

**Folgeprobleme
der
europäischen Kartellverfahrensreform**

**Sondergutachten der Monopolkommission
gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB**

Inhaltsverzeichnis

1	Anlass und Zweck des Sondergutachtens	1
2	Der Reformvorschlag der Europäischen Kommission	4
3	Ausschließliche Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts	9
3.1	Ziele der Europäischen Kommission	9
3.2	Rechtmäßigkeit des Vorhabens	13
3.3	Wettbewerbspolitische Einwände	16
4	Kompetenzverteilung zwischen gemeinschaftlichen und nationalen Behörden	22
4.1	Verfassungsrechtliche Implikationen	23
4.2	Festlegung praktikabler Abgrenzungskriterien	24
4.3	Streitbeilegungsmechanismen	29
4.4	Regelungsebene	30
5	Gewährleistung der Kohärenz in einem funktionsfähigen Behördennetzwerk	32
5.1	Entzug von nationalen Kartellverfahren	32
5.2	Informationsaustausch	34
5.3	Amtshilfe	36
5.4	Vermeidung von Parallelverfahren	38
5.5	Gemeinschaftsweite Geltung von nationalen Entscheidungen	41
5.6	Sonstige Vorkehrungen	42
6	Die Rolle der nationalen Gerichte	44
6.1	Mangelhafte Informationsausstattung	46
6.2	Verteilung der Beweislast	47
6.3	Verstärkte Anreize zur Klageerhebung	49
6.4	Kohärenz gerichtlicher Entscheidungen	50
7	Wahrung von Transparenz und Rechtssicherheit	52
8	Empfehlungen	55

1 Anlass und Zweck des Sondergutachtens

1. Das europäische Wettbewerbsrecht bildet seit einiger Zeit den Gegenstand weitreichender Reformbemühungen. Nach der Neuordnung der vertikalen und der horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen steht gegenwärtig die *Novellierung des Kartellverfahrensrechts* im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit. Die Europäische Kommission plant eine tiefgreifende Umgestaltung der VO 17/62. Zu diesem Zweck legte sie bereits im April 1999 das „Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 81 und 82 EGV“¹ vor. Den Kern der Reformbestrebungen bildet die Abschaffung des präventiven behördlichen Anmeldeverfahrens zugunsten eines nachträglich wirkenden Legalausnahmesystems, das dezentral organisiert sein soll. Am 27. September 2000 veröffentlichte die Kommission den Entwurf einer neuen Verfahrensverordnung.² Sie verfolgt hierin unverändert den Legalausnahmeansatz und führt einige gänzlich neue Aspekte ein. Dagegen geht sie soweit ersichtlich kaum auf wettbewerbspolitische Bedenken ein, welche im Zuge der Diskussion um die im Weißbuch veröffentlichten Vorschläge von wissenschaftlichen und administrativen Kreisen in Deutschland geäußert worden waren. Der Verordnungsentwurf ist derzeit Gegenstand von Beratungen in der Ratsarbeitsgruppe, die neue Verordnung soll im Jahr 2003 in Kraft treten.

2. Die Monopolkommission reagierte mit ihrem Sondergutachten 28³ auf das Weißbuch und machte *fundamentale wettbewerbspolitische Schwächen* des geplanten Systems deutlich. Erhebliche Zweifel äußerte sie ferner bezüglich der *rechtlichen Zulässigkeit* des Vorhabens. Die grundsätzlichen Einwände gegen den Übergang von einem Verbotssystem mit Administrativerlaubnis zu einem Legalausnahmesystem und gegen die vorgesehene Form der Dezentralisierung bestehen auch nach Vorlage des Verordnungsentwurfs unverändert fort. Darüber hinaus geben die vorgeschlagenen Neuerungen des Verordnungsentwurfs Anlass zu Kritik. Abgesehen von solcher Kritik an konkreten Vorschlägen sind auch Bedenken anzumelden gegen die Formulierungen, die oftmals vage und allgemein gehalten sind, wo klare und für den Rechtsanwender leicht nachvollziehbare Regelungen

¹ ABl. 1999 Nr. C 132, S. 1.

² Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln ..., KOM(2000) 582 endg.

³ Monopolkommission, Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union?, Sondergutachten 28, Baden-Baden 1999.

unerlässlich wären. Mit der Notwendigkeit möglichst flexibler Regelungen lässt sich dieser Mangel an Bestimmtheit nicht begründen.

Insgesamt berücksichtigt der Verordnungsentwurf zu wenig, so dass aus der Einführung eines dezentral organisierten Legalausnahmesystems eine *Vielzahl von Folgeproblemen* erwächst. Diese betreffen beispielsweise die Zuständigkeitsverteilung und Streitbeilegung zwischen verschiedenen Kontrollinstanzen sowie den Informationsaustausch und die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung. Die Uneinheitlichkeit des nationalen Rechts im prozessualen wie im materiellen Bereich schafft Probleme, für die bislang keine befriedigenden Lösungen in Aussicht stehen. Wie die Realisierung des Reformvorschlags zu den verfassungsrechtlichen, gesetzlichen und gewohnheitsrechtlichen Regeln der Mitgliedstaaten passen wird, ist bislang völlig offen.

3. Da inzwischen davon ausgegangen werden muss, dass das Reformprojekt trotz der geäußerten Kritik realisiert wird, will die Monopolkommission mit dem vorliegenden Sondergutachten das *Problembewusstsein* hinsichtlich der Kernfragen, die aus der elementaren Neuordnung des Verfahrensrechts erwachsen, schärfen und – soweit möglich – *Lösungen* vorschlagen. Patentlösungen stehen indes in keinem der angesprochenen Bereiche zur Verfügung. Nach einer Skizzierung des Reformvorschlags der Europäischen Kommission (Kapitel 2) setzt sich die Monopolkommission zunächst mit dem geplanten Ausschluss des nationalen Wettbewerbsrechts in sämtlichen Fällen der Zwischenstaatlichkeit auseinander (Kapitel 3). Die von der Europäischen Kommission verfolgten Ziele bleiben weitgehend unerreicht, außerdem sprechen erhebliche rechtliche wie wettbewerbspolitische Argumente gegen das Vorhaben. Unzureichend geklärt sind bislang die Zuständigkeitsbereiche von Europäischer Kommission einerseits und den nationalen Wettbewerbsbehörden andererseits (Kapitel 4). Vorgaben des deutschen Verfassungsrechts sind hier ebenso zu berücksichtigen wie die Gefahr des „forum shopping“, d.h. der beliebigen Auswahl der zuständigen Wettbewerbsbehörde durch die betroffenen Unternehmen. Es werden mögliche Abgrenzungskriterien sowie denkbare Streitbeilegungsmechanismen entwickelt. Im Anschluss setzt sich die Monopolkommission mit dem geplanten Behördennetzwerk auseinander (Kapitel 5). Die Regelungen des Verordnungsentwurfs sind in mehrfacher Hinsicht ungenügend und bedürfen der Ergänzung, insbesondere durch eine Verpflichtung zur gegenseitigen Amtshilfe und die Einführung der gemeinschaftsweiten Geltung von Entscheidungen der nationalen Wettbewerbsbehörden. Zu wenig Beachtung findet ferner die Frage, wie die mit-

gliedstaatlichen Gerichte die ihnen zgedachte zentrale Rolle beim Schutz des Wettbewerbs ausfüllen sollen (Kapitel 6). Dies kann nur unter der Voraussetzung grundlegender Änderungen des deutschen Prozess- und Schadenersatzrechts gelingen. In Kapitel 7 erörtert die Monopolkommission die Probleme der mangelnden Transparenz und Rechtssicherheit in dem geplanten Legalausnahmesystem. Die Ausführungen münden in konkrete Empfehlungen an die Bundesregierung (Kapitel 8).

4. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden, sind noch weitere erhebliche Anstrengungen von allen Seiten notwendig, um unter Wahrung eines effizienten Wettbewerbsschutzes die aus der geplanten Reform resultierenden Probleme zufriedenstellend zu lösen. Der Bundesregierung wird daher empfohlen, sich im Gesetzgebungsprozess entschieden für eine *Diskussion und Klärung der aufgeworfenen Fragen einzusetzen*. Sie sollte den Erlass einer neuen Verordnung erst akzeptieren, wenn sichergestellt ist, dass die Hauptprobleme des Reformvorschlags – das Verhältnis von europäischem und nationalem Wettbewerbsrecht, die Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschafts- und mitgliedstaatlicher Ebene sowie zwischen den Mitgliedstaaten untereinander wie auch die Kohärenz behördlicher und gerichtlicher Entscheidungen – einer sachgerechten Lösung zugeführt werden. Diese Kernposition darf nicht aufgegeben werden. Die Bundesregierung sollte an ihnen festhalten, auch wenn sie keine Unterstützung bei anderen Mitgliedstaaten findet. Gegebenenfalls sollte eine *Klage vor dem EuGH gemäß Art. 230 EGV* erwogen werden. In Anbetracht der erheblichen Zweifel an der rechtlichen Zulässigkeit der vorgesehenen Verordnung insgesamt ließe sich eine solche Klage gut begründen und kann schon die Möglichkeit einer Klage den Gang der Verhandlungen über die Ausgestaltung der Verordnung beeinflussen. Zu dieser Vorgehensweise besteht um so mehr Anlass, als sicher damit zu rechnen ist, dass ein nationales Gericht die Rechtmäßigkeit der Verordnung alsbald nach ihrem Inkrafttreten im Weg des Vorlageverfahrens gemäß Art. 234 EGV überprüfen lassen wird. Für eine abstrakte Normenkontrolle ist das Verfahren gemäß Art. 230 EGV dem einzelfallbezogenen Vorlageverfahren gemäß Art. 234 EGV jedoch überlegen und deshalb vorzuziehen.

2 Der Reformvorschlag der Europäischen Kommission

5. Die Europäische Kommission beabsichtigt mit ihrem Reformvorschlag eine grundlegende Neuordnung der in der VO 17/62 festgelegten Verfahrensvorschriften. Der *Verordnungsentwurf vom 27. September 2000* basiert auf dem Weißbuch. Nach Auffassung der Europäischen Kommission trägt er den wesentlichen Besorgnissen, die im Rahmen der öffentlichen Konsultation geäußert wurden, angemessene Rechnung. Für die aus Deutschland vorgetragene Kritik kann dieser Auffassung indes nicht zugestimmt werden.

6. Der Reformvorschlag stützt sich im Wesentlichen auf drei Säulen: Die wichtigste Änderung stellt der Übergang von dem bisherigen präventiven Anmelde- und Erlaubnisverfahren zu einem *System der Legalausnahme* dar. Als Folge entfällt die Notwendigkeit von vorherigen Anmeldungen und behördlichen Erlaubnisentscheidungen hinsichtlich sämtlicher Vereinbarungen und Beschlüsse im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EGV. Stattdessen beurteilen die Unternehmen ihre Vorhaben eigenverantwortlich im Wege einer Selbsteinschätzung. Erfüllt eine Wettbewerbsbeschränkung die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV nicht, bleibt sie auch unter dem neuen Regime verboten und unterfällt der Nichtigkeitsfolge des Art. 81 Abs. 2 EGV. Liegen dagegen die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV vor, sind die betreffenden Vereinbarungen von Anfang an gültig und rechtmäßig, ohne dass es einer Anmeldung bei einer Wettbewerbsbehörde bedarf. Nach dem Vorschlag der Europäischen Kommission erlangt Art. 81 EGV damit den Charakter einer in ihrer Gesamtheit unmittelbar anwendbaren Vorschrift, auf die sich Private vor Gerichten und Behörden berufen können.

Begleitend will die Europäische Kommission die *nachträgliche Kontrolle* von Wettbewerbsbeschränkungen stärken. Entsprechende Prüfverfahren sollen entweder anlässlich eigener Marktbeobachtungen der Wettbewerbsbehörden stattfinden oder aufgrund von Beschwerden Dritter eingeleitet werden. Zu diesem Zweck sollen die Beschwerdemöglichkeiten ergänzt und bestehende Sanktionsmechanismen erweitert werden.

Schließlich beabsichtigt die Europäische Kommission, ihr gesetzlich verankertes *Freistellungsmonopol* zugunsten einer verstärkten dezentralen Rechtsanwendung aufzugeben. Nationale Behörden und Gerichte sollen vermehrt Entscheidungskompetenzen erhalten und in die Lage versetzt werden, über Art. 81 Abs. 1 und 2 EGV hinaus den Freistellungstatbestand

des Art. 81 Abs. 3 EGV anzuwenden. Um die widerspruchsfreie Rechtsanwendung durch die Instanzen der Mitgliedstaaten sicherzustellen, plant die Kommission eine *Vernetzung* der nationalen Behörden, deren Tätigkeit durch gemeinsame Grundsätze und eine enge Zusammenarbeit gekennzeichnet sein soll. Eine Reihe von ergänzenden Überlegungen reicht von der Gewährleistung gegenseitiger, auch vertraulicher Informationen und Auskünfte über eine verstärkte Einbindung des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen bis zur Bereitstellung von Interventions- und Evokationsmöglichkeiten der Europäischen Kommission in staatlichen Verfahren.

Trotz dezentraler Rechtsanwendung durch nationale Entscheidungsinstanzen müssen nach Auffassung der Europäischen Kommission *Rechtssicherheit und Kohärenz* der Rechtsanwendung garantiert bleiben. Die Grundzüge der europäischen Wettbewerbspolitik sollen deshalb auch künftig ausschließlich auf gemeinschaftsweiter Ebene festgelegt werden. Die Europäische Kommission plant daher einerseits den Erlass von Gruppenfreistellungsverordnungen, Bekanntmachungen und Leitlinien und will andererseits neben förmlichen Verboten ausnahmsweise bei Vorliegen eines Allgemeininteresses auch förmliche Genehmigungen erteilen. Darüber hinaus schlägt sie die Einführung von Zusagenentscheidungen vor, in denen betroffene Unternehmen gegenüber der Kommission Verpflichtungen eingehen, um die gegen ihre Abreden erhobenen Einwände auszuräumen.

7. Als *Rechtsgrundlage* für ihr Vorhaben hält die Kommission nach wie vor Art. 83 EGV für ausreichend. Dabei fällt die Begründung, warum eine Vertragsänderung ihrer Ansicht nach nicht erforderlich ist, knapp aus. Art. 81 EGV schreibe nicht vor, wie und durch wen die Freistellung vom Kartellverbot zu erfolgen habe. Aus dem Wortlaut ließen sich keine Rückschlüsse auf ein bestimmtes Verfahren ziehen. Ferner hält die Kommission die Regelung des Art. 81 Abs. 3 EGV für unmittelbar anwendbar. Sie eröffne keine Ermessensbefugnisse, sondern lediglich einen gewissen Beurteilungsspielraum, was die Eignung zur unmittelbaren Anwendung nicht einschränke. Die Monopolkommission hatte dies in ihrer früheren Stellungnahme bestritten und gewichtige Gegenargumente aufgezeigt.⁴ Sollte das Legalausnahmesystem wie geplant realisiert werden, bleibt die Beantwortung der Frage nach seiner Vertragsmäßigkeit letztlich dem *Europäischen Gerichtshof* überlassen. Eine Klärung kann insoweit auf dem Weg

⁴ Monopolkommission, Sondergutachten 28, a.a.O., Tz. 13 ff.

eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 230 EGV oder eines gerichtlichen Vorlageverfahrens im Rahmen des Art. 234 EGV herbeigeführt werden.

8. Der vorgelegte Verordnungsentwurf verfolgt wie schon das Weißbuch den generellen Ansatz eines dezentralen Legalausnahmesystems. Daneben enthält er eine Reihe von Regelungen, die zum Teil weit über eine Fortentwicklung der ursprünglichen Überlegungen hinausgehen und im Vergleich zum Weißbuch *grundlegende Neuerungen* darstellen. Das Reformvorhaben bleibt hingegen in wesentlichen Punkten lückenhaft.

- Die Regelung des Art. 2 VOE betrifft die *Beweislastverteilung* im behördlichen und gerichtlichen Verfahren. Hiernach trägt der private Beschwerdeführer lediglich die Beweislast für eine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 Abs. 1 EGV. Dagegen obliegt es dem Beschwerdegegner, das Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen gemäß Art. 81 Abs. 3 EGV nachzuweisen. Die Monopolkommission hatte auf erhebliche Beweisprobleme für Beschwerdeführer im Legalausnahmesystem hingewiesen. Diese Probleme werden mit der Regelung des Art. 2 VOE nur teilweise behoben.
- Eine weitreichende Änderung enthält Art. 3 VOE mit dem *Ausschluss nationalen Wettbewerbsrechts* in allen Fällen, in denen die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllt ist.
- Laut Art. 4 Abs. 2 VOE kann die Kommission durch Verordnung Arten von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EGV bestimmen, welche die Unternehmen in ein Register eintragen lassen müssen. Mit der Eintragung sind für die Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen keinerlei Rechte verbunden. Derzeit ist auch noch völlig unklar, wie sich die Europäische Kommission die nähere Ausgestaltung der *Registrierungspflicht* vorstellt und welche Arten von Abreden von jener erfasst werden sollen.
- Art. 7 Abs. 1 VOE verleiht der Europäischen Kommission das Recht, die beteiligten Unternehmen zur Abstellung von Zuwiderhandlungen gegen Art. 81 und 82 EGV zu verpflichten. Nach Art. 7 Abs. 1 S. 2 des Entwurfs kann die Kommission alle erforderlichen Maßnahmen aufgeben, einschließlich solcher struktureller Art. Laut Verordnungsbegründung können strukturelle Abhilfen für eine wirksame Beendigung einer Zuwiderhandlung erforderlich sein, vor allem bei gewissen Koopera-

tionsvereinbarungen und Fällen von Missbrauch einer beherrschenden Stellung, bei denen die Veräußerung bestimmter Gegenstände des Betriebsvermögens notwendig erscheint. Daraus geht hervor, dass die Europäische Kommission auch die *Entflechtung* von Unternehmen als mögliche strukturelle Maßnahme in Betracht zieht.

- Nach Art. 11 VOE sind die nationalen Wettbewerbsbehörden verpflichtet, die Kommission im Fall der Anwendung von Art. 81 oder 82 EGV umfassend *zu informieren und zu konsultieren*. Art. 11 Abs. 6 VOE sieht die Befugnis der Europäischen Kommission vor, ein Verfahren jederzeit *an sich zu ziehen* und somit die Zuständigkeit des betroffenen Mitgliedstaates zu beenden.
- Eine wesentliche Neuerung stellt ferner die Bestimmung des Art. 28 VOE dar. Sie enthält eine *Generalermächtigung* der Europäischen Kommission zum Erlass von Gruppenfreistellungsverordnungen ohne vorherige Konsultation des Rates und des Europäischen Parlaments.

