist das Fusionskontrollverfahren in den USA an das präventive System des § 24 a GWB stark angenähert worden. Bei den Anmeldekriterien und der Dauer der Fristen bestehen allerdings noch erhebliche Unterschiede, Insbesondere

17) Dazu im einzelnen: Wieland, die Entflechtung des amerikanischen Fernmeldemonopols, 1985.

18) Zu den Einzelheiten des amerikanischen Systems: Neue US-Fusionskontrolle, DIHT-Schriftenreihe, 1983, Heft 207.

schließt der Umstand, daß die Antitrust Division oder die FTC vor Ablauf der Wartefristen in einem Einzelfall nicht intervenieren, anders als nach dem GWB ein späteres Aufgreifen des Falles nicht aus.

3. Der Federal Trade Commission Act

Faktisch zu den Antitrustgesetzen ist schließlich auch der ebenfalls 1914 erlassene Federal Trade Commission Act zu rechnen, durch den eine von der Administration unabhängige Kommission aus fünf Mitgliedern mit einem eigenen Verwaltungsapparat eingesetzt und nach Art. 5 mit dem durch spätere Novellierungen noch erweiterten, sehr breiten Mandat ausgestattet wurde, gegen "unfaire Wettbewerbsmethoden" ("unfair methods of competition") und "unfares oder irreführendes Verhalten im Wirtschaftsverkehr" ("unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce") vorzugehen. Dazu gehören neben unlauteren Wettbewerbshandlungen und irreführender Werbung auch Verstöße gegen die Antitrustgesetze. Nach einer Entscheidung des Supreme Court von 1972 kann die FTC sogar schon im Vorfeld des Verbotsbereichs der Antitrustgesetze tätig werden, ohne daß die Voraussetzungen eines Verstoßes im einzelnen nachgewiesen sein müssen ¹⁹⁾. Wie weit allerdings diese Befugnis tatsächlich über die Verbote des Sherman Act und Clayton Act hinausgeht, ist umstritten. Ein 1981 unternommener Versuch der FTC, auf diesem Wege in die Grauzone zwischen nach Art. 1 Sherman Act verbotenem abgestimmten Verhalten und zulässigem Parallelverhalten einzudringen und das in engen Oligopolen mit homogenen Massengütern immer wieder zu beobachtende Zusammenspiel bei Preiserhöhungen durch sehr frühzeitige Vorankündigung ("price signalling") oder sonstige Hilfsmittel zur Sicherstellung eines einheitlichen Vorgehens der Unter-

19) FTC v. The Sperry & Hutchinson Co., 405 U.S. 233 (1972).

nehmen ("facilitating devices") als "unfaire Wettbewerbsmethode" zu verbieten, ist später wieder aufgegeben worden²⁰⁾. Derzeit geht die Tendenz eher wieder dahin, in kartellrechtlicher Hinsicht in Art. 5 lediglich eine Kompetenznorm zu sehen, damit die FTC gegen Verstöße gegen den Sherman Act und den Clayton Act in eigener Zuständigkeit vorgehen kann.

4. Antitrustbehörden.

Die Einsetzung der FTC und die Erstreckung ihres Mandats auf die Verfolgung von Antitrustverstößen hat dazu geführt, daß für nahezu das gesamte Antitrustrecht auf Bundesebene zwei voneinander unabhängige Verfolgungsbehörden zuständig sind. Nur für die strafrechtliche Verfolgung ist eine Zuständigkeitsüberschneidung ausgeschlossen, weil insoweit allein die Antitrust Division des Justizministeriums zur Klageerhebung befugt ist. Umgekehrt hat die FTC für einige Randbereiche die ausschließliche Kompetenz, so für die Festlegung der Einzelheiten für die Fusionsanmeldungen und für Exportkartelle. Zwischen beiden Behörden herrscht jedoch Einvernehmen, daß im Überschneidungsbereich nur jeweils eine Behörde in einem bestimmten Einzelfall tätig werden soll. Zu diesem Zweck haben sie für jede Behörde bestimmte Schwerpunktbereiche festgelegt. So gehört z.B. die Anwendung des Preisdiskriminierungsverbots des Robinson-Patman Act traditionell zum Kompetenzbereich der FTC, ebenso der Mineralölsektor. Soweit keine generelle Kompetenzaufteilung besteht, einigen sich die Spitzen beider Behörden kurzfristig auf ad-hoc-Basis, welche Behörde im Einzelfall tätig wird. Die Doppelzuständigkeit beider Behörden gehört sicher zu den umstrittensten Punkten des Antitrustrechts. Forderungen an den Gesetzgeber, der FTC ihre Antitrustzuständigkeit entweder ganz zu nehmen oder jedenfalls eine klare gesetzliche Kompetenzabgrenzung einzuführen, werden

20) E.I. Du Pont de Nemours v. FTC, 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984).

zwar immer wieder erhoben, scheinen aber auch aus heutiger Sicht nicht besonders aussichtsreich zu sein ²¹⁾.

5. Ausnahmegesetze

Bei den übrigen Antitrustgesetzen handelt es sich um eine große Zahl von Maßnahmegesetzen, die für einzelne Wirtschaftszweige, Verhaltensweisen oder Krisensituationen mehr oder weniger weitgehende Ausnahmen vom allgemeinen Antitrustrecht vorsehen ²²⁾. Erwähnt seien nur der Webb-Pomerene Act von 1918 und der Export Trading Company Act von 1982 über Wettbewerbsbeschränkungen im Export, der Capper-Volstead Act von 1922 über eine weitgehende Freistellung landwirtschaftlicher Kooperationsformen, der McCarran-Ferguson Act von 1945 über die Freistellung der Versicherungsbranche, der Newspaper Preservation Act von 1970 zur Erleichterung von Kooperationen von Zeitungsverlagen, der Soft Drink Interbrand Competition Act von 1980 über die Zulassung ausschließlicher Vertriebsgebiete beim Absatz von "soft drinks", der National Cooperative Research Act von 1984 über die Erleichterung von Kooperationen bei Forschung und Entwicklung und der Local Government Antitrust Act von 1984 über die Beschränkung von Schadensersatzansprüchen gegen Gemeinden und andere kommunale Institutionen, soweit diese in Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben tätig werden. Weitere Einschränkungen ergeben sich aus den trotz aller bisherigen Deregulierung immer noch in einigen Wirtschaftsbereichen vorhandenen Regulierungssystemen, z.B. in der Energieversorgung. Wer mit den Freistellungsverordnungen der EG zu Art. 85 EWGV und den Ausnahmenvorschriften der §§ 2 - 8 GWB für Kartelle und §§ 99 - 103 GWB für die sog. Ausnahmebereiche im einzelnen vertraut

21) Vgl. z.B.: Hobbs, Antitrust in the Next Decade - a Role for the Federal Trade Commission?, Antitrust Bulletin Bd. 31, 451 ff. (1986).

22) Diese Gesetze sind abgedruckt in CCH-Trade Regulation Reporter, Bd. 4, S. 30,001 ff.

ist, wird - jedenfalls im Ansatz - in dieser Aufzählung zahlreiche Parallelen erkennen. Die sicher sehr interessante Frage, auf welcher Seite des Atlantiks diesen Ausnahmen in ihrer Gesamtheit das größere wirtschaftliche Gewicht zukommt, soll hier nicht weiter vertieft werden.

6. Das einzelstaatliche Antitrustrecht

Außer dem Nebeneinander zweier Behörden beim Vollzug des Bundesantitrustrechts gibt es auch noch ein Nebeneinander mit dem in vielen Bundesstaaten bestehenden, dem Bundesrecht mehr oder weniger entsprechenden einzelstaatlichen Antitrustrecht, für dessen Vollzug die Behörden und Gerichte der jeweiligen Staaten zuständig sind²³⁾. Der verfassungsrechtliche Spielraum für das einzelstaatliche Antitrustrecht ergibt sich aus Art. 1 Abs. 8 Nr. 3 der Bundesverfassung, der für den Bereich der Wirtschaft die Regelungskompetenz des Bundes auf den Außenhandel und den zwischenstaatlichen Handel beschränkt. Entsprechende Begrenzungsklauseln sind in den einzelnen Bundesantitrustgesetzen enthalten. Die Parallelität zur Situation in der EG, wo eine vergleichbare Kompetenzaufteilung besteht und Gemeinschafts- und nationales Kartellrecht nebeneinander existieren, liegt auf der Hand. Die Problematik dieses Nebeneinander ist allerdings in den USA sowohl rechtlich wie praktisch weit weniger komplex als in der EG, weil die Rolle der amerikanischen Einzelstaaten für die Wirtschaftspolitik und der Anwendungsbereich ihrer Kartellrechte wesentlich kleiner ist als das, was in der EG jedenfalls für größere Mitgliedstaaten wie die Bundesrepublik gilt²⁴⁾.

23) Die Gesetze sind abgedruckt in CCH-Trade Regulation Reporter, Bd. 4, S. 35, 001 ff.

24) Vgl. dazu: Schwartz, Das Verhältnis des einzelstaatlichen zum Bundesantitrustrecht, ZHR 126, 254 ff. (1962). Zur Rolle des Bundesantitrustrechts als Begrenzung für wettbewerbsbeschränkende einzelstaatliche Gesetze: California Retail Liquor Assn. v. Midcal Aluminium, Inc., 445 U.S. 97 (1980); Liquor Corp. v. Duffy, 52 ATRR 96 (1987).

