

Paradigmenwechsel im europäischen Wettbewerbsrecht

Seit der Jahrtausendwende hat sich im europäischen Wettbewerbsrecht ein Paradigmenwechsel vollzogen: So wird in Rechtsanwendung und Rechtsprechung die Beurteilung des Verhaltens von Unternehmen immer stärker an ökonomischen Merkmalen und nicht mehr allein an formaljuristischen Kriterien ausgerichtet. Von dieser Neuorientierung sind alle Bereiche des Wettbewerbsrechts erfaßt, also neben Fusionskontrolle und Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen auch die Kartellverfolgung. Neben der Rechtsanwendung zeigt sich der gestiegene Einfluß der Ökonomen auch auf Seiten des Gesetzgebers, der bei der Entwicklung neuer Verordnungen und Richtlinien, die die Anwendung des Wettbewerbsrechts regeln, stärker an ökonomischen Grundlagen und Forschungen orientiert ist. Kronzeugenregelung und Bußgeldberechnung sind hierfür Beispiele.

Der nachfolgende Beitrag stellt diesen Paradigmenwechsel am Beispiel der Kartellverfolgung dar

Kasten 1:

Auswirkungen von Kartellen

Unternehmen entziehen sich durch Bildung eines Kartells dem Wettbewerb. Dabei sind insbesondere Preisabsprachen, Gebietsaufteilungen und Quotenabsprachen für die Konsumenten von Nachteil. Außerdem werden durch den fehlenden Wettbewerbsdruck Innovationen verhindert, wodurch langfristig die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen gefährdet ist.

Eine empirische Studie mit Daten der vergangenen 125 Jahre schätzt die Mehrerlöse, die durch amerikanische Kartelle erzielt wurden, auf 18% des Umsatzes. Für europäische Kartelle betragen diese 16% und für internationale Kartelle sogar 32%. Interessant ist außerdem, daß die Mehrerlöse für jede weitere 5-Jahresperiode, die das Kartell aktiv ist, um 4% ansteigen. Des Weiteren zeigte sich, daß die Mehrerlöse geringer sind, wenn Länder ein strengeres Wettbewerbsrecht besitzen und Verstöße härter bestraft werden.^a Letzteres bestätigt eine Fallstudie für das Vitamin-Kartell.^b

^a Vgl. CONNOR, J. M.; BOLOTOVA, Y.: Cartel Overcharges: Survey and Meta-analysis, in: International Journal of Industrial Organization, Vol. 24 (6), 2006, pp. 1109 et sqq. – Zur Berechnung des Mehrerlöses siehe auch BLUM, U.; STEINAT, N.; VELTINS, M.: Wie hoch ist der wirtschaftliche Vorteil im Sinne des Kartellrechts?, in: IWH, Wirtschaft im Wandel 8/2005, S. 269. – ^b Vgl. CLARKE, J.; EVENETT, S.: The Deterrent Effects of National Anti-cartels Laws: Evidence from the International Vitamins Cartel, AEI-Brookings Joint Center Working Paper, Nr. 02-13, 2002.

und gibt einen Überblick über dessen neue sowie reformierte Instrumente. Dabei erfolgt zuerst ein historischer Überblick über die Entwicklung des europäischen Kartellrechts und dessen Anwendung. Daran anschließend werden die Reformen aufgezeigt und deren Ursachen, Umsetzung und Auswirkungen analysiert. Abschließend soll ein Ausblick auf zukünftige Entwicklungen gegeben werden.

Die historische Entwicklung des Wettbewerbsrechts

Obwohl bereits Adam Smith im 18. Jahrhundert das Verhalten der Marktteilnehmer auf der Anbieterseite bezüglich Preisabsprachen untersuchte und dabei erkannte, daß nicht nur staatliche Preisfestsetzungen, sondern auch private Maßnahmen negative Auswirkungen auf das Marktergebnis haben, dauerte es noch ein Jahrhundert, bis die ersten Gesetze gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Kanada (1889) und den USA (1890) eingeführt wurden. Im Gegensatz dazu gab es in Deutschland zu dieser Zeit noch keine effektive Wettbewerbspolitik. Von besonderer Bedeutung für diese Entwicklung war vor allem das Urteil des Reichsgerichts zum Sächsischen Holzstofffabrikantenverband von 1897. Das Reichsgericht erklärte hierin einen Kartellvertrag als mit der Gewerbefreiheit vereinbar, um vor der „Schädlichkeit der Konkurrenz“ zu schützen.⁴⁷ Da durch dieses Urteil Kartellverträge als zulässig eingestuft wurden, verzeichnete die Anzahl der Kartelle in den darauffolgenden Jahren einen rasanten Anstieg.⁴⁸

Daran änderte sich auch durch die am 2. November 1923 erlassene „Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen“ nichts. Diese hatte zum Ziel, die „schädlichen Auswüchse des Kartellwesens mit aller Schärfe zu bekämpfen“, allerdings ohne diese zu verbieten, wodurch die Zahl der Kartelle weiter anstieg.⁴⁹ Das 1933 erlassene Zwangskartellgesetz verschärfte die Situation.

⁴⁷ Urteil des Reichsgerichts zum Sächsischen Holzstofffabrikantenverband von 1897. Siehe zur historischen Bewertung von Kartellen auch BARNIKEL, H.-H. (Hrsg.): Theorie und Praxis der Kartelle, 1972.

⁴⁸ So wurde die Zahl der Industriekartelle 1865 auf vier geschätzt. 1889 wurde die Zahl bereits auf mehr als 100 geschätzt und 1930 lag sie bei über 2 000. Vgl.: BARNIKEL, H.-H.: Kartelle in Deutschland, in: H.-H. Barnikel (Hrsg.), a. a. O., S. 13.

⁴⁹ Aus der Begründung zur Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen.

Kartelle wurden gezielt zur Wirtschaftslenkung eingesetzt. Erst Ende des zweiten Weltkriegs kam es auf Druck der Alliierten zur Entflechtung der Industrien und 1958 zur Einführung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

Auf europäischer Ebene enthielt der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) aus dem Jahr 1951 erste Regeln zur Sicherung eines funktionsfähigen Wettbewerbs.⁵⁰ Mit der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) im Jahr 1957 nahm die Eigenständigkeit des europäischen Kartellrechts zu. Demnach ist die Wirtschaftspolitik der EG dem „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet“ (Art. 4 (1) EG). Diese allgemeine Verankerung der europäischen Wettbewerbspolitik wurde in den Wettbewerbsvorschriften der Art. 81 ff. EG konkretisiert, die bis heute unverändert gültig sind (vgl. Kasten 2).

Kasten 2:

Die Wettbewerbsvorschriften der EU

Gemäß Art. 81 (1) EG-Vertrag sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen grundsätzlich verboten und nach Art. 81 (2) EG-Vertrag nichtig. Dieses Verbot kann jedoch für nicht anwendbar erklärt werden, sofern die Voraussetzungen des Art. 81 (3) EG-Vertrag vorliegen. Demnach muß eine freistellungsfähige Vereinbarung zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen und die Verbraucher angemessen an dem entstehenden Gewinn beteiligen. Dabei dürfen den beteiligten Unternehmen keine unerläßlichen Beschränkungen auferlegt werden und es darf auch nicht die Möglichkeit eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil des Markts den Wettbewerb auszuschalten. Durch sogenannte Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) werden diese sehr allgemeinen Voraussetzungen für bestimmte Branchen oder Vertragstypen konkretisiert. So wird z. B. in der KfZ-GVO der Vertrieb von Neuwagen und Ersatzteilen geregelt.

