

Wernhard Möschel

# Europäische Wettbewerbspolitik auf Abwegen

*Die EG-Kommission hat im Mai 1999 ein Weissbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 81 und 82 EG-Vertrag veröffentlicht. Inwieweit ist damit ein Kurswechsel in der europäischen Wettbewerbspolitik verbunden? Welche Folgen hat das Weissbuch für den Wettbewerbsschutz? Welche anderen Optionen bestehen gegenüber dem gewählten Verfahren?*

**A**rt. 81, Abs. 1 EG-Vertrag enthält ein Verbotssprinzip. Es gilt für horizontale Wettbewerbsbeschränkungen wie für vertikale Bindungen in gleicher Weise. Es wird ergänzt durch die Möglichkeit einer administrativen Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag. Zuständig für eine solche Freistellung ist ausschließlich die Kommission in Brüssel (Art. 9 Abs. 1 VO Nr. 17). Die Wettbewerbsregeln einschließlich der Beihilfeaufsicht nach Art. 87 ff. EG-Vertrag bilden den Kernbereich administrativer Zuständigkeit der Kommission.

Art. 81 EG-Vertrag ist seit Jahren Gegenstand einer Reformdebatte, soweit vertikale Bindungen betroffen sind. Im April 1999 hat sich der Rat auf einen Reformvorschlag verständigt. Er hat die Kommission ermächtigt, die gegenwärtig vorhandenen zahlreichen Gruppenfreistellungsverordnungen für vertikale Bindungen durch eine einheitliche, umfassende Gruppenfreistellungsverordnung zu ersetzen<sup>1</sup>. Sie stellt solche Bindungen vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag frei, soweit der Anteil am jeweilig betroffenen sachlich wie geographisch relevanten Markt nicht über 30% hinausgeht. Einzelne Formen vertraglicher Bindungen wie Preisbindungen oder absoluter Gebietsschutz werden von dieser Erleichterung ausgenommen. Man erwartet, daß die Kommission noch im Laufe dieses Jahres eine solche Verordnung verabschieden wird. Sie soll zum 1. Januar 2000 in Kraft treten.

Wettbewerbspolitisch ist dieses Vorhaben wenig umstritten. Vertikale Bindungen betreffen nicht die „interbrand competition“, sondern lediglich die „intra-brand competition“. Sie sind in der Mehrzahl der Fälle effizienzbefördernd. In den meisten Kartellrechtsordnungen, so auch in Deutschland, sind sie im Grund-

satz zulässig und unterliegen lediglich einer Mißbrauchsaufsicht, namentlich dann, wenn ein höherer Marktanteil involviert ist. Insoweit korrigiert dieser Reformvorschlag eine überschießende Reichweite des Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag.

Ursprünglich hatte solche Auslegung des Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag einen guten Sinn. Es galt zu verhindern, daß Unternehmen an den Landesgrenzen die fallenden staatlichen Handelsschranken wie Zölle, Kontingente und Maßnahmen gleicher Wirkung ersetzen durch vertraglich errichtete Handelsschranken, welche die Märkte der Mitgliedstaaten unverändert getrennt hielten. Insoweit hatten die Wettbewerbsregeln des Vertragswerkes eine integrationspolitische Zielsetzung. Beim heute erreichten Entwicklungsstand des Binnenmarktes kann diese wettbewerbstranszendierende Zielsetzung zurückgenommen werden.

## Kurswechsel durch das Weissbuch

Am 12. Mai 1999 hat die Kommission völlig überraschend ein umfangreiches Weissbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 81 und 82 EG-Vertrag veröffentlicht<sup>2</sup>. Der harte Kern dieses Vorschlages liegt darin, daß für horizontale Wettbewerbsbeschränkungen das geltende Verbotssprinzip mit Administrativausnahme ersetzt wird durch ein Verbotssprinzip mit Legalausnahme. Das heißt, Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag ist nicht mehr für sich, sondern immer nur integriert gleichzeitig mit Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag anzuwenden. Es bedarf keiner Anmeldung mehr. Eine Einzelfallfreistellung wird entbehrlich. Dies entsprach einem französischen *Petitum* schon zur Zeit des Inkrafttretens des EWG-Vertrages am 1. Januar 1958. Es wurde im Zusammenhang der konkretisierenden Kartellverordnung Nr. 17 aus dem Jahre 1962 unter Ludwig Erhard abgewehrt bei gleich-

*Prof. Dr. Wernhard Möschel, 58, ist Ordinarius für Wirtschaftsrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen und Vorsitzender der Monopolkommission.*

<sup>1</sup> Nicht erfaßt ist die Gruppenfreistellungsverordnung für den Automobilvertrieb und -service. Diese gilt erst einmal bis zum 30. September 2002 fort.

<sup>2</sup> Amtsblatt der EG, C Nr. 132 vom 12. Mai 1999, S. 1-33.

zeitigem deutschen Entgegenkommen in der europäischen Agrarpolitik.

Es ist nicht exakt, im wettbewerbspolitischen Kurswechsel der Kommission einen Übergang zu einem Mißbrauchsprinzip zu sehen, wie es in Deutschland zur Zeit der Entstehung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in den 50er Jahren diskutiert worden war. Mißbrauchsprinzip in seiner reinen Form bedeutet Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung bis zu einer konstitutiven Feststellung ihrer Unzulässigkeit. Der Vorschlag der Kommission geht formal unverändert von einem Verbotsprinzip aus; es ist kraft Gesetzes nur immer gleichzeitig mit der Rechtfertigungsmöglichkeit für eine Wettbewerbsbeschränkung anzuwenden. Man kann von einer Annäherung an ein faktisches Mißbrauchsprinzip insoweit sprechen, als keine Wettbewerbsbeschränkung mehr einer präventiven Erlaubnisentscheidung unterfällt.

Die hier zu entwickelnde These betrifft vier Aspekte:

- Der Vorschlag der Kommission läßt sich ohne Änderung des EG-Vertrages nicht verwirklichen.
- Ein System der Legalausnahme verringert nach allen Erfahrungen den Wettbewerbsschutz.
- Folgeprobleme dieses Reformvorhabens sind nicht wirklich durchdacht.
- Der ins Auge gefaßte Systemwechsel ist unverhältnismäßig, gemessen an den Anliegen, welche die Kommission vorbringt.

### Rechtswidrigkeit des Vorschlages

Die Kommission geht davon aus, sie könne ihren Vorschlag im Rahmen einer schlichten Änderung der Verordnung Nr. 17 auf der Basis von Art. 83 EG-Vertrag verwirklichen. Danach hätte der Rat mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlamentes zu beschließen. Die deutsche Bundesregierung könnte überstimmt werden. Dabei ist gegenwärtig offen, ob sie substantielle Einwände gegen den Kommissionsvorschlag hat.