7. Anwendung auf internationale Wettbewerbsbeschränkungen

Ein wichtiger Aspekt ist auch die internationale Reichweite des amerikanischen Antitrustrechts. Die Verbote des Sherman Act gelten ausdrücklich auch für den amerikanischen Außenhandel, so daß auch die Exporttätigkeit amerikanischer Unternehmen erfaßt ist, soweit nicht, wie für nationale Exportkartelle, sondergesetzliche Ausnahmen bestehen. Darüber hinaus gilt auf der Grundlage von Gerichtsentscheidungen für das gesamte Antitrustrecht das Auswirkungsprinzip ("effects doctrine")²⁵⁾. Danach reicht es für die Anwendbarkeit des Antitrustrechts aus, wenn sich ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten auf dem amerikanischen Inlandsmarkt auswirkt, wobei allerdings die neuere Tendenz dahin geht, nur erhebliche und vorhersehbare Auswirkungen auf den Inlandswettbewerb als relevant anzusehen²⁶⁾. Faktisch entspricht dies der Rechtslage nach § 98 Abs. 2 GWB, obwohl dessen Wortlaut eine solche Einschränkung nicht enthält²⁷⁾, und wohl auch dem Kartellrecht des EWG-Vertrages²⁸⁾. Amerikanische Behörden und Gerichte waren allerdings in der Vergangenheit wesentlich energischer als Bundeskartellamt und EG-Kommission in der praktischen Durchsetzung des Auswirkungsprinzips gegen

25) Vgl. dazu Shenefield, Jurisdictional Conflicts arising from Antitrust Enforcement, 54 Antitrust L.J. 751 ff.; Neale, Jurisdictional Conflicts arising from Antitrust Enforcement, 54 Antitrust L.J. 761 ff.; Beck, Die extraterritoriale Anwendung nationalen Wettbewerbsrechts unter besonderer Berücksichtigung länderübergreifender Fusionen, 1986, S. 64 ff.

26) So auch die Entwürfe für das Restatement of the Foreign Relations Law of the United States (Revised). Vgl. Meessen, Antitrust Jurisdiction under Customary International Law, 78 Am. J. Int'l Law 783 (1984).

27) Vgl. z.B. KG WuW/E OLG 3051, 3053 ff. "Morris Rothmans"; Beck, Fn. 25, S. 96 ff.

28) Vgl. Langen, Kommentar zum Kartellgesetz, 6. Aufl., § 98 Rz. EG 69 ff.

ausländische Unternehmen, was immer wieder zu politischen Konflikten mit einzelnen Heimatstaaten betroffener Unternehmen und in einigen Fällen sogar zum Erlaß von Abwehrgesetzen ("blocking statutes")²⁹⁾ geführt hat. Ein neueres Beispiel für einen solchen Konflikt ist das Verfahren gegen eine Reihe europäischer Fluggesellschaften, darunter auch die Lufthansa, wegen ihrer koordinierten Abwehrmaßnahmen gegen das schließlich in Konkurs gegangene englische Billigflug-Unternehmen Laker Airways³⁰⁾. Die Möglichkeiten der US-Administration, sich in derartigen Fällen mit den betroffenen anderen Staaten zu arrangieren, sind auf die von ihr selbst anhängig gemachten Klageverfahren begrenzt. Dagegen kann sie in Zivilverfahren nur versuchen, durch eine Intervention als "amicus curiae" im Wege des Zuredens die Gerichte zu einer vernünftigen Linie bei der Inanspruchnahme ihrer Zuständigkeit und Ermittlungsbefugnisse gegen ausländische Unternehmen zu bewegen. Einige Instanzgerichte haben sich auch bereits zu einer diesem Ziel dienenden "jurisdictional rule of reason" bekannt³¹⁾. Gesetzgeberische Versuche, die derzeit noch sehr unterschiedlichen Kriterien in der Rechtsprechung zu vereinheitlichen und für alle Gerichte verbindlich zu machen - dies sah auch einer der fünf 1986 von der Reagan-Administration im Kongreß eingebrachten Gesetzentwürfe, die Foreign Trade Antitrust Improvements Bill, vor - haben bisher jedoch noch nicht zu Ergebnissen geführt.

8. Fazit

Der vorstehende Überblick über das Gesamtsystem des amerikanischen Antitrustrechts zeigt, daß es sich um ein vor allem auch im Kräftespiel der maßgeblichen Entscheidungsträger

29) Beck, Fn. 25, S. 80 ff.

30) Laker Airways v. Sabena, 731 F.2d 909 (D.C. Cir. 1984);
Shenefield, Fn. 25, S. 755 f.

31) Näheres dazu bei Beck, Fn. 25, S. 67 ff.

außerordentlich komplexes System handelt, was es gerade für den außenstehenden Beobachter besonders schwer macht, die jeweilige Situation und die voraussichtliche weitere Entwicklung zutreffend einzuschätzen. Die wettbewerbspolitische Linie der Administration und die Aufgreifpraxis der von ihr beeinflussten Verfolgungsbehörden sind hierfür nicht allein maßgebend. Vielmehr müssen daneben auch der nach dem strengen Gewaltenteilungsprinzip der amerikanischen Verfassung der Administration gegenüber völlig eigenständige Kongreß und vor allem die von 91 erstinstanzlichen Bundesgerichten, 11 Berufungsgerichten und dem Supreme Court getragene Rechtsprechung in die Betrachtung mit einbezogen werden. Auf diese kann die Administration zwar durch das verfassungsrechtliche Recht des Präsidenten, die Richter zu nominieren, in gewisser Weise Einfluß nehmen. So sind in den letzten Jahren prominente Vertreter der Chicago-Schule wie Bork, Posner, Easterbrook und vor kurzem auch der frühere Leiter der Antitrust Division, Ginsburg, zu Richtern an Instanzgerichten berufen worden. Aber allein schon die große Zahl der Richterstellen schließt eine kurzfristige Veränderung der Position der Gerichte auf diesem Wege aus. Trotz der genannten und vielleicht noch anderer in die gleiche Kategorie einzuordnender Nominierungen gewinnt man nicht den Eindruck, daß in der gesamten Rechtsprechung der Bundesgerichte die Chicago-Schule dominiert. Bei der Einschätzung der Rolle der Rechtsprechung ist schließlich auch noch zu berücksichtigen, daß es sich bei den materiellrechtlichen Regelungen der Art. 1 und 2 Sherman Act und der Art. 2, 3 und 7 Clayton Act einschließlich der Fusionskontrolle um unmittelbar wirkende Verbotstatbestände handelt, so daß für betroffene Wettbewerber und Kunden der Zivilrechtsweg offensteht 32).

32) Vgl. z.B. zum Klagerecht von Konkurrenten wegen Verstoßes gegen das Fusionsverbot des Art. 7 Clayton Act die Entscheidung des Supreme Court vom 9.12.1986 im Falle *Cargill v. Montfort of Colorado*, 51 ATRR 906 (1986).

Das Nichteingreifen der Verfolgungsbehörden ist deshalb für die an einem möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhalten Beteiligten keine Gewähr, vor Antitrustangriffen sicher zu sein. Die Rolle des Kongresses und der Rechtsprechung ist in neueren deutschen Darstellungen der Entwicklung der amerikanischen Wettbewerbspolitik und des Antitrustrechts in den letzten Jahren häufig zu kurz gekommen. Ihre Einbeziehung in das Gesamtbild läßt die seit dem Amtsantritt der Reagan-Administration eingetretenen Veränderungen weit weniger dramatisch und nicht so einseitig von der Chicago-Schule geprägt erscheinen, als es nach vielen dieser Darstellungen den Anschein hat.

III. Schwerpunkte des materiellen Antitrustrechts

Im folgenden werden die wichtigsten Teilbereiche des materiellen Antitrustrechts und ihre Anwendungsproblematik etwas konkreter dargestellt. Es sind dies das Verbot von Kartellen und Vertikalbindungen (Art. 1 Sherman Act), das Preisdiskriminierungsverbot (Art. 2 Clayton Act i.d.F. des Robinson-Patman Act) und die marktmachtorientierten Regelungen des Monopolisierungsverbots (Art. 2 Sherman Act) und der Fusionskontrolle (Art. 7 Clayton Act).

1. Kartelle und Vertikalbindungen

Mit dem strikten, keine gesetzlichen Ausnahmen vorsehenden Verbotsgrundsatz des Art. 1 Sherman Act hat der Gesetzgeber die schwierige Aufgabe, diesen Grundsatz sinnvoll einzugrenzen, praktisch allein der Einzelfallpraxis der Gerichte überlassen. Der supreme Court hat dazu nach anfänglicher Unsicherheit schließlich in der berühmten Standard Oil-Entscheidung von 1911 ³³⁾ eine grundlegende Weichenstellung

33) Vgl. Fn. 3.

vorgenommen und entschieden, daß grundsätzlich nur "unvernünftige" (unreasonable) Wettbewerbsbeschränkungen unter Art. 1 Sherman Act fallen. Gleichzeitig hat er aber diese "rule of reason" in der Weise wieder eingeschränkt, daß für als besonders wettbewerbsschädlich angesehene Beschränkungstypen ein Verbotstoß praktisch unwiderlegbar zu vermuten ist. Solche damit per se verbotenen Beschränkungen sind nach der Rechtsprechung Preisabsprachen, Marktaufteilungen, kollektive Geschäftsabschlußverweigerungen und Kopplungsvereinbarungen. Die genaue Abgrenzung zwischen Per-se-Verstößen und den Beschränkungen, die nach der "rule of reason" zu beurteilen sind, und die Kriterien für die Entscheidung, ob eine in die zweite Kategorie fallende Beschränkung tatsächlich "unreasonable" ist oder nicht, sind noch immer nicht abschließend geklärt. Beides wird auch durch Entwicklungen in der Rechtsprechung immer wieder modifiziert. Ein besonders illustratives Beispiel dafür sind vertikale Gebiets- und Kundenbeschränkungen, die der Supreme Court 1967 zunächst der Per-se-Kategorie zuordnete, zehn Jahre später dann aber im GTE Sylvania-Fall dem "rule of reason"-Bereich ³⁴⁾.

