

A. Einleitung

„Diamonds are a girl's best friend“ - mit dieser Erkenntnis rettete u. a. Marilyn Monroe die Herrenwelt davor, keine Geschenkidee für ihre Liebste zu haben. Allerdings müssen auch Diamanten gewonnen und gehandelt werden, bevor sie vom Verbraucher erworben und verschenkt werden können. Die De Beers SA mit Sitz in Luxemburg ist in diesem Feld Marktführer, gefolgt von der Alrosa Company Ltd. mit Sitz in Mirny, Russland. Beide Gesellschaften verband eine jahrelange Handelsbeziehung, deren Ausfluss eine Vereinbarung vom 17. Dezember 2001 darstellte. In diesem Vertrag verpflichtete sich Alrosa in einem Rahmen von fünf Jahren, De Beers jährlich mit Rohdiamanten im Wert von 800 Millionen USD zu beliefern, deren Abnahme De Beers versprach. Diese Menge entsprach der Hälfte der Jahresproduktion Alrosas und der Gesamtmenge, die Alrosa aus der GUS exportierte. Am 05. März 2002 meldeten beide Gesellschaften diesen Vertrag bei der Kommission an, um feststellen zu lassen, dass er nicht gegen das europäische Wettbewerbsrecht verstieß oder zumindest gem. Art. 101 III AEUV¹ freigestellt werden konnte.

Anstatt der erhofften Erklärung teilte die Kommission den Gesellschaften am 14. Januar 2003 mit, dass ihrer Auffassung nach der Vertrag eine gegen das Wettbewerbsrecht verstoßende Vereinbarung darstellen könnte. Zeitgleich eröffnete sie gegen De Beers ein Verfahren wegen eines evtl. Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung i. S. d. Art. 102 AEUV.

In der Folgezeit verhandelten die Gesellschaften und die Kommission über Verpflichtungszusagen, um die Verfahren gütlich beenden zu können. In diesem Rahmen boten die Gesellschaften u. a. an, die Liefermengen schrittweise zu reduzieren und ab 2010 auf 275 Millionen USD zu beschränken. Nachdem die Marktbefragung hinsichtlich dieser Zusagen negativ ausfiel, forderte die Kommission die Parteien auf, Zusagen anzubieten, mit denen sie sich zum vollständigen Abbruch der Geschäftsbeziehungen verpflichteten. Am 25. Januar 2006 kam De Beers dem allein nach, woraufhin die Kommission diese Verpflichtungszusage gem. Art. 9 VO 1/2003 für verbindlich erklärte und die Verfahren somit beendete.

Gegen diese Entscheidung wandte sich Alrosa, da die Kommission ihrer Meinung nach nicht in der Lage gewesen wäre, derart weitgehende

¹ Der Einfachheit halber werden die derzeit gültigen Normen angegeben.

Maßnahmen einseitig zu verhängen. In erster Instanz stimmte das EuG Alrosa zu und erklärte die Kommissionsentscheidung für nichtig. In zweiter Instanz hob der EuGH das Urteil des EuG auf. Seiner Ansicht nach gelte der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Rahmen des Art. 9 VO 1/2003 nur in begrenztem Umfang, weshalb die Entscheidung der Kommission rechtmäßig sei. Somit stellt sich die Frage, ob die Besonderheiten einer Zusagenentscheidung gem. Art. 9 VO 1/2003 den beschränkten Prüfumfang des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes insoweit zu rechtfertigen vermögen, als die Kommission hiermit Maßnahmen verbindlich erklären kann, die sie nicht einseitig verhängen könnte.

B. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

I. Herleitung und Bedeutung des Grundsatzes.

1. Geschichtliche Wurzeln.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist tief in der europäischen Rechtstradition verankert. Bereits vor der Antike und Aristoteles' Überlegungen zur Gerechtigkeit war man sich bewusst, dass die staatliche Gewalt nicht uneingeschränkt ausübbar sein sollte, sondern vielmehr ein bestimmtes Verhältnis zwischen Mittel und Zweck notwendig ist². Ausdruck dessen ist das frühzeitliche Talionsgebot³. Dieser strafrechtliche Ansatz, dass die Strafe nicht außer Verhältnis zur begangenen Tat stehen darf, wird ebenfalls in bedeutsamen Kodifikationen wie der Magna Charta von 1215 und der Bill of Rights von 1689 aufgegriffen.

Erst in der Neuzeit wurde der Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes über das Strafrecht hinaus erweitert. Als erster erwog Rousseau, diesen Grundsatz zur Abgrenzung der bürgerlichen Freiheitssphäre vom Staat zu nutzen⁴. Es dauerte aber noch bis zum 19. Jahrhundert, bis der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz durch die deutsche Verfassungs- und Verwaltungslehre zu einem eigenständigen Rechtsprinzip fortentwickelt⁵ und als allgemeine Leitlinie für jegliches staatliche Handeln⁶ anerkannt wurde.

Aufgrund dieser gemeinsamen Wurzeln überrascht es nicht, dass dieser Gedanke des Ausgleichs zwischen Mittel und Zweck sowie der Beschränkung

2 Koch, Diss., S. 39f.

3 Koch, Diss., S. 40; Schwarze, EuVerwR II, S. 662.

4 Koch, Diss., S. 44.

5 Koch, Diss., S. 45.

6 Danwitz, EWS 2003, 393.

hoheitlicher Eingriffe in der einen oder anderen Form in den europäischen Rechtsordnungen enthalten ist⁷. Darauf aufbauend konnte der Europäische Gerichtshof (EuGH) in wertender Rechtsvergleichung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts gewinnen⁸, noch bevor dieser durch den Vertrag von Maastricht und die Grundrechtecharta in das geschriebene Primärrecht aufgenommen wurde⁹.

2. Bedeutung.

Von diesem Ausgangspunkt, der Begrenzung des hoheitlichen Handelns, lassen sich die wesentlichen Funktionen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ableiten. So dient er bspw. gegenüber dem Bürger als allgemeine Schranke für Eingriffe in Grundrechte und die Grundfreiheiten, damit deren Wesensgehalt nicht angetastet wird¹⁰, und zwischen den Mitgliedstaaten und Unionsorganen als Kompetenzausübungsschranke gem. Art. 5 IV EUV¹¹. Des Weiteren wird er von der Judikative als Auslegungsmaxime¹² und von der Legislative als Schranke für ihre gesetzgeberische Tätigkeit¹³ gebraucht. Zudem bildet er den äußeren Rahmen für das politische Ermessen der Hoheitsträger¹⁴. Darüber hinaus dient der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dazu, das Verwaltungshandeln dadurch zu optimieren, dass er ein Prüfschema zur Orientierung bei der Gestaltung von Entscheidungen bietet¹⁵.

Insgesamt kann man den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als allgemeine Leitlinie des gemeinschaftsrechtlichen Handelns definieren¹⁶. In Anbetracht dessen verwundert es kaum, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit heute als einer der wichtigsten Rechtsgrundsätze bezeichnet wird, vor allem im Bereich des europäischen Wirtschaftsrechts¹⁷.

II. Inhalt des Grundsatzes.

7 Vgl. die Darstellungen bei Koch, Diss., S. 48-141, Schwarze, EuVerwR II, S. 664-684.

8 Angedeutet in EuGH Rs. *Fédéchar*, Slg. 1955-56, 291, 311, ausgeführt in EuGH, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg. 1970, 1125, 4. Leitsatz.

