

Zur Idee der Subsidiarität struktureller Maßnahmen im europäischen Wettbewerbsrecht

Frank P. Maier-Rigaud, Paris*

Summary

The article discusses the legal basis for structural remedies under European Competition Law in light of the mainly German criticism of recent commitment decisions in the energy sector and in particular the E.ON decisions of DG Competition. In particular the article discusses what “bringing an infringement effectively to an end” as goal of any remedy implies and if Article 7 Reg. 1/2003 implies that “structural remedies are subsidiary to behavioural remedies” as has been argued by some authors. The article discusses both arguments, which constitute the myth surrounding Article 7, critically. It is argued that the effectiveness of a remedy is not a so-called binary question according to which potentially a whole range of remedies could be either considered effective or ineffective but a question of the most effective remedy. It is an economic assessment of all remedies that passed the specific proportionality and necessity test. It is demonstrated that the claim according to which structural remedies are subsidiary to behavioural remedies cannot be upheld. In light of the original Commission proposal for a new Regulation and on the basis of the finally adopted text that gives the impression of a priority of behavioural remedies over structural ones, a content preserving reformulation of Article 7 is proposed.

Zusammenfassung

Im Artikel wird die juristische Basis für strukturelle Abhilfemaßnahmen im europäischen Wettbewerbsrecht im Lichte vor allem deutscher Kritik an den Zusagenentscheidungen im Energiesektor und insbesondere der beiden E.ON Entscheidungen der Generaldirektion Wettbewerb von Ende 2008 diskutiert. Es geht insbesondere um die Frage, was unter „wirksamen Abstellen“ als Ziel jeglicher Abhilfemaßnahme zu verstehen ist und ob Artikel 7 VO 1/2003 eine „grundsätzliche Subsidiarität struktureller Maßnahmen“ vorsieht, wie dies von einigen Autoren unterstellt wird. Im Artikel werden diese beiden Thesen, die den „Mythos“ um Artikel 7 ausmachen, kritisch diskutiert. Es wird argumentiert, dass die Frage der Wirksamkeit einer Maßnahme keine sogenannte binäre Frage ist, nach der potenziell eine ganze Reihe von Maßnahmen entweder als wirksam oder unwirksam angesehen werden müssten, sondern eine Frage nach der wirksamsten Maßnahme. Es geht um eine ökonomische Beurteilung aller Maßnahmen, die dem spezifischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie der Erforderlichkeitsprüfung bereits unterworfen wurden. Es wird gezeigt, dass die These einer grundsätzlichen Subsidiarität struktureller Maßnahmen unhaltbar ist. Im Lichte des ursprünglichen Kommissionsvorschlags zu einer neuen Verordnung und auf Basis der letztlich akzeptierten Formulierung, die den irreführenden Eindruck einer Priorität verhaltensorientierter Maßnahmen gibt, wird eine Inhalt bewahrende Umformulierung von Artikel 7 vorgeschlagen.

I. Einführung

Ziel dieses Aufsatzes ist es, die juristische Basis für strukturelle Abhilfemaßnahmen im europäischen Wettbewerbsrecht und den besonders in Deutschland gehegten „Mythos“ der Subsidiarität struktureller Maßnahmen näher zu beleuchten.¹²

* Competition Division, Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD, Paris, Frankreich; Max Planck Institut Zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Bonn, Deutschland sowie Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Bonn, Deutschland. Email: maier-rigaud@microeconomics.de

¹ Für Kommentare sowie längere Diskussionen danke ich Michael Adam, Rainer Becker, Friedrich Wenzel Bulst, Lars Kjøbye, Oliver Koch, Gerhard und Remi Maier-Rigaud, Eddy de Smijter und Christian Vollrath.

Strukturelle Abhilfemaßnahmen kommen im europäischen Wettbewerbsrecht entweder im Rahmen einer Abstellungsentscheidung nach Artikel 7 VO 1/2003 oder als Verpflichtungszusage nach Artikel 9 VO 1/2003 in Frage.³ Unter Artikel 7 VO 1/2003 wird eine Zuwiderhandlung durch Entscheidung festgestellt und anhand von Abhilfemaßnahmen abgestellt. Unter Artikel 9 VO 1/2003 werden Verpflichtungszusagen, wenn sie die Bedenken der Europäischen Kommission ausräumen, für bindend erklärt ohne dass eine Zuwiderhandlung festgestellt wird.⁴

Nicht zuletzt nach einer Reihe von Entscheidungen der Kommission in den beiden E.ON-Fällen⁵, im RWE⁶- und zuletzt im ENI-Fall⁷, in denen die Kommission strukturelle Abhilfemaßnahmen für die betroffenen Unternehmen für bindend erklärt hat, ist die Frage nach dem Spielraum für strukturelle Abhilfemaßnahmen im europäischen Wettbewerbsrecht erneut aktuell.⁸ Vor diesem Hintergrund formuliert beispielsweise Klees (2009:381): „Nachdem die Kommission von der Befugnis zur Anordnung struktureller Maßnahmen im Rahmen des Art. 7 VO 1/2003 aus gutem Grund bislang noch keinen Gebrauch gemacht hat, scheint sie davon auszugehen, dass das ‚brüchige Eis‘ der strukturellen Maßnahmen tragfähiger ist, wenn sie es über Art. 9 VO 1/2003 betritt.“

Ähnlich argumentiert auch Hauser (2009:3). Seiner Ansicht nach hat die Kommission strukturelle Maßnahmen unter Artikel 7 „bewusst vermieden“, um damit „die gerichtliche

² Zur Frage der Vorzugswürdigkeit struktureller Maßnahmen, s. bspw. die OECD Council Recommendation on Structural Separation von 2001, in der OECD Länder formell festgehalten haben: „behavioural policies, unlike structural policies, do not eliminate the incentive of the regulated firm to restrict competition. [...] despite the best efforts of regulators, regulatory controls of a behavioural nature, which are intended to control the ability of an integrated regulated firm to restrict competition, may result in less competition than would be the case if the regulated firm did not have the incentive to restrict competition“. S. auch OECD (2011) Recent Experiences with Structural Separation, DAF/COMP(2011)12.

³ Eine allgemeine Einführung in die Problematik der Abhilfemaßnahmen auf europäischer Ebene sowie Ausführungen zu Artikel 7, 8 und 9 VO 1/2003 findet sich auf S. 603ff. bei Lowe/Maier-Rigaud (2008) Quo Vadis Antitrust Remedies, in Hawk (ed.), International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2007, ch. 20, 597-611.

⁴ Im Englischen bietet sich die Unterscheidung zwischen remedies (Artikel 7) und commitments (Artikel 9) an.

⁵ Die E.ON Entscheidung der Kommission vom 26.11.2008 besteht aus zwei Teilen: COMP/39.388 - Deutscher Stromgroßhandelsmarkt und COMP/39.389 - Deutscher Regelenergiemarkt. Zu den Rechtssachen E.ON und RWE s. Hellström/Maier-Rigaud/Bulst (2009) Remedies in European Antitrust Law, ALJ, 76, 43-63. Zu E.ON, Chauve/Godfried/Kovács/Langus/Nagy/Siebert (2009) The E.ON electricity cases: an antitrust decision with structural remedies, EU CPN, 1, 51-54.

⁶ Entscheidung der Kommission vom 18.03.2009 in COMP/39.402 - Gasmarktabstottung durch RWE. Zu RWE s. auch Koch/Nagy/Pucinskaite-Kubik/Tretton (2009) The RWE gas foreclosure case: Another energy network divestiture to address foreclosure concerns, EC CPN, 2, 32-34.

⁷ Die Entscheidung vom 29.09.2010 in COMP/39.315 - ENI ist besonders hervorzuheben, da in dieser Sache eine Mitteilung der Beschwerdepunkte vorliegt und eine Anhörung durchgeführt wurde bevor die Sache letztlich unter Artikel 9 entschieden wurde. S. Maier-Rigaud/Manca/von Koppenfels (2011) Strategic Underinvestment and Gas Network Foreclosure - the ENI case, EC CPN, 1. Ein Überblick aller Rechtssachen findet sich bei Koch/Gauer (2011) Energy Liberalisation and Competition Law – The Commission’s recent antitrust case practice, in Buschle et al. (eds.): European Energy Law Helbing & Lichtenhahn.

⁸ Bereits zur Einführung der VO 1/2003 gab es im Konsultationsverfahren heftige, vor allem auch durch die Industrie verursachte, Diskussionen. S. bspw. Hauser (2009) Strukturelle Maßnahmen im europäischen Kartellverfahrensrecht. Primärrechtliche Zulässigkeit und Anforderungen an eine Anordnung im Einzelfall, Heymann, S. 62.