9. Die Bemühungen um Konkretisierung der im Weißbuch unterbreiteten Vorschläge bleiben eher vage. Weiterentwicklungen im Sinne einer Klärung der Vorstellungen der Kommission sind zumindest in folgenden essentiellen Bereichen erforderlich:

- In einem dezentralen System ist die *Verteilung der Kompetenzen* zwischen gemeinschaftlichen und mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden einerseits und zwischen den nationalen Behörden andererseits von elementarer Bedeutung. Hierfür bedarf es klarer Abgrenzungskriterien, die dem jeweiligen Entscheidungsträger eindeutige Verantwortungsgebiete zuweisen. Daneben sind prozessuale Regeln unerlässlich, die ein reibungsloses Allokationsverfahren in Konfliktsituationen sicherstellen. Der Verordnungsentwurf lässt beides vermissen.
- Unerlässlich sind ferner konkrete Vorschläge darüber, wie bei dezentraler Rechtsanwendung eine *einheitliche Fallbeurteilung* gewährleistet werden kann. Die Kommission hat sich insoweit für einen undifferenzierten allgemeinen Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor nationalen Wettbewerbsregeln entschieden. Nach Art. 3 VOE ist bei Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne von Art. 81 EGV und bei Fällen der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 82 EGV, die den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen können, in Zukunft ausschließlich das europäische Wettbewerbsrecht anzuwenden. Daraus folgt für die innerstaatlichen Behörden, dass sie in den genann-

folgt für die innerstaatlichen Behörden, dass sie in den genannten Fällen anders als bisher weder zwischen der Anwendung nationaler und europäischer Wettbewerbsregeln wählen noch eine parallele Anwendung in Erwägung ziehen können. Sie müssen vielmehr stets auf die Art. 81 und 82 EGV zurückgreifen. Nationales Recht kann zukünftig nicht mehr berücksichtigt werden. Das ist vor allem dann relevant, wenn nationale Regelungen auf mitgliedstaatliche Besonderheiten abgestimmt sind oder strengere Maßstäbe enthalten.

- Zur Verbesserung der einheitlichen Rechtsanwendung und der administrativen Abläufe hat die Kommission die Grundzüge von *Kooperationsmechanismen* für die Zusammenarbeit der gemeinschaftlichen und innerstaatlichen Wettbewerbsbehörden und Gerichte festgelegt, die im Wesentlichen gegenseitige Informations- und Konsultationspflichten sowie Amtshilfebefugnisse umfassen. Auch hier bleibt eine Vielzahl von Problemen unberücksichtigt. Eine detailliertere Regelung will die Kommission erst zu einem späteren Zeitpunkt vorlegen.
- Besondere Bedeutung für den Erfolg des geplanten Systems misst die Europäische Kommission der *Privatinitiative Dritter* bei. Konkrete Vorschläge zur Stärkung dieser Privatinitiative enthält der Verordnungsentwurf indes kaum. Die Kommission will in diesem Zusammenhang den Gerichten die Befugnis geben, sich mit Fragen an sie zu wenden. Sowohl die Kommission als auch die jeweiligen Mitgliedstaaten können in Prozessen mündlich oder schriftlich Stellung nehmen. Dazu müssen ihnen alle notwendigen Schriftstücke übermittelt werden. Für das Verhältnis von Beschwerdeführern zu den gemeinschaftlichen und nationalen Wettbewerbsbehörden stellt die Kommission lediglich den Erlass einer Bekanntmachung in Aussicht, die keine Bindungswirkung gegenüber den mitgliedstaatlichen Administrationen entfaltet.

3 Ausschließliche Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts

3.1 Ziele der Europäischen Kommission

10. Eine grundlegende Neuerung im Vergleich zu den Vorschlägen im Weißbuch enthält die Bestimmung des Art. 3 VOE. Hiernach soll bei Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne von Art. 81 EGV und bei Fällen der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 82 EGV, die geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, zukünftig allein das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht anwendbar sein. Nationale Wettbewerbsregeln wären hingegen in allen von Art. 3 VOE erfassten Fällen von der Anwendung *ausgeschlossen*. Mit der ausschließlichen Heranziehung der Art. 81, 82 EGV will die Europäische Kommission eine einheitliche Rechtsanwendung in den Mitgliedstaaten und daraus resultierend einheitliche Wettbewerbsbedingungen überall in der Gemeinschaft fördern. Ziel der Vorschrift sei es ferner, eine optimale Fallverteilung unter Vermeidung paralleler Verfahren nach gemeinschaftlichem Recht einerseits und nationalen Regeln andererseits zu gewährleisten sowie gegenseitige Amtshilfe innerhalb des gemeinsamen Behördennetzes zu ermöglichen. Ihre Kompetenz leitet die Kommission aus der Bestimmung des Art. 83 Abs. 2 lit. e EGV her, die eine Regelung des Rangverhältnisses von gemeinschaftlichem und innerstaatlichem Recht erlaubt.

11. Schon im Weißbuch wurde deutlich, dass die Europäische Kommission bei ihren Bemühungen um eine kohärente Rechtsanwendung im dezentral organisierten System auf den Vorrang der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln vor dem nationalen Recht baut. Hinsichtlich der bisher relevanten Brüsseler Freistellungspraxis wird dieser Vorrang allerdings entfallen, wenn auf das Instrument der präventiven behördlichen Entscheidung verzichtet wird. *Konstitutive* Freistellungsentscheidungen, die als Ausdruck einer „positiv gestaltenden Politik“ am Vorrang des Gemeinschaftsrechts teilhaben, kann es künftig weder in Form von Einzelfreistellungen noch in Form von Gruppenfreistellungen geben. Ein Legalausnahmesystem, in dem Vereinbarungen und Verhaltensweisen von vornherein entweder wirksam oder nichtig sind, lässt keinen Platz für gestaltende Entscheidungen. Die von der Europäischen Kommission in Aussicht gestellten

„Positiventscheidungen“ werden rein deklaratorische Natur haben und sind in ihrer Wirkung mit Negativattesten vergleichbar, die nach allgemeiner Auffassung nicht Ausdruck einer „positiv gestaltenden Politik“ sind. Für gruppenweise Freistellungen kann in einem System der Legalausnahme konsequenterweise nichts anderes gelten. Als Folge dieser Entwicklung statuiert die Kommission deshalb in Art. 3 VOE den Ausschluss des nationalen Wettbewerbsrechts per Verordnung.

12. Allerdings sind Zweifel daran angebracht, ob der mit Art. 3 VOE eingeschlagene Weg tatsächlich zu einer erhöhten Durchschlagskraft des Wettbewerbsrechts und damit zum erklärten Ziel der Reform beiträgt. Es steht zu befürchten, dass die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts insgesamt aufgrund dieser Maßnahme nicht an Effizienz gewinnen, sondern *an Schlagkraft verlieren* wird. Bereits jetzt ist ein hoher Grad der Harmonisierung zwischen europäischen und nationalen Wettbewerbsregeln erreicht. Ist eine Verhaltensweise sowohl nach europäischen als auch nach mitgliedstaatlichen Bestimmungen verboten, besteht kein Konflikt, der durch den Ausschluss des nationalen Rechts gelöst werden müsste. Die Rechtsprechung des EuGH stellt außerdem sicher, dass eine nach Art. 81 EGV verbotene Verhaltensweise nicht nach nationalem Recht erlaubt werden darf. Nur wenn eine Verhaltensweise nicht vom Verbot des Art. 81 EGV erfasst wird, kann sich strengeres nationales Recht durchsetzen. Zumindest aus deutscher Sicht würde das Niveau des Wettbewerbsschutzes abgesenkt, wenn man diese Möglichkeit aufheben und bestehende Besonderheiten des nationalen Wettbewerbsrechts, die eine differenziertere und häufig effektivere Beurteilung von Einzelfällen ermöglichen, ersatzlos streichen würde. Bedenklich stimmt in diesem Zusammenhang auch, dass dem Bundeskartellamt bei vollständiger Verdrängung des nationalen Rechts keinerlei Möglichkeit verbleibt, auf dessen Grundlage von Vorgaben der Europäischen Kommission abzuweichen, selbst wenn diese erkennbar politisch motiviert sind. Damit würde die bewusste Entscheidung des deutschen Gesetzgebers für eine strikte Trennung zwischen der rein wettbewerblichen Überprüfung seitens des Bundeskartellamtes und der politischen Beurteilung durch den Bundeswirtschaftsminister obsolet.

Abgesehen von diesen Erwägungen würde man mit der ausschließlichen Anwendbarkeit 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 nationaler Wettbewerbsgesetze entfällt die Möglichkeit, Er-

fahrungen 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 zentral vorgegebenen Bestimmungen vorzuziehen. Das Argument der Europäischen Kommission, unterschiedliche Erfahrungen blieben auch auf der Grundlage des ausschließlich geltenden europäischen Wettbewerbsrechts möglich, überzeugt nicht. Zum einen würde sich die „Erprobung“ auf die Anwendung ein und desselben Gesetzes beschränken. Zum anderen ist angesichts 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 Wettbewerbsregeln finden könnte. Dies gilt vor allem dann, wenn man dem Vorschlag der Kommission folgt und ihr die ausschließliche Kompetenz für Fälle zuweist, die neuartige Wettbewerbsprobleme aufweisen.

13. Die Sicherung der einheitlichen Rechtsanwendung, die Vermeidung von Parallelverfahren sowie die Möglichkeit zur Amtshilfe innerhalb des Behördennetzes können jedenfalls den Ausschluss des nationalen Wettbewerbsrechts nicht rechtfertigen. Auf den ersten Blick mögen einheitliche Bestimmungen eine kohärente Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung sichern. Bei näherer Betrachtung wird indes deutlich, dass neben dem Wortlaut des Gesetzes auch das hinter diesem stehende *wettbewerbspolitische Verständnis* des Rechtsanwenders Auslegung und Anwendung der Wettbewerbsregeln maßgebend bestimmen. Richtungsweisend für die Entwicklung einheitlicher Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt dürfte daher sein, ob die angesprochenen Institutionen der Mitgliedstaaten ihre Aufgabe im künftigen System darin sehen, einen in erster Linie am *Wettbewerbschutz* orientierten Prozess in Gang zu setzen, geeignete Verfahren für die Rechtsanwendung zu suchen und sich effektiver Verfolgungsmethoden konsequent zu bedienen oder ob sie die Wettbewerbsregeln vorrangig als *politisches Instrument* zur Verfolgung nationaler Interessen nutzen werden. Die Gefahr von abweichenden Entscheidungen trotz einheitlicher Bestimmungen ist hierbei um so größer, je mehr eigene *Beurteilungsspielräume* den zuständigen Wettbewerbsbehörden verbleiben. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass gerade Art. 81 EGV eine Fülle von auslegungsfähigen und -bedürftigen Tatbestandsmerkmalen enthält. Die zugewiesenen Beurteilungsspielräume würden sogar noch erweitert, wenn sich die von der Kommission in Aussicht gestellte „wirtschaftli-

chere Betrachtungsweise“ von horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen durchsetzt.

14. Das Ziel, eine kohärente Gesetzesanwendung durch den Ausschluss der nationalen Wettbewerbsregelungen zu erreichen, wird durch einen weiteren Umstand behindert. Nach den Vorstellungen der Kommission soll Art. 3 VOE lediglich das materielle Wettbewerbsrecht von der Anwendung ausnehmen, während die *innerstaatlichen Verfahrensvorschriften* weiterhin einschlägig bleiben. Unterschiedliche Verfahrensregeln, Eingriffsmöglichkeiten und Sanktionsbefugnisse vergrößern unweigerlich die Gefahr voneinander abweichender materieller Entscheidungen. Dies gilt insbesondere für zivilrechtliche Verfahren, die von Privaten angestrengt werden. Bei diesen kommen auch Unterschiede im Schadenersatzrecht zum Tragen.

15. Die positiven Auswirkungen, die sich die Kommission von der *Vermeidung paralleler Verfahren* nach nationalem und gemeinschaftlichem Recht erhofft, sind ebenfalls als eher gering zu bewerten. In den meisten Mitgliedstaaten besteht schon jetzt die Möglichkeit, wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen auch auf der Grundlage des Gemeinschaftsrechts zu verfolgen. Greift die zuständige Behörde sowohl auf nationales als auch auf gemeinschaftliches Wettbewerbsrecht zurück, wird dies in aller Regel in ein und demselben Verfahren geschehen. Weder für die Behörde noch für die beteiligten Unternehmen entstehen in einem solchen Fall spürbare zusätzliche Transaktionskosten durch die parallele Anwendung verschiedener Wettbewerbsregeln. Zusätzlicher Aufwand entsteht allerdings, wenn mehrere nationale Wettbewerbsbehörden Untersuchungen einleiten. Damit ist im Rahmen der angestrebten dezentralen Rechtsanwendung vermehrt zu rechnen. Dieser Mehraufwand entsteht unabhängig davon, ob die Verfahren auf der Grundlage innerstaatlichen oder gemeinschaftlichen Rechts geführt werden. So oder so fallen die Unterschiede nationaler Verfahrensrechte, die nach den Vorstellungen der Kommission fortbestehen werden, besonders ins Gewicht. Die Unternehmen haben mit Mehrfachanmeldungen, unterschiedlichen Informationspflichten, verschieden langen Fristen und abweichenden Prüfungsergebnissen zu rechnen. Auf Seiten der Verfolgungsbehörden vervielfachen sich Personal- und Zeiteinsatz, noch verstärkt durch die gegenseitig notwendigen Abstimmungsprozesse.

16. Schließlich vermag in diesem Zusammenhang auch der Hinweis auf gewisse *Erleichterungen bei der Fallallokation* nicht zu überzeugen. Die Kommission will den nationalen Wettbewerbsbehörden mit Art. 13 VOE

die Befugnis einräumen, dem Gemeinschaftsrecht unterstehende Wettbewerbsverfahren auszusetzen, wenn in einem anderen Mitgliedstaat schon ein entsprechendes Verfahren läuft. Diese Befugnis trägt jedoch lediglich dazu bei, zeitgleich stattfindende Parallelverfahren zu vermeiden. Eine sukzessive Abfolge mehrerer nationaler Verfahren verhindert die geplante Regelung hingegen nicht. Außerdem wird die Bedeutung der Vorschrift dadurch geschwächt, dass sie den Mitgliedstaaten nur eine Handlungsoption zur Verfügung stellt, aber keine entsprechende Verpflichtung auferlegt. Soweit die Europäische Kommission gemäß Art. 21 Abs. 1 VOE plant, eine Befugnis zur gegenseitigen Amtshilfe nur bei Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts einzuführen, greift sie ohne Not zu kurz. Es spricht grundsätzlich nichts dagegen, die Mitgliedstaaten auch bei Heranziehung ihrer innerstaatlichen Wettbewerbsregeln zur gegenseitigen Amtshilfe, etwa im Bereich von Zustellungs-, Ermittlungs- und Vollstreckungshandlungen zu verpflichten. Die mit Parallelverfahren verbundenen Nachteile lassen sich im Wege einer Rechtsangleichung nur unzureichend ausräumen. Wirksame Abhilfe könnte lediglich eine klare Kompetenzverteilung schaffen, die Mehrfachzuständigkeiten von vornherein ausschließt und die Kompetenz entweder einem einzelnen Mitgliedstaat oder der Europäischen Kommission zuweist.

3.2 *Rechtmäßigkeit des Vorhabens*

17. Den von der Europäischen Kommission zur Rechtfertigung ihres Vorhabens angeführten Aspekten stehen erhebliche rechtliche Bedenken und gravierende wettbewerbspolitische Nachteile gegenüber, welche die von der Kommission angeführten Vorteile bei weitem überwiegen. Eine *Absenkung des wettbewerblichen Schutzniveaus* insgesamt wäre die Folge.

18. Es bestehen erhebliche Zweifel daran, dass eine so weitreichende Regelung wie die mit Art. 3 VOE vorgesehene *vollständige Verdrängung* des nationalen Wettbewerbsrechts im Verordnungsweg erfolgen kann. Zwar beruft sich die Europäische Kommission in der Begründung zu Art. 3 VOE auf die „Walt Wilhelm-Rechtsprechung“ des EuGH. Nach dem hier festgestellten grundsätzlichen Vorrang des EG-Wettbewerbsrechts könne nationales Recht nur insoweit eingreifen, wie dadurch die einheitliche Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft überall im Binnenmarkt nicht in Gefahr gerate. Somit könnten einerseits auf der Grundlage des Vorrangprinzips eindeutige Konflikte zugunsten des Gemeinschaftsrechts gelöst werden. Andererseits lasse sich dadurch aber nicht wirksam verhü-

ten, dass Sachverhalte in den Mitgliedstaaten abweichend behandelt würden, auch wenn der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt würde. Daher müsse der Lösungsweg beschritten werden, den der EuGH im „Walt Wilhelm“-Fall vorgezeichnet habe, d.h. die alleinige Anwendung des Gemeinschaftsrechts gemäß Art. 83 Abs. 2 lit. e EGV in der Verordnung geregelt werden.

19. Zunächst erscheint fraglich, ob Art. 83 Abs. 2 lit. e EGV auch eine Ermächtigung zum *generellen* Ausschluss des nationalen Rechts umfasst. Nach dem Wortlaut ist dem Rat lediglich die Befugnis eingeräumt, „das Verhältnis zwischen den innerstaatlichen Rechtsvorschriften einerseits und den in diesem Abschnitt enthaltenen oder auf Grund dieses Artikels getroffenen Bestimmungen andererseits festzulegen.“ Sie erlaubt demnach in erster Linie die Regelung des Rangverhältnisses von innerstaatlichem und gemeinschaftlichem Recht. Ein derartiges Rangverhältnis setzt aber zunächst die grundsätzliche Anwendbarkeit beider Rechtsordnungen voraus. Auch der Vergleich mit Art. 21 Abs. 2 FKVO, wonach die Mitgliedstaaten ihr innerstaatliches Wettbewerbsrecht nicht auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung anwenden dürfen, hilft in diesem Zusammenhang nur bedingt weiter. Die Implementierung der Fusionskontrollvorschriften beruhte nämlich nicht allein auf Art. 83 Abs. 2 lit. e EGV. Vielmehr wurde daneben als maßgebliche Rechtsgrundlage Art. 308 EGV (Art. 235 EGV a.F.) herangezogen.

20. Darüber hinaus liegen gewichtige Anzeichen dafür vor, dass die in Art. 3 VOE getroffene Bestimmung *gegen höherrangiges Recht verstößt*. Insbesondere ist fraglich, ob der Ausschluss der nationalen Wettbewerbsvorschriften tatsächlich in Einklang mit der von der Kommission herangezogenen EuGH-Rechtsprechung steht. In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass der vom Gerichtshof festgestellte Vorrang einen Widerspruch zwischen nationalen und gemeinschaftlichen Regeln voraussetzt. Ein solcher Widerspruch liegt aber nicht ohne weiteres vor, wenn innerstaatliche Wettbewerbsregeln einen Sachverhalt strenger regeln als das gemeinschaftliche Recht. Gerade unter dem Gesichtspunkt wirksamen Wettbewerbsschutzes spricht vieles dafür, strengere nationale Bestimmungen nicht als Konfliktfall, sondern als sinnvolle Ergänzung des gemeinschaftlichen Regelwerks zu betrachten. Der Vorrang von Gemeinschaftsrechtsakten setzt ferner voraus, dass sie Ausdruck einer positiv gestaltenden Politik sind. Dies wurde für die konstitutiv wirkenden behördlichen Entscheidungen im bisherigen Anmelde- und Erlaubnisverfahren bejaht. Im Hinblick auf das geplante Legalausnahmesystem lässt das Urteil hinge-

gen keine Rückschlüsse auf das Verhältnis zwischen – den nunmehr rein deklaratorischen – Maßnahmen der Europäischen Kommission und nationalen Wettbewerbsbehörden zu.