9 Haarmann, Diss., S. 185.

10 Danwitz, EuVerwR, S. 217; ders., EWS 2003, 394; Kischel, EuR 2000, 380, 381; Koch, Diss., S. 500 u. 502.

11 Danwitz, EWS 2003, 394, 401; Koch, Diss., S. 497.

12 Danwitz, EWS 2003, 394; Schwarze, FS Rengeling, S. 642.

13 Danwitz, EWS 2003, 394.

14 Danwitz, EWS 2003, 394; Koch, Diss., S. 523.

15 Danwitz, EuVerwR, S. 217; ders., EWS 2003, 394, 395.

16 Danwitz, EuVerwR, S. 217; ders., EWS 2003, 394; Koch, Diss, 496.

17 Schwarze, FS Rengeling, S. 633, 641.

Beim Grundsatz der Verhältnismäßigkeit handelt es sich um ein mehrstufiges Instrument. Die Bestimmung seiner konkreten Ausgestaltung bereitet allerdings Schwierigkeiten, da die europäischen Gerichte keine einheitliche dogmatische Struktur bzw. Terminologie¹⁸ verwenden und bei der konkreten Prüfung nicht immer das erwähnte Kriterium¹⁹ begutachten. So kommt es bspw. vor, dass die Definition der Verhältnismäßigkeit zwischen einem zwei- und dreistufigem Grundsatz rangiert²⁰ oder Aspekte der einen im Rahmen einer anderen Stufe geprüft²¹ werden. Dennoch lassen sich prinzipielle Elemente erkennen²².

Um verhältnismäßig zu sein, muss eine hoheitliche Maßnahme zuerst geeignet sein, das Erreichen des legitimen Zieles zu fördern²³. Hierbei ist zu beachten, dass dieses Merkmal bereits bejaht wird, auch wenn die Maßnahme das Ziel nur minimal fördert²⁴. Mithin werden an die Geeignetheit keine hohen Anforderungen gestellt.

Des Weiteren muss die Maßnahme erforderlich sein. Dies setzt voraus, dass unter mehreren geeigneten Maßnahmen die mildeste, d. h. die am wenigsten belastende, gewählt wird²⁵. Häufig werden in diesem Rahmen bereits Erwägungen zum letzten Kriterium, der Angemessenheit, angestellt²⁶.

Geht man aber von einem dreistufigen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im europäischen Recht aus, so wird erst auf der dritten Stufe die Angemessenheit geprüft. Hier ist entscheidend, dass die mit der Maßnahme „verursachten Nachteile in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen“ muss²⁷.

III. Kontrolldichte und -umfang des Grundsatzes.

Zu beachten ist allerdings, dass die Strenge bzw. Dichte, mit der die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch die Organe der Union gerichtlich kontrolliert wird, variiert. Besonders streng wird bspw. bei Maß-

18 Danwitz, EuVerwR, S. 215; ders., EWS 2003, 394, 395; Kischel, EuR 2000, 380, 383.

19 Koch, Diss., S. 199.

20 Koch, Diss., S. 201ff.

21 Koch, Diss., S. 230; vgl. EuGH, Agrarsubvention, Urteil v. 9.11.2011, Rs. C-92 u. 93/09, Rn. 74f-88.

22 Arnould, EuR 2008, Beiheft 1, 41, 42.

23 Schwarze, FS Rengeling, S. 637.

24 Ehlers, Grundrechte, § 7 Rn. 109, § 8 Rn. 98.

25 Schwarze, a. a. O.; bspw. EuGH, Rs. Fedesa, Slg. 1990, I-4023, Rn. 13.

26 Koch, Diss., S. 230.

27 Z. B. EuGH, Fedesa, Slg. 1990, I-4023 Rn. 12; Crispolti, Slg. 1994, I-4863 Rn. 41; National Farmers' Union, Slg., 1998, I-2211 Rn. 60; EuG, Slg. 2005, II-5575 Rn. 726.

nahmen, die in die persönlichen Grundrechte wie z. B. den Datenschutz oder das Recht auf Achtung der körperlichen Integrität eingreifen, wettbewerbsrechtlichen Sanktionen²⁸ oder solchen Bereichen kontrolliert, in denen eine Orientierung an quantitativ bestimmbareren Größen möglich ist, z. B. bei der Frage nach zulässigen Dumpingspannen²⁹.

In Bereichen, in denen den Unionsorganen ein weites Ermessen zukommt, ist die Kontrolle auf der anderen Seite erheblich eingeschränkt. Um das eingeräumte Ermessen nicht zu konterkarieren, wird hier lediglich geprüft, ob die fragliche Maßnahme ex ante offensichtlich unverhältnismäßig war³⁰. Ein solches Ermessen wird den Organen bspw. zwangsläufig bei komplexen wirtschaftspolitischen Entscheidungen eingeräumt³¹, selbst wenn durch sie Wirtschaftsgrundrechte oder Grundfreiheiten berührt werden, da ihre Wirksamkeit häufig mit einer gewissen Unsicherheit belastet ist³². Ein Beispiel hierfür bieten die Abstellungsverfügungen im Kartellverfahren nach Art. 7 der Verordnung Nr. 1/2003³³.

Im Rahmen von Zusagenentscheidungen nach Art. 9 soll nach der Alrosa-Entscheidung des EuGH neben der o.g. Einschränkung der Kontrolldichte zudem der Prüfumfang des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes selbst reduziert sein³⁴. Nach Meinung des EuGH muss die Kommission hier zur Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes lediglich prüfen, ob die angebotenen Verpflichtungszusagen geeignet sind, ihre wettbewerblichen Bedenken auszuräumen, und ob die am Verfahren beteiligten Unternehmen keine mildereren, aber gleich geeigneten Verpflichtungszusagen angeboten haben³⁵. Mit hin sei die Kommission hier nicht verpflichtet, selbst nach weniger belastenden Mitteln zu suchen. Gerichtlich könne die Entscheidung der Kommission aufgrund des ihr zukommenden Beurteilungsspielraums nur auf ihre offensichtliche Fehlerhaftigkeit hin überprüft werden³⁶.

Fraglich erscheint, ob diese Einschränkungen durch die Eigenarten einer Zusagenentscheidung nach Art. 9 gerechtfertigt werden können oder ob

28 Z. B. Art. 31 S. 1 VO 1/2003, der eine unbeschränkte Nachprüfungsbefugnis vorsieht.

29 Koch, Diss., S. 529.

30 Danwitz, EuVerwR, S. 350.

31 Kischel, EuR 2000, 380, 386; Koch, Diss., S. 527.

32 Kischel, EuR 2000, 380, 386.

33 Folgende Artikelangaben bzw. Erwägungsgründe ohne Gesetzesangabe sind solche der VO 1/2003.

34 EuGH, Alrosa, Urt. v. 29.06.2010, C-441/07, im folgenden: EuGH, Alrosa, Rn. ...

35 EuGH, Alrosa, Rn. 41.

36 EuGH, Alrosa, Rn. 42.

hierdurch der Kommission mit der Konzeption des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unvereinbare Spielräume zugebilligt werden.

C. Die Zusagenentscheidung nach Art. 9

Art. 9 gibt der Kommission die Möglichkeit, von an einem Kartellverfahren beteiligten Unternehmen angebotene Verpflichtungszusagen für verbindlich zu erklären und damit das Verfahren zu beenden, sofern diese Zusagen ihre wettbewerblichen Bedenken hinsichtlich des unternehmerischen Verhaltens auszuräumen vermögen. Dieses noch junge Instrument wurde durch die Modernisierung der Kartellverfahrensverordnung 2003 geschaffen. Seine Innovation³⁷ liegt wohl unbestreitbar in der Einführung eines konsensualen Elements³⁸, weswegen es auch als „unkonventionelle Mischung aus der altbekannten Zusagenpraxis und der gleichfalls verwaltungsrechtlichen Technik der Auflagen und Bedingungen“³⁹ bezeichnet wird. Im Folgenden gilt es, dieses Instrument und seine Besonderheiten kurz darzustellen.

