

# **Die neue Kartellverordnung Nr.1/2003**

-

**Eine kritische Analyse**

Inaugural-Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde der  
Juristischen Fakultät  
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Matthias Fabian Peetz  
aus Stuttgart

2005

Universitätsbibliothek Tübingen

Dekan: Prof. Dr. Martin Nettesheim  
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Wernhard Möschel  
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Martin Nettesheim  
Tag der Mündlichen Prüfung: 22. Februar 2005

## Inhaltsüberblick

<b>§ 1</b>	<b>Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>§ 2</b>	<b>Historischer Rückblick .....</b>	<b>3</b>
	<i>A. Der Erlass der VO Nr.17/62 .....</i>	<i>3</i>
	<i>B. Die Entwicklung der Rolle der Kommission.....</i>	<i>4</i>
	<i>C. Die Anpassungen und ihre Grenzen .....</i>	<i>5</i>
<b>§ 3</b>	<b>Zu den Gründen, Zielen und Mitteln der Reform aus Sicht der Kommission .....</b>	<b>11</b>
	<i>A. Die von der Kommission angeführten Gründe für die Reform.....</i>	<i>11</i>
	<i>B. Die Zielsetzung der Reform .....</i>	<i>13</i>
	<i>C. Die Mittel der Reform – 5 Pfeiler .....</i>	<i>13</i>
<b>§ 4</b>	<b>Der Systemwechsel: Die Ablösung des Anmelde- und Genehmigungssystems durch ein Legalausnahmesystem.....</b>	<b>16</b>
	<i>A. Vergleich des Anmelde- und Genehmigungssystems mit dem Legalausnahmesystem .....</i>	<i>16</i>
	<i>B. Wettbewerbspolitische Beurteilung .....</i>	<i>20</i>
	<i>C. Andere Optionen.....</i>	<i>46</i>
	<i>D. Die Vereinbarkeit mit dem Primärrecht .....</i>	<i>50</i>
<b>§ 5</b>	<b>Die Auswirkungen der Reform auf das Verhältnis der Kommission zu den nationalen Wettbewerbsbehörden bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 EG .....</b>	<b>69</b>
	<i>A. Das Verhältnis vor der Reform.....</i>	<i>69</i>
	<i>B. Das Verhältnis nach der Reform .....</i>	<i>76</i>
<b>§ 6</b>	<b>Die Auswirkungen der Reform auf das Verhältnis nationaler Gerichte zur Kommission bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 EG.....</b>	<b>99</b>
	<i>A. Das Verhältnis vor der Reform.....</i>	<i>99</i>
	<i>B. Das Verhältnis nach der Reform .....</i>	<i>103</i>
<b>§ 7</b>	<b>Das Verhältnis zwischen nationalem und europäischem Kartellrecht.....</b>	<b>114</b>

A.	<i>Das Verhältnis zwischen europäischem Recht und nationalem Recht der Wettbewerbsbeschränkungen vor der Reform – die modifizierte Zwei-Schrankentheorie....</i>	115
B.	<i>Das Verhältnis zwischen europäischem Recht und nationalem Recht der Wettbewerbsbeschränkungen nach der Reform – Art. 3.....</i>	120
C.	<i>Wettbewerbspolitische Beurteilung .....</i>	129
D.	<i>Die Rechtmäßigkeit des Art. 3 .....</i>	137
E.	<i>Auswirkungen auf das deutsche GWB .....</i>	141
<b>§ 8</b>	<b>Die Ermittlungsbefugnisse und Sanktionsbestimmungen .....</b>	<b>148</b>
A.	<i>Ermittlungsbefugnisse.....</i>	148
B.	<i>Sanktionen.....</i>	152
<b>§ 9</b>	<b>Sonstige Bestimmungen und Auswirkungen der neuen VO Nr.1/2003.....</b>	<b>160</b>
A.	<i>Feststellung und Abstellung von Zuwiderhandlungen – Art. 7.....</i>	160
B.	<i>Anhörungen und Berufsgeheimnis – Art. 27, 28.....</i>	163
C.	<i>Die Behandlung der Gruppenfreistellungsverordnungen im Legalausnahmesystem.....</i>	165
D.	<i>Die Behandlung von Übergangsfällen.....</i>	169
E.	<i>Die sektoralen Vorschriften .....</i>	173
F.	<i>Berichterstattung über die Anwendung der VO Nr.1/2003 – Art. 44 .....</i>	174
<b>§ 10</b>	<b>Fazit .....</b>	<b>175</b>
<b>Anhang</b>	<b>.....</b>	<b>177</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>.....</b>	<b>179</b>

## Inhaltsverzeichnis

<b>§ 1</b>	<b>Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>§ 2</b>	<b>Historischer Rückblick .....</b>	<b>3</b>
	<i>A. Der Erlass der VO Nr.17/62 .....</i>	<i>3</i>
	<i>B. Die Entwicklung der Rolle der Kommission.....</i>	<i>4</i>
	<i>C. Die Anpassungen und ihre Grenzen .....</i>	<i>5</i>
	I. Reduzierung von Anmeldungen.....	6
	II. Schnellere Bearbeitung von Anmeldungen.....	10
<b>§ 3</b>	<b>Zu den Gründen, Zielen und Mitteln der Reform aus Sicht der Kommission .....</b>	<b>11</b>
	<i>A. Die von der Kommission angeführten Gründe für die Reform.....</i>	<i>11</i>
	<i>B. Die Zielsetzung der Reform .....</i>	<i>13</i>
	<i>C. Die Mittel der Reform – 5 Pfeiler .....</i>	<i>13</i>
<b>§ 4</b>	<b>Der Systemwechsel: Die Ablösung des Anmelde- und Genehmigungssystems durch ein Legalausnahmesystem.....</b>	<b>16</b>
	<i>A. Vergleich des Anmelde- und Genehmigungssystems mit dem Legalausnahmesystem .....</i>	<i>16</i>
	I. Das Anmelde- und Genehmigungssystem .....	16
	II. Das Legalausnahmesystem .....	17
	III. Unterschiede zwischen beiden Systemen .....	19
	<i>B. Wettbewerbspolitische Beurteilung .....</i>	<i>20</i>
	I. Erfahrungen mit dem System der Legalausnahme und einer damit verbundenen ex post-Kontrolle .....	21
	1. Historische Erfahrungen .....	21
	a) Das “Sächsisches Holzstoffkartell“ .....	21
	b) Die Theorie von den „bonnes et mauvaises ententes“ in Frankreich .....	22
	2. Rechtsvergleichende Erfahrungen .....	23
	a) Das Konzept der „Möglichen Wettbewerbsbeschränkung“ in der Schweiz und das Kartellrecht in Österreich .....	23
	b) Das US-amerikanische Antitrustrecht .....	25
	3. Erfahrungen auf EG-Ebene.....	31

II. Information und Transparenz.....	32
III. Rechtssicherheit.....	34
IV. Kohärenz.....	39
1. Wettbewerbsbehörden.....	40
2. Gerichte.....	41
V. Kosten für die Unternehmen.....	42
VI. Abschreckungswirkung.....	43
C. <i>Andere Optionen</i> .....	46
I. Vereinfachung und Beschleunigung des Freistellungsverfahrens.....	47
II. Cartel Task Force.....	48
III. Dezentralisierung.....	49
D. <i>Die Vereinbarkeit mit dem Primärrecht</i> .....	50
I. Der Weg zum EuGH.....	50
II. Die formelle Rechtmäßigkeit.....	52
III. Die materielle Rechtmäßigkeit.....	52
1. Grammatikalische Auslegung des Art. 81 III EG.....	52
a) Der Begriff „erklären“.....	53
(1) Ansicht der Reformbefürworter.....	53
(2) Ansicht der Reformkritiker.....	54
(3) Stellungnahme.....	54
b) Der Begriff „Gruppe“.....	55
2. Systematische Auslegung.....	56
a) Zusammenschau der Art. 81 III, 83 II lit. a) und b) EG.....	56
b) Art. 83 II lit. a) EG.....	57
c) Art. 83 II lit. b) EG.....	57
d) Art. 84 EG.....	58
3. Teleologische Auslegung.....	58
4. Historische und genetische Auslegung.....	60
a) Ansicht der Reformbefürworter.....	60
b) Ansicht der Reformkritiker.....	61
c) Stellungnahme.....	61
(1) Diskussionen um die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft.....	62
(2) Der Spaak-Bericht.....	62

(3) Spätere Entwürfe.....	63
(4) Die Diskussionen um die VO Nr.17/62 .....	64
5. Die vom EuGH aufgestellten Grundsätze zur unmittelbaren Anwendbarkeit einer Norm.....	65
IV. Stellungnahme zur Vereinbarkeit des Legalausnahmesystems mit dem primären Gemeinschaftsrecht.....	67
<b>§ 5 Die Auswirkungen der Reform auf das Verhältnis der Kommission zu den nationalen Wettbewerbsbehörden bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 EG .....</b>	<b>69</b>
<i>A. Das Verhältnis vor der Reform.....</i>	<i>69</i>
I. Kompetenzverteilung.....	69
1. Kompetenzverteilung im Vertikalverhältnis von nationalen Wettbewerbsbehörden zur Kommission .....	69
2. Kompetenzverteilung im Horizontalverhältnis der verschiedenen nationalen Wettbewerbsbehörden untereinander .....	71
II. Die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Kartellbehörden .....	71
1. Zusammenarbeit in Fällen, bei denen die Kommission als erste befasst war.....	72
2. Zusammenarbeit in Fällen, bei denen eine nationale Behörde als erste befasst war .....	73
III. Die „European Competition Authorities“ (ECA) .....	75
<i>B. Das Verhältnis nach der Reform .....</i>	<i>76</i>
I. Kompetenzverteilung.....	76
1. Kompetenzverteilung im Vertikalverhältnis von nationalen Wettbewerbsbehörden zur Kommission .....	77
a) Einleitung eines Verfahrens zum Erlass einer Entscheidung nach den Art. 7-10 .....	78
(1) Feststellung und Abstellung von Zuwiderhandlungen – Art. 7 .....	79
(2) Einstweilige Maßnahmen – Art. 8 .....	79
(3) Verpflichtungszusagen – Art. 9 .....	80
(4) Positiventscheidungen – Art. 10 .....	80
b) Entzug eines Verfahrens einer oder mehrerer nationaler Wettbewerbsbehörden gemäß Art. 11 VI 2 .....	81
2. Kompetenzverteilung im Horizontalverhältnis der verschiedenen nationalen Wettbewerbsbehörden untereinander .....	82
II. Kooperationsmechanismen im ECN .....	85

1. Unterrichtung zu Verfahrensbeginn – Art. 11 Abs. 2 und 3 .....	85
2. Mechanismen der Zusammenarbeit – Art. 11 IV und V .....	86
3. Austausch und Verwertung von Informationen – Art. 12 .....	87
4. Unterstützung bei Ermittlungen – Art. 22 .....	89
5. Zurückweisung von Beschwerden und Aussetzen des Verfahrens – Art. 13 .....	89
6. Der Beratende Ausschuss – Art. 14 .....	90
7. Möglichkeit des Widerrufs einer Gruppenfreistellungsverordnung auf dem nationalen Markt – Art. 29 II .....	91
III. Kohärente Anwendung von Art. 81, 82 EG durch die nationalen Wettbewerbsbehörden – Art. 16 II .....	92
1. Feststellung und Abstellung von Zuwiderhandlungen – Art. 7 .....	94
2. Positiventscheidungen – Art. 10 .....	94
3. Zusageentscheidungen – Art. 9 .....	94
4. Beratungsschreiben .....	95
5. Bekanntmachungen und Leitlinien .....	96
IV. Stellungnahme .....	97
<b>§ 6 Die Auswirkungen der Reform auf das Verhältnis nationaler Gerichte zur Kommission bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 EG .....</b>	<b>99</b>
<i>A. Das Verhältnis vor der Reform .....</i>	<i>99</i>
I. Kompetenzverteilung .....	99
II. Verhältnis zwischen nationalen Gerichten und der Kommission bei der Anwendung der Art. 81, 82 EG .....	100
1. Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und der Kommission .....	101
2. Die “ <i>Delimitis-Entscheidung</i> “ .....	101
3. Die “ <i>Masterfoods-Entscheidung</i> “ .....	101
III. Die Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und der Kommission .....	102
<i>B. Das Verhältnis nach der Reform .....</i>	<i>103</i>
I. Autonome Anwendung des Art. 81 III EG durch die nationalen Gerichte .....	103
1. Effizienzgewinne .....	104
2. Angemessene Beteiligung der Verbraucher .....	104
3. Unerlässlichkeit der Einschränkung .....	105



4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs.....	105
5. Zusammenfassung.....	106
II. Kohärente Anwendung von Art. 81, 82 EG durch die nationalen Gerichte .....	106
1. Beachtung der Einzelentscheidungen der Kommission – Art. 16 I.....	107
a) Beachtung von bereits ergangenen Kommissionsentscheidungen .....	107
b) Beachtung der nur „beabsichtigten“ Entscheidungen der Kommission.....	108
2. Beachtung von Einzelentscheidungen der nationalen Wettbewerbsbehörden und anderer nationaler Gerichte .....	108
III. Die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Gerichten .....	109
1. Unterstützung der nationalen Gerichte durch die Kommission als „amicus curiae“ .....	109
2. Unterstützung der Kommission durch die nationalen Gerichte.....	111
IV. Stellungnahme.....	112
<b>§ 7 Das Verhältnis zwischen nationalem und europäischem Kartellrecht.....</b>	<b>114</b>
<i>A. Das Verhältnis zwischen europäischem Recht und nationalem Recht der     Wettbewerbsbeschränkungen vor der Reform – die modifizierte Zwei-Schrankentheorie....</i>	<i>115</i>
I. Grundsätzliches.....	115
II. Fallgruppen .....	117
1. Kollision zwischen gemeinschaftlichem Verbot und nationaler Erlaubnis .....	117
2. Kollision zwischen gemeinschaftlicher Erlaubnis und nationalem Verbot.....	117
a) Einzelfreistellungen .....	118
b) Gruppenfreistellungen .....	118
c) Negativatteste .....	119
d) Comfort Letters.....	119
<i>B. Das Verhältnis zwischen europäischem Recht und nationalem Recht der     Wettbewerbsbeschränkungen nach der Reform – Art. 3.....</i>	<i>120</i>
I. Anwendungszwang des Gemeinschaftsrechts – Art. 3 Absatz 1 .....	120
II. Kollisionsregeln .....	121
1. Kollision zwischen einem gemeinschaftlichen Verbot und einer nationalen Erlaubnis.....	121
2. Kollision zwischen gemeinschaftlicher Erlaubnis und nationalem Verbot.....	121
a) Die Vorrangregel des Art. 3 Absatz 2 Satz 1 im Anwendungsbereich des Art. 81 EG.....	121

b)	Im Anwendungsbereich des Art. 82 EG .....	122
III.	Ausnahmen zu Art. 3 .....	123
1.	Die „deutsche Klausel“ – Art. 3 Absatz 2 Satz 2 .....	123
2.	Ausnahme zu Art. 3 im Ganzen – Art. 3 Absatz 3 .....	128
C.	<i>Wettbewerbspolitische Beurteilung</i> .....	129
I.	Vergleich mit dem US-amerikanischen Antitrustrecht .....	129
II.	Rechtssicherheit .....	133
III.	Kohärenz .....	135
IV.	Durchschlagskraft des Wettbewerbsrechts .....	136
D.	<i>Die Rechtmäßigkeit des Art. 3</i> .....	137
I.	Vereinbarkeit mit den in der „ <i>Walt Wilhelm-Entscheidung</i> “ des EuGH aufgestellten Grundsätzen? .....	137
II.	Verstoß gegen den Subsidiaritätsgrundsatz des Art. 5 II EG? .....	139
III.	Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Art. 5 III EG? .....	141
E.	<i>Auswirkungen auf das deutsche GWB</i> .....	141
I.	Anpassung der §§ 1 ff. GWB an Art. 81 EG .....	142
1.	Vorteile einer Harmonisierung .....	143
2.	Nachteile einer Harmonisierung .....	144
3.	Fazit .....	145
II.	Beibehaltung der §§ 19 ff. GWB .....	146
III.	Rückführung der Ausnahmebereiche .....	146
<b>§ 8</b>	<b>Die Ermittlungsbefugnisse und Sanktionsbestimmungen</b> .....	<b>148</b>
A.	<i>Ermittlungsbefugnisse</i> .....	148
I.	Untersuchung einzelner Wirtschaftszweige und einzelner Arten von Vereinbarungen – Art. 17 .....	148
II.	Auskunftsverlangen – Art. 18 .....	149
III.	Befugnis zur Befragung – Art. 19 .....	149
IV.	Nachprüfungsbefugnisse der Kommission – Art. 20 und 21 .....	150
V.	Ermittlungen durch die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten – Art. 22 .....	152
B.	<i>Sanktionen</i> .....	152
I.	Geldbußen gem. Art. 23 .....	152

1. Grundsätzliches.....	153
2. Das Verschulden.....	155
a) Die Behandlung von Tatsachenirrtümern.....	155
b) Die Behandlung von Rechtsirrtümern.....	156
3. Die Beweislastverteilung innerhalb des Art. 81 III EG im Bußgeldverfahren.....	158
II. Zwangsgelder gem. Art. 24.....	159
<b>§ 9 Sonstige Bestimmungen und Auswirkungen der neuen VO Nr.1/2003.....</b>	<b>160</b>
<i>A. Feststellung und Abstellung von Zuwiderhandlungen – Art. 7.....</i>	<i>160</i>
I. Befugnis zur Feststellung einer beendeten Zuwiderhandlung – Art. 7 I 4.....	160
II. Abhilfemaßnahmen struktureller Art – Art. 7 I 2, 3.....	160
<i>B. Anhörungen und Berufsgeheimnis – Art. 27, 28.....</i>	<i>163</i>
<i>C. Die Behandlung der Gruppenfreistellungsverordnungen im Legalausnahmesystem.....</i>	<i>165</i>
<i>D. Die Behandlung von Übergangsfällen.....</i>	<i>169</i>
I. Vereinbarungen, die zum Zeitpunkt des Systemwechsels nach Art. 81 III EG durch eine Einzelfreistellung der Kommission freigestellt wurden.....	169
II. Vereinbarungen, die zum Zeitpunkt des Systemwechsels bereits angemeldet aber nicht freigestellt waren.....	170
1. Zivilrechtliche Folge.....	170
2. Bußgeldrechtliche Folge.....	171
III. Vereinbarungen, die zum Zeitpunkt des Systemwechsels nicht einmal angemeldet waren.....	171
1. Zivilrechtliche Folge.....	171
2. Bußgeldrechtliche Folge.....	172
<i>E. Die sektoralen Vorschriften.....</i>	<i>173</i>
I. Agrarsektor.....	173
II. Verkehrssektor.....	174
<i>F. Berichterstattung über die Anwendung der VO Nr.1/2003 – Art. 44.....</i>	<i>174</i>
<b>§ 10 Fazit.....</b>	<b>175</b>
<b>Anhang.....</b>	<b>177</b>

**Literaturverzeichnis..... 179**

## § 1 Einleitung

„Gewiss scheint nur eines: Der Versuch der Kommission, das französische System der Legal-  
ausnahme in Art. 81 III EG-Vertrag einzuführen, wirft das europäische Wettbewerbsrecht nicht  
nur um 40 Jahre zurück. Es wäre ein Marsch ins 19. Jahrhundert.“<sup>1</sup>

„Der Reformvorschlag der Kommission wird den Anforderungen eines wirksameren Wettbe-  
werbsschutzes, einer angemessenen Beteiligung der nationalen Behörden und Gerichte unter  
Wahrung der Kohärenz und Rechtssicherheit am besten gerecht und verspricht auf dieser  
Grundlage, die Herausforderungen der Zukunft am sichersten zu meistern.“<sup>2</sup>

Die neue Durchführungsverordnung Nr.1/2003 zu den Art. 81 und 82 EG<sup>3</sup> ist die Nachfolgeverord-  
nung zur über 40 Jahre gültigen Verordnung (VO) Nr.17/62 und hat diese am 1.Mai 2004, dem Tag,  
an dem auch 10 neue Staaten der EU beigetreten sind, abgelöst. Sie geht auf das Weißbuch der Eu-  
ropäischen Kommission über die Modernisierung der Wettbewerbsvorschriften vom 28.4.1999<sup>4</sup> und  
den Vorschlag der Europäischen Kommission für eine neue Durchführungsverordnung zu den  
Art. 81 und 82 EG vom 27.9.2000<sup>5</sup> zurück und stellt gleichzeitig die wichtigste europäische gesetz-  
geberische Initiative auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts seit der Verabschiedung der Fusions-  
kontrollverordnung aus dem Jahre 1989, sowie den Höhepunkt einer umfassenden Änderung des  
gesamten Systems der gemeinschaftsrechtlichen Kartellaufsicht, welche von der Kommission in den  
letzten Jahren vorgenommen wurde, dar<sup>6</sup>. Dabei war sie aber auch – wie die obenstehenden Zitate  
zeigen – seit der überraschenden Vorlage des Weißbuchs Gegenstand zahlreicher kontroverser Dis-  
kussionen. Vor allem in Deutschland ist der Vorschlag der Kommission überwiegend auf heftigen  
Widerstand gestoßen, wobei sich die Kritik weniger auf das „Ob“ der Reform, sondern vielmehr auf  
das „Wie“ bezog. Andere Stimmen wiederum haben die geplanten Änderungen, wie sie zunächst im  
Weißbuch und später dann auch mit wenigen Veränderungen im Verordnungsvorschlag der Kom-  
mission vom 27.9.2000<sup>7</sup> vorgesehen waren, begrüßt. Dieser Vorschlag der Kommission wurde  
schließlich am 16.12.2002 vom Rat mit einigen wenigen Abweichungen einstimmig übernommen<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Möschel, Wirtschaftsdienst 1999, 504, 512.

<sup>2</sup> Schaub/Dohms, WuW 1999, 1055, 1070.

<sup>3</sup> ABl. EG Nr. 1 vom 4.1.2003, S.1-25.

<sup>4</sup> Europäische Kommission, Weißbuch.

<sup>5</sup> Europäische Kommission, VO-Vorschlag.

<sup>6</sup> Siehe Europäische Kommission, XXX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2000, Rn.16 (S.27).

<sup>7</sup> Zu den Änderungen im Verordnungsvorschlag im Vergleich zum Weißbuch vgl. insbesondere: Monopolkommissi-  
on, Sondergutachten 32, Rn.8 f.

<sup>8</sup> Siehe zu den Änderungen: Europäische Kommission, XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, Rn.14  
(S.25 f.).

Die Kritiker der Reform in Deutschland konnten sich nicht durchsetzen. So heißt es auch bei Möschel: „Nach einem französischen wie englischen Sprichwort muss man Deutsche nur lange genug anschreien; am Ende schlagen sie doch die Hacken zusammen. Gegenwärtig steht der Michel stramm. Niemand hat ihn zu solch vorauseilendem Gehorsam aufgefordert.“<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Möschel, WuW 2003, 571.

## § 2 Historischer Rückblick

### *A. Der Erlass der VO Nr.17/62*

Vor über 40 Jahren, nämlich am 6.2.1962, wurde die erste Durchführungsverordnung zu den Art. 81 und 82 EG erlassen: Die Verordnung Nr.17/62. Die VO Nr.17/62 war damals für sechs EG-Mitgliedstaaten bestimmt, bestehend aus 170 Millionen Einwohnern und vier verschiedenen Amtssprachen. Sie hatte im Wesentlichen drei Ziele<sup>10</sup>:

- Zum einen sollte sie die Informationsmittel der Kontrollbehörden verbessern, da die Informationen damals wegen der geringen Erfahrungen im Wettbewerbssektor äußerst spärlich waren. Deshalb wurde ein System des Administrativvorbehalts geschaffen, in dem ein Unternehmen, wollte es Art. 81 III EG in Anspruch nehmen, seine Vereinbarung gem. Art. 4 I 1 VO Nr.17/62 bei der Kommission anmelden musste (mit Ausnahme der nicht anmeldebedürftigen Vereinbarungen nach Art. 4 II VO Nr.17/62<sup>11</sup>). Zur Diskussion stand noch ein Legalausnahmesystem, welches schon im Spaak-Bericht auf der Konferenz von Messina 1956 diskutiert wurde<sup>12</sup>. Vor allem Deutschland unter Adenauer-Nachfolger Ludwig Erhard hatte sich damals dem von Frankreich unter Präsident Charles de Gaulle favorisierten Konzept der Legalausnahmen erfolgreich widersetzt. Frankreich ließ sich dafür, dass es von seinem Konzept Abstand nahm, mit Zugeständnissen in der europäischen Agrarpolitik kompensieren<sup>13</sup>.
- Zum anderen sollte die VO Nr.17/62 eine hinreichend homogene Anwendung des Art. 81 III EG in den sechs Mitgliedstaaten gewährleisten. Dies wollte man dadurch erreichen, dass der Kommission die ausschließliche Zuständigkeit für die Anwendung des Art. 81 III EG übertragen wurde. Nach Art. 9 I VO Nr.17/62 besaß die Kommission deshalb das sog. Freistellungsmonopol für Art. 81 III EG.
- Schließlich sollte für die Unternehmen mit der Möglichkeit der Anmeldung ihrer Vereinbarungen eine ausreichende Rechtssicherheit geschaffen werden.

---

<sup>10</sup> Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.5, 14 ff.

<sup>11</sup> Art. 4 II VO Nr.17/62 wurde durch die VO Nr.1216/1999 (ABl. EG Nr. L 148 vom 15.6.1999, S.5-6) geändert, indem die Freistellung von der Anmeldung auf alle vertikalen Vereinbarungen ausgedehnt wurde. Dem Art. 4 II VO Nr.17/62 kommt aber anders als den sog. „weißen Klauseln“ in Gruppenfreistellungsverordnungen keine materiell-rechtliche Wirkung zu. Die nach Art. 4 II VO Nr.17/62 nicht anmeldebedürftigen Vereinbarungen genießen daher auch nicht die Bußgeldimmunität des Art. 15 V VO Nr.17/62, können jedoch rückwirkend freigestellt werden, wenn die Voraussetzungen des Art. 81 III EG von Beginn an vorgelegen haben. Sie sind folglich auch nur schwebend unwirksam und können auf eigene Gefahr praktiziert werden. Vgl. hierzu auch EuGH, Slg. 1973, 77, 87 (Tz.13) *„Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen“*; Paulweber/Kögel, AG 1999, 500, 501 und 506.

<sup>12</sup> Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.11; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.3.

<sup>13</sup> Vgl. Möschel, Wirtschaftsdienst 1999, 504 f.; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.3.

## ***B. Die Entwicklung der Rolle der Kommission***

Seit Beginn der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl im Jahre 1952 ist die Kommission für die Wettbewerbspolitik in der Gemeinschaft zuständig. Aber erst seit Einführung der VO Nr.17/62 hat die Kommission tatsächlich begonnen, wettbewerbspolitisch aktiv zu werden<sup>14</sup>. Im Laufe der Jahre ist dabei die Wettbewerbspolitik in der Gemeinschaft und damit zugleich die Rolle der Kommission immer wichtiger geworden, was mehrere Ursachen hat:

- Eine Ursache ist der Beitritt neuer Mitglieder in die EU. So umfasste die Europäische Union vor dem 1.Mai 2004 nicht mehr nur sechs, sondern 15 Mitgliedstaaten. Dabei ist die Einwohnerzahl der EU von 170 Millionen auf 380 Millionen gestiegen<sup>15</sup>. Zum 1.Mai 2004 ist die Mitgliederzahl der EU schließlich im Rahmen der Osterweiterung sogar noch auf 25 Mitglieder<sup>16</sup> ausgeweitet worden.
- Eine andere Ursache für die immer wichtigere Rolle der Kommission ist die zunehmende Regionalisierung in der Handelspolitik der EG<sup>17</sup>. So hat die EG gerade auch in den letzten Jahren zahlreiche Kooperations- und Freihandelsabkommen mit Drittländern abgeschlossen, die größtenteils Vorschriften enthalten, die den Art. 81 und 82 EG nachgebildet sind und der Kommission für eine Vielzahl der Fälle die Zuständigkeit übertragen<sup>18</sup>.
- Auch führt die weite Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel durch den EuGH dazu, dass immer mehr Fälle dem Gemeinschaftsrecht unterliegen, wodurch die Rolle der Kommission erneut wichtiger geworden ist. Damit ein Fall in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt, genügt es nämlich nach ständiger Praxis schon, wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver, rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass die betreffende Vereinbarung oder Verhaltensweise unmittelbar oder mit-

---

<sup>14</sup> Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.1.

<sup>15</sup> Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.5.

<sup>16</sup> Zu den zehn neuen Mitgliedern der EU zählen Polen, Ungarn, Tschechien, Slowakei, Estland, Lettland, Litauen, Slowenien, Malta und Zypern.

<sup>17</sup> So zählt die EG in der WTO mittlerweile als das aktivste Mitglied beim Abschluss von Freihandelsabkommen, die unter den Voraussetzungen des Art. XXIV GATT als Ausnahme vom Meistbegünstigungsprinzip gem. Art. I GATT erlaubt sind. Die zahlreichen Freihandelsabkommen der EG sind dabei so unübersichtlich, dass sie auch als „European Spaghetti Bowl“ bezeichnet werden. Vgl. hierzu etwa Sapir, *The World Economy* 2000, 1135 ff; Tharakan, *The World Economy* 2002, 1387 ff.

<sup>18</sup> Vgl. etwa Art. 55 I EWRA für das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, zu dem heute neben der EU noch Norwegen, Island und Liechtenstein gehören. Gleiches gilt z.B. auch für das Abkommen zwischen der Regierung von Japan und der EG über die Zusammenarbeit bei wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen (ABl. EG Nr. L 183 vom 22.7.2003, S.12-17). Hier ist in Art. 1 II lit. c) festgelegt, dass für die EG die Kommission die zuständige Wettbewerbsbehörde ist.



telbar, tatsächlich oder potentiell den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen kann<sup>19</sup>. Betroffen sind daher bereits Absprachen, wenn sie von Unternehmen aus ein und demselben Mitgliedstaat getroffen werden, soweit sie Rückwirkungen auf den Absatz ausländischer Produkte im Inland oder auf den Marktzutritt ausländischer Unternehmen haben können<sup>20</sup>. Deshalb sind auch Kartelle oder missbräuchliche Verhaltensweisen von Unternehmen mit insgesamt bedeutenden Marktanteilen, welche sich auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaates erstrecken, ihrem Wesen nach geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, weil sie die Abschottung nationaler Märkte verfestigen und somit zugleich die vom EG-Vertrag gewollte gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung verhindern. Zudem kann, wenn in einem Mitgliedstaat von einem Unternehmen mit mehreren anderen Unternehmen wettbewerbsbeschränkende Verträge gleichen oder ähnlichen Inhalts abgeschlossen werden, welche bei isolierter Betrachtung wirtschaftlich unbedeutend sind, unter Zugrundelegung der sog. Bündeltheorie<sup>21</sup> auch die kumulative Wirkung dieser Parallelverträge zu einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels führen. Die Beeinträchtigung des Binnenhandels braucht außerdem noch nicht tatsächlich eingetreten zu sein. Die bloße Eignung der Maßnahme hierzu reicht vollkommen aus<sup>22</sup>.

- Für die immer wichtigere Rolle der Kommission und ihrer Wettbewerbspolitik in der Gemeinschaft ist schließlich auch die zunehmende Globalisierung der Wirtschaft und die damit verbundene Zunahme der sog. multinationalen Unternehmen, die ihre Geschäfte über den ganzen Globus tätigen, verantwortlich<sup>23</sup>.

### **C. Die Anpassungen und ihre Grenzen**

Die immer wichtiger werdende Rolle der Kommission hatte natürlich zur Folge, dass auch immer mehr Vereinbarungen bei der Kommission angemeldet wurden. So sah sich die Kommission bereits im Jahre 1967 mit einem Berg von 37.450 Fällen konfrontiert<sup>24</sup>. Aus diesem Grunde musste das geltende System in einigen Punkten angepasst werden, um einerseits die Zahl der Anmeldungen zu be-

---

<sup>19</sup> Diesen sog. „STM-Test“ hat der EuGH zum ersten Mal 1966 in der Rechtssache 56/65 („*Société technique minière*“) eingeführt. Vgl. EuGH, Slg. 1966, 281, 303 „*Société technique minière/Maschinenbau Ulm GmbH*“.

<sup>20</sup> Vgl. EuGH, Slg. 1983, 3461, 3522 (Tz.103) „*Michelin/Kommission*“; EuGH, Slg. 1989, 2117, 2190 f. (Tz.33, 38) „*Belasco u.a./Kommission*“; EuG, Slg. 1992 II, 1995, 2017 f. (Tz.57) „*Publisher's Association/Kommission*“.

<sup>21</sup> Inhalt der Bündeltheorie ist die Prüfung, ob die betreffenden Vereinbarungen nicht auch Teil eines umfassenden Vertragssystems anderer Unternehmen sind, das in seiner Gesamtheit geeignet ist, die zwischenstaatlichen Handelsströme zu beeinträchtigen. Siehe auch Bunte, Kartellrecht, S.172; Emmerich, Kartellrecht, S.374; v. Wallenberg, Kartellrecht, Rn.85.

<sup>22</sup> Vgl. hierzu Europäische Kommission, Zwischenstaatlichkeitsklausel.

<sup>23</sup> Siehe auch Europäische Kommission, XXIX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999, Rn.26 (S.29).

<sup>24</sup> Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.25.

grenzen, andererseits aber auch die Anmeldungen schneller bearbeiten zu können. Dabei stießen die Anpassungen jedoch auf Grenzen, die ihnen durch die VO Nr.17/62 selbst gesetzt wurden.

## **I. Reduzierung von Anmeldungen**

Um die Anmeldungen zu reduzieren, wurde zum einen bei der Anwendung des Art. 81 EG als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal eine sog. Spürbarkeitsschwelle eingeführt, die „Bagatellfälle“ dem Zugriff des Art. 81 EG entziehen sollte<sup>25</sup>. Dabei wird die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung sowohl durch quantitative wie auch qualitative Kriterien bestimmt. In quantitativer Hinsicht ist vor allem der Marktanteil der beteiligten Unternehmen zu berücksichtigen. Die Praxis der Kommission sieht hier einen sog. „de minimis-Standard“ vor, der sich zur Zeit aus der sog. Bagatellbekanntmachung aus dem Jahre 2001<sup>26</sup> ergibt. Dies ist freilich nur eine Politikankündigung, die für die Gerichte nicht bindend ist. Vielmehr soll sie diesen als Leitfaden dienen. In der Praxis halten sich jedoch die Gerichte wie auch die Kommission bei der Ausübung ihres Aufgreifermessens weitgehend an die Bagatellbekanntmachung. Dabei liegt die Grenze bei horizontalen Vereinbarungen grundsätzlich bei 10% und bei vertikalen Vereinbarungen grundsätzlich bei 15% Marktanteil auf dem relevanten Markt. Führt die Verwendung gleichartiger Beschränkungen durch mehrere Marktteilnehmer zu kumulativen Marktabschottungseffekten, gilt sowohl für horizontale wie auch für vertikale Vereinbarungen eine Grenze von lediglich 5%. Damit wird aber nicht ausgeschlossen, dass die Spürbarkeit auch bei einem niedrigeren Marktanteil bejaht werden kann. Ist die Wettbewerbsbeschränkung nämlich ihrer Qualität nach von besonderem Gewicht, so wird das Merkmal der Spürbarkeit grundsätzlich bejaht, ohne dass es auf einen bestimmten Mindestmarktanteil der beteiligten Unternehmen ankommt. So wird das Merkmal der Spürbarkeit nicht für Kernbeschränkungen, die sog. „Hardcore-Kartelle“ verlangt, womit sich Preis-, Quoten-, Gebiets- und Kundenkartelle nicht auf die Privilegierung für horizontale Vereinbarungen berufen können. Von der Privilegierung vertikaler Vereinbarungen sind u.a. vertikale Mindest- und Festpreisvereinbarungen, sowie bestimmte Beschränkungen des Absatzgebietes und des Kundenkreises ausgenommen. Grundsätzlich gilt damit: Je schwerwie-

---

<sup>25</sup> Eingeführt in der ersten nach Art. 81 EG getroffenen förmlichen Entscheidung der Kommission vom 1.Juni 1964, Entscheidung 64/344/EWG, ABl. Nr. 092, S.1426-1427; verankert auch durch den EuGH, Slg. 1969, 295, 302 (Tz.7) „*Völk/Vervaecke*“.

<sup>26</sup> ABl. EG 2001 Nr. C 368 vom 22.12.2001, S.13-15. Diese neue Bekanntmachung ersetzt die vorangegangene aus dem Jahre 1997 (ABl. EG Nr. C 372 vom 9.12.1997, S.13-15). Darin vertritt die Kommission die Auffassung, dass vor allem Vereinbarungen von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) nur selten geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen. Im Anhang zu der Empfehlung 96/280/EG der Kommission (ABl. EG Nr. L 107 vom 30.4.1996, S.4-9) waren KMU noch definiert als Unternehmen mit weniger als 250 Beschäftigten und einem Jahresumsatz von höchstens 40 Mio. € oder einer Jahresbilanzsumme von höchstens 27 Mio. €. Mittlerweile wurde der Schwellenwert in der neuen Empfehlung 2003/361/EG der Kommission (ABl. EG Nr. L 124 vom 27.5.2003, S.36-41) beim Jahresumsatz auf 50 Mio. € und bei der Jahresbilanzsumme auf 43 Mio. € angehoben.

gender die jeweilige Wettbewerbsbeschränkung ist, desto weniger wird auf quantitative Gesichtspunkte zurückgegriffen<sup>27</sup>.

Neben der Einführung einer Spürbarkeitsschwelle hat die Kommission seit dem Jahre 1962 Bekanntmachungen allgemeiner Art erlassen, welche die Bedingungen präzisieren, unter denen bestimmte Vereinbarungen normalerweise keine Einschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken und folglich nicht in den Anwendungsbereich des Art. 81 EG fallen<sup>28</sup>.

Außerdem hat die Kommission ein zunächst kompliziertes System aus fast 20 Gruppenfreistellungsverordnungen geschaffen, wozu sie der Rat ermächtigt hatte<sup>29</sup>. Nach Art. 83 EG erlässt der Rat nämlich alle zur Anwendung der in Art. 81, 82 EG niedergelegten Grundsätze notwendigen Verordnungen und Richtlinien. Auf dieser Grundlage hat der Rat bisher einige Ermächtigungsgrundlagen erlassen<sup>30</sup>, aufgrund derer die Kommission in einer „Kommissionsverordnung“ das Verbot des Art. 81 I EG auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen für nicht anwendbar erklären kann<sup>31</sup>.

Im Bereich der vertikalen Vereinbarungen wurden die meisten Gruppenfreistellungsverordnungen dann aber 1999 durch eine umfassende Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Bindungen, die VO Nr.2790/1999<sup>32</sup> – besser bekannt als „Schirm“-Gruppenfreistellungsverordnung (Schirm-GVO) – ersetzt. Sie trat am 1.Juni 2000 in Kraft und begründet nunmehr sektor- und bran-

---

<sup>27</sup> Vgl. auch Gassner, S.29 f.

<sup>28</sup> Vgl. die Bekanntmachung über Alleinvertriebsverträge mit Handelsvertretern (ABl. EG Nr. L 139 vom 24.12.1962, S.2921 f.), die Bekanntmachung über Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine zwischenbetriebliche Zusammenarbeit betreffen (ABl. EG Nr. C 75 vom 29.7.1968, S.3-6), die Bekanntmachung über die Beurteilung von Zulieferverträgen nach Art. 81 I (ABl. EG Nr. C 1 vom 3.1.1979, S.2-3) und die Bekanntmachung über die Beurteilung von kooperativen Gemeinschaftsunternehmen nach Art. 81 EG (ABl. EG Nr. C 043 vom 16.2.1993, S.2). Die Bekanntmachung über Kooperationsvereinbarungen und die Bekanntmachung über die Beurteilung von kooperativen Gemeinschaftsunternehmen nach Art. 81 EG wurden mittlerweile ersetzt durch die Bekanntmachung der Leitlinien über die Anwendung von Art. 81 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (ABl. EG Nr. C 003 vom 6.1.2001, S.2-30).

<sup>29</sup> Siehe hierzu Paulweber/Kögel, AG 1999, 500, 503 f. Daneben hat der Rat aber auch im Bereich des Verkehrs bislang zwei Gruppenfreistellungsverordnungen selbst erlassen. Dabei handelt es sich um die VO Nr.1017/68 für Vereinbarungen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffverkehrsverkehr (ABl. EG Nr. L 175 vom 23.7.1968, S.1-12) und die VO Nr.4056/86 im Hinblick auf bestimmte Vereinbarungen im Seeverkehr (ABl. EG Nr. L vom 31.12.1986, S.4-13).

<sup>30</sup> Vgl. beispielsweise die Verordnung Nr.19/65 (ABl. EG Nr. P 036 vom 6.3.1965, S.533-535) für vertikale Ausschließlichkeitsbindungen und Lizenzverträge, die Verordnung Nr.2821/71 (ABl. EG Nr. L 285 vom 29.12.1971, S.46-48) für horizontale Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen über die Anwendung von Normen und Typen, über die Forschung und Entwicklung und über Spezialisierung und die Verordnung Nr.1534/91 (ABl. EG Nr. L 143 vom 7.6.1991, S.1-3) für bestimmte Vereinbarungen im Versicherungsgewerbe.

<sup>31</sup> Der EuGH hat ein solches zweistufiges Rechtssetzungssystem für zulässig erachtet. Vgl. EuGH, Slg. 1966, 457, 481 *„Regierung der italienischen Republik/Kommission“*.

<sup>32</sup> ABl. EG Nr. L 336 vom 29.12.1999, S.21-25. Die Verordnung trat an die Stelle der drei bestehenden Verordnungen über Alleinvertriebsvereinbarungen (VO Nr.1983/83, ABl. EG Nr. L 173 vom 30.6.1983, S.1-4), Alleinbezugsvereinbarungen (VO Nr.1984/83, ABl. EG Nr. L 173 vom 30.6.1983, S.5-11), beide verlängert durch die VO Nr.1582/97 (ABl. EG Nr. L 214 vom 6.8.1997, S.27) und Franchisevereinbarungen (VO Nr.4087/88, ABl. EG Nr. L 359 vom 28.12.1988, S.46-52), die am 31.12.1999 außer Kraft traten.

chenübergreifend für vertikale Vereinbarungen zwischen Unternehmen mit einem Marktanteil von weniger als 30% eine Vermutung der Rechtmäßigkeit dieser Vereinbarungen<sup>33</sup>. Sie gilt grundsätzlich für alle vertikalen Vereinbarungen, die den Verkauf von Waren und Dienstleistungen betreffen<sup>34</sup>. Dabei gelten allerdings einige Anwendungsvoraussetzungen: So darf eine Vereinbarung keine in der VO aufgestellten Kernbeschränkungen<sup>35</sup> enthalten. Daneben wird eine Marktanteilsschwelle von 30% festgesetzt und für drei Arten von Beschränkungen gelten besondere Voraussetzungen<sup>36</sup>. Darüber hinaus hat die Kommission Leitlinien für vertikale Beschränkungen<sup>37</sup> veröffentlicht, in denen erläutert wird, wie die durch die Verordnung nicht freigestellten vertikalen Beschränkungen beurteilt werden.

Für horizontale Vereinbarungen hat die Kommission bislang zwei Gruppenfreistellungsverordnungen erlassen, nämlich eine für Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung<sup>38</sup> und eine für Spezialisierungsvereinbarungen<sup>39</sup>. Auch hier hat die Kommission Leitlinien<sup>40</sup> über die Anwendung von Art. 81 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit veröffentlicht, in denen erläutert wird, wie bei der Beurteilung von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit vorgegangen werden sollte.

---

<sup>33</sup> Näheres vgl. Europäische Kommission, Wettbewerbspolitik in Europa, Wettbewerbsregeln für Liefer- und Vertriebsvereinbarungen.

<sup>34</sup> Einzige Ausnahme ist der Verkauf von Personen- und Lastkraftwagen sowie Bussen, die in einer gesonderten Verordnung Nr.1475/1995 (ABl. EG Nr. L 145 vom 29.6.1995, S.25-34) freigestellt wurden. Die VO Nr.1475/1995 ist am 30.9.2002 ausgelaufen und wurde durch die VO Nr.1400/2002 (ABl. EG Nr. L 203 vom 1.8.2002, S.30-41) ersetzt.

<sup>35</sup> Dabei handelt es sich um Preisbindungen der zweiten Hand, Beschränkungen des Verkaufsgebietes oder des Kundenkreises, bestimmte Beschränkungen bzgl. des selektiven Vertriebs, sowie Fälle, in denen es Endbenutzern, unabhängigen Reparaturwerkstätten und Dienstleistern untersagt oder nur begrenzt gestattet wird, Ersatzteile unmittelbar vom Hersteller zu beziehen.

<sup>36</sup> Dabei handelt es sich um Wettbewerbsverbote, die auf unbestimmte Zeit oder für eine Dauer von mehr als fünf Jahren geschlossen werden, Wettbewerbsverbote nach Ablauf der Vereinbarung und Beschränkungen bzgl. des Verkaufs von Marken konkurrierender Hersteller im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems. Für Vereinbarungen, die unter die de minimis-Schwelle fallen, haben diese besonderen Voraussetzungen allerdings keine Bedeutung. Vgl. auch Europäische Kommission, Wettbewerbspolitik in Europa, Wettbewerbsregeln für Liefer- und Vertriebsvereinbarungen, S.13-15.

<sup>37</sup> ABl. EG Nr. C 291 vom 13.10.2000, S.1-44.

<sup>38</sup> VO Nr.2658/2000 (ABl. EG Nr. L 304 vom 5.12.2000, S.3-6), welche die am 31.12.2000 ausgelaufene Gruppenfreistellungsverordnung Nr.418/85 (ABl. EG Nr. L 53 vom 22.2.1985, S.5-12) ersetzte. Vgl. hierzu auch Europäische Kommission, XXX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2000, Rn.21-27 (S.28 ff.).

<sup>39</sup> VO Nr.2659/2000 (ABl. EG Nr. L 304 vom 5.12.2000, S.7-12), welche die am 31.12.2000 ausgelaufene Gruppenfreistellungsverordnung Nr.417/85 (ABl. EG Nr. L 53 vom 22.2.1985, S.1-4) ersetzte. Vgl. hierzu auch Europäische Kommission, XXX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2000, Rn.21-27 (S.28 ff.).

<sup>40</sup> Vgl. schon Fußnote 28. Siehe hierzu auch XXX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2000, Rn.28-36 (S.31 f.).

Entlastung in der Anwendung von Art. 81 EG auf horizontale Wettbewerbsbeschränkungen gehen auch von der seit 1997 geltenden Neuregelung für „Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen“ im Rahmen der Fusionskontrolle aus<sup>41</sup>.

Branchenspezifisch wurde eine Gruppenfreistellung im Versicherungsgewerbe<sup>42</sup>, eine im Kraftfahrzeugbereich<sup>43</sup>, sowie eine für Technologietransfervereinbarungen<sup>44</sup> erlassen.

Die Zahl der Anmeldungen konnte auf diese Weise erheblich reduziert werden<sup>45</sup>.

Die Verringerung der Zahl von Anmeldungen bei der Kommission sollte aber auch durch die Förderung der dezentralen Bearbeitung von Beschwerden erreicht werden. So hat der EuGH in zwei Gerichtsurteilen<sup>46</sup> versucht, die dezentrale Anwendung der Art. 81 I und 82 EG zu stärken<sup>47</sup>. Auch die Kommission erließ hierzu zwei Bekanntmachungen<sup>48</sup>, welche die dezentrale Anwendung der Wettbewerbsregeln fördern und damit die Anmeldungen reduzieren sollte. Das Ziel, die dezentrale Anwendung der Wettbewerbsregeln zu fördern, konnte jedoch nur bedingt erreicht werden. Der Grund hierfür wurde im unauflösbaren Spannungsverhältnis zum Freistellungsmonopol der Kommission gesehen<sup>49</sup>. So haben die am innerstaatlichen Verfahren beteiligten Unternehmen die Möglichkeit, durch eine „Obstruktionsanmeldung“ ihrer Vereinbarung bei der Kommission das bereits laufende Verfahren zu vereiteln oder zumindest zu verzögern. Die Eröffnung des Kommissionsverfahrens beendet nämlich automatisch gem. Art. 9 III VO Nr.17/62 die Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden und die staatlichen Gerichte können ihr Verfahren solange aussetzen, wie sich die Kommission nicht geäußert hat<sup>50</sup>.

---

<sup>41</sup> Vgl. hierzu Immenga in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Ergänzungsband, FKVO Art. 2, Rn.11 ff.

<sup>42</sup> Vgl. ABl. EG Nr. L 398 vom 31.12.1992, S.7-14. Diese Verordnung Nr.3932/92 lief am 31.März 2003 aus und wurde ersetzt durch die VO Nr.358/2003 (ABl. EG Nr. L 53 vom 27.2.2003, S.8-16), welche bis zum 31.März 2010 gilt.

<sup>43</sup> Vgl. VO Nr.1400/2002 (ABl. EG Nr. L 203 vom 1.8.2002, S.30-41), welche die VO Nr.1475/1995 (ABl. EG Nr. L 145 vom 29.6.1995, S.25-34) am 1.10.2002 ablöste.

<sup>44</sup> Vgl. VO Nr.240/96 (ABl. EG Nr. L 31 vom 9.2.1996, S.2-13), die aber am 1.Mai 2004 durch eine neue Verordnung zu Technologietransfer-Vereinbarungen, nämlich die VO Nr.772/2004 (ABl. EG Nr. L 123 vom 27.4.2004, S.11-17) ersetzt wurde.

<sup>45</sup> Im Jahr 2001 betrug der Anteil der Anmeldungen bei den neu eingeleiteten Verfahren beispielweise nur noch 33% (so Europäische Kommission, XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, S.415). Vgl. auch Abbildung 1 im Anhang („Neue Fälle“).

<sup>46</sup> EuGH, Slg. 1974, 51 f. „*BRT/Sabam*“; EuGH, Slg. 1991, I, 935, 955 (Tz.5) „*Delimitis*“.

<sup>47</sup> Siehe hierzu mehr unter § 6 A II (S.100 ff.).

<sup>48</sup> Das wäre zum einen die Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten bei der Bearbeitung von Fällen im Anwendungsbereich der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag (ABl. EG Nr. C 313 vom 15.10.1997, S.3-11) und zum anderen die Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag (ABl. EG Nr. C 39 vom 13.02.1993, S.6-11). Hierzu später noch ausführlich unter § 5 A (S.69 ff.) und § 6 A (S.99 ff.).

<sup>49</sup> Vgl. auch Paulweber/Kögel, AG 1999, 500, 503.

<sup>50</sup> Vgl. hierzu § 5 A (S.69 ff.) und § 6 A (S.99 ff.).

## II. Schnellere Bearbeitung von Anmeldungen

Um die Anmeldungen schneller bearbeiten zu können, hat die Kommission, da die förmlichen Entscheidungen aufgrund des äußerst schwerfälligen Verfahrens besonders langwierig sind<sup>51</sup>, Anfang der 70er Jahre begonnen, vermehrt Verwaltungsschreiben zur Bearbeitung der Genehmigungsanträge einzusetzen. Mit diesen Schreiben teilte die Kommission den anmeldenden Unternehmen mit, dass für sie aufgrund der ihr bekannten Tatsachen kein Anlass zum Einschreiten besteht (Schreiben vom Typ Negativattest gem. Art. 2 VO Nr.17/62) oder aber, dass nach den ihr vorliegenden Informationen die getroffene Vereinbarung nicht gegen Art. 81 I EG verstößt oder die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Art. 81 III EG vorliegen (Schreiben vom Typ comfort letters)<sup>52</sup>. Der Vorteil dieser Schreiben liegt darin, dass weder eine Veröffentlichung vorgesehen ist, noch eine offizielle Anhörung des Beratenden Ausschusses stattfindet, und dass außerdem das Erfordernis der Übersetzung in derzeit elf Amtssprachen entfällt. So werden heute über 90% der Anmeldungen informell geregelt<sup>53</sup>.

Die Verwaltungsschreiben haben allerdings auch zwei Nachteile: Zum einen sind solche Schreiben nicht transparent<sup>54</sup> und zum anderen sind sie ihrer Rechtsnatur nach für Gerichte unverbindlich, wobei sie von diesen doch i.d.R. zumindest als faktischer Umstand gewertet werden<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Vgl. auch Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.34 f.

<sup>52</sup> Bunte, Kartellrecht, S.353; Emmerich, Kartellrecht, S.455; Schwarze, JZ 1996, 57, 63.

<sup>53</sup> So Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.34; Europäische Kommission, XXIX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999, Rn.25 (S.28); vgl. auch Abbildung 2 im Anhang („Behandelte Fälle“).

<sup>54</sup> 1997 hat die Kommission beispielsweise nur sieben von 210 Verwaltungsschreiben gem. Art. 19 III VO Nr.17/62 im Amtsblatt veröffentlicht. Das entspricht in etwa 3 % der Fälle. Vgl. Europäische Kommission, XXIX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999, Rn.25 (S.28).

<sup>55</sup> Siehe hierzu noch ausführlich unter § 7 A II 2 c und d (S.119 ff.).

### § 3 Zu den Gründen, Zielen und Mitteln der Reform aus Sicht der Kommission

#### *A. Die von der Kommission angeführten Gründe für die Reform*

Für die Reform der Verordnung Nr.17/62, die seit ihrem Inkrafttreten im Jahre 1962 in ihrem Kern unverändert geblieben ist, gab es aus Sicht der Kommission im Wesentlichen drei Gründe<sup>56</sup>:

- Hauptmotiv war die ständig gewachsene Arbeitsbelastung der Kommission, die mit der Osterweiterung noch weiter zunehmen wird. Durch die Flut von Anmeldungen kam es zu einem Verfahrensstau<sup>57</sup>, der zunehmend Kritik am geltenden EG-Kartellverfahrensrecht und an der Verfahrenspraxis der Kommission hervorrief<sup>58</sup>. Die Kommission sah sich dadurch in eine reagierende Rolle gedrängt<sup>59</sup>, die sie daran hinderte, sich auf die Verfolgung besonders schädlicher Kartelle zu konzentrieren. In einer erweiterten Union sei es jedenfalls undenkbar, dass die Unternehmen Tausende von Vereinbarungen anmelden, die von der Kommission zu untersuchen wären. Hinzu kommt, dass es sich bei den Anmeldungen zumeist um Routinefälle handelt, die zwar über der Erheblichkeitsschwelle liegen, jedoch zu keiner schwerwiegenden Wettbewerbsbeeinträchtigung führen<sup>60</sup>. So wurde die Kommission seit Bestehen der VO Nr.17/62 bis zum Jahre 2000 auch nur in neun Fällen durch eine Anmeldung über Vereinbarungen unterrichtet, die eine Verbotsentscheidung rechtfertigten<sup>61</sup>. Die Kommission wollte deshalb durch die Reform ihre Hände frei bekommen, um besonders schädliche Kartelle zu bekämpfen und nicht länger nur „Kartellgenehmigungsbehörde“ zu sein, die ihre zur Verfügung stehenden Ressourcen zu einem bedeutenden Teil auf die Behandlung von Freistellungsanträgen und die Erteilung von Verwaltungsschreiben ver(sch)wendet<sup>62</sup>.
- Als zweiter Grund wurde angeführt, dass das in der VO Nr.17/62 geschaffene zentralisierte System die Gerichte und die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Art. 81 und 82 EG einschränke<sup>63</sup>. In einer mit 25 Mitgliedstaaten erweiterten Gemeinschaft lasse sich die Feststellung und Ahndung der Wettbewerbsverstöße durch eine Zentralbehörde wie

---

<sup>56</sup> Vgl. VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 3.

<sup>57</sup> Vgl. hierzu aber auch die Abbildung 3 im Anhang („Entwicklung der Zahl der am Jahresende anhängigen Verfahren“), aus der sich ergibt, dass die Zahl der am Jahresende anhängigen Verfahren in den letzten Jahren deutlich abgenommen hat.

<sup>58</sup> Vgl. Ackermann, EuZW 1997, 271 ff.; Lässig, S.3 ff.

<sup>59</sup> Siehe auch Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.40, 44 f. und 48.

<sup>60</sup> Vgl. Deselaers/Obst, EWS 2000, 41, 42.

<sup>61</sup> Vgl. Europäische Kommission, XXIX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999, Rn.24 (S.28).

<sup>62</sup> Vgl. Europäische Kommission, XXIX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999, Rn.24 (S.28); Schaub/Dohms, WuW 1999, 1055 f.

<sup>63</sup> Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.45-47, 49.

die Generaldirektion IV auch nicht mehr in effizienter Weise organisieren und rechtfertigen. Die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten seien auch für die effiziente Bearbeitung von Fällen besser geeignet, weil sie normalerweise über eine bessere Kenntnis der lokalen Märkte und der nationalen Marktteilnehmer verfügen und auch zu den Beschwerdeführern räumlich näher und deshalb auch schneller erreichbar seien als die Kommission. Außerdem verfügen die meisten von ihnen auch über die für die Ahndung von Verstößen notwendigen personellen<sup>64</sup> und rechtlichen Mittel<sup>65</sup>. Schließlich sei auch die bisher praktizierte künstliche Teilung in Art. 81 I und III EG mit dem unteilbaren Charakter des Art. 81 EG, der eine wirtschaftliche Analyse sämtlicher Wirkungen einer Vereinbarung voraussetzt, nicht zu vereinbaren<sup>66</sup>.

- Als dritter und letzter Grund für die Notwendigkeit einer Reform wird vorgebracht, dass das Anmelde- und Genehmigungssystem zu großer Rechtsunsicherheit und zu erheblichen Kosten bei den Unternehmen führe<sup>67</sup>. Ein Anmeldesystem, in dem die Unternehmen Zwängen ausgesetzt seien, erscheint aus Sicht der Kommission heute nicht mehr gerechtfertigt. Die Unternehmen müssten nämlich gegenwärtig bei ihrer Geschäftsstrategie die Notwendigkeit einer Anmeldung ihrer Vereinbarungen bei der Kommission mitberücksichtigen und dies verursache insbesondere bei den kleinen und mittleren Unternehmen verhältnismäßig bedeutende Kosten. So werden die Kosten für eine einfache Anmeldung auf etwa 20000 € – 30000 € geschätzt, wobei bei komplexeren Anmeldungen die Kosten über diesen Betrag noch weit hinausgehen<sup>68</sup>. Im Übrigen verfügen die Unternehmen aus Sicht der Kommission heute über eine ausreichende Rechtssicherheit, so dass eine Anmeldung auch nicht mehr erforderlich sei.

---

<sup>64</sup> Im Jahre 1998 gab es in allen Mitgliedstaaten der EU insgesamt ca. 1222 Beamte, die für die Untersuchung von Zusammenschlüssen, Vereinbarungen und Missbräuchen marktbeherrschender Stellungen zuständig waren, während die Kommission nur über 153 Beamte verfügte. Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.46 (Fußnote 44).

<sup>65</sup> Die staatlichen Gerichte sind im Gegensatz zur Kommission in der Lage, bestimmten Ansprüchen der Beschwerdeführer Geltung zu verschaffen. So können sie mittels einstweiliger Verfügungen schneller eingreifen und Schadensersatz für die Geschädigten anordnen.

<sup>66</sup> EuGH, Slg. 1962, 97, 102 "*Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd/Robert Bosch GmbH u.a.*"; EuGH, Slg. 1977, 2359, 2370 (Tz.11) "*De Bloos/Bouyer*".

<sup>67</sup> Vgl. hierzu auch Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.50 f.; Europäische Kommission, XXIX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999, Rn.25 (S.28).

<sup>68</sup> Vgl. Holmes, *World Competition* 2000 (4), 51, 53.



## **B. Die Zielsetzung der Reform**

Die Zielsetzung der Reform leitet sich aus den Art. 83 II lit. a) und b) EG ab<sup>69</sup>. Nach Art. 83 II lit. a) EG muss die Beachtung der in den Art. 81 I und 82 EG genannten Verbote durch die Einführung von Geldbußen und Zwangsgeldern gewährleistet werden, während nach Art. 83 II lit. b) EG dem Erfordernis einer wirksamen Überwachung bei möglichst einfacher Verwaltungskontrolle Rechnung zu tragen ist. Der Suche nach dem Gleichgewicht zwischen wirksamer Wettbewerbspolitik und einfacher Verwaltungskontrolle ist dabei auch die Zielsetzung der Reform. Die geplante Verfahrensvereinfachung soll zur Entbürokratisierung beitragen, die Eigenverantwortung der betroffenen Unternehmen stärken, sowie gleichzeitig hinreichende Rechtssicherheit gewährleisten. Es soll ein neuer verfahrensrechtlicher Rahmen geschaffen werden, der es der Kommission wieder ermöglicht, sich der Bekämpfung besonders schwerer Wettbewerbsverstöße zu widmen. Gleichzeitig soll die dezentrale Anwendung der Art. 81 f. EG gefördert werden, ohne dabei der Kohärenz der Wettbewerbspolitik in der Gemeinschaft Abbruch zu tun<sup>70</sup>.

## **C. Die Mittel der Reform – 5 Pfeiler**

Unter mehreren diskutierten Reformvorschlägen, die von der Verbesserung des Genehmigungssystems bis zum Übergang zu einem System der gesetzlichen Ausnahmen reichten<sup>71</sup>, hat man sich in der neuen VO Nr.1/2003 für Letzteres und damit zugleich für die sog. „große Lösung“ entschieden, da man davon ausging, dass geringfügige Anpassungen des derzeitigen Systems nicht ausreichen würden, eine wirkungsvolle Anwendung der Wettbewerbsregeln in einer erweiterten Gemeinschaft zu gewährleisten und dass ein Legalausnahmesystem mehr Vorteile als Gefahren mit sich brächte. Dabei beruht die Reform der VO Nr.17/62 insgesamt auf fünf Pfeilern<sup>72</sup>:

- Der erste Pfeiler<sup>73</sup> und zugleich das Kernstück der Reform ist die Abschaffung des Anmelde- und Genehmigungssystems und die Einführung eines Legalausnahmesystems, Art. 1 II<sup>74</sup>. Danach sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmte Verhaltensweisen, die den Tatbestand des Art. 81 I EG erfüllen, automa-

---

<sup>69</sup> Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.41 f.; Europäische Kommission, XXIX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999, Rn.29 (S.29).

<sup>70</sup> So etwa Schaub/Dohms, WuW 1999, 1055, 1056.

<sup>71</sup> Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.52-73; siehe auch Schaub/Dohms, WuW 1999, 1055, 1056 ff.

<sup>72</sup> Vgl. Europäische Kommission, XXXIInd Report on competition policy, Rn.17; im Weißbuch ging die Kommission dagegen noch von drei Pfeilern aus. Siehe Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.75 ff.

<sup>73</sup> Vgl. hierzu umfassend § 4 (S.16 ff.) sowie Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.76 ff.

<sup>74</sup> Artikel ohne Gesetzesbezeichnung sind künftig immer solche der VO Nr.1/2003.

tisch freigestellt, wenn die Voraussetzungen des Art. 81 III EG vorliegen. In dem neuen System wird es also keine Behörde mehr geben, bei der wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen anzumelden sind und die rechtsgestaltende Genehmigungsentscheidungen erlässt. Das gegenwärtige Freistellungsmonopol der Kommission für Art. 81 III EG gem. Art. 9 I VO Nr.17/62 verschwindet somit völlig. Art. 81 III EG ist also künftig genauso wie Art. 81 I und 82 EG unmittelbar anwendbar. In einem Legalausnahmesystem müssen die Unternehmen ihrer Vereinbarung dann auch nicht mehr anmelden<sup>75</sup> und verfügen über ein zusätzliches Verteidigungsmittel vor den Zivilgerichten, da sie sich auf die Anwendung des Art. 81 III EG berufen können. Auf diese Weise erteilt die Reform den Unternehmen aber auch mehr Verantwortung, da sie nun selbst überprüfen müssen, ob ihre Vereinbarungen überhaupt gegen Art. 81 I EG verstoßen und ob sie dann gegebenenfalls nach Art. 81 III EG freigestellt werden könnten – die Möglichkeit einer Anmeldung entfällt ja. Nach Auffassung der Kommission würde durch die Einführung eines Legalausnahmesystems der Wettbewerbsschutz insgesamt gestärkt und die administrative Kontrolle vereinfacht. Dabei würde man damit zugleich auch den Anforderungen des Art. 83 EG gerecht.

- Den zweiten Pfeiler der Reform bildet die unmittelbare Anwendung des Art. 81 III EG, die aus der Aufgabe des Freistellungsmonopols der Kommission, wie es bislang in Art. 9 I VO Nr.17/62 festgelegt war, resultiert<sup>76</sup>. Dieser zweite Pfeiler ergibt sich aber auch schon unmittelbar aus dem ersten Pfeiler. Die Aufgabe des Freistellungsmonopols der Kommission führt dann zu einer verstärkten dezentralen Anwendung des Art. 81 III EG und einer umfassenden Beteiligung der nationalen Wettbewerbsbehörden sowie der nationalen Gerichte. Art. 81 EG wird wie Art. 82 EG sowohl für die nationalen Wettbewerbsbehörden wie auch für die nationalen Gerichte in seiner Gesamtheit unmittelbar anwendbar und diese können selbständig eine umfassende und abschließende Beurteilung einer Vereinbarung treffen. Der Schutz des Wettbewerbs soll auf diese Weise durch eine Stärkung des Privatklagewegs vor den nationalen Gerichten und auch durch eine Konzentration der Tätigkeit der Kommission und der nationalen Wettbewerbsbehörden auf die Problemfälle, die in aller Regel nicht angemeldet werden<sup>77</sup>, verbessert werden. Dies sei derzeit nach Ansicht der Kommission nicht möglich, da die Möglichkeit für die Unternehmen besteht, ihre Vereinbarungen bei der Kommission anzumelden und

---

<sup>75</sup> Auf der anderen Seite können sie dies auch nicht mehr.

<sup>76</sup> Vgl. hierzu § 4(S.16 ff.), § 5 B (S.76 ff.) und § 6 B (S.103 ff.) sowie Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.82 ff.

<sup>77</sup> So wurde die Kommission bis zum Jahre 1999 – wie oben bereits erwähnt – ja nur in neun Fällen durch eine Anmeldung über Vereinbarungen unterrichtet, die eine Verbotsentscheidung rechtfertigten. Vgl. Europäische Kommission, XXIX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999, Rn.24 (S.28); Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.77 (Fußnote 53).

dadurch das gerichtliche und insbesondere auch behördliche Vorgehen gegen die Unternehmen faktisch zu blockieren.

- Der dritten Pfeiler der Reform<sup>78</sup> besteht aus dem europäischen Wettbewerbsnetzwerk (ECN<sup>79</sup>), in dem die Kommission und die nationalen Wettbewerbsbehörden eng miteinander vernetzt werden. Aus Effizienz- sowie Kohärenzgründen wird die Zusammenarbeit hier sehr viel enger werden als dies bisher der Fall war. Rechtsgrundlage für den Aufbau des ECN ist dabei der neue Art. 11.
- Den vierte Pfeiler der Reform<sup>80</sup> bildet die Regelung des Verhältnisses von nationalem Wettbewerbsrecht zu den Art. 81 und 82 EG in Art. 3, welche den Vorrang des europäischen Wettbewerbsrechts vor nationalem Wettbewerbsrecht erheblich erweitert. Dies war aus Sicht der Kommission nötig, da Art. 81 III EG künftig ja unmittelbar gilt, so dass ein „positiver Akt“ zur Auslösung des Vorrangs des EG-Rechts nicht mehr möglich ist. Damit soll ein level playing field zwischen den Unternehmen, die in Europa Geschäfte machen, hergestellt und gleichzeitig die Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts sichergestellt werden.
- Der letzte und zugleich fünfte Pfeiler der Reform besteht in einer Verbesserung der Instrumente der Wettbewerbskontrolle der Kommission. Durch die Abschaffung des Anmelde- und Genehmigungssystems soll der Kommission nicht nur Raum verschafft werden, sich auf die Verfolgung der schweren Wettbewerbsverstöße zu konzentrieren, sondern es soll ihr auch ermöglicht werden, die ex post-Kontrolle im Rahmen des Untersagungsverfahrens wirkungsvoller auszuüben, indem die Ermittlungsbefugnisse im Untersagungsverfahren erweitert werden<sup>81</sup>. Auch sollen die Sanktionen, die in der VO Nr.17/62 in absoluten Beträgen festgesetzt wurden, angepasst und die Angabe der Beträge in Prozent festgesetzt werden<sup>82</sup>. Schließlich soll auch den Beschwerden im neuen System eine größere Bedeutung zukommen<sup>83</sup>.

---

<sup>78</sup> Vgl. insbesondere § 5 B II (S.85 ff.).

<sup>79</sup> Das ECN ist die Abkürzung für das European Competition Network.

<sup>80</sup> Vgl. § 7 B (S.120 ff.).

<sup>81</sup> Vgl. § 8 A (S.148 ff.).

<sup>82</sup> Vgl. § 8 B (S.152 ff.).

<sup>83</sup> Genaueres regelt die Kommission dabei in einer Durchführungsvorschrift gem. Art. 33 I lit. a) VO Nr.1/2003, nämlich der VO Nr.773/04. Vgl. hierzu auch Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Behandlung von Beschwerden durch die Kommission gemäß Artikel 81 und 82 EG-Vertrag.

## § 4 Der Systemwechsel: Die Ablösung des Anmelde- und Genehmigungssystems durch ein Legalausnahmesystem

### *A. Vergleich des Anmelde- und Genehmigungssystems mit dem Legalausnahmesystem*

Der harte Kern der Reform ist der Übergang von dem derzeit geltenden Anmelde- und Genehmigungssystem zu einem System der Legalausnahme. Aus diesem Grund sollen diese beiden Verfahrenssysteme zunächst einmal dargestellt und auf ihre Unterschiede hin untersucht werden:

#### **I. Das Anmelde- und Genehmigungssystem**

Anmelde- und Genehmigungssysteme beruhen auf dem Grundsatz, dass das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nur durch die Intervention einer zu diesem Zweck befugten Behörde im Wege einer rechtsgestaltenden Genehmigungsentscheidung aufgehoben werden kann<sup>84</sup>. Bei dem bis zum 1. Mai 2004 in Art. 81 EG konstituierten System handelte es sich dabei um ein repressives Verbot mit echter Ausnahmemöglichkeit im Unterschied zu einem rein präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt<sup>85</sup>. Dies zeigte sich dadurch, dass die Einzelfreistellung von der Anmeldung bei der Kommission und einer verwaltungsbehördlichen Entscheidung, also einem konstitutiven Verwaltungsakt, abhing. Anders gesagt: Wettbewerbsbeschränkungen wurden aufgrund ihrer Gefährlichkeit grundsätzlich einem strengen Verbot unterworfen und sie konnten nur unter bestimmten Voraussetzungen von diesem Verbot freigestellt werden, nämlich dann, wenn die Vermutung der Gefährlichkeit ausnahmsweise entkräftet wurde. Neben ihrer Funktion, eine behördliche Einzelfallprüfung zu ermöglichen, brachte die Anmeldepflicht den grundsätzlichen materiellen Verbotscharakter zum Ausdruck und entfaltete auf diese Weise eine gewisse abschreckende Wirkung<sup>86</sup>. Im Gemeinschaftsrecht postuliert Art. 81 I EG das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen<sup>87</sup>, wobei Art. 81 II EG die Nichtigkeitsfolge solcher Vereinbarungen erklärt. Hatte eine solche Vereinbarung überwiegend positive Wirkungen, weil sie zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt, so konnte

---

<sup>84</sup> Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.53; Ritter in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band II, Art. 87, Rn.2.

<sup>85</sup> Vgl. Sauter in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band I, Art. 85 Abs. 3 A, Rn.2; Schröter in: Schröter/Jakob/Mederer, Art. 81 Abs. 3, Rn.275.

<sup>86</sup> Vgl. etwa Paulweber/Kögel, AG 1999, 500, 509.

<sup>87</sup> Dies hat der EuGH in seiner „Bosch-Entscheidung“ so entschieden. Vgl. EuGH, Slg. 1962, 97, 103 „Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd/Robert Bosch GmbH u.a.“.

das Verbot des Art. 81 I EG unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Art. 81 III EG ausnahmsweise für unanwendbar erklärt werden. Diese Entscheidung erging im Verwaltungsverfahren, wobei die Kommission, die nach Art. 9 I VO Nr.17/62 das Freistellungsmonopol inne hatte, zuständig war für die Erteilung einer rechtsgestaltenden Genehmigungsentscheidung. Es bedurfte also eines positiven Aktes der Freistellung. Dabei konnte eine Freistellung nach Art. 81 III EG aber nur abgegeben werden, wenn die Unternehmen ihre Vereinbarungen, abgestimmten Verhaltensweisen und Beschlüsse bei der Kommission angemeldet hatten gem. §§ 4 I 2, 5 I VO Nr.17/62. Wollten die Unternehmen also Art. 81 III EG in Anspruch nehmen, mussten sie ihre Vereinbarung bei der Kommission mit dem sog. Formblatt A/B vollständig und korrekt anmelden, andernfalls oder auch wenn die Anmeldung nicht vollständig war, schied eine Freistellung selbst bei ihrer tatbestandlichen Einschlägigkeit aus und es blieb beim Verbot<sup>88</sup>. Mit der Anmeldung trat dann ein Schwebezustand ein, der durch die spätere Entscheidung der Kommission zugunsten einer von Anfang an bestehenden Wirksamkeit oder Nichtigkeit beendet wurde. Die Unternehmen hatten allerdings nach erfolgter und ordnungsgemäßer Anmeldung auch einen Anspruch auf Bescheidung<sup>89</sup>. Das Wort „können“ in Art. 81 III EG stellte also die Erteilung der Freistellung nicht in das freie Ermessen der Kommission, sondern drückte nur die rechtliche Befugnis zur Einschränkung des Kartellverbots aus. Wenn die Voraussetzungen des Art. 81 III EG vorlagen, war die Kommission demnach zur Freistellung verpflichtet<sup>90</sup>.

## II. Das Legalausnahmesystem

Im Unterschied zum Missbrauchsprinzip in seiner reinen Form, wo von einer uneingeschränkten Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung bis zu einer konstitutiven Feststellung ihrer Unzulässigkeit ausgegangen wird<sup>91</sup>, geht das ab 1.Mai 2004 geltende Legalausnahmesystem wie auch das Anmelde- und Genehmigungssystem weiterhin von der Nichtigkeitsvermutung einer Wettbewerbsbeschränkung und damit von einem Verbotsprinzip aus, vgl. Art. 1 I<sup>92</sup>. Man kann zwar von einer Annäherung an ein faktisches Missbrauchsprinzip insoweit sprechen, da keine Wettbewerbsbeschränkung mehr einer präventiven Erlaubnisentscheidung unterfällt<sup>93</sup>. Trotzdem bleiben Wettbe-

---

<sup>88</sup> Vgl. EuGH, Slg. 1983, 1825, 1902 (Tz.93) "*Musique Diffusion Francaise/Kommission*".

<sup>89</sup> Vgl. Sauter in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band I, Art. 85 Abs. 3 A, Rn.5.

<sup>90</sup> So schon EuGH, Slg. 1966, 321, 395 f. "*Consten GmbH und Grundig-Verkaufs-GmbH/Kommission*"; vgl. auch Gassner, S.63.

<sup>91</sup> Vgl. Mestmäcker, EBOR 2000, 401, 406; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.6.

<sup>92</sup> Anders z.B. Rittner, der davon ausgeht, dass das Kartellverbot durch ein Missbrauchsprinzip ersetzt wird. Vgl. Rittner, DB 1999, 1485.

<sup>93</sup> So auch Möschel, Wirtschaftsdienst 1999, 504, 505 ; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.6; Paulweber/Kögel, AG 1999, 500, 504.

werbsbeschränkungen weiterhin von Anfang an unzulässig. Jedoch ist die Grenze für die Zulassung von Vereinbarungen, die nach Art. 81 I EG unzulässig sind, ebenfalls im Gesetz festgelegt. Deshalb ist im Legalausnahmesystem Art. 81 EG im Ganzen von den nationalen Wettbewerbsbehörden, den nationalen Gerichten sowie der Kommission unmittelbar anwendbar. Die Kernbestimmung der neuen VO Nr.1/2003 enthält Art. 1 II, wonach Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen i.S.d. Art. 81 I EG, welche die Voraussetzungen des Art. 81 III EG erfüllen, nicht verboten sind, ohne dass es einer vorherigen Entscheidung bedarf. Die unmittelbare Anwendbarkeit, die bisher nur für das Verbot in Art. 81 I EG galt, wird in Zukunft also auch auf Art. 81 III EG ausgedehnt. Damit ist eine Vereinbarung, welche die vier Voraussetzungen des Art. 81 III EG erfüllt, nicht länger von der Nichtigkeitsfolge des Art. 81 II EG erfasst. Diese Veränderung des Freistellungsverfahrens führt im Ergebnis dazu, dass Kartelle ohne vorherige behördliche Prüfung praktiziert werden können. Die Pflicht zur Anmeldung besteht damit nicht mehr. Eine Anmeldung ist aber im Legalausnahmesystem nicht nur nicht mehr nötig, sondern auch nicht mehr möglich<sup>94</sup>. Die Trennung des Verbotstatbestands vom Freistellungstatbestand fällt ja weg, womit zugleich ein gesondertes Verfahren für die Freistellung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und somit auch das Freistellungsmonopol der Kommission nach Art. 9 I VO Nr.17/62 entfällt. In Zukunft gibt es folglich kraft Gesetzes Rechtfertigungsgründe für eine Wettbewerbsbeschränkung. Die Kommission ging im Weißbuch davon aus, dass die Unternehmen im Legalausnahmesystem, wenn die Voraussetzungen des Art. 81 III EG erfüllt seien, vor den staatlichen Gerichten sofort die Durchführung ihrer Verträge ab dem Zeitpunkt des Abschlusses erwirken könnten und nicht mehr von der Freistellungsentscheidung der Kommission abhängig wären<sup>95</sup>. Die Aussage der Kommission ist aber nicht ganz richtig. Richtig ist zwar, dass im Legalausnahmesystem alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen von den Unternehmen sofort praktiziert werden können. Nicht nötig ist es allerdings, sofort vor den staatlichen Gerichten eine Befugnis zur Durchführung der Vereinbarung zu erwirken. Eine gerichtliche Überprüfung der Vereinbarung findet ja nur statt, wenn Dritte oder eines der beteiligten Unternehmen die Vereinbarung in Frage stellen. Es liegt daher in der eigenen Verantwortung der Unternehmen, ob sie eine Vereinbarung als zulässig erachten und praktizieren oder nicht. Die beteiligten Unternehmen beurteilen also ihre Vorhaben eigenverantwortlich im Wege einer Selbsteinschätzung<sup>96</sup>. Im Weißbuch hob die Kommission noch hervor, dass es in einem Legalausnahmesystem keine Vermutung für einen Verstoß gegen Art. 81 EG geben

---

<sup>94</sup> Vgl. Kamann/Bergmann, BB 2003, 1743, 1744.