21. Schließlich bleibt die Feststellung des EuGH unberücksichtigt, wonach mitgliedstaatliche und gemeinschaftliche Wettbewerbsvorschriften grundsätzlich nebeneinander auf ein- und denselben Sachverhalt anwendbar sind, weil beide Regelungskomplexe unterschiedliche Schutzzwecke verfolgen. Während Art. 81 und 82 EGV die Auswirkungen eines wettbewerblich erheblichen Sachverhalts auf den zwischenstaatlichen Handel beurteilen, regelt das nationale Recht denselben Sachverhalt im Hinblick auf seine innerstaatlichen Auswirkungen. Die Überprüfung ein und desselben Sachverhalts auf der Grundlage des europäischen Rechts einerseits und nach nationalem Recht andererseits kann daher durchaus zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen. Als Bestandteil des primären Gemeinschaftsrechts kann der vom EuGH entwickelte Grundsatz zwar im Verordnungsweg ausgeformt und konkretisiert werden. Die Einführung von Art. 3 VOE würde indes eine grundlegende Abkehr von den im „Walt Wilhelm“-Fall aufgestellten Prinzipien bewirken und damit weit über die erlaubte Konkretisierung hinausgehen. Sie lässt sich nicht durch eine Reform des Sekundärrechts, sondern nur im Weg einer Vertragsänderung herbeiführen.

22. Rechtliche Bedenken gegen die Einführung des Art. 3 VOE bestehen auch unter *Verhältnismäßigkeits- und Subsidiaritätsgesichtspunkten*. Soweit es um die Eignung der geplanten Bestimmung geht, die von der Kommission verfolgten Ziele zu erreichen, wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. Im Hinblick auf die Erforderlichkeit der Vorschrift dürfte es sich bei näherer Betrachtung als ausreichend erweisen, die nationalen Behörden zur Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts zu *verpflichten* und die Anwendung nationaler Vorschriften nur im Falle eines *Widerspruchs* zu gemeinschaftlichen Regeln auszuschließen. Der erste Vorschlag, der die Verpflichtung zur Anwendung der Art. 81 und 82 EGV betrifft, erscheint unumgänglich, will man das Reformziel einer verstärkten dezentralen Anwendung des Gemeinschaftsrechts ernsthaft verfolgen. Bislang wählten die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten, soweit sie überhaupt zur Anwendung des europäischen Rechts ermächtigt waren, zwischen der Heranziehung von nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht. Die Pflicht zur Anwendung des EG-Rechts stellt sicher, dass die Mitgliedstaaten künftig kein diesbezügliches Ermessen ausüben. In Fällen mit zwischenstaatlichen Auswirkungen müssen sie künftig zumindest auch europäisches Wettbewerbsrecht heranziehen und dürfen sich

nicht auf die Anwendung ihrer nationalen Wettbewerbsregeln beschränken. Die zweite vorgeschlagene Maßnahme führt dazu, dass nationales Recht in dem Maße anwendbar bleibt, wie es nicht zu Konflikten mit dem Gemeinschaftsrecht führt. Dem Anliegen nach kohärenter Rechtsanwendung wäre auch auf diesem Wege Genüge getan. Was schließlich die Verhältnismäßigkeit des Vorhabens im engeren Sinne betrifft, sei an dieser Stelle nur auf noch zu erläuternde wettbewerbspolitische Nachteile der geplanten Regelung, insbesondere auf damit einhergehende wettbewerbsrechtliche Schutzlücken und Abgrenzungsprobleme, hingewiesen.

23. Die Ausführungen der Europäischen Kommission zu dem Aspekt der Subsidiarität bleiben im Wesentlichen vage, obwohl der Anwendungsbereich der nationalen Vorschriften zugunsten des europäischen Rechts als Folge der Ausschlussregelung erheblich abnehmen wird. Ihrem eigenen Anliegen, den Wettbewerbsschutz unter Beachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes zu dezentralisieren, wird die Kommission jedenfalls mit der Bestimmung des Art. 3 VOE nicht gerecht. Wie schon die Vorschläge des Weißbuchs zeigen, die keine Verdrängung nationalen Rechts vorsahen, setzt die Dezentralisierung der Rechtsanwendung nicht notwendigerweise einen *Wechsel der anzuwendenden Rechtsordnung* voraus. Wird er dennoch vorgenommen, ist ein gravierender Bedeutungsverlust des nationalen Wettbewerbsrechts abzusehen. In Deutschland wären davon in erster Linie die Bestimmungen der §§ 1 ff., 14 ff. sowie 19 GWB betroffen. Angesichts der weiten Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel dürfte in großen Mitgliedstaaten wie Deutschland zukünftig jede flächendeckende Vereinbarung die Voraussetzungen des Art. 3 VOE erfüllen und damit die Anwendung des Gemeinschaftsrechts hervorrufen. Entsprechende Vereinbarungen, die kleinere Mitgliedstaaten betreffen, wirken sich vermutlich in aller Regel aufgrund der engen wirtschaftlichen Beziehungen insbesondere zu ihren jeweiligen Nachbarstaaten ebenfalls grenzübergreifend aus. Dies gilt um so mehr, wenn auch zukünftig die bloße Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ausreicht, um die alleinige Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts zu bejahen.

3.3 *Wettbewerbspolitische Einwände*

24. Daneben würden sich gravierende wettbewerbspolitische Nachteile aus der ausschließlichen Anwendung des europäischen Rechts ergeben. Die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsgesetze wurden zum Teil in einem jahrzehntelangen Prozess konkretisiert und an nationale Besonderheiten ange-

passt. In der behördlichen und gerichtlichen Praxis haben sich Auslegungs- und Anwendungsgrundsätze über einen langen Zeitraum hinweg entwickelt und geformt. Die damit verbundenen *Vorteile* für Unternehmen und Wettbewerbsbehörden gingen mit dem weitreichenden Ausschluss des nationalen Wettbewerbsrechts unvermeidlich verloren. Zugunsten von Rechtsanwendern sowie betroffenen Wirtschaftskreisen wurde ein hoher Grad an Rechtssicherheit erreicht, der zukünftig so ebenfalls nicht mehr aufrechterhalten bleiben wird. Dazu dürfte unter anderem der Umstand beitragen, dass bestehende nationale Anmelde- und Erlaubnissysteme praktisch obsolet werden, wenn die überwiegende Zahl der Fälle ausschließlich nach den Regeln des Legalausnahmeprinzips zu beurteilen ist. Als Konsequenz entfällt für betroffene Unternehmen ebenso wie für potentielle Beschwerdeführer der Anspruch auf eine Stellungnahme durch die angerufene Wettbewerbsbehörde. Dieser *Verlust an subjektiven Rechten* steht im Übrigen in krassem Widerspruch zu dem Bestreben der Kommission, die Rechte privater Kläger im Zivilprozess auszuweiten und unmittelbare Klagen vor Gericht zu fördern. Schließlich besteht die ernst zu nehmende Gefahr von wettbewerbsrechtlichen Schutzlücken, sollte Art. 3 VOE in der geplanten Weise realisiert werden.

Insbesondere im Bereich der Missbrauchskontrolle sind die deutschen Regelungen *wesentlich differenzierter* ausgestaltet und weisen mit § 19 Abs. 2 und § 19 Abs. 3 GWB Legaldefinitionen und Vermutungstatbestände auf. Im Bereich „essential facility“ legt § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB eine wichtige Beweislastumkehr fest. Schließlich enthält Art. 82 EGV keine Möglichkeit, relative Marktmacht zu kontrollieren. Der jüngst vom Bundeskartellamt erlassene Beschluss zu den Mineralölpreisen hätte auf der Grundlage des Art. 82 EGV nicht ergehen können. Allein dieses Beispiel belegt, dass die Kommission mit der Regelung des Art. 3 VOE auf bewährtes nationales Recht verzichtet und damit eine Verringerung des Wettbewerbsschutzes in Kauf nimmt.

Die Unterschiede zwischen Art. 81 Abs. 1 EGV und dem nationalen Kartellverbot in § 1 GWB sind zwar auf den ersten Blick gering. Dennoch kann sich eine ergänzende Heranziehung des nationalen Rechts vor dem Hintergrund unterschiedlicher Anwendungsbereiche der beiden Normen als sachgerecht erweisen. So bewertet die Europäische Kommission etwa Preisempfehlungen als zweiseitige Verhaltensweisen, die nach Art. 81 EGV zu beurteilen sind. Dies ist nicht immer überzeugend, wie die Aufhe-

bung des Beschlusses der Kommission in dem Verfahren „Adalat“ durch den EuGH zeigt.⁵ Dagegen werden Preisempfehlungen in Deutschland als einseitige Verhaltensweisen bewertet und einer besonderen Missbrauchsaufsicht unterstellt. Bei ausschließlicher Geltung von Art. 81 EGV könnten die effizienteren nationalen Bestimmungen nicht mehr herangezogen werden. Daneben stimmt die faktische Bindung der nationalen Wettbewerbsbehörden an Bekanntmachungen und Leitlinien der Kommission bedenklich, die mit der ausschließlichen Anwendbarkeit von Art. 81 EGV einherginge. Ein Abweichen von der de minimis-Schwelle bei horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen, die erst kürzlich auf 10 % angehoben wurde, wäre nicht mehr praktikierbar. Ebenso wenig könnte sich das Bundeskartellamt den Leitlinien der Kommission zur Behandlung horizontaler Vereinbarungen, d.h. der primär ökonomischen Beurteilung, entziehen. Erhebliche Unterschiede zwischen dem deutschen und dem europäischen System bestehen außerdem bei den jeweiligen Ausnahmen vom Kartellverbot. Während die §§ 2 ff. GWB einzelne, differenziert ausgeformte Freistellungstatbestände zur Verfügung halten, stellt das europäische Wettbewerbsrecht mit Art. 81 Abs. 3 EGV eine Generalklausel bereit. Daraus resultieren wesentliche Unterschiede im Hinblick auf die vorhandenen Beurteilungsspielräume und die verfahrensrechtlichen Regelungen, die ihrerseits erhebliche Rückwirkungen auf die Anwendung des materiellen Rechts haben. Durch die differenzierte Gestaltung der §§ 2 ff. GWB hat der Gesetzgeber bereits bestimmte Fallgruppen von Freistellungen vorgegeben und die unterschiedliche Intensität der Wettbewerbsbeschränkungen in den verschiedenen Legalisierungsverfahren wiedergegeben. Damit beschränkt der Gesetzgeber den Beurteilungsspielraum des Rechtsanwenders und gewährleistet ein hohes Maß an Rechtssicherheit für alle Betroffenen. Im Vergleich dazu eröffnet eine Generalklausel einen weiten Interpretationsspielraum für die Rechtsanwendung durch Unternehmen, Behörden und Gerichte, der mit Unsicherheiten für alle Beteiligten verbunden ist.

25. Zu einer weiteren Schwächung der Wettbewerbsaufsicht im Bereich der Art. 81 und 82 EGV dürften *Abgrenzungsprobleme* beitragen, die aus der Einführung von Art. 3 VOE erwachsen. Bislang konnten Behörden und Gerichte gemeinschaftliches und nationales Wettbewerbsrecht grundsätzlich nebeneinander anwenden und ihre Entscheidungen auf beide Rechts-

⁵ EuGH, Urteil vom 26. Oktober 2000 – Rechtssache T-41/96, Bayer/Europäische Kommission.

ordnungen stützen. Zweifelsfragen hinsichtlich der Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts mussten daher nicht bis ins letzte Detail untersucht und verbindlich geklärt werden. Selbst bei einer fehlerhaften Annahme der zwischenstaatlichen Wirkungen einer Vereinbarung oder Verhaltensweise blieb die kartellrechtliche Entscheidung rechtmäßig, wenn sie von innerstaatlichen Wettbewerbsregeln getragen wurde.

Die Vorschrift des Art. 3 VOE hat hingegen zur Folge, dass nationale Behörden und Gerichte vor der eigentlichen materiell-rechtlichen Prüfung verbindlich über die Frage der Zwischenstaatlichkeit befinden müssen. Damit vermehrt sich einerseits der notwendige Zeit-, Kosten- und Personalaufwand bei Behörden und Gerichten, welche die entsprechende Ermittlungs- und Prüfungstätigkeit vornehmen müssen. Gleichzeitig erhöht die Notwendigkeit einer verbindlichen Aussage darüber, welche Rechtsordnung jeweils anwendbar ist, die *Angreifbarkeit* von behördlichen und gerichtlichen Entscheidungen ohne Not. Das nach Art. 3 VOE allein entscheidende Kriterium der zwischenstaatlichen Betroffenheit ist im Einzelfall mit einer Vielzahl von komplexen Auslegungs- und Anwendungsfragen behaftet. Beispielhaft sei nur auf die so genannte Bündeltheorie hingewiesen. Aber auch die seit einiger Zeit erkennbaren Bemühungen um eine Eindämmung der weiten Auslegung des EuGH, wonach bereits jede Möglichkeit einer unmittelbaren oder mittelbaren, aktuellen oder potentiellen Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ausreicht, dürfte zu weiteren Zweifelsfragen führen. Rechtsunsicherheiten auf Seiten der Beschwerdeführer, der betroffenen Unternehmen und der beteiligten staatlichen Instanzen werden daraus folgen. Selbst der Hinweis auf die angestrebte Kohärenz nationaler Entscheidungen kann die mit Art. 3 VOE verbundene Erschwernis der effizienten Rechtsdurchsetzung nicht rechtfertigen, solange gemeinschaftliche und innerstaatliche Wettbewerbsregeln in Einklang stehen. Auch hieraus ergibt sich die Vorzugswürdigkeit einer Lösung, die den Ausschluss des nationalen Rechts auf Konfliktfälle mit den europäischen Wettbewerbsregeln begrenzt.

26. Die Bestimmung des Art. 3 VOE birgt schließlich eine Reihe *ungelöster Detailfragen*, die wiederum zu Rechtsunsicherheiten führen müssen. Insbesondere fällt auf, dass die von der Europäischen Kommission gewählte Formulierung das Tatbestandmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung nicht ausdrücklich nennt. Anscheinend beabsichtigt die Kommission, jedes Verhalten unabhängig von seiner wettbewerblichen Wirkung in den Anwendungsbereich des Art. 3 VOE aufzunehmen. Dies hängt möglicherweise mit jüngeren Tendenzen auf europäischer Ebene zusammen, hin-

sichtlich bestimmter Verhaltensweisen, insbesondere im Bereich der Vertikalvereinbarungen, bereits das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung abzulehnen. Die Einbeziehung sämtlicher zwischenstaatlich wirkender Verhaltensweisen in den Anwendungsbereich der Bestimmung ohne Berücksichtigung ihrer wettbewerblichen Folgen schießt allerdings auch unter diesem Gesichtspunkt über das Ziel hinaus. Zum Schutz effizienten Wettbewerbs erscheint es auch insoweit sachgerechter, mitgliedstaatliche Regelungen nur in den Fällen außer Kraft zu setzen, in denen sie zu echten Konflikten mit dem Gemeinschaftsrecht führen.

27. Offen bleibt in der gegenwärtigen Fassung des Art. 3 VOE schließlich das Verhältnis von gemeinschaftlichem Wettbewerbsrecht und kartellrechtlichen *Spezialregeln* im nationalen Recht, wie sie in Deutschland etwa für den Telekommunikations-, Post- und Energiebereich existieren. Eine Verdrängung dieser Sonderregelungen, mit denen gerade Richtlinien der Kommission umgesetzt wurden und die dem Schutz der Wettbewerber dienen, solange auf den Märkten noch kein wirksamer Wettbewerb herrscht, kommt aus wettbewerbspolitischen Gründen nicht in Betracht. Art. 83 Abs. 2 lit. e EGV bietet auch keine ausreichende Rechtsgrundlage für eine Neuregelung von Bereichen, die der Gemeinschaftsgesetzgeber auf anderer Grundlage und im Mitentscheidungsverfahren zwischen Rat und Parlament geregelt hat. Eine entsprechende Klarstellung ist in den Verordnungstext aufzunehmen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Marktöffnung in einigen Mitgliedstaaten nur partiell spezialgesetzlich geregelt wurde und im Übrigen das allgemeine Kartellrecht gilt. Die Formulierung des Art. 3 VOE sollte keine Anreize für den nationalen Gesetzgeber setzen, wegen der weitergehenden Gestaltungsspielräume vermehrt sektorspezifische Regelungen zu erlassen. Dies würde dem Ziel eines einheitlichen und branchenübergreifenden Wettbewerbsrechts zuwiderlaufen.

28. Aufgrund der Kritik mehrerer Mitgliedstaaten ist inzwischen bei der Europäischen Kommission ein gewisses Entgegenkommen erkennbar. Im Raume steht, Art. 3 VOE hinsichtlich der Missbrauchskontrolle dahingehend zu modifizieren, dass jedenfalls *strengere nationale Bestimmungen* anwendbar bleiben. Die Regelung des Art. 82 EGV würde unter diesen Umständen eine Art Mindeststandard darstellen, der von den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden in keinem Fall unterschritten werden darf. Eine einheitliche Behandlung von Missbräuchen marktbeherrschender Stellungen ist damit gewährleistet. Darüber hinaus bleiben ergänzende Vorschriften des nationalen Rechts anwendbar, wodurch wettbewerbliche Schutzlücken erfolgreich vermieden und entsprechende wettbewerbspoliti-

sche Bedenken ausgeräumt werden. Bedauerlicherweise besteht bislang in Bezug auf Art. 81 EGV keine Kompromissbereitschaft seitens der Europäischen Kommission. Sie weist entsprechende Überlegungen der Mitgliedstaaten nach wie vor zurück. Der Bundesregierung wird daher empfohlen, im weiteren Beratungsprozess *nachdrücklich* für eine Regelung im Bereich der Kartellaufsicht einzutreten, wie sie von der „Walt Wilhelm“-Rechtsprechung des EuGH vorgegeben wird. Verbietet Art. 81 EGV eine Verhaltensweise, die das nationale Recht erlaubt, soll sich auch in Zukunft die europäische Regelung klar durchsetzen. Spricht hingegen nur das nationale Recht ein Verbot aus, bleibt seine Anwendung auf die wettbewerblich relevante Verhaltensweise weiterhin zulässig. Gegebenenfalls sollte die Bundesregierung diese Forderung im Wege einer *Vertragsklage* verfolgen.

4 Kompetenzverteilung zwischen gemeinschaftlichen und nationalen Behörden

29. Ein Kernstück des Reformvorschlags stellt die Aufhebung des Freistellungsmonopols im Rahmen des Art. 81 Abs. 3 EGV dar. Wo bislang die Europäische Kommission ausschließlich tätig war, sollen in Zukunft nationale Behörden die Tätigkeit der Gemeinschaftsorgane ergänzen. Ihnen wird die umfassende Anwendung des Art. 81 EGV aufgegeben. Ein zentrales Problem, das an dieses Dezentralisierungsvorhaben anknüpft, betrifft die *Zuständigkeitsverteilung* zwischen den eingebundenen staatlichen Instanzen. Dabei stellt sich die Frage der Kompetenzverteilung einerseits im Verhältnis von Gemeinschaftsorganen und nationalen Wettbewerbsbehörden, andererseits im Verhältnis der verschiedenen innerstaatlichen Behörden untereinander.

