

Oliver Zwick

2001 Abitur am Otto-Kühne-Gymnasium Bonn

2002 Studium der Rechtswissenschaften an der
Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Nov. 2009- 1. juristisches Staatsexamen

Promotionsvorhaben:

Die fortgesetzte und einheitliche Zuwiderhandlung im europäischen Kartellrecht
(Vom Konzept zur Rechtsfigur zum „Königsinstrument“ bei der Bekämpfung großer Kartelle)

Einführung und Problemaufriss

Die Bekämpfung von Preis- und Gebietsabsprachen, Quoten- oder Kundenaufteilungen, den sogenannten Hardcore-Kartellen, gehört angesichts des immens schädlichen Einflusses auf den freien Wettbewerb zu den wichtigsten Aufgaben der EU-Kommission, die sich zunehmend zu einer globalen Herausforderung entwickelt. Dabei sind große Kartelle fast immer geprägt von der gleichen Grundstruktur. Einem anfänglichen Gesamtplan, in dem ein Gesamtziel (meist die Festlegung von Zielpreisen und Verkaufsquoten) und die zur Erreichung notwendigen Einzelmaßnahmen festgelegt werden, folgen regelmäßige Treffen, die der Überprüfung der Einhaltung und einer Abstimmung über das weitere gemeinsame Vorgehen dienen. Die Überlebensdauer solcher Kartelle beträgt zumeist mehrere, nicht selten sogar bis zu zehn Jahre.

Unter dem Einfluss der Beteiligungsform der conspiracy des US-amerikanischen Sherman Acts, derzufolge das Gesamtverhalten Ausdruck einer konspirativen Verbrechenspartnerschaft ist, ging die Kommission Ende der 80er Jahre zu einer Gesamtbetrachtung des Verhaltens der Unternehmen während der Dauer des Kartells über; erstmalig in der *Polypropylen*-Entscheidung 1986 nach Außen erkennbar. Die nach dem Gesamtplan vorgenommenen Einzelmaßnahmen (in der Regel verschiedene Preisinitiativen sowie der Austausch von Datenmaterial über die Verkaufszahlen) seien zwar isoliert betrachtet selbständige Zuwiderhandlungen, aber aufgrund der sie umfassenden Rahmenvereinbarung liege eine einzige fortgesetzte und einheitliche Zuwiderhandlung vor. Das gesamte Verhalten der Kartellanten sei geprägt von einer Kontinuität, die rechtlich nicht ohne Auswirkungen bleiben könne, so der grundlegende Ansatz der Kommission. Durch das Abstellen auf die zeitliche Dimension rückt die Frage, ob im Kern eine Zuwiderhandlung oder mehrere Kartellverstöße vorliegen, in den Hintergrund.

Dieser Ansatz wurde durch die europäischen Gemeinschaftsgerichte inzwischen in zahlreichen Fällen bestätigt. Statt von einem Konzept der Kommission kann man

mittlerweile von einer Rechtsfigur sprechen, die standardmäßig die Anwendung von Artikel 81 EGV bei der Verfolgung großer Kartelle prägt. Die Frage, ob eine einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung oder mehrere einzelne Kartellverstöße vorliegen, hat allergrößte Relevanz im Bereich der Verjährung. Denn die fünfjährige Verjährungsfrist, beginnt gemäß Art. 25 Abs. 2 S. 2 VO Nr.1/2003 bei dauernden oder fortgesetzten Zuwiderhandlungen erst mit dem Tag, an dem der Verstoß beendet wird, was zu einer Verfolgbarkeit von Handlungen führt, die bei isolierter Betrachtung oftmals bereits verjährt wären. Die dadurch insgesamt längere Dauer des Kartellverstoßes wirkt sich auch negativ auf die Höhe des Bußgeldes aus, da die Anzahl der Jahre der Beteiligung ein Faktor bei dessen Berechnung ist. Sofern global agierende Kartelle betroffen sind, die von den nationalen Wettbewerbsbehörden von EU-Mitgliedsstaaten oder Drittstaaten verfolgt werden, ist die Rechtsfigur ebenfalls von Bedeutung bei der Frage, ob eine Mehrfachahndung desselben Sachverhalts und damit eine Verletzung des ne bin in idem-Grundsatz vorliegt.

Vom Ursprung her gedacht erscheint es im Ansatz durchaus zweifelhaft, von einer Reihe von Verstößen zu sprechen, wenn die Rechtsfigur lediglich auf der einheitlichen Begehungsweise beruht. Die Bewertung des EuGH, es handele sich schlicht um eine „verhaltensformumfassende Zuwiderhandlung“, da Artikel 81 für derart komplexe Zuwiderhandlung keine spezifische Kategorie bereithalte, wirft jedenfalls Fragen auf.