<sup>95</sup> Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.78.

<sup>96</sup> Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.77; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.6.

solle<sup>97</sup>. Dies hätte bedeutet, dass derjenige, der sich auf eine zivilrechtliche Unwirksamkeit der Vereinbarung gem. Art. 81 II EG hätte berufen wollen, nicht nur den Verstoß gegen Art. 81 I EG, sondern auch das Nicht-Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 81 III EG hätte darlegen müssen<sup>98</sup>. Dies ist jetzt aber in Art. 2 im Einklang mit dem Verordnungsvorschlag der Kommission<sup>99</sup> anders geregelt. Die Beweislastregelung folgt hier nach Art. 2 Satz 2 der bisherigen EuGH-Rechtsprechung zur Beweislast bei Freistellungsanträgen<sup>100</sup>. Danach obliegt die Darlegungslast, dass die Voraussetzungen des Art. 81 III EG gegeben sind, demjenigen, der sich auf diese Bestimmung beruft. Die Beweislastregelung wird nunmehr auch auf alle nationalen Verfahren erstreckt<sup>101</sup>, in denen die Art. 81, 82 EG zur Anwendung kommen<sup>102</sup>, wobei sie lediglich als materielle Beweislastregelung zu verstehen ist und das Beweismaß sowie den Untersuchungsgrundsatz nach einzelstaatlichem Recht unberührt lässt<sup>103</sup>.

### III. Unterschiede zwischen beiden Systemen

Das Anmelde- und Genehmigungssystem geht im Unterschied zum Legalausnahmesystem nicht von einer grundsätzlichen Zulässigkeit einer Vereinbarung, Verhaltensweise oder eines Beschlusses i.S.d. Art. 81 I EG aus, welche die Kriterien des Art. 81 III EG erfüllen. Diese werden im Anmelde- und Genehmigungssystem vielmehr erst durch eine Freistellungserklärung der Kommission für zulässig erklärt, wobei nach Art. 6 I VO Nr.17/62 der Zeitpunkt der Wirksamkeit der Freistellungserklärung nach Art. 81 III EG nicht vor dem Tage der Anmeldung liegen kann, während sie im Legalausnahmesystem von vornherein wirksam sind. Der Rechtswirksamkeitszeitpunkt wird folglich im Legalausnahmesystem nach vorne verlagert. Während also ein Kartell im Anmelde- und Genehmigungssystem erst dann zulässig ist, wenn es den Stempel der Behörde bekommt, kann ein Kartell im

---

<sup>97</sup> Siehe Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.78.

<sup>98</sup> Vgl. Bartosch, EuZW 2001, 101; Mestmäcker, EuZW 1999, 523, 528; ders. EBOR 2000, 401, 410; Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, WuW 2000, 1096, 1098; a.A. Jäger, WuW 2000, 1062, 1074.

<sup>99</sup> Vgl. Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 2 (S.15 f. und 41).

<sup>100</sup> EuG, Slg. 1992, II, 1995, 2022 (Tz.69) "*Publishers Association/Kommission*"; EuGH, Slg. 1984, 19, 68 (Tz.52) "*VBVB und VBBB/Kommission*".

<sup>101</sup> Unbedenklich ist dies, soweit zivil- oder verwaltungsrechtliche Verfahren betroffen sind. Bedenklich ist aber die Erfassung von Straf- und Bußgeldverfahren. Sollte der deutsche Gesetzgeber, wie im Entwurf von Eckwerten einer 7.GWB-Novelle vorgesehen (vgl. BMWA, Entwurf von Eckwerten einer 7.GWB-Novelle, S.4), künftig auch Verstöße gegen Art. 81, 82 EG unmittelbar mit Bußgeld ahnden, so stünde Art. 2 Satz 2 im Widerspruch zur Unschuldsvermutung, die nach deutschem Rechtsverständnis auch für das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen von Rechtfertigungsgründen gilt. Vgl. hierzu etwa Göhler, OWiG, § 46 Rn.10 b; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, § 261 Rn.26 ff. Für derartige Eingriffe in einzelstaatliche Strafrechtssysteme bietet Art. 83 EG allerdings keine ausreichende Rechtsgrundlage. Vgl. hierzu auch noch ausführlich unter § 8 B I 3 (S.158 ff.).

<sup>102</sup> Vgl. Hossenfelder/Lutz, WuW 2003, 118, 119.

<sup>103</sup> Siehe VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 5 Satz 4. Vgl. im deutschen Recht §§ 57, 70 GWB.

Legalausnahmesystem, wenn es „gut“ ist, zunächst einmal leben, wobei vielleicht irgendwann einmal im Streitfall darüber entschieden wird<sup>104</sup>. Auch kommt einer Freistellungserklärung im Legalausnahmesystem lediglich deklaratorische Wirkung zu, während sie im Anmelde- und Genehmigungssystem konstitutive Wirkung besitzt. Dagegen ist die Anwendung des Art. 81 III EG im Anmelde- und Genehmigungssystem ausschließlich verwaltungsrechtlicher Natur, während Art. 81 III EG im Legalausnahmesystem auch als rechtshemmende zivilrechtliche Einwendung geltend gemacht werden kann, beispielsweise wenn Dritte auf Schadensersatz klagen.

Im Unterschied zum Anmelde- und Genehmigungssystem, wo eine ex ante-Kontrolle durch Anmeldung existiert, besteht im Legalausnahmesystem eine ex post-Kontrolle mittels Abschreckung. Insofern kann man deshalb auch von einem Übergang eines Verbotsprinzips zu einem faktischen Missbrauchsprinzip sprechen.

Schließlich sind im Legalausnahmesystem Anmeldungen im Unterschied zum Anmelde- und Genehmigungssystem grundsätzlich nicht mehr vorgesehen<sup>105</sup>. Es entscheidet deshalb auch nicht mehr eine Behörde über die Zulässigkeit einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung, sondern die Unternehmen im Wege der Selbstveranlagung.

## ***B. Wettbewerbspolitische Beurteilung***

Bei der Reform und dem ihr zugrunde liegenden Systemwechsel ging es der Kommission ja v.a. darum, ihre Arbeitsbelastung zu verringern, so dass sie in Zukunft ihrer Ressourcen auf die Bekämpfung der gefährlichen Hardcore-Kartelle konzentrieren kann. Information, Kohärenz und Rechtssicherheit sollten im neuen System sichergestellt sein. Daneben sollte die Abschreckungswirkung erhöht werden und die Unternehmen von der Last der Anmeldung, also von den bürokratischen Hindernissen befreit werden, was für diese letztlich zu einer Kostensenkung führen sollte<sup>106</sup>. Die Kommission geht folglich davon aus, dass das neue Legalausnahmesystem und der damit verbundene Übergang einer ex ante-Kontrolle zu einer ex post-Kontrolle, wie sie im US-amerikanischen Antitrustrecht existiert, aus wettbewerbspolitischer Sicht effizienter ist als das bisherige Anmeldesystem. Ob die Reform aber wirklich auch zu einer Verbesserung des Wettbe-

---

<sup>104</sup> So auch schon Deringer im Jahre 1961. Vgl. Europäisches Parlament, Ausführliche Sitzungsberichte 1961-1962, Sitzung am Donnerstag, 19. Oktober 1961, S.201.

<sup>105</sup> Zur Ausnahme der Beratungsschreiben siehe § 5 B III 4 (S.95 ff.). Vgl. auch Europäische Kommission, Beratungsschreiben.

<sup>106</sup> Vgl. VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 3; Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.69 ff.



werbsschutzes führt, wie es die Kommission und die Reformbefürworter immer wieder anpreisen, ist bei näherer Betrachtung äußerst fraglich und soll nun näher untersucht werden.

## **I. Erfahrungen mit dem System der Legalausnahme und einer damit verbundenen ex post-Kontrolle**

### 1. Historische Erfahrungen

#### a) Das „Sächsische Holzstoffkartell“

Das Reichsgericht befasste sich in der Sache *„Sächsisches Holzstoffkartell“*<sup>107</sup> mit der Frage, ob Kartelle wegen Verstoßes gegen die Gewerbefreiheit nach § 1 GWo 1869 unwirksam sind. Es verneinte hier eine privatrechtliche Wirkung der Gewerbefreiheit mit einer Einschränkung für Extremfälle. Damit wurde durch diese und auch schon eine vorhergehende<sup>108</sup> Entscheidung eine grundsätzliche Kartellzulässigkeit mit einem Legalverbot in Ausnahmefällen verwirklicht, auf der auch später noch vom RG und anderen deutschen Gerichten beharrt wurde<sup>109</sup>. Das RG hielt ein Kartell nur ausnahmsweise für unzulässig, wenn es ersichtlich auf die Herbeiführung eines tatsächlichen Monopols und die wucherische Ausbeutung der Konsumenten abgesehen ist, oder diese Folgen durch die getroffenen Vereinbarungen und Einrichtungen herbeigeführt werden<sup>110</sup>. Dieses Legalverbot wurde aber praktisch nie relevant. Die Folge war, das Deutschland zum „Land der Kartelle“ wurde<sup>111</sup>. Im Jahre 1911 wurde die Zahl der Kartelle in Deutschland beispielsweise auf 550-600, 1923 sogar auf rund 1500 Kartelle geschätzt<sup>112</sup>. Die wirkliche Zahl der Kartelle dürfte in Wirklichkeit noch weit über diesen Schätzungen gelegen haben.

---

<sup>107</sup> Siehe RGZ 38, 155. Im zugrunde liegenden Sachverhalt gründeten im Jahre 1893 mehrere sächsische Holzstoffhersteller den „Sächsischen Holzstoff-Fabrikanten-Verband“ zu dem Zwecke, „in Zukunft einen verderblichen Wettbewerb der Fabrikanten untereinander zu verhindern und für ihr Fabrikat einen angemessenen Preis zu erzielen“. Die Beteiligten verpflichteten sich zur Erreichung dieses Zwecks, ihr Fabrikat ausschließlich über eine gemeinsame Verkaufsstelle zu vertreiben, ansonsten müssten sie eine festgelegte Vertragsstrafe zahlen. Eines der beteiligten Mitglieder hatte aber mehrmals nicht über die gemeinsame Verkaufsstelle, sondern direkt an Abnehmer verkauft. Der Verband klagte deshalb auf Bezahlung der verwirkten Vertragsstrafe.

<sup>108</sup> RGZ 28, 238. Hier handelte es sich um Rabattkartell-Beschlüsse des Börsenvereins der deutschen Buchhändler. Das RG verneinte auch hier die Beeinträchtigung der Gewerbefreiheit. Siehe insbesondere RGZ 28, 238, 243 f.

<sup>109</sup> Vgl. Böhm, ORDO 1948, 197, 198.

<sup>110</sup> RGZ 38, 155, 158.

<sup>111</sup> Vgl. etwa Möschel, Wirtschaftsdienst 1999, 504, 506; *ders.*, 70 Jahre deutsche Kartellpolitik, S.3; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.23.

<sup>112</sup> Vgl. Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S.163.

### b) Die Theorie von den „bonnes et mauvaises ententes“ in Frankreich

Auch in Frankreich hatte man Erfahrungen mit dem Legalausnahmesystem gesammelt. Dabei stellte sich die Ausgangslage wie folgt dar: Seit dem Jahre 1810 waren wirtschaftliche Absprachen, die darauf abzielten, Waren oder Lebensmittel nicht oder nur zu einem bestimmten Preis zu verkaufen, nach Art. 419 Code Pénal verboten. Entsprechende Vereinbarungen konnten wegen ihrer „cause illicite“ (Art. 1133 Code Civil) nichtig sein. Zivilrechtliche Schadensersatzklagen Dritter aus der Generalklausel des Art. 1382/1383 Code Civil waren möglich. Die Rechtsprechung wurde aber, nachdem sie in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts sehr streng gewesen war, in der zweiten Hälfte und in der Folgezeit sehr viel differenzierter<sup>113</sup>. Die ersten Urteile betrafen Sachverhalte, wonach durch ein Absinken der Preise unter die Herstellungskosten die Existenz der Unternehmen gefährdet gewesen wäre. Kartelle wurden hier nicht mehr per se verboten, sondern vielmehr gefördert, wenn sie die Entwicklung der Wirtschaft und die Industrialisierung Frankreichs erleichterten. Man differenzierte nun zwischen „guten“ und „schlechten“ Kartellen („*bonnes et mauvaises ententes*“). Gute Kartelle, die nicht gegen Art. 419 Code Pénal verstießen, waren solche, deren Ziel sich darauf beschränkte, einen Preisverfall durch Abmilderung der Härten und Auswüchse des örtlichen Wettbewerbs zu verhindern oder die im allgemeinen Interesse der Produktion eines bedeutenden Industriezweiges geboten erschienen<sup>114</sup>. Schlechte Kartelle, die z.B. als einziges Ziel die Festlegung einer künstlichen Preiserhöhung anstrebten, waren rar und so kam es nur noch ausnahmsweise zu einem Kartellverbot. Wie in Deutschland begann deshalb auch in Frankreich um 1900 die große Zeit der Kartelle<sup>115</sup>.

Im Gegensatz zu Deutschland prägt die Theorie der „*bonnes et mauvaises ententes*“ aber auch heute noch die Gesetzgebung und Doktrin in Frankreich. So begründet Art. L 420-4 Abs. I Code de Commerce weiterhin eine Legalausnahme: Die in Art. L 410-1 Code de Commerce und Art. L 420-2 Code de Commerce aufgeführten Verbote von Wettbewerbsbeschränkungen sind nämlich unter den Voraussetzungen des Art. L 420-4 Abs. I Code de Commerce nicht anwendbar, ohne dass es hierzu einer vorherigen Entscheidung bedarf<sup>116</sup>. Auch in der neuen Wettbewerbsverordnung in Frankreich, die Teil des Code de Commerce ist, ist somit keine vorherige Anmeldung von Kartel-

---

<sup>113</sup> Vgl. hierzu Möschel, 70 Jahre deutsche Kartellpolitik, S.18; ders. Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rn.36 f.; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.23.

<sup>114</sup> Vgl. Boulanger, Die EG-Wettbewerbsregeln vor nationalen Gerichten IV (Frankreich), S.40 f.

<sup>115</sup> Unterstützt wurde die Entwicklung des Kartellwesens auch noch durch die Schutzzollpolitik, die Auslandskonkurrenz vermied. Vgl. Boulanger, Die EG-Wettbewerbsregeln vor nationalen Gerichten IV (Frankreich), S.41; Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, § 5 Rn.10.

<sup>116</sup> Art. L 420-4 CC lautet: Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques.

len beim Wettbewerbsrat zur Entscheidung über ihre Freistellung vorgesehen<sup>117</sup>. Ein Legalausnahmesystem existiert in Frankreich deshalb de facto schon seit Beginn des 19. Jahrhunderts<sup>118</sup>.

## 2. Rechtsvergleichende Erfahrungen

### a) Das Konzept der „Möglichen Wettbewerbsbeschränkung“ in der Schweiz und das Kartellrecht in Österreich

Die Schweiz kannte seit 1962 das Konzept der „Möglichen Wettbewerbsbeschränkung“, wonach allen Wirtschaftenden die Möglichkeit gegeben werden musste, zueinander in Wettbewerb treten zu können. Umgekehrt sollten Wirtschaftende aber nicht zum Wettbewerb gezwungen werden können. Diese Auffassung ist zurückzuführen auf die schweizerische Verfassung, wonach nur ein Vorgehen gegen volkswirtschaftlich und sozial schädliche Kartelle postuliert wird<sup>119</sup>. Dementsprechend wurde auch die schweizerische Gesetzgebung als Missbrauchsgesetzgebung konzipiert. Sie blieb allerdings wirkungslos. Erst das Kartellgesetz von 1995 war Ausdruck eines bemerkenswerten Paradigmenwechsels<sup>120</sup>. Es wurde nun differenziert zwischen Wettbewerbsbeschränkungen, die nach Art. 5 II Kartellgesetz (KG) als effizienzsteigernd angesehen werden und damit rechtlich zulässig sind und solchen, die unzulässig sind nach Art. 5 I KG, wobei Art. 5 III KG einen Vermutungstatbestand der Unzulässigkeit für besonders gravierende Wettbewerbsbeschränkungen darstellt. Für Preis-, Gebiets- und Mengenkartelle besteht eine dahingehende Vermutung. Hierbei gilt allerdings kein per se-Verbot. Es ist vielmehr auch der Beweis des Gegenteils möglich<sup>121</sup>. Allerdings durften bislang für Verstöße gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen keine Bußen verhängt werden, solange die Verstöße nicht in einer Verfügung der Wettbewerbskommission zuerst festgestellt wurden und sodann gegen diese Verfügung verstoßen wurde<sup>122</sup>. Da ein solch qualifiziertes Missbrauchssystem an der grundsätzlich industriefreundlichen und wettbewerbsfeindlichen Grundeinstellung des bisherigen schweizerischen Kartellgesetzes nichts zu ändern vermochte<sup>123</sup>, wurde das Schweizer Kartellgesetz erneut revidiert, so dass mittlerweile am 1. April 2004 ein neues

---

<sup>117</sup> Siehe hierzu etwa Boulanger, Die EG-Wettbewerbsregeln vor nationalen Gerichten IV (Frankreich), S.204; Hertslet in: FK, Band I, Ausland Frankreich, Rn.69 ff.; Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S.197 und 201.

<sup>118</sup> Siehe etwa Möschel, JZ 2000, 61, 63.

<sup>119</sup> Vgl. Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S.216.

<sup>120</sup> Vgl. Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S.215.

<sup>121</sup> Vgl. Reich/Reinert in: FK, Band I, Ausland Schweiz, Rn.32 ff.; Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S.217.

<sup>122</sup> Möschel, Wirtschaftsdienst 1999, 504, 507; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.25; Reich/Reinert in: FK, Band I, Ausland Schweiz, Rn.89.

<sup>123</sup> Vgl. auch Möschel, der hierin gerade unter dem Aspekt wettbewerbspolitischer Effizienz sogar eine „legislative Lachnummer“ gesehen hat (Möschel, JZ 2000, 61, 63).

Schweizer Kartellgesetz in Kraft trat. Unter dem revidierten Recht kann die Wettbewerbskommission nun bereits bei erstmaligen Verstößen gegen das Kartellgesetz Sanktionen verhängen. Die Änderungen sollen zum einen den Bestimmungen des Kartellgesetzes mehr Beachtung verschaffen und zum anderen der Tätigkeit der Wettbewerbskommission im Dienste des freien Wettbewerbs mehr "Biss" verleihen.

In Österreich gilt das Verbotprinzip mit gerichtlichem Erlaubnisvorbehalt nur für Absichtskartelle<sup>124</sup> und Empfehlungskartelle<sup>125</sup>. Wirkungskartelle<sup>126</sup>, sowie Bagatellkartelle i.S.d. § 16 KartG dürfen hingegen ohne vorangegangene Genehmigung so lange durchgeführt werden, bis das Kartellgericht entweder aufgrund eines Antrags gem. § 18 III KartG feststellt, dass ein solches Kartell vorliegt<sup>127</sup> oder ein solches Kartell nach § 25 I KartG ausdrücklich untersagt. Dies entspricht einem Missbrauchsprinzip.

Sowohl für die Schweiz wie auch für Österreich müssen jedoch bei einem Vergleich mit dem auf EU-Ebene geplanten Legalausnahmesystem und der damit verbundenen ex post-Kontrolle die spezifischen Rahmenbedingungen der beiden Länder mitberücksichtigt werden: Zu nennen ist hier etwa die Eingliederung der beiden kleineren Länder in die internationale Arbeitsteilung v.a. im Rahmen der WTO, was nachhaltig die Fähigkeit der Unternehmen mindert, wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen einzugehen<sup>128</sup>. Zudem ist jedenfalls für Österreich weiter auf korporatistische Entscheidungsstrukturen zu verweisen, welche die Wirkungskraft eines Kartellgesetzes sowohl abschwächen wie auch stärken können. Aus diesen Gründen kommt den Kartellgesetzen dieser beiden Länder auch nur geringe Modellfunktion für das Legalausnahmesystem auf europäischer Ebene zu<sup>129</sup>.

---

<sup>124</sup> Dabei handelt es sich um Vereinbarungen oder Verhaltensweisen von Unternehmen, bei denen eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirkt werden soll, §§ 10 I, 11 I KartG.

<sup>125</sup> Empfehlungskartelle sind Empfehlungen zur Einhaltung bestimmter Preise, Preisgrenzen, Kalkulationsrichtlinien, Handelsspannen oder Rabatte, durch die eine Beschränkung des Wettbewerbs erreicht werden soll oder erreicht wird. Ausgenommen sind Empfehlungen, in denen ausdrücklich auf ihre Unverbindlichkeit hingewiesen wird und zu deren Durchsetzung wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Druck weder ausgeübt werden soll noch ausgeübt wird. Vgl. § 12 KartG.

<sup>126</sup> Bei Wirkungskartellen ist die Wettbewerbsbeschränkung unbeabsichtigte Nebenwirkung einer anders motivierten Vereinbarung, §§ 10 I, 11 I KartG.

<sup>127</sup> In diesem Fall muss innerhalb von sechs Monaten nach dem Zeitpunkt der Rechtskraft des Feststellungsbeschlusses die Genehmigung des Kartells beantragt werden, § 18 III KartG.

<sup>128</sup> Siehe auch Möschel, Wirtschaftsdienst 1999, 504, 507.

<sup>129</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.25.

## b) Das US-amerikanische Antitrustrecht

Das neue System unter der VO Nr.1/2003, das eine ex post-Kontrolle vorsieht, erinnert stark an das amerikanische System. So heißt es auch im Weißbuch der Kommission<sup>130</sup>: „Andere Rechtsordnungen, die wie das Gemeinschaftsrecht auf dem Grundsatz des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen beruhen, funktionieren ohne ein Anmelde- und Genehmigungssystem.“ Mit „andere Rechtsordnungen“ ist dabei wohl hauptsächlich das US-amerikanische Antitrustrecht gemeint<sup>131</sup>. US-amerikanische Erfahrungen belegen, dass ein solches System, das primär auf Abschreckung ausgerichtet ist, durchaus wettbewerbspolitisch effizient sein kann.

Zunächst einmal stellt sich aber die Frage, inwieweit das europäische Wettbewerbsrecht überhaupt mit dem US-amerikanischen Antitrustrecht verglichen werden kann. Wie Art. 81 I EG enthält auch Sec. 1 Sherman Act aus dem Jahre 1890 ein grundsätzliches Verbot horizontaler und vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen, sofern der US-amerikanische Handel betroffen ist. Der Federal Supreme Court hat dabei im Jahre 1911 in der berühmten Entscheidung *Standard Oil Company of New Jersey v. United States*<sup>132</sup> die „rule of reason“ zur allgemeinen Auslegungsregel des Sherman Act erklärt. Zu *Standard Oil* gehörten siebenunddreißig Ölhersteller, die eine einzige Holding betrieben. Die Beklagten verhielten sich dabei in monopolistischer Art und Weise, um Konkurrenten auszuschalten. Das Gericht befand, dass das Verhalten von einigen Ölherstellern Sec. 1 Sherman Act verletze, da es sich um Preisabsprachen handle und fügte zugleich hinzu, dass solche „nackten Beschränkungen“ (naked restraints) von vornherein den Anschein der Ungesetzlichkeit erwecken, aber dass einige direkte Beschränkungen auch gesetzlich sein können, wenn sie angemessen sind. Um die Angemessenheit zu bestimmen, muss das Gericht die eigentlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb untersuchen, also Zweck und Auswirkung einer Vereinbarung sorgfältig gegeneinander abwägen<sup>133</sup>. Um zu sagen, ob eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder nicht, muss man deshalb die Frage stellen, ob die auferlegte Beschränkung nur regulierenden Charakter hat und vielleicht so den Wettbewerb fördert oder ob sie den Wettbewerb hemmt oder sogar zerstört. Um dies zu beantworten muss das Gericht in der Regel folgendes berücksichtigen: die typischen Fakten, auf die sich die Beschränkung auswirkt, die Bedingungen vor und nach Einführung der Beschränkung, die Art der Beschränkung und ihre tatsächlichen wie auch möglichen Auswirkungen<sup>134</sup>. Das bedeutet also, dass, sofern eine Koordination wettbewerblichen Verhaltens unter Konkurrenten keine nackte Be-

---

<sup>130</sup> Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.48.

<sup>131</sup> So auch Paulweber, *World Competition* 2000 (3), 3, 5.

<sup>132</sup> *Standard Oil Company of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1910).

<sup>133</sup> Vgl. Blechmann/Bernstein in: FK, Band I, Ausland USA, Rn.30; Toepke, *WuW* 1990, 563, 565.

<sup>134</sup> Vgl. *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918).

schränkung ist, die einem per se-Verbot unterliegt, die Verhaltensweise nach der rule of reason zu beurteilen ist. Die Arten von Wettbewerbsbeschränkungen, die per se als unvernünftig und deshalb als verboten angesehen werden – ohne dass es einer näheren Nachprüfung wie bei der rule of reason bedarf<sup>135</sup> – sind v.a. die Hardcore-Kartelle wie Preisabsprachen, Absprachen zur Aufteilung von Märkten und Kollektivboykotte<sup>136</sup>. Diese Systematik erinnert stark an Art. 81 EG. Das US-amerikanische Antitrustrecht weist aber mit seiner Trennung von per se-Sachverhalten einerseits und rule of reason-Sachverhalten andererseits einen anderen Charakter auf als das in der EU künftig geltende Legalausnahmesystem, wonach zunächst nach Art. 81 I EG verbotene Vereinbarungen zulässig sein können, wenn sie die Voraussetzungen des Art. 81 III EG erfüllen<sup>137</sup>. Im US-amerikanischen Antitrustrecht stellt sich nämlich vielmehr eine „question of facts“ dahin, ob eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder nicht<sup>138</sup>. Das US-amerikanische Antitrustrecht kennt deshalb ein solches System der Zulassung von an sich gegebenen Wettbewerbsbeschränkungen nicht, sondern löst das Problem von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen einerseits und erlaubten Unternehmensvereinbarungen andererseits auf Ebene des Tatbestandes. Hier wird differenziert zwischen rule of reason-Sachverhalten, die einer eingehenderen Überprüfung bedürfen, ob tatsächlich eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt und Sachverhalten, die dem per se-Verbot unterliegen und nicht eingehend überprüft werden<sup>139</sup>. Das US-amerikanische Antitrustrecht sieht sogar in den Fällen ein Anmeldesystem vor, in denen ausnahmsweise festgestellte Wettbewerbsbeschränkungen zugelassen werden sollen. Dies gilt für den Webb-Pommerance Act von 1918 im Hinblick auf reine Exportkartelle, den etwas weitgehenderen Export Trading Company Act von 1982, den National Cooperation Research Act von 1984, sowie die später darin integrierten National Cooperative Production Amendments von 1993. Die gewährte Freistellung kann dabei aber nicht in Rechte Dritter eingreifen. Als Ergebnis kann man deshalb festhalten, dass das US-amerikanische Antitrustrecht zwar in gewisser Weise dem neu eingeführten europäischen Legalausnahmesystem und dem zugrunde liegenden Art. 81 EG ähnelt, aber dennoch nicht ganz identisch ist. Ein Vergleich bietet sich daher nur bedingt an.

Die amerikanische Praxis ist aber wie künftig auch das europäische Wettbewerbsrecht durch eine ex post-Kontrolle gekennzeichnet und hat enorm abschreckende Wirkung v.a. im Sektor der effektiv

---

<sup>135</sup> Siehe Möschel, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Rn.48; Schmidt, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, S.252. Die klassische Definition des per se-Verbots findet sich in der Entscheidung des Supreme Court im Fall *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958).

<sup>136</sup> Vgl. hierzu Blechmann/Bernstein in: FK, Band I, *Ausland USA*, Rn.31 ff.

<sup>137</sup> So auch Eilmansberger, *Reform des Vollzugs von Art. 81 EG-V und Rule of Reason*, 317, 331; Möschel, *ORDO* 2001, 63, 70.

<sup>138</sup> Siehe Möschel, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Rn.48.

<sup>139</sup> Vgl. *Monopolkommission, Sondergutachten 28*, Rn.27.

bekämpften per se-Verstöße<sup>140</sup>. Dabei werden rule of reason-Sachverhalte freilich in der Praxis sowohl seitens der Antitrustbehörden wie auch seitens Privater nur noch selten aufgegriffen und verfolgt. Eine Verfolgung von rule of reason-Sachverhalten ist nämlich im Aufwand zu kostenträchtig und weist nur geringe Erfolgschancen auf<sup>141</sup>. Im Gegenzug werden per se-Verstöße umso effektiver bekämpft, wobei einen wesentlichen Anteil hieran die Rechtsverfolgung durch Private hat, die etwa 80% der Verfahren anstrengen<sup>142</sup>. Dabei berücksichtigen die amerikanischen Antitrustbehörden bei ihrer Entscheidung, ob sie ein Verfahren einleiten oder nicht, i.d.R. die Wahrscheinlichkeit und Erfolgsaussichten von privaten Klagen, so dass sie sich auf die Verfolgung bestimmter ausgewählter Unternehmenspraktiken beschränken können, womit gleichzeitig ein Maximum an Effizienz gewährleistet wird<sup>143</sup>. Unabhängige private Klagen, also solche, die nicht lediglich „follow-on“ cases nach Entscheidungen der US-amerikanischen Antitrustbehörden sind, konzentrieren sich allerdings auf Unternehmensverhalten, das im Markt leicht sichtbar ist und ein klar identifizierbares Opfer aufweist, was v.a. für vertikale Bindungen gilt und bei den Hardcore-Kartellen auf horizontaler Ebene eher seltener der Fall ist<sup>144</sup>. Die Bekämpfung der Hardcore-Kartelle bleibt deshalb größtenteils den US-amerikanischen Antitrustbehörden vorbehalten.

Bei einem Vergleich mit dem US-amerikanischen System ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass in den USA sowohl die tatsächlichen wie rechtlichen Verhältnisse von denen innerhalb des Gemeinsamen Marktes in Europa teilweise erheblich abweichen. So hängt die Tatsache, dass die Rechtsverfolgung durch Private einen Anteil von etwa 80% hat damit zusammen, dass es in den USA anders als in der EU besonders abschreckende und klägerfreundliche Sanktionen gibt: So gibt Sec. 4/4a Clayton Act Privatpersonen sowie der Regierung das Recht<sup>145</sup>, in einem zivilen Schadensersatzprozess dreifachen Schadensersatz („treble damage suits“), sowie die Kosten der Klage und die Honorare der Rechtsanwälte zu verlangen, wenn sie unmittelbar durch eine Verletzung von Antitrustgesetzen des Beklagten in ihren Rechten geschädigt sind. Wenn die Verletzung der Rechte des Klägers und die Verursachung durch den Beklagten einmal festgestellt wurde, wird der Beklagte auch in aller Regel zur Zahlung des dreifachen Schadensersatzes, der Kosten der Klage, sowie der Honorare der Rechtsanwälte verurteilt<sup>146</sup>. Daneben können auch die directors der Unternehmung, die an der

---

<sup>140</sup> Siehe Möschel, Wirtschaftsdienst 1999, 504, 507; *ders.*, ORDO 2001, 63, 70.

<sup>141</sup> Vgl. Möschel, Wirtschaftsdienst 1999, 504, 507; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.26.

<sup>142</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.36.

<sup>143</sup> Vgl. Paulweber, World Competition 2000 (3), 3, 29.

<sup>144</sup> Siehe Möschel, ORDO 2001, 63, 67 und 71; Paulweber, World Competition 2000 (3), 3, 24.

<sup>145</sup> Unter der Clinton Verwaltung wurden insbesondere internationale Kartelle verfolgt, wobei die USA allein in den Jahren 1997 und 1998 fast eine halbe Mrd. US-\$ an Geldstrafen auferlegt haben. Vgl. hierzu Blechmann/Bernstein in: FK, Band I, Ausland USA, Rn.19.

<sup>146</sup> Vgl. Paulweber, World Competition 2000 (3), 3, 23.

Kartellabsprache beteiligt sind, in den USA von den Shareholdern wegen Verletzung ihrer Treuepflicht verklagt werden, da sie der Unternehmung Schaden zugefügt haben. Anders als beispielsweise in Deutschland lassen sich diese Ansprüche auch tatsächlich durchsetzen<sup>147</sup>. Zudem sind Verstöße gegen Sec. 1 Sherman Act kriminalisiert: So können derzeit im Strafverfahren Geldstrafen bis zu 350.000 US-\$ bei Einzelpersonen und 10 Millionen US-\$ bei Unternehmen und/oder Haftstrafen bis zu drei Jahren verhängt werden. In den Jahren zwischen 1991 und 2002 etwa wurden jährlich zwischen 23-78 Strafverfahren wegen eines Verstoßes gegen Sec. 1 Sherman Act eingereicht, wobei es in den meisten Fällen auch zu einer Verurteilung kam<sup>148</sup>. In den Jahren zwischen 1990 und 1999 betrug die durchschnittliche Geldbuße, die gegen Einzelpersonen verhängt wurde, fast 90.000 US-\$. In der gleichen Zeit wurden 132 Einzelpersonen zu einer Gefängnisstrafe von durchschnittlich beinahe 9 Monaten verurteilt<sup>149</sup>. So mussten beispielsweise im Jahre 1998 gleich drei Vorstände der Archer Daniels Midland Co. eine Gefängnisstrafe absitzen<sup>150</sup>. Im Jahre 1999 wurde sogar zum ersten Mal ein ausländischer Direktor von Hoffman-LaRoche aus der Schweiz für einen Verstoß gegen Sec. 1 Sherman Act zu einer 4-monatigen Gefängnisstrafe verurteilt, die er dann auch antrat<sup>151</sup>. Diese enorm abschreckende Wirkung kann freilich auch zu einer Wettbewerbsbremse führen, nämlich dann, wenn die Unternehmer ihre Geschäfte nicht mehr aggressiv (wenn auch gleichzeitig noch im legalen Bereich) durchführen, etwa weil sie sich von einer möglichen Strafe zu sehr einschüchtern lassen. Aus diesem Grund werden von der zuständigen Antitrustbehörde des Department of Justice (DoJ) in der Regel nur per se-Verstöße strafrechtlich verfolgt<sup>152</sup>. Wollte man etwa Haftstrafen auch ins europäische Recht einführen, so setzt dies allerdings eine Änderung der Rechtsgrundlagen voraus, da eine solche jedenfalls bislang fehlt. Gleiches gilt für eine Einführung von „punitive damages“, welche den tatsächlich entstandenen Schaden um ein Mehrfaches übersteigen können. Amerikanische Urteile, welche solche „punitive damages“ enthalten, werden auch bislang in Europa in der Regel nicht anerkannt, da sie gegen den *ordre public* verstoßen<sup>153</sup>. Das US-amerikanische System weist daneben aber auch andere Nachteile auf, die man bei der Beurteilung desselben nicht vernachlässigen sollte: Einen Anreiz zu Klagen durch Private bieten nämlich v.a. auch weitreichende Beweiserleichterungen durch das sog. „pre-trial discovery“-Verfahren und Erfolgshonorare für Anwälte. Dem Kläger entstehen so im Extremfall, also wenn er den Prozess verliert, kaum Kosten, da der

---

<sup>147</sup> Siehe Möschel, JZ 2000, 61, 66; Paulweber, *World Competition* 2000 (3), 3, 25.

<sup>148</sup> US Department of Justice, Antitrust Division, *Workload Statistics FY 1991-2002*, S.7.

<sup>149</sup> Vgl. Wils (2001), S.5.

<sup>150</sup> Siehe hierzu Klein, *International Antitrust Law and Policy* 1999, 13, 16.

<sup>151</sup> Vgl. Taladay, *Antitrust Report* July 1999, 52, 64.

<sup>152</sup> Vgl. Paulweber, *World Competition* 2000 (3), 3, 44 (Fußnote 182).

<sup>153</sup> Vgl. auch BGHZ 118, 312 zum deutschen *ordre public* im Sinne von § 328 I Nr.4 ZPO.



Anwalt nach seinen Opportunitätskosten kalkuliert. Dies gilt jedoch in Europa weitgehend als sittenwidrig. So wird ein Anwalt etwa in Deutschland als „Organ der Rechtspflege“ betrachtet und nicht als gewinnmaximierender Unternehmer. Daneben darf auch die Gefahr von missbräuchlich erhobenen Klagen nicht unterschätzt werden. So sind insbesondere weniger finanzstarke Unternehmen als Beklagte benachteiligt, da sie es sich kaum leisten können, ein zeit- und v.a. kostenträchtiges Verfahren einzugehen. Sie bleiben nach amerikanischem Recht nämlich in den allermeisten Fällen auf ihren beträchtlichen Anwaltskosten sitzen, selbst dann, wenn sie erfolglos verklagt wurden. Die Folge ist, dass die Vergleichsbereitschaft in den USA hoch ist. Unternehmen, insbesondere finanzschwache Unternehmen, sind deshalb in den USA leicht erpressbar, so dass der Wettbewerb hierdurch letztlich eher beschränkt als gefördert wird. Zivilklagen lassen sich in den USA also auch als ein Instrument der Einschüchterung und der Wettbewerbsbeschränkung einsetzen<sup>154</sup>. Deshalb gilt gerade für US-amerikanische Verhältnisse das Wort: Im board einer corporation sitzt immer der Geist des Senators Sherman mit am Tisch. Es bleibt zu überlegen, ob man diese rechtlichen Verhältnisse auch in Europa haben will.

Neben den rechtlichen Verhältnissen unterscheiden sich aber auch die tatsächlichen Verhältnisse in den USA von denen in Europa. So ist das in den USA am meisten vertretene wettbewerbspolitische Leitbild das der Chicago School, welches während der 80er Jahre unter Präsident Reagan sogar zum Leitbild der US-amerikanischen Antitrustpolitik geworden ist und auch heute noch eine gewichtige Rolle in der US-amerikanischen Antitrustpolitik spielt. Dabei versteht die Chicago School das Marktgeschehen als ein freies Spiel der Kräfte ohne staatliche Eingriffe, in welchem die Gesündesten und Besten überleben („survival of the fittest“). Man vertraut dabei auf die Selbstheilungskräfte des Marktes, wobei der Staat sich auf die Setzung weniger Rahmenbedingungen beschränken soll. Die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen sind daher in den USA insgesamt offener und Marktregulierung ist weniger verbreitet, was insbesondere die Fähigkeit zu dauerhafter Kartellbildung verringert. Anders ist dies in den Mitgliedstaaten der EU, wo durch vielfältige personelle und finanzielle Verflechtungen zwischen den Unternehmen einerseits und den Banken und den Unternehmen andererseits die Fähigkeit zur Kartellbildung sogar noch gefördert wird<sup>155</sup>. Hier herrscht gegenüber Kartellbehörden ein einheitlicher, auf Abwehr gerichteter „Korpsgeist“<sup>156</sup>, der jedoch zu bröckeln beginnt. Den Unternehmen mangelt es deshalb hierzulande auch vermehrt an einem „spirit of competition“. Bevor Kartellbehörden eingeschaltet werden, versucht man lieber ein Arrangement zu treffen.

---

<sup>154</sup> Vgl. Möschel, JZ 2000, 61, 66.

<sup>155</sup> Vgl. etwa in Deutschland die „Deutschland AG“. Siehe hierzu Adams, AG 1994, 148, 150.

<sup>156</sup> Siehe Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.40.

Dem entspricht es, dass privatrechtliche Schadensersatzklagen von Unternehmen praktisch nicht vorkommen, weshalb für die Durchsetzung des europäischen Kartellrechts besser spezifische Behörden verantwortlich sein sollten<sup>157</sup>. Es bleibt daher auch höchst spekulativ, ob sich das Verhalten der Unternehmen in der EU ändern wird, wenn man die rechtlichen Voraussetzungen ändert und an die in den USA anpasst. Der Bankeneinfluss in den USA ist dagegen deutlich geringer, da sich die Unternehmen dort weniger durch Bankkredite, sondern überwiegend über die Börse finanzieren. Auch ist die Akzeptanz wettbewerbspolitischer Vorstellungen in den USA v.a. bei den staatlichen Stellen weitaus stärker vorhanden. Das Ziel der Antitrustpolitik besteht nach der Auffassung der Chicago School nämlich allein in der Maximierung der Konsumentenwohlfahrt. Deshalb müsse die Aufgabe der Wettbewerbspolitik auch alleine in der Aufrechterhaltung von Marktmechanismen bestehen, die ein Maximum an Konsumentenwohlfahrt i.S. einer optimalen Allokation der volkswirtschaftlichen Ressourcen gewährleisten. Für die US-amerikanischen Antitrustbehörden sind daher nur zwei Effizienzkriterien für die Beurteilung von Wettbewerbspraktiken ausschlaggebend, nämlich die allokative Effizienz i.S. einer volkswirtschaftlich optimalen Allokation der Ressourcen und die produktive Effizienz i.S. einer effizienten Ressourcenverwendung in den einzelnen Unternehmen, z.B. durch Ausnutzung von Economies of Scale. Die Steigerung der betrieblichen Effizienz wird damit zum ausschließlichen Ziel der Antitrustpolitik. Andere Wettbewerbsfunktionen, wie z.B. leistungsgerechte Einkommensverteilung oder technischer Fortschritt werden aus der Analyse ausgeklammert oder erst gar nicht berücksichtigt. Anders sieht dies in den Mitgliedstaaten der EU aus, wo Kooperationen zwischen Wirtschaft und Staat sehr viel ausgeprägter sind. So missachten v.a. die Regierungen den Wettbewerbsgedanken je nach Opportunität. Die Subventionspolitik und Protektionismen nach Art der europäischen Entsenderichtlinie und des deutschen Entsendegesetzes sind nur einige Beispiele<sup>158</sup>. Die forschungs- und industriepolitischen Aktivitäten sind deshalb in den Mitgliedstaaten der EU sehr viel ausgeprägter und werden oft auch von der Gemeinschaftsebene her unterstützt<sup>159</sup>.

Es zeigt sich also, dass das US-amerikanische Antitrustrecht jedenfalls derzeit nicht als Vorlage für das europäische Wettbewerbsrecht dienen kann. Die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse sind von denen in der EU auch noch weit entfernt. Zudem bleibt zu überdenken, ob man US-amerikanische Rechtsverhältnisse auch in der EU haben will.

---

<sup>157</sup> Vgl. Möschel Wirtschaftsdienst 1999, 504, 508.

<sup>158</sup> Siehe Möschel, JZ 2000, 61, 64.

<sup>159</sup> Vgl. Möschel, Wirtschaftsdienst 1999, 504, 510; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.37.

### 3. Erfahrungen auf EG-Ebene

Erfahrungen mit einer „Art“ Legalausnahmesystem auf EG-Ebene konnte man bislang durch die Gruppenfreistellungsverordnungen sammeln. Wenn also die Kommission in ihrem Weißbuch vom Übergang zu einem System der Legalausnahmen spricht<sup>160</sup>, ist das zumindest missverständlich, denn gesetzliche Ausnahmen vom Kartellverbot gibt es bislang auch auf EG-Ebene de facto schon, nur eben auf sekundärrechtlicher Grundlage<sup>161</sup>. Gruppenfreistellungsverordnungen werden ja – wie der Name schon sagt – durch Verordnung erlassen und sind deshalb generelle Rechtsnormen, die nach Art. 249 II EG in allen ihren Teilen verbindlich sind und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten. Die Anwendung des Art. 81 III EG auf Gruppen von Vereinbarungen ist deshalb Normsetzung und läuft auf die Erteilung einer allgemeinen Befreiung vom Kartellverbot des Art. 81 I EG hinaus<sup>162</sup>, womit Gruppenfreistellungsverordnungen in ihren Wirkungen einer Legalausnahme zumindest nahe kommen. Vereinbarungen, welche von einer Gruppenfreistellung erfasst werden, sind deshalb ohne Weiteres vom Verbot des Art. 81 I EG freigestellt und somit zivilrechtlich sofort wirksam. Weder ist eine Anmeldung der Vereinbarung bei der Kommission nötig, noch irgendeine weitere Legalisierung nach nationalem Recht. Sogar wenn im Einzelfall die Voraussetzungen des Art. 81 III EG nicht vorliegen, können sich die Unternehmen bei Vorliegen der Voraussetzungen der jeweiligen Gruppenfreistellungsverordnung auf diese berufen und sind somit vom Verbot des Art. 81 I EG freigestellt. Auf die zivilrechtliche Gültigkeit der unter eine Gruppenfreistellungsverordnung fallenden Vereinbarung können sich die begünstigten Unternehmen auch gegenüber jedermann berufen. Eine konkrete positive Beurteilung der Vereinbarung im Hinblick auf die einzelnen Voraussetzungen des Art. 81 III EG findet also nicht statt<sup>163</sup>, wengleich eine Gruppenfreistellungsverordnung nur für Vereinbarungen in Betracht kommt, die grundsätzlich den Voraussetzungen des Art. 81 III EG genügen. Es findet insoweit aber gerade keine Einzelfallprüfung statt. Nur wenn die Vereinbarung Wirkungen hat, die mit Art. 81 III EG unvereinbar sind, kann die Kommission den Vorteil der Gruppenfreistellung entziehen<sup>164</sup>. Für die in den Gruppenfreistellungsverordnungen genannten Vereinbarungen entfällt also eine Pflicht zur individuellen Anmeldung und es erfolgt eine automatische Freistellung. Allerdings kommen die Gruppenfreistellungsverordnungen dem künftig geltenden Legalausnahmesystem nur nahe. Sie bleiben nämlich im systematischen Rahmen des

---

<sup>160</sup> Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.69 ff.

<sup>161</sup> So auch Schütz, WuW 2000, 686; Wagner, WRP 2003, 1369, 1373.

<sup>162</sup> Vgl. Schröter, in: Groeben/Schwarze, Artikel 81 Absatz 3 EG, Rn.287 m.w.N.

<sup>163</sup> EuG, Slg. 1990, II, 309, 360 (Tz.29) „*Tetra Pak/Kommission*“; EuG, Slg. 1992, II, 1995, 2011 f. (Tz.42) „*Publishers Association/Kommission*“; EuG, Slg. 1995, II, 1533, 1595 f. (Tz.174) „*Langnese-Iglo/Kommission*“.

<sup>164</sup> Vgl. hierzu Schröter in: Groeben/Schwarze, Artikel 81 Absatz 3 EG, Rn.291.

Art. 81 III EG, da ihnen gemeinsame oder zumindest vergleichbare Tatbestände zugrunde liegen, die einer typisierenden Beurteilung zugänglich sind<sup>165</sup>. Der Erlass von Gruppenfreistellungsverordnungen bedeutet deshalb nur eine Annäherung an den Gedanken des künftig geltenden Legalausnahmesystems, der aber nicht voll verwirklicht wird, weil zumindest eine unmittelbare Anwendung von Art. 81 III EG ausgeschlossen bleibt<sup>166</sup>. Der Vorteil der Gruppenfreistellungsverordnungen liegt v.a. darin, dass auf diese Weise die Zahl der Einzelfreistellungsanträge erheblich verringert werden konnte. Allerdings wird durch die Gruppenfreistellungsverordnungen auch die Tendenz zur Beschränkung des Innovationswettbewerbs gefördert und es entsteht jedenfalls aus dem Kern einer erlaubten Kooperation leicht der Anreiz zum Übergang zu einer nicht mehr durch eine Gruppenfreistellungsverordnung gedeckten Wettbewerbsbeschränkung<sup>167</sup>. Dies zeigen v.a. die Erfahrungen mit der Gruppenfreistellungsverordnung für Forschung und Entwicklung und der für Spezialisierungsvereinbarungen<sup>168</sup>. Zudem wird durch die Gruppenfreistellungsverordnungen auch die Transparenz bestehender Vereinbarungen, sowie die Rechtssicherheit für beteiligte Unternehmen verringert. Die Kommission erfährt in diesem Rahmen freilich nicht mehr, was in ihren Märkten und in der Wirklichkeit der Unternehmen geschieht und sie vermag auch nicht das Ausmaß der durch die Gruppenfreistellungsverordnungen freigestellten Kartelle zu überblicken<sup>169</sup>. Eine effiziente Verfolgung von Kartellverstößen wird damit erschwert. Derzeit beschränken sich die negativen Auswirkungen aber auf bestimmte Typen von Vereinbarungen, die aufgrund ihres vermeintlich geringen Gefährdungspotentials in Gruppenfreistellungsverordnungen erfasst sind und den Wettbewerb nicht in substantieller Weise gefährden. In einem Legalausnahmesystem aber würden sich diese Nachteile auf alle Vereinbarungen erstrecken<sup>170</sup>.

## II. Information und Transparenz

Im Legalausnahmesystem werden die Unternehmen ihre Vereinbarungen nicht mehr anmelden. Die Kommission erfährt dann aber auch nichts mehr über branchen- und länderspezifische Üblichkeiten und Besonderheiten der jeweiligen Märkte. Erst diese Erkenntnisse versetzen die Kommission aber in die Lage, genau zu wissen, was in ihren Märkten geschieht und so Prioritäten richtig zu setzen,

---

<sup>165</sup> Vgl. Ritter in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band II, Art. 87, Rn.18; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.16; Schröter, in: Groeben/Schwarze, Artikel 81 Absatz 3 EG, Rn.287.

<sup>166</sup> Vgl. etwa Sauter in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band I, Art. 85 Abs. 3 A, Rn.2.

<sup>167</sup> Siehe Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.27.

<sup>168</sup> Vgl. Möschel, JZ 2000, 61, 63. Worauf die Kartellanten dann achten, ist, dass sich Leistung und Gegenleistung immer einigermaßen im Gleichgewicht halten, um das Risiko von opportunistischem Verhalten des Vertragspartners zu umgehen.

<sup>169</sup> Siehe etwa Lässig, S.12; Paulweber, World Competition 2000 (3), 3, 41.

<sup>170</sup> So auch Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.27.

sachgerechte Entscheidungen im konkreten Verfahren zu treffen sowie kartellrechtsrelevante Praktiken unabhängig vom Einzelfall konsequent zu überwachen und zu verfolgen<sup>171</sup>. Mit der Einführung eines Legalausnahmesystems geht dieser Quell kartellbehördlichen Fach- und Branchenwissens verloren. Die durch das Anmeldesystem gewonnenen Informationen gingen aber nicht nur in konkrete Entscheidungen ein, sondern auch in eine Vielzahl von Bekanntmachungen und Verordnungen. Die bisherigen Gruppenfreistellungsverordnungen waren beispielsweise das Ergebnis der aus den Anmeldungen gewonnenen Informationen, anhand derer die Kommission Erfahrungen mit den einschlägigen Fragestellungen und der kartellrechtlichen Bewertung der üblicherweise vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen sammeln konnte<sup>172</sup>. Zwar hat die Kommission seit Einführung des Anmeldeverfahrens eine Reihe von Informationen gesammelt. Wettbewerb ist jedoch ein Marktprozess, der sich u.a. in Vorstoß und Verfolgung äußert, also ein dynamischer Prozess. Das Sammeln von Informationen ist daher ein dauernder Lern- und Beobachtungsprozess, welcher nie zu einem Ende kommen wird<sup>173</sup>.

Die Kommission wird auch nicht aufgrund eigener Untersuchungen oder aufgrund von Beschwerden die wünschenswerte Einsicht in die Marktverhältnisse erhalten. Untersuchungen bringen nämlich kaum etwas, wie einschlägige Erfahrungen des Bundeskartellamts ebenso wie zahlreiche Branchenuntersuchungen der Federal Trade Commission belegen. Und was die Beschwerden anbelangt, so werden diese nur dann erhoben, wenn Dritte sich als Opfer sehen. Die Verbraucher, Abnehmer, Lieferanten und Wettbewerber können sich aber bei einem Wegfall der Anmeldungen keinen Überblick mehr über die horizontalen Vereinbarungen in den relevanten Märkten verschaffen. Sie haben deshalb ein legitimes Interesse an der Aufrechterhaltung der Transparenz des Kartellverfahrens. Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen sind nämlich in der Regel für alle nicht an der Vereinbarung Beteiligten unsichtbar, weshalb ihre Anmeldung eine so wichtige Rolle spielt<sup>174</sup>. Klagen oder Beschwerden von Dritten werden deshalb im Bereich von horizontalen Vereinbarungen, wie auch die US-amerikanische Erfahrung zeigt, wegen mangelnder Wahrnehmung auf Seiten der Opfer eher die Ausnahme bleiben. Dies belegt auch die Entwicklung der letzten Jahre, in denen mit einem Rückgang der Anmeldungen auch ein Rückgang der Beschwerden einherging<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup> Vgl. Böge, 33, 37; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.28; Paulweber/Kögel, AG 1999, 500, 510 f.

<sup>172</sup> Vgl. Wiedemann, Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts, Band I, AT, Rn.30.

<sup>173</sup> Vgl. Paulweber/Kögel, AG 1999, 500, 511.

<sup>174</sup> Vgl. Paulweber, World Competition 2000 (3), 3, 40 f.; Paulweber/Kögel, AG 1999, 500, 513.

<sup>175</sup> Vgl. hierzu Anhang Abbildung 1 („Neue Fälle“).

Daneben helfen die obligatorischen Anmeldungen aber auch bei der Verfolgung von Hardcore-Kartellen, was freilich nicht bedeuten soll, dass diese im Anmeldesystem auch angemeldet werden. Sie werden vielmehr in keinem System jemals angemeldet, egal wie das System im Einzelnen ausgestaltet sein mag. Die Wettbewerbsbehörden erhalten aber durch die Anmeldungen von anderen horizontalen Vereinbarungen in der großen Bandbreite der Grauzonenmaßnahmen umfangreiche Informationen, die zur Aufdeckung nicht angemeldeter Absprachen beitragen können und Rückschlüsse auf ihre Auswirkungen erleichtern<sup>176</sup>.

Noch im Grünbuch zur Behandlung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen im Jahre 1997 betonte die Kommission die Vorteile des Anmelde- und Genehmigungssystems: „Die Anmeldungen sind für die Kommission eine unerschöpfliche Quelle der Information über Geschäftsvorhaben, einschließlich vertikaler Vereinbarungen. Ein wesentlicher Teil der Kommissionsentscheidungen geht auf Anmeldungen zurück. Dies ist ein Hinweis darauf, dass die Kommission von vielen der Vertragsbestimmungen, die der sofortigen Prüfung bedürfen, durch Anmeldung Kenntnis erhalten hat. Anmeldungen liefern auch das Rohmaterial, anhand dessen die Kommission die Notwendigkeit und die Tragweite von Gruppenfreistellungen ermisst. [...] Das Freistellungsverfahren ist sehr flexibel, da Freistellungen zeitlich befristet sein müssen, jedoch erneuert werden können. Diese Prozedur gibt der Kommission Gelegenheit, sich erneut mit den Wettbewerbsbedingungen auf dem relevanten Markt zu befassen. Stellt sich heraus, dass die Bedingungen sich geändert haben, oder ergeben sich neue Fakten, so kann die Kommission der fraglichen Vereinbarung die Vorteile der Einzelfreistellung entziehen.“<sup>177</sup> In einem Legalausnahmesystem aber fehlen der Kommission diese Informationen und auch Ersatzoptionen zur Beschaffung dieser Informationen sind nicht ersichtlich. Eine Intensivierung von Kronzeugenregelungen, den sog. leniency programs, bezieht sich auf Hardcore-Kartelle und ist unabhängig vom jeweiligen System, da diese ja in keinem System angemeldet werden.

### **III. Rechtssicherheit**

Rechtssicherheit für die nach den Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft tätigen Unternehmen trägt zur Förderung von Investition und Innovation bei, was gerade für den technischen Fortschritt und somit für die Innovationsfunktion des Wettbewerbs essentiell ist. Nur so kann ein Wettbewerbspro-

---

<sup>176</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.30; Paulweber, *World Competition* 2000 (3), 3, 39 f.; Schütz, *WuW* 2000, 686, 691.

<sup>177</sup> Europäische Kommission, Grünbuch zur EG-Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, Rn.188.

zess in Gang gesetzt werden, der wiederum zu einer verbesserten Marktversorgung führt. Ohne Rechtssicherheit aber bestünde die Gefahr, dass der Wettbewerb zur „Schlafmützenkonkurrenz“ degradiert, weil Investitionen und Innovationen ausbleiben. Ein Wettbewerbsprozess würde im schlimmsten Fall nicht mal in Gang gesetzt werden. Denn die Unternehmen könnten von wirtschaftlich sinnvollen Kooperationen absehen, weil sie das Risiko nicht ausschließen könnten, dass diese nachträglich als mit dem europäischen Wettbewerbsrecht als unvereinbar angesehen werden. Die Gewährung von Rechtssicherheit ist aber nicht nur für die an einer Vereinbarung beteiligten Unternehmen, sondern auch für Dritte, also eventuelle Beschwerdeführer oder Kläger und somit letztlich für das Funktionieren des neu geschaffenen Legalausnahmesystems von zentraler Bedeutung. Denn mit dem Rückzug der Kommission aus der wettbewerbsrechtlichen ex ante-Kontrolle werden die Klagen und die Beschwerden von Dritten im neuen Legalausnahmesystem eine bedeutende Rolle einnehmen. Will man gerade die Klagen von Dritten fördern, so müssen diese ihre Erfolgsaussichten jedenfalls mit hinreichender Vorhersagbarkeit beurteilen können. Das alte Sprichwort „auf hoher See und vor Gerichten befindet man sich in Gottes Hand“ sollte jedenfalls im Bereich des Wettbewerbsrechts keine Berechtigung finden. Sollte ein ausreichendes Maß an Rechtssicherheit nicht gewährleistet werden können, so werden Dritte auf ein gerichtliches Vorgehen eher verzichten und sich entweder mit den Kartellmitgliedern arrangieren oder den betreffenden Markt ganz verlassen. Darunter würde der Wettbewerb dann wiederum erheblich leiden<sup>178</sup>.

Die Kommission hat für die Notwendigkeit der Reform u.a. auch vorgebracht, dass das derzeitige Anmelde- und Genehmigungssystem zu großer Rechtsunsicherheit führe<sup>179</sup>. Im gegenwärtigen Anmeldesystem müssten die Unternehmen nämlich bei der Entwicklung ihrer Geschäftsstrategien die Anmeldung ihrer Vereinbarungen bei der Kommission mitberücksichtigen, um die Gewissheit zu erhalten, dass ihr Vorhaben nicht gegen Art. 81 I EG verstößt oder nach Art. 81 III EG freigestellt ist. Ein solches Anmeldesystem, in dem die Unternehmen Zwängen ausgesetzt seien, erscheint aus Sicht der Kommission heute aber nicht mehr gerechtfertigt<sup>180</sup>. Im Übrigen würden die Unternehmen aus Sicht der Kommission heute über eine ausreichende Rechtssicherheit verfügen. Die Kommission glaubt, dass in dem neuen Legalausnahmesystem die Rechtssicherheit der Unternehmen auf einem angemessenen Niveau gehalten und in mancher Hinsicht sogar noch gestärkt werden könne. In 40 Jahren der Anwendung des Art. 81 EG seien nämlich dessen Voraussetzungen durch die Einführung von Gruppenfreistellungsverordnungen und Bekanntmachungen, sowie die Entscheidungspra-

---

<sup>178</sup> So auch Monopolkommission, Sondergutachten 32, Rn.77.

<sup>179</sup> Vgl. hierzu oben unter § 3 A (S.11 f.).

<sup>180</sup> So die Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.50.

xis der Kommission und der Rechtsprechung hinreichend präzisiert worden und den Unternehmen bekannt<sup>181</sup>.

Dabei vergisst die Kommission aber offenbar die Beitrittsländer, in denen eine Wettbewerbskultur bislang wenig ausgeprägt ist und praktische Erfahrungen im Umgang mit europäischen Wettbewerbsregeln nur in geringem Umfang existieren<sup>182</sup>. Von einer gewachsenen und effektiven Wettbewerbskultur kann dort deshalb wohl kaum gesprochen werden. Zudem liegen die Schwierigkeiten bei der Anwendung des Art. 81 III EG weniger im Normativen, sondern vielmehr in den Eigentümlichkeiten des Sachverhalts selbst. So werden die Unternehmen bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes nach aller Erfahrung überfordert sein, da sie über keine Möglichkeiten der Ermittlung und Aufklärung verfügen<sup>183</sup>. V.a. die Anwendung des Art. 81 III EG wird dann schnell zur Spekulation. Gerade hier besteht ja ein erheblicher Spielraum für einen behördlichen oder richterlichen Beurteilungsspielraum. Kennzeichnend ist auch die bisherige Zurückhaltung der europäischen Rechtsprechung bei der Beurteilung von Beschwerden, die gegen wettbewerbsrechtliche Kommissionsentscheidungen gerichtet sind. Die Überprüfung beschränkte sich hier ja bisher auf offensichtliche Beurteilungsfehler<sup>184</sup>. Die Unternehmen leiden somit unter einem erheblichen Subsumtionsrisiko, welches sie in vielen Fällen ungebührlich belasten wird. So kann dieses Risiko gerade in Fällen, in denen bedeutende Investitionen auf dem Spiel stehen, angesichts der möglichen Folge einer nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit für Unternehmen unzumutbar sein und im schlimmsten Fall zu einer Innovationsbremse führen<sup>185</sup>. Die Rechtsunsicherheit der Unternehmen wird noch dadurch verstärkt, dass nur die von der Verfolgungsbehörde entdeckten Verstöße bekannt werden, womit gleichzeitig ein lückenhaftes Bild von der Anwendungsweise des Art. 81 EG entsteht. Die Unternehmen müssen sich dann aus den bekannt gewordenen Entscheidungen bruchstückweise wie in einem Mosaik das rechtliche Bild zusammensetzen, welches für sie selbst maßgebend ist<sup>186</sup>. Hier helfen dann auch die weiteren Leitlinien und Bekanntmachungen zu Art. 81 EG, welche die Kommission in einer Vielzahl erlassen will, nur bedingt weiter. Sie werden nämlich die Abgrenzungsprobleme im konkreten Fall nicht lösen können und sind auch nicht bindend, so dass durch sie allenfalls eine Scheinsicherheit vorgespiegelt wird. Wird die Idee der Guidelines schließlich exzessiv

---

<sup>181</sup> Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.51, 70 und 78; VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 1; Schaub, Rede (Frankfurter Institut), 15, 22 ff.

<sup>182</sup> Vgl. Bogdandy/Buchhold, GRUR 2001, 798, 803; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.34.

<sup>183</sup> Vgl. Möschel, Wirtschaftsdienst 1999, 504, 508; Monopolkommission, Sondergutachten 32, Rn.78; Paulweber, World Competition 2000 (3), 3, 37 f.

<sup>184</sup> EuG, Slg. 1995, II, 289, 382 (Tz.288) "*SPO u.a./Kommission*"; bestätigt durch den EuGH, Slg. 1996, I, 1613, 1624 (Tz.41) "*SPO u.a./Kommission*".

<sup>185</sup> Vgl. Eilmannsberger, JZ 2001, 365, 374.

<sup>186</sup> Vgl. Fikentscher, Unternehmenskonzentration und Meldepflicht, 159, 163.



ausgedehnt und eine Vielzahl von branchenspezifischen Leitlinien erlassen, kommt man zu japanischen Verhältnissen und die Idee der Rule of Law, eine große Errungenschaft der Kartellpolitik nach dem 2. Weltkrieg, wird durch eine Rule of Authority ersetzt<sup>187</sup>. Nicht nur im Bereich der EG-Freihandelsabkommen, sondern auch im Bereich des europäischen Wettbewerbsrechts würde man dann künftig von einem „European Spaghetti Bowl“ sprechen.

In einem Legalausnahmesystem hängt schließlich die Effizienz des Wettbewerbsgesetzes von der Aktivität der zur Kontrolle der Wettbewerbsbeschränkungen eingesetzten nationalen Behörden sowie der Kommission ab. Dabei kann insbesondere die Aktivität der Behörden von der politischen Entscheidung, ob man gegen Wettbewerbsbeschränkungen strenger oder milder vorgehen will, abhängen. Dies gilt umso mehr in den Staaten, in denen die Wettbewerbsbehörde anders als beispielsweise in Deutschland keine Unabhängigkeit besitzt. Grundsätzlich kann politischer Einfluss auf alle Formen von Wettbewerbsbeschränkungen ausgeübt werden. So können Fragen des technischen Fortschritts oder der Strukturpolitik die Beurteilung horizontaler Vereinbarungen betreffen. Auch finden sich immer wieder Ansätze zur Berücksichtigung von gesundheitspolitischen oder energiepolitischen Überlegungen, um über wettbewerbsbeschränkendes Verhalten zu entscheiden. Solche politischen Entscheidungen ändern sich aber naturgemäß von Zeit zu Zeit, was schließlich zu langfristigen Rechtsunsicherheiten bei den Unternehmen führen kann<sup>188</sup>.

Auch was das Argument betrifft, dass das neue Legalausnahmesystem für die Unternehmen einen Gewinn an Rechtssicherheit bringe, weil diese nun nicht mehr auf die praktisch nicht erreichbaren Freistellungsentscheidungen der Kommission angewiesen sind, ist viel zu formal. Die Anmeldungen im früheren Anmeldesystem führten zwar in über 90% der Fälle zu comfort letters, also Verwaltungsschreiben ohne rechtliche Verbindlichkeit, doch unter dem Aspekt der Rechtssicherheit genügte ein solches Vorgehen der Praxis, insbesondere, da die Wettbewerbsbehörden sich nach dem verwaltungsrechtlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes selbst banden. Es ist auch richtig, dass nationale Gerichte an die in diesem Schreiben geäußerten Rechtsauffassungen der Kommission nicht gebunden waren, zumindest nicht rechtlich. Soweit in solchen Schreiben aber zum Ausdruck kam, dass die betreffende Vereinbarung nicht einmal tatbestandsmäßig i.S.d. Art. 81 I EG ist, sind die nationalen Gerichte dieser Auffassung mit großer Regelmäßigkeit gefolgt<sup>189</sup>. Im früheren Anmelde- und Genehmigungssystem konnten die Unternehmen auch im informellen Verfahren mit der

---

<sup>187</sup> Siehe Möschel, WuW 1997, 795, 797 ff.; Paulweber, World Competition 2000 (3), 3, 38.

<sup>188</sup> Vgl. Fikentscher, Unternehmenskonzentration und Meldepflicht, 159, 163; Immenga, Nationale Wettbewerbspolitiken und internationale Wettbewerbsordnung, 919, 923 ff.

<sup>189</sup> Vgl. auch Weyer, WuW 2000, 842, 848; a.A. Bechtold, Neuere Entwicklungen auf dem Gebiet des Kartellrechts, 143, 145.

Kommission ihre Bedenken abklären und kritische Vertragsklauseln anpassen. Zudem lässt sich aus dem Fehlen von Verbotsentscheidungen nicht auf die Ineffizienz des früheren Systems schließen, denn wie Erfahrungen gezeigt haben, genügte für eine Anpassung von Vereinbarungen seitens der Unternehmen in aller Regel schon ein „Hochziehen der Augenbrauen“<sup>190</sup>.

Von der Kommission wird des Weiteren hervorgehoben, dass die Anwendung des Art. 81 EG in einem Legalausnahmesystem dem bei Art. 82 EG gleichen würde<sup>191</sup>. Dies ist zwar richtig, allerdings würde ein Anmeldesystem bei Art. 82 EG dazu führen, dass sämtliche marktmächtigen Unternehmen nahezu ihre gesamte Geschäftspolitik offen legen müssten. Hinzu kommt, dass es bei Art. 82 EG regelmäßig einen beeinträchtigten Dritten gibt, der die Behörden entsprechend informiert oder eine Beschwerde erhebt. Die Sachlage ist bei Art. 81 EG eine andere. Hier unterliegen nur bestimmte Verhaltensweisen dem Art. 81 I EG. Auch fehlt es bei Kartellabsprachen zwischen Wettbewerbern zumeist an einem unmittelbar betroffenen Unternehmen und selbst wenn es ein solches gäbe, wird es meist keine Möglichkeiten haben, von der beeinträchtigenden Vereinbarung Kenntnis zu erlangen. Kartellaußenseitern wird nämlich in den meisten Fällen die erforderliche Information fehlen, so dass die Gefahr, dass Wettbewerbsverletzungen bei Art. 81 EG unerkannt bleiben, eine wesentlich größere ist als bei Art. 82 EG<sup>192</sup>.

Schließlich entfällt im neuen Legalausnahmesystem die bisherige Bußgeldimmunität nach einer vollzogenen Anmeldung gem. Art. 15 V lit. a) VO Nr.17/62, da es diese ja künftig nicht mehr geben wird. Problematisch wird das Bußgeldrisiko v.a. dann, wenn die Sachlage in der Praxis unklar ist, was unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit wenig befriedigend ist<sup>193</sup>.

Im neuen System soll es zwar Positiventscheidungen gem. Art. 10 geben, die auch für die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte bindend sein sollen, doch werden diese nur in absoluten Ausnahmefällen erteilt werden, ohne dass ein Anspruch auf sie besteht. Auch die sog. Written Opinions (Beratungsschreiben) sollen nur in absoluten Ausnahmefällen erteilt werden, nämlich dann, wenn neuartige Probleme bei der Anwendung der Art. 81, 82 EG auftreten, wobei eine Bindung nicht eintreten soll. Selbst die Kommission sieht sich an ein von ihr zuvor erteiltes Beratungsschreiben nicht gebunden<sup>194</sup>, so dass ein Antrag auf Erteilung eines solchen Beratungsschreibens für die Unternehmen letztlich so gut wie keinen Vorteil bringt.

---

<sup>190</sup> Siehe Böge, 33, 38; Kist, 41, 42.

<sup>191</sup> Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.73.

<sup>192</sup> Ebenso Paulweber/Kögel, AG 1999, 500, 511.

<sup>193</sup> Vgl. hierzu auch § 8 B I 2 (S.155 ff.).

<sup>194</sup> Vgl. Europäische Kommission, Beratungsschreiben, Rn.24.

#### IV. Kohärenz

Mit dem Legalausnahmesystem und der damit verbundenen Abschaffung des Freistellungsmonopols der Kommission steigt gleichzeitig auch das Risiko, dass vergleichbare Sachverhalte in unterschiedlicher Weise behandelt werden, da nicht mehr alleine eine zentrale Stelle, nämlich die Kommission, für Art. 81 III EG zuständig ist, sondern eine Vielzahl von nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichten. Vorgänge, bei denen einzelne Sachverhaltskomponenten auf zwei oder mehrere Staaten weisen, unterliegen nämlich dem konkurrierenden Zugriff der betreffenden Wettbewerbsbehörden und Gerichte. Die Gefahr einer inkohärenten Anwendung des Art. 81 III EG wird dadurch natürlich erhöht. Dies gilt gerade vor dem Hintergrund der zahlreichen Prognoseentscheidungen, die bei Art. 81 III EG zu treffen sind<sup>195</sup>. Auch wenden die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte bei Anwendung der Art. 81, 82 EG ihre eigenen nationalen Verfahrensvorschriften an. Die unterschiedliche Ausgestaltung der Verfahrensvorschriften kann dabei zu nicht unerheblichen Unterschieden bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts führen<sup>196</sup>. Zwar beabsichtigt die Kommission, diese Folgen zu verhindern, indem sie die Rahmenbedingungen der Wettbewerbspolitik weiterhin auf Gemeinschaftsebene festlegt, sei es auf Grundlage von Gruppenfreistellungsverordnungen, Bekanntmachungen und Leitlinien, sei es mittels einzelner Verbots- oder Positiventscheidungen. Daneben soll auch das ECN sowie die Einführung von Benachrichtigungs- und Informationspflichten zu einer einheitlichen Rechtsanwendung beitragen. Schließlich behält sich die Kommission weitgehende Evokationsrechte vor, indem sie gegebenenfalls ein bereits laufendes oder sogar abgeschlossenes Verfahren an sich zieht. Auch die Entsendung von Vertretern bei gerichtlichen Verfahren ist vorgesehen, wo der Vertreter der Kommission als sog. „amicus curiae“ an den Prozessen teilnimmt<sup>197</sup>. Ob alle diese Maßnahmen aber gerade vor dem Hintergrund einer 25 Staaten umfassenden Gemeinschaft ihren erhofften Erfolg haben werden, bleibt fraglich. So haben beispielsweise die nationalen Gerichte und Wettbewerbsbehörden bei ihren Entscheidungen zwar Gruppenfreistellungsverordnungen zu berücksichtigen, nicht aber Bekanntmachungen und Leitlinien, die nicht zum sekundären Gemeinschaftsrecht gehören. Für die Beurteilung, ob das neue System auch Kohärenz gewährleistet, wird man aber wohl zwischen den Wettbewerbsbehörden auf der einen Seite und den nationalen Gerichten auf der anderen Seite unterscheiden müssen.

---

<sup>195</sup> Siehe auch § 6 B I (S.103 ff.).

<sup>196</sup> So auch Zinsmeister, WuW 1999, 115, 118.

<sup>197</sup> Die Unabhängigkeit der Gerichte wird dies aber nicht gefährden, da eine Befolgungspflicht der Gerichte hinsichtlich der „amicus briefs“ von der Kommission nicht besteht. Vgl. Baudenbacher, WuW 2000, 1171.

## 1. Wettbewerbsbehörden

Bei der Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden, die Kommission mit eingeschlossen, wird man gerade vor dem Hintergrund des ECN eher eine positive Prognose für eine kohärente Anwendung der Art. 81, 82 EG stellen dürfen. Jedoch hängt das Funktionieren entscheidend von der Qualität der Mitarbeiter ab. Hier wäre eine gemeinsame Schulung von Beamten, die mit der Anwendung der Art. 81 f. EG, insbesondere des Art. 81 III EG befasst sind, gerade in den Beitrittsländern, wo noch keine effektive und gewachsene Wettbewerbskultur i.S.d. Art. 81 f. EG vorhanden ist, sicherlich hilfreich.

Problematisch ist jedoch, dass innerstaatliche Behördenentscheidungen auch weiterhin keine gemeinschaftsweite Geltung haben<sup>198</sup>. Die Entscheidungen der nationalen Wettbewerbsbehörden binden vielmehr nur diese selbst und entfalten außerhalb des betreffenden Mitgliedstaates keinerlei Rechtswirkung. Damit wird aber die Gefahr erhöht, dass es zu Mehrfachverfahren und abweichenden Verfahrensergebnissen kommt, wenn auch andere nationale Wettbewerbsbehörden denselben Sachverhalt untersuchen. Die Einführung einer gemeinschaftsweiten Geltung von nationalen Behördenentscheidungen bei Anwendung der Art. 81 f. EG wäre deshalb hilfreich. Für spezifische Bereiche des EG-Rechts liegen bereits entsprechende Bestimmungen vor, die hier als Vorbild dienen können. So gilt beispielsweise im europäischen Sozialversicherungsrecht sowie im Arzneimittelrecht das sog. Anerkennungsverfahren, bei dem der betroffene Mitgliedstaat den ausländischen Rechtsakt aufgrund europarechtlicher Bestimmungen bestätigen muss. Denkbar wäre auch eine zentrale Festlegung der gemeinschaftsweiten Geltung nationaler Behördenakte durch den Gemeinschaftsgesetzgeber ohne das Erfordernis weiterer Mitwirkungshandlungen der anderen Mitgliedstaaten<sup>199</sup>.

Ein weiteres Problem ist, dass wenn die nationalen Wettbewerbsbehörden die Art. 81, 82 EG anwenden, auch ihr jeweiliges nationales Verfahrensrecht anwenden, was zwangsläufig zu einer unterschiedlichen Anwendung der Art. 81 und 82 EG führen wird. Eine Lösung hier wäre, die nationalen Verfahrensrechte zu harmonisieren<sup>200</sup>.

---

<sup>198</sup> Vgl. auch Schwenn, RIW 2000, 179, 182.

<sup>199</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 32, Rn.61 f.

<sup>200</sup> So auch Zinsmeister, Probleme der dezentralisierten Anwendung des EG-Kartellrechts, 163, 164 f.

## 2. Gerichte

Was allerdings die Kohärenz bei den Gerichten anbelangt, so bestehen doch erhebliche Zweifel diesbezüglich. Eine kohärente Anwendung des Art. 81 III EG wird wohl nur schwer möglich sein. Dies hat mehrere Gründe:

Zum einen wird eine kohärente Rechtsanwendung durch die nationalen Gerichte dadurch erschwert, dass sich künftig jedes beliebige Zivilgericht von Palermo bis Helsinki und von Lissabon bis Warschau ohne eine entsprechende Spezialisierung auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts unmittelbar mit kartellrechtlichen Fragen befassen kann<sup>201</sup>. Erfahrungen im US-amerikanischen System, in welchem die Anwendung des Antitrustrechts in hohem Maße von Zivilgerichten wahrgenommen wird, zeigen, dass die Urteile – gelinde gesagt – widersprüchlich sind<sup>202</sup>. Die Konkurrenz mehrerer nationaler Gerichte um die Beurteilung einer bestimmten Vereinbarung schafft dabei nicht nur Rechtsunsicherheit, sondern eröffnet den Unternehmen auch die Möglichkeit des „forum shopping“, also den für sie günstigsten Gerichtsstand bei der Verfolgung von Ansprüchen zu wählen. Die Möglichkeit einer Klageerhebung in mehreren Staaten ist deshalb für den Kläger ein Anlass, sich unter mehreren Gerichtsständen das Gericht herauszusuchen, dessen Rechtsanwendung ihm die meisten Vorteile verspricht. Um hier Auswüchsen entgegenzuwirken, ist beispielsweise im anglo-amerikanischen Rechtskreis die Doktrin des „forum non conveniens“ entwickelt worden. Danach kann ein Gericht trotz an sich gegebener internationaler Zuständigkeit das Verfahren beenden, wenn für die Klage auch die Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts gegeben ist und Gesichtspunkte der Sachgerechtigkeit eindeutig für die Durchführung des Verfahrens im Ausland sprechen<sup>203</sup>. In Anwendung dieser Doktrin haben zum Beispiel auch amerikanische Gerichte im Fall der Explosionskatastrophe im indischen Bhopal Kläger gegen das amerikanische Chemieunternehmen Union Carbide auf den indischen Rechtsweg verwiesen<sup>204</sup>. Eine Einführung einer solchen Doktrin des „forum non conveniens“ in das europäische Wettbewerbsrecht wäre deshalb wünschenswert.

Bei der Entscheidungen nationaler Gerichte sind zudem die jeweiligen Verfahrensmaximen zu berücksichtigen. Im deutschen Zivilprozess gilt beispielsweise, anders als im Kartellverwaltungsverfahren, der Beibringungsgrundsatz und die Dispositionsmaxime. Eine Ermittlung der Fakten von Amts wegen gibt es dagegen nicht. Vielmehr bleiben die Parteien die Herrn über den Prozessstoff,

---

<sup>201</sup> Vgl. Möschel, ORDO 2001, 63, 68; Paulweber, World Competition 2000 (3), 3, 42; Schütz 2000, 686, 693.

