



Frank Sölch

## Einflussnahme auf staatliche Verfahren als Wettbewerbsverstoß?

Die Noerr-Pennington-Doktrin im  
EG-Kartellrecht



# Kapitel 1 Einleitung

## A) Interessenvertretung als wettbewerbsrechtliches Problem

Der unverfälschte Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt sieht sich nicht nur Beeinträchtigungen durch private Kartelle und missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausgesetzt, sondern auch durch regulierende Eingriffe staatlicher Stellen. Die Spanne hoheitlicher Marktinterventionen reicht von vergleichsweise abstrakt formulierten Vorschriften des Verbraucherschutzes bis hin zu einer vollständigen Beseitigung des Wettbewerbs durch staatliche Monopole. Aus Sicht der betroffenen Unternehmen und der Marktgegenseite sind hoheitliche Regulierungsmaßnahmen in ihren Auswirkungen mit denjenigen privater Wettbewerbsverfälschungen vergleichbar, ja sie gehen in ihrer Intensität häufig über diese hinaus. Denn während private Kartellabsprachen einen Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen erfordern und deshalb einer natürlichen Instabilität durch Außenseiter- und Geheimwettbewerb unterliegen,<sup>1</sup> setzen staatliche Maßnahmen keine unmittelbare Zustimmung der Betroffenen voraus und werden zudem in der Regel mit hoheitlichen Zwangsmitteln durchgesetzt.

Diese (scheinbare) funktionale Austauschbarkeit<sup>2</sup> von Kartellen und staatlicher Regulierung hat die Frage nach einer Bindung der Mitgliedsstaaten an die Wettbewerbsvorschriften des Gemeinschaftsrechts – etwa in Form eines Übermaßverbotes – aufgeworfen.<sup>3</sup> Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat es jedoch abgelehnt, aus dem mitgliedersstaatsbezogenen allgemeinen Verbot, die „praktische Wirksamkeit“ der Wettbewerbsvorschriften zu beeinträchtigen (Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 81 EGV), umfassende wettbewerbliche Verpflichtungen der Mitgliedsstaaten herzuleiten: Hoheitliche Wettbewerbsbeschränkungen unterliegen nach dieser Rechtsprechung keinem gemeinschaftsrechtlich justiziablem Effizienz- oder Allgemeinwohlvorbehalt.<sup>4</sup>

1 Hierzu *Mestmäcker*, Der verwaltete Wettbewerb, S. 7.

2 So z.B. *Kasper/Streit*, Institutional Economics, S. 247; *Evers*, Institutionelle Ausgestaltung, S. 245; *Dreher*, WuW 1994, 193, 204.

3 Hierzu im Einzelnen noch unten S. 49 ff.

4 Dennoch unterliegen die Mitgliedsstaaten wettbewerbsrechtlichen Bindungen, die jedoch nicht an den Inhalt der staatlichen Maßnahme, sondern an das Verfahren der staatlichen Normbildung anknüpfen. Hierzu im Einzelnen unten S. 47 ff.

Die wirtschaftspolitischen Freiräume der Mitgliedsstaaten können Begehrlichkeiten bei den Marktteilnehmern und ihren Verbänden wecken, für die sich die Einflussnahme auf wirtschaftsregulierende staatliche Entscheidungen als echte Alternative zu herkömmlichen Kartellabsprachen anbietet.<sup>5</sup> Zwar gewährleistet die Unabhängigkeit der staatlichen Entscheidungsträger nach überkommenem Verständnis die Allgemeinwohlorientierung der hoheitlichen Maßnahme; in der so genannten Politischen Ökonomie wird jedoch inzwischen verbreitet die Auffassung vertreten, dass hoheitliche Regulierung regelmäßig auf den Einfluss mächtiger Interessengruppen zurückzuführen ist und gerade nicht der Förderung von Allgemeinwohlbelangen dient.<sup>6</sup>

