



Maria Christina Wolter

Zusagenentscheidungen
als behördliche Maßnahmen
gegen Wettbewerbsverstöße
im europäischen und
deutschen Kartellrecht



PETER LANG

A. Einleitung

Während die Verpflichtungszusage im europäischen Fusionskontrollrecht in Art. 6 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2 VO (EG) Nr. 139/2004 lediglich neu kodifiziert worden¹ und als „*consent decree*“ im US-amerikanischen Recht schon seit längerem etabliert ist, stellt die auf der von einem Unternehmen abgegebene Verpflichtungszusage beruhende behördliche Zusagenentscheidung seit dem 1. Mai 2004 im europäischen und seit dem 1. Juli 2005 im deutschen Kartellrecht ein neues Instrument zur Bekämpfung sonstiger Wettbewerbsverstöße dar².

Begrifflich zu unterscheiden ist die Verpflichtungszusage, die das Unternehmen der Kartellbehörde anbietet, nachdem es von dem eingeleiteten Ermittlungsverfahren Kenntnis erlangt hat, von der das Verfahren abschließenden Zusagenentscheidung selbst. Diese kann als behördliche Maßnahme sowohl bei Verstößen gegen das Kartellverbot des Art. 101 AEUV und § 1 GWB als auch bei solchen gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV und §§ 19–21, 29 GWB eingesetzt werden.

Die Zusagenentscheidung hat erst mit Inkrafttreten der VO (EG) Nr. 1/2003 am 1. Mai 2004 Eingang in das europäische Wettbewerbsrecht gefunden. Unter Geltung der früheren VO (EWG) Nr. 17/62³ war ein solches Zusammenwirken zwischen den betroffenen Unternehmen und der Kommission noch nicht vorgesehen. Zwar konnte die Kommission vor Erlass einer Entscheidung Abstellungsempfehlungen gemäß Art. 3 Abs. 3 VO (EWG) Nr. 17/62 abgeben; diese spielten in der Praxis jedoch keine große Rolle. Deutlich höher war hingegen die Anzahl der auf informeller Ebene ausgehandelten Abstellungsmaßnahmen, die die Unternehmen der Kommission anboten, um damit Vorschläge zur Abstellung vermuteter Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 und 102 AEUV zu unterbreiten⁴.

1 Haarmann, Die Verpflichtungszusage im Europäischen Wettbewerbsrecht: Der Schwerpunkt dieser Untersuchung liegt auf dem Gebiet der Fusionskontrolle, die lange Zeit den klassischen Einsatzbereich von Verpflichtungszusagen darstellte.

2 Bach, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, Band 2, § 32 b GWB, Rn. 2.

3 ABl. Nr. 13 v. 21.2.1962, S. 204–211.

4 EuGH, Urt. v. 31.3.1993, verb. Rs. C–89, 104, 114, 116, 117 und 125–129/85, Slg. 1993, I–1307, Rn. 178 ff. – Ahlström Osakeyhtiö u.a./Kommission; EuGH, Urt. v. 17.1.1984, verb. Rs. 43 und 63/82, Slg. 1984, 19, Rn. 51 f. – VBVB und VBBB/Kommission = WuW/E EWG/MUV 653; EuGH, Urt. v. 17.11.1987, verb. Rs. 142 und 156/84, Slg. 1987, 4487,

Da die Kommission keinem Officialprinzip unterworfen ist, kann sie ein Verfahren einstellen, wenn eine ursprünglich den Wettbewerb beschränkende Vereinbarung oder Verhaltensweise geändert oder in Einklang mit Art. 101 und 102 AEUV gebracht wird.

Auch der Europäische Gerichtshof hat in seinem *Zellstoff*-Urteil⁵ die Entgegennahme von Zusagen als ein zulässiges Mittel anerkannt, um eine Verletzung der Unionswettbewerbsregeln zu beheben. Dabei setzte er Zusagen mit solchen Maßnahmen gleich, die eine Zuwiderhandlung im Sinne von Art. 3 VO 17/62 beendeten.

