Bundeskartellamt

Andreas Mundt

Präsident des Bundeskartellamtes

Alternative Instrumente der Kartellbehörden

44. Innsbrucker Symposium des FIW

10. März 2011 in Innsbruck

Es gilt das gesprochene Wort!

Offene Märkte | Fairer Wettbewerb

Verfahren ohne Sanktionen – Sanktionen ohne Verfahren?

Alternative Instrumente der Kartellbehörden[1]

I. Einleitung

Das Thema in diesem Jahr *„Sanktionen im Kartellrecht“* ist en vogue. Das FIW hat sein Bonner Symposium im letzten Jahr dem Bußgeldverfahren gewidmet. Wir selbst haben dieses Thema für unsere diesjährige Internationale Kartellkonferenz gewählt.

Im Vordergrund der öffentlichen Aufmerksamkeit stehen die Bußgeldentscheidungen der Kartellbehörden. Ich möchte heute aber in eine andere Richtung denken. Traditionell gibt es zwei Typen des Verwaltungshandelns. Hier die klassische Kartellrechtsdurchsetzung der Untersagungs- und Bußgeldentscheidung. Dort das andere Ende der Skala wie sie z.B. in der Dissertation „Die Praxis der informellen Verfahren beim Bundeskartellamt“ beschrieben wird, die unser neuer Verteidigungsminister1986 verfasst hat. [2] Mir geht es heute um die „neue Mitte“ zwischen diesen Polen.

Damit meine ich drei sehr unterschiedliche Formen alternativer Verfahren bei den Kartellbehörden: (1) die einvernehmliche Verfahrensbeendigung (neudeutsch Settlement), (2) die Verpflichtungszusage und (3) die seit 2005 bestehende Möglichkeit, eine Sektoruntersuchung durchzuführen.

In der Praxis haben alle drei Verfahren in den letzten Jahren stark an Bedeutung gewonnen.

Ich will daher den Versuch einer Einordnung unternehmen. Handelt es sich bei diesen Instrumenten um *„Verfahren ohne Sanktionen bzw. Sanktionen ohne Verfahren?“*, so das Thema meines heutigen Vortrages. Ich habe dabei bewusst ein kräftiges Fragezeichen hinzugefügt. Während Verfahren ohne Sanktionen ja noch

---

[1] Vortrag auf dem 44. Innsbrucker Symposium des FIW 10. März 2011. Die Vortragsform wurde beibehalten.

[2] Karl Ernst Thomas de Maizière, Die Praxis der informellen Verfahren beim Bundeskartellamt, erschienen im Selbstverlag 1986.

denkbar erscheinen, sollten Sanktionen ohne Verfahren in einem Rechtsstaat nicht vorkommen.

Dennoch scheint mir manche Kritik an Settlemententscheidungen, Entscheidungen über Verpflichtungszusagen oder Sektoruntersuchungsberichten in diese Richtung zu deuten. Damit nehme ich eine Debatte auf, die sich in Teilen bereits bei der Einführung unseres Kronzeugenprogrammes im Jahr 2000 entfaltet hat. In der Sache geht es um Entformalisierung und Vergleichslösungen in kartellamtlichen Verfahren.

II. Entformalisierung des Kartellverfahrens?

Die Diskussion über die Entformalisierung des Kartellverfahrens kommt vor allem aus der strafrechtlichen Ecke. So gab es ein heftiges Für oder Wider hinsichtlich einer gesetzlichen Normierung des „Deals" im Strafverfahren.[3] Die gleichen Argumente werden nun in die Diskussion über die Settlementpraxis eingebracht. Die Debatte wird unter Schlagwörtern geführt. Von *„Entformalisierung des Rechts"* oder *„Recht ohne Regeln"*[4] ist da die Rede. Auf dem Bonner Kolloquium des FIW hat der frühere Verfassungsrichter *Hassemer* von einer solchen *„Entformalisierung"* gesprochen.

Gemeint ist offenbar, dass sich staatliches Handeln außerhalb des Korsetts formeller Verfahrensregeln vollzieht. Oder, anders gewendet, dass unser Handeln einer gesetzlichen Rückkopplung entbehrt.

Karsten Schmidt stellte einmal zutreffend fest, dass *„Kartellrecht als praktizierte Wettbewerbspolitik von seiner Verfahrensordnung nicht unabhängig sein kann"*.[5] Das bedeutet, das wettbewerbsrechtliche Handeln muss sich in den Bahnen der vorgegebenen Verfahrensordnung vollziehen. Dem stimme ich zu.

Ich halte es aber für richtig und wichtig, dass auch eine Verwaltungsbehörde mit so weitreichenden Eingriffsbefugnissen, wie wir sie haben, flexibel handeln kann.

---

[3] Vgl. beispielhaft Matthias Jahn/ Martin Müller, Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren – Legitimation und Reglementierung der Absprachenpraxis, NJW 2009, S. 2625.
[4] Amir Michaelsen/ Uwe Murmann, Recht ohne Regeln? – Die Entformalisierung des Strafrechts, ZIS 2010, S. 777.
[5] Schmidt, BB 2003, S. 1237.

Im Planungs-, Umwelt- und Regulierungsrecht wird kooperatives und informelles Verwaltungshandeln schon seit langem praktiziert. Selbstverständlich werden dabei die Grundsätze eines fairen und rechtsstaatlichen Verfahrens gewahrt. Flexibles Verwaltungshandeln ist nicht gleichbedeutend mit einer Beeinträchtigung von Verfahrensrechten. Im Gegenteil: Mitunter muss eine Behörde flexibel reagieren können, um nicht das Recht auf ein zügiges Verfahren zu beeinträchtigen.