Überprüfung einer mit strukturellen Maßnahmen verbundenen Verfahrensbeendigung“ zu umgehen.

Klees (2009:381), der in seinem Artikel vor allem Artikel 9 im E.ON Fall behandelt, führt aus, dass auch unter Artikel 9 „die grundsätzliche Subsidiarität struktureller Maßnahmen“ Geltung habe.⁹ Neben generellen Vorbehalten bezüglich der E.ON Entscheidung, unterstellt *Klees* der Kommission ein grundsätzliches Missverständnis bezüglich der Anwendung von Abhilfemaßnahmen.¹⁰

Eine Auseinandersetzung mit Artikel 7 ist auch aus folgenden Gründen angebracht: Nachdem VO 1/2003 die Anwendung substantiellen europäischen Wettbewerbsrechts für nationale Wettbewerbsbehörden und nationale Gerichte für die Fälle bindend gemacht hat, in denen der Handel zwischen den Mitgliedstaaten der EU beeinträchtigt sein könnte, harmonisiert Artikel 5 VO 1/2003 nationale Sanktionen, also auch Abhilfemaßnahmen struktureller Art, nicht.¹¹ Auch wenn strukturelle Maßnahmen nach Artikel 7 nicht Teil des bindenden substantiellen Rechts sind, bleibt eine Klärung der verfahrensrechtlichen Grundlagen für strukturelle Maßnahmen im EU Recht für nationale Wettbewerbsbehörden relevant, da ihnen ein gewisser Spielraum in diesem Bereich mindestens für die Fälle verbleibt, die substantiell nach EU Recht zu entscheiden sind. Das heißt, wenn europäisches Recht anzuwenden ist, aber strukturelle Maßnahmen nach nationalem Recht nicht in Frage kommen, könnten diese dennoch notwendig sein und Anwendung finden, wenn alternative verhaltensorientierte Maßnahmen eine Gefahr für die

⁹ Der Artikel entstand nach dem Urteil des Gerichts der europäischen Union aber vor dem des Gerichtshofs in der Rechtsache *Alrosa*, was zumindest einige der im Artikel gemachten kategorischen Aussagen relativieren dürfte. Auch wenn man die Einschätzungen *Klees* zu Artikel 7 nicht teilt, kann man das Urteil des Gerichtshofs – wohl mit *Klees* – für bedenklich halten. S. dazu auch *Lowe* und *Maier-Rigaud* (2008) (s.o.) sowie *Hauser* (2009:206) (s.o.). Es sollte jedoch nicht vergessen werden, dass im Urteil im Gegensatz zu Rdn. 61 z. B. unter Rdn. 41 der Kommission auch Grenzen gesteckt werden. „Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch die Kommission beschränkt sich im Zusammenhang mit Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 auf die Prüfung, ob die fraglichen Verpflichtungszusagen, die von der Kommission gegenüber den beteiligten Unternehmen mitgeteilten Bedenken ausräumen und diese Unternehmen keine weniger belastenden Verpflichtungszusagen angeboten haben, die den Bedenken ebenfalls in angemessener Weise gerecht würden.“ (Urteil vom 29 Juni 2010 in Rs. C-441/07 P, Hervorhebung nicht im Original). Begründungen dafür, warum das Urteil dennoch unproblematisch sein könnte, finden sich in *Adam/Maier-Rigaud* ZfW 2009. Dort wird auch diskutiert, inwiefern Aussagen der Realität entsprechen, mit Artikel 9 könnte die Kommission unter Androhung hoher Geldbußen den Unternehmen „radikale“ (!) Zusagen abpressen, wie dies bspw. in *Schweitzer* (2008) Commitment decisions under Art. 9 of Regulation 1/2003: The developing EC practice and case law, in: *Claus-Ehlermann* und *Marquis* (eds.), *European Competition Law Annual*, 547-579, S. 570f. behauptet wird: „trading off the imposition of a potentially high fine against a commitment by the defendant to implement a radical structural remedy the proportionality of which is controversial .. may be a legally questionable strategy“.

¹⁰ *Klees* WuW 2009 S. 381 „Was die Kommission insoweit in ihrer Entscheidung bietet, ist alles andere als überzeugend und scheint zudem von einem grundsätzlichen Missverständnis des Verhältnisses von verhaltensorientierter und struktureller Abhilfemaßnahme geprägt zu sein.“ *Klees* bezieht sich an dieser Stelle auf Rdn. 86 der Kommissionsentscheidung in E.ON in der, wie noch zu zeigen sein wird, völlig richtig argumentiert wird: „There is no equally effective behavioural remedy to a divestment of E.ON’s Transmission System Business, [...] The balancing market is organised on a quarter of an hour basis and its management by the system operator takes place on a continuous basis. Therefore a behavioural remedy controlling E.ON’s purchasing behavior on a quarter of an hour basis would have been very difficult to administer. Even if a behavioural remedy controlling E.ON’s purchasing behavior was possible to administer it would have created a higher burden for E.ON than the structural solution proposed voluntarily by E.ON to sell its network.“

¹¹ S. dazu S. 115 in *de Smijter/Kjølbye* (2007) The Enforcement System Under Regulation 1/2003, S. 87-180 in *Faull* und *Nikpay* (eds.), *The EC Law of Competition*, 2nd ed., Oxford University Press.

wirksame Anwendung und Durchsetzung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft bedeuten würden.¹²

Darüber hinaus soll dieser Beitrag auch zu einer Diskussion von § 32 GWB im Rahmen einer GWB Novellierung beitragen und für die Entflechtungsdiskussion hilfreich sein.

¹² S. de Smijter und Kjølbbye (2007:114) (s.o.). Davon abgesehen ist die Europäische Kommission natürlich immer in der Lage, der nationalen Wettbewerbsbehörde die Zuständigkeit zu entziehen und zwar durch ein eigenes Verfahren nach Artikel 11(6) VO 1/2003, in dem dann strukturelle Maßnahmen verhängt werden können.

II. Der „Mythos“ um Artikel 7 Abs. 1 VO 1/2003

In Artikel 7, Feststellung und Abstellung von Zuwiderhandlungen, der VO 1/2003 steht in Absatz 1: *„Stellt die Kommission auf eine Beschwerde hin oder von Amts wegen eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 81 oder Artikel 82 des Vertrags fest, so kann sie die beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen. Sie kann ihnen hierzu alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die gegenüber der festgestellten Zuwiderhandlung verhältnismäßig und für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich sind. Abhilfemaßnahmen struktureller Art können nur in Ermangelung einer verhaltensorientierten Abhilfemaßnahme von gleicher Wirksamkeit festgelegt werden, oder wenn letztere im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen struktureller Art mit einer größeren Belastung für die beteiligten Unternehmen verbunden wäre. Soweit die Kommission ein berechtigtes Interesse hat, kann sie auch eine Zuwiderhandlung feststellen, nachdem diese beendet ist.“*¹³

Ein durchaus repräsentatives Beispiel für die Interpretation von Artikel 7 Abs. 1 VO 1/2003 findet sich bei Klees¹⁴, der behauptet: *„Will die Kommission im Rahmen einer Abstellungsverfügung eine strukturelle Maßnahme verhängen, muss sie somit zunächst prüfen, ob verhaltensorientierte Maßnahmen in Betracht kommen, die die Zuwiderhandlung ebenfalls wirksam abzustellen vermögen. Ist das der Fall, kommen strukturelle Maßnahmen grundsätzlich nicht in Betracht – ein Ergebnis, das sich auch ohne ausdrückliche Anordnung der Subsidiarität der strukturellen Maßnahme in der VO 1/2003 ergeben hätte.“*¹⁵

In dieser Interpretation von Artikel 7 Abs. 1 VO 1/2003 verbergen sich zwei unterschiedliche Thesen, die hier behandelt werden sollen. Erstens wird, wie noch zu zeigen sein wird, eine bestimmte Interpretation des *wirksamen Abstellens*, die der des GWB in der 7. Novelle nach Anpassung an EU Recht ähnelt, auch dem europäischen Recht als Kriterium untergeschoben. Zweitens wird argumentiert, dass VO 1/2003 eine „ausdrückliche Anordnung der Subsidiarität struktureller Maßnahmen“ vorsieht. In Verquickung beider Thesen wird dann behauptet, dass eine solche explizite Präferenz für verhaltensorientierte Maßnahmen gar nicht notwendig wäre, da sich bereits aus der (implizit angenommenen) höheren Eingriffsintensität struktureller Maßnahmen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erübrige (!) solange zumindest eine verhaltensorientierte Maßnahme existiert, die in der Lage ist, Zuwiderhandlung (mindestens) *wirksam* abzustellen.