<sup>202</sup> Siehe Hawk, Die Rolle der Justiz bei US-amerikanischen Antitrust-Klagen, S.333 ff.

<sup>203</sup> Siehe House of Lords, Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd., (1987) 1 A.C. 460, 474 ff. per Lord Goff of Chieveley.

<sup>204</sup> In re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India in December, 1984, 634 F. Supp. 842 (S. D. N.Y. 1986); 809 F. 2 d 195 (2 d Cir. 1987).

welchen sie beibringen oder auch nicht. Eine kohärente Rechtsanwendung wird dadurch natürlich erschwert. Ein probates Hilfsmittel könnte allerdings der Sachverständigenbeweis sein<sup>205</sup>, wobei hier nicht der Eindruck entstehen sollte, die Richter delegierten ihre Unabhängigkeit an Ökonomen<sup>206</sup>.

Schließlich muss man auch die Rechtskraftwirkung einer Gerichtsentscheidung berücksichtigen<sup>207</sup>. Dieser kommt nämlich keine extraterritoriale Wirkung zu. Soll eine Gerichtsentscheidung in einem anderen Mitgliedstaat anerkannt werden, bedarf es vielmehr eines „dornenreichen“ Anerkennungsverfahrens<sup>208</sup>. Zudem würde eine Anerkennung auch nur inter partes wirken. Andere Parteien würden durch sie nicht gebunden, so dass in ähnlich gelagerten Fällen ganz anders entschieden werden könnte. Dies stellt gleichzeitig den Nutzen von gerichtlichen Entscheidungen zu Art. 81 EG stark in Frage.

Zu mehr Kohärenz wird auch das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG nicht beitragen können, welches in Folge des Legalausnahmesystems und der daraus fließenden Quelle von Rechtsunsicherheit bei der Anwendung des Art. 81 III EG erheblich zunehmen wird<sup>209</sup>. Der EuGH stößt nämlich jetzt schon an die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit. So betrug die durchschnittliche Dauer eines Verfahrens im Jahre 2000 etwas über 21 Monate<sup>210</sup>. Mit 25 Mitgliedstaaten wird sich die Dauer eines Verfahrens auch noch verlängern. Hier wäre eine Verbesserung des Vorabentscheidungsverfahrens sicherlich hilfreich.

## V. Kosten für die Unternehmen

Fraglich ist auch, ob die Kosten für Unternehmen in einem Legalausnahmesystem geringer sind<sup>211</sup>. So sieht es jedenfalls die Kommission, die als einen der Gründe für die Reform ja angeführt hat, dass die Unternehmen gegenwärtig bei ihrer Geschäftsstrategie die Notwendigkeit einer Anmeldung ihrer Vereinbarungen bei der Kommission mitberücksichtigen müssten, was insbesondere bei den kleinen und mittleren Unternehmen bedeutende Kosten verursache<sup>212</sup>. Dies ist aber nur zum Teil richtig. Zwar entfallen die Kosten der Anmeldung und es muss auch keine kritische Behörde mehr

---

<sup>205</sup> Vgl. auch Jaeger, WuW 2000, 1062, 1073.

<sup>206</sup> Vgl. van Kappel, EWS 2001, 228, 230.

<sup>207</sup> Vgl. auch noch unten unter § 6 B II 2 (S.108 f.).

<sup>208</sup> Vgl. Möschel, JZ 2000, 61, 65; *ders.* Wirtschaftsdienst 1999, 504, 509; Paulweber, World Competition 2000 (3), 3, 42.

<sup>209</sup> So auch Hirsch, Die Kooperation von nationalen und europäischen Gerichten bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, 135, 144; Schmidt, BB 2003, 1237, 1238.

<sup>210</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 32, Rn.74; Schütz 2000, 686, 692.

<sup>211</sup> So ebenfalls Wils, International Antitrust Law & Policy 2000, 313, 330 f.

<sup>212</sup> Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.50.

überzeugt werden, jedoch sind die Kosten für Anwälte im Falle der Selbsteinschätzung nicht zu unterschätzen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund einer drohenden Bußgeldzahlung bei einem Verstoß gegen Art. 81 EG. Und was nun die kleinen und mittleren Unternehmen im Speziellen anbelangt, so fallen deren Vereinbarungen in der Regel sowieso nicht in den Anwendungsbereich der Art. 81 f. EG, da es meist an der Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels fehlen wird. Ob deshalb die Durchführungskosten in einem System der ex post-Kontrolle abnehmen, ist äußerst fraglich und kann jedenfalls so eindeutig, wie die Kommission dies sieht, nicht beantwortet werden. Das Gegenteil scheint vielmehr genauso möglich.

## **VI. Abschreckungswirkung**

Schließlich stellt sich noch die Frage, in welchem System eine höhere Abschreckungswirkung zu erreichen ist.

Dabei spielt gerade auch die Aufrechterhaltung des Rechtsbewusstseins eine wesentliche Rolle. Hier besitzt das Anmeldesystem gegenüber dem Legalausnahmesystem eindeutig Vorteile. Denn einerseits diszipliniert es die Kartellbeteiligten zum Abschluss von kartellrechtskonformen Vereinbarungen, andererseits verringert es auch den Anreiz von einer erlaubten Kooperation zu einer unerlaubten überzugehen. Die Unternehmen wissen nämlich im Anmeldesystem auch, dass die Behörde „weiß“<sup>213</sup>. Dadurch, dass die Möglichkeit der Anmeldung im Legalausnahmesystem aber entfällt, sind die Unternehmen auf eine Art Selbsteinschätzung angewiesen. Hier muss dann auch berücksichtigt werden, dass zumindest aus betriebswirtschaftlicher Sicht Unternehmen als Investitionsobjekte verstanden werden, die von Kapitalgebern zur Einkommenserzielung ins Leben gerufen wurden<sup>214</sup>. Im Hinblick auf die Eigeninteressen der Unternehmen, die einzig in der Gewinnmaximierung bestehen, wird ihnen hier allzu viel Objektivität abverlangt. Deshalb ist die neue Art der Selbsteinschätzung geeignet, das Unrechtsbewusstsein auf dem Gebiet des Wettbewerbsschutzes noch weiter zu gefährden, wodurch schließlich auch der Anreiz erhöht wird, von einer erlaubten Kooperation zu einer verbotenen überzugehen<sup>215</sup>. Die Unternehmen könnten folglich die Reform als Einladung missverstehen, kartellrechtliches Unrechtsbewusstsein beiseite zu schieben und wettbewerbsbeschränkende Praktiken auszuweiten. Auf diese Weise könnten sich die Unternehmen den lästigen Zwängen und Risiken eines wirksamen Wettbewerbs entledigen und in den Genuss der Sicherheit und der höheren Gewinne gelangen, die als Preis erfolgreicher Strategien der Wettbe-

---

<sup>213</sup> Vgl. Möschel, ORDO 2001, 63, 69.

<sup>214</sup> Vgl. etwa Wagner, Besteuerung, 441, 446.

<sup>215</sup> So auch Böge, 33, 38; Gröning, WRP 2000, 882, 886; Monopolkommission, Sondergutachten 32, Rn.78.

werbsbeschränkung winken. Dies ist eine Einsicht, die auch dem Unternehmer geläufig ist und die schon im Jahre 1892 seitens des Supreme Court des Staates Ohio in einem der zahlreichen Verfahren gegen Rockefellers Standard Oil Trust geäußert wurde<sup>216</sup>: „Experience shows that it is not wise to trust human cupidity where it has the opportunity to aggrandize itself at the expense of others.“

Aber auch die Androhung von Sanktionen spielt eine wichtige Rolle gerade bei einem System der ex post-Kontrolle. Denn nur, wenn die mögliche Strafe die erwarteten Vorteile eines Kartells übersteigt, wird die Abschreckungswirkung groß genug sein, dass von einer Kartellbildung abgesehen wird. Dies wäre dann der Fall, wenn durch das Legalausnahmesystem auch die Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen zunehmen würde, etwa durch vermehrte Klagen und Beschwerden Dritter. Wieso dies in einem Legalausnahmesystem der Fall sein soll, ist jedoch nicht ersichtlich. Die unmittelbare Anwendung von Art. 81 III EG erleichtert Zivilklagen jedenfalls nicht. Will man einen Verstoß gegen Art. 81 I EG und einen daraus eventuellen Schadensersatzanspruch vor einem nationalen Gericht geltend machen, so ist das doch mit vielen Unabwägbarkeiten und Nachweisproblemen verbunden, so dass das Prozessrisiko aus Sicht der Parteien in den meisten Fällen allzu groß erscheint. Durch die Umwandlung von Art. 81 III EG in eine Legalausnahme haben die Parteien, die einen Verstoß gegen Art. 81 I EG geltend machen, dann noch mit einem zusätzlichen Verteidigungsargument zu rechnen, nämlich dass die Vereinbarung die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 81 III EG erfüllt<sup>217</sup>. Gerade durch die Unbestimmtheit der Kriterien in Art. 81 III EG wird das Prozessrisiko noch mehr zunehmen. Zwar wird vorgebracht, dass sich die Beklagten durch bloße Anmeldung ihrer Vereinbarung nach Art. 81 III EG wirksam von der Anwendung des Verbots durch die nationalen Gerichte retten könnten, doch entspricht diese Annahme nicht ganz der Wahrheit. Denn soweit nicht freistellungsfähige Vereinbarungen betroffen sind, können die nationalen Gerichte die Anmeldung ohne weiteres ignorieren. Zudem kann die Kommission bei solchen Obstruktionsanmeldungen davon absehen, ein Verfahren einzuleiten. Durch den Wegfall von Information werden Beschwerden Dritter wohl auch eher abnehmen. Dies zeigen auch die heutigen Erfahrungen, wo mit einer Verringerung der Anmeldungen gleichzeitig die Zahl der Beschwerden zurückgegangen ist<sup>218</sup>. Zwar kann ein ex post-System durch Abschreckung wirksam sein, wie das US-amerikanische Antitrustrecht zeigt. Dies setzt jedoch eine Fülle von Regelungen voraus, die im europäischen System nicht enthalten sind und mit dem Legalausnahmesystem an und für sich auch nichts zu tun haben. Gleiches gilt für eine Einführung von Gefängnisstrafen als Sanktion für Kar-

---

<sup>216</sup> State v. Standard Oil Co., 49 Ohio St. 137 (1892) = 30 North Eastern Reporter 279, 290 (1892).

<sup>217</sup> Vgl. auch Eilmannsberger, JZ 2001, 365, 367.

<sup>218</sup> Siehe Anhang Abbildung 1 („Neue Fälle“).



tellverstöße<sup>219</sup>. Und auch was die Sanktionen anbelangt, so hat ein Legalausnahmesystem keine verstärkte Abschreckungswirkung im Vergleich zum Anmeldesystem. Die Höhe der Sanktionen ist dabei unabhängig vom jeweiligen System. Jedoch bestehen beim Legalausnahmesystem in Folge des in seinen Rechtsbegriffen unbestimmten Art. 81 III EG vielfältige Exkulpationsmöglichkeiten vermeintlich gutgläubiger Unternehmen. Der Vorwurf, dass die betreffende Vereinbarung nicht angemeldet gewesen sei, entfällt ja in einem Legalausnahmesystem. So wird man künftig wahrscheinlich des öfteren die Argumentation hören, dass die negative Haltung der Wettbewerbsbehörde zu einer Vereinbarung nicht vorhersehbar gewesen sei. Zudem fehlen den Kartellpartnern häufig die erforderlichen Marktdaten, so dass sie sich auf einen unvermeidbaren Irrtum berufen können und das für ein Bußgeld notwendige Verschulden fehlt<sup>220</sup>. So heißt es auch: „In vielen, wenn nicht in den meisten Fällen gibt es mehrere richtige Entscheidungen.“<sup>221</sup> Und selbst wenn ausgebildete und erfahrene Wirtschaftsexperten verschiedene Meinungen über die Wirtschaftsanalyse und die normative Auslegung einer Vereinbarung vertreten, kann man dann den Unternehmen noch ein Verschulden vorwerfen? Wohl eher nicht.

Schließlich spielt auch die Arbeitsbelastung der Kommission eine indirekte Rolle für die Abschreckungswirkung des Systems. Die Kommission hat ja als den Hauptgrund für die Reform das Argument vorgebracht, dass die Arbeitsbelastung im gegenwärtigen Anmeldesystem aufgrund der zahlreichen Anmeldungen zu hoch sei und insbesondere vor dem Hintergrund der Osterweiterung noch steigen werde. Dadurch sehe sie sich in eine defensive Rolle gedrängt, die es ihr nicht ermögliche, eine effektive Bekämpfung der Hardcore-Kartelle vorzunehmen<sup>222</sup>. Es erscheint aber zumindest zweifelhaft, ob das neue Legalausnahmesystem die gewünschten Effekte erzielen kann und auch, ob es überhaupt noch Bedarf für eine Entlastung gibt<sup>223</sup>. So ist z.B. die Zahl der Anmeldungen seit dem Jahre 1999 deutlich zurückgegangen<sup>224</sup>. Das Gleiche gilt für die Zahl der am Jahresende anhängigen Verfahren<sup>225</sup>. Grund für den Rückgang waren wohl die neue „Schirm“-Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen, die neue „de-minimis“-

---

<sup>219</sup> Vgl. hierzu Wils (2001). Dieser hält einen Übergang zu Kriminalstrafen als Sanktion für Verstöße gegen Art. 81 f. EG für zwingend. Eine Änderung des primärrechtlichen Gemeinschaftsrechts hält er dabei nicht für erforderlich. Ebenso wenig müsse die Gemeinschaft eigene Gefängnisse bauen.

<sup>220</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.40. Siehe auch § 8 B I 2 (S.155 ff.).

<sup>221</sup> Siehe etwa Geberth, AG 1991, 295, 296; Immenga, Nationale Wettbewerbspolitiken und internationale Wettbewerbsordnung – eine Programmskizze, 919, 922 ff.

<sup>222</sup> Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.24 ff. und 41 ff. So beispielsweise auch Gauer/Dalheimer/Kjølbye/de Smijter, 3.

<sup>223</sup> Mit Zweifeln u.a. auch Möschel, Wirtschaftsdienst 1999, 504, 511; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.55 ff.; Paulweber/Kögel, AG 1999, 500, 512 f.

<sup>224</sup> Vgl. Anhang Abbildung 1 („Neue Fälle“).

<sup>225</sup> Siehe Anhang Abbildung 3 („Entwicklung der Zahl der am Jahresende anhängigen Verfahren“).

Bekanntmachung, die Neuregelung des Art. 4 II VO Nr.17/62, sowie die Neuregelung für Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen gem. Art. 3 II FKVO. So konnte die Kommission im Jahre 2001 auch ganze 14 förmlich ablehnende Entscheidungen wegen eines Verstoßes gegen Art. 81 EG treffen<sup>226</sup>. Von einem Massenproblem kann man angesichts der heutigen Zahlen wohl kaum noch sprechen. Von dem Berg der unerledigten Fällen ist nur noch ein Hügel übrig. Zur Abarbeitung der noch anhängigen Verfahren wäre eine Einmalanstrengung wohl ausreichend gewesen. Ob man eine wesentliche Zunahme von Anmeldungen aufgrund der bestehenden Osterweiterung befürchten muss, welche die Kommission wieder in eine bloße reagierende Rolle zwingen würde, bleibt angesichts der in den letzten Jahren eingeführten Regelungen eher zu bezweifeln. Daneben erscheint zweifelhaft, ob mit dem Übergang zum Legalausnahmesystem auch gleichzeitig eine Arbeitsentlastung der Kommission verbunden wäre. Ein Vorteil eines Legalausnahmesystems und einer damit verbundenen ex post-Kontrolle scheint zu sein, dass die Anmeldungen wegfallen, so dass hier Ressourcen frei werden, die innerhalb einer ex ante-Kontrolle gebunden sind<sup>227</sup>. Allerdings bleiben dann auch wichtige Informationen aus, die in einem System der ex post-Kontrolle erst wieder ermittelt werden müssen. Die Kommission muss deshalb zukünftig, um einen Einblick in die jeweiligen Märkte zu erhalten, ihre Ermittlungstätigkeiten erheblich ausdehnen. Zudem wird beispielsweise mit einem System von Benachrichtigungspflichten und amicus curiae-Beteiligungen der Kommission deren Arbeitsaufwand eher höher ausfallen als bisher. Die intendierte Entlastungswirkung der Kommission wird dann voll verfehlt<sup>228</sup>. Dies zeigen auch die deutschen Erfahrungen mit § 90 GWB, wo Benachrichtigungspflichten mit hohen Reibungsverlusten und erheblichem zeitlichen und personellen Aufwand für die Gerichte und Kartellbehörden verbunden sind<sup>229</sup>. Diese nachteiligen Folgen werden sich in einem System mit 25 Staaten noch verstärken.

### ***C. Andere Optionen***

Hauptmotiv der Reform war ja die ständig gewachsene Arbeitsbelastung der Kommission, die mit der Osterweiterung wahrscheinlich noch weiter zugenommen hätte. Durch die Flut von Anmeldungen kam es zu einem Verfahrensstau, der zunehmend Kritik am bisher geltenden EG-Kartellverfahrensrecht und an der Verfahrenspraxis der Kommission hervorrief<sup>230</sup>. Die Kommission sah sich dadurch in eine reagierende Rolle gedrängt, die sie daran hinderte, sich auf die

---

<sup>226</sup> Vgl. Europäische Kommission, XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, S.415.

<sup>227</sup> So z.B. auch Wils, International Antitrust Law & Policy 2000, 313, 330 ff.

<sup>228</sup> Vgl. Möschel, Wirtschaftsdienst 1999, 504, 509; Schütz 2000, 686, 693.

<sup>229</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.48.

<sup>230</sup> Vgl. auch Ackermann, EuZW 1997, 271 ff.; Lässig, S.3 ff.

Verfolgung besonders schädlicher Kartelle zu konzentrieren und ihre Ressourcen möglichst effizient einzusetzen<sup>231</sup>. Ob die Arbeitsbelastung der Kommission angesichts der in den letzten Jahren stetig gesunkenen Zahl von anhängigen Verfahren allerdings wirklich einen solchen Systemwechsel zu rechtfertigen vermag, ist doch eher zu bezweifeln<sup>232</sup>. Eine einmalige Anstrengung der Kommission zur Abarbeitung dieses „Hügels“ anhängiger Verfahren hätte wohl ebenfalls ausgereicht. Das von der Kommission beschriebene Massenproblem ist daher wohl im Wesentlichen ihre eigene Erfindung gewesen<sup>233</sup>. Wäre eine einmalige Anstrengung aber wider Erwarten nicht ausreichend gewesen, so ist doch auch fraglich, ob der Kommission nicht andere, verhältnismäßigere Optionen zur Verfügung gestanden hätten, die im Vergleich zum Legalausnahmesystem auch wettbewerbspolitisch effizienter gewesen wären und sich im Rahmen des bestehenden Anmeldeverfahrens verwirklichen ließen, ohne dass ein Systemwechsel erforderlich gewesen wäre. Dabei wären insbesondere die folgenden Optionen in Betracht gekommen:

## **I. Vereinfachung und Beschleunigung des Freistellungsverfahrens**

An der bisherigen Entscheidungspraxis der Kommission wurde häufig die zu lange Verfahrensdauer kritisiert, da meist über Jahre beraten wurde ohne letztlich zu einem Ergebnis zu kommen. In diesem Zusammenhang sind beispielsweise der Grüne Punkt und die zentrale Vermarktung von Sportrechten zu nennen. Die Unzulänglichkeiten der VO Nr.17/62 lagen dabei v.a. in der Schwerfälligkeit des Einzelfreistellungsverfahrens, so dass in dieser Hinsicht Verbesserungen wünschenswert gewesen wären. So hätte man die Unternehmen bei ihrer Anmeldung von der Pflicht, bestimmte Informationen beizubringen, befreien und zunächst nur wenige essentielle Fakten von ihnen anfordern können, die sich auf den Gesellschaftsvertrag, den Kreis der Beteiligten, Umsätze, betroffene Branchen und andere ohne weiteres lieferbare Angaben beschränken. In problematischen Fällen hätte die Kommission dann immer noch zusätzliche Informationen anfordern können. Weitere Reformen hätten das zeitaufwendige Verfahren vor dem Beratenden Ausschuss, den Umfang der Übersetzungs- und Veröffentlichungspflichten sowie die Kompetenzverteilung zwischen Kommission und Wettbewerbskommissar betreffen können<sup>234</sup>. Schließlich hätte man noch an die Einführung einer allgemeinen Widerspruchsfrist denken können wie sie beispielsweise in Art. 10 FKVO vorgesehen ist. Die Folge wären zügig abgeschlossene Verfahren und damit schnellere Rechtssicherheit für die Unternehmen gewesen. Mit der Einführung von Fristen wächst jedoch auch generell die Gefahr, dass

---

<sup>231</sup> Siehe auch Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.40, 44 f. und 48.

<sup>232</sup> So auch Koenigs, DB 2003, 755, 759.

<sup>233</sup> Vgl. hierzu Emmerich, WuW 2001, 3.

<sup>234</sup> Vgl. auch Mailänder, 72, 73 f.

schwerwiegende Wettbewerbsverstöße nicht in der vorgesehenen Frist überprüft werden, so dass eine Freistellung der Vereinbarung mit Zeitablauf erfolgt, selbst wenn diese Vereinbarung einen schwerwiegenden Wettbewerbsverstoß darstellt. Deshalb wäre zumindest eine Einführung von zu kurzen Widerspruchsfristen nicht zu empfehlen gewesen<sup>235</sup>.

## II. Cartel Task Force

Eine weitere Option wäre die Schaffung einer Cartel Task Force gewesen<sup>236</sup>. Als Vorbild hierfür hätte die Merger Task Force dienen können, welche bei der Einführung der europäischen Fusionskontrolle 1990 geschaffen wurde. Die Merger Task Force bietet nämlich ein eindrucksvolles Beispiel dafür, wie eine große Anzahl von Fällen durch einen effizienten Prozess in sehr kurzer Zeit bearbeitet werden können. Dabei werden etwa die Hälfte der 50 Mitarbeiter der Merger Task Force von den nationalen Wettbewerbsbehörden gestellt, welche im Regelfall für drei Jahre zur Kommission entsandt werden und ihre nationalen Erfahrungen mit einbringen. Dies war auch der entscheidende Grund, wieso trotz eines relativ kleinen Mitarbeiterstabs eine große Zahl von Verfahren innerhalb kurzer Fristen mit förmlichen Entscheidungen abgeschlossen werden konnte. Die Merger Task Force gilt deshalb als eindrucksvolles Beispiel für die erfolgreiche Bewältigung zahlreicher umfangreicher Verfahren durch eine effektive Arbeitsweise<sup>237</sup>. In Anlehnung an die Merger Task Force hätte eine Cartel Task Force deshalb wesentlich zur gewünschten Entlastung der Kommission beitragen können. Auf diese Weise hätten sich nicht nur die personellen Defizite auf europäischer Ebene abbauen lassen, sondern man hätte auch die Erfahrungen der entsandten Mitarbeiter, die ja ihre Nähe zu den spezifischen Märkten in den Heimatstaaten mitbringen, nutzen können. Dies hätte dann zu einer personellen Verzahnung von Kommission und nationalen Behörden geführt. Auch wäre eine sachliche Rechtfertigung für die Entsendung gegeben gewesen, da die Kommission mit ihrer Arbeit die nationalen Wettbewerbsbehörden entlastet hätte. Aus Sicht der nationalen Wettbewerbsbehörden wäre eine begrenzte Zunahme von Abordnungen wohl verkraftbar gewesen<sup>238</sup>. Bei dieser zentralen Lösung hätte man zudem insgesamt ein größeres Maß an Kohärenz gehabt als bei einer dezentralen Lösung. Freilich wäre eine solche Lösung nicht zum Nulltarif zu haben gewesen<sup>239</sup>.

---

<sup>235</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.64; a.A. Paulweber, *World Competition* 2000 (3), 3, 47.

<sup>236</sup> Hierfür etwa Lässig, S.95 ff.; Möschel, *Herausforderungen an die Wettbewerbspolitik*, 35, 44.

<sup>237</sup> Vgl. hierzu Abbildung 4 im Anhang („Anzahl der jährlich erlassenen abschließenden Entscheidungen und Anzahl der Anmeldungen im Rahmen der FKVO“).

<sup>238</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.66 f.

<sup>239</sup> So auch Paulweber/Kögel, *AG* 1999, 500, 515.

### III. Dezentralisierung

Eine dritte Option wäre gewesen, den nationalen Wettbewerbsbehörden zu gestatten, Art. 81 EG in seiner Gesamtheit anzuwenden, so dass diese auch rechtsgestaltende Freistellungsentscheidungen erlassen könnten. Das Freistellungsmonopol der Kommission wäre entfallen und es hätte zu einer Dezentralisierung der Anwendung des Art. 81 EG geführt und gleichzeitig die Kommission entlastet. Hierbei hätte man im Wesentlichen zwei Varianten gehabt, auch ohne dass man ein Legalausnahmesystem hätte einführen müssen:

Die erste Variante hätte darin bestanden, die Zuständigkeit für die Anwendung des Art. 81 III EG auch den nationalen Wettbewerbsbehörden zuzuerkennen. Hierbei wären jedoch wie auch im Legalausnahmesystem einige Probleme entstanden. So wäre eine eindeutige Zuständigkeitsabgrenzung schwierig gewesen. Zudem hätte man das Problem gehabt, dass die Entscheidungen der nationalen Wettbewerbsbehörden keine gemeinschaftsweite Geltung gehabt hätten, so dass Rechtssicherheit und Kohärenz darunter gelitten hätten<sup>240</sup>.

Eine zweite Variante wäre eine lediglich formale Dezentralisierung gewesen, also eine gemäßigte Zentralisierung bei Freistellungsentscheidungen nach Art. 81 III EG. So hätte man jeweils einen Brüsseler Mitarbeiter der Generaldirektion IV in die jeweiligen nationalen Wettbewerbsbehörden entsenden können. Dieser hätte dann materiell für die Kommission die anfallenden Entscheidungen treffen können. Die Mitarbeiter der nationalen Wettbewerbsbehörden hätten die notwendigen Ermittlungen durchführen und auch bei der sonstigen Entscheidungsvorbereitung unterstützend mitwirken können. Auf diese Weise wären Kohärenz und gemeinschaftsweite Geltung von Entscheidungen zu jeder Zeit gewährleistet gewesen. Die Bedenken der Kommission, dies hätte zu einem nicht zu lösenden Führungsproblem geführt, sind wohl etwas überzogen. Bei allen grenzüberschreitenden Unternehmenszusammenschlüssen stellen sich nämlich ähnliche Fragen; und die lassen sich auch lösen<sup>241</sup>. Als Alternative hierzu hätte sich angeboten, die Wahrnehmung der Anwendung des Art. 81 III EG im Wege eines Mandats oder einer Organleihe auf die nationalen Wettbewerbsbehörden zu übertragen. Kontroll- und Weisungsrechte der Kommission hätten sich so sicherstellen lassen<sup>242</sup>.

Die zweite Variante wäre dabei der Ersten vorzuziehen gewesen, da hier keinerlei Probleme mit Rechtssicherheit und Kohärenz entstanden wären. Doch wäre selbst die erste Variante immer noch

---

<sup>240</sup> So auch Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.68.

<sup>241</sup> Vgl. Möschel, JZ 2000, 61, 67; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.69.

<sup>242</sup> Vgl. Möschel, JZ 2000, 61, 67.

einem Legalausnahmesystem vorzuziehen gewesen, in dem sich noch mehr Probleme stellen. Insgesamt lässt sich aber sagen, dass eine reine, also nicht allein formale, dezentrale Anwendung des Art. 81 III EG unter gleichzeitigem Kontrollvorbehalt seitens der Kommission kaum eine Verbesserung gegenüber dem gegenwärtigen Zustand gewesen wäre. Das Verfahren wäre dadurch nämlich noch schwerfälliger geworden<sup>243</sup>.

#### ***D. Die Vereinbarkeit mit dem Primärrecht***

An dem von der Kommission mit Art. 1 II eingeführten Legalausnahmesystem bestehen erhebliche Zweifel, ob es mit dem europäischen Primärrecht vereinbar ist. Eine Verordnung wie die VO Nr.1/2003 muss nämlich von der Ermächtigung zum Erlass von Verordnungen gem. Art. 83 EG gedeckt sein. Der Umfang der Verordnungsermächtigung in Art. 83 II EG ist aber durch die Grundsätze der Art. 81, 82 EG, die gleichbedeutend mit dem materiellen Gehalt dieser Vorschriften sind, vorgegeben. Die VO Nr.1/2003 kann deshalb als Sekundärrecht die in den Art. 81, 82 EG festgelegten Grundsätze weder ändern noch ergänzen<sup>244</sup>. Wäre das Legalausnahmesystem also nicht mit Art. 81 EG vereinbar, so wäre es vertragswidrig und eine Änderung des Art. 81 EG wäre notwendig. Wäre nun aber das Legalausnahmesystem rechtswidrig, so wäre die ganze VO Nr.1/2003 rechtswidrig, weil sie ohne das Legalausnahmesystem in Art. 1 II nicht erlassen worden wäre<sup>245</sup>.

#### **I. Der Weg zum EuGH**

Eine Verhinderung des Zustandekommens der VO Nr.1/2003 wäre eventuell schon vorher über die Luxemburger Vereinbarung der EG-Außenminister vom 29. Januar 1966<sup>246</sup>, die unverändert Gültigkeit besitzt, möglich gewesen. Hier vereinbarte man, dass bei Beschlüssen, welche die vitalen Interessen eines Mitgliedstaates berühren, eine einvernehmliche Lösung gesucht werden soll. Offen blieb allerdings, was geschehen solle, wenn dies nicht möglich sei<sup>247</sup>. Auf dem Weg über die Luxemburger Vereinbarung wurde z.B. von Großbritannien eine Richtlinie des Rates zum Folgerecht von Urhebern bei Kunstverkäufen blockiert, da es eine Verlagerung des Kunsthandels von London

---

<sup>243</sup> So auch Möschel, Herausforderungen an die Wettbewerbspolitik, 35, 43 f.

<sup>244</sup> Vgl. Ritter in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band II, Art. 87, Rn.5; Schröter in: Schröter/Jakob/Mederer, Art. 83, Rn.6 ff.; Paulweber/Kögel, AG 1999, 500, 506.

<sup>245</sup> Vgl. Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 1 (S.15).

<sup>246</sup> Siehe Bulletin der EWG 1966, Nr.3, S.9. Diese Vereinbarung beendete eine der schwersten Krisen der EU, nämlich die Krise des Jahres 1965 im Zusammenhang mit den Fragen der gemeinsamen Agrarpolitik. Frankreich zog sich über ein halbes Jahr von den Arbeiten des Ministerrates zurück und blockierte diese Einrichtung auf diese Weise („Politik des leeren Stuhles“). Erst im Januar 1966 nahm es wieder an Ratssitzungen teil und setzte dabei die Luxemburger Vereinbarung durch. Vgl. Oppermann, Europarecht, Rn.29; Schweitzer/Hummer, Europarecht, Rn.171.

<sup>247</sup> Vgl. Oppermann, Europarecht, Rn.30.

in die USA oder die Schweiz, wo es ein solches Folgerecht nicht gibt, befürchtete. Die Ertragsaussichten der Auktionshäuser Christie's und Sotheby reichten für die Begründung der Betroffenheit von vitalen, also sehr wichtigen nationalen Interessen aus, um einen Mehrheitsbeschluss des Rates zu verhindern. Und was Christie's und Sotheby für Großbritannien waren, hätte der Wettbewerbschutz für Deutschland, aber auch die anderen Mitgliedstaaten der EG, allemal sein können<sup>248</sup>. Dabei ist allerdings anzumerken, dass der Luxemburger Kompromiss auch schon einmal übergangen und gegen den ausdrücklichen Willen Großbritanniens eine Mehrheitsabstimmung im Rat vorgenommen wurde<sup>249</sup>. Sicher wäre eine Verhinderung der VO Nr.1/2003 über die Luxemburger Vereinbarung der EG-Außenminister vom 29.Januar 1966 deshalb keineswegs gewesen. Ein Rückgriff auf die Luxemburger Beschlüsse von 1966 wurde aber auch von keinem Mitgliedstaat in Betracht gezogen, so dass sich weitere Ausführungen hierzu erübrigen<sup>250</sup>.

Es bleibt damit nur der Weg zum EuGH, damit dieser dann über die Rechtmäßigkeit der VO Nr.1/2003 entscheiden kann.

Hier wäre zum einen denkbar, dass ein Mitgliedstaat wegen Verletzung des EG-Vertrags vor dem EuGH im Wege der Nichtigkeitsklage klagt gem. Art. 230 EG. Dies erscheint jedoch eher unwahrscheinlich, da die VO Nr.1/2003 einstimmig beschlossen wurde. Auszuschließen ist ein solcher Weg über die Nichtigkeitsklage jedoch nicht.

Eine weitere Möglichkeit wäre, dass ein Gericht eines Mitgliedstaates den EuGH im Vorlageverfahren gem. Art. 234 EG zur Klärung der Zweifelsfrage anrufen wird, ob der Wechsel hin zum Legalausnahmesystem durch Art. 83 EG gedeckt ist oder nicht. Bedingung hierfür ist allerdings, dass das Gericht gem. Art. 234 II EG eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich hält, sei es aus wettbewerbspolitischer Überzeugung, sei es aus Sorge um die juristisch richtige Handhabung des Art. 81 III EG, sei es vielleicht auch nur, weil das Gericht die Last der Freistellungsprüfung in das Freistellungsmonopol der Kommission zurückgeben und sich um die schwierige Prüfung des Art. 81 III EG herumdrücken will<sup>251</sup>. Dabei ist mit einem solchen Vorlageverfahren wohl alsbald nach dem 1.Mai 2004 zu rechnen, wobei die erste Vorlage wahrscheinlich von einem

---

<sup>248</sup> So auch Möschel, WuW 2000, 951.

<sup>249</sup> Vgl. hierzu Schweitzer/Hummer, Europarecht, Rn.176; Streinz, Die Luxemburger Vereinbarung, S.1, 68 ff.

<sup>250</sup> Zur umstrittenen Rechtsnatur der Luxemburger Vereinbarung vgl. Schweitzer/Hummer, Europarecht, Rn.173 ff.; von der Groeben, Aufbaujahre der Europäischen Gemeinschaft, S.280 ff.

<sup>251</sup> Vgl. Schmidt, BB 2003, 1237, 1238.

Kartellzivilgericht ausgehen wird, das in einem Streit zwischen Unternehmen über die (Un-) Wirksamkeit einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung nach Art. 81 EG zu urteilen hat<sup>252</sup>.

## **II. Die formelle Rechtmäßigkeit**

Die VO Nr.1/2003 muss gem. Art. 83 I EG vom Rat mit qualifizierter Mehrheit (Art. 205 II EG) auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments beschlossen werden. Da die VO Nr.1/2003 einstimmig beschlossen wurde und auch sonst keine Verletzung von verfahrensrechtlichen Vorschriften begangen wurde, bestehen an der formellen Rechtmäßigkeit der VO Nr.1/2003 keine Bedenken.

## **III. Die materielle Rechtmäßigkeit**

Art. 83 II lit. b) EG sieht vor, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die Einzelheiten der Anwendung des Art. 81 III EG festlegt, wobei dem Erfordernis der Gewährleistung einer wirksamen Überwachung einerseits bei einer größtmöglichen Vereinfachung des Verwaltungsverfahrens andererseits Rechnung zu tragen ist. Erfüllt Art. 1 II diese Erfordernisse und verändert gleichzeitig den Grundsatz, genauer gesagt den materiellen Gehalt des Art. 81 EG nicht, so ist er materiell rechtmäßig. Entscheidend für die materielle Rechtmäßigkeit ist dabei auch, ob das Anmelde- und Genehmigungssystem erst durch die VO Nr.17/62 eingeführt wurde oder schon vorher durch den EG-Vertrag vorgegeben war. Oder anders gefragt: Lässt der EG-Vertrag auch ein Legalausnahmesystem zu? Bei der Beurteilung dieser Frage ist auf die Auslegungskriterien der grammatikalischen, historischen, systematischen und teleologischen Auslegung, sowie die vom EuGH aufgestellten Grundsätze zur unmittelbaren Anwendbarkeit einer Norm zurückzugreifen.

### 1. Grammatikalische Auslegung des Art. 81 III EG

Da die unmittelbare Äußerung des Gesetzgebers Ausgangspunkt aller Überlegungen ist, steht die grammatikalische Auslegung am Anfang jeder Prüfung. Die grammatikalische Auslegung geht von der Ausdrucksweise des Gesetzgebers aus und stellt auf die sprachliche Fassung, den Wortsinn ab. Dieser ergibt sich entweder aus dem spezifischen Sprachgebrauch gerade dieses Gesetzes oder, falls ein solcher nicht feststellbar ist, aus dem allgemeinen juristischen Sprachgebrauch oder dem allge-

---

<sup>252</sup> So auch Jaeger, WuW 2000, 1062, 1066; a.A. Koenigs, DB 2003, 755, 759, der nicht mit einer Vorlage an den EuGH rechnet.



meinen Sprachgebrauch<sup>253</sup>. Dabei hat der EuGH klargestellt, dass er bei einem eindeutigen, klaren Wortlaut grundsätzlich nicht mehr auf die anderen Auslegungsprinzipien zurückgreift<sup>254</sup>.

Da auch das Legalausnahmesystem auf einem Verbotsprinzip beruht<sup>255</sup>, ist allein der Wortlaut des Art. 81 III EG maßgeblich. Demzufolge kann Art. 81 I EG „für nicht anwendbar erklärt werden auf Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen.“ Die gesetzliche Verankerung des Legalausnahmesystems in Art. 1 II dagegen lautet: „Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags, die die Voraussetzungen des Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags erfüllen, sind nicht verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf.“ Das Legalausnahmesystem müsste folglich noch als „*Erklärung*“ einer Einzel- oder „*Gruppen*“-Freistellung von Wettbewerbsbeschränkungen zu deuten sein.

#### a) Der Begriff „erklären“

##### *(1) Ansicht der Reformbefürworter*

Die Reformbefürworter gehen davon aus, dass sich der Wortlaut dahingehend interpretieren ließe, dass die Nichtanwendungserklärung durch jeden zuständigen Rechtsanwender, also auch durch den Richter ergehen könne<sup>256</sup>. Die Frage, in welchem Verfahren und durch wen diese Nichtanwendbarkeit erklärt werden soll, werde durch den EG-Vertrag nicht geregelt, sondern erst durch die VO Nr.17/62<sup>257</sup>. Ein im EG-Vertrag verankertes Anmelde- und Genehmigungssystem hätte vielmehr eine Formulierung verlangt, wie: „Vereinbarungen nach Abs. 1 können genehmigt werden.“<sup>258</sup> Nach dieser Auffassung würde dem Wort „erklären“ demnach auch keine Gestaltungswirkung zukommen. Dabei stützen sich Deselaers/Obst auf die Rechtsprechung des EuGH, der beispielsweise in seiner „*Portelange-Entscheidung*“<sup>259</sup> als selbstverständlich unterstellen würde, dass sich das jetzige Anmeldungssystem erst aus der VO Nr.17/62 ergebe, also nicht schon aus dem Wortlaut des Art. 81 III EG und dem Begriff „erklären“<sup>260</sup>.

---

<sup>253</sup> Siehe Larenz, S.305 f. und 309.

<sup>254</sup> EuGH, Slg. 1978, 611, 619 (Tz.6) „*Kühlhaus Zentrum/Hauptzollamt Hamburg-Harburg*“.

<sup>255</sup> Vgl. § 4 A II (S.17 ff.).

<sup>256</sup> Siehe Weyer, ZHR 2000, 611, 614 f., dem dies allerdings unwahrscheinlich erscheint.

<sup>257</sup> Vgl. Deselaers/Obst, EWS 2000, 41, 42.

<sup>258</sup> So Geiger, EuZW 2000, 165, 166.

<sup>259</sup> EuGH, Slg. 1969, 309, 316 (Tz.11) „*Portelange/Smith Corona Marchant International*“.

<sup>260</sup> Vgl. Deselaers/Obst, EWS 2000, 41, 43.

### (2) Ansicht der Reformkritiker

Die Reformkritiker dagegen sind der Meinung, dass eine Erklärung i.S.d. Art. 81 III EG immer eine rechtsgestaltende Wirkung voraussetzt<sup>261</sup>. Dies würde bedeuten, dass das Verbot in Art. 81 I EG gilt, solange nicht in einem gesonderten Verfahren durch eine Verwaltungsbehörde durch Einzelfreistellung oder im Rahmen von Verordnungen durch Gruppenfreistellung entschieden ist, dass die Voraussetzungen des Art. 81 III EG vorliegen und das Verbot deshalb für unanwendbar erklärt werden kann. In einem Legalausnahmesystem wäre für Erklärungen kein Platz<sup>262</sup>. Vielmehr würde sich die notwendige Freistellungserklärung in einer einmaligen Verordnung erschöpfen, die in der Sache festlegt, dass alle Vereinbarungen, welche die Voraussetzungen des Art. 81 III EG erfüllen, ohne Anmeldung wirksam sind<sup>263</sup>. Eine nachträgliche deklaratorische Freistellung durch ein Gericht oder eine Wettbewerbsbehörde könne nicht mehr als „Erklärung“ in diesem Sinne verstanden werden, da ihr keinerlei Gestaltungswirkung mehr zukomme. Das Erfordernis der Erklärung der Freistellung würde sonst leer laufen<sup>264</sup>.

### (3) Stellungnahme

Zunächst einmal möchte ich zu der von den Reformbefürwortern eingebrachten „*Portelange-Entscheidung*“ des EuGH Stellung nehmen. Darin heißt es: „Um den Betroffenen die Berufung auf die Vorschriften des Art. 85 Abs. 3 [a.F.] zu ermöglichen, sieht die Verordnung Nr.17 vor, dass die in Art. 85 Abs. 1 [a.F.] genannten Vereinbarungen oder Beschlüsse bei der Kommission angemeldet werden müssen.“<sup>265</sup> Dass sich das jetzige Anmeldesystem erst aus der VO Nr.17/62 ergäbe, geht aus dem Urteil aber nicht hervor und ist deshalb vielmehr reine Spekulation. Genauso gut könnte der EuGH nämlich auf das Freistellungsmonopol der Kommission, wie es derzeit noch in Art. 9 I VO Nr.17/62 festgelegt ist, aufmerksam gemacht haben, was mir auch naheliegender erscheint. Bei der Betrachtung von vergangenen EuGH-Urteilen ist zudem Zurückhaltung geboten, da die Urteile immer in einem bestimmten zeitlichen Kontext erlassen wurden und sich auch in den meisten Fällen bestimmte Urteilsgründe finden lassen, welche die eigenen Thesen untermauern können.

Entscheidend ist daher vielmehr, ob einer „Erklärung“ wirklich eine Gestaltungswirkung zugrunde liegt. Abzustellen ist zunächst auf den Wortsinn. Eine Erklärung ist dabei entweder als Einordnung

---

<sup>261</sup> So etwa Jaeger, WuW 1999, 1062, 1065; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.16.

<sup>262</sup> Vgl. Möschel, JZ 2000, 61, 62; Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, WuW 2000, 1096, 1100.

<sup>263</sup> Vgl. Schröter in: Schröter/Jakob/Mederer, Art. 83, Rn.10.

<sup>264</sup> Siehe Ehlermann, CML Rev. 2000, 537, 555; Paulweber/Kögel, AG 1999, 500, 507.

<sup>265</sup> EuGH, Slg. 1969, 309, 316 (Tz.11) „*Portelange/Smith Corona Marchant International*“.

eines Sachverhalts in einen Gesetzeszusammenhang oder als Ableitung aus einem solchen zu verstehen<sup>266</sup>. Vorausgesetzt wird folglich immer eine Subsumtion des konkreten Tatbestandes unter die Voraussetzungen des Art. 81 III EG. Nur dann kann eine Wettbewerbsbeschränkung vom Verbot des Art. 81 I EG freigestellt werden. Dieser Prozess setzt ein vorheriges Prüfungsverfahren voraus. Im Legalausnahmesystem würde aber auf diesen Prüfungsprozess verzichtet, da alle Wettbewerbsbeschränkungen, welche die Freistellungsvoraussetzungen erfüllen, mit Hilfe eines einzigen Gesetzgebungsaktes vom Kartellverbot ausgenommen würden. Nichtanwendungserklärungen, ganz gleich ob in Form von individuellen Entscheidungen oder von Gruppenfreistellungsverordnungen gem. Art. 29, hätten im Legalausnahmesystem keine konstitutive, sondern rein deklaratorische Bedeutung. Auf ein vorheriges Prüfungsverfahren könnte man deshalb verzichten. Richtig ist zwar die Ansicht der Reformbefürworter, dass damit nicht geregelt ist, wer für die Freistellungserklärung zuständig ist. Deshalb wäre es auch möglich, dass das Freistellungsmonopol der Kommission, wie es derzeit in Art. 9 I VO Nr.17/62 geregelt ist, entfallen könnte. Falsch ist dagegen die Ansicht, dass eine Erklärung keine Gestaltungswirkung habe und dass daher auch die Einführung eines Legalausnahmesystems möglich wäre. Dies wäre vom Wortlaut des Art. 81 III EG nicht mehr gedeckt. So gibt sogar der französische Generalanwalt Maurice Lagrange in seinen Schlussanträgen im „*Bosch-Verfahren*“ von 1962 zu, dass das in Deutschland vertretene Anmelde- und Genehmigungssystem mit der Fassung von Art. 81 III EG besser übereinstimme als das französische System der Legalausnahme. Die Theorie der Legalausnahme hätte nämlich eine andere Formulierung erfordert, etwa „Die Bestimmungen des Absatzes 1 gelten als unanwendbar ... oder einfach ... sind nicht anzuwenden...“<sup>267</sup>

#### b) Der Begriff „Gruppe“

Dem Begriff „Gruppe“ i.S.d. Art. 81 III EG liegen gemeinsame oder vergleichbare Tatbestände zugrunde, die angesichts der weitgehenden Gleichförmigkeit der Interessen der Beteiligten selbst, ihrer Handelspartner, ihrer Wettbewerber sowie der Verbraucher einer typisierenden Beurteilung zugänglich sind<sup>268</sup>. Der Begriff „Gruppe“ beinhaltet also bestimmte Typen von Wettbewerbsbeschränkungen, womit zugleich auch ein Element der Begrenzung enthalten ist<sup>269</sup>. Durch den Begriff „Gruppe“ wird folglich zum Ausdruck gebracht, dass der Ordnungsgeber eine Teilmenge aus al-

---

<sup>266</sup> Siehe Brockhaus, Der Große Brockhaus, Dritter Band, S.638.

<sup>267</sup> EuGH, Slg. 1962, 97, 144 „*Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd/Robert Bosch GmbH u.a.*“.

<sup>268</sup> Vgl. Gassner, S.64; Sauter in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 3 B, Rn.7; Paulweber/Kögel, AG 1999, 500, 508; Schröter in: Schröter/Jakob/Mederer, Art. 81 Abs. 3, Rn.323 m.w.N.

<sup>269</sup> Vgl. Möschel, JZ 2000, 61, 62; ders. Wirtschaftsdienst 1999, 504, 505.

len Wettbewerbsbeschränkungen zu bilden hat und nicht alle Vereinbarungen, welcher der Vorschrift unterfallen, pauschal freistellen kann<sup>270</sup>. Ein Legalausnahmesystem, welches sämtliche Vereinbarungen, die unter Art. 81 III EG fallen, pauschal freistellt, geht deshalb über den Begriff der „Gruppe“ weit hinaus, da ja ein Element der Begrenzung nicht mehr vorhanden ist<sup>271</sup>. Anderer Ansicht ist allein Geiger, der im Legalausnahmesystem keine unbegrenzte, totale Legalausnahme sieht, sondern eine Beschränkung auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen durch dieses System sehr wohl als gegeben ansieht, auch wenn diese Gruppen jetzt negativ definiert sind in Form von Kernbeschränkungen<sup>272</sup>. Die Teilmengenvorgabe wäre demnach beachtet. Diese Ansicht ist aber mit dem eindeutigen Wortlaut des Art. 81 III EG nicht zu vereinbaren, wonach ausdrücklich die Bestimmungen des Art. 81 I EG für nicht anwendbar erklärt werden können auf bestimmte Gruppen von Wettbewerbsbeschränkungen. Nach der Ansicht von Geiger wären die Bestimmungen des Art. 81 III EG nicht anwendbar auf bestimmte Gruppen von Wettbewerbsbeschränkungen. Dies wäre eine glatte Umkehrung des Wortlauts, der nicht zugestimmt werden kann. Somit steht neben dem Begriff „erklären“ auch der Begriff der „Gruppe“ dem neuen Legalausnahmesystem entgegen.

## 2. Systematische Auslegung

Hier ist der Sinn der Norm aus der Systematik des EG-Vertrags zu ermitteln. Die systematische Auslegung geht also von der Stellung der Vorschrift im bereichsspezifischen Normgefüge aus. Dabei bestimmt der Bedeutungszusammenhang des Gesetzes zunächst einmal in der gleichen Weise das Verständnis einzelner Sätze und Worte, wie auch sonst das Verständnis einer Textstelle durch deren Kontext mitbestimmt wird<sup>273</sup>. Alle Artikel im EG-Vertrag stehen in einem inneren Zusammenhang und sind deshalb so auszulegen, dass sie miteinander harmonisieren und keine Widersprüche zwischen den einzelnen Artikeln auftreten<sup>274</sup>.

### a) Zusammenschau der Art. 81 III, 83 II lit. a) und b) EG

Aus der Zusammenschau von Art. 81 III, 83 II lit. a) und b) EG lässt sich eine Unterscheidung zwischen der Verbotsnorm des Art. 81 I EG und dem Freistellungstatbestand des Art. 81 III EG ent-

---

<sup>270</sup> Siehe Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.16; Paulweber/Kögel, AG 1999, 500, 508.

<sup>271</sup> So auch Bartosch, EuZW 2001, 101, 103; Möschel, JZ 2000, 61, 62; ders. Wirtschaftsdienst 1999, 504, 505; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.16; Paulweber/Kögel, AG 1999, 500, 507 f.

<sup>272</sup> Vgl. Geiger, EuZW 2000, 165, 166.

<sup>273</sup> Vgl. Larenz, S.310; diese Methode wird auch vom EuGH ständig praktiziert, vgl. etwa EuGH, Slg. 1964, 417, 430 ff. „*Rechtssache 101/63*“.

<sup>274</sup> Siehe Bleckmann, Europarecht, Rn.542 f.

nehmen. Daraus kann man eine verfahrensrechtliche Trennung der beiden Tatbestände folgern<sup>275</sup>. Ein Legalausnahmesystem würde aber diese verfahrensrechtliche Trennung aufheben, indem es auf eine Verknüpfung beider Tatbestände ausgerichtet ist, da das Verbot des Art. 81 I EG direkt durch Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 81 III EG aufgehoben werden kann, ohne dass ein Verfahren notwendig wäre.

b) Art. 83 II lit. a) EG

Systematische Argumente, die eine Vertragswidrigkeit des Legalausnahmesystems stützen, können auch alleine aus Art. 83 II lit. a) EG entnommen werden. So ermächtigt nämlich Art. 83 II lit. a) EG zum Erlass von Vorschriften, welche die Beachtung der in Art. 81 I, 82 EG genannten Verbote durch die Einführung von Geldbußen und Zwangsgeldern gewährleisten. Dies setzt aber ein Genehmigungssystem voraus, da in einem Legalausnahmesystem Verstöße gegen Art. 81 I EG nicht mehr unabhängig vom Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen des Art. 81 III EG sanktioniert werden könnten<sup>276</sup>. Geiger versucht dies mit dem Argument zu entkräften, dass eine Sanktionierung von Verstößen gegen Art. 81 I EG unabhängig vom Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen des Art. 81 III EG für ein ordnungsgemäß funktionierendes System nicht unbedingt notwendig sei<sup>277</sup>. Dieses Argument vermag auf systematischer Ebene aber nicht recht zu überzeugen, da es sich mehr um ein teleologisches handelt. Es muss daher auch hier nicht weiter beachtet werden.

c) Art. 83 II lit. b) EG

Art. 83 lit. b) EG ermächtigt dazu, die Einzelheiten der Anwendung des Art. 81 III EG festzulegen, wobei dem Erfordernis einer wirksamen Überwachung bei möglichst einfacher Verwaltungskontrolle Rechnung zu tragen ist. In einem Legalausnahmesystem wären Vereinbarungen entweder von vornherein wirksam oder unwirksam, ohne dass es einer behördlichen Entscheidung bedarf. Damit würde aber Art. 83 II lit. b) EG nahezu leer laufen<sup>278</sup>. Wenn die Beteiligten nämlich in eigener Regie über die Anwendung von Art. 81 III EG entscheiden, ihre Absprachen auf eigenes Risiko praktizieren und nachträgliche korrigierende Eingriffe seitens der Kartellbehörden oder der Zivilgerichte nur selten zu befürchten sind, so kann auch von einer vergleichbaren wirksamen Überwachung nicht

---

<sup>275</sup> So auch Mestmäcker, EuZW 1999, 523, 525; ders. EBOR 2000, 401, 416; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.16.

<sup>276</sup> Vgl. Mestmäcker, EuZW 1999, 523, 525; ders. EBOR 2000, 401, 416; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.17.

<sup>277</sup> Siehe Geiger, EuZW 2000, 165, 167.

<sup>278</sup> Vgl. Ritter in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band II, Art. 87, Rn.18; Mestmäcker, EBOR 2000, 401, 416; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.17; Schröter in: Schröter/Jakob/Mederer, Art. 83, Rn.32; Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, WuW 2000, 1096, 1100.

mehr die Rede sein<sup>279</sup>. Gerade durch die Anmeldungen hat die Kommission ja die erforderlichen Informationen bekommen, die sie sich im Legalausnahmesystem erst selbst beschaffen muss. Auch die Beschwerden Dritter werden im Legalausnahmesystem kaum zunehmen, sondern wahrscheinlich eher abnehmen. Und ob sich die Arbeitsbelastung der Kommission im Legalausnahmesystem, in dem sie sich sämtliche Informationen selbst beschaffen muss, reduzieren lässt, scheint auch eher zweifelhaft. Von der Erreichung des Ziels einer wirksamen Überwachung bei möglichst einfacher Verwaltungskontrolle wird man dann wohl nicht mehr sprechen können.

#### d) Art. 84 EG

Auch aus der Vorschrift des Art. 84 EG können mittelbar Rückschlüsse auf den verfahrensrechtlichen Inhalt des Art. 81 EG gezogen werden. Danach entscheiden die Behörden der Mitgliedstaaten bis zum Inkrafttreten der nach Art. 83 EG erlassenen Vorschriften im Einklang mit ihren eigenen Rechtsvorschriften und den Bestimmungen des Art. 81 EG, insbesondere des Art. 81 III EG und Art. 82 EG über die Zulässigkeit von Vereinbarungen usw. sowie über die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt. Die Norm geht dabei davon aus, dass die Behörden der Mitgliedstaaten Wettbewerbsbeschränkungen i.S.d. Art. 81 I EG, anders als solche nach Art. 82 EG, grundsätzlich für zulässig „erklären“ müssen, womit Art. 84 EG zugleich ein Verfahren der vorherigen Kontrolle von Wettbewerbsbeschränkungen als von Art. 81 EG für vorgegeben voraussetzt<sup>280</sup>. Ein Legalausnahmesystem widerspricht diesem systematischen Argument aus Art. 84 EG aber. Freilich steht diese Vorschrift unter dem Vorbehalt, dass noch keine Vorschriften nach Art. 83 EG erlassen wurden und hat dementsprechend nur sehr geringe Bedeutung im Rahmen einer systematischen Auslegung.

### 3. Teleologische Auslegung

Mit Hilfe dieser Auslegungsmethode wird der objektive Sinngehalt einer Norm aus ihrem Sinn und Zweck ermittelt, wobei auf die im EG-Vertrag objektiv festgelegten Ziele zurückgegriffen wird<sup>281</sup>. Gefragt wird, welches Ziel mit der betreffenden Norm verfolgt oder erreicht werden soll. Maßgebend ist die in der Norm zum Ausdruck kommende Interessenbewertung. Werden mehrere Ziele mit der gesetzlichen Regelung verfolgt, so ist demjenigen Ziel der Vorrang zu geben, das dem Rangverhältnis der Ziele entspricht.

---

<sup>279</sup> Siehe etwa Schröter in: Schröter/Jakob/Mederer, Art. 83, Rn.32. Vgl. hierzu auch § 4 B (S.20 ff.).

<sup>280</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.17; Paulweber/Kögel, AG 1999, 500, 508.

<sup>281</sup> Siehe Bleckmann, Europarecht, Rn.547.

Die Ziele des Tätigwerdens der Gemeinschaft werden in Art. 3 I EG definiert. Art. 3 I lit. g) EG verfolgt ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt und übernimmt u.a. auch die Funktion eines Auslegungsmaßstabs für die Einzelvorschriften des Vertrags<sup>282</sup>. Art. 81 EG bildet hier einen der beiden Eckpfeiler der Wettbewerbsregeln für Unternehmen und damit einen wesentlichen Bestandteil des nach Art. 3 I lit. g) EG zu errichtenden Systems, welches auf dem Gemeinsamen Markt einen freien, redlichen, unverfälschten und gleichzeitig wirksamen Wettbewerb gewährleisten soll<sup>283</sup>. Als wesentlicher Bestandteil des in Art. 3 I lit. g) EG geforderten Systems dienen die Wettbewerbsregeln zum einen der Beseitigung der bestehenden Hindernisse, d.h. der Schaffung eines einheitlichen Marktes, zum anderen aber auch der Gewährleistung eines redlichen Wettbewerbs als selbsttätiges Sicherungsinstrument für alle wirtschaftlichen Aktivitäten im Gemeinsamen Markt<sup>284</sup>. Sie sind demnach für das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich. Das Kartellverbot nach Art. 81 EG ermöglicht hier die vorbeugende Abwehr von Störungen in den Marktmechanismen und ist deshalb ein besonders wirksames Mittel zur Schaffung und Aufrechterhaltung des freien, redlichen, unverfälschten und gleichzeitig wirksamen Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt. Die Unternehmen sollen so gezwungen werden, eine selbständige, ihren individuellen Interessen entsprechende Geschäftspolitik zu verfolgen, wenngleich dieses Selbständigkeitspostulat nicht das Recht der Unternehmen beseitigen soll, sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Konkurrenten mit wachem Sinn anzupassen<sup>285</sup>. Hier stellt sich nun die Frage, welches System diesen Anforderungen am ehesten gerecht wird. Dabei führt Art. 3 I lit. g) EG bei mehreren möglichen Auslegungsvarianten entsprechend des Effektivitätsgrundsatzes<sup>286</sup> dazu, dass jener Auslegung der Vorrang zu geben ist, die zu möglichst geringen Wettbewerbsbeschränkungen führt. Der oben erfolgte wettbewerbspolitische Vergleich des Legal- ausnahmesystems mit dem Anmelde- und Genehmigungssystem hat gezeigt, dass das Anmeldesystem deutlich effektiver und abschreckender ist<sup>287</sup> und daher den Zielen des Art. 81 EG eher gerecht wird.

---

<sup>282</sup> Vgl. Geiger, EUV/EGV, Art. 3 EGV, Rn.1; v. Bogdandy in: Grabitz/Hilf, Band I, Art. 3 EGV, Rn.14; Zuleeg in: von der Groeben/Schwarze, Band 1, Artikel 3 EG, Rn.2 und 8.

<sup>283</sup> Vgl. EuGH, Slg. 1977, 1875, 1905 (Tz.20) "*Metro/Kommission*"; Schröter, in: Groeben/Schwarze, Vorbem. zu den Artikeln 81 bis 89 EG, Rn.8 m.w.N.

<sup>284</sup> Vgl. Schröter in: Schröter/Jakob/Mederer, Vorbemerkungen zu den Artikeln 81 bis 89, Rn.2.

<sup>285</sup> Vgl. etwa EuGH, Slg. 1981, 2021, 2031 (Tz.13 f.) "*Züchner/Bayerische Vereinsbank*".

<sup>286</sup> Vgl. hierzu Oppermann, Rn.686.

<sup>287</sup> Vgl. § 4 B (S.20 ff.).

#### 4. Historische und genetische Auslegung

Die historische Auslegung geht von der geschichtlichen Entwicklung des Rechtssatzes aus und berücksichtigt insbesondere frühere ähnliche Gesetze und deren Änderungen. Die genetische Auslegung stützt sich auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und zieht zu diesem Zweck Reformvorschläge und Gesetzesmaterialien heran. Beide Elemente werden in Lehre und Rechtsprechung oft miteinander vermengt, so dass auch hier eine strikte Trennung unterbleiben soll<sup>288</sup>. Die historische Auslegung spielt dabei auch für den EuGH eine wichtige Rolle, wonach die genaue Kenntnis dessen, was die Schöpfer der Norm bei ihrer Entstehung wollten, durchaus von Bedeutung ist<sup>289</sup>.

##### a) Ansicht der Reformbefürworter

Nach Auffassung der Reformbefürworter haben die Unterhändler des EG-Vertrags in Messina zwar ein auf dem Verbotsprinzip beruhendes System bevorzugt, dabei aber die Frage, ob ein Genehmigungssystem oder ein Legalausnahmesystem in Art. 81 III EG eingeführt werden sollte, offengelassen. Der Wortlaut des Art. 81 III EG sei vielmehr ein Kompromiss gewesen zwischen den Delegationen, die ein Legalausnahmesystem befürworteten, und den Delegationen, die ein System vorheriger Genehmigung bevorzugten<sup>290</sup>. Damit sei dem Gemeinschaftsgesetzgeber die endgültige Wahl, zwischen beiden Systemen zu entscheiden, gelassen worden<sup>291</sup>. Hätte der Gemeinschaftsgesetzgeber sich eindeutig für ein administratives Genehmigungssystem entschieden, dann hätte er eine Formulierung wie in Art. 65 § 2 Satz 1 EGKS-Vertrag gewählt, wo es heißt: „Die Hohe Behörde [Kommission] genehmigt ...“ Dabei ist Art. 65 EGKS-Vertrag ähnlich aufgebaut wie Art. 81 EG<sup>292</sup>. So sind in Art. 65 § 1 EGKS-Vertrag wie in Art. 81 I EG Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich verboten, während die Kommission nach Art. 65 § 2 EGKS-Vertrag genauso wie nach Art. 81 III EG unter bestimmten Voraussetzungen Vereinbarungen von diesem Verbot durch eine Genehmigung freistellen kann<sup>293</sup>. Art. 65 § 2 EGKS-Vertrag verwendet aber im Unterschied zu Art. 81 III EG das Wort „genehmigen“, was eindeutig einem Genehmigungssystem entspricht.

---

<sup>288</sup> Vgl. etwa BVerfGE 11, 126, 130; Larenz, S.313 f.

<sup>289</sup> So schon in einer der ersten Entscheidungen des EuGH. Vgl. EuGH, Slg. 1961, 239, 262 *„Rechtssache 15/60“*.

<sup>290</sup> Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch, Rn. 11 f.; Schaub/Dohms, WuW 1999, 1055, 1065 f.

<sup>291</sup> Siehe Europäische Kommission, Weißbuch, Rn. 13.

<sup>292</sup> Vgl. hierzu auch Fikentscher, WuW 2001, 446, 454.

<sup>293</sup> Interessant ist, dass hier ganz im Gegensatz zu den Verhandlungen zu Art. 81 EG die Franzosen für ein Verbotsprinzip eintraten, während der deutsche Vorschlag auf einem Prinzip der Genehmigungsbedürftigkeit basierte, wobei die Rechtsfolgen einer verweigerten Genehmigung offengelassen wurden. Der französische Vorschlag konnte sich dann letztlich vor allem auf Druck der Amerikaner durchsetzen. Vgl. hierzu Hoeren, 405, 408 ff.



Deswegen sei das Anmelde- und Genehmigungssystem auch erst durch die VO Nr.17/62 eingeführt worden und könne durch eine Änderung der VO Nr.17/62 auch wieder abgeschafft werden<sup>294</sup>.

#### b) Ansicht der Reformkritiker

Die Reformkritiker werfen der Ansicht der Reformbefürworter vor, dass sie historisch unrichtig sei und die Vertragsschließenden von 1957 die Frage, ob ein Anmelde- und Genehmigungssystem oder ein Legalausnahmesystem eingeführt werden solle, auch nicht offengelassen hätten. Vor allem die Darstellungen der Kommission seien zielorientiert und nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmend referiert worden<sup>295</sup>. Freilich hofften die Anhänger einer Legalausnahme, sich in dem Formelkompromiss des Art. 81 III EG wiederzufinden<sup>296</sup>. Der Übergang von einer positiven Fassung zu einer negativen Fassung würde aber nichts an der Substanz ändern, nämlich dass es einer „Erklärung“ bedürfe<sup>297</sup>. Hätten die Verfasser des Art. 81 EG ein anderes System einführen oder auch nur zulassen wollen, so hätten sie das auch eindeutig anders formulieren müssen<sup>298</sup>. Die Formulierung in Art. 65 § 2 Satz 1 EGKS-Vertrag spräche deshalb auch nicht gegen ein auf Art. 81 III EG basierendes Anmelde- und Genehmigungssystem, wie es von den Reformbefürwortern zum Teil geäußert wird. Auch bei den Beratungen des Ministerrats zur VO Nr.17/62 ging die Mehrheit davon aus, dass die Vorschrift des Art. 81 III EG eine Administrativverlaubnis voraussetze<sup>299</sup>.

#### c) Stellungnahme

Übereinstimmend gehen beide Seiten davon aus, dass Art. 81 III EG Folge eines Kompromisses war. Dabei unterscheiden sie sich jedoch bei ihren Folgerungen. Die Vertragsschließenden von 1957 könnten durch den Formelkompromiss die Frage, ob ein Genehmigungssystem oder ein Legalausnahmesystem in Art. 81 III EG eingeführt werden solle, offengelassen haben, so dass diese Frage allein der Gemeinschaftsgesetzgeber auf sekundärer Ebene beantworten kann. Andernfalls könnten sich aber auch die Befürworter eines Anmelde- und Genehmigungssystems durchgesetzt und die Scheinfrage mit einem Formelkompromiss zugedeckt haben. Was genau die Vertragsschließenden mit ihrer Formulierung gewollt haben, soll deshalb nun einmal genauer untersucht werden:

---

<sup>294</sup> Vgl. Schaub/Dohms, WuW 1999, 1055, 1066; Schütz, WuW 686, 689.

<sup>295</sup> Siehe Jaeger, WuW 2000, 1062, 1065.

<sup>296</sup> Vgl. Möschel, JZ 2000, 61, 62; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn. 15.

<sup>297</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn. 15.

<sup>298</sup> Siehe Deringer, EuZW 2000, 5, 6.

<sup>299</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn. 15.

### *(1) Diskussionen um die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*

In den Diskussionen um die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft kam es zu einem kaum vorhersehbaren Rollentausch zwischen der deutschen und der französischen Seite<sup>300</sup>. Waren die französischen Delegierten während der Verhandlungen zum EGKS-Vertrag nämlich noch von einem Verbotsprinzip ausgegangen, propagierten sie nunmehr das Missbrauchsprinzip. Die deutschen Delegierten hingegen kehrten dem für den EGKS-Vertrag postulierten Missbrauchsprinzip den Rücken und machten sich für ein Verbotsprinzip stark. So wollte die deutsche Seite alle Kartelle, die den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigten, verbieten und nur ausnahmsweise unter besonderen Voraussetzungen ein Kartell nach entsprechender Genehmigung freistellen. Die französische Seite dagegen wollte Kartelle grundsätzlich erlauben und nur im Missbrauchsfall, dann allerdings auch bei reinen Inlandskartellen, ein Verbot aussprechen. So würde die deutsche Lösung im Zweifel zu einem Kartellverbot und die französische Lösung zur Rechtmäßigkeit des Kartells führen.

Die Unterschiede zwischen der französischen und der deutschen Seite machten sich auch bei der dogmatischen Einordnung der Freistellungserklärung bemerkbar. Aus französischer Sicht waren die Tatbestände, unter denen ein Kartell auf jeden Fall erlaubt ist, als Legalausnahme formuliert, so dass die Freistellungserklärung lediglich deklaratorischer Art ist. Aus deutscher Sicht handelte es sich bei der Kartellregelung um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, so dass der Freistellungserklärung konstitutive Wirkung zukommt.

### *(2) Der Spaak-Bericht*

Beim Spaak-Bericht handelt es sich um den Bericht der Delegationsleiter des von der Konferenz von Messina eingesetzten Regierungsausschusses an die Außenminister vom 21.4.1956<sup>301</sup>. Im Spaak-Bericht wurde die Konzeption der Wettbewerbsregeln für den Bereich der späteren Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zugrunde gelegt. Von einem klaren Konzept für das künftige Kartellrecht kann man hier aber noch nicht sprechen. So fehlt die spätere Unterscheidung zwischen Art. 81 und Art. 82 EG hier noch völlig. Auch war ein allgemeines Kartellverbot noch nicht vorgesehen. So wurde unter der Überschrift Monopole u.a. darauf hingewiesen, dass zur Verhinderung marktbeherrschender Stellungen und missbräuchlicher Praktiken folgendes zu verbieten wäre:

---

<sup>300</sup> Der Grund für diesen Rollentausch liegt wohl in den nationalen Kartellrechtsordnungen. So hing man in Frankreich trotz der im August 1953 verabschiedeten Kartellverordnung noch stark am traditionellen Gedanken des strafrechtlich verankerten Missbrauchsverbotes fest, während man sich in Deutschland auf die Konzeption eines umfassenden Kartellverbots festgelegt hatte. Vgl. hierzu und auch zu den folgenden Überlegungen Hoeren, 405, 413 ff.

<sup>301</sup> Abgedruckt bei Schulze/Hoeren, Dokumente zum Europäischen Recht, Band 1, S.752-822.

„- eine Aufteilung der Märkte durch Absprachen zwischen den Unternehmen, weil dies einer erneuten Abschließung gleichkäme;

- Abkommen, die auf eine Einschränkung der Produktion oder eine Begrenzung des technischen Fortschritts abzielen, weil dies im Widerspruch zu einer Steigerung der Produktivität stehen würde;

- die völlige oder teilweise Beherrschung des Marktes eines Produkts durch ein einziges Unternehmen, weil dies einen der wesentlichen Vorteile eines großen Marktes, nämlich die Anwendung von Verfahren zur Massenproduktion unter gleichzeitiger Aufrechterhaltung des Wettbewerbs, ausschließen würde.“<sup>302</sup>

Weil gerade von Preisabsprachen nicht die Rede war, wurde dieser Entwurf aus deutscher Sicht auch folgerichtig als unzureichend erachtet.

### *(3) Spätere Entwürfe*

Am 4. September 1956 wurde deshalb von der französischen Delegation ein erster Formulierungsvorschlag, der auch die Preisabsprachen als zusätzliches Verbotmerkmal beinhaltete, auf den Tisch gelegt. Dabei hielt man allerdings am Missbrauchsprinzip fest. Die deutsche Delegation beharrte demgegenüber auf einem grundsätzlichen Verbotsprinzip von Kartellen. Da sich beide Fronten unversöhnlich gegenüber standen, versuchte der zuständige Ausschussvorsitzende Hans von der Groeben, einen Kompromiss zu finden. Dieser konnte am Schluss der Sitzungen folgendes Ergebnis zusammenfassen, welches im Wesentlichen auf dem Spaak-Bericht beruhte: „Die französische und deutsche Auffassung liegen bei den Kartellen nicht so weit auseinander, dass der französische Vorschlag als Verbotsprinzip mit Verschiebung der Beweislast ausgelegt werden kann. Nach deutscher Auffassung sollten anerkannte Kartelle unter die Missbrauchskontrolle fallen, die bei Monopolen angestrebt wird.“ Als Lösungsvorschlag präsentierte er einen konsolidierten Entwurf, der die verschiedenen Interessen harmonisierte. Alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, alle Entscheidungen von Unternehmensverbänden und alle aufeinander abgestimmten Praktiken, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen können und die bezwecken oder bewirken, den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen, sollten verboten sein. Wird ein Kartell bei der Kommission angemeldet, so sollte es grundsätzlich als gültig gelten, wobei diese Gültigkeit durch die Tätigkeit der Kommission in Frage gestellt werden kann. Sollten die Freistellungskriterien nicht beachtet werden, so sollte das angemeldete Kartell durch eine noch zu bestimmende Stelle verboten werden. Dies entsprach einem Verbotsprinzip,

---

<sup>302</sup> Spaak-Bericht, S.58.

welches allerdings aufgrund der Anmeldewirkung eine faktische Missbrauchsaufsicht beinhaltet. Aber auch dieser Entwurf konnte keine Zustimmung der nationalen Delegationen finden. Vor allem Deutschland setzte sich für ein Verbotprinzip mit Erlaubnisvorbehalt ohne ein faktisches Missbrauchsprinzip ein. Erst als die inzwischen konstituierte Expertengruppe am 20. November 1956 ein Verbotprinzip mit Befreiungsmöglichkeiten vorschlug, gelang der entscheidende Durchbruch. Eine erste Textfassung dieses Kompromisses wurde am 28. November 1956 fertiggestellt, wobei weitere, verfeinerte Textversionen folgten. Man kann deshalb sagen, dass sowohl dem reinen wie auch dem faktischen Missbrauchsprinzip eine Absage erteilt wurde. Damit wurde aber zugleich das von französischer Seite vorgeschlagene Legalausnahmesystem abgelehnt, das ja zu einem faktischen Missbrauchssystem führen würde. Wie das Anmelde- und Genehmigungssystem im Detail aussieht, wurde zwar noch nicht festgelegt. Die historische Auslegung spricht aber eindeutig gegen die von den Reformbefürwortern aufgestellte These, dass die Vertragsschließenden mit ihrer Formulierung dem künftigen Gemeinschaftsgesetzgeber die Wahl zwischen dem Legalausnahmesystem und dem Anmelde- und Genehmigungssystem lassen wollten. Dies wird auch durch die im Anschluss dargelegten Diskussionen um die VO Nr.17/62 bestätigt.

#### *(4) Die Diskussionen um die VO Nr.17/62*

Bei der Vorlage des Entwurfs für die spätere VO Nr.17/62 ging die Kommission ausdrücklich von einem Genehmigungssystem aus. Das Problem wurde erst in den Beratungen des Binnenmarktausschusses von den französischen Abgeordneten Armengaud und de la Malene und dem italienischen Abgeordneten Ferretti aufgeworfen<sup>303</sup>. Der Standpunkt der Kommission wurde aber schließlich mit Mehrheit gebilligt<sup>304</sup>. Einen Kompromiss stellen die Art. 4 ff. VO Nr.17/62 insofern dar, als die Erklärungen der Kommission nach Art. 81 III EG nicht erst von dem Tage an gelten sollen, an dem sie erteilt werden, sondern dass ihnen rückwirkende Kraft zukommen soll, Art. 6 I VO Nr.17/62<sup>305</sup>. Dies wurde vom Berichterstatter Deringer vorgeschlagen, damit die VO Nr.17/62 mit einer möglichst großen Mehrheit zustande kommen würde<sup>306</sup>. Auch der mitberatende Wirtschafts- und Finanzausschuss sprach sich eindeutig für ein Genehmigungsverfahren aus, u.a. aus rechtlichen Erwägungen<sup>307</sup>. Dies spricht dann auch dafür, dass auch der Wirtschafts- und Finanzausschuss davon ausging, Art. 81 III EG setze ein Anmelde- und Genehmigungssystem voraus.

---

<sup>303</sup> Vgl. Deringer, EuZW 2000, 5, 6.

<sup>304</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.15.

<sup>305</sup> Siehe Europäisches Parlament, Ausführliche Sitzungsdokumente 1961-1962, Sitzung am Donnerstag, 19. Oktober 1961, S.201.

<sup>306</sup> Siehe Deringer, EuZW 2000, 5, 6.

<sup>307</sup> So Deringer, EuZW 2000, 5, 6.

## 5. Die vom EuGH aufgestellten Grundsätze zur unmittelbaren Anwendbarkeit einer Norm

Als weiteres Argument für die Rechtswidrigkeit des vorgeschlagenen Legalausnahmesystems werden von den Reformkritikern die vom EuGH getroffenen Feststellungen zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 81 EG angeführt<sup>308</sup>. Bislang hat der EuGH nämlich nur die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 81 I EG, nicht aber auch die von Art. 81 III EG bejaht<sup>309</sup>, was er freilich wegen des Freistellungsmonopols der Kommission i.S.d. Art. 9 I VO Nr.17/62 bisher auch nicht tun musste. In Art. 1 II ordnet die neue VO Nr.1/2003 nun aber die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 81 III EG an. Das Freistellungsmonopol der Kommission verschwindet. Durch die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 81 I EG werden dem Einzelnen aber bestimmte Rechte verliehen. So normiert Art. 81 I EG die Voraussetzung dafür, dass ein hoheitlich belastender Verwaltungsakt ergehen kann, er normiert auf dem Gebiet des Zivilrechts i.V.m. Art. 81 II EG die Voraussetzungen für die Einrede der Nichtigkeit und stellt zudem eine wichtige anspruchsbegründende Funktion für Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche dar. Diese Rechte können dem Einzelnen aber nicht einfach wieder durch Sekundärrecht in Form einer Verordnung entzogen werden<sup>310</sup>. Durch Art. 1 II wird Art. 81 EG jedoch zu einer einheitlichen Norm verschmolzen. Deshalb ist die Auslegung von Art. 81 III EG als Verbot mit Legalausnahme nur dann mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, wenn auch Art. 81 III EG die Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit erfüllt<sup>311</sup>. Die gerichtliche Überprüfung darf sich deshalb bei Art. 81 III EG auch nicht auf die Überprüfung bestimmter Beurteilungsfehler beschränken, wie es bisher etwa im Verhältnis der europäischen Gerichte zur Kommission der Fall war. Dies wäre zwar im Verhältnis zwischen Behörde und Gericht, nicht aber im Zivilprozess denkbar. Die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 81 III EG ist somit gerade bei der Anwendung im Zivilprozess Voraussetzung für die Vereinbarkeit des Art. 1 II mit dem Primärrecht<sup>312</sup>. Dabei kann eine Norm dann unmittelbar angewendet werden, wenn sie justizierbar ist, d.h. ihrer Natur nach geeignet ist, von den Gerichten der Mitgliedstaaten angewandt zu werden. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind aber nur solche Normen unmittelbar anwendbar, die der Sache nach abschließend, inhaltlich klar und rechtlich perfekt sind, zu ihrer Anwendbarkeit keiner weiteren Ausführungsakte bedürfen und den Mitgliedstaaten keinen Ermessensspielraum lassen<sup>313</sup>. Da Art. 81 III EG aber eine Vorschrift ist, in der extrem unbestimmte Rechtsbegriffe vor-

---

<sup>308</sup> Siehe etwa Mestmäcker, EuZW 1999, 523, 526 f.; ders. EBOR 2000, 401, 417 ff.; Möschel, JZ 2000, 61, 62; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.18.