Steigende Fallzahlen, die Knappheit personeller und finanzieller Ressourcen und vor allem die steigende Komplexität der Rechtsanwendung machen im Kartellrecht alternative Wege der Verfahrensbeendigung notwendig. Mit der Einführung von Verpflichtungszusagen nach § 32b GWB hat der Gesetzgeber insofern ein Zeichen gesetzt.[6] Mit der Möglichkeit von Settlements kommen wir – bei allen Unterschieden der Verfahren – zu einer vergleichbar flexiblen Art der Verfahrensbeendigung.

Bei beiden Verfahren einigen wir uns auf die eine oder andere Weise mit Unternehmen und Betroffenen. Zu einer Einigung gehören bekanntlich immer mindestens zwei Parteien. Und oft sind es die Unternehmen, die Interesse an der Möglichkeit von Verpflichtungszusagen und Settlements bekunden.

Formalisierung des Informellen

Bevor ich zu unserer heutigen Fallpraxis komme, ist ein Blick zurück angezeigt. Wie hat das Bundeskartellamt früher die Fälle behandelt, bei denen wir uns heute einvernehmlich einigen oder Zusagen nach § 32b GWB annehmen?

Festzuhalten ist, dass die Notwendigkeit informellen Handels der Kartellbehörden von Anfang an anerkannt war. Die Bundesregierung schrieb in ihrer Stellungnahme zum ersten Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1958: *„Das Schwergewicht der Tätigkeit der Kartellbehörden liegt nicht allein bei dem Erlass von Entscheidungen im formellen Verfahren. Die Wirtschaft legt weitgehend Wert darauf,*

[6] BGBl. I 2005/44, S. 2114 ff.

mit den Kartellbehörden zu klären, wie sie ihr Verhalten einrichten muss, um behördliches Einschreiten unnötig zu machen".[7]

Wir hatten früher nur die Wahl zwischen streng förmlichem oder gänzlich informellem Verfahren. Es fehlte ein Mittelweg, wie wir ihn heute bei Settlements oder auch Verpflichtungszusagen kennen. Auch früher gab es aber konsensuale Bußgeldbescheide und konsensuale Verhaltensänderungen.

Das zeigt, dass vielleicht der Hinweis auf die Entformalisierung in die Irre weist. Vielleicht ist eher das Gegenteil richtig. Im Hinblick auf das bisweilen sehr informelle Handeln der Vergangenheit ist sogar eine zunehmende Formalisierung dieses informellen Handelns festzustellen. Insbesondere mit § 32b GWB haben wir jetzt ein förmliches Verfahren zur Annahme von Verpflichtungszusagen. Wo früher keine Entscheidung, sondern die Einstellung des Verfahrens erfolgte, gibt es heute eine formelle Entscheidung, die sogar veröffentlicht wird. Unser Verhalten wird transparent. Dadurch werden auch die Rechte Dritter besser gewahrt.

Im Folgenden soll die Praxis im Umgang mit den neuen Instrumenten im Vordergrund stehen. Die Fragen, die im heutigen Zusammenhang leitmotivisch wiederkehren sind: Wofür benötigen wir die Instrumente? Wem nützen sie? Werden Rechte der Betroffenen oder Dritter eingeschränkt? D.h. im Ergebnis: Sind wir auf dem richtigen Weg?

Sektoruntersuchungen

Ich beginne mit dem relativ neuen Instrument der Sektoruntersuchung.

Seit 2005 können wir losgelöst von konkreten Wettbewerbsverstößen Strukturen und Wettbewerbsbedingungen in einer Branche untersuchen. Die Europäische Kommission kennt dieses Instrument schon bedeutend länger. Schon die VO 17 von 1962[8] enthielt eine Ermächtigung (Art. 12 Abs. 1), *„eine allgemeine Untersuchung"* von Wirtschaftszweigen einzuleiten.

---

[7] BT-Drs. 03/1000.

[8] Verordnung Nr. 17, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages, ABl. 13 vom 21.2.1962, S. 204.

In den letzten zwei Jahren haben wir mit umfangreichen Sektoruntersuchungen wichtige Wirtschaftszweige analysiert. Wir haben dadurch Grundlagen für eine optimierte Wettbewerbsaufsicht geschaffen. Die fundierten Ergebnisse zeigen, welches Potential dieses noch junge Instrument für die deutschen Kartellbehörden bereitstellt. Manche sprechen davon, dass das Kartellamt mit diesem Instrument zu einer Art wettbewerbspolitischen Think Tank des Bundeswirtschaftsministeriums werde. Ich will die Sektoruntersuchungen kurz in Erinnerung rufen:

- Zunächst zur Sektoruntersuchung Milch.[9] Im Vordergrund stand die strukturelle Betrachtung eines Sektors, der bis dahin nur vereinzelt untersucht worden war. Es ging uns um die Frage der Machtverteilung in der Wertschöpfungskette. Lässt sich hier ein kartellrechtlich bedenkliches Machtgefälle zwischen Erzeugern und Weiterverwertern feststellen? Die Sektoruntersuchung hat vor allem die marktstrukturellen Probleme des Sektors aufgezeigt. Wir haben damit eine Wissensbasis geschaffen. Wir können damit auch auf europäischer Ebene auf die wettbewerblichen Risiken der im Milchsektor anstehenden Marktreform effektiver und überzeugender hinweisen.