Der Vorschlag der Kommission läßt sich indes ohne Änderung des EG-Vertrages, was Einstimmigkeit im Rat und Zustimmung seitens aller nationalen Parlamente voraussetzt, nicht verwirklichen. Dies ergibt sich schon aus Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag selbst. Danach kann die Bestimmung des Abs. 1 für nicht anwendbar erklärt werden auf Vereinbarungen oder „Gruppen von Vereinbarungen“ zwischen Unternehmen. In der Formulierung „Gruppen von Vereinbarungen“ ist ein deutliches Element der Begrenzung enthalten. Gemeint sind bestimmte Typen von Wettbewerbsbeschränkungen oder entsprechende Sachverhaltsgruppen.

Ein System einer Legalausnahme läuft auf eine nicht begrenzte Ausnahme, auf eine Totalausnahme hinaus. Sie ist materiell von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag nicht mehr gedeckt. Man könnte noch an das vereinfachte Verfahren nach Art. 308 EG-Vertrag denken, wie es im Zusammenhang der Europäischen Fusionskontrollverordnung zur Anwendung gekommen ist. Danach kann der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlamentes die geeigneten Vorschriften erlassen, falls ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich erscheint, um im Rahmen des Gemeinsamen Marktes eines ihrer Ziele zu verwirklichen, und im Vertrag die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen sind. Diese „Abrundungsklausel“ ist namentlich in den 70er Jahren exzessiv angewandt worden<sup>3</sup>. Im Zusammenhang des Art. 81 EG-Vertrag scheidet ein Rückgriff darauf aus. Denn der Vertrag selbst sieht im Hinblick auf einverständliche Wettbewerbsbeschränkungen – dies im Unterschied zu Unternehmenszusammenschlüssen – durchaus die erforderlichen Befugnisse vor.

Ein System der Legalausnahme ist wettbewerbspolitisch inferior gegenüber einem System des Verbots mit Administrativvorbehalt. Dafür sprechen alle historischen wie rechtsvergleichenden Erfahrungen.

### Erfahrungen auf EG-Ebene

Ein System der Legalausnahme bei horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen gibt es auf EG-Ebene gegenwärtig mit der Gruppenfreistellungsverordnung für Forschung und Entwicklung und der Gruppenfreistellungsverordnung für Spezialisierungsvereinbarungen. Die Folgen sind bekannt:

- Die Kommission erfährt in diesem Rahmen nichts mehr. Sie hat keinerlei Einblick in das, was in der Wirklichkeit der Unternehmen geschieht. Noch in ihrem Grünbuch zur Behandlung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen, welches die Kommission am 22. Januar 1997 angenommen hatte, sang sie das hohe Lied eines Anmeldesystems: „Die Anmeldungen sind für die Kommission eine unerschöpfliche Quelle der Information über Geschäftsvorhaben, einschließlich vertikaler Vereinbarungen. Ein wesentlicher Teil der Kommissionsentscheidungen geht auf Anmeldungen zurück. Dies ist ein Hinweis darauf, daß die Kommission von vielen der Vertragsbestimmungen, die der sorgfältigen Prüfung bedürfen, durch Anmeldungen Kenntnis erhalten hat. Anmeldungen liefern auch das Rohmaterial, anhand dessen die Kommission die

<sup>3</sup> Vgl. hierzu Thomas Oppermann: Europarecht, 2. Auflage 1999, Rnrrn. 523 f., 1901.

<sup>4</sup> Grünbuch zur EG-Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, KOM (96) 721 endg., Rn. 188; siehe dazu auch XXVI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1996, 1997, Tz. 46 f.

Notwendigkeit und die Tragweite von Gruppenfreistellungen ermißt ... Das Freistellungsverfahren ist sehr flexibel, da Freistellungen zeitlich befristet sein müssen, jedoch erneuert werden können. Diese Prozedur gibt der Kommission Gelegenheit, sich erneut mit den Wettbewerbsbedingungen auf dem relevanten Markt zu befassen. Stellt sich dabei heraus, daß die Bedingungen sich geändert haben, oder ergeben sich neue Fakten, so kann die Kommission der fraglichen Vereinbarung die Vorteile der Einzelfreistellung entziehen<sup>4</sup>.

□ Wie jeder erfahrene Rechtsberater weiß, beschränken die Unternehmen unter diesem Schirm einigermaßen bedenkenlos den (Innovations-)Wettbewerb. Dem zivilrechtlichen Nichtigkeitsrisiko von Vereinbarungen begegnet man in der Weise, daß niemand vorleistet, sondern Leistung und Gegenleistung tendenziell im Gleichgewicht gehalten werden.

□ Aus dem Nukleus einer gegebenenfalls erlaubten Kooperation entsteht überdies leicht ein Anreiz, zu weiteren, jetzt unerlaubten Wettbewerbsbeschränkungen überzugehen.

□ Ein Verschuldensnachweis, der bei Bußgeldsanktion und bei Schadenersatzansprüchen geschädigter Dritter erforderlich wird, ist in einem System der Legalausnahme sehr viel schwerer zu führen. Angesichts eines Prinzips der Selbstveranlagung und der extrem unbestimmten Rechtsbegriffe in Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag läßt sich mit Unkenntnis oder mit unvermeidbarem Irrtum der Betroffenen trefflich argumentieren. Kartellpartner neigen aus der Natur der Sache zu einer großzügigeren Handhabung der Marktabgrenzung und der Rechtslage. Es fehlen ihnen die maßgeblichen Marktdata, die vielfach erst durch Befragen von Wettbewerbern oder von Unternehmen auf den vor- und nachgelagerten Marktstufen zu ermitteln sind.

□ Die Gruppenfreistellungsverordnung für Forschung und Entwicklung belegt ferner, daß in dieser Technik Rechtssicherheit für die Beteiligten nicht herstellbar ist: Ihre Anwendung setzt eine Abgrenzung und eine Anteilsberechnung bezüglich eines Marktes voraus, den es noch gar nicht gibt.

### Historische Erfahrungen

Erfahrungen mit Legalausnahmen hat man namentlich in Frankreich sammeln können. Art. 419 Code Pénal verbot schon seit dem Jahre 1810 Wettbewerbsbeschränkungen, welche die freie Preisbildung beeinträchtigten<sup>5</sup>. Entsprechende Vereinbarungen waren wegen ihrer „cause illicite“ (Art. 1133 Code Civil)

oder wegen Verstoßes gegen die als Grundsatz der öffentlichen Ordnung geltende Gewerbefreiheit nichtig. Zivilrechtliche Schadenersatzklagen Dritter aus der Generalklausel der Art. 1382/1383 Code Civil waren möglich.

