

**Das Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der  
Vorschriften zur Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag  
Die Reform der Verordnung Nr.17**

**I. Einleitung**

In den letzten Jahren ist ausführlich darüber diskutiert worden, ob wir eine Reform der Verordnung Nr.17 des Rates von 1962<sup>1</sup> zur Durchführung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag<sup>2</sup> brauchen. Mit der Veröffentlichung ihres Weißbuches zur Modernisierung<sup>3</sup> am 28. April 1999 hat die Kommission diese Frage mit einem klaren Ja beantwortet. Die Reaktionen auf das Weißbuch lassen erkennen, daß niemand ernsthaft die Notwendigkeit einer tiefgreifenden Reform bezweifelt. Wir diskutieren somit nicht mehr über das Ob einer solchen Reform, sondern über das Wie. Trotzdem ist es sinnvoll, noch einmal darzulegen, warum wir diese Reform brauchen. Denn im Lichte dieser Argumente lassen sich die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten besser beurteilen und es ist auch besser zu erkennen, warum das von der Kommission vorgeschlagene Modell vorzuzugswürdig ist. Im zweiten Teil dieser Abhandlung wird das Kommissionsmodell in den Einzelheiten dargestellt und auf spezifische Problemfragen eingegangen.

**II. Warum brauchen wir eine Reform der VO Nr.17 ?**

---

<sup>\*</sup> Generaldirektor der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission.

<sup>\*\*</sup> Verwaltungsrat in der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission.

<sup>1</sup> ABl. Nr.13 vom 21.2.1962, S.204/62.

<sup>2</sup> Das Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags am 1.5.1999 hat gemäß seinem Art.12 eine Umnummerierung der Vorschriften des EG-Vertrags und des EU-Vertrags bewirkt. In diesem Aufsatz werden die neuen Artikelnummern verwandt. Eine Synopse der alten und neuen Numerierung findet sich in einer Übereinstimmungstabelle im Anhang zum Amsterdamer Vertrag.

<sup>3</sup> Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag, KOM(1999) 101 endg./2, Brüssel, 12.5.1999 ; ersetzt allein wegen Änderung des Deckblatts die erste Veröffentlichung KOM(1999) 101 endg. vom 28.4.1999. Das

Das gegenwärtige System zur Durchsetzung der EG-Wettbewerbsregeln wurde 1962 geschaffen und seitdem nicht wesentlich geändert. Zur Kontrolle wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen können zwar neben der Kommission auch nationale Behörden und Gerichte das Verbot nach Art.81 Abs.1 anwenden aber allein die Kommission ist befugt, auf der Grundlage des Art.81 Abs.3 konstitutive Freistellungen vom Verbot zu erteilen. Hierdurch ist ein stark zentralisiertes Anmelde- und Genehmigungssystem entstanden, das trotz seiner Nützlichkeit in den Anfangsjahren schon heute einen zufriedenstellenden Schutz des Wettbewerbs nicht mehr gewährleisten kann und das den großen Herausforderungen der Zukunft erst recht nicht gewachsen wäre.

Die Mängel des gegenwärtigen Anmelde- und Genehmigungssystems liegen insbesondere in seiner Ineffizienz und in der mangelnden Beteiligung der nationalen Behörden und Gerichte an der Kontrolle wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen. Beide Aspekte beeinträchtigen die Wirksamkeit des Wettbewerbschutzes, dessen Verbesserung das zentrale Motiv der Kommission für ihre Reformvorschläge ist.

Die Erfahrung zeigt, daß Anmeldungen nur einen geringen Wert für den Schutz des Wettbewerbs haben: In 37 Jahren der VO Nr.17 haben sich aus reinen Anmeldefällen (d.h. ohne das Hinzukommen einer Beschwerde) nur 9 förmliche Untersagungsentscheidungen ergeben. Die Bearbeitung einer großen Zahl wettbewerbspolitisch weitgehend unproblematischer Anmeldefälle hindert aber die Kommission daran, sich auf die Verfolgung besonders schwerer Wettbewerbsverstöße zu konzentrieren, die natürlich nicht angemeldet werden. Die Kommission arbeitet daher zu reaktiv. In diesem Zusammenhang muß unterstrichen werden, daß der hauptsächliche Beweggrund für die Reformvorschläge der Kommission nicht ihre mit den Anmeldungen verbundene Arbeitsbelastung als solche ist, sondern vielmehr die Tatsache, daß hierdurch ein beträchtlicher Teil der Kommissionsressourcen auf einen Verfahrenstyp verwandt wird, der nicht wesentlich zum Schutz des Wettbewerbs beiträgt. Da die Ressourcen der Kommission stets begrenzt sein werden, ist es nun aus Effizienzgesichtspunkten unerlässlich, sie auf die schweren Wettbewerbsverstöße

zu konzentrieren, die vom Amts wegen oder aufgrund von Beschwerden zu verfolgen sind.

Des weiteren führt das Freistellungsmonopol der Kommission zu einer Zentralisierung der Fallbearbeitung in Brüssel. Hierdurch wird eine angemessene Beteiligung der nationalen Behörden und Gerichte an der Kontrolle wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach Art.81 in *ex officio*-, Beschwerde- oder Klageverfahren verhindert. Dies ist insbesondere deswegen unhaltbar, weil sich im Vergleich zu den Anfangsjahren der Gemeinschaft inzwischen in allen Mitgliedstaaten - wenn auch in unterschiedlichem Ausmaß - auf der Ebene der nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte die institutionellen und faktischen Voraussetzungen für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln deutlich verbessert haben. Es ist deswegen heute möglich, mehr EG-rechtliche Wettbewerbsfälle von nationalen Instanzen entscheiden zu lassen, die den betroffenen Märkten, Unternehmen und Bürgern näher stehen. Dies wird die Akzeptanz der Wettbewerbspolitik bei den Bürgern verbessern und zur Entwicklung einer gemeinschaftsweiten Wettbewerbskultur beitragen.

Hinzu kommt schließlich, daß sich der wirtschaftliche und politische Kontext in den 37 Jahren seit Erlass der VO Nr.17 grundlegend geändert hat. Die Gemeinschaft hat mehrere Erweiterungen hinter sich und die Integration der Märkte schreitet im Zuge des Binnenmarktes und der Wirtschafts- und Währungsunion voran. Das zentralisierte System der VO Nr.17, das 1962 für eine Gemeinschaft von 6 Mitgliedstaaten mit 170 Millionen Einwohnern und 4 Amtssprachen geschaffen wurde, eignet sich schon heute nicht mehr für eine Gemeinschaft, die 15 Mitgliedstaaten mit 380 Millionen Einwohnern hat und in 11 Amtssprachen arbeitet. Angesichts der bevorstehenden Erweiterung der EU auf eine Gemeinschaft von 25-30 Mitgliedstaaten ist nun eine grundlegende Reform der VO Nr.17 im Interesse der Arbeitsfähigkeit des Systems und eines wirksamen Wettbewerbsschutzes unvermeidlich.

Vor diesem Hintergrund läßt sich die Philosophie der Kommission bei der Reform der VO Nr.17, deren Grundprinzipien sich auch in laufenden Reformen in anderen Bereichen der Wettbewerbspolitik wiederfinden, folgendermaßen zusammenfassen:

Erstens muß sich die Kommission unter Effizienz Gesichtspunkten auf die wichtigen Fälle konzentrieren und eine pro-aktive Haltung annehmen. Zweitens sind nationale Behörden und Gerichte unter dem Aspekt der Dezentralisierung bzw der Subsidiarität an der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln stärker zu beteiligen. Drittens geht es darum, zum Nutzen der Rechtsanwender und der Rechtsunterworfenen die Verfahren zu vereinfachen und zu entbürokratisieren. Viertens ist eine kohärente Anwendung der Regeln sicherzustellen. Fünftens muß auch künftig ein adäquates Niveau an Rechtssicherheit gewährleistet werden.

### **III. Verschiedene Optionen für die Reform der VO Nr.17**

Bei der Vorbereitung des Weißbuchs hat sich die Kommission intensiv mit verschiedenen Optionen für die Reform der VO Nr.17 auseinandergesetzt. Hierbei kann zwischen kleinen und großen Lösungen unterscheiden werden.

**A.** Bei den kleinen Lösungen ist an drei Varianten zu denken:

**1.** Zuweilen wird vorgeschlagen, die Interpretation des Art.81 zu ändern, um in die Würdigung der Verbotsregel nach Absatz 1 die Analyse aller negativen und positiven Wirkungen einer Vereinbarung einzubeziehen. Das Verbot nach Art.81 Abs.1 würde somit anhand einer „rule of reason“ ausgelegt und in seiner Tragweite beschränkt. Die Unternehmen hätten dann seltener Grund, eine Vereinbarung zum Zwecke ihrer Freistellung nach Art.81 Abs.3 bei der Kommission anzumelden.