Art. 82 EG verbietet die mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, z. B. durch Einschränkung des Absatzes zum Schaden der Verbraucher.

⁵⁰ So verbot Art. 65 des EGKS-Vertrags die Bildung von Kartellen, während Art. 66 ein Fusionsverbot festlegte.

Allein eine gesetzliche Verankerung von Wettbewerbsregeln in den Art. 81 ff. EG-Vertrag reicht jedoch nicht aus. Denn diese müssen auch beachtet und durchgesetzt werden. Die Durchsetzung obliegt der Europäischen Kommission als oberster Wettbewerbsbehörde in der EU. Mit Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 im Jahr 1962 begann die EU-Kommission, einen aktiven Part bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts einzunehmen.

1964 und 1969: Die ersten Kartellverfahren

Der erste Verstoß gegen Art. 81 EG-Vertrag wurde im September 1964 im Fall *Grundig-Consten* festgestellt, jedoch wurde in dieser Entscheidung nur das Fortführen der Alleinvertriebsvereinbarung der beiden Unternehmen untersagt, eine Geldbuße wurde nicht erlassen (IV/A-00004-03344 *Grundig-Consten*).⁵¹

1969 erließ die EU-Kommission gegen ein internationales *Chinin-Kartell* die erste Entscheidung, in der gegen die sechs beteiligten Unternehmen auch ein Bußgeld von insgesamt 500 000 ECU verhängt wurde (IV/26 623 – *Internationales Chinin-kartell*). Die Unternehmen teilten Märkte auf, trafen Quotenabsprachen und setzten Preise fest. Drei der sechs Unternehmen forchten die Entscheidung vor dem Europäischen Gerichtshof an, allerdings wurde ihre Geldstrafe nur um jeweils 10 000 ECU reduziert.⁵²

Die Rechtsanwendung 1962

Bei der Ausgestaltung der Wettbewerbspolitik und insbesondere der Bestimmungen, die die Verfahrensweisen regeln, sollten Mechanismen gewählt werden, welche – bei zumutbaren Kosten – eine angemessene Einhaltung der Regeln sicherstellen.⁵³ Das Hauptziel liegt dabei in der Abschreckung schädlichen Verhaltens, z. B. Preisabsprachen. Dagegen sollten wohlfahrtssteigernde Kooperationen gefördert werden. Da nicht alle Vereinbarungen verhindert werden können, sollten die Regelungen eine Aufdeckung verbotener Vereinbarungen fördern.

⁵¹ Diese Entscheidung wurde zwei Jahre später vom Europäischen Gerichtshof aufgehoben.

⁵² Vgl. auch: Entscheidung der EU-Kommission vom 25.11.1971 (IV/26.945 – Boehringer).

⁵³ Vgl. POSNER, R.: *Antitrust Law*, 2. Aufl. Chicago 2001, p. 266.

Der Gesetzgeber hat dabei auf drei Dimensionen zu entscheiden, wie er die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts ausgestalten möchte:⁵⁴

1. der Zeitpunkt der Intervention der Wettbewerbsbehörde, also bevor oder nachdem eine Vereinbarung in Kraft tritt (ex ante- versus ex post-Kontrolle),
2. die Form der Sanktionen (Geldbußen gegen Firmen oder auch Individuen, Gefängnisstrafen),
3. die Rolle privater Parteien (z. B. in Form von zivilrechtlichen Schadensersatzklagen).

Die erste Durchführungsverordnung Nr. 17 aus dem Jahr 1962, die die Anwendung der Wettbewerbsregeln der Art. 81 und 82 regelte, basierte auf zwei Grundpfeilern: erstens auf einem per se-Verbot wettbewerbsbeschränkender Kooperationen (Art. 81 (1) EG-Vertrag), zweitens der ausschließlichen Kompetenz der EU-Kommission, Vereinbarungen, die die Voraussetzungen des Art. 81 (3) erfüllten, vom per se-Verbot freizustellen. Dazu mußten Unternehmen ihre Kooperationsvereinbarungen bei der Kommission anmelden.

Eine solche ex ante-Kontrollmöglichkeit besaß laut Kommission 1962 mehrere Vorteile: Aufgrund der geringen Erfahrung bei der Anwendung der Wettbewerbspolitik, sowohl auf Seiten der Unternehmen als auch auf Seiten der Wettbewerbsbehörde, schuf eine Genehmigungspflicht Rechtssicherheit für die Unternehmen. Zudem erhielt die Kommission Informationen über Marktentwicklungen und die Unternehmen selbst. Schließlich wurde eine einheitliche Rechtsanwendung in allen Mitgliedsstaaten sichergestellt.⁵⁵

Wurden Verstöße gegen das Kartellverbot festgestellt, sei es durch Verfahren, die von Amts wegen eingeleitet wurden, oder durch Beschwerden Dritter, wurde die verbotene Kartellvereinbarung für nichtig erklärt (Art. 81 (2) EG-Vertrag). Weitere Verstöße wurden untersagt und gegen die beteiligten Unternehmen konnte eine Geldbuße festgesetzt werden, wobei die Schwere und die Dauer der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen waren (Art. 15 (2) Verordnung 17/62). Gegen Personen

konnten dagegen weder Geldbußen noch Haftstrafen verhängt werden.⁵⁶

Außer der Nichtigkeitserklärung gab es keine weitere zivilrechtliche Handhabe gegen verbotene Absprachen, d. h., Schadensersatzforderungen waren nicht möglich.

Abbildung 1 zeigt die Entwicklung der Entscheidungen der EU-Kommission von 1964 bis einschließlich 2007, bei denen ein Verstoß gegen Art. 81 (1) EG-Vertrag festgestellt wurde. Insgesamt erließ die EU-Kommission 279 Verbotsentscheidungen, wobei in 178 Fällen ein Bußgeld festgesetzt wurde. Bereits in den 1970ern stieg die Zahl der Verbotsentscheidungen stark an. Entscheidungen, bei denen auch ein Bußgeld verhängt wurde, verzeichneten ebenfalls einen rapiden Anstieg bis in die frühen 1980er Jahre. In den folgenden Jahren blieben die Entscheidungen in etwa auf gleichem Niveau. Erst Anfang des neuen Jahrtausends nahmen die Entscheidungen wieder enorm zu.

Neben den Verbotsentscheidungen hatte die Kommission auch noch eine Vielzahl an Genehmigungsanträgen bezüglich einer Freistellung gemäß Art. 81 (3) EG-Vertrag zu bearbeiten. Die Anmeldungen nahmen dabei kontinuierlich zu, wobei es stets einen Überhang laufender Verfahren gab. Durch Ausstellung einfacher Verwaltungsschreiben, sogenannter *comfort letter*, konnte die EU-Kommission zwar deren Anteil reduzieren, der Überhang aber blieb weiterhin bestehen.⁵⁷

Das Ziel einer effektiven Überwachung und einfachen Verwaltung (Art. 83 (2b) EG-Vertrag) konnte durch die EU-Kommission mit diesen Verfahrensregeln nicht mehr erfüllt werden. Daher schlug die EU-Kommission mit ihrem Weißbuch 1999 grundlegende Verfahrensänderungen vor, auf die später noch näher eingegangen werden soll.⁵⁸ Allerdings erklärte die EU-Kommission auch, daß sie künftig bei der Anwendung des Art. 81 (1) EG-Vertrag einen „more economic approach“ verfolgen würde.