Die Rechtsprechung, die in den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts verhältnismäßig streng gewesen war, schwächte sich später ab. Die ersten Urteile betrafen Sachverhalte, bei denen durch ein Absinken der Preise unter die Gestehungskosten die Existenz von Unternehmen gefährdet war. Die Gerichte gingen davon aus, daß an ihrer Erhaltung und damit an dem eingesetzten Mittel der Preisabsprache ein öffentliches Interesse bestehe. Daraus entwickelte sich die Theorie von den „bonnes et mauvaises ententes“, die bis in die Gegenwart Gesetzgebung und Doktrin prägt. Noch heute ist selbst bei Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eine Rechtfertigung innerhalb eines Systems der Legalausnahme möglich (Art. 10 Nr. 2 in Verbindung mit Art. 8 Ordonnance Nr. 86-1243 relative à la liberté des prix et de la concurrence)<sup>6</sup>.

In Deutschland hatte die berühmte Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. Februar 1897 in Sachen „Sächsisches Holzstoffkartell“ ein System der grundsätzlichen Kartellzulässigkeit mit einem Legalverbot im Ausnahmefall verwirklicht<sup>7</sup>. Letzteres wird regelmäßig übersehen. Doch hielt das Reichsgericht ein Kartell für unzulässig, „namentlich wenn es ersichtlich auf die Herbeiführung eines tatsächlichen Monopols und die wucherische Ausbeutung der Konsumenten abgesehen ist, oder diese Folgen durch die getroffenen Vereinbarungen und Einrichtungen tatsächlich herbeigeführt werden“<sup>8</sup>. Dieser Legalvorbehalt blieb bekanntlich wirkungslos. Deutschland entwickelte sich weiter zum Land der Kartelle.

### Rechtsvergleichende Erfahrungen

Die Schweiz kannte seit 1962 eine Kartellgesetzgebung, basierend auf einem echten Mißbrauchsprinzip. Letzteres wird aus einer Kompetenzvorschrift der Bundesverfassung abgeleitet<sup>9</sup>. Es blieb wirkungslos. Das neue Kartellgesetz von 1995 differenziert jetzt zwischen unerheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen – sie bleiben zulässig –, erheblichen – hier gibt es die Möglichkeit einer „efficiency defense“ – und solchen, welche wirksamen Wettbewerb beseitigen. Letztere gelten als mißbräuchlich. Für Preis-, Gebiets-

<sup>6</sup> Deutsche Übersetzung in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 1988, S. 38 ff.

<sup>7</sup> Entscheidung des Reichsgericht in Zivilsachen (RGZ) 38, 155; zu dieser Entscheidung Wernhard Möschel: 70 Jahre deutsche Kartellpolitik. Von RGZ 38, 155 „Sächsisches Holzstoffkartell“ zu BGHZ 55, 104 „Teerfarben“, 1972; Knut Wolfgang Nörr: *Die Leiden des Privatrechts*, 1994, S. 8 f.

<sup>8</sup> RGZ 38, 155, 158.

<sup>9</sup> Hierzu Ingo Schmidt, a.a.O., S. 212 f.; Roger Zäch: *Schweizerisches Kartellrecht*, 1999, Rn. 256 ff.

und Mengenkartelle besteht eine dahingehende Vermutung. Eine Meldepflicht für die Beteiligten oder rückwirkende Sanktionen bei Verstößen gegen die materiellrechtlichen Bestimmungen gibt es unverändert nicht. Man muß abwarten, ob solch qualifiziertes Mißbrauchssystem an der bisherigen Wirkungslosigkeit des schweizerischen Kartellrechts Wesentliches ändert.

In Österreich gilt heute für sogenannte Absichts- und Empfehlungskartelle ein Durchführungsverbot mit gerichtlichem Erlaubnisvorbehalt<sup>10</sup>. Für Wirkungskartelle und Verhaltenskartelle – letztere umfassen die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen – gilt ein Mißbrauchsprinzip. Solche dürfen so lange durchgeführt werden, bis das Kartellgericht entweder auf Antrag feststellt, daß tatsächlich ein Kartell vorliegt (§ 18 Abs. 3 KartG), oder diesem die Durchführung untersagt (§ 25 Abs. 1 KartG).

Dabei sind die spezifischen Umstände nicht zu verkennen, welche für die Schweiz oder für Österreich gelten. Zu nennen sind etwa eine ausgeprägte Einpassung dieser Länder in die internationale Arbeitsteilung bei den handelbaren Gütern. Diese mindert nachhaltig die Fähigkeit der Unternehmen zur Kartellierung. Für Österreich ist weiter auf deutlich korporatistische Entscheidungsstrukturen zu verweisen. Solche können die Wirkungskraft eines Kartellgesetzes einerseits abschwächen, andererseits auch verstärken. Auf der normativen Ebene kommt diesen Kartellrechtsordnungen in der Nachbarschaft des von der Kommission erwogenen Systems keinerlei Modellfunktion zu.

Schließlich bestätigt das andersgeartete System des US-amerikanischen Antitrust-Rechts die hier geäußerte Reserve: Von Randfällen abgesehen, kennt es kein System der Zulassung von an sich gegebenen Wettbewerbsbeschränkungen. Es löst das Problem der Abgrenzung von verbotener Wettbewerbsbeschränkung und zulässiger Unternehmenskooperation vielmehr auf der Ebene des Tatbestandes mit seiner Differenzierung zwischen Per-se-Verboten einerseits und Rule-of-reason-Sachverhalten andererseits. In der Praxis freilich greifen die Antitrustbehörden Rule-of-reason-Sachverhalte nicht mehr auf. Ähnliches gilt für die quantitativ sehr viel wichtigere private Rechtsverfolgung von Wettbewerbsverstößen. Eine Verfolgung von Rule-of-reason-Sachverhalten ist im Aufwand zu kostenträchtig und in den Erfolgsaussichten zu unsicher. Konsequenter führt dieses System zu enorm abschreckenden Sanktionen im Sektor der

effektiv bekämpften Per-se-Verstöße. Darauf ist zurückzukommen<sup>11</sup>.