<sup>309</sup> Vgl. etwa EuGH, Slg. 1974, 51, 62 (Tz.16) "*BRT/SABAM*".

<sup>310</sup> EuGH, Slg. 1980, 2481, 2500 (Tz.13) "*Marty/Lauder*".

<sup>311</sup> Vgl. Mestmäcker, EBOR 2000, 401, 417 f.

<sup>312</sup> Vgl. auch Bartosch, EuZW 2001, 101, 106 f.; Quellmalz, WRP 2004, 461 f.

<sup>313</sup> EuGH, Slg. 1963, 5, 25 f. "*van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung*".

kommen und die mit einer umfangreichen, komplexen wirtschaftlichen Beurteilungen verbunden ist<sup>314</sup>, wird diese Vorschrift nach Ansicht der Reformkritiker den Kriterien für eine unmittelbare Anwendbarkeit nicht gerecht<sup>315</sup>. Gerichte könnten nach dieser Ansicht eine derart komplexe Bewertung des Sachverhalts in Hinblick auf Art. 81 III EG nicht vornehmen. Aus sich heraus ist Art. 81 III EG in der Tat nur schwer justiziabel. Dies hat auch der EuGH gesehen, der für die richterliche Prüfung bzgl. der Freistellungsfähigkeit von Vereinbarungen nach Art. 81 III EG nur eine eingeschränkte gerichtliche Überprüfung zulässt. So ist die Entscheidung der Kommission nach Art. 81 III EG nur darauf zu überprüfen, ob die Verfahrensregeln eingehalten wurden, die Entscheidungen der Kommission hinreichend begründet und der Sachverhalt zutreffend festgestellt worden ist und ob kein offenkundiger Beurteilungsfehler und kein Ermessensmissbrauch vorliegt<sup>316</sup>. Diese Rechtsprechung ist allerdings wieder vor dem Hintergrund des Freistellungsmonopols der Kommission gem. Art. 9 I VO Nr.17/62 zu sehen. Und freilich genügt allein die Tatsache, dass auf Tatbestandsseite unbestimmte Rechtsbegriffe vorliegen, noch nicht, die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 81 III EG zu verneinen. Allerdings bestehen doch erhebliche Zweifel, ob das angerufene Gericht in der Lage ist, die von Art. 81 III EG geforderte Bilanzierung der Vor- und Nachteile einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache selbst vorzunehmen<sup>317</sup>. Dieser Einwand ist jedoch mehr ein rechtspolitischer als eine rechtlicher. Die Gerichte müssen sich vielmehr gegebenenfalls mittels Sachverständigengutachten helfen, die ihnen durch den EG-Vertrag zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen. Und zudem erfordert auch die Prüfung des Art. 81 I EG eine umfassende wirtschaftliche Analyse des Gesamtzusammenhangs<sup>318</sup>. Insoweit kann man den Reformbefürwortern zustimmen, nämlich dass zwischen dem bereits jetzt von den nationalen Gerichten angewandten Art. 81 I EG und dem Art. 81 III EG allenfalls ein gradueller Unterschied besteht<sup>319</sup>. Ob z.B. der Wettbewerb durch eine Vereinbarung nicht nur spürbar beschränkt wird (i.S.d. Art. 81 I EG), sondern ausgeschaltet wird (i.S.d. Art. 81 III EG), macht für die Frage der Justiziabilität keinen großen Unterschied. Das Gleiche gilt für die Frage, ob eine bestimmte Beschränkung für einen sachgerechten Vertrieb erforderlich (i.S.d. Art. 81 I EG) oder für die Verbesserung des Vertriebs „unerlässlich“ (i.S.d. Art. 81 III EG) ist. Auch helfen bei der Frage der Justiziabilität des Art. 81 III EG detaillierte Leitlinien zu den Gruppenfreistellungsverordnungen, sowie jahrzehntelange Rechtsprechung und

---

<sup>314</sup> Vgl. etwa EuGH, Slg. 1991, I, 977, 991 (Tz.44) „*Delimitis*“.

<sup>315</sup> Vgl. Mestmäcker, EuZW 1999, 523, 526 f.; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.18.

<sup>316</sup> EuG, Slg. 1995, II, 289, 382 (Tz.288) „*SPO u.a./Kommission*“; bestätigt durch den EuGH, Slg. 1996, I, 1613, 1624 (Tz.41) „*SPO u.a./Kommission*“.

<sup>317</sup> So auch Mestmäcker, EuZW 1999, 523, 526.

<sup>318</sup> EuGH, Slg. 1967, 543, 555 „*Brasserie de Haecht/Wilkin und Janssen*“.

<sup>319</sup> So Deselaers/Obst, EWS 2000, 41, 43; Ehlermann, CML Rev. 2000, 537, 557 ff.; Geiger, EuZW 2000, 165, 167.

Praxis, so dass die Gerichte die vollständige Prüfung des Art. 81 III EG heutzutage leichter vornehmen könnten. Zudem wurde dem nationalen Richter auch schon bisher vom EuGH eine Art „Pauschalbeurteilungskompetenz“<sup>320</sup> zuerkannt, wonach der nationale Richter feststellen kann, dass die Voraussetzungen des Art. 81 III EG offensichtlich nicht vorliegen<sup>320</sup>, was zumindest schon eine pauschale Prüfung des Art. 81 III EG erforderlich macht. Vor diesem Hintergrund könnte der EuGH heute durchaus eine unmittelbare Anwendung des Art. 81 III EG bejahen, zumal der Gerichtshof auch schon in einer seiner ersten Entscheidungen (an-)erkannt hat, dass Art. 81 I und III EG ein untrennbares Ganzes darstellen<sup>321</sup>. Die Kommission folgert im Weißbuch aus der „*Delimitis-Entscheidung*“ des EuGH, in der er erklärt, dass der nationale Richter befugt ist, nach Maßgabe seines nationalen Verfahrensrechts einstweilige Maßnahmen zu treffen, welche die Zeit bis zu einer Entscheidung der Kommission über die Anwendung von Art. 81 III EG überbrücken<sup>322</sup>, dass er sich in diesem Zusammenhang zur Anwendbarkeit des Art. 81 III EG auch positiv äußern könne<sup>323</sup>. In dieser Form und Absolutheit ist diese Schlussfolgerung der Kommission sicherlich nicht zutreffend. Allerdings kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass der EuGH vor dem Hintergrund einer weit fortgeschrittenen einheitlichen Rechtsanwendung heute eine unmittelbare Anwendung des Art. 81 III EG bejahen würde, auch wenn Art. 81 III EG viele Beurteilungsspielräume lässt, gerade wegen der vielen wirtschaftlichen Prognoseentscheidungen, die bei seiner Anwendung zu treffen sind. Dabei sind die vom EuGH aufgestellten Grundsätze zur unmittelbaren Anwendbarkeit einer Norm jedoch hinten anzustellen, da sie nur dann heranzuziehen sind, wenn das in der VO Nr.1/2003 vorgesehene Legalausnahmesystem prinzipiell mit dem EG-Vertrag vereinbar wäre.

#### **IV. Stellungnahme zur Vereinbarkeit des Legalausnahmesystems mit dem primären Gemeinschaftsrecht**

Nur wenn der Gerichtshof entscheidet, dass nach Art. 81 III EG beide Systeme, also sowohl das Anmelde- und Genehmigungssystem wie auch das Legalausnahmesystem, möglich sind, wie es von den Reformbefürwortern behauptet wird, wäre der Weg über die auf Art. 83 EG gestützte VO Nr.1/2003 gangbar. Entscheidet der Gerichtshof aber, dass Art. 81 III EG nur das System des Verbots mit Genehmigungsvorbehalt erlaubt, dann wäre eine Vertragsänderung notwendig, um das von der Kommission vorgeschlagene Verfahren zu ermöglichen. Der Weg über die Verordnungsänderung wäre dann also nicht gangbar, da Art. 83 EG hierfür keine ausreichende Rechtsgrundlage

---

<sup>320</sup> EuGH, Slg. 1980, 2511, 2534 (Tz.15) „*Lancôme/Etos*“.

<sup>321</sup> EuGH, Slg. 1962, 97, 113 „*Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd/Robert Bosch GmbH u.a.*“.

<sup>322</sup> EuGH, Slg. 1991, I, 935, 993 (Tz.52) „*Delimitis*“.

<sup>323</sup> Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.37.

bietet. Eine Änderung des materiellen Inhalts des Art. 81 III EG ist nämlich durch Verordnung nicht möglich<sup>324</sup>. Eine Änderung des EG-Vertrags würde aber Einstimmigkeit im Rat und Zustimmung aller nationalen Parlamente voraussetzen. Dabei kann sich die EU auch nicht auf das vereinfachte Verfahren nach Art. 308 EG stützen. Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Einführung eines Legalausnahmesystems im Verordnungsweg vertragswidrig, so dass eine Vertragsänderung notwendig wäre. Ob der EuGH auch dieser Ansicht folgt, ist aber zweifelhaft. Er müsste sich dann nämlich über den einstimmigen Beschluss sämtlicher Mitgliedstaaten hinwegsetzen, was ihm bestimmt nicht einfach fallen wird. Und da es auch genügend Stimmen gibt, welche die Einführung eines Legalausnahmesystems als vertragskonform ansehen, scheint es zumindest nicht unwahrscheinlich, dass sich auch der EuGH dieser Meinung anschließen wird. Unmöglich ist die Interpretation des Art. 81 III EG als Legalausnahme nämlich nicht und Auslegungsfragen sind bekanntermaßen ja ein weites Feld<sup>325</sup>.

---

<sup>324</sup> Vgl. Schröter in: von der Groeben/Schwarze, Art. 83, Rn. 8 m.w.N.

<sup>325</sup> So auch. Schmidt, BB 2003, 1237, 1238; Wagner, WRP 2003, 1369, 1371.



## **§ 5 Die Auswirkungen der Reform auf das Verhältnis der Kommission zu den nationalen Wettbewerbsbehörden bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 EG**

Die Aufgabe des Freistellungsmonopols der Kommission und die daraus folgende unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 81 III EG wird u.a. auch Auswirkungen auf das Verhältnis der EU-Kommission zu den nationalen Kartellbehörden haben. Zum einen wird sich die Kompetenzverteilung zwischen der Kommission und den nationalen Kartellbehörden verändern, zum anderen wird sich aber auch die Zusammenarbeit der nationalen Kartellbehörden mit der Kommission und umgekehrt vertiefen, indem ein europäisches Wettbewerbsnetzwerk aufgebaut wird, in welchem die Kommission und die nationalen Wettbewerbsbehörden eng miteinander vernetzt werden. Aus Effizienz- sowie Kohärenzgründen wird die Zusammenarbeit hier sehr viel enger werden als dies bisher der Fall war. Bevor die Veränderungen, welche sich durch die neue VO Nr.1/2003 ergeben, ausführlich dargestellt werden, soll noch kurz auf das bisherige Verhältnis der Kommission zu den nationalen Wettbewerbsbehörden bei der Anwendung der Art. 81, 82 EG, also auf das Verhältnis vor der Reform eingegangen werden.

### ***A. Das Verhältnis vor der Reform***

#### **I. Kompetenzverteilung**

##### **1. Kompetenzverteilung im Vertikalverhältnis von nationalen Wettbewerbsbehörden zur Kommission**

In Art. 9 I VO Nr.17/62 wurde bestimmt, dass ausschließlich die Kommission zuständig ist, Art. 81 I EG nach Art. 81 III EG für nicht anwendbar zu erklären. In Art. 9 III VO Nr.17/62 hieß es weiter, dass solange die Kommission kein Verfahren zur Erteilung eines Negativattests, einer Verbotsentscheidung oder einer Erklärung nach Art. 81 III EG eingeleitet hat, die Behörden der Mitgliedstaaten zuständig bleiben<sup>326</sup>. Daraus folgte zugleich, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden grundsätzlich zuständig waren für die Anwendung der Art. 81 I und 82 EG, vorausgesetzt, sie waren

---

<sup>326</sup> Vgl. hierzu auch EuGH, Slg. 1974, 51, 62 f. (Tz.12-23) "*BRT/SABAM*". Dagegen stellt ein Verwaltungsschreiben, durch das den Beteiligten die Einstellung des Verfahrens mitgeteilt wird, keine Einleitung eines Verfahrens dar. Vielmehr ist ein hoheitlicher Rechtsakt der Kommission erforderlich, der deren Willen zum Ausdruck bringt, eine Entscheidung nach Art. 81 f. EG herbeizuführen. Vgl. etwa EuGH, Slg. 1973, 77, 88 (Tz.16) "*Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen*"; EuGH, Slg. 1980, 2481, 2500 (Tz.14-16) "*Marty/Lauder*".

durch ihre nationalen Rechtsvorschriften auch dazu ermächtigt<sup>327</sup>. Die Befugnis, Freistellungen nach Art. 81 III EG zu erteilen, war allerdings für die nationalen Wettbewerbsbehörden nicht vorgesehen. Hier bestand das sog. Freistellungsmonopol der Kommission. Das Verhältnis der nationalen Wettbewerbsbehörden zur Kommission schien demnach klar: Die Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden endete, sobald die Kommission ein Verfahren eingeleitet hatte. Wurde allerdings ein Freistellungsantrag von den betroffenen Unternehmen gestellt, war damit nicht automatisch die Zuständigkeit der Kommission begründet, was ja nach Art. 9 III VO Nr.17/62 zur Folge gehabt hätte, dass der nationalen Kartellbehörde die Zuständigkeit entzogen worden wäre<sup>328</sup>. Erst musste die Kommission darüber befinden, ob sie überhaupt ein Verfahren einleitet. Dabei wurde geprüft, ob es sich bei der Anmeldung nicht um eine sog. „hinauszögernde Anmeldung“ handelte, bei der eine Anmeldung in missbräuchlicher Weise nur vorgenommen worden ist, um das nationale Verfahren zu verzögern<sup>329</sup>. Nach Abschluss des Kommissionsverfahrens konnte die Zuständigkeit der nationalen Behörde aber auch wieder aufleben, z.B. dann, wenn die Kommission ihr Verfahren mangels Verstoßes oder mangels Beweises einer Zuwiderhandlung eingestellt hatte. Hatte die Kommission ein Verfahren durch Bußgeldentscheidung abgeschlossen, so hinderte dies die nationale Wettbewerbsbehörde zwar nach Art. 81 I oder 82 EG vorzugehen; sie konnte allerdings wegen Verletzung nationalen Wettbewerbsrechts eine Bußgeldentscheidung treffen, wobei sie dann aber der vorangegangenen Kommissionsentscheidung Rechnung tragen musste<sup>330</sup>. Die Kommission selbst ging in einer Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden davon aus, dass für die Zuständigkeit eines Einzelfalls entscheidend ist, ob sich der Fall überwiegend auf nationaler Ebene auswirkt oder ob er besondere Gemeinschaftsbedeutung besitzt<sup>331</sup>. Die nationalen Wettbewerbsbehörden waren demnach in Fällen zuständig, in denen sich die Auswirkungen im Wesentlichen auf ihrem Gebiet entfalteten und bei denen eine erste Prüfung ergeben hatte, dass die Wettbewerbsbeschränkung wahrscheinlich nicht nach Art. 81 III EG freigestellt werden kann. Hatte ein Fall aber nach Auffassung der Kommission für die Gemeinschaft ein besonderes Interesse, so wurde er von der Kommission aufgegriffen, selbst wenn er sich im Wesentlichen auf dem Gebiet eines Mitgliedstaates auswirkte. Die wirtschaftliche Bedeutung eines

---

<sup>327</sup> In Deutschland ergibt sich die Befugnis zur Anwendung der Art. 81 I und 82 EG aus dem derzeitigen § 50 GWB. Zuständige Kartellbehörde ist demnach das Bundeskartellamt mit Sitz in Bonn, § 51 I 1 GWB. Allerdings hatten eine Reihe von Ländern, jedenfalls bis zum Jahre 2002, noch keine Ermächtigung für die Anwendung der Art. 81, 82 EG. Hierzu zählen Finnland, Irland und Luxemburg. Vgl. Zinsmeister, WuW 2002, 331, 333.

<sup>328</sup> Vgl. etwa BGH WuW/E DE-R 89, 92 f. „*Selektive Exklusivität*“.

<sup>329</sup> Siehe Europäische Kommission, Bekanntmachung (1997), Rn.55. Über den genauen Zeitpunkt einer Verfahrenseinleitung vgl. Ritter in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band II, VO 17 B, Rn.14 ff.

<sup>330</sup> EuGH, Slg. 1969, I, 15 (Tz.11) „*Walt Wilhelm*“.

<sup>331</sup> Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung (1997), Rn.26-36.

Falls alleine war aber nach Ansicht der Kommission für sie noch kein Grund, ein besonderes Interesse zu bejahen, den Fall aufzugreifen und ein Verfahren einzuleiten<sup>332</sup>. Ein besonderes Interesse lag vielmehr erst dann vor, wenn der Fall z.B. neue Rechtsfragen aufwarf oder der Zugang von Wettbewerbern aus anderen Mitgliedstaaten zu dem betreffenden Markt spürbar behindert wurde<sup>333</sup>. Auch Fälle, die den Wettbewerb in der gesamten Gemeinschaft oder in einem weit über das Territorium eines einzelnen Mitgliedstaates hinausgehenden Teil erheblich beeinflussten, wurden ausschließlich von der Kommission behandelt<sup>334</sup>.

## 2. Kompetenzverteilung im Horizontalverhältnis der verschiedenen nationalen Wettbewerbsbehörden untereinander

Es blieb aber die Frage, welche nationale Wettbewerbsbehörde für ein Verfahren nach Art. 81 I oder 82 EG zuständig war, wenn es sich um einen Sachverhalt handelte, der in mehreren Mitgliedstaaten spielte und die Kommission kein Verfahren einleitete. Hier hatte der BGH für Deutschland entschieden, dass die Zuständigkeit des Bundeskartellamts für die Anwendung von Art. 81 I EG nicht auf reine Inlandssachverhalte beschränkt sei, sondern vielmehr auch dann gegeben sei, wenn sich die Wettbewerbsbeschränkung schwerpunktmäßig im Inland auswirkt und die Kommission im Hinblick auf die dezentrale Zuständigkeit von der Einleitung eines Verfahrens absieht<sup>335</sup>. Wann genau ein Schwerpunkt im Inland lag, wurde aber nicht gesagt. Es war somit auch möglich, dass mehrere nationale Wettbewerbsbehörden denselben Fall aufgriffen und dabei zu unterschiedlichen Ergebnissen kamen. Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden hatten nämlich außerhalb des betreffenden Mitgliedstaates keine Rechtswirkung. Ihnen fehlte folglich die extraterritoriale Wirkung. Dieses Problem sollte allerdings nicht überschätzt werden, da es sich wegen der bloßen Randbetroffenheit anderer Mitgliedstaaten in der Praxis nur sehr selten gestellt hatte<sup>336</sup>.

## **II. Die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Kartellbehörden**

Nicht nur die Kommission, sondern auch die nationalen Wettbewerbsbehörden konnten ein Verfahren einleiten. So konnten sie von Amts wegen oder auf Ersuchen der Kommission Beschwerden aufgreifen, die nicht die Anmeldung im Rahmen des Art. 81 III EG betrafen und sich auf nichtan-

---

<sup>332</sup> Siehe Europäische Kommission, Bekanntmachung (1997), Rn.35.

<sup>333</sup> Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung (1997), Rn.34 f.

<sup>334</sup> Vgl. Europäische Kommission, XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993, Rn.190.

<sup>335</sup> BGH WuW/E DE-R 89, 91 f. "Selektive Exklusivität". Vgl. hierzu auch Bornkamm, 47, 53 ff.

<sup>336</sup> So auch Frank, 15, 23.

gemeldete Vereinbarungen bezogen, die nach Art. 4 I, 5 I und 25 VO Nr.17/62 aber eigentlich anmeldepflichtig waren, sowie Beschwerden, die einen behaupteten Verstoß gegen Art. 82 EG betrafen. Nur wenn der Gegenstand von Beschwerden in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der Kommission fiel, wie dies etwa bei einer Rücknahme einer Freistellung nach Art. 81 III EG der Fall war, konnten Beschwerden nicht von den nationalen Behörden aufgegriffen werden<sup>337</sup>. Hier stellte sich dann die Frage, wie die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden aussieht.

### 1. Zusammenarbeit in Fällen, bei denen die Kommission als erste befasst war

Die Kommission konnte ein Verfahren von Amts wegen, aufgrund von Anmeldungen und bei Beschwerden einleiten. In diesem Zusammenhang war zunächst die Frage von Bedeutung, ob die Kommission eine bei ihr eingelegte Beschwerde zurückweisen konnte, wenn sie der Auffassung war, es bestehe kein besonderes Gemeinschaftsinteresse an der Aufgreifung des Falls. Die Beschwerdeführer hatten nämlich grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass die Kommission über das Vorliegen einer behaupteten Zuwiderhandlung entscheidet<sup>338</sup>, so dass diese eine Beschwerde auch zurückweisen konnte, wenn sie feststellte, dass in der Sache kein ausreichendes Gemeinschaftsinteresse bestand, das die Fortführung der Untersuchung der Sache hätte rechtfertigen können<sup>339</sup>. Folgende Voraussetzungen mussten dabei von der Kommission geprüft werden:

- Zunächst musste sie die in der Beschwerde enthaltenen sachlichen und rechtlichen Gesichtspunkte sorgfältig prüfen, um feststellen zu können, ob nicht doch ein hinreichendes Gemeinschaftsinteresse an der Fortsetzung der Untersuchung bestand<sup>340</sup>.
- Sollte sie bei ihrer Prüfung zu dem Ergebnis gelangt sein, dass kein hinreichendes Gemeinschaftsinteresse bestand, so hatte sie dem Beschwerdeführer wegen des in Art. 253 EG vorgeschriebenen Begründungszwangs die rechtlichen und sachlichen Erwägungen darzulegen, wieso sie zu ihrem Ergebnis gekommen war<sup>341</sup>.
- Bei der Ermittlung, ob ein hinreichendes Gemeinschaftsinteresse besteht, hatte sie eine Abwägung zwischen der Bedeutung der behaupteten Zuwiderhandlung für die Funktionsweise

---

<sup>337</sup> EuGH, Slg. 1992, II, 2223, 2275 (Tz.75) "*Automec/Kommission*".

<sup>338</sup> EuGH, Slg. 1979, 3173, 3189 (Tz.17) "*GEMA/Kommission*"; EuGH, Slg. 1992, II, 2417, 2447 f. (Tz.98) "*Rendo u.a./Kommission*".

<sup>339</sup> EuGH, Slg. 1992, II, 2223, 2227 (Tz.85) "*Automec/Kommission*"; EuGH, Slg. 1995, II, 147, 178 (Tz.80) "*BEMIM/Kommission*".

<sup>340</sup> EuGH, Slg. 1992, II, 2223, 2276 f. (Tz.79-82) "*Automec/Kommission*".

<sup>341</sup> EuGH, Slg. 1992, II, 2223, 2227 (Tz.85) "*Automec/Kommission*".

des Gemeinsamen Marktes auf der einen Seite und der Wahrscheinlichkeit, ihr Vorhandensein ermitteln zu können, sowie dem Umfang der erforderlichen Untersuchungsmaßnahmen auf der anderen Seite vorzunehmen<sup>342</sup>. Nach der Rspr. des EuGH in der Rechtssache “BEMIM“ konnte die Kommission, wenn sich die Auswirkungen der in der Beschwerde behaupteten Zuwiderhandlung im Wesentlichen nur auf dem Gebiet eines Mitgliedstaates entfalteten und die zuständige nationale Wettbewerbsbehörde mit Vorgängen befasst war, bei denen sich der Beschwerdeführer und der Beschwerdegegner gegenüberstanden, wegen mangelnden Vorliegens eines hinreichenden Gemeinschaftsinteresses die Beschwerde zurückweisen<sup>343</sup>. Dabei musste aber das Grundrecht des rechtlichen Gehörs bei der Befassung der zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörde zufriedenstellend gewährleistet werden. Auch musste die nationale Wettbewerbsbehörde die Möglichkeit haben, einstweilige Maßnahmen ergreifen zu können<sup>344</sup>.

Sollten diese Voraussetzungen nach Ansicht der Kommission erfüllt gewesen sein, so wollte sie sich bei der betreffenden nationalen Wettbewerbsbehörde erkundigen, ob sie bereit gewesen wäre, die Beschwerde zu übernehmen. Sollte dies der Fall gewesen sein, wies sie die Beschwerde zurück und stellte der nationalen Wettbewerbsbehörde ihre sachdienlichen Unterlagen zur Verfügung<sup>345</sup>. Die nationalen Wettbewerbsbehörden waren allerdings bei der Untersuchung der Beschwerde nicht befugt, die nichtveröffentlichten Informationen als Beweismittel zu verwenden, die in Antworten auf nach Art. 11 VO Nr.17/62 an Unternehmen gerichtete Auskunftsverlangen enthalten waren oder im Rahmen der vorgenommenen Nachprüfungen nach Art. 14 VO Nr.17/62 erlangt worden waren<sup>346</sup>. Lediglich zur Einleitung eines innerstaatlichen Verfahrens konnten sie herangezogen werden<sup>347</sup>.

## 2. Zusammenarbeit in Fällen, bei denen eine nationale Behörde als erste befasst war

Sollte die nationale Wettbewerbsbehörde einen Fall aufgegriffen haben, der im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts lag, so konnte sie die Kommission davon in Kenntnis setzen<sup>348</sup>. Zudem sollte die nationale Wettbewerbsbehörde prüfen, ob der Fall ein neues Rechtsproblem aufwirft oder ein Vorgang mit besonders großer wirtschaftlicher Bedeutung vorliegt, bei dem der Zugang von Wettbewerbern aus anderen Mitgliedstaaten zu dem betreffenden nationalen Markt spürbar behin-

---

<sup>342</sup> EuGH, Slg. 1992, II, 2223, 2278 (Tz.86) “Automec/Kommission”.

<sup>343</sup> EuGH, Slg. 1995, II, 147, 178 (Tz.80) “BEMIM/Kommission”.

<sup>344</sup> Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung (1997), Rn.45.

<sup>345</sup> Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung (1997), Rn.46.

<sup>346</sup> EuGH, Slg. 1992, I, 4785, 4833 (Tz.38) “Asociación Española de Banca Privada u.a.”.

<sup>347</sup> EuGH, Slg. 1992, I, 4785, 4833 (Tz.39) “Asociación Española de Banca Privada u.a.”.

<sup>348</sup> In Deutschland besteht hierzu sogar eine Pflicht gem. § 50 III GWB.

dert wird. Eine Pflicht hierzu bestand aber nicht. Dabei prüfte die nationale Wettbewerbsbehörde den Fall immer nach ihrem innerstaatlichen Verfahren<sup>349</sup>. Sie hatte auch die Möglichkeit, sich bei der Kommission über den Stand eines von derselbigen eingeleiteten Verfahrens und danach zu erkundigen, ob sich die Kommission gemäß der VO Nr.17/62 zu den von ihnen aus eigener Initiative aufgegriffenen Fällen zu äußern gedenkt oder eine Entscheidung darüber erlassen will. Ferner bestand stets die Möglichkeit, bei der Kommission zu wirtschaftlichen und rechtlichen Fragen Auskünfte einzuholen<sup>350</sup>. Stellte sich aber im Verlauf des innerstaatlichen Verfahrens heraus, dass die Kommission möglicherweise ein denselben Fall betreffendes Verfahren mit einer Entscheidung abschließen wird, deren Wirkungen mit der Entscheidung der nationalen Behörde unvereinbar wäre, so hatte diese Behörde geeignete Maßnahmen zu treffen, um die uneingeschränkte Wirksamkeit der Maßnahmen zur Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten. Diese Maßnahmen sollten normalerweise in der Aussetzung des eigenen Verfahrens bestehen. Sollte eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 81 I EG bei der Kommission angemeldet werden im Hinblick auf eine Freistellung nach Art. 81 III EG, so hatte die Kommission zu untersuchen, ob dies zum Zwecke der Hinauszögerung getan wurde, weil eine Untersagung durch eine nationale Behörde drohte. Nach der Rspr. des EuG hatte der Antragsteller nämlich im Rahmen des Art. 81 III EG wegen der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission grundsätzlich einen Anspruch darauf, dass die Kommission eine Sachentscheidung zu seinem Freistellungsantrag erlässt<sup>351</sup>. Sollte die Kommission aber zu dem Ergebnis kommen, dass eine „hinauszögernde Anmeldung“ vorliegt, so behandelte sie die Anmeldung nicht als vorrangig und leitete auch kein Verfahren nach Art. 2, 3 oder 6 VO Nr.17/62 ein, dass den nationalen Behörden nach Art. 9 III VO Nr.17/62 die Zuständigkeit zur Anwendung des Art. 81 I EG entzogen hätte. Die Kommission leitete vielmehr, wenn eine nationale Wettbewerbsbehörde als erste mit dem Fall befasst war, ein Verfahren nach Art. 2, 3 oder 6 VO Nr.17/62 nur in besonderen Ausnahmefällen ein, etwa wenn die nationale Behörde entgegen aller Erwartungen zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass kein Verstoß gegen die Art. 81 und 82 EG oder das nationale Wettbewerbsrecht vorliegt, oder wenn sich das nationale Verfahren zeitlich über Gebühr hinauszögern sollte.

---

<sup>349</sup> Vgl. auch EuGH, Slg. 1992, I, 4785, 4831 (Tz.32) "*Asociación Española de Banca Privada u.a.*".

<sup>350</sup> EuGH, Slg. 1991, I, 935, 994 (Tz.53) "*Delimitis*".

<sup>351</sup> EuG, Slg. 1991, II, 653, 668 (Tz.47) "*Peugeot/Kommission*".

### III. Die „European Competition Authorities“ (ECA)

In den vergangenen paar Jahren haben sich die Formen der Zusammenarbeit und des Austausches zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden auf europäischer Ebene erheblich weiterentwickelt. Die Kartellbehörden des EWR, die Europäische Kommission und die EFTA-Überwachungsbehörde haben sich im April 2001 zu dem Forum „European Competition Authorities“ (ECA) zusammengeschlossen. Die ECA verstand sich als Plattform für den Erfahrungs- und Informationsaustausch zwischen den beteiligten Behörden und zielte auf eine effizientere Durchsetzung des europäischen und nationalen Wettbewerbsrechts ab<sup>352</sup>. Bei der ECA stand aber nicht die Tätigkeit der Kommission im Mittelpunkt, sondern vielmehr die Tätigkeit aller beteiligten Behörden. Mit der ECA wurde also erstmals ein Forum in Europa geschaffen, bei dem die horizontale Zusammenarbeit der Kartellbehörden im Vordergrund stand. Der Informationsaustausch und die Kontakte zwischen den verschiedenen Kartellbehörden haben hierdurch auch deutlich zugenommen. Erste Erfahrungen bei der gemeinsamen Bearbeitung von Fällen, u.a. im Bereich der Kartellbekämpfung, konnten gemacht werden. Dies galt z.B. für die Zusammenarbeit zwischen dem Bundeskartellamt und der niederländischen Kartellbehörde bei einem Kartell im Fischereibereich<sup>353</sup> sowie für zeitgleiche Ermittlungen des Bundeskartellamts und der norwegischen Kartellbehörde im Bereich von Spezialchemikalien<sup>354</sup>. Außerdem erarbeitete die ECA Arbeitsgruppe „Leniency“ 2001 gemeinsame „Principles for Leniency Programmes“<sup>355</sup>. Hinsichtlich der Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden bei der Behandlung von Leniency-Anträgen ist u.a. vorgesehen, dass die Wettbewerbsbehörde, die den Fall an eine andere abgibt, diese über bei ihr vorliegende Leniency-Anträge unterrichtet. Diese Anträge sollten von den neu zuständigen Wettbewerbsbehörden so weit wie möglich berücksichtigt werden.

---

<sup>352</sup> Siehe Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2001/02, S.9 f., 60 ff.

<sup>353</sup> Vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2001/02, S.124.

<sup>354</sup> Siehe Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2001/02, S.142.

<sup>355</sup> Hier wird ein vollständiger oder teilweiser Sanktionserlass dafür gewährt, dass die an einem Kartell beteiligten Unternehmen an dessen Aufdeckung mitwirken. Vgl. ausführlich Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2001/02, S.61. Vgl. auch die neue „Leniency-Mitteilung“ der Europäische Kommission (ABl. EG Nr. C 45 vom 19.2.2002, S.3-5).

## ***B. Das Verhältnis nach der Reform***

Die neue VO Nr.1/2003 führt ja zu einer verstärkten Dezentralisierung, also auch einer verstärkten Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts durch nationale Wettbewerbsbehörden, die in Zukunft den Art. 81 III EG unmittelbar anwenden können. Daneben sieht sie eine verstärkte Zusammenarbeit der nationalen Wettbewerbsbehörden mit der Kommission vor. In den folgenden Kapiteln soll nun erläutert werden, wie sich das Verhältnis zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden und der Kommission ab dem 1.Mai 2004 konkret ändern wird.

### **I. Kompetenzverteilung**

Durch die Aufhebung des Freistellungsmonopols der Kommission im Rahmen des Art. 81 III EG sollen künftig auch die nationalen Wettbewerbsbehörden Art. 81 III EG anwenden und so die Tätigkeit der Kommission ergänzen. Hier stellt sich natürlich zuallererst die Frage der Kompetenzverteilung, wobei eine klare Kompetenzverteilung aus mehreren Gründen als unerlässlich erscheint:

- So ist die Einführung praktikabler Abgrenzungskriterien unvermeidbar, wenn aufwendige Parallelverfahren in mehreren Mitgliedstaaten vermieden werden sollen.
- Auch besteht anders die Gefahr eines sogenannten „forum shopping“ durch Beschwerdeführer, also die Wahl derjenigen Wettbewerbsbehörde, von der man sich das für einen selbst günstigste Ergebnis einer kartellrechtlichen Prüfung erwartet.
- Schließlich erfordert auch das Gebot der Rechtssicherheit die Einführung klarer Abgrenzungskriterien. Zum einen soll ja die Beschwerdetätigkeit Privater gefördert werden, was voraussetzt, dass für diese erkennbar sein muss, an welche Wettbewerbsbehörde sie sich im Einzelfall zu richten haben. Zum anderen ist es aber auch für die Unternehmen, die bezüglich ihrer wettbewerbsbeschränkenden Absprache Planungssicherheit anstreben oder gegen die ein behördliches Verfahren eingeleitet wird, wichtig zu wissen, welche Wettbewerbsbehörde für sie zuständig ist.

Die VO Nr.1/2003 beruht im Grundsatz nach wie vor auf einem System paralleler Zuständigkeiten, bei dem sämtliche Wettbewerbsbehörden zur Anwendung der Art. 81 und 82 EG befugt sind, wobei die nationalen Wettbewerbsbehörden ab dem 1.Mai 2004 aber nicht nur die Art. 81 I und 82 EG, sondern auch Art. 81 III EG unmittelbar anwenden dürfen. In diesem System paralleler Zuständigkeiten erfolgt die Bearbeitung von Fällen entweder durch eine einzelne nationale Wettbewerbsbe-



hörde, durch mehrere parallel handelnde Wettbewerbsbehörden oder durch die Kommission. Dabei stellt sich allerdings die Frage der Kompetenzverteilung im konkreten Fall, nämlich einerseits im Vertikalverhältnis von nationalen Wettbewerbsbehörden zur Kommission, andererseits aber auch im Horizontalverhältnis der verschiedenen nationalen Wettbewerbsbehörden untereinander.

### 1. Kompetenzverteilung im Vertikalverhältnis von nationalen Wettbewerbsbehörden zur Kommission

Zunächst einmal sind zum Stichwort „Zuständigkeit“ die Art. 4 und 5 vorgesehen. Diese erteilen aber lediglich inhaltlich die Befugnis zu bestimmten Maßnahmen durch die Kommission sowie durch die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten. In diesem Zusammenhang wird zwar durch Art. 35 I festgelegt, dass die Mitgliedstaaten ihren jeweiligen Wettbewerbsbehörden die Befugnis verleihen müssen, die Art. 81 und 82 EG uneingeschränkt anzuwenden, damit eine ordnungsgemäße Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts gewährleistet wird und die Kommission nicht gezwungen ist, eine überproportional große Zahl von Fällen zu übernehmen, die inländische Märkte betreffen, nur weil die Behörde des betreffenden Mitgliedstaates nicht befugt ist, die Art. 81 und 82 EG anzuwenden<sup>356</sup>. Zur Kompetenzverteilung im Vertikalverhältnis von nationalen Wettbewerbsbehörden zur Kommission an sich nehmen sie allerdings nicht Stellung.

Lediglich in Art. 11 VI findet sich für das Vertikalverhältnis zwischen Kommission und nationalen Wettbewerbsbehörden eine Regelung<sup>357</sup>. Danach entfällt die Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden für die Anwendung der Art. 81 und 82 EG, wenn die Kommission ein entsprechendes Verfahren zum Erlass einer Entscheidung nach den Art. 7-10 einleitet. Oder anders gesagt: Die nationalen Wettbewerbsbehörden können, nachdem die Kommission ein Verfahren eröffnet hat, nicht mehr auf derselben Rechtsgrundlage gegen dieselbe Vereinbarung oder Verhaltensweise derselben Unternehmen auf demselben relevanten geographischen Markt und Produktmarkt vorgehen<sup>358</sup>. Dies entspricht der bisherigen Regelung des Art. 9 III VO Nr.17/62 und soll dazu dienen, eine optimale Verteilung der Fälle und eine einheitliche Regelung des EG-Wettbewerbsrechts zu gewährleisten<sup>359</sup>. Dabei regelt Art. 11 VI 2 den gesonderten Fall, dass bereits eine nationale Wettbe-

---

<sup>356</sup> Siehe auch VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 35 Satz 1. In den meisten Mitgliedstaaten besteht eine solche Regelung freilich schon. In Deutschland z.B. ist dies der derzeitige § 50 GWB.

<sup>357</sup> In Art. 11 VI wird die Regelung des Art. 9 III VO Nr.17/62 an das neue Durchführungssystem angepasst. Auf diese Weise soll eine optimale Verteilung der Fälle und eine einheitliche Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts gewährleistet werden. Vgl. Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 11 (S.23).

<sup>358</sup> Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, Rn.51.

<sup>359</sup> Vgl. Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 11 (S.22 f.).

werbsbehörde in dem Fall tätig ist, die Kommission also nicht als erste tätig wird, und erlegt der Kommission eine Konsultationspflicht mit der nationalen Wettbewerbsbehörde auf, bevor sie ihr Verfahren einleitet, wobei sie dann der nationalen Behörde sowie den anderen Mitgliedern des ECN schriftlich die Gründe für die Anwendung von Art. 11 VI mitteilt<sup>360</sup>. Die Einleitung eines Verfahrens durch die Kommission ist – wie bisher auch schon – ein förmlicher Rechtsakt, in dem die Kommission ihren Willen zum Ausdruck bringt, eine Entscheidung nach Kapitel III der VO Nr.1/2003 herbeizuführen<sup>361</sup>. Allein die Tatsache, dass bei der Kommission eine Beschwerde eingegangen ist, reicht demnach nach wie vor nicht aus, die Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden auszuschließen<sup>362</sup>. In Art. 35 III 1 wird klargestellt, dass sich der Entzug der Zuständigkeit nach Art. 11 VI auf sämtliche Behörden bezieht, die Entscheidungen i.S.d. Art. 5 vorbereiten oder treffen. Ausgenommen sind nach Art. 35 III 1 Gerichte, wenn sie als Rechtsmittelinstanzen in Bezug auf die in Art. 5 vorgesehenen Arten von Entscheidungen tätig werden<sup>363</sup>. Wird eine Entscheidung nach Art. 5 allerdings auf Antrag einer Verfolgungsbehörde durch ein Gericht getroffen, ist die Verfolgungsbehörde nach Art. 35 IV verpflichtet, den Fall zurückzuziehen, wenn die Kommission ein Verfahren einleitet. Damit wird das nationale Verfahren zugleich vollständig beendet.

Es stellt sich jedoch zunächst einmal die Frage, wann die Kommission ein Verfahren zum Erlass einer Entscheidung nach Kapitel III, also nach den Art. 7-10 überhaupt einleitet. Daneben kann man fragen, wann die Kommission, wenn eine oder mehrere nationale Wettbewerbsbehörde(n) bereits ein Verfahren eingeleitet haben, selbst noch ein Verfahren nach Art. 11 VI eröffnet, welches dann den nationalen Wettbewerbsbehörden die Zuständigkeit zur Anwendung der Art. 81 und 82 EG entziehen würde.

#### a) Einleitung eines Verfahrens zum Erlass einer Entscheidung nach den Art. 7-10

Hier muss zwischen den einzelnen Entscheidungen der Kommission nach Art. 7-10 unterschieden werden:

---

<sup>360</sup> Siehe Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, Rn.55; Rat der Europäischen Union, Rn.22.

<sup>361</sup> Vgl. hierzu schon die bisherige Rechtslage EuGH, Slg. 1973, 77, 88 (Tz.16) “*Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen*“.

<sup>362</sup> Vgl. u.a. Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, Rn.52.

<sup>363</sup> Vgl. auch VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 35 Satz 7.

### *(1) Feststellung und Abstellung von Zuwiderhandlungen – Art. 7*

Art. 7 regelt die Befugnis der Kommission, auf eine Beschwerde oder von Amts wegen Entscheidungen über die Feststellung und Abstellung von Zuwiderhandlungen gegen Art. 81 oder 82 EG zu treffen. Sogar wenn die Zuwiderhandlung beendet ist, hat die Kommission gem. Art. 7 I 4 bei Vorliegen eines berechtigten Interesses die Befugnis, diese festzustellen<sup>364</sup>. Ein berechtigtes Interesse kann dabei dann vorliegen, wenn beim Adressat die Gefahr einer Wiederholung besteht oder der Fall neue Fragen aufwirft, deren Klärung im öffentlichen Interesse liegt<sup>365</sup>. Sollte die Zuwiderhandlung gegen Art. 81 oder 82 EG aber noch nicht beendet sein, so kann die Kommission eine solche jederzeit feststellen und abstellen. Entscheidungen der Kommission nach Art. 7 werden wohl vor allem dann zu erwarten sein, wenn Fälle auftreten, die neue Rechtsfragen aufwerfen, wenn eine Rechtsfrage in mehreren Mitgliedstaaten auftritt und divergierende Auffassungen dazu bestehen oder wenn der Zugang von Wettbewerbern aus anderen Mitgliedstaaten zu dem betreffenden Markt spürbar behindert wird. Zwar stellt der Schutz des Wettbewerbs auf nationalen Märkten auch dann eine Aufgabe der nationalen Wettbewerbsbehörde dar, wenn ausländische Unternehmen betroffen sind, jedoch besteht in solchen Fällen immer auch die Gefahr, dass die nationalen Behörden nur geringes Interesse zeigen, Zuwiderhandlungen der Unternehmen aus dem eigenen Land stringent zu verfolgen<sup>366</sup>. Daneben sind Entscheidungen der Kommission nach Art. 7 auch dann zu erwarten, wenn die Gefahr besteht, dass nationale Behörden in erheblichem Umfang von gefestigten Auslegungsprinzipien und Anwendungsgrundsätzen des europäischen Wettbewerbsrechts abweichen<sup>367</sup>.

### *(2) Einstweilige Maßnahmen – Art. 8*

In Anknüpfung an die bisherige Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte<sup>368</sup> stellt Art. 8 die grundsätzliche Befugnis der Kommission zum Erlass einstweiliger Maßnahmen klar, wenn prima facie ein Wettbewerbsverstoß festzustellen ist und es sich gleichzeitig um einen dringenden Fall handelt. Dies soll dann der Fall sein, wenn die Gefahr eines ernststen, nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb besteht. Die Kommission wird also im Rahmen des Art. 8 nur im öffentlichen Interesse und nicht im Interesse einzelner Unternehmen tätig<sup>369</sup>.

---

<sup>364</sup> So auch schon EuGH, Slg. 1983, 483, 502 f. (Tz.23, 24) "*GVL/Kommission*". Vgl. auch unten § 9 A (S.160 ff.).

<sup>365</sup> Siehe Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 7 (S.20).

<sup>366</sup> Vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 32, Rn.38.

<sup>367</sup> Siehe Monopolkommission, Sondergutachten 32, Rn.39.

<sup>368</sup> EuGH, Slg. 1980, 119, 131 (Tz.18 f.) "*Camera Care/Kommission*"; EuG, Slg. 1992, II, 1, 13 f. (Tz.26-30) "*La Cinq/Kommission*".

<sup>369</sup> Vgl. Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 8 (S.20).

### *(3) Verpflichtungszusagen – Art. 9*

Nach Art. 9 kann die Kommission sog. Zusageentscheidungen im Rahmen eines Untersagungsverfahrens erlassen. Dabei machen die Unternehmen der Kommission im Rahmen eines Untersagungsverfahrens Verpflichtungszusagen, die geeignet sind, Bedenken der Kommission auszuräumen. Die Kommission erlässt daraufhin eine Zusageentscheidung, in der sie diese Verpflichtungszusagen der Unternehmen für bindend erklärt und zugleich – ohne die Frage zu beantworten, ob eine Zuwiderhandlung vorgelegen hat oder noch vorliegt – feststellt, dass für ihr Tätigwerden kein Anlass mehr besteht<sup>370</sup>. Die Nichteinhaltung gegebener Zusagen kann dann mit Bußgeldern gem. Art. 23 II lit. c oder Zwangsgeldern gem. Art. 24 I lit. c geahndet werden. Damit es also zu einer Zusageentscheidung kommt, müssen die an der Zuwiderhandlung gegen Art. 81 oder 82 EG beteiligten Unternehmen auf die Kommission zugehen und ihr eine sog. Verpflichtungszusage anbieten.

### *(4) Positiventscheidungen – Art. 10*

Anstelle der konstitutiven Freistellungsentscheidungen möchte die Kommission künftig ausnahmsweise im Bereich des Art. 81 und 82 EG sog. „Positiventscheidungen“ gem. Art. 10 erlassen, soweit dies aus Gründen des öffentlichen Interesses der Gemeinschaft erforderlich ist. Dabei stellt sie, ohne dass Unternehmen dies beanspruchen könnten, fest, dass eine Vereinbarung oder Verhaltensweise nicht nach Art. 81 I EG verboten oder aber nach Art. 81 III EG freigestellt ist. Eine solche Feststellung kann auch im Hinblick auf Art. 82 EG erfolgen. Ein öffentliches Interesse der Gemeinschaft soll aber nur in Ausnahmefällen bestehen, etwa wenn zu bestimmten neuen Formen von Vereinbarungen oder Verhaltensweisen noch keine Rechtsprechung oder Verwaltungspraxis vorliegt<sup>371</sup>. Des Weiteren könnte ein öffentliches Interesse der Gemeinschaft bestehen, wenn eine Rechtsfrage in mehreren Mitgliedstaaten relevant wird und divergierende Auffassungen dazu bestehen<sup>372</sup>. Auf diese Weise soll eine kohärente Anwendung der Art. 81, 82 EG sichergestellt werden<sup>373</sup>. Damit die Kommission also eine Positiventscheidung nach Art. 10 erlassen kann, muss zuerst einmal ein öffentliches Interesse der Gemeinschaft begründet werden.

---

<sup>370</sup> VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 13 Satz 2.

<sup>371</sup> VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 14.

<sup>372</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 32, Rn.38.

<sup>373</sup> So auch Gauer/Dalheimer/Kjolbye/de Smijter, 3, 4.

b) Entzug eines Verfahrens einer oder mehrerer nationaler Wettbewerbsbehörden gemäß Art. 11 VI 2

Die Kommission wird sich eines Falls v.a. dann annehmen, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung in mehr als drei Mitgliedstaaten auftritt und enge Zusammenhänge mit anderen Gemeinschaftsvorschriften bestehen, die ausschließlich oder effizienter von der Kommission angewendet werden können oder wenn die Gemeinschaftsinteressen insbesondere bei Auftreten einer neuen Wettbewerbsfrage oder zur Gewährung der wirksamen Durchsetzung die Annahme einer Entscheidung der Kommission zur Weiterentwicklung der gemeinsamen Wettbewerbspolitik erfordern. Darüber hinaus wird die Kommission allerdings nach Ablauf einer Fallallokationsphase (bis zu 2-3 Monaten)<sup>374</sup> nur in Ausnahmefällen einen Fall nach Art. 11 VI 2 durch Einleitung eines Verfahrens an sich ziehen, wenn ein Fall bereits von einer oder mehreren Wettbewerbsbehörden bearbeitet wird. Ein solcher Ausnahmefall liegt in einer der folgenden Fälle vor<sup>375</sup>:

- Mitglieder des ECN beabsichtigen, in ein und demselben Fall einander widersprechende Entscheidungen zu erlassen;
- Mitglieder des ECN beabsichtigen, in erheblichem Umfang von gefestigten Auslegungsprinzipien und Anwendungsgrundsätzen des europäischen Wettbewerbsrechts abzuweichen und eine Entscheidung zu erlassen, die offensichtlich der ständigen Rechtsprechung widerspricht;
- ein oder mehrere Mitglieder des ECN ziehen das Verfahren unangemessen in die Länge;
- eine neue Rechtsfrage tritt auf, die eine Entscheidung der Kommission zur Weiterentwicklung der Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft erfordert;
- die nationale Wettbewerbsbehörde keine Einwände hat.

Nicht vergessen sollte man dabei allerdings, dass die Kommission anders als die nationalen Wettbewerbsbehörden auch weiterhin die Möglichkeit hat, Entscheidungen zu erlassen, die bereits getroffenen Entscheidungen von nationalen Wettbewerbsbehörden zuwiderlaufen, selbst wenn sie gem. Art. 11 III, IV ordnungsgemäß unterrichtet wurde und nicht von Art. 11 VI

---

<sup>374</sup> Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, Rn.18; Rat der Europäischen Union, Rn.12.

<sup>375</sup> Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, Rn.54; Rat der Europäischen Union, Rn.21.

Gebrauch gemacht hat. Dies wird sie aber nur in Ausnahmefällen tun, soweit Gemeinschaftsinteressen auf dem Spiel stehen<sup>376</sup>.

## 2. Kompetenzverteilung im Horizontalverhältnis der verschiedenen nationalen Wettbewerbsbehörden untereinander

Wenn die Kommission kein Verfahren einleitet, können die Wettbewerbsbehörden mehrerer Mitgliedstaaten parallel die Art. 81, 82 EG anwenden und nebeneinander in demselben Fall tätig werden. Dabei bestimmen die Mitgliedstaaten selbst, welche Behörden zuständig sind, die Art. 81 und 82 EG anzuwenden. Dies wird durch Art. 35 I bestätigt, der bestimmt, dass die einzelnen Mitgliedstaaten bestimmen, welche Behörde für die Anwendung der Art. 81, 82 EG zuständig sein soll. Hierbei ist zu beachten, dass die Anzahl der Wettbewerbsbehörden in den Mitgliedstaaten variiert. So ist in manchen Mitgliedstaaten nur eine Wettbewerbsbehörde zuständig, während in anderen zwei Wettbewerbsbehörden zuständig sind. Im Vereinigten Königreich sind sogar ganze sieben Behörden jeweils zur Anwendung der Art. 81, 82 EG befugt<sup>377</sup>. Aus dem Wortlaut des Art. 35 ergibt sich aber nicht, ob die Mitgliedstaaten nur jeweils eine Wettbewerbsbehörde bestimmen sollen oder ob auch mehrere Wettbewerbsbehörden zuständig sein können. Eine kohärente Anwendung der Art. 81, 82 EG dürfte dadurch sicherlich nicht einfacher werden. Hier geht es aber um das Horizontalverhältnis der nationalen Wettbewerbsbehörden in den verschiedenen Mitgliedsländern der EU zueinander. Welche Wettbewerbsbehörde innerhalb eines Landes für die Anwendung der Art. 81, 82 EG im konkreten Fall zuständig sein soll, wenn es mehrere Behörden gibt, die dazu prinzipiell in der Lage sind, das muss das jeweilige Land selbst klären. Im Horizontalverhältnis zwischen den verschiedenen nationalen Wettbewerbsbehörden soll jedoch für die einzelnen Fälle nach Ansicht der Kommission die „am besten geeignete Behörde“ zuständig sein, um ungewollte Parallelverfahren zu vermeiden<sup>378</sup>. Damit ist aber noch längst nicht gesagt, welche Behörde dies im konkreten Fall sein soll. Der Begriff „am besten geeignete Behörde“ ist nämlich zu unbestimmt und lässt völlig offen, nach welchen Maßstäben die Eignung einer Wettbewerbsbehörde zu beurteilen ist<sup>379</sup>. Man könnte nämlich einerseits sagen, dass diejenige Wettbewerbsbehörde zuständig sein soll, in deren Land die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung geschlossen wurde. Andererseits könnte man auch die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörde desjenigen Landes begründen, in deren Land die Mehrzahl

---

<sup>376</sup> Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, Rn.57; Rat der Europäischen Union, Rn.23.

<sup>377</sup> Vgl. hierzu insbesondere Zinsmeister, Probleme der dezentralisierten Anwendung des EG-Kartellrechts, 163, 164.

<sup>378</sup> So Europäische Kommission, VO-Vorschlag, C.2.a) (S.9).

<sup>379</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 32, Rn.30.

der Kartellmitglieder einerseits oder die Mehrzahl der Kartellopfere andererseits ihren Sitz hat. Schließlich könnte auch die Wettbewerbsbehörde desjenigen Landes zuständig sein, in dem der nationale Schwerpunkt einer Wettbewerbsbeschränkung liegt, wobei dieser Schwerpunkt wiederum sowohl anhand quantitativer wie auch auf Grundlage qualitativer Abgrenzungskriterien ermittelt werden kann<sup>380</sup>. Als quantitative Abgrenzungskriterien kommen sowohl absolute wie auch relative Umsatzschwellen in Betracht, wobei sich die relative Umsatzschwelle an die Zwei-Drittel-Klausel des Art. 1 II FKVO anlehnen könnte<sup>381</sup>. Danach wäre eine nationale Kartellbehörde zuständig, wenn die an der Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in dem jeweiligen Land erzielen. Dann stellt sich aber auch gleichzeitig die Frage, welche Wettbewerbsbehörde zuständig sein soll, wenn dies nicht der Fall ist. Auch zeigt das Beispiel, dass Wettbewerbsbehörden kleinerer Mitgliedstaaten hiernach so gut wie nie zuständig wären. Neben den quantitativen Abgrenzungskriterien gibt es aber auch solche qualitativer Art, welche natürlich weniger eindeutig sind als die genannten Umsatzschwellen und deshalb mehr Interpretationsspielräume zulassen. Die Wahl qualitativer Faktoren hätte aber den Vorteil, dass an bereits vorhandene Überlegungen angeknüpft werden könnte. Wie oben schon erläutert<sup>382</sup> hat die Kommission in der „Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten bei der Bearbeitung von Fällen im Anwendungsbereich der Artikel 85 [81 n.F.] und 86 [82 n.F.] EG-Vertrag“<sup>383</sup> bereits Leitlinien für die Verteilung der Fälle aufgestellt. Die Zuständigkeit eines Mitgliedstaates würde sich danach im Regelfall dann ergeben, wenn sich die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung oder eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Wesentlichen auf ein Hoheitsgebiet beschränken. In einer neuen Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden wird eine ähnliche Abgrenzung vorgenommen. Danach gilt eine Behörde dann als gut geeignet, sich eines Falls anzunehmen, wenn alle drei der folgenden Voraussetzungen erfüllt sind<sup>384</sup>:

- die Vereinbarung oder Verhaltensweise hat beträchtliche unmittelbare tatsächliche oder absehbare Auswirkungen auf den Wettbewerb innerhalb des Hoheitsgebiets dieser Behörde, wird innerhalb von deren Hoheitsgebiet umgesetzt oder hat in deren Hoheitsgebiet ihren Ursprung;

---

<sup>380</sup> Vgl. hierzu und im Folgenden auch Monopolkommission, Sondergutachten 32, Rn.35 f.

<sup>381</sup> So etwa Mailänder, 72, 74.

<sup>382</sup> Vgl. § 5 A I 2 (S.71 ff.).

<sup>383</sup> Siehe Europäische Kommission, Bekanntmachung (1997).

<sup>384</sup> Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, Rn.8. Vgl. auch Rat der Europäischen Union, Rn.15.

- die Behörde kann die gesamten Auswirkungen wirksam beenden, d.h. sie kann eine Unterlassungsanordnung erlassen, deren Wirksamkeit ausreicht, die Zuwiderhandlung zu beenden, und sie kann ggf. die Zuwiderhandlung angemessen ahnden, indem sie wirksam Sanktionen verhängt;
- sie kann, ggf. mit Unterstützung anderer Behörden, die zum Nachweis der Zuwiderhandlung erforderlichen Beweise erheben.

Dabei ist allerdings zu beachten, dass dieser Bekanntmachung keinerlei rechtliche Bindungswirkung für die Mitgliedstaaten zukommt, wenngleich von ihnen doch immer eine hohe politische Bindungswirkung ausgeht. In der Praxis werden sich Parallelverfahren aber dennoch nicht vermeiden lassen. Selbst wenn die Mitgliedstaaten sich an die Bekanntmachung halten würden, so muss doch beachtet werden, dass qualitative Kriterien nicht immer zu einer eindeutigen Zuständigkeit führen. Ein klarer nationaler Schwerpunkt lässt sich beispielsweise dann schwer ermitteln, wenn die relevante Verhaltensweise mehrere nationale Märkte in gleicher Weise berührt. Die Mitgliedstaaten müssten sich dann einigen, wo der nationale Schwerpunkt liegt und wo eine entsprechende kartellrechtliche Prüfung vorgenommen wird. In diesem Fall kann ein Vorgehen von zwei oder drei nationalen Wettbewerbsbehörden angemessen sein, wenn das Vorgehen einer einzelnen Wettbewerbsbehörde nicht ausreichen würde, die gesamte Zuwiderhandlung zu beenden oder sie angemessen zu ahnden. Sollten beispielsweise drei Unternehmen eine Marktaufteilungsvereinbarung treffen, wonach die Tätigkeit des in Mitgliedstaat A ansässigen Unternehmens auf Mitgliedstaat A, die Tätigkeit des in Mitgliedstaat B ansässigen Unternehmens auf Mitgliedstaat B und die Tätigkeit des in Mitgliedstaat C ansässigen Unternehmens auf Mitgliedstaat C beschränkt wäre, so sind die nationalen Wettbewerbsbehörden in A, B und C gut geeignet, den Fall parallel zu behandeln, wobei jede in ihrem Hoheitsgebiet tätig wird. Hier sind Unstimmigkeiten bei der Kompetenzverteilung vorprogrammiert, insbesondere dann, wenn nationale Interessen auf dem Spiel stehen, z.B. politisch gewichtige Unternehmen beteiligt sind, die als gesamtwirtschaftlich und damit auch industriepolitisch besonders wichtig angesehen werden<sup>385</sup>. Streitbeilegungsmechanismen fehlen aber bislang. Wenn sich die nationalen Wettbewerbsbehörden deshalb nicht einigen können, welche Behörde im konkreten Fall besonders gut geeignet ist, den Fall erfolgreich zu erledigen, koordinieren sie ihr Vorgehen und benennen nach Möglichkeit eine Wettbewerbsbehörde als federführende Stelle. In diesen Fällen ist also eine enge Kooperation vorgesehen. Fraglich ist dann aber, in welcher Sprache die Kooperation erfolgen soll und wer gegebenenfalls für die Übersetzung von Dokumenten die Kosten

---

<sup>385</sup> So auch Monopolkommission, Sondergutachten 32, Rn.42.



übernimmt<sup>386</sup>. Sollte eine kohärente Anwendung der Art. 81, 82 EG in Gefahr geraten, etwa weil die nationalen Wettbewerbsbehörden in ein und demselben Fall einander widersprechende Entscheidungen zu treffen beabsichtigen, so wird die Kommission von ihrer Möglichkeit nach Art. 11 VI Gebrauch machen und das Verfahren an sich ziehen.

## **II. Kooperationsmechanismen im ECN**

Art. 11 I statuiert den Grundsatz der engen Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten. Hierauf baut das Europäische Wettbewerbsnetzwerk (ECN), ein Netzwerk zwischen der Kommission und den einzelnen nationalen Wettbewerbsbehörden, welches zugleich den dritten Pfeiler der Reform bildet, auf. Dieses neue Netzwerk ECN wird von den Vorarbeiten durch die ECA profitieren können. Dabei bietet die VO Nr.1/2003 den nationalen Wettbewerbsbehörden und der Europäischen Kommission verschiedene Instrumente zur Kooperation in Einzelfällen, die von großer Bedeutung für die Realisierung eines der wichtigen Grundgedanken der VO Nr.1/2003 sind, nämlich der Dezentralisierung der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts. Zum Aufbau des Netzwerkes der Wettbewerbsbehörden ist eine „Implementation Working Group“ eingerichtet worden, die aus Vertretern der Kommission, der Mitgliedstaaten und – im Hinblick auf die Erweiterung der EU zum 1.Mai 2004 – auch der Beitrittsländer bestand. Für den Erfolg des Netzwerkes ist es nämlich von entscheidender Bedeutung, dass die beteiligten Behörden ein gemeinsames Verständnis des Netzwerkes und der Instrumente zur Zusammenarbeit in der Verordnung entwickeln<sup>387</sup>. Ziel des ECN ist es, dass die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft effektiv und kohärent angewendet werden<sup>388</sup>. Soweit die neue VO Nr.1/2003 Regeln über Kooperationsmechanismen zur Fallverteilung und Unterstützung im ECN enthält, sind diese in den Art. 11-14, 22 und 29 II niedergelegt.

### 1. Unterrichtung zu Verfahrensbeginn – Art. 11 Abs. 2 und 3

Gem. Art. 11 II 1 übermittelt die Kommission den nationalen Wettbewerbsbehörden die wichtigsten Schriftstücke über die Einleitung von Verfahren und beabsichtigten Entscheidungen. Diese Regelung entspricht dem bisherigen Art. 10 I VO Nr.17/62. Neu ist, dass auf Ersuchen einer nationalen

---

<sup>386</sup> Vgl. Zinsmeister, Probleme der dezentralisierten Anwendung des EG-Kartellrechts, 163, 170.

<sup>387</sup> Siehe Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2001/02, S.67; Schaub, Die Reform der Europäischen Wettbewerbspolitik, S.10.

<sup>388</sup> Vgl. Rat der Europäischen Union, Rn.2.

Wettbewerbsbehörde die Kommission gem. Art. 11 II 2 auch Kopien anderer Unterlagen übermittelt, die für die Beurteilung eines Falls erforderlich sind.

Umgekehrt sind die nationalen Wettbewerbsbehörden gem. Art. 11 III 1 verpflichtet, bei Anwendung der Art. 81, 82 EG die Kommission unmittelbar vor oder unverzüglich nach Einleitung der ersten förmlichen Ermittlungshandlung schriftlich darüber zu unterrichten<sup>389</sup>. Zudem besteht nach Art. 11 III 2 die Möglichkeit, nicht aber die Verpflichtung, andere nationale Wettbewerbsbehörden zu unterrichten. Die Frage, ob eine solche Verpflichtung einer nationalen Wettbewerbsbehörde auch dann besteht, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung, die geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, allein nach nationalem Recht, nicht aber nach den Art. 81, 82 EG beurteilt wird, stellt sich deshalb nicht, weil Art. 3 I den Grundsatz der parallelen Anwendung festlegt, wonach die Art. 81, 82 EG in einem solchen Fall künftig neben dem nationalen Recht angewandt werden müssen<sup>390</sup>.

Dem Art. 11 III liegt der Gedanke zugrunde, dass das Netz Mehrfachverfahren so schnell wie möglich erkennen und sich mit möglichen Fragen der Neuverteilung von Fällen befassen kann, sobald eine Behörde die Ermittlungen in einem Fall aufnimmt. Die Unterrichtung soll deshalb kurz vor oder nach den ersten Maßnahmen erfolgen, die den Ermittlungsmaßnahmen ähneln, welche die Kommission nach den Art. 18-21 ergreifen kann<sup>391</sup>.

## 2. Mechanismen der Zusammenarbeit – Art. 11 IV und V

Innerhalb des ECN hat die Kommission die letzte, jedoch nicht die alleinige Verantwortung für die Sicherstellung einer kohärenten Anwendung des Europäischen Wettbewerbsrechts<sup>392</sup>. Art. 11 IV soll hierzu einen wesentlichen Beitrag leisten. So haben die nationalen Wettbewerbsbehörden nach Art. 11 IV 1 eine Unterrichtungspflicht gegenüber der Kommission und zwar spätestens 30 Tage vor Erlass einer Entscheidung, mit der die Abstellung einer Zuwiderhandlung angeordnet wird, Verpflichtungszusagen angenommen werden oder der Rechtsvorteil einer Gruppenfreistellung entzogen wird. Daneben sind sie gem. Art. 11 IV 2 verpflichtet, der Kommission eine zusammenfassende Darstellung des Falls und die in Aussicht genommene Entscheidung zu übermitteln. Falls die

---

<sup>389</sup> A.A. wohl Hossenfelder/Lutz, WuW 2003, 118, 123, die davon ausgehen, dass die nationalen Behörden sich nicht generell mit der Kommission „ins Benehmen setzen“ müssen. Diese Ansicht widerspräche aber dem klaren Wortlaut der Vorschrift.

<sup>390</sup> Vgl. hierzu weiter unten unter § 7 B (S.120 ff.).

<sup>391</sup> Siehe Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, Rn.17.

<sup>392</sup> Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, Rn.43.

in Aussicht genommene Entscheidung noch nicht vorliegen sollte, müssen sie der Kommission jede sonstige Unterlage, der die geplante Entscheidung zu entnehmen ist, übermitteln. Schließlich müssen die nationalen Wettbewerbsbehörden nach Art. 11 IV 4 der Kommission auch sonstige Unterlagen zur Verfügung stellen, die zur Beurteilung des Falls erforderlich sind, falls die Kommission dies wünscht. Nach Art. 11 IV 3 und 5 können die der Kommission übermittelten Informationen auch den anderen nationalen Wettbewerbsbehörden zugänglich gemacht werden. Art. 11 IV 6 hat neben Art. 12 I keine eigenständige Bedeutung und hätte eigentlich auch weggelassen werden können. Insgesamt soll Art. 11 IV aber vor allem der Kommission die Möglichkeit geben, nach Art. 11 VI ein Verfahren an sich zu ziehen, um so eine kohärente Anwendung der Art. 81, 82 EG zu gewährleisten. Durch Art. 11 IV wird auch gewährleistet, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden vor der 30-Tage-Frist grundsätzlich keine Entscheidung erlassen. Danach können sie eine Entscheidung erlassen, wenn die Kommission das Verfahren nicht an sich gezogen hat gem. Art. 11 VI. Ausnahmsweise kann unter besonderen Umständen eine nationale Entscheidung auch vor der 30-Tage-Frist getroffen werden<sup>393</sup>.

Art. 11 V gibt den nationalen Wettbewerbsbehörden das Recht, die Kommission bei jedem Fall, in dem es um die Anwendung von EG-Wettbewerbsrecht geht, zu konsultieren. Eine nationale Wettbewerbsbehörde hat also das Recht, bei jedem Fall mit Gemeinschaftsrechtsbezug die Kommission um Rat zu fragen. Ob dies allerdings dem Ziel der Reform, nämlich Mitarbeiterressourcen der Kommission freizusetzen, um die besonders schädlichen Kartelle zu bekämpfen, dient, ist eher fraglich, da so ja die Mitarbeiter der Generaldirektion IV wieder gebunden wären.

### 3. Austausch und Verwertung von Informationen – Art. 12

In Art. 12 wird ein neues und für die Kooperation im ECN unverzichtbares Instrument eingeführt, nämlich die Befugnis aller Wettbewerbsbehörden, Informationen, die zwecks Anwendung der Art. 81 f. EG erhoben wurden, auszutauschen und als Beweismittel zu verwenden, auch solche vertraulicher Art. Ein Informationsaustausch ist demnach nicht allein zwischen einer nationalen Wettbewerbsbehörde und der Kommission, sondern auch zwischen den einzelnen nationalen Wettbewerbsbehörden untereinander möglich. Der Art. 12 soll dabei einer effizienten und wirksamen Verteilung und Bearbeitung von Fällen dienen<sup>394</sup>.

---

<sup>393</sup> Siehe hierzu Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, Rn.47.

<sup>394</sup> Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, Rn.27.

Verwendet werden dürfen diese Informationen gem. Art. 12 II 1 aber nur für den Untersuchungsgegenstand, für die sie von der übermittelnden Behörde erhoben wurden und nur zum Zwecke der Anwendung der Art. 81 und 82 EG<sup>395</sup>. Wendet die nationale Wettbewerbsbehörde im gleichen Fall neben dem europäischen Wettbewerbsrecht parallel auch ihr nationales Wettbewerbsrecht an und führt es zum gleichen Ergebnis wie das europäische Wettbewerbsrecht, so können die Informationen gem. Art. 12 II 2 ausnahmsweise auch für die Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts verwendet werden.

Die Beweisverwertung ist daneben auch nicht unbeschränkt möglich. Zum einen ist gem. Art. 28 II die Preisgabe von Informationen verboten, die bei der Anwendung dieser Verordnung erlangt wurden und unter das Berufsgeheimnis fallen. Gemeint sind damit insbesondere Geschäftsgeheimnisse und andere vertrauliche Informationen<sup>396</sup>. Zum anderen können ausgetauschte Informationen nur dann gegen natürliche Personen verwendet werden, um gegen diese Sanktionen zu verhängen, wenn gem. Art. 12 III die übermittelnde und die empfangende Behörde ähnlich geartete Sanktionen in Bezug auf natürliche Personen vorsehen oder wenn die Rechte der natürlichen Person von der übermittelnden Behörde nach demselben Maßstab gewahrt wurden, wie sie von der empfangenden Behörde hinsichtlich der Erhebung von Beweismaterial gewährleistet werden. Sieht also das Rechtssystem der übermittelnden und der empfangenden Behörde Sanktionen gleicher Art vor, können die gem. Art. 12 ausgetauschten Informationen von der empfangenden Behörde gegen natürliche Personen verwendet werden. Sehen hingegen beide Rechtssysteme keine gleichartigen Sanktionen vor, können die Informationen nur verwendet werden, wenn hinsichtlich der Wahrung der Rechte der natürlichen Person das Gleiche Schutzniveau gewährleistet wird. Haftstrafen dürfen aber nur dann verhängt werden, wenn sowohl das Rechtssystem der übermittelnden wie auch das der empfangenden Behörde Haftstrafen vorsieht. Mit Art. 12 III will man gewährleisten, dass die von Unternehmen erlangten Informationen nicht in einer Weise verwendet werden können, die das höhere Schutzniveau einer natürlichen Person umgehen würde<sup>397</sup>. Anders als die VO Nr.1/2003 sehen manche nationale Rechtssysteme nämlich auch Sanktionen gegen natürliche Personen bei Verstößen gegen die Art. 81, 82 EG vor.

---

<sup>395</sup> Vgl. auch EuGH, Slg. 1989, 3137, 3154 f. (Tz.17-20) "*Dow Benelux/Kommission*".

<sup>396</sup> Siehe Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, Rn.28 (a).

<sup>397</sup> Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, Rn.28 (c).

#### 4. Unterstützung bei Ermittlungen – Art. 22

Nach Art. 22 können die Wettbewerbsbehörden des ECN im Namen und für Rechnung einer anderen Behörde des ECN im eigenen Land Ermittlungen zur Sachaufklärung durchführen. Damit soll eine wirksame Anwendung der Art. 81 und 82 EG durch die Wettbewerbsbehörden ermöglicht werden<sup>398</sup>. Unterschieden wird in Art. 22 aber zwischen der horizontalen Zusammenarbeit, also der zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden, und der vertikalen Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden. Während es nämlich auf horizontaler Ebene bei einer Befugnis zur Zusammenarbeit bleibt gem. Art. 22 I, werden die nationalen Wettbewerbsbehörden nach Art. 22 II auf vertikaler Ebene verpflichtet, die Kommission zu unterstützen. Die Möglichkeit zur horizontalen Zusammenarbeit ist im Gegensatz zur Möglichkeit der vertikalen Zusammenarbeit, die sich an den Art. 13 VO Nr.17/62 anlehnt, neu und ist für die wirksame Zusammenarbeit der nationalen Wettbewerbsbehörden untereinander auch erforderlich. Sie wird die nationalen Wettbewerbsbehörden nämlich in die Lage versetzen, auch Fälle zu behandeln, in denen Beweismittel zum Teil auch in anderen Mitgliedstaaten zu finden sind. Ohne einen derartigen Mechanismus würde eine ernsthafte dezentrale Anwendung der Art. 81, 82 EG ernsthaft behindert<sup>399</sup>. Der Austausch der Informationen zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden erfolgt dabei nach Art. 12. Nehmen die nationalen Wettbewerbsbehörden Ermittlungen auf Grund von Art. 22 vor, so gehen sie dabei immer nach Maßgabe ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften vor.

#### 5. Zurückweisung von Beschwerden und Aussetzen des Verfahrens – Art. 13

Nach Art. 13 können die Wettbewerbsbehörden des ECN ihr Verfahren nach Art. 81 oder 82 EG aussetzen oder Beschwerden zurückweisen, wenn bereits eine andere Wettbewerbsbehörde denselben Fall bearbeitet (Abs. 1) oder bearbeitet hat (Abs. 2). Dies soll eine optimale Verteilung der Fälle des Netzwerks sicherstellen, indem jeder Fall möglichst nur von einer Behörde bearbeitet wird<sup>400</sup>. Die Gefahr unnötiger Doppelbearbeitung sowie etwaig bestehender Anreize zu Mehrfachbeschwerden soll auf diese Weise beseitigt werden<sup>401</sup>. Art. 13 geht dabei wegen des grundsätzlichen Vorrangs des Gemeinschaftsrechts etwaigen materiellrechtlichen Vorschriften vor, welche nationale Wettbewerbsbehörden gegebenenfalls verpflichtet, über jede eingegangene Beschwerde wegen eines Verstoßes nach Art. 81, 82 EG materiellrechtlich zu entscheiden. Die Zurückweisung von Beschwerden

---

<sup>398</sup> Siehe auch VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 28.

<sup>399</sup> Vgl. Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 21 (S.29).

<sup>400</sup> Vgl. VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 18 Satz 1 und 2.

<sup>401</sup> Vgl. Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 13 (S.23).

und das Aussetzen und Einstellen von Verfahren gem. Art. 81 oder 82 EG ist aber keine Verpflichtung, sondern eine Befugnis, so dass parallele Verfahren nationaler Wettbewerbsbehörden dennoch möglich sind. Auch werden durch Art. 13 nicht andere im Gemeinschaftsrecht oder nach nationalem Recht gegebene Möglichkeiten zur förmlichen Abweisung von Beschwerden beschränkt<sup>402</sup>. Schließlich wird die Befugnis der Kommission, den nationalen Wettbewerbsbehörden aufgrund von Art. 11 VI einen Fall zu entziehen, durch Art. 13 nicht berührt.

## 6. Der Beratende Ausschuss – Art. 14

Der Beratende Ausschuss ist ein Gremium, in dem sich Vertreter der einzelnen nationalen Wettbewerbsbehörden zusammensetzen und Einzelfälle oder allgemeine Fragen des europäischen Wettbewerbsrechts erörtern und eventuell auch Stellungnahmen dazu abgeben. Auch in der bisherigen VO Nr.17/62 war er gem. Art. 10 VO Nr.17/62 vorgesehen und seine Arbeit hat sich als sehr zufriedenstellend erwiesen<sup>403</sup>. Deswegen soll er auch nach der neuen VO Nr.1/2003 mit wenigen Neuerungen beibehalten werden. Die neue Regelung in Art. 14 erinnert dabei stark an die Regelung in Art. 19 FKVO, wo es auch einen Beratenden Ausschuss gibt.

Neu ist u.a. die Zusammensetzung, wenn andere Fragen als Einzelfälle erörtert werden: Dann ist es nämlich gem. Art. 14 II 2 möglich – anders als nach Art. 10 IV VO Nr.17/62 – einen weiteren Vertreter entsenden zu dürfen.

Der Beratende Ausschuss soll nicht nur vor den Entscheidungen, die in Art. 14 I aufgelistet sind, gehört werden, sondern auch vor Erlass von Durchführungsmaßnahmen gem. Art. 33 II 2.

Neu gegenüber dem Art. 10 VO Nr.17/62 ist vor allem auch die Anhörung im Wege des schriftlichen Verfahrens nach Art. 14 IV. Dies ist dann möglich, wenn weder die Kommission noch ein Mitgliedstaat eine Sitzung nach Art. 14 III beantragt, vgl. Art. 14 IV 2. Ziel dieser Bestimmung soll es sein, flexiblere und effizientere Arbeitsmethoden zu ermöglichen<sup>404</sup>.

Neu ist auch die Möglichkeit, nach Art. 14 VI 2 schriftliche Stellungnahmen des Beratenden Ausschusses zu veröffentlichen, wobei dem berechtigten Interesse der Unternehmen an der Wahrung ih-

---

<sup>402</sup> So kann die Kommission auch weiterhin eine Beschwerde wegen fehlendem Gemeinschaftsinteresse abweisen, selbst wenn keine andere Wettbewerbsbehörde die Absicht bekundet hat, sich des Falls anzunehmen. Vgl. VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 18 Satz 3. Vgl. hierzu auch Europäische Kommission, Bekanntmachung über die Behandlung von Beschwerden durch die Kommission gemäß Artikel 81 und 82 EG-Vertrag. Siehe auch Art. 5-9 VO Nr.773/04.

<sup>403</sup> Vgl. VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 19 Satz 1; Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 14 (S.24).

<sup>404</sup> VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 19 Satz 3; Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 14 (S.24).

rer Geschäftsgeheimnisse Rechnung zu tragen ist. Diese Regelung ist an Art. 19 VI FKVO angelehnt.

Schließlich schafft Art. 14 VII die Rechtsgrundlage dafür, dass im Beratenden Ausschuss auf Antrag einer nationalen Wettbewerbsbehörde auch Fälle erörtert werden können, die nach Art. 81 und 82 EG von diesen nationalen Wettbewerbsbehörden behandelt werden. Damit wird ein Diskussionsforum für alle Fälle geschaffen, die möglicherweise von gemeinsamen Interessen sind<sup>405</sup>. Ausdrücklich wird dabei in Art. 14 VII an den Fall gedacht, dass die Kommission beabsichtigt, ein Verfahren mit der Wirkung des Art. 11 VI einzuleiten. Die Fallbesprechung führt allerdings nicht zu einer förmlichen Stellungnahme.