I. Entwicklung.

Bereits unter der Verordnung Nr. 17/62 (im Folgenden VO), der Vorgängerkartellverfahrensverordnung, nahm die Kommission zahlreiche Verpflichtungszusagen an⁴⁰. Mangels Rechtsgrundlage war es ihr damals noch nicht möglich, diese Zusagen für verbindlich zu erklären⁴¹. Sie konnte lediglich entweder das eröffnete Kartellverfahren angesichts der zur Ausräumung der Wettbewerbsprobleme geeigneten Zusagen formlos einstellen, da sie bereits damals dem Opportunitätsprinzip unterlag⁴², oder diese Zusagen zur Grundlage von Auflagen oder Bedingungen⁴³ machen, die sie mit einer Freistellungsentscheidung gem. Art. 6 I VO verband, Art. 8 I Hs. 2 VO. In beiden Fällen konnte die Kommission aber eine eventuelle Nichteinhaltung der Zusagen nicht unmittelbar sanktionieren⁴⁴. Sie war darauf beschränkt, das Verfahren wiederaufzunehmen, und konnte erst in diesem Rahmen bei der

37 Frenz, Hb EuR, Rn. 1541; Kellerbauer, EuZW 2010, 652, 653; Klees, RiW 2010, 688; Lange/ Bunte/ Sura, Art. 9 Rn. 1; LMR/ Anweiler, Art. 9 Rn. 1.

38 Lange/ Bunte/ Sura, Art. 9 Rn. 2.

39 Schmidt, BB 2003, 1237, 1242.

40 LMR/ Anweiler, Art. 9 Rn. 3; Mestmäcker/ Schweitzer, EuWbR, § 20 Rn. 46; Rachwol, Diss., S. 26.

41 Lange/ Bunte/ Sura, Art. 9 Rn. 1.

42 LMR/ Anweiler, Art. 9 Rn. 3.

43 Haarmann, Diss., S. 37.

44 Klees, KartellVR, § 6 Rn. 111; Wiedemann/ Dieckmann, § 45 Rn. 11.

Feststellung von Zuwiderhandlungen gegen Art. 101, 102 AEUV Geldbußen verhängen. Trotz dieses Nachteils wurde diese Praxis vom EuGH akzeptiert und als mit Abstellungsverfügungen i. S. d. Art. 3 VO gleichwertig angesehen⁴⁵.

1999 regte die Kommission offiziell die Modernisierung des Kartellverfahrens an, um ihre informelle Praxis zu verrechtlichen⁴⁶. Nach intensiven Beratungen wurde aber erst am 16. Dezember 2003 die Verordnung Nr. 1/2003 erlassen, die nach dem Vorbild der Zusagenentscheidungen der FKVO und der US-amerikanischen consent decrees⁴⁷ das Rechtsinstitut der Verpflichtungszusagen in das Kartellverfahrensrecht einführt.

II. Verfahren.

Das vorher erwähnte konsensuale Element wird im Verfahren zum Erlass einer Zusagenentscheidung besonders deutlich, weshalb dieses nun betrachtet wird. Gem. Art. 9 I 1 ergehen Zusagenentscheidungen in einem Verfahren, das ursprünglich auf den Erlass einer Abstellungsverfügung gerichtet war. Hieraus ergeben sich bereits erste Verfahrensanforderungen.

Sofern die ersten Ermittlungen der Kommission zu einem Verdacht eines Wettbewerbsverstößes führen, leitet die Kommission das formelle Verfahren mit einem Beschluss gem. Art. 2 I VO 773/2004 ein. Danach unterrichtet sie das betroffene Unternehmen über ihre wettbewerblichen Bedenken durch eine Mitteilung der vorläufigen Beurteilung. Diese Mitteilung muss nicht den strengen Anforderungen an eine Mitteilung der Beschwerdepunkte gerecht werden, da es sich um eine andere Art der Mitteilung handelt⁴⁸. Nach ihrem Erhalt kann das Unternehmen einschätzen, ob es aus Überzeugung von der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens den Ausgang des Kartellverfahrens abwarten oder freiwillig Verpflichtungszusagen anbieten möchte⁴⁹. Sollte es letzteres erwägen, wird das Unternehmen zunächst informell an die Kommission herantreten, um in Erfahrung zu bringen, ob diese eine

45 EuGH, Ahlström Osaakeyhtiö u. a./ Kommission, Slg. 1993, I-1575, Rn. 181.

46 Körber, WRP 2005, 463, 464f.

47 Busse/ Leopold, WuW 2005, 148, 154; Lange/ Bunte/ Sura, Art. 9 Rn. 2; Wils, Settlements, S. 6.

48 Vgl. Art. 27 I, der die Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht für den Erlass einer Zusagenentscheidung vorsieht sowie Art. 2 I VO 773/2004, der zwischen den beiden Mitteilungen differenziert.

49 Rachwol, Diss., S. 49.

Verfahrensbeendigung gem. Art. 9 für möglich hält⁵⁰. Dies ist nämlich dann ausgeschlossen, wenn die Kommission die Verhängung eines Bußgeldes beabsichtigt, ErwGr 13 S. 4. Sofern diese Anfrage bejaht wird, liegt die Initiative für die Abgabe von Verpflichtungszusagen beim Unternehmen. Auf den ersten Entwurf schließt sich i. d. R. ein informeller Meinungsaustausch mit der Kommission an, um die Zusagen so zu verbessern, dass sie die Bedenken der Kommission wirksam ausräumen. Faktisch wird der Inhalt der Zusagen bis ins Detail informell ausgehandelt⁵¹. Trotz allem liegt die Initiative zur Abgabe einer Zusage bei den Unternehmen und muss freiwillig erfolgen. Aufgrund dieses konsensualen Zusammenwirkens ist es zudem nicht notwendig, dass die Kommission den vermuteten wettbewerblichen Verstoß vollständig ermittelt und beweist.

Sobald die Kommission die Zusagen für geeignet hält, ihre wettbewerblichen Bedenken auszuräumen, hat sie ihren wesentlichen Inhalt und eine Zusammenfassung des Sachverhalts zu veröffentlichen, Art. 27 IV. Dadurch wird die Anhörung interessierter Dritter gewährleistet. Je nach dem Ergebnis dieser Anhörung müssen die Zusagen erneut verbessert werden oder können durch eine Zusagenentscheidung für verbindlich erklärt werden.

Sofern eine Zusagenentscheidung erlassen wird, muss sie nach Maßgabe des Art. 30 veröffentlicht werden, wodurch das Kartellverfahren beendet wird.

III. Inhalt.

Die von den Unternehmen angebotenen Verpflichtungszusagen können sowohl verhaltensorientierter als auch struktureller Art sein. Verhaltensorientierte Zusagen müssen nicht unbedingt über das Unterlassen des als bedenklich erachteten Verhaltens hinausgehen⁵², können dies aber, sofern das Unternehmen es für notwendig erachtet. Als Beispiel kann hier die erst kürzlich angebotene Zusage IBMs gesehen werden, unabhängigen Anbietern von Mainframe-Wartungsdiensten Ersatzteile und technische Informationen rasch und zu wirtschaftlich angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen zur Verfügung zu stellen⁵³. Auch der vollständige Abbruch der Geschäftsbeziehungen zu einem anderen Unternehmen, wie es De Beers an-

50 Rachwol, Diss., S. 64.

51 Rachwol, Diss., S. 65.

52 FK/ Jaeger, Art. 9 Rn. 18; a.A. de Bronett, Vo 1/2003, Art. 9 Rn. 4.

53 Kommission, Mitteilung v. 14.12.2011, IP/11/1539.

bot, fällt hierunter.

Verpflichtungszusagen struktureller Art sind zwar anders als in Art. 7 nicht ausdrücklich in Art. 9 erwähnt. Da aber die Unternehmen freiwillig Zusagen anbieten, steht es zu ihrer Disposition, trotzdem strukturelle Zusagen zu erwägen⁵⁴. Bspw. können sich Unternehmen so zur Veräußerung von Tochtergesellschaften oder Unternehmensteilen verpflichten.