⁵⁴ SHAVELL, S.: The Optimal Structure of Law Enforcement, in: *Journal of Law and Economics*, Vol. 36 (1), 1993, pp. 255-287.

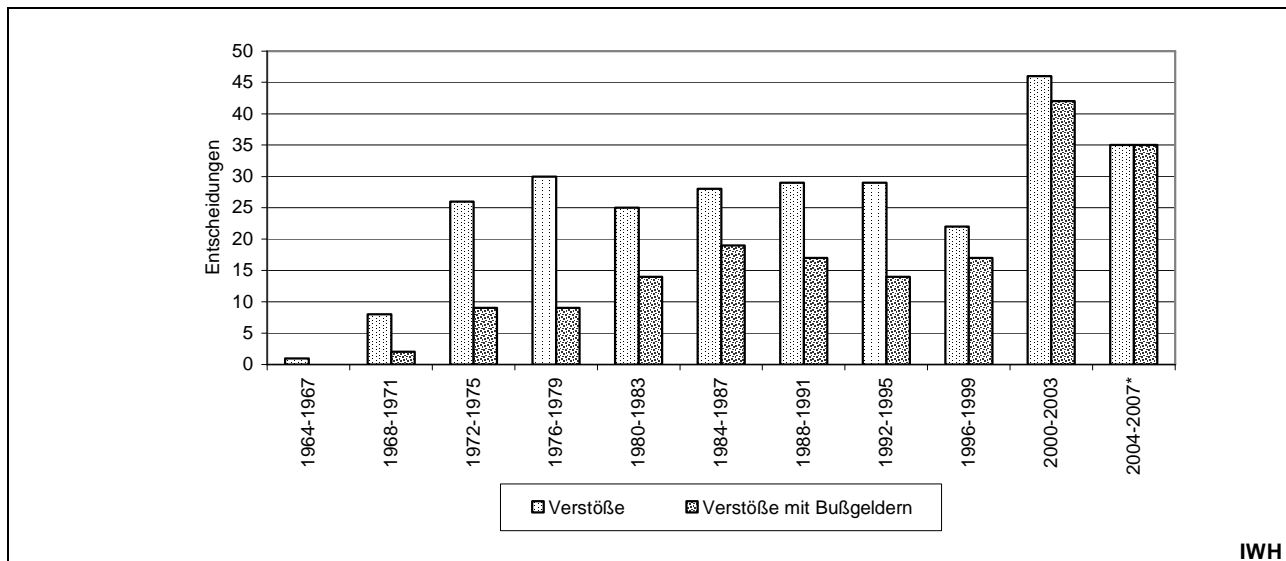
⁵⁵ Vgl. Weißbuch der Europäischen Kommission, *Amtsblatt der EG C 132* vom 12.05.1999, Rn. 24.

⁵⁶ Gefängnisstrafen wurden mittlerweile auch in Europa eingeführt. So kann die britische Wettbewerbsbehörde gegen die Manager von verbotenen Absprachen seit Einführung des *Enterprise Act 2002* Gefängnisstrafen verhängen.

⁵⁷ Da diese *comfort letter* zwar gegenüber der EU-Kommission, nicht aber gegenüber nationalen Gerichten verbindlich waren, blieb bei den Unternehmen eine Rechtsunsicherheit bestehen.

⁵⁸ Weißbuch der Europäischen Kommission, *Amtsblatt der EG C 132* vom 12.05.1999, Rn. 78.

Abbildung 1:
Übersicht der Entscheidungen der EU-Kommission von 1964 bis 2007



Quellen: Veröffentlichung der EU-Kommission; Darstellung des IWH. *Das Jahr 2007 ist noch nicht vollständig enthalten. Erfahrungsgemäß veröffentlicht die EU-Kommission häufig noch Entscheidungen im Dezember.

Der Einzug des „more economic approach“

Ökonomische Kriterien sind jedoch nicht durch einen abrupten Wechsel in das europäische Wettbewerbsrecht und die europäische Wettbewerbspolitik eingeflossen. Bereits in Entscheidungen, die vor 1999 erlassen wurden, zeigte sich ein Wandel in Bezug auf die Beurteilung einzelner Verhaltensweisen auf Seiten der EU-Kommission. So kam es weniger auf eine formale Handlungsbeschränkung bei der Beurteilung an, sondern vielmehr auf die wettbewerblichen Auswirkungen.⁵⁹ Während dieser Ansatz anfänglich darauf ausgerichtet war, den Anwendungsbereich auf Unternehmen mit Marktmacht zu beschränken, wird er heutzutage, im Gegensatz zu einer formalen Praxis, als eine grundsätzlich andere, ergebnisoffene Art der Kartellrechtsanwendung verstanden.⁶⁰ Allerdings geht es hierbei nicht um ein Mehr oder Weniger an ökonomischen Prinzipien, sondern vielmehr darum, welche Regeln wie in die Analyse und Politik einfließen, argumentiert der ehemalige Chefökonom der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission Röller.⁶¹

⁵⁹ Vgl. BECHTHOLD, R.: Economic Approach und Rechtssicherheit, in: J. Schwarze (Hrsg.), Recht und Ökonomie im Europäischen Wettbewerbsrecht. Baden-Baden 2006.

⁶⁰ Vgl. BECHTHOLD, R., a. a. O.

⁶¹ Vgl. RÖLLER, L.-H.: Economic Analysis and Competition Policy Enforcement in Europe, in: Modelling European Mergers: Theory, Competition Policy and Case Studies, 2005, p. 11 et sqq. – RÖLLER, L.-H.: Effizienter Wett-

Dieser Paradigmenwechsel ist auch als Folge des voranschreitenden europäischen Integrationsprozesses zu sehen. Eines der Hauptziele der europäischen Wettbewerbspolitik war zu Beginn des europäischen Integrationsprozesses die Bildung eines gemeinsamen Markts. Mit voranschreitender Verwirklichung des gemeinsamen Markts traten aber weitere Ziele wie Wettbewerbsfähigkeit, Konsumentenwohl und Effizienz in den Vordergrund. Daher wich eine Wettbewerbspolitik, die auf rechtlichen Kriterien beruhte, einem ökonomisch orientierten Ansatz. Denn um Wettbewerbsfähigkeit und Konsumentenwohl zu fördern, wird nunmehr eher auf die Effekte des unternehmerischen Handelns und weniger auf die Art dieser Handlungen geachtet.⁶²

Basierend auf ökonomischen Kriterien, Erfahrungen aus anderen Rechtskreisen und zahlreichen Forschungsarbeiten zur Rechtsanwendung hat die EU-Kommission – seit Veröffentlichung des Weißbuchs – in den vergangenen Jahren viele prozedurale Veränderungen durch Erlass neuer Verordnungen und Richtlinien in Gang gesetzt. Zu diesen gehören vor allem die Einführung einer Kronzeugenregelung, veränderter Bußgeldrichtlinien und der Verordnung Nr. 1/03.

bewerb zugunsten der Verbraucher, in: FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG vom 6. September 2007, S. 14.

⁶² Vgl. RÖLLER, L.-H.; STEHMANN, O.: The Year 2005 at DG Competition: The Trend towards a More Effects-Based Approach, in: Review of Industrial Organization, Vol. 29, 2006, pp. 281-304.

