

Vorlesung Europarecht II
Donnerstag, den 19, Juni 2003

I. Übersicht über die Art. 81 ff. EG

Der freie Wettbewerb ist ein Grundanliegen der Gemeinschaft. Dies kommt in zwei Vorschriften zum Ausdruck, die zu ihren Grundlagen gehören: Nach Art. 3 I lit. g) EG umfasst die Tätigkeit der Gemeinschaft ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt. Nach Art. 4 I EG ist die Tätigkeit der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet. Das Gemeinschaftsrecht geht damit weiter als das deutsche Verfassungsrecht. Dort entspricht es ständiger, wenn auch umstrittener Rechtsprechung des BVerfG, dass die soziale Marktwirtschaft vom Grundgesetz als solche nicht gewährleistet wird. Überdies ist die Marktwirtschaft auf EG-Ebene von dem relativierenden Zusatz des Sozialen frei, dies aber auch, weil die EG hinsichtlich des Sozialen wenig Kompetenzen hat. Dafür gibt es eine andere Relativierung, die Industriepolitik, die gemäß Art. 157 III 3 EG aber zu keinen Wettbewerbsverzerrungen führen darf.

Das Gemeinschaftsrecht schützt den Wettbewerb nicht nur vor Verfälschungen durch die Mitgliedstaaten, sondern auch vor Verfälschungen durch die Unternehmen selbst. Dies ist das Thema der Art. 81 ff. EG. Bei den Art. 81 - 86 EG handelt es sich um Kartellrecht. Diese Regelungen fallen in die Wahlfachgruppe 5. Sie brauchen darum hier nicht im Einzelnen dargestellt zu werden. Das Folgende beschränkt sich auf einen Überblick. Dieser Überblick ist dreigeteilt. Im ersten Teil wird das materielle Recht dargestellt, im zweiten Teil das Verfahrensrecht und im dritten Teil das Verhältnis von europäischem und nationalem Recht.

1. Das materielle Recht

Das europäische Wettbewerbsrecht kann materiell-rechtlich in zwei Bereiche gegliedert werden: das Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen in Art. 81 EG und das Verbot, eine marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen; Art. 82 EG. Diese Zweiteilung entspricht der Systematik des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und entsprechender Gesetze anderer Mitgliedstaaten.

a) Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen

Die Generalklausel des Art. 81 I EG verbietet bestimmte Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, also privatrechtliche Rechtsgeschäfte, und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, also Verhalten, das zwar abgestimmt ist, bei dem die Abstimmung aber nicht die Qualität eines Rechtsgeschäfts hat. Verboten sind Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken und bewirken. Den beiden letzten Kriterien wird durch die Ausgrenzung gesamtwirtschaftlich unbedeutender Fälle durch eine de minimis-Klausel Rechnung getragen.

Schon der EG-Vertrag versucht, diese Generalklausel in einer nicht abschließenden Liste mit Regelbeispielen in Art. 81 I EG zu konkretisieren. Weiterhin spielt im Kartellrecht die Rechtsprechung eine große Rolle, die Fallgruppen gebildet hat. Aus dieser Rechtsprechung, auf die ich aus mehreren Gründen nicht näher eingehen kann, greife ich ein Begriffspaar heraus. Dies ist die Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, die

beide von Art. 81 I EG erfasst sind. Horizontal nennt man Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Unternehmen, die auf dem gleichen Markt miteinander konkurrieren, etwa zwischen mehreren Herstellern von Lastwagen, die Preisabsprachen treffen. Vertikal nennt man Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Unternehmen, die auf verschiedenen Wirtschaftsstufen tätig sind, etwa Produktion und Vertrieb, Fertigung und Zulieferung. Eine vertikale Wettbewerbsbeschränkung ist etwa eine Alleinvertriebsvereinbarung, durch die der alleinige Vertreiber eine monopolartige Stellung erhält.

Die nach Art. 81 I EG verbotenen Vereinbarungen und Beschlüsse sind nach Art. 81 II EG nichtig. Diese Norm ist, ebenso wie das Verbot in Abs. 1, unmittelbar anwendbar. Die Nichtigkeitsfolge ergibt sich unmittelbar aus dem Vertrag. Eine konkretisierende Verwaltungsentscheidung ist nicht erforderlich.