Solche Interpretationen finden sich allerdings nicht nur in der deutschsprachigen Literatur. Auch beispielsweise O'Donoghue und Padilla¹⁶ behaupten eine „strong presumption that structural remedies are disproportionate“. In ähnlicher Weise wird von diesen Autoren auch behauptet, dass „in implicit recognition of their highly intrusive nature, Article 7 (1) of Regulation 1/2003 makes

¹³ Hervorhebungen nicht im Original.

¹⁴ S. 155f. in Klees (2005) Europäisches Kartellverfahrensrecht. Mit Fusionskontrollverfahren, Heymann.

¹⁵ S. auch Klees/Hauser WuW 2007 S. 602: „Zu Recht legt daher Art. 7 Abs. 1 Satz 3 VO 1/2003 die Latte für strukturelle Maßnahmen hoch“ sowie Schwarze/Weitbrecht, (2004) Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts. Die Verordnung (EG) Nr. 1/2003, Nomos Verlag, §6, Rn. 43.

¹⁶ S. 682 in O'Donoghue/Padilla (2006) The Law and Economics of Article 82 EC, Hart Publishing.

clear that structural remedies are only to be employed in exceptional circumstances”¹⁷. Siehe auch *Wind*¹⁸: “Priority is given to behavioral remedies, as structural remedies are used only if it is not possible to use the first.”

In den folgenden Abschnitten werden die beiden oben genannten Thesen, die den „Mythos“ um Artikel 7 ausmachen, kritisch beleuchtet. Zunächst wird argumentiert, dass die Frage der Wirksamkeit einer Maßnahme, zumindest in Artikel 7 Abs. 1 Satz 3, keine sogenannte binäre Frage ist, nach der potentiell eine ganze Reihe von Maßnahmen entweder als wirksam oder unwirksam angesehen werden müssten. Es geht im Gegenteil um die Frage der wirksamsten Maßnahme, also letztlich um eine ökonomische Beurteilung aller Maßnahmen, die dem spezifischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (gegenüber der festgestellten Zuwiderhandlung) sowie der Erforderlichkeitsprüfung des zweiten Satzes bereits unterworfen wurden.¹⁹

Schließlich wird dargelegt, dass die These, nach der verhaltensorientierte Maßnahmen in VO 1/2003 gegenüber Maßnahmen struktureller Art zu bevorzugen sind, unhaltbar ist.

Im letzten Abschnitt wird unter Bezug auf den ursprünglichen Kommissionsvorschlag zu einer neuen Verordnung (VO 1/2003) eine klarere Formulierung von Artikel 7 Abs. 1 Satz 3 vorgeschlagen sowie Erwägungsgrund (12) VO 1/2003 diskutiert.

¹⁷ *O'Donoghue* und *Padilla* (2006:735), s.o.. S. auch *Adam* und *Maier-Rigaud* (2009:142) (s.o.) für eine Kritik an *O'Donoghue* und *Padilla* (2006:736), die bspw. auch meinen, dass es bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung im europäischen Wettbewerbsrecht hauptsächlich um eine Abwägung zwischen der Belastung des Unternehmens durch die Abhilfemaßnahme und der Wichtigkeit, mit der die Zuwiderhandlung abgestellt werden sollte, geht.

¹⁸ S. 659 in *Wind* (2005) Remedies and Sanctions in Article 82 of the EC Treaty, ECLR, 12, 659-668.

¹⁹ Zur Frage der Verhältnismäßigkeit sind zwei Argumentationsschienen zu unterscheiden. Zum einen stellt sich die juristische Frage nach eventuell verletzen Grundrechten. In dieser Frage ist weitgehend *Hauser* (2009:169ff) (s.o.) zu folgen, der die primärrechtliche Zulässigkeit von strukturellen Maßnahmen ausgiebig diskutiert und bejaht. Das trifft auch auf *Müller-Tautphaeus* (2003) Abhilfebefugnisse der Europäischen Kommission im Wettbewerbsrecht, Schmidt (Otto), S. 287 zu, der strukturelle Maßnahmen nicht einmal als Enteignung einstuft. Eine zweite Argumentationslinie, die auch im Hinblick auf die deutsche Entflechtungsdiskussion von Interesse ist, ergibt sich im Hinblick auf die Frage, ob sich Firmen in einer solchen Situation überhaupt auf Grundrechte berufen können sollten. Nicht zuletzt die im Joosten Entwurf vorgeschlagenen Dekonzentrierungsmaßnahmen der deutschen Wirtschaft sowie auch die Forderung nach der “Rücksichtslose(n) Entmachtung der Privatwirtschaft, Entprivatisierung der dann noch verbleibenden Marktmacht” in *Böhm* (1947) Kartellauflösung und Konzernentflechtung, Spezialistenaufgabe oder Schicksalsfrage?, SJZ, Jg. II S. 503, deuten eine Antwort an. Zu dieser wichtigen Frage als auch der Genese des GWB und der damit eng verbundenen Frage der Unterschiede zwischen ordoliberalen und neoliberalen Verständnis von Wettbewerbspolitik s. *Maier-Rigaud* (2012) On the Normative Foundations of Competition Law - Efficiency, Political Freedom and the Freedom to Compete, in *Zimmer* (ed.) Goals of Competition Law, Edward Elgar.

III. Was bedeutet „wirksame Abstellung“?

Einer der Gründe für die These der Subsidiarität struktureller Maßnahmen liegt in der Interpretation der Begriffe „wirksame Abstellung“ und „von gleicher Wirksamkeit“.

Im Kontrast zur oben bereits angeführten deutschen Fassung bietet sich der Vergleich zu relevanten Passagen des englischen und französischen Textes von Artikel 7 Abs. 1 an:

„For this purpose, it may impose on them any behavioural or structural remedies which are proportionate to the infringement committed and necessary to bring the infringement *effectively* to an end. Structural remedies can only be imposed either where there is no equally effective behavioural remedy or where any *equally effective* behavioural remedy would be more burdensome for the undertaking concerned than the structural remedy.“²⁰

„A cette fin, elle peut leur imposer toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale, qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire *pour faire cesser effectivement l'infraction*. Une mesure structurelle ne peut être imposée que s'il n'existe pas de mesure comportementale qui soit *aussi efficace* ou si, à efficacité égale, cette dernière s'avérait plus contraignante pour l'entreprise concernée que la mesure structurelle.“²¹

Aufschlussreich ist in diesem Kontext vor allem der Vergleich der in der englischen, der deutschen und der französischen Fassung verwendeten Begriffe. In der englischen Fassung wird das Wort „effectively“ im zweiten Satz und „effective“ im dritten Satz benutzt. Die deutsche Fassung verwendet die Begriffe „wirksame“ und „Wirksamkeit“. In der französischen Fassung kommen unterschiedliche Wörter zum Einsatz, nämlich „effectivement“ (im Sinne von tatsächlich) im zweiten Satz sowie „efficace“ (im Sinne von effektiv oder wirksam, also zielerreichend) im dritten Satz. Ein Vergleich mit Erwägungsgrund (12) zeigt einen weiteren Unterschied auf, da lediglich in der deutschen Fassung die Begriffe verändert werden und von „effektiven Abstellung“ (Erwägungsgrund (12)) und nicht „wirksamen Abstellung“ wie unter Artikel 7 Abs. 1 die Rede ist.²²

Der Begriff der „gleichen Wirksamkeit“, „aussi efficace“ oder „equally effective“ im dritten Satz des Artikel 7 Abs. 1 deutet darauf hin, dass es sich um eine Frage der „effektiveren“ oder

²⁰ Hervorhebungen nicht im Original. Die englische Fassung ist in der Regel dem deutschen oder französischen Text vorzuziehen, da nicht nur alle vorbereitenden Arbeiten zur VO 1/2003 in dieser Sprache angefertigt und erst später übersetzt wurden, sondern auch fast alle Diskussionen auf Englisch stattfanden.

²¹ Hervorhebungen nicht im Original.

²² Leider findet sich in der sonst sehr ausführlichen Arbeit von Hauser (2009) (s.o.) keine Diskussion zur Interpretation der „gleichen Wirksamkeit“, auch wenn Hauser die Fragestellung durch Klees (2005) (s.o.) bekannt sein dürfte und auch in Klees und Hauser (2007:603) (s.o.) davon die Rede ist, dass es „nicht auf die gleiche Wirksamkeit, sondern auf die ausreichende Wirksamkeit ankommen muss“. Selbstverständlich wäre es möglich, die Diskussion auf die Frage zu verschieben, welche Maßnahme ausreichende Wirksamkeit entfaltet, wie dies auch in einer klassischen deutschen Verhältnismäßigkeitsprüfung der Fall wäre. Gerade im Wettbewerbsrecht wäre es jedoch falsch zu verkennen, dass es schlechterdings nicht nur um die Zielerreichung gehen kann, sondern auch um die Frage, mit welcher Effizienz das Ziel erreicht wird, d.h. unter welchen gesellschaftlichen Kosten.