Jedoch würde eine systematische Analyse der positiven und negativen Aspekte einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung im Rahmen der Verbotsregel des Art.81 Abs.1 die Freistellungsregel des Art.81 Abs.3 ihrer Substanz berauben, da gerade diese Vorschrift alle Elemente einer "rule of reason" enthält. Daher könnte eine so weitreichende Änderung bei der Anwendung des Art.81 nur durch eine Vertragsrevision herbeigeführt werden, die von der Kommission nicht angestrebt wird. Solange Art.81 Abs.3 fortbesteht, entstünde außerdem die Gefahr, daß diese Vorschrift zu einem Einfallstor für anderweitige politische Zielsetzungen, die in einer sachlichen Wettbewerbsanalyse keine Rolle spielen sollten, umfunktioniert würde. Es

wäre auch ein gewagter, zu langwieriger und zu wenig steuerbarer Prozeß, die Modernisierung des Systems von einer Veränderung der administrativen Entscheidungspraxis in Einzelfällen und ihrer nicht vorhersehbaren Bestätigung durch die Gemeinschaftsgerichte abhängig zu machen.

2. Immer wieder vorgeschlagen werden verschiedene Möglichkeiten, die in der VO Nr.17 vorgesehenen Verfahren zu vereinfachen, um mehr Anmeldungen in vorhersehbaren Fristen mit einer förmlichen Entscheidung über die Freistellung abzuschließen. Die weitestgehende Variante bestünde in der Verallgemeinerung des sogenannten Widerspruchsverfahrens, wonach eine bei der Kommission angemeldete Vereinbarung automatisch freigestellt wird, wenn die Kommission nicht innerhalb einer bestimmten Frist widerspricht. Der wichtigste Nachteil reiner Verfahrensvereinfachungen liegt darin, daß die Zahl der angemeldeten Vereinbarungen nicht reduziert, sondern wegen der Attraktivität kürzerer Entscheidungsfristen oder gar automatischer Freistellungen im Widerspruchsverfahren sehr wahrscheinlich sogar noch erhöht würde. Die Kommission würde dadurch noch stärker abgelenkt von der Verfolgung der schweren Wettbewerbsverstöße in *ex officio*- und Beschwerdeverfahren. Das Widerspruchsverfahren birgt darüber hinaus die Gefahr ungewollter, allein durch Zeitablauf eintretender Freistellungen. Außerdem bliebe wegen der Aufrechterhaltung des Freistellungsmonopols der Kommission eine effektive Beteiligung der nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte an der Anwendung des Art.81 Abs.3 weiterhin blockiert. Widerspruchsverfahren würden schließlich die zentralistische Durchführung dieser Vorschrift noch verstärken.

3. Eine weitere Option könnte sein, die Befreiung von der vorherigen Anmeldung nach Art.4 Abs.2 VO Nr.17 auf alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, d.h. neben den vertikalen auch auf die horizontalen Vereinbarungen auszudehnen. Im Zuge der Reform ihrer Politik zu den vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen war es nach Ansicht Kommission geboten, den Art.4 Abs.2 auf alle vertikalen Vereinbarungen auszudehnen. Mit Wirkung zum 18.6.1999 ist dies bereits erfolgt<sup>4</sup>. Es ging darum, solche Unternehmen nicht zu benachteiligen, die bei Abschluß ihrer Vereinbarungen zunächst aufgrund einer Fehleinschätzung

---

<sup>4</sup> Durch die Verordnung des Rates Nr.1216/99/EG, ABl. L 148/5 vom 15.6.1999.

ihrer Marktanteile an die Anwendbarkeit der geplanten neuen, marktanteilsgebundenen GVO<sup>5</sup> glauben und von einer vorsorglichen Anmeldung absehen. Bei der sich später dann doch als notwendig erweisenden Anmeldung hätten sie nach der bisherigen Rechtslage nur eine auf den Zeitpunkt der Anmeldung nicht aber auf den Zeitpunkt des Vereinbarungsabschlusses zurückwirkende Freistellung erlangen können. Nach Auffassung der Kommission kann die Ausdehnung des Art.4 Abs.2 jedoch keine dauerhafte und allgemeine Lösung sein. Denn erstens müssen auch Vereinbarungen, die dem Art.4 Abs.2 unterfallen, bei der Kommission angemeldet werden, wenn sich die Frage ihrer Freistellungsfähigkeit z.B. in einem Untersagungsverfahren vor einer Wettbewerbsbehörde oder in einem Gerichtsverfahren konkret stellt. Zweitens könnten die Unternehmen weiterhin vorsorglich direkt bei Vertragsabschluß anmelden, weil sie sofort und nicht erst in einem späteren Konfliktfall Klarheit über die Haltung der Kommission schaffen wollen. Drittens würde die Aufrechterhaltung des Freistellungsmonopols der Kommission eine effektive Einbeziehung der nationalen Wettbewerbsbehörden und der nationalen Gerichte in die Kontrolle wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen weiterhin blockieren. Angesichts des Vertragsartikels zu Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit (Art.5 EGV = ex Art.3 b) und des ergänzenden Protokolls zu dieser Vorschrift erscheint die Beteiligung nationaler Instanzen heute jedoch mehr denn je geboten. Im übrigen würde eine generelle Ausdehnung des Art.4 Abs.2 der VO Nr.17 den Blockadeeffekt gegenüber den nationalen Gerichten sogar noch verstärken. Denn außerhalb des Anwendungsbereichs des Art.4 Abs.2 können nationale Gerichte heute den Art.81 Abs.1 EGV ohne Bedenken anwenden, wenn entweder keine Anmeldung bei der Kommission eingereicht wurde, oder jedenfalls für den Zeitraum vor einer Anmeldung. Eine Generalisierung des Art.4 Abs.2 und die Möglichkeit, daß später eine Anmeldung eingereicht werden und dann zu einer Freistellung ab dem Zeitpunkt des Abschlusses der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung führen könnte, dürfte die nationalen Gerichte noch mehr von der Anwendung des Art.81 Abs.1 abschrecken.

---

<sup>5</sup> Entwurf der neuen Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen in ABl. C 270/7 vom 24.9.1999. Entwurf der Leitlinien über vertikale Beschränkungen in ABl. C 270/12 vom 24.9.1999.

**B.** Bei den großen Reformoptionen stehen sich im wesentlichen zwei Modelle gegenüber:

**1.** Der traditionelle Lösungsvorschlag, der insbesondere vom Bundeskartellamt vertreten wird, hebt das Freistellungsmonopol der Kommission auf und gibt neben der Kommission auch den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten die Befugnis zum Erlass konstitutiver Freistellungsentscheidungen. Die Verteilung der Fälle zwischen diesen Behörden würde nach der sogenannten Schwerpunkttheorie erfolgen: Ist trotz der grenzüberschreitenden Effekte der Auswirkungsschwerpunkt der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung auf einen Mitgliedstaat beschränkt, so ist dessen Wettbewerbsbehörde für die Behandlung der Anmeldung und eine Entscheidung über die Freistellung zuständig. In allen anderen Fällen prüft und entscheidet die Kommission.

Diese Lösung ist aus verschiedenen Gründen mangelhaft:

Erstens würde die hohe Zahl von Anmeldungen nicht reduziert, sondern lediglich auf verschiedene Behörden verteilt. Die Zahl der Anmeldungen würde sich möglicherweise noch erhöhen, falls die Unternehmen aufgrund der Dezentralisierung glauben, daß sie nun öfter und schneller eine förmliche Entscheidung der Wettbewerbsbehörden erhalten können.

Zweitens bliebe das Problem ungelöst, daß die Mehrheit der Anmeldungen sowohl für die Kommission als auch für die nationalen Behörden wettbewerbspolitisch uninteressant ist und sie ablenkt von der Verfolgung schwerer Wettbewerbsverstöße, die praktisch nie angemeldet werden. Die Wettbewerbsbehörden blieben damit weiter viel zu reaktiv, statt ihr Potential zu pro-aktivem Handeln voll auszuschöpfen. Im Hinblick auf die Zielsetzung eines verbesserten Wettbewerbsschutzes wäre es somit der falsche Weg, ineffiziente Verfahren zwischen der Kommission und den nationalen Behörden aufzuteilen.

Drittens ist festzuhalten, daß angesichts zunehmend grenzüberschreitender Märkte und Vereinbarungen das Dezentralisierungspotential bei Anmeldungen begrenzt ist. Denn die Wirkung der Freistellungsentscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde ist auf diesen Mitgliedstaat beschränkt und unter Rechtssicherheitsgesichtspunkten für Unternehmen unbefriedigend, sobald ihre Vereinbarung zwei oder mehr Mitgliedstaaten betrifft und der zivilrechtlichen

Gültigkeit in allen diesen Staaten bedarf. Statt den umständlichen und teuren Weg von Mehrfachnotifizierungen in allen betroffenen Mitgliedstaaten zu gehen, werden sich die Unternehmen weiterhin an die Kommission wenden.