## 7. Möglichkeit des Widerrufs einer Gruppenfreistellungsverordnung auf dem nationalen Markt – Art. 29 II

Art. 29 II verleiht den nationalen Wettbewerbsbehörden die Befugnis, einzelnen Vereinbarungen, Beschlüssen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen den Rechtsvorteil einer Gruppenfreistellungsverordnung, die es ja nach Art. 29 I auch weiterhin geben soll<sup>406</sup>, in ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet zu entziehen, sofern dieses alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist und die jeweiligen Vereinbarungen, Beschlüsse oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen Wirkungen haben, die mit Art. 81 III EG unvereinbar sind. Das Gebiet oder Teilgebiet muss aber einen eigenen räumlich relevanten Markt darstellen. Sollte der räumlich relevante Markt über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausgehen, ist die nationale Wettbewerbsbehörde nicht mehr befugt, den Rechtsvorteil einer Gruppenfreistellung partiell für ihr Staatsgebiet zu entziehen. In diesem Fall ist vielmehr eine ausschließliche Zuständigkeit der Kommission nach Art. 29 I gegeben<sup>407</sup>. Derzeit besteht diese „Entziehungsbefugnis“ lediglich bei Vertikalvereinbarungen<sup>408</sup>. Sollte der Rechtsvorteil einer Gruppenfreistellung durch einzelstaatliche Entscheidung entzogen werden, so muss aber, um eine einheitliche Anwendung von Gruppenfreistellungsverordnungen zu gewährleisten<sup>409</sup>, gem. Art. 11 IV 1 vorher die Kommission durch die betreffende nationale Wettbewerbsbehörde konsultiert werden. Ein Entzug des Rechtsvorteils einer Gruppenfreistellungsverordnung wird dabei v.a. dann in Betracht kommen, wenn der Zugang zu dem betreffenden Markt oder der Wettbewerb auf

---

<sup>405</sup> VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 19 Satz 5; Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 14 (S.24).

<sup>406</sup> Vgl. zu den Gruppenfreistellungsverordnungen im Legalausnahmesystem § 9 C (S.165 ff.).

<sup>407</sup> Vgl. Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Rn.77.

<sup>408</sup> Siehe Art. 1 Nr.4 VO Nr.1215/1999 zur Änderung der VO Nr.19/65, Art. 7 VO Nr.2790/1999 sowie Art. 6 II VO Nr.1400/2002.

<sup>409</sup> Vgl. Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 29 (S.31 f.).

diesem Markt infolge der kumulativen Wirkung nebeneinander bestehender Netze von gleichartigen Beschränkungen in erheblichem Maße beschränkt ist. Beispiele für eine solche Konstellation liefern insbesondere die Märkte für Getränke<sup>410</sup> und Speiseeis<sup>411</sup>, auf denen die Anbieter traditionellerweise eine Absatzstrategie betreiben, die darauf zielt, möglichst viele Absatzmittler mit Hilfe von Bezugspflichten und vertraglichen Wettbewerbsverboten ausschließlich an einen Lieferanten zu binden<sup>412</sup>.

### **III. Kohärente Anwendung von Art. 81, 82 EG durch die nationalen Wettbewerbsbehörden – Art. 16 II**

Die nationalen Wettbewerbsbehörden sind wegen Art. 11 VI ja nicht mehr zur Anwendung der Art. 81, 82 EG befugt, wenn die Kommission bezüglich desselben Sachverhalts bereits ein Verfahren nach Art. 7-10 eingeleitet hat. Insofern könnte man sich fragen, welche eigenständige Bedeutung dem Art. 16 II überhaupt noch zukommt und ob er nicht vielleicht sogar überflüssig ist. Nach Art. 16 II dürfen die nationalen Wettbewerbsbehörden nämlich keine Entscheidungen<sup>413</sup> nach Art. 81 oder 82 EG treffen, die einer von der Kommission bereits erlassenen Entscheidung bezüglich des gleichen Sachverhalts zuwiderlaufen würden. Aber wenn die nationalen Wettbewerbsbehörden schon gar nicht mehr die Art. 81 und 82 EG anwenden können, dann können sie ja auch keine Entscheidung nach den Art. 81, 82 EG treffen, die einer von der Kommission bereits erlassenen Entscheidung i.S.d. Art. 16 II zuwiderlaufen könnte.

Eigenständige Bedeutung könnte der Art. 16 II aber zum einen haben, wenn es Entscheidungen der Kommission nach den Art. 81, 82 EG geben würde, die nicht unter Art. 11 VI fallen und den nationalen Wettbewerbsbehörden die Zuständigkeit für die Anwendung der Art. 81, 82 EG entziehen würden. Dann müsste es also auch Entscheidungen der Kommission i.S.d. Art. 16 II geben, die nicht nach einem Verfahren nach den Art. 7-10 erlassen werden.

Zum anderen könnte dem Art. 16 II eigenständige Bedeutung zukommen, wenn die nationalen Wettbewerbsbehörden nationales Kartellrecht anwenden. Art. 11 VI schließt die Anwendung nationalen Kartellrechts nämlich nicht aus. Fraglich ist jedoch, ob Art. 3 I i.V.m. Art. 11 VI nicht der Anwendung nationalen Rechts entgegensteht, wenn eigentlich auch die Art. 81, 82 EG angewandt

---

<sup>410</sup> Vgl. etwa EuGH, Slg. 1991, I, 935 *“Delimitis“*.

<sup>411</sup> EuGH, Slg. 1995, II, 1533 *“Langnese-Iglo/Kommission“*; EuGH, Slg. 1995, II, 1611 *“SchöllerKommission“*.

<sup>412</sup> Vgl. Schröter (2000), 23, 44.

<sup>413</sup> Entscheidungen der Kommission sind Rechtsakte der Gemeinschaft i.S.d. Art. 249 EG und unterliegen einem gesonderten System der gerichtlichen Überwachung, bei dem ausschließlich die Gerichte der Gemeinschaft verantwortlich sind.



werden müssten<sup>414</sup>. Denn nach Art. 3 I müssen die nationalen Wettbewerbsbehörden ja auch bei Vorliegen der Zwischenstaatlichkeitsklausel Art. 81 EG und bei Vorliegen eines verbotenes Missbrauchs i.S.d. Art. 82 EG den Art. 82 EG anwenden. Wenn sie aber die Zuständigkeit für die Anwendung der Art. 81, 82 EG nach Art. 11 VI verlieren, ist dies schlecht möglich. Dafür, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden aber ganz von der Beurteilung eines Falls auch nach nationalem Kartellrecht ausgeschlossen sein sollen, gibt es keinerlei Anhaltspunkte. Vielmehr muss man den Art. 3 I i.V.m. Art. 11 VI wohl dahin auslegen, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden zum einen keine Entscheidung, die auf Art. 81 oder 82 EG beruht, treffen dürfen, wenn die Kommission ein Verfahren nach Art. 7-10 eingeleitet hat und dass die nationalen Wettbewerbsbehörden zum anderen nichts nach nationalem Kartellrecht erlauben oder freistellen dürfen, was nach Art. 81 oder 82 EG verboten wäre, aber dabei trotzdem nach nationalem Kartellrecht eine Vereinbarung oder missbräuchliche Verhaltensweise verbieten dürfen, selbst wenn die Kommission ein Verfahren nach Art. 7-10 eingeleitet hat. Bedeutung erlangt der Art. 16 II hier im Anwendungsbereich des Art. 81 EG, wenn die jeweilige nationale Wettbewerbsbehörde nach nationalem Recht vorgehen will und dabei der Meinung ist, ihr Vorgehen entspräche dem des Art. 81 EG, während die Kommission bezüglich der Vereinbarung bei der Anwendung des Art. 81 EG zu einem anderen Ergebnis als die nationale Wettbewerbsbehörde kommt. Ähnliches gilt für missbräuchliche Verhaltensweisen, die unter Art. 82 EG fallen. Hier können zwar die nationalen Wettbewerbsbehörden wegen des Fehlens einer dem Art. 3 II 1 entsprechenden Regelung auch nach strengerem nationalen Wettbewerbsrecht gegen eine missbräuchliche Verhaltensweise vorgehen, selbst wenn diese nach Art. 82 EG erlaubt sein sollte<sup>415</sup>. Doch können sie keine missbräuchliche Verhaltensweise nach nationalem Recht erlauben, wenn die Kommission sie in einer Entscheidung i.S.d. Art. 16 II verboten hat, selbst wenn sie der Meinung sind, die entsprechende Verhaltensweise des Unternehmens sei mit Art. 82 EG vereinbar. Die entscheidende Rolle wird Art. 16 II aber dennoch bei Vereinbarungen zwischen Unternehmen spielen, wenn die nationalen Wettbewerbsbehörden nach nationalem Wettbewerbsrecht verbieten wollen, weil sie der Meinung sind, im Einklang mit Art. 81 EG zu handeln, während die Kommission eine Entscheidung i.S.d. Art. 16 II getroffen hat, in der sie mitteilt, dass die Vereinbarung mit Art. 81 EG vereinbar ist. Dann wären nämlich die nationalen Wettbewerbsbehörden an der Anwendung strengeren nationalen Rechts gehindert. Durch Art. 16 II wird also der Spielraum für sich widersprechende Entscheidungen beschränkt. Gerade in einem System der parallelen Zuständigkeiten, in dem sowohl die Kommission, wie auch die nationalen Gerichte und Wettbewerbsbe-

---

<sup>414</sup> Vgl. zu Art. 3 noch ausführlich die Darstellung unter § 7 B (S.120 ff.).

<sup>415</sup> Vgl. hierzu auch § 7 B II 2 b (S.122 ff.).

hörden zur Anwendung der Art. 81 und 82 EG in vollem Umfang befugt sind, ist die Wahrung der einheitlichen Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft und die Vermeidung einander widersprechender Entscheidungen von zentraler Bedeutung<sup>416</sup>. Das Potential für sich widersprechende Entscheidungen hängt dabei entscheidend vom Tenor der Kommissionsentscheidung und dem ihr zugrunde liegenden Sachverhalt ab. Je weiter der Tenor und der zugrunde liegende Sachverhalt, desto geringer ist nämlich auch das Potential für sich widersprechende Entscheidungen.

Die Frage, die sich jetzt noch stellt, ist, wann eine Entscheidung der Kommission i.S.d. Art. 16 II überhaupt vorliegt. Dabei ist wie folgt zu differenzieren:

### 1. Feststellung und Abstellung von Zuwiderhandlungen – Art. 7

Die Kommission kann nach Art. 7 I 1 Entscheidungen über die Feststellung und Abstellung von Zuwiderhandlungen gegen Art. 81 oder 82 EG treffen. Dabei liegt nach dem Wortlaut des Art. 7 I 1 schon eine Entscheidung vor und unter Beachtung des systematischen Zusammenhangs ist dies auch eine Entscheidung i.S.d. Art. 16. Hat die Kommission eine Zuwiderhandlung festgestellt, so dürfen die nationalen Wettbewerbsbehörden also keine widersprüchlichen Entscheidungen erlassen, soweit der Sachverhalt derselbe ist<sup>417</sup>.

### 2. Positiventscheidungen – Art. 10

In Ausnahmefällen wird die Kommission gem. Art. 10 auch sog. Positiventscheidungen erlassen, mit denen eine Nichtanwendung des in Art. 81 oder 82 EG verankerten Verbots festgestellt wird. Auch hier sagt schon der Wortlaut des Art. 10 I, dass es sich um eine Entscheidung handelt<sup>418</sup>. Genauso wie bei Entscheidungen nach Art. 7 müssen die nationalen Wettbewerbsbehörden es vermeiden, eine zu einer Positiventscheidung der Kommission nach Art. 10 widersprüchliche Entscheidung zu erlassen, wenn der Sachverhalt derselbe ist<sup>419</sup>.

### 3. Zusageentscheidungen – Art. 9

Nach Art. 9 kann die Kommission sog. Zusageentscheidungen im Rahmen eines Untersagungsverfahrens treffen. Dabei machen die Unternehmen der Kommission im Rahmen eines Untersagungsverfahrens Verpflichtungszusagen, die geeignet sind, Bedenken der Kommission auszuräumen. Die

---

<sup>416</sup> Siehe VO Nr.1/2002, Erwägungsgrund 22 Satz 1.

<sup>417</sup> Siehe auch Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 16 (S.26).

<sup>418</sup> Vgl. VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 14.

<sup>419</sup> Vgl. Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 16 (S.26).

Kommission erlässt daraufhin eine Zusageentscheidung, in der sie diese Verpflichtungszusagen der Unternehmen für bindend erklärt und zugleich – ohne die Frage zu beantworten, ob eine Zuwiderhandlung vorgelegen hat oder noch vorliegt – feststellt, dass für ihr Tätigwerden kein Anlass mehr besteht<sup>420</sup>. Entgegen den Vorstellungen der Kommission, diese Entscheidungen auch gegenüber nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichten für bindend zu erklären<sup>421</sup>, hat der Rat ausdrücklich festgelegt, dass solche Zusageentscheidungen der Kommission die Befugnisse der nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte, das Vorliegen einer Zuwiderhandlung festzustellen und über den Fall zu entscheiden, unberührt lassen<sup>422</sup>. Zwar liegt nach dem Wortlaut des Art. 9 eine Entscheidung der Kommission vor, doch nach dem Willen des Gesetzgebers ist dies keine Entscheidung i.S.d. Art. 16. Dass Art. 9 trotzdem von einer Entscheidung spricht, muss deshalb wohl als Versehen des Gesetzgebers interpretiert werden. Eine Entscheidung i.S.d. Art. 16 liegt jedenfalls nicht vor.

#### 4. Beratungsschreiben

Unter Beratungsschreiben – auch teilweise als Written Opinions bezeichnet – versteht man rechtlich unverbindliche Auskünfte über die wettbewerbliche Zulässigkeit bestimmter Vereinbarungen oder Verhaltensweisen, welche die Kommission einzelnen Unternehmen in Ausnahmefällen künftig erteilen wird<sup>423</sup>. Die Kommission hat dabei die Voraussetzungen für die Erteilung derartiger Auskünfte in einer Bekanntmachung festgelegt<sup>424</sup>. Es handelt sich zumeist um Fälle, in denen ernsthafte Rechtsunsicherheit entsteht, weil neue und ungelöste Fragen in Bezug auf die Anwendung der Wettbewerbsregeln auftauchen<sup>425</sup>. Danach kommen die Beratungsschreiben aber auch nur in wenigen, jedoch gravierenden Ausnahmefällen in Betracht. Zudem ist vorgesehen, dass die im Zusammenhang mit einem Beratungsersuchen vorgelegten Informationen in einem späteren Verfahren von der Kommission verwendet werden können, selbst wenn die Unternehmen ihr Ersuchen zurückgezogen haben<sup>426</sup>. Das würde schließlich das Risiko erhöhen, dass die Kommission die von den Unternehmen selbst gelieferten Informationen zu einem späteren Zeitpunkt aufgreift und auf dieser Grundlage gegen die Unternehmen vorgeht. Dabei sieht sich nicht einmal die Kommission selbst durch die Erteilung eines Beratungsschreibens in einer etwaigen späteren Würdigung derselben Fra-

---

<sup>420</sup> Vgl. VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 13 Satz 2.

<sup>421</sup> Siehe Europäische Kommission, Weissbuch Rn.90.

<sup>422</sup> Vgl. VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 13 Satz 3, sowie Erwägungsgrund 22 Satz 3.

<sup>423</sup> Vgl. VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 38 Satz 2; Hossenfelder/Lutz, WuW 2003, 118, 123 (Fußnote 37).

<sup>424</sup> Vgl. Europäische Kommission, Beratungsschreiben.

<sup>425</sup> Siehe VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 38 Satz 2.

<sup>426</sup> Vgl. Europäische Kommission, Beratungsschreiben, Rn.18.

ge an dieses gebunden<sup>427</sup>. Wenn aber ein Beratungsschreiben der Kommission nicht einmal die Kommission selbst bindet, so wird der Zweck des Beratungsschreibens doch stark in Frage gestellt. Denn derart unverbindliche Schreiben tragen in keiner Weise zur Rechtssicherheit der betroffenen Unternehmen bei. Die Beratungsschreiben der Kommission wären demnach eigentlich wertlos und somit überflüssig. Fraglich ist aber, ob die Kommission trotz Erteilung eines Beratungsschreibens zu einem späteren Zeitpunkt bezüglich derselben Vereinbarung ein Bußgeld verhängen kann, auch wenn sie selbst sich diese Option in ihrer Bekanntmachung offen zu lassen scheint. Angesichts der bisherigen Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte wird man dies jedoch zu verneinen haben<sup>428</sup>. Deshalb müsste zumindest ein positives Beratungsschreiben für das jeweilige Unternehmen straffausschließend berücksichtigt werden, da hier ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vorliegt und somit ein Verschulden seitens der Unternehmen fehlt. Nur wenn die Kommission ihre Ansicht in einem zuvor erteilten Beratungsschreiben später wieder revidiert, so kann ab diesem Zeitpunkt das für die Erteilung eines Bußgeldes notwendige Verschulden wieder vorliegen. Eine Entscheidung i.S.d. Art. 16 stellen die Beratungsschreiben aber jedenfalls nicht dar. Gerichte und nationale Wettbewerbsbehörden werden durch sie ausdrücklich nicht gebunden<sup>429</sup>.

## 5. Bekanntmachungen und Leitlinien

Die Anzahl und Bedeutung von Bekanntmachungen und Leitlinien, insbesondere zu Art. 81 III EG, wird in Zukunft zunehmen. Die Kommission will mit ihrer Hilfe insbesondere ihre Politik erläutern. Bekanntmachungen und Leitlinien enthalten aber keine Rechtsvorschriften. Sie stellen auch keine Entscheidungen i.S.d. Art. 16 dar. Für nationale Gerichte sind sie jedenfalls nach allgemeiner Ansicht nicht bindend, sondern können allerhöchstens eine Orientierungshilfe sein<sup>430</sup>. Verbindlich können sie allenfalls im Zuge einer „Bestätigung“ durch den EuGH werden<sup>431</sup>. Allerdings unterwirft sich die Kommission selbst, sofern nicht in den einzelnen Bekanntmachungen und Leitlinien etwas anderes mitgeteilt wird, nach dem allgemeinen Vertrauensgrundsatz einer Selbstbindung. Sie darf deshalb von ihrer in der Bekanntmachung geäußerten Rechtsauffassung nicht willkürlich, sondern nur aus zwingenden Gründen abweichen. In Bußgeldverfahren geben die Bekanntmachungen vollen Vertrauensschutz. Umstritten ist dagegen, ob Bekanntmachungen der Kommission Bindungswir-

---

<sup>427</sup> Vgl. Europäische Kommission, Beratungsschreiben, Rn.11, 24.

<sup>428</sup> Vgl. EuGH, Slg. 1975, 1663, 2026 (Tz.555-557) *„Suiker Unie u.a./Kommission“*. Siehe hierzu auch § 8 B 2 b (S.156 ff.).

<sup>429</sup> Vgl. Europäische Kommission, Beratungsschreiben, Rn.25.

<sup>430</sup> Vgl. Rat der Europäische Union, Rn.3; Schröter in: Schröter/Jakob/Mederer, Vorbemerkungen zu den Artikeln 81 bis 85, Rn.18 m.w.N.

<sup>431</sup> Siehe Jaeger, WuW 2000, 1064, 1070.

kung gegenüber den nationalen Wettbewerbsbehörden entfalten, soweit diese die Art. 81, 82 EG anwenden<sup>432</sup>. Nach verbreiteter Meinung im Schrifttum und der Ansicht der Kommission soll den Bekanntmachungen jedoch keine Bindungswirkung zukommen, auch nicht gegenüber den nationalen Wettbewerbsbehörden<sup>433</sup>. Auch wenn nach dieser Meinung die Rechtssicherheit der Unternehmen leidet, ist dieser Meinung trotzdem zuzustimmen, denn Bekanntmachungen enthalten nur Hinweise, wie die Kommission den Regelfall beurteilen wird. Eine Entscheidung im Einzelfall kann freilich ganz anders ausfallen.

#### **IV. Stellungnahme**

Die Auswirkungen der Reform sind, was das Verhältnis der Wettbewerbsbehörden zueinander betrifft, insgesamt positiv zu beurteilen. Die verstärkte Zusammenarbeit und die damit verbundene Errichtung des ECN wird zu einer effektiveren und kohärenteren Anwendung der Art. 81, 82 EG führen. Durch die Kooperationsmechanismen im ECN werden schließlich auch v.a. die Hardcore-Kartelle effektiver bekämpft werden können. Hierfür wäre freilich ein Systemwechsel nicht erforderlich gewesen. Zwar wird die direkte Anwendung des Art. 81 III EG durch die nationalen Wettbewerbsbehörden die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen erhöhen, doch angesichts der äußerst weitgehenden Evokationsrechte der Kommission, die jederzeit und nach Belieben einen Fall durch die Einleitung eines Verfahrens an sich ziehen kann, wird die Gefahr einer Inkohärenz bei Entscheidungen der nationalen Wettbewerbsbehörden auf ein Minimum begrenzt, wenngleich man sagen muss, dass dies der beabsichtigten Dezentralisierung des Gemeinschaftsrechts nicht gerade förderlich ist. Gerade die Belebung einer dezentralen Anwendung des Art. 81 III EG durch die nationalen Wettbewerbsbehörden ist unter diesem Vorzeichen nämlich alles andere als motivierend<sup>434</sup>. Die nationalen Wettbewerbsbehörden spielen deshalb im ECN von vornherein auch nur die Rolle des Juniorpartners<sup>435</sup>. Ob sie sich damit abspeisen lassen und welche Auswirkungen dies letztlich auf die Zusammenarbeit mit der Kommission und damit auch auf die effektive Bekämpfung von Hardcore-Kartellen haben wird, wird man abwarten müssen. In den sehr weit reichenden Evokationsrechten der Kommission kann man auf jeden Fall auch eine Konzentration von Macht sehen,

---

<sup>432</sup> Für eine Bindungswirkung im Einzelfall etwa Schröter in: Schröter/Jakob/Mederer, Vorbemerkungen zu den Artikeln 81 bis 85, Rn.15 f.

<sup>433</sup> Vgl. Europäische Kommission, de minimis-Bekanntmachung, Rn.4; Gleiss/Hirsch, Einl C, Rn.77 ff.; Reh binder in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band I, Einleitung F, Rn.31.

<sup>434</sup> So auch Gröning, WRP 2001, 83, 84.

<sup>435</sup> Vgl. erneut Gröning, WRP 2001, 83, 88.

die in den Händen einer einzigen Behörde liegt, nämlich der Generaldirektion IV<sup>436</sup>. Kein Grund, in Jubel auszubrechen.

---

<sup>436</sup> Siehe hierzu Rittner, EuZW 2000, 129.

## **§ 6 Die Auswirkungen der Reform auf das Verhältnis nationaler Gerichte zur Kommission bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 EG**

Nicht nur die nationalen Wettbewerbsbehörden, sondern auch die nationalen Gerichte werden in Zukunft den Art. 81 III EG direkt anwenden, so dass nun auch sie Wettbewerbsbeschränkungen vom Verbot des Art. 81 I EG unmittelbar freistellen können. Wie sich dadurch das Verhältnis nationaler Gerichte zur Kommission ändern wird, wird nun im Folgenden dargestellt. Dabei wird wie beim Verhältnis der Kommission zu den nationalen Wettbewerbsbehörden zuerst unter Punkt A das bisherige Verhältnis kurz dargestellt, um dann unter Punkt B insbesondere auf die Veränderungen, die sich durch die VO Nr.1/2003 ergeben, einzugehen.

### ***A. Das Verhältnis vor der Reform***

Die VO Nr.17/62 enthielt bis auf Art. 9 I VO Nr.17/62 keinerlei Regelungen zum Verhältnis der Kommission zu den nationalen Gerichten. Die Kommission hatte hier lediglich eine Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen ihr und den nationalen Gerichten bei der Anwendung der Art. 81, 82 EG<sup>437</sup> erlassen. Das Verhältnis zwischen der Kommission und den nationalen Gerichten bei Anwendung der Art. 81, 82 EG ergab sich daher zum einen hauptsächlich aus dieser Bekanntmachung und zum anderen aber auch aus der bisherigen Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte.

### **I. Kompetenzverteilung**

Gem. Art. 9 I VO Nr.17/62 war ausschließlich die Kommission zum Erlass von Entscheidungen zur Durchführung des Art. 81 III EG befugt. Dagegen teilte sie die Befugnis zur Anwendung der Art. 81 I und 82 EG mit den nationalen Gerichten<sup>438</sup>. Die nationalen Gerichte blieben somit im Gegensatz zu den nationalen Wettbewerbsbehörden auch nach Einleitung eines Verfahrens gem. Art. 2, 3 oder 6 VO Nr.17/62 durch die Kommission für die Anwendung der Art. 81 I und 82 EG zuständig<sup>439</sup>. Deshalb konnten Verstöße gegen Art. 81 I und 82 EG auf Gemeinschaftsebene durch

---

<sup>437</sup> Europäische Kommission, Bekanntmachung (1993).

<sup>438</sup> Voraussetzung hierfür ist freilich, dass das nationale Gericht nach den Art. 2 ff. EuGVO international überhaupt zuständig ist, was allerdings angesichts der vielfältig dort vorgesehenen Gerichtsstände kein allzu großes Hindernis darstellen dürfte.

<sup>439</sup> EuGH, Slg. 1974, 51, 62 (Tz.17-20) "BRT/SABAM".

die Kommission und auf nationaler Ebene durch die zuständigen Gerichte grundsätzlich parallel verfolgt werden<sup>440</sup>.

Allerdings konnten die nationalen Gerichte die auf Grund des Art. 81 III EG erlassenen Entscheidungen und Verordnungen unmittelbar anwenden<sup>441</sup>. Das nationale Gericht prüfte deshalb, wenn es zu dem Ergebnis kam, dass Art. 81 I EG erfüllt ist, ob die Vereinbarung von der Kommission nach Art. 81 III EG bereits freigestellt worden war oder in den Anwendungsbereich einer Gruppenfreistellungsverordnung fiel. War dies nicht der Fall, so hatte das nationale Gericht weiter zu prüfen, ob die verfahrensmäßigen Voraussetzungen einer Freistellungsentscheidung erfüllt waren. Dies war mit Ausnahme der Vereinbarungen, die unter Art. 4 II VO Nr.17/62 fielen, aber nur dann der Fall, wenn die Vereinbarung gem. Art. 4 I VO Nr.17/62 bei der Kommission ordnungsgemäß angemeldet worden war. War dies der Fall, so hatte das nationale Gericht auch zu prüfen, ob Art. 81 III EG möglicherweise erfüllt war. Der Gerichtshof hatte dabei aber anerkannt, dass die Vorschrift zu schwierigen Wertungen wirtschaftlicher Sachverhalte zwingt<sup>442</sup>. Dem war sich übrigens auch die Kommission bewusst<sup>443</sup>. Deshalb konnte ein nationales Gericht nur dann die Nichtigkeit des Vertrages nach Art. 81 II EG feststellen, wenn die entsprechende Vereinbarung offensichtlich nicht Gegenstand einer Freistellungsentscheidung nach Art. 81 III EG sein konnte<sup>444</sup>.

## **II. Verhältnis zwischen nationalen Gerichten und der Kommission bei der Anwendung der Art. 81, 82 EG**

Da die Kompetenz zur Anwendung der Art. 81 I, 82 EG sowohl der Kommission wie auch den nationalen Gerichten zugewiesen war, kam es immer wieder zu Parallelverfahren. Derselbe Rechtsstreit konnte sowohl Gegenstand von Verfahren vor den nationalen Gerichten sein, sowie parallel dazu in einem europäischen Kartellverfahren nach der VO Nr.17/62 von der Kommission beurteilt werden. In diesen Fällen kam es also zu einer Rechtsanwendungskonkurrenz im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht<sup>445</sup>. Es war deshalb denkbar, dass unterschiedliche Entscheidungen betreffend desselben Sachverhalts getroffen werden konnten, wobei sich hier freilich bereits Einschränkungen aufgrund

---

<sup>440</sup> Während die Kommission dabei im öffentlichen Interesse tätig wird, nehmen die nationalen Gerichte die individuellen Interessen der streitenden Parteien wahr.

<sup>441</sup> EuGH, Slg. 1976, 111, 118 (Tz.11) "*Fonderies Roubaix/Fonderies Roux*"; EuGH, Slg. 1991, I, 935, 992 f. (Tz.46 und 50) "*Delimitis*".

<sup>442</sup> Vgl. etwa EuGH, Slg. 1966, 321, 396 "*Consten und Grundig*".

<sup>443</sup> Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung (1993), Rn.32.

<sup>444</sup> Vgl. EuGH, Slg. 1991, I, 935, 994 (Tz.55) "*Delimitis*".

<sup>445</sup> Davon zu unterscheiden ist die Frage der Rechtsnormenkonkurrenz, also der parallelen Anwendung von Gemeinschaftskartellrecht und nationalem Kartellrecht. Vgl. hierzu § 7 (S.114 ff.).



des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts ergaben<sup>446</sup>. Anders als die nationalen Gerichte war aber die Kommission nicht an eine Entscheidung gebunden, die ein nationales Gericht bei der Anwendung der Art. 81 I, 82 EG bereits erlassen hatte. Deshalb wäre es auch möglich gewesen, dass die Kommission eine Entscheidung traf, die bereits Gegenstand einer Entscheidung eines nationalen Gerichts gewesen war und zu dieser in Widerspruch stand. Es stellte sich daher die Frage, wie derartige Kollisionsfälle zu behandeln sind.

### 1. Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und der Kommission

Anknüpfungspunkt für die Lösung von Kollisionsfällen bei der Anwendung der Art. 81 I, 82 EG war der aus Art. 10 EG hergeleitete gemeinschaftsweite Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit, der sowohl die Kommission wie auch die nationalen Gerichte betrifft<sup>447</sup>. Hieraus wurde eine allgemeine Rechtspflicht zu kooperativem Verhalten sowohl der nationalen Gerichte gegenüber der Kommission, wie auch der Kommission gegenüber den nationalen Gerichten abgeleitet.

### 2. Die „Delimitis-Entscheidung“

Die Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit hatte der EuGH in seiner „*Delimitis-Entscheidung*“ näher konkretisiert. Die nationalen Gerichte sollten demnach grundsätzlich Entscheidungen bzgl. der Art. 81, 82 EG vermeiden, wenn noch eine Entscheidung der Kommission ergehen konnte, die der eigenen Entscheidung möglicherweise entgegengestanden gewesen wäre<sup>448</sup>. Dabei konnte das nationale Gericht seine Entscheidung aussetzen, um den Ausgang des Kommissionsverfahrens abzuwarten<sup>449</sup>. Daneben blieb ihm aber auch die Möglichkeit der Vorlage an den EuGH nach Art. 234 EG.

### 3. Die „Masterfoods-Entscheidung“

In der „*Masterfoods-Entscheidung*“ des EuGH stellte sich das Problem, dass die Kommission in der gleichen Sachfrage zu einer anderen Entscheidung kam als zuvor das nationale Gericht. Der EuGH hatte entschieden, dass die nationalen Gerichte, wenn sie über einen Sachverhalt befanden, zu dem künftig noch eine Entscheidung der Kommission ergehen konnte, es vermeiden mussten, Urteile zu

---

<sup>446</sup> Vgl. hierzu § 7 A (S.115 ff.).

<sup>447</sup> EuGH, Slg. 1990, I, 3365, 3372 (Tz.17) „*Zwartveld u.a.*“; EuGH, Slg. 1991, I, 935, 994 (Tz.53) „*Delimitis*“.

<sup>448</sup> EuGH, Slg. 1991, I, 935, 992 (Tz.47) „*Delimitis*“.

<sup>449</sup> Vgl. auch schon EuGH, Slg. 1974, 51, 63 (Tz.21) „*BRT/SABAM*“.

erlassen, die dieser Entscheidung hätten zuwiderlaufen können<sup>450</sup>. Dies galt selbst dann, wenn die Kommission im Widerspruch zum bereits ergangenen Urteil eines nationalen Gerichts stand<sup>451</sup>. Damit wurde eine Vorlage- und Aussetzungspflicht der nationalen Gerichte in jedem Fall begründet, in dem eine potentielle Entscheidung der Kommission im Widerspruch zu diesem nationalen Urteil stehen könnte. Die nationalen Gerichte mussten deshalb entweder die Meinung des EuGH zu dieser Frage einholen oder eine entsprechende Kommissionsentscheidung abwarten. Selbst wenn gegen die inzwischen ergangene Kommissionsentscheidung Nichtigkeitsklage erhoben wurde, musste das nationale Gericht entweder das Verfahren aussetzen bis eine Entscheidung über die Nichtigkeitsklage ergangen ist oder dem EuGH eine Vorabentscheidungsfrage vorlegen<sup>452</sup>. Divergierende Entscheidungen sollten so verhindert werden. Aus dem aus Art. 10 EG hergeleiteten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit zwischen nationalen und europäischen Organen ist damit eine „Einbahnstraße“ geworden, die im Ergebnis freilich zu einem Vorrang der europäischen vor der nationalen Ebene in jeder Hinsicht geführt hat<sup>453</sup>.

### **III. Die Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und der Kommission**

Die Kommission eröffnete in ihrer Bekanntmachung die Möglichkeit zur Erlangung von Auskünften und Unterlagen. Dabei handelte es sich im Einzelnen um Angaben zum Stand von Verfahren, ob ein bestimmter Sachverhalt von der Kommission schon behandelt wird, ob eine Anmeldung erfolgte, ob die Kommission ein förmliches Verfahren eingeleitet hat oder ob sie sich schon im Wege einer Entscheidung oder eines Verwaltungsschreibens geäußert hat. Außerdem bestand die Möglichkeit, die Kommission über Rechtsfragen bei der Anwendung der Art. 81, 82 EG zu konsultieren. Schließlich konnten die nationalen Gerichte bei der Kommission auch Unterlagen, wie Statistiken, Marktstudien und Wirtschaftsanalysen anfordern. Dies hatte für die Kommission zur Folge, in die Rolle eines „amicus curiae“ zu schlüpfen.

---

<sup>450</sup> EuGH, Slg. 2000, I, 11369, 11429 (Tz.51) „*Masterfoods und HB*“.

<sup>451</sup> EuGH, Slg. 2000, I, 11369, 11429 (Tz.52) „*Masterfoods und HB*“.

<sup>452</sup> EuGH, Slg. 2000, I, 11369, 11430 (Tz.53 f.) „*Masterfoods und HB*“.

<sup>453</sup> Vgl. Geiger, EuZW 2001, 113, 117.

## ***B. Das Verhältnis nach der Reform***

### **I. Autonome Anwendung des Art. 81 III EG durch die nationalen Gerichte**

Den zweiten Pfeiler der Reform bildet ja die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 81 III EG, was freilich schon aus dem Charakter des Legalausnahmesystems folgt. Dadurch soll sich die Rolle der nationalen Gerichte ändern, die künftig verstärkt in das System der Wettbewerbsaufsicht eingebunden werden. Während die nationalen Wettbewerbsbehörden den Schutz des Wettbewerbs im öffentlichen Interesse wahrnehmen, werden die nationalen Gerichte, wie auch schon bisher, vorwiegend im Interesse Privater tätig, indem sie unter anderem den durch die Zuwiderhandlung Geschädigten Schadensersatz zuerkennen. Nach Art. 6 sind die nationalen Gerichte jedenfalls zur Anwendung der Art. 81 und 82 EG befugt, wobei sie künftig auch den Art. 81 III EG anwenden müssen und dies nicht mehr nur oberflächlich, wie es wegen des Freistellungsmonopols der Kommission gem. Art. 9 I VO Nr.17/62 bisher der Fall war. Aus der bisherigen „Pauschalbeurteilungskompetenz“ wird deshalb künftig eine „Vollbeurteilungskompetenz“. Sollte ein nationales Gericht also ab dem 1. Mai 2004 zu dem Ergebnis kommen, dass eine Vereinbarung nach Art. 81 I EG verboten ist, so hat es weiter zu prüfen, ob nicht eventuell Art. 81 III EG greift, da solche Vereinbarungen wegen Art. 1 II ja nicht verboten sind, wobei es keiner vorherigen Entscheidung hierzu mehr bedarf. Die Freistellung vom Kartellverbot des Art. 81 I EG greift dabei nach Art. 81 III EG aber nur, wenn vier Voraussetzungen, zwei positive und zwei negative, kumulativ erfüllt werden:

- Die Vereinbarung muss zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen,
- die Verbraucher müssen eine angemessene Beteiligung an dem entstehenden Gewinn erhalten,
- die Beschränkungen müssen für die Verwirklichung dieser Ziele unerlässlich sein und
- die Vereinbarung darf den Parteien nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Dabei müssen diese vier Voraussetzungen immer gleichzeitig vorliegen, wenn Art. 81 III EG eingreifen soll. Art. 81 III EG ist deshalb schon dann nicht anwendbar, wenn auch nur eine der vier Freistellungsbedingungen nicht erfüllt ist<sup>454</sup>. Die Gerichte können in diesem Fall ihre Prüfung bezüglich des Art. 81 III EG einstellen. Dies ist aber freilich nur ein schwacher Trost, wenn man

---

<sup>454</sup> Vgl. EuGH Slg. 1966, 321, 399 „*Consten GmbH und Grundig-Verkaufs-GmbH/Kommission*“.

sich vor Augen führt, dass Art. 81 III EG eine Norm mit zahlreichen unbestimmten Begriffen ist, wobei hier insbesondere schwierige wirtschaftliche Prognosen anzustellen sind<sup>455</sup>. Im Einzelnen müssen dabei bzgl. der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen folgende Prognosen erstellt werden:

### 1. Effizienzgewinne

Nach der ersten Voraussetzung des Art. 81 III EG muss die Wettbewerbsbeschränkung zur Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen oder anders gesagt, Effizienzgewinne ermöglichen. Für die Ermöglichung der Effizienzgewinne kommt es nicht auf die subjektive Einschätzung der Vertragspartner an, sondern auf spürbare objektive Vorteile, die sich nicht allein auf die Unternehmensbereiche der Vertragspartner beschränken dürfen<sup>456</sup>. Wenn also Unternehmen durch eine Aufteilung der Märkte ihre Produktion und damit auch Produktionskosten verringern, so hat dies objektiv keinerlei wettbewerbsfördernde Wirkung im Markt und ist für die Anwendung des Art. 81 III EG unerheblich, da die Gebietsaufteilung einzig dazu dient, die Gewinne der Unternehmen durch Ausschaltung eines Konkurrenten zu steigern. Bei der Frage, ob Effizienzgewinne durch die Wettbewerbsbeschränkung ermöglicht werden, geht es um eine Prognose der Entwicklung des Marktes unter dem Einfluss der Wettbewerbsbeschränkung. Dabei genügt es für eine positive Prognose, dass aufgrund konkreter wirtschaftlicher Erfahrungen der Eintritt bestimmter Verbesserungsfolgen in hohem Maße wahrscheinlich ist, wobei die konkreten wirtschaftlichen Erfahrungen mit Fakten von den Parteien dem Gericht vorgetragen werden müssen.

### 2. Angemessene Beteiligung der Verbraucher

Nach der zweiten Voraussetzung des Art. 81 III EG müssen die Verbraucher eine angemessene Beteiligung an den durch die Wettbewerbsbeschränkung entstandenen Gewinnen erhalten. Bei dieser Prognose geht es um eine Abwägung der durch die Wettbewerbsbeschränkung entstehenden Vor- und Nachteile für den Verbraucher, wobei die negativen Auswirkungen durch die Weitergabe des Gewinns für den Verbraucher mindestens ausglich werden müssen. Der Begriff des Verbrauchers ist dabei nicht auf den Endabnehmer begrenzt, sondern umfasst alle Abnehmer der vertragsschließenden Unternehmen, also auch Großhändler und Einzelhändler. Unter Gewinn wird jeder wirtschaftliche Vorteil verstanden, d.h. dass die Verbraucher nicht an jedem einzelnen durch die Wett-

---

<sup>455</sup> Die Kommission hat mittlerweile Leitlinien zur Anwendung des Art. 81 III EG erlassen, die eine Hilfestellung sein sollen. Vgl. Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung des Art. 81 Absatz 3 EG-Vertrag.

<sup>456</sup> Vgl. EuGH Slg. 1966, 321, 396 f. "*Consten GmbH und Grundig-Verkaufs-GmbH/Kommission*".

bewerbsbeschränkung entstandenen Effizienzgewinn beteiligt werden müssen. Die Tatsache, dass die Weitergabe von Vorteilen an den Verbraucher mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung erfolgt, schließt die Anwendung von Art. 81 III EG nicht aus. Jedoch muss ein zeitlich später weitergegebener Vorteil höher ausfallen, da der Wert eines zukünftigen Gewinns natürlich einem gegenwärtigen Gewinn nicht gleichkommt. Ein künftiger Gewinn sollte daher noch mit  $(1+i)^n$  abdiskontiert werden<sup>457</sup>, damit man ihn mit einem gegenwärtigen Gewinn vergleichen kann. Für den Juristen im Gegensatz zum Ökonomen sicherlich nicht unbedingt eine der leichtesten Aufgaben.

### 3. Unerlässlichkeit der Einschränkung

Nach der dritten Voraussetzung des Art. 81 III EG dürfen durch die Wettbewerbsbeschränkung keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung der Effizienzgewinne nicht unerlässlich sind. Dieses Prognoseerfordernis der Unerlässlichkeit beruht auf dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Entscheidend ist, ob den an der Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen keine ihnen zumutbare Handlungsalternative zur Verfügung steht, um die positiven Folgen ebenso gut und sicher ohne die Wettbewerbsbeschränkungen zu erreichen. Abgestellt werden muss auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz. So kann eine Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zunächst bestanden hat, später, also im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung wieder entfallen sein.

### 4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs

Nach der vierten Voraussetzung des Art. 81 III EG darf die Wettbewerbsbeschränkung nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Für eine negative Prognose reicht die bloße Gefahr allein nicht aus. Die Gefahr muss sich vielmehr in der überschaubaren Zukunft auch wahrscheinlich verwirklichen. Bei der Beurteilung, ob der Wettbewerb ausgeschaltet wird, sind aber nicht nur tatsächliche, sondern auch potentielle Wettbewerbsquellen zu berücksichtigen.

---

<sup>457</sup> Dabei ist  $i$  gleich der Zinssatz und  $n$  die Laufzeit in Jahren, die der Gewinn später ausgezahlt wird. Als Zinssatz bietet sich an, die Verzinsung einer 30-jährigen Staatsanleihe zuzüglich eines Inflationzuschlages zu nehmen. So auch Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung des Art. 81 Absatz 3 EG-Vertrag, Rn.88.

## 5. Zusammenfassung

Man sieht, welche Schwierigkeiten mit diesen unbestimmten Rechtsbegriffen und den damit verbundenen wirtschaftlichen Prognoseentscheidungen verbunden sein können. Die Aufgabe wird dabei v.a. für ein angerufenes Kartellzivilgericht, welches anders als im Kartellverwaltungsverfahren nicht auf die Vorarbeit einer Kartellbehörde zurückgreifen kann, um ein Vielfaches schwieriger. Die Zivilgerichte verfügen ja auch nicht über behördliche Vorarbeiten in Form der Sachverhaltsermittlung und -bewertung. Zudem haben sie anders als die Kartellbehörden auch in der Regel keine Amtsermittlungsbefugnisse. Eine Überstrapazierung der Beweislastregeln wäre hier wohl nicht die richtige Lösung, so dass alleine das Parteivorbringen wenig geeignet ist, den Sachverhalt aufzubereiten. Vielmehr müssen die Gerichte ihre Hinweis- und Aufklärungspflicht in größerem Umfang ausschöpfen – dies nach Ansicht Jaegers sogar bis zur Grenze der Untersuchungsmaxime<sup>458</sup>. Nach seiner Auffassung wird dabei der Sachverständigenbeweis, neben der Einholung amtlicher Auskünfte von der Kommission<sup>459</sup>, das probate Beweismittel sein. Ob allerdings der Sachverständigenbeweis beispielsweise die vom Bundeskartellamt geleisteten Vorarbeiten gleichwertig ersetzen kann, ist äußerst fraglich. Problematisch ist auch, dass für die Beurteilung, ob Art. 81 III EG gegeben ist, immer der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ausschlaggebend ist. Abweichende Urteile der Gerichte sind dann vorprogrammiert, was sich wiederum negativ auf die Rechtssicherheit auswirkt.

## **II. Kohärente Anwendung von Art. 81, 82 EG durch die nationalen Gerichte**

Die neue VO Nr.1/2003 ist geprägt durch die parallele Zuständigkeit der Kommission, der nationalen Wettbewerbsbehörden und der nationalen Gerichte zur Anwendung der Art. 81 und 82 EG. Dabei ist natürlich eine einheitliche Anwendung von zentraler Bedeutung, um Rechts- und Planungssicherheit für die in der Gemeinschaft tätigen Unternehmen zu gewährleisten. Andernfalls, also bei einer uneinheitlichen Anwendung der Art. 81 und 82 EG, würde das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erheblich gefährdet. Im Folgenden soll nun untersucht werden, inwieweit die kohärente Anwendung der Art. 81, 82 EG künftig gewährleistet werden kann. Dabei muss zwischen bereits erlassenen und beabsichtigten Entscheidungen der Kommission auf der einen Seite und anderen nationalen Behörden- oder Gerichtsentscheidungen auf der anderen Seite unterschieden werden.

---

<sup>458</sup> Siehe Jaeger, WuW 2000, 1062, 1073.

<sup>459</sup> Vgl. hierzu gleich ausführlich unter § 6 B III 1 (S.109 ff.).

## 1. Beachtung der Einzelentscheidungen der Kommission – Art. 16 I

Art. 16 I wurde eingeführt, um der Gefahr einer uneinheitlichen Anwendung der Art. 81, 82 EG wirksam zu begegnen<sup>460</sup>. Hierbei folgt Art. 16 I inhaltlich der *“Masterfoods-Entscheidung“* des EuGH<sup>461</sup>. Anders als die nationalen Wettbewerbsbehörden bleiben die nationalen Gerichte aber auch weiterhin zur Anwendung der Art. 81, 82 EG zuständig, wenn die Kommission ein Verfahren nach den Art. 7-10 einleitet. Eine dem Art. 11 VI entsprechende Vorschrift fehlt nämlich für nationale Gerichte. Dabei kann ein nationales Gericht gleichzeitig, vor oder nach der Kommission eine Entscheidung nach Art. 81 oder 82 EG erlassen.

### a) Beachtung von bereits ergangenen Kommissionsentscheidungen

Wenn das nationale Gericht erst nach der Kommission zu einer Entscheidung gelangt, so darf es gem. Art. 16 I 1 keine Entscheidung treffen, die derjenigen der Kommission zuwiderläuft. Es muss also die Entscheidungen der Kommission beachten. Entscheidungen der Kommission sind gem. Art. 249 EG nämlich Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft und unterliegen als solche einem gesonderten System gerichtlicher Überwachung. Die nationalen Gerichte haben dabei keine Befugnis zur Überprüfung der Gültigkeit von Gemeinschaftsakten und somit auch von Entscheidungen der Kommission. Unberührt bleibt hiervon natürlich die Möglichkeit der Vorlage an den Europäischen Gerichtshof gem. Art. 234 EG, was in Art. 16 I 4 nochmals klargestellt wird. Gleichzeitig kann das nationale Gericht aber auch, selbst wenn es erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Kommissionsentscheidung hat, die Wirkungen dieser Entscheidung ohne ein gegenteiliges Urteil des EuGH nicht vermeiden<sup>462</sup>. Es stellt sich hier erneut die Frage, wann eine Entscheidung der Kommission i.S.d. Art. 16 I überhaupt vorliegt. Dabei gilt dasselbe wie bei Art. 16 II<sup>463</sup>. Somit haben die nationalen Gerichte die von der Kommission erlassenen Verbotsentscheidungen nach Art. 7, sowie die Positiventscheidungen nach Art. 10 zu beachten. Sollten allerdings Positiventscheidungen gem. Art. 10 bzgl. des Art. 82 EG ergehen, können die nationalen Gerichte weiterhin strengeres nationales Recht anwenden, da eine dem Art. 3 II 1 entsprechende Vorschrift hier fehlt<sup>464</sup>.

---

<sup>460</sup> Vgl. Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 16 (S.25 f.); VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 22 Satz 1.

<sup>461</sup> EuGH, Slg. 2000, I, 11369, 11427 ff. (Tz.45-60) *“Masterfoods und HB”*.

<sup>462</sup> Vgl. EuGH, Slg. 1987, 4199, 4230 ff. (Tz.12-20) *“Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost”*.

<sup>463</sup> Vgl. § 5 B III (S.92 ff.).

<sup>464</sup> Vgl. hierzu auch § 7 B II 2 (S.121 ff.).

## b) Beachtung der nur „beabsichtigten“ Entscheidungen der Kommission

Gelangt das nationale Gericht vor oder gleichzeitig mit der Kommission zu einer Entscheidung, so muss es gem. Art. 16 I 2 vermeiden, dass diese Entscheidung einer Entscheidung der Kommission zuwiderläuft, die diese in einem von ihr eingeleiteten Verfahren zu erlassen beabsichtigt. Die Einleitung eines Verfahrens wird von der Kommission in der Regel im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht<sup>465</sup>. Daneben soll diese Information auch künftig im Internet zur Verfügung stehen<sup>466</sup>. Das nationale Gericht kann aber auch bei der Kommission eine Anfrage stellen. Wenn die Kommission ein Verfahren eingeleitet hat, kann das nationale Gericht darüber hinaus anfragen, wie weit das Verfahren fortgeschritten und wie wahrscheinlich eine Entscheidung ist<sup>467</sup>. Aus Gründen der Rechtssicherheit kann das nationale Gericht nach Art. 16 I 3 zudem prüfen, ob es zweckmäßig ist, das eigene Verfahren auszusetzen bis die Kommission eine Entscheidung getroffen hat<sup>468</sup>. Wenn beim nationalen Gericht zu der von der Kommission in Betracht gezogenen Entscheidung keine begründeten Zweifel bestehen oder es einen ähnlichen Fall gab, in dem die Kommission bereits entschieden hat, so kann es in dem eigenen Verfahren in Übereinstimmung mit der in Erwägung gezogenen oder der früheren Entscheidung der Kommission zu einem eigenen Urteil kommen, ohne dass eine Aussetzung des Verfahrens notwendig ist<sup>469</sup>. Dies dient der Beschleunigung des gerichtlichen Verfahrens.

## 2. Beachtung von Einzelentscheidungen der nationalen Wettbewerbsbehörden und anderer nationaler Gerichte

Bezüglich der Beachtung von Einzelentscheidungen der nationalen Wettbewerbsbehörden und anderer nationaler Gerichte enthält die VO Nr.1/2003 keine Regelungen. Diese Frage bleibt demnach allein dem nationalen Gesetzgeber vorbehalten. Freilich besteht nach wie vor die Möglichkeit der Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen nach Art. 32 ff. EuGVO<sup>470</sup>.

---

<sup>465</sup> Vgl. Art. 2 II VO Nr.773/04.

<sup>466</sup> Vgl. Hamer, EWS 2003, 415, 417.

<sup>467</sup> Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag, Rn.12. EuGH, Slg. 1991, I, 935, 994 (Tz.53) „*Delimitis*“; EuGH, Slg. 1995, I, 4471, 4510 f. (Tz.34) „*Dijkstra u.a.*“.

<sup>468</sup> So auch EuGH, Slg. 1991, I, 935, 993 (Tz.52) „*Delimitis*“; EuGH, Slg. 2000, I, 11369, 11430 (Tz.57) „*Masterfoods und HB*“. In Deutschland käme für eine Aussetzung des Verfahrens § 148 ZPO in Betracht.

<sup>469</sup> So die Europäische Kommission, Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag, Rn.12.

<sup>470</sup> ABl. EG Nr. L 12 vom 16.1.2001, S.1-23. Vgl. zu den Einzelheiten des Anerkennungsverfahrens etwa Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, § 11.



In diesem Zusammenhang können künftig Gerichtsstandsklauseln in Verträgen i.S.d. Art. 23 EuGVO eine bedeutende Rolle spielen. Durch sie ist nämlich eine Steuerung der Gerichtszuständigkeit auch für kartellrechtliche Ansprüche möglich. Nach dem allgemeinen Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts beansprucht Art. 23 EuGVO Anwendungsvorrang vor den nationalen Zuständigkeitsregeln, so dass eine Gerichtsstandsvereinbarung die Zuständigkeit des nach nationalen Recht an sich zuständigen Gerichts verdrängt. Ein nationales Gericht müsste daher gemäß Art. 26 EuGVO eine Klage wegen Unzuständigkeit als unzulässig abweisen, wenn die Parteien in einer Gerichtsstandsklausel ein Gericht eines anderen EU-Mitgliedstaates gewählt haben<sup>471</sup>. Zur Frage der Anerkennung einer ausländischen Gerichtsentscheidung würde es dann gar nicht mehr kommen. Zudem könnte die Gefahr eines Forum Shopping des jeweiligen Vertragspartners einer Vereinbarung i.S.d. Art. 81 EG durch eine Gerichtsstandsklausel verhindert werden. Freilich wirken solche Gerichtsstandsklauseln nur zwischen den an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen und strahlen nicht auch auf Dritte aus.

### **III. Die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Gerichten**

Im EG-Vertrag ist die Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und der Kommission anders als zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof nicht ausdrücklich geregelt. Einzig aus Art. 10 EG ergibt sich die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit zwischen den EG Organen und den Mitgliedstaaten, so dass die Kommission die nationalen Gerichte bei der Anwendung des EG-Rechts unterstützen muss und umgekehrt die nationalen Gerichte die Kommission bei der Erfüllung ihrer Aufgaben unterstützen müssen<sup>472</sup>. Dabei werden jetzt in Art. 15 in Anlehnung an die bisherige Praxis die häufigsten Arten der Unterstützung genannt:

#### 1. Unterstützung der nationalen Gerichte durch die Kommission als „amicus curiae“

Die Kommission muss die nationalen Gerichten wegen Art. 10 EG bei der Anwendung der Art. 81, 82 EG unterstützen. Dabei ist die Kommission aber zur Objektivität und Neutralität verpflichtet und sie muss die Unabhängigkeit der nationalen Gerichte achten, d.h. die Hilfe der Kommission ist für die Gerichte nicht bindend. Fraglich ist aber, wie die Unterstützung durch die Kommission im Einzelnen aussieht:

---

<sup>471</sup> Vgl. hierzu auch Kamann/Bergmann, BB 2003, 1743, 1748 f.

<sup>472</sup> EuGH, Slg. 1990, I, 3365, 3372 (Tz.17) „Zwartveld u.a.“; EuGH, Slg. 1991, I, 935, 994 (Tz.53) „Delimitis“.

- Zum einen wäre da die altbekannte Möglichkeit der Gerichte, die Kommission gem. Art. 15 I um die Übermittlung von Informationen zu bitten, die sich im Besitz der Kommission befinden<sup>473</sup>. Nach Ansicht der Kommission wird sich ihre Pflicht zur Unterstützung der nationalen Gerichte auch hauptsächlich darauf beschränken<sup>474</sup>. Dadurch soll den nationalen Gerichten die Möglichkeit gegeben werden, festzustellen, ob ein bestimmter Fall schon bei der Kommission anhängig ist, ob die Kommission ein Verfahren eingeleitet hat oder bereits Stellung genommen hat, um gegebenenfalls das eigene Verfahren gem. Art. 16 I einzustellen.
- Daneben besteht die Möglichkeit der nationalen Gerichte gem. Art. 15 I, die Kommission um Stellungnahmen zu bitten, welche die Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft betreffen. Eine Verpflichtung der Kommission, diese Auskunftsbiten zu erfüllen, besteht allerdings nicht. Nach Art. 15 III 3 kann die Kommission aber auch aus eigener Initiative den Gerichten schriftliche Stellungnahmen übermitteln. Anders als noch im Verordnungsvorschlag<sup>475</sup> ist eine mündliche Stellungnahme allerdings nur mit Erlaubnis des betreffenden Gerichts möglich gem. Art. 15 III 4. Damit sollen wohl in erster Linie Bedenken hinsichtlich des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit ausgeräumt werden, da die nationalen Richter die Kommission ansonsten weniger als *amicus curiae*, sondern vielmehr als selbst geladenen Gast empfunden hätten<sup>476</sup>. Damit eine sinnvolle Stellungnahme möglich ist, können die Gerichte ersucht werden, der Kommission alle zur Beurteilung des Falls notwendigen Schriftstücke zu übermitteln oder für eine Übermittlung an die Kommission zu sorgen gem. Art. 15 III 5<sup>477</sup>. Ob die Kommission allerdings in der Praxis den Bitten der nationalen Gerichte nachkommen wird, schriftliche oder mündliche Stellungnahmen abzugeben, ist eher zu bezweifeln. Wie will die Kommission dies auch in einer erweiterten EU für 25 Mitgliedstaaten schaffen? Der Grund für die Reform war ja auch u.a. die hohe Arbeitsbelastung der Kommission. Will sie den Ersuchen der nationalen Gerichte nachkommen, wird die Ar-

---

<sup>473</sup> In Deutschland ist es in Zivilprozessen aber nur möglich, Auskünfte bei der Kommission über den Stand des Verfahrens und den voraussichtlichen Zeitpunkt einer abschließenden Entscheidung zu erfahren. Alles andere wäre als Amtsermittlung zu werten, welche nach dem deutschen Zivilprozessrecht nicht möglich ist. Der deutsche Richter würde ansonsten über die Grenzen seiner Aufklärungspflicht nach § 139 ZPO hinausgehen. Dies gilt freilich nicht im Kartellverwaltungsverfahren, in dem das deutsche Gericht gem. § 70 I GWB nach dem Untersuchungsgrundsatz den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen hat.

<sup>474</sup> Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag, Rn.21.

<sup>475</sup> Vgl. Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 15 (S.25 und 46).

<sup>476</sup> Vgl. van Kappel, EWS 2001, 228, 232.

<sup>477</sup> Die Unterstützung der nationalen Gerichte durch die nationalen Wettbewerbsbehörden erfolgt analog hierzu, wobei sie sich auf das eigene Territorium beschränkt, vgl. Art. 15 III 1 und 2 („ihres Mitgliedstaates“).

beitsbelastung eher noch steigen. Eine Stellungnahme der Kommission wird daher wohl eher die (absolute) Ausnahme bleiben.

## 2. Unterstützung der Kommission durch die nationalen Gerichte

Die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit bedeutet auch, dass die nationalen Gerichte die Kommission bei der Erfüllung ihrer Aufgaben unterstützen müssen<sup>478</sup>. Die Verordnung Nr.1/2003 sieht hierfür drei Beispiele vor:

- Zum einen sollen die Mitgliedstaaten der Kommission nach Art. 15 II unverzüglich eine Kopie jedes schriftlichen Urteils eines nationalen Gerichts übermitteln, wenn Art. 81 oder 82 EG angewandt wurde. Auf diese Weise erlangt die Kommission rechtzeitig Kenntnis von Fällen, bei denen die Vorlage einer Stellungnahme zweckdienlich sein könnte, falls eine der Parteien gegen das Urteil Berufung einlegt. Zudem kann die Kommission, wenn ein Gericht über einen Kartellfall entscheidet und diese Entscheidung im Widerspruch zur Politik der Kommission steht, durch die Kenntniserlangung selbst ein Verfahren einleiten und so die nationale Gerichtsentscheidung, wenn diese noch nicht rechtskräftig ist, auf Grund des Art. 16 I 2 faktisch widerrufen.
- Daneben ist in Art. 15 III 4 vorgesehen, dass die nationalen Gerichte der Kommission zum Zwecke der Ausarbeitung von Stellungnahmen, alle zur Beurteilung des Falls notwendigen Schriftstücke übermitteln oder für deren Übermittlung sorgen.
- Schließlich können die nationalen Gerichte bei der Nachprüfung der Kommission bei Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen eine wichtige Rolle spielen, wobei die Rolle der nationalen Gerichte davon abhängt, ob die Nachprüfungen in Geschäftsräumen oder nicht geschäftlichen Räumen durchgeführt werden<sup>479</sup>. Sollte die Nachprüfung in Geschäftsräumen stattfinden, so kann nach nationalem Recht die Einholung einer Genehmigung durch ein nationales Gericht erforderlich sein, damit die nationale Vollzugsbehörde für den Fall, dass sich das betroffene Unternehmen widersetzt, die Kommission unterstützen kann, Art. 20 VI, VII. Die Prüfung des nationalen Gerichts richtet sich nach Art. 20 VIII. Bei der Nachprüfung in nicht geschäftlichen Räumlichkeiten schreibt Art. 21 III die vorherige Genehmigung eines nationalen Gerichts vor, bevor eine Kommissionsentscheidung zur Anordnung einer Nach-

---

<sup>478</sup> EuGH, Slg. 1991, 6011, 6032 (Tz.15) "*Kommission/Italien*".

<sup>479</sup> Vgl. hierzu auch § 8 A IV (S.150 ff.).

prüfung gem. Art. 21 I vollzogen werden kann. Die Überprüfung des nationalen Gerichts richtet sich dann nach Art. 21 III.

#### **IV. Stellungnahme**

Was die Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und der Kommission anbelangt, so wird sich hier künftig nicht viel ändern. Art. 15 regelt größtenteils nur das, was ohnehin schon gilt. Echte Rechtspositionen der nationalen Gerichte gegen die Kommission selbst sind dabei in der VO Nr.1/2003 nicht zu erkennen. Die nationalen Gerichte können die Kommission vielmehr lediglich „bitten“. Die sich aus Art. 10 EG ergebene Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Gerichten bei Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts ist daher nach wie vor eine „Einbahnstraße“. Durch die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 81 III EG wird die Rolle der nationalen Gerichte bei der Anwendung des europäischen Kartellrechts zwar etwas aufgewertet, doch gilt auch hier, dass die nationalen Gerichte an die Entscheidungen der Kommission i.S.d. Art. 16 I gebunden sind, was der Förderung der dezentralen Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts nicht unbedingt förderlich ist. Auch dass die nationalen Gerichte im neuen System eine entscheidende Rolle spielen, ist doch eher zu bezweifeln. Dies gilt v.a. für die Zivilgerichte<sup>480</sup>. Es fehlen nämlich hier vergleichbare Klageanreize wie im US-amerikanischen Antitrustrecht. Was schließlich die Kohärenz anbelangt, so wird der Art. 16 I zwar die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts sicherlich fördern, doch die Gefahr der inkohärenten Anwendung des Art. 81 EG, v.a. durch die nationalen Zivilgerichte, aus der Welt schaffen kann er nicht<sup>481</sup>. Dabei ist hier die Gefahr einer inkohärenten Anwendung des Art. 81 EG noch um einiges höher zu veranschlagen als bei den nationalen Wettbewerbsbehörden<sup>482</sup>. Bei den nationalen Gerichten fehlt es nämlich an einer vergleichbaren Einrichtung wie dem ECN bei den Wettbewerbsbehörden. Wünschenswert wäre deshalb hier zumindest eine Datenbank für Urteile, in denen Art. 81 III EG angewendet wurde. Man könnte daneben auch an eine Einrichtung von speziellen Zuständigkeiten für

---

<sup>480</sup> So auch Baudenbacher, WuW 2000, 1171.

<sup>481</sup> Vgl. Schmidt, BB 2003, 1237, 1238.

<sup>482</sup> Vgl. auch schon oben unter § 4 B IV 2 (S.41 ff.).

nationale Wettbewerbsgerichte denken<sup>483</sup> oder das EuG als Berufungsgericht für nationale Entscheidungen im EG-Wettbewerbsrecht fungieren lassen<sup>484</sup>.

---

<sup>483</sup> So verleihen beispielsweise die deutschen Vorschriften über die Zuständigkeitsverteilung den Landgerichten die ausschließliche Zuständigkeit gem. § 87 I GWB, die einhergeht mit einer Qualifizierung von Kartellrechtsstreitigkeiten als Handelssachen gem. § 87 II GWB. Daneben wird in Deutschland die Spezialisierung der Spruchkörper durch die Möglichkeit gefördert, einem Landgericht gem. § 89 GWB oder auch einem Oberlandesgericht oder dem Obersten Landesgericht gem. § 92 GWB die Zuständigkeit für mehrere Gerichtsbezirke zuzuweisen.

<sup>484</sup> Vgl. hierzu auch Hirsch, die Kooperation von nationalen und europäischen Gerichten bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, 135, 145 f.; Zinsmeister, Probleme der dezentralisierten Anwendung des EG-Kartellrechts, 163, 169.

## § 7 Das Verhältnis zwischen nationalem und europäischem Kartellrecht

Angesichts der weiten Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel<sup>485</sup> auf ein und denselben Sachverhalt und der zunehmenden Internationalisierung der Unternehmensstrategien kommt es häufig vor, dass auf einen Sachverhalt sowohl das europäische als auch das nationale Wettbewerbsrecht Anwendung finden. Führt dies zu denselben Rechtsfolgen, resultiert hieraus kein praktisch relevantes Problem. Anders jedoch, wenn die Rechtsfolgen verschieden sind, d.h. wenn das eine Recht ein Verhalten erlaubt, welches das andere verbietet. Fraglich ist dann, welches Recht in einem solchen Konfliktfall den Vorrang gegenüber dem anderen hat, was streng von der Frage der Rechtsanwendungskonkurrenz zu unterscheiden ist, nämlich welche Behörde welches Recht anzuwenden hat. Der EG-Vertrag hat diese „Rang-Problematik“ gesehen und in Art. 83 III lit. e) EG den Rat ermächtigt, durch Verordnung das Verhältnis zwischen den Wettbewerbsregeln des Vertrages und dem nationalen Recht festzulegen. Der Rat hätte also demnach die Kompetenz, auf der Grundlage von Art. 83 II lit. e) EG durch Verordnung oder Richtlinie festzulegen, dass im Anwendungsbereich des Gemeinschaftskartellrechts in einem Konfliktfall nationales Recht überhaupt nicht angewendet werden darf<sup>486</sup>. Für die Fusionskontrolle hat der Rat mit Art. 21 II FKVO das Verhältnis der europäischen Fusionskontrollverordnung zu den nationalen Vorschriften geregelt, wobei als maßgebliche Rechtsgrundlage nicht alleine Art. 83 II lit. e) EG, sondern auch der Art. 308 EG herangezogen wurde. Es gilt hier das sog. „One-Stop-Shop“-Prinzip, wonach bei einem Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung die FKVO Vorrang vor nationalem Recht hat. Hier führt der Vorrang des Gemeinschaftsrechts also zu einem vollen Anwendungsausschluss nationalen Rechts, soweit Gemeinschaftsrecht gilt<sup>487</sup>. Davon unberührt bleibt aber das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, wo es bislang nur den Art. 9 I VO Nr.17/62 gab. Danach war die Kommission ausschließlich zur Anwendung des Art. 81 III EG zuständig. Das Verhältnis von nationalem zu europäischem Recht wurde damit aber nicht festgelegt. Denkbar wäre es auch, dass das nationale Recht das Rangverhältnis in dem Sinne löst, dass es von sich aus zurücktritt, wenn gleichzeitig europäisches Recht Anwendung findet<sup>488</sup>. Eine solche Regelung enthielt § 101 Nr.3 GWB a.F. für das Verhältnis zum

---

<sup>485</sup> Vgl. hierzu auch Europäische Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 EG-Vertrag.

<sup>486</sup> Dies war auch für das Verhältnis von europäischem und nationalem Recht der Wettbewerbsbeschränkungen mit der Exklusivitätsklausel ursprünglich vorgesehen. Zur Frage der Rechtmäßigkeit einer solchen Regelung vgl. § 7 D (S.137 ff.).

<sup>487</sup> Eine Ausnahme vom „One-Stop-Shop“-Prinzip findet sich in Art. 9 FKVO, wonach die Kommission einen Zusammenschluss, der in den Anwendungsbereich der FKVO fällt, an die Behörde eines Mitgliedstaates verweisen kann. Eine weitere Ausnahme enthält Art. 21 III FKVO, der den Mitgliedstaaten die Möglichkeit gibt, zum Schutz außerwettbewerblicher Interessen geeignete Maßnahmen zu treffen.

<sup>488</sup> Vgl. Reh binder in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band I, Einleitung F, Rn.2.

EGKS-Vertrag. Das Verhältnis des deutschen zum europäischen Wettbewerbsrecht ist dagegen bisher im Gegensatz zu anderen Mitgliedstaaten<sup>489</sup> der EU nicht geregelt. In Ermangelung solcher Regelungen fanden deshalb bislang allgemeine Grundsätze zum Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und entsprechendem nationalen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung<sup>490</sup>. Dies wird sich aber zum 1. Mai 2004 durch die neue VO Nr.1/2003 ändern, wo unter Berufung auf Art. 83 II lit. e) EG<sup>491</sup> der neue Art. 3 eingefügt wurde, der den vierten Pfeiler der Reform bildet und ab dem 1. Mai 2004 das Rangverhältnis zwischen nationalem und europäischem Recht der Wettbewerbsbeschränkungen ausdrücklich regelt. Durch diesen neuen Art. 3 wird sich der Vorrang des europäischen Wettbewerbsrechts vor nationalem Wettbewerbsrecht im Vergleich zum jetzigen Rangverhältnis erheblich erweitern, so dass z.T. sogar von einer faktischen Verdrängungswirkung des nationalen Wettbewerbsrechts gesprochen wird<sup>492</sup>.

## ***A. Das Verhältnis zwischen europäischem Recht und nationalem Recht der Wettbewerbsbeschränkungen vor der Reform – die modifizierte Zwei-Schrankentheorie***

### **I. Grundsätzliches**

Bis zum 1. Mai 2004 ganz herrschend war die sogenannte modifizierte Zwei-Schrankentheorie, welche von der *“Walt Wilhelm“*-Rechtsprechung des EuGH<sup>493</sup> im Jahre 1969 – auch bekannt als Teerfarbenfall – ins Leben gerufen wurde. Sie ging im Ausgangspunkt – insoweit bestand Übereinstim-

---

<sup>489</sup> So etwa in Belgien nach Art. 8, 32 des belgischen Gesetzes 91-2790 v. 4.8.1991, in Schweden gem. Sec. 5 I des schwedischen Gesetzes Nr.1993: 20 v. 14.1.1993 und in Italien nach Art. 1 des italienischen Gesetzes 287-90 v. 10.10.1990.

<sup>490</sup> Siehe u.a. Rehlinger in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band I, Einleitung F, Rn.2; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rn.133.

<sup>491</sup> VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 8 Satz 2; vgl. auch XXX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2000, Rn.48 (S.35).

<sup>492</sup> Vgl. etwa Weitbrecht/Karenfort, Europäisches Wettbewerbsrecht in Fällen, S.33; Weitbrecht, EuZW 2003, 69, 70 f.

<sup>493</sup> Siehe EuGH, Slg. 1969, 1 ff. *“Walt Wilhelm“*: Hier hatten die Hersteller von Farbstoffen aus der Bundesrepublik Deutschland untereinander und mit den Farbstoffherstellern aus anderen Mitgliedstaaten sowie aus Drittländern vereinbart, die Preise für Anilin, dem Ausgangsprodukt für Farbstoffe, um 8 % zu erhöhen. Das BKartA setzte daraufhin gegen die Farbstoffhersteller aus Deutschland Geldbußen gem. § 81 I Nr.1, II i.V.m. § 1 GWB fest. Gleichzeitig leitete die Kommission von Amts wegen nach Art. 9 III und Art. 3 der VO Nr.17/62 wegen der Vermutung des Vorliegens aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen i.S.v. Art. 81 I EG ein Verfahren gegen die Farbstoffhersteller ein, das nach Art. 15 II VO Nr.17/62 zur Festsetzung von Geldbußen führen konnte. Im Beschwerdeverfahren gegen die Entscheidung des BKartA vor dem damaligen Kammergericht in Berlin machten die betroffenen Farbstoffhersteller u.a. geltend, das BKartA sei nicht befugt, nach deutschem Recht ein Verfahren wegen einer Ordnungswidrigkeit fortzusetzen, wenn zugleich ein Parallelverfahren vor der Kommission wegen Verletzung von Art. 81 I EG im Gang sei. Das Kammergericht ersuchte daraufhin den EuGH um Vorabentscheidung gem. Art. 234 I, II EG. Bestätigt wurde die *“Walt Wilhelm“*-Rechtsprechung des EuGH im *“Parfums“*-Urteil des EuGH, Slg. 1980, 2327, 2374 f. (Tz.15-19) *“Procureur de la République/Giry und Guerlain“*.

mung mit der früher in Deutschland vertretenen Zwei-Schrankentheorie<sup>494</sup> – wegen der unterschiedlichen Schutzgüter des nationalen und europäischen Kartellrechts von einer parallelen Anwendung beider Rechte aus. Im Unterschied zur Zwei-Schrankentheorie ging die modifizierte Zwei-Schrankentheorie aber nicht davon aus, dass sich im Konfliktfall das strengere, also gegebenenfalls auch das nationale Kartellrecht durchsetzt. Vielmehr sollte das europäische Recht dem nationalen Recht grundsätzlich einmal vorgehen<sup>495</sup>. Wenn also die Rechtsfolgen der Anwendung des nationalen Rechts mit der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts unvereinbar waren<sup>496</sup>, galt insoweit grundsätzlich der Vorrang des Gemeinschaftsrechts, sofern dieses anwendbar war. Zurückzuführen war die modifizierte Zwei-Schrankentheorie auf den allgemein anerkannten Grundsatz, dass Gemeinschaftsrecht höherrangig ist<sup>497</sup>, was wiederum auf einem entsprechenden Souveränitätsverzicht der Mitgliedstaaten zurückzuführen ist. Im Gegensatz zur Fusionskontrolle lag also im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen kein Exklusivitätsverhältnis zwischen nationalem und europäischem Recht vor. Das europäische und das nationale Kartellrecht waren vielmehr grundsätzlich nebeneinander anwendbar. Hätte eine solche parallele Anwendung allerdings zu einer Doppelsanktion geführt, so bestand eine Koordinationspflicht. Dies hatte dann zur Folge, dass aus dem allgemeinen Billigkeitsgedanken die frühere Sanktionsentscheidung bei der Bemessung der später zu verhängenden Sanktion berücksichtigt werden musste<sup>498</sup>. Nur im Konfliktfall, also bei gleichzeitiger Anwendbarkeit beider Rechte und sich widersprechenden Rechtsfolgen, ging das höherrangige europäische Kartellrecht dem nationalen Kartellrecht grundsätzlich vor. Dabei war jedoch wiederum zwischen zwei Fallgruppen zu differenzieren:

---

<sup>494</sup> Die von Koch 1959 begründete und früher in Deutschland herrschende Zwei-Schrankentheorie ging von einer gleichberechtigten Anwendbarkeit des europäischen und nationalen Kartellrechts aus. Begründet wurde dies damit, dass beide Rechtsordnungen verschiedene Schutzgüter zum Gegenstand haben, nämlich das europäische Recht den zwischenstaatlichen Handel, das nationale Recht dagegen den nationalen Handel. Dies ist soweit auch richtig. Im Ergebnis sollte sich jedoch das strengere Recht durchsetzen (vgl. Koch, BB 1959, S.244 f.). Dies hatte gegebenenfalls zur Folge, dass sich auch das strengere nationale Recht gegenüber dem milderen Gemeinschaftsrecht durchsetzen konnte. Diese Theorie war wenig überzeugend und wurde deswegen auch nicht mehr vertreten. Gegen sie sprach ganz entscheidend der Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht, den der EuGH in ständiger Rspr. aus den Art. 10 II und 249 EG i.V.m. dem Grundsatz der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts entnimmt (erstmalig EuGH Slg. 1964, 1251, 1269 f. "*Costa/E.N.E.L.*"). Dieser Vorrang war unbestritten und auch durch die deutsche Verfassungsrechtsprechung (BVerfGE 75, 223, 244; 89, 155, 208 f. und 211) und den BGH (BGH, NJW 1983, 519, 521 f.) anerkannt. Mit der Zwei-Schrankentheorie war er jedoch nicht zu vereinbaren, so dass diese auch allgemein abgelehnt wurde.

<sup>495</sup> EuGH, Slg. 1969, 1, 13 ff. (Tz.3-9) "*Walt Wilhelm*".

<sup>496</sup> Hierbei stellte sich aber insbesondere die schwierige Frage, wann die Rechtsfolgen des nationalen Rechts mit der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts unvereinbar waren. Vgl. hierzu insbesondere Walz, S.110 ff.

<sup>497</sup> EuGH, Slg. 1964, 1251, 1270 f. "*Costa/E.N.E.L.*".

<sup>498</sup> EuGH, Slg. 1969, 1, 15 (Tz.11) "*Walt Wilhelm*".



## II. Fallgruppen

### 1. Kollision zwischen gemeinschaftlichem Verbot und nationaler Erlaubnis

Hier ergaben sich keine Probleme. Das gemeinschaftsrechtliche Verbot setzte sich aufgrund seines Vorrangs gegenüber der nationalen Erlaubnis durch, selbst wenn die nach Gemeinschaftsrecht verbotene Vereinbarung oder Verhaltensweise in allen betroffenen Mitgliedstaaten erlaubt gewesen wäre<sup>499</sup>. Die Mitgliedstaaten sollten nämlich die Verbote der Art. 81 und 82 EG nicht unterlaufen dürfen, indem sie entsprechende Absprachen und Praktiken der Unternehmen anordneten, genehmigten, förderten oder in anderer Weise begünstigten<sup>500</sup>. So hatte am 9. September 2003 auch der EuGH in der Rechtssache *“Fiammiferi“* entschieden, dass eine nationale Wettbewerbsbehörde, welche die Aufgabe besitzt, u.a. über die Einhaltung von Art. 81 EG zu wachen, die Pflicht hat, staatliche Rechtsvorschriften dann nicht anzuwenden, wenn sie zu dem Schluss kommt, ein bestimmtes dem Art. 81 I EG widersprechendes Verhalten von Unternehmen werde durch jene Rechtsvorschriften gerechtfertigt oder vorgeschrieben, erleichtert oder in seinen Auswirkungen verstärkt<sup>501</sup>.

### 2. Kollision zwischen gemeinschaftlicher Erlaubnis und nationalem Verbot

Problematischer war diese zweite Fallgruppe, in der auch der Unterschied zur früher vertretenen „klassischen“ Zwei-Schrankentheorie lag. Zwar war seit der grundlegenden Entscheidung des EuGH im Teerfarbenfall<sup>502</sup> anerkannt, dass sich Freistellungsentscheidungen der Kommission nach Art. 81 III EG gegenüber strengerem nationalen Recht durchsetzen konnten, allerdings nur, wenn diese Ausdruck einer positiv gestalteten Wettbewerbspolitik waren<sup>503</sup>. Anlass für diese Einschränkung gab nach h.M. die folgende Formulierung des EuGH im *„Walt-Wilhelm“*-Urteil: Durch das System des Art. 81 EG „will der Vertrag in erster Linie Hindernisse für den freien Warenverkehr auf dem Gemeinsamen Markt beseitigen und die Einheit dieses Marktes bekräftigen und gewährleisten; daneben gestattet er jedoch den Gemeinschaftsbehörden auch gewisse positive, obgleich mittelbare Eingriffe zur Förderung einer harmonischen Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der

---

<sup>499</sup> Siehe u.a. EuGH, Slg. 1984, 19, 64 (Tz. 38-40) *“VBVB und VBBB/Kommission“*; Rehbinder in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band I, Einleitung F, Rn.14 m.w.N.