- Auch aufgrund der jüngst stark gestiegenen Tankstellenpreise wird unsere Sektoruntersuchung Kraftstoffe aufmerksam in der Öffentlichkeit beobachtet.[10] Wir haben festgestellt, dass die hohe vertikale und horizontale Konzentration ein bedeutendes Hindernis für mehr Wettbewerb im Kraftstoffsektor ist. Zugleich haben wir eine ausgeprägte Oligopolsituation auf dem deutschen Kraftfahrstoffmarkt ausgemacht. Eine Koordinierung der Preise an der Tankstelle ist wegen der hohen Transparenz hinsichtlich Kraftstoffabsatz und Verbraucherpreise offenbar nicht notwendig. Als erste Konsequenz aus dieser Untersuchung hat das Bundeskartellamt den Zusam-

---

[9] Vgl. Zwischenbericht zur Sektoruntersuchung Milch, Dezember 2009, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Stellungnahmen/1001_Sektoruntersuchung_Milch_Zwischenbericht_2009.pdf

[10] Zwischenbericht zur Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Juni 2009, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/2009-07-02%20Zwischenbericht_SU_Kraftstoffe.pdf; inzwischen ist der Abschlussbericht ebenfalls verfügbar.

menschluss von Total und OMV untersagt.[11] Die bestehende Marktstruktur gebietet eine restriktive Zusammenschlusskontrolle. Gegen die anders lautende Auffassung des OLG Düsseldorf haben wir Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof eingelegt.

- Mehrere unserer Sektoruntersuchungen widmen sich den Strukturen der Energiemärkte, so die Untersuchung der Kapazitätssituation in den deutschen Gasfernleitungsnetzen.[12] Sie hat gezeigt, dass viele Grenz- und Marktgebietsübergangspunkte langfristig zu Gunsten der Vertriebstöchter der Netzbetreiber ausgebucht sind. Unsere Erkenntnisse sind unmittelbar in die die novellierte Gasnetzzugangsverordnung von September 2010 eingeflossen. Auf die Einleitung individueller Verfahren konnte daher zunächst verzichtet werden. Anders im Fall des zweiten wichtigen Ergebnisses der Sektoruntersuchung. In den Gasbezugsverträgen war in der Regel die Verpflichtung zur garantierten Abnahmen einer Mindestmenge und ein Weiterverkaufsverbot enthalten. Solche Weiterverkaufsverbote beschränken den Wettbewerb zu Gunsten der etablierten Versorgungsunternehmen. Mit Verpflichtungszusagenentscheidungen haben wir den künftigen Verzicht auf diese Klausel erwirkt.

  Bei der im Januar abgeschlossenen Sektoruntersuchung Stromerzeugung und Stromgroßhandel haben wir 95 % der deutschen Stromerzeugung ex post analysiert.[13] Mit einem eigens entwickelten Analysetool sollte dem Verdacht auf missbräuchliche Zurückhaltung von Kapazitäten der Stromerzeugung nachgegangen werden. Damit hat das Bundeskartellamt gute Vorarbeiten und ideale Voraussetzungen für die von der Bundesregierung geplante Markttransparenzstelle geschaffen. Diese soll eine solche Kon-

---

[11] B8-157/08, Entscheidung vom 29.4.2009.

[12] Abschlussbericht Kapazitätssituation in den deutschen Gasfernleitungsnetzen, Dezember 2009, abrufbar unter:
http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Stellungnahmen/0912_Abschlussbericht_SU_Gasfernleitungsnetze.pdf

[13] Abschlussbericht Sektoruntersuchung Stromerzeugung Stromgroßhandel, Januar 2011, abrufbar unter:
http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Stellungnahmen/110113_Bericht_SU_Strom__2_.pdf

trolle künftig „in Echtzeit“ gewährleisten. Missbräuchliches Verhalten soll auf diese Weise schon im Vorfeld durch die laufende Beobachtung und Analyse verhindert werden.

- Weitere Sektoruntersuchungen laufen derzeit in den Bereichen Fernwärmeversorgung, Walzasphalt und Lebensmitteleinzelhandel.

Nutzen von Sektoruntersuchungen

Sektoruntersuchungen liefern somit einen ganzen Strauß von möglichen Ergebnissen. Sie sind für die Arbeit des Kartellamtes von ganz unterschiedlichem Nutzen, aber immer von großer Bedeutung. Dies beginnt mit einem vertieften Marktverständnis, das für weitere Einzelfälle und den Gesetzgeber von Relevanz ist. Es reicht weiter über Verdachtsmomente, die konkrete Verfahren nach sich ziehen können. Und manchmal können wir dem Gesetzgeber Lösungskonzepte im Hinblick auf identifizierte wettbewerbliche Schwachstellen in ganzen Branchen liefern. So geschehen bei der Sektoruntersuchung Gasfernleitungsnetze oder Stromgroßhandel. Im Sinne von besserer Prioritätensetzung der Kartellbehörden sind Sektoruntersuchungen ein wesentlicher Baustein für eine effektivere Durchsetzung von Kartellrecht.

Sektoruntersuchungen und Verfahrensrechte

Nach der jüngst abgeschlossenen Sektoruntersuchung Stromerzeugung haben wir keine konkreten Verfahren eingeleitet. Im Abschlussbericht wurden Manipulationen bei der Stromerzeugung nicht nachgewiesen, aber durchaus für möglich gehalten. Deshalb haben uns Vertreter der großen Energieversorger Vorwürfe gemacht. Wir hätten einen Generalverdacht ausgesprochen. Ein solcher Freispruch zweiter Klasse hinterließe Spuren, und als Unternehmen könne man sich nicht gegen unseren Bericht wehren. Ist damit das vermeintliche Verfahren ohne Sanktion aus Unternehmenssicht in eine Sanktion ohne Verfahren, jedenfalls ohne Verfahrensrechte, gekippt?

Ich meine nicht. Jede Sektoruntersuchung ist ein transparentes Verfahren nach den im Verwaltungsverfahren geltenden Regelungen. Es geht um einen Dialog mit der Branche, die mit Auskunftsbeschlüssen befragt wird und selbstverständ-

lich im Laufe der Untersuchung angehört wird. Alle betroffenen Wirtschaftskreise haben Gelegenheit zur Stellungnahme.