30. Um so mehr verwundert es, dass der Verordnungsentwurf zu dieser Problematik *kaum Aussagen* trifft. Die Bestimmungen der Art. 4 und 5 VOE firmieren zwar unter dem Stichwort „Kompetenzen“, erteilen inhaltlich aber nur die Befugnis zu bestimmten Maßnahmen. Für das Vertikalverhältnis zwischen Europäischer Kommission und innerstaatlichen Behörden findet sich lediglich in Art. 11 Abs. 6 VOE eine Regelung. Hiernach entfällt die Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden zur Anwendung der Art. 81 und 82 EGV, sobald die Kommission ein entsprechendes Verfahren einleitet. Im Horizontalverhältnis soll laut Europäischer Kommission stets die „am besten geeignete Behörde“ zuständig sein.⁶ Dieser Begriff lässt völlig offen, nach welchen Maßstäben die Eignung einer Wettbewerbsbehörde zu beurteilen ist. Die Zuständigkeit ließe sich hiernach unter anderem sowohl für das Land begründen, in dem die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung geschlossen wurde als auch für den Mitgliedstaat, in dem die Mehrzahl der Kartellmitglieder einerseits oder die überwiegende Anzahl der Kartellopfer andererseits ihren Sitz hat.

Daneben enthält Art. 29 Abs. 2 VOE, wonach jede Wettbewerbsbehörde befugt ist, eine Gruppenfreistellungsverordnung auf dem nationalen Markt zu widerrufen, wenn dieser oder ein Teil desselben einen gesonderten Markt darstellt, eine mittelbare Kompetenzregelung. Außerdem legt Art. 13 VOE die Möglichkeit nationaler Behörden fest, ein Verfahren auszusetzen oder einzustellen bzw. eine Beschwerde abzuweisen, sofern bereits

⁶ Begründung zum VOE, 2a).

eine andere Wettbewerbsbehörde in demselben Fall tätig geworden oder noch aktiv ist. Was hingegen völlig fehlt, sind Vorschläge für eine *sachliche Zuordnung* von Vorgängen in die verschiedenen Kompetenzbereiche sowie darauf abgestimmte *formale Verteilungsverfahren*. Damit bleiben elementare Verfahrensrechte von betroffenen Unternehmen und privaten Beschwerdeführern unbeachtet. Schließlich berücksichtigt die Kommission die verfassungsrechtlichen Implikationen ihres Vorschlages ersichtlich zu wenig.

4.1 Verfassungsrechtliche Implikationen

31. Eine Übertragung von Kompetenzen auf zwischen- oder supranationale Einrichtungen ist vom deutschen Verfassungsrecht zweifellos gedeckt. Das Grundgesetz ist durch das Bekenntnis zur europäischen Einigung bestimmt, was schon in der Präambel zum Ausdruck kommt. Diese Zielvorstellung wird durch Art. 23 Abs. 1 S. 2, 24 Abs. 1 GG dahingehend ergänzt, dass der Bund durch Gesetz Hoheitsrechte auf die Europäische Gemeinschaft übertragen kann. Eine Regelung, wonach deutsche Wettbewerbsbehörden zugunsten der Europäischen Kommission auf kartellrechtliche Kompetenzen verzichten, stößt somit nicht auf verfassungsrechtliche Bedenken. Dies gilt auch hinsichtlich der in Art. 11 Abs. 6 VOE statuierten Befugnis der Kommission, den nationalen Behörden unter bestimmten Umständen Verfahren zu entziehen. Bedenklich muss aber die *Kompetenzübertragung an Behörden anderer Mitgliedstaaten* erscheinen, wie sie in Art. 13 VOE indirekt vorgesehen ist. Eine den Art. 23, 24 GG entsprechende Ermächtigung zur Übertragung von Hoheitsrechten an andere Mitgliedstaaten der EU existiert jedenfalls im deutschen Verfassungsrecht nicht. Das Problem wird weiter dadurch verschärft, dass nach der Begründung des Verordnungsvorschlags den nationalen Entscheidungen keine extraterritoriale Wirkung zukommen soll. Die Zuweisung von Hoheitsrechten zwischen verschiedenen Mitgliedstaaten auf der einen Seite fände also keine Entsprechung auf der Rechtsfolgenseite.

32. Verfassungsrechtliche Bedenken sowie sonstige Schwierigkeiten und Reibungsverluste könnten nachhaltig ausgeschlossen werden, wenn statt der geplanten Übertragung von Freistellungskompetenzen auf die nationalen Kartellbehörden eine lediglich *formale Dezentralisierung* vorgenommen würde, wie sie die Monopolkommission bereits früher vorgeschlagen

hat.⁷ In diesem Zusammenhang bieten sich zwei Lösungsansätze an: Im Rahmen des ersten wenden weiterhin Mitarbeiter der Europäischen Kommission, die in die nationalen Wettbewerbsbehörden abgestellt wurden, die gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln an und treffen die Entscheidungen in Fällen mit zwischenstaatlichem Bezug. Sie werden bei der Entscheidungsvorbereitung von Angehörigen der mitgliedstaatlichen Behörden unterstützt. Die zweite Möglichkeit, deutsche Verfassungsgebote und den Ansatz der Kommission in Einklang zu bringen, besteht darin, die nationalen Wettbewerbsbehörden im Wege einer Art Auftragsverwaltung oder Beleihung mit der Wahrnehmung von EU-Kompetenzen zu betrauen. Dies erscheint möglich, wenn man sich vor Augen hält, dass alle in Betracht kommenden Sachverhalte derzeit unter das Freistellungsmonopol der Kommission fallen. Sie könnte mithin einen Teil dieser Gemeinschaftskompetenzen im Rahmen der Dezentralisierung auf die Mitgliedstaaten zur dezentralen Wahrnehmung verteilen. Eine Abgabe entsprechender Zuständigkeiten von nationalen Wettbewerbsbehörden an Behörden anderer Mitgliedstaaten würde unter den genannten Voraussetzungen keine verfassungsrechtlichen Bedenken auslösen, da es sich ihrer Herkunft nach um Gemeinschaftskompetenzen handelt. Darüber hinaus ließe sich die extraterritoriale Geltung von nationalen Entscheidungen, die nach europäischem Recht ergangen sind, problemlos begründen.

4.2 Festlegung praktikabler Abgrenzungskriterien

33. Die Implementierung praktikabler sachlicher Kriterien für die Fallverteilung stellt eine weitere unverzichtbare Voraussetzung für das Gelingen der gesamten Reform dar. Nur auf ihrer Grundlage lassen sich aufwendige Parallelverfahren in mehreren Mitgliedstaaten vermeiden. Dies dürfte wiederum eine wesentliche Bedingung für die Akzeptanz der angestrebten Dezentralisierung durch die betroffenen Wirtschaftskreise und staatlichen Institutionen darstellen. Ein „forum shopping“ durch Beschwerdeführer, also die Wahl der Behörde, von der man für sich selbst das günstigste Ergebnis einer kartellrechtlichen Prüfung erwartet, wird mit einer eindeutigen Zuständigkeitsverteilung erheblich erschwert. Schließlich erfordert das Gebot der Rechtssicherheit die Einführung möglichst konkreter Kompetenzregeln. Soll wie nach den Vorstellungen der Kommission die Beschwerdetätigkeit Privater gefördert werden, muss für diese unmittelbar

⁷ Monopolkommission, Sondergutachten 28, a.a.O., Tz. 69.

erkennbar sein, an welche Wettbewerbsbehörde sie sich im Einzelfall zu wenden haben. Aber auch Unternehmen, die in Bezug auf eine wettbewerbsrelevante Absprache Planungssicherheit anstreben oder gegen die ein behördliches Verfahren eingeleitet wird, besitzen ein berechtigtes Interesse daran, schnell und unkompliziert feststellen zu können, welche Behörde sachlich und örtlich zuständig ist. Eine *nähere Spezifizierung der Kompetenzverteilung* im Verordnungstext erscheint daher unerlässlich.

34. Kriterien zur Zuordnung von Kompetenzen müssten zunächst bestimmte *allgemeine Anforderungen* erfüllen. Insbesondere sollten diese Kriterien sowohl im Rahmen von Verfahren nach Art. 81 EGV einerseits und Art. 82 EGV andererseits als auch in von Amts wegen und aufgrund von Beschwerden eingeleiteten Verfahren anwendbar sein. Daneben ist darauf zu achten, dass die maßgeblichen Faktoren im Interesse der Rechtssicherheit möglichst konkret ausgestaltet sind, ohne die notwendige Flexibilität vermissen zu lassen.

35. Soweit ersichtlich, besteht jedenfalls Einigkeit darüber, dass eine dezentrale Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts nur in Fällen mit überwiegend nationalem Charakter in Betracht kommt. Wie das Bundeskartellamt bereits früher dargelegt hat, lässt sich der *nationale Schwerpunkt* eines kartellrechtlich erheblichen Vorgangs entweder mit Hilfe quantitativer oder auf der Grundlage qualitativer Abgrenzungskriterien ermitteln.⁸ Hiernach kommen als *quantitative* Indikatoren absolute oder relative Umsatzschwellen in Betracht. Insbesondere relative Umsatzschwellen erscheinen geeignet, Hinweise auf die räumlichen Tätigkeitsschwerpunkte von Unternehmen und somit auf nationale Schwerpunkte zu geben. Das Bundeskartellamt hat in diesem Zusammenhang eine Umsatzschwelle in Anlehnung an die so genannte Zwei-Drittel-Klausel des Art. 1 Abs. 2 FKVO für möglich erachtet. Quantitative Kriterien bieten zweifelsohne ein hohes Maß an Praktikabilität und Transparenz, was gleichzeitig die Rechtssicherheit für betroffene Wirtschaftskreise und Aufsichtsbehörden fördert. Allerdings besitzen sie für die Zuständigkeitsabgrenzung im Bereich der Verhaltenskontrolle, die auf die wettbewerbliche Prüfung von unternehmerischen Verhaltensweisen in bestimmten Märkten abzielt, nur geringe Aussagekraft. Es erscheint außerdem politisch ausgeschlossen, Wettbewerbsbehörden kleinerer Mitgliedstaaten die Zuständigkeit für die

⁸ Bundeskartellamt, Arbeitsunterlage Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 8./9. 10. 1998 in Berlin.

Verfolgung einer Wettbewerbsbeschränkung mit Auswirkungen auf deren Territorium mit der Begründung abzusprechen, das Kartell habe zwei Drittel seiner Umsätze in einem anderen Mitgliedstaat.

36. Im Rahmen der Verhaltensaufsicht erlauben *qualitative* Abgrenzungskriterien eine sachgerechtere Abgrenzung von nationalen Fällen und Vorgängen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung. Sie eignen sich ferner zur Kompetenzzuweisung sowohl im Verhältnis zwischen Mitgliedstaat und Europäischer Kommission als auch im Verhältnis mehrerer Mitgliedstaaten untereinander. Ihnen sollte daher der Vorzug gegeben werden, obwohl sie naturgemäß weniger eindeutig sind als die genannten Umsatzschwellen. Die Wahl qualitativer Faktoren hätte den weiteren Vorteil, dass an bereits vorhandene Überlegungen und entsprechende Bestimmungen auf Gemeinschaftsebene angeknüpft werden könnte. Die Kommission hat in der „Bekanntmachung über ihre Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten bei der Bearbeitung von Fällen im Anwendungsbereich der Art. 81 und 82 EGV“⁹ bereits Leitlinien für die Verteilung der anfallenden Aufgaben aufgestellt. Hiernach ergibt sich die Zuständigkeit eines Mitgliedstaates im Regelfall, wenn sich die Auswirkungen einer Vereinbarung oder eines Missbrauchs im Wesentlichen auf sein Hoheitsgebiet beschränken. Ferner muss die nationale Wettbewerbsbehörde mit den entsprechenden Ressourcen und Befugnissen ausgestattet sein, um die von ihr aufgegriffenen Vorgänge zu ermitteln und zu Ende zu führen. Dementsprechend dürfte in aller Regel ein Fall mit nationalem Charakter vorliegen, wenn räumlich relevante Märkte in einem einzigen Mitgliedstaat oder lediglich Randregionen anderer Mitgliedstaaten betroffen sind. Dasselbe gilt, wenn ein enger Sachzusammenhang zu Verfahren besteht, die bereits bei der Wettbewerbsbehörde oder einer sektorspezifischen Behörde des betreffenden Mitgliedstaats anhängig sind.

37. Der Aspekt des nationalen Schwerpunkts im oben erläuterten Sinn ist auch in Fällen sachgerecht, in denen mehrere nationale Wettbewerbsbehörden – entweder auf der Grundlage von Beschwerden oder von Amts wegen – gleichzeitig oder zeitlich versetzt ein und denselben wettbewerblich erheblichen Vorgang prüfen. Art. 13 VOE eröffnet insoweit die Möglichkeit, ein nationales Verfahren auszusetzen, sofern eine andere innerstaatliche Behörde ihre Untersuchung fortsetzt oder bereits beendet hat.

⁹ 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. 1997 Nr. C 313, S. 3 ff.

Die Bestimmung lässt jedoch völlig offen, welche Wettbewerbsbehörde als die „geeignetste“ angesehen wird, ihr Verfahren weiterzuführen und welche Wettbewerbsbehörde die von ihr eingeleitete Prüfung aussetzen sollte. Das Kriterium des nationalen Schwerpunkts erweist sich in diesem Zusammenhang beispielsweise auch der Einführung eines zeitlichen Kriteriums überlegen. Hinge die Zuständigkeit in derartigen Fällen ausschließlich davon ab, welche nationale Behörde die ersten Verfahrenshandlungen vorgenommen hat, bestünde die ernsthafte Gefahr des „forum shopping“ durch Beschwerdeführer.

38. Dem nationalen Schwerpunkt steht das *besondere Gemeinschaftsinteresse* als Zuordnungskriterium gegenüber. Hiernach verbleiben Vorgänge mit besonderer Bedeutung für die Gemeinschaft im Zuständigkeitsbereich der Europäischen Kommission. Auch insoweit gibt die erwähnte Bekanntmachung erste Aufschlüsse. Ein besonderes Gemeinschaftsinteresse könnte zunächst in Fällen bejaht werden, die neue Rechtsfragen aufwerfen, zu denen noch keine Entscheidung der Gemeinschaftsorgane ergangen ist. Ebenso liegen die Dinge, wenn eine Rechtsfrage in mehreren Mitgliedstaaten relevant wird und divergierende Auffassungen dazu bestehen. Die Kommission ist auf diese Weise in der Lage, die Fortentwicklung der europäischen Wettbewerbspolitik maßgeblich zu beeinflussen und die einheitliche Rechtsanwendung durch Vorgabe bestimmter Ergebnisse zu fördern, welche die nationalen Behörden in der Regel nicht unberücksichtigt lassen werden. Ferner können wettbewerbswidrige Verhaltensweisen von öffentlichen Unternehmen gemäß Art. 86 Abs. 1 EGV und von Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EGV von besonderer Bedeutung für die Gemeinschaft sein. Derartige Vorgänge sollten insbesondere dann unter dem Vorbehalt einer Prüfung durch die Kommission stehen, wenn aufgrund mangelnder institutioneller Unabhängigkeit der jeweils zuständigen nationalen Kartellbehörde Anhaltspunkte für Interessenkonflikte zu befürchten sind. Aus denselben Gründen müsste die Kommission daneben die Zuständigkeit zur Prüfung von Fällen behalten, in denen 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 Wettbewerbsbehörden dar, wenn ausländische Unternehmen betroffen sind. Gerade in diesem Zusammenhang besteht aber die Gefahr, dass nationale Behörden nur geringes Interesse zeigen, wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen der Marktinser aus dem eigenen Land stringent zu verfolgen.

39. Die Zuständigkeit der Kommission könnte darüber hinaus erhalten bleiben, wenn ein Vorgang in mindestens drei Mitgliedstaaten wettbewerbliche Auswirkungen zeitigt, ohne dass sich ein nationaler Schwerpunkt feststellen lässt. In einem System der dezentralen Anwendung der europäischen Wettbewerbsregeln ist der Kompetenzbereich der Kommission daneben in einer Weise auszugestalten, die ihr die Wahrung der Rechtseinheit ermöglicht. Die Kommission müsste demnach auch für Vorgänge zuständig sein, in denen die ernsthafte Gefahr besteht, dass nationale Behörden in erheblichem Umfang von gefestigten Auslegungsprinzipien und Anwendungsgrundsätzen des europäischen Wettbewerbsrechts abweichen.

40. Festzustellen bleibt, dass die Europäische Kommission mit dem Verordnungsentwurf zwar die ausschließliche Zuständigkeit *einer* Wettbewerbsbehörde – sei es die Kommission selbst, sei es eine mitgliedstaatliche Behörde – anstrebt. Dazu sollen Vorkehrungen wie die Befugnis der Mitgliedstaaten zur gegenseitigen Amtshilfe und zur Aussetzung bzw. Einstellung von Verfahren beitragen. Bei allen Bemühungen um eine Vermeidung von Mehrfachzuständigkeiten werden sich in der Praxis allerdings Parallelverfahren nicht vermeiden lassen. Qualitative Kriterien führen nicht immer zur Eindeutigkeit der Zuständigkeit. Ein klarer nationaler Schwerpunkt lässt sich beispielsweise nur schwer ermitteln, wenn relevante Verhaltensweisen mehrere nationale Märkte berühren. Auch ein gemeinschaftsweites Interesse wird in derartigen Fällen nicht stets zu begründen sein. Zudem unterliegt die Kommission in keinem Fall der Verpflichtung zum Tätigwerden. Die mit Parallelverfahren verbundenen negativen Folgen sind hinlänglich bekannt und müssen durch eine verstärkte Kooperation – Informationsaustausch, Abstimmung von Verfahrensfristen und Entscheidungen – zwischen den betroffenen nationalen Wettbewerbsbehörden vermindert werden.

Bei allen Problemen, die Parallelverfahren mit sich bringen, können sich konkurrierende Zuständigkeiten in einem dezentralisierten System allerdings auch als positiv erweisen. Dies gilt besonders vor dem Hintergrund, dass auch nationale Wettbewerbsbehörden nicht zum Eingreifen verpflichtet sind. Bei ausschließlicher Zuständigkeit einer Wettbewerbsbehörde würde es in deren Ermessen stehen, ob ein kartellrechtlich relevanter Sachverhalt verfolgt würde oder nicht. Die Durchsetzung kartellrechtlicher Normen könnte letztlich davon abhängen, ob gerade zeitliche, personelle und finanzielle Ressourcen zur Verfügung stehen. Zudem bestünde die Gefahr, dass aufgrund nationaler Interessen besonders großzügige Maß-

stäbe bei der Prüfung von Verhaltensweisen innerstaatlicher Unternehmen angelegt würden. Konkurrierende Zuständigkeiten begünstigen hier eine effiziente Rechtsdurchsetzung, weil Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten nicht aufgrund Kompetenzmangels an der Durchführung von kartellrechtlichen Verfahren gehindert sind.