Viertens ist aus der Sicht des anmeldenden Unternehmens das Kriterium des Auswirkungsschwerpunkts zu unbestimmt. Solange wichtige Rechtsfolgen wie die Bußgeldimmunität und die Rückwirkung einer Freistellung an die Tatsache bzw das Datum der Anmeldung geknüpft sind, muß absolute Klarheit darüber herrschen, bei welcher Wettbewerbsbehörde anzumelden ist.

Fünftens müßten in diesem Modell diejenigen Mitgliedstaaten, die kein Anmelde-meldesystem haben, ein solches einführen. Verfahrenskomplizierung und mehr Bürokratie anstelle von Verfahrensvereinfachung und weniger Bürokratie wären die Folge.

Sechstens liegt eine weitere Schwäche des Modells darin, daß mit der Aufrechterhaltung eines administrativen Genehmigungssystems die nationalen Gerichte weiterhin von der Befugnis zur umfassenden Anwendung des gesamten Art.81 auf Vereinbarungen ausgeschlossen bleiben. Soweit eine Vereinbarung bei einer Wettbewerbsbehörde angemeldet worden ist und eine Freistellung nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, werden die nationalen Gerichte ihr Verfahren bis zum Erlaß der behördlichen Entscheidung aussetzen müssen. Dies beeinträchtigt die praktische Wirksamkeit des Privatklagewegs in seiner wettbewerbs- und individualschützenden Funktion.

Siebtens birgt dieses Modell besondere Gefahren für die Einheitlichkeit und Kohärenz der Entscheidungspraxis. Denn die Möglichkeit, konstitutive Freistellungsentscheidungen zu erlassen, könnte die Versuchung nationaler Wettbewerbsbehörden steigern, heimische Unternehmen wohlwollender zu behandeln als die Kommission dies tun würde. Das durch unsachliche konstitutive Freistellungsentscheidungen geschaffene Kohärenzproblem ist ordnungspolitisch gravierender als die schon im gegenwärtigen System bestehende Möglichkeit, daß nationale Wettbewerbsbehörden durch Nichtanwendung der Art.81 Abs.1 das wettbewerbsbeschränkende Verhalten heimischer Unternehmen tolerieren und damit der Kommission ein Eingreifen überlassen. Außerdem würde die gerichtliche Kontrolle unsachlicher Freistellungsentscheidungen nationaler Behörden weniger gut funktionieren als die Kontrolle von Untersagungsentscheidungen. Denn bei Freistellungsentscheidungen kommt es mangels Interessengegensatzes zwischen der



Behörde und dem begünstigten Unternehmen darauf an, daß ein mittelbar betroffener Dritter klagt, was in der Praxis selten vorkommt. Damit liefe das gerichtliche Korrektiv einschließlich der Möglichkeit eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art.234 (ex Art.177) EGV weitgehend leer.

2. Aus allen diesen Gründen hat die Kommission in ihrem Weißbuch einen neuen Lösungsweg entwickelt, der auf der direkten Anwendbarkeit des Art.81 Abs.3 in einem System der gesetzlichen Ausnahme basiert. Der Übergang zu diesem neuen System kann ohne die Notwendigkeit einer Vertragsänderung allein durch eine neue, auf Art.83 EGV gestützte Durchführungsverordnung zu den EG-Wettbewerbsregeln herbeigeführt werden. Diese „neue VO Nr.17“ hätte zu bestimmen, daß neben der Kommission alle nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte, die die Voraussetzungen der Verbotsregel des Art.81 Abs.1 für einschlägig erachten, gleichzeitig auch die Ausnahmevorschrift nach Art.81 Abs.3 prüfen und ggf anwenden müssen. Der Art.81 würde somit als einheitliche, insgesamt unmittelbar anwendbare Rechtsnorm interpretiert, die aus einem grundsätzlichen Verbot in Absatz 1 und einer gesetzlichen Ausnahme in Absatz 3 zur Milderung des Verbots bestünde. Ohne die Notwendigkeit einer administrativen Genehmigungsentscheidung wären wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen sobald und solange wirksam wie sie die Voraussetzungen der gesetzlichen Ausnahme nach Art.81 Abs.3 erfüllen.

Die Ausnahmevorschrift würde auf diese Weise in das System der parallelen Anwendbarkeit der EG-Wettbewerbsregeln durch die Kommission, die nationalen Wettbewerbsbehörden und die nationalen Gerichte einbezogen, so wie es schon heute für das Verbot nach Art.81 Abs.1 oder für das Verbot des Mißbrauchs marktbeherrschender Stellungen nach Art.82 EGV gilt.

#### **IV. Das Reformmodell der Kommission**

A. Das von der Kommission vorgeschlagene Modell beruht auf vier Pfeilern :

1. Der erste Pfeiler ist die Abschaffung des Anmelde- und Genehmigungssystems hinsichtlich der Anwendung des Art.81. Im neuen System wird es daher keine Behörde mehr geben, bei der wettbewerbsbeschränkende

Vereinbarungen anzumelden sind und die rechtsgestaltende Genehmigungsentscheidungen erläßt. Dies bedeutet nicht nur, daß das gegenwärtige Freistellungsmonopol der Kommission verschwindet, sondern auch, daß die Befugnis und die Notwendigkeit zum Erlaß von Freistellungsentscheidungen - anstatt zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden aufgeteilt zu werden - insgesamt abgeschafft werden. Hierdurch entfällt das Problem der verlässlichen Kriterien zur Aufteilung von Anmeldungen zwischen nationalen Wettbewerbsbehörden und der Kommission. Außerdem verschwindet die Gefahr einer laxen Anwendung des Art.81 Abs.3 durch nationale Wettbewerbsbehörden. Wenn sie die Ausnahmegvorschrift voreilig für anwendbar halten und deswegen bestimmte Vereinbarungen nicht untersagen, kann immer noch die Kommission mit einer Untersagungsentscheidung einschreiten.

2. Die unmittelbare Anwendbarkeit des Art.81 Abs.3 führt zu einer umfassenden Beteiligung nationaler Instanzen, die den zweiten Pfeiler bildet: Denn die Anwendbarkeit der Ausnahmegvorschrift wird nicht nur für die nationalen Wettbewerbsbehörden, sondern auch für die nationalen Gerichte deblockiert. Neben der Kommission können im neuen System auch nationale Behörden, die mit einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung *ex officio* oder aufgrund einer Beschwerde befaßt sind, und nationale Gerichte, die über die Gültigkeit einer solchen Vereinbarung und ggf über Schadenersatz zu entscheiden haben, selbständig eine umfassende und abschließende Beurteilung dieser Vereinbarung treffen.

Der Schutz des Wettbewerbs wird somit durch eine Stärkung des Privatklagewegs vor den nationalen Gerichten und durch eine Konzentration der Tätigkeit europäischer und nationaler Wettbewerbsbehörden auf die Problemfälle verbessert.

3. Der dritte Pfeiler des Systems besteht in einer engen Vernetzung der europäischen und nationalen Wettbewerbsbehörden. Hier muß die Zusammenarbeit aus Effizienz- und Kohärenzgründen sehr viel enger werden als dies bisher der Fall war.

4. Der vierte Pfeiler besteht schließlich in einer Verbesserung der Instrumente der Wettbewerbskontrolle, mit denen die Kommission arbeitet. Das neue System soll der Kommission durch die Abschaffung des Anmelde- und Genehmigungssystems

nicht nur Raum verschaffen, sich auf die Verfolgung der schweren Wettbewerbsverstöße zu konzentrieren, sondern es ihr auch ermöglichen, die *ex post*-Kontrolle im Rahmen von Untersagungsverfahren wirkungsvoller auszuüben.

Hierzu ist insbesondere die Einreichung von Beschwerden bei der Kommission zu erleichtern und das Beschwerdeverfahren effizienter zu gestalten. Denn im neuen System werden Beschwerden eine besonders wichtige Rolle bei der Aufdeckung und Repression der schweren Wettbewerbsverstöße spielen. Für potentielle Beschwerdeführer würde die Befassung der Kommission z.B. dadurch attraktiver gemacht, daß die Kommission innerhalb von vier Monaten mitteilt, wie sie in dem Fall zu verfahren gedenkt, und dadurch, daß die Voraussetzungen und Modalitäten einstweiliger Maßnahmen festgeschrieben werden. Auch wäre es hilfreich, den Begriff des mangelnden Gemeinschaftsinteresses und die Aufgabenverteilung zwischen der Kommission sowie den nationalen Behörden und Gerichten bei der Behandlung von Beschwerden in einer Bekanntmachung zu erläutern. Dies würde Beschwerdeführern dabei helfen, direkt diejenige Instanz auszuwählen, von der sie schnelle und adäquate Abhilfe erlangen können.