Sollte diese These zutreffen, so stellt sich die Frage, ob die Wettbewerbsvorschriften des Vertrages, wenn schon nicht der staatlichen Regulierung, dann jedoch einem „missbräuchlichen“ Einfluss von Unternehmen auf Gesetzgeber, Behörden und Gerichte gewisse Grenzen setzen können. Ein anschauliches Beispiel für diese Problematik liefert der Sachverhalt der Entscheidung *Compagnie Maritime Belge*<sup>7</sup>: Einer Gruppe von Reedereien war es gelungen, eine zairische Regierungsstelle zum Abschluss einer Vereinbarung zu bewegen, die ihnen das ausschließliche Recht zur Durchführung von Linientransporten an die westeuropäische Atlantikküste einräumte. Als die zairische Regierung absprachewidrig Konzessionen auch an Wettbewerber erteilte, setzten die beteiligten Unternehmen den Widerruf dieser Konzessionen durch und sicherten auf diese Weise ihr Monopol ab. Die Kommission wertete das Bestehen auf die „strenge Einhaltung“ der Vereinbarung als Missbrauch einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung.<sup>8</sup> Das EuG und der EuGH bestätigten diese Beurteilung.<sup>9</sup>

Das Besondere an diesem Sachverhalt ist der Umstand, dass die Beschränkung des Wettbewerbs unmittelbar auf einem (drittstaatlichen) Hoheitsakt beruhte, nämlich dem Widerruf der Konzession, und nur mittelbar auf einem Verhalten der Unternehmen. Nach derzeitigem Stand des Gemeinschaftsrechts können also offenbar Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen für staatliche Wett-

5 So Evers, Institutionelle Ausgestaltung, S. 245; siehe auch *FTC*, Enforcement Perspectives, 3: „One of the most effective ways for parties to acquire or maintain market power is through the abuse of government processes.“

6 Grundlegend Stigler, 5 *Bell Journal of Economics and Management*, 2, 12 (1971); Easterbrook, *Journal of Law & Economics* 1983, 23, 27; Bach, Wettbewerbsrechtliche Schranken, S. 229; Basedow, in: FS Immenga, S. 7; teilweise wird die Interessenvertretung als „Wettbewerb um staatliche Zuwendungen“ charakterisiert, vgl. McGowan/Lemley, 17 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 293, 296 (1994).

7 EuGH, Slg. 2000, I-1365 ff. – *Compagnie Maritime Belge*; siehe zu diesem Verfahren im Einzelnen S. 107 ff. und 211 ff.

8 Komm., ABl. 1993 Nr. L 34, S. 20 Rn. 64 – *CEWAL*.

9 EuG, Slg. 1996, II-1201; EuGH, Slg. 2000, I-1365.

bewerbsbeschränkungen kartellrechtlich verantwortlich gemacht werden. Dieses Ergebnis erscheint wegen der praktischen Bedeutung des Lobbying in der modernen Gesellschaft und der grundrechtlichen Gewährleistung der Interessenvertretung problematisch. Zwar wird man die Entscheidung *Compagnie Maritime Belge* nur unter Vorbehalt verallgemeinern dürfen,<sup>10</sup> dennoch hat der EuGH bisher klare Worte zum Verhältnis von Kartellrecht und Lobbying vermissen lassen. Diese Arbeit versucht deshalb, klare Grundsätze für die wettbewerbsrechtlichen Grenzen der Interessenvertretung herauszuarbeiten.

## B) Der rechtsvergleichende Ansatz

In dem Verfahren *Compagnie Maritime Belge* beriefen sich die Reedereien zu ihrer Verteidigung ausdrücklich auf die so genannte *Noerr-Pennington*-Doktrin des U.S. Supreme Court.<sup>11</sup> Nach dieser Doktrin verstößt die Einflussnahme auf staatliche Entscheidungen nicht gegen die kartellrechtlichen Vorschriften des Sherman Act. Der EuGH hat in den Entscheidungsgründen offen gelassen, ob die bloße Anregung einer Behörde zum Tätigwerden den Tatbestand von Art. 82 EGV erfüllen kann. Jedenfalls aber sei die Durchsetzung einer vertraglichen Vereinbarung diesem Fall wettbewerbsrechtlich „unbestreitbar“ nicht gleich zu stellen.<sup>12</sup> Diese Beurteilung steht in deutlichem Widerspruch zur Rechtsprechung des Supreme Court. Denn nach der U.S.-amerikanischen Rechtsprechung wird die Durchsetzung *gebundener* hoheitlicher Entscheidungen ausdrücklich in den Schutzbereich der *Noerr-Pennington*-Doktrin mit einbezogen.<sup>13</sup> Nun wird man in der Tat die Durchsetzung einer vertraglichen Vereinbarung wie im Fall *Compagnie Maritime Belge* kartellrechtlich nicht zwingend dem klassischen politischen Lobbying gleich stellen müssen. Andererseits wird es einer mehr als vier-