### Rechtsunsicherheiten

Im gegenwärtigen System der Anmeldenotwendigkeit für Wettbewerbsbeschränkungen läßt sich für die Beteiligten in hohem Maße eine erwünschte Rechtsunsicherheit erreichen. Sie klären im informellen Verfahren mit der Kommission Bedenken ab und passen kritische Vertragsklauseln entsprechend an. Solche Anmeldungen enden in aller Regel nicht in förmlichen Freistellungsentscheidungen. Man behilft sich mit formlosen Verwaltungsschreiben, den sogenannten Comfort letters. Diese Praxis ist nicht ideal, namentlich wenn die Comfort letters nicht veröffentlicht werden und Dritte damit uninformiert bleiben oder wenn wettbewerblich schwierige Fälle auf bequeme Weise „erledigt“ werden.

Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit freilich genügt der Rechtspraxis solches Verfahren. In einem System der Legalausnahme entfällt diese Möglichkeit. Die Unternehmen sind auf eine Art Selbstveranlagung verwiesen. Überdies entfällt für sie die bisherige Bußgeldimmunität nach einer vollzogenen Anmeldung (Art. 15 Abs. 5 lit. a VO Nr. 17). Zwar weist die Kommission auf die Möglichkeit hin, daß sie auch in Zukunft „positive Entscheidungen“ nach Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag treffen könne<sup>12</sup>. In einem System der Legalausnahme stellen solche indes einen Fremdkörper dar. Sie haben keine konstitutive, sondern nur deklaratorische Wirkung und ähneln damit den bisherigen sogenannten Negativattesten. Pointiert formuliert: Es sind nichts weiter als Rechtsmeinungen. Irgendeine Bindungswirkung gegenüber nationalen Kartellbehörden und nationalen Gerichten ist damit nicht verknüpft. Die Kommission meint selbst, solche Positiventscheidungen würden nur aus Gründen des Allgemeininteresses und nur ausnahmsweise ergehen.

Sie will statt dessen mit einer Vielzahl von Bekanntmachungen und Leitlinien zu Art. 81 EG-Vertrag helfen<sup>13</sup>. Das löst die Abgrenzungsprobleme im konkreten Sachverhalt indessen nicht. Man spiegelt bestenfalls eine Scheinsicherheit vor. So wird in diesen Zusammenhängen regelmäßig eine Abgrenzung des relevanten Marktes erforderlich. Bei der geographischen Abgrenzung bewegen sich die Unternehmen noch auf einigermaßen sicherem Terrain. Sie können abschätzen, bei welchem Preisniveau ein Marktzutritt bislang durch Transportkosten ausgeschlossener Unternehmen lohnend wird.

<sup>10</sup> Hierzu Hans-Georg Koppens teiner: Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage 1997, § 7 und § 10; Walter Barfuß, Hanno Wollmann, Rainer Tahedl: Österreichisches Kartellrecht, 1996, S. 35 f.; Ingo Schmidt, a.a.O., S. 202 ff.

<sup>11</sup> Vgl. dazu unten Verschärfung der Kartellrechtlichen Instrumente.

<sup>12</sup> Amtsblatt der EG, a.a.O., Tz. 88 f.

<sup>13</sup> Amtsblatt der EG, a.a.O., Tz. 86 f.

Bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes sind die Unternehmen, die über keine Möglichkeit der Ermittlung und der Aufklärung verfügen, nach aller Erfahrung überfordert. Dehnt man das Instrument der Guidelines exzessiv aus, etwa in der Weise, daß sie branchenspezifischen Inhalt haben, landet man bei japanischen Verhältnissen<sup>14</sup>. Dann ist die Idee der Rule of law, eine der großen Errungenschaften der Kartellpolitik in der Zeit nach dem 2. Weltkrieg, gefährdet.

Die Gegenthese, ein Anmeldesystem nutze bei den gefährlicheren Kartellen, den sogenannten Hard-core-Kartellen, ohnehin nichts, beruht auf einem Denkfehler. Solche Kartelle werden in keinem kartellkritischen System, wie auch immer es im einzelnen ausgestaltet sein mag, angemeldet.

### Verschärfung der kartellrechtlichen Instrumente

Im Vorschlag der Kommission schlägt sich ein Kurswechsel von einem „ex ante enforcement through prescreening“ hin zu einem „ex post enforcement through deterrence“ nieder<sup>15</sup>. Möglicherweise ist er beeinflusst von einer insgesamt als ausgezeichnet bewerteten Zusammenarbeit zwischen der Generaldirektion IV in Brüssel, welche für die Wettbewerbspolitik zuständig ist, und den US-amerikanischen Antitrustbehörden. In der Logik dieses Vorschlages liegt eine Verschärfung der kartellrechtlichen Sanktionen. In Betracht kommen:

- eine drastische Ausschöpfung des ohnehin weitreichenden pekuniären Sanktionsrahmens (10% des Umsatzvolumens eines Unternehmens),
- eine Kronzeugenpraxis (wer als erster „petzt“, bleibt sanktionslos),
- zivilrechtliche „punitive damages“ und sogenannte „class actions“,
- ein Übergang von Bußgeldern zu echten Kriminalstrafen, gegebenenfalls zu Gefängnisstrafen.

Die beiden letzteren Optionen setzen eine Änderung der Rechtsgrundlagen voraus. Man würde sich damit an amerikanische Muster anlehnen. Nicht jedermann mag solche Verschärfung begrüßen. Ob eine verstärkte Abschreckungswirkung die mit einer Beseitigung der Anmeldepflicht verbundene Schwächung des Kartellrechts in den kontinentaleuropäischen Ver-

hältnissen auszugleichen vermag, ist eine eher zu verneinende Frage. In Wirtschaftskreisen herrscht gegenüber Kartellbehörden unverändert ein einheitlicher, auf Abwehr gerichteter „Korpsgeist“. Bevor Aufsichtsbehörden eingeschaltet werden, bemüht man sich um ein vernünftiges Arrangement im Einzelfall.

Ausgleichszahlungen, sonstige finanzielle Zugeständnisse, Einbindung von Außenseitern des Kartells oder auch Gegenreaktionen durch Kartellierung der Marktgegenseite sind einige der zur Verfügung stehenden Optionen<sup>16</sup>. Dem entspricht es, daß privatrechtliche Schadenersatzklagen von Unternehmen als Kartellopfen praktisch nicht vorkommen. Aus diesen Gründen ist die Durchsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ebenso wie des europäischen Kartellrechts spezifischen Behörden überantwortet, ganz im Gegensatz zum Bereich des unlauteren Wettbewerbs, wo nahezu ausschließlich privatrechtliche Durchsetzungsmechanismen vorherrschen.