**B.** Das vorgeschlagene System der gesetzlichen Ausnahme führt zu konkurrierenden Anwendungsbefugnissen von Kommission, nationalen Behörden und Gerichten für die Artikel 81 und 82 in ihrer Gesamtheit. Die Kompetenzverteilung in diesem System stellt sich folgendermaßen dar:

**1.** Als Hüterin der Verträge und als Garantin des Gemeinschaftsinteresses wird die Kommission unter der Aufsicht des Gerichtshofs auch im neuen System eine herausgehobene Rolle spielen. Ganz wesentlich ist, daß die vollständige Beteiligung der nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte an der Anwendung der Artikel 81 und 82 nicht zu Unstimmigkeiten führt. Aus diesem Grunde muß die Zielrichtung der Wettbewerbspolitik weiterhin auf gemeinschaftsweiter Ebene, sei es durch gesetzliche Vorschriften oder Einzelentscheidungen, festgelegt werden. Dies ist die besondere Aufgabe der Kommission.

**1.1.** In einem System der gesetzlichen Ausnahme hat der Rechtsrahmen besondere Bedeutung. Die Anwendung der Vorschriften muß hinreichend vorhersehbar und kohärent sein, damit die Wirtschaftsteilnehmer die Rechtmäßigkeit und Gültigkeit

ihrer Vereinbarungen prüfen können. Die Kommission wird für die Ausarbeitung, das Vorschlagen und ggf den Erlass von Rechtstexten (GVOen, Bekanntmachungen, Leitlinien) allein zuständig bleiben und verstärkt auf diese Instrumente zurückgreifen, um Einheitlichkeit und Kohärenz bei der Rechtsanwendung zu gewährleisten. GVOen sind als gemeinschaftsrechtliche Gesetze von den nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichten bei ihrer Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln sowie des nationalen Rechts unmittelbar zu beachten. Bekanntmachungen und Leitlinien, in denen die Kommission ihre Politik erläutert, werden den innerstaatlichen Instanzen Anhaltspunkte insbesondere bei der besonders wichtigen Beurteilung wirtschaftlicher Sachverhalte geben.

An dieser Stelle wird der Zusammenhang mit der Reformpolitik der Kommission im Bereich der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen deutlich. Dort bereitet die Kommission schon jetzt die Stärkung und Klärung des rechtlichen Rahmens sowie den Übergang zu einer stärker wirtschaftlichen Betrachtungsweise vor. Eine umfassende und mit Marktanteilskriterien arbeitende GVO<sup>6</sup> wird an die Stelle der bisherigen sektorspezifischen GVOen<sup>7</sup> treten, und im übrigen wird die Kommission durch Leitlinien<sup>8</sup> Orientierung hinsichtlich der Anwendbarkeit der Artikel 81 Abs.1 und 81 Abs.3 außerhalb der GVO geben. Nach erfolgter Klärung der Regeln wird dann auch das Sicherheitsnetz des erweiterten Art.4 Abs.2 VO Nr.17 im Zuge der umfassenden Reform der VO Nr.17 entfallen können. Gemäß dem am 24.9.1999 veröffentlichten Entwurf einer neuen GVO zu vertikalen Vereinbarungen soll die Freistellung gelten, wenn der Anteil des Lieferanten am relevanten Markt 30 % nicht überschreitet, bzw bei Alleinbelieferungspflichten, wenn der Anteil des Käufers an dem Markt, auf dem er die Vertragswaren oder –dienstleistungen bezieht, 30% nicht überschreitet. Daneben definiert der Verordnungsentwurf eine Reihe von Kernbeschränkungen („hardcore restrictions“), für die die Gruppenfreistellung nicht gelten soll. Indem der Verordnungsentwurf nur die nicht freigestellten Beschränkungen definiert, überwindet er den legalistisch-formalistischen Ansatz der

<sup>6</sup> Siehe hierzu den Entwurf der neuen Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen in ABl. C 270/7 vom 24.9.1999.

<sup>7</sup> Ersetzt werden sollen VO Nr.1983/83/EWG über Alleinvertriebsvereinbarungen, VO Nr.1984/83 über Alleinbezugsvereinbarungen und VO Nr.4087/88/EWG über Franchisevereinbarungen. Unberührt bleibt VO Nr.1475/95/EG über KfZ-Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen, die bis zum 30.9.2002 gilt.

<sup>8</sup> Siehe hierzu den Entwurf der Leitlinien über vertikale Beschränkungen in ABl. C 270/12 vom 24.9.1999.

bisherigen GVOen, die durch den Versuch, alle freigestellten Klauseln zu definieren, einen Zwangsjackeneffekt auf die vertragliche Gestaltungsfreiheit der Wirtschaftsteilnehmer ausüben. Ziel der neuen GVO ist es, allen Unternehmen, die keine bedeutende Marktmacht halten, mittels des Marktanteilskriteriums einen „sicheren Hafen“ zu bieten, in dem sie die Vereinbarkeit von Verträgen und einzelnen Klauseln mit Art.81 nicht mehr näher prüfen müssen. Oberhalb der Marktanteilschwelle wird für vertikale Vereinbarungen keineswegs eine Vermutung der Rechtswidrigkeit gelten und die geplanten Leitlinien der Kommission werden die Unternehmen bei der Selbstbeurteilung ihrer Vereinbarungen anhand der Art.81 Abs.1 und 81 Abs.3 unterstützen.

Die Klärung und Stärkung des Rechtsrahmens gehört außerdem auch zum Reformkonzept der Kommission hinsichtlich der horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen.

**1.2.** Darüber hinaus wird die Kommission im Zuge ihrer Neuausrichtung auf die Bekämpfung der schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen durch Untersagungsentscheidungen Präzedenzfälle setzen, die die europäische Wettbewerbspolitik formen und orientierende Wirkung auf die Tätigkeit der nationalen Entscheidungsträger ausüben werden. Daneben sollte die Kommission die Möglichkeit haben, in Ausnahmefällen auch positive Entscheidungen zu erlassen, mit denen sie feststellt, daß eine Vereinbarung nicht gegen Art.81 verstößt, weil sie entweder bereits nicht vom Verbot nach Absatz 1 erfaßt ist oder aber unter die gesetzliche Ausnahme nach Absatz 3 fällt. Der rein feststellende Charakter dieser Positiventscheidungen wird sie von den rechtsgestaltenden (konstitutiven) Freistellungsentscheidungen der Kommission im gegenwärtigen System unterscheiden. Außerdem wird es keine Anmeldung zum Erlaß einer positiven Entscheidung geben. Die Kommission wird dieses Instrument ausschließlich im Allgemeininteresse und nur dann einsetzen, wenn ein bestimmtes Vorhaben eine neue Problematik aufwirft und es ihr sinnvoll erscheint, die Marktteilnehmer über die Politik der Kommission gegenüber bestimmten Formen von Wettbewerbsbeschränkungen zu unterrichten. Positiventscheidungen werden die Kommission daher nicht in ihre alte reaktive Rolle zurückdrängen, sondern ein von ihr gesteuertes und dosiertes Instrument einer pro-aktiven Wettbewerbspolitik sein.

**1.3.** Das Instrumentarium der Kommission wird schließlich vervollständigt durch Entscheidungen, mit denen die Kommission Zusagen eine verbindliche Wirkung gibt, die Unternehmen im Rahmen eines Untersagungsverfahrens gemacht haben, um einer Verbotsentscheidung zu entgehen. Auf diese Weise werden die Unternehmen zur Erfüllung ihrer Zusagen verpflichtet und den Beteiligten sowie Dritten die Möglichkeit gegeben, sich vor einer staatlichen Instanz auf diese Zusagen zu berufen. Zusagen müssen im übrigen nicht nur auf Initiative der betroffenen Unternehmen zustande kommen, sondern können auch von der Kommission als Voraussetzung für das Absehen von einer Untersagungsentscheidung angeregt werden. In der Praxis dürften diese Gestaltungsmöglichkeiten dem „fine-tuning“ gleichkommen, das im bisherigen System bei der Verbindung von Freistellungsentscheidungen mit Bedingungen und Auflagen vorgenommen werden kann.