„wirksameren“ Maßnahme handelt, da sonst die Frage hier nicht die nach „gleicher Wirksamkeit“, sondern lediglich die nach „Wirksamkeit“ als solcher wäre. „Wirksamkeit“ in diesem Sinne wäre demnach ein binäres Konzept, nach dem eine Maßnahme entweder wirksam ist oder eben nicht. Auch eine Interpretation von „gleicher“ im Sinne von „auch“, „ebenbürtig“ oder „ausreichend“ ist wenig überzeugend, da man in diesem Fall den gesamten Textbaustein „von gleicher Wirksamkeit“ hätte komplett weglassen oder zumindest auf das Wort „gleicher“ hätte verzichten können.²³ Dass die französische Fassung im zweiten Satz das Wort „effectivement“ nutzt und im dritten Satz „efficace“ kann als eindeutiger Sprachregelung gedeutet werden.

Im Gegensatz dazu manifestiert sich die abweichende Interpretation von Artikel 7 Abs. 1 bereits im an EU Recht angepassten GWB, in dem von „wirksamer Abstimmung“ die Rede ist und daher Fragen von wirksamerer Abstimmung, also einer nicht-binären, graduellen Interpretation des Wirksamkeitskonzeptes, von vornherein ein Riegel vorgeschoben ist. In §32(2) GWB liest man: *„Sie kann hierzu den Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen alle Maßnahmen aufgeben, die für eine wirksame Abstimmung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind.“*

Obwohl mit der am 1. Juli 2005 in Kraft getretenen 7. Novelle des GWB der § 32 GWB an europäisches Recht angepasst wurde und zu diesem Zeitpunkt auch der oben zitierte Passus eingeführt wurde, ging es dabei hauptsächlich um die positive Tenorierung, also die Möglichkeit ein Verhalten anzuordnen.²⁴ So wird auch in der Gesetzesbegründung betont, dass anders als im europäischen Recht „§ 32 jedoch keine ausdrückliche Regelung über sog. strukturelle Maßnahmen“²⁵ trifft. § 32 GWB ist daher eine etwas zögerliche Anpassung von deutschem an europäisches Recht, da eine unterschiedliche Interpretation des Wirksamkeitskonzeptes gewählt wird.²⁶

Auch wenn Satz 2 Artikel 7 Abs. 1 VO 1/2003 in diesem Sinne interpretiert werden könnte, ist es falsch, die binäre Idee der „wirksamen Abstimmung“ des GWB auf Satz 3 von Artikel 7 Abs. 1 sowie auf den gesamten Artikel 7 VO 1/2003 zu projizieren, da es hier, im Gegensatz zum erklärten Ziel der deutschen Gesetzesanpassung, ja gerade um eine über Satz 2 hinausgehende weitere Qualifizierung von verhaltensorientierten und strukturellen Maßnahmen geht.

²³ Klees (2005:155) (s.o.) schlägt genau diese Interpretation vor und behauptet, dass bei „richtiger Lesart“ Artikel 7 Abs. 1 Satz 3 wie folgt lauten müsste: „Abhilfemaßnahmen struktureller Art können nur in Ermangelung einer verhaltensorientierten Abhilfemaßnahme von *ausreichender* Wirksamkeit festgelegt werden ...“. Vgl. wiederum Klees und Hauser (2007) (s.o.). Dies ist aus den oben bereits angeführten Gründen nicht sehr überzeugend, zumal die Verquickung von Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinne) und Wirksamkeit, wie noch zu zeigen sein wird, problematisch ist und die Notwendigkeit der Verhältnismäßigkeit erstens, wie Klees selbst sagt „eine Selbstverständlichkeit!“ ist und zweitens bereits in Artikel 7 Abs. 1 Satz 2 abgehandelt wird. Daher würde es wenig Sinn machen, hier erneut die Frage der Verhältnismäßigkeit vor allem in solch kryptischer Weise anzusprechen. Dies ändert sich auch nicht mit Blick auf Erwägungsgrund (12).

²⁴ „In Anlehnung an das europäische Recht sieht § 32 nunmehr ausdrücklich die Befugnis der Kartellbehörden vor, den betroffenen Unternehmen alle geeigneten Maßnahmen zur Abstimmung eines verbotenen Verhaltens aufzugeben.“ BT-Drucks. 15/3640, S. 33.

²⁵ BT-Drucks. 15/3640, S. 33. Dort wird auch festgehalten, dass die „offene Formulierung des § 32 [schließt] Eingriffe in die Unternehmenssubstanz nicht grundsätzlich aus(schließt)“.

²⁶ Selbstverständlich läßt sich auch hier wieder streiten, was im konkreten Fall eine wirksame Abstimmung bedeutet.

Dem § 32 GWB liegt nicht nur ein anderes Wirksamkeitskonzept zugrunde, sondern es werden auch keinerlei Aussagen über eine mögliche Unterscheidung verhaltensorientierter oder struktureller Maßnahmen gemacht. Eine ökonomisch zu begründende Unterscheidung wäre auch nur dann sinnvoll, wenn aus dieser Unterscheidung auch eine unterschiedliche Behandlung folgen würde. Dies ist aber, wie zu zeigen sein wird, auch in Artikel 7 Abs. 1 nicht oder nur sehr begrenzt der Fall, so dass der Vorteil des europäischen Rechts lediglich in der differenzierten Fassung des Wirksamkeitskonzepts zu sehen ist. Unabhängig von Kategorisierungen geht es in VO 1/2003 natürlich um die wirksamste, noch verhältnismäßige und erforderliche Abstellung der Zuwiderhandlung.²⁷

Um das Wirksamkeitskonzept sowie das in Verordnung 1/2003 genannte Verhältnismäßigkeitskonzept richtig einzuordnen, soll die klassisch deutsche Verhältnismäßigkeitsprüfung kurz beleuchtet werden.

Die deutsche Verhältnismäßigkeitsprüfung beruht auf vier zu prüfenden Elementen: legitimer Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit (oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne). Im Rahmen der hier behandelten Frage erübrigt es sich, auf die Frage des legitimen Zwecks sowie auf die Frage der Angemessenheit, beziehungsweise der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne einzugehen.²⁸ Es bleibt also die Frage nach der Geeignetheit und der Erforderlichkeit struktureller Maßnahmen. Nachdem jede Abhilfemaßnahme als geeignet einzustufen ist, solange sie die Zielerreichung kausal bewirkt, also der Zweck, d.h. die „wirksame Abstellung“ erreicht wird, bleibt die Frage der Erforderlichkeit.²⁹ Die Erforderlichkeitsprüfung entspringt dem Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs, ist also die Frage nach dem milderen Mittel.³⁰ Sollte keine andere Abhilfemaßnahme gleicher Eignung zur Verfügung stehen, die das betroffene Unternehmen oder die Allgemeinheit weniger belastet, existiert also keine andere Maßnahme, die in gleicher oder sogar besserer Weise

²⁷ Dass man auf deutscher Seite meint, das GWB weiter an Artikel 7 Abs. 1 anpassen zu müssen, wird in der Regel damit motiviert, dass dem § 32 GWB keine Präferenz von verhaltensorientierten Maßnahmen unterliegt (S. allerdings BT-Drucks. 15/3640, S. 33). Eine wesentlich sinnvollere Anpassung wäre allerdings nicht die explizite Nennung struktureller Maßnahmen, sondern die Übernahme des europäischen Wirksamkeitskonzepts.

²⁸ Strukturelle sowie verhaltensorientierte Maßnahmen verfolgen denselben legitimen Zweck, darüber hinaus sind strukturelle Abhilfemaßnahmen im Wettbewerbsrecht wohl grundsätzlich als Angemessen anzusehen, da die Nachteile, also Eingriffe in die Eigentumsrechte, nicht völlig außer Verhältnis mit den Vorteilen der wirksamen Abstellung des Wettbewerbsverstoßes stehen. Selbst wenn dies bezweifelt werden sollte, ist Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne bisher von den Gegnern struktureller Abhilfemaßnahmen noch nicht als Argument ins Feld geführt worden.