Die sich daran anschließende Zusagenentscheidung der Kommission kann zudem gem. Art. 9 I 2 befristet werden und muss zwingend besagen, dass für ein Tätigwerden der Kommission kein Anlass mehr besteht.

D. Die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes i. R. d. Art. 9

Aus dem eben Gesagten ergeben sich diverse Besonderheiten für Zusagenentscheidungen, wie z. B. der bedeutende Einfluss der Betroffenen auf den Inhalt der Entscheidungen und die geringeren Beweispflichten der Kommission hinsichtlich des Vorliegens eines Wettbewerbsverstoßes. Zu prüfen bleibt mithin, ob Art. 9 selbst und seine Besonderheiten eine Beschränkung des Prüfungsumfanges der Verhältnismäßigkeit tragen können.

I. Wortlaut.

Der Wortlaut des Art. 9 ist für die Beantwortung dieser Frage insoweit unergiebig, als er den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Unterschied zu Art. 7 mit keinem Wort erwähnt. Zwar lässt dies keine Bedenken hinsichtlich der Geltung des Grundsatzes aufkommen, da dieser als allgemeiner Rechtsgrundsatz stets zu beachten ist⁵⁵. Allerdings kann der Norm so auch kein Hinweis auf einen beschränkten Prüfungsumfang entnommen werden.

Hierbei ist aber zu beachten, dass zur Auslegung der Normen auch die Erwägungsgründe herangezogen werden können. In ErwGr 34 S. 3 steht, dass die „Verordnung nicht über das zur Erreichung ihres Ziels einer wirksamen Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft Erforderliche [hinausgeht]“. Mangels Einschränkung kann man hieraus schließen, dass für jeden Tatbestand der VO derselbe Maßstab hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit anzulegen ist. Dies spräche gegen eine beschränkte Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Rahmen des Art. 9.

⁵⁴ Lampert u.a, Praxiskom., Art. 9 Rn. 161.

⁵⁵ Kellerbauer, EuZW 2010, 652, 655; Klees, RiW 2010, 688; le More, EuZW 2007, 722, 724.

II. Historie.

Wie oben beschrieben handelt es sich bei Art. 9 um die Formalisierung einer bereits von der Kommission ausgeübten Praxis, sodass sich hieraus ein Indiz für den Prüfungsumfang ergeben könnte. Allerdings sind die Anforderungen an Verpflichtungszusagen unter der VO 17/62 wenig klar. Als einziger Anhaltspunkt kann eine eher beiläufige Bemerkung des EuGH herangezogen werden. In seinem Zellstoffurteil⁵⁶ erklärte dieser indirekt, dass die Entscheidung der Kommission deswegen nicht rechtswidrig war, da „durch die Übernahme der Verpflichtungen die Klägerinnen lediglich (...) einer Entscheidung zugestimmt (haben), zu deren einseitigen Erlass die Kommission befugt gewesen wäre“. Diese Aussage könnte einerseits bedeuten, dass die Kommissionsentscheidung dann unzulässig gewesen wäre, wenn sie sie nicht hätte einseitig erlassen können. Andererseits könnte sie auch so verstanden werden, dass die Entscheidung auch dann zulässig gewesen wäre, wenn die Kommission sie nicht hätte einseitig verhängen können, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt wären. Insofern ist dieses Indiz unergiebig.

III. Systematik.

1. Vergleich mit der FKVO.

Da die Zusagenpraxis unter der Fusionskontrollverordnung als Vorbild für die Zusagenentscheidung gem. Art. 9 diene, kann ein Vergleich mit ihr fruchtbringend sein.

a) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Rahmen der FKVO.

Gem. Art. 6 II, 8 II FKVO können Unternehmen Abänderungen für ihr Zusammenschlussvorhaben anbieten, um deren wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit herbeizuführen bzw. die Bedenken der Kommission auszuräumen⁵⁷. Diese von den Unternehmen initiierten⁵⁸ Verpflichtungszusagen können verhaltensorientierter oder struktureller Art sein, wobei letzteres bevorzugt wird⁵⁹.

Der Aufbau und die Systematik der VO, die gerade ein abgestuftes Kontrollsystem für Zusammenschlüsse vorsieht, spiegelt die große Bedeutung des

⁵⁶ EuGH, Ahlström Osakeyhtiö u. a./ Kommission, Slg. 1993, I-1575, Rn. 181.

⁵⁷ Schwarze, EuZW 2002, 741, 742.

⁵⁸ LMR/ Emberger/ Peter, Art. 6 FKVO Rn. 21.

⁵⁹ LMR/ Emberger/ Peter, Art. 6 FKVO Rn. 30; Löffler, FKVO, Art. 8 Rn. 9.

Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in diesem Rechtsgebiet wider⁶⁰. Zudem wird im ErwGr 30 darauf hingewiesen, dass die Verpflichtungszusagen u. a. in einem angemessenen Verhältnis zu dem Wettbewerbsproblem stehen müssen. Hieraus ergibt sich, dass die Verhältnismäßigkeit streng zu prüfen ist. Zwar kommt der Kommission wie immer bei Beurteilungen wirtschaftlicher Art ein weiter Ermessensspielraum zu⁶¹. Dies ändert aber nichts daran, dass die Kommission z. B. nicht befugt ist, offensichtlich über das Erforderliche hinausgehende Zusagen entgegen zu nehmen⁶². Sofern Zusagen für die Freistellung des Zusammenschlussvorhabens nicht benötigt werden, darf die Kommission sie auch nicht zur Grundlage ihrer Entscheidung machen. Lediglich im Cementbouw-Urteil des EuG wurde eine Ausnahme dieses strengen Regimes statuiert. Sofern Unternehmen freiwillig und aus autonomen Erwägungen heraus Zusagen anbieten, die über das Erforderliche hinaus gehen, bspw. um bei der Veräußerung eines Unternehmensteils einen höheren Gewinn zu erzielen, darf die Kommission diese Zusagen berücksichtigen⁶³. Entscheidend ist insoweit, dass die Unternehmen nicht willkürlich von der Kommission zur Abgabe derartiger Zusagen gezwungen wurden⁶⁴. In diesem Sinne ist die Freiwilligkeit doppelt zu prüfen, einmal hinsichtlich des „Ob“ einer Zusage und zum anderen hinsichtlich des „Wie“. Übertragen auf die Zusageentscheidungen der VO 1/2003 ergäbe sich somit ein unbeschränkter Prüfumfang der Verhältnismäßigkeit, wobei Zusagen, die aufgrund autonomer Erwägungen über das erforderliche Maß hinausgehen, nichtsdestotrotz zulässig sind.

b) Vergleichbarkeit der beiden Instrumente.

Zu prüfen bleibt noch, ob dieser Maßstab auf Entscheidungen nach Art. 9 übertragen werden kann, d. h. ob die beiden Instrumente vergleichbar sind. Inhaltlich gleichen sich die Art. 8 II FKVO und Art. 9 grundsätzlich, was für eine gewisse Parallelität spricht⁶⁵. Auch hat die Kommission in beiden Fällen die Möglichkeit, die Einhaltung der Zusagen abzusichern, i. R. d. Art.

60 Haarmann, Diss., S. 187, Schwarze, EuZW 2002, 741, 741 u. 743.

61 Schwarze, EuZW 2002, 741, 743; EuGH „Kali & Salz“, Slg. 1998, I-1375, Rn. 223, 224; EuGH „Tetra Leval“, Slg. 2005, I-987, Rn. 38-40.