**2.** Im Hinblick auf die nationalen Wettbewerbsbehörden hängt der Erfolg ihres Beitrags zu einem wirksamen Wettbewerbsschutz zunächst davon ab, daß alle Mitgliedstaaten ihre Behörden zur Anwendung der Art.81 und 82 ermächtigen und mit angemessenen personellen, sachlichen und rechtlichen Mitteln ausstatten. In den letzten Jahren sind hierbei bedeutende Fortschritte erzielt worden. Inzwischen können die Wettbewerbsbehörden von 8 Mitgliedstaaten<sup>9</sup> das EG-Wettbewerbsrecht anwenden. Da für die verbleibenden 7 Mitgliedstaaten<sup>10</sup> das Freistellungsmonopol der Kommission und die daraus folgende Zentralisierung der Fallbearbeitung in Brüssel der Hauptgrund war, ihre Behörden bisher nicht zu ermächtigen, wäre es nicht nur wünschenswert, sondern auch logisch, dies im neuen System der gesetzlichen Ausnahme alsbald zu ändern.

**2.1.** Kommission und nationale Wettbewerbsbehörden werden im neuen System ein Netzwerk von Behörden bilden, deren Tätigkeit durch gemeinsame Grundsätze, enge Zusammenarbeit und die Entwicklung einer gemeinsamen Wettbewerbskultur geprägt ist. Die einheitliche und kohärente Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln und damit die Gewährleistung gleicher Rahmenbedingungen in der gesamten Gemeinschaft werden ganz wesentlich vom guten Funktionieren dieses Netzwerkes abhängen.

---

<sup>9</sup> Belgien, Deutschland, Frankreich, Griechenland, Italien, Niederlande, Portugal, Spanien.

Die Beteiligung der nationalen Behörden an der Anwendung des Art.81 Abs.3 wird durch ihr Recht vervollständigt werden, die Anwendbarkeit einer EG-Gruppenfreistellungsverordnung mit Wirkung für die Zukunft zu widerrufen, wenn und soweit die von der GVO erfaßten Vereinbarungen auf einem separaten räumlichen Markt innerhalb des betreffenden Staatsgebiets Wettbewerbsbeschränkungen bewirken, die mit Art.81 Abs.3 unvereinbar sind. Mit Wirkung zum 18.6.1999 ist den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten diese Entzugsmöglichkeit bereits durch eine Änderung der Ermächtigungsverordnung Nr.19/65/EWG im Hinblick auf GVOen betreffend vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und Beschränkungen im Zusammenhang mit dem Erwerb oder der Nutzung gewerblicher Schutzrechte gegeben worden<sup>11</sup>.

**2.2.** Die Rechtmäßigkeit einer auf Art.81 Abs.1 gestützten Untersagungsentscheidung oder einer Entscheidung, mit der die nationale Behörde eine auf Art.81 gestützte Beschwerde abweist, wird auch im neuen System vor nationalen Wettbewerbsverwaltungsgerichten anfechtbar sein. Die direkte Anwendbarkeit des Art.81 Abs.3 sorgt dafür, daß das Verwaltungsgericht die Entscheidung der nationalen Behörde nun unter Anwendung des gesamten Art.81 überprüfen und den Fall sofort selbst entscheiden kann.

**3.** Die vollständige Einbeziehung der nationalen Zivilgerichte in die Anwendung des gesamten Art.81 ist ein weiterer Vorteil des von der Kommission vorgeschlagenen Systems. Die Zivilgerichte wenden den Art.81 bei Rechtsstreitigkeiten zwischen Vertragsparteien oder zwischen Vertragsparteien und Dritten und bei Anträgen auf einstweilige Verfügungen an. Die direkte Anwendbarkeit des Art.81 Abs.3 sorgt wiederum dafür, daß die Gerichte nun stets selbst und sofort über die zivilrechtliche Durchsetzbarkeit einer Vereinbarung und ggf über die Gewährung von Schadenersatz entscheiden können. Hierbei wird ein gestärkter Rechtsrahmen, der aus umfassenden GVOen, Leitlinien und Leitentscheidungen besteht, den Richtern Hilfestellung bei der Auslegung

---

<sup>10</sup> Dänemark, Finnland, Irland, Luxemburg, Österreich, Schweden, Vereinigtes Königreich.  
<sup>11</sup> Durch die VO Nr 1215/1999/EG des Rates zur Änderung der VO Nr.19/65/EWG, ABl. L 148/1 vom 15.6.1999.

insbesondere des Art.81 Abs.3 geben. Außerdem werden die Gerichte sich weiterhin an die Kommission mit Fragen wirtschaftlicher, technischer und juristischer Natur wenden können. Schließlich bleibt die Möglichkeit eines Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH nach Art.234 (ex Art.177) EGV.

Im übrigen ist es denkbar, wenn nötig die wirtschaftsrechtliche Kompetenz der Richter durch Fortbildungsprogramme zu verbessern und die Bildung von auf Wettbewerbssachen spezialisierter Zivilgerichte, die schon in einigen Mitgliedstaaten bestehen, weiter zu fördern. Unter diesen Umständen gibt es keinen Grund, daran zu zweifeln, daß die Richter in allen Mitgliedstaaten letztlich fähig sein werden, den Art.81 Abs.3 sachgerecht anzuwenden. Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch, daß der Art.81 Abs.3 lediglich auf der Tatbestandsseite einen wirtschaftlichen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der vier Freistellungsvoraussetzungen enthält, jedoch auf der Rechtsfolgenseite keinen Ermessensspielraum beläßt<sup>12</sup>. Kommt der Entscheidungsträger zu der Beurteilung, daß die vier Voraussetzungen des Art.81 Abs.3 erfüllt sind, so muß er die Ausnahmegvorschrift anwenden; es bleibt ihm kein Ermessen, die Vorschrift aus anderen, insbesondere politischen Gründen trotzdem nicht anzuwenden. Art.81 Abs.3 ist daher keine Ermessensvorschrift, deren Anwendung typischerweise Behörden vorbehalten ist. Art.81 Abs.3 steht vielmehr den Artikeln 81 Abs.1 und 82 gleich, die ebenfalls komplexe wirtschaftliche Beurteilungen verlangen und seit jeher von den nationalen Gerichten ausgelegt und angewandt werden können. Im übrigen hat der EuGH<sup>13</sup> schon im bisherigen System die Fähigkeit der nationalen Richter anerkannt, die Freistellungswahrscheinlichkeit anhand der Kriterien des Art.81 Abs.3 zu beurteilen, bei eindeutig negativer Prognose entsprechend zu urteilen und ansonsten im Rahmen von einstweiligen Maßnahmen für ihr Verfahren die entsprechenden Konsequenzen zu ziehen.

**4.** Die Aufteilung der Fallbearbeitung im neuen System hängt von verschiedenen Faktoren ab. Dadurch, daß neben der Kommission auch die nationalen Behörden und Gerichte zur Anwendung des gesamten Art.81 befugt sind, werden Beschwerdeführer

<sup>12</sup> Übersicht mit Nachweis der Rechtsprechung hierzu bei *Schröter* in von der Groeben /Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5.Auflage 1999, Art.85 (a.F. = Art.81 n.F.) Rn 243.

<sup>13</sup> Urteil vom 28.2.1991, Rs C-234/89, *Delimitis*, Slg.1991, I-935, Rn 43-55, insbesondere Rn 50-52.



nun allein nach ihren spezifischen Bedürfnissen entscheiden, an welche dieser Instanzen sie sich wenden wollen.

Für die Aufteilung der Fälle zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden wird das Netzwerk Regeln entwickeln. Diese sollten transparent, unbürokratisch und flexibel sein, um den Besonderheiten des Einzelfalles gerecht zu werden. Oberstes Ziel wird es sein, diejenige Behörde zu identifizieren, die für den Schutz des Wettbewerbs am besten geeignet ist. Da die Reichweite der Entscheidungen nationaler Behörden auf den jeweiligen Mitgliedstaat beschränkt ist, wird der Gesichtspunkt des Auswirkungsschwerpunkts des fraglichen Verhaltens sicherlich ein wichtiges Fallverteilungskriterium sein. In einem Untersagungssystem ist dieses Kriterium allerdings weniger wichtig als in einem Genehmigungssystem, in dem die Unternehmen umfassende Rechtssicherheit im Wege behördlicher Genehmigungsentscheidungen nachsuchen. Denn für die vollständige Zerstörung einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung, die sich auf mehrere Mitgliedstaaten oder die gesamte Union auswirkt, kann es im Einzelfall schon genügen, sie in einem einzigen Mitgliedstaat zu untersagen.

Zu den weiteren Kriterien der Fallaufteilung im Netzwerk werden unter anderem gehören: die Natur und Effektivität der verfügbaren Ermittlungsinstrumente sowie der Instrumente zur Lösung des Wettbewerbsproblems, die anwendbaren Sanktionen und ein besonderes Gemeinschaftsinteresse an bestimmten Fragen. Auch die Bereitschaft eines Beschwerdeführers, nur mit einer bestimmten Wettbewerbsbehörde zusammenzuarbeiten, kann die Fallverteilung beeinflussen, wenn der Beschwerdeführer als Informationsquelle unerlässlich erscheint. Ansonsten kann ein Beschwerdefall im Netzwerk an die am besten geeignete Behörde weitergeleitet und dort - ggf unter Wahrung der Anonymität des Beschwerdeführers - als *ex officio*-Verfahren fortgesetzt werden.