Ausnahmen von dem Verbot und der Nichtigkeitsfolge - sogenannte Freistellungen - lässt Art. 81 III EG zu. Die Ausnahmen beruhen auf einer Ermessensentscheidung ("können"). Dabei werden Einzelfreistellungen und Gruppenfreistellungen unterschieden. Von einer Einzelfreistellung spricht man, wenn konkrete Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen von dem Kartellverbot des Art. 81 I EG freigestellt werden. Dies ist selten. Ein Beispiel sind Vereinbarungen zwischen Eisenbahnunternehmen über die Nutzung des Kanaltunnels. Häufiger sind die Gruppenfreistellungen. Sie sehen die Freistellung von tatbestandlich umschriebenen Gruppen von Kartellen vor. Für die Freistellung eines einzelnen Kartells kommt es dann darauf an, ob es sich unter eine solche Gruppe subsumieren lässt. Die VO 1/03 überträgt die Verantwortung für die Durchführung von Art. 81 III EG unter Verzicht auf das Freistellungsmonopol der Kommission den Mitgliedstaaten. Das neue System nennt man Verbot mit Legalausnahmen. Es soll die

Kommission entlasten.

b) Missbrauchsverbot

Art. 82 S. 1 EG verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt. Auch dies wird durch Regelbeispiele in Art. 82 S. 2 EG konkretisiert und ist in der Rechtsprechung durch die Bildung von Fallgruppen entfaltet worden. Das Missbrauchsverbot betrifft vor allem größere Unternehmen, denn je größer ein Unternehmen ist, desto leichter kann es eine marktbeherrschende Stellung erringen. Ein kartellrechtlicher Ansatz, der im Missbrauchsverbot steckt und auf den ich hier nur hinweisen kann, ist die sog. essential facilities -Doktrin. Diese Doktrin zielt auf eine Verpflichtung marktbeherrschender Unternehmen, bestimmte Einrichtungen, über die nur sie verfügen, auf die aber die Wettbewerber angewiesen sind, für diese zu angemessenen Bedingungen zu öffnen. Beispiele sind Energie- oder Telekommunikationsnetze.

Es steht darum in einem engen Zusammenhang mit Unternehmensfusionen. Die Fusionskontrolle ist nicht unmittelbar im EG geregelt, sondern in der Verordnung Nr. 4064 / 89, der Fusionskontrollverordnung, erlassen auf Grund der Artt. 83 und 308 EG. Bei der Fusionskontrolle hat die EG-Kommission wie bei der Beihilfenaufsicht Beurteilungsspielräume, die ihr die Verfolgung eigener industriepolitischer Ziele erlauben.

Missbrauchsverbot und Fusionskontrolle führen zu der gemeinschaftsrechtlichen Folge eines Verbots. Im Fall der Missbrauchskontrolle ergibt sich das Verbot unmittelbar aus Art. 82 I EG, bei der Fusionskontrolle aus einer konstitutiven Entscheidung der Kommission. Die Mitgliedstaaten dürfen an einen Missbrauch weitere Rechtsfolgen knüpfen, z.B. die Nichtigkeit darauf beruhender

Vereinbarungen nach § 134 BGB oder Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche nach § 823 II BGB.

2. Das Verhältnis von deutschem und europäischem Kartellrecht

Damit bin ich bei dem Verhältnis von europäischem und deutschem Kartellrecht. Diese Frage stellt sich, weil das GWB, bezogen auf den Wettbewerb in Deutschland, ähnliche Aussagen enthält wie die Art. 81 ff. EG für den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt. Die Frage könnte vom Rat durch Verordnung oder Richtlinie nach Art. 83 II lit. e) EG entschieden werden. Das ist aber nicht geschehen, sieht man von einer neueren Ausnahme ab. Die Frage ist darum umstritten.

Nach der Zweischrankentheorie war eine Kollision zwischen nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht nicht denkbar, weil das nationale Wettbewerbsrecht den Wettbewerb in den Mitgliedstaaten schützt und das europäische Wettbewerbsrecht den Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt. Beide seien darum unterschiedliche Schranken, die unabhängig voneinander beachtet werden müssten. Nach der Einschränkentheorie hat das gemeinschaftsrechtliche Wettbewerbsrecht Vorrang. Daraus folgt, dass eine gemeinschaftsrechtlich erlaubte wettbewerbsbeschränkende Maßnahme nicht vom nationalen Wettbewerbsrecht verboten werden darf und dass eine national erlaubte Maßnahme gegen Art. 81 I EG verstoßen und daher nichtig sein kann. Die Einschränkungstheorie führt zu keinen anderen Ergebnissen wie die Zweischrankentheorie bei Maßnahmen und Verhaltensweisen, die das Gemeinschaftsrecht nicht erlaubt, sondern die das Gemeinschaftsrecht nicht erfasst. In diesen Fällen hat das nationale Recht nach beiden Theorien freie Hand. Die Einschränkungstheorie spielt darum vor allem für Freistellungen nach Art. 81 III EG eine große Rolle. Hinter diesen Theorien steht allgemein der Vorrang des Gemeinschaftsrechts.