62 IM/ Immenga/ Körber, Art. 8 Rn. 115 FKVO.

63 EuG, Cementbouw, Slg. 2006, II-319 Rn. 308.

64 EuG, Cementbouw, Slg. 2006, II-319 Rn. 319.

65 LMR/ Anweiler, Art. 9 Rn. 2.

9 durch die Verbindlicherklärung der Zusagen und i. R. d. Art. 6 II, 8 II FKVO, indem sie die Zusagen zur Grundlage für Bedingungen und Auflagen ihrer Freigabeentscheidungen macht⁶⁶.

Ein wesentlicher Unterschied besteht allerdings in der Art der Entscheidungen. Während es sich bei Entscheidungen gem. Art. 6 II, 8 II FKVO um rechtlich gebundene handelt⁶⁷, kommt der Kommission bei Entscheidungen nach Art. 9 ein weites Ermessen hinsichtlich des Erlasses zu⁶⁸. Mit anderen Worten soll der Kommission i. R. d. Art. 9 ein größerer Freiraum zukommen als i. R. d. FKVO. Konsequenz wäre hiernach, i. R. d. Art. 9 geringere Anforderungen an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu stellen.

Allerdings besteht eine Funktion des Grundsatzes darin, das Ermessen der Hoheitsträger zu leiten. Je weiter somit der Ermessensspielraum ist, desto stärker muss die Kontrolle zum Machtausgleich und zur Vermeidung von Machtmissbrauch sein⁶⁹. Aus diesem Grund steht der der Kommission eingeräumte Freiraum hohen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit nicht unbedingt entgegen. Mithin könnte man also von ähnlich strengen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit und deren Prüfumfang wie bei der FKVO für Zusageentscheidungen nach Art. 9 ausgehen, wobei dem Ermessen bspw. durch ein weiteres Absenken der Kontrolldichte auf offensichtliche und schwerwiegende Fehler Rechnung getragen werden könnte.

2. Vergleich mit Art. 7.

Sowohl Abstellungsverfügungen nach Art. 7 als auch Zusageentscheidungen nach Art. 9 befinden sich im dritten Kapitel der VO 1/2003. Wegen dieser Systematik bietet sich somit ein Vergleich der beiden Instrumente an.

a) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Rahmen des Art. 7.

Im Rahmen des Art. 7 kann die Kommission feststellen, dass eine Zuwiderhandlung gegen europäisches Wettbewerbsrecht vorliegt, Art. 7 I 1, und verhaltenorientierte oder strukturelle Abhilfemaßnahmen vorschreiben, sofern diese verhältnismäßig und zur Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands erforderlich sind, Art. 7 I 2. Aus der in Art. 7 I 3 angeordneten grund-

⁶⁶ LMR/ Anweiler, Art. 9 Rn. 2; Schwarze, EuZW 2002, 741.

⁶⁷ Haarmann, Diss., S. 187; LMR/ Emberger/ Peter, Art. 6 FKVO Rn. 20; Schwarze, EuZW 2002, 741, 743.

⁶⁸ Klees, KartellVR, § 6 Rn. 120.

⁶⁹ Schwarze, EuZW 2002, 741, 743.

sätzlichen Subsidiarität struktureller Maßnahmen und der dort en détail vorgeschriebenen Voraussetzungen für deren Zulässigkeit ergibt sich bereits ein strenger Maßstab der Verhältnismäßigkeit. Auch der ErwGr 12 stützt diese Annahme, der in Satz 3 zusätzlich die engen Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit von Entflechtungsmaßnahmen statuiert. Insofern muss im Rahmen des Art. 7 stets geprüft werden, ob die beabsichtigte Abhilfemaßnahme zur Wiederherstellung eines wettbewerbskonformen Zustands geeignet, erforderlich und angemessen ist⁷⁰, ohne dass der Prüfungsumfang eingeschränkt würde.

Die Strenge der Verhältnismäßigkeitsprüfung erschöpft sich allerdings nicht hierin. Sollten mehrere Möglichkeiten zur Abhilfe, d. h. zur Herstellung eines wettbewerbskonformen Zustands existieren, so ist die Kommission nicht befugt zu entscheiden, welche vorgeschrieben wird⁷¹. Dies steht vielmehr zur Disposition der Unternehmen. Eine Entscheidung nach Art. 7 unterliegt mithin einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung.

b) Vergleichbarkeit der beiden Instrumente.

Fraglich ist aber, ob beide Instrumente überhaupt vergleichbar sind. Systematisch gesehen stehen beide Entscheidungsarten im dritten Kapitel der VO, was darauf schließen lässt, dass es sich lediglich um unterschiedliche Entscheidungsarten handelt, die aber nicht in divergierenden Verfahren ergehen⁷². Insofern sind sie bereits vergleichbar. Zudem hat der EuGH entschieden, dass beide Entscheidungsarten qualitativ gleichzusetzen sind⁷³.

Ein wesentlicher Unterschied könnte aber im jeweiligen Ziel der Entscheidungen zu sehen sein. Eine Entscheidung gem. Art. 7 dient primär der Abstellung einer Zuwiderhandlung gegen das europäische Wettbewerbsrecht, währenddessen Art. 9 ein flexibles, verfahrensökonomisches Instrument zur Ausräumung von wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Kommission in der Zukunft darstellt⁷⁴. Zwar soll Art. 9 somit auch ressourcenschonend wirken. Darin allein erschöpft sich aber nicht sein Ziel. Beide Entscheidungsarten

⁷⁰ Grabnitz/ Hilf/ Dalheimer, Art. 7 Rn. 9; LMR/ Anweiler, Art. 7 Rn. 61; Mäger/ Johanns, 11. Kap. Rn. 37; EuGH, Rs. Magill, Slg. 1995, I-743.

⁷¹ Grabnitz/ Hilf/ Dalheimer, Art. 7 Rn. 10, EuGH, Rs. Commercial Solvents, Slg. 1974, 223 Rn. 45.

⁷² Klees, EWS 2011, 14, 15; ders., WuW 2009, 374, 377; vgl. auch ErwGr 13 sowie C.II.

⁷³ EuGH, Ahlström Osakeyhtiö u. a./ Kommission, Slg. 1993, I-1575 Rn. 181.

⁷⁴ Kellerbauer, EuZW 2010, 652, 656; Kokott, Schlussanträge Alrosa, Rs. C-441/07, Rn. 50.

sollen vielmehr der Herstellung des wettbewerbskonformen Zustands dienen⁷⁵, wobei lediglich die Sicherheit des Vorliegens einer Zuwiderhandlung divergiert⁷⁶. Diese Differenz kann nicht als grundlegend⁷⁷, sondern nur als graduell bezeichnet werden⁷⁸. Zudem würden unterschiedliche Anforderungen an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dazu führen, dass ein kooperationsbereites härter „bestraft“ werden könnte als ein unwilliges Unternehmen. Mit anderen Worten wären bei bloßen wettbewerblichen Bedenken höhere Anforderungen an die Erforderlichkeit zu stellen als bei einem nachgewiesenen Verstoß⁷⁹, was widersprüchlich wäre.

Ein Vergleich der beiden Instrumente ist somit zulässig und spricht mithin für strengere Anforderungen an die Prüfung der Verhältnismäßigkeit.

c) Wechsel zwischen den Verfahren.

Des Weiteren ist zu beachten, dass die Kommission im Rahmen eines Kartellverfahrens dem Opportunitätsprinzip unterliegt. Aus diesem Grund steht es auch in ihrem Ermessen, zwischen einem Verfahren, das auf eine Entscheidung nach Art. 7 abzielt, und einem nach Art. 9 zu wechseln⁸⁰. Würde man in diesem Zusammenhang von unterschiedlichen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit ausgehen, könnte sich die Kommission durch den Wechsel der Entscheidungsgrundlage einer ihr ggf. lästigen umfassenderen Verhältnismäßigkeitsprüfung entziehen⁸¹. Dieses Ergebnis wäre bereits systematisch widersprüchlich⁸² und würde das Risiko des Missbrauchs bergen. Auch dieser Grund spricht somit dafür, denselben Verhältnismäßigkeitsmaßstab im Rahmen der Artt. 7 und 9 zu verwenden.