Die Kritik seitens der Energieversorger verkennt außerdem Charakter und Aufgabe von Sektoruntersuchungen. Wir verschaffen uns auf diese Weise einen fundierten Überblick über die Funktionsweisen eines ganzen Wirtschaftszweiges. Ein Verdacht auf wettbewerbswidriges Verhalten ist für die Einleitung nicht erforderlich. Der Gesetzgeber hat die Eröffnungsschwelle für eine Sektoruntersuchung bewusst sehr niedrig angesetzt. Die allgemeine Vermutung einer Wettbewerbsbeschränkung reicht aus. So hat es jüngst erneut das OLG Düsseldorf im Rahmen unserer laufenden Sektoruntersuchung Fernwärme bestätigt.[14]

Bei der Präsentation des Ergebnisses einer Sektoruntersuchung sprechen wir keinen Pauschalverdacht gegen eine ganze Branche aus. Wenn wir bereits im Verfahren der Sektoruntersuchung Hinweise auf wettbewerbliche Verstöße finden, leiten wir im konkreten Verdachtsfall Verfahren ein. Das Kartellrecht kennt nur den Individual- und keinen Generalverdacht.

Und auch wenn wir keine konkreten Verfahren einleiten. Es muss dem Bundeskartellamt erlaubt sein, auf Wettbewerbsprobleme und offene Fragen hinzuweisen, wie in der Sektoruntersuchung Stromgroßhandel geschehen. Es muss als Ergebnis einer Sektoruntersuchung möglich sein, identifizierte wettbewerbliche Schieflagen und Probleme anzusprechen und auf Abhilfe zu dringen. Die betroffene Branche muss sich dann den Fragen stellen. Wir alle und ich ganz persönlich achten sehr sorgfältig darauf, in der Sektoruntersuchung gerade keine Vorverurteilungen vorzunehmen. Insofern mein Fazit: Die Sektoruntersuchung ist ein Verfahren ohne direkte Sanktion, aber natürlich mit Folgen, seien es konkrete Verfahren, seien es gesetzgeberische Maßnahmen, sei es ein in Richtung Selbstheilung des Marktes wirkender Druck.

Zwischenergebnis Sektoruntersuchungen

Zusammenfassend gesagt:

---

[14] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4.8.2010, VI 2 Kart 8/09 (V) Stadtwerke Flensburg.

- Sektoruntersuchungen können durchaus Verfahren ohne Sanktionen sein. Dieser Befund ist positiv, da wir dann, wie im Falle der Stromerzeugung, keine hinreichenden Verdachtsmomente auf Wettbewerbsverstöße gefunden haben.

- Sektoruntersuchungen können auch unmittelbar die Einleitung individueller Verfahren nach sich ziehen – so geschehen im Falle der Untersuchung zur Kapazitätssituation in den Gasfernleitungsnetzen. Das Verfahren wurde durch eine Einigung im Wege der Verpflichtungszusagenentscheidung erleichtert.

- Sektoruntersuchungen können den Weg für gesetzgeberische Reformen bereiten, so bei der Gasnetzzugangsverordnung. Sie können politische Vorhaben vorbereiten, wie bei der Markttransparenzstelle. Die Arbeit des Gesetzgebers hat dann eine fachlich sehr solide Tatsachengrundlage. Insofern ist die Bezeichnung der Wettbewerbsbehörden als wettbewerbspolitischer Think Tank vielleicht gar nicht so weit hergeholt. Und warum sollte dies keine Aufgabe der Behörde sein?

- Schließlich können wir nur mit Sektoruntersuchungen wichtige wettbewerbliche Fragestellungen einer ganzen Branche untersuchen. Dies ist der Fall in der jüngst eröffneten Sektoruntersuchung zur Nachfragemacht im LEH.

III. Verpflichtungszusagenentscheidungen

Ein weiteres Thema sind Verpflichtungszusagen als alternatives Instrument der Verfahrensbeendigung. Wie bei der Einführung der Sektoruntersuchung handelt es sich hier um eine Angleichung an die Regelungen der VO 1/2003[15] im Rahmen der 7. GWB-Novelle.

Verpflichtungszusagen werden von den Unternehmen angeboten, um *„nach vorläufiger Beurteilung mitgeteilte Bedenken auszuräumen“*, so der Wortlaut in § 32b Abs. 1 S. 1 GWB. Unsere Erfahrungen mit dieser Art der Entscheidung sind posi-

[15] Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 vom 4.1.2003, S. 1.

tiv. Das Instrument ist in ganz verschiedenen Fallkonstellationen zum Einsatz gekommen.

→ Langfristige Gaslieferverträge

Der erste Fall betraf die langfristigen Gaslieferverträge und die Abschottung des Marktes für die Weiterverteilung von Gas. Die lange verfolgte Branchenlösung auf der Basis von Verpflichtungszusagen scheiterte letztlich an einem späten Meinungswechsels bei E.ON. Dem vorausgegangen waren lange Konsensgespräche über eine wettbewerbskonforme Ausgestaltung der Gaslieferverträge. Der Meinungswechsel auf Seiten E.ON machte letztlich eine förmliche Entscheidung in Form einer Auflage gegen dieses Unternehmen notwendig.[16] Diese förmliche Entscheidung entsprach dem mit E.ON und anderen Marktteilnehmern entwickelten wettbewerbskonformen Konzept. Der Beschluss des Kartellamtes wurde höchstrichterlich bestätigt.[17] Anschließend waren die anderen Gasversorger bereit, die gegen E.ON verfügten Auflagen im Wege einer Verpflichtungserklärung auch für sich selbst zu akzeptieren. Durch diese Vorgehensweise konnte letztlich doch noch eine branchenweite Lösung geschaffen werden. Diese war einer der ganz wesentlichen Impulse für die Öffnung der Gasmärkte.