1996: Die Kronzeugenregelung

Im Jahr 1996 führte die EU-Kommission eine Kronzeugenregelung nach US-amerikanischem Vorbild ein.⁶³ Die Kronzeugenregelung enthält die Voraussetzungen, unter denen Geldbußen für Unternehmen, die während der Untersuchung eines Kartellfalls mit der EU-Kommission zusammenarbeiten, entweder komplett erlassen oder niedriger festgesetzt werden können.⁶⁴ Demnach kann nach der Kronzeugenregelung von 1996 die Geldbuße vollständig erlassen werden, wenn die Unternehmen einen Kronzeugenantrag stellen und Beweise beibringen, bevor die Kommission selbst aktiv wird. Ist letzteres der Fall, können immer noch Bußgeldreduktionen bis zu 90% gewährt werden.⁶⁵

Solch eine Regelung dient mehreren Zwecken. Erstens soll sie Kartellanten einen Anreiz bieten, das Kartell zu verlassen und mit der EU-Kommission bei der Aufdeckung zu kooperieren. Im Gegenzug für ihre Kooperation erhalten Unternehmen großzügige Bußgeldreduktionen bis hin zu vollständiger Bußgeldfreiheit. So sollen illegale Vereinbarungen kurzfristig aufgedeckt und langfristig abgeschreckt werden. In der ökonomischen Theorie wird häufig das Gefangenendilemma genutzt, um diese Situation abzubilden. So erhöht sich in einem einmaligen Spiel die Auszahlung für einen Kronzeugen. Wird das Spiel jedoch mehrfach wiederholt, ändern sich die Auszahlungen erneut.⁶⁶

⁶³ In den USA trat bereits 1978 eine Kronzeugenregelung in Kraft. Um deren Effektivität zu erhöhen, wurde 1993 eine überarbeitete Version eingeführt.

⁶⁴ Vgl. Mitteilung der Kommission über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen, Amtsblatt Nr. C 207 vom 18.07.1996. Um die Anreize für Unternehmen zu erhöhen, wurde die europäische Kronzeugenregelung bereits zweimal reformiert (2002 und 2006). Die 3. Version führt ein sogenanntes Markersystem ein, wodurch ein Unternehmen Zeit gewinnt, um der Behörde die notwendigen Beweise zu liefern. Außerdem soll mehr Transparenz für die Unternehmen geschaffen werden.

⁶⁵ Wie z. B. in den Fällen *Natriumglukonat* und *Zitronensäure* (beide aus dem Jahr 2001), in denen dem jeweils ersten beichtenden Unternehmen 80% bzw. 90% der Geldbuße erlassen wurden, da sie ihre Mitarbeit erst anboten, nachdem die Kommission Auskunftsverlange gestellt hatte.

⁶⁶ Zur Anreizstruktur von Kronzeugenregelungen im allgemeinen siehe KAPLOW, L.; SHAVELL, S.: Optimal Law Enforcement with Self-reporting of Behavior, in: Journal of Political Economy, Vol. 102 (3), 1994. – Die Anreizstruktur und auch Anreizproblematik in Bezug auf Kartelle untersuchte SPAGNOLO, G.: Divide et Impera: Optimal Leniency Programs. CEPR Discussion Paper, Nr. 4840-2004. – MOTTA, M.; POLO, M.: Leniency Programs and Cartel Prosecution, in: International Journal of Industrial

Kronzeugenprogramme helfen der Kommission außerdem, an relevante Informationen und Beweise zu gelangen.⁶⁷ So ist der wichtigste Aspekt eines Kartellverfahrens, „einfach zu beweisen, daß eine solche Vereinbarung existiert hat.“⁶⁸

Ein weiterer Vorteil ergibt sich durch geringere Kosten bei der Verfolgung von Kartellen. So muß die EU-Kommission weniger Ressourcen in die Beschaffung von Informationen und Überwachung von Märkten einbringen, als dies ohne eine Kronzeugenregelung notwendig wäre.⁶⁹

Jedoch muß eine Kronzeugenregelung nicht immer zur Aufdeckung oder Abschreckung von Kartellen führen. So kann sie Kollusionen eher fördern, indem die Bußgeldminderung den Erwartungswert kaum negativ beeinflusst. Falls zudem das Risiko, entdeckt zu werden, gering ist, ändert eine Bußgeldimmunität wenig an den Anreizbedingungen für Kartellanten. In der Literatur wird daher diskutiert, dem ersten beichtenden Unternehmen nicht nur die Geldbuße zu erlassen, sondern zusätzlich einen Bonus zu zahlen.⁷⁰

1998: Die Sanktionierung von Kartellen wird formalisiert

Die Sanktionierung illegaler Vereinbarungen soll der Abschreckung eben solchen Verhaltens dienen. Hier können entweder Geldbußen oder Gefängnisstrafen verhängt werden. Da es sich bei Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht nicht um Gewalttaten handelt und die meisten beteiligten Unternehmen über genügend finanzielle Mittel verfügen, stehen Bußgelder als Sanktionierung an erster Stelle.⁷¹ Außerdem ist im Gegensatz zu einer Gefängnisstrafe

Organization, Vol. 21, 2003, pp. 347-379. – ELLIS, C. J.; WILSON, W. W.: Cartels, Price Fixing and Corporate Leniency Policy. Manuscript. University of Oregon, 2003.

⁶⁷ AUBERT, C.; REY, P.; KOVACIC, W.: The Impact of Leniency and Whistle-blowing Programs on Cartels, in: International Journal of Industrial Organization, Vol. 24 (6), 2006, pp. 1241-1266.

⁶⁸ OECD: Prosecuting Cartels without Direct Evidence of an Agreement, Policy Brief, June 2007. – Im Kartellfall „Deutsche Banken“ (Comp 37.919) annullierte das Gericht erster Instanz die Entscheidung der Kommission, da die Beweise nicht ausreichten, um ein illegales Verhalten nachzuweisen (Urteil: T-44/02 vom 14.10.2004).

⁶⁹ KAPLOW, L.; SHAVELL, S., a. a. O.

⁷⁰ SPAGNOLO, G., a. a. O..

⁷¹ Vgl. POSNER, R.: Optimal Sanctions for White Collar Crime, in: American Criminal Law Review, Vol. 17, 1980, p. 409.

Kasten 3:
Kronzeugenregelung in der europäischen Praxis

Seit Erlass der Kronzeugenregelung 1996 hat die EU-Kommission 50 Entscheidungen in Kartellsachen erlassen. Dabei haben Unternehmen in 47 Fällen bei den Ermittlungen mit der Kommission zusammengearbeitet und dadurch eine Reduzierung der Geldbuße erreicht. In 23 Fällen wurde einem der beteiligten Unternehmen ein vollständiger Geldbußenerlaß gewährt; erstmals gelangte die Firma Aventis 2001 in diesen Genuß.

Die in den 50 Fällen erlassenen Geldbußen wurden insgesamt um 33% reduziert, im Durchschnitt für jedes Unternehmen um 22%.

Allerdings ist festzustellen, daß in den 23 Fällen, in denen ein vollständiger Geldbußenerlaß gewährt wurde, in acht Fällen bereits Ermittlungen in anderen Rechtskreisen liefen. Abbildung 3 zeigt, welchen realen Stellenwert die Kronzeugenregelung bei der Aufdeckung von Kartellen seit ihrem Inkrafttreten innehat.