²⁹ Selbstverständlich ist es denkbar, dass verhaltensorientierte Maßnahmen im Rahmen einer spezifischen Geeignetheitsprüfung ausgeschlossen werden, wenn sie den Zweck der „wirksamen Abstellung“ nicht erfüllen. Eine verhaltensorientierte Maßnahme könnte zwar durchaus zur Abstellung, aber eben nicht zur *wirksamen* Abstellung führen. Die Möglichkeit einer solchen Unterscheidung ergibt sich bereits aus der Feststellung, dass eine Maßnahme nur dann wirksam ist, wenn sie das Wettbewerbsproblem auch für die Zukunft behebt (*Dalheimer/Feddersen/Miersch* (2005) EU-Kartellverfahrensordnung – Kommentar zu VO 1/2003, C.H. Beck, S. 56). Demnach gäbe es also durchaus Maßnahmen die zwar kurzfristig zu einer wirksamen Abstellung führen, langfristig aber dazu nicht in der Lage sind und daher insgesamt nicht als wirksame Maßnahmen anzusehen sind.

³⁰ Unter Erforderlichkeit wird manchmal auch die Prüfung der Geeignetheit subsumiert. Zur Erforderlichkeit und zur Verhältnismäßigkeitsprüfung allgemein s. bspw. *Pieroth/Schlink* (2010) Grundrechte: Staatsrecht II, 26. Auflage, C.F. Müller oder *Degenhart* (2010) Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht – Mit Bezügen zum Europarecht, 26. Auflage, C.F. Müller.

geeignet ist, den Zweck, also die „wirksame Abstellung“ zu erreichen und gleichzeitig ein milderer Mittel darstellt, ist die betrachtete Maßnahme als erforderlich einzustufen.

In dieser klassischen deutschen Verhältnismäßigkeitsprüfung wird die Idee der „wirksamen Abstellung“ also bereits im Rahmen der Geeignetheit (im negativen Sinne) sowie im Rahmen der Erforderlichkeit (im positiven Sinne) mitgedacht. Es wäre im Rahmen einer konkreten Prüfung also durchaus möglich, wie bereits in Fußnote 29 beschrieben, verhaltensorientierten Maßnahmen die Wirksamkeit und damit die Geeignetheit abzusprechen³¹, selbst wenn diese zu einer Abstellung, aber eben nicht zu einer *wirksamen* Abstellung des wettbewerbswidrigen Verhaltens führen. Diese Interpretationsmöglichkeit gilt natürlich nicht nur für Art. 7 VO 1/2003, sondern auch für Abhilfemaßnahmen nach § 32 GWB.

Diese Herangehensweise, das heißt, *weniger wirksamen* aber dennoch *wirksamen* Maßnahmen einfach die Wirksamkeit abzusprechen, erscheint einem an die deutsche Verhältnismäßigkeitsprüfung gewohnten Leser sicherlich kohärenter. Dies wäre auch mit der Auffassung von Wirksamkeit als offenem Rechtsbegriff der einer Würdigung bedarf kompatibel.³² Allerdings deckt sich dies nicht mit Artikel 7 und wäre auch ökonomisch eine unpräzise Herangehensweise, da es ja um graduelle (aber deshalb nicht zwingend unbedeutende) Unterschiede geht und nicht um eine Zielverfehlung, also eine unwirksame Maßnahme.

Selbst wenn Wirksamkeit oder das Synonym Effektivität sprachgebräuchlich nicht steigerungsfähig scheinen, ist das Wirksamkeitskonzept von Art. 7 VO 1/2003 graduell und nicht binär. Erschwerend kommt hinzu, dass es zwar verlockend ist europäische Begriffe, beispielsweise Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit wie sie in Artikel 7 und im Erwägungsgrund (12) der VO 1/2003 auftauchen, mit den in der deutschen Verhältnismäßigkeitsdogmatik verwendeten Termini und Konzepten zu verbinden, dies aber der unterschiedlichen Bedeutung der Begriffe ungenügend Rechnung trägt.³³

Letztlich dürften die von Klees und anderen ins Feld geführten Argumente auch kaum in der Lage sein, „wirksamen“ (im binären Sinne) Maßnahmen das Wort zu reden, solange wirksamere Maßnahmen zur Verfügung stehen, die nach Artikel 7 Abs. 1 Satz 2 bereits als verhältnismäßig befunden wurden. Es geht also nicht um eine Aushebelung der auf die Zuwiderhandlung

³¹ Dies ist eine etwas vereinfachte Darstellung, in der davon ausgegangen wird, dass wenn man verhaltensorientierten Maßnahmen die Geeignetheit abspricht, dann im Gegenzug die Erforderlichkeit von strukturellen Verhaltensmaßnahmen bewirkt.

³² S. S. 205 in *Emmerich-Fritsche* (2000) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtssetzung, Duncker & Humblot, die eine „Zielerreichungseffizienz“ aufgrund des Übermaßverbots ausschließt und von einer „Gerade-noch-Effizienz“ spricht. Unterstellt man dass mit geringerer Effizienz auch die Eingriffsintensität abnimmt, gilt es in der Tat die am wenigsten Effiziente aber gerade noch effektive Maßnahme auszusuchen. S. auch S. 212.

³³ S. *Calliess/Ruffert* (2007) EUV/ AEUV Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 3. Auflage, C.H. Beck, A.I.I. Rn. 51. S. auch *Koch* (2003) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Duncker & Humblot, S. 198 und 254 sowie *Kischel* (2000) Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof, EuR, 35, 380-402 S. 383: „Benutzt der EuGH Begriffe wie ‚geeignet‘, ‚erforderlich‘ oder ‚notwendig‘, so sind damit zwar möglicherweise, aber nicht notwendig immer die entsprechenden Teilaspekte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Sinne der deutschen Terminologie und Dogmatik (geeignet, erforderlich, angemessen) gemeint.“

bezogenen Verhältnismäßigkeitsprüfung, sondern um die ökonomisch berechtigte Frage einer möglichst wirksamen Abstellung der Zuwiderhandlung. Wenn aber Wirksamkeit eine Frage von Zielerreichung ist, dann kann eine wirksamere Maßnahme nur eine Maßnahme sein, die zwar genauso wie die wirksame Maßnahme das Ziel erreicht, dies aber in einer effizienteren Weise.³⁴ Gerade im Rahmen des Wettbewerbsrechts wäre es geradezu paradox, Effizienzgesichtspunkte³⁵ nicht zu berücksichtigen und auf einer formellen Zielerreichung zu beharren, solange die in Betracht stehenden wirksameren Maßnahmen auch verhältnismäßig im Sinne von VO 1/2003 sind.

Verhältnismäßigkeit im Sinne der VO 1/2003 tendiert eher zur deutschen Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, das heißt salopp gesagt, dass man nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen sollte und dass durchaus eine ganze Reihe von Maßnahmen verhältnismäßig sein können.³⁶ Die in Artikel 7 VO 1/2003 und im Erwägungsgrund genannte Verhältnismäßigkeit ist daher nicht als ultimativer Selektionsmechanismus ausgelegt, sondern als allgemeiner Filter, der im Ergebnis eben gerade nicht auf eine einzige Maßnahme als die allein Verhältnismäßige abhebt. Auch Erforderlichkeit in Art. 7 VO 1/2003 oder „erforderlich“ oder „necessary“ in der englischen Fassung bezieht sich daher nicht auf die deutsche Erforderlichkeitsprüfung, sondern auf die Frage, ob die Maßnahmen grundsätzlich in der Lage sind, das Wettbewerbsproblem zu lösen und keine Aspekte betreffen, die gar nicht Gegenstand des Verfahrens sind oder über die wirksame Abstellung des identifizierten Wettbewerbsverstoßes hinausgehen.

Einer der sich daraus ergebenden wesentlichen Unterschiede zwischen dem klassisch deutschen Verhältnismäßigkeitstest und Verhältnismäßigkeit im Sinne der VO 1/2003 ist, dass die Wirksamkeit einer Maßnahme genauso wenig über ihre Verhältnismäßigkeit aussagt wie die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme über ihre Wirksamkeit. Eine wirksamere, also effizientere Maßnahme darf daher auch nicht mit einem weniger milden Mittel verwechselt werden.

³⁴ Interessant wäre es zu beleuchten, inwiefern diese Möglichkeit, wenn auch nicht in dieser Form, nicht auch in der Erforderlichkeitsprüfung im klassisch deutschen Sinne angedacht ist. Nachdem in der Erforderlichkeitsprüfung nicht nur auf die Belastung der Betroffenen, sondern auch auf die Belastung der Allgemeinheit abgehoben wird, könnten Effizienzgesichtspunkte möglicherweise doch Berücksichtigung finden.

³⁵ Zur Rolle der Effizienz im Kartellrecht s. bspw. Rdn. 986 in *Kerber/Schwalbe* (2007) *Ökonomische Grundlagen des Wettbewerbsrechts*, in *Hirsch et al.* (eds.), *Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, Band 1, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, S. 238 – 430; Rdnr. 960 – 1531.