Allerdings waren diese früheren Zusagen nicht rechtsverbindlich⁶. Sie konnten nicht durch eine förmliche Entscheidung im Sinne des Art. 288 AEUV für verbindlich erklärt werden. Das hatte zur Folge, dass Missachtungen nicht unmittelbar mit Bußgeldern geahndet werden konnten. Zudem war die Kommission grundsätzlich nur dann bereit, von einer Sanktionsentscheidung abzusehen und auf derartige Zusagen einzugehen, wenn das Fehlverhalten der Unternehmen nicht zu schwerwiegend war⁷ und es sich insbesondere nicht um Kernbeschränkungen des Wettbewerbs im Sinne von Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 über die Anwendung von ex Art. 81 Abs. 3 EG (nun Art. 101 Abs. 3 AEUV) auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abge-

Rn. 36 ff., 46 – BAT und Reynolds/Kommission = WuW/E EWG/MUV 815; EuGH, Urt. v. 6.3.1974, verb. Rs. 6 und 7/73, Slg. 1974, 223, Rn. 45 – Commercial Solvents/Kommission = WuW/E EWG/MUV 315; de Bronett, in: Schröter/Jakob/Mederer, Art. 3 VO Nr. 17, Rn. 4; XIV. Wettbewerbsbericht der Kommission (1984), Rn. 94; XXIV. Wettbewerbsbericht der Kommission (1994), S. 398; dazu auch: Schwarze/Weitbrecht, Europäisches Kartellverfahrensrecht, § 2, Rn. 14 m.w.N.

5 EuGH, Urt. v. 31.3.1993, verb. Rs. C-89, 104, 114, 116, 117 und 125–129/85, Slg. 1993, I-1575, Rn. 178 ff. – Ahlström Osakeyhtiö u.a./Kommission; Anweiler, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Band 1, Art. 9, Rn. 2.

6 Dalheimer, in: Grabitz/Hilf, EU-Kartellverfahrensordnung, Art. 9, Rn. 1; Wils, World Competition 2006, 345 (346 ff.); Anweiler, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Band 1, Art. 9, Rn. 1, 4; Dieckmann, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 45, Rn. 14 ff.; Sura, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, Art. 9 VO Nr. 1/2003, Rn. 1.

7 Hirsbrunner/Rhomberg, EWS 2005, 61 (62) unter Hinweis auf die Verfahren PO/GFU – Norwegian Gas Negotiation Committee (Pressemitteilung IP/02/1084) und Stonesoft Corp/Check Point/Software Technologies LTD (Pressemitteilung IP/02/521). Im Fall PO/GFU – Norwegian Gas Negotiation Committee wurde norwegisches Erdgas über den gemeinsamen Erdgasverhandlungsausschuss GFU in den EWR verkauft, ohne dass jedoch territoriale Verkaufsbeschränkungen nachgewiesen werden konnten. Umstritten war zudem die Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts. Gegenstand des Verfahrens Stonesoft Corp/Check Point/Software Technologies LTD war die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit ausschließlicher Lieferpraktiken eines großen internationalen Herstellers gegenüber seinen Vertragshändlern.

stimmten Verhaltensweisen⁸ handelte. Im Übrigen hinderte eine solche Verfahrenseinstellung aufgrund einer Entgegennahme von Zusagen Dritte nicht daran, das in Rede stehende unternehmerische Verhalten gerichtlich überprüfen zu lassen, und stellte nach der früheren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes lediglich einen tatsächlichen Umstand dar, den die nationalen Gerichte im Rahmen ihrer Prüfung berücksichtigen konnten, aber nicht mussten⁹.

Dies veranlasste die Kommission zur Schaffung eines neuen Entscheidungstyps. Art. 9 VO (EG) Nr. 1/2003 formalisiert dabei eine in den Ansätzen bereits unter Geltung der VO (EG) Nr. 17/62 geübte Kommissionspraxis und entspricht inhaltlich im Wesentlichen den Neuregelungen der Art. 6 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2 VO (EG) Nr. 139/2004 im Fusionskontrollrecht, die den Unternehmen die Möglichkeit eröffnen, einen in seiner ursprünglich beabsichtigten Form nicht freistellungsfähigen Zusammenschluss abzuändern, um dadurch die begehrte Freistellung zu erhalten.