Unter welchen Voraussetzungen die zuletzt genannten Beschränkungen nach der "rule of reason" gegen Art. 1 Sherman Act verstoßen, ist bisher durch die Rechtsprechung nur wenig geklärt. Die Antitrust Division des Department of Justice hat deshalb 1985, Verwaltungsrichtlinien ("Vertical Restraints Guidelines") aufgestellt, um die Maßstäbe weiter zu konkretisieren ³⁵⁾. Sie hat sich dabei hauptsächlich auf quantitative Kriterien gestützt, mit denen die große Masse der nach Einschätzung der Administration unproblematischen Fälle von vornherein ausgesondert werden sollen, um die

34) Vgl. Fn. 15.

35) Vgl. Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb, (Hrsg.), Vertikale Verträge - US-Guidelines und EG-Kartellrecht, FIW-Dokumentation Heft 7, 1986.

Einzelprüfung auf die wenigen gravierenden Fälle zu konzentrieren. Im Kongreß sind die neuen Richtlinien jedoch überwiegend auf Ablehnung gestoßen, weil dort, wohl nicht ganz zu Unrecht, geargwöhnt wurde, die Administration wolle damit in Wirklichkeit auf kaltem Wege die Position der Chicago-Schule durchsetzen, wonach vertikale Beschränkungen durchweg effizienzsteigernd seien und deshalb ohne Einschränkung zugelassen werden sollten³⁶⁾. In einer 1986 verabschiedeten EntschlieÙung hat sich das Repräsentantenhaus sogar ausdrücklich von den Richtlinien distanziert, da diese die gegenwärtige Rechtslage nicht korrekt wiedergäben. Auch von der Konferenz der Justizminister der Einzelstaaten sind sie einhellig abgelehnt und als unmaßgeblich für die Anwendung des einzelstaatlichen Antitrustrechts bezeichnet worden. Große praktische Bedeutung dürfte diesem Streit allerdings nicht zukommen, da schon seit langem kaum noch Amtsverfahren gegen nicht preisbezogene Vertikalbeschränkungen anhängig gemacht werden und die Klagemöglichkeiten von Privatkägern durch die Richtlinien nicht tangiert werden. Im Ergebnis dürfte die vom Supreme Court gebilligte Unterstellung unter die "rule of reason" auf eine weitgehende Zulassung solcher Beschränkungen ähnlich wie nach § 18 GWB hinauslaufen. Das EG-Kartellrecht ist, vor allem gegenüber Gebietsbeschränkungen, strenger³⁷⁾. Dies erscheint angesichts der noch immer nicht vollendeten Integration der nationalen Märkte zu einem europäischen Binnenmarkt, auch gerechtfertigt.

Die Veränderung der Rechtslage bei den nicht preisbezogenen Vertikalbeschränkungen durch die GTE Sylvania-Entscheidung des Supreme Court von 1977 hat auch zu einer verstärkten Diskussion darüber geführt, ob nicht auch die vertikale

36) Näheres dazu in: Schmidt/Rittaler, Fn. 5, S. 81 ff.

37) Näheres dazu z.B. bei Joerges, Selektiver Vertrieb und Wettbewerbspolitik, GRUR Int. 1984, 222 ff. und 279 ff.

Preisbindung in gleicher Weise der "rule of reason" unterstellt und damit die vom Supreme Court schon 1911 im Dr. Miles-Fall ³⁸⁾ festgelegte Per-se-Beurteilung ebenfalls aufgegeben werden sollte. Vor allem von den Vertretern der Chicago-Schule wird dies mit dem Argument gefordert, aus ökonomischer Sicht sei ein Unterschied zwischen vertikalen Beschränkungen preislicher und nicht preislicher Art nicht ersichtlich; beide seien vielmehr in gleicher Weise für den Wettbewerb auf der Herstellerebene förderlich. Als sich jedoch die Administration 1983 in einem Zivilprozeß in einer amicus curiae-Stellungnahme an den Supreme Court dieser Forderung ausschloß, kam es zu einer scharfen Reaktion des Kongresses, der schließlich in einem Zusatz zum Haushaltsgesetz der Administration verbot, weiterhin bei den Gerichten für die Aufhebung der Per-se-Regel einzutreten. Nach Ansicht des Kongresses lag in der 1975 erfolgten Aufhebung des Miller-Tydings Act von 1937 und des McGuire Act von 1952, die einzelstaatlich zugelassene Preisbindungen als mit dem Bundesantitrustrecht vereinbar erklärt hatten, eine ausdrückliche gesetzgeberische Bestätigung der Per-se-Regel der Dr. Miles-Entscheidung, an die auch die Gerichte gebunden seien.

Der Supreme Court selbst hat in dem Fall, an dem sich der Konflikt entzündete - Monsanto v. Spray Rite ³⁹⁾ -, eine Stellungnahme zu dem Grundsatzstreit aus formalen Gründen vermieden, aber gleichzeitig die Voraussetzungen für die Annahme einer Absprache oder eines abgestimmten Verhaltens zwischen einem Hersteller und den von ihm belieferten Händ-

38) Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911).

39) Monsanto Corp. v. Spray-Rite Service Corp., 465 U.S. 752 (1984). Eine indirekte Bekräftigung der bisherigen Per-se-Beurteilung ergibt sich jedoch aus der Entscheidung des Supreme Court vom 13.1.1987 im Falle Liquor Corp. v. Duffy, oben Fn. 24.

lern präzisiert. Hierfür reiche noch nicht aus, daß der Hersteller bei Verhängung einer Liefersperre gegen einen die empfohlenen Preise unterbietenden Händler vorher Kontakte mit sich darüber bei ihm beschwerenden empfehlungstreuen Konkurrenten dieses Händlers gehabt habe. Der Supreme Court hat damit die sog. Colgate-Doktrin von 1919⁴⁰⁾ erneut bekräftigt, wonach ein Hersteller die Voraussetzungen, unter denen er Händler beliefert einschließlich der Einhaltung empfohlener Wiederverkaufspreise, bekannt geben und bei Nichteinhaltung dieser Voraussetzungen die Belieferung einseitig einstellen darf. In dieser Hinsicht ist das amerikanische Antitrustrecht weniger streng als das GWB, das in § 38 Abs. 1 Nr. 12 vertikale Preisempfehlungen als - wenn auch durch den § 38 a weitgehend wieder eingeschränkten - selbständigen Verbotstatbestand und die zu ihrer Einhaltung verhängten Liefersperrern als verbotene Druckenwendung im Sinne des § 25 Abs. 2, oder unbillige Behinderung bzw. Diskriminierung nach § 26 Abs. 2 behandelt⁴¹⁾. Andererseits ist die amerikanische Per-se-Regel insofern strenger als sie auch für Bücher und Zeitschriften gilt, die nach § 16 ausgenommen sind. In der Nichtanwendbarkeit auf Agentursysteme gehen beide Rechte seit der Telefunken-Entscheidung des Bundesgerichtshofes⁴²⁾ weitgehend konform⁴³⁾.

Auch bei anderen Beschränkungstypen ist offensichtlich in der Rechtsprechung des Supreme Court das letzte Wort über die Zuordnung zum Per-se-Verbot oder dem "rule of reason"-Bereich noch nicht gesprochen. Bei den Kopplungsbindungen hat der Supreme Court 1984 die Per-se-Regel zwar noch mit der

40) United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919).

41) Zur Beurteilung von Liefersperrern nach § 25 Abs. 2 z.B. WuW/E BGH 1246 "Feuerschutzanzüge", nach § 26 Abs. 2 z.B. WuW/E BGH 1391 "Rossignol".

42) WuW/E BGH 2238 = BB 1986, 1666 m.Anm. v. Markert.