Betrachtet man die ursprüngliche Konzeption der einheitlichen Zuwiderhandlung im US-amerikanischen Kartellrecht, so wird deutlich, dass sie nie Ersatz sein sollte für eine genaue rechtliche Analyse, sondern ihre Anwendung vielmehr voraussetzt, dass als Ergebnis einer solchen ein Gesamtkartell vorliegt. Die Kommission führt zwar durchaus objektive Elemente (zB ein gemeinsames Ziel, Ähnlichkeiten im modus operandi, personelle Überlappungen, zeitliche Überschneidungen, Inhalt gemeinsamer Treffen) zur Begründung einer Verbindung zwischen dem Gesamtplan und den Einzelakten an. Diese sind aber für eine dezidierte rechtliche Analyse zu vage, da das Ergebnis sich je nach Schwerpunktsetzung verändert. Die Entscheidungspraxis der Kommission ist aus diesem Grund auch von einer starken Inkonsistenz in der Handhabung dieser Kriterien geprägt und vereinzelt auch in sich widersprüchlich, was angesichts des geltenden Bestimmtheitsgrundsatzes große Zweifel im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit der Strafe hervorruft. Die Entscheidung des europäischen Gerichts 1. Instanz in der Rechtssache „BASF“ war bisher der einzige Versuch der Gemeinschaftsgerichte, sich des Problems anzunehmen, indem das Gericht eine Komplementaritätsverbindung zwischen den einzelnen Handlungen forderte, es ansonsten aber leider unterließ, ein generell objektiveres Verfahren zur Abgrenzung bereitzustellen.

Ob der in neuerer Zeit vorgenommene Verzicht auf einen gemeinsamen Markt als Bezugspunkt des gesamten Verhaltens mit dem Verweis auf ausreichende Verbindungen zwischen dem Verhalten der Hersteller auf mehreren Märkten mit dem marktbezogenen Tatbestand des Artikel 81 EGV vereinbar ist, darf ebenfalls bezweifelt werden.

Struktur der Untersuchung und Erkenntnisziele

Der erste Teil der Arbeit soll die Entwicklung der „klassischen“ Rechtsfigur der komplexen und fortlaufenden Zuwiderhandlung unter Bezugnahme auf ihre Wurzeln im US-amerikanischen Kartellrecht und die Ausprägung im europäischen Rechtsraum durch die Entscheidungen der Kommission und die Rechtsprechung der europäischen Gerichte nachzeichnen.

Inhalt des zweiten Teils der Forschungsarbeit ist die rechtliche Analyse der Rechtsfigur. Wurde mit ihr eine neue Koordinierungsform im Rahmen von Art. 101 AEUV geschaffen? Die Gemeinschaftsgerichte haben auf die Existenz des Begriffs der fortgesetzten Zuwiderhandlung in den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten abgestellt. Angesichts des klaren Verzichts auf die Rechtsfigur der fortgesetzten Handlung im Strafrecht durch den großen Senat des BGH in Strafsachen, der auch höchstrichterlich im Kartellrecht Bestätigung fand, drängt sich die Frage auf, ob die auf deutscher Ebene gefundenen Gründe zur Abschaffung auf die Anwendung der Rechtsfigur auf europäischer Ebene zu übertragen sind. Weiterhin ist fraglich, wie sich diese Divergenz in einem solchen Fall der ausdrücklichen Berufung auf die Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten auswirkt und ob ansonsten die Grenzen der Rechtsfortbildung noch gewahrt sind. Angesichts des *effet utile* – Auslegungsprinzips der europäischen Gerichte ist die Beachtung geltender europarechtlicher Rechtsgrundsätze ebenfalls von Relevanz.

Inwiefern es geboten ist, die Rechtsfigur einschränkend anzuwenden, ist Gegenstand des dritten Teils der Arbeit. Ist die Ausdehnung über sachlich und räumlich relevante Märkte hinweg mit dem Tatbestand des Artikel 101 AEUV vereinbar oder ist nicht vielmehr eine Wettbewerbsbeschränkung zwingend notwendig mit einem Wettbewerbsverhältnis verbunden? Wo liegen die Anwendungsgrenzen der einheitlichen Zuwiderhandlung? Schließlich soll auf der Basis der Untersuchungen und ausgehend von der vom EuG im BASF-Urteil geforderten „Komplementaritätsverbindung“ der Versuch unternommen werden, statt einer Strukturanalyse des Gesamtplans und der Einzelakte ein sachlicheres sowie funktionaleres Verfahren zur Abgrenzung zu finden.