³⁶ S. Europäische Kommission (2003) Bericht der Kommission „Bessere Rechtsetzung 2003“ gemäß Artikel 9 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, 11. Bericht, KOM(2003)770 endgültig, S. 20: “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz lässt dem Unionsgesetzgeber grundsätzlich einen weiten Entscheidungsspielraum. Die Beurteilung der Geeignetheit und der Erforderlichkeit des Mittels gestaltet sich oft schwierig. In den meisten Fällen wird eine Reihe von Möglichkeiten geben, die dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen.” S. auch *Kischel* (2000:386f.) (s.o.).

IV. Grundsätzliche Subsidiarität struktureller Maßnahmen?

Die Vorstellung, verhaltensorientierte Maßnahmen sollten strukturellen Maßnahmen gegenüber bevorzugt Verwendung finden, kann bei oberflächlicher Lektüre der relevanten Passagen der VO 1/2003 leicht entstehen. Ein genauer Blick auf Artikel 7 Abs. 1, selbst in seiner deutschen Fassung, zeigt jedoch, dass zwar der erste Eindruck, aber weder der Wortlaut noch die logische Struktur eine solche Interpretation erlauben.

Das oberste Ziel wettbewerbspolitischen Handelns ist nicht irgendeine, sondern eine ökonomisch möglichst effiziente Abstellung der Zuwiderhandlung. Dies folgt direkt aus der Begründung für die Existenz einer Wettbewerbspolitik, die vor allem in den letzten Jahren den Schwerpunkt auf Effizienz gelegt hat.³⁷ Der Rechtsprechung in der Sache Ufex folgend sind unter „wirksamer Abstellung“ zusätzlich auch nachwirkende Effekte gemeint, die vom ursprünglichen Verhalten völlig entkoppelt sein können, aber eben dennoch durch dieses Verhalten erzeugt wurden.³⁸ Dies schließt strukturelle Maßnahmen grundsätzlich ein.

Nach Artikel 7 kommt jede Maßnahme in Frage, die eine „wirksame“ Abstellung der Zuwiderhandlung verspricht, solange sie auch verhältnismäßig³⁹ und erforderlich ist. In anderen Worten, der zweite Satz von Artikel 7 Abs. 1 stellt klar, dass *alle* Maßnahmen, seien sie struktureller oder verhaltensorientierter Art in Betracht kommen, solange sie in Bezug auf die Zuwiderhandlung verhältnismäßig (angemessen) und für die wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich sind.⁴⁰ Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit sind daher Kriterien, die *alle* wirksamen Abhilfemaßnahmen selbstverständlich erfüllen müssen. Das substantielle Kriterium von Artikel 7 bleibt jedoch Wirksamkeit, d.h. es gilt die wirksamste aller erforderlichen und verhältnismäßigen Maßnahmen zu wählen. Laut *Dalheimer et al.* (2005:56) ist die Kommission richtigerweise „nicht gehalten, eine weniger wirksame verhaltensorientierte Maßnahme zu wählen, wenn eine strukturelle Maßnahmen besser geeignet ist, die Zuwiderhandlung wirksam abzustellen.“⁴¹

³⁷ Wenn also einer der wesentlichen Gründe für wettbewerbspolitische Maßnahmen die gesteigerte Effizienz wirtschaftlicher Prozesse bei funktionierendem Wettbewerb ist, wäre es inkonsequent bei der Durchsetzung von Wettbewerb grundsätzlich auf Effizienzgesichtspunkte zu verzichten auch wenn in einigen Fällen ein trade-off zwischen Effizienz und erhöhten Grundrechteeingriffen besteht.

³⁸ Zur Rs. Ufex s. *Hellström et al.* (2009:45f.) (s.o.). S. auch *Dalheimer et al.* (2005:56) (s.o.) „Eine Maßnahme ist nur dann wirksam, wenn sie das festgestellte Wettbewerbsproblem *für die Zukunft behebt*.“

³⁹ Zur Frage der Grundrechte s. insbesondere Rs. C-308/04 P, SGL Carbon AG v. Kommission, 2006 E.C.R: I-5977, deren Rdn. 108 auch für Abhilfemaßnahmen Geltung haben könnte: „Zu dem aus der Freiheit wirtschaftlicher Tätigkeiten und dem Eigentumsrecht abgeleiteten Argument der Rechtsmittelführerin genügt der Hinweis, dass diese Grundsätze Beschränkungen aufgrund des Allgemeininteresses unterliegen und dass sie im Kontext der Festsetzung einer Geldbuße wegen Verletzung des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft nicht herangezogen werden können.“ Vgl. *Hellström et al.* (2009:49) (s.o.).

⁴⁰ Vgl. dazu die verbundenen Rechtssachen C-241/91 P und C-242/91 P, Radio Telefís Eireann (RTE) und Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Kommission [1995] Sammlung der Rechtsprechung I-808 Rdn. 93.

⁴¹ S. auch Rs. 729/79 R Camera Care v. Kommission (1980), Rdn. 17 in der der EuGH betont: „Hinsichtlich der der Kommission im ersten Absatz dieses Artikels verliehenen Entscheidungsbefugnis kommt es darauf an, daß sie auf die wirksamste und den Umständen des Einzelfalls am ehesten angemessene Weise ausgeübt werden kann.“

Nachdem also alle potentiellen Maßnahmen die Bedingungen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit von Artikel 7 Abs. 1 Satz 2 erfüllen müssen, ist es in einem zweiten Schritt durchaus sinnvoll, zwischen allen verhältnismäßigen und erforderlichen Maßnahmen die *wirksamste* (aller wirksamen) Maßnahme(n) auszuwählen.⁴² Dieser Filterprozeß, der in der Tat von der oben vorgestellten klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung abweicht, wird, wenn auch in etwas kryptischer Weise, in Artikel 7 Abs. 1 Satz 3 beschrieben. Danach sind „Abhilfemaßnahmen struktureller Art“

a) „nur in Ermangelung einer verhaltensorientierten Abhilfemaßnahme *von gleicher Wirksamkeit*“ erlaubt

oder wenn

b) „letztere im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen struktureller Art mit einer größeren Belastung für die beteiligten Unternehmen verbunden wäre.“

Gerade der letzte Teil von Satz 3 (hier unter b)) deutet darauf hin, dass es sich nicht um eine klassische Verhältnismäßigkeitsprüfung handeln kann, da nach letzterer in diesem Teil des „Tests“ gar keine Maßnahme mit größerer Belastung mehr auftauchen dürfte.⁴³ Eine für die deutsche Rezeption glücklichere und mit Satz 3 kompatible Übersetzung des englischen Wortes „proportionate“ und des französischen Wortes „proportionnée“ wäre wohl die Wahl des Wortes „angemessen“ anstatt „verhältnismäßig“ gewesen.⁴⁴

Aus Artikel 7 Abs. 1 Satz 2 und 3 ergeben sich drei Möglichkeiten. Entweder es gibt lediglich eine wirksame Maßnahme, die dann auch automatisch allein in Frage kommt⁴⁵, oder es gibt genau eine Maßnahme, die gegenüber den anderen eindeutig am wirksamsten ist und daher allein in Frage kommt. In diesen Fällen wird der dritte Satz erst gar nicht relevant. Tritt einer dieser Fälle ein, stellt sich die Frage der Art der Maßnahme nicht und von einer irgendwie gearteten Subsidiarität struktureller Maßnahmen kann daher gar nicht die Rede sein.

⁴² S. die eindeutigen Worte in *de Smijter/Kjølbbye* (2007:120) (s.o.), die beide an den Verhandlungen zu VO 1/2003 beteiligt waren: „If one proportionate remedy is more effective than other available remedies, the Commission can impose the most effective one.“ Dort findet man auch den wichtigen, wenn auch selbstverständlichen Hinweis: „The effectiveness of a remedy depends not only on the capacity of the remedy to address a competition problem which has been identified but also its enforceability.“ Dies ist deshalb wichtig, weil hiermit zumindest indirekt einer eventuell wesentlich höheren Belastung der Wettbewerbsbehörde bspw. bei der Überwachung von verhaltensorientierten Maßnahmen Rechnung getragen wird. Die Autoren schreiben daher auch: „For a remedy to be effective it must be possible to monitor compliance. Complex behavioral remedies are often ineffective. As the complexity of a remedy increases, the less likely it is that it will address the competition problem effectively. Behavioral remedies often suffer from a high degree of complexity compared to structural remedies.“ Sie bedauern daraufhin, dass verhaltensorientierte Maßnahmen im Rahmen von Artikel 101 und Artikel 102 aber oft nicht vermieden werden können, da einige Wettbewerbsprobleme vom Verhalten und nicht von der Struktur des Unternehmens ausgehen.