<sup>500</sup> Dies ergab sich aus der *effet utile*-Rechtsprechung des EuGH. Siehe hierzu EuGH, Slg. 1964, 1251, 1270 f. *“Costa/E.N.E.L.“*.

<sup>501</sup> EuGH, Urteil in der Rechtssache C-198/01 vom 9. September 2003 *“Fiammiferi“* (noch nicht in der amtl. Slg. veröffentlicht). Vgl. auch schon EuGH Slg. 1964, 1251, 1269 ff. *“Costa/E.N.E.L.“*.

<sup>502</sup> EuGH, Slg. 1969, 1 ff. *“Walt Wilhelm“*.

<sup>503</sup> Zur h.M. vgl. Bunte, WuW 1989, 7, 17; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rn.136.

Gemeinschaft im Sinne von Artikel 2 EWGV.<sup>504</sup> Welche Entscheidungen der Kommission aber Ausdruck einer solch positiv gestaltenden Wettbewerbspolitik waren und damit letztlich den Vorrang vor nationalem Recht hatten, wurde in der Entscheidung nicht gesagt und war zum Teil umstritten. Grundsätzlich wurde dabei nach der Form der Äußerung differenziert<sup>505</sup>:

#### a) Einzelfreistellungen

Bei Einzelfreistellungen der Kommission gem. Art. 81 III EG wurde Art. 81 I EG für nicht anwendbar erklärt. Die Einzelfreistellung war ein Verwaltungsakt mit konstitutiver Wirkung und hatte deshalb grundsätzlich Vorrang vor nationalem Kartellrecht, wenn zwischen der Einzelfreistellung der Kommission und dem nationalen Kartellrecht ein Konflikt bestand<sup>506</sup>. Dabei wurde ein Konflikt dann angenommen, wenn das nationale Recht die Einzelfreistellung in ihrem Kernbereich beeinträchtigte<sup>507</sup>.

#### b) Gruppenfreistellungen

Die Gruppenfreistellung hat praktisch die Funktion, das Mengenproblem zu lösen, und ist wegen ihres abstrakt-generellen Charakters nach Normsetzung. Dabei sind Gruppenfreistellungen letztlich lediglich als Einzelfreistellungen in gebündelter Form anzusehen<sup>508</sup>. Bei ihnen herrschte aber bezüglich des Vorrangs im Gegensatz zu den Einzelfreistellungen mehr Zurückhaltung. Dies beruhte vor allem auf dem abstrakt-generellen Charakter der Gruppenfreistellungen, bei denen keine Einzelfallprüfung stattfindet und deshalb ein höheres Fehlerrisiko besteht. Zudem haben bei Erlass der Gruppenfreistellungsverordnungen Entlastungsfunktionen der Verwaltung im Vordergrund gestanden, nicht dagegen eine positive Gestaltung der Wettbewerbsverhältnisse<sup>509</sup>. Gegen eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen Einzel- und Gruppenfreistellungen sprach aber, dass Art. 81 III EG die Voraussetzungen für Freistellungen abschließend bestimmt und auch nicht zwischen ihnen differenziert. Deshalb musste auch die Gruppenfreistellung genauso wie die Einzelfreistellung grundsätzlich

---

<sup>504</sup> EuGH, Slg. 1964, I, 14 (Tz.5) „Walt Wilhelm“.

<sup>505</sup> So auch Reh binder in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band I, Einleitung F, Rn.19 ff.; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rn.136 ff.; ders. JZ 2000, 61, 65.

<sup>506</sup> Vgl. Bunte, Kartellrecht, S.353; Reh binder in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band I, Einleitung F, Rn.19, 21.

<sup>507</sup> Vgl. Reh binder in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band I, Einleitung F, Rn.21 m.w.N. Kritisieren konnte man an der „Kernbereichslehre“, dass sie zu erheblichen Abgrenzungsproblemen führte, da keine klaren Leitlinien und Formeln für die Rechtsanwendung vorhanden waren.

<sup>508</sup> Vgl. auch Wiedemann, GVO-Kommentar, Band I, AT, Rn.404.

<sup>509</sup> Vgl. Reh binder in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band I, Einleitung F, Rn.25; Schröter in: Schröter/Jakob/Mederer, Artikel 81 Absatz 3, Rn.326.

einen positiven Eingriff darstellen<sup>510</sup>. Alleine das höhere Fehlerrisiko bei Gruppenfreistellungen, was die Prognose der Marktwirkungen anging, konnte eine unterschiedliche rechtliche Behandlung nicht rechtfertigen. Zuzugeben war lediglich, dass eine konkurrierende Anwendung innerstaatlichen Rechts möglich war, soweit hierdurch die beabsichtigte Wirkung der Gruppenfreistellung unbeeinträchtigt blieb. D.h., dass sowohl für Gruppenfreistellungen wie auch für Einzelfreistellungen kein genereller Vorrang angenommen werden konnte, sondern nur, sofern diese durch die Anwendung nationalen Rechts in ihrem Kernbereich beeinträchtigt wurden<sup>511</sup>.

### c) Negativatteste

Ein Negativattest i.S. des Art. 2 VO Nr.17/62 war die gem. Art. 21 I VO Nr.17/62 veröffentlichte Feststellung der Kommission, dass für sie kein Anlass zum Einschreiten besteht. Hier fehlte es nach h.M. an einer positiven Gestaltung der Wettbewerbspolitik<sup>512</sup>. Einen Vorrang gegenüber nationalem Wettbewerbsrecht hatten Negativatteste deshalb nicht.

### d) Comfort Letters

Comfort Letters waren einfache Verwaltungsschreiben, in denen die Kommission die betreffenden Unternehmen informierte, dass nach den ihr vorliegenden Informationen die getroffene Vereinbarung nicht gegen Art. 81 I EG verstößt oder die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Art. 81 III EG vorliegen<sup>513</sup>. Mit ihnen wurden über 90% der Anmeldungen erledigt<sup>514</sup>. Nach herrschender Auffassung hinderten Comfort Letters die nationalen Stellen aber nicht, strengeres nationales Kartellrecht anzuwenden<sup>515</sup>. Ihnen fehlte damit genauso wie den Negativattesten die positive Gestaltungswirkung. Am Vorrang des Gemeinschaftsrechts nahmen sie folglich nicht teil.

---

<sup>510</sup> Vgl. Bunte, WuW 1989, 7, 17 f.; Rehbinder, Festschrift Mestmäcker, 711, 715.

<sup>511</sup> Siehe Bartosch, WuW 2000, 462, 464; Rehbinder in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band I, Einleitung F, Rn.26.

<sup>512</sup> Vgl. Baron, Das neue Kartellgesetz, S.47; Bleckmann, Europarecht, Rn.1819; Bunte, Kartellrecht, S.353; Kamann/Horstkotte, WuW 2001, 458, 460 f.; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rn.137.

<sup>513</sup> Vgl. Bunte, Kartellrecht, S.353; Emmerich, Kartellrecht, S.455; Schwarze, JZ 1996, 57, 63.

<sup>514</sup> So die Europäische Kommission, Weissbuch, Rn.34.

<sup>515</sup> EuGH, Slg. 1980, 2327, 2375 (Tz.18) "*Procureur de la République/Giry und Guerlain*"; EuGH, Slg. 1980, 2511, 2533 (Tz.11) "*Lancôme/Etos*"; Bartosch, WuW 2000, 462, 464; Bunte, Kartellrecht, S.353; Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Einl C, Rn.73 f.; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rn.137; Schwarze, JZ 1996, 57, 63; a.A. Bechtold, Festschrift Lieberknecht, 251, 254 und 258 f.; Steindorff, ZHR 1978, 525, 551 f.

## ***B. Das Verhältnis zwischen europäischem Recht und nationalem Recht der Wettbewerbsbeschränkungen nach der Reform – Art. 3***

### **I. Anwendungszwang des Gemeinschaftsrechts – Art. 3 Absatz 1**

Bisher wählten die nationalen Instanzen zwischen der Heranziehung von nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht, sofern sie zur Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts berechtigt waren, wobei die Tendenz in die Richtung ging, ausschließlich nationales Wettbewerbsrecht anzuwenden<sup>516</sup>. Um das Risiko zu vermeiden, dass auch in Zukunft die Tendenz dahin geht, nationales Wettbewerbsrecht dem europäischen Wettbewerbsrecht vorzuziehen, stellt Art. 3 I die Pflicht zur Anwendung des EG-Rechts sicher, so dass in den Mitgliedstaaten künftig kein diesbezügliches Ermessen mehr ausgeübt werden kann<sup>517</sup>. Im Ausgangspunkt geht Art. 3 I genauso wie die modifizierte Zwei-Schrankentheorie weiterhin von einer parallelen Anwendbarkeit des europäischen und nationalen Wettbewerbsrechts aus und nicht wie es der ursprüngliche Verordnungsvorschlag der Kommission vorsah<sup>518</sup>, von einer ausschließlichen Anwendung der Art. 81 und 82 EG. Insofern besteht also zur modifizierten Zwei-Schrankentheorie kein Unterschied. Neu dagegen ist, dass Art. 3 I auch klarstellt, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte neben dem nationalen Recht das europäische Kartellrecht anwenden müssen. Dabei wird allerdings bei diesem parallelen Anwendungszwang zwischen Art. 81 und 82 EG differenziert: Während es nämlich bei Art. 81 EG gem. Art. 3 I 1 ausreicht, dass Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen i.S.d. Art. 81 I EG vorliegen, die gleichzeitig die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllen, müssen für die parallele Anwendung des Art. 82 EG gem. Art. 3 I 2 dessen gesamte Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein. Der parallele Anwendungszwang geht demnach bei Art. 81 EG weiter als bei Art. 82 EG, so dass die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte in Zukunft schon bei Vorliegen der Zwischenstaatlichkeitsklausel Art. 81 EG anwenden müssen und sich nicht auf die Anwendung ihrer Wettbewerbsregeln beschränken dürfen. Dies ist nach dem Wortlaut des Art. 3 I 1 sogar unabhängig davon, ob Art. 81 III EG eingreift oder auch, ob überhaupt eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 81 I EG vorliegt.

---

<sup>516</sup> Siehe Fellenius-Omnell/Landström/Coyet, *International Antitrust Law & Policy* 2002, 97, 103; Monopolkommission, Sondergutachten 32, Rn.22, 25; Rehbindler in: Immenga/Mestmäcker, *EG-Wettbewerbsrecht*, Band I, Einleitung F, Rn.45.

<sup>517</sup> Vgl. Ehlermann, *WuW* 2001, 231.

<sup>518</sup> Vgl. Europäische Kommission, *VO-Vorschlag*, Art. 3 (S.16 f. und 41).

## II. Kollisionsregeln

Geändert hat sich auch das Verhältnis zwischen europäischem und nationalem Wettbewerbsrecht, wenn ein Konfliktfall vorliegt. Man kann hier – wie auch schon bisher – zwischen zwei Fallgruppen unterscheiden:

### 1. Kollision zwischen einem gemeinschaftlichen Verbot und einer nationalen Erlaubnis

Nicht ausdrücklich geregelt wird in Art. 3 der Vorrang des strengeren europäischen Wettbewerbsrechts gegenüber schwächerem nationalen Wettbewerbsrecht. Hier bleibt es dann bei der schon bislang herrschenden Meinung, dass sich das Verbot nach europäischem Wettbewerbsrecht gegenüber der nationalen Erlaubnis durchsetzt<sup>519</sup>. Stellen die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte also fest, dass eine abgestimmte Verhaltensweise oder Vereinbarung nach europäischem Recht verboten und nach nationalem Recht erlaubt ist, so setzt sich das Verbot nach europäischem Recht wie auch schon bisher durch. Für einen Anwendungszwang der Art. 81, 82 EG sorgt dabei der Art. 3 I. Das nationale Recht und die nationalen Wettbewerbsbehörden können deshalb ab dem 1. Mai 2004 eine Vereinbarung nicht mehr unbeanstandet lassen, wenn sie gegen Art. 81 EG verstößt. Gleiches gilt für Art. 82 EG bzgl. des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.

### 2. Kollision zwischen gemeinschaftlicher Erlaubnis und nationalem Verbot

#### a) Die Vorrangregel des Art. 3 Absatz 2 Satz 1 im Anwendungsbereich des Art. 81 EG

Die wichtigste und entscheidende Neuerung wird sich bei der Kollision zwischen gemeinschaftlicher Erlaubnis und nationalem Verbot durch die Vorrangregelung des Art. 3 II 1 ergeben. Mit dieser Regel soll gewährleistet werden, dass die Anwendung nationalen Wettbewerbsrechts auf Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Art. 81 I EG, welche gleichzeitig die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllen, grundsätzlich nur dann zum Verbot solcher Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmten Verhaltensweisen führen darf, wenn sie auch nach Art. 81 EG verboten sind<sup>520</sup>. Anders gesagt: Erfüllt eine Vereinbarung das Zwischenstaatlichkeitskriterium, verstößt sie aber nicht gegen die sonstigen Voraussetzungen des Art. 81 I EG oder ist sie nach Art. 81 III EG freigestellt, so ist ein Verbot nach strengere nationaler Kartellrecht ausgeschlossen. Dies entspricht im Ergebnis, jedenfalls im Anwendungsbereich des Art. 81 EG, der von

---

<sup>519</sup> Siehe oben unter § 7 A II 1 (S.117 f.).

<sup>520</sup> Siehe Verordnung Nr.1/2003, Erwägungsgrund 8 Satz 3.

der Kommission ursprünglich vorgeschlagenen Exklusivitätsklausel. Dem nationalen Recht kam bei Vorliegen der Zwischenstaatlichkeitsklausel, also im Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts, bisher nämlich nur bei der Kollision zwischen einer gemeinschaftlichen Erlaubnis und einem nationalen Verbot eigenständige Bedeutung zu. Diese eigenständige Bedeutung wird dem nationalen Recht aber gerade durch die Vorrangregelung des Art. 3 II 1 genommen. Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen und Vereinbarungen, bei denen die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllt ist und die entweder nicht nach Art. 81 I EG verboten oder nach Art. 81 III EG freigestellt sind, dürfen dagegen künftig nicht mehr nach strengerem nationalem Recht verboten werden<sup>521</sup>. Art. 3 II 1 enthält damit zum einen eine Vorrangklausel für die im Wege der Legalausnahme gewährten Freistellungen. Sie gilt für alle Freistellungen, die bei Erfüllung des Tatbestandes der Freistellungsvorschrift des Art. 81 III EG kraft Gesetzes gegeben sind. Aber auch wenn Art. 81 EG wegen der Zwischenstaatlichkeitsklausel grundsätzlich anwendbar ist, aber kein Verbot nach Art. 81 I EG vorliegt, etwa weil die Wettbewerbsbeschränkung nicht spürbar ist, darf die Vereinbarung nicht nach nationalem Kartellrecht verboten werden. Damit bleibt lediglich im Bereich von Vereinbarungen, die nicht unter die Zwischenstaatlichkeitsklausel fallen, Raum für nationales Kartellrecht und Wertungen, die von denen des Art. 81 EG abweichen<sup>522</sup>. Art. 81 EG soll sich also künftig bei Vorliegen der Zwischenstaatlichkeitsklausel gegenüber nationalem Recht durchsetzen und ist sowohl Ober- wie Untergrenze für das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen<sup>523</sup>. Es kommt damit wie bei der Fusionskontrolle im Anwendungsbereich des Art. 81 EG jedenfalls faktisch zu einem Entweder-Oder von nationalem und europäischem Kartellrecht. Die Entscheidung darüber trifft die Zwischenstaatlichkeitsklausel.

#### b) Im Anwendungsbereich des Art. 82 EG

Im Bereich der Missbrauchskontrolle ist es nach viel Überzeugungsarbeit gelungen, dass weitergehendes nationales Recht nicht verdrängt wird. Anders war dies noch im Verordnungsvorschlag der Kommission vom 28. September 2000 vorgesehen, wo die Kommission vorschlug, einen sehr strengen Art. 3 einzuführen, wonach ausschließlich das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht Anwendung finden sollte, wenn eine Vereinbarung, ein Beschluss oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 81 oder ein missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 82 geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Damit sollten sämtliche Fälle grenzüberschreitender Wirkung allein dem Gemeinschaftsrecht unterliegen. Zweck war die Schaf-

---

<sup>521</sup> Vgl. auch Weitbrecht, EuZW 2003, 69, 70.

<sup>522</sup> Ob abweichendes nationales Kartellrecht unter diesen Gegebenheiten noch Sinn macht, dazu vgl. § 7 E (S.141 ff.).

<sup>523</sup> So auch Pohlmann, WuW 2003, 1007.

fung gleicher Wettbewerbsbedingungen in der Europäischen Union für Unternehmen mit Geschäftstätigkeiten, die grenzüberschreitende Auswirkungen haben und die Vermeidung unnötiger Parallelverfahren durch die gleichzeitige Anwendung nationalen und europäischen Rechts. Diese Regelung hätte der früher teilweise vertretenen Einschränkungstheorie entsprochen<sup>524</sup>, wonach sich das europäische Kartellrecht im Rahmen seines Anwendungsbereichs gegenüber dem nationalen Kartellrecht durchsetzen sollte. Gegen diese Theorie sprach aber das *argumentum e contrario* aus Art. 83 II lit. e) EG, woraus sich ergibt, dass das europäische Wettbewerbsrecht nicht von sich heraus von einem allgemeinen Vorrang gegenüber dem nationalen Kartellrecht ausgeht. Ansonsten wäre die Regelung des Art. 83 II lit. e) EG ja überflüssig<sup>525</sup>. Deshalb wurde die Einschränkungstheorie auch nicht mehr vertreten. Ein so weitgehender Art. 3 – auch als Exklusivitätsklausel bezeichnet<sup>526</sup> – wurde aber vor allem von Deutschland und Frankreich abgelehnt. Durch einen Vorrang des Art. 82 EG würde nämlich auf einmal die nationale Missbrauchsaufsicht weitgehend verdrängt, die z.B. in Deutschland sehr viel ausdifferenzierter ist. So enthalten z.B. § 19 II und III GWB Legaldefinitionen und Vermutungstatbestände und im Bereich der „essential facility“ legt § 19 IV Nr.4 GWB eine wichtige Beweislastumkehr fest. Schließlich besteht nach Art. 82 EG auch nicht die Möglichkeit, relative Marktmacht zu kontrollieren. Gerade wegen des höheren Schutzstandards der nationalen Missbrauchskontrolle wollte Deutschland den Art. 82 EG ganz von der Verdrängungswirkung des Gemeinschaftsrechts ausnehmen. Als Kompromisslösung wurde deshalb vom Rat schließlich am 16. Dezember 2002 die jetzige VO Nr.1/2003 mit einem neuen, „milderen“ Art. 3 erlassen. Strengere nationale Bestimmungen bleiben demnach im Bereich des Art. 82 EG anwendbar. Die Regelung des Art. 82 EG stellt also lediglich einen Mindeststandard dar, der von den nationalen Wettbewerbsbehörden in keinem Fall unterschritten werden darf<sup>527</sup>. Dies war aber auch bislang schon so, so dass sich im Anwendungsbereich des Art. 82 EG nichts ändern wird.

### III. Ausnahmen zu Art. 3

#### 1. Die „deutsche Klausel“ – Art. 3 Absatz 2 Satz 2

Eine Ausnahme von der Vorrangregel ist in Art. 3 II 2, der sog. „deutschen Klausel“ vorgesehen, welche v.a. auf Druck Deutschlands hin eingefügt wurde. Danach ist ausnahmsweise strengeres nationales Recht anwendbar für die Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unter-

---

<sup>524</sup> Vgl. hierzu Schumacher, AWD 1968, S.5 ff.

<sup>525</sup> So auch Reh binder, Festschrift Mestmäcker, 711, 712.

<sup>526</sup> So u.a. Mestmäcker, EBOR 2000, 401, 427.

<sup>527</sup> So auch Monopolkommission, Sondergutachten 32, Rn.28.

nehmen. Was genau hier mit einseitigen Handlungen von Unternehmen gemeint ist, wird in der VO Nr.1/2003 allerdings nicht gesagt. Dabei ist aber klar, dass eine einseitige Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 3 II 2 zugleich auch unter den Vereinbarungsbegriff des Art. 81 EG fallen muss. Dies ergibt sich schon aus dem systematischen Zusammenhang der deutschen Klausel, die im gleichen Absatz wie die Vorrangregel steht. Und die Vorrangregel gilt ja bekanntermaßen nur für Art. 81 EG. Ansonsten wäre Art. 3 II 2 auch überflüssig und würde zudem nur wenig Sinn machen, da im Anwendungsbereich des Art. 82 EG strengeres nationales Kartellrecht ohnehin zulässig ist. Eine Kartellvereinbarung i.S.d. Art. 81 EG setzt jedoch eine Willensübereinstimmung in Bezug auf eine den Wettbewerb beschränkende Maßnahme voraus. Es stellt sich daher die Frage, wann eine einseitige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, die zugleich noch als Willensübereinstimmung i.S.d. Art. 81 EG gedeutet werden kann. Wann wird also eine einseitige Handlung eines Unternehmens i.S.d. Art. 3 II 2 nach Art. 81 EG beurteilt? Hierzu hat das EuG im „*Bayer – Adalat*“-Urteil festgestellt, dass eine einseitige Handlung eines Unternehmens, die nicht unter Art. 81 EG fällt, dann vorliegt, wenn ein Unternehmen ohne ausdrückliche oder stillschweigende Mitwirkung eines anderen Unternehmens tätig wird<sup>528</sup>. Aus dieser Entscheidung lässt sich deshalb folgern, dass einseitige Handlungen eines Unternehmens grundsätzlich keine Vereinbarung i.S.d. Art. 81 EG darstellen<sup>529</sup>. Im Umkehrschluss kann man aber sagen, dass es auch einseitige Maßnahmen in Vertriebsnetzen gibt, die gleichzeitig als konkludente Kartellvereinbarung zu deuten sind. Dies geht zudem aus der Gesetzesbegründung des Rates zu Art. 3 II 2 hervor, in der es heißt, dass die strengeren einzelstaatlichen Rechtsvorschriften auch Bestimmungen zum Verbot oder zur Ahndung missbräuchlichen

---

<sup>528</sup> Vgl. EuG, Slg. 2000, II, 3383, 3409 (Tz.71) „*Bayer/Kommission*“. Diesem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die klagende Bayer AG erzeugt und vermarktet seit vielen Jahren das patentierte Arzneimittel „Adalat“. Der Preis von Adalat wird in den meisten Mitgliedstaaten direkt oder indirekt von den nationalen Gesundheitsbehörden festgesetzt. Von 1989 bis 1993 lagen die von den spanischen und französischen Gesundheitsbehörden festgesetzten Preise um durchschnittlich 40% unter den Preisen im Vereinigten Königreich. Wegen dieser Preisunterschiede begannen Großhändler in Spanien und Frankreich, Adalat in das Vereinigte Königreich auszuführen. Die Verkäufe der britischen Tochtergesellschaft Bayer UK sanken daraufhin um fast die Hälfte. Angesichts dieser Situation begann die Bayer AG, die immer größeren Bestellungen der Großhändler in Frankreich und Spanien nicht mehr in vollem Umfang zu erfüllen. Die dennoch fortgesetzte Ausfuhr nach Großbritannien durch die Großhändler führte schließlich zu Engpässen auf dem spanischen und französischen Markt. Die Kommission war der Auffassung, dass ein Verstoß gegen Art. 81 I EG seitens der Bayer AG vorliege, da zwischen Bayer und seinen Großhändlern ein Export-Verbot von Adalat-Erzeugnissen vereinbart worden sei. Die Fortführung der fortlaufenden Geschäftsbeziehungen durch die Großhändler, nachdem sie von den Liefereinschränkungen erfahren hatten, sei als konkludente Einwilligung in die Geschäftspolitik von Bayer zu verstehen. Bayer erhob daraufhin Klage auf Nichtigkeitsklärung dieser Entscheidung und berief sich in erster Linie darauf, dass das in der Entscheidung angesprochene Verhalten einseitig von ihr geplant und umgesetzt worden sei. Damit falle es nicht in den Anwendungsbereich von Art. 81 EG. Entscheidend für den Ausgang der Klage war daher, ob die Kommission das Bestehen einer Vereinbarung zwischen Unternehmen im Sinne von Art. 81 I EG annehmen durfte. Das EuG verneinte dies und betonte insbesondere, dass Bayer zu keinem Zeitpunkt die Großhändler tatsächlich daran gehindert hätte, die Arz-

<sup>529</sup> Vgl. Wittenberg, *EWV*, 2004, 145 ff.



Verhaltens gegenüber wirtschaftlich abhängigen Unternehmen umfassen können<sup>530</sup>. Auf eine Abgrenzung der einseitigen Handlungen von Unternehmen, die gleichzeitig noch als Vereinbarung i.S.d. Art. 81 EG ausgelegt werden können und solchen, die nicht unter Art. 81 EG fallen, kann aber deswegen verzichtet werden, weil in beiden Fällen strengeres nationales Recht ohnehin anwendbar bleibt. Bei solchen einseitigen Handlungen, die unter Art. 81 EG fallen wegen Art. 3 II 2 und bei denen, die nicht unter Art. 81 EG fallen, weil die Vorrangregel nur für Art. 81 EG gilt und eine entsprechende Vorschrift für Art. 82 EG fehlt.

Insbesondere bei Vertriebsnetzen besteht oft die Besonderheit, dass die Hersteller einseitig die Lieferbeziehungen ändern und die Abnehmer ohne ausdrückliche Zustimmung wegen ihrer Abhängigkeit vom Hersteller die Lieferbeziehung fortsetzen<sup>531</sup>. Bei der Behandlung von selektiven Vertriebssystemen im Rahmen des § 20 GWB ist es aber schon jetzt umstritten, inwieweit die deutsche Klausel des Art. 3 II 2 Anwendung findet<sup>532</sup>.

Dies ist deshalb von Bedeutung, weil selektive Vertriebssysteme nach Art. 81 EG teilweise milder behandelt werden als nach den deutschen Vorschriften. Nach h.M. und ständiger Praxis genießt der Intra-brand-Wettbewerb im Rahmen des Art. 81 EG selbständigen Schutz, so dass Wettbewerbsbeschränkungen allein aufgrund von Einschränkungen des Wettbewerbs der Vertriebspartner eines einzelnen Herstellers und unabhängig von der Beeinträchtigung des Inter-brand-Wettbewerbs, also des Vertriebes von Erzeugnissen verschiedener Hersteller, die demselben Markt zuzuordnen sind, vorliegen können<sup>533</sup>. Die potentiellen Gefahren für den Wettbewerb bestehen hier v.a. in einem geringeren markeninternen Wettbewerb, einer Erleichterung der Kollusion zwischen Lieferanten oder Käufern und der Abschottung gegenüber bestimmten Arten von Händlern, insbesondere bei kumulativen Auswirkungen von nebeneinander bestehenden selektiven Vertriebssystemen auf einem Markt. Neben Art. 81 EG ist zwar grundsätzlich auch Art. 82 EG auf die selektiven Vertriebssysteme anwendbar. Dieser besitzt aber wegen der relativ hohen Eingriffsschwellen zumindest im Bereich von selektiven Vertriebssystemen nur geringe Bedeutung. Mittlerweile gibt es mit der Schirm-Gruppenfreistellungsverordnung (Schirm-GVO) auch allgemeingültige Normen für die kar-

---

<sup>530</sup> VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 8 Satz 6.

<sup>531</sup> Vgl. hierzu auch Wertenbruch, EWS 2004, 145 ff.

<sup>532</sup> Vgl. Bechtold, Kommentar zum GWB, § 20 Rn.85; Topel, 155, 159; Roth/Ackermann in: FK, Band VI, Art. 81 Abs.1 EG-Vertrag Grundfragen, Rn.166.

<sup>533</sup> EuGH, Slg. 1966, 281, 302-304 "*LTM/Maschinenbau Ulm*"; EuGH, Slg. 1966, 321, 387 f. "*Consten und Grun-dig/Kommission*"; Duijm, Die Wettbewerbspolitik der EG gegenüber vertikalen Vertriebsvereinbarungen, S.109 ff.; anders nur die Gruppentheorie des Marketing und die Theorie der Chicago School, welche im Prinzip einen negativen Zusammenhang zwischen der Intensität des Intra-brand- und der des Inter-brand-Wettbewerbs sehen, welcher sich aber weder theoretisch noch empirisch belegen lässt.

tellrechtliche Bewertung selektiver Vertriebssysteme im Rahmen des Art. 81 EG<sup>534</sup>. In Art. 1 lit. d) Schirm-GVO werden diese definiert als Vertriebssysteme, in denen sich der Lieferant verpflichtet, die Vertragswaren oder -dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar nur an Händler zu verkaufen, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden, und in denen sich diese Händler verpflichten, die betreffenden Waren und Dienstleistungen nicht an Händler zu verkaufen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind. Dabei werden für die Zulässigkeit von vertikalen Vertriebssystemen nicht mehr nur qualitative und/oder objektive Kriterien verlangt, sondern es genügen auch allein quantitative Kriterien. Darüber hinaus wird die Behandlung von selektiven Vertriebssystemen in den von der Kommission erlassenen „Leitlinien für vertikale Beschränkungen“<sup>535</sup> konkretisiert. Danach ist die Marktanteilsschwelle von 30%, die für die Schirm-GVO gilt, für die Zulässigkeit eines selektiven Vertriebssystems irrelevant, solange die Händler nach objektiven, qualitativen und im Voraus definierten Kriterien ausgewählt werden, welche sich an den Besonderheiten des betreffenden Produkts orientieren und nicht über das erforderliche Maß hinausgehen<sup>536</sup>. Im deutschen Recht unterliegen selektive Vertriebssysteme dagegen zunächst der Missbrauchsaufsicht gem. § 16 GWB. Für ein Eingreifen der Kartellbehörden setzt § 16 GWB voraus, dass das Ausmaß der Beschränkung den Wettbewerb auf dem Markt wesentlich beeinträchtigt. Dies ist bei selektiven Vertriebssystemen aufgrund des regelmäßig fortbestehenden, erheblichen Preis- und Leistungswettbewerbs zwischen den Herstellern, sowie der Möglichkeit der vom Vertrieb eines bestimmten Produkts ausgeschlossenen Händler, auf andere Hersteller auszuweichen, aber nur selten der Fall<sup>537</sup>. Statt dessen hat bislang der § 20 I und II GWB für die Praxis selektiver Vertriebssysteme erheblich mehr Bedeutung besessen. Selektiver Vertrieb ist nämlich immer auch mit der Begrenzung zugelassener Händler verbunden. Deswegen sehen sich selektive Vertriebssysteme regelmäßig mit Zugangsansprüchen nicht zugelassener Händler im Hinblick auf eine mögliche unbillige Behinderung oder Diskriminierung verbunden. Für marktbeherrschende Unternehmen gilt dabei der § 20 I GWB und/oder Art. 82 EG. Praktische Bedeutung hat das jeweilige Verbot, eine marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen, im Bereich des selektiven Vertriebs aber kaum erlangt – weder auf europäischer noch auf deutscher

---

<sup>534</sup> Davor richteten sich die Grenzen für die Ausgestaltung solcher Systeme allein nach der Rechtsprechung des EuGH und nach Entscheidungen der Kommission. Vgl. etwa EuGH, Slg. 1977, 1875, 1905 (Tz.20) „*Metro/Kommission*“; EuGH, Slg. 1980, 3775, 3790 f. (Tz.15) „*L’Oréal/De Nieuwe AMCK*“; Europäische Kommission, ABl. EG 1984 Nr. L 118 vom 4.5.1984, S.24-28 „*IBM-Personalcomputer*“.

<sup>535</sup> ABl. EG 2000 Nr. C 291 vom 13.10.2000, S.1-44.

<sup>536</sup> Vgl. Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Rn.185; so auch EuGH, Slg. 1977, 1875, 1905 (Tz.20) „*Metro/Kommission*“; EuGH, Slg. 1980, 3775, 3790 f. (Tz.15) „*L’Oréal/De Nieuwe AMCK*“.

<sup>537</sup> So etwa Harte-Bavendamm/Kreutzmann, WRP 2003, 682, 685; Kirchhoff in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 10 Rn.113.

Ebene<sup>538</sup>. Anders sieht es da aber mit § 20 II GWB aus, der sich auf marktstarke Unternehmen bezieht. Zu § 20 II GWB erging bisher die weitaus überwiegende Anzahl der Entscheidungen. Die Maßstäbe des § 20 II GWB stimmen dabei aber mittlerweile, nachdem auch in Deutschland das Erfordernis der Lückenlosigkeit eines Vertriebsbindungssystems aufgegeben wurde, fast vollständig mit denen des Art. 81 EG überein. Allerdings kommt es im Rahmen des § 20 II GWB nur ausnahmsweise auch zu einer Tolerierung quantitativer Kriterien, nämlich dann, wenn keine wirtschaftlich sinnvolle Alternative besteht<sup>539</sup>. Anders als im deutschen Kartellrecht werden bei Art. 81 III EG zudem auch Drittinteressen mitberücksichtigt<sup>540</sup>. Es bestehen daher durchaus Abweichungen bei der Behandlung selektiver Vertriebssysteme.

Es stellt sich deshalb die Frage, ob auch speziell für die Behandlung selektiver Vertriebssysteme die „deutsche Regel“ des Art. 3 II 2 greift. Dies wäre dann der Fall, wenn das selektive Vertriebssystem als solches als einseitige Handlung des Unternehmens anzusehen ist. Nach Ansicht von Harte-Bavendamm/Kreutzmann handelt es sich bei selektiven Vertriebssystemen um keine einseitigen Handlungen i.S.v. Art. 3 II 2, da sie aus einem Vereinbarungsgeflecht bestünden. Dies hätte zur Folge, dass für sie die Vorrangregel des Art. 3 II 1 greift. Dann aber wäre, sobald der zwischenstaatliche Handel beeinträchtigt sein kann, Art. 81 EG nicht verletzt, so dass nationales Kartellrecht, insbesondere § 20 II GWB, nicht mehr zu einem Verbot führen kann. Eine ergänzende Anwendung sei nur dann möglich, wenn der Hersteller nach Implementierung des selektiven Vertriebssystems bei dessen Durchführung die bereits gebundenen Händler diskriminiert oder unbillig behindert<sup>541</sup>. Weitbrecht dagegen will auf eine Abgrenzung zwischen einseitigen Maßnahmen und Vereinbarungen verzichten und § 20 I, II GWB insgesamt von der Vorrangregel ausnehmen<sup>542</sup>. Für diese Ansicht spricht insbesondere die Gesetzesbegründung des Rates zu Art. 3 II, in der es heißt, dass die strengeren einzelstaatlichen Rechtsvorschriften auch Bestimmungen zum Verbot oder zur Ahndung missbräuchlichen Verhaltens gegenüber wirtschaftlich abhängigen Unternehmen umfassen können<sup>543</sup>. Gemeint ist damit wohl gerade der deutsche § 20 GWB<sup>544</sup>. Fraglich ist allerdings, ob hiermit auch der Fall gemeint war, dass ein selektives Vertriebssystem durch die Schirm-GVO freigestellt wird. Man wird wohl zwischen einer Freistellung nach der Schirm-GVO und einer sonstigen Zuläs-

---

<sup>538</sup> Vgl. erneut Harte-Bavendamm/Kreutzmann, WRP 2003, 682, 685.

<sup>539</sup> Vgl. Markert in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, § 20 GWB, Rn.158.

<sup>540</sup> Vgl. Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Rn.116; BGH WuW/E 2707, 2715 *„Krankentransportunternehmen II“*.

<sup>541</sup> Vgl. Harte-Bavendamm/Kreutzmann, WRP 2003, 682, 688 f.

<sup>542</sup> Siehe Weitbrecht, EuZW 2003, 69, 72.

<sup>543</sup> VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 8 Satz 6.

<sup>544</sup> Vgl. auch Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2001/2002, S.65; Hossenfelder/Lutz, WuW 2003, 118, 121; Wirtz, WuW 2003, 1039, 1043.

sigkeit nach Art. 81 EG wie auch schon bisher zu differenzieren haben. Sollte das selektive Vertriebssystem nämlich nach der Schirm-GVO zulässig sein, so wird strengeres nationales Recht nach wie vor zurücktreten müssen. Denn nach ständiger Rechtsprechung des EuGH darf die Anwendung nationalen Kartellrechts die uneingeschränkte und einheitliche Anwendung des europäischen Kartellrechts und die volle Wirksamkeit der zu dessen Vollzug getroffenen Maßnahmen nicht beeinträchtigen<sup>545</sup>. Dafür spricht auch der in der Schirm-GVO ausdrücklich ausgesprochene Vorbehalt gegenüber strengeren nationalen Maßnahmen, der einen Umkehrschluss im Sinne des prinzipiellen Vorrangs der Schirm-GVO nahe legt<sup>546</sup>. Im Anwendungsbereich der Schirm-GVO besteht lediglich die Möglichkeit des Entzugs des Rechtsvorteils für das selektive Vertriebssystem im Einzelfall gem. Art. 29 II durch die nationale Wettbewerbsbehörde. Nur wenn das selektive Vertriebssystem nicht durch die Schirm-GVO freigestellt wird, aber trotzdem nicht gegen Art. 81 EG verstößt, bleibt ein eigenständiger Anwendungsbereich des § 20 GWB bestehen. Zugegebenermaßen ist dieser nicht sehr groß.

## 2. Ausnahme zu Art. 3 im Ganzen – Art. 3 Absatz 3

Eine weitere Ausnahme enthält Art. 3 III, wobei sich die Ausnahme nicht nur auf die Vorrangregel, sondern auch auf Art. 3 I, also den parallelen Anwendungszwang des Gemeinschaftsrechts bezieht. In Art. 3 III wird dabei klargestellt, dass die Vorrangregelung des Absatzes 2, sowie der parallele Anwendungszwang des Gemeinschaftsrechts des Absatzes 1 nicht für Vorschriften der nationalen Fusionskontrolle gilt und ebenfalls nicht für einzelstaatliche Regelungen, die überwiegend ein von den Art. 81 und 82 EG abweichendes Ziel verfolgen. Für die europäische Fusionskontrolle wird dies bereits in Art. 22 I FKVO klargestellt, so dass eine entsprechende Regelung hier nicht nötig war. Fraglich ist allerdings, was ein von den Art. 81 und 82 EG überwiegend abweichendes Ziel ist. Ziel der Art. 81 und 82 EG ist dabei der Schutz des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen gem. Art. 3 I lit. g) EG<sup>547</sup>. Dementsprechend dürfen die Mitgliedstaaten nationale Rechtsvorschriften erlassen und anwenden, die andere legitime Interessen schützen, die also auf Ziele gerichtet sind, welche überwiegend vom Schutze des Wettbewerbes auf dem Markt abweichen<sup>548</sup>. Dabei wird in den Erwägungsgründen klargestellt, dass die Mitgliedstaaten beispielsweise auch unlautere Handelspraktiken untersagen oder ahnden dürfen, selbst wenn diese nach Art. 81 EG

---

<sup>545</sup> Vgl. EuGH, Slg. 1969, 1, 14 (Tz.6) "*Walt Wilhelm*"; EuGH, Slg. 1970, 1125, 1135 (Tz.3) "*Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide*"; EuGH Slg. 1980, 2327, 2374 f. (Tz.15-17) "*Procureur de la République/Giry und Guerlain*".

<sup>546</sup> Vgl. VO Nr.2790/1999, Erwägungsgrund 17.

<sup>547</sup> Siehe auch VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 9 Satz 1.

<sup>548</sup> VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 9 Satz 2 und 3.

zulässig wären<sup>549</sup>. Damit findet das UWG im Anwendungsbereich des Art. 81 EG weiterhin Anwendung und behält auch in Zukunft als korrelatives Postulat zum Schutze der Wettbewerbsordnung seine eigenständige Bedeutung.

### ***C. Wettbewerbspolitische Beurteilung***

Die Kommission verfolgt mit Art. 3 das Ziel, für eine wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft zu sorgen und gleiche Bedingungen im Binnenmarkt zu schaffen<sup>550</sup>. Dadurch soll die Durchschlagskraft des europäischen Wettbewerbsrechts und die Rechtssicherheit v.a. für die nach den Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft tätigen Unternehmen erhöht werden, was letztlich auch zur Förderung von Innovation und Investition beitragen soll<sup>551</sup>. Im Folgenden soll untersucht werden, ob der Art. 3 wirklich zu mehr Rechtssicherheit, Kohärenz und einer erhöhten Durchschlagskraft des europäischen Wettbewerbsrechts beitragen kann. Davor soll aber noch ein Vergleich mit dem US-amerikanischen Antitrustrecht vorgenommen werden, wo die einzelnen Bundesstaaten auch zumeist ein eigenes Antitrustrecht haben.

### **I. Vergleich mit dem US-amerikanischen Antitrustrecht**

Eigentlich dürfte man im US-amerikanischen Antitrustrecht im Vergleich zur EU strengere Regeln bzgl. des Verhältnisses von Bundes-Antitrustrecht zu den Antitrustgesetzen der einzelnen Bundesstaaten erwarten. Genau das Gegenteil ist jedoch der Fall. Aber zunächst einmal der Reihe nach: Bereits vor dem Jahre 1890 hatten mindestens 26 Einzelstaaten Antitrustregelungen der unterschiedlichsten Art<sup>552</sup>. Mit einer Entscheidung des Supreme Court aus dem Jahre 1886 drohte jedoch die Verfolgungstätigkeit der Einzelstaaten wesentlich eingeschränkt zu werden<sup>553</sup>. Der Supreme Court der USA legte in dieser Entscheidung die Commerce Clause der US-Verfassung<sup>554</sup> dahingehend aus, dass dem Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zukomme, sobald der zwischenstaatliche Handel betroffen sei. Die Einzelstaaten befürchteten, dass ihr Antitrustrecht kaum noch zur Anwendung kommen werde, da meistens ein Bezug zum zwischenstaatlichen Handel nachgewiesen werden könne und folglich viele Antitrust-Verstöße auf Grundlage der bestehenden einzel-

---

<sup>549</sup> VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 9 Satz 4.

<sup>550</sup> VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 8 Satz 1 und 2.

<sup>551</sup> Vgl. auch VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 38 Satz 1.

<sup>552</sup> Vgl. hierzu Lampert (1995), S.138.

<sup>553</sup> *Wabash, St. Louis & Pacific Railway Co. v. State of Illinois*, 118 U.S. 557 (1886).

<sup>554</sup> Art. I, Sec. 8: "The Congress shall have power [...] to regulate commerce with foreign nations, and among the several states, and with the Indian tribes; [...]".

staatlichen Normen nicht mehr verfolgt werden könnten. Die effektive Durchsetzung einer Antitrust-Politik wäre gehemmt worden und hätte sich lediglich noch auf die Fälle mit rein innerstaatlichem Bezug beschränkt. Diese Angst war schließlich der wesentliche Auslöser für den Erlass des Sherman Act im Jahre 1890. Erklärte Absicht des Kongresses war es, neben die bereits bestehenden einzelstaatlichen Antitrustregelungen eine bundesstaatliche Regelung zu stellen, die das einzelstaatliche Recht jedoch weder verdrängen noch einschränken sollte. So führte Senator John Sherman im Jahre 1890 zur Begründung seines Gesetzesentwurfs u.a. aus<sup>555</sup>: Jeder Einzelstaat könne Zusammenschlüsse innerhalb der Staatsgrenzen verhindern und beaufsichtigen. Hier wolle der Sherman Act nicht dazwischentreten. [...] Der Entwurf habe vielmehr zum Ziel, die Hilfe der Bundesgerichte gegenüber solchen Wettbewerbsbeschränkungen anzurufen, die den Handel mit dem Ausland und zwischen den Einzelstaaten nachteilig beeinflussten. Auf diese Weise solle der Entwurf die Durchsetzung des bestehenden einzelstaatlichen Richter- und Gesetzesrechts durch die Gerichte der Einzelstaaten gegenüber Wettbewerbsbeschränkungen ergänzen, die die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung der Bürger ihrer Staaten nachteilig beeinflussten. Der Entwurf bezwecke, die Gerichte des Bundes innerhalb der Grenzen ihrer verfassungsmäßigen Befugnis "zu bewaffnen", damit sie gemeinsam mit den Gerichten der Einzelstaaten den gefährlichsten Wettbewerbsbeschränkungen Einhalt gebieten könnten. Als Beispiel führte der Senator den Kampf gegen den damaligen Zucker-Trust an. Im Falle *People v. North River Sugar Refining Co.*<sup>556</sup> hatten New Yorker Gerichte eine New Yorker Aktiengesellschaft aufgelöst, weil sie sich durch aktienmäßige Verflechtung mit weiteren 17 der 23 in den USA existierenden Zuckerfabriken zu einem Trust mit kartellähnlichen Folgen zusammengeschlossen hatte. Sherman wies darauf hin, dass der Staat New York nur gegen das New Yorker Unternehmen, nicht aber auch gegen die 16 übrigen Gesellschaften vorgehen könne. Auf Grund seines Entwurfs hätten demgegenüber vor den Bundesgerichten in einem Verfahren alle 17 Firmen verklagt werden können<sup>557</sup>. Heute verfügen deshalb in den USA die Einzelstaaten jeweils über ein eigenes Antitrustrecht, während der bundesstaatliche Sherman Act Sachverhalte erfasst, die den zwischenstaatlichen Handel betreffen. Hier existieren also beide Antitrustgesetze nebeneinander. Dabei ist das Bundes-Antitrustrecht aber nur dann anwendbar, wenn der Handel zwischen einzelnen Bundesstaaten betroffen ist, während das Antitrustrecht eines Bundesstaates auch dann anwendbar ist, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung grenzüberschreitende Wirkung hat, sich also

---

<sup>555</sup> Vgl. hierzu Schwartz, ZHR 1962, 254, 259 f.

<sup>556</sup> 121 N.Y. 582, 24 N.E. 834 (1890).

<sup>557</sup> Siehe hierzu Schwartz, ZHR 1962, 254, 260.

nicht bloß in einem Bundesstaat auswirkt<sup>558</sup>. Ein Einzelstaat ist allerdings nur dafür zuständig, den innerstaatlichen Handel zu regeln. Ein Verstoß gegen die Commerce Clause liegt deshalb vor, wenn ein Einzelstaat diesen Bezug zum innerstaatlichen Handel aus den Augen verliert und eine Handlung vornimmt, die unmittelbar den zwischenstaatlichen Handel reguliert. Wird allerdings ein innerstaatlicher Sachverhalt geregelt und dabei mittelbar auch eine Angelegenheit des zwischenstaatlichen Handels mitbehandelt, so hat eine solche Maßnahme grundsätzlich Bestand<sup>559</sup>. Weder in den einzelstaatlichen noch in den Bundes-Antitrustgesetzen lassen sich Regelungen für den Fall finden, dass die konkurrierende Anwendbarkeit beider Rechtssysteme zu Konflikten führt. Vielmehr ergibt sich die Lösung bei Problemen aus der Verfassung und der darin enthaltenen Supremacy Clause in Art. VI Sec. 2. Danach wird einzelstaatliches Recht von der Anwendung verdrängt, wenn es in direktem Widerspruch zum Bundesrecht steht, wenn also ein unauflöslicher Konflikt zwischen einem Bundes- und einem einzelstaatlichen Gesetz existiert<sup>560</sup>. Doch sind die Anforderungen hieran sehr hoch, da sich einzelstaatliches und Bundes-Antitrustrecht ergänzen<sup>561</sup>. So besteht dieser Konflikt nur dann, wenn das Gesetz eines Einzelstaates ein Verhalten erlaubt, welches das Bundesrecht ausdrücklich verbietet, oder wenn umgekehrt das einzelstaatliche Recht verbietet, was das Bundesrecht ausdrücklich erlaubt<sup>562</sup>. Ein solcher Fall des direkten Widerspruchs ist bis heute aber noch nicht bekannt geworden. Des Weiteren kann eine einzelstaatliche Behörde keine Entscheidung erlassen, die im Widerspruch zu einer Entscheidung einer Bundesbehörde steht, wenn die Bundesbehörde alle wettbewerblichen Aspekte abschließend regelt<sup>563</sup>. Wenn aber die Bundesbehörde die Antitrust-Gesetze nicht durchsetzt, haben die einzelnen Bundesstaaten die Möglichkeit, ihre eigene Antitrust-Politik zu entwickeln und durchzusetzen<sup>564</sup>.

Zur Verdeutlichung des Verhältnisses zwischen einzelstaatlichem und Bundes-Antitrustgesetz soll der Fall *State of California v. ARC America Corporation* dienen<sup>565</sup>: Hier haben die Einzelstaaten Alabama, Arizona, Kalifornien und Minnesota gegen verschiedene Zementhersteller im Namen der Bürger ihrer Einzelstaaten mehrere Klagen erhoben. Die Zementhersteller hatten auf nationaler Ebene Preisabsprachen getroffen. Durch die Klage wurde der Schaden geltend gemacht, der den Bür-

---

<sup>558</sup> Vgl. *Standard Oil Co. of Kentucky v. State of Tennessee*, 217 U.S. 413, 422 (1910); *Exxon Corp. v. Governor of Maryland*, 437 U.S. 117 (1978); *California v. ARC American Corporation*, 490 U.S. 93, 101 (1989).

<sup>559</sup> Vgl. hierzu Lampert (1995), S.68 ff.

<sup>560</sup> *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977); *Louisiana Public Service Comm. v. FCC*, 476 U.S. 355, 369 (1986).

<sup>561</sup> Vgl. etwa *Rice v. Norman Williams Co.*, 458 U.S. 654, 660 (1982).

<sup>562</sup> *Florida Lime & Avocado Growers, Inc. v. Paul*, 373 U.S. 132, 142 f. (1963).

<sup>563</sup> Zur Möglichkeit der Bestrafung desselben Verhaltens durch Bund und Einzelstaaten im Verfassungsrecht der USA, vgl. Mestmäcker, BB 1968, 1297, 1301 f.

<sup>564</sup> Vgl. Mestmäcker, EBOR 2000, 401, 434.

<sup>565</sup> *State of California v. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989).

gern dieser Einzelstaaten durch die zu hohen Zementpreise entstanden ist. Da die Bürger aber keine direkten Abnehmer der Zementhersteller waren, schied ein Schadensersatzanspruch nach Bundes-Antitrustrecht aus. Die Klage stützte sich deshalb auf einzelstaatliches Antitrustrecht. Der Supreme Court entschied, dass die einzelstaatlichen Schadensersatznormen nicht allein deshalb durch das Bundes-Antitrustrecht verdrängt seien, weil sie sowohl dem Tatbestand als auch der Rechtsfolge nach weiter reichten als der Schadensersatzanspruch nach Bundes-Antitrustrecht. Es sei nämlich nicht erlaubt, aus dem Fehlen einer Vorschrift im Bundes-Antitrustrecht zu folgern, dass hier eine abschließende Regelung dahingehend getroffen werden sollte, dass dem mittelbaren Käufer keinerlei Schadensersatzanspruch zustehen solle. Die Unterstellung eines solchen konkludenten Willens des Kongresses auf einem Gebiet, auf dem traditionell Bund und Einzelstaaten konkurrierend tätig sind, sei unzulässig. Um eine einzelstaatliche Norm durch Bundesrecht zu verdrängen, müsse der Kongress vielmehr klar und unmissverständlich seine Absicht erklären, einzelstaatliches Recht auf diesem Gebiet nicht zulassen zu wollen. Sind der Bund und die Einzelstaaten nämlich üblicherweise nebeneinander gesetzgeberisch tätig, besteht bei Fehlen einer solchen eindeutigen Erklärung des Bundesgesetzgebers eine Vermutung dafür, dass das einzelstaatliche Recht gerade nicht verdrängt werden solle.

Durch die Möglichkeit der Einzelstaaten, ihr eigenes Antitrustrecht zu entwickeln, kam es zu positiven Auswirkungen auf die Entwicklung des Antitrustrechts im Ganzen, also auch auf das Bundes-Antitrustrecht, das von den verschiedenen Erfahrungen schließlich nur profitieren kann<sup>566</sup>. Ein einheitlicher Binnenmarkt wie in den USA scheint also keineswegs vereinheitlichte Kartellgesetze aufweisen zu müssen. Es lässt sich vielmehr herauslesen, dass der Wettbewerb unter den Antitrust-Gesetzen gerade dem Schutz des einheitlichen Binnenmarktes dient. Die Eigenständigkeit der einzelstaatlichen Kartellgesetze und der Nutzen hieraus machte sich dabei insbesondere in der Reagan-Ära bemerkbar, als auf Bundesebene eine auf die Erkenntnisse der Chicago School gestützte Wettbewerbspolitik weitgehend von Eingriffen in das Marktgeschehen absah. In dieser Phase richteten die Einzelstaaten ihre Wettbewerbsordnung verstärkt am Verbraucherinteresse aus und verfolgten eine strengere Antitrust-Politik, wodurch sie einen Gegenpol zur Bundesebene bildeten<sup>567</sup>. Die wirtschaftsmotivierte Zurückhaltung bei der Durchsetzung des Antitrustrechts wurde auf diese Weise durch das einzelstaatliche Verhalten bei der Verfolgung der wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen kompensiert. Dazu heißt es bei Wegman Burns<sup>568</sup>: „[...] by giving states the latitude to

---

<sup>566</sup> So auch Slot, *International Antitrust Law & Policy* 2001, 101, 103 f.

<sup>567</sup> Siehe First (1998), 17, 24; Lampert, *RIW* 1994, 633, 635.

<sup>568</sup> Wegman Burns, *68. Antitrust Law Journal* (2000), 29, 30.



develop their own doctrines, federalism also provides a valuable benefit for antitrust jurisprudence: it encourages diversity of thought, experimentation, and innovations in approaches. Such diversity and experimentation are especially important in a field like antitrust, where debate continues on how best to approach certain key issues and the laws' proper goals."

Allerdings muss man bei einem Vergleich mit dem US-Antitrustrecht zugestehen, dass nicht mehr viele Antitrustgesetze einzelner Staaten vom Bundes-Antitrustrecht abweichen und auch dann nur noch in Nuancen. Die Staaten haben vielmehr nach der Einführung des Sec. 1 Sherman Act im Jahre 1890 ihre Antitrust-Gesetze an den Sec. 1 Sherman Act weitgehend angepasst, so dass es heute eine Vielzahl an „Baby Sherman Acts“ gibt. Auch orientiert sich die Auslegung einzelstaatlicher Antitrustgesetze weitgehend an der Interpretation der bundesstaatlichen Vorschriften<sup>569</sup>. Zudem darf nicht übersehen werden, dass einzelstaatliche Unterschiede in der Wirtschaftspolitik, welche die einzelstaatliche Rechtsordnung beeinflussen könnten, nicht im nennenswerten Umfang vorhanden sind. Vielmehr besteht immer ein breiter Konsens hinsichtlich der wirtschaftspolitischen Grundüberzeugung. Allzu große Differenzen und Konflikte zwischen den Einzelstaaten untereinander sowie gegenüber dem Bundesrecht kommen in den USA äußerst selten vor. Schließlich liegt allen einzelstaatlichen Rechten in den USA eine gemeinsame rechtliche Grundstruktur zugrunde, die in der Tradition des Common Law verwurzelt ist, so dass die Situation in den USA mit der in der EU nur bedingt vergleichbar ist<sup>570</sup>.

## **II. Rechtssicherheit**

Art. 3 I und Art. 3 II 1 gewährleisten, dass strengere nationale Wettbewerbsregeln im Anwendungsbereich des Art. 81 EG nicht mehr anwendbar sind. Die Unternehmen müssten dann nur noch überprüfen, ob ihre Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen mit anderen Unternehmen, vorausgesetzt sie haben grenzüberschreitende Wirkung, mit Art. 81 EG vereinbar sind. Genauso müssen die Gerichte diese dann nur noch nach Art. 81 EG überprüfen und nicht mehr zusätzlich nach nationalem Wettbewerbsrecht. Dies soll insgesamt zu mehr Rechtssicherheit beitragen. Die Beschränkung auf die Anwendung des Art. 81 EG bei Vereinbarungen, welche die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllen, ist dabei auch bestimmt übersichtlicher, als wenn man zusätzlich noch die nationalen Kartellgesetze mitberücksichtigen muss. Dabei bleibt jedoch unberücksichtigt, dass die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsgesetze zum Teil über Jahrzehnte konkretisiert wurden und an nati-

---

<sup>569</sup> Vgl. Lampert (1995), S.16; Slot, International Antitrust Law & Policy 2001, 101, 103 f.; Wegman Burns, 68.Antitrust Law Journal (2000), 29, 35 f.

<sup>570</sup> Siehe auch Günther, Wege zur Europäischen Wettbewerbsordnung, S.148.

onale Besonderheiten angepasst sind<sup>571</sup>. So haben sich auch die Auslegungs- und Anwendungsgrundsätze über diesen langen Zeitraum entwickelt und sind den Unternehmen und nationalen Instanzen derzeit weitaus bekannter als die europäischen. Mit der weitgehenden Verdrängung nationalen Rechts geht deshalb sicherlich ein gewisses Maß an Rechtssicherheit verloren. Auch der Umstand, dass Art. 81 III EG im Unterschied zu den nach §§ 2 ff. GWB differenziert ausgeformten Freistellungstatbeständen eine Generalklausel bereitstellt, welche mit weiten Interpretationsspielräumen für die Rechtsanwendung durch Unternehmen, Behörden und Gerichte verbunden ist, wird erneut zu einem Verlust an Rechtssicherheit führen<sup>572</sup>. Denn die Vorrangregel i.V.m. dem Legalausnahmesystem zwingt dazu, dass Art. 81 III EG künftig genau geprüft werden muss. Strengeres nationales Kartellrecht ist ja nicht mehr anwendbar. Art. 3 wird zudem zu Abgrenzungsproblemen führen<sup>573</sup>. Bislang konnten die nationalen Behörden und Gerichte gemeinschaftliches und nationales Wettbewerbsrecht grundsätzlich nebeneinander anwenden und ihre Entscheidung auf beide Rechtsordnungen stützen. Zweifelsfragen hinsichtlich der Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts mussten folglich nicht bis ins letzte Detail untersucht werden. Jetzt müssen Behörden und Gerichte vor ihrer eigentlichen Entscheidung jedenfalls im Anwendungsbereich des Art. 81 EG verbindlich über die Frage der Zwischenstaatlichkeitsklausel entscheiden, wenn sie strengeres nationales Recht anwenden wollen. Dies wird letztlich zu einem erhöhten Zeit-, Personal- und Kostenaufwand führen. Die schwierigen Auslegungs- und Anwendungsfragen im Zusammenhang mit der Zwischenstaatlichkeitsklausel erhöhen schließlich auch die Angreifbarkeit von behördlichen und gerichtlichen Entscheidungen, was erneut zu Rechtsunsicherheiten führen wird. In diesem Zusammenhang sei nur noch einmal auf die Bündeltheorie hingewiesen, nach der die Zwischenstaatlichkeitsklausel auch auf Vereinbarungen angewandt wird, die sich nur in Verbindung mit ähnlichen Vereinbarungen Dritter gemeinsam auf den zwischenstaatlichen Handel auswirken können<sup>574</sup>. Auch ist die Abgrenzung zu Art. 82 EG nicht einfach, da der Vereinbarungsbegriff nach Art. 81 EG sehr weit ist und gelegentlich auch sehr flexibel gehandhabt wird. Dabei ist die Differenzierung zwischen Art. 81 und 82 EG auch schwer nachzuvollziehen. Marktbeherrschende Unternehmen sind danach vor strengeren nationalen Regelungen weniger schützenswert als Vertragsparteien<sup>575</sup>. Ob der Art. 3, insbesondere die Vorrangregel, zu mehr Rechtssicherheit beitragen wird, erscheint deshalb doch äußerst fraglich. Naheliegender ist, dass die Rechtsunsicherheit zunehmen wird.

---

<sup>571</sup> Vgl. Mestmäcker, EBOR 2000, 401, 430.

<sup>572</sup> Siehe Monopolkommission, Sondergutachten 32, Rn.24.

<sup>573</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 32, Rn.25; Topel, S.159.

<sup>574</sup> Vgl. Bunte, Kartellrecht, S.172; Emmerich, Kartellrecht, S.374; v. Wallenberg, Kartellrecht, Rn.85.

<sup>575</sup> Siehe Fellenius-Omnell/Landström/Coyet, 97, 106; Topel, S.159 f.

### III. Kohärenz

Würden die nationalen Wettbewerbsbehörden aber ihr jeweiliges nationales Kartellrecht neben dem Gemeinschaftsrecht auch bei grenzüberschreitender Wirkung anwenden, ohne dass das Gemeinschaftsrecht und die von der Kommission gesetzten Rechtsakte Vorrang beanspruchen würden, so wäre eine Inkohärenz in der Beurteilung von vergleichbaren abgestimmten Verhaltensweisen oder Vereinbarungen zwischen Unternehmen aufgrund der Anwendung der verschiedenen nationalen Regeln in der Gemeinschaft zu befürchten gewesen<sup>576</sup>. Durch die Vorrangregelung des Art. 3 II 1 sollte eine solche Inkohärenz vermieden werden, indem künftig bei Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, die grenzüberschreitende Wirkung haben, ein Verbot nur auf Grundlage des Art. 81 EG ergehen kann. Dabei ist jedoch zu beachten, dass den zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichten auch weiterhin eigene Beurteilungsspielräume verbleiben, da gerade die Zwischenstaatlichkeitsklausel mit komplexen Auslegungs- und Anwendungsfragen behaftet ist<sup>577</sup>. Beispielhaft sei auf die sog. Bündeltheorie hingewiesen. Die nationalen Kartellbehörden könnten folglich auch zu der Ansicht kommen, dass die Zwischenstaatlichkeitsklausel nicht erfüllt ist, während die Kommission sie als erfüllt ansieht. Die Kommission will zwar durch Bekanntmachungen und Leitlinien zu Art. 81 EG helfen<sup>578</sup>, doch liegt die eigentliche Schwierigkeit weniger im Normativen, sondern vielmehr im Sachverhalt mit seinen Eigentümlichkeiten selbst. Auch sind die Leitlinien und Bekanntmachungen für die nationalen Instanzen nicht verbindlich, da sie nicht zum sekundärrechtlichen Gemeinschaftsrecht gehören. Sie spielen dann bestenfalls eine Scheinsicherheit vor<sup>579</sup>. Schließlich wird durch Art. 3 II 1 auch nur materielles Wettbewerbsrecht von der Anwendung ausgenommen, während die innerstaatlichen Verfahrensregeln weiterhin einschlägig bleiben. Da in Zukunft die Anzahl von Zivilprozessen steigen wird, wird auch die Divergenz in den materiellen Ergebnissen bei vergleichbaren Sachverhalten, auch in Bezug auf das Vorliegen der Zwischenstaatlichkeitsklausel, zunehmen. In Zivilprozessen gilt nämlich im Unterschied zum kartellbehördlichen Verfahren nicht der Amtsermittlungs-, sondern der Beibringungsgrundsatz, wonach das Gericht bei der Urteilsfindung nur solche Tatsachen berücksichtigen darf, welche die Parteien in das Verfahren eingebracht haben<sup>580</sup>. So könnten dem nationalen Gericht Tatsachen vorgetragen werden, wonach die ~~Zwischenstaatlichkeitsklausel~~ nicht erfüllt wäre, während die Kommission bezüglich des gleichen

<sup>576</sup> Vgl. Bartosch, WuW 2000, 462, 463.

<sup>577</sup> Siehe Monopolkommission, Sondergutachten 32, Rn.25; Topel, S.159.

<sup>578</sup> Vgl. hierzu das von der Kommission erlassene „Modernisation Package“; abrufbar unter: [http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/#procedural\\_rules](http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/#procedural_rules).

<sup>579</sup> Vgl. Möschel, JZ 2000, 61, 64.

<sup>580</sup> Vgl. Bartosch, WuW 2000, 462, 463; Mestmäcker, EuZW 1999, 523, 528; Möschel, JZ 2000, 61, 65; Monopolkommission, Sondergutachten 32, Rn.13 f.

mission bezüglich des gleichen Sachverhalts Tatsachen ermittelt haben könnte, die zur Anwendung des Art. 81 EG führen würden. Schließlich ist fraglich, ob die Beschränkung auf Art. 81 EG bei der Beurteilung von Vereinbarungen, die Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel haben, wirklich auch zu einer einheitlichen Beurteilung von vergleichbaren Sachverhalten beiträgt. Gerade die nationalen Richter haben bislang nur wenig Erfahrung mit Art. 81 EG, sondern sind vielmehr mit dem eigenen nationalen Kartellrecht vertrauter. Auch fehlen ihnen häufig die wirtschaftlichen Kenntnisse, die für die Anwendung des Art. 81 EG erforderlich sind. Dies gilt v.a. in den Beitrittsländern. Ob die Kohärenz durch Art. 3 – insbesondere die Vorrangregel – insgesamt zunehmen wird, erscheint deshalb ebenfalls äußerst fraglich. Gerade bei der Anwendung des Art. 81 EG durch die nationalen Gerichte wird man eher vom Gegenteil ausgehen müssen. Zwar kann die Kommission bei der Gefahr einer inkohärenten Anwendung Verbots- sowie Positiventscheidungen erlassen, die gemäß Art. 16 einen Vorrang vor nationalen Entscheidungen beanspruchen, doch wird man abwarten müssen, inwieweit die Kommission darauf zurückgreifen wird und kann.

#### **IV. Durchschlagskraft des Wettbewerbsrechts**

Mit Art. 3 wollte man eine erhöhte Durchschlagskraft des Wettbewerbsrechts erreichen. Fraglich ist aber, ob die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts insgesamt v.a. aufgrund der Vorrangregel des Art. 3 II 1 nicht an Schlagkraft verlieren wird.

Bei einer ausschließlichen Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts wäre aus deutscher Sicht das Niveau des Wettbewerbsschutzes abgesenkt, da man bestehende Besonderheiten des nationalen Wettbewerbsrechts, die eine differenziertere und häufig effizientere Beurteilung von Einzelfällen ermöglichen, ersatzlos streichen würde. So heißt es auch bei Mestmäcker: „It [gemeint ist der neue Artikel 3] is blind to the different priorities of competition policies in countries as different as Finland and Portugal and unaware of the differences in playing fields the size of Luxembourg or the Federal Republic of Germany.“<sup>581</sup>

Auch würde Art. 3 eher zum Eigentor für den Wettbewerbsschutz, weil er die Eigeninitiative der nationalen Behörden unterläuft<sup>582</sup>. Man würde mit einer ausschließlichen Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts ohne Not auf wesentliche Impulse für die Entwicklung der europäischen Wettbewerbspolitik und –regeln verzichten, die aus einem Nebeneinander unterschiedlicher Bestimmungen nationaler und europäischer Herkunft resultieren. Mit der Verdrängung nationalen

---

<sup>581</sup> Mestmäcker, EBOR 2000, 401, 430.

<sup>582</sup> Vgl. Klocker, WuW 2002, S.1151; Möschel, WuW 2003, 571.

Wettbewerbsrechts entfällt die Möglichkeit, Erfahrungen aufgrund abweichenden Wettbewerbsrechts zu sammeln. Erst die Anwendung und Erprobung verschiedener Bestimmungen auf vergleichbare Sachverhalte versetzt den Rechtsanwender aber in die Lage zu erkennen, welche Regelungen sich in der Praxis am besten bewähren. Solche Regelungen sind daher zentral vorgegebenen Bestimmungen vorzuziehen. Die Argumentation der Europäischen Kommission, unterschiedliche Erfahrungen blieben auch auf der Grundlage des ausschließlich geltenden europäischen Wettbewerbsrechts möglich, überzeugt nicht. Denn zum einen würde sich die Erprobung auf ein und dasselbe Gesetz beschränken. Zum anderen ist aufgrund der weitgehenden Evokationsrechte der Kommission nicht damit zu rechnen, dass eine von der Praxis der Kommission abweichende Rechtsauslegung oder -anwendung geduldet werden wird, die Eingang in die künftige Wettbewerbspolitik oder in die Wettbewerbsregeln finden könnte. Dies gilt vor allem dann, wenn man der Kommission die ausschließliche Kompetenz für Fälle zuweist, die neuartige Wettbewerbsprobleme aufweisen<sup>583</sup>. Art. 3 II 1 ist deshalb vielmehr Ausdruck von Kompetenzstreben der Kommission, ohne dass er dem Ziel der verbesserten Durchsetzung europäischen Wettbewerbsrechts in nennenswertem Umfang Rechnung tragen wird.

#### ***D. Die Rechtmäßigkeit des Art. 3***

Dem künftigen Art. 3, insbesondere der Vorrangregel, stehen erhebliche rechtliche Bedenken entgegen. Als Rechtsgrundlage für den im Verordnungsweg geschaffenen Art. 3 soll dabei der Art. 83 II lit. e) EG dienen<sup>584</sup>. Es fragt sich allerdings, ob diese Ermächtigungsgrundlage auch eine so weitgehende Regelung, wie sie in Art. 3 getroffen wurde, deckt. Vom Wortlaut des Art. 83 II lit. e) EG wäre dies zu bejahen. Fraglich ist jedoch, ob die vom EuGH in seiner „*Walt Wilhelm-Entscheidung*“ aufgestellten Grundsätze, das Subsidiaritätsprinzip sowie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht dem jetzigen, im Verordnungsweg geschaffenen Art. 3 entgegenstehen.

#### **I. Vereinbarkeit mit den in der „*Walt Wilhelm-Entscheidung*“ des EuGH aufgestellten Grundsätzen?**

Künftig soll eine Bestimmung des nationalen Kartellrechts nach der Vorrangregel des Art. 3 II 1 ja bereits dann nicht mehr zur Anwendung kommen, wenn sie etwas verbietet, was Art. 81 EG erlaubt. Dabei beruft sich die Kommission in der Begründung zu Art. 3 auf die „*Walt Wil-*

---

<sup>583</sup> Siehe Monopolkommission, Sondergutachten 32, Rn.12.

<sup>584</sup> Vgl. Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 3 (S.16 f.).

*helm-Rechtsprechung*“ des EuGH. Sie sieht in den Ausführungen des EuGH, der die einheitliche Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft überall im Binnenmarkt als Ziel der Anwendung des Art. 81 EG herausstellt, die Grundlage für die ehemals geplante Exklusivitätsklausel und damit erst recht für die Vorrangregelung des Art. 3 II 1. Wörtlich heißt es, es müsse „der Lösungsweg beschritten werden, den der Europäische Gerichtshof im *Walt-Wilhelm-Fall* vorgezeichnet hat, nämlich indem das Verhältnis zwischen innerstaatlichen Rechtsvorschriften und EG-Wettbewerbsrecht gemäß Artikel 83 Absatz 2 lit. e) EG-Vertrag in der Verordnung geregelt wird“<sup>585</sup>. Zwar ging die Kommission in ihrem Vorschlag noch von der ausschließlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts bei Vorliegen der Zwischenstaatlichkeitsklausel aus; die Vorrangregelung des Art. 3 II 1 zusammen mit der Verpflichtung zur Anwendung des EG-Rechts bei Vorliegen der Zwischenstaatlichkeitsklausel gem. Art. 3 I 1 ist im Ergebnis aber nichts anderes. Das betrifft jedenfalls das Verhältnis des nationalen Rechts zu Art. 81 EG, um das es hier auch ausschließlich gehen soll. Fraglich ist jedoch, ob die „*Walt Wilhelm-Rechtsprechung*“ des EuGH wirklich, wie von der Kommission ausgeführt, als Grundlage für den Erlass der Vorrangregelung des Art. 3 II 1 dienen kann. Der EuGH sagt in seiner „*Walt Wilhelm-Entscheidung*“ nämlich nur, dass das, was Art. 81 EG verbietet nicht durch nationales Recht erlaubt werden darf. Er sagt aber nicht, dass das, was Art. 81 EG erlaubt, nicht durch nationales Recht verboten werden darf. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem strengeren nationalen Recht setze vielmehr voraus, dass der betreffende Gemeinschaftsrechtsakt Ausdruck einer positiv gestaltenden Wettbewerbspolitik sein müsse. Dies wurde für die konstitutiv wirkenden Entscheidungen der Kommission im bisherigen Anmelde- und Erlaubnisverfahren bejaht. Im Hinblick auf das geplante Legalausnahmesystem, wo es ja solche Entscheidungen nicht mehr geben kann, lässt das Urteil hingegen keine Rückschlüsse auf das Verhältnis zwischen europäischem und nationalem Recht zu. Die „*Walt Wilhelm-Rechtsprechung*“ für den Erlass des Art. 3 II 1 heranzuziehen, ist insofern nicht korrekt<sup>586</sup>.

Fraglich ist vielmehr, ob nicht sogar der Art. 3 II 1 gegen die in der „*Walt Wilhelm-Rechtsprechung*“ des EuGH aufgestellten Grundsätze verstößt<sup>587</sup>. Der EuGH führt in seiner Entscheidung aus, dass grundsätzlich ein Kartell Gegenstand zweier paralleler Verfahren sein, von denen das eine nach Art. 81 EG vor den Gemeinschaftsbehörden, das andere nach staatlichem Recht vor den staatlichen Behörden stattfindet, da beide Regelungskomplexe unterschiedliche Schutzzwe-

---

<sup>585</sup> Vgl. Europäische Kommission, VO-Vorschlag, S.16.

<sup>586</sup> So auch Bartosch, EuZW 2001, 101, 103 f.

<sup>587</sup> So die Monopolkommission, Sondergutachten 32, Rn.20 f., wobei sich deren Ausführungen noch auf die Exklusivitätsklausel beziehen. Vgl. auch Ritter in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band II, Art. 87, Rn.24 m.w.N., wonach eine weitergehende Regelung durch Verordnung nicht möglich ist.

cke verfolgen. Dieses Ergebnis werde durch Art. 83 II lit. e) EG bestätigt<sup>588</sup>. Die Überprüfung ein und desselben Sachverhalts nach nationalem Recht einerseits und europäischem Recht andererseits kann daher durchaus zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen. Die bisher geltende Rangfrage ist dabei vom EuGH aus der Systematik der Art. 81 f. EG und der Eigenständigkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung abgeleitet worden. Allerdings führte der EuGH auch aus, dass diese aus der Systematik des EG-Vertrags entwickelte Rangfrage nur solange gelte, wie nicht eine nach Art. 83 II lit. e) EG ergangene Verordnung etwas anderes bestimme<sup>589</sup>. Die geltende modifizierte Zwei-Schrankentheorie beruht deshalb auf dem Vorbehalt, dass nicht eine Verordnung auf Grundlage des Art. 83 II lit. e) EG etwas anderes regelt. Dies wird nun aber durch die Vorrangregel i.V.m. dem parallelen Anwendungszwang des Art. 81 EG geschehen, so dass strengeres nationales Kartellrecht in Zukunft grundsätzlich nicht mehr zugelassen wird. Art. 3 verstößt aber wegen dieses Vorbehalts nicht gegen die vom EuGH in der „*Walt Wilhelm-Entscheidung*“ aufgestellten Grundsätze<sup>590</sup>.

## II. Verstoß gegen den Subsidiaritätsgrundsatz des Art. 5 II EG?

Die Gemeinschaft wird nach dem Subsidiaritätsgrundsatz des Art. 5 II EG nur tätig, soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahme auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können (negative Voraussetzung) und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können (positive Voraussetzung). Das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 II EG bestimmt also, ob die Gemeinschaft grundsätzlich tätig wird. Dabei hat diese den Nachweis der Notwendigkeit zu erbringen<sup>591</sup>.

Zunächst müsste aber überhaupt einmal der Anwendungsbereich des Subsidiaritätsgrundsatzes eröffnet sein. Dieser ist nämlich auf den Kompetenzbereich der Gemeinschaft beschränkt, in denen der EG-Vertrag ein Tätigwerden der Mitgliedstaaten nicht von vornherein verbietet, in denen also der Gemeinschaft nicht die ausschließliche Zuständigkeit zusteht. Der Vertrag regelt nicht ausdrücklich, in welchen Sachbereichen eine ausschließliche Gemeinschaftskompetenz besteht. Dies ist vielmehr durch Auslegung der jeweiligen Kompetenzvorschrift zu ermitteln. Art. 83 II lit. e) EG, der als Ermächtigungsgrundlage für die Vorrangregelung gilt<sup>592</sup>, ist dabei jedenfalls nach ganz herr-

---

<sup>588</sup> Vgl. EuGH, Slg. 1969, 1, 13 (Tz.3, 4) „*Walt Wilhelm*“.

<sup>589</sup> EuGH, Slg. 1969, 1, 14 f. (Tz.9) „*Walt Wilhelm*“.

<sup>590</sup> So auch Schaub, Die Reform der Europäischen Wettbewerbspolitik, S.5 f.

<sup>591</sup> Siehe Langguth in: Lenz, Art. 5, Rn.12.

<sup>592</sup> So VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 8 Satz 2.

schender Meinung keine solch ausschließliche Kompetenznorm<sup>593</sup>. Der Anwendungsbereich ist folglich eröffnet.

Fraglich ist nun, welches Ziel mit der Einführung des Art. 3 verfolgt wird und ob dieses Ziel nicht durch die Mitgliedstaaten hätte zufriedenstellend geregelt werden können und gleichzeitig das Tätigwerden auf Gemeinschaftsebene gegenüber dem Tätigwerden auf der Ebene der Mitgliedstaaten deutliche Vorteile erbringt.

Die Pflicht zur Anwendung der Art. 81 f. EG nach Art. 3 I bei Vorliegen der Zwischenstaatlichkeitsklausel ist dabei freilich unumgänglich, will man das Reformziel einer dezentralen Anwendung ernsthaft verfolgen. Denn bislang wählten die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte, wenn sie denn überhaupt zur Anwendung des europäischen Rechts ermächtigt waren, zwischen der Heranziehung von nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht. Die Pflicht zur Anwendung stellt sicher, dass die nationalen Instanzen in Zukunft ermächtigt sind, europäisches Recht anzuwenden und kein Ermessen bei der Heranziehung mehr ausüben können<sup>594</sup>. Art. 3 I verstößt deshalb nicht gegen den Subsidiaritätsgrundsatz.