### Sogwirkung

Man muß in diesem Zusammenhang schließlich eine Sogwirkung des europäischen Rechts im Hinblick auf die mitgliedstaatlichen Kartellrechte in Rechnung stellen. Man beklagt schon heute innerhalb der Fusionskontrolle eine umgekehrte Diskriminierung kleiner und mittlerer deutscher Unternehmen: Sie werden in Berlin bzw. demnächst in Bonn vom Bundeskartellamt nach deutschem Recht strenger angefaßt als die großen Unternehmen in Brüssel nach europäischem Recht<sup>17</sup>. Das deutsche System des Kartellverbotes mit differenzierender Legalisierung als Widerspruchs- oder Genehmigungskartell hat sich unbestritten bewährt. Ob es sich bei einer gegenläufigen Entwicklung auf europäischer Ebene auf Dauer beibehalten ließe, mag zweifelhaft erscheinen.

### Nicht durchdachte Folgeprobleme

Wichtige Folgeprobleme des Kommissionsvorschlages sind nicht wirklich durchdacht. So stellt sich die Rangfrage im Verhältnis von europäischem Kartellrecht zum nationalen Kartellrecht neu. Nach der sogenannten Walt Wilhelm-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes greift ein verdrängender Vorrang des Gemeinschaftsrechts nur ein, falls eine EG-Entscheidung Ausdruck einer „positiv gestaltenden Politik“ ist<sup>18</sup>. In einem System der Legalausnahme

<sup>14</sup> Vgl. hierzu Wernhard Möschel: Japanisches Kartellrecht – von außen gesehen, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 1997, S. 795 ff.; ders.: Japanisches, deutsches und europäisches Kartellrecht im Querschnitt, in: Festschrift für Ulrich Everling, Bd. I, 1995, S. 841 ff.

<sup>15</sup> Besonders aufschlußreich Wouter P. J. Wils: Notification, Clearance and Exemption in E. C. Competition Law: An Economic Analysis (1999), 24, European Law Review 139-156. Wils ist Mitglied des Juristischen Dienstes der Kommission und war an der Ausarbeitung des Weissbuches beteiligt.

<sup>16</sup> Vgl. Bundesratsdrucksache 310/1/99 vom 28. 6. 1999, Rn. 3 (Ausschußempfehlung zum Weissbuch der Kommission).

<sup>17</sup> Vgl. hierzu Wernhard Möschel: Die deutsche Fusionskontrolle auf dem Prüfstand des europäischen Rechts: „Überflügelung“ oder Harmonisierung? in: Die Aktiengesellschaft, 1998, S. 561 ff.

<sup>18</sup> EuGH Sammlung der Entscheidungen 1969, 1, 13 f. „Walt Wilhelm“.

entfällt dafür die Basis. Wahrscheinlichste Folge wird ein undifferenzierter Totalvorrang des europäischen Rechts sein, dies durchaus im Widerspruch zum gleichzeitig beschworenen Subsidiaritätsprinzip. Bei Gruppenfreistellungsverordnungen sieht die Kommission im Einklang mit der herrschenden Meinung ohnehin immer einen Ausdruck „positiv gestaltender Politik“ im Sinne dieser Rechtsprechung. Dieses Instrument will sie verstärkt und inhaltlich erweitert einsetzen<sup>19</sup>. Mindestens auf diesem Wege kann das Kartellrecht der Mitgliedstaaten endgültig ausgehebelt bzw. de facto gleichgeschaltet werden.

In der bisherigen Anwendung des Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag hat der Europäische Gerichtshof der Kommission einen weiten Beurteilungsspielraum eingeräumt. In der Tradition der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit entscheidet das Gericht nicht anstelle der Behörde, sondern es prüft im wesentlichen, ob die Behörde geltende Verfahrensgrundsätze eingehalten, in diesem Umfang die Tatsachen zureichend ermittelt und bei ihrer Entscheidung keine offenkundigen Beurteilungsfehler begangen hat<sup>20</sup>.

In einem System der Legalausnahme, bei welchem eine vorgängige Behördenentscheidung entfällt, müßte solche Rechtsprechung ihre Basis verlieren. Behält sie den Grundsatz nur eingeschränkter Überprüfbarkeit bei, so kann man im Hinblick auf beliebige Gerichts- und Behördenentscheidungen quer durch Europa angesichts eines Risikos divergierender Entwicklungen nur erschrecken. Dies gilt auch in Richtung Kommission, die im Weissbuch erklärt, Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag neuerdings restriktiver anwenden zu wollen: „Bei der Behandlung von Einzelfällen wird die Kommission bei der Anwendung des Artikels 81 Absatz 1 einem stärker wirtschaftlichen Ansatz folgen, wodurch der Anwendungsbereich dieser Vorschrift auf Unternehmen mit einer gewissen Marktmacht beschränkt werden wird“<sup>21</sup>.

Wird der Grundsatz aufgegeben, was allein folgerichtig erscheint, stellt die Kommission ihr Anliegen in Frage, mit dem Wechsel des kartellrechtlichen Regimes eine nachhaltige Entlastungswirkung zu erzielen<sup>22</sup>.

### Das Entscheidungsmonopol der Kommission

Das bisherige Entscheidungsmonopol der Kommission innerhalb des Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag hatte

<sup>19</sup> Amtsblatt der EG, a.a.O., Tz. 71 und Tz. 78.

<sup>20</sup> Vgl. hierzu Ulrich Everling: Zur richterlichen Kontrolle der Tatsachenfeststellungen und der Beweiswürdigung durch die Kommission in Wettbewerbsachen, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 1989, S. 877 ff.; Volker Emmerich: *Kartellrecht*, 8. Auflage 1999, S. 442 mwN.

einen doppelten Sinn. Zum einen sollte dadurch eine Einheitlichkeit in der Rechtsanwendung gewährleistet werden. Zum anderen meinte die Kommission, bei Konflikten zwischen Wettbewerbsschutz und anderen Zielen des EG-Vertrages wie Beschäftigungspolitik, Regionalpolitik, Kulturpolitik, Industriepolitik, Sozialpolitik könne nur sie sinnvoll einen Ausgleich erreichen: „Diese Aufgabe kann nur von der Kommission übernommen werden“<sup>23</sup>.

□ In einem System der Legalausnahme, was eine Anwendung des Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag vor jedem Amtsgericht von Helsinki bis Palermo und von Lissabon bis demnächst Warschau einschließt, läßt sich das erste Ziel nicht verlässlich erreichen. Will man Ersatzmechanismen einsetzen wie Benachrichtigungspflichten für Gerichte, falls sie über kartellrechtliche Fragen entscheiden, und eine Möglichkeit für die Kommission, als *amicus curiae* an einem Verfahren teilzunehmen, so wird eine intendierte Entlastungswirkung voll verfehlt.