⁴³ Teil b) ist eindeutig eine erneute Verhältnismäßigkeitsprüfung, die im klassischen Test an dieser Stelle gar nicht mehr vorkommen dürfte und daher auf eine weite Fassung des Wirksamkeitskonzepts im Rahmen einer europäischen Verhältnismäßigkeitsprüfung schließen lässt.

⁴⁴ Ebenso spricht die (sogar doppelte) Nennung von Erforderlichkeit in Satz 2 gegen eine deutsche Interpretation der ebenfalls genannten Verhältnismäßigkeit.

⁴⁵ S. dazu die verbundenen Rechtssachen C-241/91 P und C-242/91 P, *Radio Telefís Eireann (RTE) und Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Kommission* [1995] Sammlung der Rechtsprechung I-808 Rdn. 91 in denen eindeutig herausgearbeitet wurde, dass, sollte nur eine Maßnahme zur Verfügung stehen, diese auch automatisch verhältnismäßig ist. „Wie das Gericht nämlich zu Recht hervorgehoben hat, stellt die Auferlegung dieser Verpflichtung [...] das einzige Mittel zur Abstellung der Zuwiderhandlung dar.“

Gibt es aber mehrere Maßnahmen und teilen sich diese den „ersten Platz“ (Maßnahmen gleich hoher Wirksamkeit), dann gibt es drei weitere Fälle. Handelt es sich dabei entweder ausschließlich um verhaltensorientierte Maßnahmen oder ausschließlich um strukturelle Maßnahmen, sollte die Wahl den betroffenen Unternehmen überlassen werden.⁴⁶ Handelt es sich aber um mehrere unterschiedliche (also strukturelle und verhaltensorientierte) Maßnahmen, gilt eben nicht die vermeintliche Subsidiarität struktureller Maßnahmen, sondern es kommt ausschließlich die Maßnahme zum Zuge, die die geringste Belastung für die beteiligten Unternehmen verursacht.⁴⁷ Es kann also wiederum keine Rede von einer irgendwie gearteten Subsidiarität struktureller Maßnahmen sein.

Artikel 7 Abs. 1 beinhaltet also keinerlei Indiz für eine generelle Priorität verhaltensorientierter Maßnahmen. Der „Mythos“ der Subsidiarität struktureller Maßnahmen geht ausschließlich auf Präferenzen der Industrie, einem ungeschickt oder taktisch bewusst verklausuliert formulierten Text der Verordnung sowie der deutschen Vorstellung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zurück, die auch zur reduzierten Interpretation von Artikel 7 Abs. 1 Satz 2 in § 32 GWB geführt hat.

Weil Artikel 7 also primär darauf abzielt, eine Zuwiderhandlung nicht nur irgendwie, sondern möglichst effizient abzustellen und jede Maßnahme ganz unabhängig davon, ob es sich um eine verhaltensorientierte oder strukturelle Maßnahme handelt, potentiell dafür in Frage kommt, solange sie erforderlich und im Lichte der Zuwiderhandlung angemessen (verhältnismäßig) ist, bleibt von der Subsidiarität struktureller Maßnahmen nicht viel übrig. In der Tat, lediglich wenn mehrere gleich wirksame Maßnahmen existieren, kommt die Maßnahme mit der geringsten Belastung für die Unternehmen zum Zuge. Bei gleich wirksamen strukturellen und verhaltensorientierten Maßnahmen sind *strukturelle Maßnahmen a priori* also *lediglich dann ausgeschlossen*, wenn sie nicht weniger belastend für die Unternehmen sind als verhaltensorientierte Maßnahmen. Artikel 7 spezifiziert also eine Priorität für verhaltensorientierte Maßnahmen lediglich für den sehr spezifischen und wohl eher hypothetischen Fall, in dem *Unterschiede zwischen diesen beiden Arten von Maßnahmen im Sinne der in Artikel 7 spezifizierten Kriterien gar nicht existieren*. Also nur in dem Fall, in dem verhaltensorientierte und strukturelle Maßnahmen gleichermaßen *erforderlich, angemessen* (verhältnismäßig) und *wirksam* sind sowie zu einer *gleichen Belastung* für das betroffene Unternehmen führen, gibt es eine Präferenz für verhaltensorientierte Maßnahmen.⁴⁸ In allen anderen Fällen - empirisch gesehen dürften dies fast alle Fälle sein - sind allein die unter Artikel 7 Satz 2 und 3 genannten Kriterien relevant. Diese Kriterien gilt es in jedem einzelnen Fall

⁴⁶ Vgl. Rs. T-24/90 Automec [1992] ECR II-2223, §51f.

⁴⁷ Dass dies in der Regel verhaltensorientierte Maßnahmen sein dürften, wird oft angenommen. Dies ist aber weder zwingend noch empirisch zu erwarten. Im Fall E.ON ist diese Frage (s. o. Fußnote 10 bzw. Rdn. 86 der E.ON Entscheidung) explizit behandelt worden. Neben der Feststellung, dass es keine gleich wirksame verhaltensorientierte Alternative gab, wird die hypothetische Frage behandelt, ob eine gleich wirksame Maßnahme eine kleinere Belastung für das Unternehmen bedeutet hätte. Im Ergebnis wird dies eindeutig verneint und zwar nicht nur, weil E.ON selbst keine verhaltensorientierte Maßnahme vorgeschlagen hatte. Auf jeden Fall handelt es sich hier um eine rein empirische Frage und nicht um eine der Auslegung.

⁴⁸ Nachdem die in Artikel 7 als relevant angeführten Kriterien erschöpft sind, bleibt diese Residualpräferenz letztlich ohne jegliche Begründung.

empirisch auszuloten. Dies kann man wohl kaum als Indiz für die „grundsätzliche Subsidiarität von strukturellen Maßnahmen“ werten.

Eine „grundsätzliche Subsidiarität von strukturellen Maßnahmen“ kann man auch unter Rückgriff auf Erwägungsgrund (12) VO 1/2003 nicht herbeireden.⁴⁹

Erwägungsgrund (12) VO 1/2003 lautet: „*Mit dieser Verordnung sollte der Kommission ausdrücklich die Befugnis übertragen werden, unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit alle strukturellen oder auf das Verhalten abzielenden Maßnahmen festzulegen, die zur effektiven Abstellung einer Zuwiderhandlung erforderlich sind. Maßnahmen struktureller Art sollten nur in Ermangelung einer verhaltensorientierten Maßnahme von gleicher Wirksamkeit festgelegt werden, oder wenn letztere im Vergleich zu Maßnahmen struktureller Art mit einer größeren Belastung für das betroffene Unternehmen verbunden wäre. Änderungen an der Unternehmensstruktur, wie sie vor der Zuwiderhandlung bestand, sind nur dann verhältnismäßig, wenn ein erhebliches, durch die Struktur eines Unternehmens als solcher bedingtes Risiko anhaltender oder wiederholter Zuwiderhandlungen gegeben ist.*“⁵⁰

Als potenziell neu im Vergleich zu Artikel 7 ist hier lediglich der letzte Satz, der bereits im Vorfeld der fallspezifischen Analyse eine Unangemessenheit (Unverhältnismäßigkeit) von strukturellen Maßnahmen dann feststellt, wenn von der Unternehmensstruktur als solcher kein Risiko anhaltender oder wiederholter Zuwiderhandlungen ausgeht.

Abgesehen von den Wettbewerbsproblemen, die durch eine Strukturänderung des Unternehmens hervorgerufen werden und in denen trivialerweise strukturelle Maßnahmen also nicht ausgeschlossen sind, schließt Erwägungsgrund (12) strukturelle Maßnahmen also auch in anderen Fällen nicht aus. Im letzten Satz des Erwägungsgrundes wird nochmals die Notwendigkeit einer wirksamen Abstellung der Zuwiderhandlung betont, da strukturelle Maßnahmen auch dann noch angemessen (verhältnismäßig) sind, beziehungsweise sein können, wenn sie die Unternehmensstruktur wie sie vor der Zuwiderhandlung bestand betreffen, aber die Zuwiderhandlung nicht wirksam durch andere Maßnahmen abgestellt werden kann. Dies gilt dann, wenn ein „durch die Struktur eines Unternehmens als solcher bedingtes Risiko anhaltender oder wiederholter Zuwiderhandlungen gegeben ist“.⁵¹

⁴⁹ Zu beachten ist allerdings, dass das in Artikel 7 spezifizierte zuwiderhandlungsbezogene Verhältnismäßigkeitsprinzip, das letztlich auf das Urteil des Gerichtshofs in Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, RTE und ITP (Magill), §93 zurückgeht, in Erwägungsgrund (12) VO 1/2003 verschärft wird.