Fraglich ist jedoch, ob nicht die Vorrangregelung des Art. 3 II 1 gegen den Subsidiaritätsgrundsatz verstößt. Der Art. 3 II 1 wurde jedenfalls eingeführt, um gleiche Bedingungen im Binnenmarkt zu schaffen<sup>595</sup>. Es stellt sich daher die Frage, ob nicht auch die Mitgliedstaaten diese gleichen Bedingungen zufriedenstellend lösen könnten. Dabei ist zu beachten, dass in 13 der 15 Mitgliedstaaten das nationale Recht mit den europäischen Wettbewerbsregeln identisch ist. Nur zwei Staaten, u.a. Deutschland, haben z.T. strengere, z.T. aber auch mildere Regeln. Es ist folglich bereits ein hoher Grad an Harmonisierung zwischen den europäischen und den nationalen Wettbewerbsregeln erreicht. Fraglich ist außerdem, ob die Vorrangregel überhaupt geeignet ist, für die Unternehmen ein „level playing field“ zu schaffen. Denn wie gerade schon erläutert, werden Rechtssicherheit und Kohärenz durch die faktisch ausschließliche Anwendung des Art. 81 EG bei Vorliegen der Zwischenstaatlichkeitsklausel eher abnehmen als zunehmen<sup>596</sup>. Zudem hat die Kommission nicht einen überzeugenden Fall geschildert, der die Vorrangregel rechtfertigen würde<sup>597</sup>. Man kann deshalb zu-

---

<sup>593</sup> Vgl. Calliess in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 5 EG, Rn.18 ff, Art. 83 EG, Rn.7; Mestmäcker, EBOR 2000, 401, 427.

<sup>594</sup> Siehe auch Monopolkommission, Sondergutachten 32, Rn.22.

<sup>595</sup> VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 8 Satz 2.

<sup>596</sup> Vgl. § 7 C II und III (S.133 ff.).

<sup>597</sup> Siehe Mestmäcker, EBOR 2000, 401, 428; Topel, S.160.



mindest sagen, dass die Vorrangregel mit dem Subsidiaritätsgrundsatz nur schwer zu vereinbaren ist<sup>598</sup>.

### **III. Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Art. 5 III EG?**

Bedenken bestehen auch hinsichtlich der Frage, ob die Vorrangregelung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar ist. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip bildet den Maßstab für die Regulationsintensität von Gemeinschaftsmaßnahmen, betrifft also deren Art und Umfang. Es verpflichtet die Gemeinschaft bei der Ausübung von Kompetenzen nicht über das zur Erreichung der Ziele des Vertrages erforderliche Maß hinauszugehen. Dabei soll insbesondere für nationale Rechte so viel Raum wie möglich gelassen werden<sup>599</sup>.

Insbesondere die Erforderlichkeit der Vorrangregelung, sowie deren Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne sind fragwürdig. Es wurde ja eben schon erläutert, dass der durch die Vorrangregel bewirkte, weit reichende Einschnitt in die Kompetenz der Mitgliedstaaten zu den erwarteten Konfliktfällen in keinem Verhältnis steht und die geltende Vorrangregelung nach der Rechtsprechung des EuGH im Zusammenhang mit der Regelung des Art. 3 I völlig ausreichend gewesen wäre. Es fehlt deshalb zum einen schon an der Erforderlichkeit für die Vorrangregel. Was nun die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne betrifft, sei insbesondere noch einmal auf die eben erörternden wettbewerbspolitischen Nachteile der Vorrangregelung des Art. 3 II 1 hingewiesen, insbesondere auf die damit einhergehenden wettbewerbsrechtlichen Schutzlücken und Abgrenzungsprobleme<sup>600</sup>.

### ***E. Auswirkungen auf das deutsche GWB***

Es stellt sich schließlich die Frage, welche Auswirkungen der neue Art. 3 – insbesondere dessen Vorrangregelung gem. Art. 3 II 1 – auf das deutsche Kartellrecht hat. Die deutsche Wirtschaft ist ja bekanntlich stark exportorientiert und in den allermeisten Fällen sind die Unternehmensstrategien international ausgerichtet. In der Mehrzahl haben deshalb Vereinbarungen zwischen Unternehmen und abgestimmte Verhaltensweisen, sowie wettbewerbsbeschränkendes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel und sind daher auch nach den Art. 81 und 82 EG zu beurteilen. Dabei hat die Neuregelung des Art. 3 in den Mitgliedstaaten der EU, deren nationales Kartellrecht mit den Art. 81 und 82 EG, abgesehen von der Zwi-

---

<sup>598</sup> So u.a. Klocker, WuW 2002, 1151; Mestmäcker, EBOR 2000, 401, 427 ff.; Topel, S.158 ff.

<sup>599</sup> Vgl. Langguth in: Lenz, Art. 5, Rn.31.

<sup>600</sup> Vgl. auch Mestmäcker, EBOR 2000, 401, 431 f.; Monopolkommission, Sondergutachten 32, Rn.22; Topel, S.158 ff.

schenstaatlichkeitsklausel, identisch ist, keine wesentlichen Auswirkungen. Anders in Staaten wie Deutschland, deren nationales Kartellrecht sich vom europäischen Wettbewerbsrecht in wesentlichen Punkten unterscheidet. Der Art. 3 wird hier nämlich das deutsche Kartellrecht im Anwendungsbereich des Art. 81 EG weit zurückdrängen und eine fundamentale Änderung des “Grundgesetzes der Wirtschaft“ nach sich ziehen<sup>601</sup>. Abweichungen vom europäischen Kartellrecht besitzen nur noch im Bereich des Art. 82 EG eine eigenständige Bedeutung, sowie bei Vereinbarungen, die rein lokale oder allenfalls regionale Auswirkungen haben und deshalb keine zwischenstaatliche Relevanz aufweisen<sup>602</sup>.

Dies erfordert eine Generalüberprüfung, inwieweit das in Deutschland geltende GWB, welches sich bislang noch in wesentlichen Punkten vom europäischen Kartellrecht unterscheidet, nach dem Systemwechsel in Brüssel noch seine Berechtigung hat. Dabei war eine weitgehende Harmonisierung des deutschen an das europäische Kartellrecht bereits bei der 6.GWB-Novelle vorgesehen, wovon aber letztlich wieder Abstand genommen wurde. Mittlerweile hat das Bundesministerium für Wirtschaft am 17.Dezember 2003 einen Referentenentwurf für die 7.GWB-Novelle vorgelegt, dem bereits im Februar 2003 ein Entwurf von Eckwerten vorausgegangen war<sup>603</sup>. Ursprünglich sollte die 7.GWB-Novelle zeitgleich mit der neuen VO Nr.1/2003 in Kraft treten. Aufgrund von Verzögerungen wird aber das Inkrafttreten des neu überarbeiteten GWB erst zum 1.Januar 2005 erwartet<sup>604</sup>. Das vorrangige Ziel des Gesetzesentwurfs ist dabei die Angleichung des nationalen an das europäische Kartellrecht<sup>605</sup>.

## **I. Anpassung der §§ 1 ff. GWB an Art. 81 EG**

So sollen die §§ 1 ff. GWB an Art. 81 EG angepasst werden. § 1 GWB-E soll deshalb künftig neben den horizontalen, auch die vertikalen Vereinbarungen erfassen, so dass die §§ 14-18 GWB gestrichen werden. Nur in § 4 GWB-E findet sich das Verbot für vertikale Preisbindungen wieder. Auch werden die speziellen Freistellungstatbestände in den §§ 2-8 GWB zugunsten einer Generalklausel in § 2 I GWB-E, die dem Art. 81 III EG entspricht, aufgehoben. Allein der mittelstandschützende § 4 I GWB soll in § 3 GWB-E beibehalten werden. Daneben soll eine dynamische Verweisung auf

---

<sup>601</sup> Vgl. Hossenfelder/Lutz, WuW 2003, 118, 120; Rittner, WuW 2003, 451; sowie Mestmäcker, EBOR 2000, 401, 430, der sogar von einer „Entmannung“ des nationalen Wettbewerbsrechts spricht.

<sup>602</sup> Vgl. Bechtold, DB 2004, 235; BMWA, Entwurf von Eckwerten einer 7. GWB-Novelle, S.1; Koenigs, DB 2003, 755, 757; Weitbrecht, EuZW 2003, 69, 71. Unberührt bleibt freilich die deutsche Fusionskontrolle nach den §§ 35 ff. GWB.

<sup>603</sup> Siehe BMWA, Entwurf von Eckwerten einer 7. GWB-Novelle, S.1 ff.

<sup>604</sup> Vgl. Bechtold, DB 2004, 235; Monopolkommission, Sondergutachten 41, Rn.2.

<sup>605</sup> Vgl. zu den Änderungen im Zusammenhang mit der VO Nr.1/2003 insbesondere Monopolkommission, Sondergutachten 41, Rn.8 ff.

die Gruppenfreistellungsverordnungen der EG in § 2 II GWB-E eingeführt werden<sup>606</sup>. Schließlich soll das Legalausnahmesystem in das GWB übernommen und die §§ 9-13 GWB aufgehoben werden.

Es stellt sich aber selbst vor dem Hintergrund der Vorrangregel, die von Art. 81 EG abweichendes nationales Kartellrecht weitgehend verdrängen wird, die Frage, ob die Harmonisierung der §§ 1 ff. GWB an Art. 81 EG wirklich sinnvoll ist oder ob nicht weiterhin ein selbständiger Weg vorzuziehen wäre.

### 1. Vorteile einer Harmonisierung

Eine Anpassung an Art. 81 EG würde dabei folgende Vorteile mit sich bringen:

Erstens würde die Streitfrage, ob die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllt ist oder nicht, an Bedeutung verlieren, da die in Frage kommenden Normen ohnehin inhaltlich identisch wären<sup>607</sup>. Das hätte dann auch zur Folge, dass in Zweifelsfällen bzgl. dem Vorliegen der Zwischenstaatlichkeitsklausel die Rechtmäßigkeit der von den Wettbewerbsbehörden und Gerichten getroffenen Entscheidungen nicht in Frage gestellt werden kann. Auch die Unternehmen müssten sich dann nicht bei Zweifeln hinsichtlich dem Vorliegen der Zwischenstaatlichkeitsklausel doppelt absichern<sup>608</sup>. Dadurch würde wiederum die Rechtssicherheit gefördert werden.

Zweitens wäre es bei einer Harmonisierung nicht mehr erforderlich, in den wenigen Fällen, wo EG-Recht nicht anwendbar ist, die verschiedenen nationalen Vorschriften anzuwenden, was zumindest dem Gebot einer sinnvollen Allokation der Ressourcen entspräche<sup>609</sup>.

Als weiterer Vorteil wird angeführt, dass im Falle einer Harmonisierung jedenfalls von den Gesetzeswortlauten her gewährleistet wäre, dass eine Diskriminierung kleiner und mittlerer Unternehmen, bei denen Vereinbarungen in der Regel keine grenzüberschreitende Auswirkung haben und die deshalb ausschließlich dem strengeren nationalen Recht unterliegen würden, gegenüber den großen Unternehmen, bei denen künftig die Vereinbarungen in den meisten Fällen jedenfalls faktisch allein nach Art. 81 EG beurteilt werden, vermieden würde<sup>610</sup>. Allerdings ist der Vorwurf der Inländerdis-

---

<sup>606</sup> Manche Mitgliedstaaten haben dies schon getan. So nimmt z.B. das englische Gesetz nach dem Rechtsgedanken einer „Parallelbefreiung“ diejenigen Vereinbarungen vom nationalen Kartellverbot des Abschnitts I des Competition Act 1998 aus, die unter eine Gruppenfreistellung nach dem EG-Recht fallen. Auch das belgische, spanische und dänische Recht enthalten ähnliche Regelungen.

<sup>607</sup> Siehe Mestmäcker, EBOR 2000, 401, 431.

<sup>608</sup> Vgl. Pohlmann, WuW 2003, 1007.

<sup>609</sup> So etwa auch Mestmäcker, EBOR 2000, 401, 431; Weitbrecht, EuZW 69, 73.

<sup>610</sup> Siehe BMWA, Entwurf von Eckwerten einer 7. GWB-Novelle, S.1.

kriminierung nicht differenziert genug. So sind nämlich insbesondere die deutschen Vorschriften hinsichtlich vertikaler Vorschriften großzügiger ausgestaltet als die entsprechenden europäischen Regelungen. Man denke nur an die Missbrauchsaufsicht bei Ausschließlichkeitsbindungen gem. § 16 GWB. Auch würde das Ausschalten der Inländerdiskriminierung dazu führen, dass das Schutzniveau des deutschen Wettbewerbsrechts abgesenkt werden müsste<sup>611</sup>. Zudem ist fraglich, ob die Anpassung des Wortlauts an Art. 81 EG wirklich zu einem höheren Maß an Gleichbehandlung führen würde. Die Handhabung der größeren Beurteilungsspielräume des Art. 81 EG ist nämlich weniger vom Gesetzeswortlaut, sondern vielmehr von den politischen und institutionellen Rahmenbedingungen abhängig. So berücksichtigt die Kommission anders als das Bundeskartellamt bei der Handhabung des Art. 81 EG neben den wettbewerblichen Aspekten auch die sonstigen Ziele des EG-Vertrags, was zu einer großzügigeren Behandlung wettbewerblich bedenklicher Vorhaben führt. Wettbewerb wird dort nur als ein Bündel komplexer Ziele und Mittel angesehen, so dass dann schließlich auch die Gefahr der Einbettung der Wettbewerbspolitik in die Industriepolitik, die Außenhandelspolitik, die Sozialpolitik und die Beihilfepolitik besteht<sup>612</sup>.

## 2. Nachteile einer Harmonisierung

Es ist fraglich, ob diese Vorteile einer Harmonisierung mit Art. 81 EG die daraus entstehenden Nachteile kompensieren können<sup>613</sup>. Nur in diesem Fall wäre eine Harmonisierung nämlich gerechtfertigt.

Dann müsste sich das europäische Wettbewerbsrecht aber v.a. auch als das bessere System gegenüber dem GWB erweisen. Dies erscheint jedoch zweifelhaft. Erinnert sei nur an die mit der Einführung eines Legalausnahmesystems entstehenden Transparenzverluste<sup>614</sup>. Die Einführung des Legalausnahmesystems würde zudem zu einer „Aufweichung“ des Verbotsprinzips in Richtung eines Missbrauchsprinzips auch im deutschen Recht führen. Ein solches Vorhaben ist aber völlig unnötig, denn nur das materielle Ergebnis darf gem. Art. 3 II 1 nicht von Art. 81 EG abweichen. Nichts hindert deshalb den deutschen Gesetzgeber daran, eine Anmeldepflicht beizubehalten, um auch weiterhin zu wissen, was in den Märkten geschieht<sup>615</sup>. Zudem ist die Anwendung des Art. 81 III EG mit

---

<sup>611</sup> Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 1994/1995, Rn.922.

<sup>612</sup> Vgl. Möschel, EuZW 1995, 817, 820.

<sup>613</sup> So z.B. Monopolkommission, Sondergutachten 41, Rn.12.

<sup>614</sup> Vgl. zu den übrigen Nachteilen auch schon oben unter Punkt § 4 B (S.20 ff.).

<sup>615</sup> So auch Möschel, WuW 2003, 571.

materiellen Unschärfen verbunden, da gerade hier ein gewaltiger Beurteilungsspielraum gegeben ist<sup>616</sup>.

Daneben ist die Rechtmäßigkeit des in der VO Nr.1/2003 eingeführten Legalausnahmesystems noch nicht geklärt. Sollte der EuGH nämlich zu dem Ergebnis kommen, dass ein solches System vertragswidrig wäre, müsste man womöglich das GWB erneut anpassen. Eine Reform des GWB ist deshalb zum jetzigen Zeitpunkt jedenfalls verfrüht.

Schließlich besteht weitgehend Einigung darüber, dass das jetzige System, insbesondere die Missbrauchsaufsicht für vertikale Beschränkungen im § 16 GWB, einem allgemeinen Verbotsprinzip überlegen ist. Die Einführung eines Verbotsprinzips würde das deutsche Kartellrecht aber um Jahrzehnte zurückwerfen<sup>617</sup>. Die Fälle des § 1 GWB, nämlich die planmäßigen Wettbewerbsbeschränkungen von Konkurrenten über Preise, Gebiete, Quoten usw., die man seit über 100 Jahren Kartelle nennt, haben freilich mit den Klauseln des § 16 GWB nichts zu tun, die in langfristigen Austauschverträgen hin und wieder vereinbart werden. Diese Klauseln sind nämlich oft schuldrechtlich nach Treu und Glauben sachlich geboten und bringen den Leistungsaustausch häufig erst zustande. Zudem wäre die dynamische Verweisung auf die Gruppenfreistellungsverordnungen der EG nur ein scheinbarer Vorteil. Die vertikalen, zumeist brachenbezogenen Gruppenfreistellungsverordnungen haben sich in der Vergangenheit nämlich keineswegs bewährt und sollen mit Recht weder verlängert noch ersetzt werden<sup>618</sup>. Auch sind ihre Kriterien, z.B. die Marktanteile, in der Regel auf den europäischen Binnenmarkt zugeschnitten und passen nicht ohne weiteres auf einen Mitgliedstaat wie Deutschland<sup>619</sup>. Die Übernahme solcher Gruppenfreistellungsverordnungen in das deutsche GWB wäre deshalb im Vergleich zu den differenzierten Kartellverbotsdurchbrechungen der §§ 2 ff. GWB nur eine second best-Lösung.

### 3. Fazit

Eine vorschnelle Harmonisierung der §§ 1 ff. GWB mit Art. 81 EG sollte deshalb, solange noch Zeit dazu bleibt, noch einmal gründlich überdacht werden. Jedenfalls bei einer eins-zu-eins Übernahme, wie sie derzeit vorgesehen ist, überwiegen die Nachteile. Harmonisierung setzt immer auch umfangreiche Detailarbeit voraus, die der Referentenentwurf jedoch teilweise vermissen lässt. Aber gerade im Bereich des Wettbewerbsrechts sollte man stets um die besten Regelungen bemüht sein

---

<sup>616</sup> Vgl. auch Möschel, Kartellrecht in der Reform, 673, 679 f.; Möschel, EUZW 1995, 817, 820.

<sup>617</sup> So auch Möschel, WuW 2003, 571; Rittner, WuW 2003, 451.

<sup>618</sup> Vgl. Rittner, WuW 2003, 451.

<sup>619</sup> Vgl. Möschel, WuW 2003, 571; Röhling, GRUR 2003, 1019, 1025.

und sich keine Millimeterunschärfen leisten. Es geht beim Wettbewerbsrecht nämlich v.a. um die Suche nach dem effizientesten Rechtssystem, gerade vor dem Hintergrund der dynamischen Entwicklung des Wettbewerbs. Bei einer einseitigen Anpassung des GWB an die europäischen Regelungen würde man aber auch auf den Lernvorteil der gesetzlichen Vielfalt verzichten. Der Systemwettbewerb würde so zumindest abgeschwächt<sup>620</sup> und es bestünde zudem die Gefahr einer Erstarrung. Vielmehr sollte man die Regelungen der §§ 1 ff. GWB zunächst einmal weitgehend beibehalten und dabei langfristig versuchen, ein möglichst weitgehend abgestimmtes System zur Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen zu erreichen. Eine Harmonisierung sollte dann dort vorgenommen werden, wo die europäische Norm sich als wirkungsvoller erwiesen hat.

## **II. Beibehaltung der §§ 19 ff. GWB**

Bezüglich des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung belässt Art. 3 den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Möglichkeit, strengeres nationales Recht anzuwenden. Deswegen sollen auch die §§ 19 ff. GWB in ihrer jetzigen Form künftig weitgehend beibehalten werden. Eine Harmonisierung findet hier also nicht statt. Allerdings erscheint dies unter dem vorrangigen Ziel der GWB-Reform, nämlich das nationale Recht an das europäische Recht anzugleichen, etwas widersprüchlich, wenn man dies dann doch nur im Bereich der §§ 1 ff. GWB macht und die §§ 19 ff. GWB in ihrer jetzigen Form weitgehend beibehält.

## **III. Rückführung der Ausnahmereiche**

Des Weiteren ist vorgesehen, die Ausnahmereiche für Urheberrechtsverwertungsgesellschaften nach § 30 GWB und die für den Sport nach § 31 GWB ersatzlos zu streichen. Insofern findet eine Harmonisierung mit dem europäischen Recht statt, das in diesen Bereichen auch keine Ausnahmen kennt. Diese Rückführung der Ausnahmereiche ist auch u.a. deshalb sinnvoll, weil aufgrund der weiten Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel fast der gesamte Bereich dieser Ausnahmereiche vom Vorrang des europäischen Rechts erfasst wird<sup>621</sup>. So ist in Art. 3 I ja eine parallele Anwendungsverpflichtung der Art. 81, 82 EG für die nationalen Gerichte und Wettbewerbsbehörden angeordnet. Hier darf dann aber strengeres europäisches Wettbewerbsrecht nicht durch widersprechendes nationales Wettbewerbsrecht verdrängt werden. Eine Anwendung der nationalen Ausnah-

---

<sup>620</sup> So auch schon Möschel, EuZW 1995, 817, 820.

<sup>621</sup> Dies gilt regelmäßig für nationale Sportwettkämpfe, wie die von der Kommission geführten Verfahren Premier League und DFB zeigen. Auch wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften sind regelmäßig geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.

mebereiche würde somit ins Leere laufen. Freistellungen sind bei Vorliegen des Art. 81 I EG nämlich nur nach Art. 81 III EG und nicht nach nationalem Recht möglich.

Unberührt bleibt aber der Landwirtschaftssektor, für den auch im europäischen Wettbewerbsrecht gem. Art. 2 I VO Nr.26/62 eine Bereichsausnahme vorgesehen ist. Zudem wird das Verbot der vertikalen Preisbindung nach § 4 GWB-E für Vereinbarungen in der Landwirtschaft, Vereinbarungen in der Kredit- und Versicherungswirtschaft sowie für die Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften weiterhin für nicht anwendbar erklärt.

## **§ 8 Die Ermittlungsbefugnisse und Sanktionsbestimmungen**

Den fünften und letzten Pfeiler der Reform bildet eine Verbesserung der Instrumente der Wettbewerbskontrolle der Kommission, so dass die künftig vorgesehene ex post-Kontrolle wirkungsvoller ausgeübt werden kann. So sollen zum einen die Ermittlungsbefugnisse im Untersagungsverfahren verstärkt werden. Zum anderen sollen die Sanktionen, die in der VO Nr.17/62 in absoluten Beträgen festgesetzt wurden, angepasst und die Angabe der Beträge in Prozent angegeben werden. Auf die Änderungen bzgl. der Ermittlungsbefugnisse und Sanktionsbestimmungen soll nun im Folgenden genauer eingegangen werden<sup>622</sup>.

### ***A. Ermittlungsbefugnisse***

#### **I. Untersuchung einzelner Wirtschaftszweige und einzelner Arten von Vereinbarungen – Art. 17**

Art. 17 folgt im Grundsatz der bisherigen Regelung des Art. 12 VO Nr.17/62 und lässt Untersuchungen einzelner Wirtschaftszweige zu, wenn dort Anzeichen für Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen. Im Unterschied zu Art. 12 VO Nr.17/62 und zum Verordnungsvorschlag der Kommission<sup>623</sup> wird jedoch künftig die Eingriffsschwelle abgesenkt. So sind ab dem 1.Mai 2004 Untersuchungen schon dann zulässig, wenn „möglicherweise“ der Wettbewerb im Gemeinsamen Markt eingeschränkt oder verfälscht ist. Auch sind im Vergleich zu Art. 12 VO Nr.17/62 nunmehr Untersuchungen sektorübergreifender Arten von Vereinbarungen möglich. Diese Regelung tritt an die Stelle der von der Kommission ursprünglich beabsichtigten Meldepflicht bestimmter wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen<sup>624</sup>, was aber letztlich nicht durchsetzbar war<sup>625</sup>. Schließlich beinhaltet Art. 17 im Unterschied zu Art. 12 VO Nr.17/62 die Ermächtigung, einen Bericht über die Ergebnisse ihrer Untersuchungen zu veröffentlichen und interessierte Parteien um Stellungnahme zu bitten.

---

<sup>622</sup> Daneben soll auch den Beschwerden im neuen System eine größere Bedeutung zukommen. Vgl. hierzu Europäische Kommission, Bekanntmachung über die Behandlung von Beschwerden durch die Kommission gemäß Artikel 81 und 82 EG-Vertrag. Siehe auch Art. 5-9 VO Nr.773/04.

<sup>623</sup> Siehe Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 17 (S.26 und 47). Hier war noch vorgesehen, Art. 12 VO Nr.17/62 zu übernehmen.

<sup>624</sup> Siehe Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 4 II (S.18 und 42).

<sup>625</sup> Vgl. Hossenfelder/Lutz, WuW 2003, 118, 126 f.



## II. Auskunftsverlangen – Art. 18

Die Kommission hat auch künftig gem. Art. 18 die Befugnis – wie bisher nach Art. 11 VO Nr.17/62 – im gesamten Bereich der Gemeinschaft die Auskünfte zu verlangen, die notwendig sind, um gem. Art. 81 EG verbotene Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen sowie die nach Art. 82 EG untersagte missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung aufzudecken.

Im Unterschied zu Art. 11 VO Nr.17/62, sowie zum Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission<sup>626</sup>, räumt Art. 18 I der Kommission nunmehr aber ein Wahlrecht ein, erforderliche Auskünfte von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen entweder durch einfaches Auskunftsverlangen oder durch Entscheidung anzufordern. Bislang setzte ein Auskunftsverlangen durch Entscheidung gem. Art. 11 V 1 VO Nr.17/62 erst ein erfolgloses einfaches Auskunftsverlangen voraus. Ein solch zeitliches Stufenverhältnis zwischen Auskunftsverlangen und Auskunftsentcheidung wird es demnach künftig nicht mehr geben.

Entsprechend der bisher in der Praxis üblichen Vorgehensweise räumt Art. 18 IV 2 ordnungsgemäß bevollmächtigten Rechtsanwälten künftig das Recht ein, Auskünfte im Namen ihrer Mandanten zu erteilen<sup>627</sup>. Die Unternehmen haften jedoch gem. Art. 18 IV 3 für die Richtigkeit der erteilten Auskünfte.

Nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>628</sup> muss ein Unternehmen bei solchen Auskunftsentcheidungen zwar kein ausdrückliches Geständnis ablegen, aber alle Fragen tatsächlicher Art beantworten und entsprechende Unterlagen vorlegen, auch wenn diese Auskünfte gegen das Unternehmen selbst verwendet werden können. Diese Rechtsprechung wird aber nicht im Art. 18 selbst, sondern lediglich in den Erwägungsgründen wiedergegeben<sup>629</sup>. Die Definition des Umfangs der Auskunftspflicht bleibt demnach auch weiterhin dem EuGH vorbehalten.

## III. Befugnis zur Befragung – Art. 19

Unter den Ermittlungsbefugnissen der Kommission fehlte bisher die Möglichkeit, Zeugen außerhalb von Nachprüfungen<sup>630</sup> zu vernehmen und diese Zeugenaussage als Beweismittel zu verwerten. Eine

---

<sup>626</sup> Vgl. Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 18 (S.27 und 47 f.).

<sup>627</sup> Siehe auch Weitbrecht, EuZW 2003, 69, 71.

<sup>628</sup> Siehe EuGH, Slg. 1989, 2859, 2927 (Tz.31) *“Hoechst/Kommission“*.

<sup>629</sup> Siehe VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 23 Satz 2.

<sup>630</sup> Zur Zeugenvernehmung innerhalb von Nachprüfungen vgl. Art. 20 II lit. e) sowie nachfolgend unter Punkt § 8 A IV (S.150 ff.).

solche Möglichkeit wird nunmehr in Art. 19 eingeführt, wobei die Kommission hierbei keine Möglichkeit hat, eine Zeugenaussage zu erzwingen. Vielmehr ist gem. Art. 19 I die Zustimmung der betroffenen Person erforderlich<sup>631</sup>. Umgekehrt wird die Kommission wohl künftig verpflichtet sein, einen aussagebereiten Zeugen anzuhören, dessen Aussage von einem Unternehmen als Beweismittel angeboten wird<sup>632</sup>.

#### **IV. Nachprüfungsbefugnisse der Kommission – Art. 20 und 21**

Die Nachprüfungsbefugnisse der Kommission nach den Art. 20, 21 sind weitgehend dem Wortlaut von Art. 14 VO Nr.17/62 nachgebildet. Sie enthalten jedoch auch einige Neuerungen, welche die Effektivität der Ermittlungen erhöhen sollen.

So werden mit Art. 21 I die Befugnisse der Kommission auf die Durchsuchung von Privatwohnungen ausgedehnt, wenn der begründete Verdacht besteht, dass dort Unterlagen geschäftlicher Natur aufbewahrt werden, die für den Beweis eines schweren Verstoßes gegen Art. 81 oder 82 EG von Bedeutung sein könnten. Diese Bestimmung beruht auf den Erfahrungen in Fällen jüngster Zeit, in denen sich herausstellte, dass Mitarbeiter der Unternehmen die Unterlagen vorsätzlich bei sich zu Hause aufbewahrten und so die Ermittlungen der Kommission effektiv hintertreiben konnten<sup>633</sup>. Art. 21 III 1 stellt dabei sicher, dass für die Ausübung dieser Befugnis die Zustimmung des einzelstaatlichen Gerichts eingeholt werden muss.

Eine weitere Neuerung ergibt sich aus Art. 20 II lit. d), wonach die Ermittler der Kommission befugt sind, betriebliche Räumlichkeiten und Bücher oder Unterlagen jeder Art zu versiegeln. Damit soll gewährleistet werden, dass während der Ermittlungen keine Unterlagen verschwinden. Vor allem in Fällen, in denen die Ermittlungen mehrere Tage dauern und die Ermittler der Kommission die Räumlichkeiten des Unternehmens verlassen müssten, obwohl ihre Ermittlungen noch nicht abgeschlossen sind, soll die Wirksamkeit der Ermittlungen garantiert werden<sup>634</sup>. Die Dauer der Versiegelung sollte in der Regel aber 72 Stunden nicht überschreiten<sup>635</sup>. Das Brechen von Siegeln wird dabei nach Art. 23 I lit. e) mit Geldbußen geahndet.

Eine dritte Neuerung ergibt sich nach Art. 20 II lit. e), wonach die Ermittler der Kommission bei ihrer Ermittlung von allen Vertretern oder Mitgliedern der Belegschaft des Unternehmens oder der

---

<sup>631</sup> Ursprünglich war von der Kommission im Verordnungsentwurf ein solches Zustimmungserfordernis nicht vorgesehen. Vgl. Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 19 (S.27 und 48).

<sup>632</sup> Vgl. Weitbrecht, EuZW 2003, 69, 71.

<sup>633</sup> Vgl. Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 20 (S.28); VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 26 Satz 1 und 2.

<sup>634</sup> Siehe Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 20 (S.28).

<sup>635</sup> VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 25 Satz 4.

Unternehmensvereinigung jegliche Informationen verlangen können, die mit dem Gegenstand und Zweck der Ermittlung in Zusammenhang stehen. Dabei können die Ermittler ihre Antworten auch zu Protokoll nehmen. Aus dem systematischen Zusammenhang mit Art. 19 kann man folgern, dass diese Befugnis nur während einer Nachprüfung ausgeübt werden kann<sup>636</sup>. Es ist also vorstellbar, dass die Kommission künftig gezielt bei Mitarbeitern des Unternehmens Befragungen durchführt, aus denen sich Anhaltspunkte für einen Kartellrechtsverstoß ergeben können. Ein Verstoß bei der Beantwortung der nach Art. 20 II lit. e) gestellten Frage kann dabei nach Art. 23 I lit. d) mit Geldbußen geahndet werden, wobei die Geldbuße für das Unternehmen bis zu 1% seines Jahresumsatzes betragen kann<sup>637</sup>. Bisher konnte die Kommission gem. Art. 14 I lit. c) VO Nr.17/62 im Rahmen einer Nachprüfung mündliche Erklärungen an Ort und Stelle anfordern. Diese Vorschrift wurde dahin ausgelegt, dass die die Nachprüfung durchführenden Beamten zu einzelnen Dokumenten, die bei der Nachprüfung gefunden wurden, Fragen mit dem Ziel stellen konnten, den Gang der Nachprüfung zu fördern und gegebenenfalls weitere Beweismittel aufzuspüren. Ein allgemeines Frage- und Zeugenvernehmungsrecht besaß die Kommission aber bislang nicht. Auch eine Protokollierung der Hinweise fand zumeist nicht statt.

Schließlich setzen Art. 20 VIII und Art. 21 III die Rechtsprechung des EuGH im Fall „*Hoechst*“<sup>638</sup> in eine Rechtsvorschrift um, die im gesamten Gemeinsamen Markt einheitliche Bedingungen für Unternehmen gewährleisten soll, gegen welche die Kommission ermittelt. Die Befugnisse der Gerichte bei der Anwendung nationaler Wettbewerbsregeln sind nämlich andere als bei der Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts. Dies kann Unstimmigkeiten bei den Verfahren zur Folge haben, da manche Richter dazu neigen, auf gemeinschaftsrechtliche Ermittlungen einzelstaatliche Maßstäbe anzuwenden. Um nun sicherzustellen, dass für die Ermittlungen der Kommission im gesamten Gemeinsamen Markt dieselben Regeln gelten, wurden die in der „*Hoechst-Entscheidung*“ gesetzten Maßstäbe in der neuen Verordnung gesetzlich verankert<sup>639</sup>. Nach der Rechtsprechung des EuGH im Fall „*Hoechst*“ darf das nationale Gericht weder die Beurteilung der Kommission durch seine eigene ersetzen, noch die Gültigkeit der Kommissionsentscheidung in Frage stellen. Die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Kommissionsentscheidung unterliegt allein der Prüfung des Gemeinschaftsrichters. Die von einem nationalen Richter ausgeübte Kontrolle beschränkt sich auf die Prüfung der Echtheit der Kommissionsentscheidung und darauf, ob die beabsichtigten Zwangsmaßnahmen nicht willkürlich oder unverhältnismäßig sind. Um dem Richter die Wahrnehmung dieser Aufgabe zu er-

---

<sup>636</sup> So auch Weitbrecht, EuZW 2003, 69, 71.

<sup>637</sup> Siehe hierzu noch ausführlicher im Anschluss unter § 8 B I 1 (S.153 ff.).

<sup>638</sup> EuGH, Slg.1989, 2859, 2928 (Tz.35) „*Hoechst/Kommission*“.

<sup>639</sup> Vgl. Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 20 (S.28 f.).

möglichen, muss die Kommission ihre Ermittlungsentscheidung ausreichend begründen. Erst kürzlich hat der EuGH die Verpflichtung der Kommission bekräftigt, dafür zu sorgen, dass das einzelstaatliche Gericht über alle Mittel verfügt, deren es zur Ausübung der ihm obliegenden Kontrolle bedarf. Jedoch kann es nicht die Übermittlung der in den Akten der Kommission enthaltenen Informationen und Indizien verlangen<sup>640</sup>. Auch das wird in Art. 20 VIII und Art. 21 III klargestellt.

## **V. Ermittlungen durch die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten – Art. 22**

Art. 22 lehnt sich an Art. 13 VO Nr.17/62 an, wobei er allerdings an das neue Durchführungssystem angepasst wurde. Die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, auf Ersuchen der Kommission in ihrem Hoheitsgebiet Ermittlungen im Namen der Kommission durchzuführen, bleibt gem. Art. 22 II erhalten.

Neu dagegen ist die Vorschrift des Art. 22 I, wonach die einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden auch Nachprüfungen im Namen und für Rechnung eines anderen Mitgliedstaates durchführen können. Dies ist für die wirksame Zusammenarbeit unter den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten auch erforderlich. Einzelstaatliche Wettbewerbsbehörden werden so in die Lage versetzt, auch Fälle zu behandeln, in denen Beweismittel zum Teil in anderen Mitgliedstaaten zu finden sind. Ohne einen derartigen Mechanismus würde eine dezentrale Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln und die Funktionsfähigkeit des ECN ernsthaft behindert.

## **B. Sanktionen**

### **I. Geldbußen gem. Art. 23**

Es gibt wohl keinen Tatbestand, weder im Strafrecht noch im Ordnungsrecht, weder national noch europäisch, der mit so hohen Bußgeldern sanktioniert wird, wie die Art. 81 und 82 EG. So wurden im bisherigen Rekordjahr 2001 gegen 56 Unternehmen Geldbußen in Höhe von 1,8 Mrd. € verhängt, davon fast die Hälfte, nämlich genau 855,23 Mio. € gegen das Vitamin-Kartell<sup>641</sup>. Die Philosophie, die dabei hinter der Verhängung von Bußgeldern steht, umschreibt Wettbewerbskommissar Mario Monti wie folgt<sup>642</sup>: „Die Glaubwürdigkeit unserer Kartellpolitik, ihre Abschreckungswirkung und folglich ihre Wirksamkeit müssen durch Beharrlichkeit wachsen. Die in Kartellpraktiken verwickelten Manager müssen wissen, dass wir ihnen keine Ruhe lassen, dass wir sie aufspüren und hohe

---

<sup>640</sup> Siehe hierzu EuGH, Slg. 2002, 9011, 9063 (Tz.62) „*Roquette Frères*“.

<sup>641</sup> Vgl. Europäische Kommission, XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, S.4, 32 ff. und 196 ff.

<sup>642</sup> Vgl. Europäische Kommission, XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, S.5.

Strafen verhängen; sie müssen einsehen, dass die Beteiligung an einem Kartell mehr Gefahren als Gewinn bringt und dass die einzige Chance, die finanziellen Folgen ihres Handelns in Grenzen zu halten, darin besteht, diese Praktiken abzustellen und mit uns im Sinne der Kronzeugenregelung zusammenzuarbeiten.“ Besondere Bedeutung in diesem Zusammenhang verdient der neue Art. 23, auf dem die Bußgeldpraxis in Zukunft ruhen wird.

## 1. Grundsätzliches

Der neue Art. 23 sieht, wie auch schon Art. 15 VO Nr.17/62, zwei Arten von Geldbußen vor: für Verstöße gegen Verfahrensvorschriften und für die eigentlichen Verstöße gegen die materiellrechtlichen Vorschriften, also die Art. 81 und 82 EG.

Art. 23 Absatz 1 sieht allerdings neue Beträge für Verstöße gegen Verfahrensvorschriften vor, die nach der geltenden Verordnung gem. Art. 15 I VO Nr.17/62 zwischen 100 und 5000 € liegen, weil diese Beträge keine abschreckende Wirkung mehr haben<sup>643</sup>. Deshalb werden die Höchstbeträge der Geldbuße für diese Art von Verstößen in Anlehnung an Art. 47 EGKS-Vertrag auf 1% des gesamten Jahresumsatzes festgesetzt. Neu eingeführt werden außerdem Sanktionen gem. Art. 23 I lit. d) für die unrichtige, unvollständige oder irreführende Beantwortung von nach Art. 20 II lit. e) gestellten Fragen, die bei den Ermittlungen auftreten, und gem. Art. 23 I lit. e) für das Brechen von Siegeln.

Art. 23 Absatz 2, die künftige Kernvorschrift des europäischen Kartellordnungsrechts, ist die wichtigste Ermächtigungsnorm für die Kommission, Bußgelder zu verhängen. Geregelt wird die Geldbuße für Verstöße gegen die materiellrechtlichen Vorschriften, deren Beträge unverändert – bis zu 10% des gesamten Jahresumsatzes – beibehalten werden. Lediglich die Aufzählung der Zuwiderhandlungen wird ergänzt um Verstöße gegen nach Art. 8 erlassene Entscheidungen zur Anordnung einstweiliger Maßnahmen und um die Nichterfüllung von Verpflichtungszusagen, die durch Entscheidung gem. Art. 9 verbindlich gemacht wurden.

Art. 23 Absatz 3 entspricht dem bisherigen Art. 15 II 2 VO Nr.17/62. Danach kommt es bei der Bußgeldbemessung entscheidend auf die Schwere des Verstoßes und auf die Dauer der Zuwiderhandlung an. Näheres hierzu hat die Kommission in Leitlinien veröffentlicht, aufgrund derer sie Geldbußen festsetzt<sup>644</sup>.

---

<sup>643</sup> Siehe Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art.22 (S.29); Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.124 .

<sup>644</sup> Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission zu den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Art. 15 II der VO Nr.17 und gemäß Art. 65 V EGKS-Vertrag festgesetzt werden (ABl. 1998 Nr. C 9 vom 14.1.1998, S.3-5). Vgl. auch Europäische Kommission, Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen (ABl. 2002 Nr. C 45 vom 19.02.2002, S.3-5).

Art. 23 Absatz 4 enthält eine neue Vorschrift über Zuwiderhandlungen von Unternehmensvereinigungen. Auch diese können nämlich mit Geldbußen belegt werden. Zur Berechnung der Geldbuße wird dabei der Umsatz der an der Vereinigung beteiligten Unternehmen herangezogen<sup>645</sup>. In der Praxis hat sich aber gezeigt, dass die auferlegte Geldbuße in vielen Fällen nicht beigelegt werden kann, da Vereinigungen nur selten über ausreichende Eigenmittel verfügen und es derzeit keine rechtliche Handhabe gibt, um die Geldbuße bei den Mitgliedern der Vereinigung einzutreiben<sup>646</sup>. Den Grundsatz der Solidarhaftung der Mitglieder einer Vereinigung sieht Art. 15 VO Nr.17/62 nämlich nicht vor<sup>647</sup>. Deshalb regelt Art. 23 IV die gesamtschuldnerische Haftung von Mitgliedern einer Unternehmensvereinigung, wenn gegen diese eine Geldbuße verhängt worden ist und die Unternehmensvereinigung zahlungsunfähig ist. Im Vergleich zum Verordnungsvorschlag der Kommission<sup>648</sup> ist die jetzige Regelung noch sehr viel ausdifferenzierter: in einem ersten Schritt hat die Unternehmensvereinigung gem. Art. 23 IV 1 von den Mitgliedsunternehmen Beiträge zur Deckung des ausstehenden Bußgeldbetrags zu fordern. Führt dies nicht zum Erfolg, kann die Kommission auch gem. Art. 23 IV 2 die Geldbuße unmittelbar von den Unternehmen verlangen, deren Vertreter Mitglieder in den betreffenden Entscheidungsgremien waren, subsidiär auch gem. Art. 23 IV 3 von allen übrigen Mitgliedern der Vereinigung, sofern sie nur auf dem relevanten Markt tätig waren. Die unmittelbar in Anspruch genommenen Unternehmen haben allerdings die Möglichkeit der Exkulpation gem. Art. 23 IV 4, bei der sie nachweisen müssen, „dass sie den die Zuwiderhandlung begründeten Beschluss der Vereinigung nicht umgesetzt haben und entweder von dessen Existenz keine Kenntnis hatten oder sich aktiv davon distanziert haben, noch ehe die Kommission mit der Untersuchung des Falls begonnen hat“. Die Kommission sollte bei der Verhängung der Geldbuße allerdings die relative Größe der zur Vereinigung gehörenden Unternehmen beachten und insbesondere der Lage der kleinen und mittleren Unternehmen Rechnung tragen<sup>649</sup>. Sollte die Zahlung durch eines oder mehrerer Mitglieder der Vereinigung erfolgen, so bleibt ein Rückgriff auf andere Mitglieder der Vereinigung nach einzelstaatlichem Recht möglich<sup>650</sup>.

Art. 23 Absatz 5 entspricht dem bisherigen Art. 15 IV VO Nr.17/62 und legt fest, dass Geldbußen keinen strafrechtlichen Charakter haben<sup>651</sup>. Damit wird klargestellt, dass Geldbußen zumindest nicht kriminalstrafrechtlicher Natur sind. Allerdings kann daraus keine abschließende und definitive Aus-

---

<sup>645</sup> Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.127.

<sup>646</sup> Dieses Problem stellte sich insbesondere im Rahmen der Rechtssachen T-213/95 und T-18/96, SCK und FNK gegen Kommission. Vgl. EuGH, Slg. 1997 II, 1739 *“SCK und FNK/Kommission“*.

<sup>647</sup> So auch Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 22 (S.29 f.); Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.127.

<sup>648</sup> Vgl. Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 22 IV (S.51).

<sup>649</sup> Siehe VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 30 Satz 2.

<sup>650</sup> VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 30 Satz 3.

<sup>651</sup> So auch EuG, Slg. 1994, II, 755, 855 (Tz.235) *“Tetra Pak/Kommission“*.

sage darüber gemacht werden, ob die Rechtsnatur der Geldbuße als rein verwaltungsrechtlich oder verwaltungsstrafrechtlich, also dem Strafrecht im weiteren Sinne zugehörig, zu qualifizieren ist. Diese Zurechnung zum Strafrecht im weiteren Sinn würde sicherstellen, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Strafrechts, sowie die besonderen rechtsstaatlichen Garantien des materiellen Strafrechts und des Strafverfahrensrechts auch im europäischen Kartellbußgeldrecht Anwendung finden würden. Für eine Zuordnung der Geldbußen zum Strafrecht im weiteren Sinn spricht dabei u.a., dass die Gemeinschaftsgerichte den Parteien im Bußgeldverfahren gewisse Verfahrensgarantien wie die Unschuldsvermutung in der Vergangenheit zugestanden haben<sup>652</sup>.

## 2. Das Verschulden

Sowohl Art. 23 Absatz 1, als auch Absatz 2 setzen für die Verhängung einer Geldbuße ein Verschulden des betroffenen Unternehmens voraus. Dabei werden dem Unternehmen nach wie vor sämtlich Handlungen seiner Angestellten zugerechnet, wobei es ausreichend ist, dass die Mitarbeiter berechtigt sind, für das Unternehmen zu handeln. Eine Vertretungsbefugnis im Einzelfall ist dagegen nicht erforderlich<sup>653</sup>. Bislang bestand die Möglichkeit, die Vereinbarung bei der Kommission anzumelden und so in den Genuss der Bußgeldimmunität gem. Art. 15 V lit. a) VO Nr.17/62 zu kommen. Daneben konnten die Unternehmen auch ein Negativattest gem. Art. 2 VO Nr.17/62 beantragen, in dem die Kommission feststellte, dass nach den ihr bekannten Tatsachen für sie kein Anlass bestehe, gegen eine Vereinbarung, einen Beschluss oder eine Verhaltensweise auf Grund von Art. 81 I oder 82 EG vorzugehen. Dies führte zu einer Selbstbindung der Kommission und bewahrte die Unternehmen damit vor einer Bußgeldsanktion. Im künftigen Legalausnahmesystem werden die Unternehmen nun aber alleine untersuchen müssen, ob ihre Vereinbarung oder Verhaltensweise mit den Art. 81 und 82 EG zu vereinbaren ist. Damit stellt sich zugleich die Frage, wie Irrtümer, also Fälle, in denen sich ein Unternehmen darauf beruft, seinem wettbewerbswidrigen Verhalten habe ein Irrtum zugrundegelegen, unter der neuen VO Nr.1/2003 behandelt werden. Dabei kommen sowohl Rechts- wie auch Tatsachenirrtümer in Betracht.

### a) Die Behandlung von Tatsachenirrtümern

Ein Tatsachenirrtum ist grundsätzlich beachtlich und entfaltet vorsatzausschließende Wirkung<sup>654</sup>. Sofern ein Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht, kann eine Fahrlässigkeitsbuße verhängt werden. Aller-

---

<sup>652</sup> EuGH, Slg. 1999, I, 4287, 4362 (Tz.65) "Hüls/Kommission".

<sup>653</sup> EuGH, Slg. 1983, 1825, 1903 (Tz.97) "Musique Diffusion Française/Kommission".

<sup>654</sup> Vgl. auch Generalanwalt Mayras in: EuGH, Slg. 1975, 1367, 1382 ff. "General Motors/Kommission".

dings darf der Irrtum nicht auf einer ungenügenden Prüfung der für das Eingreifen des Wettbewerbsverbots relevanten Umstände beruhen, wobei sich der Maßstab für die Bestimmung einer hinreichenden Prüfung v.a. nach der Größe des Unternehmens richtet. Dabei wird der Maßstab für einen Fahrlässigkeitsvorwurf in Zukunft aber niedriger als bisher angesetzt werden müssen, da die Unternehmen ja nicht mehr die Möglichkeit haben, ihre Vereinbarung anzumelden oder ein Negativattest zu beantragen. Die Tatsachenirrtümer werden künftig auch zunehmen, da den Unternehmen häufig die erforderlichen Marktdaten fehlen, so dass es v.a. bei der Marktabgrenzung, bei der Berechnung der Marktanteilsschwellen und auch bei der Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung zu Problemen kommen wird.

#### b) Die Behandlung von Rechtsirrtümern

Es stellt sich des Weiteren die Frage, ob gegen ein Unternehmen eine Geldbuße wegen eines Verstoßes gegen Art. 81 oder 82 EG auferlegt werden kann, wenn es gutgläubig von der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens ausgegangen ist.

In der bisherigen Bußgeldpraxis der Kommission wurde jedoch nicht schuldhaftes Handeln aus Unkenntnis der Rechtslage weitgehend ausgeschlossen<sup>655</sup>. So ist es bislang nicht erforderlich gewesen, dass das Unternehmen sich des Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln bewusst gewesen ist<sup>656</sup>. Vielmehr galt es als ausreichend, dass sich das Unternehmen nicht in Unkenntnis darüber befinden konnte, dass das Verhalten eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte oder bewirkte<sup>657</sup>. Selbst wenn das Unternehmen sich auf unvollständige oder fehlerhafte Aussagen eines Rechtsberaters verlassen hat, wurde dies nicht als sanktionsmildernder oder sanktionsausschließender Umstand berücksichtigt<sup>658</sup>. Nur in wenigen Fällen hat der gute Glaube an die Vereinbarkeit einer Vereinbarung mit den Wettbewerbsregeln dazu geführt, dass von der Verhängung eines Bußgeldes abgesehen wurde. So z.B., wenn die Kommission selbst durch falsche Hinweise und Stellungnahmen einen Rechtsirrtum des Unternehmens provoziert hat<sup>659</sup> oder wenn die Beurteilung der relevanten Rechtsfrage in Ermangelung vorheriger Entscheidungen unklar war und die Unternehmen auf der Grundlage dieser Rechtsunsicherheit irrtümlich annahmen, im Einklang mit den Wettbewerbsregeln zu

---

<sup>655</sup> Vgl. etwa EuGH, Slg. 1983, 3461, 3523 (Tz.107) "*Michelin/Kommission*".

<sup>656</sup> EuG, Slg. 1995, II, 917, 935 (Tz.41) "*Ferriere Nord/Kommission*"; EuG, Slg. 2000, II, 491, 1555 (Tz.4784) "*Cimenteries CBR u.a./Kommission*".

<sup>657</sup> EuGH, Slg. 1978, 131, 151 (Tz.18) "*Miller/Kommission*"; EuGH, Slg. 1989, 2117, 2191 (Tz.41) "*Belasco u.a./Kommission*". EuG, Slg. 1995, II, 289, 402 (Tz.356) "*SPO u.a./Kommission*".

<sup>658</sup> EuGH, Slg. 1978, 131, 151 (Tz.18) "*Miller/Kommission*"; Europäische Kommission, ABl. EG Nr. L 16 vom 23.1.1979, 9, 13 (Tz.30, 36 f.) "*Kawasaki*".

<sup>659</sup> EuGH, Slg. 1975, 1663, 2026 (Tz.555-557) "*Suiker Unie u.a./Kommission*".



handeln<sup>660</sup>. Grund für diese Zurückhaltung bei der Berücksichtigung eines Rechtsirrtums war, dass im Anmelde- und Genehmigungssystem die Unternehmen die Möglichkeit hatten, durch eine Anmeldung ihrer Vereinbarung bei der Kommission oder Beantragung eines Negativattests Rechtssicherheit zu erlangen<sup>661</sup>.

Da das Legalausnahmesystem mit einer größeren Rechtsunsicherheit verbunden ist, stellt sich die Frage, ob die bisherige Bußgeldpraxis auch in Zukunft noch aufrechterhalten werden kann. Denn mit der Abschaffung des Anmelde- und Genehmigungssystems sowie dem Wegfall der Negativatteste besitzen die Unternehmen i.d.R. keine Möglichkeit mehr, Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung zu beseitigen. Dies muss sich dann aber auch auf die Bußgeldpraxis und die Behandlung von Rechtsirrtümern auswirken, da der Hauptgrund für die bisherige Praxis ja die Möglichkeit der Anmeldung und Beantragung eines Negativattests war<sup>662</sup>. Wenn ein unvermeidbarer Rechtsirrtum beim Unternehmen vorlag, wird der für eine Bußgeldverhängung erforderliche Schuldvorwurf ausgeräumt. Dies wird dann der Fall sein, wenn das Unternehmen mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln alle rechtlichen Aspekte umfassend geprüft hat und infolgedessen in gutem Glauben an die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens oder seiner Vereinbarung handelte. Aber selbst wenn die ergriffenen Maßnahmen unter Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden Mittel nicht als erschöpfend angesehen werden können, wird man das Bußgeld zumindest im Rahmen einer ordnungsgemäßen Ermessensausübung reduzieren müssen, wenn ein ernsthaftes Bestreben zur Überprüfung der eigenen Verhaltensweise nachgewiesen werden kann<sup>663</sup>. In diesem Fall kann der Verstoß nämlich nur als fahrlässig gewertet werden, was sich gemäß der Leitlinien der Kommission für die Bemessung von Bußgeldern als bußgeldmindernd auswirkt<sup>664</sup>. In Zukunft wird sich wohl auch die bisher vertretene Ansicht der Gemeinschaftsorgane zur bußgeldrechtlichen Bedeutung von kartellrechtlich spezialisierten Rechtsberatern ändern. Dass die Inanspruchnahme und Befolgung des Rats eines solchen Rechtsberaters künftig keine bußgeldausschließende oder zumindest bußgeldmildernde Wirkung haben soll, kann künftig wohl nicht mehr aufrechterhalten werden. Im Übrigen wird der Umfang der Überprüfungspflicht und die damit zusammenhängende Unvermeidbarkeit des

---

<sup>660</sup> EuGH, Slg. 1991, I, 3359, 3476 (Tz.163) "*AKZO/Kommission*"; EuG, Slg. 1994, II, 441 (Tz.143) "*Dunlop Slazenger/Kommission*".

<sup>661</sup> EuGH, Slg. 1979, 461, 553 ff. (Tz.129-134) "*Hoffmann-La Roche/Kommission*"; EuG, Slg. 1995, II, 289, 403 (Tz.359 f.) "*SPO u.a./Kommission*".

<sup>662</sup> Vgl. Dreher/Thomas, WuW 2004, 8, 12.

<sup>663</sup> So auch Dreher/Thomas, WuW 2004, 8, 12.

<sup>664</sup> Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission, Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Art. 15 II der VO Nr.17 und gemäß Art. 65 V EGKS-Vertrag festgesetzt werden (ABl. 1998 Nr. C 9 vom 14.1.1998, S.3-5).

Rechtsirrtums von der Größe und Erfahrung des betroffenen Unternehmen im internationalen Handel und der Schwierigkeit des zu beurteilenden Falls abhängen<sup>665</sup>.

Auf jeden Fall kann man festhalten, dass das Legalausnahmesystem die Möglichkeit der Unternehmen, sich auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum zu berufen, erleichtern wird<sup>666</sup>. Dies gilt insbesondere im Anwendungsbereich des Art. 81 III EG, der ja bekanntlich eine Reihe von unbestimmten Rechtsbegriffen enthält. So muss die Kommission im derzeitigen Anmelde- und Genehmigungssystem in jedem Einzelfall eine umfassende komplexe wirtschaftliche Analyse vornehmen, um ihren Beurteilungsspielraum nach Art. 81 III EG im Hinblick auf dessen vier Voraussetzungen auszuüben<sup>667</sup>. Dieser Beurteilungsspielraum wird im künftigen Legalausnahmesystem in gleicher Weise den Unternehmen zugestanden werden müssen. Die Kommission wird dann wohl nur noch ein Bußgeld verhängen können, wenn ein offensichtlicher Beurteilungsfehler vorgelegen hat. Dies wird wohl insbesondere bei Hardcore-Kartellen der Fall sein, sowie bei von Gruppenfreistellungsverordnungen ausdrücklich nicht erfassten Vereinbarungen. Dem steht auch Art. 2 Satz 2 nicht entgegen<sup>668</sup>, wonach das Unternehmen, welches sich auf Art. 81 III EG berufen möchte, die Beweislast dafür trägt, dass die Voraussetzungen des Art. 81 III EG im Einzelnen vorliegen. Die Beweislastfrage betrifft nämlich den Nachweis der Tatsachengrundlage, während sich die Irrtumsproblematik auf die Frage bezieht, unter welchen Voraussetzungen von einem Bußgeld abzusehen ist, wenn ein Verstoß gegen Art. 81 EG nachgewiesen wurde<sup>669</sup>.

### 3. Die Beweislastverteilung innerhalb des Art. 81 III EG im Bußgeldverfahren

Im Rahmen von Bußgeldverfahren ist bezüglich des Art. 81 III EG umstritten, wer die Beweislast in Bezug auf das Vorliegen der einzelnen Voraussetzungen, also den Nachweis der Tatsachengrundlage, zu tragen hat. Nach Auffassung der Kommission ist hier Art. 2 Satz 2 anwendbar, so dass das jeweilige Unternehmen, welches sich auf das Vorliegen der Voraussetzungen beruft, die Beweislast trägt<sup>670</sup>. Dem ist aber nicht zuzustimmen<sup>671</sup>. Art. 2 Satz 2 stünde nämlich insoweit im Widerspruch zur Unschuldsvermutung zugunsten des Angeklagten, die nach deutschem Rechtsverständnis auch

---

<sup>665</sup> Vgl. auch EuGH, Slg. 1978, 207, 310 f. (Tz.298 ff.) "*United Brands/Kommission*"; Europäische Kommission, ABl. EG Nr. L 232 vom 19.8.1986, S.15, 30 (Tz.109) "*Dach- und Dichtungsbahnen*".

<sup>666</sup> So die einhellige Meinung. Vgl. etwa Bartosch, WuW 2000, 462, 469; Möschel, Wirtschaftsdienst 1999, 504, 506; Monopolkommission, Sondergutachten 28, Rn.40.

<sup>667</sup> EuG, Slg. 1997, II, 1739, 1810 (Tz.190) "*SCK und FNK/Kommission*".

<sup>668</sup> Vgl. Dreher/Thomas, WuW 2004, 8, 18.

<sup>669</sup> Zur Frage der Beweislast im Bußgeldverfahren siehe sogleich unter § 8 B I 3 (S.158).

<sup>670</sup> Vgl. VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 5 Satz 2 und 3.

<sup>671</sup> So auch Hossenfelder/Lutz, WuW 2003, 118, 119 f.; Weitbrecht, EuZW 2003, 69, 72 (Fußnote 30).

für das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen von Rechtfertigungsgründen gilt<sup>672</sup>. Die Unschuldsvermutung ist dabei auch auf strafrechtliche Verfahren wie Bußgeldverfahren anwendbar. Die deutsche Bundesregierung hat deshalb in einer Protokollerklärung anlässlich der Verabschiedung der VO Nr.1/2003 darauf hingewiesen, dass Art. 83 EG keine ausreichende Rechtsgrundlage für derartige Eingriffe in nationale Strafrechtssysteme darstelle<sup>673</sup>.

## **II. Zwangsgelder gem. Art. 24**

In Art. 16 VO Nr.17/62 sind Zwangsgelder in Höhe von 50 bis 1000 € vorgesehen. Auch diese Beträge wurden in Art. 24 den heutigen Gegebenheiten angepasst: So wird eine neue Obergrenze festgesetzt, die sich nach dem im vorausgegangenem Geschäftsjahr durchschnittlichem Tagesumsatz bemisst, und zwar höchstens 5% des durchschnittlichen Tagesumsatzes für jeden Tag des Vollzugs. Dieser Höchstbetrag war auch in Art. 47 EGKS-Vertrag vorgesehen<sup>674</sup>.

Des Weiteren bedingt die Einführung neuer Kategorien von Entscheidungen, wie die gem. Art. 8 erlassene Entscheidung zur Anordnung einstweiliger Maßnahmen, sowie die Entscheidungen gem. Art. 9, für bindend erklärte Verpflichtungszusagen einzuhalten, auch, dass Zwangsgelder gegen Unternehmen festgesetzt werden können, die diese Entscheidungen nicht einhalten, vgl. Art. 24 I lit. b) und c).

---

<sup>672</sup> Die Unschuldsvermutung ist eine besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips und hat damit Verfassungsrang. Sie wird aus Art. 2 I i.V.m. Art. 20 II GG hergeleitet und ist daneben auch in Art. 6 II EMRK verankert. Über Art. 6 II EU ist daher die Unschuldsvermutung auch von der Gemeinschaft zu berücksichtigen.

<sup>673</sup> Rat der Europäischen Union, S.8.

<sup>674</sup> Im Weißbuch waren noch andere, nicht umsatzorientierte Beträge für die Zwangsgelder vorgesehen. Vgl. Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.125 f.

## **§ 9 Sonstige Bestimmungen und Auswirkungen der neuen VO Nr.1/2003**

### ***A. Feststellung und Abstellung von Zuwiderhandlungen – Art. 7***

Dieser Artikel entspricht bis auf zwei Ergänzungen dem jetzigen Art. 3 VO Nr.17/62. Bei diesen Ergänzungen handelt es sich zum einen um die Befugnis zur Feststellung auch einer beendeten Zuwiderhandlung und zum anderen um die Möglichkeit, Abhilfemaßnahmen struktureller Art vorzunehmen.

#### **I. Befugnis zur Feststellung einer beendeten Zuwiderhandlung - Art. 7 I 4**

In Art. 7 I 4 wird klargestellt, dass die Kommission bei Vorliegen eines berechtigten Interesses auch die Befugnis zur Feststellung einer Zuwiderhandlung hat, wenn diese beendet ist<sup>675</sup>. Ein berechtigtes Interesse kann dabei dann vorliegen, wenn beim Adressat die Gefahr einer Wiederholung besteht oder der Fall neue Fragen aufwirft, deren Klärung im öffentlichen Interesse liegt<sup>676</sup>.

#### **II. Abhilfemaßnahmen struktureller Art – Art. 7 I 2, 3**

Zweitens kann die Kommission nach Art. 7 I 2 im Falle eines Verstoßes gegen die Art. 81, 82 EG den Unternehmen Abhilfemaßnahmen vorschreiben und zwar nun ausdrücklich auch solche struktureller Art. Nach Auffassung der Kommission können strukturelle Abhilfemaßnahmen erforderlich sein, vor allem bei speziellen Kooperationsvereinbarungen und Fällen von Missbrauch einer beherrschenden Stellung, bei denen die Veräußerung bestimmter Gegenstände des Betriebsvermögens notwendig sein kann<sup>677</sup>. Dies kann im Einzelfall bis hin zu einer Entflechtungsbefugnis von Unternehmen reichen, wie sie bisher etwa in den USA existiert<sup>678</sup>. Abhilfemaßnahmen struktureller Art lassen sich dabei begreifen als Eingriff in den personellen oder sachlichen Bestand von Unternehmen, der die Loslösung von Teilen eines Unternehmens aus einer Unternehmenseinheit, die Auflösung eines Unternehmens unter gleichzeitiger Bildung neuer kleinerer Unternehmen aus den Teilen der bisherigen Einheit oder die Beseitigung personeller Verflechtungen zwischen mehreren Unternehmen zum Ziel hat. Strukturelle Maßnahmen haben demzufolge eine erhebliche Eingriffsintensi-

---

<sup>675</sup> Siehe auch EuGH, Slg. 1983, 483, 502 f. (Tz.23, 24) "GVL/Kommission".

<sup>676</sup> Siehe Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 7 (S.20).

<sup>677</sup> Vgl. Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 7 (S.20).

<sup>678</sup> So auch Haus, WuW 2001, 659 ff.; Hossenfelder/Lutz, WuW 2002, 118, 121; Weitbrecht, EuZW 2003, 69, 71.

tät<sup>679</sup>. Deshalb sind Maßnahmen struktureller Art gem. Art. 7 I 3 gegenüber einer verhaltensorientierten Maßnahme grundsätzlich subsidiär, es sei denn, dass die verhaltensorientierte Maßnahme nicht von gleicher Wirksamkeit ist oder dass sie im Vergleich zu Maßnahmen struktureller Art mit einer größeren Belastung für das betroffene Unternehmen verbunden wäre<sup>680</sup>. Änderungen an der Unternehmensstruktur, wie sie vor der Zuwiderhandlung bestand, sind auch nur dann verhältnismäßig i.S.d. Art. 7 I 2 und damit zulässig, wenn ein erhebliches, durch die Struktur eines Unternehmens als solches bedingtes Risiko anhaltender oder wiederholter Zuwiderhandlungen gegeben ist<sup>681</sup>. Das Ziel jeder strukturellen Maßnahme muss dabei die Wiederherstellung oder die Belebung des Wettbewerbs durch die Förderung der Wettbewerber bleiben

Nach Auffassung der Kommission können strukturelle Abhilfemaßnahmen vor allem bei speziellen Kooperationsvereinbarungen und Fällen von Missbrauch einer beherrschenden Stellung erforderlich sein<sup>682</sup>. Bedeutung wird die neue Entflechtungsbefugnis aber wohl gerade im Rahmen des Art. 82 EG und der aus dem US-amerikanischen kommenden essential-facilities-doctrine<sup>683</sup> haben, also dann, wenn Unternehmen die Kontrolle für den Zugang einer zum Markt wesentlichen Einrichtung besitzen und die Wettbewerber unfähig sind, diese Einrichtung in zumutbarer Weise selbst herzustellen. Die Inhaber der Einrichtung besetzen also eine strategische Position und befinden sich damit in einer sog. bottleneck- oder Gatekeeper-Situation, die ihnen die faktische Entscheidungsbefugnis über den Wettbewerb anderer zukommen lässt. Herausragende Bedeutung haben hier insbesondere Netzindustrien und andere Infrastruktureinrichtungen. Dabei verstoßen Unternehmen in solchen bottleneck-Situationen dann gegen Art. 82 EG, wenn sie die Nutzung der Einrichtung durch die Wettbewerber auf dem vor- oder nachgelagerten Markt verweigern, obwohl es ihnen möglich

---

<sup>679</sup> Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit von Unternehmensentflechtungen vgl. Möschel, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S.131-152.

<sup>680</sup> Insoweit ist Art. 7 wesentlich restriktiver als noch der Wortlaut des Verordnungsvorschlags der Kommission. Vgl. hierzu Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 7 (S.20 und 43).

<sup>681</sup> VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 12 Satz 3.

<sup>682</sup> Siehe Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 7 (S.20).

<sup>683</sup> Begründet wurde die essential-facilities-doctrine in *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 383 (1912). In dieser Entscheidung erwarb eine Gruppe von Eisenbahngesellschaften Anfang des 20. Jahrhunderts Umschlagbahnhöfe und Brücken, die zur Verteilung des Eisenbahnverkehrs um St. Louis dienten. Der Supreme Court stellte fest, dass die Gruppe den Zugang zum Eisenbahnverkehr regeln und die Preise für die Dienste bestimmen konnte. Die konkurrierenden Eisenbahngesellschaften hatten keine andere Möglichkeit, als jeden beliebig festgesetzten Preis zu bezahlen. Der Supreme Court wies deshalb die Gruppe von Eisenbahngesellschaften an, den nichtbeteiligten Eisenbahngesellschaften die Möglichkeit zu offerieren, sich als Eigentümer an den Terminals zu beteiligen oder den Zugang zu diskriminierungsfreien Bedingungen zu gewähren. Vgl. auch *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945); *MCI Telecommunications Corp. v. AT&T Co.*, 708 F.2d 1081 (7<sup>th</sup> Cir. 1982), cert. denied, 464 U.S. 891 (1983), appeal after remand, 748 F.2d 799 (7<sup>th</sup> Cir. 1984); *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985); Fleischer/Körper, WuW 2001, 6, 10.

und zumutbar wäre, die Nutzung durch die Wettbewerber zu gestatten<sup>684</sup>. Der wichtigste Zweck der Entflechtung ist hier die Sicherung des Zugangs zur Infrastruktureinrichtung. Dabei ist eine Verhaltenskontrolle meist ungeeignet, unverfälschten Zugang zum Netz zu gewährleisten, wenn es dem Inhaber des Netzes gestattet ist, an diesem Wettbewerb teilzunehmen. Die Gewährung gleicher Zugangsbedingungen kann auch nicht durch eine detaillierte Verhaltenskontrolle mit Auflagen zur künftigen Geschäftspolitik gewährleistet werden, die zu laufender behördlicher Verhaltenskontrolle führen würde und ebenso aufwendig wie ineffektiv wäre<sup>685</sup>. Demgegenüber setzen Entflechtungen verbunden mit Tätigkeitsverboten Daten, an denen sich die Planung der betroffenen Unternehmen sowie der Wettbewerber, Lieferanten und Anbieter orientieren kann<sup>686</sup>. Allerdings räumen selbst die Befürworter einer Zerschlagung ein, dass die bisherigen Erfahrungen mit der Entflechtung eher wechselhaft waren<sup>687</sup>. Auch hat die Zerschlagung eines Unternehmens bedeutende Nachteile gegenüber der Verhaltenskontrolle mit Auflagen: Die Aufspaltung von Unternehmen ist nämlich hochkompliziert, zeitaufwendig und führt regelmäßig zu beträchtlichen Effizienzeinbußen<sup>688</sup>. Dies gilt umso mehr, da der angeordneten Zerschlagung als Rechtsfolge in den meisten Fällen ein Zusammenschluss zugrunde lag. Die Aufspaltung eines einheitlich gewachsenen Unternehmens könnte sich in der Praxis demgegenüber noch als bedeutend schwieriger erweisen<sup>689</sup>. Der entscheidende Einwand gegen die Entflechtung ist aber, dass ein solch radikaler Eingriff immer auch erforderlich und verhältnismäßig sein muss, v.a. da die Irrtumskosten bei einer erzwungenen, aber nicht gerechtfertigten Entflechtung beträchtlich sein können<sup>690</sup>. Hier spielt auch das Innovationstempo des betroffenen und der konkurrierenden Unternehmen eine entscheidende Rolle<sup>691</sup>. Da die Verhaltenskontrolle gegenüber der Zerschlagung einen weniger einschneidenden Eingriff darstellt, ist auch die Gefahr für das Innovationstempo bei einer gerichtlichen Fehleinschätzung geringer zu veranschlagen. Demnach sollte eine Entflechtung eines Unternehmens eher in der Old Economy und weniger auf hochdynamischen Märkten wie der New Economy vorgenommen werden, wo sich Wettbewerb in einem vollständig veränderten Marktumfeld nicht auf einfache Weise wieder herstellen lässt.

---

<sup>684</sup> EuGH, Slg. 1974, 223, 252 (Tz.25) "*Commercial Solvents/Kommission*"; Europäische Kommission, ABl. EG Nr. L 15 vom 18.1.1994, 8, 16 ff. (Tz.66 ff.) "*Sea Containers gegen Stena Sealink*"; Europäische Kommission, ABl. EG Nr. L 55 vom 26.2.1994, 52, 54 ff. (Tz.7 ff.) "*Hafen von Rødby*".

<sup>685</sup> So auch Wolf, WuW 2000, 459.

<sup>686</sup> Siehe Haus, WuW 2001, 659, 661; Mestmäcker, Marktzugang und Monopolmissbrauch auf deregulierten Märkten, 1045, 1059.

<sup>687</sup> Vgl. hierzu Carstensen, The Antitrust Bulletin 2000, 577, 591.

<sup>688</sup> Vgl. Posner, Antitrust Law, 78 ff.

<sup>689</sup> Vgl. Gey, WuW 2001, 933, 940.

<sup>690</sup> Vgl. Fleischer/Doege, WuW 2000, 705, 717.

<sup>691</sup> Siehe Wolf, WuW 2000, 459.

Im sonstigen Anwendungsbereich der Art. 81 und 82 EG dürfte aber wie auch schon bisher eine Untersagung verbunden mit Auflagen hinsichtlich der Transparenz von Kosten und Preisen jedenfalls i.d.R. ausreichend sein<sup>692</sup>, so dass eine Entflechtung hier unverhältnismäßig wäre<sup>693</sup>. Nur bei sich wiederholenden Verstößen gegen Art. 81 und 82 EG sollte eine Entflechtung auch tatsächlich in Betracht gezogen werden, also dann, wenn ein erhebliches, durch die Struktur eines Unternehmens als solches bedingtes Risiko anhaltender oder wiederholter Zuwiderhandlungen gegeben ist<sup>694</sup>.

## ***B. Anhörungen und Berufsgeheimnis – Art. 27, 28***

Art. 27 baut auf der Regelung des bisherigen Art. 19 VO Nr.17/62 und der von der Kommission und dem EuGH entwickelten Praxis des rechtlichen Gehörs und der Akteneinsicht auf<sup>695</sup>.

In Art. 27 Absatz 1 wird zunächst einmal klargestellt, dass die Kommission ihre Entscheidung wegen des allgemeinen Grundsatzes der Gewährung des rechtlichen Gehörs nur auf solche Beschwerdepunkte stützt, zu denen sich die Unternehmen und/oder Unternehmensvereinigungen, gegen die sich das eingeleitete Verfahren richtet, äußern konnten<sup>696</sup>. Die Kommission sieht sich jedoch nicht verpflichtet, den nach Ablauf der von ihr gesetzten Frist zur schriftlichen Stellungnahme eingegangenen Stellungnahmen Rechnung zu tragen<sup>697</sup>. Eine Frist von zwei Monaten wird hier selbst bei umfangreichen und rechtlich schwierigen Fällen als ausreichend erachtet<sup>698</sup>.

In Art. 27 Absatz 2 wird nun das Recht der Parteien auf Akteneinsicht, welches die Kommission schon seit 1982 gewährte<sup>699</sup>, aufgenommen, um dem Grundsatz der Waffengleichheit gerecht zu werden<sup>700</sup>. Die Kommission muss folglich sicherstellen, dass die Adressaten einer Mitteilung der Beschwerdepunkte im Hinblick auf den Sachverhalt den gleichen Kenntnisstand wie sie selbst haben. Ausgenommen von dem Recht auf Akteneinsicht sind die interne Dokumentation der Kommission<sup>701</sup> und Informationen, welche die Kommission vertraulich behandeln muss, insbesondere Ge-

---

<sup>692</sup> Vgl. Europäische Kommission, ABl. EG Nr. L 125 vom 5.5.2001, 27, 32 (Tz.18 ff.) "*Deutsche Post AG*".

<sup>693</sup> Vgl. Haus, WuW 2001, 659, 661.

<sup>694</sup> So ja auch VO Nr.1/2003, Erwägungsgrund 12 Satz 3.

<sup>695</sup> Vgl. zu den Einzelheiten auch Art. 10-16 VO Nr.773/04.

<sup>696</sup> Vgl. auch schon EuGH, Slg. 1979, 461, 512 (Tz.11) "*Hoffmann-La Roche/Kommission*".

<sup>697</sup> Vgl. Art. 10 II VO Nr.773/04.

<sup>698</sup> Vgl. auch EuGH, Slg. 1978, 207, 307 (Tz.270-273) "*United Brands/Kommission*".

<sup>699</sup> Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung über interne Verfahrensvorschriften für die Behandlung von Anträgen auf Akteneinsicht in Fällen einer Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag, der Art. 65 und 66 EGKS-Vertrag und der VO (EWG) Nr.4064/89 des Rates (ABl. EG Nr. C 23 vom 23.1.1997, S.3-9). Siehe auch Europäische Kommission, XII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1982, Rn.34 f.

<sup>700</sup> EuG, Slg. 2000, II, 491, 563 (Tz.143) "*Cimenteries CBR u.a./Kommission*".

<sup>701</sup> EuG, Slg. 1991, II, 1711, 1739 f. (Tz.54) "*Hercules Chemicals/Kommission*".

schäftsgeheimnisse anderer Unternehmen, vgl. Art. 27 II 2-4<sup>702</sup>. Wird das Recht auf Akteneinsicht verletzt, so führt dies nur dann im Rahmen einer Anfechtungsklage zu einer Nichtigklärung der späteren Entscheidung der Kommission durch das EuG, wenn die Schriftstücke, die im Verwaltungsverfahren nicht zugänglich waren, mit einem in der angefochtenen Entscheidung gegen den betreffenden Kläger erhobenen Vorwurf objektiv zusammenhängen und die Nichtübermittlung die Verteidigung des Klägers im Verwaltungsverfahren beeinträchtigen konnte<sup>703</sup>. Näheres zur Akteneinsicht wird von der Kommission in ihrer Durchführungsverordnung zu den Art. 81 f. EG, der VO Nr.773/04 festgelegt<sup>704</sup>.

Art. 27 Absatz 3 entspricht bis auf den letzten Satz dem bisherigen Art. 19 II. In diesem Satz 3 wird klargestellt, dass auch die nationalen Wettbewerbsbehörden bei der Kommission die Anhörung anderer natürlicher oder juristischer Personen beantragen können<sup>705</sup>.

Art. 27 Absatz 4 entspricht wieder dem bisherigen Art. 19 III, wobei die bisherigen Negativatteste und Einzelfreistellungen nach Art. 81 III EG durch die Verpflichtungszusagen und Positiventscheidungen ersetzt werden<sup>706</sup>.

Art. 28 Absatz 1 übernimmt die Bestimmung von Art. 20 I VO Nr.17/62. Er beschränkt die Verwertung der nach Art. 17-22 erlangten Informationen auf den mit ihrer Erlangung verfolgten Zweck. Ausgenommen von Art. 28 I sind dabei aber die Bestimmungen der Art. 12 und 15, die insofern als speziellere Vorschriften vorgehen<sup>707</sup>.

Art. 28 Absatz 2 dehnt die Verpflichtung zur Wahrung des Berufsgeheimnisses nach Art. 20 II VO Nr.17/62 auf alle vertraulichen Informationen aus, welche die in Art. 28 II aufgelisteten Personen und Personengruppen auf Grundlage der VO Nr.1/2003, also in dienstlicher Eigenschaft erlangt oder ausgetauscht haben und die ihrem Wesen nach unter das Berufsgeheimnis fallen. Diese Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses bezieht sich auf das Verhältnis zu Nicht-Verfahrensbeteiligten, nicht aber auf die Verwertung der Informationen zu den in der VO Nr.1/2003 vorgesehenen Zwecken. Verletzt die Kommission in einem bestimmten Kartellverfahren den Art. 28 II, muss dies nicht zwangsläufig Einfluss auf die Rechtmäßigkeit der folgenden

---

<sup>702</sup> Vgl. hierzu insbesondere de Bronett in: Schröter/Jakob/Mederer, Durchführungsvorschriften Verordnung Nr.17, Artikel 19, Rn.17 f.

<sup>703</sup> EuG, Slg. 1991, II, 1711, 1740 (Tz.56) "*Hercules Chemicals/Kommission*"; Slg. 1995, II, 1775, 1806 (Tz.68) "*Solvay/Kommission*"; EuG, Slg. 1995, II, 1847, 1884 (Tz.78) "*ICI/Kommission*"; EuG, Slg. 2000, II, 495, 591 (Tz.247) "*Cimenteries CBR u.a./Kommission*".