Abbildung 2:
Geldbußen nach Anwendung der Kronzeugenregelung

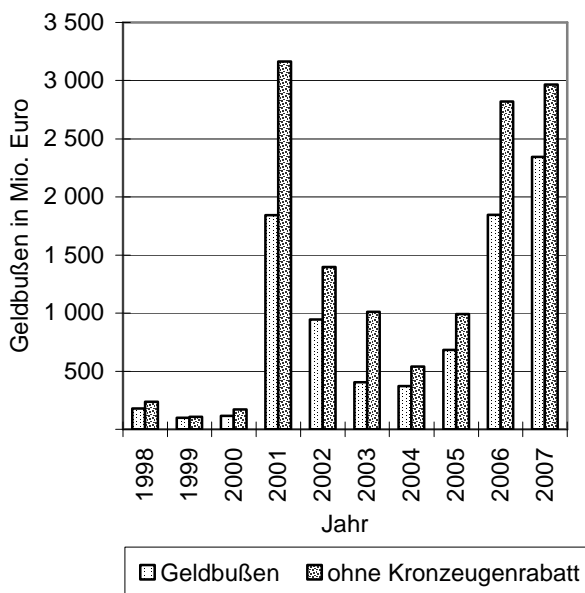
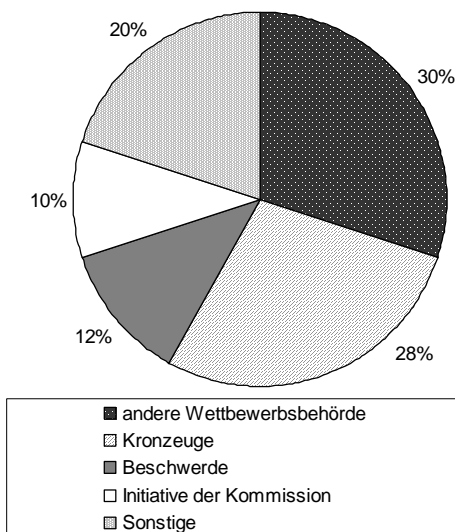


Abbildung 3:
Aufdeckungsgründe



Quellen: EU-Kommission; Berechnungen und Darstellung des IWH.

Quellen: EU-Kommission; Darstellung des IWH.

Dennoch ist die Kronzeugenregelung eine wichtige Quelle zur Aufdeckung von Kartellen geworden, da rund ein Viertel der Verfahren allein durch einen Kronzeugen ans Licht kommt.^a Verfahren von Amts wegen, also auf Initiative der EU-Kommission hin, spielen hingegen nur noch eine geringe Rolle. Weitere Informationsquellen sind (ehemalige) Mitarbeiter oder verwandte Entscheidungen. Bis 2004 war auch die Anmeldung einer Vereinbarung eine Informationsquelle.

^a In den USA ist die Effektivität der Kronzeugenregelung laut Direktor der Antitrust Einheit des Department of Justice (DoJ), Scott Hammond, noch größer. So war das amerikanische Leniency-Programm für mehr Aufdeckungen internationaler Kartelle verantwortlich als alle Durchsuchungsbefehle und geheimen Video- oder Tonbandmitschnitte und FBI-Vernehmungen zusammen und ist „the single greatest investigative tool available“. Rede beim International Workshop on Cartels, Brighton, November 2000.

eine solche Transaktion mit sehr geringen sozialen Kosten verbunden. Letztere hat wiederum den Vorteil eines größeren Abschreckungseffekts. So stellte der stellvertretende Generalanwalt des amerikanischen Department of Justice fest, daß „einer Gefängnisstrafe ein soziales Stigma für Wirtschaftsverbrechen anhaftet. So hatten wir in der Vergangenheit regelmäßig Angebote, anstelle der Gefängnisstrafe lieber hohe Geldbußen zahlen zu wollen. Allerdings hat niemand angeboten, anstelle einer hohen Geldstrafe lieber ins Gefängnis gehen zu wollen.“⁷²

Das europäische Recht sieht bislang nur Geldbußen zur Sanktionierung von Kartellen vor. Anders als in den USA können diese auch nur gegen Unternehmen, nicht aber gegen beteiligte Mitarbeiter verhängt werden.

Regelung der Bußgeldfestsetzung in der EU

Gemäß der Verordnung Nr. 17/62 konnte die EU-Kommission bei Verstößen gegen Art. 81 EG Geldbußen von 1 000 bis 1 000 000 Rechnungseinheiten bzw. über diesen Betrag hinaus bis zu 10% des Gesamtumsatzes des vergangenen Geschäftsjahres festsetzen. Außer der Berücksichtigung der Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung bei der Berechnung der Geldbuße sah die Verordnung 17/62 aber keine konkrete Berechnungsmethode vor. In den Entscheidungen der EU-Kommission wurden zwar verschiedene Faktoren, die in die Berechnung der Geldbuße einfließen, genannt. Allerdings mangelte es hier an Transparenz, was schließlich zu zahlreichen Anfechtungen vor dem Europäischen Gerichtshof führte. 1995 stellte das Gericht erster Instanz schließlich fest, daß es wünschenswert sei, die Art und Weise der Bußgeldberechnung transparenter zu machen.

Erst mit Einführung der Bußgeldrichtlinie⁷³ im Jahr 1998 wurde die Berechnung formalisiert. Demnach wurde ein Startbetrag (der je nach Schwere der Zuwiderhandlung zwischen 1 000 und mehr als 20 Mio. Euro betragen konnte), der um die Dauer der Zuwiderhandlung mit dem Faktor 0,1 erhöht wurde, um erschwerende und mildernde Umstände angepaßt. Im Lauf der Jahre tastete sich die EU-Kommission schrittweise an höhere Bußgelder

Kasten 4:

Die Richtlinien zur Bußgeldberechnung von 2006

Ausgangspunkt ist der Produktumsatz, der im letzten Geschäftsjahr, in dem das Unternehmen an der Zuwiderhandlung beteiligt war, auf dem relevanten Markt erzielt wurde. Von diesem Produktumsatz werden je nach Schwere der Zuwiderhandlung bis zu 30% mit der Anzahl der Jahre der Zuwiderhandlung multipliziert. Für horizontale Vereinbarungen wird zusätzlich ein sogenannter „entry fee“ addiert, der 15% bis 25% des Umsatzes betragen kann. Dieser soll Unternehmen grundsätzlich von wettbewerbswidrigen Vereinbarungen abschrecken. Wie auch unter der alten Richtlinie kann die Geldbuße anschließend nach oben oder unten angepaßt werden. Zu den erschwerenden Umständen gehören z. B. eine Rolle als Anführer, ein wiederholtes Vergehen oder falsche Informationen. Mildernde Umstände wären z. B. eine passive Rolle oder eine aktive Zusammenarbeit mit der Kommission.

Zu erwarten sind höhere Bußgelder, siehe Bos, Schinkel 2007; Veljanovski 2007. Bei der Anwendung der neuen Richtlinien auf Kartellentscheidungen aus der Vergangenheit kommt Veljanovski zu dem Ergebnis, daß die Kartellbußen insgesamt um 30% höher ausgefallen wären als sie tatsächlich sind. Allerdings stellte Veljanovski fest, daß es neben Fällen, in denen die Geldbußen um bis zu 500% höher waren, auch Fälle gab, in denen unter den neuen Richtlinien niedrigere Geldbußen verhängt wurden.