Dies kann zum Beispiel geschehen, indem sich eines der beteiligten Unternehmen dazu verpflichtet, eine Tochtergesellschaft zu veräußern (Veräußerungszusage) und damit die entsprechenden Marktanteile abzugeben¹⁰. Die Kommission kann dann nach Art. 6 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2 VO (EG) Nr. 139/2004 die Entscheidung, mit der sie den Zusammenschluss genehmigt, noch mit weiteren Bedingungen und Auflagen verbinden, um auf diese Weise sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen den von ihnen eingegangenen Verpflichtungen auch tatsächlich nachkommen¹¹.

Mit der Schaffung des Art. 9 VO (EG) Nr. 1/2003 sollte die Möglichkeit eröffnet werden, auch außerhalb des Fusionskontrollrechts umfangreiche und schwierige Fälle, die wettbewerbsrechtliche Bedenken aufwerfen, einvernehmlich, schnell und effizient zu lösen¹². Gemäß Art. 5 S. 2 VO (EG) Nr. 1/2003 sind dabei neben der Kommission auch die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden in Einzelfällen befugt, Verpflichtungszusagen zwecks Ausräumung der im Hinblick auf Art. 101 und 102 AEUV bestehenden Bedenken entgegenzunehmen. Zudem bietet die neue Befugnis, Zusagen durch eine formelle Entscheidung für verbind-

8 ABl. Nr. L 336 v. 29.12.1999, S. 21–25.

9 EuGH, Urt. v. 11.12.1980, Rs. 31/80, Slg. 1980, 3775, Rn. 12 – L'Oréal/De Nieuwe Amck; Anweiler, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Band 1, Art. 9, Rn. 4, 5.

10 Zum Beispiel: ABl. Nr. L 88 v. 29.3.2007, S. 47–50; MEMO/06/424 v. 14.11.2006 – Gaz de France/Suez.

11 Schwarze, EuZW 2002, 741 ff.; Anweiler, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Band 1, Art. 9, Rn. 2; Modrall/Ciullo, ECLR 2003, 424 ff.

12 Anweiler, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Band 1, Art. 9, Rn. 2; Lange, Handbuch zum Kartellrecht, § 3, Rn. 1479, S. 694; Dalheimer, in: Grabitz/Hilf, EU-Kartellverfahrensordnung, Art. 9, Rn. 2.

lich zu erklären, den Unternehmen ein höheres Maß an Rechtssicherheit und beendet die Unsicherheiten bezüglich ihrer Rechtsverbindlichkeit und Durchsetzung, die unter dem Regime der VO 17/62 noch bestanden haben¹³.

Im deutschen Kartellrecht hatte zunächst die Entgegennahme von Zusagen im Bereich der Fusionskontrolle durch die Sechste GWB-Novelle mit der Einführung der Nebenbestimmungsermächtigung des § 40 Abs. 3 GWB eine gesetzliche Grundlage erhalten¹⁴. Im Rahmen der Siebten GWB-Novelle¹⁵, deren Hauptanliegen die Harmonisierung des deutschen Kartellrechts mit den europäischen Wettbewerbsregeln war¹⁶, hat der deutsche Gesetzgeber dann auch nach dem Vorbild des Art. 9 VO (EG) Nr. 1/2003 die Zusageentscheidung in § 32 b GWB als eine von mehreren möglichen Befugnissen der Kartellbehörden zur Abstellung vermuteter Zuwiderhandlungen in die am 1. Juli 2005 in Kraft getretene Neufassung des GWB übernommen.