Ist ein Verhalten oder eine Maßnahme sowohl nach nationalem wie nach europäischem Recht verboten, so können Sanktionen nach beiden Rechtsordnungen verhängt werden. Für diesen Fall ist der EuGH der Meinung, dass die frühere Sanktionsentscheidung bei der Bemessung der später zu verhängenden Sanktion zu berücksichtigen ist.

Zur Einschränkungstheorie und zum Problem der Doppelbestrafung EuGH Slg. 1969, 1 (Wilhelm).

In einem Bereich ist das Verhältnis von europäischem und nationalem Recht doch ausdrücklich geregelt. Nach Art. 21 II FusionsVO wenden die Mitgliedstaaten ihr Fusionskontrollrecht nicht auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung an.

3. Zuständigkeit und Verfahren

Zuständigkeits- und Verfahrensfragen sind in einer für die Art. 81 ff. EG grundlegenden Verordnung geregelt. Dies ist ab dem 1.1.04 die VO Nr. 1 / 2003, die Kartellverordnung (zu ihr etwa Koenigs, DB 03, 755). Danach liegt der verwaltungsmäßige Vollzug des Wettbewerbsrechts bei der Kommission; weiterhin werden in dieser VO die Mitgliedstaaten mit ihren Behörden und Gerichten stärker einbezogen. Wieder haben wir es, soweit die Kommission tätig wird, mit gemeinschaftsunmittelbarem Vollzug von Gemeinschaftsrecht zu tun.

Die Kommission hat nach Art. 2 der VO die Befugnis, Negativatteste auszustellen, in denen sie für sich selbst verbindlich feststellt, dass ihr vorgetragene Tatsachen für sie keinen Anlass zu einem Einschreiten nach Art. 81 EG darstellen. Das Negativattest ist eine Entscheidung nach Art. 249 IV EG. Die weniger förmliche, für Massenverwaltung geeignetere Alternative zum Negativattest ist der sog.

comfort letter. Dies ist eine formlose Mitteilung der Kommission, dass nach den ihr bekannten Tatsachen kein Anlass zum Einschreiten besteht. Sie stellen keine verbindliche Entscheidung über einen Antrag auf Erteilung eines Negativattests oder einer Freistellung dar, geben den Unternehmen aber eine gewisse Sicherheit. Insbesondere schließen sie den Vorwurf des Verschuldens aus, wenn gleichwohl gegen die Art. 81 ff. EG verstoßen würde.

Zur Durchsetzung der Art. 81 ff. EG verfügt die Kommission gegenüber den Unternehmen über erhebliche Ermittlungsbefugnisse. Sie kann Unterlagen anfordern, Auskünfte verlangen und Geschäftsräume betreten, ferner die Behörden der Mitgliedstaaten um Amtshilfe ersuchen. Anders als bei der Beihilfenaufsicht hat die Kommission im Wettbewerbsrecht Verwaltungsbefugnisse unmittelbar gegenüber den Unternehmen. Hierbei stellen sich grundrechtliche Fragen, die ich sogleich am Beispiel der Hoechst-Entscheidung des EuGH verdeutlichen möchte.

Führt das Verwaltungsverfahren zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen die Art. 81 ff. EG vorliegt, so kann die Kommission die beteiligten Unternehmen verpflichten, die festgestellten Zuwiderhandlungen abzustellen. Zur Ahndung verbotener Wettbewerbsbeschränkungen kann die Kommission Geldbußen verhängen. Zur Erzwingung eines Verhaltens für die Zukunft kann ein Zwangsgeld festgesetzt werden. Entscheidungen der Kommission, in denen Geldbußen und Zwangsgelder festgesetzt werden, sind nach Art. 256 I EG vollstreckbare Titel. Die Kommission darf diese Titel aber nicht selbst vollstrecken. Hierzu muss sie sich vielmehr der Hilfe der Mitgliedstaaten bedienen, die nach Maßgabe der Vorschriften ihres jeweiligen Zivilprozessrechts vollstrecken (Art. 256 II EG). Um zu verhindern, dass die Mitgliedstaaten dies zum Anlass nehmen, die Entscheidung der Kommission zu überprüfen (vgl. etwa die §§ 723 und 328 ZPO zur Vollstreckung ausländischer Urteile), sieht Art. 256 II