Insgesamt erwarten beide Studien, daß zukünftig die Grenze von 10% des Gesamtumsatzes häufiger erreicht wird. In den 50 Entscheidungen der Jahre 1998 bis 2007 wurde in 16 Entscheidungen für insgesamt 29 Firmen die Geldbuße zwischen 6,2% und 91,5% reduziert, um nicht über dem gesetzlichen Limit zu liegen.

heran. Allerdings wurde die Berechnungsmethode auch immer wieder kritisiert. Der Startbetrag der Geldbuße wurde als „willkürlich“⁷⁴ beanstandet, da er – losgelöst vom Produktumsatz – bestimmt wurde. Zudem schien auch die Abschreckungswirkung noch nicht ausreichend.⁷⁵ Daher hat die EU-

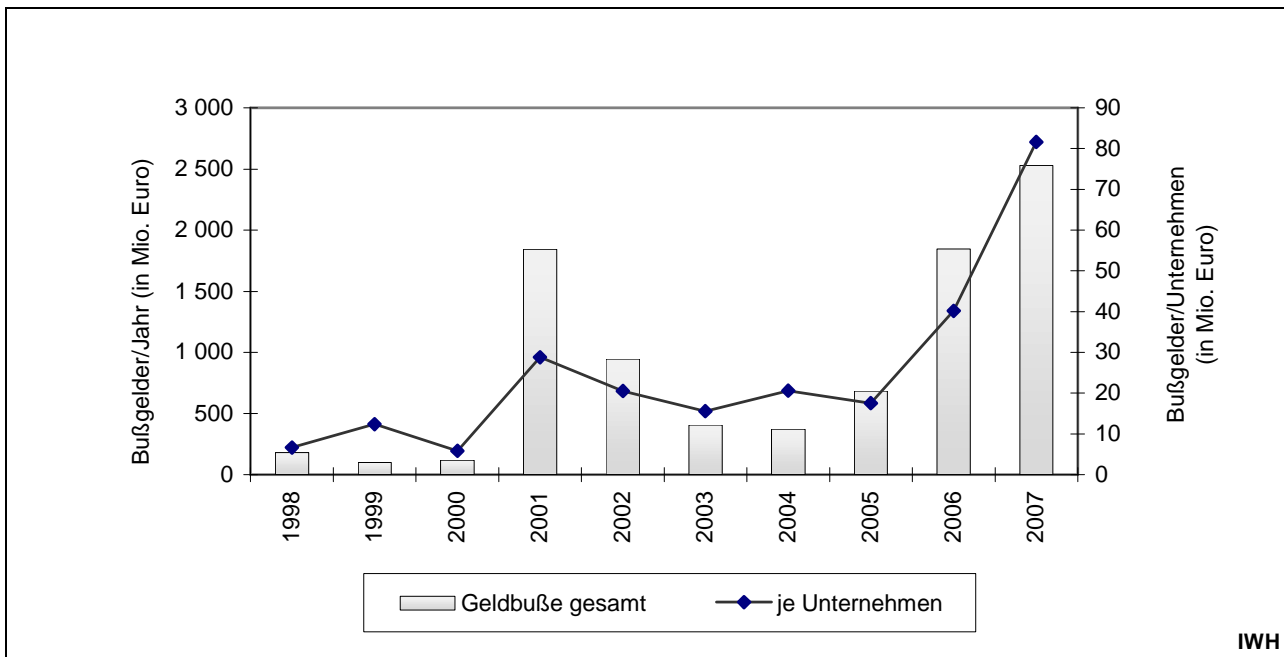
⁷² PATE, R. H. (Assitant Attorney General des U.S. DoJ) auf der Tagung des ICN 2004 am 21.11.2004 in Sydney, Australien.

⁷³ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, Amtsblatt der EG, Nr. C/9 vom 14.01.1998.

⁷⁴ Vgl. JOSHUA, J.: The European Commission's New Fining Guidelines and How They May Affect Cartel Enforcement. Antitrust Symposium. Washington, D.C., 13.09.2006.

⁷⁵ Vgl. CONNOR, J. M.: Optimal Deterrence and Private International Cartels. Manuscript. Purdue University, 2005.

Abbildung 4:
Geldbußen der EU-Kommission



Quellen: EU-Kommission; Darstellung des IWH.

Kommission im vergangenen Jahr eine überarbeitete Version der Bußgeldrichtlinie erlassen. Diese sieht eine völlig neue Berechnungsformel für das Bußgeld vor. Demnach geht nunmehr der Produktumsatz in die Strafe ein. Entscheidend ist aber, daß die Dauer des Kartells nicht mehr mit dem Faktor 0,1 einfließt, sondern mit dem Faktor 1 (vgl. Kasten 4). Das wird zu einem deutlichen Anstieg der Bußgelder führen. Als Grenze werden zwar weiterhin 10% des weltweiten Gesamtumsatzes gelten, jedoch wird dieses Limit häufiger ausgereizt werden.

Die Bußgeldpraxis

Insgesamt hat die EU-Kommission in den Jahren 1998 bis 2007 Geldbußen in Höhe von 8 835 Mio. Euro in 50 Kartellentscheidungen gegen 320 beteiligte Unternehmen festgesetzt. Die durchschnittliche Geldbuße betrug je Entscheidung 170 Mio. Euro, je Unternehmen wurden durchschnittlich 22,7 Mio. Euro Geldbuße festgesetzt.

Abbildung 4 zeigt einen enormen Anstieg der Geldbußen im Jahr 2001, sowohl insgesamt (1 844 Mio. Euro) als auch pro Unternehmen (28,8 Mio. Euro). Allerdings wurde in diesem Jahr auch gegen das Vitaminkartell eine Strafe von 855 Mio. Euro festgesetzt. In den darauffolgenden

Jahren, 2002 bis 2005, sind die Geldbußen insgesamt wieder gesunken, bevor sie 2006 einen ähnlich hohen Wert wie im Jahr 2001 erreichten (1 846 Mio. Euro). Allerdings gab es im Jahr 2006 nur fünf Kartellentscheidungen, während im Jahr 2001 zehn Kartelle bebußt wurden. Obwohl das Jahr 2007 noch nicht zu Ende ist, haben die Geldbußen bereits ein Rekordvolumen von 2 529 Mio. Euro erreicht. Auch die durchschnittliche Geldbuße je Unternehmen gipfelt in Rekordspitzen von 82 Mio. Euro. Zudem sind für das Jahr 2007 noch einige Entscheidungen zu erwarten. Im Jahr 2008 ist mit neuen Höchstständen zu rechnen, da dann die ersten Entscheidungen veröffentlicht werden, in denen die neue Bußgeldrichtlinie angewendet werden wird.