□ Das zweite Ziel hat eine Abwägung zwischen letztlich inkommensurablen Größen zum Gegenstand. Das kann unmittelbar in Gerichtsentscheidungen nicht geleistet werden, da es dafür keine normativen Maßstäbe gibt. Von daher lassen sich Zweifel formulieren, ob Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag ohne vorgängige Behördenentscheidung überhaupt „self-executing“ sein kann<sup>24</sup>, wie das in einem System der Legalausnahme vorausgesetzt ist.

Zu beachten sind ferner Sachgesetzmäßigkeiten von Zivilprozessen wie der sogenannte Beibringungsgrundsatz: Die Parteien bleiben die Herren über den Prozeßstoff, welchen sie beibringen oder auch nicht. Zu erinnern ist an die Rechtskraftwirkung einer Entscheidung, welche nur *inter partes* greift. Soll eine Entscheidung von den Gerichten anderer Mitgliedstaaten anerkannt werden, bedarf es eines dornenreichen Anerkennungsverfahrens<sup>25</sup>. Man gibt den Beteiligten damit möglicherweise Steine statt Brot.

Soweit solche Entscheidungen nicht von Gerichten, sondern von nationalen Kartellbehörden, z.B. dem Bundeskartellamt, getroffen werden, gefährdet eine integrierte Anwendung von Art. 81 Abs. 1 und 3 EG-

<sup>21</sup> Amtsblatt der EG, a.a.O., Tz. 78 (Im Originaltext wird noch die Maastrichter Fassung des EG-Vertrages und damit Art. 85 Abs. 1 zitiert).

<sup>22</sup> Näher dazu unten Unverhältnismäßigkeit des Systemwechsels.

<sup>23</sup> Vgl. XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993, 1994, Tz. 190 am Ende; siehe auch Amtsblatt der EG, a.a.O., Tz. 56.

<sup>24</sup> Zu den hier bestehenden Anforderungen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, Thomas Oppermann, a.a.O., Rn. 629 ff.

<sup>25</sup> Siehe hierzu Amtsblatt der EG, a.a.O., Tz. 100.

Vertrag eine gegebenenfalls vorhandene Unabhängigkeit der Behörde bei Einzelfallentscheidungen (Weisungsfreiheit gegenüber der übergeordneten Behörde). Eine solche läßt sich überzeugend nur begründen, wenn diesen Behörden die Wahrnehmung eines eindimensionalen Zieles überantwortet ist wie der Schutz des Wettbewerbs oder – so im Beispielfall einer Notenbank – die Sicherung der Geldwertstabilität. Entscheiden Behörden unvermeidlich diskretionär, d.h. treiben sie in der Substanz Politik, bedarf es über Weisungsrechte einer Legitimationskette, welche zum Parlament und damit letztlich zum Wähler als Souverän zurückführt. Soll solchen nationalen Behördenentscheidungen in welcher Technik und Differenzierung auch immer Rechtswirkung außerhalb des jeweiligen Hoheitsgebietes zuwachsen, ist das Risiko eines sogenannten Forumshopping mitzubedenken.

### Bedeutung des Wettbewerbsgedankens

Im Weissbuch spielt die Kommission diese zweite Dimension etwas herunter. Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag stelle einen Rechtsrahmen für die wirtschaftliche Beurteilung von Vereinbarungen dar, solle aber nicht den Ausschluß der Wettbewerbsregeln aus politischen Gründen ermöglichen<sup>26</sup>. Man mag solche Botschaft gerne hören, doch ist die Kommission nicht abschließend Herrin solcher Auslegung, schon gar nicht in einem System der Legalausnahme. Soweit sie auf eine Fortdauer gegenwärtig vielleicht zu beobachtender wettbewerbspolitischer Stabilität vertraut, bliebe dies hochriskant:

□ Ein Wettbewerbsgedanke ist in den europäischen Bevölkerungen unverändert schwach verwurzelt. Die Osterweiterung ist ein weiteres Stichwort in diesem Zusammenhang.

□ Die politischen Kräfte mißachten den Wettbewerbsgedanken je nach Opportunität. Die Subventionspolitik und die dabei vielfach implizierten Verstöße gegen Art. 87 ff. EG-Vertrag sind das wichtigste Beispiel. Protektionismen nach Art der europäischen Entsenderichtlinie und des deutschen Entsendegesetzes werden nach Bedarf aktiviert.

Insgesamt sind die Mitgliedstaaten im Zusammenhang von Wettbewerbsbeschränkungen die eigentlich gefährlichen „bösen Buben“. Sie bleiben zugleich die „Herren des Vertrages“ und bilden innerhalb der Europäischen Gemeinschaft unverändert die entscheidenden Machtzentren. In dieses Bild passen Reaktivierungen des Service public, wie sie das Vertragswerk von Amsterdam in Art. 16 EG-Vertrag verankert hat.

Zu Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag<sup>27</sup> war es auf Betreiben der deutschen Bundesregierung zu einer Protokollnotiz gekommen, mit welcher ihre Urheber eine Absicherung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks anstrebten. Bezüglich der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute reichte es nur zu einer „Deklaration“ der Kommission, die von vornherein keine vertragsändernde Kraft haben, immerhin eine politische Absicht belegen kann.

Die zahlreichen Erweiterungen des EG-Vertrags in Maastricht und Amsterdam, von der Industriepolitik bis zur Beschäftigungspolitik reichend, ohne wirkliche Kompetenzen an die Gemeinschaft übertragen und ohne substantielle Finanzmittel einsetzen zu wollen, lassen sich so interpretieren, daß mit solchen Zielsetzungen ein stringentes Wettbewerbsprinzip innerhalb des Gemeinschaftsrechts ausgehöhlt werden soll. Die Kommission selbst erklärt, die Anwendungsschärfe des Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag zurücknehmen zu wollen<sup>28</sup>. Den Service public preist sie als „Kern des europäischen Gesellschaftsmodells“ an<sup>29</sup>. Mestmäcker hat dazu treffend gemeint, hintergründig wie vordergründig gehe es um den Versuch, die marktwirtschaftliche Klarheit des EG-Vertrages gesellschaftspolitisch zu vernebeln<sup>30</sup>.