IV. Telos der Norm.

Die Betrachtung des Sinns und Zwecks des Art. 9 könnte hinsichtlich der Frage nach dem Prüfungsumfang fruchtbringend sein. Nach allgemeiner Meinung steht Art. 9 im Dienste der Verfahrensökonomie. Mit diesem Mittel soll die Kommission Kartellverfahren rasch, effektiv und unter Vermeidung

75 Rachwol, Diss., S. 31; EuG, Alrosa, Rn. 95.

76 Vgl. Rachwol, Diss., S. 28.

77 So aber Kokott, Schlussanträge Alrosa, Rs. C-441/07, Rn. 49.

78 Klees, WuW 2009, 374, 380; ders., EWS 2010, 14, 21.

79 Wolter, Diss., S. 110.

80 Kahlenberg/ Neuhaus, EuZW 2005, 620, 621; Klees, KartellVR, § 6 Rn. 120.

81 Klees, RiW 2010, 688, 692; Wolter, Diss., S. 113.

82 EuG, Alrosa, Rn. 101.

eines hohen administrativen Aufwands beenden können, sofern sich Unternehmen kooperativ verhalten⁸³.

Dieser Gedanke könnte dafür sprechen, die Kommission von „umfangreichen und langwierigen Ermittlungen oder Bewertungen“⁸⁴ freizustellen. Daraus folgt, so Kokott und der EuGH, dass sich die Kommission nicht auf Zusagen einlassen muss, deren Geeignetheit nicht offensichtlich ist. Des Weiteren ist sie nicht dazu verpflichtet, außer im Rahmen der ihr vorgelegten Zusagen oder bekannten Alternativen mildere Mittel zu suchen⁸⁵, sofern diese offensichtlich zur Ausräumung der wettbewerblichen Bedenken geeignet sind. Zugunsten der Kommission könnte insofern eine Vermutung der Erforderlichkeit der Maßnahme bestehen, als das Unternehmen diese freiwillig vorschlägt⁸⁶. Würde man eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangen, könnte man zudem Gefahr laufen, die durch Art. 9 bezweckten Effizienzvorteile wieder zu verlieren⁸⁷.

Natürlich dürfen die Anforderungen an die Entscheidung nach Art. 9 nicht deren Zweck konterkarieren. Fraglich erscheint allerdings, ob der Aspekt der Verfahrensökonomie nicht überbewertet wird. Der Verfahrensökonomie wird bereits dadurch Rechnung getragen, dass die Kommission eine Zuwiderhandlung gegen das europäische Wettbewerbsrecht weder vollständig ermitteln noch förmlich beweisen muss. Ein prima-facie-Nachweis genügt⁸⁸. Insofern wird die Arbeit der Kommission schon wesentlich erleichtert.

Der Aspekt der raschen Verfahrensbeendigung führt außerdem nicht zwingend zu einer derart starken Beschränkung des Prüfumfangs. Es ist nämlich nicht so, dass der Kommission neben den Entscheidungen nach Art. 7, 9 und 10 keine Möglichkeiten zur Verfügung stünden⁸⁹. Sie könnte z. B. nach Erhalt einer potentiell zu weitgehenden Verpflichtungszusage das Verfahren formlos einstellen. Hierdurch könnte sie zwar nicht mehr unmittelbar mit Sanktionen gegen eine Nichteinhaltung der Zusagen vorgehen, sondern müsste wie unter der VO 17/62 das Verfahren erneut eröffnen. Sie würde so

83 Arbeitspapier der Kommission, Rn. 94; Busse/ Leopold, WuW 2005, 148, 150; Kokott, Schlussanträge Alrosa, Rs. C-441/07, Rn. 60; LMR/ Anweiler, Art. 9 Rn. 1; Schwarze/ Weitbrecht, Grundzüge, § 6 Rn. 69; Wiedemann/ Dieckmann, § 45 Rn. 11.

84 Kokott, Schlussanträge Alrosa, Rs. C-441/07, Rn. 58.

85 Frenz, Hb EuR, Rn. 1548; Kokott, Schlussanträge Alrosa, Rs. C-441/07, Rn. 56.

86 Kokott, Schlussanträge Alrosa, Rs. C-441/07, Rn. 55.

87 Klees, RiW 2010, 688, 691.

88 Frenz/ Ehlenz, EuR, 2010, 490, 503; Klees, WuW 2009, 374, 378.

89 Klees, EWS 2011, 14, 19; ders., RiW 2010, 688, 693.

aber ebenfalls schneller und weniger aufwändig zu einem Verfahrensabschluss kommen. Stellt man sich die Beendigungsmöglichkeiten nun als ein System mit unterschiedlich hohen Anforderungen vor, ergäbe sich, dass bei formlosen Einstellungen geringe, bei Zusagenentscheidungen mittlere und bei Abstellungsverfügungen hohe Anforderungen zu erfüllen wären.

Letztlich ist aber auch der doppelte Rückschluss von der Abgabe der Zusage auf die Freiwilligkeit, von dieser zur Erforderlichkeit der Maßnahme kritisch zu betrachten und vernachlässigt den hoheitlichen Charakter der Zusagenentscheidung⁹⁰. Insbesondere die Freiwilligkeit kann nicht in jedem Fall bedingungslos unterstellt werden, wie gleich gezeigt wird.

Insgesamt kann man aus dem Telos der Norm somit nicht unbedingt auf einen eingeschränkten Prüfumfang der Verhältnismäßigkeit schließen.

V. weitere Aspekte.

1. Freiwilligkeit.

Das Merkmal der Freiwilligkeit in Bezug auf die Abgabe von Verpflichtungszusagen könnte Aufschluss über den anzulegenden Maßstab der Verhältnismäßigkeit im Rahmen des Art. 9 geben.

Rechtlich gesehen können Unternehmen nicht zum Angebot von Verpflichtungszusagen gezwungen werden⁹¹. Nach der Konzeption des Art. 9 ist es vielmehr ihre eigene Entscheidung, ob und mit welchem Inhalt sie Zusagen abgeben, um die wettbewerblichen Bedenken der Kommission auszuräumen. Zusagen, die die Unternehmen nicht tragen können oder die ihre Interessen nicht angemessen wahren, müssen mithin nicht angeboten werden. Mit anderen Worten wirkt die Freiwilligkeit als „Garantie für die Wahrung der eigenen Interessen“⁹². Zwar kann es sein, dass die angebotenen Zusagen über das im Rahmen von Art. 7 Zulässige hinausgehen. Allerdings kann man bei freiwilligen Angeboten davon ausgehen, dass die Unternehmen sich dieser Gefahr bewusst sind. Auch darf nicht vergessen werden, dass Unternehmen durch eine Zusagenentscheidung diverse Vorteile erhalten wie z. B. eine raschere Verfahrensbeendigung und damit geringere Kosten, die diese Gefahr in gewissem Maße ausgleichen⁹³. Wenn Unternehmen somit die Ent-

90 Klees, EWS 2011, 14, 18.

91 Lange/ Bunte/ Sura, Art. 9 Rn. 9; de Bronett, VO 1/2003, Art. 9 Rn. 5.

92 Kokott, Schlussanträge Alrosa, Rs. C-441/07, Rn. 55.

93 Kokott, Schlussanträge Alrosa, Rs. C-441/07, Rn. 60.

scheidung inhaltlich diktieren, erscheint es rechtsmissbräuchlich, wenn sich diese zugleich unbeschränkt auf deren Unverhältnismäßigkeit berufen könnten⁹⁴. Dieser freiwillige, bestimmende Einfluss der Unternehmer, der auch als Verwaltungsermächtigung für die Kommission gewertet wird⁹⁵, könnte es so rechtfertigen, den Verhältnismäßigkeitsmaßstab zu senken.