4.3 Streitbeilegungsmechanismen

41. Der Verordnungsvorschlag enthält keine Vorgaben für Mechanismen der Fallverteilung. Im Vertikalverhältnis geht die Kommission offenbar davon aus, dass sie allein entscheidet, welche Verhaltensweisen von ihr aufgegriffen werden. Mitwirkungsrechte der Mitgliedstaaten sind jedenfalls in dem Verordnungsentwurf nicht vorgesehen. In Bezug auf das Horizontalverhältnis zwischen nationalen Behörden fehlt ebenfalls jede Regelung. Die Mitgliedstaaten sollen sich demnach untereinander einigen, wo der nationale Schwerpunkt einer Verhaltensweise liegt und eine entsprechende kartellrechtliche Prüfung vorgenommen wird.

42. In einer Vielzahl der Fälle dürfte sich die Fallallokation in der Tat als unproblematisch erweisen. Mitgliedstaaten, in denen Verhaltensweisen keine Auswirkungen zeitigen, werden in der Regel kein Interesse an der Durchführung eines kartellrechtlichen Verfahrens zeigen. Wirken sich hingegen kartellrechtlich erhebliche Vorgänge nach Ansicht mehrerer Mitgliedstaaten auf deren Hoheitsgebiet aus, sind *Unstimmigkeiten bei der Kompetenzverteilung* vorprogrammiert. Vorstellbar sind derartige Streitfälle insbesondere dann, wenn nationale Interessen auf dem Spiel stehen, z.B. politisch gewichtige Unternehmen beteiligt sind, die als gesamtwirtschaftlich und damit industriepolitisch besonders wichtig angesehen werden. Im Vertikalverhältnis dürften darüber hinaus gewisse institutionelle Eigeninteressen von gemeinschaftlichen und nationalen Wettbewerbsbehörden zu Meinungsverschiedenheiten bei der Kompetenzabgrenzung führen. In dem neuen wettbewerbsaufsichtsrechtlichen Gesamtgefüge müssen sich die jeweiligen Wettbewerbsbehörden erst noch positionieren. Ihre Stellung und Bedeutung werden wesentlich davon abhängen, ob es ihnen gelingt, eine gewisse Anzahl wettbewerbsrechtlich gravierender und damit öffentlichkeitswirksamer Vorgänge zu bearbeiten. Bis diese Entwicklung kurz- bis mittelfristig abgeschlossen ist, dürfte es daher noch zu einer Reihe von Auseinandersetzungen über das Vorliegen eines nationalen Schwerpunkts bzw. eines besonderen Gemeinschaftsinteresses kommen. Gerade für diese problematischen Fälle ist Vorsorge zu treffen. Auf ein

formalisiertes Verteilungsverfahren kann daher nicht verzichtet werden, soll das Gelingen der Dezentralisierungsbemühungen nicht ernsthaft gefährdet werden.

43. Verfahrensvorschriften müssen das Interesse der Unternehmen an raschen Entscheidungen mit dem Bestreben nach einer möglichst sachgerechten Kompetenzzuweisung in Einklang bringen. Ein formalisierter Entscheidungsmechanismus sollte daher auf Konfliktfälle begrenzt bleiben. Im Einzelnen kommen unter anderem folgende Optionen in Betracht: Denkbar wäre etwa die Einschaltung des Beratenden Ausschusses oder eines anderen Koordinationsgremiums, das mit begrenzten Mitwirkungs- oder weitergehenden Entscheidungsbefugnissen versehen ist. Eine weitere Möglichkeit stellen befristete Vetorechte der Mitgliedstaaten bei ihrer Auffassung nach erheblichen wettbewerblichen Auswirkungen auf dem eigenen Hoheitsgebiet dar. In Frage kommen schließlich Lösungen, die der Europäischen Kommission ein Letztentscheidungsrecht übertragen, beispielsweise in Form von Vorabentscheidungsbefugnissen, die auf dem Weg über Art. 230 EGV von den Mitgliedstaaten angegriffen werden können.

4.4 *Regelungsebene*

44. Schließlich bleibt zu klären, auf welcher Regelungsebene die Kriterien und verfahrensrechtlichen Aspekte der Zuständigkeitsverteilung statuiert werden sollen. Die Kommission bevorzugt offenbar eine Festlegung unterhalb der Verordnungsebene und strebt die Veröffentlichung einer entsprechenden Bekanntmachung an. Sie beachtet dabei offenbar nicht, dass Aussagen in Bekanntmachungen ebenso wie in der Begründung zur geplanten Verordnung *keine Bindungswirkung* hinsichtlich der Mitgliedstaaten entfalten. Damit würden die Wirkungen der sachlichen Abgrenzungskriterien und Entscheidungsprozesse erheblich geschwächt und weitere Rechtsunsicherheiten geschaffen. Gegen eine Festlegung im Rahmen einer Bekanntmachung spricht ferner der Umstand, dass die Mitgliedstaaten weder bei der erstmaligen Verankerung noch bei einer späteren Änderung der Bestimmungen über Mitspracherechte verfügten. Ein berechtigtes Interesse an der Mitwirkung in diesem Bereich ergibt sich aber aus der Natur der Sache. Schließlich greifen die geplanten Regelungen in den originären Aufgaben- und Kompetenzbereich der nationalen Wettbewerbsbehörden ein. Die Unterstützung der Kommissionstätigkeit durch die innerstaatlichen Behörden stellt einen Kernpunkt der geplanten Reform dar. Letztere

sollen auch nach den Vorstellungen der Europäischen Kommission eine wesentliche Rolle in dem Gesamtgefüge der Wettbewerbsaufsicht einnehmen. Daraus ergibt sich unmittelbar die *Notwendigkeit einer Einbindung der Mitgliedstaaten* bei der Erarbeitung von Kompetenzregelungen und deren Implementierung im Verordnungstext.

Die aufgezeigte Interessenlage wiegt letztlich auch die Gefahr auf, dass betroffene Unternehmen mit Hinweis auf die in der Verordnung festgelegte Zuständigkeitsregelung gegen behördliche Entscheidungen Klage erheben können. Einem dezentral organisierten System ist die Möglichkeit von *Zuständigkeitsfehlern* und darauf gegründeten Klagen immanent, unabhängig davon, auf welcher Regelungsebene die Kompetenzverteilung festgelegt wird. Das Prozessrisiko dürfte zudem in der vorliegenden Konstellation als relativ gering zu veranschlagen sein, da die Kriterien des nationalen Schwerpunktes und des besonderen Gemeinschaftsinteresses einen gewissen Ermessensspielraum seitens der Wettbewerbsbehörden einschließen und somit ein hinreichendes Maß an Flexibilität garantieren.

5 Gewährleistung der Kohärenz in einem funktionsfähigen Behördennetzwerk

45. Die Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsanwendung beim Übergang vom Freistellungsmonopol der Europäischen Kommission zu einem dezentral organisierten System stellt eines der Hauptprobleme der geplanten Verfahrensreform dar. Jeglicher Dezentralisierung sind Tendenzen zur Inkohärenz immanent, die daraus resultieren, dass nicht mehr eine zentrale Institution für sämtliche Vorgänge zuständig ist, sondern Kompetenzen auf eine Vielzahl von Entscheidungsträgern übergehen. Die Kommission setzt deshalb auf den *Aufbau eines Netzwerkes* von gemeinschaftlichen und innerstaatlichen Behörden, das im Wesentlichen einen gegenseitigen Informationsaustausch sowie Konsultationspflichten und Amtshilfebefugnisse umfasst. Anhörungsrechte des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen ergänzen diese Vorkehrungen.

Ein dezentraler Vollzug gemeinschaftlicher Vorschriften stellt kein gänzlich neues Konzept dar. Die Zuständigkeiten für Anwendung und Durchsetzung europäischen Rechts liegen vielmehr überwiegend bei den mitgliedstaatlichen Administrationen, wohingegen der direkte Vollzug durch Gemeinschaftsorgane eher die Ausnahme bildet. Die Organisation dezentraler Rechtsanwendung ist allerdings mit einer Fülle praktischer wie rechtlicher Schwierigkeiten verbunden und setzt eine *Vielzahl vertikaler und horizontaler Strukturen* voraus. Diese Strukturen müssen derart ausgestaltet sein, dass eine effiziente Zusammenarbeit geleistet werden kann und die Interessen der Kooperationspartner sowie der Rechtsschutz Dritter gewährleistet sind. Zu diesem Zweck bedarf es der Einführung von Verfahrensregeln, die von der Vorstellung gleichberechtigter Zusammenarbeit und einer klaren Abgrenzung der Verantwortungsbereiche geprägt sind.

5.1 Entzug von nationalen Kartellverfahren

46. Die radikalste Vorkehrung zur Wahrung der Rechtseinheit stellt die Befugnis einer zentralen Institution zum *Entzug dezentral geführter Verfahren* dar. In diesem Sinn entfällt die Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden zur Anwendung der Art. 81 und 82 EGV gemäß Art. 11 Abs. 6 VOE, sobald die Europäische Kommission selbst ein entsprechendes Verfahren einleitet. Die Bestimmung führt die bisherige Regelung des Art. 9 Abs. 3 VO 17/62 weiter und soll laut Begründung zum Verordnungsentwurf eine optimale Verteilung der Fälle sowie die

einheitliche Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts gewährleisten. In einem dezentral organisierten System erscheint die Einsetzung einer Kontrollinstanz, welche für eine einheitliche Rechtsanwendung Sorge trägt, grundsätzlich konsequent und sachgerecht. Zur Aufgabenerfüllung muss ihr ferner die Befugnis eingeräumt werden, ein Verfahren sowohl als erste Wettbewerbsbehörde aufzugreifen als auch laufende Verfahren vor nationalen Wettbewerbsbehörden an sich zu ziehen und damit deren Zuständigkeit zu beenden. Die Bestimmung des Art. 11 Abs. 6 VOE bietet einen ersten Ansatz für eine entsprechende Regelung. Sie ist indes in zweierlei Hinsicht nachbesserungsbedürftig.

47. Zum einen sollte das Recht zum Entzug nationaler Wettbewerbsverfahren dort sein Ende finden, wo die nationale Entscheidung *bestandskräftig* geworden ist. Bis zu diesem Zeitpunkt sichert das in Art. 11 VOE vorgeschlagene Verfahren der Kommission umfassende Informationen und Konsultationen seitens der mitgliedstaatlichen Behörden, sofern diese beabsichtigen, eine Verhaltensweise zu untersagen, Verpflichtungen aufzuerlegen oder eine bereits gewährte Freistellung zurückzunehmen. Auf diese Weise ist die Kommission rechtzeitig vor Erlass der innerstaatlichen Entscheidung und danach bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist in der Lage, jene entweder zu billigen oder das Verfahren an sich zu ziehen. Nur in den Fällen, in denen eine nationale Behörde gemäß Art. 5 S. 3 VOE die Voraussetzungen für ein Verbot nach Art. 81 EGV für nicht gegeben hält, entfallen die umfangreichen Informations- und Konsultationspflichten gegenüber der Kommission. Im Gegenzug ist die Kompetenz der Mitgliedstaaten nach Art. 5 S. 3 VOE allerdings auch auf die Feststellung beschränkt, dass aus *ihrer* Sicht kein Grund zur Intervention besteht. Eine formelle Entscheidung über die Nichtanwendbarkeit des Kartellverbots ist gemäß Art. 10 VOE der Kommission vorbehalten.

48. Zum anderen bleibt nach dem Verordnungsentwurf völlig unklar, unter welchen Voraussetzungen die Kommission einen Fall übernehmen darf. Ihr Ermessen wird durch die Bestimmung des Art. 11 Abs. 6 VOE in keinerlei Hinsicht begrenzt. Ein derart *weiter Ermessensspielraum* bedingt erhebliche Rechtsunsicherheiten für Unternehmen und betroffene innerstaatliche Behörden. Die Monopolkommission verkennt nicht, dass die Vorgängerregelung des Art. 9 Abs. 3 VO 17/62 ebenfalls keine konkreten Aufgreifkriterien benennt. Mit der geplanten Dezentralisierung der Rechtsdurchsetzung tritt aber eine grundlegende Änderung der Rahmenbedingungen ein. Diese umfasst die Aufgabe des Freistellungsmonopols der Europäischen Kommission sowie das ausdrückliche Ziel, die Mitglied-

staaten bei der Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen verstärkt einzubinden. Einer solchen Neuordnung wird man erst mit der Einführung klarer und praktikabler Kriterien gerecht, welche die Befugnisse der Europäischen Kommission zum Entzug nationaler Verfahren klar festlegen. Ohne eine derartige Regelung werden die gesamten *Dezentralisierungsbemühungen unterminiert*. Können vor den nationalen Behörden anhängige Beschwerden jederzeit von der Europäischen Kommission aufgegriffen werden, dürften Beschwerdeführer schnell dazu übergehen, sich nur noch unmittelbar an die Kommission zu wenden. Nur so ließe sich ein einmal angestregtes Verfahren ohne zusätzlichen Zeit- und Kostenaufwand, der mit einem Wechsel der zuständigen Behörde in aller Regel verbunden ist, zu Ende führen. Dies gilt erst recht, wenn die Möglichkeit bestünde, dass die Kommission sämtliche auf nationaler Ebene abgeschlossenen Verfahren wieder aufnehmen und gegenteilig entscheiden könnte. Als Folge würde die Bedeutung der innerstaatlichen Behörden im System der dezentralen Rechtsanwendung minimiert. Aus ihrer Sicht müsste sich der Entzug laufender Verfahren und erst recht die nachträgliche Überstimmung ihrer Entscheidungen außerdem in hohem Maße demotivierend auswirken. Die Folge wäre ein allgemeiner Rückgang der Ermittlungs- und Prüfungstätigkeit auf mitgliedstaatlicher Ebene, vor allem in Bezug auf von Amts wegen eingeleitete Verfahren, was einer effizienten Durchsetzung der Wettbewerbsregeln nachhaltig schaden würde. Die Befugnis zum Entzug nationaler Verfahren muss daher an konkrete Kriterien gebunden werden, die ein Gemeinschaftsinteresse im Einzelfall begründen können. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen zu Abschnitt 4.2. verwiesen. Außerdem sollte klargestellt werden, dass ein Entzug von Verfahren lediglich als *ultima ratio* – im Anschluss an den in Art. 11 Abs. 3, 4 VOE vorgesehenen umfassenden Informations- und Konsultationsprozess – in Betracht kommt.

5.2 *Informationsaustausch*

49. Eine wesentliche Grundlage jeder dezentralen Rechtsanwendung stellt der gegenseitige Informationsaustausch dar. Er bildet die Basis für jegliche administrative Zusammenarbeit. Der Verordnungsentwurf regelt die Übermittlung von Informationen in Art. 12 Abs. 1. Die Vorschrift erfasst laut Begründung sowohl den Austausch von Informationen zwischen Kommission und Mitgliedstaaten als auch zwischen den Mitgliedstaaten selbst. Mit Art. 12 Abs. 2 VOE wird die Verwendung übermittelter Informationen auf

die Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts und im Hinblick auf mögliche Sanktionen beschränkt. Ergänzt wird die Bestimmung durch Art. 11 Abs. 2 und 3 VOE, wonach die Kommission zur Übermittlung der wichtigsten Schriftstücke an die Mitgliedstaaten und jene zur Unterrichtung der Kommission bei Einleitung eines Verfahrens nach Art. 81 und 82 EGV verpflichtet sind. Damit stehen die Hauptpfeiler eines gegenseitigen Informationsaustauschs fest. Detailliertere Regelungen bleiben einer *Durchführungsverordnung und einer Bekanntmachung* über die Zusammenarbeit unter Wettbewerbsbehörden vorbehalten.

50. Hierin müsste eine *Vielzahl von Einzelfragen* aufgegriffen werden, die noch näherer Erläuterung bedürfen. Unter anderem ist zu entscheiden, ob im Rahmen des geplanten horizontalen Behördennetzwerkes einer direkten Kontaktaufnahme zwischen mitgliedstaatlichen Behörden oder einer indirekten Informationsübermittlung via Kommission der Vorzug gegeben werden soll. Am praktikabelsten dürfte sich der Informationsaustausch über die Kommission als zentrale Institution erweisen, die als Garantin einer einheitlichen Rechtsanwendung fungiert. Die Interessen der Mitgliedstaaten an zügig übermittelten Daten, etwa im Zusammenhang mit Fragen der Aussetzung und Einstellung von Parallelverfahren, werden bei einer umgehenden Platzierung im Internet ebenfalls ausreichend gewahrt. Weitere Fragen betreffen die Art und den Zeitpunkt der auszutauschenden Daten. So begründet etwa Art. 11 Abs. 2 VOE eine Übermittlungspflicht der Kommission lediglich hinsichtlich der „wichtigsten Schriftstücke“. Diese mögen im Einzelfall nicht ausreichen, so dass nationale Wettbewerbsbehörden an einer sachgerechten Entscheidung gehindert sind. Zumindest auf Verlangen der betroffenen Wettbewerbsbehörde sollten deshalb auch andere Unterlagen bereitgestellt werden. Streitigkeiten über die Bedeutung einzelner Schriftstücke, welche die Kommission und nationale Behörden im Einzelfall unterschiedlich bewerten, könnten auf diese Weise von vornherein vermieden werden. Aspekte der Vertraulichkeit von Unterlagen sind selbstverständlich auch in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen.

51. Zu klären gilt ferner, ob eine Unterrichtung der Kommission in sämtlichen Fällen erfolgen muss oder auf gravierende Vorgänge beschränkt werden kann, wobei den mitgliedstaatlichen Behörden ein gewisser Ermessensspielraum verbleiben würde. In Anbetracht der Bedeutung einer kohärenten Rechtsanwendung unter dem maßgeblichen Einfluss der Europäischen Kommission ist eher eine *generelle Unterrichtungspflicht* anzustreben. Diese darf im Übrigen nicht nur Fälle umfassen, in denen die natio-

nale Wettbewerbsbehörde tätig geworden ist. Mindestens ebenso wichtig ist die Berichterstattung über Vorgänge, die gemäß Art. 5 S. 3 VOE trotz einer Beschwerde oder eines „Anfangsverdachts“ letztendlich nicht zu behördlichem Eingreifen führten. Die Untätigkeit von Behörden trotz Vorliegens wettbewerbsrechtlich erheblichen Verhaltens kann eine für den Wettbewerbsschutz besonders risikoreiche Form inkohärenter Rechtsanwendung darstellen. Entsprechende Veröffentlichungs- und Begründungszwänge der betreffenden Mitgliedstaaten würden insoweit Abhilfe schaffen.

52. Schließlich ergibt sich eine Reihe von Problemen aus dem geplanten Austausch *vertraulicher Informationen*. Eine derartige Befugnis für Kommission und innerstaatliche Wettbewerbsbehörden ist unvermeidlich, soll eine enge Zusammenarbeit verbunden mit der Möglichkeit nachträglicher Zuständigkeitsänderungen und Verfahrensaussetzungen sowie -einstellungen ermöglicht werden. Im Interesse der betroffenen Unternehmen setzt ein solches Vorgehen allerdings die Festlegung gemeinsamer Sicherheitsstandards und -verfahren zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen voraus.