43) United States v. General Electric, 272 U.S. 476 (1926); Simpson v. Union Oil Co., 377 U.S. 13 (1964). Dazu Vollmer, Preisbindungen bei kooperativem Warenabsatz, 1985, S. 83 f., 139 ff.

knappten Mehrheit von 5 : 4 Richtern bestätigt, aber nur mit der Einschränkung, daß für die Anwendung des Verbots im Einzelfall nachgewiesen werden müsse, daß das koppelnde Unternehmen mit seinem als Kopplungsinstrument eingesetzten Produkt über eine starke Machtstellung verfügen müsse ⁴⁴⁾. Bei den kollektiven Geschäftsverweigerungen ("group boycotts") ist der Supreme Court in einer Entscheidung von 1985 methodisch in der gleichen Weise vorgegangen ⁴⁵⁾. Zur Entscheidung stand der Ausschluß eines Mitglieds aus einer Einkaufsvereinigung von Händlern. In diesem Zusammenhang hat der Supreme Court auch ausgeführt, daß solche Vereinigungen in der Regel keine nach Art. 1 Sherman Act verbotenen Kartelle seien. Vielmehr seien sie offensichtlich dazu bestimmt, wirtschaftliche Effizienz zu steigern und Märkte mehr statt weniger wettbewerblich zu machen. Über die erreichbaren Einkaufs- und Lagerhaltungsvorteile seien kleinere Händler in der Lage, ihre Preise zu senken und ein breites Sortiment anzubieten, und könnten auf diese Weise wirksamer mit größeren Händlern konkurrieren. Die gleiche, grundsätzlich positive wettbewerbspolitische Beurteilung von Einkaufsgemeinschaften des Handels galt lange Zeit auch bei der Anwendung des GWB, ist jedoch inzwischen, jedenfalls vorerst, durch das vom Kammergericht bestätigte Vorgehen des Bundeskartellamtes gegen Selex + Tania in Frage gestellt worden ⁴⁶⁾. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes in diesem Fall steht jedoch noch aus. Ebenso ist noch ungeklärt, inwieweit Einkaufsgemeinschaften im Falle ihrer Einstufung als Kartelle im Sinne des § 1 GWB nach den §§ 2 bis 8 freigestellt werden können.

Anhand der Beurteilung der Einkaufsgemeinschaften durch den

44) Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984).

45) Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery & Printing Co., 105 S.Ct. 2613 (1985).

46) WuW/E BKartA 2191; KG WuW/E OLG 3737.

verhältnis kann erst im Rahmen der Freistellungsnormen des Art. 85 Abs. 3 EWGV und der §§ 2 bis 8 GWB erfolgen⁴⁸⁾. Beide Systeme haben ihre Vor- und Nachteile. Dem Vorteil der größeren Flexibilität der amerikanischen "rule of reason" steht der Nachteil größerer Rechtsunsicherheit gegenüber. Umgekehrt ist das europäische System wegen des Erfordernisses einer vorherigen förmlichen Freistellung schwerfälliger, gewährt allerdings im Freistellungsfalle eine größere Rechtssicherheit - auch gegenüber Kartellrechtsangriffen Dritter.

2. Preisdiskriminierungen nach dem Robinson-Patman Act

Ebenso wie Art. 1 Sherman Act hat auch das Preisdiskriminierungsverbot des Art. 2 Clayton Act i.d.F. des Robinson-Patman Act sowohl eine horizontale wie auch eine vertikale Dimension. Zur horizontalen gehört z.B. die "klassische" Situation, mit der im Jahre 1931 im Benrather Tankstellenfall auch das Reichsgericht befaßt war⁴⁹⁾, daß ein überregionaler Anbieter nur in einem Teil seines Marktes seinen Preis senkt, um einen nur dort anbietenden regionalen Konkurrenten zu disziplinieren oder zu verdrängen. Diese Wirkung auf den Wettbewerb auf dem Markt des differenzierenden Unternehmens ("primary line competition") war bereits nach der alten Regelung von 1914 erfaßt und fällt bei Vorhandensein von Marktmacht des Diskriminierers auch unter das Monopolisierungsverbot des Art. 2 Sherman Act. Durch die Preisdifferenzierung eines Anbieters kann aber

48) Zur Frage, ob nicht dennoch schon im Rahmen des Art. 85 Abs. 1 eine begrenzte "rule of reason" in Betracht kommt: P. Ulmer, RIW 1985, 517 ff.; Kevekordes, RIW 1987, 74, 79 f. Im Rahmen des GWB ist die Frage deshalb nicht so vorrangig, weil die nicht preisbezogenen Vertikalbeschränkungen nicht dem Verbotssatz unterstellt sind. "Rule of Reason"-Erwägungen im Rahmen der Anwendung des § 1 GWB entsprechen vor allem die Gründe für die Einschränkung der Anwendung dieser Vorschrift auf Wettbewerbsverbote in Gesellschafts- und Unternehmensveräußerungsverträgen. Vgl. z.B. K.Schmidt, ZHR 149, 1 (1985).

49) RGZ 134, 342.

Supreme Court wird besonders gut erkennbar, daß es bei der Anwendung der "rule of reason" um eine Saldierung der positiven und negativen Auswirkungen des in Betracht stehenden Verhaltens auf den Wettbewerb geht, um das Verbot auf solche Fälle zu begrenzen, die per saldo den Wettbewerb beeinträchtigen. Sie ist insofern mit der Abwägungsklausel der deutschen Fusionskontrolle im Rahmen des § 24 Abs. 1 GWB vergleichbar. Die Saldierung beschränkt sich dabei nicht auf das Verhältnis des Innenwettbewerbs der Beteiligten zum Wettbewerb mit Außenseitern auf derselben Marktseite, sondern kann, wie im Falle der Einkaufsgemeinschaften, auch die andere Marktseite einschließen. Noch einen Schritt weiter ist der Supreme Court bei den nicht preisbezogenen Vertikalbeschränkungen gegangen, bei denen er eine Abwägung der Beschränkung des Wettbewerbs beim Vertrieb von Erzeugnissen der gleichen Marke ("intrabrand competition") mit möglichen Verbesserungen des Wettbewerbs mit gleichartigen Erzeugnissen anderer Hersteller ("interbrand competition") als maßgeblich erachtet hat ⁴⁷⁾.

Diese Abwägung liegt auch der rechtlichen Beurteilung solcher Beschränkungen im deutschen und europäischen Kartellrecht zugrunde. Im Unterschied zu diesen Rechten beschränkt sich allerdings die amerikanische "rule of reason" auf eine rein wettbewerbliche Saldierung. Führt sie im Einzelfall zur Feststellung einer per saldo wettbewerbsbeschränkenden Wirkung eines Verhaltens, ist eine weitere Saldierung mit positiven Wirkungen anderer Art, z.B. mit Rationalisierungseffekten oder Gemeinwohlgesichtspunkten i.S. des § 8 GWB, ausgeschlossen. Insofern ist das Antitrustrecht strenger. Umgekehrt reicht für die Erfüllung des Kartellverbotsbestandes im deutschen und europäischen Kartellrecht bereits eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs im Innenverhältnis aus. Die Saldierung mit wettbewerblichen Verbesserungen im Außen-

47) Vgl. Fn. 15.

auch der Wettbewerb der Abnehmer untereinander auf der folgenden Marktstufe ("secondary line competition") beeinträchtigt werden. Vor allem bei Handelsunternehmen, deren Wettbewerbsspielraum auf ihrem Angebotsmarkt in erster Linie durch ihren Nettoeinkaufspreis unter Berücksichtigung aller preisrelevanten Konditionen bestimmt wird, kann diese Wirkung einer "Konditionenspreizung" auf der Herstellerseite im Einzelfall gewichtig sein.

Der Robinson-Patman Act von 1936 war eine politische Reaktion auf das von allen in der Depressionszeit der dreißiger Jahre verbreitet als schädlich empfundene Vordringen der überregionalen Lebensmittelfilialisten ("chain stores") zu Lasten des mittelständischen Einzelhandels⁵⁰). Wie sehr das Klima damals emotionalisiert war, kommt z.B. in dem überlieferten Ausspruch eines bekannten Regionalpolitikers zum Ausdruck, er wolle lieber Diebe und Gangster in seinem Staat haben als Kettenläden. Als schließlich die Federal Trade Commission 1934 in einem vom Senat angeforderten Bericht über die Kettenläden zu dem Ergebnis gekommen war, daß für den Erfolg der Kettenläden in erster Linie deren bessere Einkaufskonditionen, insbesondere überhöhte Mengenrabatte, verantwortlich seien, konzentrierte sich der politische Druck darauf, durch eine Verschärfung des Preisdiskriminierungsverbots des Art. 2 Clayton Act die "Konditionenspreizung" möglichst weitgehend zu beseitigen, um dadurch die als gestört angesehene Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen im Handel wiederherzustellen.

Der vom Kongreß schließlich fast einstimmig angenommene Robinson-Patman Act hat allerdings die Radikallösung eines Per-se-Verbots jeglicher Preisdifferenzierung vermieden, sondern lediglich die Anforderungen an die für die Anwend-

50) Zur Entstehungsgeschichte: LaRue, The Robinson-Patman Act: The Great Issues and Personalities, 55 Anti-trust L.J. 135 ff.

barkeit des Verbots erforderliche wettbewerbliche Auswirkung verringert. Nach der Neufassung reicht dafür bereits jede Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch das diskriminierende Unternehmen aus. Außerdem sind die Differenzierungen, soweit der Lieferant entsprechende eigene Kosteneinsparungen nachweisen kann, und der Eintritt in niedrigere Preise von Wettbewerbern zugelassen. Verschärfungen sind andererseits das absolute Verbot ungerechtfertigter Vermittlungsprovisionen, das weitgehende Verbot der Differenzierung bei Zuwendungen zur Absatzförderung ("promotional allowances") und das Verbot der sog. "passiven" Diskriminierung, d.h. auch schon des bloßen Empfangs diskriminatorischer Preisvorteile. Schließlich wurde auch noch der Federal Trade Commission die Befugnis eingeräumt, absolute Höchstgrenzen für Mengenrabatte ohne Rücksicht auf die Kostenrechtfertigung festzusetzen.