→ Ein weiteres Beispiel waren die Gaspreisverfahren 2008:

§ 29 GWB hat eine bessere Kontrolle der Energiepreise in Form einer erleichterten Preismissbrauchsaufsicht ermöglicht.[18] Auf dieser Grundlage haben wir Verfahren gegen zahlreiche Gasversorgungsunternehmen geführt. In 30 Fällen haben wir durch Verpflichtungszusagen eine Entlastung der Verbraucher um insgesamt 444 Mio. EUR erreicht.

Die Zusagen sahen zweierlei vor: Die Unternehmen haben sich dazu verpflichtet, an ihre Kunden konkrete Geldbeträge zurückzuerstatten, und zwar in Form von Gutschriften oder Preissenkungen. Zum zweiten haben sie sich zu einer

---

[16] B8-113/03, Beschluss vom 13.1.2006.
[17] BGH, Beschluss vom 10.02.2009, KVR 67/07.
[18] BGBl. I 2007/66 S. 2966.

sogenannten sog. „no-repeated-game“ Zusage verpflichtet. Die Unternehmen sollten die Rückzahlungen nicht durch spätere Preiserhöhungen kompensieren dürfen. Die Einhaltung beider Zusagen ist von uns überprüft worden. Das Verfahren wurde Ende Juni 2010 endgültig abgeschlossen. Durch die Verpflichtungszusagen haben wir erreicht, dass die Verbraucher unmittelbar finanziell entlastet wurden. Im Falle von streitigen Verfahren hätten wir diese unmittelbare Kompensation jedenfalls nicht so zügig erreicht. Zudem hatten die Entscheidungen einen schützenden Charakter für die Zukunft. Wir haben verhindert, dass die Rückerstattungen nach Erlass unserer Entscheidungen von den Gasversorgern wieder „reingeholt“ wurden.

→ Heizstromverfahren 2010:

Zuletzt haben wir Verpflichtungszusagen von den wichtigsten Heizstromanbietern angenommen. Die Märkte für Nachtspeicherheizungen und Wärmepumpen waren bislang nahezu Monopolmärkte. Ein Erlösvergleich hat den Verdacht überhöhter Preise bei einer Reihe von Unternehmen nahegelegt. Wie bei den Gaspreisverfahren haben wir durch Zusagen eine Rückerstattung und die Verpflichtung, kein „wiederholtes Spiel“ zu treiben, erreicht. Genauso wichtig war für uns aber die Öffnung der bislang vermachteten Märkte. Gegenstand der Verpflichtungszusage war daher auch die Veröffentlichung von einheitlich berechneten Lastprofilen und des Versorgungspreise. Beide Parameter sind Grundvoraussetzungen zur Belebung des Wettbewerbs. Mit einer herkömmlichen Abstellungsverfügung wären wir wohl nicht so weit gekommen.

→ Last but not least möchte ich das Beispiel der Plattform für mobile Fernsehübertragung nach dem sog. DVB-H Standard erwähnen.

In diesem Verfahren wollten Vodafone, T-Mobile und O_2 ein Gemeinschaftsunternehmen für die Entwicklung der mobilen Fernsehübertragung gründen. Fusionskontrollrechtlich gab es keine Bedenken. Aber wettbewerbliche Risiken lagen in der engen Kooperation der größten Mobilfunkunternehmen. Die Lösung durch Verpflichtungszusagen hatte in diesem Fall zwei Vorteile: Zum einen haben wir den sich entwickelnden Markt für andere Wettbewerber offengehalten. Zum anderen haben wir koordinierende Effekte zwischen den Unternehmen durch Auflagen soweit wie möglich vermieden.

Das Instrument der Verpflichtungszusage hat sich in verschiedenen Fallkonstellationen bewährt. Es ist eingetreten, was wir uns mit der Einführung dieses Instrumentes versprochen haben. Es hat uns erlaubt, auf unterschiedliche Bedürfnisse und Verhältnisse der Märkte flexibel und vor allem rasch zu reagieren.

Ich meine deshalb, dass der Weg über die Verpflichtungszusage der Bußgeld- oder Untersagungsentscheidungen in manchen Fällen vorzuziehen ist. Immer vorausgesetzt natürlich die Zustimmung der Unternehmen.

Unsere bisherige Praxis zeigt:

1. Verpflichtungszusagen ermöglichen Lösungen, die Breitenwirkung entfalten und unmittelbar den Geschädigten zu Gute kommen.

2. Vermachtete Märkte lassen sich öffnen.

3. Verpflichtungszusagen können fusionskontrollrechtliche Entscheidungen absichern und Märkte für die Zukunft offen halten.

Wie aber ist es bei Zusagenentscheidungen um die Verfahrensrechte der Betroffenen bestellt?

Sehen wir uns die europäische Ebene an: Die Kommission wurde wegen ihrer Praxis bei Verpflichtungszusagen mitunter kritisiert.[19] Zuletzt hat der Gerichtshof mit seinem Urteil in der Rechtssache *Alrosa* der Kommission allerdings den Rücken gestärkt.[20]

Insbesondere in den Energierechtsfällen hat die Kommission mit dem Instrument der Verpflichtungszusage wirklich tief und vor allem strukturell in die Märkte eingegriffen. Ich erinnere an E.ON, RWE und den italienischen Energieversorger Eni. Alle drei Unternehmen haben sich gegenüber der Kommission zur Veräußerung eines großen Teils ihrer Energienetze verpflichtet.

---

[19] Vgl. bspw. Andreas Klees, Das Instrument der Zusagenentscheidung der Kommission und der Fall „E.ON“ – Ein (weiterer) Sündenfall, WuW 2009, S. 374.
[20] EuGH, Urteil vom 29.06.2010, C-441/07.