Des weiteren muß es im Netzwerk möglich sein, Akten einschließlich vertraulicher Informationen zu übermitteln, wenn eine Wettbewerbsbehörde eine Sache an eine zur Bearbeitung besser geeignete Behörde abgeben will oder wenn die Kommission ein Verfahren an sich zieht. Aus Effizienzgründen ist dafür zu sorgen, daß das gesamte in der Akte enthaltene Beweismaterial von der Empfängerbehörde direkt zum Nachweis der Wettbewerbsverletzung verwandt werden kann. Darüber hinaus muß die Geheimhaltung der übertragenen Information und deren Verwertung nur zu dem Zweck, zu dem sie gesammelt wurde, sichergestellt werden.

## **V. Die Vorteile des neuen Systems für die betroffenen Unternehmen**

Die Vorteile des von der Kommission vorgeschlagenen Systems für die Industrie lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Erstens wird die Reform den Schutz des Wettbewerbs verbessern und damit denjenigen Unternehmen zugute kommen, die sich dem Leistungswettbewerb stellen wollen.

Zweitens befreit die Abschaffung des Anmelde- und Genehmigungssystems die Unternehmen von unnötigen bürokratischen Zwängen, Kosten und Verzögerungen.

Drittens wird das System aufgrund der Einbeziehung der nationalen Behörden und Gerichte in die Anwendung des gesamten Art.81 schneller verbindliche Ergebnisse hinsichtlich der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit von Vereinbarungen und der damit verbundenen Rechtsfolgen produzieren.

Viertens dürfte es auch eine Folge des neuen Systems sein, daß sich der Konvergenzdruck auf das nationale Wettbewerbsrecht erhöht. Zwar gilt weiterhin der Grundsatz, daß unterschiedliche Verfahrenssysteme zur Durchsetzung des EG-Wettbewerbsrechts und des nationalen Wettbewerbsrechts koexistieren können. Die Tatsache, daß für die Durchsetzung des EG-Rechts das Anmelde- und Genehmigungssystem abgeschafft und durch ein Legalausnahmesystem ersetzt wird, zwingt die Mitgliedstaaten rechtlich nicht, Anmelde- und Genehmigungssysteme zur Durchsetzung des nationalen Rechts aufzugeben. In der Praxis werden allerdings der Vorrang des EG-Rechts in Verbindung mit der direkten Anwendbarkeit des Art.81 Abs.3 durch die nationalen Behörden und Gerichte und die verstärkte Verwendung der unmittelbar anwendbaren EG-GVOen den Konvergenzdruck für die nationalen Wettbewerbssysteme erhöhen. Die Reform wird damit die Schaffung eines „level playing field“ fördern und hinsichtlich von Sachverhalten mit Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel die Tendenz zur Anwendung eines einzigen Rechts, des EG-Wettbewerbsrechts, fördern.

## **VI. Einwände gegen das neue System**

## **A. Die Vereinbarkeit mit dem EG-Vertrag**

Bisweilen wird behauptet, das Reformmodell der Kommission sei nicht mit dem EG-Vertrag vereinbar und ein Wechsel zum System der gesetzlichen Ausnahme könne nicht mittels einer auf Art.83 EGV gestützten neuen Durchführungsverordnung des Rates, sondern nur im Wege einer Änderung des EG-Vertrags erfolgen. Insbesondere wird aus der Formulierung in Art.81 Abs.3 „die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden“ der Schluß gezogen, der EG-Vertrag verlange eine konstitutive Erklärung einer Verwaltungsbehörde und schließe damit die direkte Anwendung dieser Vorschrift durch nationale Gerichte aus.

Dieser Sichtweise kann nicht zugestimmt werden. Es ist unbestritten, daß sich die nationalen Delegationen bei der Abfassung des EG-Vertrags im Jahr 1957 nicht darüber einigen konnten, ob wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen durch ein Anmelde- und Genehmigungssystem oder in einem System der gesetzlichen Ausnahme kontrolliert werden sollten<sup>14</sup>. Deswegen einigte man sich schließlich mit dem Wortlaut „können für nicht anwendbar erklärt werden“ in Art.81 Abs.3 auf eine Kompromißformel, die die Errichtung beider Systeme zuläßt. Hätten sich die Autoren des EG-Vertrags für ein administratives Anmelde- und Genehmigungssystem entschieden, so hätten sie eine Formulierung wie in Art.65 EGKS-Vertrag gewählt: „die Hohe Behörde [Kommission] genehmigt“. Somit wurde es dem Rat überlassen, sich bei Erlass der auf Art.83 EGV gestützten Durchführungsverordnung für eines der Systeme zu entscheiden. Art.83 ermächtigt den Rat u.a., die Einzelheiten der Anwendung des Art.81 Abs.3 festzulegen und verlangt, hierbei dem Erfordernis einer wirksamen Überwachung bei möglichst einfacher Verwaltungskontrolle Rechnung zu tragen. Art.83 schreibt nicht die Errichtung eines bestimmten Systems zur Durchführung der Art.81 und 82 vor. Darüber hinaus ermöglicht Art.83 dem Rat, nicht nur die Kommission, sondern auch die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte zur Anwendung des Art.81 Abs.3 zu ermächtigen. Zur Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbsschutzes und einer Vereinfachung der Kontrollverfahren unter Bedingungen, die sich im Vergleich zum Jahr 1962 grundlegend gewandelt haben, ist es nach Auffassung der Kommission nun an der Zeit, dem Rat die Revision

---

<sup>14</sup> Zu den Einzelheiten siehe das Weißbuch der Kommission, Tz 10-18.

seiner Wahl von 1962 und die Errichtung des alternativen Systems der gesetzlichen Ausnahme durch den Erlass einer neuen, auf Art.83 gestützten Durchführungsverordnung vorzuschlagen. Abgesehen davon, daß Art.83 eine hinreichende Rechtsgrundlage für den Wechsel des Verfahrenssystems bietet, ist für die Vereinbarkeit des neuen Systems mit dem EG-Vertrag auch entscheidend, daß Art.81 Abs.3 sich seiner Natur nach zur direkten Anwendung durch die nationalen Gerichte eignet. Dies ergibt sich daraus, daß diese Norm unbedingt und hinreichend klar ist und dem Entscheidungsträger insbesondere - wie bereits dargestellt - nur einen Beurteilungsspielraum aber keinen politischen Ermessensspielraum beläßt.

## **B. Die Wirksamkeit des Wettbewerbsschutzes**

Teilweise wird behauptet, das Reformmodell der Kommission unterwandere das Verbotsprinzip und stufe den Wettbewerbsschutz auf das Niveau einer bloßen Mißbrauchskontrolle herab.

Diese Befürchtungen sind unbegründet. Wie bereits hervorgehoben, ist das Hauptziel der Reform, den Wettbewerbsschutz im Vergleich zur bisherigen Praxis zu stärken. Die Kommission will dies durch verschiedene Maßnahmen erreichen: Erstens werden das Verbotsprinzip und sein Präventiveffekt vollständig aufrechterhalten. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, die nicht vom Ausnahmereich des Art.81 Abs.3 erfaßt sind, sind nichtig *ab initio* und genießen auch vor dem Eingreifen einer Behörde oder eines Gerichts keine vorläufige Gültigkeit.

Zweitens kommt es auch nicht zu einer *de facto*-Herabstufung des Wettbewerbsschutzes zu einer bloßen Mißbrauchskontrolle. Das Gegenteil ist der Fall: Die praktische Wirksamkeit des Verbotsprinzips wird vielmehr noch verstärkt. Dies geschieht zum einen durch eine Konzentration der Ressourcen auf die Verfolgung schwerer Verstöße von Amts wegen oder aufgrund von Beschwerden. Zum anderen erlaubt die umfassende Beteiligung der nationalen Behörden und Gerichte an der Durchsetzung der EG-Wettbewerbsregeln und eine Nutzung ihrer spezifischen Stärken, die sich aus engerer Bürgernähe und besonderen Abhilfemitteln ergeben. Schließlich entfällt mit der Abschaffung des Anmeldesystems auch die anmeldebedingte Bußgeldimmunität.

## **C. Die einheitliche und kohärente Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln**

Im Vergleich zum bisherigen System besteht der wesentliche Punkt des Kommissionsmodells darin, daß die Ausnahmegvorschrift des Art.81 Abs.3 der konkurrierenden Anwendungsbefugnis von Kommission sowie nationalen Behörden und Gerichten unterstellt wird. Hieraus könnten sich neue Gefahren für die einheitliche und kohärente Anwendung des Art.81 ergeben.