Die Fachwelt in den USA ist sich seit langem einig, daß der Robinson-Patman Act eine populistische Maßnahme des internen Protektionismus zugunsten des mittelständischen Handels war, die der allgemeinen wettbewerblichen Zielsetzung des Antitrustrechts widerspricht und den Wettbewerb auf der Herstellerebene beeinträchtigt⁵¹⁾. Zwar ist es der Rechtsprechung des Supreme Court im wesentlichen gelungen, durch eine wettbewerbsfreundliche Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Gesetzes das Konfliktpotential wesentlich einzugrenzen. Auch hält sich die Federal Trade Commission seit langem in ihrer Aufgreifpraxis außerordentlich zurück; ihre letzten drei Vorsitzenden haben sogar offen zum Ausdruck gebracht, daß nach ihrer Meinung der Robinson-Patman Act eigentlich abgeschafft gehöre. Trotzdem

51) Ebenso wie LaRue, Fn. 50: Shniderman, The Robinson-Patman Act: A Critical Appraisal, 55 Antitrust L.J. 149 ff.; Rowe, ZStW 136, 499 ff (1980).

schreckt offenbar nach wie vor das Risiko, bei Preiszugeständnissen an einzelne Abnehmer den Kostenrechtfertigungsnachweis nicht führen zu können und deshalb der Gefahr eines kostenaufwendigen Zivilprozesses durch andere Abnehmer ausgesetzt zu sein, viele Lieferanten von solchen Zugeständnissen von vornherein ab. Trotz aller Sachargumente gegen das Gesetz - auch das Department of Justice hatte 1977 auf der Grundlage eines umfangreichen Erfahrungsberichts für die Abschaffung des Robinson-Patman Act plädiert⁵²⁾ - ist es aber bisher nicht gelungen, den Kongreß für einen solchen Schritt zu gewinnen.

In der Bundesrepublik ist schon in den fünfziger Jahren auf Drängen von Einzelhandelskreisen versucht worden, das Beispiel des Robinson-Patman Act jedenfalls im Ansatz nachzuahmen und ein allgemeines Preis- und Konditionen-diskriminierungsverbot in das GWB aufzunehmen. Zur Abwehr dieses im damaligen Bundestag vor allem vom späteren Bundespräsidenten Scheel propagierten Versuchs bedurfte es immerhin des vollen persönlichen Einsatzes von Ludwig Erhard⁵³⁾. Die Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels wird seitdem nicht müde, das amerikanische Beispiel weiter zur Nachahmung anzupreisen⁵⁴⁾. Trotz der gerade in jüngster Zeit zunehmenden Stimmungsmache gegen die "Konditionenspreizung", besteht dafür aber nach wie vor kein Anlaß, zumal sich in den USA auch gezeigt hat, daß auf diesem Wege der von den Befürwortern erwartete Erfolg ohnehin nicht erreicht werden kann.

3. Die Monopolisierung

Von dem Bestreben, durch eine wettbewerbskonforme Interpretation unbestimmter Gesetzesbegriffe möglichst zu ver-

52) Vgl. Schulte-Braucks, Die Diskussion um die Reform des Robinson-Patman Act in den USA, WRP 1977, 472 ff.

53) Vgl. FIW (Hrsg.), Für und Wider ein allgemeines Diskriminierungsverbot, FIW-Schriftenreihe Heft 74, 1976, S. 82 ff.

54) Vgl. Weyhenmeyer, WRP 1978, 765 ff.

meiden, daß die Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften zu einer Verringerung des Wettbewerbs führt, statt ihn zu fördern, ist auch die neuere Anwendungspraxis zum Monopolisierungsverbot des Art. 2 Sherman Act gekennzeichnet. Die Anwendung dieser Vorschrift setzt Monopolmacht ("monopoly power") auf einem sachlich und räumlich abgegrenzten Markt voraus, wobei ein sehr hoher Marktanteil eine hohe Indizwirkung für das Vorliegen solcher Macht hat, und die Erlangung oder Behauptung dieser Macht durch Anwendung rechtswidriger Mittel. Für den Versuch der Monopolisierung reicht eine hohe Wahrscheinlichkeit aus, daß der bewußte Einsatz solcher Mittel zur Entstehung der angestrebten Monopolmacht führt. Da im Falle der erfolgreichen Monopolisierung das, was das Gesetz verhindern soll, die mit rechtswidrigen Mitteln geschaffene oder verteidigte Machtstellung ist, schließen die verwaltungsrechtlichen Sanktionen auch die Möglichkeit der Beseitigung dieser Stellung durch Entflechtungsmaßnahmen ein.

Zur vielfältigen Problematik von Entflechtungsverfahren nach Art. 2 Sherman Act gehört auch, im Einzelfall ein praktikables und im Hinblick auf das wettbewerbliche Ziel erfolversprechendes Entflechtungskonzept zu finden. Auch unter diesem Aspekt war die 1969 erhobene Klage der Antitrust Division gegen IBM⁵⁵⁾ problematisch; weil nicht erkennbar wurde, wie eine Entflechtung im Verurteilungsfalle aussehen sollte. In dem zweiten größeren Fall aus neuerer Zeit, dem AT&T-Fall, ist es dagegen aufgrund eines gerichtlichen Vergleichs zu einer inzwischen auch vollzogenen Teilentflechtung gekommen⁵⁶⁾. Danach wurde das Ortsnetzgeschäft

55) Dazu im einzelnen: Fisher/McGowan(Greenwood, Der Anti-Trust-Fall US gegen IBM, 1985; Markert, ZHR 150, 593 ff. (1986).

56) Fn. 17.

von AT&T durch Bildung neuer Regionalgesellschaften aus-
gegliedert und verselbständigt. Die Auswirkungen dieser
Maßnahme sind z.B. Gegenstand einer von der Antitrust
Division in Auftrag gegebenen Untersuchung. Der Bericht
hierüber wird sicher über die besonderen Verhältnisse des
Fernmeldemarktes hinaus auch weitere Aufschlüsse über die
generelle Eignung von Entflechtungen als Maßnahme zur Ver-
besserung der Wettbewerbsbedingungen geben. Insgesamt
betrachtet sind die bisherigen Erfahrungen mit dem Instru-
ment der Entflechtung in den USA nicht dazu angetan, die
Einführung einer vergleichbaren Regelung im deutschen und
europäischen Kartellrecht, wo sie bisher fehlt, zu befürwor-
ten⁵⁷⁾. Aber die Chancen für die politische Realisierbar-
keit einer so einschneidenden Maßnahme sind ohnehin gering.

In der großen Mehrzahl der Verfahren nach Art. 2 Sherman Act,
vor allem in den von Konkurrenten im Zivilklagewege an-
hängig gemachten Fällen, ging es nicht um Entflechtung,
sondern um die Verhinderung einzelner Behinderungsprak-
tiken ("exclusionary" oder "predatory" practices) und um
Schadensersatzforderungen im Zusammenhang damit. So haben
z.B. während der Dauer des Amtsverfahrens gegen IBM eine
Reihe von Unternehmen, z.B. Anbieter von Peripheriege-
räten, Zivilklagen vor verschiedenen Bundesgerichten erho-
ben⁵⁸⁾. Ein vielbeachteter anderer Fall betraf die von
einem kleinen Wettbewerber, Berkey, erhobene Klage gegen
Kodak⁵⁹⁾. Häufig richten sich derartige Klagen unter Be-
rufung auf Art. 2 Sherman Act auch gegen Unterkostenverkäufe
("predatory pricing")⁶⁰⁾.

57) Zur Einführung einer Entflechtungsregelung im deutschen
Kartellrecht: Monopolkommission, Hauptgutachten III, 1980,
Tz. 179 ff.

58) Vgl. z.B. *Telex Corp. v. IBM*, 510 F. 2d 894 (10 Cir. 1975).
Näheres bei Fisher/McGowan/Grennwood, Fn. 55, S. 14 ff.

59) *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F. 2d 263
(2d Cir. 1979).

60) Vgl. z.B. Hurwitz/Kovacic, *Judicial Analysis of Predation:
The Emerging Trends*, 35 *Vanderbilt Law Review* 63 (1982);
Brodley/Hay, *Predatory Pricing: Competing Economic Theories
and The Evolution of Legal Standards*, 66 *Cornell L.R.* 738 (1981).

In nahezu allen Fällen dieser Art sind die Kläger in der ersten oder zweiten Gerichtsinstanz gescheitert. Es gelang ihnen auch nicht, den Supreme Court zur Annahme einer Revision gegen die klageabweisenden Urteile der Berufungsgerichte zu bewegen, was als Billigung des restriktiven Kurses der Instanzgerichte zu deuten ist, gerade auch hinsichtlich des "predatory pricing". Charakteristisch für den Trend in der Rechtsprechung ist der folgende Satz in einer Berufungsgerichtsentscheidung von 1983, den zwei Jahre später auch der Supreme Court in einem anderen Fall ⁶¹⁾ zustimmend zitiert hat: "Wir müssen besonders darauf achten, daß rechtliche Regelungen und Präjudizien, die zur Suche nach besonderen Arten unerwünschten Preisverhaltens autorisieren, nicht darauf hinauslaufen, legitimen Preiswettbewerb zu entmutigen" ⁶²⁾.

In der Tat zeigen viele der erwähnten Fälle, daß hier in gleicher Weise wie beim Preisdiskriminierungsverbot die Gefahr besteht, daß die Anwendung des Kartellrechts zu einem protektionistischen Schutz einzelner Wettbewerber auf Kosten der Dynamik des Wettbewerbsprozesses führt. In den USA ist diese Gefahr aufgrund der sehr restriktiven Haltung der Gerichte sicher als gebannt anzusehen. Dagegen machen sich in der Bundesrepublik zunehmend gegenläufige Tendenzen bemerkbar. Vor allem die mit der Einführung des § 37 a Abs. 3 GWB im Jahre 1980 eingeleiteten Bestrebungen, Verkäufe unter Einkaufspreis im Handel mit kartellrechtlichen Mitteln weitgehend zu unterbinden ⁶³⁾, sowie die neuerdings im

61) Matsushita Electrical Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 50 ATRR 569, 575.

62) Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp., 724 F. 2d 227, 234 (1st Cir. 1983).

63) Kritisch dazu z.B. U. Scholz, WRP 1983, 373 ff.; Monopolkommission, Die Konzentration im Lebensmittelhandel, Sondergutachten 14, 1985, Tz. 177 ff.

Vorfeld der Bundestagswahl erhobenen Forderungen an den Gesetzgeber, die kartellrechtliche Verhaltenskontrolle zum Schutze des mittelständischen Handels noch weiter zu verschärfen⁶⁴⁾, belegen dies. Ob auch die EG-Kommission mit ihrer auf Art. 86 EWGV gestützten Entscheidung vom 14. 12. 1985 im Falle ECS/AKZO⁶⁵⁾ einen ersten Schritt auf diesem Irrweg getan hat, darüber kann erst ihre weitere Anwendungspraxis Aufschluß geben.

Vom Monopolisierungsverbot des Art. 2 Sherman Act wird anders als im deutschen und europäischen Kartellrecht der sogenannte Ausbeutungsmißbrauch marktbeherrschender Unternehmen nicht erfaßt. Deshalb ist in den USA auch eine kartellrechtliche Kontrolle mißbräuchlich überhöhter Preise nicht möglich. Angesichts der bei diesem Teil der Mißbrauchsaufsicht in der Bundesrepublik aufgetretenen großen Praktikabilitätsprobleme⁶⁶⁾ - die EG-Kommission hat eine solche Kontrolle auf der Basis des Art. 86 EWGV gar nicht erst ernsthaft versucht⁶⁷⁾ - besteht wenig Grund, das europäische Beispiel insoweit den Amerikanern zur Nachahmung zu empfehlen.

4. Unternehmenszusammenschlüsse

Die Fusionskontrolle nach Art. 7 Clayton Act hat innerhalb des Gesamtsystems des Antitrustrechts eine vergleichbar zentrale Bedeutung wie in der Bundesrepublik, insbesondere auch was ihre rechts-, wettbewerbs- und gesellschaftspolitische Seite und das praktische Gewicht der zu treffenden Einzelfallentscheidungen anbelangt. Auch die Detailproblematik einschließlich der technischen Einzelheiten des Anmeldeverfahrens und der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung

64) Vgl. Pressedienst der CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag v. 12. 11. 1986.

65) ABl. Nr. L 374/1 v. 31. 12. 1985 = WuW/E EV 1111.

66) Dazu zuletzt ausführlicher: Preuske, Preismißbrauchskonzepte und Marktsystem, 1984.

67) Ansatzweise nur im Fall United Brands Co., EuGH v. 14.2.1978, Slg. 1978, 207. Dazu Markert, EuR 1979, 57 f.

ist nicht weniger vielfältig als im deutschen Kartellrecht, so daß sich jeder Versuch einer Kurzdarstellung des gesamten Systems von vornherein verbietet. Deshalb soll hier nur auf seinen Kernpunkt, den materiellen Beurteilungsmaßstab, eingegangen werden.

Art. 7 Clayton Act i.d.F. des Celler-Kefauver Act von 1950 verbietet Zusammenschlüsse in der Form des Vermögens- oder Anteilserwerbs, soweit sie auf einem sachlich und räumlich abgegrenzten Markt eine wesentliche Verringerung des Wettbewerbs oder das Entstehen eines Monopols erwarten lassen ("...where in any line of commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially of lessen competition, or to tend to create a monopoly"). Kennzeichnend sind also wie im geltenden deutschen Fusionskontrollrecht der Einzelmarktbezug und das Prognoseerfordernis. Das bedeutet, daß jedenfalls im Regelfall allein aus der durch den betreffenden Zusammenschluß bewirkten Marktstrukturveränderung Folgerungen über den künftigen Wettbewerbsablauf auf dem betroffenen Einzelmarkt gezogen werden müssen, was einen hinreichend aussagekräftigen Zusammenhang zwischen Marktstruktur und Marktverhalten voraussetzt ⁶⁸⁾.

Der Supreme Court, der sich erst zu Beginn der sechziger Jahre mit der Beurteilung von Fusionsfällen nach der 1950 novellierten Gesetzesfassung zu befassen hatte, hat sich in seiner Rechtsprechung zum Inhalt des Beurteilungsmaßstabs des Art. 7 Clayton Act zunächst sehr stark einerseits von der Anti-Big-Business-Stimmung im Kongreß bei der Verabschiedung des neuen Gesetzes und andererseits von dem in der Industrieökonomie damals vorherrschenden "Marktstruktur-Marktverhalten-Marktergebnis Paradigma" leiten

68) Dazu im Rahmen des GWB: Markert, Zur Bedeutung von Marktstruktur und Marktverhalten in der materiellen Fusionskontrolle des GWB, in FIW (Hrsg.); Neuorientierung des Wettbewerbsschutzes, FIW-Schriftenreihe Heft 120, 1986, S. 123 ff.

lassen, wonach die Marktstruktur weitgehend auch für das Marktverhalten und das Marktergebnis bestimmend sei. So wird z.B. schon in der ersten einschlägigen Entscheidung von 1962 im Brown-Shoe-Fall ⁶⁹⁾ die Absicht des Kongresses betont, die zunehmende Unternehmenskonzentration schon zu einem frühen Zeitpunkt aufzuhalten, in dem der Trend zur Wettbewerbsbeeinträchtigung noch im Entstehen begriffen ist. Dieser "incipiency"-Ansatz führte dazu, daß Zusammenschlüsse schon mit Marktanteilen der beteiligten Unternehmen von deutlich unter 10 % als Verstoß gegen Art. 7 Clayton Act angesehen wurden. Ein besonders anschauliches Beispiel dafür ist neben dem Brown-Shoe-Fall auch der Fall Von's Grocery ⁷⁰⁾, in dem der Supreme Court eine Verbotsverfügung gegen einen Zusammenschluß regionaler Lebensmittelfilialisten in Los Angeles mit einem Marktanteil von zusammen ca. 8 % bestätigte. Die Begründung der Gerichtsmehrheit beschränkte sich im wesentlichen darauf, der Kongreß habe mit der Novelle von 1950 hauptsächlich das Ziel verfolgt, durch Erhaltung einer großen Zahl kleiner Unternehmen im Wettbewerb die Konzentration in der amerikanischen Wirtschaft zu verhindern. Er habe sich, um die anwachsende Flut zur Konzentration in immer weniger Händen aufzuhalten und das allmähliche Verschwinden des kleinen Unternehmertums zum Stillstand zu bringen, für ein energisches Vorgehen gegen Zusammenschlüsse entschieden. Durch die novellicierte Gesetzesfassung, die Zusammenschlüsse nicht nur nach ihrem gegenwärtigen, sondern auch nach ihren künftigen Auswirkungen erfasse, habe er den Wettbewerb zwischen vielen kleinen Unternehmen dadurch erhalten wollen, daß Konzentrationstrends schon am Anfang angehalten werden können, ehe sie sich bis zu dem Punkt weiterentwickelt haben, an dem der Markt dem Zugriff einiger weniger Groß-

69) 1962 CCH-Trade Cases § 70, 366, S. 76, 489.

70) 1966 CCH-Trade Cases § 71, 116.

unternehmen ausgeliefert sei. Den Einwand, die Marktentwicklung in den mehr als sechs Jahren seit dem Vollzug des zur Beurteilung stehenden Zusammenschlusses zeige, daß sich die Wettbewerbssituation offensichtlich nicht verschlechtert habe, ließ die Gerichtsmehrheit nicht gelten. Denn "für uns reicht es aus, daß der Kongreß die Befürchtung hatte, daß ein Markt, auf dem gleichzeitig die Zahl der kleinen Unternehmen ständig zurückgeht und viele Zusammenschlüsse stattfinden, sich langsam aber sicher von einem Markt mit vielen kleinen Wettbewerbern zu einem Markt entwickelt, der von einem oder wenigen Giganten beherrscht wird, und der Wettbewerb dadurch zerstört wird" ⁷¹⁾.

Dieses Verständnis der Fusionskontrolle als Instrument der Konzentrationsbekämpfung mit dem stark gesellschaftspolitisch inspirierten Ziel der Erhaltung unternehmerischer Vielfalt erleichterte dem Supreme Court auch seine Entscheidung für einen weitgehend generalisierenden Strukturan-satz auf der Grundlage von Marktanteilen und Konzentrationsgraden. Ein prominenter Antitrustrechtler hat in diesem Zusammenhang drastisch vom Abschluß eines "faustischen" Paktes zwischen der Rechtsanwendung und der Oligopoltheorie gesprochen ⁷²⁾. Dieser Ansatz tritt zum ersten Mal in der Philadelphia Bank-Entscheidung des Supreme Court von 1963 klar hervor, wo es heißt: "Die tiefe Besorgnis des Kongresses über den Konzentrationstrend läßt es in bestimmten Fällen zu, von einer eingehenderen Analyse der Marktstruktur, der Marktverhältnisse und der zu erwartenden wettbewerbsbeeinträchtigenden Auswirkungen abzusehen. Insbesondere ist nach unserer Auffassung ein Zusammenschluß, der ein Unter-

71) Fn. 70, S. 82, 599.