<sup>704</sup> Art. 15-17 VO Nr.773/04.

<sup>705</sup> Vgl. hierzu Art. 13, 14 VO Nr.773/04.

<sup>706</sup> Näheres bei Bronett in: Schröter/Jakob/Mederer, Durchführungsvorschriften Verordnung Nr.17, Artikel 19, Rn.27.

<sup>707</sup> Vgl. Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 27 I (S.31).



Entscheidung haben<sup>708</sup>. Nur wenn die Entscheidung ohne diese Verletzung tatsächlich nicht erlassen worden wäre oder einen anderen Inhalt gehabt hätte<sup>709</sup> oder wenn sich die Kommission beim Erlass der Entscheidung auf andere als die in ihr angeführten Erwägungen gestützt hat<sup>710</sup>, gilt etwas anderes.

### ***C. Die Behandlung der Gruppenfreistellungsverordnungen im Legalausnahmesystem***

Fraglich ist, wie die Gruppenfreistellungsverordnungen im neuen System der Legalausnahme von den nationalen Gerichten und Wettbewerbsbehörden behandelt werden müssen. Oder anders gefragt: Inwieweit ändert sich zum 1. Mai 2004 etwas an der Behandlung von Gruppenfreistellungsverordnungen?

Es wird die Meinung vertreten, dass in einem Legalausnahmesystem, in dem der Art. 81 III EG „self-executing“ ist und die Kommission deshalb keine konstitutiven Entscheidungen nach Art. 81 III EG mehr treffen könne, sondern nur noch deklaratorische, auch Gruppenfreistellungen nichts weiter sein könnten als bloße Gruppen-„Negativatteste“ oder „amtliche Leitlinien“ der Kommission ohne bindende Wirkung<sup>711</sup>. Zum Teil wird auch formuliert, dass sie nur noch einen „Anhalt“ dafür böten, ob eine Legalausnahme nach Art. 81 III EG gegeben sei oder nicht<sup>712</sup>. Begründet wird diese Ansicht damit, dass in einem Legalausnahmesystem konstitutive Freistellungen logisch nicht mehr möglich seien und deshalb könne es auch positive Gruppen-„Freistellungen“ nicht mehr geben. Allein in Betracht komme eine negative Feststellung, dass kein Grund bestehe, gegen eine Vereinbarung vorzugehen. Und aus diesem Grund könne eine Gruppen-„Freistellung“ nichts weiter sein als ein bloßes Gruppen-„Negativattest“, in welchem die Kommission gruppenweise festlegt, unter welchen Voraussetzungen sie bereit sei, ein Negativattest zu erteilen. Solche Gruppen-„Negativatteste“ hätten jedoch keine formelle Bindung für nationale Behörden und Gerichte. Sie seien deshalb nicht mehr als bloße „amtliche Leitlinien“, mit denen etwas festgestellt werde, was wegen Art. 81 III EG ohnehin gelte. Aus diesem Grund wurde auch vorgeschlagen, um dennoch zu dogmatisch und rechtspolitisch befriedigenden Ergebnissen zu kommen, das „Wesen der

---

<sup>708</sup> EuG, Slg. 1994, II, 441, 459 (Tz.29) „*Dunlop Slazenger/Kommission*“.

<sup>709</sup> EuGH, Slg. 1978, 207, 308 (Tz.286) „*United Brands/Kommission*“.

<sup>710</sup> EuG, Slg. 1991, II, 1439, 1495 (Tz.136) „*Hilti/Kommission*“; EuG, Slg. 1998, II, 925, 949 (Tz.58) „*Cascades/Kommission*“.

<sup>711</sup> Vgl. Deringer, EuZW 2000, 5, 7; Gröning, WRP 2000, 882, 883; Koenigs, DB 2003, 755, 756 und 759; zustimmend wohl auch Bartosch, WuW 2000, 462, 466.

<sup>712</sup> Vgl. Harte-Bavendamm/Kreutzmann, WRP 2003, 682, 687.

Gruppenfreistellungsverordnungen“ neu zu definieren und ihnen künftig den Charakter einer unwiderlegbaren Vermutung beizumessen dafür, dass die Voraussetzungen des Art. 81 III EG vorliegen. Unternehmen, welche sich auf sie berufen, sollten deshalb von der Darlegungs- und Beweislast in Art. 2 befreit werden<sup>713</sup>.

Gegen diese Ansichten spricht aber, dass eine Gruppenfreistellung auch im neuen Legalausnahmesystem eine Verordnung i.S.d. Art. 249 II EG bleibt. Danach sind Verordnungen abstrakt-generelle Rechtssätze des sekundären Gemeinschaftsrechts, haben allgemeine Geltung, sind in allen ihren Teilen verbindlich und letztlich auch unmittelbar anwendbares Recht in jedem Mitgliedstaat. Gruppenfreistellungsverordnungen sind damit „lex“ im materiellen Sinne mit konstitutiver Wirkung und dies auch künftig im Legalausnahmesystem. Für die unverändert konstitutive Wirkung von Gruppenfreistellungsverordnungen spricht auch der Art. 29. Das Entziehen eines Rechtsvorteils macht nämlich nur dann Sinn, wenn der Rechtsvorteil konstitutiv ist, denn sonst bräuchte man ja nichts entziehen. Schließlich spricht die Entstehungsgeschichte der VO Nr.1/2003 für eine weiterhin konstitutive Wirkung von Gruppenfreistellungsverordnungen. So heißt es nämlich im Verordnungsvorschlag der Kommission, dass „bei der Anwendung der Art. 81 und 82 [...] die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte die Gruppenfreistellungsverordnungen berücksichtigen [müssen], die einen „sicheren“ Hafen für bestimmte Gruppen von Vereinbarungen schaffen“<sup>714</sup>. Und auch in ihrem Leitlinien-Entwurf zu Art. 81 III EG hat die Kommission klargestellt, dass die VO Nr.1/2003 die Gültigkeit und Rechtsnatur von Gruppenfreistellungsverordnungen nicht berühren soll<sup>715</sup>. Die Gruppenfreistellungsverordnungen sind deshalb nach wie vor bindend für die nationalen Gerichte und auch die nationalen Wettbewerbsbehörden.

Dies führt dann aber auch zu einem Nebeneinander von primärrechtlichen und sekundärrechtlichen Legalausnahmen. Es stellt sich dann allerdings die Frage, welche eigenständige Bedeutung die Gruppenfreistellungsverordnungen neben einem als Legalausnahme verstandenen Art. 81 III EG noch haben, wenn diese Norm ja selbst bestimmt, was gilt. Dabei ist zunächst anzumerken, dass Gruppenfreistellungsverordnungen den primärrechtlichen Rahmen des Art. 81 EG einhalten, womit gemeint ist, dass die erfassten Vereinbarungen zum einen grundsätzlich auf solche beschränkt sein müssen, die überhaupt gegen Art. 81 I EG verstoßen können. Zum anderen dürfen aber auch nur die Vereinbarungen gruppenweise freigestellt werden, die grundsätzlich den Anforderungen des

---

<sup>713</sup> Siehe Bechtold, BB 2000, 2425, 2427; Röhling, GRUR 2003, 1019, 1023.

<sup>714</sup> Vgl. Europäische Kommission, VO-Vorschlag, S.9 f.

<sup>715</sup> So auch Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Absatz 3 EG-Vertrag, Rn.2.

Art. 81 III EG genügen<sup>716</sup>. Allerdings ist das nur die Regel, von welcher der Gerichtshof auch Ausnahmen zulässt. Eine Vereinbarung, die zu der betroffenen Gruppe gehört, muss deshalb nicht notwendigerweise den Tatbestand des Art. 81 I EG erfüllen<sup>717</sup>. Es kann daher sowohl – und das wird wohl auch die Regel sein – zu einem „Gleichlauf“ der Legalausnahmen kommen, wenn beide, also Gruppenfreistellungsverordnung und Art. 81 III EG, zum selben Ergebnis kommen. Aber auch unterschiedliche Ergebnisse sind möglich, so dass ein Fall der „Konkurrenz“ vorläge<sup>718</sup>.

Im Fall des Gleichlaufs stellt sich dann die Frage, ob die Gruppenfreistellungsverordnungen einen „Prüfungsvorrang“ gegenüber der Legalausnahme nach Art. 81 III EG besitzen. Müssen also nationale Wettbewerbsbehörden und Gerichte Gruppenfreistellungsverordnungen berücksichtigen, bevor sie ihre eigenen Wertungen im Rahmen der Anwendung des Art. 81 III EG zum Zuge kommen lassen? Dafür spricht, dass die Kommission, genauer gesagt der Verordnungsgeber beim Erlass von Gruppenfreistellungsverordnungen auch weiterhin einen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum im Rahmen der Anwendung des Art. 81 III EG besitzt, so dass die Gruppenfreistellungsverordnungen Ausdruck einer gestaltenden Politik sind, die eine Konkretisierung des allgemeinen Freistellungstatbestands des Art. 81 III EG bedeuten. Die nationalen Gerichte und Wettbewerbsbehörden müssen zwar die generelle Vereinbarkeit der Gruppenfreistellungsverordnungen mit Art. 81 III EG und mit der entsprechenden Ermächtigungsgrundlage des Rates stets im Blick behalten. Solange diese aber besteht, müssen sie den Gestaltungsspielraum des Verordnungsgebers auch beachten. Somit bleibt zumindest ein „partielles Entscheidungsmonopol“ der Kommission im Bereich der Gruppenfreistellungen bestehen<sup>719</sup>. Für dieses Ergebnis spricht auch Art. 29 II, der nur den nationalen Wettbewerbsbehörden, nicht aber den Gerichten die Möglichkeit gibt, den Rechtsvorteil einer Gruppenfreistellung im Einzelfall zu entziehen. Dies aber auch nur, wenn bei ihrer Anwendung schädliche Wirkungen im Gebiet oder Teilgebiet eines Mitgliedstaates auftreten, wobei dieses Gebiet einen eigenen räumlich relevanten Markt darstellen muss. Müssten die nationalen Gerichte und Wettbewerbsbehörden die Gruppenfreistellungsverordnungen nicht vor einer eigenen unmittelbaren Anwendung des Art. 81 III EG prüfen, so könnten sie Art. 29 II unterlaufen. Ein nationales Gericht oder eine nationale Wettbewerbsbehörde muss deshalb, wenn es zum Ergebnis kommt, dass eine Vereinbarung gegen Art. 81 I EG verstößt, vor der Untersuchung der Anwendbarkeit des Art. 81 III EG prüfen, ob

---

<sup>716</sup> Vgl. Schröter in: Schröter/Jakob/Mederer, Art. 83, Rn.10.

<sup>717</sup> EuGH, Slg. 1966, 457, 483 f. „*Regierung der italienischen Republik/Kommission*“; EuG, Slg. 2002, II, 875, 925 (Tz.146) „*Atlantic Container Line u.a./Kommission*“.

<sup>718</sup> Vgl. hierzu auch ausführlich Wagner, WRP 2003, 1369, 1377 ff.

<sup>719</sup> Vgl. Wagner, WRP 2003, 1369, 1378.

die nach Art. 81 I EG verbotene Vereinbarung nicht schon durch eine Gruppenfreistellungsverordnung erfasst und freigestellt ist<sup>720</sup>.

Fraglich ist aber, was die nationalen Wettbewerbsbehörden und insbesondere die nationalen Gerichte zu tun haben, wenn die Gruppenfreistellungsverordnung im Einzelfall ausnahmsweise zu einem anderen Ergebnis kommt, als die primärrechtliche Legalausnahme nach Art. 81 III EG. Hier sind zunächst zwei Fälle denkbar: Der eine wäre, dass die Gruppenfreistellungsverordnung in ihrer freistellenden Wirkung hinter Art. 81 III EG zurückbleibt. Hier gilt der Grundsatz, dass das Nichteingreifen einer Gruppenfreistellungsverordnung keine Vermutung für die Unvereinbarkeit der Vereinbarung mit Art. 81 III EG begründet<sup>721</sup>. Die nach Art. 81 I EG verbotene Vereinbarung kann deshalb durchaus noch nach Art. 81 III EG freigestellt werden. Der andere Fall wäre der, dass die Gruppenfreistellungsverordnung mehr freistellt als nach Art. 81 III EG erlaubt wäre. Hier hat man zwei weitere Unterfälle zu unterscheiden: Zum einen den, dass die Gruppenfreistellungsverordnung als solche den Rahmen des Art. 81 III EG überschreitet. Hier geht es um die Rechtmäßigkeit der Gruppenfreistellungsverordnung als solche. Die Bestimmungen der Gruppenfreistellungsverordnung sind zwar von den nationalen Gerichten weiterhin zu beachten, jedoch können sie, wenn begründete Zweifel an der Rechtmäßigkeit bestehen, dem EuGH die Frage nach Art. 234 EG zur Entscheidung vorlegen. Dieser Unterfall der zweifelhaften Rechtmäßigkeit einer Gruppenfreistellungsverordnung ist aber eher theoretischer Natur und wird in der Praxis wohl auch nicht vorkommen<sup>722</sup>. Praktisch bedeutsamer dürfte dagegen der zweite Unterfall sein, nämlich dass eine Gruppenfreistellungsverordnung eine nach Art. 81 I EG verbotene Vereinbarung erfasst und freistellt, wobei die konkreten Wirkungen ausnahmsweise nicht mit Art. 81 III EG vereinbar sind. Hier sind die nationalen Gerichte, sofern der Rechtsvorteil einer Gruppenfreistellungsverordnung nicht nach Art. 29 für den Einzelfall wieder entzogen wurde, an die konstitutive Wirkung der Gruppenfreistellungsverordnung gebunden. Dies folgt zum einen aus dem Umkehrschluss aus Art. 29, zum anderen aber auch wieder aus dem Verordnungscharakter der Gruppenfreistellungsverordnung<sup>723</sup>. Haben deshalb beispielsweise die nationalen Gerichte Zweifel an der Vereinbarkeit der betreffenden und von einer Gruppenfreistellungsverordnung erfassten Vereinbarung mit Art. 81 III EG, so können sie die Kommission ja hierüber gem. Art. 15 I informieren und um Stellungnahme bitten. Allein diese oder im Einzelfall auch die jeweilige nationale Kartellbehörde kann ein Entziehungsverfahren gem.

---

<sup>720</sup> So u.a. auch Jaeger, WuW 2000, 1062, 1066; Wagner, WRP 2003, 1369, 1374 f.

<sup>721</sup> Europäische Kommission, ABl. EG Nr. L 383 vom 31.12.1980, 11, 15 f. (Tz.26) "*Hennessy - Henkel*".

<sup>722</sup> Vgl. Wagner, WRP 2003, 1369, 1379.

<sup>723</sup> Vgl. EuG, Slg. 1995, II, 1533, 1588 ff. (Tz.145, 176-178) "*Langnese-Iglo/Kommission*"; EuGH, Slg. 1991, I, 935, 992 (Tz.46) "*Delimitis*"; Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Absatz 3 EG-Vertrag, Rn. 2, 33; Schmidt, BB 2003, 1237, 1241.

Art. 29 unter bestimmten Voraussetzungen einleiten. Bis zu einer Entscheidung kann das nationale Gericht den Rechtsstreit dann aussetzen.

Die Gruppenfreistellung schafft also selbst eine partielle Legalausnahme und dies unabhängig davon, ob die Voraussetzungen des Art. 81 III EG im Einzelfall erfüllt sind oder nicht. Sie hat damit auch einen eigenen Freistellungseffekt, der sämtliche nationalen Gerichte und Wettbewerbsbehörden bindet und eine Prüfung des Art. 81 III EG geradezu verbietet. Ihr kommt damit letztlich sogar Konstitutivwirkung zu, von der das Legalausnahmesystem an und für sich nichts mehr wissen will<sup>724</sup>.

#### ***D. Die Behandlung von Übergangsfällen***

Fraglich ist auch, wie Übergangsfälle zu behandeln sind, also Vereinbarungen, die zum Zeitpunkt des Systemwechsels am 1. Mai 2004 bereits bestehen und die nicht von einer Gruppenfreistellungsverordnung erfasst sind. Dabei sind Fälle denkbar, in denen die Vereinbarungen durch eine Einzelfreistellung der Kommission erfasst sind, aber auch Fälle, in denen eine Einzelfreistellung nicht vorliegt, wobei man hier wiederum unterscheiden muss zwischen den Vereinbarungen, die bei der Kommission angemeldet wurden und solchen, wo eine Anmeldung fehlt. Im künftig geltenden Legalausnahmesystem werden ja Vereinbarungen, die zwar wettbewerbsbeschränkend im Sinne des Art. 81 I EG sind, aber gleichzeitig die Voraussetzungen des Art. 81 III EG erfüllen, freigestellt, ohne dass es hierfür einer vorherigen Entscheidung der Kommission bedarf. Fraglich ist, ob sich dies auch auf Altvereinbarungen bezieht und ob eine Wirksamkeit dann nur mit ex nunc-Wirkung oder sogar mit ex tunc-Wirkung eintritt. Daneben stellt sich die Frage, wie die bußgeldrechtliche Folge ist, falls eine Vereinbarung nicht die Voraussetzungen des Art. 81 III EG erfüllt. Dabei ist wie folgt zu differenzieren:

#### **I. Vereinbarungen, die zum Zeitpunkt des Systemwechsels nach Art. 81 III EG durch eine Einzelfreistellung der Kommission freigestellt wurden**

Im Unterschied zum Verordnungsvorschlag der Kommission<sup>725</sup> behalten gem. Art. 43 I alle Freistellungsentscheidungen der Kommission auch nach Inkrafttreten der VO Nr.1/2003 für den in der jeweiligen Entscheidung angegebene Freistellungszeitraum ihre Gültigkeit. Auch Art. 8 III

---

<sup>724</sup> Vgl. Schmidt, BB 2003, 1237, 1241.

<sup>725</sup> Vgl. Europäische Kommission, VO-Vorschlag, Art. 35 I 2 (S.33 und 53). Ursprünglich war noch vorgesehen, dass bestehende Freistellungsentscheidungen nach Art. 81 III EG als logische Konsequenz des Legalausnahmesystems zum 1. Mai 2004 ihre Gültigkeit verlieren sollen.

VO Nr.17/62 bleibt deshalb bis zum Ende der Gültigkeit dieser Entscheidungen in Kraft, damit die Kommission gegebenenfalls über die notwendigen Befugnisse verfügt, bei einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse, die der jeweiligen Entscheidung zugrunde lagen, bei Missbrauch der Freistellungsentscheidung oder Nichteinhaltung von Auflagen, einschreiten zu können<sup>726</sup>. Verliert eine Einzelfreistellung sodann ihre Gültigkeit durch Zeitablauf, so greift im Anschluss Art. 81 III EG, falls dessen Voraussetzungen noch immer gegeben sind.

## **II. Vereinbarungen, die zum Zeitpunkt des Systemwechsels bereits angemeldet aber nicht freigestellt waren**

Es stellt sich die Frage, was für angemeldete Vereinbarungen gilt, die nicht von der Kommission freigestellt wurden. Hier ist zwischen den zivilrechtlichen und den bußgeldrechtlichen Folgen zu unterscheiden:

### 1. Zivilrechtliche Folge

Zivilrechtlich gilt, dass wenn die Parteien einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung keine Einzelfreistellung von der Kommission erhalten haben, diese Vereinbarung jedenfalls bis zum Systemwechsel schwebend unwirksam bleibt. Was aber passiert nach dem Systemwechsel? Die VO Nr.1/2003 gibt für diese Frage nicht viel her. Lediglich Art. 34 I stellt klar, dass Anträge auf Erteilung eines Negativattests nach Art. 2 VO Nr.17/62, sowie Anmeldungen nach Art. 4 und 5 VO Nr.17/62 sowie entsprechende Anträge und Anmeldungen nach den geltenden Verordnungen Nr.17/62, Nr.1017/68, Nr.4056/86 und Nr.3975/87 zum 1.Mai 2004 unwirksam werden. Unmittelbar geregelt ist damit aber nur das Schicksal der Anmeldungen und folglich die verfahrensrechtliche Seite. Materiellrechtlich muss gelten, dass die Vereinbarung, die vor dem 1.Mai 2004 lediglich schwebend unwirksam war, jetzt wirksam wird, vorausgesetzt, sie erfüllt die Voraussetzungen des Art. 81 III EG. Dies ist Folge des Legalausnahmesystems. Die Wirkung dieser Legalfreistellung gilt dabei auf jeden Fall für die Zukunft. Fraglich ist, ob sie auch für die Vergangenheit gilt, also ex tunc-Wirkung hat. Hier müssen die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes beachtet werden. Danach wird man der Legalfreistellung Rückwirkung zuerkennen müssen. Es kann auch nicht Absicht des Gemeinschaftsgesetzgebers gewesen sein, auf der einen Seite den bereits erfolgten Anmeldungen ihre Wirksamkeit zu nehmen, auf der anderen Seite aber den entsprechenden Vereinbarungen nicht das zukommen zu lassen, was ihnen unter dem geltenden System gerade

---

<sup>726</sup> Vgl. Hossenfelder/Lutz, WuW 2003, 118, 128.

durch die Anmeldung gewährt wurde, nämlich die Möglichkeit einer rückwirkenden Freistellung. Dies muss umso mehr vor dem Hintergrund gelten, dass die Unternehmen durch den Systemwechsel lediglich von den bürokratischen Zwängen und Hindernissen befreit werden sollten, die das bisherige Anmelde- und Genehmigungssystem mit sich brachte. Deshalb wird man eine ex tunc-Wirkung von Legalfreistellungen annehmen müssen<sup>727</sup>. Dem stehen auch keine schutzwürdigen Interessen einer der Vertragsparteien oder Dritter gegenüber.

## 2. Bußgeldrechtliche Folge

Bezüglich der bußgeldrechtlichen Folge ist praktisch nur relevant, was mit den nach Art. 81 I EG verbotenen Vereinbarungen geschieht, wenn sie die Voraussetzungen des Art. 81 III EG nicht erfüllen. Hier besteht für die Zeit vor dem Systemwechsel weiterhin Bußgeldfreiheit nach Maßgabe des Art. 15 V lit. a) VO Nr.17/62. Dies ergibt sich aus Art. 34 I, wonach die Anmeldung bis zum 1.Mai 2004 bestehen bleibt. Dann muss auch ihre bußgeldrechtliche Wirkung bis zum 1.Mai 2004 gelten. Für die Zeit nach dem 1.Mai 2004 kommt jedoch die Verhängung eines Bußgeldes in Betracht, da in der VO Nr.1/2003 eine dem Art. 15 V lit. a) VO Nr.17/62 entsprechende Vorschrift fehlt<sup>728</sup>.

## **III. Vereinbarungen, die zum Zeitpunkt des Systemwechsels nicht einmal angemeldet waren**

Schließlich stellt sich die Frage, wie Vereinbarungen zu behandeln sind, die zum Zeitpunkt des Systemwechsels weder freigestellt noch angemeldet waren.

### 1. Zivilrechtliche Folge

Vereinbarungen, die nicht angemeldet wurden, sind und bleiben bis zum Zeitpunkt des Systemwechsels verboten und somit nach Art. 81 II EG nichtig. Eine Einzelfreistellung kommt für sie mangels Anmeldung ja nicht einmal in Betracht. Dies gilt sowohl für anmeldepflichtige Vereinbarungen gem. Art. 4 I VO Nr.17/62, wie auch für nicht anmeldepflichtige Vereinbarungen nach Art. 4 II VO Nr.17/62. Allerdings wird man für sie genauso wie für angemeldete Vereinbarungen ab dem 1.Mai 2004 eine Wirksamkeit jedenfalls für die Zukunft annehmen müssen, sollten sie die Vor-

---

<sup>727</sup> Vgl. Wagner, WRP 2003, 1369, 1383 f.

<sup>728</sup> Vgl. erneut Wagner, WRP 2003, 1369, 1385.

aussetzungen des Art. 81 III EG erfüllen. Dies folgt aus Art. 1 II und dem hierin verankerten Legal-  
ausnahmesystem.

Ob die nicht angemeldeten Vereinbarungen aber genauso wie die angemeldeten Vereinbarungen mit  
Geltung des Legalausnahmesystems nach Art. 81 III EG ebenfalls rückwirkend freigestellt werden  
können, ist allerdings fraglich. Hier wird man zwischen nach Art. 4 I VO Nr.17/62 anmeldepflichti-  
gen und nach Art. 4 II VO Nr.17/62 nicht anmeldepflichtigen Vereinbarungen unterscheiden müs-  
sen.

Für Vereinbarungen, die nach Art. 4 I VO Nr.17/62 anmeldepflichtig sind, wird eine rückwirkende  
Wirkung schon nach bisheriger Rechtslage ausgeschlossen. Die Rückwirkung ist nämlich gem.  
Art. 6 I VO Nr.17/62 nur bis zum Zeitpunkt der Anmeldung möglich. Hier erfordert auch nicht der  
Aspekt der Rechtssicherheit oder des Vertrauensschutzes eine Rückwirkung. Eher das Gegenteil ist  
der Fall: Es stehen hier nämlich zugunsten einer Vertragspartei oder Dritter der Gesichtspunkt der  
Rechtssicherheit sowie des Vertrauensschutzes entgegen<sup>729</sup>.

Etwas anderes muss für Vereinbarungen, die nach Art. 4 II VO Nr.17/62 nicht anmeldepflichtig  
sind, gelten. Für sie besteht die Besonderheit, dass nach der derzeitigen Rechtslage gem. Art. 6 II  
VO Nr.17/62 eine rückwirkende Freistellung solcher Vereinbarungen über den Zeitpunkt der An-  
meldung hinaus bis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Betracht kommt. Hier muss deshalb das  
Gleiche gelten wie bei angemeldeten Vereinbarungen. Erfüllen daher solche nicht anmeldepflichti-  
gen Vereinbarungen die Voraussetzungen des Art. 81 III EG, so gebietet der Aspekt der Rechtssi-  
cherheit und des Vertrauensschutzes eine ex tunc-Wirkung einer Legalfreistellung im neuen System.

## 2. Bußgeldrechtliche Folge

Von der zivilrechtlichen Folge ist wie bei den angemeldeten Vereinbarungen die bußgeldrechtliche  
Folge zu unterscheiden. Hier gilt zur Zeit der Art. 15 II lit. a) VO Nr.17/62, der festlegt, dass nicht  
angemeldete Vereinbarungen, egal ob sie anmeldepflichtig sind oder nicht, mit einer Geldbuße be-  
legt werden können, sollten sie gegen Art. 81 I EG verstoßen. Nur die Anmeldung einer Vereinba-  
rung führt zum Schutz vor Geldbußen nach Art. 15 V lit. a) VO Nr.17/62. Die bloße Freistellungs-  
fähigkeit genügt dagegen bei Fehlen einer Anmeldung nicht. Dies gilt freilich im Legalausnahme-  
system nicht mehr, wo gem. Art. 23 II lit. a) nur dann eine Geldbuße verhängt wird, wenn gegen  
Art. 81 EG im Ganzen verstoßen wird, also auch nicht die Freistellungs Voraussetzungen des

---

<sup>729</sup> Vgl. ausführlich Wagner, WRP 2003, 1369, 1387; a.A. Röhling, GRUR 2003, 1019, 1024.



Art. 81 III EG vorliegen. Dabei ist für die Frage, ob ein Bußgeldverfahren, welches vor dem Systemwechsel eingeleitet wurde, weitergeführt wird, Art. 34 II maßgebend. Diese Vorschrift besagt, dass nach Maßgabe der VO Nr.17/62 bereits vorgenommene Verfahrensschritte mit Wirkung der neuen VO Nr.1/2003, also auch nach dem 1.Mai 2004 wirksam bleiben. Lediglich die neuen Bestimmungen finden Anwendung. Das bedeutet, dass bereits eingeleitete Bußgeldverfahren fortgeführt werden, dass aber die Verhängung eines Bußgeldes nur noch in Betracht kommt, wenn gegen Art. 81 EG im Ganzen verstoßen wird, also auch die Freistellungsvoraussetzungen nach Art. 81 III EG nicht vorliegen. Für eine Verhängung eines Bußgeldes allein wegen eines Verstoßes gegen Art. 81 I EG würde es nämlich auch an einer Rechtsgrundlage fehlen. Dabei kann die Kommission bei der Bemessung der Bußgeldhöhe nach Art. 23 III aber dann bei der Dauer des Verstoßes auch den Zeitraum vor Geltung der VO Nr.1/2003 einbeziehen<sup>730</sup>. Wäre die Vereinbarung angemeldet worden, so wäre nur der Zeitraum ab dem 1.Mai 2004 bei der Höhe des Bußgeldes zu berücksichtigen.

## ***E. Die sektoralen Vorschriften***

### **I. Agrarsektor**

Hinsichtlich des Agrarsektors heißt es in Art. 36 EG, dass das Kapitel der Wettbewerbsvorschriften auf die Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse und den Handel mit diesen nur insoweit Anwendung findet, als der Rat dies bestimmt, was der Rat dann auch in Art. 1 VO Nr.26/62 getan hat<sup>731</sup>. Gleiches gilt für die Durchführungsvorschriften zu den Art. 81, 82 EG. Daraus ergibt sich, dass die Änderungen der VO Nr.17/62 automatisch für den Agrarsektor gelten werden, ohne dass dies einer ausdrücklichen Klarstellung bedarf<sup>732</sup>.

---

<sup>730</sup> Siehe erneut Wagner, WRP 2003, 1369, 1387 f.

<sup>731</sup> Verfahrensrechtliche Sonderregelungen im Landwirtschaftsbereich sind in Art. 2 VO Nr.26/62 vorgesehen, der eine Bereichsausnahme für die Landwirtschaft vorsieht. Allerdings hat die Kommission in ihren Fällen die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme nach Art. 2 VO Nr.26/62 fast immer verneint. Vgl. hierzu Ritter in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band II, VO 17 A, Rn.43; Winkler in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band II, Landwirtschaft C. Kommentierung VO Nr.26, Rn.11 ff.

<sup>732</sup> Europäische Kommission, Weißbuch, Rn.130.

## II. Verkehrssektor

Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung klargestellt, dass die Wettbewerbsregeln auch für den Verkehr gelten, wobei Wettbewerbsbeschränkungen und Märkte in derselben Weise definiert werden<sup>733</sup>. Aus diesem Grund wird jetzt auch der Verkehrssektor den Verfahrensvorschriften der VO Nr.1/2003 unterworfen. Gem. Art. 43 II wird folglich die VO Nr.141 des Rates vom 26.November 1962 über die Nichtanwendung der VO Nr.17/62 auf den Verkehr aufgehoben und die VO Nr.1017/68 über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs gem. Art. 36, die VO Nr.4056/86 über die Einzelheiten der Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Seeverkehr gem. Art. 38 und die VO Nr.3975/87 über die Einzelheiten der Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Luftfahrtunternehmen gem. Art. 39 so geändert, dass darin enthaltene spezielle Verfahrensvorschriften aufgehoben werden.

### ***F. Berichterstattung über die Anwendung der VO Nr.1/2003 – Art. 44***

Schließlich soll die Kommission gem. Art. 44 fünf Jahre nach Inkrafttreten der VO Nr.1/2003, also am 1.Mai 2009 dem Europäischen Parlament und dem Rat über die Erfahrungen mit der VO Nr.1/2003 berichten, insbesondere über die Anwendung von Art. 11 VI und Art. 17. Auf Grundlage dieses Berichts kann sie dann dem Rat eine Überarbeitung der VO Nr.1/2003 vorschlagen.

---

<sup>733</sup> EuGH, Slg. 1974, 359, 371 (Tz.32) “*Kommission/Französische Republik*”; EuGH, Slg. 1986, 1425, 1466 (Tz.42-25) “*Ministère public/Asjes*”; EuGH, Slg. 1989, 803, 825 (Tz.32 f.) “*Ahmed Saeed Flugreisen u.a./Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*“.

## **§ 10 Fazit**

Zusammenfassend kann man sagen, dass es sich bei der neuen Kartellverordnung Nr.1/2003 zwar um eine Neuordnung der alten VO Nr.17/62 handelt, nicht aber auch um eine Verbesserung. Mit ihr geht nämlich ein Systemwechsel einher, der gerade aus wettbewerbspolitischer Sicht weniger als eine Verbesserung des gegenwärtigen Systems, sondern vielmehr als ein Rückschritt verstanden werden muss. Dem Ziel der EU, führender Wirtschaftsraum weltweit zu werden, ist die VO Nr.1/2003 deshalb eher hinderlich. Denn hierfür ist gerade ein effektives Wettbewerbsrecht, dass zu Kohärenz und Rechtssicherheit beiträgt, essentiell. Dabei sind die Ziele, die zum Zeitpunkt des Erlasses der VO Nr.17/62 maßgebend waren und zu einem Anmelde- und Genehmigungssystem geführt haben, nämlich Rechtssicherheit, Kohärenz und Information auch heute noch relevant. Dies gilt gerade vor dem Hintergrund der Osterweiterung, da in den meisten neuen Staaten nur geringe Erfahrungen hinsichtlich des europäischen Wettbewerbsrechts bestehen. Dem Systemwechsel, der angeblich wegen der Überlastung der Kommission vorgenommen wurde, stehen aber nicht nur erhebliche wettbewerbspolitische, sondern gerade auch gravierende rechtliche Bedenken entgegen. So erscheinen die Argumente der Reformbefürworter eher zielorientiert und letztlich wie ein juristischer Trick<sup>734</sup>. Allerdings ist an der neuen VO Nr.1/2003 nicht alles negativ zu sehen. Positiv zu beurteilen ist in erster Linie die Vernetzung sämtlicher Wettbewerbsbehörden im ECN, die sicherlich zu einer effizienteren Bearbeitung von Fällen und Bekämpfung von Kartellen, sowie der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung beitragen kann. Ob die Zusammenarbeit im ECN allerdings wirklich so gut funktionieren wird, wie man sich erhofft, wird man abwarten müssen. Gefährlich erscheint in diesem Zusammenhang die Machtfülle, die sich in den Händen der Kommission befindet. Aus mitgliedstaatlicher Sicht kann sie leicht als unakzeptabel übermächtig empfunden werden, so dass die Motivation der nationalen Wettbewerbsbehörden im ECN erheblich leiden könnte. Wenn die Kommission sich nämlich künftig nur noch die Rosinen, also die großen Fälle herauspicks und sie jeden Fall nach Belieben an sich ziehen kann, erscheint es fraglich, ob die nationalen Wettbewerbsbehörden sich dann noch zu ihren Lakaien degradieren lassen. Was das Verhältnis zu den nationalen Gerichten anbelangt, so gibt es durch die VO Nr.1/2003 nicht viel Neues. Allerdings wird die unmittelbare Anwendung des Art. 81 III EG die nationalen Richter künftig vielfach in Schwierigkeiten bringen und deshalb einer einheitlichen Anwendung des Art. 81 EG und letztlich auch der Rechtssicherheit mehr schaden als nutzen. Die Regelung der Rangfrage in Art. 3 geht schließlich, was die Vereinbarungen zwischen Unternehmen anbelangt, welche die Zwischen-

---

<sup>734</sup> So etwa auch Rittner, EuZW 2000, 129.

staatlichkeitsklausel erfüllen, zu weit. Hier führt die Vorrangregel faktisch zum Ausschluss jedes, dem Art. 81 EG widersprechendem nationalen Kartellrechts. Dies wird schließlich zu einer weitgehenden Europäisierung der nationalen Kartellrechte führen, womit gleichzeitig der Wettbewerb um das beste Wettbewerbsrecht zum Erliegen kommt. Zwar hat die Kommission in der neuen VO Nr.1/2003 ihre Ermittlungsbefugnisse erweitert und die Sanktionen verschärft, um Verstößen gegen die Art. 81 f. EG eine abschreckendere Wirkung zu verleihen, doch wenn die Unternehmen künftig selbst entscheiden müssen und können, was zulässig ist und freigestellt werden kann und was nicht, so wird dies auch Auswirkungen auf die Exkulpationsmöglichkeiten der betroffenen Unternehmen haben müssen, denen man hier künftig einen größeren Beurteilungsspielraum zugestehen muss. Abschreckende Wirkung wird die neue VO Nr.1/2003 deswegen wohl nur auf Hardcore-Kartelle haben, bei denen keinerlei Exkulpationsmöglichkeit besteht. US-amerikanische Erfahrungen belegen, dass ein solches System, das primär auf Abschreckung ausgerichtet ist, auch durchaus wettbewerbspolitisch effizient sein kann. Das US-Antitrustrecht passt jedoch nicht für den europäischen Wirtschaftsraum. Die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse in den USA sind von denen in der EU nämlich weit entfernt. Zudem bleibt zu überdenken, ob man US-amerikanische Rechtsverhältnisse auch in der EU haben will. Eine Amerikanisierung des europäischen Wettbewerbsrechts wäre daher auch der falsche Weg. Dass die VO Nr.1/2003 den Anforderungen eines wirksamen Wettbewerbsschutzes am besten gerecht wird und die Herausforderungen der Zukunft am sichersten zu meistern vermag, wie es von manchen behauptet wird, kann daher wohl nicht ernsthaft vertreten werden. Vielmehr hat man mit der VO Nr.1/2003 die unheilbringende Büchse der Pandora geöffnet. Unheilbringend jedenfalls, was den Schutz des Wettbewerbs anbelangt. Für die Kommission wird sie deren Macht erweitern. So haben sich die Beamten der Generaldirektion IV mit der VO Nr.1/2003 einen Traum erfüllt, den andere Kartellbeamte nicht einmal zu träumen gewagt haben<sup>735</sup>. Schließen wird die Kommission die Büchse der Pandora frühestens in fünf Jahren, wenn sie dem Europäischen Parlament und dem Rat über die Erfahrungen mit der VO Nr.1/2003 berichtet und dem Rat dann eventuell eine Überarbeitung der VO Nr.1/2003 vorschlägt.

---

<sup>735</sup> Vgl. Rittner, EuZW 2000, 129.

## Anhang

Abbildung 1<sup>736</sup>:

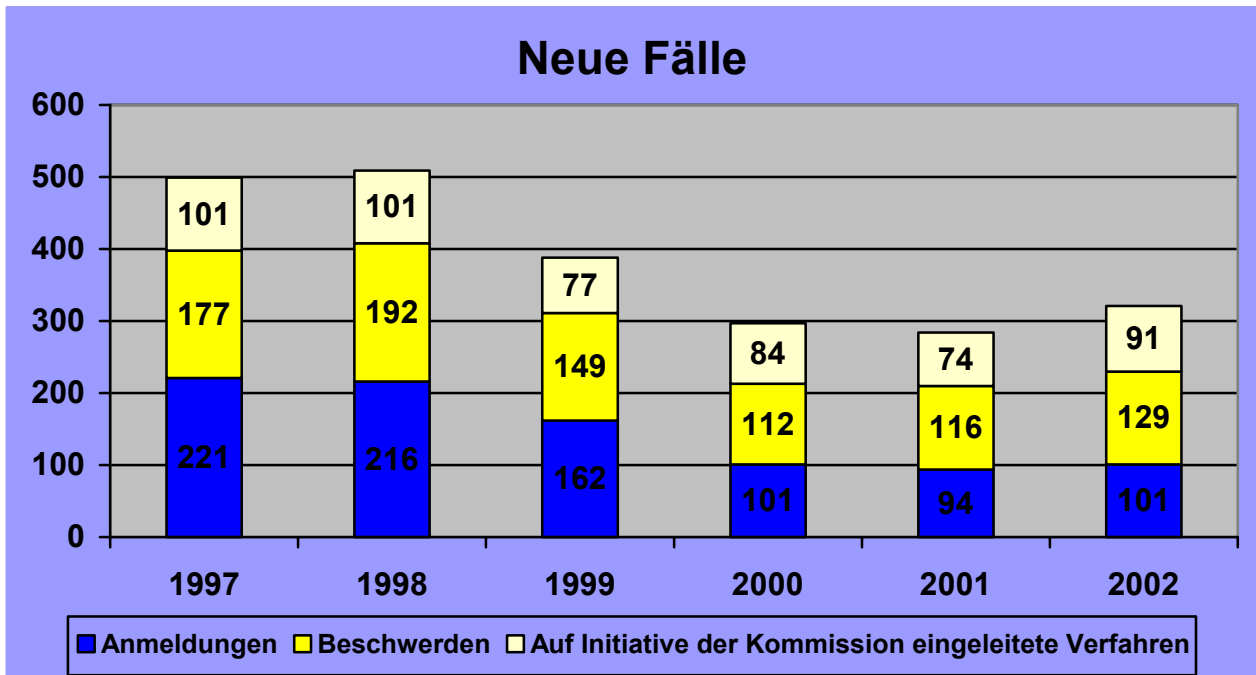
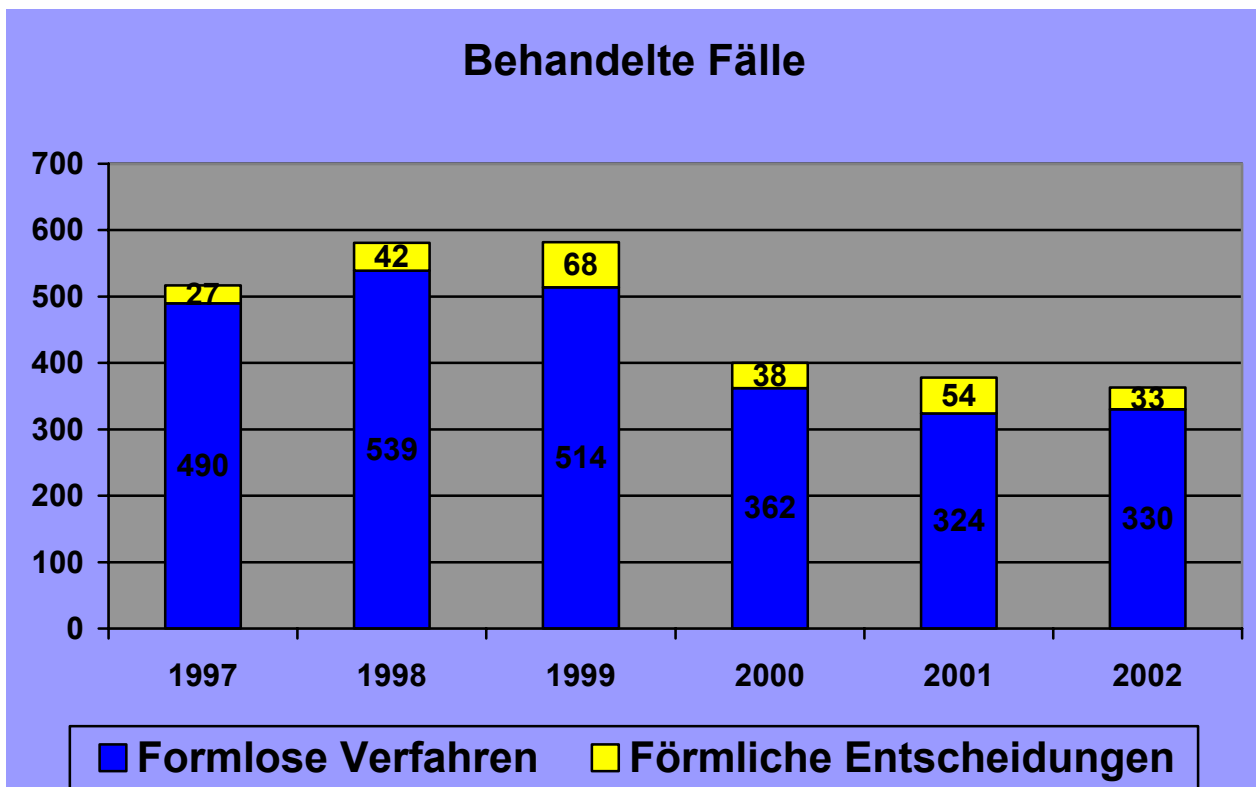


Abbildung 2<sup>737</sup>:



<sup>736</sup> Vgl. Europäische Kommission, XXXIInd Report on competition policy, S.46.

<sup>737</sup> Vgl. erneut Europäische Kommission, XXXIInd Report on competition policy, S.46.

Abbildung 3<sup>738</sup>:

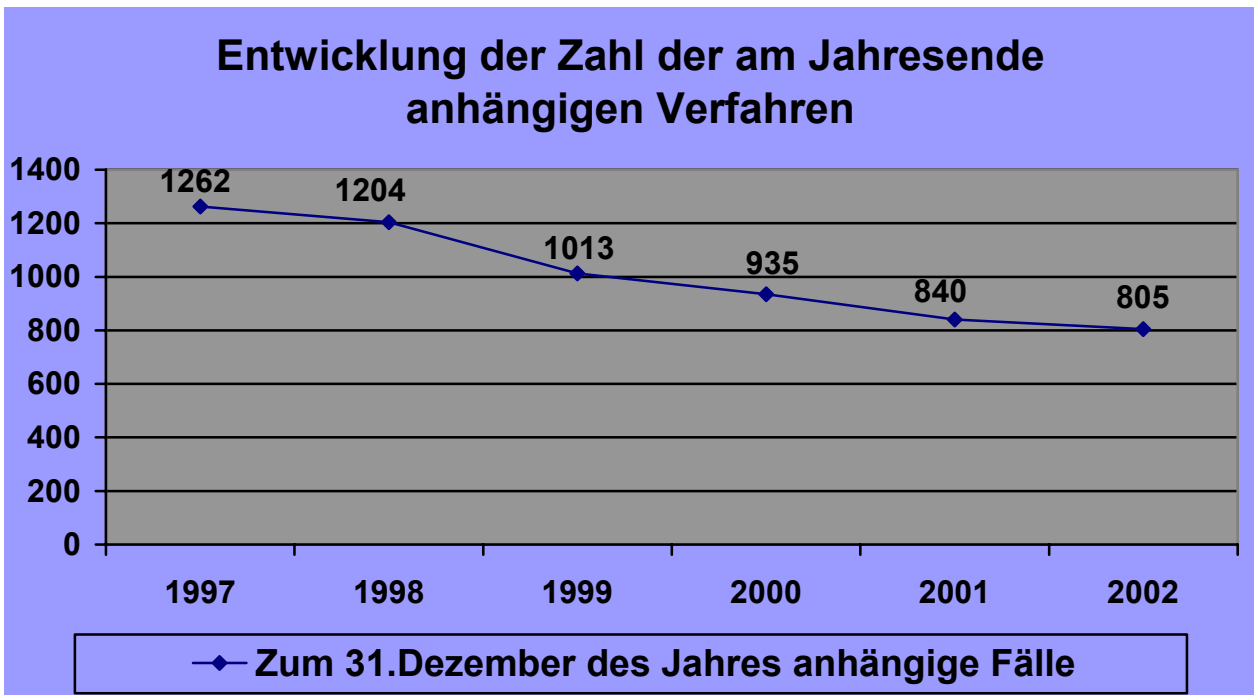
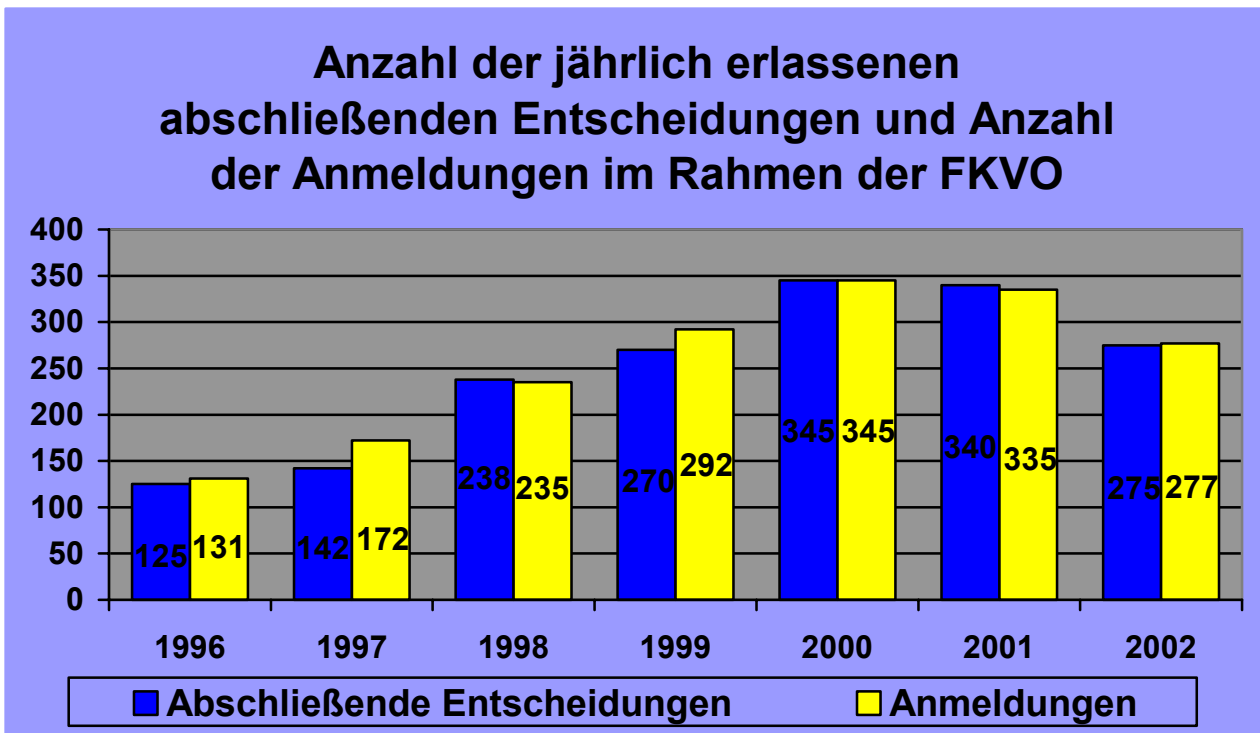


Abbildung 4<sup>739</sup>:



<sup>738</sup> Vgl. Europäische Kommission, XXXIInd Report on competition policy, S.47.

<sup>739</sup> Vgl. Europäische Kommission, XXXIInd Report on competition policy, S.71.

## Literaturverzeichnis

- Ackermann, Thomas: Die Zukunft vertikaler Vertriebsvereinbarungen im EG-Kartellrecht – Anmerkungen zum Grünbuch der Kommission, in: EuZW 1997, S.271-275.
- Adams, Michael: Die Usurpation von Aktionärsbefugnissen mittels Ringverflechtung in der „Deutschland AG“, in: AG 1994, S.148-158.
- Bär-Bouyssiére, Bertold: Die Zusagenpraxis im Bereich der Fusionskontrolle, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.): Europäisches Wettbewerbsrecht im Wandel, Baden-Baden 2001, S.119-130.
- Baron, Michael: Das neue Kartellgesetz: Einführung in die 6.GWB-Novelle und das Vergaberecht, Köln 1999.
- Bartosch, Andreas: Von der Freistellung zur Legalausnahme: Der Vorschlag der EG-Kommission für eine „neue Verordnung Nr.17“, in: EuZW 2001, S.101-117.
- Von der Freistellung zur Legalausnahme – was geschieht mit der Rechtssicherheit?, in: WuW 2000, S.462-473.
- Baudenbacher, Carl: Die Rolle der nationalen Gerichte im modernisierten EU-Wettbewerbsrecht, in: WuW 2000, S.1171.
- Bechtold, Rainer: Grundlegende Umgestaltung des Kartellrechts: Zum Referentenentwurf der 7. GWB-Novelle, in: DB 2004, S.235-241.
- Kommentar zum GWB, 2.Auflage, München 1999.
- Modernisierung des EG-Wettbewerbsrechts: Der Verordnungsentwurf der Kommission zur Umsetzung des Weißbuchs, in: BB 2000, S.2425-2431.
- Neuere Entwicklungen auf dem Gebiet des Kartellrechts, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.): Europäisches Wettbewerbsrecht im Zeichen der Globalisierung, Baden-Baden 2002, S.143-153.
- Vorrang und einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts, in: Festschrift für Otfried Lieberknecht zum 70. Geburtstag, München 1997, S.251-261 (*zit.*: Bechtold, Festschrift Lieberknecht).
- Bien, Florian: Systemwechsel im europäischen Kartellrecht, in: DB 2000, S.2309-2312.
- Bleckmann, Albert: Europarecht, 6.Auflage, Köln u.a. 1997.

- BMWA: Entwurf von Eckwerten einer 7.GWB-Novelle, Stand: 24.2.2003  
[www.bmwi.de/homepage/download/wirtschaftspolitik/GWB.Eckpunkte.pdf].
- BMWi: Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft: Anpassung deutschen Kartellgesetzes an das europäische Recht? Bonn 1996.
- Böge, Ulf: Rede in: Frankfurter Institut – Stiftung Marktwirtschaft und Politik (Hrsg.): Perspektiven des europäischen Kartellrechts, Bad Homburg 1999, S.33-40.
- Böhm, Franz: Das Reichsgericht und die Kartelle, in: ORDO 1948, S.197-213.
- Bogdandy, Armin von: Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit und Subsidiarität im transnationalen Wirtschaftsrecht – Zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 81 III EG und des WTO-Rechts, in: EuZW 2001, S.357-365.
- Bogdandy, Armin von/Buchhold, Frank: Die Dezentralisierung der europäischen Wettbewerbskontrolle, Schritt 2 – Der Verordnungsvorschlag zur dezentralen Anwendung von Art. 81 III EG, in: GRUR 2001, S.798-805.
- Bornkamm, Joachim: Anwendung europäischen Kartellrechts durch die Gerichte und die Behörden der Mitgliedstaaten, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.): Neuere Entwicklungen auf dem Gebiet des europäischen Kartellrechts, Baden-Baden 1999, S.47-57.
- Boulanger, Fabienne: Die EG-Wettbewerbsregeln vor nationalen Gerichten IV (Frankreich), in: Peter Behrens (Hrsg.): Schriftenreihe des Europa-Kollegs Hamburg zur Integrationsforschung, Baden-Baden 1997.
- Brockhaus, Eberhard: Der große Brockhaus, 16.Auflage, Wiesbaden 1953.
- Bundeskartellamt: Tätigkeitsbericht 1999/2000, Bundestagsdrucksache 14/6300.  
- Tätigkeitsbericht 2001/2002, Bundestagsdrucksache 15/1226.
- Bunte, Hermann-Josef: Das Verhältnis von deutschem zu europäischem Kartellrecht, in: WuW 1989, S.7-21.  
- Kartellrecht mit neuem Vergaberecht, 1.Auflage, München 2003.
- Calliess/Ruffert:: Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2.Auflage, Neuwied, Krefeld 2002.



- Carstensen, Peter C.: Remediating the Microsoft monopoly: monopoly law, the rights of buyers, and the enclosure movement in intellectual property, in: The Antitrust Bulletin 2000, Volume 44, S.577-617.
- Deringer, Arved: Stellungnahme zum Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag (Art. 81 und 82 EG), in: EuZW 2000, S.5-11.
- Deselaers, Wolfgang/Obst, Silke: Weißbuch zum Europäischen Kartellrecht – Rechtssicherheit ade?, in: EWS 2000, S.41-46.
- Dreher, Meinrad/Thomas, Stefan: Rechts- und Tatsachenirrtümer unter der neuen VO 1/2003, in: WuW 2004, S.8-18.
- Duijm, Bernhard: Die Wettbewerbspolitik der EG gegenüber vertikalen Vertriebsvereinbarungen, 1.Auflage, Baden-Baden 1997.
- Ehlermann, Claus-Dieter: Artikel 3 des Kommissionsvorschlags vom September 2000 – Wohlbegründet!, in: WuW 2001, S.231.
- The modernization of EC antitrust policy: a legal and cultural revolution, in: CML Rev. 2000, S.537-590.
- Eilmannsberger, Thomas: Reform des Vollzugs von Art 81 EG-V und Rule of Reason, in: Beiträge zum Unternehmensrecht – Festschrift für Hans-Georg Koppenssteiner zum 65. Geburtstag, Wien 2001, S.317-349.
- Zum Vorschlag der Kommission für eine Reform des Kartellvollzugs, in: JZ 2001, S.365-374.
- Emmerich, Volker: Kartellrecht, 9.Auflage, München 2001.
- Zur Mär von der Arbeitsüberlastung der Kommission, in: WuW 2001, S.3.
- Europäische Kommission: Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Regierung von Japan über die Zusammenarbeit bei wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen, ABl. EG Nr. L 183 vom 22.7.2003, S.12-17.
- Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. EG Nr. C 101 vom 27.4.2004, S.43-53.
- Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag, ABl. EG Nr. C 101 vom 27.4.2004, S.54-64.

- Bekanntmachung der Kommission über die Behandlung von Beschwerden durch die Kommission gemäß Artikel 81 und 82 EG-Vertrag, ABl. EG Nr. C 101 vom 27.4.2003, S.65-77.
- Bekanntmachung der Kommission über informelle Beratung bei neuartigen Fragen zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag, die in Einzelfällen auftreten (Beratungsschreiben), ABl. EG Nr. C 101 vom 27.4.2004, S.78-80 (*zit.*: Europäische Kommission, Beratungsschreiben).
- Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. EG Nr. C 101 vom 27.4.2003, S.81-96 (*zit.*: Europäische Kommission, Zwischenstaatlichkeitsklausel).
- Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. EG Nr. C 101 vom 27.4.2004, S.97-118 (*zit.*: Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Absatz 3 EG-Vertrag).
- Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten bei der Bearbeitung von Fällen im Anwendungsbereich der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, ABl. EG Nr. C 313 vom 15.10.1997, S.3-11 (*zit.*: Europäische Kommission, Bekanntmachung (1997)).
- Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 85 und 86 des EWG-Vertrags, ABl. EG Nr. C 039 vom 13.02.1993, S.6-11 (*zit.*: Europäische Kommission, Bekanntmachung (1993)).
- Grünbuch zur EG-Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, KOM (96) 721 endg., Brüssel.
- Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EG Nr. C 291 vom 13.10.2000, S.1-44.
- Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln und zur Änderung der Verordnungen (EWG) Nr.1017/68, (EWG) Nr.4056/86 und (EWG) Nr.3975/87 („Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag“), ABl. EG Nr. C 365 E/28 vom 19.12.2000 (*zit.*: Europäische Kommission, VO-Vorschlag).

- Weissbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, ABl. EG Nr. C 132/1 vom 12.5.1999 (*zit.*: Europäische Kommission, Weißbuch).
- Wettbewerbspolitik in Europa – Wettbewerbsregeln für Liefer- und Vertriebsvereinbarungen  
[[http://europa.eu.int/comm/competition/publications/rules\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/publications/rules_de.pdf)].
- XXXIInd Report on competition policy  
[[http://europa.eu.int/comm/competition/annual\\_reports/2002/report\\_short\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2002/report_short_en.pdf)].
- XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001  
[[http://europa.eu.int/comm/competition/annual\\_reports/2001/de.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2001/de.pdf)].
- XXX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2000  
[[http://europa.eu.int/comm/competition/annual\\_reports/2000/de.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2000/de.pdf)].
- XXIX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999  
[[http://europa.eu.int/comm/competition/annual\\_reports/1999/de.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/1999/de.pdf)].
- XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993.
- XII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1982.

Europäisches Parlament: Verhandlungen, Ausführliche Sitzungsberichte 1961-1962, Sitzung am Donnerstag, 19. Oktober 1961.

Europäische Wirtschaftsgemeinschaft: Bulletin der EWG 1966, Nr.3 (*zit.*: Bulletin der EWG 1966, Nr.3).

Fellenius-Omnell, Caroline/Landström, Charlotte/Coyet, Johan: Modernizing EC Competition Law – Will a system of parallel application of EC and national competition laws ensure convergence?, in: International Antitrust Law & Policy 2002, S.97-113.

Fikentscher, Wolfgang: Das Unrecht einer Wettbewerbsbeschränkung: Kritik an Weißbuch und VO-Entwurf zu Art. 81, 82 EG-Vertrag, in: WuW 2001, S.446-458.

- Unternehmenskonzentration und Meldepflicht, in: Festschrift für H.C. Nipperdey – zum 70. Geburtstag, Band II, München und Berlin, 1965, S.159-172.

- First, Harry: Theories of Harmonization: A Cautionary Tale, in: Ullrich (ed.): Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law, München 1998, S.17-41.
- Fleischer, Holger/Doege, Niels: Der Fall United States v. Microsoft, in: WuW 2000, S.705-717.
- Fleischer, Holger/Körber, Torsten: Marktmacht, Machtmissbrauch und Microsoft – Zur Rolle des Kartellrechts in der New Economy, in: K & R 2001, S.623-631.
- Frank, Miriam: Die dezentrale Anwendung durch das Bundeskartellamt, in: van Kappel, Antonio Pérez (Hrsg.): Die dezentral Anwendung des EG-Kartellrechts, Köln 2001, S.15-23.
- Frankfurter Kommentar: EG-Kartellrecht, Band I, VI, Köln 2002.
- Gassner, Ulrich: Grundzüge des Kartellrechts, 1.Auflage, München 1999.
- Gauer, Céline/Dalheimer, Dorothe/Kjolbye, Lars/Smijter, Eddy de: Regulation 1/2003: a modernised application of EC competition rules, in: Competition Policy Newsletter, S.3-8  
[[http://europa.eu.int/comm/competition/publications/cpn/cpn2003\\_1.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/publications/cpn/cpn2003_1.pdf)].
- Geberth, Rolf: Das Spannungsfeld zwischen Wirtschaftsministerium und Kartellamt, in: AG 1991, S.295-301.
- Geiger, Andreas: Das Weißbuch der EG-Kommission zu Art. 81, 82 EG – eine Reform, besser als ihr Ruf, in: EuZW 2000, S.165-169.
- EuGH: Nationale Gerichte durch Kommissionsentscheidung gebunden – Anmerkung, in: EuZW 2001, S.113-117.
- Geiger, Rudolf: EUV/EGV, 3.Auflage, München 2000.
- Gey, Peter: Das Berufungsurteil in Sachen Microsoft – Kartellrecht in dynamischen Technologiemarkten, in: WuW 2001, S.933-944.
- Gifford, Daniel J./McGowan, David: A Microsoft dialog, in: The Antitrust Bulletin 1999, Volume 44, S.619-677.
- Gleiss/Hirsch: Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1, 4.Auflage, Heidelberg 1993.
- Göhler, Erich: Ordnungswidrigkeitengesetz, 12.Auflage, München 1998.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard: Das Recht der Europäischen Union – Kommentar, Band I, 22. Ergänzungslieferung, München 2004.

- Groeben, Hans von der: Aufbaujahre der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1982.
- von der Groeben/Schwarze: Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Band 1 und 2, Art.81-97 EGV, 6.Auflage, Baden-Baden 2003.
- Gröning, Jochem: Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts gemäß dem Vorschlag der Kommission zur Ersetzung der VO 17/62, in: WRP 2001, S.83-89.
- Zur Gefahr divergierender Entscheidungen bei dezentraler Anwendung des EG-Kartellrechts, in: WRP 2000, S.882-886.
- Günther, Eberhard: Wege zur Europäischen Wettbewerbsordnung, Baden-Baden, 1968.
- Hamer, Jens: Die Rolle des nationalen Richters im Rahmen der Kartell-Durchführungsverordnung 1/2003/ EG, in: EWS 2003, S.415-419.
- Harte-Bavendamm, Henning/Kreutzmann, Alix: Neue Entwicklungen in der Beurteilung selektiver Vertriebssysteme, in: WRP 2003, S.682-691.
- Haus, Florian C.: Entflechtung nach der KartellVO? In: WuW 2001, S.659-664.
- Hawk, Barry E.: Die Rolle der Justiz bei US-amerikanischen Antitrust-Klagen, in: Festschrift für Otfried Lieberknecht zum 70.Geburtstag, S.333-345.
- Hirsch, Günter: Die Kooperation von nationalen und europäischen Gerichten bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.): Instrumente zur Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts, Baden-Baden 2002, S.135-149.
- Hoeren, Thomas: Europäisches Kartellrecht zwischen Verbots- und Missbrauchsprinzip – Überlegungen zur Entstehungsgeschichte des Art. 85 EGV, in: Ulrich Hübner und Werner F. Ebke (Hrsg.): Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1999, S.405-421.
- Holmes, Katherine: The EC White Paper on Modernisation, in: World Competition, Volume 23, No.4, December 2000, S.51-79.
- Hossenfelder, Silke/Lutz, Martin: Die neue Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag, in: WuW 2003, S.118-129.
- Immenga, Ulrich: Nationale Wettbewerbspolitiken und internationale Wettbewerbsordnung – eine Programmskizze. In: Festschrift für Wolfgang Fikentscher, Tübingen 1998, S.919-930.

- Immenga/Mestmäcker: EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, München 1997.
- GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 3.Auflage, München 2001.
- Jaeger, Wolfgang: Die möglichen Auswirkungen einer Reform des EG-Wettbewerbsrechts für die nationalen Gerichte, in: WuW 2000, S.1062-1074.
- Kamann, Hans-Georg/Bergmann, Ellen: Die neue EG-Kartellverfahrensordnung – Auswirkungen auf die unternehmerische Vertragspraxis, in: BB 2003, S.1743-1749.
- Kamann, Hans-Georg/Horstkotte, Christian: Kommission versus nationale Gerichte – Interessengemeinschaft oder Konfrontation im Kartellverfahren, in: WuW 2002, S.458-468.
- Kappel, Antonio Pérez van: Auf dem Weg zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG durch die nationalen Gerichte, Tagungsbericht der Europäischen Rechtsakademie vom 27.11.2000, in: EWS 2001, S.228-233.
- Kist, A. William: Rede, in: Frankfurter Institut – Stiftung Marktwirtschaft und Politik (Hrsg.): Perspektiven des europäischen Kartellrechts, Bad Homburg 1999, S.41-46.
- Klein, Joel I.: The War against International Cartels: Lessons from the Battle Front, in: International Antitrust Law & Policy 1999, S.13-29.
- Kleinknecht/Meyer-Goßner: Strafprozessordnung, 43.Auflage, München 1997.
- Klocker, Peter: Fit machen für den „Kulturwechsel“, in: WuW 2002, S.1151.
- Koch, N.: Das Verhältnis der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BB 1959, S.241-248.
- Koenigs, Folkmar: Die VO Nr.1/2003: Wende im EG-Kartellrecht, in: DB 2003, S.755-759.
- Krim, Jonathan/Cha, Ariana Eunjung: Microsoft to Let PC Firms Change Windows Setup, in: The Washington Post, 12.7.2001, S.A01.
- Lässig, Peter: Dezentrale Anwendung des europäischen Kartellrechts, Diss. Tübingen 1997.
- Lampert, Thomas: Das Verhältnis zwischen dem Fusionskontrollrecht des Bundes und demjenigen der Einzelstaaten in den USA, in: RIW 1994, S.633-641.

- Die Anwendbarkeit der EG-Fusionskontrollverordnung im Verhältnis zum Fusionskontrollrecht der Mitgliedstaaten, Köln, Berlin, Bonn, München 1995 (*zit.:* Lampert (1995)).
- Lange/Bunte: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9.Auflage, Neuwied, Kriftel 2001.
- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, Tokio 1983.
- Lenz, Carl Otto: EG-Vertrag, Kommentar, 2.Auflage, Köln 1999.
- Levinson, Robert J./Romaine, R. Craig/Salop, Steven C.: The flawed fragmentation critique of structural remedies in the Microsoft case, in: The Antitrust Bulletin 2001, Volume 46, S.135-162.
- Mailänder, Peter: Rede, in: Frankfurter Institut – Stiftung Marktwirtschaft und Politik (Hrsg.): Perspektiven des europäischen Kartellrechts, Bad Homburg 1999, S.72-75.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim: Marktzugang und Monopolmissbrauch auf deregulierten Märkten, in: Festschrift für Ernst Steindorff zum 70.Geburtstag, Berlin 1990, S.1045-1064.
- Parallele Geltung von Verbotsnormen des deutschen und des europäischen Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, in: BB 1968, S.1297-1305.
- The EC Commission's Modernization of Competition Policy: a Challenge to the Community's Constitutional order, in: EBOR 2000, S.401-444.
- Versuch einer kartellpolitischen Wende in der EU, in: EuZW 1999, S.523-529.
- Möschel, Wernhard: Anpassung des GWB an das europäische Wettbewerbsrecht – Chancen und Risiken, in: EuZW 1995, S.817-821.
- Defätismus gegenüber Brüssel?, in: WuW 2000, S.951.
- Die 7. GWB-Novelle ante portas, in: WuW 2003, S.571.
- Entflechtung – Antimonopolrecht, in: Zwischen Kontinuität und Fremdbestimmung. Deutsch-japanisches Symposium in Tokio vom 6. bis 9.April 1994. Tübingen, S.233-244.
- Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1979.

- Europäische Wettbewerbspolitik auf Abwegen, in: Wirtschaftsdienst 1999, S.504-512.
- Ex ante-Kontrolle versus ex post-Kontrolle im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: ORDO 2001, S.63-73.
- Herausforderungen an die Wettbewerbspolitik, in: Wirtschaftsordnung als Aufgabe. Zum 100.Geburtstag von Franz Böhm. Krefeld 1995, S.35-51.
- Japanisches Kartellrecht – von außen gesehen, in: WuW 1997, S.795-801.
- Kartellrecht in der Reform, in: Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, Baden-Baden 1996, S.673-682.
- Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln u.a. 1983.
- 70 Jahre deutsche Kartellpolitik, Tübingen 1972.
- Systemwechsel im Europäischen Wettbewerbsrecht? Zum Weißbuch der EG-Kommission zu den Art. 81 f. EG-Vertrag, in: JZ 2000, S.61-67.

Monopolkommission:

- Hauptgutachten 1994/1995: Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Baden-Baden 1996.
- Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? Zum Weissbuch der Kommission vom 28.April 1999, Köln 1999.
- Sondergutachten 32: Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform, Bonn 2001.
- Sondergutachten 41: Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Bonn 2004.

Nagel, Heinrich/Gottwald, Peter: Internationales Zivilprozessrecht, 5.Auflage, Münster 2002.

Oppermann, Thomas: Europarecht, 2.Auflage, München 1999.

Paulweber, Michael: The End of a Success Story? The European Commission's White Paper on the Modernization of the European Competition Law. A Comparative Study about the Role of the Notification of Restrictive Practises within the European Competition and the American Antitrust Law, in: World Competition, Volume 23, No.3, September 2000, S.3-48.

Paulweber, Michael/Kögel, Rainer: Das europäische Wettbewerbsrecht am Scheideweg, in: AG 1999, S.500-515.



- Pohlmann, Petra: 7. GWB-Novelle: Eine neue Chance für die Europäisierung des GWB, in: WuW 2003, S.1007.
- Posner, Richard: Antitrust Law – An Economic Perspective. 1.Auflage, Chicago 1976.
- Quellmalz, Jens Holger: Die Justiziabilität des Art. 81 Abs. 3 EG und die nichtwettbewerblichen Ziele des EG-Vertrags, in: WRP 2004, S.461-470.
- Rat der Europäischen Union: Gemeinsame Erklärung des Rates und der Kommission zur Arbeitsweise des Netzes der Wettbewerbsbehörden. Dokument 15435/02 ADD 1. Brüssel, den 10.Dezember 2002.
- Rehbinder, Eckard: Der Vorrang des EG-Kartellrechts vor nationalem Kartellrecht bei Freistellungen: Dogmatische Konstruktion, Sachargumente und politische Interessen, in: Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, Baden-Baden 1996, S.711-724.
- Rittner, Fritz: Kartellpolitik und Gewaltenteilung in der EG, in: EuZW 2000, S.129.
- Vertikalvereinbarungen und Kartellverbote in der 7. GWB-Novelle, in: WuW 2003, S.451.
  - Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6.Auflage, Heidelberg 1999.
  - Zurück zum Missbrauchsprinzip im EG-Kartellrecht?, in: DB 1999, S.1485-1486.
- Röhling, Andreas: Die Zukunft des Kartellverbots in Deutschland nach In-Kraft-Treten der neuen EU-Verfahrensrechtsordnung, in: GRUR 2003, S.1019-1025.
- Sapir, André: EC Regionalism at the Turn of the Millennium: Toward a New Paradigm?, in: The World Economy, Vol.23 (2000), S.1135-1148.
- Schaub, Alexander: Die Reform der Europäischen Wettbewerbspolitik. Achstes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum  
[[http://www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2001\\_036\\_de.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2001_036_de.pdf)].
- Rede, in: Frankfurter Institut – Stiftung Marktwirtschaft und Politik (Hrsg.): Perspektiven des europäischen Kartellrechts, Bad Homburg 1999, S.15-24 (zit.: Schaub, Rede (Frankfurter Institut)).

- Schaub, Alexander/Dohms, Rüdiger: Das Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag, in: WuW 1999, S.1055-1070.
- Schmidt, Ingo: Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 7.Auflage, Stuttgart 2001.
- Schmidt, Karsten: Umdenken im Kartellverfahrensrecht – Gedanken zur Europäischen VO Nr.1/2003, in: BB 2003, S.1237-1245.
- Schröter, Helmuth: Aktuelle Probleme der Anwendung von Art. 81 EG, in: Baudenbacher (Hrsg.): Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht – Siebentes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2000, S.23-56 (*zit.*: Schröter (2000)).
- Schröter/Jakob/Mederer: Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003.
- Schütz, Jörg: Zur Änderung des Kartellverfahrens gemäß Artikel 81 EGV, in: WuW 2000, S.686-696.
- Schulze, Rainer/Hoeren, Thomas: Dokumente zum Europäischen Recht, Band 1, Gründungsverträge, Heidelberg 1999.
- Schulze, Ulrich W.: Der rechtliche Rahmen der Wettbewerbspolitik und Privatisierung in Polen, in: WuW 1991, S.23-27.
- Schumacher, Detlef: Das Verhältnis von § 98 Abs.2 GWB zur Zwischenstaatlichkeitsklausel des Art. 85 EWGV aus kollisionsrechtlicher Sicht, in: AWD 1968, S.5-10.
- Schwartz, Ivo: Das Verhältnis des einzelstaatlichen zum Bundes-Antitrustrecht, in: ZHR 1962, S.254-296.
- Schwarze, Jürgen: Die Auswirkungen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Kartell- und Wettbewerbsrecht, in: JZ 1996, S.57-64.
- Schweitzer, Michael/Hummer, Waldemar: Europarecht, 5.Auflage, Neuwied, Kriftel 1999.
- Schwenn, Dirk: Die Dezentralisierung der Wettbewerbskontrolle nach dem „Weißbuch“, in: RIW 2000, S.179-182.
- Shepherd, William G.: The Treatment of Market Power – Antitrust, Regulation and Public Enterprise, New York and London 1975.
- Slot, Piet Jan: Is Decentralization of Competition Law Enforcement dangerous? Drawing Lessons from the US Experience, in: International Antitrust Law & Policy 2001, S.101-114.

- Steindorff, Ernst: Europäisches Kartellrecht und Staatenpraxis, in: ZHR 1978, S.525-556.
- Streinz, Rudolf: Die Luxemburger Vereinbarung, München 1984.
- Taladay, John M.: Evolutions in Antitrust: Current Enforcement Initiatives of the Department of Justice and Federal Trade Commission, in: Antitrust Report July 1999, S.52-71.
- Tharakan, P.K.M.: European Union and Preferential Arrangements, in: The World Economy, Vol.25 (2002), S.1387-1398.
- Toepke, Utz P.: Per se Verbot und die Rule of Reason: Der Wandel vom Automatismus des Kartellverbots in Section I Sherman Act zur „Per se perhaps“ Regel des United States Supreme Court, in: WuW 1990, S.563-596.
- Topel, Julia: Dezentralisierte Anwendung des europäischen Kartellrechts – Diskussionsstand unter besonderer Berücksichtigung des Art. 3 VO-E, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.): Europäisches Wettbewerbsrecht im Zeichen der Globalisierung, Baden-Baden 2002, S.155-161.
- US Department of Justice: Antitrust Division, Workload Statistics FY 1991-2002 [<http://www.usdoj.gov/atr/public/12848.pdf>].
- Wagner, Achim: Der Systemwechsel im EG-Kartellrecht – Gruppenfreistellungen und Übergangsproblematik, in: WRP 2003, S.1369-1389.
- Wagner, Franz W.: Besteuerung, in: Vahlens Kompendium der Betriebswirtschaftslehre, 4.Auflage, München 1999, S.441-453.
- Wallenberg, Gabriela von: Kartellrecht, 2.Auflage, Neuwied, Kriftel 2002.
- Walz, Robert: Der Vorrang des europäischen vor dem nationalen Kartellrecht, Baden-Baden 1994.
- Wegman Burns, Jean: Embracing Both Faces of Antitrust Federalism: Parker and ARC America Corp., in: 68.Antitrust Law Journal (2000), S.29-44.
- Weitbrecht, Andreas: Das neue EG-Kartellverfahrensrecht, in: EuZW 2003, S.69-73.
- Wertenbruch, Johannes: „Einseitige Maßnahmen“ des Herstellers in Vertriebsnetzen als Kartellvereinbarung im Sinne des Art. 81 EG, in: EWS 2004, S.145-151.
- Weyer, Hartmut: Konkurrierende Anwendung des Art. 81 EGV durch Kommission und nationale Gerichte, in: WuW 2000, S.842-852.

- Nach der Reform: Gestaltung der Wettbewerbspolitik durch die Kommission?, in: ZHR 2000, S.611-637.
  
- Wiedemann, Gerhard: Handbuch des Kartellrechts, München 1999.
  
- Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts, Band I, Köln 1989.
  
- Wils, Wouter P.J.: Does the effective enforcement of Articles 81 and 82 EC require not only fines on undertakings but also individual penalties, in particular imprisonment? (*zit.*: Wils (2001))  
[<http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2001/Wils.pdf>].
  
- The Modernisation of the Enforcement of Articles 81 and 82 EC: A legal and economic Analysis of the Commission's Proposal for a new Council Regulation replacing Regulation No.17, in: International Antitrust Law and Policy 2000, S.313-363.
  
- The Principle of *Ne Bis in Idem* in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis, in: World Competition, Volume 26, No.2, June 2003, S.131-148.
  
- Wirtz, Markus M.: Anwendbarkeit von § 20 GWB auf selektive Vertriebssysteme nach Inkrafttreten der VO 1/2003, in: WuW 2003, S.1039-1044.
  
- Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie: Reform der europäischen Kartellpolitik, in: WuW 2000, S.1096-1101.
  
- Wolf, Dieter: Ein transatlantisches ordnungspolitisches Signal, in: WuW 2000, S.459.
  
- Zinsmeister, Ute: Die dezentrale Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts durch die nationalen Kartellbehörden in der Praxis, in: WuW 1999, S.115-120.
  
- Probleme der dezentralisierten Anwendung des EG-Kartellrechts, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.): Europäisches Wettbewerbsrecht im Zeichen der Globalisierung, Baden-Baden 2002, S.163-174.
  
- Zinsmeister, Ute/Lienemeyer, Max: Die verfahrensrechtlichen Probleme bei der dezentralen Anwendung des europäischen Kartellrechts, in: WuW 2002, S.331-340.