10 Insbesondere im Zusammenhang mit korporatistischen Tarifgenehmigungsverfahren, in denen Tarifvorschläge von berufsständischen Vereinigungen von unabhängigen staatlichen Stellen für allgemeinverbindlich erklärt werden, hat der EuGH in jüngeren Entscheidungen die Beteiligung der Marktteilnehmer am staatlichen Willensbildungsprozess positiv bewertet.

11 Vgl. den Hinweis in EuGH, Slg. 1996, II-1201 Rn. 88.

12 EuGH, Slg. 2000, I-1365 Rn. 82.

13 *United Mine Workers vs. Pennington*, 381 U.S. 657, 670 (1965): Die Doktrin schütze die Einflussnahme auf den Erlass und die *Durchsetzung* von Gesetzgebungsentscheidungen („*passage and enforcement of laws*“); außerdem findet sie nach der Rechtsprechung des Supreme Court auch auf die Einflussnahme auf gerichtliche Entscheidungen Anwendung, bei denen es sich naturgemäß um gebundene Hoheitsakte handelt; vgl. *California Motor Transport v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508, 510 f. (1972); *Professional Real Estate Inv. v. Columbia*, 508 U.S. 49 ff. (1993).

zigjährigen abweichenden Rechtsprechung des Supreme Court nicht gerecht, wenn man den Unterschied zwischen beiden Fallgruppen ohne nähere Begründung als „unbestreitbar“ bezeichnet.

Selbstverständlich bestehen zwischen den politischen Systemen der Vereinigten Staaten und denjenigen europäischer Prägung (wie selbstverständlich auch zwischen den Systemen der einzelnen Mitgliedsstaaten der der Gemeinschaft) erhebliche Unterschiede, gerade auch im Hinblick auf die Bedeutung des Lobbyismus. Der Grundkonflikt ist jedoch in sämtlichen pluralistisch organisierten Gesellschaften identisch: Die grundrechtlich abgesicherte Möglichkeit, Partikularinteressen in staatlichen Verfahren wahrzunehmen, kann von den Unternehmen als Strategie zur Beschränkung des Wettbewerbs eingesetzt werden. Die normative Ausgangslage des Gemeinschaftsrechts weist zahlreiche Parallelen zur U.S.-amerikanischen Rechtsordnung auf: Beide sehen einen umfassenden Schutz des Wettbewerbs vor Beeinträchtigungen durch private Unternehmen auf bundesstaatlicher bzw. gemeinschaftsrechtlicher Ebene vor, lassen aber den Einzel- bzw. Mitgliedsstaaten erhebliche Freiräume für hoheitliche Wettbewerbseingriffe. Das in beiden Systemen gleichermaßen bekannte Phänomen des Lobbyismus wirft dann die Frage auf, ob und unter welchen Voraussetzungen das Kartellrecht der politischen Einflussnahme von Unternehmen auf staatliche Entscheidungsträger Grenzen setzt.