Hier sind also weitgehende Eingriffe in die Marktstruktur im Wege der Verpflichtungszusage erfolgt. Ich bin mir nicht sicher, ob Gleiches auch durch Auflagen im Rahmen einer Verbotsentscheidung nach Art. 7 VO 1/2003 erreicht worden wäre. Hierbei wäre außerdem der Vorrang verhaltensbedingter vor den strukturellen Auflagen zu bedenken gewesen.

Mit dem *Alrosa*-Urteil des Gerichtshofs sind die Voraussetzungen für Verpflichtungszusagen nun klar: Es gilt ein anderer, weniger strenger Verhältnismäßigkeitsmaßstab. Strukturelle Auflagen scheinen Verhaltensauflagen gleichrangig zu sein. Vor dem Hintergrund dieses Urteils ist der Weg der Kommission gangbar, mit Verpflichtungszusagen Änderungen an der Marktstruktur vorzunehmen.

Dadurch wird der im Verbotsverfahren geltende Nexus zwischen vorgeworfenem Verhalten und Nebenbestimmung erheblich gelockert. Das individuelle Fehlverhalten der Unternehmen erscheint nur mehr als Auslöser des Verfahrens. Die Sanktion geht dann über das zur Abstellung des Missbrauchs Erforderliche unter Umständen hinaus.

Der Kommission ist vorgeworfen worden, auf diese Weise das Instrument der Verpflichtungszusage missbraucht zu haben. Allein die Drohung hoher Bußgelder habe viele Unternehmen in die Verpflichtungszusage getrieben. Kritisch wird auf Erwägungsgrund 13 der VO 1/2003 verwiesen. Danach sind Verpflichtungszusagen in den Fällen ungeeignet, in denen eine Geldbuße beabsichtigt ist. Auch wenn sicherlich oft eine Drucksituation auf Unternehmensseite zu konstatieren ist: Die Abgabe von Zusagen bleibt freiwillig. Der Weg über das streitige Verfahren steht den Unternehmen jederzeit offen. Insoweit besteht für die Unternehmen dem Grunde nach auch ausreichender Rechtschutz. Selbstverständlich ist es eine ständige Aufgabe der Behörde, eine unverhältnismäßige Drucksituation zu vermeiden. Ich räume ein, dass das in Einzelfällen ein schmaler Grat sein kann. Umso mehr ist eine gewisse Sensibilität auf beiden Seiten gefragt. Denn die Akzeptanz der Verpflichtungszusage lebt davon, dass Behörde und Unternehmen von einer *win-win*-Situation ausgehen und profitieren.

Problematisch ist die Zusagenentscheidung damit vielleicht weniger für die betroffenen Unternehmen. Aber wie sieht es mit den anderen Marktteilnehmern aus, die ein Interesse an der Durchsetzung des Kartellrechts haben? Es wird ja gerade

darauf verzichtet, einen Kartellrechtsverstoß festzustellen. Dies hat natürlich Bedeutung für geplante Schadensersatzklagen. Auch wird im Verhandlungswege oft eben keine Maximallösung erreicht. Es ist eben eine Verhandlungslösung. Ich denke, dass diese Nachteile aufgewogen werden. Hier muss die Förderung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung im Verhältnis zur behördlichen Durchsetzung zurückstehen. Gleiches gilt für das Erreichen optimaler Verhältnisse nach einem sehr langen Verfahren im Verhältnis zu befriedigenden Verhältnissen in kurzer Zeit. In vielen Fällen ist mit einem zügigen Verfahren mehr zu erreichen als mit jahrelangem Ringen um eine manchmal geringfügige Optimierung.

Damit komme ich zum letzten der drei heute von mir besprochenen alternativen Kartellrechtsinstrumente – der einvernehmlichen Verfahrensbeendigung, auch Settlement genannt, „plea bargaining“ auf Amerikanisch.

„Verhandeln statt Bestrafen lautet die neue Devise“ – so die Überschrift eines Artikels zweier Kartellrechtsanwälte in der FAZ vom 21. Juli vergangenen Jahres.[21] Im Fokus die Settlementpraxis der Kommission mit teilweise lobenden Worten für das Bundeskartellamt. Die Überschrift *„Bestrafen durch Verhandeln“* würde meiner Meinung nach noch eher den Kern treffen. Denn eine Settlemententscheidung führt immer zu einem Bußgeld. Die Verhandlungen ersetzen das Bestrafen nicht. Nach derzeitiger Praxis ermöglicht ein Settlement lediglich einen weiteren 10%-Abschlag auf das Bußgeld. Nur im Rahmen des Bonusprogrammes kann es zu einem vollständigen Erlass der Buße kommen.

Ein wesentlicher Aspekt dieser Verfahren sind die Verhandlungen zwischen Unternehmen, Betroffenen und Bundeskartellamt. Deshalb ist der Schwerpunkt des eben erwähnten FAZ-Artikels schon richtig. Noch stärker als bei Verpflichtungszusagen steht hier das Aushandeln der Vergleichsbedingungen im Vordergrund.

Praxis der Settlements

Der Blick auf die Praxis zeigt: Settlements sind ein wichtiges Instrument der Kartellverfolgung geworden. Das Bundeskartellamt hat seit 2007 in 37 Verfahren, das

[21] Wolfgang Deselaers/ Bernd Meyring, Verhandeln statt Bestrafen lautet die neue Devise, FAZ vom 21.7.2010, S. 21.

entspricht 82 %, Entscheidungen aufgrund von Settlementvereinbarungen getroffen.[22] Deutlich niedriger ist dagegen die Anzahl bei der Europäischen Kommission. Seit Erlass der Settlementleitlinien und Ergänzung der Kartelldurchführungsverordnung (VO 773/2004[23]) Mitte 2008 hat die Kommission die Verfahren nur in den Fällen *D-RAM* und *Tierfutter* zumindest teilweise einvernehmlich beenden können.