In die gleiche Richtung unverändert gebotener wettbewerbspolitischer Wachsamkeit weist historisch das Auf und Ab in der US-amerikanischen Antitrustpraxis. Zur Zeit der Reagan-Administration hatte der demokratisch beherrschte Kongreß den Haushalt der Antitrust Division auf die Hälfte zusammengestrichen und den Rest mit der Auflage zugewiesen, nicht ein einziger Dollar dürfe für bestimmte, vom Kongreß als wettbewerbspolitisch verfehlt eingestufte Aktivitäten ausgegeben werden<sup>31</sup>.

Als ambivalent sind schließlich Entwicklungen im Tatsächlichen einzustufen. Die gegenwärtig beobachtbare geographische Ausdehnung zahlreicher Märkte, Globalisierung genannt, hat zum einen den Wettbewerb verschärft, teilweise enorm verschärft. Dem steht zum anderen eine deutliche Oligopolisierung auf wichtigen Märkten gegenüber. Sie hängt mit einer Konzentration der Unternehmen auf ihr Kerngeschäft zu-

<sup>26</sup> Vgl. im Text zu Fn. 21.

<sup>29</sup> Mitteilung der Kommission vom 11. 9. 1996, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (96) 443 endg.; dazu Ernst-Joachim Mestmäcker: Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext, in: Festschrift für Hans Zacher, 1998, S. 635 ff.

<sup>30</sup> Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag, in: Erfahrungen mit der Privatisierung von Staatsmonopolen, XXXII. FIW-Symposium, 1999, im Druck.

<sup>31</sup> Hierzu Wernhard Möschel: Schutzziele eines Wettbewerbsrechts, in: Festschrift für Fritz Rittner, 1991, S. 404, 407 mwN.

<sup>26</sup> Amtsblatt der EG, a.a.O., Tz. 57 am Ende.

<sup>27</sup> Art. 90 Abs.:2 EG-Vertrag in der Fassung vor Amsterdam.

sammen sowie mit einem Bemühen, möglichst Weltmarktführer zu sein. Dies befördert eine Fähigkeit zur Kartellierung. Die Kartellneigung der Unternehmen ist ohnehin ungebrochen. Eine Schlußfolgerung aus dem Phänomen der Globalisierung, man müsse in der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften nicht mehr so zimperlich sein, erscheint von daher übereilt.

**Unverhältnismäßigkeit des Systemwechsels**

Die Kommission begründet den von ihr vorgeschlagenen Systemwechsel im wesentlichen mit Arbeitsüberlastung. Die Bearbeitung der Anmeldungen binde zu viele Ressourcen. Ihre Tätigkeit erhalte einen zu reaktiven Charakter. Sie möchte sich stärker auf die Verfolgung sogenannter Hard-core-Kartelle konzentrieren und in diesem Sinne eine aktive Politik des Wettbewerbsschutzes betreiben<sup>32</sup>.

Die Generaldirektion IV bearbeitet bei rund 500 Mitarbeitern jährlich ca. 500 Beihilfefälle und zuletzt im Jahre 1998 248 Fusionskontrollfälle<sup>33</sup>. Diese Verfahren werden vom Weissbuch nicht berührt. Diesbezüglich sind auch keine Klagen vorgebracht. Worum es geht, sind die Verfahren nach Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag. Die Anmeldefälle hatten in den beiden vergangenen Jahren die in der Tabelle angegebene Struktur<sup>34</sup>:

	1997	1998
Anmeldungen	221 = 100%	216 = 100%
Davon		
Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen	44 = 20%	43 = 20%
Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen (außer Gemeinschaftsunternehmen)	149 = 68%	160 = 74%
Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen (Gemeinschaftsunternehmen)	28 = 12%	13 = 6%

Die Zahlen der Tabelle halten sich in einer Größenordnung, die bewältigbar erscheint. Richtig ist, daß die Kommission einen Bug von rund 1200 Fällen vor sich herbewegt. Diese umfassen nicht nur Verfahren nach Art. 81 Abs. 3, sondern auch solche nach Art. 82 (Mißbrauch einer beherrschenden Stellung), 31 (Handelsmonopole) und 86 EG-Vertrag (öffentliche Unternehmen)<sup>35</sup>. In diesem Bereich sind in den letzten Jahren jeweils rund 500 Fälle neu hinzugekommen. 517

bzw. 581 Fälle wurden in den Jahren 1997 und 1998 jeweils abgeschlossen<sup>36</sup>.

Anlaß zur Dramatik gibt das nicht. Geboten bleibt eine Einmalanstrengung. Insbesondere ist die Zahl der Anmeldefälle, mit denen sich das Weissbuch im wesentlichen beschäftigt, in den letzten Jahren von früher 74% auf mittlerweile 41% innerhalb der Neuzugänge zurückgegangen. Entlastungen zeichnen sich überdies sowohl auf der Anmeldeseite der Unternehmen wie auf der Entscheidungsseite der Kommission ab:

Materiell geht die Kommission bei der Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag von einer Spürbarkeitschwelle aus, die gegenwärtig bei 5% Marktanteil für horizontale und 10% Marktanteil für vertikale Vereinbarungen liegt.

Die noch für 1999 vorgesehene umfassende Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Bindungen mit ihrer Schwelle von 30% Anteil im relevanten Markt<sup>37</sup> bringt eine weitere Entlastung.

Art. 4 Abs. 2 VO Nr. 17 in der neuen Fassung vom Juni 1999 hat eine Pflicht zur Anmeldung für vertikale Beschränkungen abgeschafft. Hauptzweck war, eine deutliche Reduzierung der Anmeldungen zu erreichen.

Bei den horizontalen Beschränkungen greifen zur Zeit allgemein die Gruppenfreistellungsverordnungen für Forschung und Entwicklung und für Spezialisierungsvereinbarungen, branchenspezifisch die Gruppenfreistellungsverordnung im Versicherungsgewerbe ein.

Hard-core-Kartelle werden ohnehin nie angemeldet.

Für Teilfunktionsgemeinschaften im Produktionssektor will es auch die Kommission bei einem System der vorherigen Genehmigung belassen. Sie möchte insoweit die Verfahrensvorschriften der Fusionskontrollverordnung auf diese Sachverhaltsgruppe ausdehnen<sup>38</sup>.

Auf der Entscheidungsseite ist zu sehen: Über 90% der Anmeldefälle werden heute in einem informellen Verfahren erledigt (Verwaltungsschreiben oder Verfahrenseinstellung)<sup>39</sup>. All dies gibt keinen Anlaß zu umstürzenden Systementwürfen.

<sup>32</sup> XXVIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik, a.a.O., Schaubild auf S. 51.

<sup>33</sup> ebenda.

<sup>34</sup> Vgl. oben Einführung.

<sup>35</sup> Amtsblatt der EG, a.a.O., Tz. 79-81.