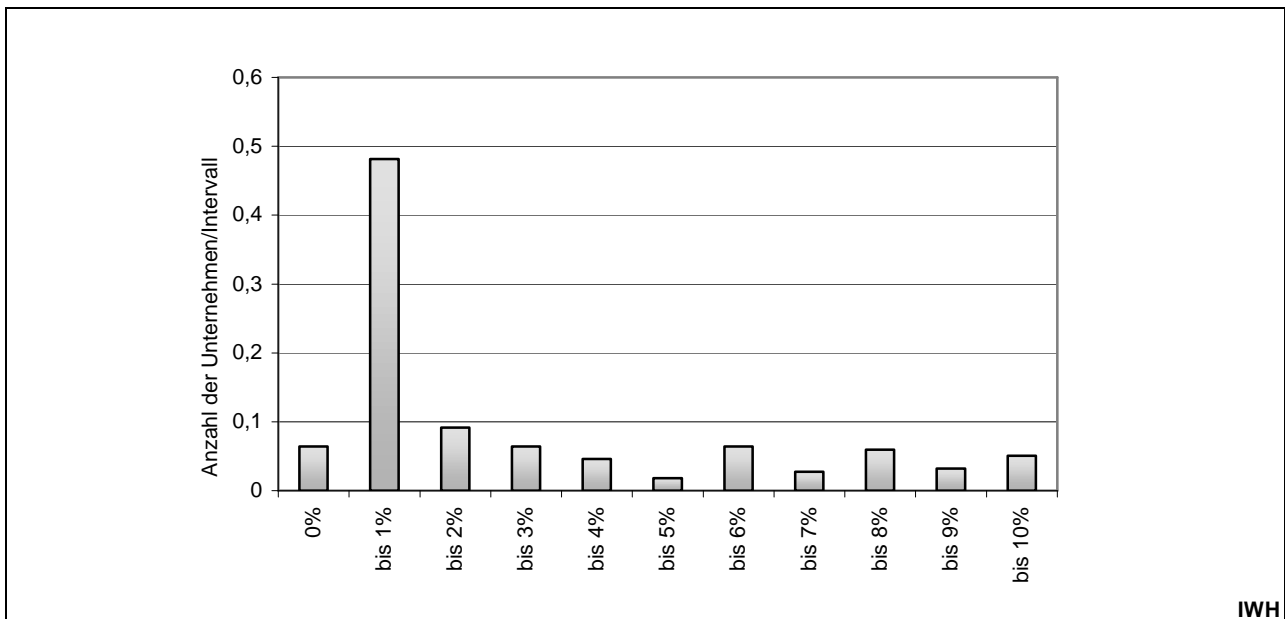
Anteil der Kartellbuße am Gesamtumsatz, am Produktumsatz

Bereits die Verordnung Nr. 17/62 schrieb vor, daß die Geldbuße maximal 10% des weltweiten Gesamtumsatzes des letzten vollständigen Geschäftsjahres vor Veröffentlichung der Entscheidung betragen darf. Liegt die berechnete Geldbuße also höher, wird sie auf 10% des Gesamtumsatzes gekürzt, und zwar vor Anwendung der Kronzeugenregelung.

Abbildung 5 zeigt die Verteilung für 218 von 449 Datensätzen aus dem Zeitraum 1998 bis 2007,

– WILS, W.: Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?, in: World Competition, Vol. 28 (2), 2005.

Abbildung 5:
Anteil der Geldbuße am Gesamtumsatz



Quelle: Berechnungen des IWH.

für die die Information des weltweiten Gesamtumsatzes vorlag. Mehr als 50% der Unternehmen mußten demnach eine Geldbuße zahlen, die weniger als 1% ihres Gesamtumsatzes betrug.

Der relevante Produktumsatz war unter der alten Richtlinie zwar nicht direkt als Ausgangspunkt vorgeschrieben, häufig bezog sich die EU-Kommission in ihren Entscheidungen aber dennoch auf diese Größe. Abbildung 6 zeigt daher den Anteil der Geldbuße am relevanten Produktumsatz für 171 Unternehmen, für die diese Information vorlag.

2004: „Kulturwechsel“⁷⁶ durch die Verordnung Nr. 1/2003

Durch die Verordnung Nr. 1/2003 wurde das zentralgesteuerte Genehmigungsverfahren der Verordnung Nr. 17/62 durch das sogenannte System der Legalausnahme ersetzt. Die Anmeldung einer freistellungsfähigen Vereinbarung (erfüllt alle vier Kriterien des Art. 81 (3) EG-Vertrag) bei der EU-Kommission ist danach nicht mehr nötig. Anstelle der Kartellbehörde müssen nun die Unternehmen selbst prüfen, ob ihre Vereinbarungen unter den Freistellungstatbestand des Art. 81 (3) EG fallen

⁷⁶ Der Begriff Kulturwechsel fiel erstmals durch KLOCKER, P.: Fit machen für den „Kulturwechsel“, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, Jg. 52 (2002), S. 1151. – Andere Autoren sprachen von „Systemwechsel“ (Möschel), „Wende“ (Mestmäcker, Immenga).

und somit automatisch vom Kartellverbot des Art. 81 (1) EG ausgenommen sind.

Generell wurde diese Entwicklung sowohl von Praktikern als auch Theoretikern positiv beurteilt, da sie zu einem erheblichen Bürokratieabbau führt und die EU-Kommission nicht mehr mit einer Flut von Anmeldungen belastet ist.⁷⁷

Kritisch beurteilt wurde vor allem der Informationsverlust für die Kartellbehörden durch den Wegfall der Anmeldungen. Darüber hinaus wurde kritisiert, daß auf Seiten der Unternehmen eine erhebliche Rechtsunsicherheit entstehen wird, da ihre Vereinbarungen keine offizielle Freistellung mehr erhalten.⁷⁸ Die Auswirkungen auf die Unterneh-

⁷⁷ Schaub und Dohms erwarten u. a. durch die Einsparung von Ressourcen einen wirksameren Wettbewerbschutz. Siehe SCHAUB, A.; DOHMS, R.: Das Weißbuch der Europäischen Kommission, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, Jg. 49, 1999, S. 1055 ff. – Koenigs sieht dagegen keine Arbeitsentlastung durch den Wegfall des Genehmigungsverfahrens. Siehe KOENIGS, F.: Die VO Nr. 1/2003: Wende im EG-Kartellrecht, in: *Der Betrieb*, 2003 (14), S. 755 ff.

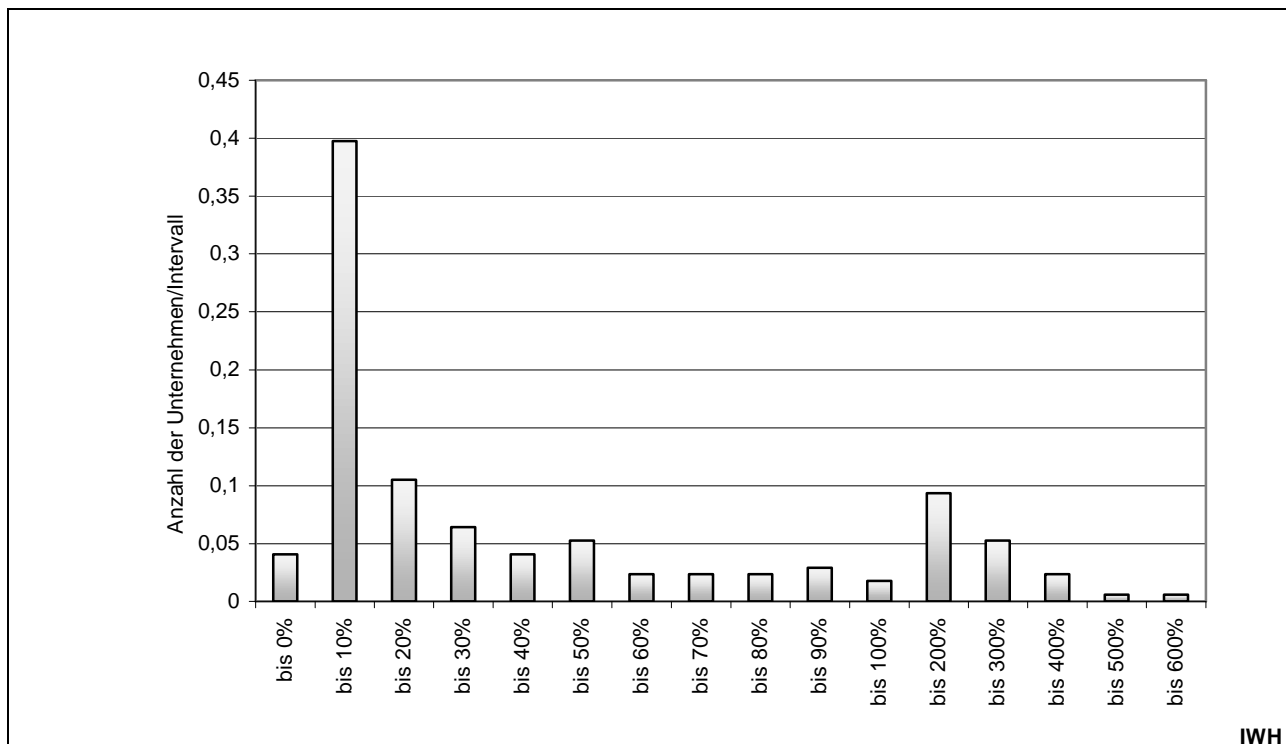
⁷⁸ Siehe zur juristischen Perspektive: MÖSCHEL, W.: Europäische Wettbewerbspolitik auf Abwegen, in: *Wirtschaftsdienst*, 1999, S. 504 ff. – DERINGER, A.: Stellungnahme zum Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften der Art. 85 und 86 EG-Vertrag, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2000, S. 5 ff. – Die ökonomische Seite betrachteten insbesondere BARROS, P. P.: Looking behind the Curtain – Effects from Modernization of European Union Competition Policy, in: *European Economic Review*, Vol. 47, 2003, pp. 613 et sqq. – NEVEN, D.: Removing the Notifi-