Fraglich erscheint allerdings, ob der Grundsatz des „volenti non fit iniuria“ hier uneingeschränkt anwendbar ist. Zunächst ist festzuhalten, dass die Kommission trotz Mitwirkung des Unternehmens als Urheber der Zusageentscheidung anzusehen ist⁹⁶, da erst durch ihre Entscheidungen Rechtswirkungen erzeugt werden. Allein deswegen kann sie nicht von der Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes weitgehend freigesprochen werden.

Des Weiteren ist die Freiwilligkeit als Garant zur Wahrung der Unternehmensinteressen zweifelhaft. Zum einen können Unternehmen darüber irren, was zur Ausräumung der Bedenken angemessen ist⁹⁷, oder übereilt zu weitgehende Zusagen anbieten⁹⁸. Zum anderen befinden sich Kommission und Unternehmen nicht auf einer Ebene der Gleichordnung⁹⁹, die eine gewisse Waffengleichheit indizieren würde. Unternehmen stehen vielmehr einer nicht unbeachtlichen Verhandlungsmacht gegenüber¹⁰⁰.

Wie oben dargestellt, steht es im Ermessen der Kommission jederzeit von einem Verfahren nach Art. 9 auf eines nach Art. 7 und umgekehrt umzuschwenken. Daraus ergibt sich auch, dass die Kommission dies jederzeit in Aussicht stellen kann, um das Unternehmen zu einer Nachbesserung über das zur Ausräumung der Bedenken Erforderliche hinaus zu bewegen¹⁰¹. So forderte die Kommission bspw. Alrosa und De Beers auf, Verpflichtungszusagen mit dem Inhalt der vollständigen Aufgabe der Geschäftsverbindung ab 2009 abzugeben¹⁰², anderenfalls würde sie das Verfahren nach Art. 7 weiterführen. Für Unternehmen wäre ein Verfahren nach Art. 7 aber mit erhebli-

94 Busse/ Leopold, WuW 2005, 148, 153.

95 Lange/ Bunte/ Sura, Art. 9 Rn. 9; Schmidt, BB 2003, 1237, 1242.

96 FK/ Jaeger, Art. 9 Rn. 19; Frenz/ Ehlenz, EuR 2010, 490, 503; Klees, WuW 2009, 374, 379.

97 Frenz/ Ehlenz, EuR 2010, 490, 503.

98 MüKo/ Bauer, Art. 9 Rn. 20.

99 Klees, EWS 2011, 14, 18.

100 Brenner, WRP 2010, 1333, 1336; Kahlenberg/ Neuhaus, EuZW 2005, 620, 623; Klees, WuW 2009, 374, 379.

101 Lange/ Bunte/ Sura (10. Aufl.), Art. 9 Rn. 8.

102 EuG, Alrosa, Rn. 21.

chen Belastungen verbunden. Auf das Unternehmen käme sowohl ein langes und kostenintensives Verfahren zu¹⁰³, dessen Auswirkungen schädlich für seinen Ruf sein können¹⁰⁴, als auch das Risiko, ein Bußgeld verhängt zu bekommen, sowie die erhebliche Vereinfachung von follow-on-Klagen seitens Dritter im Falle des Erlasses einer Untersagungsentscheidung¹⁰⁵. Da sie durch Zusagenentscheidungen diesen Nachteilen entgehen können, werden Unternehmen eher geneigt sein, sich den Forderungen der Kommission zu beugen, selbst wenn sie ihr Verhalten für rechtmäßig erachten, aber diese Rechtmäßigkeit schlichtweg nicht beweisen können¹⁰⁶.

Ein weiteres Mittel der Kommission, um ein Unternehmen zur Abgabe einer Zusage zu bewegen, besteht in der Androhung der Verhängung eines Bußgeldes. Dieser Zusammenhang zwischen Zusagen und Bußgeldern ist zwar weithin bekannt¹⁰⁷, aber nicht unproblematisch¹⁰⁸. Der ErwGr 13 stellt nämlich klar, dass Zusagenentscheidungen unzulässig sind, sofern die Kommission die Verhängung von Bußgeldern anstrebt. In diesem Sinne könnte die Androhung bereits ein unzulässiges, missbräuchliches Mittel sein.

Andererseits kann der ErwGr 13 auch so verstanden werden, dass eine Verfahrensbeendigung mittels Zusagenentscheidung nur dann ausgeschlossen ist, wenn ein Bußgeld wie bei sog. „hardcore“-Kartellen angezeigt ist¹⁰⁹. Außerdem würde ein weites Verständnis des ErwGr 13 die Kommission um ein effektives Verhandlungsmittel bringen und somit Verfahren nach Art. 9 unattraktiver machen¹¹⁰. Somit ist die Drohung mit einem Bußgeld zwar zulässig, vermag aber dennoch die Freiwilligkeit der betroffenen Unternehmen bei der Abgabe einer Zusage nicht unerheblich zu beeinflussen.

Aus diesen Gründen erscheint das unbedingte Abstellen auf die Freiwilligkeit einer Verpflichtungszusage wenig tragfähig, um eine Beschränkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in jedem Fall zu rechtfertigen. Die Kommission würde so in die Lage versetzt, Zusagen zu erzwingen, deren Inhalt später nicht ausreichend gerichtlich kontrollierbar wäre. Es spricht mithin mehr für eine umfassende Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

103 Kahlenberg/ Neuhaus, EuZW 2005, 620, 623; Wils, Settlements, S. 10.

104 Schweitzer, EUI Working Papers, S. 13.

105 Rachwol, Diss., S. 67.

106 Frenz/ Ehlenz, EuR 2010, 490, 503.

107 Flaiger, „Eon entgeht Milliardenstrafe“; Klingler, „IBM entgeht Milliardenstrafe“.

108 Klees, WuW 2009, 374, 379.

109 Kahlenberg/ Neuhaus, EuZW 2005, 620, 621; LMR/ Anweiler, Art. 9 Rn. 9.

110 Vgl. Lange/ Bunte/ Sura, Art. 9 Rn. 8

2. Machtmissbrauch.

Ein weiterer zu erörternder Aspekt ist der des Machtmissbrauchs. Bereits mit einer umfassenden Verhältnismäßigkeitsprüfung steht der Kommission ein Handlungsspielraum zu, der selbst von der Präsidentschaft als zu weit empfunden wird¹¹¹. Die Einschränkung des Prüfungsumfangs würde diesen Spielraum noch erweitern. Zudem würde zugleich der Umfang der gerichtlichen Kontrolle reduziert. Da die strenge gerichtliche Kontrolle aber als Ausgleich für die weitgehenden Befugnisse der Kommission gedacht ist, wäre diese Entwicklung bedenklich. Man würde faktisch das System der checks and balances im Kartellverfahren aushebeln¹¹². Ohne eine umfassende Kontrolle wäre es der Kommission somit leicht, ihre Macht zu missbrauchen. Bspw. wird im Rahmen der eingeschränkten Verhältnismäßigkeitsprüfung die Erforderlichkeit nur dann geprüft, wenn mehr als ein Zusageangebot eingereicht worden ist. Hier könnte die Kommission z. B. auf die Unternehmen unter Androhung eines Wechsels zu einem Verfahren nach Art. 7 einwirken, sodass diese nur ein einziges Angebot abgeben¹¹³. So könnte sich die Kommission zu Lasten der Unternehmen die zeitraubende Prüfung der Erforderlichkeit sparen und die Angriffsfläche für Klagen Dritter minimieren.