<sup>36</sup> Amtsblatt der EG, a.a.O., Tz. 34 und 40.

<sup>32</sup> Vgl. namentlich Amtsblatt der EG, a.a.O., Tz. 43.

<sup>33</sup> XXVIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1998, 1999, Schaubilder auf S. 96 und auf S. 71.

<sup>34</sup> Nach Angaben aus der Generaldirektion IV.



### Bessere Optionen

Soweit es um das eher banale Anliegen der Kommission geht, ihre Ressourcen möglichst effizient einzusetzen, kommen verhältnismäßigere Optionen in Betracht:

Eine erste Option wäre, durch Umschichtung für eine hinreichende Personalausstattung zu sorgen. Gelingt dies nicht, so ist Führungsversagen zu konstatieren.

Eine zweite Option ist, die jüngst innerhalb der Generaldirektion IV eingerichtete Cartel unit rotierend um Personal zu ergänzen, welches die nationalen Kartellbehörden für eine befristete Zeit abstellen. Das ist im Rahmen der Merger task force nach Einführung der Fusionskontrolle auf europäischer Ebene im Jahre 1990 recht erfolgreich geschehen. Es hat in der Sache zusätzliche Vorteile. Diese entsandten Mitarbeiter bringen ihre Nähe zu den spezifischen Märkten in den Heimatstaaten mit. Eine Vernetzung zwischen Brüssel und den nationalen Kartellbehörden wird auf personeller Ebene gewährleistet. Da Brüssel mit seiner Arbeit die nationalen Behörden entlastet, ist auch von daher eine sachliche Rechtfertigung gegeben.

Eine dritte Möglichkeit wäre, aus Brüssel je einen Mitarbeiter in die nationalen Kartellbehörden zu entsenden. Das Anmeldeverfahren ließe sich so dezentral organisieren. Materiell entschiede der Mitarbeiter unverändert als Mitglied der Generaldirektion. Die Zuarbeit könnte unter Zuhilfenahme mitgliedstaatlichen Personals erfolgen. Jedenfalls die 90% der Verfahren, die gegenwärtig informell abgeschlossen werden – hier unterzeichnet lediglich ein Direktor der Generaldirektion IV –, ließen sich so übertragen. Dazu bedürfte es noch nicht einmal einer Änderung der Rechtsgrundlagen.

Schließlich könnte daran gedacht werden, mit der Rechtsfigur des „Beliehenen“ eine Wahrnehmung von EG-Kompetenzen auf eine nationale Behörde zu über-

tragen. Kontroll- und Weisungsrechte seitens der Kommission wären von vornherein gewährleistet. Es entstünde freilich juristischer Änderungsaufwand. Er wäre indes nicht größer als bei einer Verwirklichung der Kommissionsvorstellungen.

Die hier skizzierten Optionen, welche eine „gemäßigte Zentralisierung“ bei Freistellungsentscheidungen nach Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag beibehalten, sind vorzugswürdig gegenüber Vorstellungen, wonach solche Entscheidungen an die mitgliedstaatlichen Kartellbehörden übertragen werden sollen<sup>40</sup>. In solchem Konzept entstehen die Probleme, wie eine Einheitlichkeit der Rechtsanwendung innerhalb der Europäischen Gemeinschaft gewährleistet und wie solchen Entscheidungen gegebenenfalls eine extraterritoriale Wirkung zuerkannt werden kann.

Auch erwächst die Notwendigkeit einer Zuständigkeitsabgrenzung zwischen nationalen Behörden einerseits und der Kommission andererseits. In Betracht kommen dabei quantitative Kriterien (Umsatzzahlen, Marktanteile, Investitionssummen) oder qualitative (wirtschaftlicher und wettbewerblicher Schwerpunkt in einem Mitgliedsland, Berührung mehrerer Rechtsordnungen). Dieses Konzept einer materiellen Dezentralisierung bei gleichzeitig fortbestehender Anmelde-notwendigkeit wäre aber immer noch besser als ein Übergang zu einem System der Legal Ausnahme. Denn die beiden erstgenannten Probleme stellen sich auch beim Vorschlag der Kommission; die Frage einer praktikablen Zuständigkeitsabgrenzung wäre lösbar.

Gewiß scheint nur eines: Der Versuch der Kommission, das französische System der Legal Ausnahme in Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag einzuführen, wirft das europäische Wettbewerbsrecht nicht nur um 40 Jahre zurück. Es wäre ein Marsch ins 19. Jahrhundert.

<sup>40</sup> Vgl. hierzu – ablehnend – Amtsblatt der EG, a.a.O., Tz. 58-62.

**HERAUSGEBER:** HWWA – Institut für Wirtschaftsforschung – Hamburg (Präsident: N. N., Vizepräsident: Prof. Dr. Hans-Eckart Scharer). Internet: <http://www.hwwa.uni-hamburg.de>

**Geschäftsführend:** Dr. Otto G. Mayer

**REDAKTION:**

Dr. Klaus Kwasniewski (Chefredakteur), Dipl.-Vw. Susanne Erbe, Dipl.-Vw. Claus Hamann, Dipl.-Vw. Cora Wacker-Theodorakopoulos, Helga Wenke, Dipl.-Vw. Irene Wilson, M.A.

**Anschrift der Redaktion:** Neuer Jungfernstieg 21, 20347 Hamburg, Tel.: (0 40) 4 28 34 306/307

Verantwortlich für den Inhalt des HWWA-Konjunkturforums: Dr. Eckhardt Wohlers, Dr. Günter Weinert

Die Zeitschrift sowie alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Namentlich gezeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Herausgeber/Redaktion wiedergeben. Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten angenommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung einverstanden.

**Verlag, Anzeigenannahme und Bezug:**  
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Waldseestraße 3-5, 76530 Baden-Baden, Tel. (072 21) 21 04-0, Telefax (072 21) 21 04 27. Internet: <http://www.nomos.de/nomos/zeitschr/wd/wd.htm>

**Bezugsbedingungen:** Abonnementpreis jährlich DM 118,- (inkl. MwSt.), Studentenabonnement DM 59,- zuzüglich Porto und Versandkosten (zuzüglich MwSt. 7%); Einzelheft DM 10,-; Abbestellungen vierteljährlich zum Jahresende. Zahlungen jeweils im voraus an: Nomos-Verlagsgesellschaft, Stadtparkasse Baden-Baden, Konto 5-002266

**Anzeigenpreisliste:** Nr. 1 vom 1. 1. 1993

**Erscheinungsweise:** monatlich

**Druck:** AMS Wünsch Offset-Druck GmbH, 92318 Neumarkt/Opf.