Tabelle:
Ziele und Instrumente der Rechtsanwendung in der EU

Ziele	Instrumente der EU-Kommission
1. Abschreckung	Kronzeugenregelung (seit 1996) Sanktionen: Bußgelder gegen Unternehmen (bis zu 10% des Gesamtumsatzes): Bußgeldrichtlinie 1998; keine Gefängnisstrafen Schadensersatzforderungen durch private Rechtsdurchsetzung (seit Einführung der Verordnung Nr. 1/2003)
2. Aufdeckung	Eigene Initiative (z. B. Marktüberwachung) Kronzeugenregelung (seit 1996) Private Rechtsdurchsetzung (Beschwerden von Wettbewerbern, Kunden)
3. Kostenminimierung	Kronzeugenregelung (Ressourcen bei der Verfolgung gespart) Legalausnahme (seit Einführung der Verordnung Nr. 1/2003)

Quelle: Darstellung des IWH.

Abbildung 6:
Anteil der Geldbuße am relevanten Produktumsatz



Quelle: Berechnungen des IWH.

men lassen sich drei Jahre, nachdem die Verordnung 1/2003 in Kraft getreten ist, noch nicht abschätzen. Generell läßt sich aber feststellen, daß

die EU-Kommission mehr Ressourcen in die Verfolgung von Kartellen einbringen kann.⁷⁹

Ein weiteres Novum, das durch die Verordnung 1/2003 eingeführt wurde, ist die „private“ Verfolgung. So können nunmehr geschädigte Wettbewerber oder Kunden Schadensersatz von den Kartellanten fordern. Diese Regelung fand auch im deutschen Kartellrecht ihren Niederschlag. Nun ist

cation of Agreements: Some Consequences for Ex Post Monitoring, in: A. v. Bogdandy (eds), European Integration and International Co-ordination. Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann. The Hague 2002, pp. 351 et sq. 2005 diskutiert.

⁷⁹ Siehe auch JOSHUA, J., a. a. O.

abzuwarten, welchen Ausgang der erste Schadensersatzprozeß vor dem Düsseldorfer Landgericht im Zementfall nimmt.⁸⁰

Ausblick

Die Kommission hat in den vergangenen Jahren zahlreiche Instrumente eingeführt bzw. überarbeitet, um die Wettbewerbspolitik effizienter zu gestalten, d. h. mehr Informationen zu sammeln, mehr Kartelle aufzudecken, Kosten zu minimieren und die Regelungen so zu gestalten, daß Unternehmen an erster Stelle von illegalem Verhalten abgeschreckt werden. Neben dem grundlegenden Systemwechsel von einer ex ante- hin zu einer ex post-Kontrolle stellten auch die Einführung einer Kronzeugenregelung sowie die erneuerten Bußgeldrichtlinien und die Einführung einer privaten Kartellrechtsverfolgung wichtige Entscheidungen hin zu einer effizienten Wettbewerbspolitik dar.

Der Anstieg der Kartellverfahren und die gegen die beteiligten Unternehmen festgesetzten Geldbußen können ein Indiz für eine verbesserte Aufdeckung von Kartellen sein. Allerdings könnte die gestiegene Zahl auch einfach an einer erhöhten Kartellierung liegen. Das Hauptziel einer effektiven Rechtsdurchsetzung ist aber die Abschreckung von illegalen Vereinbarungen. Deren Fortschritte zu quantifizieren wird dadurch erschwert, daß gerade diese unterlassenen Vereinbarungen nicht beobachtet werden können.⁸¹

Auf der Agenda der EU-Kommission steht weiterhin ein Vorschlag zur Einführung einer sogenannten *settlement procedure*, also zur Möglichkeit eines Vergleichs zwischen EU-Kommission und Unternehmen. Sind Unternehmen bereit, ihre Beteiligung an einem Kartell einzugestehen, wird ihnen im Gegenzug die Geldbuße reduziert.⁸² Dies soll in erster Linie die Verfahrensdauer verkürzen und so Ressourcen früher für die Verfolgung weiterer Fälle zur Verfügung stellen. Unternehmen wird zwar weiterhin die Möglichkeit einer

Klage vor dem Europäischen Gerichtshof eingeräumt. Dennoch ist ein Vergleich ein wichtiger Schritt, um die Vielzahl an Klagen einzudämmen. Schließlich erkennen die Parteien ihre Haftbarkeit für die Zuwiderhandlung an. Bislang reichen noch drei von vier Unternehmen Klage gegen eine Entscheidung der Kommission ein.

Eine kriminelle Verfolgung von Kartellverstößen, wie es sie in den USA oder Großbritannien bereits gibt, ist auf europäischer Ebene bislang nicht vorgesehen. Da es scheinbar Industrien gibt, die „immun“ gegen die Anreizwirkungen der Kronzeugenregelung sind,⁸³ wäre eine Diskussion über die Einführung einer Gefängnisstrafe sicher sinnvoll. Allerdings sollten europäische Manager nicht vergessen, daß Gefängnisstrafen bereits bei internationalen Kartellen drohen, wenn es zu einem Verfahren in den USA kommt.

Nicole Steinat
(*Nicole.Steinat@iwh-halle.de*)

⁸⁰ Vgl. FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG vom 22.02.2007, S. 10.

⁸¹ BAKER, J. B.: The Case for Antitrust Enforcement, in: Journal of Economic Perspectives, Vol. 17 (4) 2003, p. 40.

⁸² Unternehmen können demzufolge zweifach belohnt werden: einerseits, wenn die Kronzeugenregelung zur Anwendung kommt, andererseits, wenn das Verfahren durch einen Vergleich beendet wird. Siehe auch Entwurf einer Mitteilung der Kommission über die Durchführung von Vergleichsverfahren, Amtsblatt der EG, Nr. C 255/51 vom 27.10.2007.

⁸³ Vgl. RÖLLER, L.-H., a. a. O.