EG ausdrücklich vor, dass die Erteilung der Vollstreckungsklausel nur von der Prüfung der Echtheit des Titels abhängig gemacht werden darf. Ist die Vollstreckungsklausel erteilt, so darf die Kommission sich nach Art. 256 III EG unmittelbar an die für die Vollstreckung zuständige Stelle wenden (Vollstreckungsgericht, Gerichtsvollzieher). Hinsichtlich des gerichtlichen Rechtsschutzes sieht Art. 256 IV EG eine Arbeitsteilung zwischen den mitgliedstaatlichen Gerichten und dem EuGH vor. Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung gehören vor die nationalen Gerichte; in Deutschland wären sie mit der Erinnerung (§ 766 ZPO) und der sofortigen Beschwerde (§ 793 ZPO) geltend zu machen. Eine Aussetzung der Zwangsvollstreckung aufgrund von Einwendungen, die sich gegen den Titel richten, z.B. Zahlung oder Erlass, kann nur der EuGH verfügen.

4. Grundrechtliche Probleme - der Fall Hoechst (Slg. 1989, 2919)

Bei der Durchsetzung der Art. 81 ff. EG übt die Kommission Hoheitsgewalt unmittelbar gegen Unternehmen aus. Dies wirft die Frage nach einem Grundrechtsschutz der Unternehmen auf. Mit Grundrechten ist dabei etwas anderes gemeint als mit Grundfreiheiten. Es geht um Eingriffsabwehrrechte, welche Freiheit gegen hoheitlichen Zwang schützen sollen. Verpflichtungsadressat ist die Kommission; es sind nicht die Mitgliedstaaten. Die Problematik will ich an einer Leitentscheidung des EuGH verdeutlichen, die seinerzeit in Deutschland umstritten war und sogar den Ruf nach "Solange III", also einer Korrektur durch das BVerfG, hat laut werden lassen (Scholz, NJW 1990, 941 ff.). Ich schildere Ihnen den Fall, auch wenn die Problematik durch Änderungen der Rechtsprechung des EGMR und die VO 1/03 zum Teil überholt ist.

a) Sachverhalt

Die Kommission hegte den Verdacht, dass die Hersteller bestimmter Kunststoffe Vereinbarungen über Preise und Lieferquoten getroffen hätten, durch welche der Wettbewerb beeinträchtigt würde. Aus diesem Grund wollte die Kommission in den Geschäftsräumen der Firma Hoechst Nachprüfungen vornehmen. Mit Entscheidung verpflichtete die Kommission Hoechst auf der Grundlage der Verordnung Nr. 17 / 62, dies zu dulden. Da Hoechst sich weigerte, verhängte die Kommission ein Zwangsgeld in Höhe von 1000 ECU pro Tag der Zuwiderhandlung. Hoechst klagte vor dem EuGH gegen die Nachprüfungsanordnung und die Zwangsgeldandrohung.

b) Lösung

aa) Nachprüfungsanordnung

Die Nachprüfungsanordnung findet ihre Grundlage in Art. 14 I VO Nr. 17 / 1962. Dort wird zwar nur ein Betretungsrecht gewährt. Der EuGH legt dieses Recht jedoch auch im Sinne eines Durchsuchungsrechts aus. Das Betretungsrecht wäre nämlich nutzlos, wenn die Kommission sich darauf beschränken müsste, die Vorlage von Unterlagen zu verlangen, die sie schon vorher genau bezeichnen könne.

Einer solchen Auslegung von Art. 14 I VO Nr. 17 / 1962 könnte jedoch entgegenstehen, dass sie mit den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts und insbesondere den Grundrechten vereinbar wäre. In diesem Zusammenhang ist von Interesse, dass nach dem Verfassungsrecht einiger Mitgliedstaaten Durchsuchungen, im Unterschied zum bloßen Betreten, nur auf Grund richterlicher Anordnung zulässig sind. Eine solche Anordnung sieht die VO Nr. 17 / 1962 nicht vor. Sie beschränkt sich auf eine gerichtliche Kontrolle der schon ergangenen Anordnung.