⁵⁰ In der französischen Fassung heißt es „Le présent règlement doit prévoir explicitement que la Commission a le pouvoir d'imposer des mesures correctives de nature comportementale ou structurelle, qui sont nécessaires *pour faire cesser effectivement l'infraction*, en tenant compte du principe de proportionnalité. Une mesure structurelle ne doit être imposée que s'il n'existe pas de mesure comportementale *qui soit aussi efficace* ou si, *à efficacité égale*, cette dernière devait être plus contraignante pour l'entreprise concernée que la mesure structurelle. Il ne serait proportionné de modifier la structure qu'avait une entreprise avant la commission de l'infraction que si cette structure même entraînait un risque important que l'infraction ne perdure ou ne soit répétée.“ (Hervorhebungen nicht im Original)

⁵¹ Das mit diesem Teilsatz keine Beschränkung von strukturellen Maßnahmen auf vertikal integrierte Unternehmen bezweckt wird und somit strukturelle Maßnahmen auch bei eventuell nicht direkt auf die Struktur zurückgehenden Missbräuchen von Marktmacht Verwendung finden könnten, ist von der Kommission in E.ON (COMP/39.388 - Deutscher Stromgroßhandelsmarkt) entschieden worden. Für die Interpretation sicherlich relevant ist die Tatsache

V. Schlußfolgerung

In ihrem Vorschlag zu einer neuen Verordnung (VO 1/2003) hat die Kommission im Jahr 2000 folgenden Wortlaut für Artikel 7 vorgeschlagen: „*Stellt die Kommission auf eine Beschwerde hin oder von Amts wegen eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 81 oder Artikel 82 EG-Vertrag fest, so kann sie die beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen. Sie kann ihnen hierzu alle erforderlichen Maßnahmen aufgeben, einschließlich solcher struktureller Art. Soweit sie ein berechtigtes Interesse hat, kann sie auch eine Zuwiderhandlung feststellen, nachdem diese beendet ist.*“⁵²

In der Erklärung zu diesem Vorschlag steht: „*Zweitens ist die Kommission befugt, den Adressaten ihrer Entscheidung alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen, auch solche struktureller Art, aufzugeben, um die Zuwiderhandlung abzustellen. Strukturelle Abhilfen können für eine wirksame Beendigung einer Zuwiderhandlung erforderlich sein, vor allem bei bestimmten Kooperationsvereinbarungen und Fällen von Missbrauch einer beherrschenden Stellung, bei denen die Veräußerung bestimmter Gegenstände des Betriebsvermögens notwendig sein kann.*“⁵³

Selbst wenn dies als sehr verschieden von Artikel 7 sowie Erwägungsgrund (12) VO 1/2003 erscheint, hat sich die Kommission, allerdings letztlich zum Preis einer interpretationsfähigen Passage, durchsetzen können.

Dies wird deutlich, wenn man den auch durch die Formulierung gegebenen Eindruck einer Priorität verhaltensorientierter Abhilfemaßnahmen durch eine kleine Umformulierung in einen gegenteiligen Eindruck umdreht.

Folgende den Inhalt bewahrende Umformulierung von Artikel 7 Abs. 1 Satz 3, verdeutlicht die irreführende Darstellung, die wohl letztlich mit zum „Mythos“ der Subsidiarität struktureller Abhilfemaßnahmen beigetragen hat. Eine logisch äquivalente Darstellung des dritten Satzes von Artikel 7 Abs. 1, d.h. eine Formulierung nach der dieselben Handlungsaufforderungen gelten wie nach dem Original, – eine nicht-binäre Interpretation von Wirksamkeit vorausgesetzt – stellt der folgende Satz dar, wobei im Gegensatz zum Original durch diese Umformulierung nun wohl eher eine Subsidiarität der verhaltensorientierten Maßnahmen suggeriert wird: **Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter Art können nur in Ermangelung einer strukturellen Abhilfemaßnahme von höherer Wirksamkeit festgelegt werden oder, im Falle gleicher Wirksamkeit beider Maßnahmen, wenn die strukturelle Abhilfemaßnahme mit einer gleichen oder größeren Belastung für die beteiligten Unternehmen verbunden wäre.**

dass zum Zeitpunkt der Verhandlungen von Erwägungsgrund 12 die Diskussion über strukturelle Maßnahmen in der Sache Microsoft gerade auf dem Höhepunkt war.

⁵² S. 42 in Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln (2000) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0582:FIN:DE:PDF>.

⁵³ S. 20 in Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln (2000).

Alternativ kann auch so formuliert werden: *Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter Art können nur in Ermangelung einer strukturellen Abhilfemaßnahme von höherer Wirksamkeit festgelegt werden oder, im Falle gleicher Wirksamkeit beider Maßnahmen, wenn die verhaltensorientierte Abhilfemaßnahme mit einer gleichen oder geringeren Belastung für die beteiligten Unternehmen verbunden wäre.*

Auch wenn in dieser Formulierung kein Eindruck einer Priorität verhaltensorientierter Maßnahmen entstehen kann, bleibt natürlich die allein empirisch zu beantwortende Frage der Wirksamkeit (Effektivität sowie Effizienz) und Eingriffsintensität (siehe Fußnote 47) von strukturellen und verhaltensorientierten Maßnahmen.

Ein zusätzliches Indiz, das gegen die These der Priorität von verhaltensorientierten Abhilfemaßnahmen spricht, stellt VO 17/62 dar. Im Rahmen der Verhandlungen zu VO 1/2003 stellte VO 17/62 den *status quo* und damit die Rückfallposition der Kommission dar.

Vor dem Hintergrund, dass die Kommission bereits vor VO 1/2003 über die Möglichkeit verfügte, Zuwiderhandlungen durch strukturelle Maßnahmen abzustellen, hätte die Kommission sicherlich eher auf eine Erwähnung von strukturellen Maßnahmen im Rahmen der VO 1/2003 komplett verzichtet als kategorischen Einschränkungen ihrer Befugnisse zuzustimmen.⁵⁴ Die Tatsache, dass die Kommission also nicht einfach auf eine Erwähnung von strukturellen Maßnahmen verzichtet und der Formulierung von Artikel 7 VO 1/2003 letztlich zugestimmt hat, ist verhandlungstechnisch auch nur mit der hier vertretenen Interpretation zu erklären.

⁵⁴ Die These VO 17/62 hätte keine strukturellen Maßnahmen gekannt, wird zwar oft vertreten, aber dadurch nicht richtig. *Haus WuW* 2001 behauptet bspw., dass VO 1/2003 eine „Erweiterung der Befugnisse der Kommission um Maßnahmen struktureller Art“ bedeutet. Auch wenn unter Artikel 7 VO 1/2003 *bisher* noch keine strukturellen Maßnahmen auferlegt wurden, gab es bereits vor VO 1/2003 strukturelle Maßnahmen außerhalb eines Fusionskontexts. S. *Gauer/Dalheimer/Kjølbye/de Smijter* (2003) *Regulation 1/2003: A modernised application of EC competition rules*, EC CPN, 1, oder *Riley* (2003) *EC Antitrust Modernisation: The Commission Does Very Nicely—Thank You! Part One: Regulation 1 and the Notification Burden*, ECLR, 11, S. 607: „However, the ECJ had already determined in cases such as *Continental Can v Commission* and *Magill v Commission* that the Commission does have the power to adopt positive remedies such as behaviour and structural remedies in respect of infringements of the competition rules.“ Dass *Klees* dies anders sieht, zeigt sich bspw. in *Klees* (2007:598) (s.o.), wo er davon ausgeht, dass strukturelle Maßnahmen eine neu „geschaffene Möglichkeit“ darstellen, obwohl in *Klees* (2005:152) (s.o.) insbesondere in Fn. 215 auf Fälle mit strukturellen Maßnahmen vor VO 1/2003 und die Aussagen der Kommission bezüglich VO 1/2003 hingewiesen wird. Allerdings wäre *Klees* Aussage auch ohne konkrete Fallbeispiele zweifelhaft, da die Tatsache, dass VO 17/62 strukturelle Maßnahmen nicht explizit nennt, keineswegs zwingend bedeutet, dass solche Maßnahmen nicht in Frage kommen. Dies gilt gleichermaßen auch dann, wenn keine Fälle mit strukturellen Maßnahmen vorliegen. Auch das GWB nennt strukturelle Maßnahmen nicht explizit, erlaubt diese aber. Vgl. 58. Sondergutachten der Monopolkommission (2010) S. 2 oder *Hauser* (2009:64ff) (s.o.), der auch die wenigen Gegenstimmen erwähnt.