Der rechtsvergleichende Ansatz darf sich natürlich nicht auf eine kritiklose Übernahme von Rechtsgrundsätzen fremder Rechtsordnungen beschränken. Die Auslegung von Art. 81 und 82 EGV hat auch im Zusammenhang mit der hier erörterten Fragestellung in erster Linie unter Zugrundelegung klassischer juristischer Auslegungsmethoden (Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck der Wettbewerbsvorschriften) zu erfolgen.<sup>14</sup> Ob dabei auch Erkenntnisse der U.S.-amerikanischen Praxis fruchtbar gemacht werden können, lässt sich nicht abstrakt, sondern nur im Zusammenhang mit konkreten Rechtsfragen und nach einer Analyse der normativen Hintergründe des jeweiligen Lösungsansatzes beurteilen. Dennoch zeigt die komplementäre Diskussion um die wettbewerblichen Verpflichtungen der Mitgliedsstaaten, dass jedenfalls die wissenschaftliche Auseinandersetzung durch einen rechtsvergleichenden Ansatz bereichert werden kann.<sup>15</sup>

14 Allgemein zur Auslegung der Wettbewerbsvorschriften *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 3 Rn. 27 ff.

15 Vgl. nur *Neergaard*, Competition & Competences, *Monar*, Eingriffsbefugnisse; *Ehricke*, Staatliche Eingriffe, S. 187 ff.; *Ehle*, ECLR 1998, 389 ff.; *Joliet*, Fordham Corporate Law Inst 1988 – 16; *Marenco*, 14 LIEI (1987), 1 ff.; *GA Maduro*, in: Slg. 2006, I-11421 Rn. 36 – *Cipolla*.

## C) Gegenstand der Untersuchung

Wettbewerbsrecht und Interessenvertretung können in äußerst unterschiedlichen Konstellationen miteinander in Konflikt geraten, von denen die folgenden im Rahmen dieser Arbeit näher untersucht werden sollen:

### I) Lobbying

Zentrale These dieser Arbeit ist, dass die Einflussnahme auf staatliche Entscheidungen, sei es kollektiv durch Verbände, sei es durch einzelne marktbeherrschende Unternehmen, grundsätzlich nicht den Tatbestand der Art. 81 und 82 EGV erfüllt. Unter Lobbying versteht man den Versuch von Interessengruppen, auf informellem Wege Einfluss auf hoheitliche Entscheidungsträger zu nehmen.<sup>16</sup> Wettbewerbswirksam kann Lobbying in zweierlei Hinsicht sein: Zum einen „indirekt“, indem staatliche Stellen dazu bewegt werden, zu Gunsten einzelner Marktteilnehmer in die Marktprozesse einzugreifen. Zum anderen „direkt“, indem die beteiligten Unternehmen im Rahmen ihrer politischen Betätigung selbst den Wettbewerb beschränken, um den Gesetzgeber zum Ergreifen oder Unterlassen bestimmter Maßnahmen zu bewegen (insbesondere durch Boykottaufrufe). Im ersten Fall stellt sich die Frage, ob Unternehmen für hoheitliche Wettbewerbsbeschränkungen verantwortlich gemacht werden können, im zweiten, ob die politischen Zielsetzungen bei der Anwendung von Art. 81 und 82 EGV privilegierend wirken.<sup>17</sup> Soweit die Unternehmen lediglich eine hoheitliche Wettbewerbsbeschränkung politisch anregen, scheint eine wettbewerbsrechtliche Verantwortung nicht in Betracht zu kommen. Die bisherige Praxis in den Vereinigten Staaten zeigt jedoch, dass die Bestimmung der Reichweite dieses Grundsatzes erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann, insbesondere in den Fällen missbräuchlicher politischer Einflussnahme (Korruption). Auch die Entscheidung *Compagnie Maritime Belge* verdeutlicht die Schwierigkeiten, die die Abgrenzung zulässiger politischer Interessenvertretung von missbräuchlichen Verhaltensweisen aufwerfen kann. Um auch solche Grenzfälle sinnvoll bewerten zu können, soll jedoch zunächst die im Ergebnis vermeintlich unproblematische Frage untersucht werden, ob und aus welchen Gründen die bloße Anregung einer staatlichen Stelle zum Tätigwerden nicht den Tatbestand der Wettbewerbsvorschriften erfüllt. In einem zweiten Schritt wird in einer fallgruppenorientierten Darstellung die Reichweite

<sup>16</sup> Van Schendelen, ZParl 1993, 64.