Die vorliegende Arbeit setzt sich mit der Frage auseinander, ob und – wenn ja – wie Zusageentscheidungen zur Verwirklichung des mit den Reformbestrebungen verfolgten Ziels einer wirksamen Durchsetzung der Wettbewerbsregeln bei einem möglichst verfahrensökonomischen Vorgehen¹⁷ beizutragen vermögen. Dabei kommt es nicht zuletzt auf die Frage nach ihrer Bindungswirkung an, die sich in unterschiedliche Richtungen stellt. So ist zum einen von Interesse, welche Möglichkeiten ein betroffenes Unternehmen hat, sich im Nachhinein noch von seiner bereits von der zuständigen Kartellbehörde für verbindlich erklärten Verpflichtungszusage zu lösen. Zu unterscheiden ist dabei, welche Gründe für eine nachträgliche Lösung von Seiten des Unternehmens anzuerkennen sind und welche aufgrund einer zu hohen Missbrauchsgefahr nicht. Zum anderen stellt sich die Frage, ob und wenn ja, welche Möglichkeiten die Kartellbehörde ihrerseits hat, eine Zusageentscheidung zurückzunehmen und, falls sie diese hat, unter welchen Voraussetzungen dies noch geschehen kann. Außerdem ist von Bedeutung, ob eine deutsche Behörde zur Anerkennung einer von der Europäi-

13 Anweiler, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Band 1, Art. 9, Rn. 1.

14 Bach, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, Band 2, § 32 b GWB, Rn. 1.

15 BGBl. v. 15.07.2005, S. 2114 ff.

16 Begr. 2004, S. 21, 34; Bach, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, Band 2, § 32 b GWB, Rn. 2.

17 BMWi Newsletter Nr. 11317 vom 5.3.2003; zur Reform der EG-Fusionskontrollverordnung: Berg, BB 2004, 561 ff.; Kamann/Bergmann, BB 2003, 1743 ff.; Röhling, GRUR 2003, 1019 ff.; Schmidt, BB 2003, 1237 ff.; Weitbrecht, EuZW 2003, 69 ff.; Weiß, EuZW 2006, 263 ff.; zur Siebten GWB-Novelle: Bechtold/Buntscheck, NJW 2005, 2966 ff.; Fuchs, WRP 2005, 1384 ff.; Hartog/Noack, WRP 2005, 1396 ff.; Kahlenberg/Haellmigk, BB 2004, 389 ff.; dies., BB 2005, 1509 ff.; Bach, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, Band 2, § 32 b GWB, Rn. 3.

schen Kommission erlassenen Zusageentscheidung verpflichtet ist. Auch umgekehrt stellt sich die Frage, ob die Kommission an die Zusageentscheidung einer nationalen Kartellbehörde gebunden ist. Schließlich gilt es zu klären, ob eine von der Behörde eines anderen Mitgliedstaates erlassene Zusageentscheidung eine Bindungs- oder Sperrwirkung gegenüber den eigenen nationalen Kartellbehörden entfaltet.

Ausgangspunkte aller weiterführenden Überlegungen sind zunächst die zutreffende Bestimmung der Rechtsnatur von Verpflichtungszusagen und Zusageentscheidungen (Teil B.I.) sowie ihre richtige Abgrenzung von anderen Maßnahmen der Kartellbehörden (Teil B.II.). Ebenso sollen das Verfahren, das zum Erlass einer Zusageentscheidung führt, (Teil B.III.) sowie die möglichen Inhalte einer Zusageentscheidung und deren Grenzen (Teil B.IV.) näher betrachtet werden. Einer ausführlichen Erörterung der Bindungswirkung von Zusageentscheidungen im Verhältnis von Europäischer Kommission, nationalen Behörden und Behörden der Mitgliedstaaten untereinander (Teil C.I.) folgen Überlegungen zu denkbaren Ausstiegsmöglichkeiten für ein betroffenes Unternehmen (Teil C.II.) und zu Sanktionsmöglichkeiten gegenüber einem Unternehmen, das sich ohne legalen Grund nicht an seine Zusage gehalten hat (Teil C.III.). Sodann sollen die Rechtsschutzmöglichkeiten eines betroffenen Unternehmens (Teil D.I.), aber auch Dritter, die von der Zusageentscheidung unmittelbar und individuell betroffen sein können (Teil D.II.), erläutert werden. Der Schlussteil der Arbeit (Teil E.) beinhaltet eine Zusammenfassung der Ergebnisse und mögliche Verbesserungsvorschläge.