Durch die Möglichkeit des Erzwingens bestimmter Zusagen läuft das Instrument des Art. 9 auch Gefahr, für eine fortlaufende Verhaltenskontrolle missbraucht zu werden. Hierdurch wäre die Kommission in der Lage, die Ordnung der Märkte zu steuern und den freien Wettbewerb zumindest zu beeinträchtigen¹¹⁴.

Ein weiterer kritischer Punkt stellt die Funktion der Kommission als Organ der Rechtsetzung und als Wettbewerbsbehörde dar. Mit der Annahme zu weitgehender Verpflichtungszusagen könnte die Kommission nämlich Marktstrukturen verändern und so politische Entscheidungen durchsetzen, die im Rahmen des Rechtsetzungsverfahrens nicht angenommen wurden¹¹⁵. In diesem Sinne könnte die Kommission „die Flucht in die Formlosigkeit

111 Zwischenbericht der Präsidentschaft, Dok. 8383/1/02 v. 27.5.2002, S. 27 Fn. 35.

112 Klees, EWS 2011, 14, 19; ders., RiW 2010, 688, 695.

113 Klees, RiW 2010, 688, 692.

114 Geiger, EuZW 2000, 165, 168; Klees, KartellVR, § 6 Rn. 110; Mestmäcker, EuZW 1999, 523, 527.

115 Ehrlicke, WuW 2008, 411; Klees, RiW 2010, 688, 694; Schweitzer, EUI Working Paper, S. 11; Wils, Settlements, S. 9.

antreten und auf dieser Grundlage Ergebnisse anstreben, die sie anderweitig nicht erreichen könnte¹¹⁶.

Um einen solchen Machtmissbrauch zu verhindern, bietet sich eine strenge gerichtliche Kontrolle in Verbindung mit einem umfassenden Prüfungsmaßstab der Verhältnismäßigkeit förmlich an.

3. Konsequenzen für die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Die wesentliche Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes liegt darin, den Hoheitsträger zur Optimierung seines Handelns zu bewegen. Da dieses Ziel über eine bloße Geeignetheitsprüfung nur schwer erreicht werden kann¹¹⁷, bedarf es grundsätzlich einer mehrstufigen Prüfung. In diesem Rahmen liegt der Schwerpunkt der Prüfung wiederum beim Erforderlichkeitskriterium¹¹⁸. Sollte man nun aber im Rahmen der Erforderlichkeit den Prüfungsumfang derart absenken, dass die Kommission faktisch die in Frage kommenden Maßnahmen auf eins reduzieren und damit die Prüfung entbehrlich machen kann, kann das Erforderlichkeitskriterium seinem Anspruch nicht mehr gerecht werden. Mit anderen Worten würde die Verhältnismäßigkeitsprüfung faktisch auf eine Stufe reduziert und ihrer Effektivität beraubt¹¹⁹. Um den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Optimierungsgebot nicht derart leerlaufen zu lassen, empfiehlt sich die Beibehaltung eines strengeren Verhältnismäßigkeitsmaßstabs.

4. Einschränkung der Kontrolldichte.

Ausgangspunkt für die eingeschränkte Kontrolldichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist der weite Ermessensspielraum der Kommission, der auf einer komplexen, wirtschaftlichen Beurteilung beruht. Im Rahmen von Zusageentscheidungen ist eine solche Beurteilung, auch nach dem Verständnis der Kommission von diesem Instrument, nicht immer notwendig¹²⁰. Aus diesem Grund verbietet sich eine pauschale Reduktion der Kontrolldichte, eher sind deren Voraussetzungen in jedem Einzelfall separat zu prüfen¹²¹.

116 Klees, WuW 2009, 374, 377.

117 Klees, RiW 2010, 688, 692.

118 Klees, RiW 2010, 688, 692; Koch, Diss., S. 209.

119 Kischel, EuR 2000, 380, 398; Klees, RiW 2010, 688, 692.

120 Klees, WuW 2009, 374, 380.

121 Klees, EWS 2011, 14, 20, ders., RiW 2010, 688, 693.

E. Ergebnis der Untersuchung

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass eine Begrenzung des Prüfungsumfangs des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen von Zusagenentscheidungen gem. Art. 9 nicht zu überzeugen vermag. Bereits im Wortlaut des Art. 9 lässt sich hierfür kein Anhaltspunkt finden. Mit Blick auf den ErwGr 34 S. 3 scheint eine umfassende Prüfung zudem plausibler.

Schwerer als das wiegen die systematischen Widersprüche, die eine Beschränkung des Prüfungsumfangs nach sich zögen. So ist es bspw. wenig verständlich, warum Entscheidungen nach Art. 7 einer strengeren Prüfung unterliegen sollten als solche nach Art. 9, obwohl beide in gleichen Verfahren ergehen. Zudem könnte sich die Kommission wegen der in ihrem Ermessen stehenden Wechselmöglichkeiten zwischen den Rechtsgrundlagen aussuchen, welchem Prüfungsmaßstab sie unterliegen möchte. Gründe dafür, dass dies möglich sein sollte, sind aber nicht ersichtlich.

Des Weiteren kann ein reduzierter Umfang auch nicht durch den Sinn und Zweck des Art. 9 gerechtfertigt werden. Dem Aspekt der Verfahrensökonomie wird vielmehr bereits durch verringerte Anforderungen an den Nachweis einer Verletzung des europäischen Wettbewerbsrechts ausreichend Rechnung getragen.

Durch einen eingeschränkten Umfang des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes würde man zudem die im Rahmen der Zusagenentscheidungen bereits großen Handlungsmöglichkeiten der Kommission in nicht gerechtfertigter Weise ausweiten. Dies würde, da kein angemessener Ausgleich in Form einer (gerichtlichen) Kontrolle bestünde, zu einer Verschiebung der Machtverhältnisse unter den Organen führen und so deren institutionelles Gleichgewicht stören. Vor allem aber wäre dem Missbrauch des Instruments der Zusagenentscheidungen durch die Kommission Tür und Tor geöffnet.

Letztlich könnte der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit beschränktem Prüfungsumfang nicht mehr seinen Funktionen der Ermessensleitung bzw. der Handlungsoptimierung gerecht werden. Da somit weder Art. 9 selbst noch seine Besonderheiten eine Beschränkung des Prüfungsumfangs zu rechtfertigen vermögen, ist sie im Rahmen von Zusagenentscheidungen abzulehnen.

Eine Begrenzung der Kontrolldichte auf offensichtliche Fehler sollte zudem nur dann, wenn die Kommission nachweisbar eine komplexe wirtschaftliche Beurteilung vornahm, nicht jedoch pauschal vorgenommen werden.

Erklärung über die selbstständige Abfassung der Seminararbeit

Hiermit versichere ich, Silvia Christopher, Matr.-Nr.: 31704, die vorgelegte Hausarbeit zum Thema: *Die Alrosa-Entscheidung des EuGH und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* im Rahmen des Seminars zum *Europäischen Wirtschaftsrecht* bei Professor Brömmelmeyer (WS 2011/12) selbstständig verfasst und ausschließlich die angegebenen Quellen und Hilfsmittel verwendet sowie aus diesen entnommene Gedanken und Formulierungen in angemessener Form gekennzeichnet zu haben. Des Weiteren versichere ich, diese Arbeit weder in dieser noch in modifizierter Form bereits in einer anderen Lehrveranstaltung zum Erwerb eines Leistungsnachweises eingereicht zu haben.

Mir ist bekannt, dass eine Arbeit, die nachweislich ein Plagiat gemäß der im § 14 Abs. 2 Studien- und Prüfungsordnung der Juristischen Fakultät gegebenen Definition darstellt, als schwerer Verstoß gegen die Ordnung gewertet und kein Leistungsnachweis für die Arbeit bzw. über die Teilnahme an der betreffenden Lehrveranstaltung erteilt wird.

Frankfurt (Oder), _____