5.3 Amtshilfe

53. Ebenfalls eine herausragende Rolle für die administrative Zusammenarbeit innerhalb eines dezentralisierten Systems spielt die gegenseitige Amtshilfe. Entsprechende Verpflichtungen der Mitgliedstaaten gegenüber der Kommission sehen die Bestimmungen der Art. 18 Abs. 1, 20 Abs. 5, 6 sowie 21 Abs. 2 VOE vor. Sie betreffen die Auskunftserteilung, die Unterstützung bei Ermittlungen der Kommission sowie im Auftrag der Kommission durchgeführte Ermittlungen. Zu begrüßen ist, dass der Verordnungsvorschlag daneben *Amtshilfebefugnisse* im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander begründet. Gemäß Art. 21 Abs. 1 VOE dürfen einzelstaatliche Aufsichtsbehörden auch Ermittlungsmaßnahmen im Namen von Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten durchführen. Wie in der Begründung zutreffend betont wird, ist diese Vorschrift für die wirksame Zusammenarbeit unter den nationalen Wettbewerbsbehörden von zentraler Bedeutung. Sie wird diese Behörden in die Lage versetzen, auch Fälle zu behandeln, in denen Beweismittel zum Teil in anderen Mitgliedstaaten zu finden sind. Ohne einen derartigen Mechanismus würde eine effiziente dezentrale Anwendung des Gemeinschaftsrechts ernsthaft behindert.

54. Die geplante Vorschrift greift allerdings in zweierlei Richtung zu kurz. Zum einen ist zu bemängeln, dass die Amtshilfeleistung lediglich in das

Erkennen der ersuchten Behörde gestellt wird. Eine häufige Folge der Ermessensausübung dürfte die Ablehnung von Unterstützungshandlungen sein, entweder weil die Aufnahme arbeitsintensiver Ermittlungen die Durchführung eigener Verfahren erschwert oder weil ein Verfahren gegen inländische Unternehmen politisch nicht opportun erscheint. Die geplanten, positiven Wirkungen gegenseitiger Amtshilfe können auf diese Weise kaum erreicht werden. Daher sollte die Regelung um eine entsprechende *Verpflichtung zur Amtshilfe* ergänzt werden, die den ersuchten Wettbewerbsbehörden die Verweigerung der Unterstützung nur in eng begrenzten Ausnahmefällen ermöglicht.

Zum anderen ist die Bestimmung des Art. 21 Abs. 1 VOE bedauerlicherweise auf Unterstützungshandlungen im Rahmen von Ermittlungen beschränkt. Sie sollte aber darüber hinausgehend eine entsprechende *Regelung für Zustellungs- und Vollstreckungsmaßnahmen* vorsehen. Eine auf derartige Rechtsakte bezogene Amtshilfe erweist sich als ebenso wichtig wie die Unterstützung bei Ermittlungshandlungen. Bei mangelnder Zustellung werden kartellrechtliche Entscheidungen gegenüber ihren Adressaten nicht wirksam und erlangen keine Rechtskraft. Als Folge lassen sich wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen nicht mehr wirksam abstellen. Ebenso verfehlt die Androhung von Sanktionen oder Verhängung von Bußgeldern ihre Abschreckungswirkung, wenn ausländische Unternehmen nicht ernsthaft mit einer Vollstreckung von verhängten Bußgeldern rechnen müssen. Die Einziehung von Forderungen im Ausland hat bereits Vorbilder auf Gemeinschaftsebene, etwa im EG-Beitreibungsrecht. Die Grundlage bildet die Beitreibungs-Richtlinie 76/308/EWG¹⁰, die sich unter anderem mit der Beitreibung von Forderungen im Zusammenhang mit dem Finanzierungssystem des Europäischen Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft befasst. Sie legt fest, welche Rechtsregeln die Mitgliedstaaten vorhalten müssen, um die Beitreibung der genannten Forderungen zu gewährleisten, die in einem anderen Mitgliedstaat entstanden sind. Kern des Verfahrens bildet die Beitreibungspflicht einer Behörde des Auslands, die durch ein entsprechendes Ersuchen eines Mitgliedstaates ausgelöst wird.

55. Es ist zu unterstreichen, dass jede Form der Amtshilfe und des Vollzugs ausländischer Entscheidungen unter der Bedingung steht, dass die

¹⁰ ABl. 1976 Nr. L 73, S. 18, zuletzt geändert durch Richtlinie vom 27. Dezember 1979, ABl. 1979 Nr. L 331, S. 10.

jeweiligen Verantwortungsbereiche klar voneinander abgegrenzt sind. Für eine entsprechende Regelung ist auch im Zusammenhang mit Amtshilfepflichten bei der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts Sorge zu tragen. Nur dadurch bleiben Fragen des Rechtsschutzes für betroffene Unternehmen und der Haftung von beteiligten Behörden handhabbar. Hier sollte der allgemeinen Regel gefolgt werden, wonach Rechtsbehelfe gegen die kartellrechtliche Entscheidung in dem Staat einzulegen ist, in dem die entscheidende Behörde ihren Sitz hat. Rechtsschutz gegen Ermittlungs- und Vollstreckungsmaßnahmen muss dagegen in dem Staat gesucht werden, der jene Maßnahmen ergriffen hat.

56. Gegenseitige Amtshilfepflichten werfen immer dann Probleme auf, wenn die beanspruchte Hilfeleistung die *öffentliche Ordnung* des ersuchten Mitgliedstaats beeinträchtigen würde. Im Falle eines Verstoßes gegen den „ordre public“ könnte die nationale Wettbewerbsbehörde die ersuchte Unterstützungshandlung verwehren. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Pflicht zur Amtshilfeleistung nur in Fällen relevant werden soll, in denen gemeinschaftliches Wettbewerbsrecht Anwendung findet. Da Letzteres unmittelbar in sämtlichen Mitgliedstaaten gilt, bleibt jedenfalls aus materiell-rechtlicher Sicht für einen „ordre-public“-Vorbehalt grundsätzlich kein Raum, zumal die Art. 81 und 82 EGV nach der Rechtsprechung des EuGH Teil des nationalen ordre public sind.¹¹ Einwände gegen die verlangte Amtshilfe lassen sich allenfalls mit einem Verstoß gegen prozessuale Grundsätze begründen, da das jeweilige nationale Prozessrecht einschlägig bleibt. Bei einer Abwägung der widerstreitenden Interessen ist allerdings stets zu beachten, dass eine wirksame Verfolgung von Wettbewerbsbeschränkungen in der Regel nicht anders möglich sein wird als mit Hilfe des ersuchten Mitgliedstaates, die Erfüllung der übertragenen Sachaufgaben demnach gerade von der gegenseitigen Amtshilfe abhängt. Insofern dürfte der praktische Anwendungsbereich eines „ordre-public“-Vorbehalts als äußerst gering einzuschätzen sein.

5.4 *Vermeidung von Parallelverfahren*

57. Diese Einschätzung gewinnt noch in anderer Hinsicht erhebliche Bedeutung. Art. 13 VOE verleiht den nationalen Behörden Aussetzungs- und Einstellungsbefugnisse für den Fall, dass eine andere Behörde den wett-

¹¹ EuGH, Urteil vom 1. Juni 1999 – Rechtssache C-126/97, Eco Swiss China Time/Benetton International.

bewerblich erheblichen Vorgang derzeit bearbeitet oder bereits abgeschlossen hat. Behörden eines Mitgliedstaates werden aber nur dann von ihren entsprechenden Rechten Gebrauch machen, wenn ausländische Entscheidungen jedenfalls grundsätzlich keinen Verstoß gegen das eigene öffentliche Interesse erwarten lassen. Die Vorschrift des Art. 13 VOE ist aus wettbewerbspolitischer Sicht grundsätzlich zu begrüßen, da sie eine optimale Fallallokation und die Vermeidung von Parallelverfahren bezweckt. Damit diese Ziele erreicht werden können, bedarf es allerdings noch weiterer wesentlicher Verbesserungen der geplanten Verordnung.

58. Zunächst ist daran zu denken, den nationalen Wettbewerbsbehörden eine Verpflichtung aufzuerlegen, bei von ihnen vorgenommenen Untersuchungen und Entscheidungen die *Interessen anderer Mitgliedstaaten* auf deren Ersuchen mit zu berücksichtigen. Eine solche Verpflichtung ergibt sich bereits aus dem allgemeinen völkerrechtlichen Comity-Prinzip. Im Verhältnis der Mitgliedstaaten zueinander wird diese Pflicht verstärkt durch die gegenseitige Loyalitätspflicht gemäß Art. 10 EGV. Die Pflicht zur Berücksichtigung ausländischer Interessen bedingt gegenseitige Informations- und Konsultationspflichten – wie sie bereits zum Teil im Verordnungsentwurf vorgeschlagen wurden – sowie eine laufende Berichterstattung über Stand und Entwicklung des Verfahrens. Mit der Einbindung und Berücksichtigung von wettbewerbspolitischen Interessen sämtlicher betroffener Mitgliedstaaten wird sich unweigerlich die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass diese Mitgliedstaaten auf die Aufnahme eigener Verfahren verzichten bzw. bereits eingeleitete Verfahren aussetzen oder ganz einstellen.

59. Die vorgeschlagene Verfahrensweise zur Vermeidung von Parallelverfahren würde nicht nur dazu beitragen, deren bekannte negative Folgen – zeitlich versetzte, materiell voneinander abweichende Entscheidungen – zu vermeiden. Sie hätte noch weitere nennenswerte Vorteile: Werden mehrere nationale Administrationen in ein und demselben Fall nebeneinander oder auch nacheinander tätig, berücksichtigt jede Wettbewerbsbehörde jeweils nur die Auswirkungen der betreffenden Wettbewerbsbeschränkung auf dem eigenen Hoheitsgebiet. Sie wird dann ein Verbot aussprechen, wenn schädliche Folgen auf ihrem Territorium feststellbar sind, obwohl diese negativen möglicherweise durch positive Auswirkungen im Ausland aufgewogen werden, bei einer Gesamtbetrachtung also eine Freistellung erfolgen müsste. Dasselbe Problem stellt sich im umgekehrten Fall positiver Folgen innerhalb des eigenen Territoriums. Werden hingegen die wettbewerblchen Auswirkungen auf ausländischen Märkten in die behördliche

Prüfung einbezogen, würde eine nationale Behörde gleichsam im europäischen Interesse und mit gemeinschaftsweiter Wirkung eine Bewertung des relevanten Sachverhalts innerhalb der Gemeinschaft vornehmen.¹² Eine solche *Gesamtbetrachtung*, der das gesamte Gemeinschaftsgebiet oder doch der jeweils relevante Teil davon zugrunde liegt, nimmt auch die Europäische Kommission vor. Die vorgeschlagene Verpflichtung zur Berücksichtigung nationaler Interessen anderer Mitgliedstaaten ergibt sich daher mittelbar auch aus dem Gesichtspunkt der Kohärenz. Schließlich lässt sich auf diese Weise Tendenzen zur Renationalisierung wettbewerbsrechtlicher Entscheidungen entgegenwirken.

60. Um die Bereitschaft zum Verzicht auf parallele Verfahren noch zu steigern, bieten sich weitere Rückschlüsse aus dem völkerrechtlichen Comity-Prinzip an. Nach dem Grundsatz der „positive comity“ kann ein Staat einen anderen *um die Einleitung von geeigneten Anwendungsmaßnahmen ersuchen*, sofern wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, die im Gebiet des anderen Staates praktiziert werden, wichtige Belange des ersteren beeinträchtigen. Die wesentlichen Grundsätze der „positive comity“ sind in zwei Abkommen¹³ zwischen der EU und den Vereinigten Staaten aus den Jahren 1991 und 1998 niedergelegt. Letzteres Abkommen sieht eine Vermutung dafür vor, dass die ersuchende Partei in einer „positive comity“-Situation eigene Durchsetzungsmaßnahmen aufschiebt oder aussetzt, um der Territorialpartei Gelegenheit zum Handeln zu geben. Ergreift sie trotz eines entsprechenden Ersuchens unilaterale Maßnahmen, muss die ersuchende Partei der ersuchten Partei die Gründe hierfür darlegen.

Wenn ein solches Vorgehen im Wege völkerrechtlicher Vereinbarungen möglich ist, müssen erst recht die Mitgliedstaaten, die schon nach Art. 10 EGV zur gegenseitigen Loyalität verpflichtet sind, auf entsprechende Ersuchen reagieren können. Im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander bestehen auch gute Aussichten, dass ein solches Verfahren in die Praxis umgesetzt würde. Eine wesentliche Bedingung – die Befugnis zum Aus-

¹² Dies würde auch das Problem einander widersprechender nationaler Entscheidungen lösen und die Anerkennung ausländischer Entscheidungen begünstigen, vgl. Tz. 61. Damit entfielen auch ein möglicher Einwand gegen die in Tz. 47 geforderte zeitliche Begrenzung des Eingriffsrechts der Europäischen Kommission.

¹³ Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America regarding the application of their competition laws, ABl. 1995 Nr. L 95, S. 45 ff.; Abkommen zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Anwendung der „Positive Comity“-Grundsätze bei der Durchsetzung ihrer Wettbewerbsregeln, ABl. 1998 Nr. L 173, S. 26 ff.

tausch vertraulicher Daten – ist bereits in der Verordnung enthalten. Als weitere Voraussetzung dürften die Einleitung eines Verfahrens bzw. der Verzicht auf unilaterale Maßnahmen nicht mehr im Ermessen der betroffenen Mitgliedstaaten stehen. Vielmehr müsste eine verbindliche Verpflichtung der jeweiligen Parteien dafür sorgen, dass einerseits dem Ersuchen nach Anwendungsmaßnahmen nachgekommen und andererseits eigene Durchsetzungsmaßnahmen ausgesetzt werden.

5.5 *Gemeinschaftsweite Geltung von nationalen Entscheidungen*

61. Die Kommission lehnt eine gemeinschaftsweite Geltung innerstaatlicher Behördenentscheidungen explizit ab. Sie betont in der Begründung zu Art. 5 VOE, dass Entscheidungen mitgliedstaatlicher Behörden ausschließlich diese selbst binden, außerhalb des betreffenden Mitgliedstaates keine Rechtswirkung entfalten und die Kommission nicht binden. Sie folgt damit dem Hauptprinzip des internationalen Verwaltungsrechts, wonach administrative Entscheidungen eines Staates nur auf dessen Hoheitsgebiet Geltung erlangen. Für die Einführung der transnationalen Geltung sprechen hingegen gute Gründe. Laut Verordnungsentwurf soll das europäische Recht stets dann eingreifen, wenn wettbewerblich erhebliche Sachverhalte den zwischenstaatlichen Handel berühren. Es erscheint paradox, den unter dieser Voraussetzung ergangenen Entscheidungen die gemeinschaftsweite Geltung zu versagen. Aus einer eingeschränkten Bindungswirkung werden darüber hinaus unvermeidlich Mehrfachverfahren und abweichende Verfahrensergebnisse resultieren. Wenn die Kommission Bedenken gegen die gemeinschaftsweite Geltung mit der Gefahr begründet, dass nationale Entscheidungen von ihren eigenen, also denen der Europäischen Kommission wesentlich abweichen könnten, so ist dies weder überzeugend noch glaubwürdig. Denn die Kommission vertritt in anderem Zusammenhang die Auffassung, eine einheitliche Rechtsanwendung im dezentralisierten System sicherstellen zu können.

62. Die Einführung der gemeinschaftsweiten Geltung ist mit einer Vielzahl von Problemen verbunden, deren Lösung noch eingehendes Nachdenken erfordert. Zunächst gilt es Kriterien dafür zu finden, unter welchen Voraussetzungen eine gemeinschaftsweite Geltung überhaupt in Frage kommt. Dies setzt zunächst voraus, dass die nationale Entscheidung sich selbst eine europaweite Geltung beilegt, was wiederum nur möglich ist, wenn die nationale Behörde europaweit ermittelt und die Auswirkungen des wettbewerblich erheblichen Verhaltens auch auf Auslandsmärkten in

ihre Beurteilung einbezogen hat. Betrifft die Prüfung dagegen lediglich die Folgen auf inländischen Märkten, scheint eine gemeinschaftsweite Geltung der Entscheidung weder beabsichtigt noch sachgerecht. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass in ein und demselben Fall mehrere, voneinander abweichende nationale Entscheidungen aufgrund konkurrierender Zuständigkeiten ergehen können.

Des Weiteren sind praktikable Verfahren bereitzustellen. Eine allgemeine Regelung der transnationalen Auswirkungen der Entscheidungen innerstaatlicher Behörden existiert bislang nicht. Für spezifische Bereiche des EG-Rechts liegen indes entsprechende Bestimmungen vor, die als Vorbild dienen mögen. Im europäischen Sozialversicherungsrecht beispielsweise sind transnational wirkende, bindende Feststellungen bestimmter versicherungsrechtlicher Tatsachen durch den Sozialversicherungsträger eines Mitgliedstaates vorgesehen. Die Grundlage der gemeinschaftsweiten Wirkung bildet hier wie etwa auch im Arzneimittelrecht das so genannte *Anerkennungsprinzip*, wonach der betroffene Mitgliedstaat den ausländischen Rechtsakt aufgrund europarechtlicher Bestimmungen bestätigen muss. Dieser Bestätigung kann eine eingeschränkte Prüfung innerhalb eines festgelegten Zeitraums vorangehen. Welche Kriterien dabei zugrunde gelegt werden können, ob z.B. der Anerkennungsstaat die Zuständigkeit des Entscheidungsstaates oder das rechtliche Gehör der Beteiligten im ausländischen Verfahren nachprüfen darf, wäre von der Gemeinschaft durch Rechtsakt festzulegen. Denkbar wäre alternativ eine *zentrale Festlegung* der gemeinschaftsweiten Geltung nationaler Behördenakte durch den Gemeinschaftsgesetzgeber ohne das Erfordernis weiterer Mitwirkungshandlungen der anderen Mitgliedstaaten. Weniger erfolgversprechend dürfte sich dagegen der Versuch erweisen, die gemeinschaftsweite Geltung im Wege von bi- oder multilateralen Abkommen der Mitgliedstaaten herbeizuführen. Bei geringer Bereitschaft der einzelnen Staaten zur Kooperation dürfte es nur zu langwierigen Verhandlungen ohne kurzfristig greifbare Ergebnisse kommen.

5.6 *Sonstige Vorkehrungen*

63. Neben diesen grundlegenden Vorschlägen für eine Verbesserung der geplanten administrativen Kooperation könnten gewisse praktische Vorkehrungen die Verwaltungszusammenarbeit zusätzlich verbessern. Hier ist beispielsweise an einen *verstärkten Austausch und eine gemeinsame Schulung* von Beamten gedacht, die mit der Anwendung gemeinschaftlicher

Wettbewerbsregeln befasst sind. Derartige Maßnahmen dürften sich insbesondere im Hinblick auf die Einbeziehung der Bewerberstaaten in das Behördennetzwerk als notwendig erweisen. Daneben bietet sich die Einrichtung von spezifischen Kontaktstellen innerhalb der nationalen und gemeinschaftlichen Behörden an, die als erste Anlaufstelle bei der Informationsübermittlung, der Amtshilfe und sonstigen Fragen der praktischen Arbeit dienen würden. Von Vorteil wäre ferner eine verstärkte Einbindung des Beratenden Ausschusses in Fällen, die auf nationaler Ebene entschieden werden. Auf diesem Weg wäre nicht nur ein ständiger Erfahrungsaustausch zwischen innerstaatlichen Behörden gewährleistet und institutionalisiert. Vielmehr könnten Unstimmigkeiten bei der Beurteilung von Einzelfällen im Gremium diskutiert und gegebenenfalls ausgeräumt werden, was die Akzeptanz nationaler Entscheidungen in anderen Mitgliedstaaten wesentlich erhöhen würde. Positive Auswirkungen auf die Transparenz und Kohärenz hätte außerdem die Verpflichtung sämtlicher Wettbewerbsbehörden zur Veröffentlichung ihrer Entscheidungen.