72) Rowe, The Decline of Antitrust and the Delusions of Models: The Faustian Pact of Law and Economics, 72 Georgetown Law Journal 1511 (1984).

nehmen mit einem unangemessen hohen Marktanteil entstehen läßt und zu einer bedeutenden Zunahme der Unternehmenskonzentration auf dem betreffenden Markt führt, seiner Natur nach so stark geeignet, den Wettbewerb wesentlich zu verringern, daß er verboten werden muß, falls nicht klare Beweise dafür vorliegen, daß eine derartige Auswirkung tatsächlich nicht zu erwarten ist" ⁷³⁾.

Das Gesamtergebnis dieser ersten, sehr stark abstrakt-strukturalistisch orientierten Phase der amerikanischen Fusionskontrollpraxis nach dem Erlaß des Celler-Kefauver Act von 1950 läßt sich am besten aus den 1968 aufgestellten Verwaltungsrichtlinien der Antitrust Division für die Fusionskontrolle ("Merger Guidelines") ersehen ⁷⁴⁾. Darin sind auf der Basis der zu dieser Zeit bereits umfangreichen Rechtsprechung des Supreme Court Marktanteils Grenzen und andere Strukturkriterien aufgelistet, die nach damaliger Ansicht der Antitrust Division dafür maßgebend waren, daß horizontale, vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse unter das Fusionsverbot des Art. 7 Clayton Act fallen. Die Einzelheiten sind jedoch nur noch von historischem Interesse, nicht nur deshalb, weil die Guidelines von 1968 inzwischen durch andere ersetzt wurden, sondern vor allem auch, weil der Supreme Court mit seiner Entscheidung von 1974 im Falle General Dynamics ⁷⁵⁾ von seinem abstrahierenden Strukturansatz abgegangen ist und, um im Bild zu bleiben, den erwähnten Teufelspakt aufgekündigt hat. Marktanteile und Konzentrationsgrade, so der Gerichtshof, seien für sich allein keine aussagekräftige Grundlage für die Annahme, daß sich ein Zusammenschluß wettbewerbsbeschränkend auswirke. Erst eine eingehendere Analyse des

73) 1963 Trade Cases § 70, 812, S. 78, 268.

74) WuW 1969, 94 ff.

75) 1974-1 CCH-Trade Cases § 74, 967.

einzelnen Marktes, seiner Struktur und seiner Entwicklung könnten hierüber näheren Aufschluß geben ⁷⁶⁾. Damit waren bereits 1974, also lange vor dem Amtsantritt der Reagan-Administration, die Weichen gestellt für einen stärker realitätsbezogenen, auf die konkreten Marktgegebenheiten abstellenden Strukturansatz, der sich seitdem vor allem in der Rechtsprechung der Instanzgerichte durchgesetzt hat.

Die mit der General Dynamics-Entscheidung eingeleitete "Wende" in der amerikanischen Fusionskontrollpraxis geht auf eine ganze Reihe von Ursachen zurück, denen hier nicht im einzelnen nachgegangen werden kann ⁷⁷⁾. Ganz sicher wesentlich beigetragen hat schon die wachsende eigene Erfahrung der Richter aus den an sie zur Entscheidung herangetragenen Fällen, in denen es nicht selten um bereits Jahre zuvor vollzogene Zusammenschlüsse ging, so daß deren Auswirkungen auf den Wettbewerbsablauf empirisch feststellbar waren. Je öfter sich dabei ergab, daß die Prämissen des "alten" Strukturansatzes durch die Realität nicht bestätigt werden, umso mehr nahm offenbar die Bereitschaft der Richter ab, Entscheidungen von so großer Tragweite weiterhin allein auf diesen Ansatz zu stützen. Hinzu kam, daß, um wieder im Bild zu bleiben, der andere Partner des "faustischen" Paktes, die "klassische" Oligopoltheorie, immer unzuverlässiger wurde, und zwar nicht nur unter dem Eindruck theoretischer Einwände und empirischer Untersuchungen ihrer außenstehenden Kritiker, wie der Chicago-Schule, sondern gerade auch durch wachsende Zweifel in den eigenen Reihen. Ein Beispiel dafür ist die Feststellung Scherers, eines der führenden "Strukturalisten" in der amerikanischen

76) Fn. 75, S. 86, 297.

77) Dazu z.B. Rowe, Fn. 72, S. 1540 ff.; Fox, The Modernizations of Antitrust, 66 Cornell L.J. 1140 (1982).

Wettbewerbstheorie, das von Bain und Mason begründete "klassische" Marktstruktur-Verhalten-Ergebnis-Paradigma sei zusammengebrochen⁷⁸⁾. Für die restriktive Aufgreifpolitik der beiden Antitrustbehörden in den achtziger Jahren waren daneben sicher auch die stärker auf die Selbstheilungskräfte des Marktes bei offenem Marktzugang setzende Philosophie der Chicago-Schule, die allgemeine Deregulierungs- und Entbürokratisierungspolitik der Reagan-Administration⁷⁹⁾ und, wie z.B. die Freigabe des Gemeinschaftsunternehmens von General Motors und Toyota zeigt, die zunehmende Konfrontation amerikanischer Unternehmen mit ausländischen Konkurrenten, auch auf dem amerikanischen Inlandsmarkt.

Wer sich über das volle Ausmaß der seit 1974 eingetretenen Veränderungen in der amerikanischen Fusionskontrollpraxis Aufschluß verschaffen will, findet in den neuen "Merger Guidelines" von 1984,⁸⁰⁾ nur eine sehr lückenhafte Antwort. Dies liegt nicht nur daran, daß die FTC diese Richtlinien nicht übernommen hat. Wesentlicher ist, daß sie nur Aufgreifschwelle festlegen, bei deren Erreichen die Antitrust Division in eine nähere Prüfung des Einzelfalles eintritt, und sich im übrigen auf eine Darlegung der Prüfungsgesichtspunkte beschränken. Das Ergebnis der Einzelfallprüfung läßt sich deshalb häufig nur sehr schwer genauer prognostizieren. Immerhin zeigt schon die durch den

78) F.M. Scherer, Stand und Perspektiven der Industrieökonomik, in: Bombach/Galen/Ott, Industrieökonomik: Theorie und Empirie, 1985, S. 3. Vgl. auch D. Mueller, Das Antitrustrecht der Vereinigten Staaten am Scheidewege, WuW 1986, 533 ff.

79) Bezeichnend: Rule, Deregulierung des Antitrustrechts: die stille Revolution, WuW 1986, 793 ff. Rule ist langjähriger Stellvertreter des Leiters der Antitrust Division während der Reagan-Administration.

80) Vgl. US-Fusionsrichtlinien 1984, FIW-Dokumentation Heft 8, 1985. Dazu Dreher, RIW 1985, 842 ff.

Hirschmann Herfindahl-Marktkonzentrationsindex ⁸¹⁾ definierte erste Aufgreifschwelle von 1000 Punkten, daß selbst bei horizontalen Zusammenschlüssen die Maßstäbe bei weitem nicht mehr so scharf sind wie vor zwanzig Jahren. Zusammenschlüsse wie Brown Shoe und Von's Grocery wären heute sicher keine Verbotsfälle mehr. Bei den vertikalen Zusammenschlüssen ist die Zahl der als kritisch angesehenen Fälle noch geringer geworden, als sie vor 1974 ohnehin schon war ⁸²⁾. Am größten sind die Veränderungen jedoch offensichtlich bei den konglomeraten Zusammenschlüssen, die in den neuen "Merger Guidelines" überhaupt nicht mehr erwähnt werden. Die von den Gerichten in den sechziger Jahren entwickelten Ansätze für die Erfassung konglomerater Zusammenschlüsse einschließlich der "Abschreckungstheorie" (entrenchment) ⁸³⁾ sind zwar in der Zwischenzeit nicht ausdrücklich aufgegeben worden. Gerade hier wirkt sich aber die neue Linie mit ihren konkretisierten Beweisanforderungen besonders nachhaltig aus, so daß es nur noch in ganz seltenen Ausnahmefällen zu einem Fusionsverbot kommen dürfte. Insbesondere wäre eine rein abstrakte Begründung einer wettbewerbsrelevanten Abschreckungswirkung von Finanzkraft nach dem Muster der "Deep Pocket"-Theorie nicht mehr ausreichend.

81) Dazu Schmidt/Ries, Der Hirschmann-Herfindahl-Index (HHI) als wettbewerbspolitisches Instrument in den neuen US-Fusionsrichtlinien 1982, WuW 1983, 525 ff.

82) Vgl. Williamson, Vertical Merger Guidelines: Interpreting The 1982 Reforms, in: Fox/Halverson (Ed.), Antitrust Policy in Transition: The Convergence of Law and Economics, 1984, S. 253 ff. Von den weiteren dort veröffentlichten Aufsätzen sind hinsichtlich der "neuen" Linie der amerikanischen Fusionskontrollpraxis besonders informativ: Fox, The 1982 Merger Guidelines: When Economists are Kings?, S. 147 ff.; Sullivan, The New Merger Guidelines: An Afterword, S. 319 ff.

83) Vgl. Fn. 13.