Wir haben in letzter Zeit einige vertikale Absprachen (*Bayer Vital*[24], *Microsoft*[25], *Ciba Vision*[26], *Phonak*[27], *Outdoor-Navigationsgeräte*[28]) und zahlreiche Hardcore-Kartelle behandelt. Zuletzt ist hier das Verfahren gegen die Hersteller von Feuerwehrfahrzeugen zu nennen. Bei den Hardcore-Kartellfällen sind die meisten Verfahren vollständig gesettled worden, während die Übrigen sog. *„hybride“* Settlements waren. In einem Fall wurde jüngst auch ein Verstoß gegen das fusionskontrollrechtliche Vollzugsverbot im Wege eines Settlements bebußt (*Hauptgenossenschaft ZG Raiffeisen*).[29]

Horizontale Kernbeschränkungen bilden den Schwerpunkt bei unseren Settlemententscheidungen. Anders als die Kommission sind wir aber auch bei vertikalen Konstellationen zur einvernehmlichen Verfahrensbeendigung bereit.

Rahmenbedingungen für ein Settlement

Grundsätzlich geht das Bundeskartellamt auf die Unternehmen und Betroffenen zu und fragt nach der Bereitschaft zu einer Vergleichslösung. Dies setzt voraus,

---

[22] Es wird allerdings oft auch nur mit einem Unternehmen im Verfahren gesettelt. In der Zeit 2007 bis März 2011 waren 115 von 178, d.h. 65 %, Unternehmensbußen gesettelte Bußgelder. Bezogen auf die Bußgeldhöhe wurden 37 % der verhängten Bußen gesettelt.

[23] Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission vom 7. April 2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission, ABl. L 123 vom 27.4.2004, S. 18.

[24] Vgl. Presseerklärung vom 28.05.2008, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2008/2008_05_28.php.

[25] Vgl. Presseerklärung vom 08.04.2009, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Presse/090408_PM_Microsoft.pdf.

[26] B3-123/08, Beschluss vom 25.09.2009.

[27] B3-69/08, Beschluss vom 14.10.2009.

[28] B5-100/09, Beschluss vom 18.06.2010.

[29] Vgl. Presseerklärung vom 28.01.2011, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Presse/2011/2011-01-28_PM_Landhandel_Final.pdf.

dass wir einen Überblick über die vorhandenen Beweismittel haben. Ein entsprechendes Angebot erfolgt deshalb in der Regel erst nach Auswertung vor allem der Asservate und der Unterlagen aus Bonusanträgen.

Wenn es der Fall erfordert, können Vergleichsverhandlungen aber auch schon früher im Verfahren, etwa kurz nach der Durchsuchung, stattfinden. In unseren Fällen *Werbezeitenvermarkter*[30] und *Dekorpapier*[31] war das der Fall. Die durchaus positive Folge: schon nach wenigen Monaten konnten die Verfahren mit einer Entscheidung abgeschlossen werden.

In vielen Fällen wird eine solche Verfahrensbeendigung auf eine *win-win* Situation hinauslaufen. Zugegeben, ein von uns bebußtes Unternehmen wird schwer von einem *„Gewinn“* sprechen wollen. Dennoch meine ich, dass Vorteile auf beiden Seiten vorhanden sind.

Für die Unternehmen stehen etwa bei Settlements die erheblich kürzere Verfahrensdauer, geringere Beratungskosten und ein um bis zu 10 % reduziertes Bußgeld auf der Habenseite.

Auch in Verfahren, bei denen nicht alle Beteiligten einverstanden sind, ist das Bundeskartellamt zu Settlements bereit. Solche hybriden Settlements bieten gegenüber vollständig streitigen Verfahren immer noch eine Reihe an Vorteilen. Vor allem der Verfahrensaufwand im Zwischenverfahren sowie in den anschließenden Gerichtsverfahren vor OLG und BGH verringert sich. Aber auch die Geständnisse derjenigen, die das Verfahren einvernehmlich beendet haben, sind unter Umständen hilfreich für uns. So erhalten wir ein zusätzliches Beweismittel und können die Betroffenen als Zeuge im Gerichtsverfahren vernehmen. Positiver Nebeneffekt: Mit Rechtskraft der Settlemententscheidung gegen den jeweiligen Zeugen entfällt sein Aussageverweigerungsrecht.

Ich finde, es gibt gute Gründe, in vielen Fällen über eine einvernehmliche Verfahrensbeendigung nachzudenken. Und die Unternehmen und Betroffenen sehen

---

[30] B6-142/05, Beschluss vom 11.04.2006.
[31] B3-169/07, Beschluss vom 05.12.2006.

das offenbar auch so. Anderenfalls wäre die hohe Quote gesettelter Verfahren nicht zu erklären.

Wie sieht es nun bei diesen Settlements mit der Wahrung der Verfahrensrechte aus?

Die Unternehmen verzichten nicht auf grundlegende Rechte. Die Einigung kann im Prinzip bis zur Rechtskraft des Bescheides widerrufen werden. Ein Rechtsmittelverzicht darf nicht Gegenstand des Settlements sein. Denkbar und möglich bleibt damit die Beschwerde auch gegen Settlemententscheidungen. In der Praxis ist dies aber noch nicht vorgekommen.