6 Die Rolle der nationalen Gerichte

64. Einen grundlegenden Pfeiler der Kommissionsvorschläge bildet die *verstärkte Einbindung nationaler Gerichte* in das System der Wettbewerbsaufsicht. Mit der Aufgabe des zentralen Anmelde- und Freistellungssystems geht eine gewisse Verlagerung der Durchsetzungsfunktion von der Kommission auf die innerstaatlichen Behörden und Gerichte einher. In diesem System sollen die nationalen Wettbewerbsbehörden weiterhin den Schutz des Wettbewerbs im öffentlichen Interesse wahrnehmen. Den Gerichten hingegen kommt die Aufgabe zu, die Tätigkeit der Behörden im Interesse Privater sinnvoll zu ergänzen. Dies soll dadurch erreicht werden, dass Gerichte die Gültigkeit oder Nichtigkeit von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen feststellen sowie Unterlassungspflichten oder Schadenersatzansprüche beurteilen und auf diesem Weg verstärkt individuelle Interessen durchsetzen. Welch großes Gewicht die Kommission der Initiative von Privatpersonen bei der Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen beimisst, lässt sich an ihrer Aussage ablesen, wonach der Reformvorschlag bezweckt, „die Häufigkeit privater Klagen vor nationalen Gerichten zu erhöhen“.

65. In diesem Zusammenhang sind *zwei Arten* von wettbewerbsrechtlichen Zivilprozessen zu unterscheiden. Gerichtliche Streitigkeiten können zum einen zwischen den Parteien einer Kartellvereinbarung entstehen. Derartige Klagen sind allerdings im vorliegenden Zusammenhang von untergeordneter Bedeutung, weil die Durchsetzung von Wettbewerbsregeln hier lediglich der Abwehr von vertraglichen Ansprüchen dient. Eine Zunahme derartiger Klagen aufgrund der Verfahrensreform ist ebenfalls nicht zu erwarten. Denn unabhängig von einer Dezentralisierung der Rechtsanwendung dürfte sich schon bislang jeder Beklagte auf die Ausnahmetatbestände des Art. 81 Abs. 3 EGV berufen haben. Mit einer Förderung derartiger Klagen lässt sich demnach der teilweise Rückzug der Kommission aus der Wettbewerbsaufsicht nicht kompensieren. Anders ist dies bei Klagen von *betroffenen Dritten*, also Wettbewerbern, Angehörigen der Marktgegenseite und sonstigen Opfern, zu beurteilen, die sich gegen kartellrechtlich relevante Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen wenden. Sie sind nicht in die angegriffenen Vereinbarungen involviert und fordern Unterlassung des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens bzw. Schadenersatz für daraus resultierende Verluste.

66. Die Monopolkommission bekräftigt ihre bereits früher geäußerten *Zweifel* daran, dass ein System, das in weiten Teilen auf der Rechtsverfol-

gung durch Private beruht, einen angemessenen Ersatz für einen überwiegend in behördlicher Hand liegenden Wettbewerbsschutz zu bieten vermag. Ihrer Ansicht nach besteht die nicht zu unterschätzende Gefahr von missbräuchlich erhobenen Klagen, die aufgrund des damit verbundenen Kosten- und Zeitaufwands besonders weniger finanzstarke Unternehmen benachteiligen wird. Daneben herrscht bei den Unternehmen in den kontinentaleuropäischen Mitgliedstaaten unverändert starke Zurückhaltung bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Abreden. Als Beleg sei darauf hingewiesen, dass bislang entsprechende Klagen so gut wie nicht existieren und ihre praktische Bedeutung allgemein als marginal angesehen wird. Selbst auf Gemeinschaftsebene sind Fälle, in denen Kartellopfern effektiv Schadenersatz zugesprochen wurde, nicht bekannt.

Die Gründe hierfür finden sich wohl am ehesten im jeweiligen nationalen Recht, das bei der zivilrechtlichen Verfolgung von wettbewerbsrechtlichen Verstößen einschlägig ist. Es gilt nämlich zu beachten, dass sowohl das Verfahrensrecht als auch das materielle Schadenersatzrecht in den Mitgliedstaaten uneinheitlich ist. Es ist noch nicht einmal sichergestellt, dass auf ein und denselben Fall in jedem Staat dieselben Haftungsregeln angewendet werden, weil auch die Bestimmungen des Internationalen Privatrechts, die das jeweils maßgebliche nationale Recht festlegen, von Land zu Land abweichen. In Deutschland kann das materielle Recht die Zurückhaltung privater Kläger freilich nicht hinreichend erklären. Im deutschen Recht steht mit § 823 Abs. 2 BGB eine praktikable und bewährte Schadenersatzregelung zur Verfügung. Die Schadenersatzpflicht tritt bei schuldhafter Verletzung eines Schutzgesetzes ein, wobei anerkannt ist, dass die Bestimmung des Art. 81 Abs. 1 EGV ein solches Schutzgesetz zugunsten der Wettbewerber und Marktgegenseite, aber nicht der Verbraucher darstellt. Unter denselben Voraussetzungen besteht gemäß § 1004 BGB eine Unterlassungspflicht. Es spricht daher vieles dafür, die Ursache der restriktiven Klagetätigkeit im verfahrensrechtlichen Bereich zu suchen. Als Stichworte seien hier nur der *Beibringungsgrundsatz*, die *Beweislastverteilung* und die *Bindungswirkung inter partes* genannt, auf die unten noch näher eingegangen wird. Es fällt auf, dass die Kommission sich mit diesen rechtlichen Rahmenbedingungen nicht auseinander gesetzt hat. Daraus resultiert die ernst zu nehmende Gefahr, dass die angestrebte Verstärkung der Privatklagetätigkeit lediglich Wunschdenken bleibt und eine wirkungsvolle Durchsetzung europäischer Wettbewerbsregeln nicht wie angekündigt verstärkt, sondern erheblich geschwächt wird. Es gilt daher, die

aufgezeigten Probleme näher zu untersuchen und sachgerechte Maßnahmen zu treffen, was eine gewisse Harmonisierung der nationalen Verfahrensrechte beinhalten kann.

6.1 *Mangelhafte Informationsausstattung*

67. Eines der Hauptprobleme stellt in diesem Zusammenhang der *Mangel an entscheidungserheblichen Marktinformationen* bei Zivilgerichten und Parteien dar. Sowohl die Europäische Kommission als auch die nationalen Wettbewerbsbehörden verfügen in aller Regel über Möglichkeiten, Ermittlungen anzustellen und Durchsuchungen vorzunehmen, um die zur Entscheidungsfindung notwendigen Informationen zu sammeln. Die Kommission hat darüber hinaus die Befugnis, Marktuntersuchungen ganzer Wirtschaftsbereiche zu initiieren. Betroffene Unternehmen sind unter Sanktionsandrohung zur Auskunftserteilung verpflichtet. Gerichte, die im Anschluss an behördliche Entscheidungen zu deren Überprüfung aufgerufen sind, haben in der Regel ebenfalls keine Probleme aufgrund unzureichender Daten. Sie können auf eine Fülle von Informationen zurückgreifen, die der angefochtenen Entscheidung zugrunde liegen. Derartige Informationen stehen Zivilgerichten, die unmittelbar angerufen werden, um über Schadenersatzforderungen und Unterlassungspflichten zu entscheiden, nicht zur Verfügung. Sie sind außerdem nicht befugt, Ermittlungen eigenständig durchzuführen. Vielmehr gilt insoweit der Beibringungsgrundsatz, wonach nur die Informationen zur Grundlage des Urteils gemacht werden dürfen, die von den Parteien in den Prozess eingeführt worden sind. Ein potentieller Kläger verfügt jedoch über keinerlei selbständige Ermittlungs- und Aufklärungsrechte. Beweisanträge gegenüber dem Gericht müssen dem Grundsatz der Bestimmtheit folgen und dürfen nicht den Charakter eines reinen Ausforschungsantrages aufweisen. Am Prozess nicht beteiligte Inhaber von Informationen können nur als Zeugen zu solchen Beweisanträgen in das Verfahren einbezogen werden.

68. Die Kommission unternimmt mit der Regelung des Art. 15 Abs. 1 VOE den Versuch, der aufgeworfenen Problematik zu begegnen. Nationale Gerichte können die Kommission um Informationen oder um Stellungnahmen zu Fragen bitten, welche die Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln betreffen. Dies kann jedoch nicht als ausreichend angesehen werden. Im Verordnungsentwurf fehlt nämlich eine entsprechende *rechtlich verbindliche Verpflichtung* der Kommission zur Auskunft. Es ist problematisch, wenn die Kommission bei einer Bitte um Un-

terstützung durch ein nationales Gericht ohne weiteres untätig bleiben kann. Die Bedeutung derartiger Hilfeleistungen für die Durchsetzung gemeinschaftlicher Wettbewerbsregeln im Klageweg wurde bereits erläutert. Ohne die notwendigen Informationen werden Gerichte in aller Regel gezwungen sein, Klagen auf Schadenersatz und Unterlassung abzuweisen, so dass ein angemessener Wettbewerbsschutz nicht aufrechterhalten bleiben kann. Es ist daher unerlässlich, die Bestimmung des Art. 15 Abs. 1 VOE um eine entsprechende Pflicht der Kommission zu ergänzen, die dem Recht der innerstaatlichen Gerichte auf Information und Unterrichtung korrespondiert. Die allgemeine Pflicht der Gemeinschaftsorgane zur Loyalität gegenüber den Mitgliedstaaten gemäß Art. 10 EGV genügt in diesem Zusammenhang nicht.

6.2 *Verteilung der Beweislast*

69. Ein weiteres erhebliches verfahrensrechtliches Hindernis für die verstärkte Klagetätigkeit Privater bilden die *zivilprozessrechtlichen Beweislastregeln*. Nach den im Verfahrensrecht allgemein geltenden Grundsätzen hat der Kläger die Tatsachen darzulegen und zu beweisen, die seinen Anspruch begründen. Für die Anwendung des Art. 81 EGV bedeutet das eine Verpflichtung des Klägers, die Kartellvereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise sowie die aktive Beteiligung des Beklagten nachzuweisen. Es ist offensichtlich, dass ein solcher Nachweis immer dann besonders schwierig zu erbringen ist, wenn der Kläger nicht selbst an der wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme teilnimmt, weil er dann in aller Regel keinen Zugang zu den entsprechenden Dokumenten hat. Ähnliche Beweisschwierigkeiten bestehen hinsichtlich des Schadens, den der Kläger als Folge des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens geltend macht. Häufig wird er zwar einen Umsatzrückgang angeben, die unmittelbare Verursachung durch die wettbewerbsbeschränkende Praxis aber kaum eindeutig nachweisen können. Vor diesem Hintergrund muss die Beweislastregel des Art. 2 VOE als ungenügend angesehen werden. Sie stellt lediglich deklaratorisch fest, was bereits nach allgemeinen verfahrensrechtlichen Regeln gilt: Der Kläger trägt die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen, der Beklagte für die Tatbestandsvoraussetzungen geltend gemachter Einwendungen.

70. Radikale Abhilfe könnte möglicherweise die Einführung einer Art *pre-trial-discovery-Verfahrens* nach US-amerikanischem Vorbild schaffen, das mit weitreichenden Beweiserleichterungen für den Kläger verbunden ist.

Gegen diese Lösung spricht allerdings schon der Umstand, dass damit die Tatsachenfindung im deutschen Zivilprozess zweigeteilt würde: In wettbewerbsrechtlichen Prozessen wäre das genannte Verfahren anzuwenden, während für das gesamte verbleibende Zivilprozessrecht nach wie vor die traditionellen Methoden der Tatsachenfindung gelten würden. Ein solches Vorgehen kann nicht überzeugen, weil die Wirksamkeit des Verfahrensrechts unmittelbar von seiner möglichst umfassenden und einheitlichen Anwendung abhängt. Für eine *generelle* Harmonisierung des Zivilverfahrensrechts fehlt auch bislang die Gesetzgebungszuständigkeit der Europäischen Kommission. Darüber hinaus ist das amerikanische Verfahren auf Strukturen eines Gerichtssystems zugeschnitten, wie sie heute in den wenigsten europäischen Staaten existieren: die Erledigung von Zivilprozessen in einer einzigen Hauptverhandlung und ihre Vorbereitung durch Heere von Rechtsanwälten. Die hohen Kosten dieses Verfahrens in den USA legen eine Übernahme nach Europa auch nicht gerade nahe.

71. Vorzugswürdig erscheint daher die Verpflichtung des Beklagten zur Darlegung gewisser aus seiner Einflussphäre stammender Tatsachen. Im deutschen Recht ist es durchaus nicht ungewöhnlich, die Beweislast einer Partei in Hinsicht auf Tatsachen und Umstände, die in der *Sphäre der gegnerischen Partei* liegen, zu erleichtern. Im Rahmen von Art. 81 EGV wäre eine Regelung denkbar, wonach der Kläger seiner Beweislast schon dann Genüge tut, wenn er konkrete Anhaltspunkte für die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise darlegt. Sache des Beklagten wäre es hingegen, das Gericht über die genauen Hintergründe der betroffenen Geschäftspraxis zu informieren.

Eine entsprechende Beweiserleichterung müsste daneben in Bezug auf den vom Kläger *geltend gemachten Schaden* eingeführt werden. In vergleichbaren Situationen – bei der Verletzung von Patenten und Marken – haben deutschen Gerichte dem Kläger erlaubt, seinen Schaden auf drei verschiedenen Wegen zu berechnen: Er darf seine konkreten Verluste darlegen, eine durchschnittliche Lizenzgebühr verlangen oder den durch die Rechtsverletzung beim Beklagten erzielten Gewinn beziffern. Dieser Gedanke ließe sich im wettbewerblichen Gerichtsprozess fruchtbar machen. Kann z.B. ein Käufer als Kläger einen Preisanstieg auf dem von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Markt darlegen, begründet er eine Vermutung für seinen Schaden und dessen Verursachung durch das wettbewerbsbeschränkende Verhalten. Insoweit greift wiederum die Pflicht des Beklagten ein, die relevanten Informationen aus seiner Einflussphäre preiszugeben. Ähnliche Beweiserleichterungen sind auch für andere Fälle

des Ausbeutungsmisbrauchs sowie für die verschiedenen Fallkonstellationen des Verdrängungsmisbrauchs zu entwickeln. Die Europäische Gemeinschaft könnte entsprechende Regelungen als Maßnahmen im Sinne des Art. 83 EGV erlassen.

6.3 *Verstärkte Anreize zur Klageerhebung*

72. Will die Europäische Kommission ernsthaft die Privatinitiative nutzen, um das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht verstärkt zur Geltung zu bringen, muss sie schließlich verstärkte Anreize zur Klageerhebung setzen. Das Opfer einer kartellrechtlichen Vereinbarung oder Verhaltensweise hat bereits Verluste durch die Wettbewerbsbeschränkungen erlitten, kennt das Prozessrisiko und weiß, dass hohe Kosten sowie personeller und zeitlicher Aufwand mit einer Klage verbunden sind. Diesen Aufwand wird das geschädigte Unternehmen daher nur tätigen, wenn die mit einer Klage verbundenen *Vorteile seine Verluste spürbar übersteigen*. Dies ist nicht der Fall, solange bei einem Prozesserfolg lediglich der erlittene Schaden ausgeglichen wird. Es ist deshalb in Erwägung zu ziehen, dem potentiellen Kläger einen mehrfachen Schadenersatz nach US-amerikanischem Vorbild in Aussicht zu stellen.

73. Die Monopolkommission verkennt nicht, dass derartige „punitive damages“ ein strafähnliches Element enthalten, das den meisten europäischen Rechtsordnungen fremd ist. Auch nach deutschem Recht stellen Ersatzansprüche, die den tatsächlich entstandenen Schaden um ein Mehrfaches übersteigen, einen Fremdkörper dar. Die Kommission wäre allerdings nicht daran gehindert, entsprechende Regeln in das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht aufzunehmen. In bestimmten Bereichen ist dies bereits geschehen, wie beispielsweise die Richtlinie 2000/35¹⁴ belegt. Sie legt für verspätete Zahlungen bei geschäftlichen Transaktionen einen gesetzlichen Zinssatz fest, der 7 % über der Refinanzierungsrate der Europäischen Zentralbank liegt. Die an den Gläubiger zu leistende Zinszahlung geht somit über eine reine Kompensation seines Schadens weit hinaus, da er die geschuldete Summe im Allgemeinen zu einem wesentlich günstigeren Zinssatz auf dem Finanzmarkt erhalten könnte. Zur Begründung dieser Regelung wird auf die negativen Auswirkungen verspäteter Zahlungen sowie auf das Ziel, solche Verhaltensweisen zu verhindern, hingewiesen. Hieran

¹⁴ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. 2000 Nr. L 200, S. 35 ff.

wird deutlich, dass die Gemeinschaft den Grundsatz, Schadenersatzleistungen auf die Höhe des erlittenen Verlustes zu begrenzen, zum Teil bereits aufgegeben hat und stattdessen der Idee zuneigt, durch Regelungen im Privatrecht gewisse *Verhaltensanreize für Marktteilnehmer* zu setzen.

6.4 *Kohärenz gerichtlicher Entscheidungen*

74. Die Europäische Kommission misst dem *Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV* essentielle Bedeutung für die Wahrung der Rechtseinheit durch die nationalen Gerichtsbarkeiten zu. Bei der Gewährleistung einer einheitlichen Anwendung gemeinschaftlicher Wettbewerbsregeln werde der EuGH eine ebenso wichtige Rolle spielen wie in anderen Bereichen des Gemeinschaftsrechts. Angesichts der derzeitigen Entwicklungen steht jedoch zu befürchten, dass die von der Kommission in das Vorabentscheidungsverfahren gesetzten Erwartungen nur unzureichend erfüllt werden können. Der EuGH stößt bereits derzeit an die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit und muss als Folge der dritten Stufe der Wirtschafts- und Währungsunion sowie der bevorstehenden Osterweiterung mit einer zusätzlichen Aufgabensteigerung rechnen. Im Jahr 2000 gingen beim Gerichtshof insgesamt 503 neue Fälle ein, darunter 224 Vorabentscheidungsersuchen nationaler Gerichte. Die durchschnittliche Gesamtdauer der Verfahren beträgt derzeit etwas über 21 Monate. Angesichts dieser Tatsachen hat der Vertrag von Nizza Maßnahmen zur Entlastung des Gerichtshofs getroffen. Vor dem Hintergrund erscheint eine vermehrte Anrufung des EuGH in Wettbewerbssachen geradezu als kontraproduktiv und auch nicht als ohne weiteres praktikables und einsetzbares Mittel. Die Erledigung der Rechtsstreitigkeiten bei den zuständigen nationalen Gerichten sowie der Anspruch von Klägern und Beklagten auf schnelle Rechtsfindung würden erheblich verzögert.