Der EuGH vertrat jedoch den Standpunkt, dass der Richtervorbehalt nur Wohnungen gegen Durchsuchungen schützen wolle, nicht jedoch Geschäftsräume juristischer Personen.

Wenn Art. 8 I EMRK jedermann einen Anspruch auf Achtung seiner Wohnung gebe, so sei mit "jedermann" nur eine natürliche Person und mit "Wohnung" kein Geschäftsraum gemeint. Beides folge aus dem Zweck des Artikels, die Privatsphäre zu schützen. Im Übrigen liege keine Rechtsprechung des EGMR über einen Schutz von Geschäftsräumen durch die Unverletzlichkeitgarantie für Wohnungen vor.

Der EuGH setzt sich dann mit der Problematik auseinander, dass nationale Behörden der Kommission ggfs. Vollzugshilfe leisten müssen und sie Geschäftsräume nur aufgrund richterlicher Anordnung durchsuchen dürfen. Dies trifft für Deutschland zu, weil nach der Rechtsprechung des BVerfG Geschäftsräume in den Schutzbereich der Wohnungsfreiheit fallen und darum Durchsuchungen gemäß Art. 13 II GG grundsätzlich nur vom Richter angeordnet werden dürfen. Die EuGH gelangt hier zu dem Ergebnis, dass die nationalen Behörden Vollzugshilfe nur aufgrund richterlicher Anordnung leisten dürfen, dass die Kommission selbst aber ohne richterliche Anordnung tätig werden dürfe.

bb) Zwangsgeld

Bei der Überprüfung der Zwangsgeldfestsetzung beschäftigt sich der EuGH zunächst mit der Frage, ob Höchsthöchst rechtliches Gehör in dem gebotenen Umfang erhalten habe. Dies geht über das nach deutschem Recht Erforderliche hinaus. Die Zwangsgeldfestsetzung ist eine Vollstreckungsmaßnahme, bei der nach § 28 II Nr. 5 VwVfG keine Anhörung erforderlich ist.

Im Übrigen wird die Zwangsgeldfestsetzung am Maßstab des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit überprüft. Insoweit unterscheidet sich die Rechtslage nicht von § 9 II VwVG.

c) Bewertung

Die Hoechst-Entscheidung hat wegen ihrer knappen Ausführungen zur Reichweite der Wohnungsfreiheit und des Richtervorbehalts bei Durchsuchungen in Deutschland Kritik erfahren. Der vom EuGH entwickelte Grundrechtsschutz bleibt hier hinter dem Grundrechtsschutz aus Art. 13 II i.V.m. Art. 19 III GG zurück. Nach deutschem Verfassungsrecht wäre für eine Durchsuchung, auch für die Durchsuchung von Geschäftsräumen juristischer Personen, eine richterliche Anordnung erforderlich. Diese Divergenz ist der Grund, warum die Hoechst-Entscheidung des EuGH den Ruf nach einer Solange - III - Entscheidung des BVerfG hat laut werden lassen, durch welche Durchsuchungsmaßnahmen der Kommission bei einem deutschen Unternehmen ohne richterliche Anordnung gestoppt werden sollten. Zu "Solange III" ist es jedoch nicht gekommen, Der - später in Kraft getretene - Art. 23 I GG verlangt nur einen dem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz. Abweichungen bleiben darum zulässig, sofern die Vergleichbarkeit mit dem Grundgesetz noch gewahrt ist. Das ist der Fall, weil auch der EuGH Durchsuchungen der Geschäftsräume juristischer Personen an rechtsstaatliche Kautelen bindet und eine gerichtliche Kontrolle ausübt. Überdies ist fraglich, ob der EuGH den Hoechst-Fall heute noch so entscheiden würde wie er ihn 1989 entschieden hat. Denn 1993 hat der EGMR Geschäftsräume ausdrücklich in den Schutz der Privatsphäre nach Art. 8 I EMRK einbezogen (EGMR NJW 1993, 718). Damit ist eines der tragenden Argumente des EuGH entfallen. Dieser hat sich darauf berufen, dass nach der EMRK ein Schutz von Geschäftsräumen nicht anerkannt sei. Dies ist nunmehr anders. Da überdies die EU sich an der EMRK orientiert (Art. 6 II EU), müsste der EuGH dies übernehmen.