1. Allerdings sollte die praktische Bedeutung des Konfliktrisikos nicht übertrieben werden. Für die Anwendung der Verbotsregeln nach Art.81 Abs.1 und nach Art.82 gibt es schon seit Jahrzehnten eine parallele Befugnis der Kommission sowie der nationalen Behörden und Gerichte, und nur sehr wenige Probleme sind dabei aufgetaucht.

2. Mit der schon angesprochenen Stärkung des rechtlichen Rahmens (GVOen, Leitlinien) und der Orientierungswirkung ihrer Entscheidungen wird die Kommission die Auslegung und Anwendung der Regeln klären und damit das Risiko von Divergenzen weiter verringern.

3. Im übrigen sieht das Konzept der Kommission spezielle Mechanismen der Konfliktvermeidung vor und wird in den wenigen Konfliktfällen, die dann noch auftreten könnten, auf klare Konfliktlösungsprinzipien zurückgreifen können.

3.1. Grundlage der Konfliktvermeidung ist eine intensive Information und Konsultation zwischen der Kommission und den nationalen Behörden und Gerichten in allen Verfahren, in denen EG-Recht anwendbar ist. Die Kommission wird auf diese Weise nicht nur von der Existenz aller dieser Verfahren erfahren, sondern auch Auslegungsschwierigkeiten und Orientierungslücken in dem von ihr geformten Rechtsrahmen erkennen und beseitigen können. Die Kommission wird auch weiterhin technische, wirtschaftliche oder rechtliche Fragen der nationalen Instanzen beantworten. Darüber hinaus sollte die Kommission mit Zustimmung des befaßten Gerichts die Möglichkeit haben, als *amicus curiae* in Gerichtsverfahren zu intervenieren.

Aufgabe des Netzwerkes zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden wird es insbesondere sein, eine einheitliche Auslegungspraxis

und eine gemeinsame Wettbewerbskultur zu entwickeln. Die Informationspflichten der nationalen Behörden werden sich auch auf den geplanten Entzug der Vorteile einer GVO erstrecken. Darüber hinaus könnte der Beratende Ausschuß zu einem Forum der Diskussion über alle wichtigen EG-wettbewerbsrechtlichen Fälle weiterentwickelt werden.

Aus der Rechtsprechung des EuGH *Delimitis*<sup>15</sup> ergibt sich für die nationalen Gerichte die Pflicht, Widersprüche mit Entscheidungen, die die Kommission auf der Grundlage des Art.81 vorbereitet, zu vermeiden. Das innerstaatliche Gericht muß dann ggf sein Verfahren aussetzen, um die Kommissionsentscheidung abzuwarten oder um von der Kommission Informationen einzuholen oder um ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art.234 (ex Art.177) EGV an den EuGH zu richten. Die gleiche Pflicht zur Vermeidung von Widersprüchen muß *a fortiori* auch im Hinblick auf schon erlassene Kommissionsentscheidungen gelten. Vor dem Hintergrund der Loyalitätsverpflichtung nach Art.10 EGV muß die Pflicht zur Vermeidung von Widersprüchen mit Kommissionsentscheidungen sinngemäß auch für die nationalen Wettbewerbsbehörden gelten. Ihnen gegenüber sollte die Kommission darüber hinaus ein dem gegenwärtigen Art.9 Abs.3 VO Nr.17 entsprechendes Instrument behalten, mit welchem sie der nationalen Behörde jederzeit ein Verfahren entziehen und den Fall selbst entscheiden kann, wenn ihr dies zur Vermeidung von Beurteilungskonflikten oder zur Orientierung der Wettbewerbspolitik notwendig erscheint.

Aufgrund dieser verschiedenen Grundsätze und Mechanismen kann erwartet werden, daß nur wenige Divergenzen zwischen der Entscheidung eines Falles durch die nationale Behörden und Gerichte und der Entscheidungspraxis der Kommission sowie ihrer Beurteilung dieses Falles auftreten werden.

**3.2.** Die Lösung trotzdem noch auftretender Konflikte ergibt sich aus der Rechtsprechung und Rolle des EuGH. Insbesondere kommt die Pflicht der nationalen Gerichte zur Vermeidung von Konflikten mit Kommissionsentscheidungen sowie die klärende Wirkung des Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH immer dann

---

<sup>15</sup> Urteil vom 28.2.1991, Rs C-234/89, *Delimitis*, Slg.1991, I-935, Rn 43-55.

zum Tragen, wenn die Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde oder eines unterinstanzlichen Gerichts vor einem (weiteren) nationalen Verwaltungs- oder Zivilgericht angefochten wird.

Für die Haltung der Kommission gegenüber Entscheidungen nationaler Gerichte, mit denen sie nicht übereinstimmt, bedeutet dies folgendes: Bei „negativen“ Urteilen eines nationalen Gerichts (z.B. Nichtdurchführung einer Vereinbarung und/oder Zuerkennung von Schadenersatz) wird die Kommission es den Parteien überlassen, eine innerstaatliche Berufungs- oder Revisionsinstanz anzurufen. Diese hat nach der *Delimitis*-Rechtsprechung Konflikte auch mit bereits erlassenen Kommissionsentscheidungen zu vermeiden. Spätestens in der letzten Gerichtsinstanz wird diese Frage und die Auslegung des Art.81 insgesamt im Vorabentscheidungsverfahren nach Art.234 vom EuGH geklärt werden können. Die Kommission nimmt dann in diesem Verfahren vor dem EuGH Stellung. Bei „positiven“ Urteilen eines nationalen Gerichts (z.B. Klageabweisung, weil die Vereinbarung nicht wettbewerbsbeschränkend sein oder die Voraussetzungen des Art.81 Abs.3 erfüllen soll) kann die Kommission die Vereinbarung immer noch mit Wirkung *erga omnes* untersagen. Falls das Urteil des nationalen Gerichts angefochten wurde, ist die Rechtsmittelinstanz verpflichtet, Konflikte mit der Kommissionsentscheidung zu vermeiden. Wenn das Urteil des nationalen Gerichts schon rechtskräftig geworden ist, so gilt das Prinzip der *res iudicata* nur für die Parteien dieses Rechtsstreits, ansonsten gilt die Kommissionsentscheidung.

Hat die Kommission im Verhältnis zu den nationalen Wettbewerbsbehörden den dem Art.9 Abs.3 VO Nr.17 vergleichbaren Entzugsmechanismus nicht benutzt und hat die nationale Behörde eine Entscheidung getroffen, die mit der Entscheidungspraxis der Kommission unvereinbar erscheint, so liegt es in erster Linie an dem betroffenen Unternehmen, vor einem Wettbewerbsverwaltungsgericht zu klagen. Dieses Gericht hat dann wiederum nach der *Delimitis*-Rechtsprechung Konflikte auch mit bereits erlassenen Kommissionsentscheidungen zu vermeiden. Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art.234 wird schließlich auch hier zu einer Klärung seitens des EuGH führen.

4. Im Zusammenhang mit der einheitlichen und kohärenten Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln wird gegen das Kommissionsmodell bisweilen eingewandt, es begünstige das „forum shopping“. Beschwerdeführer würden dazu eingeladen, von einer nationalen Wettbewerbsbehörde zur nächsten, bzw von einem nationalen Gericht zum nächsten zu ziehen, bis eine Behörde oder ein Gericht den Art.81 Abs.3 für unanwendbar halte und somit die Vereinbarung untersage, bzw ihre Nichtigkeit feststelle und möglicherweise Schadenersatz zuspreche. Dies beeinträchtigt die Durchführbarkeit von Verträgen oder Netzen von gleichartigen Verträgen, die sich über mehrere Mitgliedstaaten erstrecken.

Hiergegen ist zunächst zu unterstreichen, daß forum shopping nur insoweit Sinn macht, als Beschwerdeführer auf die divergente Entscheidungspraxis der Kommission und nationaler Wettbewerbsbehörden und Gerichte spekulieren können. Deswegen sind die oben dargestellten präventiven und korrektiven Mechanismen zur Verhinderung und Auflösung von Konflikten der wichtigste Schutz gegen die Gefahr des forum shopping. Im Hinblick auf die nationalen Gerichte tragen das EuGVÜ<sup>16</sup>, das in allen EU-Mitgliedstaaten gilt, und das Lugano-Übereinkommen<sup>17</sup>, das die Prinzipien des EuGVÜ auf alle EWR-Mitgliedstaaten erstreckt, zusätzlich zur Kontrolle des forum shopping bei. Gemäß diesen Übereinkommen beschränkt sich die Klagemöglichkeit des Klägers in den meisten Fällen auf zwei Gerichtsstände: erstens, dasjenige Gericht, in dessen Bezirk der Beklagte seine Geschäftsniederlassung hat, und zweitens, dasjenige Gericht, in dessen Bezirk die streitige vertragliche Verpflichtung zu erfüllen ist (bei vertraglichen Streitigkeiten), bzw in dessen Bezirk das schädigende Ereignis eingetreten ist (bei deliktischen Streitigkeiten). Solange ein Rechtsstreit vor einem Gericht läuft, werden Gerichte in anderen Mitgliedstaaten Klagen hinsichtlich desselben Streitgegenstandes zwischen denselben Parteien wegen anderweitiger Rechtshängigkeit als unzulässig abweisen. Sobald das Urteil eines Gerichts rechtskräftig geworden ist, ist dieses Urteil *inter partes* von allen anderen nationalen Gerichten innerhalb der EU bzw des EWR anzuerkennen und in allen Mitgliedstaaten vollstreckbar. Außerdem ist es allgemeine

---

<sup>16</sup> Übereinkommen von Brüssel über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen von 1968 (konsolidierte Fassung), ABl. C 27/1 vom 26.1.1998.