75. Als Ergänzung zu den Vorabentscheidungsverfahren müssen daher auch andere Optionen in Erwägung gezogen werden, um die einheitliche Rechtsanwendung möglichst weitgehend zu erhalten. Die nächstliegende Möglichkeit besteht darin, in den Mitgliedstaaten *Spezialgerichte mit wettbewerbsrechtlichen Kompetenzen* einzurichten. Die Vorteile derartiger Spruchkörper ergeben sich zwangsläufig: Eine Konzentration auf spezifische Sachfragen führt zu erhöhter Vertrautheit mit der Materie und bringt vertiefte Kenntnisse des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts mit sich. Vorabentscheidungsersuchen würden auf diese Weise jedenfalls entbehrlicher. Gerade im Hinblick auf die Bewerberstaaten sind derartige positive

Auswirkungen nicht zu unterschätzen. Die Kooperation zwischen nationalen Gerichten und Europäischer Kommission würde ebenso wie die Zusammenarbeit mitgliedstaatlicher Gerichte spürbar erleichtert. Der Organisations- und Arbeitsaufwand auf Seiten der Brüsseler Dienststellen, etwa bei der Informationsübermittlung und im Rahmen von angeforderten Stellungnahmen, ließe sich auf ein vertretbares Maß reduzieren. Der Stellenwert nationaler, etwa industriepolitischer Interessen könnte dadurch verringert werden, dass solche Spezialgerichte nicht nur mit nationalen Richtern des Sitzstaates, sondern zusätzlich mit Richtern aus anderen Mitgliedstaaten besetzt werden.

7 Wahrung von Transparenz und Rechtssicherheit

76. Mit dem geplanten Legalausnahmesystem entfällt das Anmeldeerfordernis für sämtliche wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen. Damit sind *Informations- und Transparenzverluste* auf Seiten der Behörden und Drittbetroffenen verbunden, die eine wirksame Wettbewerbskontrolle zukünftig erheblich erschweren dürften. Das Bundeskartellamt hat deshalb vorgeschlagen, das geplante Legalausnahmesystem durch eine Informationspflicht der Unternehmen mit anschließender Veröffentlichung im Intranet der Behörden sowie im Internet zu ergänzen. Dabei wird davon ausgegangen, dass eine solche Vorkehrung den Informations- und Transparenzverlust, der mit der Abschaffung des Anmeldesystems einhergeht, zumindest im Ansatz ausgleichen könnte. Diese Erwägung greift die Bestimmung des Art. 4 Abs. 2 VOE auf, wonach die Kommission durch Verordnung Arten von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EGV bestimmen kann, welche die Unternehmen in ein Register eintragen lassen müssen. Nach den Überlegungen des Bundeskartellamtes sollten allerdings sämtliche horizontalen Vereinbarungen, die unter Art. 81 Abs. 1 EGV fallen und nicht die Voraussetzungen einer Gruppenfreistellungsverordnung erfüllen, gemeldet werden. Auch nach Auffassung der Monopolkommission erscheint allein eine solche generelle Verpflichtung sachgerecht, um ein Mindestmaß an Transparenz wiederherzustellen. Eine unzumutbare Belastung für betroffene Unternehmen folgt daraus ersichtlich nicht. Darüber hinaus sind Kriterien für eine sinnvolle Unterscheidung zwischen Vereinbarungen, die der Registrierungspflicht unterliegen und solchen, die von der Anmeldepflicht freigestellt sind, nicht erkennbar. Die Bestimmung des Art. 2 Abs. 2 VOE sollte dementsprechend um eine *generelle* Informationspflicht ergänzt werden.

77. Die Gewährleistung von Rechtssicherheit im Einzelfall ist von herausragender Bedeutung für den Erfolg des geplanten Legalausnahmesystems. Nach den Vorstellungen der Kommission sollen Beschwerden vor nationalen Behörden sowie Klagen vor mitgliedstaatlichen Gerichten eine bedeutende Rolle im Rahmen der dezentralen Wettbewerbsaufsicht einnehmen. Der teilweise Rückzug der Europäischen Kommission aus der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle soll mit Hilfe privater Initiative kompensiert werden. Vor diesem Hintergrund gilt es zu bedenken, dass Dritte vor allem mit einer Klageerhebung ein nicht geringes Risiko eingehen sowie beträchtlichen personellen, finanziellen und zeitlichen Aufwand in Kauf

nehmen. Die Entscheidung, Klage einzureichen, wird daher in hohem Maße von deren Erfolgsaussichten abhängen, die wiederum nur im Rahmen *hinreichender Vorhersagbarkeit* der richterlichen Ergebnisse zweifelsfrei beurteilt werden können. Wird ein ausreichendes Maß an Rechtssicherheit nicht gewährleistet, dürften Dritte in der Regel auf ein gerichtliches Vorgehen verzichten und sich eher mit den Kartellmitgliedern arrangieren oder den betreffenden Markt ganz verlassen. In diesem Fall besteht die Gefahr, dass die wirksame Durchsetzung des Wettbewerbsrechts mangels entsprechender Initiative Dritter erheblich leiden wird.

78. Das geplante Legalausnahmesystem birgt eine Reihe von Unsicherheitsfaktoren: Zunächst tritt an die Stelle behördlicher Beurteilung die Selbsteinschätzung der Unternehmen. Einen *Anspruch* auf eine behördliche Stellungnahme oder gar Entscheidung lehnt die Europäische Kommission kategorisch ab. Abgesehen davon, dass eine solche Selbstbeurteilung Neigungen der Wirtschaft zur Kartellierung entgegenkommt, werden Unternehmen von der ihnen übertragenen Aufgabe gerade bei Kooperationsabsprachen häufig überfordert sein. Insbesondere die Abgrenzung des sachlichen Marktes, noch dazu ohne die Möglichkeit von Aufklärungs- und Ermittlungsmaßnahmen, wird auf erhebliche Hindernisse stoßen. Hinzu kommt die Schwierigkeit festzustellen, ob die wettbewerbsbeschränkende Absprache eine „angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn“ vorsieht, wie es Art. 81 Abs. 3 EGV erfordert. Im Hinblick auf die Eigeninteressen der Unternehmen wird ihnen hier allzu viel Objektivität abverlangt. Dies ist geeignet, ihr Unrechtsbewusstsein auf diesem Gebiet zu gefährden und wird für sie den Anreiz erhöhen, von der erlaubten Kooperation zu einer verbotenen überzugehen.

Diese Schwierigkeiten werden zusätzlich durch den Umstand verstärkt, dass die Europäische Kommission einer ökonomischen Betrachtungsweise bei der Beurteilung horizontaler Vereinbarungen größeres Gewicht als bisher verleihen will. Auf diese Weise wird die Bedeutung wirtschaftlicher Informationen für die wettbewerbsrechtliche Entscheidung eines Falles noch verstärkt – Informationen, die den betroffenen Unternehmen in der Regel nicht zur Verfügung stehen. Zugunsten höherer Rechtssicherheit sollte die Kommission daher zu einer in erster Linie *rechtlich orientierten Beurteilung* von Vereinbarungen und Beschlüssen zurückkehren, anstelle wirtschaftliche Faktoren bei der Anwendung von Art. 81 EGV zu betonen.

79. Weitere Unsicherheiten resultieren aus dem Begriff des „*öffentlichen Interesses*“ im Zusammenhang mit Positiventscheidungen gemäß Art. 10

Abs. 1 VOE und mit Stellungnahmen vor mitgliedstaatlichen Gerichten im Sinne des Art. 15 Abs. 3 VOE. Dieser Begriff entbehrt jeglicher näheren Erklärung, so dass für betroffene Unternehmen völlig unklar bleibt, wann die Kommission einzuschreiten gedenkt. Es ist ferner nicht auszuschließen, dass die Bestimmung jedenfalls in der Zukunft als Einfallstor für industriepolitische Einflüsse dienen wird. Die Annahme eines „öffentliches Interesses“ im Fall der Beteiligung von politisch gewichtigen Unternehmen würde die Ausübung des Wettbewerbsrechts von politischen Meinungsverschiedenheiten abhängig sowie für Unternehmen unberechenbar machen, was eine wirksame Kartellaufsicht nachhaltig schwächen müsste. Eine *konkrete Erläuterung* im Verordnungstext, unter welchen Voraussetzungen die Kommission tätig werden will, ist daher dringend erforderlich, um ihren bislang unbegrenzten Ermessenspielraum sinnvoll einzuschränken. Bejaht werden könnte ein „öffentliches Interesse“ beispielsweise unter dem Gesichtspunkt der Kohärenzwahrung.

8 Empfehlungen

80. Die Monopolkommission spricht sich vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen für die folgenden Empfehlungen aus. Die Bundesregierung sollte sich im Gesetzgebungsprozess nachdrücklich für eine Realisierung der vorgeschlagenen Maßnahmen und Vorkehrungen einsetzen. Der Erlass einer neuen Verordnung sollte erst dann akzeptiert werden, wenn angemessene Lösungen für die Schwerpunkte des Reformprojekts – das Verhältnis zwischen europäischen und nationalen Wettbewerbsregeln, die Zuständigkeitsverteilung und die Wahrung der Rechtseinheit – bereitstehen. Die Bundesregierung sollte an den hier formulierten Kernpositionen festhalten und gegebenenfalls eine *Klage nach Art. 230 EGV* in Erwägung ziehen. Angesichts der erheblichen Zweifel an der rechtlichen Zulässigkeit des Verordnungsvorschlags insgesamt ließe sich eine solche Klage gut begründen.

1. Eine vollständige Verdrängung des nationalen Rechts für sämtliche Fälle mit zwischenstaatlichen Wirkungen kommt nicht in Betracht. Sie ist rechtlich zweifelhaft und wettbewerbspolitisch nachteilig. Zur Erhaltung der angestrebten Kohärenz genügt es, die Pflicht der mitgliedstaatlichen Behörden zur Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts zu bekräftigen und die nationalen Wettbewerbsregeln lediglich insoweit auszuschließen, als sie im *Widerspruch* zu gemeinschaftlichem Wettbewerbsrecht stehen.
2. Sowohl für die Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Kommission und Mitgliedstaaten als auch für die Fallallokation auf der Ebene der Mitgliedstaaten müssen praktikable Kriterien statuiert werden. Im Bereich der Verhaltenskontrolle sind *qualitative Indikatoren* solchen rein quantitativer Natur vorzuziehen. Als sachgerecht würden sich die Aspekte des nationalen Schwerpunktes bzw. des besonderen Gemeinschaftsinteresses erweisen.
3. Zur Bestimmung sachlicher Kriterien bietet sich ein Rückgriff auf die Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Kommission und den Mitgliedstaaten an, die auf den *nationalen Schwerpunkt* abstellt. Hiernach ist ein Mitgliedstaat insbesondere zuständig, wenn sich die Auswirkungen des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens auf sein Hoheitsgebiet beschränken. Die Kompetenz der Europäischen Kommission ist in Fällen mit *besonderem Gemeinschaftsinteresse* eröffnet. Dieses ist in der Regel zu bejahen,

wenn neue Rechtsfragen zu divergierenden Auffassungen in mehreren Mitgliedstaaten führen, öffentliche oder gleichgestellte Unternehmen im Sinne des Art. 86 EGV betroffen sind oder mehr als drei nationale Wettbewerbsbehörden die Zuständigkeit beanspruchen. Besondere Bedeutung für die Gemeinschaft liegt ferner immer dann vor, wenn die Kohärenz der Rechtsanwendung bei der Bearbeitung durch eine nationale Behörde ernsthaft gefährdet wäre.

4. Damit das Gemeinschaftsinteresse an einer einheitlichen Rechtsanwendung sichergestellt werden kann, ist eine Bestimmung wie in Art. 11 Abs. 6 VOE vorgesehen grundsätzlich zielführend. Ein Wiederaufgreifen nationaler Verfahren nach Bestandskraft der Entscheidung ist allerdings *abzulehnen*, der Entzug laufender Verfahren kommt nur als *ultima ratio* in Betracht. Andernfalls würden Stellung und Bedeutung der mitgliedstaatlichen Behörden, letztlich also die gesamten Dezentralisierungsbemühungen unterminiert werden. Außerdem würde die Rechtssicherheit für alle beteiligten Kreise wesentlich geschmälert.
5. Für Fälle, in denen Konflikte über die jeweilige Zuständigkeit auftreten, sind *formale Entscheidungsmechanismen* festzulegen. Dies betrifft sowohl das Vertikal- wie auch das Horizontalverhältnis. Denkbar ist unter anderem eine erweiterte Mitwirkung des Beratenden Ausschusses bis hin zu echten Mitentscheidungsrechten, befristete Vetorechte der Mitgliedstaaten oder eine Vorabentscheidungsbezugnis der Kommission.
6. Sachliche Abgrenzungskriterien und die Grundzüge der Verfahren zur Kompetenzverteilung sollten in die Verordnung aufgenommen werden. Nur so lassen sich die berechtigten Interessen der Mitgliedstaaten an einer maßgeblichen *Mitwirkung bei der Verteilung der Zuständigkeiten* garantieren. Die Regelung von Detailfragen im Hinblick auf Kriterien und Verfahrensmechanismen kann hingegen Bekanntmachungen vorbehalten bleiben, die lediglich erläuternden Charakter aufweisen.
7. Im Rahmen der administrativen Zusammenarbeit verbleibt eine Fülle von *Detailproblemen*. Bei dem in Art. 11 Abs. 3 VOE geplanten Informationsaustausch im Horizontalverhältnis stellt eine Informationsübermittlung über die Kommission mit umgehender Platzierung im behördlichen Intranet die sinnvollste Alternative dar. Ferner sollte sich die Übermittlungspflicht der Kommission gemäß Art. 11 Abs. 2

VOE nicht auf die „wichtigsten Schriftstücke“ beschränken, sondern zumindest auf Verlangen des betroffenen Mitgliedstaates sämtliche Unterlagen umfassen. Darüber hinaus ist klar zu stellen, dass eine Unterrichtungspflicht innerstaatlicher Behörden auch in den Fällen eintritt, in denen trotz Beschwerde oder sonstigem „Anfangsverdacht“ ein wettbewerbsrechtliches Verfahren nicht eingeleitet wurde. Hinsichtlich des Austauschs vertraulicher Daten sind im Interesse der Geschäftsgeheimnisse der betroffenen Unternehmen Sicherheitsstandards und -verfahren festzulegen.

8. Eine gegenseitige Amtshilfebefugnis in Bezug auf Ermittlungshandlungen sowohl im Vertikal- als auch im Horizontalverhältnis ist ausdrücklich zu begrüßen. Damit diese Maßnahme im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander ihre volle Wirkung entfalten kann, darf den nationalen Wettbewerbsbehörden allerdings kein Ermessen bezüglich der geforderten Unterstützungshandlung zustehen. Dem Recht zur Amtshilfe muss vielmehr eine *entsprechende Verpflichtung* folgen. Diese Pflicht ist des Weiteren auf Hilfeleistungen im Rahmen von Zustellungs- und Vollstreckungsmaßnahmen zu erstrecken. Ein „ordre-public“-Vorbehalt kann schon im Hinblick auf die einschlägigen nationalen Verfahrensregeln nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Er dürfte jedoch praktisch nur selten relevant werden.
9. Grundsätzliche Zustimmung verdient ferner die Einführung einer Möglichkeit für nationale Wettbewerbsbehörden, eigene Verfahren *auszusetzen oder einzustellen*, wenn die Behörde eines anderen Mitgliedstaates denselben Vorgang bereits bearbeitet oder abgeschlossen hat. Darüber hinaus bedarf es jedoch einer verbindlichen Verpflichtung der nationalen Wettbewerbsbehörden, auf Ersuchen eines Mitgliedstaats dessen wettbewerbsrechtliche Interessen bei eigenen Anwendungsmaßnahmen zu berücksichtigen. Schließlich sollten die Mitgliedstaaten in die Lage versetzt werden, einen anderen Mitgliedstaat um die Einleitung von wettbewerbsrechtlichen Maßnahmen zu ersuchen.
10. Eine weitere Bedingung für die Vermeidung von Parallelverfahren und optimaler Fallallokation stellt die *gemeinschaftsweite* Geltung nationaler Entscheidungen dar. Das europäische Recht bietet hierfür sachgerechte Konzepte. Als Grundlage der transnationalen Wirkung im Wettbewerbsrecht bietet sich das so genannte Anerkennungsprinzip an, wonach der ausländische Rechtsakt bestätigt werden muss,

gegebenenfalls im Anschluss an eine eingeschränkte materielle Prüfung.

11. Daneben sind praktische Vorkehrungen geeignet, die administrative Zusammenarbeit zu verbessern. Der *Austausch und die Schulung betroffener Mitarbeiter* der nationalen Behörden sollten daher ebenso gefördert werden wie die Errichtung von spezifischen Kontaktstellen bei den Wettbewerbsbehörden auf mitgliedstaatlicher und gemeinschaftlicher Ebene. Eine verstärkte Einbindung des Beratenden Ausschusses, auch im Rahmen nationaler Entscheidungen, steigert deren Akzeptanz in anderen Mitgliedstaaten und trägt zu einem dauerhaften Erfahrungsaustausch bei. Die Verpflichtung, wettbewerbsrechtliche Entscheidungen zu veröffentlichen, fördert Transparenz und Kohärenz.
12. Die Befugnis nationaler Gerichte, die Europäische Kommission um Informationen und Stellungnahmen zu bitten, wird grundsätzlich positiv beurteilt. Allerdings muss sie durch eine verbindliche *Verpflichtung der Kommission* zur Übermittlung der gewünschten Daten und Stellungnahmen ergänzt werden.
13. Die Beweislast des Klägers im Zivilprozess muss in mehrfacher Hinsicht *erleichtert* werden. Dies betrifft zum einen den Nachweis der Vereinbarung oder Verhaltensweise im Sinne des Art. 81 EGV, zum anderen den Schaden, der dem Kläger aus dem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten entstanden ist. In beiden Fällen wird bei Vorliegen gewisser Anhaltspunkte die Verpflichtung des Beklagten, gewisse aus seiner Einflussosphäre stammende Tatsachen zu offenbaren, befürwortet.
14. Um Anreize zur Klageerhebung durch private Dritte zu verstärken, ist die Einführung von Schadenersatzansprüchen, die den tatsächlich erlittenen Verlust *spürbar übersteigen*, zu erwägen.
15. Um ein Mindestmaß an notwendiger Transparenz zu erhalten, sollte die Bestimmung des Art. 4 Abs. 2 VOE eine *generelle* Registrierungspflicht festlegen.
16. Die Europäische Kommission verfolgt als wesentliches Ziel der Reform auch den Erhalt angemessener Rechtssicherheit. Der unbestimmte Begriff des „öffentlichen Interesses“ im Zusammenhang mit Positiventscheidungen schadet solchen Bemühungen, weil er industriepolitische Einflüsse erleichtert. Er sind *konkrete Eingriffskriterien*

aufzustellen, die ein Tätigwerden der Kommission beispielsweise zum Erhalt einer kohärenten Rechtsanwendung vorsehen könnten.

17. Zugunsten eines angemessenen Grades an Rechtssicherheit im Rahmen des dezentralen Systems müsste die Europäische Kommission anstelle der Betonung von wirtschaftlichen Kriterien zu einer vornehmlich *rechtlich orientierten Beurteilung* von Wettbewerbsbeschränkungen zurückkehren.

Bonn, im Oktober 2001

M. Hellwig

J. Basedow

W. Haastert

S. Röver

K. Trebitsch