<sup>17</sup> Herrmann, Interessenverbände, S. 29 f.

dieser Grundsätze geklärt sowie auf die Frage einer möglichen Privilegierung politisch motivierter Wettbewerbsbeschränkungen eingegangen.

## *II) Neokorporatistische Regulierungsmodelle*

Während sich der EuGH bisher nur am Rande zum Verhältnis von Wettbewerbsrecht und Interessenvertretung geäußert hat, existiert eine vergleichsweise umfassende Rechtsprechung zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit so genannter „Tarifgenehmigungsverfahren“.<sup>18</sup> Hierbei geht es um Fallgestaltungen, in denen der Staat Vertreter der privaten Wirtschaftsverbände mit der Ausarbeitung wettbewerbsregulierender Maßnahmen (in der Regel verbindliche Tarife) betraut, die jedoch erst nach einer staatlichen Genehmigung in Kraft treten. Es stellt sich die Frage, ob die auf Verbandsebene verabschiedeten Beschlüsse als verbotene Kartelle oder lediglich als unverbindliche Vorschläge ohne Wettbewerbsbezug zu qualifizieren sind.

Vom Lobbying im oben dargestellten Sinn unterscheiden sich solche neokorporatistischen Regulierungsmodelle dadurch, dass der Staat den rechtlichen Rahmen für die Organisation der Verbandsinteressen schafft und in unterschiedlicher Form Einfluss auf das Normbildungsverfahren nimmt. Die Einflussnahme der Unternehmen auf die staatliche Regulierung erfolgt also nicht auf informellem Wege, sondern in einem offenen und transparenten, staatlich reglementierten Verfahren. Die Tarifgenehmigungsverfahren sind stärker noch als das Lobbying dem Grenzbereich von hoheitlichem Handeln und Selbstregulierung zuzuordnen. Dennoch erlauben die Entscheidungen des EuGH zu solchen Normsetzungsverfahren auch Rückschlüsse auf die herkömmliche Interessenvertretung, weil es in beiden Fällen um ein Zusammenwirken von Staat und Unternehmen bei der Beschränkung des Wettbewerbs geht.

## *III) Missbräuchliche Einleitung von Gerichtsverfahren*

Ein dritter Schwerpunkt dieser Untersuchung befasst sich mit dem Verhältnis von gerichtlichem Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht. Obwohl die Erhebung einer Klage erheblichen Einfluss auf die Struktur eines Marktes nehmen kann,

18 Der Begriff der Tarifgenehmigung wird hier nur der Einfachheit halber gewählt. Diese Verfahren, wengleich sie in der Mehrzahl Preisregulierungen zum Gegenstand haben, können aber selbstverständlich auch andere Marktparameter, wie z.B. Produktionsquoten oder Produkthanforderungen betreffen.

wird man auch insoweit das Recht beispielsweise eines marktbeherrschenden Unternehmens, sich gegen eine angebliche Verletzung subjektiver Rechte zur Wehr zu setzen, nicht grundsätzlich in Zweifel ziehen. Ebenso wie im Zusammenhang mit der kartellrechtlichen Bewertung des Lobbying ist aber fraglich, inwieweit Art. 81 oder 82 EGV einer „missbräuchlichen“ Verfahrenseinleitung Grenzen setzen kann. Obwohl sich grundlegende Unterschiede zwischen der Interessenvertretung in der „offenen politischen Arena“ und dem förmlich ausgestalteten gerichtlichen Verfahren nicht leugnen lassen, beurteilt der Supreme Court die gerichtliche Durchsetzung subjektiver Ansprüche ebenfalls nach den Grundsätzen der *Noerr-Pennington*-Doktrin. Obwohl die Entscheidungen von Kommission, EuG und EuGH in der Sache *Compagnie Maritime Belge* der Durchsetzung vertraglicher Vereinbarungen gegenüber staatlichen Stellen wettbewerbsrechtliche Grenzen zu setzen scheint, wird sich zeigen, dass die Einleitung gerichtlicher Verfahren nach bisherigem Stand des Gemeinschaftsrechts nur in außergewöhnlichen Fällen als Missbrauch einer beherrschenden Stellung gewertet wird.