<sup>17</sup> Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, geschlossen zu Lugano am 16.9.1988, ABl. L 319/9 vom 25.11.1988.



Geschäftspraxis, in Verträgen durch Schiedsgerichtsklauseln und Klauseln über den Gerichtsstand die Möglichkeit des forum shopping auszuschließen.

#### **D. Rechtssicherheit für die Unternehmen**

Gegen das Reformmodell der Kommission wird schließlich eingewandt, es führe zu einem Verlust an Rechtssicherheit zu Lasten der Unternehmen. Dem hält die Kommission entgegen, daß die Gewährleistung eines angemessenen Grades an Rechtssicherheit mit zu den Zielen ihres Reformvorschlags gehört.

**1.** Der Aspekt der Rechtssicherheit hat zwei Seiten: Zum einen geht es in einem System der parallelen Anwendungsbefugnisse darum, divergierende Entscheidungen zu vermeiden und eine einheitliche und kohärente Anwendungspraxis zu gewährleisten. Dieser Aspekt ist vom EuGH mehrfach bekräftigt worden, und das Modell der Kommission antwortet auf dahingehende Besorgnisse der Unternehmen mit den oben dargestellten präventiven und korrektiven Mechanismen.

Der zweite Aspekt betrifft das von Unternehmen geltend gemachte individuelle Interesse, sich an eine Behörde wenden zu können, um von dieser eine verbindliche Bestätigung der Vereinbarkeit oder Nichtvereinbarkeit ihrer Vereinbarungen mit den EG-Wettbewerbsregeln zu erhalten. Nach der Auffassung der Kommission ist die Hauptaufgabe der Wettbewerbsbehörden jedoch der Schutz des Wettbewerbs. Rechtssicherheit sollten sie nicht vorrangig mittels einer Vielzahl von separaten Einzelfallentscheidungen schaffen, sondern im Wege von allgemeinen Richtlinien und Leitentscheidungen zur Klärung des Regelwerkes. Deswegen hält die Kommission es für geboten, das gegenwärtige Anmelde- und Genehmigungssystem abzuschaffen.

**2.** Außerdem läßt sich konkret begründen, daß im neuen System die Rechtssicherheit der Unternehmen auf einem angemessenen Niveau gehalten und in mancher Hinsicht sogar noch gestärkt wird:

**2.1.** Nüchtern betrachtet muß festgestellt werden, daß das gegenwärtige Anmelde- und Genehmigungssystem kein besonderes Maß an Rechtssicherheit für die Unternehmen produziert. Mehr als 95 % der Freistellungsanmeldungen werden ohne

förmliche Entscheidung abgeschlossen. Die meisten Verfahren enden mit schlichten Verwaltungsschreiben („comfort letters“), die für andere Entscheidungsträger nicht rechtsverbindlich sind und die Unternehmen daher im Ernstfall gegenüber nationalen Wettbewerbsbehörden und insbesondere vor nationalen Gerichten nicht vor einer abweichenden Beurteilung schützen.

**2.2.** Andererseits haben 40 Jahre Entscheidungspraxis der Kommission, des EuGH und des Gerichts erster Instanz wesentlich zur Klärung der Anwendungsvoraussetzungen des Art.81 Abs.1 und des Art.81 Abs.3 beigetragen, so daß auch unter diesem Gesichtspunkt ein Festhalten am Anmelde- und Genehmigungssystem nicht notwendig erscheint.

**2.3.** Vor diesem Hintergrund wird das neue System in verschiedener Hinsicht sogar einen Gewinn an Rechtssicherheit bringen:

Zunächst werden die Regeln durch neue GVOen, durch Leitlinien und Leitentscheidungen der Kommission sehr viel klarer werden. Wie erwähnt geht die Kommission diesen Weg bereits bei der Reform ihrer Politik zu den vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen und wird dieser Philosophie auch im Hinblick auf die horizontalen Beschränkungen folgen. Im Rahmen des verstärkt wirtschaftlichen Ansatzes wird sich die Wettbewerbskontrolle auf Unternehmen mit Marktmacht konzentrieren und anderen, wie z.B. den meisten KMU, sichere Häfen insbesondere durch neue GVOen mit Marktanteilsschwellen bieten<sup>18</sup>. Die Frage der Rechtssicherheit stellt sich daher im neuen System in erster Linie für Großunternehmen außerhalb der GVOen. Gerade diese Unternehmen haben jedoch hinreichenden juristischen Sachverstand, um zuverlässige Einzelanalysen ihrer Fälle vorzunehmen. Sie werden hierbei auf die Entscheidungspraxis der europäischen und nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte zurückgreifen können und von der Kommission verstärkt durch Leitlinien und Leitentscheidungen unterstützt werden.

Leitentscheidungen werden hauptsächlich Untersagungsentscheidungen, ausnahmsweise aber auch positive Entscheidungen sein. Hierbei ist allerdings noch

---

<sup>18</sup> Nach Einschätzung der Kommission würde die geplante neue GVO für Vertikalbeschränkungen bei einer Marktanteilsschwelle von 30 % ca 80 % aller Vertikalvereinbarungen freistellen.

einmal zu unterstreichen, daß die Kommission positive Entscheidungen nur erlassen wird, wenn sie anhand ihrer eigenen Kriterien glaubt, daß ein bestimmtes Vorhaben eine neuartige Problematik aufwirft und es notwendig ist, die Marktteilnehmer über die Haltung der Kommission zu bestimmten Beschränkungen zu unterrichten. Es wird daher keinen Individualanspruch auf den Erlaß positiver Entscheidungen und kein Wiederaufleben der alten Anmelde- und Genehmigungspraxis geben.

An Rechtssicherheit gewinnen schließlich all diejenigen Unternehmen, deren wettbewerbsbeschränkende aber freistellungsfähige Vereinbarungen im bisherigen System allein deswegen nichtig waren, weil sie nicht bei der Kommission angemeldet und von dieser freigestellt worden waren. Hier bewirkt das neue System durch die Abschaffung des Anmelde- und Genehmigungssystems und die direkte Anwendbarkeit des Art.81 Abs.3 eine automatische Legalisierung dieser Vereinbarungen mit Rückwirkung auf den Tag ihres Abschlusses.

3. Hinsichtlich der künftigen Bußgeldpraxis der Kommission besteht die einzige, wenn auch wichtige Veränderung im neuen System darin, daß aufgrund der Abschaffung des Anmeldesystems die anmeldebedingte Bußgeldimmunität entfällt. Materiell wird sich die Bußgeldpolitik jedoch nicht ändern. Dies bedeutet, daß es weiterhin systematisch Bußgelder für alle *hard core*-Verstöße, d.h. Verstöße im sogenannten schwarzen Bereich geben wird. Darüber hinaus wird es Bußgelder auch für andere schwere Verstöße im sogenannten grauen Bereich geben, soweit zuvor durch einen Präzedenzfall oder durch den Rechtsrahmen (GVOen, Leitlinien, etc) oder durch andere Veröffentlichungen (z.B. die jährlichen Wettbewerbsberichte der Kommission) Klarheit über das Verbot der betreffenden Verhaltensweise geschaffen wurde.

## VII. Schluß

Die Notwendigkeit einer tiefgreifenden Reform der VO Nr.17 wird nicht mehr bestritten und auch hinsichtlich der wesentlichen Zielsetzungen einer Reform besteht weitreichende Übereinstimmung. Es geht jetzt darum, das adäquate Reformmodell zu finden. Der Reformvorschlag der Kommission wird den Anforderungen eines

wirksameren Wettbewerbsschutzes, einer angemessenen Beteiligung der nationalen Behörden und Gerichte unter Wahrung der Kohärenz und Rechtssicherheit am besten gerecht und verspricht auf dieser Grundlage, die Herausforderungen der Zukunft am sichersten zu meistern.