Verschiedentlich ist wegen der fehlenden Anfechtung von Settlemententscheidungen die Gefahr eines *„Konkretisierungsvakuums“* beschworen worden. Es wird befürchtet, dass durch eine Vielzahl von Settlements die gerichtliche Kontrolle unserer Entscheidungen zu kurz gerät. Bei der Vielzahl der sonstigen gegen uns laufenden Beschwerdeverfahren kann ich diesen Befund nicht teilen. Problematisch für einzelne Geschädigte mag auch die oft nur noch rudimentäre Beschreibung des Verstoßes in Bußgeldbescheid sein. Aber hier gilt das Gleiche wie für Verpflichtungszusagen: Dieser Preis ist für eine möglichst effektive Kartellrechtsdurchsetzung zu zahlen.

Unsere Prozessabteilung und die Mitarbeiter in den Beschlussabteilungen werden in Gerichtsverfahren im Bußgeldbereich in erheblichem Umfang in Anspruch genommen. Bei einem Settlement stehen diese Kapazitäten für andere noch laufende Verfahren und Verfahrensneueinleitungen zur Verfügung.

Verhandlungen und mehr Flexibilität bedeuten nicht, dass wir den Boden eines rechtsstaatlichen Verfahrens verlassen. Wir spielen weiterhin nach den Regeln und innerhalb des Spielfeldes. *„Sanktionen ohne Verfahren“*, wie zu Beginn meines Vortrages gefragt, gibt es nicht. Dass wir das Kartellverfahren bei Settlements nicht zu Ende betreiben, sondern durch Settlements beenden, ist aufgrund der Vorteile für beide Seiten gerechtfertigt.

Kritiker werden dennoch auf das Fehlen von Leitlinien für Settlements verweisen. Ich sehe hierfür derzeit kein Bedürfnis und teilte insofern auch die Meinung des Gesetzgebers, der eine Regelung des Settlements im Bußgeldverfahren für über-

flüssig, da zu formalistisch, hielt.[32] Eine übermäßige Formalisierung des Verwaltungsverfahrens ist bei Vergleichen nicht angezeigt. Der etwas andere Weg der Kommission mit einem stärker formalisierten Verfahren scheint mir bislang kein Vorbild. Im *D-RAM-Verfahren* haben die Vergleichsverhandlungen dem Vernehmen nach über zwei Jahre gedauert.

Im Übrigen sind unsere Settlementverfahren keine *black box*. Es finden alle für das Kartellordnungswidrigkeitenverfahren geltenden Regeln Anwendung. Im Einzelnen erfolgt dabei eine Einigung über die Reichweite der Regeln, etwa bei der Akteneinsicht, die für beide Seiten Vorteile bringt. Einerseits beschränken wir die Einsicht auf die wichtigsten Beweismittel. So verringern wir den damit verbundenen Aufwand deutlich. Andererseits erhalten die Unternehmen zu einem viel früheren Zeitpunkt als im herkömmlichen Verfahren Akteneinsicht. Die schadensersatzrechtlichen Risiken und den Umfang der späteren Buße können die Unternehmen damit früher einschätzen.

Die Einigung geschieht zwar in vertraulichen Gesprächen, insofern könnte man von einer „Entformalisierung“ sprechen. Allerdings wissen alle Unternehmen vorab über den Ablauf von Settlementverfahren bei uns Bescheid. Wir haben stets Wert auf Transparenz gelegt. Erste allgemeine Eckpunkte des Verfahrens haben wir in Tätigkeitsberichten veröffentlicht.[33] Diese Eckpunkte haben wir weiter entwickelt und den praktischen Bedürfnissen der Unternehmen angepasst. In Fallberichten sind die grundsätzlichen Bedingungen für ein Settlement mit dem Bundeskartellamt für jedermann nachzulesen.[34]

VI. Schluss

Alternative Instrumente dienen einem praktischen Bedürfnis: Die Wirklichkeit ist oft nicht schwarz und weiß, sondern besteht aus vielen Graustufen. Ein erweiterter Instrumentenkasten ermöglicht der Kartellbehörde eine situationsangemessene Antwort.

---

[32] BT-Drs. 16/12310, S. 16.
[33] Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2007/2008, BT-Drs. 16/135000, S. 35.
[34] Fallbericht Kaffeeröster vom 14.1.2010, Az. B11-18/08.

Risiken gibt es. Die Praxis des Bundeskartellamtes zeigt aber, dass sich rechtsstaatliche Prinzipien und neue Instrumente gut miteinander vereinbaren lassen:

Die Stärkung der beobachtenden Funktion der Kartellbehörden durch Sektoruntersuchungen birgt eine neue Dimension der prioritätenorientierten Kartellrechtsdurchsetzung. Diese etwas entformalisierte vorgelagerte Tätigkeit der Kartellbehörden erfolgt ohne jeden Verlust rechtsstaatlicher Garantien. Sie bringt bedeutende Erkenntnisse für die Kartellrechtsdurchsetzung, die Gesetzgebung und die betroffenen Branchenkreise selbst.

Effektive Kartellrechtsdurchsetzung muss schnelle Durchsetzung sein. Die Stärkung konsensualer Elemente muss nicht auf Kosten rechtsstaatlicher Prinzipien gehen: Verpflichtungszusagen und Settlements gehen zwar in einigen Fällen zu Lasten der Transparenz für Dritte: Die Rechte der Betroffenen werden aber auf alle Fälle gewahrt. Ein rechtsstaatliches Verfahren bleibt gesichert. Und für die öffentliche Kartellrechtsdurchsetzung ist durch ressourcenschonende Verfahrensabschlüsse viel gewonnen.

Verfahren ohne Sanktion oder Sanktion ohne Verfahren? Lassen Sie mich das Wortspiel als Fazit etwas umdrehen:

Es geht bei Sanktionen nicht nur um Verfahren – zu lange und umständliche Verfahren müssen wir im Sinne effektiver Kartellrechtsdurchsetzung möglichst vermeiden.

Und es geht uns bei Verfahren nicht nur um Sanktionen – unsere Aufgabe geht weit darüber hinaus.