Ob nach diesen Veränderungen die amerikanische Fusionskontrolle im Vergleich zur deutschen schärfer ist, läßt sich sicher im Jahre 1987 nicht mehr so eindeutig bejahen wie vor zwanzig und auch noch vor zehn Jahren. Nimmt man die volle Breite der Fallpraxis, gehen beide jedenfalls in der konkret-einzelmarktbezogenen Handhabung eines "strukturalistischen" Grundansatzes weitgehend konform⁸⁴⁾. Nicht zu übersehen ist jedoch, daß sich in Teilbereichen unterschiedliche Tendenzen abzeichnen, die sich in Zukunft noch verstärken könnten, vor allem in der Anwendungspraxis bei Zusammenschlüssen im Bereich des Handels⁸⁵⁾ und generell bei der materiellen Beurteilung absoluter Größenaspekte einschließlich der Finanzkraft der Unternehmen⁸⁶⁾. Man braucht nur einen Blick auf die Verbotsentscheidung des Supreme Court von 1966 im Falle Von's Grocery zu werfen, um ermessen zu können, wie sehr sich die deutsche Praxis bei den Handelszusammenschlüssen inzwischen der "alten", auf Vielfaltschutz abzielenden, "populistischen" Linie der USA in den fünfziger und sechziger Jahren angenähert hat, ja diese, wenn man die Konstruktion eines marktbeherrschenden Nachfrageoligopols der führenden Unternehmen des Lebensmittelhandels nimmt⁸⁷⁾, sogar noch übertrifft. Ginge es nach dem Vorschlag der CDU-Bundestagsfraktion vom November 1986, die Fusionskontrolle für "verbrauchernahe Handels- und Dienstleistungsbereiche" gesetzlich noch weiter zu verschärfen⁸⁸⁾, würde der Gegensatz noch wesent-

84) Vgl. Fn. 68.

85) Vgl. z.B. KG WuW/E OLG 3591 "Coop Schleswig-Holstein/Deutscher Supermarkt"; WuW/E BKartA 2161 "Coop-Wandmaker".

86) Vgl. bes. WuW/E BGH 2150 "Rheinmetall-WMF". Krit. dazu z.B. Möschel, Abschreckungstheorie und Fusionskontrolle, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1984/85, FIW-Schriftenreihe Heft 117, 1986, S. 1 ff.

87) WuW/E BKartA 2161, 2164 ff. "Coop-Wandmaker".

88) Fn. 64.

lich größer. In dieser Situation ist das Beispiel der USA in besonderer Weise geeignet, Sachargumente zu einer stark von Emotionen bestimmten Diskussion beizusteuern und Gesetzgeber und Rechtsanwendungsinstanzen in der Bundesrepublik davor zu bewahren, Irrtümer anderer zu wiederholen, die von diesen längst als solche erkannt und korrigiert wurden.

IV. Resümee

Die vorstehende Darstellung der gesetzlichen Bestimmungen und institutionellen Gegebenheiten des Antitrustrechts sowie seiner Hauptanwendungsprobleme in den vier materiellen Schwerpunktbereichen (wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Preisdiskriminierung, Monopolisierung und Unternehmenskonzentration) sollte einen Eindruck über den gegenwärtigen Stand dieses Rechts vermitteln. Im Lichte dessen hat die in der Bundesrepublik mitunter anzutreffende Vorstellung, die Zeit der Antitrustidee sei abgelaufen und das Antitrustrecht stehe weitgehend nur noch auf dem Papier, mit der Realität recht wenig zu tun. Erst vor wenigen Tagen ist ein großes deutsches Chemieunternehmen (Hoechst AG) bei Übernahmeplänen in den USA (Celanese Corporation) daran erinnert worden, daß dieses Recht nach wie vor virulent ist. Gewiß unterscheiden sich die heutige Anwendungspraxis und die dahinter stehende Philosophie wesentlich von dem, was in den fünfziger und sechziger Jahren in den USA vorherrschend war. Aber darin ist weniger ein revolutionärer Bruch mit der Vergangenheit als vielmehr ein allmähliches Zurückschwingen des Pendels zu sehen. Schon der lange Zeitraum, in dem sich die eingetretenen Veränderungen vollzogen haben, schließt aus, diese allein oder auch nur überwiegend als Ergebnis von Wahlausgängen zu werten und anzunehmen, daß bei einem Erfolg der Demokratischen Partei in der nächsten Präsidentschaftswahl mit einer Rückkehr zur "alten" Linie zu rechnen sei. Wenn zwei

so prominente Antitrustbeamte aus der Zeit des letzten Präsidenten dieser Partei, Carter, wie Shenefield und Pitofsky, der eine Chef der Antitrust Division, der andere Mitglied der FTC, im November 1986 zu dem Schluß kommen, das Antitrustrecht sei heute in guter Verfassung und stehe besser da als vor zwanzig oder dreißig Jahren ⁸⁹⁾, so ist dies sicher symptomisch für den allgemeinen Konsens, daß die "neue" Linie in ihren wesentlichen Punkten auch über die Amtsdauer der gegenwärtigen Administration hinaus Bestand haben wird.

Andererseits wird gerade beim amerikanischen Antitrustrecht besonders deutlich, wie sehr in einem von der reinen Parteipolitik losgelösten, allgemeineren Sinne dieses Recht politischen Charakter hat ⁹⁰⁾. Alle wichtigen Antitrustgesetze waren ausgesprochen politische Entscheidungen, bei denen im Kongreß die eher gesellschaftspolitisch inspirierten Ziele der Machtbegrenzung und Vielfalterhaltung mit an vorderster Stelle standen. Es widerspricht deshalb der Historie, wenn die Vertreter der Chicago-Schule argumentieren, der Gesetzgeber habe mit diesen Gesetzen allein die Konsumentenwohlfahrt durch mehr ökonomische Effizienz fördern wollen. Eine ganz andere Frage ist allerdings, ob und in welchem Maße die schließlich vom Gesetzgeber normierten Maßstäbe auch tatsächlich einen Spielraum für die Verfolgung der genannten Ziele lassen. In den einzelnen Antitrustgesetzen sind durchweg rein wettbewerbsbezogene Maßstäbe normiert worden. Die Anwendung dieser Gesetze findet deshalb dort ihre Grenze, wo diese Maßstäbe im Einzelfall nicht verletzt sind, d.h. im Falle der Fusionskontrolle trotz Machtzunahme und Verringerung unternehmerischer Vielfalt der

89) 51 ATRR 742, 744 (1986).

90) Dazu z.B. Pitofsky, *The Political Content of Antitrust*, 127 U.Penn. L.R. 1051 (1979); Fox, Fn. 77, S.1141 ff.

wettbewerbliche Marktprozeß in seiner Wirksamkeit nicht beeinträchtigt wird und auch eine konkrete Gefährdung in der Zukunft nicht zu erkennen ist ⁹¹⁾.

Was auch immer von den Thesen der Chicago-Schule im einzelnen zu halten sein mag, insbesondere von der bei vielen ihrer Vertreter vorherrschenden Tendenz, die ökonomische Analyse praktisch auf eine statische Preis-Mengenbetrachtung zu reduzieren und die Problematik der Wettbewerbsbeschränkung weitgehend allein in der "output"-Verringerung zu sehen ⁹²⁾, sie hat jedenfalls wesentlich dazu beigetragen, das Bewußtsein für die wettbewerbliche Zielsetzung des Antitrustrechts und für die Grenzen des Einsatzes dieses Rechts zu anderen, primär gesellschafts- oder interessenpolitisch inspirierten Zwecken zu schärfen ⁹³⁾. Ihr ist es darüber hinaus mit zu verdanken, daß heute die Notwendigkeit, die Anwendung des Antitrustrechts im Einzelfall auf eine fundierte ökonomische Analyse zu stützen, allgemein anerkannt wird. In dem Maße, wie es der Chicago-Schule gelingt, ihren Effizienz-Ansatz stärker auf die Wirksamkeit wettbewerblicher Marktprozesse zu beziehen ⁹⁴⁾, und dogmatische Einseitigkeiten wie z.B. bei der Beurteilung vertikaler Beschränkungen im Lichte

91) Vgl. im einzelnen: Fox, Fn. 77, S. 1179 ff.

92) Zu den verschiedenen Varianten des Effizienz-Ansatzes der Chicago-Schule z.B. Fox, Fn. 77, S. 1157 ff.

93) Dies gilt auch für den möglichen Zielkonflikt zwischen Vielfaltschutz und volkswirtschaftlicher Effizienz. Zu weitgehend deshalb: Kartte, Marktstruktur und wirtschaftliche Effizienz - ein Widerspruch?, in: Neuorientierung des Wettbewerbsschutzes, FIW-Schriftenreihe Heft 120, 1986, S. 49 ff., soweit dort ein derartiger Konflikt generell verneint wird.

94) In diesem Sinne scheint auch der Supreme Court den Begriff "efficiency" zu verstehen; z.B. Broadcast Music Inc. v. CBS, 1979-1 CCH-Trade Cases § 62, 558, S. 77, 242, wo darauf abgestellt wird, ob das Verhalten dazu dient, "die ökonomische Effizienz zu erhöhen und die Märkte mehr statt weniger wettbewerblich zu machen".

praktischer Erfahrungen zu korrigieren ⁹⁵⁾, wird sie auch künftig die Entwicklung von Theorie und Praxis des Antitrustrechts mitbestimmen.

95) Vgl. z.B. Posner, The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution, 48 University of Chicago L.R. 6 (1982); Easterbrook, Vertical Arrangements and the Rule of Reason, 53 Antitrust L.J. 135 (1984).